

ESNEK ÇALIŞMA NEDİR SOSYAL GÜVENLİK BOYUTUNDAKİ UYGULAMASI NASIL OLMALIDIR?

Malumları olduğu üzere; 1970'li yıllardaki Dünyayı etkileyen ekonomik krizle birlikte başlayan esneklik tartışmaları, esnek çalışma biçimlerinin yaygınlaşmasına neden olmuştur. Atipik istihdam olarak da adlandırılan esnek çalışma, bugüne kadar sürekli artış göstermiştir. Atipik istihdam şekillerinde, geleneksel anlamda işçi- işveren ilişkilerindeki tüm özellikler yoktur. İşçinin çalışma süreleri ile çalıştığı yer değişebilmekte, işçi işyerine ve işverenine tam anlamıyla bağımlı olamamaktadır. Atipik istihdam; kısmi çalışma, belirli süreli çalışma, geçici istihdam büroları işçisi olarak çalışma, evde çalışma, çağrı üzerine çalışma, alt işveren işçi olarak çalışma, görünüşte kendi işveren (bağımsız çalışan) ancak pratikte sözleşme ile işverene bağımlı çalışma gibi tam süreli olmayan geniş yapıda aşağı yukarı süreklilik arz etmeyen istihdam şekillerinin geliştiği alanı belirtmektedir.

Ülkemizi de son derece etkileyen ve halen etkileri ekonomik ve sosyal olarak devam etmekte olan Covid salgını ile birlikte işverenler işyerlerindeki çalışma şeklini ve/ veya süresini değiştirerek çalışanlarının mümkünse birbirleriyle temasını kesebilmek amacıyla uygun olan sektörlerdeki çalışmayı uzaktan çalışma - evden çalışma şekline dönüştürmüş, yapılan bu uygulamanın sonucu olarak kira, elektrik, su, ısınma, yemek, ulaşım gibi birtakım giderlerin azaldığını veya ortadan kalktığını gören işverenler salgının etkisini kaybetmiş olmasına rağmen çalışmayı aynı şekilde devam ettirmiş dolayısıyla uygulama günümüzün revaçta olan çalışma/istihdam şekli olarak klasik istihdam modeline uymayan ve giderek artan bir şekilde karşımıza çıkmış ve çıkmaya devam etmektedir.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 3 Haziran 1996 tarihinde, ön sözlerinde çalışma koşullarına ilişkin genel uygulama standartlarının yer aldığı sözleşme ve tavsiye kararlarının evde çalışmaya da uygulanabileceğini hatırlattığı, söz konusu standartların evde çalışmaya uygulanmasının geliştirilmesinin ve evde çalışmanın özel niteliklerini göz önünde bulundurarak ek standartlarla desteklenmesinin gerektiğini ifade ettiği 177 sayılı Evde Çalışma Hakkında Sözleşmeyi ve 184 sayılı tavsiye kararını kabul etmiştir.

Ülkemizde 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 322'nci maddesinde, işverenin nezaretinde bulunmaksızın parça başı veya götürü çalışan işçilerin işlenen madde ve sözleşme gereğince çalışmaları bakımından eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğüne girmesine dek evde çalışmaya ilişkin yasal dayanağı oluşturmuştur. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 461 ila 469 uncu maddelerinde ise evde hizmet sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

ILO'nun 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi'nin birinci maddesinde ve 184 sayılı Evde Çalışma Tavsiye Kararı'nda yer alan tanıma göre "evde çalışma" terimi, evde çalışan olarak anılacak olan bir kimse tarafından, kendi evinde veya işverenin işyeri hariç kendi seçtiği bir başka mekanda, ödeme karşılığında yapılan, söz konusu kişinin ulusal yasalar, yönetmelikler ve mahkeme kararları uyarınca bağımsız işçi sayılmasını gerektirecek ölçüde özerkliğe ve ekonomik bağımsızlığa sahip olmaması kaydıyla; teçhizatı, malzemeyi ve kullanılan diğer girdileri kimin sağladığı önemli olmaksızın, işveren tarafından belirlenen bir ürün veya hizmetle sonuçlanan iş anlamına gelir.



Evde hizmet sözleşmesi 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 461'inci maddesinde "işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Evde hizmet sözleşmesinde de diğer iş sözleşmelerinde olduğu gibi tarafların iş görme ve ücret ödeme borçları vardır; bu unsurlar iş sözleşmesindeki unsurlarla aynıdır.

İş sözleşmelerinin bağımlılık unsuru ise evde çalışmanın iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi bakımından özel önem arz etmektedir. İşçi ve işveren arasındaki bağımlılık unsuru, ekonomik, teknik ve kişisel-hukuki bağımlılık olmak üzere farklı şekillerde değerlendirilmektedir.

Ekonomik bağımlılık, işçinin iş görerek kazandığı ücretin elde ettiği gelirlerin esas kaynağı olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla, ekonomik bağımlılık esas alındığında gelirin büyük kısmı işveren tarafından sağlanan kişi, işçi kabul edilir.

Teknik bağımlılık ise, işverenin işçiye işin nasıl görüleceği, hangi araç ve tekniklerin kullanılacağı konusunda emir ve talimat verebilmesini ifade etmektedir.

Ancak bu bağımlılık türü de iş sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayırmakta eksik kalmaktadır. Örneğin vekâlet sözleşmesinde de vekilin asilin talimatlarına uyması gerekir, buna karşılık işçinin uzmanlığı sebebiyle işverene teknik yönden bağımlılığının azalması hatta yok olması söz konusu olabilmektedir.

İş sözleşmesinin unsuru olarak kişisel - hukuki bağımlılığın kabul edilmesi hâlinde ise evde hizmet sözleşmesinin de arasında bulunduğu farklı iş sözleşmelerindeki bağımlılık unsuru açıklanabilecektir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'yla hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerde çok sayıda yenilik yapılmıştır ve getirilen yeni hükümlerin bir kısmı İş Kanunu'nda yer almadığından, genel nitelikteki kanun olan Borçlar Kanunu hükümlerinin İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerine ne derece uygulanacağına dair farklı görüşler ileri sürülmektedir. İş Kanunu'nda yer verilmeyip Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hususlardan biri de evde hizmet sözleşmesidir. Borçlar Kanunu'nun 469 uncu maddesine göre evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulama bulacaktır.

Bu durum, evde hizmet sözleşmesine uygulanacak kanunun belirlenmesi bakımından farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bir görüşe göre evde hizmet sözleşmelerine yalnızca Borçlar Kanunu uygulanmalıyken bir diğer görüşe göre ise İş Kanunu kapsamı dışında kalmayan alanlarda yapılan evde hizmet sözleşmesinde Borçlar Kanunu ve İş Kanunu birlikte uygulanmalıdır.

Evde çalışanların ister İş Kanunu'na ister Borçlar Kanunu'na tâbi olduğu kabul edilsin çalışmanın işyeri dışında yapılması sebebiyle işverenin işçiyi gözetme borcunun uygulanmasında birtakım güçlükler söz konusudur. İşveren Borçlar Kanunu'nun 417'nci maddesine göre işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlüdür.



Dolayısıyla işverenin, evde çalışmanın niteliği gereği alması mümkün olmayan önlemlerin dışında kalan tüm iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması gerekmektedir. Bu bağlamda işveren işçiye koruyucu araç – gereçleri eksiksiz sağlamalı, iş sağlığı ve güvenliği konusunda eğitim vermeli, kullanacağı makineler, araçlar ve bunlardan doğabilecek tehlikeler konusunda işçiyi bilgilendirmelidir. Ayrıca, kimyasal, kanserojen maddelerle çalışma gibi konuları düzenleyen yönetmelikler de evde çalışma ilişkisinin niteliğinin elverdiği ölçüde uygulanmalıdır.

İşverenin evde çalışanlar bakımından alabileceği iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin sınırlılığı yanında, işçinin alınan önlemlere uyup uymadığının denetlenmesi açısından da güçlükler bulunmakta, işverenin sürekli ve etkin bir denetim yapması mümkün olmamaktadır. Aynı güçlükler, resmi iş sağlığı ve güvenliği denetiminin yapılması bakımından da söz konusudur.

İşverenin alabileceği önlemlerin sınırlı olması, bir iş kazası ortaya çıktığında işverenin tazminat sorumluluğu bakımından da etkili olacaktır. Evde çalışan işçi iş kazasına uğradığında işverenin sorumluluğunun doğması için öncelikle yapılan iş ile kaza arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Örneğin, işçinin evde çalışma yaptığı sırada işin görülmesi için kullandığı dikiş makinesi sebebiyle bir kazanın ortaya çıkmasında veya kullanılan yapıştırıcı maddelerin solunması sebebiyle bir hastalık ortaya çıktığında bunlar iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelendirilebilecektir. İşverenin evde çalışmanın niteliği sebebiyle birtakım önlemleri alamamış olması, işverenin gerekli koruyucu ekipmanı sağlamasına rağmen bunların kullanımını denetleme imkânının bulunmaması veya işçinin kazanın ya da hastalığın ortaya çıkmasındaki ortak kusuru Borçlar Kanununun 52'nci maddesi gereği işverenin tazminat sorumluluğunu azaltabilecek ya da ortadan kaldıracaktır.

İşverenin, evde hizmet sözleşmesinin elverdiği koşullar içinde alabileceği tüm iş sağlığı güvenliği önlemleri alma borcunun karşısında, işçi de Borçlar Kanununun 417'nci maddesinin 2'nci fıkrası gereği bu alanda alınan tüm önlemlere uymakla yükümlüdür. İşçinin, işi kendi evinde yerine getirmesi durumunda sadece kendisinin değil, hane halkının, eve ziyarete gelen kişilerin, hatta komşuların sağlığı ve güvenliğinin de alınan önlemlere uyulup uyulmamasından etkileneceği gözden kaçırılmamalıdır.

Sosyal Güvenlik Mevzuatı bakımından değerlendirdiğimizde önce sigortalılık statüsünün tespiti önem arz etmektedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda sigortalılığın ölçütü hizmet akdine göre çalışma olarak belirlenmiş, 5510 sayılı Kanunda 4/1-a'da "hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar" kanununun kısa ve uzun vadeli sigorta kollarının uygulanması bakımından sigortalı sayılacağı belirtilmiştir.

Dolayısıyla bağımsız girişimci niteliği taşımayan ve evde hizmet sözleşmesine göre çalışan işçilerin sigortalı sayılması gerekmektedir. İş sözleşmelerini iş görme unsurunu içeren diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur ise bağımlılık unsurudur. Evde hizmet sözleşmelerinde bağımlılık unsurunun tespitinin fabrika tipi klasik çalışma biçimlerine göre daha zor olması bu sözleşmelerin iş sözleşmesi olup olmadığı yönündeki tereddütlerin yargı kararlarına da yansımaya sebep olmaktadır.



Yargıtay uygulamasında iş sözleşmesinin bağımlılık unsurunun ayırıcı ölçütleri olarak işin ne zaman yapılacağından işveren tarafından belirlenmesi, işin işverenin iş yerinde yapılması ve ücretin zaman esasına göre belirlenmesi sayılmıştır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin (Y. 10. HD. T. 31.10.1995, E. 1995/8571, K. 1995/9042) 1995 yılındaki bir kararına göre "Hizmet akdinin unsurları ..., hizmetin belirli veya belirli olmayan bir zaman içinde görülmesi, hizmet akdinin konusu olan edimin işverene ait işyerinde yerine getirilmesi, edimin ifasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunması, edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esasına göre hesaplanmasıdır. 10. Hukuk Dairesi'nin (10. HD. T. 10.05.2004, E. 2004/1724, K. 2004/4114) 2004 yılındaki diğer bir kararında ise "Bağımlılık unsurunun varlığı için de işverenin her an ve her durumda çalışana denetlemek ve isteğine göre sigortalıya iş edimini yaptırma gücünün varlığı şarttır." ifadesi kullanılmıştır.

Yargıtay'ın bu gibi kararlarında bağımlılık unsurunun varlığı için aranan kriterlerin evde çalışmanın da aralarında bulunduğu esnek istihdam biçimlerine göre çalışan işçilerin, bağımlı çalışan olarak sigorta kapsamında sayılmasını engelleyici nitelikte olduğu açıktır. Dolayısıyla, bireysel iş hukukunda olduğu gibi sosyal güvenlik hukuku bağlamında da iş bağımlılık unsurunun belirlenmesinde işverene ait iş organizasyonunda, işveren yararına bir iş yapılması esas alınmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın da söz konusu yaklaşım yönünde kararları ortaya çıkmaya başlamıştır.

10. Hukuk Dairesinin (10. HD. T. 19.06.1990, E. 1990/5390, K. 1990/6204) 1990 yılında verdiği bir kararda, davacı işçi çalışmasını işyerinde yapmasına rağmen "Davacı, davalıya ait işyerinde davalının denetiminde çalışmış ve parça başına ücret almış olduğuna göre hizmet akdinin "zaman", "bağımlılık", "ücret" ve "işyeri" koşullarının gerçekleştiği ortadadır. Kaldı ki, Borçlar Kanunu'nun 322. maddesine göre, parça başına yapılan hizmet sözleşmesinde, işçi, işverenin nezareti altında çalışmamış olsa dahi aradaki hukuki ilişki, istisna akdi olmayıp hizmet akdidir." ifadesi kullanılmıştır.

21. Hukuk Dairesi'nin (21. HD. T. 08.06.2000, E. 2000/4584, K. 2000/4611) 2000 yılındaki bir kararına göre, "Dava konusu olayda davacının; konfeksiyon işyerinin zorunlu elemanı olarak satılan parçaların düzeltim işinde istihdam edildiği anlaşılmaktadır. İşyerinin çalışma saatlerine uygun olarak, davacının çıkacak işleri gördüğü ve görmek üzere hazır bulunduğu davacı ve davalı tanıklarınca doğrulanmaktadır. Düzeltim işinin, işyeri ve davacının evinde yapılması giderek parça başına ücret ödenmesi hizmet akdi niteliğini etkilemez."

21. Hukuk Dairesi'nin (21. HD. T. 21.01.1998, E. 1998/5798, K. 1998/149) 1998 yılında verdiği bir kararda ise, "Davacının bu işi evinde yapmış olması, işin işverenin denetimi ve gözetimi altında yapılmadığını göstermez. Davacının günde veya haftada kaç mandal monte edeceği ve her mandal için ne kadar ücret alacağı, montaj hatası olmadan ne zaman teslim edeceği hususlarında anlaşma yapılması gerekir. Kararlaştırılan mandal sayısından az montaj yapılması veya hatalı montaj yapılması hâlinde ücretinin kesilmesi gerektiği gibi, belli sayıda mandal teslim etme mükellefiyetinde bulunması, işveren tarafından masa verilmesi, davacının işverenin denetiminde ve ona bağlı olarak çalıştığı, bir başka anlatımla işçi ile işveren arasında hizmet ilişkisinin bulunduğunu gösterir." denilmek suretiyle, evde çalışan ve parça başına ücret alan bir işçinin sözleşmesindeki bağımlılık unsuru ilişkinin başka yönlerinden yola çıkılarak tespit edilmiştir.



Yukarıda zikredilen kararların tarihleri de dikkate alındığında Yargıtayın iş sözleşmesinin ayırt edici unsurları olarak belirlediği hususlardaki değişimin zaman içerisinde sürekli aynı yönde olmadığı görülmektedir.

Bağımlılık unsurunun, iş organizasyonu, işverenin yararına çalışma yapan işçinin bağımsız nitelik taşımaması gibi hususlar dikkate alınarak belirlenmesi, evde hizmet sözleşmesinin de aralarında bulunduğu esnek çalışma biçimlerinin iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi bakımından uygun olacaktır.

Sigortalı sayılmak için gerekli olan bir diğer unsur ise 5510 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde yer alan "sigortalı sayılmayanlar" arasında yer almamaktır. Anılan düzenlemede yer almayan işlerin sigortalılık statüsünün kazanımı bakımından yeterli olduğu karine olarak kabul edilmelidir.

Bu itibarla evde çalışma şeklinde atipik bir hizmet sözleşmesi ile işverenin emir ve talimatları ile bağlı olan işçinin 5510 sayılı Kanun bakımından 4/1 (a) sigortalısı olarak değerlendirilerek, mevzuatta ayrı bir düzenlemeye gidilmediği sürece bu sigortalıların 4/a sigortalılara tanınan tüm haklardan ve yükümlülüklerden eşit derecede yararlanması ve sorumlu olması gerektiği, işverenin de kayıt dışı istihdamın önlenmesi hususu dikkate alınarak bu şekilde çalıştırdığı sigortalılara karşı 5510 sayılı Kanundan kaynaklanan tüm yükümlülüklerle sorumluluğunun bulunması gerektiği kabul edilmelidir.

İşyeri tanımına bağlı iş kazasının tespitine yönelik Yargıtay tarafından halihazırda verilmiş karar bulunmamasıyla birlikte iş ile kaza arasında uygun illiyet bağı bulunması hususunun kazanım iş kazası olarak kabul edilmesinde kriter olarak kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda esnek çalışma olarak kabul edilen evde, tatilde, başka şehirde, internet bağlantısı olan diğer yerlerde yapılacak çalışmaların 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sayılması gerektiği ancak uygulamada yaşanabilecek sıkıntıların aşılabilmesini teminen işverenlerin bilgilendirilmesine matuf yazılarda işçinin görev yapacağı ve görevli sayılacağı yerlerin işyerinde çalışmış gibi kabul edilebilecek yer, mekan, şehir ve tarih aralıklarının itibar edilebilir şekilde kayıt belge ve sözleşmelere derç edilmesini uygun olacaktır.

BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU EKİBİ

