

10. YILINDA İŞ KANUNU'NUN ÇALIŞMA SÜRELERİNDE ESNEKLİK ÖNGÖREN HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI*

(IN ITS 10TH YEAR, THE APPLICATION OF THE PROVISIONS OF THE LABOUR
ACT, REGARDING THE FLEXIBILITY IN WORKING TIME)

Tankut CENTEL*

ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2003 yılında kabul edilmesindeki en önemli etkenlerden birisi, çalışma sürelerinde esnekliğin sağlanması düşüncesidir. Çünkü, katı nitelikteki yasa hükümlerinin her zaman işçi lehine sonuç vermeyeceği, yaşanan küresel ekonomik krizlerle birlikte anlaşılmıştır. Esnekliği sağlamak üzere getirilen düzenlemeler ise, geçen on yıllık süre içinde, değişik zamanlarda ortaya çıkan ekonomik krizlerin aşılmasında büyük ölçüde yardımcı olmuştur. Ancak, esnekliğin uygulanması konusunda, sosyal tarafların aynı ölçüde istekli ve kararlı olmadıkları görülmektedir. Bunun nedeni, bazı işçi sendikalarının esnekliği kuralsızlık olarak algılamalarıdır. Oysa, çalışma sürelerinde esneklik, kuralsızlık değil, kurallaştırılmamadır. Buna göre, katı hukuk kuralları, esnek özelliğe kavuşturulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çalışma süresi, esneklik, ekonomik kriz, fazla çalışma, kuralsızlık

ABSTRACT

One of the most important factors regarding the adoption of Labour Act (Law no. 4857) in 2003 is the idea of providing flexibility in working time. Because, with the experience of the global economic crises it has been understood that provisions with strict features do not always result in the employee's benefit. On the other hand, the regulations which have been adopted for the purpose of providing flexibility during the last ten years have been very helpful to overcome the economic crisis that broke out at different times. Nevertheless, it is seen that social parties do not stand equally eager and firm towards the application of flexibility. The reason for such a situation is that some trade unions perceive flexibility as a lack of rules. However, flexibility in working time is not a lack of rules but an avoidance of making of rules. Accordingly, strict legal rules are granted with flexibility features.

Keywords: Working time, flexibility, economic crisis, overtime, lack of rules

* Prof. Dr. Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

(Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından 15 Kasım 2013 tarihinde İstanbul'da yapılan 10. Yılında İş Kanunu Semineri'ne sunulan tebliğin işlenmiş ve genişletilmiş metnidir.)

I. Giriş

1475 sayılı İş Kanunu, kendisinden önceki iş yasalarının yürürlükte bulunduğu dönemlerde de olduğu üzere, özellikle ülkemizdeki işveren kesimi tarafından çalışma sürelerinde esneklik öngören hükümlere sahip bulunmayışı yüzünden eleştirilmiş ve yetersiz görülmüştür. Özellikle, buna yönelik eleştiriler ile çalışma sürelerinde esnekliği içeren yasal düzenlemelere olan gereksinimler, 2001 ekonomik kriziyle birlikte doruğa ulaşmış ve mevcut düzenlemelerin katı oluşundan yakınılmıştır.

Bu bakımdan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun çalışma sürelerinde esneklik öngören hükümlerinin kabulünün gerisinde, ekonomik kriz dönemlerine karşı yeterli ve uygun yasal önlem ve araçların bulunmayışının yattığı gözden kaçırılmamalıdır. Buna karşılık, söz konusu düzenlemeler, bunu gözden kaçırarak çevreler tarafından, yasal iş güvencesi hükümleri karşılığında işverene kesimine sağlanmış hukuki yararlar olarak algılanmış ve değerlendirilmiştir.

Ancak, günümüz uygulamasında ulaşılan nokta, çalışma süresine ilişkin esneklik öngören yasal hükümlerin ne denli önemli olduğunu ve ülkemiz ekonomik sorunlarının üstesinden gelinmesine ne ölçüde yardımcı olduğunu, büyük bir açıklıkla göstermektedir. Bu açıdan, söz konusu düzenlemeleri yadsımak yerine, bunların uygulanmasında karşılaşılan sorunların çözülmesine katkıda bulunulması, daha yararlı ve uygun görünmektedir.

Diğer yandan, çalışma sürelerinde esneklik öngören düzenlemeler, esas olarak, İş Kanunu'nu ilgilendiren hükümlerdir. Ancak, kısa çalışma ve eksik çalışma gibi yasal kurumları içeren düzenlemeler, zaman içinde İş Kanunu'ndan koparılmış görünmektedir. Aslında, İş Kanunu'nu ilgilendiren söz konusu hükümler, günümüzde diğer yasaların içine alınmış bulunmakla birlikte, aşağıda bunların da irdelenmesine girişilecektir. Buna göre, ilkin, çalışma sürelerinde esneklik öngören İş Kanunu'ndaki değişik kurumlar ele alınacak ve daha sonra da, uygulamada karşılaşılan sorunların çözümüne bunların ne ölçüde yararlı olduğu değerlendirilecektir.

II. Denkleştirme Konseptinin Getirilişi

4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulünden önceki döneme, katı iş süresi anlayışı egemen olmuştur. Buna göre, haftalık çalışma süresi tutarının, haftanın çalışılan günlerine sadece eşit olarak dağıtılması öngörülmüş ve her iş haftasında toplam aynı süre tutarıyla çalışması esası be-

nimsenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu ise, söz konusu katı iş süresi anlayışına esneklik kazandırmış ve çalışma süresinde denkleştirme konseptini kabul etmek suretiyle, her hafta aynı süreyle çalışmak yerine, bazı haftalar yasal haftalık çalışma süresinin aşılması ve bazı haftalarda da yasal haftalık çalışma süresinin altında kalınması olanağını yaratmıştır.

Burada önemli olan nokta, söz konusu yasal düzenleme sayesinde, işverenin yasal haftalık çalışma süresinde çalışmış olan işçiye fazla çalışma ücreti zorunda kalmayışı ve işçinin de yasal haftalık çalışma süresinden daha az çalıştığı hafta ücretinde azalma tehlikesini yaşamayıdır.

Gerçekten, iki aylık (toplu iş sözleşmesiyle dört aylık) denkleştirme dönemi içinde, bazı haftalar yasal haftalık çalışma süresi olan 45 saatten daha uzun (66 saate kadar) ve bazı haftalar ise, 45 saatten daha kısa süreyle çalışılması mümkündür. Böyle bir durumda, bazı haftalar 45 saat aşıldığında, ortalama 45 saat aşılmamak kaydıyla fazla çalışma ücreti ödenmemektedir. Bu bağlamda, önemli olan nokta; iki (veya toplu iş sözleşmesiyle, dört) aylık denkleştirme döneminde, 8 hafta x 45 saat olmak üzere, toplam 360 (veya dört aylık dönemde 16 hafta x 45 saat olmak üzere 720) saatin aşılmayıdır. Böylece, her hafta 45 saat yerine, denkleştirme dönemi içinde "ortalama" haftada 45 saat çalışılmaktadır.

Denkleştirme dönemi içinde fazla çalışma ücreti ödemeye veya işçinin cürette azaltmaya gidilmesi gerekmez esnek çalışma olanağı, özellikle talepteki değişikliğe bağlı olarak üretimi ayarlamaya yararlıdır. Buna göre, fazla çalışma ücreti ve işçinin ücretinde azalma söz konusu olmaksızın, talep çokluğunda uzun çalışılarak taahhütler karşılanmaya çalışılacak; talep düştüğünde de, kısa çalışılarak, üretimdeki yığılmaların önüne geçilecektir.

Ancak, İş Kanunu m. 63/II hükmü söz konusu olanağın kullanılmasını, haklı ve yerinde olarak, "tarafaların anlaşması" koşuluna bağlamıştır. İşçi sendikaları ise genel olarak esneklik kavramına ve özel olarak da çalışma sürelerinde esnekliğe kuşkuyla yaklaştıkları için, geçen on yıllık dönem içinde söz konusu koşulun yerine getirilerek, belirtilen olanaktan yararlanılabildiği pek görülmemiştir.

III. Telafi Çalışması Kavramının Kabulü

Klasik çalışma süresi anlayışı, işçinin çalışması ile çalışmaması durumu olmak üzere, iki alması kapsar ve işçinin çalışmadığı zamanı daha sonra zaman içinde çalışmak suretiyle telafi etmesi, söz konusu anlayışa yabancıdır. Telafi çalışmasına yer vermeyen klasik anlayışın ne

işçinin ve ne de işyerinin yararına olmadığı ise, artık günümüzde anlaşılmaktadır. Nitekim, zorunlu nedenlerle işin durdurulduğu veya ulusal bayram ya da genel tatil günlerinin öncesinde veya sonrasında işyerinin tatil edildiği durumlar, işçi ile işyeri lehine sonuçlar yaratmamaktadır.

Bu anlamda, özellikle, arefe gününün hafta tatilinin öncesine veya sonrasına rastlaması halinde, işçinin gelirinde azalma olmaksızın çalışmayıp kendisine daha çok dinlenme zamanını ayırma olanağına kavuşması, işçi için çekici olmaktadır. Aynı durum, işyeri için de söz konusu olup; tam bir verimin alınamayacağı böyle bir durumda işyerinin tatil edilmesi, işletme giderlerinden tasarruf edilmesi ve mevcut fiziki kapasitenin çalıştırılmaması gibi yararlı sonuçların doğumuna yol açmaktadır. Bunun gibi, zorunlu nedenlerle işverenin işçiye iş veremediği durumlarda, klasik hukuk anlayışı içinde işçiye temerrüt hükümleri uyarınca işçinin ücreti işlemeye devam edecekken; telafi çalışması anlayışı, işverenin işçiyi zorunlu nedenler kalktıktan sonra çalıştırmasına olanak tanımakta ve işçi de, daha önce çalışmadığı süreler için gelir kaybına uğramamaktadır.

Telafi çalışmasının işyerlerine sağladığı en önemli avantaj, onları fazla çalışma ücreti ödeme yükünden kurtarmasıdır. Gerçekten, telafi çalışması, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmayacak (İş K. m. 64/I c. 2), yani telafi çalışması yaptığı süreler için işçiye artışı ücret ödenmesi gerekmeyecektir. İşçinin bundaki yararı ise, daha önce çalıştırılmadığı zamanlar için ücret gelir kaybına uğramayacak olmasıdır.

Diğer yandan, klasik çalışma süreleri anlayışı, işçiye talebi üzerine izin verilmesini yıllık ücretli izin veya doğum, evlenme ya da ölüm gibi durumlardaki mazeret izni çerçevesinde tanımaktadır. Belirtilen çerçevede dışında işçinin izin talep etmesi durumunda ise, işçinin ücretinde kesintiye gidilmesi gerekmekte ve bu da, işçinin gelir kaybına yol açmaktadır. Telafi çalışması ise, işçiye telafi olanağını yaratmak suretiyle, hem izin kullanmasını ve hem de gelir kaybına uğramamasını sağlamaktadır. Ayrıca, daha önceki dönemlerin "yıllık izne mahsuben" uygulamasının önüne geçilmek suretiyle, yasaya (İş K. m. 56/I-III) uygun bulunmayan yıllık izin süresi bölünmeleri de önlenmiş bulunmaktadır.

Bu bağlamda, İş K. m. 64/I, "zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde", iki ay içinde çalışılmayan süreler

için işverenin, "telafi çalışması" yaptırmasına olanak tanımaktadır. Ayrıca, telafi çalışmasının; tatil günlerinde yaptırılmaması, günlük en çok çalışma süresi olan onbir saati aşmaması ve günde üç saati geçmemesi öngörülerek (İş K. m. 64/II), işçinin korunmasına çalışılmıştır.

Uygulamada, telafi çalışması kurumundan önemli ölçüde yararlandırdığı görülmektedir. Nitekim, ister arefe günlerinin hafta tatiliyle birleşmesi olsun ve isterse işçinin talebi üzerine verilen izinlerde olsun, telafi çalışmasının uygulamada yaygınlık kazandığı söylenebilir. Çalışma sürelerinde gereken esnekliği yaratması ve işçi ile işveren kesimlerine yararlar sağlaması nedeniyle, telafi çalışmasına daha uzunca bir süre başvurulacağı söylenebilir.

IV. Kısa Çalışma Esasının Benimsenmesi

Ekonomik veya zorunlu nedenler, işyerindeki çalışma sürelerinin kısaltılmasını (azaltılmasını) veya geçici olarak hiç çalışılmaması sonucunu yaratabilir. Böyle hallerde hukuken başvurulacak önlem ve olanaklardan biri de, "kısa çalışma"dır. Bu anlamda, kısa çalışma; ekonomik veya zorunlu nedenler yüzünden, geçici olarak işyerinde daha az süreyle çalışılması veya hiç çalışılmaması gerektiği takdirde, bu yüzden gelir kaybına uğrayacak işçiye "kısa çalışma ödeneği"nin ödenmesini zorunlu kılan bir çalışma biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Daha önceki iş yasalarında mevcut bulunmayan kısa çalışma olanlığı, ülkemizde ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65 inci maddesiyle kabul edilmiş ve "genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltan veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durduran işveren, durumu derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir" (f. 1 c. 1) denilmiştir. Bu bağlamda, talebin uygunluğunu tespit yetkisi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bırakılmıştır (İş K. m. 65/I c. 2). Ardından, bunun usul ve esaslarını belirleyen "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik" (RG. 31.3.2004, No. 25419) çıkartılmıştır.

Ancak, kısa çalışmaya ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin İş Kanunu'ndaki düzenleme (m. 65), uzun ömürlü olmamış; ilkin, söz konusu hükmün beşinci fıkrasının ilk iki cümlesi, 5510 sayılı Yasa'nın 106 ncı maddesiyle ve daha sonra da, anılan hükmün geriye kalan tümü, 5763 sayılı Yasa m. 37/a'yla yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna karşılık, kısa çalışma, söz konusu yasal değişikliklerle Türk çalışma mevzuatından kaldırılmış değildir. Nitekim, daha önce İş K. m. 65'deki düzenlemenin içeriği, tıpkı "ücret garanti fonu"ndaki (İş K. m. 33) gibi, İşsizlik Sigortası Kanunu'nun içine alınmış ve anılan yasanın Ek 2 nci maddesi olarak yeniden ama bir başka yasa içinde yasalaşmıştır.

Yasakoyucunun söz konusu değişikliği gerçekleştirmedeki temel düşüncesinin, kısa çalışma ödeneğinin işsizlik sigortasından ödeniyor olmasına dayandığını söylemek mümkündür. Nitekim, aynı düşünceyle olsa gerektir ki; işverenin ödeme aczine düşmesi haline ilişkin düzenleme (İş K. m. 33) de, buna ilişkin "ücret garanti fonu" ödemelerinin işsizlik sigortasından yapılıyor olması nedeniyle, İş Kanunu'ndan çıkartılıp İşsizlik Sigortası Kanunu'nun içine alınmış ve söz konusu yasanın Ek 1 inci maddesi olarak yeniden ve aynı içerikle kabul edilmiştir.

Ancak, söz konusu düzenlemelerin İş Kanunu'ndan çıkartılması, yasama tekniğine uygun değildir. Çünkü, gerek kısa çalışma ödeneğinin ve gerekse ücret garanti fonuna ilişkin ödemelerin işsizlik sigortası fonundan yapılıyor olması, bunların işsizlik sigortası kurumlarını olduğunu göstermemektedir. Nitekim, her iki durumda da işçi işsiz kalmış değildir ve yapılan ödemeler, işsizlik sigortası yardımları olarak görülmemektedir. Bu itibarla, enazından kısa çalışmaya ilişkin düzenlemenin İş Kanunu'ndan çıkartılıp İşsizlik Sigortası Kanunu'nun içine alınmış olması, isabetli bir adım olarak değerlendirilememektedir.

Kısa çalışmaya ilişkin yasal düzenleme, esas olarak, 2001 ekonomik krizinin ekonomik koşullarını hafifletme gereksinimiyle ortaya çıkmış ve daha sonra 2004 ile 2007 yıllarındaki ekonomik kriz dönemlerinin yarattığı olumsuz ekonomik sonuçları ortadan kaldırmada önemli ölçüde uygulama alanı bulmuştur. Bu amaçla ilkin, kısa çalışma ödeneklerinin üç ayla sınırlı olması, uygulamada yeterli olmamış ve bu süre daha sonra altı aya uzatılmıştır.

İkinci olarak, işsizlik sigortası ödeneklerinin miktarı, uygulamada yetersiz kalmıştır. Nitekim, günlük kısa çalışma ödeneği miktarının başlangıçta işsizlik ödeneği miktarıyla sınırlanmış olması, uygulamada olumsuzluk yaratmıştır.

Yaşanan olumsuz gelişmelerden sonra, söz konusu sınırlamanın yerine; günlük kısa çalışma ödeneğinin, sigortalının son oniki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ı olması ve bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği

miktarının da, yetişkin işçiler için geçerli aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçmemesi esası, ancak 2011 yılında 6111 sayılı Yasa'yla kabul edilebilmiştir (İşsizlik Sigortası Kanunu ek m. 2/TV c. 1-2).

Diğer yandan, kısa çalışma taleplerinin uygunluğunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından değerlendirilmesi, geçmiş uygulamada çok uzun sürmüş ve bu da, kısa çalışma ödeneklerinin ödenmesini oldukça geciktirip mağduriyet yaratmıştır. Ancak, söz konusu durum, idari işleyişten kaynaklanmış olup, yasal düzenlemenin kendisini ilgilendirmemektedir.

V. Eksik Çalışmanın Yasadan Çıkartılışı

Bazı işlerde çalıştırılan işçilerin, sağlık kuralları bakımından, günde ancak 7.5 saat veya daha az süreyle çalıştırılmaları gerekir. Bu anlamda, söz konusu işler; nitelikleri itibarıyla belirli süreler aşıldığında, işçinin sağlığını bozucu etkileri bulunan işlerdir. Belirtilen işlerde, yasa öngörülen günlük çalışma süresinden daha az çalışılacağı için de, anılan işlerde işçinin yapacağı çalışmaya "eksik çalışma" adı verilmektedir.

Bu konuda, başlangıçta İş Kanunu'nun 63 üncü maddesinin son fıkrası, "sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat ve daha az çalışılması gereken işler, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir" hükmüne yer vermiştir. Anılan hükme dayanılarak, "Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat Veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik" çıkartılmıştır (RG. 15.4.2004, No. 25434).

Ancak, eksik çalışmaya ilişkin düzenlemenin doğrudan iş sağlığını ilgilendirdiği düşüncesiyle olsa gerektir; İş K. m. 63/son hükmü, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 37 nci maddesiyle, 2012 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Buna karşılık, eksik çalışma düzenlemesi ortadan kalkmış olmayıp, tıpkı ücret garanti fonu ile kısa çalışmada olduğu üzere sadece yer değiştirmiş, yani bir başka yasanın (İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun) içeriğine dahil edilmiştir.

Nitekim, 6331 sayılı Yasa m. 30; iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olup çıkarılması gereken yönetmelikler konusunda, "sağlık kuralları bakımından daha az çalışılması gereken işler" in yönetmelikle belirlenmesini öngörmüştür. Bu bağlamda, söz konusu hükme dayanılarak, "Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat Veya Daha

Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik" (RG. 16.7.2013, No. 28709) çıkarılmıştır. Bu yönetmeliğin ise, öncekinden çok farklı olduğu görülmektedir.

Eksik çalışmaya ilişkin belirtilen değişikliklerin, Türk iş mevzuatı bakımından, herhangi bir yenilik getirmediği ortadadır. Çünkü, İş Kanunu'nun içindeki bir düzenleme bu yasanın içinden çıkarılıp, bir başka yasanın içine sokulmuştur. Daha önceki düzenlemeye ilişkin olarak, herhangi bir gelişme (yenilik) veya iyileştirme ise sağlanmış değildir.

Ancak, 6331 sayılı Yasa'nın İş Kanunu'na oranla daha geniş bir kesimi kapsamı nedeniyle, daha çok kişinin eksik çalışma koruması altına söylenebilir. Buna karşılık, İş Kanunu'nun uygulama alanı dışındaki işyerlerinde, eksik çalışmaya ne ölçüde başvurulduğu sorulmak gerekir. Bu açıdan, eksik çalışmanın İş Kanunu'nun içinden çıkarılması'nın yerindeliği, tartışılır niteliktedir.

VI. Fazla Sürelerle Çalışmanın Ayırılması

4857 sayılı İş Kanunu, önceki iş yasalarından farklı olarak, "*fazla sürelerle çalışma*"yı "*fazla çalışma*"dan ayırdetmiştir. Gerçekten, önceki dönemde haftalık çalışma süresinin sözleşmeyle yasal haftalık çalışma süresinin altında belirlendiği durumlarda, bu süre ile yasal haftalık çalışma süresi miktarı arasındaki bölüme fazla çalışma esaslarının uygulanıp uygulanmayacağı, hukuki sorun oluşturmuş ve yargı önüne götürülmüştür. Çünkü, "*fazla sürelerle çalışma*" kavramı, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önceki mevzuat dönemine yabancı kalmıştır. Bunu gözönünde bulunduran yasakoyucu, İş K. m. 41/I ile III'de söz konusu kavramları ayrı ayrı tanımlayarak, her iki kavramın birbirinden farklı durumları içerdiğini göz önünde bulundurmıştır.

Buna göre, "*Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalar*", "*fazla çalışma*" ve "*haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda.. ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar*" ise, "*fazla sürelerle çalışma*"dır (İş K. m. 41/I c. 2 ve III/c. 1). Bu bağlamda, söz konusu ayırım, kuramsal bir ayırım olmayıp, uygulamada pratik sonuçları (hükümleri) olacak bir farklılıktır.

Nitekim, işçi, isterse, fazla çalışma karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 90 dakikayı; fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında ise 75 dakikayı serbest zaman olarak kullanabile-

cektir (İş K. m. 41/IV). Yine, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenecekken (İş K. m. 41/II); fazla sürelerle çalışmada, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı yüzde (elli yerine) yirmibeş yükseltilerek ödenecektir (İş K. m. 41/III c. 2).

Yasakoyucunun fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma ayırımını gözetmesi, yerinde olmuştur. Gerçekten, ilkin, fazla sürelerle çalışmada işveren daha düşük oranda ücret ödeyecek ve giderek daha kısa serbest zaman tanıyacak olduğu için, bu yolla toplu iş sözleşmesinde işverenin yasal çalışma süresinin altına inmesi kolaylaşmış olacak ve ayrıca, yasal çalışma süresinin altına inmiş işveren, fazla çalışma yaptırmaya özendirilmiş olacaktır. Çünkü, yasal haftalık çalışma süresinin altına inildiğinde, zaten özveride bulunarak yasal çalışma süresinin düşürülmesini onaylamış bulunan işverenden, aynı ücreti (% 50 zamlı fazla çalışma ücretini) ödemesi ve giderek işçinin gelirini artıracak olan fazla çalışmayı yaptırmayı kolayca beklenemeyecektir. Bu bakımdan, çalışma süresinin aşılmasına ilişkin her iki durumun, birbirinden ayırıldılmasında yarar vardır; ki, 4857 sayılı İş Kanunu, bunu gerçekleştirmiş görünmektedir.

Diğer yandan, İş K. m. 41'deki ayrımsal düzenlemeler, yargı kararlarının gelişmesini de yönlendirmiş olmaktadır. Gerçekten, önceki dönemde Yargıtay; aksine sözleşme hükmü olmadığı sürece, yasal haftalık çalışma süresinin altındaki akdi çalışma sürelerinin, yasal haftalık çalışma süresine ulaşınca kadar, fazla çalışma sayılmayacağını ve artışı ücrete hak kazandırmayacağına ilişkin bir uygulama geliştirmiştir. Böylece, 4857 sayılı İş Kanunu, söz konusu uygulamaya esneklik kazandırmış ve işveren kesimini katı nitelikteki yasal haftalık çalışma süresi miktarının altına inmeye özendirici ortalama bir çözümle, belirtilen katı mevzuat hükmüne (yasal haftalık çalışma süresi düzenlemesine) esneklik sağlamıştır.

VII. Süt İzni Uygulanması

İş Kanunu'nun 74 üncü maddesinin son fıkrası, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat "süt izni" verilmesini; bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünecek kullanılacağını kadın işçinin kendisinin belirlemesini ve süt izninin günlük çalışma süresinden sayılmasını öngörmüştür. Bu bağlamda, süt

izni hakkının yasa düzeyinde tanınması, ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu'yla gerçekleşmiştir. Ancak, yasa düzeyinde olmasa da, önceki iş yasaları döneminin, "emzirme izni" adı altında süt iznine yabancı olmadığı belirtilmek gerekir.

Buna karşılık, ilgi çekici olan nokta, süt izni hakkının tanınması ve giderek, bunun çalışma süresinden sayılması değil, söz konusu hakkın kullanılmasına kazandırılan esnekliktir. Gerçekten, önceki dönemden farklı olarak, süt izninin ne zaman ve ne kadar süreyle kullanılacağını belirleme yetkisi, kadın işçiye bırakılmıştır. Nitekim, süt izninin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını belirleme yetkisi, yasa (İş K. m. 74/VI c. 2) tarafından, emzikli kadın işçiye bırakılmıştır.

Buna göre, toplam birbuçuk saatlik süt (emzirme) izni süresinin uzunluğu muhafaza edilmekle birlikte, söz konusu iznin öğleden önce 45 dakika ve öğleden sonra 45 dakika kullanılmasına ilişkin daha önceki uygulama terkedilmiş durumdadır. Böylece, emzikli kadın işçi, toplam birbuçuk saatlik süt izni hakkını kesintisiz birbuçuk saat olarak veya toplam birbuçuk saati aşmamak üzere birden çok defada ve de istediği zaman (öğleden önce ve/veya öğleden sonra olmak üzere), kendi isteğine göre kullanabilecektir. Ancak, emzikli kadın işçi; yasa hükmü (İş K. m. 74/son) metninde yazılı olmamakla birlikte, süt izni hakkının uygulamasını, işyerinin çalışma düzenini bozmayacak biçimde ayarlamak durumundadır. Bunun aksine ortaya çıkacak uygulamalar, hakkın kötüye kullanılması (Medeni Kanun m. 2) anlamını taşır ki, yasanın bunu koruduğu görülmez.

Diğer yandan, yasakoyucu, emzirme izinlerinin toptan kullanılması durumunu düzenlemeyerek, emzirme izni düzenlemesine esneklik kazandırmak istemiştir. Yasakoyucunun toptan izin kullanmayı düzenlemeyişinin ardında, bu konuya mutlak buyurucu (emredici) nitelik kazandırmama isteği yatmaktadır. Bu konuda ortaya çıkan esneklikten günümüz uygulamasında memnuniyet duyulduğu ve pek çok işyerinde çok sayıda emzikli kadın işçinin, haftada bir gün ücretli izin kullandığı gözlemlenmektedir.

Süt izinlerinin toptan kullandırılması biçimindeki uygulamanın, söz konusu iznin getiriliş amacıyla bağdaşmadığı söylenebilir. Ancak, emzikli kadın işçinin çocuğuna uzaklık nedeniyle ulaşmasının güç olduğu durumlar için, artık kurumun getiriliş amacına bakılmaksızın bir sosyal hak olarak görülmesinde yarar vardır.

VIII. İzne Çıkarma Uygulamaları

İşverenin özellikle geçici süreyle üretimi sürdüremeyip işçiye iş vermekte zorlandığı durumlarda, işçileri zorunlu olarak izne çıkardığı görülmektedir. Nitekim, geçmişte ülkemizde yaşanan ekonomik kriz dönemlerinde, işyerlerinin zorunlu izin uygulaması içine girmiştir. Oysa, izin kullanma isteği, işçiden kaynaklanmak durumundadır. Bu itibarla, işçinin işveren tarafından izin yapmaya zorlanamaması esastır.

Zorunlu izin uygulamaları, ücretli veya ücretsiz olmaya dayalıdır. Bunlardan ücretli olanı, uygulamada önemli bir sorun yaratmamaktadır. Çünkü, işveren işçiden yıllık ücretli iznini kullanmasını isteyecek olduğunda, işçi o anda izin yapma isteği olmasa dahi, gelir kaybına uğramayacağı için, işverenden gelen bu öneriyi kabullenebilmektedir. Özellikle, kriz dönemlerinde, yani işçinin işini kaybetme riskinin yüksek olduğu zamanlarda, işçilerin bu tür ücretli izin uygulamalarına karşı çıkmadıkları görülmektedir.

Buna karşılık, ücretsiz izin uygulamaları, hukuken sorun yaratabilmektedir. Gerçekten, ücretsiz izinde işveren, işten çıkarma maliyetini yüklenmeksizin iş sözleşmesini askıya alma olanağına sahip bulunmakta; buna karşılık, istihdam içinde kalmak isteyen işçi, kısa çalışma veya işsizlik ödeneğinden yoksun biçimde, işletme riskini yüklenmektedir. Bu bakımdan, ücretsiz izin uygulaması, kural olarak, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik anlamını taşımaktadır.

Buna göre, işveren, ücretsiz izne çıkarma önerisini yazılı olarak yapmak zorundadır (İş K. m. 22). İşverence önerilecek süre, geçici nitelik taşıdığından, dürüstlük kuralına (MK. m. 2) uygun olarak "makul" bir süre olmalıdır. Bu durumda, işçi, iyiniyet kurallarının gerektirdiği makul bir süre kadar bekleyecek; ancak, söz konusu süre geçtikten sonra, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip kıdem tazminatlarını alabilecektir.

Bunun gibi; kararlaştırılan izin süresinin sona ermesine rağmen işçi işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılmalı ve söz konusu fesih, işverence yapılmış bir geçersiz fesih olarak kabul edilmelidir.

Uygulamada bazı kötüniyetli işverenler, gerçekte işçilerin iş sözleşmelerini sona erdirmek ama feshin kendilerine yükleyeceği ihbar ve kıdem tazminatlarını ödemekten ve iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak istemektedir. Belirtilen amaçla ücretsiz izin verilen işçi, uzunca bir süre tekrar işe çağrılmadığından, ister istemez başka bir işe girmek zorunda kalmaktadır. Temelde varolan fesih iradesinin ücretsiz izne çı-

karma görüntüsü altına gizlendiği bu gibi durumların, hukuken korunmaması gerekir.

Diğer yandan, işverenin yapacağı ücretsiz izne çıkma önerisi işçi tarafından kabul edilmediği takdirde, işverenin tek yanlı bir uygulamayla işçiyi ücretsiz çıkarabilmesi söz konusu değildir. Bu durumda, işveren, ücretsiz izin uygulama düşüncesinden vageçmek veya geçerli bir nedene dayanıp ihbar öneline uymak suretiyle iş sözleşmesini feshetmek durumdadır. Buna karşı işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanmayışına göre, feshin geçerli veya haklı nedene dayanmayıp, geçersiz veya haksız fesih sayılması için dava açmak durumunda kalacaktır.

Ülkemizdeki ücretsiz izne çıkarma uygulaması, kötünietli işverenlerin hukuken korunmayacak niyetlerinin dışında, tamamen ekonomik zorunluklar nedeniyle ortaya çıkan bir durum olarak değerlendirilmek gerekir. Ücretsiz izin uygulamaları, İş Kanunu tarafından doğrudan düzenlenmemiş olmakla, gerekli esneklik hükümlerinden yararlanabilecek durumda değildir. Tersine, bu konuda uygulanması söz konusu olan hükümler içinde İş K. m. 22, yanların anlaşmasını öngörmek suretiyle, gereken esneklikten yoksundur.

Bunun temelinde ise, ekonomik zorunlukların ortaya çıktığı durumlar için, İş Kanunu'nun esas olarak kısa çalışma ve ücret garanti fonu kurumlarını düşünmüş olması yatmaktadır. Ancak, söz konusu kurumlarda aksaklık ortaya çıktığı takdirde, işletme riski işçinin üzerinde kalmaktadır. Bunun ise, işçi bakımından, son derece korumasız bir ortam yarattığı açıktır.

IX. Değerlendirme ve Sonuç

Özellikle 1990'lı yıllardan itibaren, Türk çalışma yaşamı, esneklik arayışı içine girmiştir. Bunda en önemli etkenin, o dönemde yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14 üncü maddesi dışında kalan hükümlerinin, gereken esneklikten yoksun olması ve işçiyi koruma endişesiyle katı özelliğe sahip bulunmasıdır.

Esneklik isteklerinin 2003 yılına kadar uzanmasında, esneklik kavramına bakış açısındaki yanlış algılamalar etkili olmuştur. Nitekim, çalışma yaşamında esneklik, o döneme gelinceye kadar, kuralsızlık olarak algılanmıştır. Oysa, çalışma yaşamında esneklik, kuralsızlık değil, kurallaştırılmama, yani katı özelliğe sahip hukuk kurallarının esnek özel-

liğe kavuşturulması anlamını taşımaktadır. Bu yüzden, işçi sendikaları, esnekliğe olumlu biçimde yaklaşmakta çekingen davranmaktadır.

Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi ve esnek uygulamalar içine girilmesi gereksinimi, özellikle son on yılda yaşanan küresel ekonomik krizlerle kendisini hissettirmiştir. Bu bağlamda, katı hukuk kurallarının her zaman işçi lehine (yararına) olmayacağı, geç de olsa anlaşılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi konusunda, özellikle denkleştirme esasını kabul etmek suretiyle, önemli adımlar atmıştır. Ancak, işçi sendikalarının ihtiyatlı yaklaşımı yüzünden, denkleştirme uygulamasının çok büyük bir işlerlik kazanamadığı görülmektedir. Buna karşılık, telafi çalışması, uygulamada geniş yer tutmakta ve gelecekte geçerliliği olacak düzenlemeler arasında yer almaktadır. Oysa, telafi çalışması, tıpkı çalışma süresinin denkleştirilmesinde olduğu üzere, yanların anlaşmasına bağlanmıştır. Ancak, yanlardan birini denkleştirmede işçi sendikası ve telafi çalışmasında ise münferit işçi oluşturmakta ve bu da, işçi sendikalarının esnekliğe kuşkuyla baktıklarını açıklıkla göstermektedir.

Fazla sürelerle çalışma kavramına yer verilmiş ve bunun yasal düzeyde ele alınmış bulunması, hem işçi ve hem de işveren kesimi bakımından yararlı olmuştur. Bu sayede her iki kesim, fazla çalışma uygulamalarına özendirilmiş durumdadır.

2000'li yıllarda zaman zaman yaşanan ekonomik krizler, yeni bir iş yasası arayışlarını hızlandıran etkenler içinde yer almıştır. Nitekim, o zamana kadarki çalışma mevzuatının ekonomik krizlere karşı hukuki önlem içermeyişi ve zorunlu neden düzenlemelerinin kriz düzenlemeleleriyle uyumlu olmayışı, ivedilikle yeni bir iş yasası arayışı içine girilmesine ivme kazandırmıştır. Bu bağlamda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun başlangıçtaki metninde "kısa çalışma" kurumuna yer verilmesi, katı çalışma süresi anlayışını ekonomik kriz dönemleri için yumuşatmada etkili olmuştur. Ancak, kısa çalışma konusunda yaşanan yönetsel güçlükler, söz konusu kurumun etkili bir biçimde uygulanabilmesini geciktirmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun çalışma sürelerinin esnekleştirilmesine ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesini toparlayacak bulunursak; günümüzde gelinen noktanın, hiç de azımsanmayacak bir yer olduğunu söylememiz mümkündür. Gerçekten, mevcut İş Kanunu, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesine ilişkin yasal düzenlemelere büyük ölçüde sahiptir. Esneklik açısından eksik veya güçsüz olan yan, esnekliği uygulama konusundaki istek ve kararlılık olsa gerektir. Bütün bunlara rağmen

men, yine de son on yılda geçirilen ekonomik krizlere rağmen hala Türkiye ekonomisinin kararlılıkla yoluna devam etmesinde, sağlanan yasal esnekliğin önemli bir payının bulunduğu yadsımak mümkün değildir.