



Prof. Dr. Tankut Centel

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DEKANI

"Küreselleşme olgusu, iş hukukunu da etkilemekte, ister istemez yeniden sorgulanmasını gerektirmektedir."

Geleneksel iş hukukunun rolü, sürekli işçinin korunması ve işçi ile işverenin ve de bunların temsil ettiği kesimlerin çatışan çıkarlarının dengede tutulması düşüncesiyle sınırlanmıştır. Günümüzde ise, geçmişteki bu tutum terk edilmiş ve giderek, bireyin serbest tercihine daha çok öncelik tanınmaya başlanmıştır.

Gerçekten, Sanayi Devrimi'nin başlangıç yıllarına hakim olan müdahale etmeme eğilimi, ilkel anamalcı ortamın yarattığı olumsuz sonuçların etkisiyle, çalışanı korumacı bir sisteme dönüşmüştür. Söz konusu koruma esas olarak, katı nitelikteki yasak ve öngörmeleri içeren hukuki düzenlemelerde görülmüştür. Bu anlamda, iktisaden liberal dönemin tek başına bıraktığı birey, kamu müdahalesini içeren dönemde koyu bir korumayla karşılaşmıştır.

Katı bir korumayı içerecek iş hukuku kurallarının, iş yaratmak yerine, günümüzde zaman zaman istihdamı gerilettiği görülmüş ve iş hukuku sisteminin işlevi sorgulanmaya başlanmıştır. Gerçekten, günümüzde iş hukukunun temel işlevlerinden biri de, istihdamın geliştirilmesi ve işsizliğin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmasıdır. Bu bağlamda, iş hukukunun temel işlevi sorgulanırken, istihdama hizmet ölçütü ön plana çıkmaktadır. Ancak, burada kastedilen istihdam, her zaman kayıtlı ekonomi kuralları içinde iş yaratılmasıdır. Bunun için de, kayıt dışına çıkmayı kolaylaştıracak veya buna itecek istihdam önlemleri, iş yaratma stratejilerinin dışında kalmaktadır.

İSTİHDAM YÜKÜMLERİ

İş hukukunda istihdam yükümleri, bazı çalışan grupları için iş yarat-

mada yaşanan güçlükleri aşma düşüncesiyle işverene getirilir. Bu anlamda, bazı çalışan grupları, özel olarak korunma gereksinimi içindedir. Nitekim, Anayasa'nın 50. maddesi, bunları "küçükler" ve "kadınlar" ile "bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar" olarak sıralamakta; yani "yaş", "cinsiyet" ve "özür" faktörlerini gözetmektedir. Bunlardan istihdam yükümü kapsamı içinde görülen çalışan grubu ise, sadece özürdür.

Ancak, özürdürlerin dışında, topluma yeniden kazandırılmak durumunda olan eski hükümlüler de, istihdam güçlüğü yaşayan kesim içinde yer alır. Çünkü, geçmişte suç işlemiş bir eski hükümlünün, yeniden suç işleyeceği önyargısı topluma hakimdir. İşletmeleri de, bunun dışında tutamazsınız. Bunun içindir ki, özürdürler ile eski hükümlüler, istihdam şansları yok denecek kadar az olan kesimler içinde yer alır. Kimse bunları istihdam etmeye kolaylıkla yanaşmayacağı için, istihdam yükümü hükümleriyle bunların işsiz kalmaları önlenmeye çalışılır. Bu anlamda, haksız ayırım yasağı getiren ya da istihdam etmeyi öngören yasa hükümleri, zorlayıcı özürdürlerle katı niteliktedir. Nitekim, söz konusu hükümlerin ihlali, ceza yaptırım altına sokulur.

İstihdam yükümleri konusunda dikkat edilmesi gereken temel nokta, kendileri için yüküm getirilen kişileri istihdam etmede işverenin istek ve iradesine bakılmayıdır. Bunun için de, kendileri için istihdam yükümü getirilmiş kişiler, işyerinde kontenjan oranında istihdamı zorunlu bulunan ve de adeta işverence işyerinde istenmeyen çalışanlar içinde yer alır.

Diğer yandan, istihdam yükümü öngörülen kişiler için, iş yaratma bazı alanlarda güçlük yaratır. Özellikle, kamu güvenliğini ya da kişisel güvenli içeren iş ortamlarında, eski hükümlüler için iş yaratılması, büyük sorun taşır. Bu gibi durumlarda, artık işveren, bu kişiler için, iş yaratma yerine ceza yaptırımlarıyla karşılaşmayı yeğ tutar.

Dahası, istihdam olanakları kısıtlı olan çalışanları çalıştırmayacak işyerlerinden tahsil edilen para cezaları, bunların istihdamı dışındaki alanlarda harcanmaya kalkışılır. Nitekim, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin ve buna ilişkin para cezasını düzenleyen 98. maddesinin ilk şekilleri, tahsil edilecek para cezalarının istihdam dışı amaçlarla kullanılmasına açık kal-

mıştır. Bu tür ceza yaptırımlarını uygulamak suretiyle istihdam yaratılamayacağını gören yasa koyucu, yeni bir tercih içine girmiş ve bunu en son olarak da, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin son fıkrasında uygulamıştır. Buna göre, özürlü ve/veya eski hükümlü istihdam yükümlerini yerine getirmeyen işverenlerden tahsil edilecek "para cezaları Türkiye İş Kurumu bütçesinin Maliye Bakanlığınca açılacak özel tertibine gelir kaydedilecek ve bu hesapta toplanan paralar özürlü ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurma ve bu gibi projelerde kullanılmak üzere Türkiye İş Kurumuna aktarılacak"tır.

İŞ GÜVENCESİ:

İş güvencesi hükümleri, özünde katı nitelikte olan düzenlemeleri içerir. Gerçekten, katı nitelikteki yasal iş güvencesi yoluyla, işten çıkarmaların önüne geçilmek istenir. İşverenin iş sözleşmesini fesih hakkı, sözleşme serbestisi çerçevesinde ortadan kaldırılamaz. Ancak, söz konusu fesih hakkı, sosyal düşüncenin sözleşme serbestisini sınırlaması sonucunda, yasayla sınırlanabilir ve yasal iş güvencesi düzenlemeleri de, böyle bir sınırlamanın somut görünümünü oluşturur.

Yasal iş güvencesi düzenlemeleri, esas olarak, işsizliğin önüne geçilmesi yolunda alınmış önlemler içinde yer alır. Şöyle ki; işveren, keyfi biçimde işçileri işinden çıkartabilecek olduğunda, giderek bu kişiler işsiz kalacağı için, işsizlik durumları ortaya çıkacak ve bu da, işsizlik sigortasının aşırı yüklenmesi ve istihdamın daralması sonucunu yaratabilecektir. Bu noktada, katı nitelikteki düzenlemelerin, temelde istihdamı geliştirmeye yaradığı söylenebilir.

Ancak, bu söylenenler, katı nitelikteki düzenlemelerin varlığını sürdürebildiği ortamlar için geçerlidir. Gerçekten, herhangi bir özel bilgi veya beceriye sahip bulunmayan sanayi işçisinin istihdam içinde korunması, önemli ölçüde bu kişiye iş güvencesinin yasa yoluyla tanınmasına bağlanmıştır. Günümüzde ise, katı iş düzenlemelerinin istihdam üzerindeki olumsuz etkileri görülerek, söz konusu hükümlere esneklik kazandırılmaya başlanmıştır. Böylece, hem kayıt içindeki işletmelerdeki istihdamın daralması önlenmiş ve hem de kayıtlı işyerlerinin kayıt dışı ekonomiye kaymalarının önüne geçilmiştir.

KLASİK İSTİHDAMDAN UZAKLAŞTIRMA:

Geleneksel istihdam modeli, tam gün çalışma esasına dayanmıştır. Bu anlamda, işverenin, işçinin işgücünün tümünden yararlanması düşünülmüştür. İşçiler de, işgüçlerini aynı işverene hasrederek, gelirlerini arttırabileceklerini sanmıştır. Hatta, bir adım daha ileri gidilerek, fazla çalışma yapıp aynı işyeri için daha uzun süreyle çalışma olanağı, işçiler tarafından gelir artırıcı bir faktör ve adeta bir gelir kaynağı olarak algılanmıştır.

Ancak, tam gün çalışma esasına dayalı klasik istihdamın, iş yaratmada başarılı olamadığı, zaman içinde anlaşılmıştır. Nitekim, günümüzde esneklik içeren kısmi çalışma modellerinin sağladığı en önemli yararlarından biri de, fazla çalışmaların önüne geçerek veya mevcut işleri bölerek, yeni iş yaratmasıdır.

Klasik tipteki iş sözleşmesinden uzaklaşma, hem çalışma sürelerinde esneklik sağlamak ve hem de atipik iş ilişkilerini benimsemek suretiyle, ortaya çıkmıştır. Çalışma sürelerini esnekleştirme ve yeni istihdam türlerini tanıma konusunda, iş hukukunun da önemli bir değişim içine girdiği görülür. Gerçekten, artık klasik günlük 7,5 saatlik mesai esası, işletmelerde terk edilmeye başlanmıştır. Bunun yanı sıra, işyerlerini daha uzun süreyle açık tutma ve yalın üretimin gereklerini karşılama gibi gereksinimler de, esnek istihdamı zorunlu kılar hale gelmiştir.

Küresel dünyada temel etmen "rekabet" olduğu için, istihdamın da işyerlerinin rekabet gücünü çoğaltacak istihdam biçimlerini üstün tutması, doğal karşılanmalıdır. Bu anlamda, istihdamda esnekliği sağlayacak nitelikteki atipik iş ilişkilerine yönelmesi, zorunlu hale gelmiştir. Gerçekten, kısmi çalışma modelleri; işyerlerinin daha uzun süreyle çalıştırılması ve talepteki daralma ve artışları karşılması nedeniyle, işletmelerin rekabet gücünü artırıcı niteliktedir. Bu yüzden de, istihdamda esnekliğin, esnek nitelikteki kısmi çalışma modellerinin kabulünden geçtiği söylenebilmektedir.

GÖRECELİ BAĞIMLILIK:

İş hukuku, geleneksel olarak, "bağımlı işçilerin özel hukuku" biçimin-

de tanımlanır. Buna bağlı olarak, işçi de, "işverene bağımlı olarak işgören gerçek kişi" biçiminde tanımlanmaya çalışılır. Bu bakımdan, bir kişinin işçi olarak kabul edilebilmesi için, işverenle kişisel bağımlılık içinde bulunması, yani işverenin buyruklarına uygun biçimde ve onun gözetim-denetim ve yönetimi altına işgörmesi zorunludur.

Ancak, ekonomik ve teknolojik gelişmeler karşısında, artık bağımlılık ilişkisine mutlak bir anlam vermekten kaçınıldığı görülmektedir. Nitekim, ilkin, kişisel bağımlılığın her zaman mutlak bir niteliğe sahip olmayıp, göreceli olduğu belirtilmelidir. Gerçekten, ekonomik-teknolojik ve sosyal gelişmeler, işgörmeye ediminin yer ve zaman bakımından yerine getirilişinde çeşitlenmelere yol açarak, bağımlılığı görece azaltmıştır. Özellikle, on-line veya ağ içinde kalınarak yerine getirilen ekranlı ünitelerdeki metin çalışmaları, işin mutlaka işyerinin coğrafi sınırları içinde yapılması zorunluluğu bulunmadığından, kişisel bağımlılığı azaltmakta ve göreceli duruma sokmaktadır.

Diğer yandan, kişisel bağımsızlığın ortadan kalkmasına karşın ekonomik bağımlılığın devam ettiği durumlar da mevcuttur. Nitekim, "işçi benzeri kişiler" olarak adlandırılan kesim, kişisel bağımlılığının olmayışı yüzünden işçi olarak kabul edilemeyen, ama işverene ekonomik açıdan bağımlı bulunan kişileri kapsar. Bu kesim, sosyal korumaya gereksinim duyar. Günümüzde, ne girişimci ve ne de işçi olarak karşımıza çıkamayan bu kesimde yer alanların sayısı ise, önemli ölçüde artmaktadır. Nitekim, özellikle, işçilik maliyetlerinin ve işveren yükümlülüklerinin çoğalması, ister istemez sermaye sahiplerini işleri fason olarak yaptırmaya zorlamaktadır.

İSTİHDAM EDİLEBİLİRLİĞİN GELİŞTİRİLMESİ:

Katı iş güvencesi ortamlarının yarattığı istihdam daralmaları karşısında, işçilerin "istihdam edilebilirlik" niteliği üzerinde durulmaya başlanmıştır. Buna göre, işçi, işini katı nitelikteki güvence hükümleriyle muhafaza etmek yerine, sahip bulunduğu veya sonradan kazandığı bilgi ve becerilerle işini koruma olanağını elde etmektedir. Bu açıdan, işçinin gerçek güvencesi, taşıdığı bilgi ve becerilere bağlı bulunmaktadır. Doğal olarak, söz konusu ölçüt, bilgi toplumunun oluşup gelişmesiyle birlikte yaygınlık kazanmaktadır.

Gerçekten, niteliksiz işçi, işveren açısından, her zaman için alternatifini bulunan, yani yerine bir başkasının çalışacak olmasının mal ve hizmet üretimini etkilemeyecek olduğu kişidir. Bu tür kişilerin gözden çıkarılması, özellikle işsiz sayısının yüksek olduğu ortamlarda, işveren bakımından sorun yaratmaz. Buna karşılık, nitelikli işçiyi işveren, her zaman için işyerinde tutmak ister. Bu anlamda, işçinin gerçek güvencesi, yasal zorunlulukla öngörülen güvence yükümleri olmayıp, taşıdığı kişisel niteliklerdir.

Diğer yandan, kişisel niteliklerin korunması, günümüz iş hukukunun öncelikli konuları arasına girmiştir. Gerçekten, işçinin yarışmama borcu, kişilik haklarının korunması, kişisel verilerinin saklanması ve işçi buluşları gibi konular, iş hukukunun temel sorunları içine girmiş durumdadır. Nitekim, kural getiren hukuki düzenlemelerin, artık daha çok, söz konusu sorunlarla ilgili alanlara yöneldiği görülmektedir.

KAMU MÜDAHALESİ VE İŞ HUKUKUNUN KORUMA İŞLEVİ:

Sanayi Devrimi'nin ilk yıllarındaki sanayi işçisi profilinin yerini bilgi toplumunda nitelikli işgücüne bırakmasıyla birlikte, iş hukukunda koruma işlevinin de değişime uğradığı görülmektedir. Gerçekten, başlangıçta kamu müdahalesi yoluyla, yani koruyucu nitelikteki çalışma mevzuatı oluşturulmak suretiyle, işçinin korunmasına çalışılmıştır. Bu anlamda, iktisadi liberalizmin işçi-işveren ilişkilerine uzak durmasının yanlışlığı çok geçmeden anlaşılmış; çocuklar ile kadın işçiler başta olmak üzere, değişik çalışanları iş süreleri, ücret ve özellikle de işe son verme yönünden koruyacak hukuki düzenlemelere geçilmiştir.

Ancak, salt kamu müdahalesi yoluyla işçilerin durumunun düzelmeceği zamanla görülmüştür. Bu yüzden, giderek sendikal hak ve güvencelerin ve grev hakkının olabildiğince geniş bir biçimde tanınmasına, kıyasıya hak alma mekanizmalarının işletilmesine uygun ortam sağlanmıştır. Bunun için de devlet, hak alma mekanizmalarının işleyişinden olabildiğince uzak tutulmuş; kamu müdahalesinin ancak söz konusu mekanizmaların işleyişi tıkandığında, devreye girmesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda, kamunun müdahalesi, toplu iş sözleşmesi özerkliğine getirilmiş sınırlar olmaktadır.

Diğer yandan, bireysel sendika özgürlüğüne, olumlu olduğu kadar olumsuz anlamın da tanınması, sendikaları tek söz sahibi olmaktan uzak tutabilmiştir. Böyle bir ortamda, toplu iş sözleşmesi ağının örülmesi, esas olmakta ve bu ağdan, sendikalılar kadar sendikadan uzak duran işçiler de, belirli şartlar altında yararlanabilmektedir.

Ancak, sendika ile toplu iş sözleşmesi ve grev hakları olabildiğince geniş tutulmaya çalışılırken, gerek dünyada ve gerekse ülkemizde işçi ve işverenlerin sendikadan uzak durmaya çalıştıkları da, gerçeğin diğer bir yüzüdür. Bunu, salt işçilerin sendikadan uzak durması nedeniyle işverenlerin de sendikaya girme gereksinimini duymamaları olgusuyla açıklamak pek doğru olmaz. Gerçekten, işçi sendikalarının hatalı politikaları işçilerin önemli bir bölümünü sendika dışında kalmaya itiyorsa da, bunu tek başına belirleyici olgu olarak kabul etmek mümkün değildir.

Sanırım, burada daha çok, işverenlerin işçilerle teke tek muhatap olmak üzere, bireysel iş ilişkilerine verdikleri önemi göz ardı etmemek gerekir. Ayrıca, ücret sendikacılığının çıkmazda oluşu da, önemli bir faktör olarak, toplu iş ilişkilerini olumsuz yönde etkilemektedir. Bu açıdan, iş yaratma stratejileri ile istihdam politikaları, artık daha çok bireyi ve onun eğilimlerini göz önünde bulundurmaya zorundadır. Buna bağlı olarak, modern iş hukuku da, katı nitelikteki düzenleyici hükümlerden çok, bireyi göz ardı etmeyecek istihdam önlemlerini dikkate almak durumunda kalacaktır.

ÇALIŞMA YAŞAMINDA ESNEKLİĞİN İŞ HUKUKU

ÜZERİNDEKİ ETKİSİ:

Çalışma yaşamında esneklik, iş hukukuna ilkin, atipik iş ilişkilerini, yani yeni istihdam biçimlerini tanıtmıştır. Gerçekten, iş hukuku; klasik türdeki kısmi çalışma dahil olmak üzere klasik iş sözleşmesini düzenlerken, atipik iş ilişkilerini ve bu arada esnek kısmi çalışma modellerini dışlamıştır. Bu anlamda, iş hukuku, ancak esneklik sayesinde, yeni istihdam türlerini tanıyabilmiştir.

Diğer yandan, klasik iş hukuku kalıpları, ekonomik kriz dönemlerine çözüm üretememiştir. Toplu işçi çıkarma, kısa çalışma ve telâfi çalışma-

sı gibi esnekliği içeren iş hukuku kurumları ise, ekonomik krizin aşılmasına yardımcı olmaktadır. Bu anlamda, katı iş güvencesi hükümlerini içeren düzenlemelerin yerini, istihdamda esnekliği sağlayıcı yeni mekanizmalar ile iş hukuku kurumları almıştır.

Ayrıca, esnekliğin ücretler üzerindeki etkisi de, toplu sözleşme artışlarının mutlak nitelikte olmayışının benimsenmesiyle kendisini göstermiştir. Gerçekten, işçi sendikaları; işsizlik oranlarını yükseltmemek için, zaman zaman küçük oranda zamlara ve hatta, sıfır zam denilen ücret artışı yapmama uygulamalarına katlanmışlardır. Yine, ekonomik kriz ortamlarının yarattığı sıkıntıları birlikte aşmak üzere, daha önce toplu iş sözleşmesiyle kabul edilmiş parasal haklardan, daha sonra işverenle yaptıkları protokollarda vazgeçmişlerdir. Bu anlamda, ücret artışlarında göreceli artış esası benimsenmiştir. Bunun gibi, uyarılma davaları sonunda verilen yargı kararları da, iş hukukunda yeni bir anlayışın ortaya çıkmasına yol açmıştır.

İş yaratma stratejileri ve istihdam politikaları bakımından, iş hukuku işlevini değiştirmiş gibi görünmektedir. Bununla, iş hukukunun, işçiyi korumaktan vazgeçtiği söylenemez. Gerçekten, günümüzde iş hukukunun işçiyi koruma işlevi, özde değişmiş değildir. Değişen sadece, korumanın özelliği ve yönüdür. Buna göre de, iş hukuku; katı düzenlemelerin istihdamı daraltıcı etkilerini görerek, esnek düzenlemeler üzerinde yoğunlaşmaya başlamıştır. Bu bağlamda, esneklik kuralsızlık veya kural dışılık biçiminde anlaşılamayacağı için de, işçinin korunması temel düşünce olarak varlığını sürdürmektedir. Bunun içindir ki; işçi sendikalarından, esnekliğe uzak durmaları beklenemez. Bunun gibi, kayıt dışı ekonomi içinde yer alan işverenlerin de, işlevindeki değişim bakımından, iş hukukundan işçiyi korumasını beklemelerinin hukuken bir değeri yoktur.

Küreselleşen dünyamız, ister istemez, iş hukukunu da etkilemekte ve onun yeniden gözden geçirilip, yeni koşullar altında sorgulanmasını gerektirmektedir. Bu sorgulamada ise, evrensel nitelikteki insan hakları ile uluslararası çalışma standartları gözden uzak tutulacak değildir. Belirtilen ortamda Türkiye, 4857 sayılı İş Kanunu'yla yeni bir döneme-

ce girmiştir. Esnekliği sağlayıcı hükümleriyle yeni İř Kanunu, umarız, istihdamın önüne daha önce dikilmiş engelleri kaldırır.

Prof. Dr. Toker Dereli

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Tankut CENTEL'e teşekkür ederiz. Konuşmasında hem iř güvencesine, hem de çalışma biçimlerine birlikte yer verdi. şimdi son sözü Hürriyet Gazetesinin köşe yazarı Sayın Cüneyt LSEVER'e veriyorum.