

KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA ŞEKİLLERİ VE 4857 SAYILI İŞ KANUNUNDAKİ GÖRÜNÜM

Dr. Emin ZEYTİNOĞLU*

1. Giriş

Bilindiği gibi, işçi-işveren arasındaki ilişkilerdeki eşitsizlik İş Hukuku dalının oluşmasının esas temelidir. Ekonomik ve sosyal gelişmeler sonucunda liberallikten sosyalliğe kayan devlet yapısı, bu ilişkilere el atmış ve elinden geldiğince işçiye korumaya çalışmıştır. Bu görüşün sonucu da, hukuki düzenlemelere yansımış, işverene gerek ekonomik açıdan, gerekse talimat açısından bağımlı olan işçi için elverişli çalışma koşulları yaratılmaya çalışılmıştır. Aynı süreç ülkemizde de yaşanmış, 3008 ve 931 sayılı İş yasaları bu düşüncelerle hazırlanmıştır. Konumuz açısından incelediğimizde, bu süreçte işçinin işverene bağımlı olarak işyerinde tam gün çalışması da, bu yasaların temel aldığı sistemlerdendi. Bununla beraber ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmeler tam gün çalışmanın bazı ortamlarda gerekli verimliliği veremediğini, buna karşın çalışma koşullarının esnekleştirilmesinin hem işveren ve işyeri, hem de işçi açısından daha olumlu sonuçlar verdiğini ortaya koyduğundan, 4857 sayılı İş Kanununda tam gün çalışmanın yanı sıra kısmi çalışma koşulları düzenlenmiş, böylece uygulamada zaten varolan ve yasal düzenleme olmadığından çeşitli uyumsuzluklara yol açabilen sistem, yasal bir temele oturtulmuştur.

İş Hukukunda esneklik gereği hem işveren, hem de işçi kesimleri tarafından kabul edilmektedir. İşçi, esnek ça-

*) İstanbul Ticaret Üniversitesi Öğretim Üyesi

alışma sayesinde gerek kişisel yaşamını, gerekse çalışma sürelerini kişisel durumuna göre rahatça düzenleme imkanına sahiptir¹. Bunun yanı sıra esneklik bilhassa ekonomik kriz dönemlerinde kalifiye işçinin değişik iş yerlerinde iş bulabilmesi yolunu açmakta, çalışma sürelerinin düzenli şekilde programlanmasını sağlamaktadır². Bunun yanı sıra kısmi süreli çalışanların yoğunluğunun kadın veya eğitim dönemindeki gençler olduğu düşünüldüğünde ,kadınların çocukları ile ilişkilerinin düzenliliği veya gençlerin iş hayatının yanı sıra eğitimlerini de devam ettirmelerinin de kısmi çalışmanın olumlu yönlerinden olduğunu da belirtmemiz gerekir. Hatta, doktrinde³ çalışanlara ve ülke ekonomisine, trafik yoğunluğunun azaltılması ve enerji tasarrufu açısından da çeşitli yararları olacağı belirtilmiştir.

İş İlişkilerindeki esnekliğin çalışanların yanı sıra işverenlere de çeşitli yararları olduğu görülmektedir. Personel ve diğer üretim fonksiyonlarını uyumlu şekilde çalıştırma, kriz dönemlerinde maliyetlerde düşüş sağlama imkanı, çalışanlardan daha iyi verim alma bu olumlu yanlardan-
dır. Buna karşılık , işverenin tam gün yerine kısmi süreli işçi çalıştırmayı sürekli olarak yapması durumunda, işçi sayısının artmasından dolayı gerek işletme açısından , gerekse bürokratik işlemler açısından daha zorlanacağı da dikkatten uzak tutulmamalıdır.

Avrupa Topluluğu Anlaşmasının 189.maddesine uygun olarak Avrupa Komisyonunun çıkardığı 15.12.1997 tarihli ve 97/81 nolu direktifte de⁴ işçilerin iş ve yaşam şartlarının daha iyileştirilmesi ve ilerlemenin sağlanması için kısmi çalışma hükümlerinin belirlendiği ve tüm üye devletlerin buna uymaları gerektiği belirtilmektedir. Di-

1) Ömer Ekmekçi, İşin Düzenlenmesinde Esneklik Arayışları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul 2002, s.79

2) Bu konuda bkz: Çalışma Sürelerinde Esneklik, MESS Yayını, İstanbul 2002, s.14

3) Tankut Centel, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, s.18

4) Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesinin 20. 1. 1998 tarihli nüshasında yayınlanmıştır.

rektifte temel olarak kısmi çalışanların hakları korunmaya çalışılmakta ve ayrımcılık engellenmektedir. Kısmi çalışma nın en önemli özelliğinin işsizliği önlemek olduğu ve düzenlemelerin bu amaca yönelik olduğu belirtilmektedir⁵.

2. Kısmi Çalışma Kavramı

İş Kanunun 13.maddesine göre; “işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda” kısmi süreli iş ilişkisi oluşmaktadır. Bu tanımın içindeki çeşitli kavramlar izaha muhtaçtır, bazıları ise uygulamada uyumsuzluklara yol açabilecek niteliktedir.

a) İşçinin normal haftalık çalışma süresi haftada en çok 45 saattir. Ancak bu sürenin haftanın hangi günlerinde kaç saat çalışılarak doldurulacağı konusunda işçi ve işveren taraflarının serbestçe karar vermeleri mümkündür. Bu tür bir özel anlaşma yoksa çalışma günlerinde eşit ölçüde çalışılacaktır. Şayet taraflar haftanın değişik günlerinde farklı zaman dilimlerinde çalışmayı yeğlemişlerse, burada dikkat etmeleri gereken, günde 11 saatten fazla çalışılmamasıdır. Bazı işlerde çalışanların günde en çok 7.5 saat çalışmaları gerekiyorsa bu durum 63.madde gereğince hazırlanacak yönetmelikte belirlenecektir. Tarafların çeşitli günlerde değişik saatlerde çalışabileceklerini kabul ettiğimizde, haftalık çalışma süresinin de buna bağlı olarak değişebileceği açıktır. Kanun bu durumda , toplu iş sözleşmesi ile iki misline kadar çıkarılma imkanını saklı tutarak, 2 aylık periyodlar içinde ortalama haftalık çalışma sürelerinin, yasal süreye eşitlenmesi gerektiğini belirlemiştir. Alman Hukuk Sisteminde bu süre yıllık dönem olarak ele alınmaktadır⁶.

b) Kısmi süreli çalışan kişi de, aynen tam süre çalışan işçi gibi işvereni ile iş ilişkisi içindedir. Burada, madde metnindeki “iş sözleşmesi” kavramını kanunun hazırlık

5) Arbeit und Recht 97, s.318

6) Alman İstihdamı Teşvik Kanunu, madde 2. II

çalışmalarında da belirlendiği gibi, “iş ilişkisi” ile bir tutmak gerekmektedir. Kanunun 2.maddesine göre, “..... işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir”. İş ilişkisi işverenin işçiyi işe alması ve işçinin fiilen işe başlaması ile oluşur⁷.

İş sözleşmesinin yapılış şekli ve süresi, tam süreli sözleşmelerde olduğu gibi, kanundaki sınırlamalara uymak kaydıyla tarafların özgür iradelerine bırakılmıştır. Yapılacak sözleşme, “belirli süreli veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı ise” yazılı şekilde yapılması gerekir. Buradaki yazılılığın sıhhat şartı olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki baskın görüşse göre “sözleşmenin yazılı şekilde yapılması sözünün tanıma sokulmasıyla bu unsur ile iş sözleşmesinin şekline ilişkin 8.madde hükümleri arasında gereksiz bir çelişki yaratılmıştır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesinin süresine bakılmaksızın yazılı olmasının mutlak olarak kabulü halinde, şekle ilişkin maddedeki sadece süresi 1 yıl ve daha fazla olan sözleşmelerin yazılı olma zorunluluğu, yazılı sözleşme yapılmayan hallerdeki belge verme yükümlülüğü, süresi 1 ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerine yazılı olma zorunluluğunun uygulanmaması, belgede yer alması gereken bilgilerin iki aylık süre dolmadan sona eren iş sözleşmesi için en geç sonra erme tarihinde yazılı olarak verilmesi gibi ayrıntılı düzenlemeler anlamsız kalacaktır. Bu sonuca varılamayacağına göre, 11.maddedeki yazılı şekil, yazılı belge ve yazılı bilgi vermeyi kapsayan bir ifade olarak yorumlamak gerekir”⁸.

c) Emsal işçi kavramı İş Kanunu 13/3 de açıklanmıştır. Maddeye göre, “emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolundaki şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır”.

7) Arthur Nikisch, Arbeitsrecht I.Band Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3.Bası, Tübingen 1961, s.137

8) Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 16.Bası, İstanbul 2003, s.81

Benzer emsal işçi açıklaması Avrupa Topluluğunun 97/81 nolu direktifinin 3.maddesinde de bulunmaktadır. Anılan maddeye göre emsal işçi, “aynı iş yerinde aynı türden iş sözleşmesi yapmış veya aynı türden iş ilişkisi içindeki ve aynı veya benzer işte çalışan, bunun yanı sıra çalışma süresi ve nitelik açısından da birbirine benzer özellik taşıyan kişidir. Bu tür bir emsal aynı işyerinde yoksa, uygulanan toplu iş sözleşmesindeki, o da yoksa kanuni veya toplu iş sözleşmelerindeki veya ulusal örf ve adetlerdeki karşılaştırmalar temel alınabilir”.

Görüldüğü gibi Avrupa Topluluğu normları, yasamıza oranla daha geniş bir tanımı tercih etmiş, bilhassa toplu iş sözleşmesi kurallarının etkinliğine daha fazla dikkati çekmiştir.

d) Kanun metninin en yorumlamaya açık kısmı, çalışma süresinin “önemli ölçüde” daha az olması gereğidir. Burada iş süresinin, “neye göre az, ne kadar az ve hangi zaman aralığına göre az” olduğu belirlenmesi zor olan sorulardır⁹. Kanımızca bu denli muğlak olan ifadenin yerine daha sabit bir belirleyici unsur konması daha doğru olurdu. Örneğin; Almanya’da kısalığın süresi önem arz etmemekte, yasal haftalık çalışma süresinden 1 saat az dahi olsa bu kısmi süreli kabul edilmektedir¹⁰. Buna karşılık İspanya’da normal iş süresinin 2/3 ünden az çalışanlar veya Danimarka’da haftalık 30 saatin altında çalışanlar kısmi süreli çalışan olarak kabul edilmektedir. Kanunun gerekçesinde de, İspanya’da olduğu gibi 2/3den az çalışma öngörülmüşken, bu hüküm kanunlaşma sırasında metinden çıkarılmıştır.

Esasında kanunda açıkça belirlenmesi gereken “süre” kriteri, daha sonra Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılmış bulunan “İş Kanununa İlişkin Çalışma

9) Ali Nazım Sözer, Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Sosyal Sigorta Hakları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, Sayı 4, 2000, s.70

10) Aynı görüşte; Öner Eyrenci, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, s.23. (Kısmi Süreli Çalışmalar), Yazar bunun nedenini “subjektifliği önleme” olarak belirtmektedir.

Süreleri Yönetmeliği”¹¹ ile açıklığa kavuşturulmuştur. Yönetmeliğin 6.maddesine göre, “işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır”.

4857 sayılı yasa çıkmadan önce kısmi süre çalışmaya ilişkin verilmiş Yargıtay kararlarında da çalışma süresinin ele alındığını görmekteyiz. Örneğin; Y.9 HD nin 21.5.1991 tarih ve E.1991/753, K.1991/8770 nolu kararında¹², haftanın 5 günü günde 3 saat çalışmak kısmi çalışma olarak kabul edilmiştir. Aynı doğrultuda, Y9HD nin 2.12.1997 tarih ve E.1997/16566, K.1997/20066 sayılı kararında haftada 5 gün, günde 2 saat çalışma, Y9HD nin 21.10.1996 tarih ve E.1996/9715, K.1996/19812 sayılı kararında da haftada 2 gün, 2.5 saat çalışma durumunda kısmi süreli çalışıldığının kabul edildiğini görmekteyiz.

Yukarıda değindiğim gibi, yasanın kısmi süreli çalışmaları düzenlemesi, varolan bir boşluğun doldurulması yönünde önemli bir adımsa da, yoruma gerek bırakmaksızın düzenlenmesi kanımca daha doğru olurdu.

Kavram kargaşalığını önlemek amacıyla kısmi çalışma ve kısa çalışma arasındaki temel farkı da vermenin doğru olacağı kanısındayım. Kısmi süreli çalışmada taraflar, iş sözleşmesini hazırlarken “sürekli” olarak kısa bir çalışmayı temel alırlarken, İş Kanunu 65.maddede, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle haftalık çalışma süreleri “geçici” olarak azaltılmaktadır¹³.

3. Kısmi Çalışma Çeşitleri

3.1. Genel Olarak

Ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmeler, günümüz-

11) 6.4.2004 tarih ve 25425 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır

12) Bu konuda bkz: Öner Eyrenci'nin incelemesi, İş Hukuku Dergisi, Cilt I, Sayı 3, İstanbul 1991, s.438. Ayrıca incelemede anılan Yargıtay kararları

13) Öner Eyrenci, 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 1, İstanbul 2004, s.48 (Yeni Düzenlemeler)

de, klasik tam gün bir işyerinde işverenin talimatıyla çalışmayı öngören sistemi değiştirmiştir. Gerek kadın, gerekse öğrenci işgücünün değerlendirilmesi yeni çalışma sistemlerini zorunlu olarak gündeme getirmiştir.

Bilhassa kadınların gerek küçük işyerlerinde temizlik işlerinde çalışmayı, gerekse kalifiye işlerde ailesine daha fazla zaman ayırmak amacıyla çeşitli firmalarda kısa dönemlerde çalışmayı tercih etmeleri kısmi çalışma alanında kadınların hatırı sayılır ölçüde çok pay almaları sonucunu doğurmuştur¹⁴.

Kısmi çalışma, her ne kadar süre açısından tam süreli çalışmadan farklı ise de, bilhassa çalışanların menfaatleri açısından, tam süreli çalışanlara uygulanan pek çok hüküm kısmi süreli çalışanlara da uygulanmaktadır.

Bir işyerinde tam süreli- kısmi süreli işçiler bir arada çalıştıklarında, işverenin en çok dikkat etmesi gereken nokta bu iki tür çalışan arasında ayırım yapmaması gerektiğidir. İş Kanunu 13.madde bu konuda çeşitli hükümler içermektedir. Maddeye göre, "kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir".

Kanunda ayırım yapılmasını engelleyen daha ayrıntılı hükmü 5.maddede görmekteyiz. Anılan madde tam süreli kısmi süreli işçiler arasında ayırım yapılmasını yasaklamanın (f.2) yanı sıra, belirsiz, belirli süreli işçiler arasında yapılamayacağını da belirtmektedir. Ayırım yasağı maddede en geniş ölçüde ele alınmış ve dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebepler nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu ayırım yasağı Anayasanın 10.maddesine uygun olarak düzenlenmiştir.

Anılan ayırım yasağı, Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin

14) Ursula Köbl, Frau und Beruf Arbeitsrecht für Frauen, München 1995, s.348

119.maddesine uygun olarak, 97/81 nolu direktifte de bulunmaktadır. Direktifin 4.maddesine göre, eğer haklı neden yoksa tam gün çalışan ve kısmi çalışanlar arasında ayırım yapılmayacaktır. Anılan maddede, kanunumuzdaki düzenlemeye uygun olarak gerektiğinde “oranlama” imkanı açık bırakılmıştır.

Bu ayırım yasağı bilhassa cinsiyet açısından önemlidir. Kısmi süreli çalışma sistemi kadınlar tarafından öncelikli olarak tercih edilmektedir. Uygulamada kısmi süreli çalışanların 2/3 ünün kadın çalışan olduğu görülmektedir. 4857 sayılı yasanın 5.maddesi açıkça cinsiyet ayırımı nedeniyle ücret farklılığı yapılamayacağını belirtmiştir. Aynı korumacılık uygulamada ve yasal düzenlemelerde hem iş şartlarının uygulanmasında, hem de işe son verilmede dikkate alındığı halde, işe alınmada bu ayrımcılığı engelleyici bir önlem alınmamıştır.

13.madde metnine baktığımızda, kanun koyucunun ayırım yapılabilmesine imkan tanıdığını, ancak burada “haklılık” kriterini aradığını görmekteyiz. Haklılık her işletmenin kendi özelliklerinden doğabileceği gibi, işçinin veya işverenin kişisel özelliklerinden de doğabilir. Örneğin; sadece öğleden sonra 3 saat çalışan bir işçinin öğle yemeği hakkından yararlanmaması haklı bir nedendir. Avrupa Topluluğu uygulamalarında da haklı nedenlerin incelendiği çok miktarda mahkeme kararı bulunmaktadır¹⁵.

Kanunun getirdiği ayırım yasağının, analık, ücretli yıllık izin, hastalık vb. yerlerde uygulandığı görülmektedir. Burada önemli olan işçinin bölünemeyen haklardan tam süreli çalışan gibi yararlanabilmesidir. İş sözleşmesinin sona ermesinde veya kıdem tazminatı verilmesinde de tam süreli-kısmi süreli çalışan ayırımı yapılmamalıdır. Yani bu hesaplamalar yapılırken fiilen çalışılan süre değil, işe başladıkları andan, işten ayrıldıkları tarihe kadar bütün süre dikkate alınmalıdır. Bu durum hakkaniyete uygundur. Zira iş sözleşmesi kurulurken, her ne kadar kıs-

15) Anılan mahkeme kararları için bkz: Dieter Krimphove, *Europäisches Arbeitsrecht*, München 1996, s.161 vd., s.87

mi süreli çalışanların haftalık çalışma süresi tam gün çalışana göre daha kısa olsa da, devamlılık dikkate alınmaktadır. Yargıtay 9.HD nin 21.5.1991 tarih ve E. 1991/753 , K.1991/8770 sayılı kararında da belirtildiği gibi, “bir işyerinde cumartesi ve pazar günleri dışında haftanın 5 gününde üçer saat çalışan işçinin kıdem tazminatı hesabında işe giriş ve çıkış tarihleri arasındaki sürenin tamamının dikkate alınması gerekir”¹⁶.

4857 sayılı kanunun 13.maddesinde ele alınan kısmi süreli çalışanlarla tam süreli çalışanlar arasındaki en büyük ayırım ücret ve paraya ilişkin konularda görülmektedir. Paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerde kısmi süreli çalışan işçi, tam süreli emsal işçilere göre çalıştığı süreye orantılı olarak ücret almaktadır. Kanunumuzdaki bu düzenleme Avrupa Komisyonunun 97/81 nolu direktifine de uygundur.

13.maddedeki paraya ilişkin menfaatlerin içine, ücret, prim, ikramiye, izin ücreti gibi gelirlerin yanı sıra evlenme, doğum, çocuk, yakacak yardımları gibi sosyal nitelikli gelirler de girmektedir. Buralarda işçi emsal işçiye oranla çalışma süresi kadar gelire hak kazanmaktadır. Tabii iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi hükümleri doğrultusunda bu gelir miktarını işçi lehine değiştirmek mümkündür. Örnekleme gerekirse; işyerinde emsal işçilere 100.000.000 TL ikramiye dağıtılıyorsa ve bir işçi haftada 30 saatlik çalışma yapıyorsa, ona 400.000.000 TL ikramiye ödenecektir. Bununla beraber işçiye ödenecek ücretin çalıştığı süre dikkate alınıp, tam süreli işçiye verilen asgari ücret oranlanarak, kendisine ödenmesi gerekmektedir¹⁷. Yargıtay çok yeni tarihli bir kararında da aynı görüşü yinelemiş ve, “öncelikli çalışanın ayda toplam kaç gün veya kaç saat çalıştığı kesin olarak saptanmalı, daha sonra asgari ücretin bu süreye tekabül eden miktarı üzerinden davacının alacağı belirlenmelidir” sonucuna varmıştır¹⁸.

16) Bkz; 11 nolu dipnot

17) Y.9.HD 3.7.1996 tarih, 1996/9759 E, 1996/15333 K sayılı kararı. Tekstil İşverenler Dergisi Kasım 1993, 16

18) Y 9.HD 16.10.2003 tarih, 2003/4877 E, 2003/ 229 K sayılı

Yukarıdaki ödemeleri hak eden işçi hafta tatili ücretine hak kazanamamaktadır. Hafta tatili ücretini düzenleyen 46.madde, tam süreli (haftalık 45 saat) çalışmayı ele alan 63.maddeye atıf yaptığı ve oradaki koşulları aradığı için, bu süreyi dolduramayan kısmi süreli çalışan hafta tatili ücreti alamamaktadır. Buna karşılık doktrinde, çalışan kişinin gereksinimi varsa, hafta tatili hakkının kullanılması ve hafta tatili ücretinin ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹.

İşçinin kıdem tazminatı miktarının belirlenmesinde Yargıtay daha evvelki görüşünü değiştirip kıdem tazminatı süre hesabında da tüm sürenin temel alınması gerektiğini belirtmektedir. Y.9 HD. 1.5.1986 tarih ve 3374 E, 4502 K sayılı kararında, Yargıtay fiilen çalışılan günlerin dikkate alınması gerektiğini belirtirken, 9 HD 21.5.2001 tarih ve 6063 E, 8620 K sayılı kararında toplam hizmet süresinin (fiilen çalışılan günler değil) dikkate alınması ve alınan son ücrete göre kıdem tazminatının hesaplanması gerektiğini belirtmektedir.

İşçinin, kısmi süreli çalışma sistemi gereği, taraflar arasında aksine bir sözleşme yoksa veya iyiniyet kuralları ve haksız rekabet hükümleri doğrultusunda engelleyici bir durum yoksa, başka bir işte çalışması da mümkündür. Bu durumda kıdem tazminatının nasıl hesaplanacağı konusu tartışmalıdır. Yargıtay birden çok kısmi süreli işte ve değişik işverenler yanında çalışan işçinin alacağı kıdem tazminatlarını toplam olarak ele alıp, değişik işverenlerin yanındaki çalışmaların ve ücretlerin toplamına göre karar vermektedir. Buna karşın İş Kanununun 5.maddesinde ayrıntılı olarak belirtilen ayrımcılığı engelleyen hükümler de dikkate alınarak, şayet çalışanın lehine ise, farklı işverenlerle yapılan sözleşmelerin ayrı ayrı ele alınması daha doğru olacaktır²⁰. Burada çalışanın, her işverenden ayrı ayrı kıdem tazminatı istemesi ve miktarın

kararı. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 1, İstanbul 2004, s.193

19) Tankut Centel, Kısmi Çalışma, s.65

20) Bu konuda bkz: Tankut Centel, Kısmi Çalışma s.70, Öner Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s.67 vd.

1475 sayılı kanunun 14.maddesine göre belirlenen tavan miktar dikkate alınarak hesaplanması gerekmektedir.

Kısmi süreli çalışanın fazla çalışma ücreti alıp almayacağı, 41.madde hükümlerine göre saptanacaktır. Maddeye göre çalışan, haftalık 45 saati aşarsa fazla çalışmaya hak kazanmaktadır. Bu durumda, zaten 45 saati doldurmayan kısmi süreli çalışanın büyük bir olasılıkla fazla çalışma hükümlerinden yararlanamayacağı görülmektedir. Almanya İş Hukuku uygulamasında kısmi süreli çalışanın fazla çalışma ücreti almasına Toplu İş Sözleşmeleri aracılığıyla imkan tanınması dahi ancak yasal sürelerin doldurulması ile mümkündür²¹. Bununla beraber, çalışanın işverenle arasında yapılmış bulunan kısmi süreli sözleşmedeki haftalık çalışma süresinin üstüne çıkması, fakat 45 saatin altında kalması mümkündür. Bu durum 41/3 de belirlenmiş ve çalışma “fazla sürelerle çalışma” olarak nitelenmiştir. Bu durumda çalışanın saat başına %25 zamlı saat ücreti alması veya fazla çalışılan her saat için bir saat onbeş dakika serbest zaman kullanması mümkündür (madde 41/4). Bu serbest zaman 6 ay içinde, çalışma süreleri içinde ve ücret kesintisi yapılmadan kullanılır.

3.2. Kısmi Çalışma Şekilleri

3.2.1. Klasik Kısmi Çalışma

Klasik kısmi çalışmada, çalışanın çalışmakla yükümlü olduğu çalışma süresi, taraflar arasında serbestçe belirlenmektedir. Çalışanın, günlük, haftalık veya aylık zaman dilimleri içinde kaç saat veya hangi günler çalışacağı belirlenmekte, kalan süreyi çalışan istediği gibi değerlendirmektedir. Örneğin; haftanın belirli günleri günde 3 saat (saat 9-12 veya 13-16 gibi) çalışabileceği gibi, haftalık 15 saat çalışmayı taahhüt edip bunu sadece belirli günler (pazartesi 7, salı 8 saat) yapması da mümkündür. Aynı doğrultuda aylık 60 saat çalışmanın taahhüt edilip bunu

21) Alman Kimya İşkolu Toplu İş Sözleşmesi hükmü, Neue Zeitschrift für Arbeits-und Sozialrecht 96, s.600

ilk iki haftada bitirmek de mümkündür²². Tabii bu süreleri saptarken 63.maddede belirtilen azami 11 saatlik çalışma süresi de dikkate alınmalıdır. Bu çalışmaların işyerinin ihtiyacına göre vardiyalı olarak yapılması da mümkündür. Burada amaçlanan, işgücünü gereği gibi kullanmak, şayet ihtiyaç yoksa, işverenin tam süreli çalışan nedeniyle oluşacak giderlerini kısmaktır.

3.2.2. Esnek Kısmi Çalışma

Esnek kısmi çalışma modelinde, klasik kısmi çalışmaya oranla çok büyük bir değişiklik vardır. Klasik kısmi çalışmada çalışma süresi, sözleşmenin başında taraflar arasında belirlenirken, esnek modelde çalışan, işveren veya işyerinin özellik ve ihtiyacına göre sonradan belirlenmektedir.

3.2.2.1. Çağrı Üzerine Çalışma

4857 sayılı kanunun getirdiği yeniliklerden biri işverenin ihtiyacına göre işçiye çalışmak üzere işyerine çağrabilmesine imkan tanınmasıdır

Kanunun 14.maddesine göre, çağrı üzerine çalışma, “yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisidir”. Burada, çalışanın işgücüne işletmede devamlı bir ihtiyaç bulunmamakta, ancak gerek görüldüğü takdirde çağrılmakta ve fiili olarak görev yapmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunumuz döneminde yasal bir düzenleme olmadığından, buradaki boşluk Yargıtay kararları ile doldurulmakta idi. Yargıtay, “ihtiyaç olunca çağrılan ve haftanın belirli günlerinde çalışan devamlı bir işçinin iş kanununun çalışana sağladığı haklardan yararlanacağını” belirleyip bu kişileri kısmi süreli çalışan statüsünde görmüştür²³.

Sözleşmenin yapılış tarzı, şekle bağlı kılınmıştır. Kanı-

22) Bu konuda bkaz: Emin Zeytinoğlu, İş Paylaşımı, İstanbul 2000, s.15 vd.

23) Y.9HD nin 1.11.1995 tarih ve 1995/13458 E, 1995/33266 K sayılı kararı. Tekstil İşverenler Dergisi, Şubat 1996, 17

mızca, her ne kadar takım sözleşmesinin yapılışındaki gibi, son derece net ifadeler kullanılmamışsa da, yazıllık geçerlilik şartıdır. Aksi takdirde kanun koyucunun bu ibareyi koymasının bir gerekçesi olmazdı. Bununla beraber doktrinde iş hukukunun işçiyi koruma temel gayesine dayanılarak yazıllığın ispat şartı olduğu da savunulmaktadır²⁴. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, yazılı sözleşme bulunmadığı takdirde, haftalık çalışma süresinin 20 saat belirlenmiş sayıldığı normal bir kısmi süreli ilişki olduğunun kabulü gerekmektedir²⁵.

Uygulamada çağrı üzerine çalışmanın iki şekilde yapıldığını görmekteyiz. Taraflar iş ilişkisinin başlangıcında haftalık, aylık veya yıllık bir zaman diliminde çalışanın ne kadar süre çalışacağını belirlerler veya işveren, yapılacak işin yanı sıra süre açısından da talimat verme hakkını saklı tutar. Bu ikinci durum kötüye kullanılabilir niteliktedir²⁶. Bu nedenle kanun koyucular bunu sınırlandırma yoluna gitmişlerdir. İş Kanunumuza göre, taraflar arasında bir süre belirlenmesi yapılmamışsa haftalık çalışma süresi 20 saat olarak belirlenmiştir. Bu süre zarfında çalışsın veya çalışmasın çalışan ücreti hak etmektedir. Aynı süre Alman Hukukunda İstihdamı Teşvik Kanununun 4.maddesine göre 10 saattir. Bununla beraber tarafların anlaşarak bu süreyi azaltıp çoğaltmaları imkanı da bulunmaktadır.

Çağrı üzerine çalışma sisteminde de bir devamlılık söz konusudur. Ancak çalışan, işyerinde bulunmayıp, sadece talep olursa işyerine gelmektedir. Ancak işe daima hazır bulunduğundan iş sözleşmesi temel kurallarına uygun hareket etmektedir.

Tarafların kendi aralarında belirledikleri toplam çalışma süresini işveren istediği gibi düzenleme hakkına sahiptir. Ancak, çalışanın, çalışmayı taahhüt ettiği kısmi

24) A.Can Tuncay, İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, s.138

25) Öner Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.21

26) Günter Schaub, Arbeitsrecht von A-Z, München 1997, 15.Bası s.4

süre dışındaki yaşamını düzenleyebilmesi ve gerektiğinde başka bir işte çalışabilmesi imkanının tanınması için işverenin çağrısını belirli kurallar dahilinde yapması öngörülmektedir. Alman hukukunda olduğu gibi yasal düzenlememizde de işverenin, işin görüleceği tarihten en az 4 gün evvel çağrıda bulunması gerekmektedir. Şayet çağrı süresine uyulmadan bir çağrı gerçekleşirse, durum çalışanın inisiyatifine kalır. Çalışan işe başlayabilir, ama iş işverenin talep ettiği erken zamanda gitmemesi işverene sözleşmeyi fesih hakkı vermez. Kanunda çağrı şekli hakkında bir ayrıntı yoktur. Bununla beraber, ileride bir uyuşmazlık çıkması halinde çözüme kolaylık olması açısından yazılı olarak yapılması tercih edilmelidir.

İşverenin işçiyi çağırma hakkının dışında, çalıştırma zamanının belirlenmesi konusundaki yetkisi de yasa tarafından sınırlanmıştır. İşveren işçiyi çağırdığında günde en az 4 saat üst üste çalıştırmak zorundadır (Bu süre Almanya'da 3 saattir). Ancak yasal düzenlemenin açıkça belirttiği gibi gerek çağrı süresi, gerekse çalışma süresi taraflarca serbestçe belirlenebilir niteliktedir. Yani anılan sürelerin altına inilebileceği gibi, üstüne de çıkılabilir.

Çağrı üzerine çalışmada ihbar tazminatı, kıdem tazminatı vb. hakların oluşmasında Yargıtay diğer kısmi çalışma şekillerinden farklı bir yol tutturmuştur. Diğer kısmi çalışmalarda kıdem tazminatının süresinin saptanmasında başlangıç ve bitim tarihleri temel alınırken, çağrı üzerine çalışmada fiili çalışma süresi göz önünde tutulmaktadır (Y.9HD, 27.9.1999 tarih, 11675 E, 14527 K sayılı kararı). Ancak bu durumda bu sürenin içine nelerin gireceği (çağrı dönemi, çağrılıp iş verilemeyen dönem vb) tartışma konusu olmaktadır. Kanımızca çalışanın hizmetini sunmaya hazır olması, onun iş şartlarını yerine getirdiğini gösterir. Her ne kadar, bir süre evvel çağrı bildirimini yapıyorsa da, işçinin hazır olarak beklemesi, onun diğer iş ilişkilerinin düzenini de bozabileceğinden kanımızca diğer kısmi çalışma tarzlarında olduğu gibi, başlangıç ve bitim tarihlerinin temel alınması daha doğru olacaktır.

3.2.2.2. İş Paylaşımı

Esnek kısmi çalışma modellerinin bir bakası iş paylaşımıdır. Çağrı üzerine çalışmada işveren ve işyerinin ihtiyaçları dikkate alınarak işçinin çalışma süresi belirlendiği halde, iş paylaşımı sisteminde genellikle işçinin ihtiyaç ve iradesi çalışma süresinin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır.

Bu sistemde iki veya daha fazla işçi bir işi beraberce yürütmektedirler. İşverenle daha evvel miktarı konusunda karara varılmış bulunan çalışma süresinin nasıl doldurulacağına işçiler kendi aralarında karar vermektedirler. Burada günlük çalışma süresi, haftalık çalışma günleri veya aylık çalışma haftaları şeklinde bir paylaşma yapılması mümkündür. Önemli olan işçilerin beraberce taahhüt ettikleri sürenin doldurulmasıdır.

Uygulamada iş paylaşımının çeşitli şekilleri bulunmaktadır. Şayet işçiler çalışma sürelerinin paylaşımı konusunda kendi aralarında anlaşmışlarsa çalışma Job Sharing, kendi aralarında bir anlaşma olmamasına karşın, aynı işyerini beraberce dolduruyorlarsa Job-Splitting adını almaktadır. Bilhassa kalifiye işçilerin işin yürütümü konusunda kendi inisiyatiflerini kullanmaları Job-Pairing olarak adlandırılmaktadır. İşin içeriğinin paylaşılması ise, Split level sharing dir.

İş paylaşımını diğer tam süreli ve kısmi süreli çalışmalardan ayıran en önemli husus, işçinin işverene bağımlılığının kısıtlanmasıdır. Diğer çalışma türlerinde işveren fiili çalışma süre ve şekillerini saptarken burada bu hak kendine verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunumuzun 67.maddesine göre, "Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur. İşin niteliğine göre işin başlama ve bitiş saatleri işçiler için farklı şekilde düzenlenebilir". Bu düzenleme işverene tanınmış bir yetkiyi açıklamaktadır. Buna karşılık iş paylaşımında bu yetki iş ilişkisinin diğer tarafına verilmektedir.

İş paylaşımı sisteminin faydalı ve mahzurlu yanları bulunmaktadır. İşçi, kendi çalışma saatlerini kendisi be-

lirlediği takdirde, kendi kişisel yaşamı ile iş yaşamını uyumlu halde sürdürebilmektedir. Örneğin; çocuk veya yaşlı kişilerin bakımının düzenli şekilde yapılması sağlanmakta, ailevi ve ekonomik koşullar daha uygun halde yürütülebilmektedir.

Buna karşılık sistemin aksayabilecek yönleri de bulunmaktadır. İş paylaşımı sisteminde iki işçi örneğin bir işyerini 09-17 saatleri arasında doldurmayı taahhüt etmekte, birinci işçi 09-13, ikinci işçi 13-17 arasını üstlenmektedir. Burada ikinci işçinin süresinde işinin başında bulunmaması halinde sistem aksayabilecektir. Bunu önlemek için Alman İstihdamı Teşvik Kanununun 5/I.maddesi tarafların birbirlerinin yerine çalışmak için fikir birliğine varmaları halinde, işçinin gelmeyen arkadaşının yerini doldurabileceği hükmünü getirip bu sakıncayı gidermeye çalışmıştır. Tabiatıyla zorunlu işyeri gereksinimi varsa ve bir işçi gelmemişse, işyerinde bulunan işçinin, iyiniyet ve bağlılık kuralları doğrultusunda, diğer işçinin yerini doldurması da gerekebilir. Gelmeyen işçinin işinin yapılmaması, işyeri düzeninde önemli aksaklıklar meydana getirecekse burada acil durumun varlığının ve işçinin bağlılık borcu gereği o işyerinin doldurulmasının “kendinden beklenebileceği” kabul edilmelidir. Burada hakkaniyet ve acillik durumunu objektif açıdan iyi değerlendirilmesi gerekir.

İş paylaşımı sistemi her ne kadar ülkemizde pek fazla görülme dahi, Almanya ve ABD gibi sanayileşmiş ülkelerde yoğun bir şekilde uygulanmaktadır²⁷.

4. Sonuç

Ülkemizin iş hukuku sistemi geleneksel işveren hakiyet ve tam gün çalışma prensibi üzerine kurulmuştur. Bununla beraber 2000 li yıllarda, ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmeler, işçinin , işyeri ile uyum halinde çalışması halinde gerek işçiye, gerekse işveren ve işyerine daha büyük yarar sağlayacağını ortaya koymuştur. Uy-

27) Bu konuda ayrıntılar için bkz: Emin Zeytinoğlu, İş Paylaşımı

gulamada, bu uyumun sağlanması için klasik tam gün çalışma sistemi yerine daha esnek sürelerle çalışmanın daha yararlı olduğu görülmüştür.

Normal çalışma süresinin altında çalışmaya imkan tanıyan kısmi süreli çalışma ülkemizde halen %10 un üzerindeki işsiz sayısının azaltılması için en elverişli yoldur. Bilhassa teknolojik gelişmeler, pek çok iş alanında çalışan sayısının azalmasına yol açmaktadır. Kısmi süreli çalışma, işyerinin gerçek çalışan sayısının belirlenmesi ve ihtiyaç ölçüsünde çalışan bulundurup maliyetlerin azaltılması sonucunu doğurmaktadır.

Bunun yanısıra çalışanların kişiliklerinin gerek manevi açıdan, gerekse sağlık açısından da daha iyi hale gelmesi kısmi süreli çalışmanın amaçlarından biridir. Belirli bir konuda uzmanlaşabilen çalışan, çeşitli işyerlerinde belirli süreler çalışıp ekonomik açıdan da daha fazla verim alabilmektedir.

Yukarıda kısaca değinilen yararlar, kısmi süreli çalışmanın yakın bir gelecekte iş hayatımızda geniş çapta uygulanmasının kaçınılmaz olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla halen az sayıda işyerlerinde uygulanan kısmi süreli çalışmanın 4857 sayılı kanunda düzenlenmesi çok isabetli olmuştur. Ancak yakın zamanda çok daha değişik kısmi süreli çalışma sistemlerinin de İş Kanunumuzun içeriğine alınması gerektiği de mutlaktır.

Kullanılan Kaynaklar

Centel Tankut, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992

Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 16.Bası, İstanbul 2003

Ekmekçi Ömer, İşin Düzenlenmesinde Esneklik arayışları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul 2002

Eyrenci Öner, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989

Eyrenci Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 1, İstanbul 2004

Köbl Ursula, Frau und Beruf Arbeitsrecht für Frauen, München 1995

Krimphove Dieter, Europäisches Arbeitsrecht, München 1996

Nikisch Arthur, Arbeitsrecht I.Band Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragrecht, 3.Bası, Tübingen 1961

Schaub Günter, Arbeitsrecht von A-Z, München 1997

Sözer Ali Nazım, Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Sosyal Sigorta Hakları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, Sayı 4, 2000

Tuncay A. Can, İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003

Zeytinoğlu Emin, İş Paylaşımı, İstanbul 2000