

İŞ İLE AİLE HAYATININ BAĞDAŞTIRILMASI: BAKIM İZNİ

Yrd. Doç. Dr. Mahmut Kabakcı*

I. Giriş

Tarım toplumundaki geleneksel geniş aileden, modern toplumlarda çekirdek aile yapısına dönüşüm, yaşlılığı, hastalığı ya da özrü nedeniyle bakıma muhtaç olanların korunmasını, sosyal güvenlik hukukunun en önemli gündem maddelerinden birisi haline getirmiştir. Artık birçok ülkede sosyal yardım ve hizmet, Almanya, Japonya ve Güney Kore gibi bazı ülkelerde de sosyal sigorta (primli rejim) kapsamında, devlet bakıma muhtaç olanların korunması için gerekli tedbirleri almaktadır. Bakıma muhtaçlık ile aile hayatı arasındaki yakın ilişki göz önünde tutularak, bakımın ilk planda ev ortamında ve mümkün olduğunca aile fertlerinden birisi tarafından gerçekleştirilmesi hedeflenmekte, bu esası destekleyici tedbirler alınmaktadır. Bu kapsamda tedbirlerden bakıma muhtaç olana ilişkin olanlar, sosyal sigorta kapsamında bakım sigortasının konusunu oluşturmaktadır. Ancak hukukun görevi, doğrudan bakıma muhtaç olan kimseye ilişkin tedbirlerle sınırlı olmayıp, bunun dışında muhtaç kişinin bakımını üstlenen aile fertlerini destekleyen tedbirlerin alınması, sosyal devlet ilkesinin gereğidir. Sosyal sigorta kapsamında bir bakım sigortası oluşturulmasından bağımsız, muhtaç kimse- nin bakımının aile ferdi tarafından üstlenilmesinin teşviki, önemli bir toplumsal ihtiyaçtır. Aile ferdi tarafından bakım, bakım sigortasının uygulandığı hallerde dahi önem arz etmekle birlikte, ülkemiz gibi bakım sigortası bulunmayan ülkelerde bu tek seçenek olduğundan, konunun yasalar ile güvenceye kavuşturulması gereği tartışmasızdır.

Bakımı üstlenecek aile fertleri açısından en önemli engel, devam eden

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi (mahmutkabakci@yahoo.com).

iş hayatları olmakla, bu noktada iş hukukunun görevi, iş ile ev ortamında bakımı bağdaştıracak koşulları sağlamadır. Mukayeseli hukuka bakıldığında bu konuda etkili bir tedbir olarak, Alman Hukukundaki bakım izni görülmektedir. Almanya’da bakım sigortasının tamamlayıcısı düzenleme olarak 01.07.2008 yürürlüğe konulan Bakım İzni Kanunu¹ ile çalışan bir kimsenin, bakıma muhtaç yakınına ev ortamında bakılabilmesine imkan veren hakların kabulü suretiyle, iş ile aile hayatının bağdaştırılması amaçlanmıştır (§ 1)². Bu açıdan Kanunu, bakıma muhtaç kimsenin ev ortamında aile ferdi tarafından bakımının iş hukuku çerçevesi olarak betimlemek hatalı olmayacaktır.

Bu çalışma ile amacımız, ülkemizde bakım sigortası oluşturulmasına ilişkin güncel çalışma ve değerlendirmelerle³ paralel olarak, bakımın ev ortamında aile fertleri tarafından yapılabilmesini temin edecek iş hukuku araçlarının tartışmaya açılmasıdır. Bu yolda aşağıda ilkin, iş ile aile hayatı arasındaki ilişki ve çalışan bir kimsenin muhtaç aile ferдинin bakımını evde yapabilmesine imkan veren tedbirlerin kabulünün önemi ele alındıktan sonra, örnek düzenleme olarak Alman Bakım İzni Kanunu tanıtılacaktır. Çalışmada son olarak Türk Hukuku bakımından olası bazı önerilere yer verilecektir.

II. İş İle Aile Hayatı Arasındaki İlişki

1. Bir sosyal risk olarak bakıma muhtaçlık ve sigortası

Kişinin günlük hayatta kendi kendine yetememesi, başka deyişle beslenme, temizlik gibi en temel insani ihtiyaçları için bir başkasının yardımına

¹ Gesetz über die Pflegezeit (PflegeZG) vom 28.05.2008 (BGBl. I S. 896).

² Lembke, Mark: Arbeitsrecht Kommentar (Hrsg. Henssler/Willemsen/Kalb), 5. Auflage, Köln 2012, § 1 PflegeZG, Rn. 2; Gallner, Inken: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hrsg. Müller-Glöge/Preis/Schmidt), 12. Auflage, München 2012, § 1 PflegeZG, Rn. 1; Böck, Peter: Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht (Hrsg. Dornbusch/Fischermeier/Löwisch), 4. Auflage, Köln 2011, § 1 PflegeZG, Rn. 1; Preis, Ulrich/Nehring, Linda: “Das Pflegezeitgesetz”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2008 (13), s. 729; Müller, Stefan: “Das Pflegezeitgesetz (PflegeZG) und seine Folgen für die Arbeitsrechtliche Praxis, Betriebs-Berater, 2008 (20), s. 1058; Linck, Rüdiger: “Offene Fragen des Pflegezeitgesetz”, Betriebs-Berater, 2008 (50), s. 2738.

³ Caniklioğlu, Nurşen/Ünal, Canan: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Bakım Sigortasının Kurulmasının Gerekliliği”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, s. 2267 vd.

ihtiyaç duyması, önemli bir sosyal risktir⁴. Bakıma muhtaçlık eşittir ilerleyen yaş, şeklinde bir genelleme ilk bakışta doğru görülebilir. Ancak bakıma muhtaçlığın ortaya çıkması, ilerleyen yaş ile sınırlı değildir. Kişinin bedensel veya ruhsal bir hastalık yahut sakatlık nedeniyle, çocukluk, gençlik fark etmeksizin hayatının bir döneminde geçici ya da sürekli olarak bakıma muhtaç hale gelmesi, maalesef toplumda sıklıkla rastlanan bir olgudur. Yine, kişiyi başkasının bakımına muhtaç hale getirenin salt ilerleyen yaş olmayıp, başta bunama olmak üzere ilerleyen yaş ile birlikte daha sık ortaya çıkan hastalıklar olduğu unutulmamalıdır.

Bakıma muhtaçlığın, sosyal sigorta sisteminin ilk olarak ortaya çıktığı batılı ülkelerde, iş kazası, hastalık, yaşlılık, işsizlik gibi diğer sigorta kol- larından çok sonra, 1970’li yıllardan itibaren sosyal hizmetler, yardımlar kapsamında gündeme gelmesi ve sosyal sigorta tekniğinde ilk olarak Almanya’da 1995 yılında düzenleme konusu yapılması, bunun diğer klasik sosyal risklere kıyasla önemsiz olmasından kaynaklanmamıştır. Bireyin beslenmek, temizlenmek gibi en basit insani ihtiyaçları için başkasının az ya da çok yardımına ihtiyaç duymasının, bu nedenle toplumsal hayattan soyutlan- masının, beden ve giderek ruh sağlığı ile yakın ilişkisi açıktır.

Sosyal sigorta tekniğinde amaç, sosyal risklerin bireyler üzerindeki olumsuz etkilerini gidermektir⁵. Bu amaç, iş kazası, hastalık, analık, yaşlılık, işsizlik gibi kazançların elde edilmesini ya da kullanımını etkileyen klasik sosyal risklerde, bireylere bunlara karşı ekonomik bir güvence sağlama şek- linde belirginleşir. Ancak bakıma muhtaçlığın bu şekilde salt ekonomik bir bakış açısı ile değerlendirilmesi hatalıdır. Bir kimsenin günlük hayatının un- surları olan vücut bakımında, beslenmesinde, kendi kendine ayağa kalkabil- me, giyinme, yürüme gibi hareketlerde ve alışveriş, yemek pişirme, bulaşık, çamaşır yıkama gibi ev işlerinde başkasının az ya da çok yardımına ihtiyaç duyması⁶, salt ekonomik güvence ile telafi edilebilecek ihtiyaçlar değildir.

⁴ Bir sosyal risk olarak bakıma muhtaçlık ve bakım sigortası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Caniklioğlu/Ünal, s. 2267 vd; Dilik, Sait: “Sosyal Güvenlikte Yeni Bir Sosyal Sigor- ta Dalı: Bakım Sigortası”, Kamu İş, Ocak 1998, C. 4, S. 3, http://www.sosyalsiyaset.net/documents/sait_dilik.htm; Fuchs, Maximilian/Preis, Ulrich: Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Köln 2009, §§ 23-30.

⁵ Ortaya çıkış nedenlerine ve sonuçlarına göre sosyal riskler hakkında bkz. Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 13. Bası, İstanbul 2010, s. 2-5; Fuchs/Preis, s. 74 vd.

⁶ Bakım sigortasının konusu olarak günlük hayatın idamesiyle ilgili faaliyetler hakkında bkz. Fuchs/Preis, s. 415-417; Caniklioğlu/Ünal, s. 2273.

Çünkü bakımla ilgili masrafların karşılanması olmazsa olmaz nitelikte ise de, bakım ihtiyacının giderilmesinde belirleyici olan insan unsurudur. Bu açıdan sosyal sigortanın bakıma muhtaç olanlar için işlevi, dolayısıyla görevi, bu kimselerin bakım ihtiyaçlarına rağmen mümkün olduğunca bağımsız ve kendilerince belirlenen, insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürmelerine yardım etmektir⁷.

Bakıma muhtaçlığın yakın zamana kadar sosyal güvenlik kapsamında değerlendirilmemesi, buna ihtiyaç duyulmamış olmasıyla ilgilidir. Bakıma muhtaç olanların büyük kısmını yaşlıların oluşturduğu ve geçen yüzyılın sonlarına kadar tüm toplumlarda genç nüfusun baskın olduğu unutulmamalıdır. Yine geleneksel (geniş) aile yapısında muhtaç olanların bakımı, ailevi bir görevdir. Bu yapıda, şartları uygun olduğu halde bakıma muhtaç aile ferdine sahip çıkılmaması, toplumda ahlaki açıdan olumsuz karşılanır. Ancak tarım toplumundan endüstri toplumuna geçiş ve nüfus yoğunluğunun köyden şehre kayması ile ortaya çıkan çekirdek aile yapısında, bakıma muhtaç olanların aile içinde bakımı güç hale gelmiştir. Bunda bir çok neden etkili olmuştur⁸. Tüm dünyada ortalama yaşam süresindeki artış, yaşlı nüfusun tüm nüfus içindeki oranında ve dolayısıyla bakıma muhtaç sayısında bir artışı ortaya çıkarmıştır. Bir diğer neden, geleneksel aile yapısında bakım kız çocukların ve gelinlerin ödevi olup, kadınların çalışma hayatına daha yüksek oranda katılımı ile aile içinde bakım üstlenecek bir kişinin bulunmaması durumu ortaya çıkmıştır. Diğer yandan kültürel yapıdaki değişimin sonucunda, yeni nesillerin muhtaç ebeveynlerini bakmada, önceki kuşaklara kıyasla daha isteksiz oldukları şeklinde bir tespit haklı görülmelidir.

Kısaca ortaya konulmaya çalışılan bu tablo karşısında, bakıma muhtaç kimselerin korunması, basitçe onların ailelerin meselesi olarak görülemez. Anayasa uyarınca devlet, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla yükümlüdür (m.5). Bunun özel bir görünümü olarak, Anayasanın sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler başlıklı 61. maddesinde, devlet tarafından, bakıma muhtaç olanların hemen hemen tamamını oluşturan yaşlılar ile sakatların korunması ve toplum hayatına intibakları için gerekli tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Bu kapsamda tedbirlerin başında, sosyal sigorta kapsamında bir bakım sigortası oluşturulmasının geldiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Öğretide bu gerek-

⁷ Bu esas, Alman Bakım Sigortası Kanununda (§ 2 SGB XI) açıkça vurgulanmıştır. Bkz. Fuchs/Preis, s. 404-405; Caniklioğlu/Ünal, s. 2274.

⁸ Caniklioğlu/Ünal, s. 2283-2285; Fuchs/Preis, s. 395-396.

liliği ortaya koyan haklı görüşlere katılmamak mümkün değildir⁹.

2. Muhtaç ferдин bakımı ve aile hayatı

Sosyal sigorta tekniğinde (primli rejim) bir bakım sigortasının yürürlüğe konulması, konunun tümüyle çözüldüğü anlamına gelmez. Yukarıda kısaca vurgulanmaya çalışıldığı üzere, bakıma muhtaçlığın diğer sosyal risklerden ayrılan önemli bir yönü, bunun salt ilgili kimseyi değil, onun ailesini de yakından ilgilendirmesidir. Bakıma muhtaçlığın gündelik hayatın idamesiyle ilgili olduğu ve gündelik hayatın da aile ortamında geçirildiği dikkate alınırsa, devletin bakıma muhtaç olanların korunması için bakım sigortası kapsamında aynı ve nakdi tedbirleri alması, örneğin bakım hizmeti için tesisler açması, önemli ancak tek başına yeterli olmayan bir adımdır.

Yaşlılık, hastalık ya da sakatlık sonucunda bakıma muhtaçlığı ortaya çıkaran temizlik, beslenme gibi ihtiyaçlar, insanı sosyal yönden hayata bağlayan, basit ancak önemli gereksinimlerdir. Bunlar, insan onuruna yaraşır bir yaşamın temel göstergeleridir. Aileyi aile yapan, salt kan bağı değildir. Aile yaşamında gündelik ihtiyaçlarla ilgili karşılıklı etkileşim ve paylaşım, aile fertleri arasındaki manevi bağı güçlendirir. Bu açıdan bakıma muhtaç durumdaki kimsenin ihtiyaçlarının giderilmesi, basitçe fiziki bir olay olmayıp, aynı zamanda manevi bir doyumdur. Bu nedenle bakım sigortasında, muhtaç olanın aile ortamından koparılmadan, evinde bakılması temel hedef olup, bunun uygulaması açısından geleneksel aile yapısının korunmasının büyük önemi vardır¹⁰. Sosyal sigorta kapsamında bakım sigortasını yürürlüğe koymuş ülkelerin uygulamalarına bakıldığında, muhtaç ferдин bakımı ile aile hayatı arasındaki bu yakın ilişkinin isabetli şekilde dikkate alındığı görülmektedir.

Alman Hukukunda, bakıma muhtaç olan ferдин yaşamını geçirdiği evinden, ailesinden ve sosyal çevresinden koparılmadan bakım hizmeti alabilmesi, mümkün olduğu ölçüde normal hayatını sürdürebilmesi için evde bakımın¹¹ öncelikle tercih edilmesi esastır (§ 3 SGB XI)¹². Örneğin evde

⁹ Caniklioğlu/Ünal, s. 2291-2294; Dilik, Sosyal Güvenlikte Yeni Bir Sosyal Sigorta Dalı: Bakım Sigortası.

¹⁰ Caniklioğlu/Ünal, s. 2270.

¹¹ Bir bakım evinde verilerek kurumsal bakımın tersine evde bakım, salt bakıma muhtaç olanın kendi evinde bakılması değil, bakımı üstlenen aile üyesinin evi de dahil olmak üzere “ev ortamında (häuslicher Umgebung)” bakım anlamında kullanılmaktadır. Bkz. Fuchs/Preis, s. 406; Caniklioğlu/Ünal, s. 2274 dn. 32.

bakımı teşvik amacıyla, tıbbi malzemeler, özel duş ve asansör gibi için ödeme yapılmaktadır (§ 40-42 SGB XI). Japon Hukukunda, bakıma muhtaç olana evde bakım ve kurumsal bakım hizmetlerinden birini seçme hakkı tanınmış olup, uygulamada daha ziyade evde bakım hizmeti tercih edilmektedir¹³. Güney Kore’de 2007 yılında bakım sigortasından yararlananların %39’u evde bakım hizmetinden yararlanmıştır¹⁴.

Bu gerçeklik karşısında ülkemizde bakım sigortası uygulanmaya başlansa dahi, bunda, muhtaç olanların ilk planda aile hayatlarından koparılma maksadının sağlanması beklenir. Yine, hali hazırda bakım sigortasının uygulanmadığı ve kurumsal bakım hizmetlerinin de oldukça sınırlı olduğu ülkemizde, sakat ya da yaşlı muhtaç olanların bakımlarının aile ortamında ve aile fertlerince yerine getirilmesi şu an için adeta maddi bir zorunluluktur.

3. Bakımı üstlenen aile fertlerinin teşviki ve korunması

Çekirdek aile yapısında muhtaç aile ferdinin bakımını üstlenebilecek kişi sayısı azdır. Yine bakımı üstlenmesi olası kız evlat ve gelinlerin günümüzde çalışma hayatına katılmaları daha yaygındır. Bakımı üstlenebilecek aile fertlerinin çalışıyor olması, bakıma muhtaç insanların kendi kaderlerine terkedilmesini gerektirmez. Özel bakım yurdu ya da bakıcı için maddi durumu elverişli olmayan bakıma muhtaç kimseler, başka seçenek bulunmadığından, kaçınılmaz olarak aile ortamında bakılmaktadır. Bu ise, çalışan insanların zamanın önemli bir kısmını işte geçirdiği dikkate alındığında, maalesef bakıma muhtaç kimseyi ailesi için ciddi bir yük haline getirmektedir. Bu nedenlerle konunun önemli bir toplumsal sorun olarak, bakım sigortasından daha öncelikli olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Başka deyişle konu, salt bakıma muhtaç kimse açısından değil, bakımı üstlenen aile ferdi açısından da ayrıca ele alınmalıdır.

Bakıma muhtaç aile fertlerinin bakımıyla ilgili, çalışanların iş ile aile hayatlarını bağdaştıracak tedbirlerin alınması, devletin anayasal bir ödevidir. Anayasanın “ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesinde, “Aile, Türk toplumunun temelidir... Devlet, ailenin huzur ve refahı ... için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar” hükmüne yer verilmiştir. Ailenin

¹² Fuchs/Preis, s. 430; Caniklioğlu/Ünal, s. 2274.

¹³ Caniklioğlu/Ünal, s. 2280.

¹⁴ Caniklioğlu/Ünal, s. 2282.

huzur ve refahı açısından, çalışan bir kimsenin gerektiğinde işinden ayrılmaksızın, muhtaç yakınına evde bakabilmesine imkan veren haklarının olması, önemli bir ölçüttür. Özellikle acil durumlarda, aile ferdinin işe gitmek zorunda olması ve bakıma muhtaç yakınıyla ilgili elinin kolunun bağlı kalması, sosyal devlet ilkesi ile bağdaştırılabilir bir durum değildir.

Muhtaç aile ferdinin bakımı ile ilgili olmamakla birlikte, iş ile aile yaşamının bağdaştırılması anlamında işçilere bazı hakların tanınması, iş hukuku mevzuatımıza yabancı değildir. Örneğin hafta tatiline ilişkin İş Kanunu m.45’de, “Evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri” öngörülmüştür. Dikkate edilirse, mazeret izni olarak nitelendirebileceğimiz bu kısa süreli izinlerin tamamı ailevi nedenlerle ilgili olup, kullanılması işçi açısından yenilik doğuran bir hak olup, işverenin kabulüne bağlı değildir. Yine işçinin devamsızlığının haklı bir mazeretine dayandığı durumda, işverenin iş sözleşmesini devamsızlık nedeniyle bildirimsiz feshi mümkün değildir (İşK m.25/II, g). Yargıtay kararlarına yansıyan olaylardan, haklı mazeretin ağırlıklı olarak ailevi nedenlerle ilgili olduğu görülmektedir¹⁵.

Türk İş Hukuku mevzuatında bu konuda en ileri hak, ilk olarak 4857 sayılı Kanun ile kabul edilen, kadın işçilere ücretli doğum iznini takip eden dönem için tanınmış 6 aylık ücretsiz izin hakkıdır (İşK m.74/5). Kadın işçilerin doğum ertesindeki ücretli izin hakkının 8 hafta olduğu dikkate alınırsa, bu izin anneler için çok değerli bir olanaktır. Bilim adamları, bebeklerin 3 yaşına kadar mümkün olduğunca uzun süre ile anneleri tarafından bakılmasının önemini vurgulamaktadırlar. Yine iki yaşından küçük çocukları kabul eden kreşlerin çok az sayıda olduğu unutulmamalıdır. Bu açıdan bebeğin bakımını üstelenecek bir aile yakının olmadığı durumda, bebeğin bakımı aileler için önemli sorun oluşturmaktadır. Bu açıdan kanun koyucu isabetli olarak, bu izni yenilik doğuran bir hak olarak düzenlemiş, işçinin kullanabilmesi için işverenin kabulünü aramamıştır.

Ancak mevcut mevzuatımızda, İş Kanunu m.74/5’e benzer şekilde çalışanların iş sözleşmelerini sona erdirmeksizin muhtaç aile ferdinin bakımını üstlenebilmelerine imkan veren bir izin hakkı bulunmamaktadır. Bu konuda işçinin ücretsiz izin uygulaması ile iş sözleşmesinin askıya

¹⁵ “Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde işverenin derhal ve haklı nedenle fesih hakkı bulunmamaktadır. İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü, hastalanması... işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir”, Yarg.9.HD, 14.03.2011, E. 2009/7125, K. 2011/6658, Çalışma ve Toplum, S. 2011/4 (31), s. 306-309.

alınması bir imkan olarak görülebilirse de, ücretsiz iznin işverenin kabulüne bağlı olması nedeniyle, bu yolun muhtaç yakının bakımını üstlenen çalışan kimseler için gerçek bir güvence oluşturduğu söylenemez. İşçiye izin verilmesi, iş organizasyonunda ortaya çıkacak iş gücü açığıyla ilgili tedbirler almasını gerektirir. Bu nedenle işverenlerin ücret izin verme konusunda her zaman istekli olmayacakları açıktır.

Mevzuat ile konunun özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yolda bir düzenlemeye gidilirken, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden yararlanmak mümkündür. Yukarıda girışte belirtildiğı gibi, biz bu konuda yakın tarihli ve modern bir örnek olarak Alman Bakım İzni Kanunu düzenlemesinden yararlanılabileceğini düşünöyoruz.

III. Bakım İzni Kanunu

Almanya’da 2008 yılında mevcut bakım sigortasının geliştirilmesi amacıyla yapılan yasama faaliyetinde, bakım sigortasının düzenlendiğı SGB XI’de esaslı değışiklikler yapılmış, bunun iş hukuku açısından tamamlayıcısı olarak Bakım İzni Kanunu kabul edilmiştir¹⁶. Kanunun amacı, çalışanlara bakıma muhtaç yakınlarını ev ortamında bakabilmeleri ve bu surette iş ile aile tarafından bakımı bağdaştırıcı imkanlar sağlanmasıdır (§ 1). Bu Kanun ile çalışanların muhtaç yakın aile fertlerini bakımlarıyla ilgili farklı ihtiyaçları için değışik imkanlar sağlanmakta ve onlar için iş hukuku kapsamında güvenceler getirilmekte ancak bu sonuçta hem bakımı üstlenin hem de bakıma muhtaç olanın menfaatlerini temin etmiş olmaktadır¹⁷.

Kanun, temel olarak çalışan açısından iki önemli hak üzerine yapılandırılmıştır: Çalışanlara acil ve zorunlu hallerde 10 işgününe kadar önceden izin almaksızın çalışmama hakkı (§ 2) ve 6 aya kadar bakım izni hakkı (§ 3-4). Diğer hükümler, bu hakların kullanımı çalışan bakımından güvence altına alan, Feshe Karşı Koruma Kanundaki genel şartlardan bağımsız, özel bir iş güvencesini (§ 5) ve işverenin izin süresinde ek işgücü ihtiyacını belirli süreli iş sözleşmesi ile karşılayabilmesi için yasal bir objektif nedeni (§ 6) içermektedir.

Bakım İzni Kanununun çalışanların menfaatlerini gözetin, onlar

¹⁶ Kanunun kabulü süreci hakkında bkz. Preis/Nehring, s. 729-730; Lembke, § 1 PflegeZG, Rn. 1; Gallner, § 1 PflegeZG, Rn. 1.

¹⁷ Böck, § 1 PflegeZG, Rn. 1; Freihube, Dirk/Sasse, Stefan: “Was bringt das neue Pflegezeitgesetz”, Der Betrieb, 2008 (24), s. 1320.

açısından bakım izniyle ilgili asgari çerçeveyi ortaya koyan bir kanun olarak içerdiği hükümlerin nispi emredici nitelikte olduğu açıktır. Başka deyişle Kanun, tek taraflı emredicidir. Buna rağmen Kanunun son hükmünde (§ 8), içerdiği hükümlerde işçinin aleyhine bir kararlaştırma yapılamayacağı öngörülmüştür. Taraflar, Kanundaki hakların kullanılmasıyla ilgili iş ya da toplu iş sözleşmesi ile bir kararlaştırmaya gittiklerinde, somut kararlaştırma çalışanın aleyhine ise, Kanundaki işçi lehine hakları sınırlandırıyor, bu geçersizdir. Geçersiz kararlaştırmanın yerini, Kanun hükmü alır. İşçinin işe başlarken ya da çalıştığı sırada sözleşme ile bu Kanunda tanınan haklardan feragat etmesi mümkün değildir, geçersizdir¹⁸. Ancak tersine, örneğin bakımı üstlenilebilecek yakın akrabalar arasında sayılmayan kimseler için de, çalışanın Kanundaki hakları kullanılabileceğinin kararlaştırılması geçerlidir. Somut bir kararlaştırmanın işçi lehine olup olmadığı, toplu iş sözleşmesi hukukunda geliştirilen yararlılık ilkesi uyarınca değerlendirilecektir.

1. Kanunun kapsamı (§ 7)

Bakım İzni Kanununun tanımlar başlıklı § 7 hükmünde, bunun kapsamındaki “çalışan”, işveren, yakın akrabalar ve ayrıca bakıma muhtaçlık açılmıştır.

a) Çalışan

Kanunda işçi yerine, çalışan kelimesi kullanılmıştır. Bu surette, Kanundan yararlanacakların kapsamı olabildiğince geniş tutulmak istenmiş, bu nedenle işçi yerine, çalışan terimi tercih edilmiştir. Kanunun konuyu bu şekilde kapsayıcı şekilde ele alan bakış açısı, hiç kuşkusuz isabetlidir. Kanun ile getirilen hakların, muhtaç yakınların bakımı özelinde, bağımlı çalışmanın aile hayatı üzerindeki olumsuzluklarını giderme amacı vardır. Dolayısıyla çalışanın bu haklar ile sağlanan korumaya ihtiyacının olup olmadığı belirleyicidir, yoksa çalışmanın hangi statüye tabi olduğu değil. Böyle bir koruma ise, tüm bağımlı çalışmalar için geçerlidir. Bağımsız çalışan bir kimse, gerektiğinde muhtaç yakının bakımı için gerekli tasarruflarda bulunabileceğinden, işten uzaklaşmak için başkalarının kabulüne ihtiyacı olmadığından, bakım izni açısından ölçütün bağımlı çalışma olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

Bakım İzni Kanunu §7’ye göre, belirli bir kıdem şartı aranmaksızın

¹⁸ Lembke, § 8 PflegeZG, Rn. 2.

işçiler, meslek eğitimi kapsamında çalışanlar, ev işlerinde çalışanlar ve işçi benzeri kimseler Kanun kapsamındadır. Burada geçen işçi kavramının, bireysel iş hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁹. Bakım İzni Kanunu açısından işçinin hangi sektörde çalıştığı ya da hangi özel kanuna tabi olduğu önem arz etmemektedir. İşçinin belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması, Kanunda tanınan hakların kullanılmasını etkilemez²⁰. § 7’de çalışan tanımında “Berufsausbildung Beschäftigten” değil, daha kapsamlı olacak şekilde “Berufsbildung Beschäftigten” terimine yer verilmiştir. Bu surette lise düzeyinde mesleki eğitim gören öğrencilerden başka, çırak ve stajyerler de kapsama alınmıştır. Hatta öğretilde, iş sözleşmesi ilişkisi kurulmadan önceki dönemde verilen eğitim sürecindeki işçi adaylarının da, bakım izninden yararlanabileceği ileri sürülmüştür²¹. Bir diğer grup, iş sözleşmesine tabi çalışmakla birlikte genelde iş hukukunun koruyucu şemsiyesinin dışında bırakılan ev işlerinde çalışanlardır²².

Alman Bakım İzni Kanunun çalışan tanımında dikkati çeken grup ise, Türk Hukukunda kullanılmayan, işçi benzeri kimselerdir. Bu hukuk dalında işçi benzeri, işverene hukuki bağımlılık (emir ve talimatı altında çalışma) söz konusu olmadığı halde, ekonomik yönden bir bağımlılığın bulunduğu hallerde kabul edilmektedir. Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (TVG) § 12a Abs. 1 hükmüne göre, çalışmanın ağırlıklı olarak bir iş sahibi ile olduğu, çalışanın toplam kazancının önemli kısmının bu iş sahibinden elde ettiği gelirden oluştuğu hallerde, karine olarak ekonomik yönden bağımlılık kabul edilmiştir. Öğretilde²³, bakım izninin işverenin emir ve talimatı altında geçen bağımlı çalışmayla ilgili olduğu, bu açıdan işçi benzeri çalışanın bu haktan yararlanabilmesinin iktisadi bağımlılıktan başka, sosyal yönden işçi derecesinde olmamakla birlikte bir korunmaya muhtaçlığın olması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, işçi benzeri çalışan gerektiğinde üstlendiği işi bizzat kendisi yerine getirmek zorunda olmayıp, üçüncü kişilere gördürebiliyorsa, sosyal yönden korunmaya muhtaç değildir, bakım izninden yararlanması

¹⁹ Müller, s. 1058; Gallner, § 7 PflegeZG, Rn. 1.

²⁰ Linck, s. 2738; Lembke, § 7 PflegeZG, Rn. 1.

²¹ Linck, s. 273; Gallner, § 7 PflegeZG, Rn. 1; Lembke, § 7 PflegeZG, Rn. 1.

²² Türk Hukukundan farklı olarak, Alman Hukukunda ev işlerinde çalışanların iş şartları özel bir kanun ile düzenlenmiştir: Heimarbeitsgesetz.

²³ Müller, s. 1058;

gerekmez. Ancak baskın görüş²⁴, § 7’de sadece iktisadi bağımlılık unsuru vurgulandığından, bunun dışında sosyal açıdan korunmaya muhtaçlıktan söz edilmediğinden, ekonomik yönden bağımlı işçi benzeri çalışanın bakım izninden yararlanmasının, üstlendiği işi bizzat görmek zorunda olmasını gerektirmediğidir.

Kanundaki sayım sınırlı sayı prensibine tabi olup, burada sayılanlardan başkasının, örneğin memurların, bağımlı çalışsalar dahi bakım izninden yararlanmaları mümkün değildir²⁵. Bir başka önemli husus, kapsamdaki çalışanların Kanundaki haklardan yararlanması bir bekleme süresine, belirli bir kıdeme bağlı değildir. Çalışmaya başlanıldığı gün dahi, Kanunda sayılan haklar kullanılabilir, güvenceler devreye girer²⁶.

Bu tespit dikkate alındığında, Türk Hukukunda olası bir yasalaştırma faaliyetinde kapsam bakımından, tabi olduğu kanun fark etmeksizin, bağımlı iş gören herkesi kapsar şekilde çalışan teriminin kullanılması isabetli olacaktır. Bu açıdan iş ilişkisinin İş Kanununa, Deniz İş Kanununa, Basın İş Kanununa ya da Borçlar Kanununa tabi bulunması, başka deyişe işçinin İş Kanunu m.4’deki istisnalardan olması, esasa etkili olmamalıdır. Yine 5510 sayılı Kanunun kapsama dair 4 ve 5. maddeleri uyarınca 4a’lı olarak tanımlanan kesim, bakım izni uygulamasında ölçüt oluşturabilir.

b) İşveren

Kanun kapsamındaki işverenler, aynı hükümdeki çalışan tanımına atıf ile tespit edilmiştir. Buna göre işveren, ilk fıkrada sayılan çalışanları istihdam eden, işçi benzeri çalışanlarda ise, iş sahibi olan gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluklarıdır.

İşveren sıfatı bakımından, işyerinin hangi sektörde olduğu ya da kaç işçisinin bulunduğu esasa etkili değildir. Örneğin Feshe Karşı Koruma Kanununda 10 ve daha fazla işçi çalıştıran işverenler kapsama alındığı halde, § 5 PflegeZG hükmünde öngörülen özel iş güvencesi, bir işçisi olan işverenler için de geçerlidir. Bunun tek istisnası, § 3’de öngörülen 6 aylık bakım izniyle ilgilidir. Bu hükme göre, işverenin 15 ya da daha az işçisi varsa, işçi bu haktan yararlanamaz. Bunun dışında, örneğin § 2’de öngörülen acil ve zorunlu hallerde 10 işgününe kadar önceden izin almaksızın çalışmama hakkı,

²⁴ Preis/Nehring, s. 732; Linck, s. 2738-2739; Gallner, § 7 PflegeZG, Rn. 1.

²⁵ Lembke, § 7 PflegeZG, Rn. 2.

²⁶ Lembke, § 3 PflegeZG, Rn. 3; Böck, § 3 PflegeZG, Rn. 5; Freihube/Sasse, s. 1320.

işverenin çalışan sayısına bakılmaksızın kullanılabilir²⁷.

İşçinin kendisi dahil 16 ve daha fazla işçi varsa, 6 aylık bakım izni kullanılabilir. İşçi sayısının tespitinde hareket noktası, İş Kanunu m.18 ile benzer şekilde, işyeri değil işverendir²⁸. İşverenin işletmesine dahil tüm işyerleri, hatta bunlar farklı iş kollarında dahi olsa dikkate alınmalıdır. Hesaplamaya kısmi süreli çalışanlar dahil edilir, örneğin İş Kanunu m.30/2deki gibi kısmi süreli çalışmalar, tam süreliliye dönüştürülmez. Çalışan sayısının tespitinde, § 7’de sayılanların tamamı, işçilerden başka, örneğin çırak ve stajyerlerin, danışman gibi işçi benzerlerinin dahil edilmesi gerekir. Dikkate alınacak tarih, çalışanın bakım izni için işverene yazılı olarak başvuruda bulunduğu tarihtir. 15 çalışan ölçütünün toplu ya da bireysel iş sözleşmesi veya işyeri yönetmeliği gibi özel bir düzenleme ile işçi lehine değiştirilmesi, örneğin 1 çalışan olsa dahi bu haktan yararlanabileceğinin kararlaştırılabilmesi geçerlidir.

c) Bakıma muhtaç yakın akraba

Kanunun daha fazla kesimi kapsayıcılık hedefi; bakıma muhtaç yakınlar kavramına da yansımış, çekirdek aile ya da salt kan hısımlığı ile bir sınırlandırmaya gidilmemiştir (§ 7 Abs. 3). Çalışanların Bakım İzni Kanunu ile kendilerine tanınan hakları kullanabilmeleri, bakımını üstlenecekleri şahısla ilgili iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır: Bu yakınlar, § 7 Abs. 3’de sayılan kimselerden olmalı ve bakıma muhtaç bulunmalıdır. Ana, baba, anneanne, dede, babaanne, büyükbaba, kaynana, kayınbaba, kardeşler, eş, evlenmeden birlikte yaşayan hayat arkadaşı, ortak ya da diğer eşin öz çocukları, evlatlık çocukları, torunlar, gelin ve damat, Kanun kapsamındaki akrabalar. Buradaki sayım sınırlı sayı prensibine tabi olup, örneğin amca ya da teyzenin bakım ihtiyacında, Kanundaki haklar kullanılamaz²⁹. Kanunun nispi emredici niteliği gereği, özel bir kararlaştırma ile Kanunda sayılmayan akrabalar için de, § 2 ve 3’deki hakların kullanılması öngörülebilir.

Bakıma muhtaçlık konusunda, Bakım Sigortası Kanunun (SGB XI) bakıma muhtaçlığın tanımlandığı ve şartlarının sayıldığı § 14-15 hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Buna göre, “bedensen, zihinsel veya ruhsal hastalığı veya özürlü nedeniyle günlük hayatının idamesine yönelik olan olağan ve dü-

²⁷ Gallner, § 2 PflegeZG, Rn. 1.

²⁸ Lembke, § 3 PflegeZG, Rn. 4; Preis/Nehring, s. 733.

²⁹ Linck, s. 2739.

zenli faaliyetlerin ifasında (muhtemelen asgari 6 ay boyunca ciddi olarak veya bundan daha ileri boyutta) başkalarının yardımına ihtiyaç duyanlar”³⁰ bakıma muhtaç sayılırlar. Altı aylık süre, bakıma muhtaç sayılmak için geçmesi gereken bir bekleme süresi olmayıp, bakıma muhtaçlık süresinin zamansal olarak somutlaştırılması niteliğindedir. Hükümde günlük hayatın idamesine yönelik faaliyetler, vücut bakımı, besleme, hareketlilik ve ev bakımı olarak dört kategoride sayılmıştır³¹.

Yakın akrabanın bakıma muhtaçlığı, çalışanların acil ve zorunlu hallerde 10 işgününe kadar önceden izin almaksızın çalışmama (§ 2) ve 6 aya kadar bakım izni (§ 3) haklarını kullanmaları açısından farklı ele alınmıştır. § 3’deki 6 aylık bakım iznin kullanılabilmesi için, yakın akrabanın § 14 SGB XI’deki şartların tamamını karşılaması, burada sayılan şartlara göre hali hazırda ya da en geç bakım iznin başlama tarihinde bakıma muhtaç olması gerekir. Zaten bu nedenledir ki, hükümde çalışanın bakım izni başvurusu ile birlikte yakınının bakıma muhtaçlığını, Bakım Sigortası Sandığından ya da sağlık kuruluşundan aldığı rapor ile ispatlaması şartı aranmıştır. Buna karşın § 2’deki 10 işgününe kadar çalışmama hakkının kullanımı, yakının hali hazırda bakıma muhtaç olmasını gerektirmez. Çalışmama hakkının kullanılmaya başlandığı an itibarıyla, mevcut şartlar hep birlikte değerlendirildiğinde, yakının bakıma muhtaç hale geleceğinin öngörülebilmesi yeterlidir³². Bu şekilde bir ayırım, çalışmama hakkının kullanılabilmesine dair aşağıda incelenecek öngörülmezlik ve gereklilik şartları dikkate alındığında, isabetlidir.

2. Kısa süreli çalışmama hakkı (§ 2)

§ 2 PflegeZG hükmü ile çalışanlara, bakıma muhtaç ya da muhtaç olması muhtemel bir yakının beklenmedik bir şekilde ortaya çıkan bakım ihtiyacı nedeniyle, uygun bakım şartlarının organize edilmesi ya da bakımın bizzat yapılabilmesi için gerektiğinde 10 işgününe kadar çalışmama hakkı tanınmıştır. Bu hakkın, İş Kanunu m.34 ve 83’deki gibi işi yapmaktan kaçınma hakkı olarak nitelemek hatalı olmayacaktır. Farklı olarak, ücretin ödenmemesi ve iş güvenliği şartlarının karşılanmamasında, işverenin bu borçlarını yerine getirmemesi nedeniyle işçinin ödemelik defini kullanması

³⁰ Çeviri için Caniklioğlu/Ünal, s. 2273.

³¹ Fuchs/Preis, s. 413-420; Caniklioğlu/Ünal, s. 2273.

³² Müller, s. 1059; Linck, s. 2739; Böck, § 7 PflegeZG, Rn. 10.

söz konusu iken, § 2 PflfZG hükmünde ödemelik defî değil, kanunda sosyal bir amaçlar kabul edilen bir yetkinin kullanılması söz konusudur. Çünkü işçiyi çalışmaktan alı koyan neden işverenle ilgili olmadığından, iş sözleşmesindeki karşılıklı borçlar arasındaki ilişkinin bozulmasından söz edilemez. Açık bir düzenleme olmadığı takdirde, çalışanın böyle bir hakkının olamayacağı açıktır³³.

a) Kullanma şartları

Bu hakkın kullanımı için işverenin kabulü gerekmez, çalışanın işverene basitçe bildirim yeterli. Bu açıdan yenilik doğuran bir hak olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Yine işçinin belirli bir kıdeme sahip olması, işyerinde belirli sayıda çalışanın olması da gerekli değildir. Önemli olan, yakının bakım gereğinin aniden ortaya çıkmış ve bu nedenle işe gelmeyerek (çalışmayarak) bakımın organize edilmesinin ya da bizzat yapılmasının gerekli olmasıdır³⁴. Aniden, beklenmedik şekilde ortaya çıkan bakım gereğinden söz edebilmek için, bakım ihtiyacının önceden öngörülebilmesi gerekir. Olayın somut şartları, çalışanın derhal işten uzaklaşmasını gerektirmeli, işverene daha önceden haber vermesine imkan vermemelidir. Örneğin felç geçiren bir yakın için ya da mevcut bakıcı bir bildirimde bulunmadan işi bıraktığında, aniden ortaya bir bakım ihtiyacı vardır. Tersine uzun süreden beridir hastanede tedavi gören ve hastaneden çıkış tarihi önceden belli olan bakıma muhtaç biri açısından, hastaneden çıkış tarihinde aniden ortaya çıkan bir bakım ihtiyacından söz edilemez³⁵. Bu açıdan bakıma muhtaç yakının, daha önceden bakıma muhtaç olması ile o olaydan sonra bakıma muhtaç hale gelmesinin muhtemel olması arasında bir fark yoktur. Zaten çalışanlara böyle bir hak verilmesinin arkasında, aile hayatında aniden ortaya çıkan anormal bir durumla ilgili, gerekli önlemleri derhal alabilmesini sağlama amacı vardır.

Bakım ihtiyacının aniden ortaya çıkması yeterli olmayıp, çalışanın bu nedenle işe gelmemesi objektif olarak zorunlu bulunmalıdır. Örneğin aile fertlerinden ya da dışarıdan başka bir kimsenin bu ani bakım ihtiyacını organize etmesi yahut bakımı bizzat üstlenmesi halinde, çalışanın kısa süreli işten uzak kalma hakkını kullanması söz konusu olamaz. Yine çalışanın sub-

³³ Linck, s. 2739; Müller, s. 1063.

³⁴ Gallner, § 2 PflfZG, Rn. 2; Lembke, § 2 PflfZG, Rn. 6; Preis/Nehring, s. 730, 731; Müller, s. 1059.

³⁵ Linck, s. 2739; Freihube/Sasse, s. 1320.

jektif veya objektif şartları bakımı organize edebilmesi ya da üstlenebilmesi için elverişli değilse, örneğin kendi sağlığı, fiziksel özellikleri bakımı üstlenmesine elverişli değilse veya bakıma muhtaç olan kişi açıkça onun bakımı üstlenmesine karşı ise, kısa süreli çalışmama hakkının kullanımı objektif bir zorunluluk değildir³⁶. Çalışan, örneğin işverene § 2 PflegeZG hükümündeki şartlarda işe gelmediğini bildirdikten sonra bu sürede tatile gitse, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı doğar³⁷.

b) Süresi

Çalışanın § 2 PflegeZG işe gelmeyebileceği süre 10 işgünüdür. Bu süre azami olup, çalışan açısından her halükarda kullanılabilecek bir hak değildir. Çalışanın azami süreye kadar fiilen ne süre ile işten uzak kalabileceği, her somut olayın şartlarına göre gereklilik ölçütünden hareket ile değerlendirilir. Örneğin bakıma muhtaç yakın daha on işgünü süre dolmadan vefat ederse, bir bakım yurduna yerleştirilse ya da çalışmayan bir başka akrabası bakımı üstlenirse, bu andan itibaren çalışanın işten uzak kalma hakkı yoktur³⁸. On işgünü azami süre, hükümdeki şartlarda ortaya çıkan her bakım ihtiyacı içindir, yoksa aynı yakın ileride ani bir bakım ihtiyacına yeniden ihtiyaç duyduğunda, bu olay için de on işgünü süre işler. Sürenin hesabında hafta ve tatil günleri dikkate alınmaz. İşyerinde işçinin fiilen çalıştığı günlerden hareket edilir. Örneğin haftada 5 gün çalışılan bir yerde, bir hafta 6 değil, 5 işgünü olarak kabul edilir. Buna karşın örneğin haftada 2 gün çalışan bir kimse açısından 10 işgünü, 5 hafta devam etmez. Böyle bir durumda, Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m.13'de olduğu üzere, orantı suretiyle 10 işgünün 2 haftalık bir zaman diliminde çalışılan 4 işgünü kapsadığı kabul edilir. Kısmi süreli çalışanlar açısından aksine sadece çalışılan günler dikkate alınır, amacını aşan bir sonuç ortaya çıkar³⁹.

c) İşverene bildirim ve ani bakım ihtiyacının belgelendirilmesi

Çalışan ani bakım ihtiyacı nedeniyle işe gelemeyeceğini ve bunun muhtemel süresini işverene derhal bildirmek zorundadır. Yine işveren, dilerse çalışandan yakın akrabasının bakıma muhtaçlığı ve kısa sürede bakımının organize edilmesi ya da bizzat yapılması gerektiği noktasında bir doktor ra-

³⁶ Müller, s. 1059; Preis/Nehring, s. 731.

³⁷ Lembke, § 2 PflegeZG, Rn. 3.

³⁸ Gallner, § 2 PflegeZG, Rn. 2; Böck, § 2 PflegeZG, Rn. 10.

³⁹ Linck, s. 2740; Müller, s. 1060.

poru talep edebilir. Hem bildirim hem de doktor raporu, çalışanın kısa süreli çalışmama hakkını kullanması için kurucu değil, yan yükümlülüklerdir. Çalışan, işverene bildirimde bulunmazsa ya da açık talebine rağmen bu konuda doktor raporunu işverene sunmazsa, somut olayın şartlarına bağlı olarak iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle bildirimsiz ya da işçinin davranışlarına dayanan geçerli nedenle feshi gündeme gelebilecektir⁴⁰. Buna rağmen, § 2'deki şartlar gerçekleşmişse, işçinin çalışmama hakkını kullanması geçerlidir.

İşverene bildirim, mümkün olduğunca çabuk yapılmalıdır. Bildirim, amacı gereği yazılı şekle tabi olmayıp, telefon, hatta sms ile dahi mümkündür. Bu surette işyerinde çalışanın yokluğundan kaynaklanabilecek olası aksaklıklarla ilgili işverenin gerekli tedbirleri zamanında alabilmesi mümkün olabilecektir. Bu bildirimin asli unsurları, devamsızlığın gerekçesi ve özellikle de olası süresidir. Devamsızlığın gerekçesi olarak, bakımı gereken kişinin adı, yakınlık derecesi ve bakımı bizzat yapma ya da uygun bir bakımı organize etme gibi işe devamsızlığın nedenleri bildirilmelidir. Çünkü işveren, kısa süreli çalışmama hakkının kullanımı için § 2 PflgeZG'de öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini ancak bu surette denetleyebilecektir⁴¹. Ancak yakını bakıma muhtaç hale getiren hastalığın türü ya da diğer nedenlerin detayları hakkında bilgi verilmesi gerekmez. İşverenin talebi halinde sunulması gereken doktor raporu ise, yakın akrabanın bakıma muhtaç olduğu muhtemel süreyi ve § 2 işaret edilen uygun bakım şartlarının organize edilmesi ya da bakımın bizzat yapılması gereğine işaret etmelidir. Buna karşın, doktor raporunda bakım gereğinin aniden ortaya çıktığı noktasında bir teyit gerekmez⁴².

d) Çalışılmayan sürenin ücreti

İlke olarak çalışanın 10 işgününe kadar çalışmadığı süre için ücret talep hakkı yoktur. § 2 PflgeZG bunu teyit bakımından, bu süre için ücret ödemesinin ancak diğer yasal düzenlemelerden anlaşılması ya da taraflarca bireysel veya toplu iş sözleşmesi yahut işyeri iç düzenlemelerinde açık bir kararlaştırma olduğu takdirde mümkün olduğu bildirmiştir. Alman Öğretisi bu konuda, Türk Hukukunda TBK m.409'a karşılık gelen § 616 BGB

⁴⁰ Lembke, § 2 PflgeZG, Rn. 10.

⁴¹ Link, s. 2740; Müller, s. 1060; Gallner, § 2 PflgeZG, Rn. 3.

⁴² Böck, § 2 PflgeZG, Rn. 9.

uyarınca sınırlı da olsa bir ödemenin mümkün olduğuna işaret edilmektedir⁴³. Kanun Taslağında bu konuda, işverenin çalışılmayan süre için ücret ödeme yükümünün olmadığı hallerde, çalışana bakım sigortası kapsamında “bakım destek parası (Pflegeunterstützungsgeld)” adı altında bir ödeme yapılması öngörülmüşse de, bu hüküm yasalaşmamıştır.

3. Uzun süreli bakım izni (§ 3-4)

Alman Bakım İzni Kanununda, bakıma muhtaç akrabalarla ilgili iş ve aile hayatının bağdaştırılması amacını teminen öngörülen asıl araç ise, muhtaç yakının 6 aya kadar ev ortamında bakımına imkan veren bakım iznidir. Çalışan bu surette 6 aya kadar dilerse işverenin bir kabulü gerekmeksizin iş sözleşmesini ücretsiz izindeki gibi askıya alabilmekte ve dilerse de, işverenin kabulü ile haftalık çalışma süresini önemli derecede azaltabilmektedir. Yukarıda işaret edildiği üzere çalışanın bu hakkı kullanabilmesi, işverenin 16 ve daha fazla çalışanın olmasına bağlıdır. Yine bu hakkın kullanımı, çalışanın belirli bir kıdeme sahip olmasını gerektirmez.

a) Şartları

Çalışanın bakım izninden yararlanması, yakının bakıma muhtaç olmasını gerektirmektedir. § 7 Abs. 4 PflegeZG hükmündeki bakıma muhtaçlık tanımı uyarınca, yakının muhtemelen bakıma muhtaç hale gelecek olması yeterli olmayıp, şahsın Bakım Sigorta Kanunundaki şartlarda (§ 14-15 SGB XI) bakıma muhtaçlığının tespit edilmiş olması zorunludur. Ancak § 2’den farklı olarak, uzun süreli bakım izninin kullanılması, bakım ihtiyacının aniden ortaya çıkmış olmasını gerektirmez.

Çalışanın, muhtaç yakının bakımını organize edeceği, örneğin uygun bir bakıcı ya da bakım yurdu bulacağı gerekçesi ile bu izni kullanabilmesi mümkün değildir. Bakımın ev ortamında bizzat yapılması şartı ile bu izinden yararlanılabilir. Çalışanın, işverene başvuruda bulunduğu tarihte hali hazırda bu yakınıni fiilen bakıyor olması gerekmez. İznin başlayacağı tarihten itibaren bakımın üstlenilmesi zorunlu ve yeterlidir. Bir başka önemli husus, çalışanın bakımı üstlenmek istemesi ve muhtaç yakının onun bakımını kabul etmesi tek başına yeterli olmayıp, bunun dışında çalışanın örneğin sağlık durumunun bakımı üstlenmesine elverişli olması gerekir⁴⁴.

⁴³ Preis/Nehring, s. 732-733.

⁴⁴ Müller, s. 1060; Lembke, § 3 PflegeZG, Rn. 12.

Bakımın ev ortamında olmasının, aile içinde bakım olarak anlaşılması gerekir. Yoksa bakımın muhtaç yakına veya bakımı üstlenen çalışana ait ya da başkaca bir evde yapılması esasa etkili değildir. Önemli olan, bakıma muhtaç kişinin güvendiği bir yakını ile birlikte ev ortamında olmasıdır.

b) Başvuru şekli ve bakıma muhtaçlığın belgelendirilmesi

Bakım izninden yararlanmak isteyen çalışanın, bakım izninin başlamasını istediği tarihten en az 10 işgünü önce işverene yazılı başvuruda bulunması gerekir. On işgünü sürenin hesabı, o işyerinde uygulanan çalışma düzenine göre yapılır. Yazınlık ispat değil, geçerlilik şartıdır⁴⁵. Yazılı başvurunun, talep edilen izin süresini ve iznin hiç çalışmama mı yoksa kısmi süreli çalışma şeklinde mi kullanılmak istediği bilgilerini içermesi zorunludur. Yine iznin kısmi süreli çalışma şeklinde kullanılmak istediği ihtimalde, istenilen haftalık çalışma süresinin ve bunun haftanın günlerine dağılımının da açıklanması gerekir.

Uzun süreli bakım izninin kullanılmasında yazılı başvurudan başka bir önemli koşul, işverenin isteğinden bağımsız, çalışanın ilgili yakının bakıma muhtaçlığını ispat eden bir belgeyi işverene sunmasıdır. Belgenin Bakım Sigortası Kanunundaki şartlara uygun olması gerekir. Bu nedenle raporun, Bakım Sigortası Sandığınca verilmiş ya da hastalık sigortası kapsamındaki tedavi çerçevesinde düzenlenmiş olması gerekir. Bakıma muhtaç yakın, şayet özel bakım sigortasından yararlanıyorsa, belgenin bu özel sigorta tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Belge içeriğinde, adına düzenlenen şahsın §14-15 SGB XI anlamında bakıma muhtaç olduğuna işaret edilmesi yeterlidir. Yakının bakıma muhtaçlığını ispat eden belgenin işverene hangi sürede verilmesi gerektiği hakkında yasada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İspat işlevinden hareket ile bunun işverene bildiri ile birlikte verilmesinin zorunlu olmadığı, dürüstlük kuralı uyarınca mümkün olan en kısa sürede verilmesi gerektiği, ancak kısmi süreli çalışma talepli izin başvurularında işverenin süreyle ilgili cevap için raporun verilmesi tarihine kadar bekleyebileceği bildirilmektedir⁴⁶.

c) İzin başlaması ve uygulanması

Bakım izni, çalışanlara tanınan bir haktır. Çalışanın bu hakkını, izin

⁴⁵ Böck, § 3 PflegeZG, Rn. 10; Lembke, § 3 PflegeZG, Rn. 13; Gallner, § 3 PflegeZG, Rn. 2.

⁴⁶ Lembke, § 3 PflegeZG, Rn. 15.

süresince hiç çalışmama suretiyle kullanmak istediği durumda, yazılı bildirim üzerine işverenin kabulüne bağlı olmaksızın izin başlar. Bu ihtimalde, çalışanın yenilik doğuran bir hakkını kullanımından söz edilir. Dolayısıyla diğer yenilik doğuran haklarda olduğu üzere, izin iradesinin yazılı şekilde işverene ulaşması yeterlidir.

Buna karşın bakım izninin, haftalık çalışma süresinde bir indirim, başka deyişle kısmi süreli çalışarak kullanılmak istediği durumda, başvuruda talep edilen haftalık çalışma süresi ve bunun dağılımı konusunda çalışan ile işverenin yazılı şekilde anlaşması gerekir. İzin başvurusundan farklı olarak, işlevi gereği bu anlaşmanın yazılı olması geçerlilik değil, ispat şartıdır⁴⁷. Şayet taraflar anlaşamaz ve çalışan bunu yargıya taşırsa, mahkemenin kararı işverenin iradesi yerine geçer. Normalde mahkeme bir kararının, özel hukuk kapsamında bir sözleşme tarafının iradesinin yerine geçmesi mümkün değildir. Ancak bakım izninde çalışan ile işverenin izin süresince uygulanacak çalışma süreleri hakkında anlaşmaları, icap ve kabul ile ortaya çıkan bir sözleşme olmayıp, çalışana Kanun ile tanınan bir yenilik doğuran hakkın kullanımının tamamlayıcısı bir merasim söz konusudur⁴⁸. § 3 Abs. 4 PflegeZG hükmünde, açıkça işverenin zorlayıcı bir işletme gereği bulunmadığı sürece, çalışanın talep ettiği haftalık çalışma süresine ve dağılımına itiraz edemeyeceği bildirilmiştir.

İzin, işverene yapılan yazılı bildirimde belirtilen tarihte başlar. Bu tarihten itibaren çalışan, başvurusunun içeriğine göre işe hiç gelmez ya da kararlaştırılan kısmi sürede çalışmaya başlar. Başvuru yazısının işverene ulaştığı tarih ile bildirilen izin başlangıç tarihi arasındaki süre 10 işgününden kısa ise, bu durum başvurunun geçersizliğine neden olmaz. İzin başlama tarihi, eksik kalan süre kadar ötelenir. Çünkü burada 10 işgünü sürenin amacı, işverenin izin bildiriminde bulunan şahsın yokluğundan dolayı işyerinde ortaya çıkacak işgücü eksiliğinin gideren organizasyonel önlemleri alabilmesidir⁴⁹.

Bakım izninin kısmi süreli çalışarak kullanılmak istendiği durumda, izin işverene bildirilen tarihte başlamaz, öncesinde tarafların uygulanacak haftalık çalışma süresi ve dağılımı konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Çalışanın bildirimi üzerine işverenin talep edilen çalışma süresi ve dağılımı

⁴⁷ Müller, 1061-1062.

⁴⁸ Lembke, § 3 PflegeZG, Rn. 9, 25-27; Preis/Nehring, s. 734-735; Müller, s. 1062.

⁴⁹ Preis/Nehring, s. 733; Müller, 1061; Linck, s. 2742; Lembke, § 3 PflegeZG, Rn. 14.

konusunda ne sürede bir beyanda bulunması gerektiği hakkında bir açıklık yoktur. Bildirim ile izin başlangıç tarihi arasında 10 işgünü bir süre aranması gerekçesi dikkate alındığında, işven bu sürede, en geç bildirilen izin başlama tarihinde konuyla ilgili işçiye dönmelidir. Öğretide bildirimin 10 işgünü süreden önce yapıldığı hallerde dahi, işverenin cevap süresinin 10 işgünü olarak uygulanması gerektiği, çünkü kanun koyucunun bu süreyi işverenin organizasyonel önlemler alabilmesi için yeterli gördüğü görüşü bildirilmiştir⁵⁰.

İzin süresince işçinin ücret ve sosyal güvenlik hakları, bunun hiç çalışmama ya da kısmi süreli çalışma şeklinde uygulanmasına göre değişir. İzinde çalışmayan bir kimsenin, iş sözleşmesi askıdadır, hizmet süresinden sayılmaz ve ücret hakkı yoktur.

d) Süresi ve sona ermesi

Bakım izni, bakıma muhtaç her bir yakın için azami altı aydır. Altı aylık süre açısından, iznin hiç çalışmama ya da kısmi süreli çalışma şeklinde kullanılması fark yaratmaz. Çalışan, bakıma muhtaç olan birden fazla yakınından her biri için ayrı ayrı altı ay izin kullanabilir. Yine bakıma muhtaç bir kimsenin, çalışan birden fazla yakınından her biri, onun bakımı için birbiri ile örtüşmeyecek şekilde altı aylık azami sürede bakım izni kullanabilir⁵¹. Buna karşın, bir çalışan bakıma muhtaç bir yakını için bakım izni kullanabileceği azami altı aylık süreyi bir defada kullanmak zorundadır. Örneğin çalışanın, daha önceden 4 aylık bakım izni kullandığı bir yakını için, sonraki bir tarihte durumunun ağırlaştığı gibi bir gerekçe ile kalan 2 aylık süre için izin hakkı bulunmamaktadır⁵².

Altı aylık süre azamidir, çalışanın işverene bakım izni bildiriminde bulunurken 6 aydan kısa bir süre için talepte bulunması mümkündür. Çalışan bu şekilde 6 aydan kısa bir süre için talepte bulunduğunda, ileride iznin devamında toplamda 6 ayı geçmeyecek şekilde süreyi uzatabilmesi işverenin kabulüne bağlıdır. İşveren kabul ya da reddetmekte serbest olup, örneğin çalışanın bakım iznini kısmi süreli çalışarak kullanmak istediği ihtimaldeki gibi, ret için zorlayıcı bir işletme gereğine dayanması gerekmez. İzin süresinin uzatılmasında işverenin kabul şartının istisnası ise, uzatma gereğinin, bakımı üstlenilen muhtaç yakınla ilgili, işverene daha önceden ilk izin bildi-

⁵⁰ Müller, s. 1062.

⁵¹ Müller, s. 1061.

⁵² Lembke, § 4 PflgeZG, Rn. 1; Preis/Nehring, s. 734.

riminde bulunduğu tarihte öngörülemeyen önemli, objektif bir nedenden kaynaklanmış olmasıdır. Kanunun gerekçesinde önemli nedene örnek olarak, izin süresinde bakımı üstlenilen kimsenin ağır hastalanması gösterilmiştir.

Bakım izni, ilke olarak iznin başladığı tarihten itibaren 6 ayın, talep edilen süre 6 aydan kısa ise bu sürenin dolması ya da izin süresinin sonradan uzatıldığı durumlar da uzatılan sürenin dolması ile sona erer. Süre dolmadan önce sona erme, ancak işverenin kabulü ile mümkündür. Yoksa çalışan talep ettiği süre ile bağlıdır. Bunun arkasında yatan neden, işverenin bu çalışanın yokluğunda ortaya çıkan ek işgücü ihtiyacı için bildirilen süreyi dikkate alarak tedbirler alması, örneğin çalışanın talep ettiği süre için belirli süreli bir iş sözleşmesi yapması gerçeğidir.

Kanunda, işverenin onayı olmadan izin süresinin uzatılmasında olduğu gibi, süre dolmadan sona erme ihtiyacının objektif nedenlerden kaynaklandığı hallerde, işverenin kabulü aranmamıştır. Kanunda bu bağlamda gerektirici nedenler olarak, yakının bakıma muhtaçlığının sona ermesine, ev ortamında bakımının imkansız hale gelmesine ya da artık bakımın imkansız hale gelmesine işaret edilmiştir. Bakımı üstlenilen yakının ölmesi, durumunun ağırlaşp ev ortamında bakımının imkansız hale gelmesi üzerine bir bakım yurduna nakledilmesi, yahut çalışanın kendisinin ağır hasta olması veya önceden öngörülemeyen nedenlerle izin sırasında ekonomik yönden dara düşerek çalışarak elde edeceği gelire ihtiyacının elzem olması nedenleriyle bakımı devam ettiremeyecek duruma gelmesi, bakıma muhtaç yakının çalışanın bakımını reddetmesi, bu bağlamda örnekler olarak sayılabilir⁵³. Çalışan bu şekilde bakımı süresinden önce sona erdirmeyi gerektiren zorlayıcı nedeni işverene derhal bildirmekle ve gerektiğinde ispatla yükümlü olup, izin zorlayıcı nedenin ortaya çıktığı tarihten itibaren (yoksa işverene bildirim tarihinden itibaren değil) 4 haftanın dolması ile sona erer. İşverene bildirimin derhal yapılmaması, tazminat ve fesih yaptırımlarını gündeme getirebilir.

IV. Bakım İznin Teminatları

1. İşçi açısından: iş güvencesi (§ 5)

Bakım İzni Kanunu çalışanlara tanıdığı hakların uygulamada aktif bir şekilde kullanımını garanti altına almak için § 5’de esaslı bir güvence öngörmüştür: Çalışan, § 2 ve § 3’deki hakların kullanımı için işverene bildi-

⁵³ Gallner, § 4 PflegeZG, Rn. 2; Müller, s. 1062.

rimde bulunulduğu tarihten, kısa süreli işten uzak kalma halinin ya da uzun süreli bakım izninin sona erdiği tarihe kadar olan dönem için geçerli olan bir fesih yasağından yararlanır. Öğretide bu fesih yasağının bildirimli fesihlerin yanında, haklı nedenle bildirimsiz fesihleri de kapsadığı ifade edilmektedir⁵⁴. Bu özel iş güvencesinden yararlanmanın tek koşulu, § 2 ve § 3'deki hakların öngörülen yasal şartlarda kullanılmış olmasıdır. Yoksa çalışanın bundan yararlanması, genel iş güvencesinde olduğu gibi belirli bir kıdeme sahip olmasına ya da işverenin belirli sayıda işçinin olmasına bağlı değildir.

Öğretide süre açısından bir sınırlama getirilmemiş olmasının, § 5'deki iş güvencesi hükmünü kötüye kullanmaya müsait kıldığı ifade edilmektedir⁵⁵. Gerçekten § 2 ve 3'deki hakların kullanımı işverenin kabulüne bağlı olmadığından, çalışanın bu yolda işverene sadece bir bildirimde bulunarak iş güvencesinden yararlanmaya başladığından, işveren tarafında bir fesih hazırlığını anlayan bir çalışan, feshi bu haklara başvurarak öteleyebilecektir. Böyle bir kötüye kullanma ani ortaya çıkan bakım ihtiyacıyla ilgili 10 işgününe kadar çalışmama hallerinde pek mümkün gözükme de, uzun süreli bakım izni açısından aynısı söylemek mümkün değildir. Özellikle fesih yasağının iznin başladığı tarihten değil, çalışanın bu konuda işverene bildirimde bulunduğu tarihten itibaren uygulandığı dikkate alınırsa, kötüniyetli bir çalışan izin başlangıç tarihi olarak Kanundaki 10 işgünü süreden çok sonraki bir tarihi gösterebilecektir⁵⁶. Kötüye kullanmanın önlenmesinde, çalışanın gerçek iradesinin her somut olayın şartlarından hareket ile değerlendirilmesi gerekmektedir.

§ 5 PflegeZG hükmü uyarınca iş sözleşmelerinin feshinin yasak olduğu dönemde, fesih bir halde mümkündür. O da, işverenin iş güvenliğinden sorumlu yetkili devlet kurumundan onay alması suretiyle. Örneğin işyerinin kapanması gibi bir nedenle böyle bir iznin mümkün olduğu bildirilmektedir⁵⁷.

2. İşveren açısından: objektif neden (§ 6)

Çalışanlara Bakım İzni Kanunu ile tanınan hakların sosyal açıdan yerindeliği tartışmasızsa da, çalışanın bu hakları kullanarak işyerinden belirli

⁵⁴ Preis/Nehring, s. 735-736; Linck, s. 2742; Lembke, § 5 PflegeZG, Rn. 3.

⁵⁵ Preis/Nehring, s. 735; Linck, s. 2742; Böck, § 5 PflegeZG, Rn. 4; Lembke, § 5 PflegeZG, Rn. 2.

⁵⁶ Linck, s. 2743.

⁵⁷ Freihube/Sasse, s. 1322-1323.

bir süre kısmen veya tamamen uzak kalmasının işletmede olumsuz etkilerinin olacağı kuşkusuzdur. Bu hakların kullanımının, bakım izninin kısmi süreli çalışma şeklinde kullanılması hariç, işverenin kabulüne bağlı olmadığı dikkate alınır, işverene işyerinde bu nedenle ortaya çıkması olası olumsuzlukları engelleyecek imkanların sağlanması gerekir. Alman kanun koyucu bu olumsuzluğu, ortaya çıkan işgücü açığının belirli süreli iş sözleşmesi ile giderilmesini kolaylaştıran bir hüküm ile aşmak istemiştir (§ 6). Bu hükme göre, § 2 ve § 3'deki hakları kullanarak çalışmayan işçinin yerine alınacak yeni işçi açısından, belirli süreli sözleşmeyi yapmayı haklı gösteren objektif neden bulunmaktadır. Kanundan doğan bu objektif neden, § 2 ve § 3 uyarınca çalışılmayan süre ile sınırlıdır. Burada sürenin, işçinin işverene bildirdiği muhtemel çalışmama veya izin süresi olarak anlaşılmaması gerekir. Özellikle bakım izninin § 4 uyarınca uzatılabilmesini ya da iznin süresinden önce sona ermesi ihtimallerini dikkate alan kanun koyucu, belirli süreli sözleşmenin süresinde sonradan değişiklik yapılarak uzatılabilmesine ya da işverence feshedilebilmesine imkan tanımıştır. Ancak azami sınır, her halükarda § 2'deki 10 işgünü ve § 3'deki 6 aylık süreyi aşamaz.

Bakım izninin çalışanın baştan bildirdiği süreden önce, zorunlu nedenlerle sona ermesi halleriyle sınırlı olarak, işverene bir haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkı tanınmıştır. Bunda amaç, işverenin iki defa ücret ödemesini önlemektir. İşverenin fesih hakkı, çalışanın § 4 Abs. 2 PflegeZG uyarınca izni sona erdiren olağan üst halin çalışan tarafından kendisine bildiriminden itibaren 2 haftalık ihbar öneline tabidir. Kanunda açıkça bu şekilde bir feshin iş güvencesi hükümlerine tabi olmadığı bildirilmiştir. Bakım izninin süresinden önce sonra ermesi, zorlayıcı nedenlerden kaynaklanmayıp, çalışan ile işverenin anlaşmasına dayandığı ya da belirli süreli yazılı sözleşmede § 6 Abs. 3 PflegeZG hükmündeki bu fesih hakkının kullanılamayacağının açıkça kararlaştırıldığı hallerde, işverenin fesih hakkı bulunmamaktadır.

§ 6 PflegeZG hükmün işveren lehine bir başka düzenlemesi, toplam işçi sayısı ile ilgili eşik değerlerin tespitinde çifte sayımın önlenmesini amaçlamaktadır. Buna göre, iş güvencesi, işyeri işçi temsilcisi gibi işverenin toplam işçi sayısının belirleyici olduğu hallerde, § 2 ve § 3'deki haklarını kullanarak çalışmayan işçiler, şayet belirli süreli iş sözleşmesi ile yerlerine işçi görevlendirilmiş ise, toplam işçi sayısına dahil edilmezler. Ancak bu mutlak olmayıp, örneğin çırak ya da stajyerler ya da işçi benzerleri Bakım İzni Kanunu kapsamında oldukları halde, iş güvencesiyle ilgili dikkate alınmadıklarından, izin süresinde onların yerine belirli süreli iş sözleşmesi

ile görevlendirilen işçiler, iş güvencesiyle ilgili işçi sayısının hesabında dikkate alınabilecektir.

V. Değerlendirme

Aile toplumun temelidir. Devletin günümüz çekirdek aile yapısını dikkate alarak, aileyi koruyan tedbirlerden olarak iş ile aile hayatını bağdaştırıcı önlemleri alması zorunludur. Bu gereklilik, özellikle bakıma muhtaç yakını bulunan aileler açısından oldukça belirgindir. Bakıma muhtaçlıkla ilgili primli rejime tabi bir bakım sigortası oluşturulduğunda dahi, muhtaç kimsenin mümkün olduğunca normal hayatını sürdürebilmesi, ailesi tarafından ev ortamında bakılmasına bağlı olduğundan, aile ortamında bakımın kurumsal bakıma kıyasla önceliği vardır. Kaldı ki, bakım sigortasının oluşturulmadığı ve kurumsal bakım olanaklarının oldukça kısıtlı olduğu ülkemizde, tek seçenek muhtaç kimsenin ailesi tarafından bakımındır. Ancak çekirdek aile yapısında bakımı üstlenebilecek yetişkin aile fertleri, günümüz ekonomik şartlarında çoğunlukla bağımlı olarak çalışmak zorunda olan kimselerdir.

Çalışanların zamanlarının önemli bir kısmı işte geçmekte ve olağan aile hayatı için dahi çok sınırlı süre ayırabilmektedirler. İş ile ailesi arasında bir denge oluşturmaya çalışan bir kimse için, muhtaç bir yakınının ev ortamında bakılması zorunluluğu ortaya çıktığında, mevcut mevzuatımızda tek çözüm işten ayrılması olmaktadır. İşte bu noktada hukukun görevi, iş ile aile hayatını bağdaştırıcı önlemleri almaktır. Çünkü “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” (AY m.49).

Devletin altı çizilen ihtiyaçla bağlantılı iş hukuku çerçevesinde alabileceği tedbirlerin odak noktası, bağımlı çalışan kimselere ailesiyle, bakıma muhtaç yakınıyla ilgili işten uzak kalması gereken hallerde, iş sözleşmesinin devamlılığını koruyacak şekilde bir hareket alanı temin etmektir. Çalışanlar lehine bu kapsamda haklar tanınmasının, işveren menfaatleri üzerinde olumsuz etkileri olaksa da, sosyal olan ile ekonomik olanın karşılaştırılmasında, çalışanların ailesiyle ilgili menfaatleri hiç kuşkusuz daha önceliklidir. Muhtaç yakınının bakımı zarureti olan bir çalışanı, çalışmaya devam ya da işten ayrılma seçenekleri arasında bir seçime zorlamak, sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmaz.

Alman Bakım İzni Kanununu hakkındaki yukarıdaki tespitlerden anlaşıldığı üzere, böyle bir durumdaki çalışan açısından iki hak olmazsa olmaz niteliktedir: Bakıma muhtaç yakınla ilgili baştan öngörülemez, zorlayıcı hallerde kısa süreli çalışmama hakkı ve ücretsiz izin benzeri şekilde uzun süreli bakım izni hakkı. Bu iki hakka benzer düzenlemeler mevzuatımızda mevcut olup, bunların bakıma muhtaç yakınlarla ilgili genişletilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede hafta tatiline ilişkin İş Kanunu m.45'deki, "Evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri"nde bir değişiklik düşünülebilir. Bu surette, bakıma muhtaç ya da muhtaç olması muhtemel bir yakının beklenmedik bir şekilde ortaya çıkan bakım ihtiyacı nedeniyle, uygun bakım şartlarının organize edilmesi ya da bakımın bizzat yapılabilmesi için azami bir sürede çalışmama hakkı tanınabilir. Azami sürenin ne olması teknik bir konu olmakla birlikte, bu süreyle ilgili çalışanın ücrette hak kazanamaması, işçi ve işverenin karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi açısından önemlidir.

Sistemin tamamlayıcısı, uzun süreli bakım iznidir. Bunun İş Kanunu m.74/5 ile paralel ele alınıp, bakıma muhtaç yakını olan bir çalışan için, işverenin takdirine bağlı olmayan bir ücretsiz izin hakkı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Nasıl ki, işverenin menfaatleri gerektirdiğinde bir ücretsiz izin uygulaması ile iş sözleşmelerini ve dolayısıyla ücret ödeme borcunu askıya alabiliyorsa, tersine işçinin menfaatleri için de böyle bir uygulama hak olmalıdır. İşçinin uzun süre ile işten uzak kalmasının, işverenin iş organizasyonunda az ya da çok olumsuz etkileri olacağından, bunun Alman Bakım İzni Kanunundaki gibi belirli sayının üzerinde işçisi olan işverenlerle ilgili sınırlandırılması mümkündür. Örneğin bu konuda İş Kanunu m.18'deki 30 işçi bir ölçüt olabilir.

Bu şekilde iş ile aile hayatını bağdaştırıcı tedbirlerin uygulamada çalışanlar tarafından aktif bir biçimde kullanılabilmesi, bununla ilgili güvencelerin varlığına bağlıdır. Bu konuda en etkili teminat ise, genel iş güvencesinden bağımsız, hizmet süresi ve işyerindeki işçi sayısı gibi bir şart aranmaksızın bu hakları kullanan işçilerle ilgili bir fesih yasağının kabulüdür. Örneğin İş Kanunu m.18'de, m.74'deki haklarını kullanan kadın işçilerle ilgili bir fesih yasağı kabul edilmişse de, bu yasak sadece iş güvencesi kapsamındaki işçiler için geçerli olduğundan, diğer tarafta iş güvencesinden yararlanamayan işçilerle ilgili kabul edilen m.17'deki kötüniyet tazminatı gerçek bir teminat oluşturmadığından, uygulamada m.74'deki 6 aylık ücretsiz izin hakkını kullanan işçilerin çoğunun iş sözleşmelerinin feshedildiği gö-

rülmektedir.

Sonuç olarak temennimiz, bakım sigortası uygulamasının bulunmadığı ülkemizde, bakıma muhtaç yakını olan çalışanların durumlarının bir nebze de olsa iyileştirilmesi için bakım izninin bir an önce kabulüdür.

Kaynakça

Böck, Peter: Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht (Hrsg. Dornbusch/Fischermeier/Löwisch), 4. Auflage, Köln 2011.

Caniklioğlu, Nurşen/Ünal, Canan: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Bakım Sigortasının Kurulmasının Gerekliliği”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, s. 2267 vd.

Dilik, Sait: “Sosyal Güvenlikte Yeni Bir Sosyal Sigorta Dalı: Bakım Sigortası”, Kamu İş, Ocak 1998, C. 4, S. 3, http://www.sosyalsiyaset.net/documents/sait_dilik.htm

Gallner, Inken: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hrsg. Müller-Glöge/Preis/Schmidt), 12. Auflage, München 2012.

Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 13. Bası, İstanbul 2010.

Freihube, Dirk/Sasse, Stefan: “Was bringt das neue Pflegezeitgesetz”, Der Betrieb, 2008 (24), s. 1320 vd.

Fuchs, Maximilian/Preis, Ulrich: Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Köln 2009.

Lembke, Mark: Arbeitsrecht Kommentar (Hrsg. Henssler/Willemsen/Kalb), 5. Auflage, Köln 2012.

Linck, Rüdiger: “Offene Fragen des Pflegezeitgesetz”, Betriebs-Berater, 2008 (50), s. 2738 vd.

Müller, Stefan: “Das Pflegezeitgesetz (PflegeZG) und seine Folgen für die Arbeitsrechtliche Praxis”, Betriebs-Berater, 2008 (20), s. 1058 vd.

Preis, Ulrich/Nehring, Linda: “Das Pflegezeitgesetz”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2008 (13), s. 729 vd.