

TÜRKİYE’DE FESHE KARŞI KORUMA HUKUKU REFORMUNUN SOSYAL HUKUK VE İSTİHDAM ÜZERİNE ETKİLERİ*

*Yard. Doç. Dr. Süleyman BAŞTERZİ***

I. Giriş

İşçinin feshe karşı korunması kavramı genellikle dar ve geniş anlamda olmak üzere iki boyutta ele alınmaktadır. Dar anlamda feshe karşı koruma, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin¹ işverence haklı nedenle derhal feshi yanında önelli feshinde de geçerli bir neden gösterilmesi zorunluluğunun aranması ve feshin yargı denetimine tabi tutulması yoluyla iş sözleşmelerinin korunmasıdır. Bu koruma, haklı ya da geçerli nedene dayanmayan fesihlerde iş sözleşmesinin feshinin geçersiz sayılması ve işçinin işe iadesi ya da işveren iş ilişkisini hiçbir şekilde sürdürmek istemiyorsa ağırlaştırılmış bir tazminat yaptırımıyla sağlanmaya çalışılır. Geniş anlamda ise, işverenin fesih hakkını sınırlamaya, iş sözleşmelerini olabildiğince ayakta tutmaya yönelik yasal ya da sözleşmesel bütün önlemler feshe karşı koruma kavramı içinde yer alır². Dar anlamda işçiyi feshe karşı koruma, öğreti ve uygulamada daha çok iş güvencesi olarak adlandırılmaktadır. Biz de çalışmamızda, dar anlamda feshe karşı korumayı bu şekilde ifade edeceğiz.

* Bu makale, 20-22 Ekim 2004 tarihlerinde Türk ve Alman İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komiteleri tarafından, “Türk ve Alman İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Son Gelişmeler” konusunda Freiburg’da düzenlenen kongrede sunulan tebliğ metnidir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ 4857 sayılı Türk İş Kanununun “Feshin geçerli sebebe dayandırılması” kenar başlıklı 18. maddesinde, işverenin iş sözleşmesini feshederken geçerli neden göstermesi zorunluluğu sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülmüştür.

² bkz. *D. Ulucan*, “Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, 231.

Türk iş mevzuatında, 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunundan başlayarak geniş anlamda feshe karşı korumaya yönelik önlemlere yer verilmiştir. Bunlardan bir kısmı genel nitelikte önlemlerdir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinin önel verilmesini içeren bir usule ve fesih hakkının kötüye kullanılmasının tazminat yaptırımına bağlanması bu niteliktedir. Öte yandan, kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının hafifletilmesi ve miktarının artırılmasının altında yatan düşüncelerden birinin de işçiye feshe karşı koruma sağlamak olduğu bilinmektedir. Özel nitelikteki önlemler kapsamında ise, hastalık, iş kazası, gebelik, doğum ve askerlik gibi bazı geçici ifa engellerinin ortaya çıktığı durumlarda, belirli bir süre için işverene fesih yasağı getirilerek iş sözleşmelerinin yasal olarak askıya alınmasına, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin işverence fesih hakkının sınırlandırılmasına, toplu işten çıkarmalarda (10 ve daha fazla işçi) Türkiye İş Kurumuna bir ay önceden bildirim yükümlülüğü getirilmesine ve belirli durumlarda işten çıkarılan işçi ya da işçilerin yerine altı ay süreyle yeni işçi alınmasının yasaklanmasına, bu süre içinde aynı işler için yeniden işçi ihtiyacı doğduğunda çıkarılan işçilerin öncelikle işe alınmasına ilişkin düzenlemeler sayılabilir³.

Daha önce bir çok yasa tasarısı hazırlanmış olmasına karşın⁴ iş güvencesi sistemi Türkiye’de ilk kez, 1475 sayılı İş Kanununda değişiklik yapan 9.8.2002 tarihli ve 4773 sayılı Kanunla 15.3.2003 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir. Şüphesiz ki, iş güvencesi sisteminin gecikerek de olsa yürürlüğe girmesinde, Türkiye tarafından 9.6.1994 tarihli ve 3999 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi ile üstlenilen uluslararası taahhüt etkili olmuştur.

1475 sayılı İş Kanununu, kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi dışında yürürlükten kaldıran, 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda da, iş güvencesi kuralları bazı değişikliklerle korunmuştur. 4857 sayılı Kanun 10.6.2003 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁵. Öte yandan, yeni İş Kanununda, 1475 sayılı Kanunda öngörülen geniş anlamda feshe karşı koruma önlemlerine de büyük ölçüde aynen yer verilmiştir. Bunun yanında, yeni İş Kanununda, iş güvencesi hükümlerini etkili ve işler kılmak amacıyla asıl işveren alt işveren ilişkisi, belirli süreli iş sözleşmeleri

³ bkz. *M. Ekonomi*, “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, 82 (Model Arayışı).

⁴ bkz. *Ekonomi*, Model Arayışı, 83.

⁵ *N. Çelik*, İş Hukuku Dersleri, B.17, İstanbul 2004, 194-196 (Dersler); Türkiye’de iş güvencesi sisteminin yürürlüğe giriş süreci hakkında bilgi için bkz. *Ö. Eyrenci - S. Taşkent - D. Ulucan*, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 132-133; *S. Taşkent*, İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara 2002, 27-28 (Yeni Yasal Düzenleme); aynı yazar, “İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Çeşme 2003, 113-114.

ve ödünç iş ilişkisi gibi bir çok iş hukuku kurumu iş güvencesi sistemiyle uyumlu biçimde düzenlenmiş, ayrıca kısa çalışma gibi, gelir güvencesini de içeren feshe karşı korumayı destekleyici kurumlar yasa kapsamına alınmıştır.

Çalışmamızın konusunu, Türk iş hukuku bakımından reform niteliği taşıyan dar anlamda feshe karşı koruma, tercih ettiğimiz deyimle iş güvencesi önlemlerinin sosyal hukuk ve istihdama etkisi oluşturmaktadır. Burada sosyal hukuk kavramını dar anlamda, sadece sosyal güvenlik hukukunu içerir şekilde kullanıyoruz. Benimsediğimiz görüşe göre, sosyal hukukun kapsamı, kullandığı teknikler (sosyal sigorta, sosyal yardım ve hizmetler) nedeniyle sosyal güvenlikle sınırlı düşünülmeyp amaca göre belirlenirse, iş, kira ve tüketici hukuku gibi sosyal politik amacı ağır basan pek çok hukuk alanı ve potansiyel olarak bütün hukuk alanları derece derece sosyal hukuk içinde değerlendirilebilir. Bu ise sosyal hukukun sınırlarını belirsizleştirir. O nedenle, sosyal hukukun birincil, çekirdek anlamının sosyal güvenlikle sınırlı tutulması gerekir⁶. Çalışmamız bakımından da, sosyal hukuk kavramı dar anlamda kullanılmadığı takdirde, sosyal bir amaca yönelik olması nedeniyle iş hukuku da kapsama gireceği için, inceleyeceğimiz konuların sınırlanması mümkün olmayacaktır.

Bu çerçevede çalışmamızda ilk olarak, iş güvencesi önlemlerinin sosyal hukuk ve istihdam üzerine etkisi konusunda genel bir değerlendirme yapacağız. Daha sonra inceleyeceğimiz konuları ise dörde ayırabiliriz. Bunlardan birincisi, feshin son çare olması ilkesidir. Söz konusu ilke, iş güvencesi sistemi içinde istihdamın korunmasının temel araçlarından biridir. Dolayısıyla bu ilkenin incelenmesi ve sosyal hukukla ilişkilendirilmesi oldukça önemlidir. İkinci olarak üzerinde durmak istediğimiz konu, Türkiye'de feshe karşı koruma reformu çerçevesinde öngörülen temel iş güvencesi önlemi olan iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin düzenlemelerle işsizlik sigortası kurallarının uyumsuzluğuna bağlı sorunlardır. İşsizlik sigortasının iş güvencesiyle en çok etkileşim içinde bulunan sosyal hukuk dalı olması nedeniyle bu konu çalışmamız bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. İnceleyeceğimiz üçüncü konu, iş güvencesi, kıdem tazminatı, işsizlik sigortası ilişkisidir. Sosyal hukuk ve istihdamla doğrudan ilgili olan bu kurumlar arasındaki ilişkinin belirli bir dengede tutulması gerekir. Ülkemizde işsizlik sigortası ve iş güvencesi sistemlerinin yürürlüğe girmesinden önce var olduğu şekliyle korunması kıdem tazminatı kurumunun bu ilişki içindeki konumunun yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Çalışmamızda ele alacağımız son konu ise, kıdem

⁶ Sosyal hukuk kavramı konusunda bilgi için bkz. *H. F. Zacher*, "Juridification in The Field of Social Law", *Juridification of Social Spheres, A Comparative Analysis in The Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Edited by G. Teubner, Berlin 1987, 374-377; *A. N. Sözer*, *Türkiye'de Sosyal Hukuk*, B.2, İzmir 1998, 25-26; aynı yazar, *Sosyal Sigorta İlişkisi*, İzmir 1991, 2-5; *T. Centel*, *İş Hukuku*, C. I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 9.

tazminatının çağdaş bir yapıya kavuşturulması için öngörülen Kıdem Tazminatı Fonu Yasa Tasarısı Taslağıdır.

II. Genel olarak iş güvencesinin sosyal hukuk ve istihdama etkisi

İşçilerin, iş kazası ve meslek hastalığından sonra karşılaşılabilecekleri en ağır risk kabul edilen işsizliğe karşı korunması ihtiyacının doğal bir sonucu ve sosyal devlet anlayışının gereği olarak, 20. yüzyılın ilk yarısından başlamak üzere işsizliğin tazminine ilişkin politikalar oluşturulmuş ve bu bağlamda işsizlik sigortaları ve işsizlik yardımı (sosyal yardım) sistemleri kurulmuştur⁷. 20. yüzyılın ikinci yarısında ise, aynı ihtiyaca bağlı olarak sosyal piyasa ekonomilerinde iş güvencesi modelleri geliştirilmiştir⁸. Görüldüğü gibi, işsizliğe karşı korumada bir yanda sosyal hukukun konusunu oluşturan sosyal güvenlik mekanizmaları, diğer yanda ise, işsizliğin önlenmesi düşüncesine dayanan iş güvencesi sistemleri yer almaktadır. Şüphesiz ki, işsizlikle mücadelenin önleme ve tazmin boyutları arasında güçlü bir etkileşim söz konusudur. İşsizlik önlenebildiği, bir başka deyişle istihdam korunabildiği ölçüde, işsizliğin tazminine yönelik sosyal güvenlik mekanizmaları üzerindeki yük de hafifleyecektir.

Belirtelim ki, iş güvencesi sisteminin temelinde işçilerin istihdamda tutulması düşüncesi yatmaktadır. Ancak, iş sözleşmesinin kurulmasında, içeriğinin belirlenmesinde ve sözleşmenin sona ermesinde “özgürlük” ve “karşılıklılık” ilkelerini esas alan klasik (bireyci) hukuk anlayışında yansımaları bulan ekonomik liberal yaklaşıma göre, iş güvencesi piyasa ekonomisinin işlerliğine zarar verici özellikler taşımakta ve işsizliği artırıcı etki yaratmaktadır.

Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, iş güvencesi normlarının piyasa ekonomisinin ilkeleri ile bağdaşmadığını ileri sürmek doğru değildir. Çünkü, işveren işçi gereksinimi varsa, bulduğu nitelikli işçiyi ileride fesih sırasında yaşayabileceği güçlükleri ve feshin maliyetini düşünerek işe almaktan kaçınmayacaktır. İşçi de, hakkıyla ve dürüst çalıştığı sürece işini kaybetmeyeceğini düşünerek verimli çalışmasını sürdürecektir. Kaldı ki, iş güvencesi sistemi iş sözleşmesini fesih olanağını işverenin elinden bütünüyle almamakta, sadece geçerli nedenlere dayandırmasını aramakta ve bu nedenlerle birlikte fesih uygulamasının denetlenmesini öngörmektedir. İş güvencesinin temel hedefi, iş sözleşmesinin işverence feshinde subjektifliğin önlenmesidir. Öte yandan, iş güvencesi sisteminin bulunduğu ülkelerde de, iş sözleşmelerinin feshedildiği buna bağlı olarak işgücünün yer ve iş değişikliğine gittiği görülmektedir⁹. Daha isabetli bulduğumuz bu yaklaşıma

⁷ bkz. S. Başterzi, İşsizlik Sigortası, Ankara 1996, 58-68.

⁸ bkz. S. Taşkent, İş Güvencesi, İstanbul 1991, 29-54 (İş Güvencesi).

⁹ D. Ulucan, “4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı”, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, 18-19 (Geçerli Neden).

göre, piyasa ekonomisinde dengeli bir iş güvencesi sistemi, ekonomik gelişmenin teşvik edilmesi bakımından zarar değil yarar getirir. Çoğu işletme, işçilerinin eğitimine yaptığı yatırım nedeniyle işçileriyle arasındaki istihdam ilişkisinin dengeli ve kalıcı olmasını ister. Bu bağlamda, işçinin sözleşmesinin haksız yere feshedilmeyeceği yönünde bir inanca sahip olması da çok önemlidir. Yeni gelişmelere ayak uydurarak istihdamda kalmak isteyen ve çalışmak zorunda olan nitelikli işçiler işverenlerinden adil davranmalarını bekler¹⁰.

Konuya biraz daha tepeden bakıldığında, iş güvencesinin 1951'den beri uygulandığı Almanya'da, 1973 tarihinden beri katı bir şekilde uygulandığı Fransa'da ve yine 1966'dan beri uygulandığı İtalya'da¹¹, feshe karşı koruma önlemlerinin serbest piyasa ekonomisiyle birlikte yürütülebildiği ve aynı zamanda ekonomik kalkınma da sağlandığı görülmektedir. Buna karşılık iş güvencesinin olmadığı ülkelerde istihdamın gerçek anlamda arttığı da görülmemiştir.

Türkiye'de, iş güvencesi sisteminin çok yakın geçmişte yürürlüğe girmesi nedeniyle, fesih ve feshin geçersizliği talebiyle açılan davalara ilişkin rakamlar ve bu davaların nasıl sonuçlandığı konusunda istatistiksel bilgiye ulaşılamadığı gibi, ilgili çevrelerde konuya ilişkin izlenimler dahi henüz oluşmamıştır. Ancak, iş güvencesinin yürürlüğe girmesinden önce işletmelerden çok sayıda işçi çıkarıldığı söylenmektedir. Bunun, daha önce geçerli neden göstermek zorunda olmaksızın sadece belirli önellere uyararak serbestçe işçi çıkarma hakkından yararlanan işverenlerin tedirginliklerinden kaynaklanan bir ilk tepki olduğu, bu şekilde tepkisel olarak işçi çıkarsalar bile işgücü ihtiyacı olan işletmelerin daha iyi seçerek işçi istihdam edecekleri kabul edilmelidir. İşçi seçiminde daha titiz davranılmasının işçi devrini azaltıcı etki yaratması beklenmelidir.

Önemle belirtmek gerekir ki, sosyal barışın korunması ve iş hukuku kurallarının gerçek anlamda uygulanabilmesi için, iş güvencesine kesinlikle gerek vardır. Aksi halde, iş hukuku ve sosyal hukuk normları kâğıt üzerinde kalmaya mahkumdur. Türkiye gibi, kayıt dışı istihdamın yüksek olduğu bir ülkede işçiyi feshe karşı koruma önlemleri bu açıdan daha da büyük önem taşımaktadır. Çünkü, ancak kendisini güvencede hisseden işçi işvereninden çalışmasını ilgili çalışma ve sosyal güvenlik kurumlarına bildirmesini talep edebilir. Bu nedenle, iş güvencesi sisteminin istihdamın kayıt altına alınmasında da olumlu etkisi söz konusudur¹².

¹⁰ U. Preis, "Almanya'da İşçinin Feshe Karşı Korunması", Çeviren, N. Caniklioğlu; Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, 26.

¹¹ bkz. *Ekonomi*, Model Arayışı, 81; *Taşkent*, İş Güvencesi, 37-44; G. Alpagut, "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, 80.

¹² S. Taşkent, "Uluslararası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", İktisadi, Sosyal ve

Sonuçta, hangi görüşe üstünlük tanınırsa tanınsın, iş güvencesinin olumlu ya da olumsuz, istihdam ve buna bağlı olarak sosyal hukuk üzerinde etkisi bulunduğu kuşkusuzdur.

Son olarak, mevcut istihdamın korunması düşüncesine dayanan iş güvencesiyle sosyal hukukun konusuna giren yaşlılık sigortası arasında da bir etkileşimin bulunduğunu belirtmek gerekir. Zira, işletme gerekleriyle iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde yaşlılık aylığına hak kazanmış olma, sosyal bir ölçüt olarak esas alınabilmektedir. Öte yandan, istihdamın daralması yaşlılık sigortasının finansmanını olumsuz etkileyebilir. Özellikle de, günü gününe finansman yönteminin ağırlıkla uygulandığı yaşlılık sigortası sistemlerinde bu olumsuz etki daha büyük olur.

III. Feshin son çare olması ilkesi

Feshin son çare olması (ultima ratio) ilkesi, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin daha kötü koşullarda da olsa çalıştırılabilme olanağının kalmamasını, bu nedenle son çare olarak fesih yoluna başvurulmasını ifade eder¹³. Son çare ilkesi, iş güvencesi sisteminin temelinde yatan, sözleşmeye bağlılığın esas, feshinse istisna olduğu yönündeki düşüncenin bir sonucudur. Bu düşünceye göre, feshe gidilebilmesi için, işveren bakımından sözleşmeyi sürdürmenin beklenemez hale gelmesi ve feshin kaçınılmaz olması gerekir¹⁴. Son çare ilkesi her türlü fesihte uygulama alanı bulan bir ilkedir. Ancak daha çok, işin, işyerinin ve işletmenin gerekleri nedeniyle feshlerde ve bu kapsamda da özellikle işverenin subjektif tercihine dayalı feshlerde tartışma konusudur. Çünkü, bu tür feshlerin temelinde işverenin ekonomik menfaati yer alır. İşletme gerekleriyle feshin son çare ilkesiyle sınırlanması, işverenin ekonomik menfaatleri ve sözleşme özgürlüğü üzerinde etki yaratır. İşletme yönetimine ve liberal piyasa ekonomisi sistemine müdahale niteliği taşır¹⁵.

Feshin son çare olması ilkesine göre, işveren, işletmesiyle ilgili olarak girişim özgürlüğü çerçevesinde verdiği kararlarla ulaşmak istediği amaca, kendisine aşırı yük getirmeyecek başka bir yolla ulaşabiliyorsa feshe başvurmamalıdır. Bir başka deyişle, işverenin işletmesel kararlarla amaçladığı sonucu elde edebilmesi için fesih gerekli olmalıdır. Bu açıdan yapılan yargı denetimi sonucunda feshin gerekli olmadığı sonucuna varılırsa fesih geçersiz

Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, 64 (Feshe Karşı Koruma).

¹³ Preis, 33.

¹⁴ M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003, 90-91.

¹⁵ M. Alp, "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması, -Alman Hukukuna Göre-", Yasa Hukuk Dergisi, Ocak 1999, S.12, 1528-1530 (Ölçülülük İlkesi).

sayılır¹⁶. Anılan biçimde yapılan gereklilik denetimiyle Anayasanın 13. maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesi iş sözleşmesinin feshinde uygulama alanı bulmaktadır¹⁷. Ölçülülük ilkesinin altında yer alan gereklilik ilkesi, belirli bir amaca ulaşmak için mevcut ve elverişli bulunan çeşitli araçlardan işleme muhatap olacak kişi bakımından en az zararlı olanının seçilmesidir. Buna göre, iş sözleşmesinin feshiyle aynı etkiyi gösterebilecek başka bir araç varsa işveren o aracı kullanarak amacına ulaşmaya çalışmalıdır¹⁸. Son çare ilkesinin uygulanmasına ilişkin sınırı, işverenin işletmesel karar özgürlüğü oluşturur. İşverenden, işletmesel amaca ulaşmak için, söz konusu özgürlüğü zedeleyecek boyutta fazla masraflı alternatif araçları kullanması beklenmez¹⁹. Burada çatışan iki temel hak, çalışma hakkı ile girişim ve sözleşme özgürlüğü arasında, ölçülülük ilkesinin uygulanması yoluyla bir denge kurulması çabası söz konusudur. Denge noktasının belirlenmesinde ise, bulunan ülkede benimsenen sosyal politikanın etkili olacağı kuşkusuzdur.

Türkiye’de iş güvencesi sistemini ilk kez yürürlüğe koyan 4773 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İK’nun ilgili madde gerekçesinde²⁰, işin, işyerinin ve işletmenin gerekleri nedeniyle fesihlerde, geçerli sebep kavramına uygun yorum yapılırken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılması ve feshe son çare olarak başvurulması gerektiği belirtilmiştir²¹. Yasa gerekçesinde son çare ilkesinin uygulanması bağlamında feshe alternatif önlemlere örnek olarak, fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğunca esnek çalışma ilişkilerinin getirilmesi, işin zamana yayılması, işçilerin başka işlerde çalıştırılması yollarının aranması ve işçinin yeniden eğitimiyle sorunun aşılmasına çalışılması gösterilmiştir. Yargıtay da

¹⁶ Engin, 91-92.

¹⁷ Ölçülülük ilkesi, “elverişlilik”, “gereklilik”, “oranlılık” ya da dar anlamda ölçülülük ilkesi olmak üzere üç alt ilkeden oluşur. Bu konuda bilgi için bkz. *Alp*, Ölçülülük İlkesi, 1520-1523.

¹⁸ *Alp*, Ölçülülük İlkesi, 1522; işverenin amacına ulaşmak için hepsi aynı ölçüde elverişli araçlar arasından işleme muhatap olacak kişinin en az aleyhine olanı seçmesi nedeniyle, elverişlilik ilkesi iş sözleşmesinin feshinde uygulama alanı bulamazken, oranlılık ilkesi ikinci derecede bir uygulama alanına sahiptir (bkz. *Alp*, Ölçülülük İlkesi, 1529-1530).

¹⁹ Engin, 91-92; *M.Alp*, “Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacakları”, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, 105.

²⁰ 4857 sayılı Yasanın 19. maddesinin gerekçesi için bkz. İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534). 13.3.2003 tarihli 45. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S Sayısı 73, s.13, T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem 22, C. 7.

²¹ Çelik, Dersler, 204; *D. Ulucan*, İş Güvencesi, İstanbul 2003, 44 (İş Güvencesi); *A. Güzel*, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları, Sendikalar Yasası Öngörülen Değişiklikler, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Öngörülen Değişiklikler, İstanbul Barosu yayınları, İstanbul 2004, 77-78 (İş Güvencesi); *H. Mollamahmutoglu*, İş Hukuku, Ankara 2004, 563 (İş Hukuku).

kararlarında, işverenin iş sözleşmesini feshe son çare olarak başvurması gerektiğini açıkça vurgulamaktadır²².

Feshin son çare olması ilkesinin sosyal hukuk ve istihdam üzerindeki etkisi özellikle işin, işyerinin ve işletmenin gerekleriyle fesihlerde görülür. Bu çerçevede, genel olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik, kısa çalışma, ücretsiz izin, fazla çalışmaların kaldırılması ve meslek eğitimi öne çıkmaktadır. İşverenin son çare ilkesini uygulayarak iş sözleşmesini feshetmeden önce çalışma koşullarında değişiklik yapmak suretiyle işçiyi çalıştırmanın yollarını aramasının istihdamın korunması bakımından önemli bir etkisi olduğu açıktır. Kısa çalışma, ücretsiz izin, fazla çalışmaların kaldırılması ve meslek eğitimi, temelinde çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği gerektirdiği için, çalışma koşulları değiştirilerek istihdamın korunması çabasının somut uygulamalarını oluşturur. İstihdamın korunmasına yönelik söz konusu uygulamalarla birlikte işçinin katlanmak zorunda kalabileceği daha kötü çalışma koşullarının yarattığı ekonomik kayıpların giderilmesi mekanizmalarının devreye sokulması gereksinimi bu alanda istihdamın korunmasıyla sosyal güvenliğin birlikte ele alınması sonucunu doğurmaktadır. Aşağıda kısaca çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı üzerinde durulduktan sonra, sosyal hukuka etki eden bazı somut uygulamalar ele alınacaktır.

1. Çalışma koşullarında esaslı değişiklik

İşçinin çalışma koşullarının hukuka uygun biçimde değiştirilerek istihdam edilmeye devam edilmesi feshe karşı önemli bir alternatif oluşturur. Şüphesiz ki, işçinin istihdamda tutulması amacıyla çalışma koşulları değiştirilirken olabildiğince, işçinin en az aleyhine olan değişiklik seçeneğinin tercih edilmesi gerekir. Çalışma koşullarının değiştirilmesi iş sözleşmesinin değiştirilmesi niteliğinde olduğundan kural olarak bu tür bir değişiklik için tarafların rızası aranır. Ancak Türk iş hukukunda, hem 1475 sayılı İş Kanununda, hem de 4857 sayılı İş Kanununda, işveren tarafından çalışma koşullarının değiştirilmesinde işçinin rızası sadece esaslı tarzdaki değişiklikler²³ için aranmış, bu ağırlıkta olmayan değişiklikleri yapmanın

²² Y9HD., 29.12.2003, 23204/22988, İşveren Şubat 2004, 16-18; Y9HD., 11.12.2003, 20222/20604, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2004/1, 145-146; Y9HD., 8.7.2003, 12442/13123, İşveren, Temmuz 2003, 15-17.

²³ Çalışma koşullarında esaslı değişiklik genel olarak, iş sözleşmesinin, ücret, yapılan iş, çalışma yeri ve saatleri gibi birinci derece unsur niteliğindeki koşullarında yapılmak istenen ve Yargıtayın benimsediği yaklaşımla objektif iyiniyet kurallarına göre işçiden beklenemeyecek ölçüde onun aleyhine sonuç doğuran değişikliklerdir. Bu konuda bilgi için bkz. *M. Ekonomi*, İş Hukuku C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, 201-202 (İş Hukuku); *N. Çelik*, İş Hukuku Dersleri, B.15, İstanbul 2000 189-191 (Dersler B.15); *S. Sützek*, İş Hukuku, İstanbul 2002, 501-507 (İş Hukuku); *Ü. Narmanlıoğlu*, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, 345-347 (İş Hukuku); *Engin*, 95-97; *G. Alpagut*, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında

işverenin yönetim hakkı içinde kaldığı kabul edilmiştir²⁴. Böylece, normlar hiyerarşisine göre iş sözleşmesinin, işverenin yönetim hakkının sınırını oluşturduğu kuralına²⁵ yasayla bir istisna getirilmiştir. Başka bir deyişle, asıl olarak iş sözleşmesiyle düzenlenmeyen konularda işgörmeye borcunu somutlaştırma ve işçinin işyerindeki davranışlarını yönlendirme işlevi gören işverenin yönetim hakkı, getirilen bu istisna ile genişletilmiş ve işverenin, değiştirilmesi çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik sonucunu doğurmayacak ikinci derece iş sözleşmesi unsurlarına müdahale edebilmesinin bir aracı niteliğini kazanmıştır²⁶.

1475 sayılı İş Kanununda, işverenin çalışma koşullarını tek taraflı olarak uygulamaması ya da esaslı şekilde değiştirmesi durumunda, işçiye sadece iş sözleşmesini derhal feshedebilme hakkı tanınmıştı (m.16/II,e). Haklı nedenle fesih hakkının kullanılması, fesih sebebinin öğrenilmesinden başlayan altı işgünlük hak düşümü süresine tabi olduğu için (m.18), bu hakkın süresi içinde kullanılmamasına, iş sözleşmesindeki değişikliğin işçi tarafından zımnen kabul edildiği sonucu bağlanmış olmaktadır. Ayrıca, 1475 sayılı İş Kanununun, işverenin iş sözleşmesinde tek taraflı esaslı değişikliğe gitmesinin haklı fesih nedeni olarak öngörüldüğü 16/II, e maddesi yedek hukuk kuralı biçiminde düzenlendiği için, sözleşmeye konacak bir hükümlerle işverenin bu şekilde tek taraflı bir değişikliğe gidebileceği kararlaştırılabilmekteydi²⁷. Ancak belirtelim ki, bu tür sözleşme hükümlerinin işverene çalışma koşullarını değiştirme konusunda sınırsız bir yetki vermediği ve çalışma koşullarının işverence tek taraflı olarak değiştirilmesinin her halde hakkaniyet ölçüsüne ve objektif esaslara uygun biçimde gerçekleştirilmesi gerektiği öğretisi ve yargı tarafından kabul edilmekteydi²⁸.

Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Çimento İşveren, Eylül 2004, 56-57 (Esaslı Değişiklik); *K. D. Yenisey*, Hizmet Akdine Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.5, 2001, 124-128 (İş Şartları).

²⁴ *Ekonomi*, İş Hukuku, 201; *Süzek*, İş Hukuku, 503; *Engin*, 96.

²⁵ bkz. *S. Taşkent*, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, 17; *Süzek*, İş Hukuku, 71; aynı yazar, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, 230.

²⁶ bkz. *K. D. Yenisey*, "Hizmet akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması", Ekonomik Krizin İş hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, 72.

²⁷ Bu konuda bilgi için bkz. *K. Tunçomağ – T. Centel*, İş Hukukunun Esasları, B.2, İstanbul 1999, 194-195; *Ekonomi*, İş Hukuku, 200-202; *Çelik*, Dersler B.15, 189; *Süzek*, İş Hukuku, 501 vd.; *Narmanlıoğlu*, İş Hukuku, 342-347, *Güzel*, İş Güvencesi, 118.

²⁸ *Tunçomağ – Centel*, 195; *M. Ekonomi*, Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 166 (Çalışma Şartları); *Süzek*, İş Hukuku, 504; *P. Soyer*, Hizmet Akitlerinin İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, 263 vd.; *Güzel*, İş Güvencesi, 119; *K. D. Yenisey*, İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Prof.Dr. Nuri Çelik'e

4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinde çalışma koşullarında değişiklik ve bu bağlamda iş sözleşmesinin feshi, yasanın öngördüğü iş güvencesi sistemiyle uyumlu ve son çare ilkesinin uygulanmasını da olanaklı kılacak bir biçimde yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, işveren çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğe gitmek isterse, bunu işçiye yazılı biçimde bildirmek ve rızasını almak suretiyle yapabilecektir. Yasada işverenin işçinin rızasıyla değiştirebileceği çalışma koşulları, iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamaları ile oluşan koşullar şeklinde belirtilmiştir²⁹. Yasaya göre, belirtilen yazılı şekle uyulmaması ya da işçi tarafından değişikliğin kabul edildiğinin altı işgünü içinde bildirilmemesi durumunda değişiklik işçi açısından bağlayıcı olmayacaktır. Ancak, değişiklik önerisinin anılan süre içinde işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda, işverene değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını yazılı olarak açıklamak suretiyle önelli feshe gitme olanağı tanınmıştır³⁰. Görüldüğü gibi yasa, eski düzenlemenin tam tersi bir sistem getirerek, işçinin suskun kalmasına çalışma koşullarındaki değişikliği kabul etmediği sonucunu bağlamış ve değişiklik nedeniyle feshe, geçerli bir nedeni varsa, işverenin gidebileceğini öngörmüştür.

Çalışma koşulları işverence değiştirilmek istenen işçinin 4857 sayılı İş Kanununun 24/f hükmüne dayanarak çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle feshe gitmesi mümkün olmakla birlikte³¹ fazla olası değildir. Çünkü, değişikliğin geçerli nedene dayandığı gerekçesiyle işverenin feshe gitmesini beklemesi işçinin daha yararlıdır³². Ancak, çalışma koşullarının işverence tek taraflı olarak esaslı tarzda değiştirilmesine işçinin açıkça ya da zımnen rıza göstermemesi üzerine, işveren geçerli nedenle iş sözleşmesini fesih yoluna gitmeyip öngördüğü değişiklik doğrultusunda bazı iş koşullarını uygulamıyorsa, o zaman işçi iş sözleşmesini İş Kanununun 24/f maddesine göre feshedebilir. İşveren aynı durumda işçiye ancak öngördüğü yeni koşullarda çalışabileceğini bildirip eski koşullarda işgörüme edimini kabul etmezse, o zaman, olaya göre işverenin temerrüde düştüğü, işçinin BK. 325 gereğince ücretini talep edebileceği ya da iş sözleşmesinin işveren tarafından zımnen feshedildiği sonucuna varmak gerekir³³.

Armağan, İstanbul 2001, 1180 vd.; aynı yazar, İş Şartları, 125; Y9HD., 24.4.2001, 3982/6894, E. Akvîgüt, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargı Kararları, C.1, İstanbul 2003, 618 vd.; Y9HD., 30.5.2000, 3990/7509, Yasa Hukuk Dergisi, Ekim 2000, 1415; Y9HD., 11.4.1988, 2824/4049 ve *Narmanlıoğlu*'nun değerlendirmesi, İHU, İK.16, No.7; Y9HD., 15.11.1971, 17614/22586, M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, B.6, Ankara 1986, 545.

²⁹ İşçinin yüklediği işi yerine getirirken uyması gereken bütün koşulları ifade eden, "çalışma koşullarının" belirlenmesi konusunda bilgi için bkz. *Ekonomi*, Çalışma Şartları, 158-161.

³⁰ bkz. *Çelik*, Dersler 217-218; *Ulucan*, İş Güvencesi, 86-88; *Eyrenci –Taşkent – Ulucan*, 144.-145.

³¹ *Güzel*, İş Güvencesi, 121.

³² *Engin*, 98-99; *Alpagut*, Esaslı Değişiklik, 58.

³³ *Süzek*, İş Hukuku, 506.

4857 sayılı İş Kanununun çalışma koşullarında değişikliği düzenleyen 22. maddesinin Bilim Kurulunca hazırlanan taslak metninde, işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının sözleşmeyle saklı tutulduğu hallerde, esaslı değişiklik için işçinin rızasını arayan ilk fıkra hükmünün uygulanmayacağı öngörülmekteyken (m.23/2) madde, TBMM'nde verilen önergelerle anılan hüküm metinden çıkarılarak yasalaştırılmıştır. O halde, 4857 sayılı yeni İş Kanununda, 1475 sayılı eski Kanundan farklı olarak, çalışma koşullarında değişikliği düzenleyen 22. madde yedek değil, nispi emredici bir hukuk kuralı olarak öngörülmüştür. Buna göre, işverenin çalışma koşullarında tek taraflı olarak esaslı tarzda değişikliğe gidebileceğine ilişkin genel bir yetki sözleşmeyle kararlaştırılamaz³⁴. Buna karşılık, işçinin işverene ait belirli birkaç işyerinde çalıştırılabileceği gibi iş koşullarında somut bazı değişiklikleri öngören sözleşme hükümlerine geçerlilik tanımak gerekir³⁵. Çünkü bu durumda, çalışma koşullarında gerçekleşebilecek değişiklikler somut olarak baştan beri işçi tarafından bilinip kabul edilen sözleşme hükmü niteliğindedir. O nedenle, çalışma koşullarında baştan kararlaştırılan biçimde değişikliğe gidilmesi sözleşme değişikliği sayılmaz. İş Kanununa göre, taraflar anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler. Ancak çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz (İK.22/2).

2. Kısa çalışma

a) Tanımı ve istihdama etkisi

Kısa çalışma, işverenin işçilerini ekonomik kriz ya da zorlayıcı nedenlerle geçici bir süre normal iş süresinin altında çalıştırması ya da işyerinde çalışmanın geçici bir süre tamamen durdurulması şeklinde tanımlanabilir³⁶. Kısa çalışma, geçici işsizlik, kısmi işsizlik ya da geçici

³⁴ *Eyrenci – Taşkent – Ulucan*, 144-145; *Güzel*, İş Güvencesi, 120; farklı görüşte, *Engin*, 96-97; *Alpagut*, Esaslı Değişiklik, 58-62, *Alpagut* tarafından bu çalışmada incelenen Yargıtay kararı çok açık olmamakla birlikte, paylaştığımız görüşü esas aldığı izlenimini vermekte ve yazarca eleştirilmektedir (Y9HD., 26.1.2004, 2003/231005, 2004/1204, bkz. aynı yer, 52-53).

³⁵ *Eyrenci – Taşkent – Ulucan*, 145.

³⁶ *European Employment and Industrial Relations Glossary: Germany*, By *M. Weiss*, London 1992, 210; *European Employment and Industrial Relations Glossary: France*, By *A. Lyon-Caen*, London 1993, 50-51; *M. Kutal*, İstihdam Politikasının Bir Aracı. Kısa Süreli Çalıştırma, Mercek, Nisan 1997, 29 vd.; *Süzek*, İş Hukuku, 243-244; aynı yazar, İş Akdinin Türleri, Mercek, Nisan 2001, 29; *Eyrenci – Taşkent – Ulucan*, 181; *D. Ulucan*, “AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve İş Kanunu Taslağında Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri”, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Marmaris 2002, 104 (Esnek Çalışma); *Ö. Eyrenci*, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, 25 (Kısmi Çalışmalar); aynı yazar, “4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, Ocak-Mart 2004, 48 (Yeni Düzenlemeler); *S. Başterzi – M. A. Şuğle*, İstihdam ve Danışmanlık Hizmetlerinin Hukuksal ve Toplumsal Yönleri, Ankara 1999, 44-45; *Başterzi*, 136.

kısmi işsizlik olarak da adlandırılmaktadır. Kısa çalışmayı kısmi çalışmadan ayıran başlıca özelliği geçici nitelikte olmasıdır³⁷.

İş Kanununun 65. maddesinde, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği kenar başlığı altında, işyerinde haftalık çalışma saatlerinin geçici bir süre önemli ölçüde azaltılması ve işyerinde çalışmanın geçici bir süre kısmen ya da tamamen durması birlikte düzenlenmiş, ancak maddenin içinde, kısa çalışma sadece haftalık çalışma saatlerinin geçici bir süre önemli ölçüde azaltılması anlamında kullanılmış, geçici olarak işin durması ise ayrıca ifade edilmiştir. İş Kanununda öngörülen kısa çalışmanın uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelikte de³⁸, kısa çalışma ve geçici olarak işin durması ayrı ayrı tanımlanmıştır. Öte yandan, bu ayrıma rağmen, her iki çalışma biçiminin uygulaması birbirine paralel düzenlenmiş ve her ikisi için de gelir güvencesi, kısa çalışma ödeneği adı altında öngörülmüştür. Bundan sonraki açıklamalarımızda kısa çalışmayı, yukarıda verdiğimiz geniş tanıma uygun olarak her iki durumu da içerir anlamda kullanacak, sadece gerekli olduğunda bu ayrımı dikkate alarak değerlendirmelerimizi yapacağız.

Kısa çalışma, feshin son çare olması ilkesinin en önemli uygulamalarından biridir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde kriz yönetiminde önemli bir yere sahiptir. Bu çerçevede işverenin, feshe gitmeden önce işletmesinin içinde bulunduğu sıkıntıyı işçilere kısa çalışma yaptırarak aşmayı denemesi, ancak bu da sorunu çözmüyorsa son çare olarak feshe başvurması gerekir.

İşçilere kısa çalışma yaptırılması işverence çalışma koşullarında geçici bir süre esaslı değişiklik yapılması sonucunu doğurur. Çünkü, işçi bu dönemde normal çalışma süresinin altında çalışmak ya da çalışmamak ve o oranda düşük ücret almak ya da hiç ücret almamak durumunda kalır. Temelinde iş güvencesi sağlamayı ve istihdamın korunmasını hedefleyen kısa çalışma uygulaması, işçiler bakımından katlanılabilir olmasını sağlamak üzere bir çok ülkede gelir güvencesi sağlayıcı mekanizmalar geliştirilerek sosyal hukuk kurumlarıyla tamamlanmaya çalışılmaktadır³⁹. 4857 sayılı Türk İş Kanununda da bu yaklaşımla kısa çalışma ilişkisi düzenlenmiş ve işçilerin kısa çalışma nedeniyle uğrayacakları gelir kayıplarının belirli koşullarda işsizlik sigortadan kısa çalışma ödeneği verilerek bir ölçüde giderilmesi öngörülmüştür.

³⁷ Eyrenci – Taşkent – Ulucan, 181; Eyrenci, Kısmi Çalışmalar, 25; aynı yazar, Yeni Düzenlemeler, 48; T. Centel, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, 32; Başterzi, 136.

³⁸ RG. 31.3.2004, S. 25419

³⁹ bkz. M. Weiss - M. Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, 3rd Ed., Kluwer, 2000, 84; Weiss, 210-211; T. Treu, Labour Law and Industrial Relations in Italy, Kluwer, 1998, 97 vd.; Lyon-Caen, 50-51.

Bu yaklaşımın gerisinde, kısa çalışmanın da aslında bir tür işsizlik olduğu, işçilere ve işverenlere böyle bir olanak tanınmazsa, işverenlerin işçilerini ücretsiz izne çıkararak işletmelerinin içinde bulunduğu güçlüğü aşmaya çalışacakları, işçilerin de gelir güvencesi olmayan bu duruma katlanamayacakları için iş sözleşmesinin feshedilmesini tercih edebilecekleri ve her durumda işsizlik sigortasından ödeneğe hak kazanabilecekleri düşüncesi yer alır. Böyle olunca, işsizlik sigortasından işçilere işsizlik ödeneği yanında iş bulma ve gerekiyorsa mesleki eğitim yardımı yapılması da gündeme geleceği için, işsizlik sigortası bakımından daha büyük bir mali külfet ortaya çıkacak⁴⁰, diğer yandan da işçi devri artacaktır.

İş Kanununun kısa çalışmayı düzenleyen 65. maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bu maddede belirtilen koşullarda ve söz konusu koşulların Çalışma ve sosyal Güvenlik Bakanlığınca tespit edilmesi kaydıyla kısa çalışma yaptırma yetkisinin işverene tanındığı sonucuna varılabilir⁴¹. Çünkü maddede, genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı nedenlerle işyerindeki haftalık çalışma süresini geçici olarak önemli ölçüde azaltan veya işyerinde faaliyeti tamamen ya da kısmen durduran işverenden söz edilerek, işçilerin işverence çalıştırılmadıkları süre için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılacak denetime ve izne tabi olarak koşulları varsa işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği alabilecekleri öngörülmüş ve kısa çalışma yaptırılacak asgari ve azami süre belirlenmiştir. Böyle bir yasal yetki söz konusu olmasaydı, feshin son çare olması ilkesini uygulamak üzere kısa çalışma önerip çalışma koşullarında geçici bir süre esaslı değişikliğe gitmeyi planlayan işverenin, İK'nun 22. maddesi hükmünden yararlanarak, geçerli nedenle feshe gideceğini bildirmek suretiyle işçilerini bu tür bir değişikliği kabul etmeye zorlaması gerekirdi.

Yasanın belirli koşullarda işverene böyle bir olanak tanınmasının temelinde, işçilerin ve istihdamın korunması düşüncesi yer alır. Nitekim, İş Kanununun kısa çalışmaya ilişkin madde gerekçesinde⁴², özellikle genel ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerle çalışma hayatında sıkça görülen işçilerin ücretsiz izne çıkarılması durumunda, işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlamak amacıyla, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği kavramlarının öngörüldüğü belirtilmektedir.

Öte yandan, kısa çalışmanın yasal olarak düzenlenmesi, böyle bir düzenlemeye gidilmemesi durumunda ancak işçilerin rızasıyla kısa çalışma uygulayabilecek ya da iş sözleşmelerini feshetmek zorunda kalacak olan

⁴⁰ Ö. Eyrenci, "4857 sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler", Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Çeşme 2003, 160 (İşin Düzenlenmesi).

⁴¹ bkz. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 690.

⁴² 4857 sayılı Yasanın 19. maddesinin gerekçesi için bkz. İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534). 13.3.2003 tarihli 45. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S Sayısı 73, s.23, T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem 22, C. 7.

işvereni ve işletmeyi koruyucu bir nitelik de taşır. Şöyle ki, bu uygulama öncelikle işverenin yüksek işten çıkarma maliyetlerine katlanmasını ve vasıflı işçilerini yitirmesini önler. İkincisi, işletmelere zaman kazandırarak nitelikli işçilerinin de yardımıyla üretimlerini yeniden yapılandırıp modernleştirme olanağı sağlar. Bu arada, işçilerin de üst ya da yeniden eğitimle değişime uyum sağlamalarına ya da daha kolay yeni bir iş bulmalarına yardımcı olur. Ayrıca, kısa çalışma uygulaması, azalan işgücü ihtiyacını çalışanlar arasında paylaşırması nedeniyle işçilerin işverene olan sadakat duygusunu ve çalışma arkadaşlarıyla aralarındaki dayanışma ruhunu güçlendirdiği için, işin kalitesini ve işçilerin güvenilirliğini de artırır⁴³. Bu şekilde, bir yandan işverene ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeplerden kaynaklanan güçlükleri aşabilme olanağı tanınırken, diğer yandan işletmenin güçlendirilmesi ve işçilerin istihdam edilebilirliğinin artırılması suretiyle istihdam korunmuş olur..

Belirtelim ki, işverene bu şekilde bir olanak tanınması, kısa çalışma yaptırılan işçilerin, çalışma koşullarının değiştirilip uygulanmaması nedeniyle İK.24/II,f'ye, ücretlerinin yasada ya da sözleşmede öngörüldüğü şekilde ödenmemesi nedeniyle İK.24/II,e'ye ve zorlayıcı sebeplerle işyerinde işin bir haftadan fazla süreyle durması halinde İK.24/III'e göre iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü, bir hakkın sınırlandırılması açık bir yasal düzenlemeyi gerektirir. İK'nun 65. maddesinden ise, kısa çalışma süresince feshin yasaklandığı yönünde bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Bu durumda feshe gitmeyen işçi zımnen değişikliği kabul etmiş olur. İşçilerin, özellikle genel ekonomik kriz dönemlerinde feshe giderek bütünüyle işsiz kalmayı tercih etmeleri beklenmemelidir.

b) Koşulları ve iş sözleşmesine etkisi

İş Kanununun 65. maddesi işverene kısa çalışma yaptırma olanağını *genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeplerin* bulunması durumunda tanımıştır. Kısa çalışmaya ilişkin yönetmelikte zorlayıcı sebepler, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması ve faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenler olarak tanımlanmaktadır.

Zorlayıcı sebeplerin varlığı durumunda geçici bir süre için işgörme edimini kabul imkânsızlığı içine düşen ve bu durum kendisine yüklenemeyen işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesi, ifa zamanı esaslı

⁴³ G. Schmidt, "Flexibilization of Labour Market Through Law? On Equity and Efficiency in the Regulation of Working-Time", Reflexive Labour Law, Edited by R. Rogowski – T. Wilthhagen, Kluwer, Deventer 1994, 338-339.

değilse, bir başka deyişle işgörme ediminin belirli bir tarihte ya da belirli bir sürede ifa edilmesi önem taşıyorsa teorik olarak askıya alınmış olur⁴⁴. Buna göre, zorlayıcı sebepten de kaynaklansa haftalık çalışma süresinin azaltılması biçimindeki kısa çalışma durumunda iş sözleşmesinin kısmen askıya alınmasından söz etmek mümkün değildir. Çünkü, işgörme edimini ifayı kabul imkânsızlığı ya vardır ya da yoktur. Kısmi bir imkânsızlıktan söz edilemez⁴⁵.

Buna karşılık, işyerinde işin zorlayıcı sebeplerle geçici olarak kısmen ya da tamamen durması halinde, işverenin içine düştüğü ifayı kabul imkânsızlığı nedeniyle işgörme ediminin tamamen yerine getirilememesi söz konusu olduğunda, diğer koşullarda varsa teorik olarak iş sözleşmesinin askıya alınması sonucu doğar.

İş sözleşmesinin teorik olarak askıya alınması bakımından işverenin ifayı kabul imkânsızlığı içinde olduğu sonucuna varılabilmesi için, ifa engelinin mutlaka teknik anlamda bir zorlayıcı sebep biçiminde ortaya çıkması aranmamaktadır. İşverenin gösterdiği bütün çabalara karşın ifayı kabul imkânsızlığını aşmasının mutlak olarak mümkün olmadığı, makinelerde meydana gelen teknik arızalar ve onarım gibi durumlarda da koşul gerçekleşmiş sayılır. Buna karşılık, işverenin ekonomik güçlükler nedeniyle işgörme ediminin ifasını kabul edememesi ifayı kabul imkânsızlığı niteliğinde sayılmadığından teorik olarak iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmaz. Bu tür ekonomik güçlükler, genel ekonomik kriz, işletmenin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntı, satışların durması ve stok fazlasının ortaya çıkması örnek gösterilebilir⁴⁶. Bu durumlar işletme riski içinde değerlendirilir⁴⁷.

Türk hukuk sisteminde ise, teorik düzeyde varılan bu sonuçtan farklı olarak iş sözleşmesinin yasayla askıya alınması sadece zorlayıcı sebeplerin varlığı durumunda kabul edilmiştir. İK.24/III'e göre, işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkına sahiptir. Söz konusu bir hafta boyunca iş sözleşmesi yasal olarak askıya alınmış olur⁴⁸. Bu bir haftalık dönemde, işverenin işçiye her gün yarım ücret ödenmesi öngörülerek (İK.40) işçinin ücreti bir ölçüde garanti altına alınmıştır. Anılan bir haftalık sürenin sonunda yasal askı durumu sona erdiğinde, işçi zorlayıcı sebeple İK.24/III'e göre iş sözleşmesini feshedebilir. Bu dönemde zorlayıcı sebep devam ettiği için işverence iş koşullarının

⁴⁴ İş sözleşmesinin askıya alınmasının koşulları hakkında bilgi için bkz. S. Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 45-87 (Askıya Alınma); aynı yazar, İş Hukuku, 411-419; Ö. Eyrenci, "Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler", İstanbul Barosu Çalışma Komisyonu Bülteni, S.5, 2001, 40-44.

⁴⁵ Süzek, Askıya Alınma, 107-108; Başterzi, 136.

⁴⁶ Süzek, Askıya Alınma, 46-47; aynı yazar, İş Hukuku, 413.

⁴⁷ H. Mollamahmutoğlu, Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, 171-172.

⁴⁸ Ekonomi, İş Hukuku, 202; Süzek, Askıya Alınma, 47; aynı yazar, İş Hukuku, 413.

geçici olarak değiştirilmesinden ya da uygulanmamasından söz edilemez. İşçi bir haftalık yasal askı süresinin sonunda fesih hakkını kullanmazsa bu sefer sözleşmesel bir askı durumu ortaya çıkar ve işçi fesih hakkını kullanıncaya kadar devam eder. Buna göre, kısa çalışma kapsamında zorlayıcı sebeple işyerinde çalışma kısmen ya da tamamen durmuşsa, ilk bir haftalık sürede yasal askı hali daha sonra ise, işçi tarafından sözleşme haklı nedenle feshedilmezse sözleşmesel askı hali ortaya çıkar.

İş Kanununda, zorlayıcı sebep niteliğinde olmasa da, işyerini aynı ölçüde etkileyeceği düşünülen genel ekonomik kriz de, koşulları varsa işverenin işçilerine kısa çalışma yaptırabileceği bir durum olarak kabul edilmiştir. Kısa çalışmaya ilişkin yönetmelikte genel ekonomik kriz, ulusal ve uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi olarak sarstığı durumlar olarak tanımlanmaktadır (m.3). Buna göre, ülke ekonomisini ve işyerini ciddi ölçüde etkileyen olay belirli bir sektörde de yaşansa, söz konusu işyerinde İK.65'e göre kısa çalışmaya gidilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmalıdır. Örneğin, dış ya da iç etkenlerle bankacılık sektöründe yaşanan ve ülke ekonomisini önemli ölçüde etkileyen bir krizden ciddi zarar gören işyerlerinde diğer koşullar da varsa kısa çalışma yaptırılabilirliğinin kabul edilmesi gerekir. Yönetmeliğin bu hükmüyle İş Kanununa ilişkin madde gerekçesinde⁴⁹ yer alan, pazara bağlı sektörel krizlerin işyerinde kısa çalışma yapılmasını haklı gösterecek bir neden olmadığı yönündeki ifade çelişkili değildir. Bir kez daha vurgulayalım ki, sektörel bir krizin o sektördeki işyerlerinde kısa çalışma yapılmasını haklı kılması, işyeri ile birlikte genel olarak ülke ekonomisini de önemli ölçüde etkilemesi durumunda kabul edilebilir. Bu nitelikte olmayan sektörel krizler tek başına kısa çalışmaya dayanak oluşturamaz⁵⁰. Yönetmeliğin 6. maddesine göre, işçi ve işveren sendika ve konfederasyonlarının ileri sürmesi ve güçlü emarelerin bulunması durumunda, genel bir ekonomik krizin varlığı ve niteliği hakkında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı açıklık getirecektir.

İşyerinde çalışmanın kısmen ya da tamamen durması genel ekonomik krizden kaynaklanıyorsa, Türk hukuk sisteminde bu durumda iş sözleşmesinin yasal olarak askıya alınması öngörülmediğinden, işçi iş koşullarının uygulanmaması nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkına sahiptir. İşçi bu fesih hakkını kullanmazsa, iş sözleşmesi işçinin rızasıyla askıya alınmış olur.

⁴⁹ bkz. dn. 42.

⁵⁰ Çelik, Dersler, 298-299; Engin, 105; "genel ekonomik kriz" sınırlamasının eleştirisi için bkz. P. Soyer, "İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeler", Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, 195-196 (Esneklik); karşı. Eyrenci – Taşkent – Ulucan, 181; Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, 159; aynı yazar, Yeni Düzenlemeler, 48; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 689; aynı yazar, "4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.4, 2004, 24.

İş Kanununun 65. maddesine göre, işverene işyerinde kısa çalışma yaptırma yetkisi tanınması ve kısa çalışma döneminde işçilere işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği verilerek gelir güvencesi sağlanması genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeplerin işyeri üzerindeki olumsuz etkisinin dört haftadan fazla sürmesi durumunda kabul edilmiştir. İşverenin işyerinde kısa çalışma yaptırma ihtiyacı genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebepler dışında bir olaydan kaynaklanıyorsa ya da bu sebeplerin işyeri üzerindeki olumsuz etkisi dört haftadan daha kısa süreliyse, işverenin işyerinde kısa çalışma yaptırabilmesi işçilerin rızasına bağlıdır. İş koşullarında esaslı değişiklik oluşturacak bu uygulamaya gidebilmesi için işverenin İK'nun 22. maddesine göre bu durumu işçilerine yazılı olarak bildirmesi gerekir. İşveren geçerli nedenleri varsa, kısa çalışmayı kabul etmedikleri takdirde iş sözleşmelerini feshetmek zorunda kalacağını belirterek işçilerini kısa çalışma uygulamasına rıza göstermeye zorlayabilir. İşçilerin açıkça ya da zımnen rıza göstermemesi durumunda sözleşmeyi feshetmeyerek işçilerinin işgörme edimini sözleşmede kararlaştırılan iş sürelerinin altında bir süre kabul eden ya da işyerinde çalışmayı kısmen ya da tamamen durduran işveren işçilerini çalıştırmadığı süre için alacaklı temerrüdüne düşmüş olur⁵¹. İşçiler BK.325'e göre, çalışmasalar da çalışmadıkları iş süreleri için işverenden ücret talep edebilir. Ancak, böyle bir öneri karşısında işçilerin geçici bir süre için kısa çalışma yapıp daha az ücret almak yerine iş sözleşmelerinin feshedilmesini göze almaları beklenmez.

İşverenin genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeplerle kısa çalışma yaptıracağı süre dört haftadan fazlaysa, işveren Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından izin almak suretiyle işçilerine kısa çalışma yaptırabilir. İşverene böyle bir yetkinin tanındığı kabul edilince artık işverenin işçilerini İK.22'ye göre geçerli nedenle feshe gideceğini ileri sürerek kısa çalışma uygulamasını kabul etmeye zorlamasına gerek yoktur. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, bu uygulamaya katlanmak istemeyen işçiler iş sözleşmelerini, zorlayıcı sebeplerle işyerinde bir haftadan fazla süreyle çalışma yapılamaması durumunda İK.24/III'e, çalışma koşullarının değiştirilip uygulanmaması nedeniyle İK.24/f'ye ya da ücretinin yasa veya sözleşme hükümlerine göre ödenmemesi nedeniyle İK.24/e hükmüne göre haklı nedenle derhal feshedebilir. İş sözleşmelerini anılan nedenlerle feshetmeyen işçiler kısa çalışma uygulamasına rıza göstermiş sayılır ve bu durumda işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi söz konusu olmaz.

İş Kanununun 65. maddesinde işverenin tek taraflı olarak alacağı kararla işyerinde kısa çalışma yaptırabilmesi normal haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması durumunda kabul edilmiştir. Kısa çalışmaya ilişkin yönetmelikte kısa çalışma tanımlanırken haftalık çalışma süresinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılarak uygulanmasından

⁵¹ Mollamahmutoğlu, İş Hukuku,690.

söz edilmektedir. Haftalık iş sürelerinde bundan daha az bir indirim yapılması bu yasa anlamında kısa çalışma olarak nitelenmeyeceği için, işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacak böyle bir uygulamaya gitmesi ancak İK'nun 22. maddesini işletmesiyle mümkün olabilir.

Kısa çalışmaya ilişkin yönetmeliğin 4. maddesine göre, genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeplerle geçici olarak işyerindeki işçilerin tamamının veya bir kısmının haftalık ortalama çalışma sürelerini en az üçte bir oranında azaltan ya da işyerinde faaliyetini kısmen veya tamamen durduran işveren, bu uygulamayı gerekçeleriyle birlikte Türkiye İş Kurumunun ilgili birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya yazılı olarak bildirir. Bu durum ayrıca işyerinde ilan edilerek işçilere duyurulur. Türkiye İş Kurumuna ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya yazılı bildirim ile kısa çalışma uygulamasına itiraz yolu açılarak bir sosyal diyalog ve katılım mekanizması oluşturulmaya çalışılmıştır. İş Kanununun kısa çalışmaya ilişkin maddesi yasalaşırken TBMM'nde kısa çalışma koşulları arasına işverenin talebinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca uygun bulunması eklenince Türkiye İş Kurumunun işlevi genişlemiş, uygunluk denetimine aracılık da bu kurumun görevleri arasına katılmıştır.

Söz konusu bildirimde, işyerine etki eden genel ekonomik krizin ve zorlayıcı sebeplerin neler olduğu, işyerinde kısa çalışma uygulanacak süre, anılan olumsuzlukların işyerinin bütününe mü yoksa bir bölümüne mü etkilediği, kısa çalışma yaptırılacak işçilerin adları soyadları, sosyal güvenlik sicil numaraları, haftalık ortalama çalışma süreleri ve her işçiye ne kadar süre kısa çalışma yaptırılacağı, işyerinin unvanı, adresi, bağlı olduğu Bakanlık bölge müdürlüğünün neresi olduğu ve sosyal güvenlik işyeri sicil numarası yer alır. Ayrıca bildirimde, kısa çalışma yaptırılması gereğine ilişkin kanıtlar da eklenir.

İşverence kısa çalışma uygulamasına dayanak gösterilen genel ekonomik krizin varlığı ve zorlayıcı sebeplerin uygunluğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından en kısa zamanda değerlendirilir ve sonucu Bakanlıkça Türkiye İş Kurumuna bildirilir. Kurum da işverene ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya değerlendirme sonucunu aktarır. Bu değerlendirme sunucunda Bakanlıkça verilen karara karşı yargı yolu açıktır⁵². Bu konudaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi uyarınca iş mahkemeleri görevlidir⁵³. Belirtelim ki, işverene belirli koşullarda tanınan kısa çalışma yaptırma yetkisinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının iznine tabi olması yönündeki düzenleme yasa taslağına TBMM'nde eklenmiştir. Bilim Kurulunca hazırlanan Taslak

⁵² Çelik, Dersler, 299.

⁵³ Eyrenci – Taşkent – Ulucan, 181; Ulucan, Esnek Çalışma, 104; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 49.

metninde sadece kısa çalışma kararı alan işverenin durumu Türkiye İş Kurumuna ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı olan sendikaya bildirmek zorunda olduğu belirtilmekteydi. Bu düzenlemenin yaratacağı bürokratik işlemler işverenleri doğrudan İK'nun 22. maddesini işleterek işçileri kısa çalışma uygulamasına zorlamaya itebilecektir⁵⁴.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının izni ile işverene tanınan kısa çalışma yaptırma yetkisi en çok üç aydır (İK.65/2). Üç aylık kısa çalışma uygulamasının sonunda genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebepten kaynaklanan kısa çalışma yapılması ihtiyacı ortadan kalkmamışsa, işverenin İK'nun 22. maddesi çerçevesinde işçilerine yazılı olarak yeni bir kısa çalışma önerisinde bulunması ve çalışma koşullarında esaslı değişiklik prosedürünü işletip, kısa çalışma önerisini kabul etmemeleri durumunda geçerli nedenle feshe gitmekten başka çaresi olmadığını belirterek onları ikna etmeye çalışması gerekir. İşyerinde çalışma faaliyetinin İK.65 çerçevesinde üç ay süreyle işverence durdurulmasının ardından işçiler rızaları ile bir süre daha çalıştırılmamaya devam edilirse, kısa çalışma uygulaması ücretsiz izne dönüşür.

c) Sosyal hukukla ilişkisi – Kısa çalışma ödeneği

Yukarıda açıklanan koşulların varlığının Bakanlıkça tespit edilerek işverenin kısa çalışma yaptırma talebi uygun bulunursa, kısa çalışmanın başladığı tarihte 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun (İSK) 50. maddesine göre çalışma süreleri ve işsizlik sigortası prim ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanma koşullarını yerine getirmiş olan işçilere işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği verilir⁵⁵.

İşsizlik Sigortası Kanununun 51. maddesinde göre işsizlik ödeneğine hak kazanma koşullarını kısa çalışmaya uyarlayacak olursak, kısa çalışma ödeneği alabilmek için kısa çalışmanın başladığı tarihten önceki 120 gün prim ödeyerek sürekli çalışmış olmak ve yine son üç yıl içinde en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödemiş olmak gerekir. Kısa çalışmanın başladığı tarihten önceki 120 gün prim ödeyerek sürekli çalışma koşulu çok katı yorumlanmamalıdır. Nitekim, Türkiye İş Kurumunca yayımlanan 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Uygulanmasına İlişkin 3 No.lu Tebliğde,⁵⁶ hizmet akdinin sona erdiği tarihten önceki son 120 gün içinde, hizmet akdi devam etmekle birlikte, hastalık, ücretsiz izin, disiplin cezası, gözüne alınma, hükümlülükle sonuçlanmayan tutukluluk hali, kısmi istihdam ile grev, lokavt, genel hayatı etkileyen olaylar, ekonomik kriz, doğal afetler nedeniyle işyerinde faaliyetin durdurulması veya işe ara verilmesi halinde,

⁵⁴ Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, 160.

⁵⁵ bkz. Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 691.

⁵⁶ RG.30.01.2002, S. 24656.

prim yatırılmayan süreler için Sosyal Sigortalar Kurumu kayıtlarının esas alınacağı ve 120 günün hesabında prim yatırılmayan bu sürelerin kesinti sayılmayacağı öngörülmüştür. Buna göre, kısa çalışmanın başladığı tarihten önceki 120 gün kısmi statüde, örneğin haftada üç gün çalışan bir işçi de 120 gün kesintisiz çalışma koşulunu yerine getirmiş sayılır.

Öte yandan belirtelim ki, İSK'nun 50. maddesinde prim ödeyerek sürekli çalışmadan söz edilmişse de, bunu sadece sürekli çalışma olarak anlamak gerekir. Sosyal Sigortalar Kanununun (SSK) 6. maddesine göre çalıştırılanlar işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olurlar. Yine SSK'na göre, işçilerin prim belgelerini düzenleyip kuruma vermek (m.79) ve prim borçlarını işçilerin ücretlerinden keserek ödemek (m.80) işverenin yükümlülüğüdür⁵⁷. İşverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması, çalışması tespit edilirse, işçinin işsizlik ya da kısa çalışma ödeneğinden yoksun kalması sonucunu doğurmayacaktır.

İşçi yukarıda açıklanan koşulları taşıyorsa kısa çalışma ödeneği alabilmek için, örneği yönetmeliğe ekli kısa çalışma ödeneği bildirgesiyle işyerinin bağlı bulunduğu yerdeki Türkiye İş Kurumu birimine başvurmalıdır (Yön.9/d). İlgili Kurum birimince kısa çalışmadan etkilenen işçilerin başvurusu izleyen ayın sonuna kadar sonuçlandırılır. Kısa çalışma ödeneği hak sahibi işçinin kendisine aylık olarak her ayın sonunda ödenir (Yön.10/8).

Bu noktada belirtmek isteriz ki, işverene İK'nun 65. maddesindeki koşullarda kısa çalışma yaptırma yetkisi tanınmış, böylece işletme riski bir ölçüde işçiye de yüklenmiş, öte yandan bu yük kısa çalışma ödeneği ile hafifletilmeye ve bir denge sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak, kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için aranan prim ödeme koşullarını sağlayamayan işçiler bakımından ekonomik olanla sosyal olan arasında adil bir denge kurulduğu söylenemez. Bu işçiler bakımından, kendi rızaları ile işletme riskini paylaşmak ya da iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmekten başka bir çare kalmamaktadır. Özellikle, Türkiye'de işsizlik ödeneğine hak kazanmak için aranan prim ödeme koşullarının ağırlığı dikkate alındığında bu durum daha da önem kazanmaktadır. Çok adil olmayan bu durumun bir ölçüde giderilebilmesi için, en azından kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için aranan prim ödeme koşulları hafifletilerek anılan konumdaki işçilerin istihdamda tutulmaya çalışılması isabetli olur.

Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneği miktarı kadardır. Bu miktar sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama net kazancının %50'sidir. Ancak bu ödenek miktarına da bir tavan getirilmiş ve onaltı yaşından büyük işçiler için

⁵⁷ bkz. A. Güzel – A.R. Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, B.10, İstanbul 2004, 110-1112, 179-182, 205-207; A. C. Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B.10, İstanbul 2002, 134, 172-173, 178 (Sosyal Güvenlik).

uygulanan asgari ücretin netini geçemeyeceği öngörülmüştür (İK.65/3, Yön.10). Kanımızca, İK'nun 65. maddesinin temelinde kısa çalışmanın geçici bir işsizlik olduğu düşüncesi yatmaktadır. Bu kabul edilince ve kısa çalışma ödeneği almak için işsizlik sigortasından ödeneğe hak kazanma koşullarının da gerçekleşmesi aranınca, artık ödeneğin verilme süresinin de işsizlik sigortasına paralel bir şekilde düzenlenmesi isabetli olurdu. Böyle olunca, İSK'nun 50. maddesine göre, son üç yıl içinde 600 gün çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olanlara 180 gün, aynı süre içinde prim ödeme gün sayısı 900 gün olanlara 240 gün ve 1080 gün olanlara 300 gün kısa çalışma ödeneği verilebilirdi. Bu tercihin yapılması ülkemizin ekonomik koşulları dikkate alındığında, kriz yönetiminin kolaylaşması ve istihdamın korunması bakımından daha yararlı olurdu.

Kısa çalışma uygulaması haftalık normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltılması şeklinde ise, kısa çalışma ödeneğinin haftalık çalışma süresindeki indirimle orantılı olması gerektiği⁵⁸ İK'nun kısa çalışmayı düzenleyen 65. maddesinin gelir kayıplarını güvence altına alma amacından kolaylıkla çıkarılabilir. Nitekim, İK'nun 65. maddesinde öngörülmemekle birlikte, Yönetmelikte isabetli olarak, işyerinde faaliyetin kısmen durdurulması halinde kısa çalışma ödeneğinin normal haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde verileceği öngörülmüştür (m.10/4).

Kısa çalışma ödeneğinin verilme süresi zorlayıcı sebebin devamı süresini ve her halde üç ayı aşamaz (Yön.10/2). Zaten İK.65/2'de kısa çalışma yaptırılabilir azami süre de üç ay olarak öngörülmüştür. Zorlayıcı sebeplerle işyerinde çalışmanın durması halinde kısa çalışma ödeneği, işverenin İK'nun 40. maddesine göre her gün yarım ücret ödemesinin gerektiği bir haftalık sürenin sonundan başlar (Yön.10/5).

İşçinin kısa çalışma ödeneği aldığı süre içinde hastalık ve analık sigortası primleri İşsizlik Sigortası Fonunca 2/3 oranında Sosyal Sigortalar Kurumuna aktarılır. Bu primler, sigorta primlerinin hesabına esas tutulan en alt kazanç sınırı üzerinden hesaplanır (İK.65/5, Yön.10/6).

Kısa çalışma ödeneği alan işçi ödeneği tüketmeden tekrar işe başladıktan bir süre sonra İSK'nunda öngörülen koşullar gerçekleşmeden işsiz kalırsa, kısa çalışma ödeneği aldığı süre çıkarıldıktan sonra kalan süre için daha önce hak etmiş olduğu işsizlik ödeneğinden yararlanır (İK.65/5, Yön.10/7).

İşçi bir yandan kısa çalışma ödeneği alırken diğer yandan geçici işgöremezlik ödeneğine de hak kazanmışsa, alacağı geçici işgöremezlik ödeneğinin miktarı kısa çalışma ödeneğinden fazla olamaz. Geçici işgöremezlik ödeneğinin verildiği dönemde İK.65'te kısa çalışma ödeneği

⁵⁸ Eyrenci – Taşkent –Ulucan, 182; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 49; Soyler, Esneklik, 197.

alan işçi için ödenmesi öngörülen hastalık ve analık sigortası primleri ödenmez (İK.65/6).

Kısa çalışmaya ilişkin yönetmelikte belirli durumlarda kısa çalışma ödeneğinin kesilmesi öngörülmüştür. Yönetmeliğin 11. maddesine göre, işçinin işe girmesi, yaşlılık aylığı almaya başlaması, herhangi bir sebeple silah altına alınması veya herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılması veya geçici işgöremezlik ödeneğinin başlaması durumunda kısa çalışma ödeneği kesilir. Kısa çalışma ödeneğinin kesildiği sürede işçi için ödenmesi öngörülen hastalık ve analık sigortası primleri ödenmez. Ödeneğin kesilmesine yol açan söz konusu durumlar, işsizlik sigortası anlamında işsiz olmak için aranan çalışmaya elverişli olma⁵⁹ koşulunu ortadan kaldıran özelliğe sahiptir. Kısa çalışma, bir yönüyle geçici işsizlik ya da kısmi işsizlik niteliğinde olduğu ve bu şekilde de adlandırılabilirdiği için, işsizlik niteliğinin yitirilmesine yol açan söz konusu durumlarda ödeneğin kesilmesi kısa çalışmanın niteliği gereğidir.

Kısa çalışmanın ilan edildiği süreden önce sona ermesi durumunda, işyerinde çalışma faaliyetine başlamaya karar veren işveren durumu altı işgünü içinde, ilgili Kurum birimine ve varsa toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu bildirimde belirtilen tarihte kısa çalışma sona erer ve işçiler işbaşı yapar (Yön.12).

3. Ücretsiz izin

Yukarıda belirtildiği gibi, Türk iş hukuku sisteminde iş sözleşmesinin askıya alınması ancak zorlayıcı sebeplerin bulunması durumunda kabul edilmiştir. İşyerinde zorlayıcı sebeplerle işin durması halinde işçinin dürüstlük gereği buna katlanması gereken süreyi yasa bir hafta olarak öngörmüş (İK.24/III), bu sürenin sonunda işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkı tanımıştır. Görüldüğü gibi hukuk sistemimizde, işverenin işletmesinden kaynaklanan güçlüklerden sadece zorlayıcı sebebe dayananlar bir hafta süreyle iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmakta, bunun dışında beklenmeyen haller nedeniyle işverenin geçici ifayı kabul imkânsızlığı içine düştüğü durumlarda iş sözleşmesinin askıya alınması söz konusu olmamaktadır. Beklenmeyen hallerde işçinin işgörme edimini kabul edemeyen işveren alacaklı temerrüdüne düşmekte ve BK'nun 325. maddesine göre işgörme edimini sunmasa da emrine hazır tuttuğu için işçiye ücretini tam olarak ödemekle yükümlü bulunmaktadır. Öte yandan, işçiler bakımından, iş koşullarının uygulanmaması nedeniyle İK.24/II, f hükmüne göre iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı da doğmaktadır.

⁵⁹ İşsizlik sigortası bakımından işsizliğin bir unsuru olan "Çalışmaya elverişli olma" konusunda bkz. Başterzi, 141-147.

Yukarıda açıklandığı üzere, işverene işçilerine kısa çalışma yaptırma ve bu çerçevede işyerinde çalışma faaliyetini tamamen durdurma yetkisi, genel ekonomik krizin işyerini ciddi ölçüde etkilemesi nedeniyle ya da zorlayıcı sebeplerle işverenin işçilerinin işgörmeye edimlerini dört haftadan uzun bir süre, fakat en çok üç ay için kabul imkansızlığına düştüğü durumlarda tanınmıştır. İşçilerin sahip oldukları fesih hakkını kullanmayarak, çalışmanın geçici olarak durdurulmasına zımnen ya da açıkça rıza gösterdikleri işyerinde bu uygulama sırasında işverenin temerrüdü söz konusu olmaz. Anılan dönemde iş sözleşmeleri tarafların rızasıyla sözleşmesel olarak askıda kalır. İşyerinde çalışmanın geçici olarak durduğu sürede işçilerin gelir güvencesi, gerekli prim ödeme koşullarını da yerine getirmişlerse işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği verilerek sağlanır.

İşverenin, işçilerine kısa çalışma yaptırma yetkisine sahip olmadığı, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle de olsa dört haftayı aşmayan ya da üç aydan fazla süren ifayı kabul imkansızlığı durumları ile genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebepler dışında kalan geçerli nedene dayalı ifayı kabul etmeme durumlarında, temerrüde düşmemek için iki seçeneği söz konusu olabilir. Bunlardan biri iş sözleşmesinin feshi, diğeri ise, işçilerin ücretsiz izne çıkarılmasıdır. Ancak işverenin geçerli nedenle feshe gidebilmesi için, feshin son çare olması ilkesi uyarınca işçilerine öncelikle, ifayı kabul etmemesinin geçerli nedeni ortadan kalkana kadar ücretsiz izin önerisinde bulunması gerekir. Aksi halde yapacağı fesih geçersiz sayılır. İşverenin ifayı kabul etmesine engel oluşturan geçerli nedenlere örnek olarak, beklenmeyen bir halin ifayı kabul imkansızlığına yol açması ya da işyeri organizasyonunun değiştirilmesi, işyerinin bakım ve onarımına alınması, stok fazlasının bulunması gibi işletmesel karara dayanan nedenler gösterilebilir.

İşverenin temerrüde düşmemek için işçilerine önermesi gereken ücretsiz izin uygulaması çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacağı için, İK'nun 22. maddesi uyarınca her bir işçiye yazılı olarak yapılmalıdır. İK.22'ye göre işçiler bu uygulamayı açıkça reddeder ya da susarak zımnen kabul etmezlerse, işveren iş sözleşmelerini önel vererek ve kıdem tazminatlarını ödeyerek geçerli nedenle feshedebilir. Bu olasılık karşısında işlerini kaybetmek istemeyen işçilerin ücretsiz izin uygulamasına rıza göstermeleri beklenebilir.

Görüldüğü gibi, ücretsiz izin, feshin son çare olması ilkesinin önemli bir uygulama alanıdır. Böylece işveren, işten çıkarma maliyetlerine katlanmak zorunda kalmaksızın ve kalifiye işgücünü kaybetmeksizin işyerinde çalışma faaliyetini geçici bir süre durdurabilme olanağına sahip olur. İşçilerse, yeni bir iş bulmanın güçlüğüne düşünerek, bir süre sonra işbaşı yapma ümidiyle gelir güvencesi olmaksızın çalışmamaya katlanır. Ücretsiz izni kabul ederek istihdamda kalmaya çalışan işçiler bunun karşılığında işletme riskini paylaşmış olur. Ücretsiz izin süresince iş

sözleşmesi tarafların rızası ile sözleşmesel olarak askıda kalır. Ancak, işçiler diledikleri zaman iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkına sahiptir.

İşverenlerin bazen yüksek işten çıkarma maliyetlerinden kurtulmak için fesih yerine işçilerini belirsiz bir süre ücretsiz izne çıkarma yoluna başvurabildikleri görülmektedir. O nedenle, belirsiz ya da uzun süreli ücretsiz izne çıkarma durumlarında dürüstlük kuralına göre işverenin gerçek iradesinin araştırılması ve fesih iradesinin ücretsiz iznin arkasına gizlenmeye çalışıldığı anlaşılırsa, iş sözleşmesinin işverence feshedildiği sonucuna varılması gerekir⁶⁰. Feshin, yenilik doğuran bir hak olması ve karşı tarafın içinde bulunduğu hukuki ilişkiyi etkilemesi nedeniyle kural olarak açıkça yapılması gerekse de, taraflardan birinin, ücretsiz izne çıkarma durumunda işverenin davranışı, güven teorisine göre fesih iradesini taşıdığını açıkça ortaya koyuyorsa fesih yapılmış sayılır⁶¹. Ancak, yeni İK'nun 19. maddesine göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih nedenini açık ve kesin bir biçimde belirtmek zorunda olduğu için, bu şekilde zımnen yapılan fesih geçersiz bir fesihtir⁶².

Yargıtay, 1475 sayılı İK döneminde verdiği çeşitli kararlarında, işçilerin uzun bir süre ücretsiz izne çıkarılmasının fesih anlamında olduğu sonucuna varmıştır⁶³. Yargıtay bir kararında, *“sözleşmede mevsimlik işçi şeklinde bir açıklama yapılmakla birlikte davacının devamlı çalıştığı bu durumun iş şartı haline geldiği ancak havaların sert gitmesi karşısında davalı işverenin davacı ile birlikte birçok işçiyi ücretsiz izne çıkarmak istediği açıktır. Ortada makul bir sebep olduğu için ücretsiz izne çıkarma işlemine değer vermek gerekir.”* görüşünü dile getirerek, işletme gereklerine dayalı geçerli bir nedenle işçilerin ücretsiz izne çıkarılmasının iş sözleşmesinin feshi anlamına gelmediği sonucuna varmıştır⁶⁴. Bunun karşıt kavramından, Yargıtayın geçerli bir neden yokken işverenin işçilerini ücretsiz izne çıkarma iradesini fesih olarak yorumlayacağı sonucuna varılabilir⁶⁵.

⁶⁰ S. Süzek, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 83 (Değerlendirme 1998); Engin, 107.

⁶¹ Ekonomi, İş Hukuku, 167; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 265; Süzek, İş Hukuku, 431, 434; aynı yazar, Değerlendirme 1998, 82;

⁶² Karş. Engin, 109.

⁶³ Y9HD., 26.10.2000, 10391/14924, TÜHİS, C.16-17, Mayıs-Ağustos, 2001, 44, kararın değerlendirilmesi için bkz. Ü Narmanlıoğlu, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, 33; Y9HD., 24.7.1998, 1997/5112, 1998/7788, İşveren Haziran 1998, 15, kararın değerlendirilmesi için bakınız, Süzek, Değerlendirme 1998, 81-84.

⁶⁴ Y9HD., 6.12.2000, 13381/18384, TÜHİS, C. 16-17, Mayıs-Ağustos 2001, 51; Engin, 108.

⁶⁵ Ücretsiz izne ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi için bkz. N. Çelik, “Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, 434-436 (Çözüm Arayışları).

Öngörülen ücretsiz izin süresinin sonunda sözleşmesel askı hali kendiliğinden sona erer. İşverenin iş sözleşmesi hükümlerine göre işçilerini çalıştırması işçilerin de çalışmaya başlaması gerekir. İşçilerin ücretsiz izne çıkarılmalarının dayanağını oluşturan geçerli neden devam ediyorsa, işverenin işçilerine bir süre daha ücretsiz izin yaptırma önerisinde bulunması mümkündür. Bu öneri de, ücretsiz iznin ilk kez önerilmesinde olduğu gibi, İK.22'de öngörülen çalışma koşullarında esaslı değişiklik ve fesih prosedürü çerçevesinde yeniden değerlendirilir. İşveren işçilerine bu şekilde yeni bir öneriyle gitmez ve işbaşı da yaptırmazsa olayın özelliklerine göre, fesih iradesini taşıyıp taşımadığı araştırılarak, yapılacak değerlendirmeye göre, işverenin ya iş sözleşmesini feshetmiş olduğu ya da alacaklı temerrüdüne düştüğü sonucuna varılabilir. Yargıtay da bir kararında, işçilerin rızası ile gerçekleştirilen altı aylık ücretsiz izin uygulaması sonunda işçilere işbaşı yaptırılmamasını iş sözleşmesinin feshi olarak nitelendirmiştir⁶⁶. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, bu tür bir fesih yeni İK'na göre (m.19/1), zımnen yapıldığı ve yazılı bildirim koşuluna uyulmadığı için geçersizdir.

4. Meslek eğitimi

İşverenin üretim yöntemlerini değiştirmesi, yeni teknolojilerin kullanımını devreye sokması ya da faaliyet konusunu değiştirmesi gibi nedenlerle işyerinde çalışan işçilerin nitelikleri, yeni koşullarda kendilerinden yapmaları beklenen işi yürütmeye uygun ya da yeterli olmayabilir. Bu durumda işveren açısından işçinin yeterliliğine ilişkin bir fesih sebebi ortaya çıkar⁶⁷. Ancak işverenin bu nedenle feshe gidebilmesi için, feshin son çare olması ilkesinin bir gereği olarak, dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenebildiği ölçüde işçilerine yeni iş koşullarına uyum sağlayabilmeleri için eğitim hizmeti sağlamayı denemesi gerekir. Aksi halde yapılan fesih geçersiz olur. İşverenden işçilere böyle bir olanağın sağlanmasının beklenebilmesi için ihtiyaç duyulan eğitim hizmetinin makul bir sürede tamamlanabilecek nitelikte olması ve aşırı pahalı olmaması gerekir. İşveren kendisinden eğitim hizmeti vermesinin beklenemeyeceğini düşünüyorsa bunu ispatlamalıdır. Üretim yönteminin, kullanılan teknolojilerin ya da faaliyet konusunun değiştirilmesi sürecinde işverenin işçilerine bu değişikliklere uyum sağlamak üzere hazırlık olanağı vermesi, işçi ve işveren arasında iş sözleşmesiyle kurulan kişisel bağımlılık ilişkisinin ve bu ilişkiden doğan işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereği olarak da değerlendirilebilir de mümkündür⁶⁸.

⁶⁶ Y9HD., 30.9.1998, 11114/13801, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1999, 15, kararın değerlendirilmesi için bkz. Çelik, Çözüm Arayışları, 435.

⁶⁷ M. Ekonomi, "Hizmet Adinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, Mart 2003, 23 (İş Güvencesi)

⁶⁸ Engin, 93-94.

İşçilerine böyle bir hizmet sunmak isteyen işverenlerin Türkiye İş Kurumundan destek alması mümkün olabilir. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunda (TİKK) kurumun kuruluş amacı, istihdamın korunması, geliştirilmesi, yaygınlaştırılması ve işsizliğin önlenmesi faaliyetlerine yardımcı olmak ve işsizlik sigortası hizmetlerini yürütmek olarak belirlenmiştir (m.1). TİKK'nda kurumun görevleri arasında, ulusal istihdam politikasının oluşturulmasına ve istihdamın korunmasına, geliştirilmesine ve işsizliğin önlenmesi faaliyetlerine yardımcı olmak, işsizlik sigortası işlemlerini yürütmek (m.3/b) ve bu bağlamda istihdamdaki işgücüne eğitim seminerleri düzenlemek (m.3/c) de yer almaktadır.

Türkiye İş Kurumunun yasada öngörülen amaçları çerçevesinde işgücü yetiştirme ve uyum hizmetlerinin yürütülme usul ve esaslarını göstermek üzere Türkiye İş Kurumu İşgücü Yetiştirme ve Uyum Hizmetleri Yönetmeliği çıkarılmıştır. Yönetmelikte, işgücü yetiştirme ve uyum hizmetlerinin kapsamında çalışan işgücüne yönelik eğitim seminerleri de yer almaktadır (m.2).

Yönetmeliğin, çalışanların kursa katılması kenar başlıklı 11. maddesinde, işgücü yetiştirme ve uyum hizmetleri kapsamında işbirliğine gidilen işyerlerinde yapılan kurslara, bu işyerinin işçilerinin de, mesleki bilgi ve becerilerini geliştirmek, yeni teknolojilere uyum sağlamak amacıyla katılabileceği, bu işçilerin kurs giderlerinin kursiyer başına birim maliyet dikkate alınarak işveren tarafından karşılanacağı öngörülmüştür.

Yönetmeliğin, işletmelerde eğitim seminer hizmetleri başlıklı 4. kısmında yer alan Eğitim Seminerleri kenar başlıklı 26. maddede ise, Kurumun, istihdamda bulunan işgücünün verimliliğini artırmak, yönetici pozisyonunda çalışanların, eğiticilik ve yöneticilik niteliklerinin geliştirilmesine katkıda bulunmak amacıyla, işverenlerin talebine dayalı olarak, Kurum Yönetim Kurulu tarafından belirlenen masraf karşılığı alınarak veya bedelsiz olarak eğitim seminerleri düzenleyeceği öngörülmektedir. Maddede ayrıca, seminerlerin modül olarak veya set halinde alınabileceği, bu seminerlere katılanlara Kurum tarafından katılım belgesi verileceği öngörülmektedir.

Öte yandan, Türkiye İş Kurumu Kanununda Kurumun görevleri arasında, Avrupa Birliği ve uluslararası kuruluşların işgücü, istihdam ve çalışma hayatına ilişkin olarak aldıkları kararları izlemek, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin taraf olduğu, Kurumun görev alanına giren ikili ve çok taraflı anlaşma, sözleşme ve tavsiye kararlarını uygulamak da yer almaktadır (m.3/f). Bu çerçevede, Türkiye'nin imzaladığı uluslararası anlaşmalarla meslek eğitimini de içeren projeler hayata geçirilebilmekte ve bu projelerin uygulaması Türkiye İş Kurumunca gerçekleştirilmektedir. Örneğin, Avrupa Komisyonu ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti arasında imzalanan bir anlaşmaya dayalı olarak, 25 ay sürmesi planlanan bir Aktif İşgücü Programları Projesi 21.10.2003 tarihinde yürürlüğe konmuştur.

Avrupa Komisyonu tarafından finanse edilen proje, Türk Hükümeti'nin 10 milyon Euroluk katkısıyla birlikte toplam 50 milyon Euroluk bir bütçeye sahiptir. Projenin genel amacı, Avrupa İstihdam Stratejisine uygun etkin istihdam tedbirleri ile hizmetlerin planlanması, geliştirilmesi ve uygulanması hususunda Türkiye İş Kurumuna teknik yardım sağlayarak kurumsal kapasitesini güçlendirmektir. Projenin hedef kitlesi içinde, halen çalışan ve işten atılma riski taşıyanlar, çalışanına yatırım yaparak büyümek ve gelişmek için destek arayan küçük işletmeler de yer almaktadır⁶⁹.

Yukarıda belirtildiği gibi, işverenlerden feshin son çare olması ilkesi gereği meslek eğitimi vererek işçilerini istihdamda tutmaya çalışmaları, işçiler için gerekli meslek eğitiminin çok yüksek maliyeti ve süreyi gerektirmemesi durumunda beklenebilir. Bu değerlendirme yapılırken Türkiye İş Kurumunun işverenlere sunduğu olanaklar da dikkate alınmalıdır. Buna karşılık işverenlerin, Türkiye İş Kurumunun uygulamaya koyduğu Aktif İşgücü Programları Projesi gibi projelere katılıp işçilerini eğitmelerini, feshin son çare olması ilkesinin bir gereği olarak değerlendirmek ağır olur.

Ancak, toplu işçi çıkarmalar bakımından biraz daha geniş düşünülebilir. İK'nun 29. maddesine göre, işveren ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir (f.1). Bu bildirimde işçi çıkarmanın sebepleri, bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur (f.3). Bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından en aza indirilmesi konuları ele alınır. Görüşmelerin sonunda toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenlenir (f.4).

İşte bu noktada işçi sendikalarına büyük görev düşmektedir. İşçi sendikaları İK'nun 29. maddesi uyarınca otuz gün önceden kendilerine yapılan toplu işten çıkarma bildirimini incelediklerinde, işletmesel bir kararla işyerinde üretim yönteminin, kullanılan teknolojinin ya da bütünüyle faaliyet konusunun değiştirilmesine bağlı olarak mevcut işçilerin işe uygunluklarını yitirdiklerini ve bu nedenle toplu işçi çıkarma gereğinin doğduğunu tespit ederse, işverene toplu işçi çıkarma ihtiyacını ortadan kaldırmak üzere bir eğitim programı önerebilir. Bu programın hayata geçirilmesi için kendileri maddi katkı sağlayabilir. Türkiye İş Kurumu ile işbirliği yaparak kurumun desteğini alabilir. Bu kapsamda, proje üretmek, yukarıda örnek verdiğimiz Aktif İşgücü Programları Projesi gibi projelere katılarak meslek eğitimine finansman sağlayabilir. İşverenler bu şekilde kendilerine önerilen bir eğitim programını, zamanlaması ve maliyeti dürüstlük kuralına göre katlanabilecekleri ölçüde ise reddedemez. Yoksa,

⁶⁹ www.iskur.gov.tr (ziyaret tarihi 20.9.2004).

koşulları olduğu halde feshin son çare olması ilkesini uygulamayan işverenin yaptığı fesih geçersiz sayılabilir⁷⁰.

Belirtelim ki, Sendikalar Kanununun sendika ve konfederasyonların sosyal faaliyetlerini düzenleyen 33. maddesinin 3. bendine göre, sendikalar ve konfederasyonlar işçilerin ve işverenlerin mesleki bilgilerini artırarak milli tasarruf ve yatırımın gelişmesine, reel verimliliğin artmasına hizmet edecek kurs ve konferanslar düzenleyebilir. Aynı maddenin 6. bendine göre, üyelerinin mesleki eğitim, bilgi ve tecrübelerini yükseltmek için çalışmak, teknik ve mesleki eğitim tesisleri kurmak da sendika ve konfederasyonların yürütebilecekleri faaliyetler arasında yer alır. Aslında sayılanlar sendikaların gerçekleştirebilecekleri faaliyetler olmalarının ötesinde mali olanakları ölçüsünde onların görevidir. Nitekim, Sendikalar Kanununun 44. maddesinin 2. fıkrasında, işçi sendika ve konfederasyonlarının gelirlerinin en az %10'unu üyelerinin eğitimi ile mesleki bilgi ve tecrübelerini artırmak için kullanmak zorunda oldukları öngörülmektedir. Bu olanakları dikkate alındığında, işçi sendika ve konfederasyonlarının istihdamın korunması bakımından önemli bir işlev üstlenebilecekleri açıktır. Ancak bugüne kadar, sendikaların üyelerine meslek eğitimi vermeleri yaygın bir uygulama haline gelmemiştir⁷¹.

IV. Feshin geçersizliği, işsizlik sigortası uygulaması ve buna bağlı sorunlar

İş güvencesi önlemlerinin amacı, iş sözleşmelerini olabildiğince ayakta tutarak işçilerin istihdamda kalmasını sağlamaktır. İşsizlik sigortası ise, işsizlik riskiyle karşılaşmış işçilerin bu nedenle yoksun kaldıkları ücretlerini geçici bir süre için kısmen de olsa tazmin ederek yaşamlarını sürdürebilmelerini ve en kısa zamanda istihdama tekrar kazandırılmalarını hedefler. Bu bağlamda, işsizlik sigortası yardımları işsizlik ödeneği yanında, iş bulma, meslek danışmanlığı ve meslek eğitimi gibi istihdam hizmetlerini de içerir⁷². Giderleri işsizlik sigortası fonundan karşılanan bu hizmetlerin verilmesinin diğer bir amacı da, işsizlik sigortası fonunun korunmasıdır. Sonuçta bir bütün olarak bakıldığında, iş güvencesi önlemleri ile işsizlik sigortası birbirini tamamlayarak istihdamın korunmasına hizmet eder. Bunlardan ilki önleyici, ikincisi ise tazmin edici ve onarıcı bir işleve sahiptir. Belirtilen özellikleri nedeniyle aralarında yakın bir etkileşim söz konusudur.

⁷⁰ Toplu işten çıkarmalarda feshin son çare olması ilkesi konusunda bkz. *Güzel*, İş Güvencesi, 124.

⁷¹ *M. Ekonomi*, "İşsizliğin Önlenmesinde ve Telafisinde İş Hukuku Kurumları", İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, Ankara 2003, 247; *Çelik*, Dersler, 434; *F. Şahlanan*, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, 248-249; *A. Tuğ*, Sendikalar Hukuku, B.2, Ankara 1992, 205-206.

⁷² bkz. *Güzel – Okur*, 456-457; *Tuncay*, Sosyal Güvenlik, 359-360; *Başterzi*, 201-202.

Sigortalının işsizlik ödeneğine ve diğer sigorta yardımlarına hak kazanabilmesi için işsizlik sigortası anlamında işsiz olması gerekir. İSK'nda sigortalı işsiz, bu kanun kapsamına giren bir işyerinde iş sözleşmesine dayalı olarak çalışırken kanunun ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle işini kaybeden ve Kuruma başvurarak çalışmaya hazır olduğunu bildiren kişi olarak tanımlanmıştır. Bir başka deyişle sigortalı işsiz, İSK'nda belirtilen nedenlerle işsiz kalan, çalışmaya elverişli ve istekli kişidir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından bildirim önellerine uyularak feshi İSK'nda, işçinin işsizlik sigortası anlamında işsiz kabul edildiği ve işsizlik yardımlarına hak kazandığı iş sözleşmesinin sona erme nedenleri arasında sayılmıştır (m.51/a)⁷³. İSK'nun 51. maddesine göre, iş sözleşmesi İK'nun 17. maddesi çerçevesinde geçerli nedenle feshedilen işçi, Kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir işte çalışmaya hazır olduğunu bildirip kayıt yaptırırsa işsiz sayılır ve prim ödeme koşulunu da sağlamış olması durumunda işsizlik ödeneği almaya hak kazanır⁷⁴. Burada öncelikle yanıtlanması gereken soru, belirsiz süreli iş sözleşmesi bu şekilde feshedilen işçinin, işverence geçerli sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasıyla yargı yoluna başvurup iş sözleşmesinin geçersizliğine karar verilmesini talep etmesi durumunda işsizlik ödeneğine hak kazanıp kazanamayacağıdır. Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Çünkü, böyle bir başvuru sonucunda iş sözleşmesinin geçersizliğine karar verilirse iş sözleşmesi feshedilmemiş sayılsa da, bu sonuç yargı kararına bağlıdır. İşçinin yargı yoluna başvurması, Türkiye İş Kurumuna kendisini işsiz olarak kaydettirmesi ve çalışmaya hazır olduğunu bildirmesinde samimi olmadığını göstermez. Sigortalı o an itibariyle işsizdir. Henüz sonucu belli olmayan bir yargılama süreci içinde yer alması, bir iş bağlantısı içinde olduğunu göstermediği gibi, başka bir işte çalışmaya elverişli ve istekli olmadığını da göstermez.

Bu noktada yanıtlanması gereken ikinci soru, sigortalı işsizlik ödeneğini almaktayken ya da ödeneği tükettikten sonra, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği için açtığı dava olumlu sonuçlanır ve fesih geçersiz sayılırsa durumun ne olacağıdır. İK'nun 21. maddesine göre, işverence geçerli bir neden gösterilmemişse ya da gösterilen neden geçerli değilse mahkemenin vereceği karar bir eda hükmü niteliğindedir. Bu karar feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin işe (başlatılması) iadesi hükmünü içerir. Mahkemenin vereceği eda hükmü ile yeni bir iş sözleşmesi kurulmaz. İş sözleşmesi hiç

⁷³ bkz. *Güzel – Okur*, 446 vd.; *Tuncay*, Sosyal Güvenlik, 353 vd; aynı yazar, “İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Şartları”, İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, Ankara 2003, 40 vd.

⁷⁴ 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre, işini yitiren sigortalının işsizlik ödeneğine hak kazanabilmesi için iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son 120 gün prim ödeyerek sürekli çalışmış olması ve son üç yıl içinde en az 600 gün çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olması gerekir. Bu durumda kendisine 180 gün, son üç yıl içindeki prim ödeme gün sayısı 900 gün ise, 240 gün, 1080 gün ise, 300 gün işsizlik sigortası ödeneği verilir (m.50/2).

kesintiye uğramamış sayılır. Bir başka deyişle mahkemenin kararı inşai nitelikte değildir⁷⁵. Dolayısıyla, sigortalının işsizlik ödeneğine hak kazanması için aranan işsiz kalma koşulu hiç gerçekleşmemiş olur. Bu durumda, sigortalıya verilen ödeneğin hukuki sebebi ortadan kalktığı için, sigortalı bakımından bir sebepsiz zenginleşme doğar. Türkiye İş Kurumunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, sigortalıya verdiği işsizlik ödeneğini geri alması gerekir⁷⁶. İşsizlik ödeneği dışında kalan danışmanlık ve meslek eğitimi gibi hizmetlerin iadesi mümkün değildir.

Belirtelim ki, işsizlik sigortası yardımları arasında, işsizlik ödeneği verildiği sürece sigortalının hastalık ve analık sigortası primlerinin Sosyal Sigortalar Kurumuna ödenmesi de yer almaktadır. İSK.50/5'e göre, sigortalının hastalık ve analık sigortası primleri işsizlik ödeneğinin verildiği ilk altı ay için 2/3 oranında daha sonra ise, tam olarak Sosyal Sigortalar Kurumuna aktarılır⁷⁷. İş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verildiğinde, sigortalının primlerinin Sosyal Sigortalar Kurumuna ödenmesinin hukuki sebebi de ortadan kalktığı için, Türkiye İş Kurumunun ödediği hastalık ve analık sigortası primlerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre Sosyal Sigortalar Kurumundan talep etmesi gerekir.

İş Kanununun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre, feshin geçersizliği kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücreti ve diğer hakları ödenir. Yasada işçiye en çok dört aylık ücretinin ödeneceğinin belirtilmesi, yargılama sürecinin en çok dört ayda tamamlanmasının öngörülmesine dayanır. Şöyle ki, İK'nun 20. maddesine göre, işçi feshin geçersizliği talebiyle açacağı davayı fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir aylık hak düşümü süresi içinde açacak, ilk derece mahkemesi yargılamayı seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandıracak ve kararın temyizi halinde Yargıtay bir ay içinde kesin karar verecektir. Ancak uygulamada işlerin yoğunluğu nedeniyle yargılamanın öngörülen bu süre içerisinde kesin bir karara bağlanması mümkün olmayabilir. Bu durumda, yargılama bir yıl da sürse, feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçi işverenden sadece dört aylık ücretini

⁷⁵ *Güzel*, İş Güvencesi, 106.

⁷⁶ karş. *Ö. Ekmekçi*, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Yargılama Sorunları Üzerine", *Mercek Temmuz 2003*, 139. Yazara göre, işçinin ücret alması işsizlik ödeneği verilmemesini gerektiren bir durum olduğu için, işçinin feshin geçersiz sayılması durumunda geriye doğru dört aylık ücretini alması, işçiye verilen işsizlik ödeneğini dayanaksız bırakır. Türkiye İş Kurumunun bu dönem için verdiği ödeneği geri alma hakkı doğar; buna karşılık öğretide *Güzel*, yürürlükteki kurallar çerçevesinde işsizlik ödeneğinin işçiden talep edilemeyeceğini savunmaktadır (*Güzel*, İş Güvencesi, 112); Öğretide *Tuncay* ise, bu çelişkili durumun 4447 sayılı İSK'nunda değişiklik yapılarak çözümlenmesi gerektiğini belirtmektedir (*A. C. Tuncay*, İş Güvencesi, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, Mart 2004, 61 (Karar İncelemesi); aynı yazar, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", Çimento İşveren, Ocak 2003, 11-12).

⁷⁷ *Güzel – Okur*, 455-456; *Tuncay*, Sosyal Güvenlik, 359.

talep edebilir. Ortaya çıkan bu sonuç, feshin geçersizliği hükmüyle ve buna bağlı olarak iş sözleşmesinin hiç kesintiye uğramaksızın sürdüğünün kabulü ile bağdaşmamaktadır. Yapılacak bir yasa değişikliğiyle işçiye çalıştırılmadığı sürenin tamamı için işverenden ücret talep etme hakkının tanınması bu bağdaşmazlığı gidereceği gibi⁷⁸, işsizlik sigortası uygulaması bakımından ortaya çıkabilecek adaletsizliği de sona erdirir.

Yasanın isabetli bulmadığımız anılan düzenleme şekli sosyal sigortalar hukuku bakımından başka bazı sorunlara da yol açabilir. Şöyle ki, sonucunda feshin geçersizliğine karar verilen yargılama sürecinde iş sözleşmesi devam etmesine karşın, bu dönemde işçiye en çok dört aylık ücretinin ödenmesi öngörüldüğünden, işçinin sosyal sigorta primleri de en fazla bu süre için ödenebilir. Yargılama sürecinin dört aydan daha uzun sürmesi durumunda, bu süreyi aşan dönemde prim ödenmeyeceğinden, işçi prim ödeme gün sayısına göre elde edebileceği sosyal sigorta haklarından yoksun kalma tehlikesiyle karşılaşır.

Konu işsizlik sigortası bakımından ele alınacak olursa, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda işçinin, kesinleşen mahkeme ya da özel hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurması gerekir. Aksi halde İK.21/5'e göre, işverenin yaptığı fesih baştan beri geçerli sayılır. Bu durumda işveren sadece feshine bağlanan diğer hukuki sonuçlara katlanır. İK.21/1'de, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde işverenin bir ay içinde işçiyi işe başlatmasının zorunlu olduğu belirtilmekte ise de, İK.21/4'te, işverenin mahkemenin bu kararını yerine getirmemesi durumunda işçinin dört aylık ücreti ile sekiz aylık ücreti arasında değişen bir götürü tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir. Şu halde, işveren işçiyi işe başlatma ya da onun yerine tazminat ödeme seçenekleri arasında tercih yapma hakkına sahiptir⁷⁹. Yargıç işverenin sahip olduğu bu tercih hakkı nedeniyle feshin geçersizliğine ilişkin kararında işverenin işçiyi işe kabul etmemesi durumunda ödeyeceği tazminatın miktarını da tespit eder. Feshin geçersizliğine karar verilmesine rağmen işveren işçiyi işe başlatmazsa yeni bir fesih işlemi gerçekleşmiş olur⁸⁰. İşçi bu tarih itibarıyla işsiz kalır.

⁷⁸ *Eyrenci – Taşkent – Ulucan*, 141; *Ulucan*, İş Güvencesi, 84; *Taşkent*, Yeni Yasal Düzenleme, 47-48; *Güzel*, İş Güvencesi, 111; aynı yazar, “İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, 39-40; *Engin*, 30; *M. Uçum*, “Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, 218.

⁷⁹ *Çelik*, Dersler, 213-214; *Ekonomi*, İş Güvencesi, 16; *Süzek*, İş Hukuku, 614; *Güzel*, İş Güvencesi, 106, 110; *Engin*, 31-32.

⁸⁰ *Çelik*, Dersler, 215; *Ekonomi*, İş Güvencesi, 16; *Eyrenci – Taşkent – Ulucan*, 143.

Burada yanıtlanması gereken soru, prim ödeme koşulları bulunmadığı için, iş sözleşmesi işverence ilk kez feshedildiğinde işsizlik sigortasından ödeneğe hak kazanamayan ya da aldığı işsizlik sigortası ödeneğini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek zorunda olan işçinin, yapılan bu yeni fesih dolayısıyla işsizlik sigortasından yardım alıp alamayacağıdır. İşverenin feshin geçersizliği kararına rağmen işçiyi işe başlatmayarak yaptığı fesih İK'nun 17. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir fesih olduğu için, bu yönüyle sigortalının işsizlik sigortasından yardıma hak kazanmasına bir engel yoktur. Ancak, yargılama sürecinde işçiye işsizlik sigortası ödeneği verilmişse, bu ödeme sigortalı lehine sebepsiz zenginleşme oluşturduğundan, sadece kalan süre için sigortalıya ödenek verilebilir. İşsizlik sigortası ödeneği yargılama sürecinde tüketilmişse, sigortalı artık işsizlik sigortası ödeneği alamaz.

Sigortalının iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün prim ödemesi koşuluna gelince, işverenin işçiyi çalıştırmadığı sürenin en çok dört ayı için ödeyeceği ücret üzerinden kesilecek primler de hesaba katıldığında bu koşul gerçekleşirse bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak yargılamanın çok uzaması durumunda son üç yıl içinde 600 gün prim ödemiş olma koşulunun yitirilmesi olasılığı vardır. Böyle bir durum söz konusu olursa, sigortalı işsizlik sigortası yardımlarına hak kazanamaz. Adil olmayan bu sonucun düzeltilmesi için, yukarıda da belirttiğimiz gibi İK.21'de değişikliğe gidilerek, iş sözleşmesinin feshi işleminin geçersizliğine karar verilen işçinin işverence çalıştırılmadığı sürenin tamamı için ücret talep etme hakkına sahip bulunduğu öngörülmesi isabetli olur. Bu durumda, işçiye işverence çalıştırılmadığı tüm süre için ödenecek ücret üzerinden sosyal sigorta primi kesileceği için, yargılamanın uzaması nedeniyle iş sözleşmesinin feshinden önceki son üç yıl içinde 600 gün prim ödeme koşulunun yitirilmesi olasılığı da ortadan kalkar. Ancak, işçiye yargılama sürecinde çalışmadığı tüm süre için ücret talep etme hakkı verilmesi kabul edilmezse, en azından işçinin yargılama sürecinde ücrete hak kazanmadığı dört ayı aşan süreler için işverene sosyal sigorta primlerini ödeme yükümlülüğü getirilmesi işçinin sosyal sigorta haklarının korunması bakımından adil olur.

Burada üzerinde durulması gereken bir konu da, feshin geçersizliğine karar verilmesi talebiyle açılan davanın uzun süren yargılaması sırasında işçinin başka bir işte çalışmış olmasıdır. Böyle bir durum söz konusu olsa da, İK.21/3'e göre, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenmesi gereken en çok dört aylık ücretinin işçiye yine ödenmesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Katıldığımız bu görüşün gerekçesi, yasa da işçinin çalışmadığı değil işverence çalıştırılmadığı süreden söz edilmesidir. Bu nedenle başka bir işte çalışmış olmasına bakılmaksızın en çok dört aya kadar verilmesi öngörülen ücretten, işçinin aynı dönemde çalıştığı başka

işten aldığı ücret mahsup edilmemelidir⁸¹. Şu halde, sigortalının anılan biçimde başka bir işte çalışması söz konusu ise, bu işten aldığı ücret üzerinden kesilen primler de, işsizlik sigortası ödeneğine hak kazanabilmesi için aranan prim ödeme gün sayısına katılır. Yukarıda önerdiğimiz gibi, sigortalının işverence çalıştırılmadığı yargılama sürecinin tamamı için işverenden ücret talep etme hakkına sahip olmasını sağlamaya yönelik bir yasa değişikliğine gidilirse, bu değişiklik kapsamında, işçinin yargılama sırasında diğer bir işte çalışarak elde ettiği ücretlerin, işvereninden isteyeceği ücret tutarından mahsup edilmesinin öngörülmesi isabetli olur⁸².

Bu çerçevede belirtelim ki, iş sözleşmesini fesih işlemi geçersiz sayılan işveren, fesih sırasında ihbar önelerine ilişkin ücreti peşin ödemiş ve işçiye kıdem tazminatını da vermişse, süresinde başvuran işçiye işe başlattığı takdirde, anılan ödemeleri, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar ödenmesi gereken ücretten mahsup eder (İK.21/4). Bu mahsup işlemi, söz konusu dört aylık ücret üzerinden işverence sosyal sigorta primlerinin kesilip sosyal sigortalar kurumuna ödenmesine engel oluşturmaz. Çünkü, prim belgelerinin düzenlenmesi ve primlerin ödenmesi işveren bakımından kamu hukukundan doğan bir yükümlülüktür.

İş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde 600 gün prim ödeme koşulunu sağlamış olsa bile, sigortalının işsizlik sigortası yardımlarına hak kazanabilmesi, aynı zamanda iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki 120 gün içinde prim ödeyerek sürekli çalışmış olmasına bağlıdır. Yasada geçen sürekli çalışmayı, iş sözleşmesinin devamı ve karşılığında ücret alma şeklinde anlamak gerekir. Kanımızca, işveren sigortalı işçiye çalıştırmadığı süre için en çok dört aylık ücretini ödemek zorunda kalmışsa, bu dört aylık ücretin işçinin işverence çalıştırılmadığı sürenin hangi dört ayına karşılık geldiği yasa da belirtilmediği için, sigortalı işçi lehine yorumla bunun son dört ayın ücreti olduğunun kabul edilmesi ve sigortalının son 120 gün içinde sürekli çalışıp prim ödeme koşulunu sağladığı sonucuna varılması isabetli olur. Bu durumda sigortalı, işsizlik sigortası yardımlarına hak kazanabilecektir.

Feshin geçersizliğine ilişkin yargılama sürecinin dört aydan uzun sürmesi durumunda, sigortalı işçiye en çok dört aylık ücretini talep etme hakkının tanınması ve dolayısıyla sadece bu dönem için sosyal sigorta primi ödenmesinin diğer bazı sosyal sigorta hakları bakımından da olumsuz etkileri olabilir. Örneğin, sigortalının yaşlılık aylığına hak kazanması anılan nedenle eksik kalan prim ödeme gün sayısı kadar ek çalışmasıyla gecikmeli olarak mümkün olabilir. Ayrıca, işçinin ölümü durumunda, hak sahiplerine

⁸¹ *Eyrenci – Taşkent – Ulucan*, 142; *Taşkent*, Yeni Yasal Düzenleme, 48; *Tuncay*, Karar İncelemesi, 61; *Güzel*, İş Güvencesi, 111.

⁸² bkz. *Tuncay*, Karar İncelemesi, 61.

ölüm aylığı bağlanabilmesi için gereken prim ödeme gün sayısı bu nedenle sağlanamazsa hak sahipleri bütünüyle ölüm aylığından yoksun kalabilir.

V. İş güvencesi – kıdem tazminatı – işsizlik sigortası ilişkisi

Kıdem tazminatına ilişkin düzenleme içermeyen 4857 sayılı İK'nun geçici 6. maddesinde, kıdem tazminatı için bir fon kurulacağı, bu fona ilişkin yasa yürürlüğe girene kadar işçilerin kıdem tazminatı haklarınının 1475 sayılı İK'nun 14. maddesi kapsamında saklı olduğu öngörülmektedir. Ancak, kıdem tazminatı fonu yasası henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu durumda, kıdem tazminatına ilişkin olarak halen, 1475 sayılı İK'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi hükümleri geçerlidir. Anılan madde hükümleri dikkate alındığında kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona erdiği belirli durumlarda işveren tarafından işçiye ödenmesi öngörülen yasadışı doğan kendine özgü (sui generis) bir hukuki yükümlülüktür⁸³. Kıdem tazminatının kendine özgü bir kurum niteliğini kazanması, bu konuyu düzenleyen yasa hükmünün ilk kez konduğu 1936 tarihli ve 3008 sayılı İK'ndan beri kıdem tazminatı kurumuna farklı işlevler yüklenmek amacıyla çok sayıda değişikliğe tabi tutulmasının sonucudur. Bu dönemde, kıdem tazminatının hukuki niteliğinin, ertelenmiş ücret, tazminat, işsizlik tazminatı ve ikramiye olduğu şeklinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁸⁴.

Kıdem tazminatının ilk kez düzenlendiği 1936 tarihli 3008 sayılı İş Kanununun 13. maddesinin 6. fıkrasında, “Bilimum işçiler hakkında fesihlerde, beş seneden fazla olan her bir iş senesi için ayrıca onbeş günlük ücret tutarında tazminat dahi verilir.” Hükmü yer almaktadır. Anılan düzenlemenin amacı, işveren için uzun süre sadakatle çalışmanın bu süre içinde işçinin emeğinden ve deneyiminden yararlanan işveren tarafından ödüllendirilmesidir. Bunun gerisinde, her ne kadar çalışmasının karşılığında ücret almış olsa da, uzun süre aynı işyerinde çalışan işçinin o işyerine kendinden bir şeyler kattığı, orada yıllanıp yıprandığı düşüncesi yer alır. Yasanın gerekçesinde, ekonomik yapılanmada kişisel girişim, serbest rekabet, çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi hukuki esaslara uyulduğu, ancak ulusal çıkarların korunması amacıyla buna bazı sınırlamalar getirilerek emek ile sermaye arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı belirtilmektedir⁸⁵. Kıdem tazminatını bu şekliyle ikramiye olarak nitelendirmek mümkündür.

Daha sonra, 1940'lı yılların sonu ile 1950'li yılların başında kıdem tazminatına geçici bir süre yaşlılık sigortası işlevi yüklenmeye çalışıldığı

⁸³ H. K. Elbir, İş Hukuku, B.9, İstanbul 1987, 102; Çelik, Dersler, 258; S. Reisoğlu, 1927 sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, 23; B. Ergin, Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatının Geçirdiği Safhalar, İstanbul 1989, 41-42; Süzek, İş Hukuku, 540-541; A. Güzel, “Türkiye’de Feshe Karşı Korumanın Kıdem Tazminatı ve İşsizlik Sigortası İle İlişkileri”, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, 203 (Feshe Karşı Koruma).

⁸⁴ Bu görüşler ve eleştirileri için bkz. Başterzi, 203-208.

⁸⁵ Ergin, 14; Başterzi, 214.

görölmektedir⁸⁶. Konumuzun dışında kaldığı için bunun üzerinde durmayacağız.

3008 sayılı İş Kanununu yürürlükten kaldıran 1967 tarihli ve 931 sayılı İş Kanununda, kıdem tazminatı yeniden düzenlenmiştir. 931 sayılı İK'nun 14. maddesinin 1. fıkrasında, iş sözleşmesi belirli durumlarda sona eren işçinin üç yıldan fazla çalışmış olması koşuluyla işe başladığı tarihten itibaren her tam yıl için onbeş günlük ücreti tutarında bir tazminata hak kazanacağı öngörülmüştür. Anılan maddede, iş sözleşmesinin sona erdiği hangi durumlarda kıdem tazminatı verileceği belirlenirken, esas itibariyle, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir davranışına bağlı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi durumu dışlanmıştır. 931 sayılı İK'nun iş hayatı için sakıncalı yanları bulunduğu yönündeki itirazlara karşı, yasanın gerekçesinde henüz bir işsizlik sigortasının kurulmamış olduğuna dikkat çekilerek, ileride işsizlik sigortası kurulurken kıdem tazminatının yeniden ele alınacağı belirtilmiştir.

931 sayılı İK, Anayasa Mahkemesince biçimsel yönden Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bunun üzerine, 1971 yılında yürürlüğe giren 1475 sayılı İK'nun 14. maddesinde kıdem tazminatı 931 sayılı İK'nundaki gibi yeniden düzenlenmiştir. Dolayısıyla 931 sayılı İK'nun gerekçesinde yer alan düşünceler 1475 sayılı İK için de geçerlidir. Bu şekilde, kıdem tazminatına hak kazanılması için aranan kıdem süresi üç yıla indirilerek ve her geçen tam yıl için onbeş günlük ücret tutarında bir paranın işçiye ödenmesi öngörülerek kıdem tazminatına işsizlik sigortası işlevi yüklenmeye çalışılmıştır.

Nitekim, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından, işsizlik sigortası henüz yürürlüğe girmeden önce, Türkiye'de işsizlik sigortası olmamakla birlikte, ihbar ve kıdem tazminatının bu kurumun yerini tuttuğu, ihbar ve kıdem tazminatı ile işçilere topluca ödenen işsizlik yardımı yapıldığı ve bunun da işsizliği tazmin edici bir politika olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, 1475 sayılı İK'nun ihbar önellerini düzenleyen 13. maddesi ile kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi birlikte düşünüldüğünde işten çıkarılan işçi belirli bir süre yaşamını sürdürecektir gelire sahip olmaktadır. Bu nedenle, işsizlik sigortası kurulduğunda ihbar ve kıdem tazminatları işsizlik sigortasının yerini tutan kısmı itibariyle gözden geçirilmelidir⁸⁷.

Kıdem tazminatına son olarak iş güvencesi işlevi yüklenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, 1475 sayılı İK'nun 14. maddesi 4.5.1975 tarihli ve 1927 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve kıdem tazminatına hak kazanılması

⁸⁶ bkz. K. Oğuzman, "1927 sayılı Kanun ile Kıdem Tazminatı Yönünden Getirilen Yenilikler ve Doğurduğu Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi ve EİTİA'nın İşbirliğiyle Düzenlenen Seminer, Eskişehir 1975, 53-54; *Güzel*, Feshe Karşı Koruma, 204; *Başterzi*, 214-215.

⁸⁷ TİSK İnceleme Yayınları No.6, 98-99; TİSK İnceleme Yayınları No.7, 34-36, 38-39, 42.

için aranan kıdem süresi bir yıla indirilmiş, her yıl için onbeş günlük ücret tutarında öngörülen tazminat miktarı otuz güne çıkarılmıştır. 1927 sayılı Kanunun gerekçesinde, kıdem tazminatı kurumunun işçilerin gelir ve iş güvencesini sağlayıcı ve keyfi işten çıkarma işlemlerinin işçi aleyhine doğurduğu sonuçları giderici nitelik taşıdığı görüşüne yer verilmiştir. 1927 sayılı Kanunla 1475 sayılı İK'nun 14. maddesinde yapılan değişiklikle işverenin kıdem tazminatından doğan sorumluluğunu özel kişilere ya da sigorta şirketlerine sigorta ettiremeyeceğinin öngörülmesi ve yine, kıdem tazminatı fonunun sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme durumlarıyla sınırlı tutulması da, yasa gerekçesinde yer alan düşünceyi destekler niteliktedir⁸⁸. Bu yaklaşıma göre, kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının hafifletilmesi ve tazminat miktarının artırılması karşısında, işverenler işçi alırken ileride hizmetinden memnun kalmamaları durumunda işçiyi işten çıkarmak istediklerinde ödemek zorunda kalacakları kıdem tazminatını düşünerek daha seçici ve dikkatli davranacaklar, öte yandan, tazminat ödemekten kaçınabilmek için, her anlaşmazlıkta işçiyi keyfi olarak işten çıkaramayacaklardır⁸⁹.

Belirtelim ki, kıdem tazminatını işsizlik sigortası ya da bir tür iş güvencesi kurumu olarak nitelendirmek mümkün değildir. İşsizlik sigortası olarak nitelendirilemez, çünkü, sigortalı işten çıkarıldıktan sonra işsiz kalmadan hemen bir iş bulsa, yaşlılık aylığına hak kazanarak, askere gitmek üzere ya da kadınlar bakımından evlilik sebebiyle evlendikten sonraki bir yıl içinde iş sözleşmesini feshetse de işçiye kıdem tazminatı ödenir. Yine, işçinin ölümü halinde kıdem tazminatı hak sahiplerine ödenmektedir. Bununla birlikte, yukarıda anılan yasa gerekçesinde de belirtildiği gibi, zaman içinde kıdem tazminatına işsizlik sigortası işlevi yüklenmeye çalışıldığı yadsınamaz. İşverence, süreli fesih bildiriyle kıdem tazminatı ödenerek işten çıkarılan işçilerin bu şekilde ellerine geçen toplu parayı bir süre yaşamlarını sürdürmede kullandıkları da doğrudur. Ancak, bunlar kıdem tazminatını işsizlik sigortası olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Hak ettiği halde işverence kıdem tazminatı ödenmeyen işçinin tazminatını ancak dava açarak, çok uzun sürebilecek bir yargılamanın sonunda elde edebilecek oluşu da bu görüşü destekler.

Kıdem tazminatına iş güvencesi işlevi yüklemenin gerçekten bu amaca hizmet edip etmeyeceği de tartışmalıdır. Katıldığımız görüşe göre, kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının hafifletilip tazminat miktarının artırılması iş güvencesi sağlamak bir yana, iş güvencesini daha azaltabilir. Çünkü kıdem tazminatı ödemek istemeyen işverenler, kıdem tazminatına hak kazanılması için bir yıllık kıdem süresi dolmadan sık sık işçi değiştirerek

⁸⁸ M. Ekonomi, "Türkiye'de Feshe Karşı Korumanın Kanun Yolu ile Düzenlenmesinin Sosyal ve İktisadi Sonuçları", Almanya'da ve Türkiye'de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985, 96; Taşkent, İş Güvencesi, 62; Başterzi, 216-217.

⁸⁹ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Taşkent, İş Güvencesi, 63.

kıdem tazminatı ödemekten kaçınabilir. Öte yandan, kıdem tazminatından kurtulmak için işçileriyle belirli süreli iş sözleşmesi yapabilir. Çünkü, kıdem tazminatına hak kazandıran sebepler arasında belirli süreli iş sözleşmelerinin kendiliğinden sona ermesine yer verilmemiştir. Bu uygulamaların işçi devrini artıracacağı açıktır⁹⁰.

Türkiye'de işsizlik sigortası 25.8.1999 tarihli, 4447 sayılı Kanunla kurulmuş ve 1.6.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İş güvencesi sistemi ise, 9.8.2002 tarihli, 4773 sayılı Kanunla 1475 sayılı İK'nunda yapılan değişiklikle kurulmuş ve 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sistem daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İK'nunda da bazı değişikliklerle korunmuştur. Yürürlükteki İK'nun 21. maddesine göre, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmazsa, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür. Görüldüğü gibi, geçerli bir sebebe dayanmayan fesihlerde feshin geçersizliği ve işe iade kararına karşın işçiyi işe başlatmayan işveren bir işten çıkarma tazminatına mahkum olmaktadır. Bu tazminat, kıdem tazminatının olması gereken niteliğinden bütünüyle farklı, ancak kıdem tazminatına yüklenmeye çalışılan iş güvencesi sağlama işlevini gören ve sadece bu yönüyle kıdem tazminatıyla örtüşen bir tazminattır. Yeni İK'nunda belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmenin objektif yönden haklı bir nedenin bulunması koşuluna bağlanmış olması karşısında (m.11), işverenlerin belirli süreli sözleşme yaparak kıdem tazminatından kaçınma olanakları da ortadan kalkmıştır. Belirtelim ki, bu düzenlemeden önce de, zincirleme olarak belirli süreli sözleşme yapıldığı durumlarda, işverenin sözleşme yapma hakkını kötüye kullandığı kabul edilerek bu tür sözleşmelerin belirsiz süreliye dönüştüğü sonucuna varılmaktaydı.

Bu yeni düzenlemeler karşısında, hukuki niteliği uymamakla birlikte, işsizlik sigortası ve iş güvencesi işlevi de yüklenen kıdem tazminatının, söz konusu yüklerden kurtarılması, 3008 sayılı İK ile ilk kez öngörüldüğündeki gibi bir ikramiye niteliğine dönüştürülmesi isabetli olur. Bunun için her halde, kıdem tazminatına hak kazanmak için aranan kıdem süresinin artırılması, kıdem tazminatı miktarının ise indirilmesinin düşünülmesi gerekir.

Öte yandan, 4857 sayılı İK'nun geçici 6. maddesinde öngörüldüğü gibi, işverenlerin ödeyecekleri primlerden oluşan bir kıdem tazminatı fonu kurulmalı, kıdem tazminatları işçiler işverenlerle karşı karşıya

⁹⁰ S. Süzek, İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, 175; M. Kutal, "İş Güvencesinin İktisadi ve Sosyal Etkileri Üzerine Bazı Düşünceler", Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 212; Taşkent, İş Güvencesi, 64; C. Tuncay, "İş Güvencesi, İşletme Güvencesi, Kıdem Tazminatı ve İşsizlik Sigortası Üzerine", Çimento İşveren, Ocak 1994, 6; Güzel, Feshe Karşı Koruma, 204-205; Başterzi, 217.

bırakılmaksızın bu fondan ödenmelidir. Böylece işverenler de, kıdem tazminatı sorumluluklarını fona prim ödemek suretiyle zamana yayma olanağına sahip olacaklardır⁹¹.

VI. Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı Taslağı

İşçi ve işveren sendikası Konfederasyonlarının (TİSK, TÜRK-İŞ, DİSK ve HAK-İŞ) başkanlarının katılımı ile 26 Haziran 2001’de gerçekleştirilen toplantıda, çalışma yasalarının AB ve ILO normları ile uyumlaştırılması ve ülkemizin gelişen ihtiyaçlarına yanıt verebilmesi için güncelleştirilmesi çalışmalarının işçi ve işveren kesimleri ile Hükümeti temsilen dokuz öğretim üyesinden oluşturulan bir bilim kurulunca yapılması kararlaştırılmıştır. 22.5.2003 tarihinde kabul edilen 4857 sayılı İK Taslağını hazırlayan Bilim Kurulu tarafından şekillendirilip kaleme alınan Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı Taslağı ve gerekçesi 26.6.2002 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına Sunulmuştur. Bugüne kadar henüz yasallaşmayan Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı Taslağı son olarak, “Türkiye’de işsizliğin önlenmesi ve istihdamın artırılması” ve “kayıt dışı istihdamla mücadele” konularıyla birlikte 15-16 Eylül 2004 tarihinde yapılan 9. Çalışma Meclisinin gündemini oluşturmuş ve tartışılmıştır.

Kıdem tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı Taslağının⁹² genel gerekçesinde belirtildiği gibi, işsizlik sigortası ve iş güvencesi sistemlerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, 1950’li yıllardan başlayarak tartışılan böyle bir fonun kurulması ve kıdem tazminatı kurumunun gözden geçirilmesi gerekli hale gelmiştir. Genel gerekçede, 1936 tarihli 3008 sayılı İK’ından beri kıdem tazminatının çeşitli yasal düzenlemelerle sürekli genişletildiği ve işletmeler için ağır bir yük haline geldiği, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işverenlerin ödeme güçlüğüne düşmesine yol açtığı, bu nedenle bir kısım işverenin işçi devrini artırmak yolu ile kıdem tazminatını ödememe çarelerini aradığı, böylece, yılların emeği ile kazanılan kıdem tazminatı hakkından işçilerin yararlanamayabildikleri belirtilmekte ve bu nedenlerle, hazırlanan kanun tasarısı taslağında kıdem tazminatının fon çerçevesinde bir tür emeklilik ikramiyesine dönüştürüldüğü ifade edilmektedir⁹³.

Taslağa göre, Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu (KTFK) kapsamına, 4857 sayılı İK, 854 sayılı Deniz İK, ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun hükümlerine göre iş sözleşmesiyle çalışan işçilerle bunların işverenleri ve

⁹¹ Oğuzman, 57; K. Tunçomağ, “Kıdem Tazminatı, Kıdem Tazminatı Fonu ve İşsizlik Sigortasıyla İlgili Sorunlar”, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul 1979, 926-927.

⁹² Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı Taslağı, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Genel Yayın No:118.

⁹³ Kıdem Tazminatı Fonu Kanununun çıkarılmasının gerekliliği ve tasarı taslağının hazırlık çalışmaları hakkında bilgi için bkz. A. C. Tuncay, “Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Çıkarılışın Artık Ama”, İşveren, Eylül 2004, 6-8 (Fon).

ölen işçilerin hak sahipleri girmektedir (m.2)⁹⁴. Dolayısıyla, anılan Kanunların kıdem tazminatına ilişkin hükümleri, Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanmayacaktır (m.15/1).

4857 sayılı İK'nun geçici 6. maddesine göre, bu Kanun kapsamındaki bir işyerinde çalışan işçilerin, KTFK'nun yürürlüğe gireceği tarihe kadarki kıdem tazminatı hakları 1475 sayılı İK'nun 14. maddesi hükümlerine göre saklıdır. Taslağa göre, saklı tutulan önceki sürelerle ilişkin kıdem tazminatlarından doğrudan işverenler sorumludur. KTFK'nun yürürlük tarihinden sonraki süreler için bu Kanun hükümleri uygulanır (m.15/2). Taslağın 5. maddesinde de, bu kanunun kapsamına girenlerin kanunun yürürlük tarihinden itibaren, yeni işe alınanların ise, işe başladıkları tarihten itibaren kendiliğinden kıdem tazminatı fonuna tabi olacakları belirtilmektedir.

Taslakta, kıdem tazminatına hak kazanma koşulları ile tazminatın miktarı yeniden düzenlenmiştir. Taslağın 7. maddesine göre, kanun kapsamına giren işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabilecekleri durumlar dört grupta toplanmaktadır. Bunlardan ilki, kanun kapsamındaki işçilerin, bağlı oldukları sosyal güvenlik kurumu ya da sandıklardan, yaşlılık, emeklilik, malullük aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmelerini feshetmeleridir (m.7/a). İkincisi, iş sözleşmesi işverence herhangi bir nedenle feshedilen işçiler de, hak kazandıkları yaşlılık, emeklilik, malullük aylığını veya toptan ödemeyi almak amacıyla ilgili sosyal güvenlik kurumuna ya da sandığa başvurduğunda fondan kıdem tazminatını alamaya hak kazanır (m.7/b). Görüldüğü gibi, işçinin fondan kıdem tazminatına hak kazanması esas itibarıyla ilgili bulunduğu sosyal güvenlik kurumundan ya da sandıktan yaşlılık, malullük aylığı veya toptan ödeme alması koşuluna bağlanmıştır. Kural bu olmakla birlikte Taslakta, adına en az on yıl prim ödenen işçilerin de istekleri halinde fondan kıdem tazminatlarını alabilecekleri öngörülmüştür (m.7/c). Böylece işçilere, bağlı buldukları sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almaya hak kazanmasalar da, hayattayken on yıllık prim ödeme dönemleri sonunda fonda biriken kıdem tazminatlarını talep edebilme olanağı tanınmıştır. İşçinin ölümü halinde ise, mirasçıları kıdem tazminatına hak kazanmaktadır (m.7/d)⁹⁵.

Taslakta yaşlılık ya da emeklilik aylığı almaktayken çalışmaya başlayanların durumuna da açıklık getirilmiştir. SSK'nun 63. maddesine göre, yaşlılık aylığı almaktayken çalışmaya başlayanlar bakımından iki seçenek söz konusudur. Kural olarak, bu şekilde çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları çalışmaya başladıkları tarih itibarıyla kesilir ve çalışmayı bırakıp tekrar aylık bağlanmasını talep ettiklerinde, sonraki çalışmaları da

⁹⁴ Tuncay, Fon, 8.

⁹⁵ Tuncay, Fon, 9.

dikkate alınarak yeniden hesaplanır. Bununla birlikte, yaşlılık aylığı almakta olan sigortalı yazılı olarak Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurup sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmak istediğini bildirirse, yeniden çalışmaya başladığında yaşlılık aylığı kesilmez. Bu şekilde yaşlılık aylığı almaktayken çalışanlar ve işverenleri prime esas kazanç üzerinden sosyal güvenlik destek primi öder. Taslakta, yaşlılık aylığı almaktayken yeniden çalışmaya başlayanlardan yaşlılık aylıklarının kesilmesini tercih edenlerin, iş sözleşmelerini feshedip yeniden yaşlılık aylığı talep ettiklerinde, daha önce tazminat aldığı tarihten sonra fona prim ödenen süreler için kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmüştür. Sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler için ise, sadece malullük aylığı koşullarının gerçekleşmesi veya ölümleri halinde kıdem tazminatı ödenir (m.7/2, 3). Öte yandan Taslağın 10. maddesine göre, fondan kıdem tazminatı aldıktan sonra, iş sözleşmesiyle çalışmaya başlayan kişi ile fon arasında ilişki kendiliğinden kurulur. Bu durumda daha önce kıdem tazminatı alınan süreler dikkate alınmaz. Taslağın 8/2. maddesine göre, aynı kıdem süresi için birden fazla kıdem tazminatı ödenmez.

Taslakta, işçilere veya hak sahiplerine ödenecek kıdem tazminatının miktarı, fona prim ödenmiş her hizmet yılı için prim hesabına esas olan ücretin otuz günlük tutarı olarak öngörülmüştür. Bir yıldan artan süreler için veya prim ödeme süresi bir yılın altında kalanlar için, aynı oran üzerinden ödeme yapılır (m.8/1)⁹⁶. Bu düzenleme ile 1475 sayılı İK'nundaki düzenleme arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Taslakta, kıdem tazminatının hesabında hizmet yılı esas alınmıştır. Oysa, 1475 sayılı İK'nun 14. maddesine göre işçilerin kıdemleri, iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanmakta ve işçi işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatına hak kazanmaktaydı.

Taslağa göre, kıdem tazminatının hesabına esas alınacak ücret, işçinin çalıştığı ve adına prim yatırılan son takvim yılının ortalamasıdır. Prim ödenen toplam süre bir yılın altında ise, prim yatırılan ayların ortalaması esas alınır (m.8/2). Kıdem tazminatı hesabına esas alınacak ücretin alt ve üst sınırı da Taslakta belirlenmiştir. Kıdem tazminatının hesabında esas alınacak ücretin alt sınırını, İK'nun 33. maddesine göre belirlenecek asgari ücret, üst sınırını ise, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre ödenecek azami emeklilik ikramiyesi miktarı oluşturur (m.8/3)⁹⁷.

⁹⁶ *Tuncay*, Fon, 9.

⁹⁷ *Tuncay*, Fon, 9.

Fondan kıdem tazminatı talep eden işçinin, bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumu ya da sandık tarafından yaşlılık, emeklilik, malullük aylığı veya toptan ödemeye hak kazandığını gösterir belgeyi başvurusuna eklemesi gerekir. İşçinin ölümü durumunda, hak sahipleri mirasçılıklarını kanıtlayan bir belgeyle fona başvurur. Kendisi için en az on yıl prim ödenen işçinin ise, kıdem tazminatı isteğini yazılı olarak fona bildirmesi yeterlidir (Taslak m.11/1). Fon, kıdem tazminatına hak kazanıldığı tarihteki kıdem tazminatı miktarını ödemekle yükümlüdür. Ayrıca faiz ödemez (Taslak m.9/2). Bununla birlikte, başvuru ile ilgili belgelerin fona verilmesinden itibaren otuz gün içinde ödenmeyen kıdem tazminatına kanuni faiz yürütülür (Taslak m.11/2). Kıdem tazminatı, hak kazanıldığı tarihten itibaren on yıl içinde fona başvurulup talep edilmezse zamanaşımına uğrar (Taslak m.9/1). Kıdem tazminatına hak kazanılan haller dışında, işçinin fon ile ilişkisinin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda, o ana kadar işverenlerden kesilen kıdem tazminatı fonu primleri iade edilmez (Taslak m.13/3).

Kıdem tazminatı fonuna ödenecek aylık prim miktarı, prime esas aylık kazancın %3'ünü geçmemek koşuluyla Fon Yönetim Kurulunun önerisiyle Bakanlar Kurulunca belirlenir (Taslak m.13/1)⁹⁸. Prime esas kazanç SSK'nun ilgili maddelerine göre sosyal sigorta primine esas kazanç gibi hesaplanır (Taslak m.13/2). Yukarıda kıdem tazminatının hesabına esas ücret için öngörüldüğünü belirttiğimiz alt ve üst sınır aynı zamanda prime esas kazanç için de geçerlidir (Taslak m.8/2). Primlerin Sosyal Sigortalar Kurumunca toplanması ve aylık primin takip eden ayın onbeşine kadar fona aktarılması öngörülmüştür. (Taslak m.13/6). Bu bağlamda, kıdem tazminatı fonu kapsamına giren işçi ve işveren kayıtlarının tutulmasından, bunların fon yönetimine aktarılmasından ve primlerin toplanmasıyla ilgili her türlü işlemde Sosyal Sigortalar Kurumu sorumludur (Taslak m.14). Taslağa göre, SSK'nun geçici 20. maddesi kapsamına giren sandık üyeleri de dahil olmak üzere, KTFK kapsamına giren işçiler ve bunların çalıştığı işyerleri için Sosyal Sigortalar Kurumuna verilen işe giriş ve işyeri bildireleri KTFK bakımından da verilmiş sayılır (m.6/1). Öte yandan işverenler, kıdem tazminatına hak kazanan işçi ve hak sahiplerini, kıdem tazminatına hak kazandıkları tarihten itibaren yedi gün içinde fona bildirmek zorundadır (Taslak m.6/2).

Kıdem tazminatı fonunun kurulmasıyla işçiler kıdem tazminatlarını alabilmek için işverenleri ile karşı karşıya kalmaktan kurtulacak, işverenler de, daha önce topluca ödemek zorunda kaldıkları kıdem tazminatlarının aylık primler şeklinde zamana yayılmasıyla ödeme güçlüğü yaşamayacaklardır. Taslakta, işverenlerin fona ödeyecekleri primleri kazançlarının tespitinde gider olarak gösterebilecekleri öngörülmüştür (m.13/5). Bunun işverenleri ayrıca rahatlatacağı kuşkusuzdur. Ancak, işverenler kıdem tazminatı fonuna ilişkin prim yükümlülükleri nedeniyle

⁹⁸ *Tuncay*, Fon, 9-10.

işçilerin ücretlerinden herhangi bir indirim veya kesinti yapamazlar (Taslak m.13/4).

Taslağın 20. maddesine göre, KTFK hükümleri mutlak emredicidir. Hiçbir şekilde değiştirilemez. Aksine yapılan sözleşmeler geçersizdir

Son olarak belirtmek isteriz ki, işçilere ve işverenlere güven vermek üzere, kıdem tazminatına kaynak oluşturacak fon devlet güvencesi altında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı, ancak özel hukuk hükümlerine tabi, mali ve idari yönden özerk, özel bütçeli ve tüzel kişiliğe sahip bir kurum olarak kurulmuştur. Yine aynı düşünceyle fonun bütçe kapsamı dışında olduğu, gelirlerinden hiçbir şekilde kesinti yapılamayacağı ve genel bütçeye gelir kaydedilemeyeceği öngörülmüştür (Taslak m.3).