

KAPSAM DIŞI PERSONEL VE İŞSİZLİK SİGORTASI

GiriŐ

Mevzuatımızda kapsam dıŐ personelini tanımına ilişkin aŐık bir dzenleme bulunmama ile birlikte bu kavram; **iş kanunu hdkdmlerine tabi olarak çalıŐmakla birlikte toplu iş sdzleŐmesi hdkdmlerinden yararlanamayan çalıŐanları** tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır.

Kapsam dıŐ personel iş hukuku ile ilgili bir kavramdır. Kapsam dıŐ bırakılma, toplu iş sdzleŐmesinden yararlanmama sonucunu doğurur, iŐçiyle işveren arasındaki bireysel iş iliŐkisini, hizmet sdzleŐmesine dayanan olguyu etkilemez. Kapsam dıŐ bırakılacak olanlar, iş sdzleŐmeleri veya iŐyerinde uygulanan personel ydnetmelikleri ile iş hukukunun gvencesi altında bulunmaktadır. İŞçiler ya yasadan dturü zorunlu olarak kapsam dıŐ kalmakta ya da toplu iş sdzleŐmesinin tarafları serbest iradeleri ile bazı işçi gruplarını kapsam dıŐ bırakmaktadırlar.

Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen "kapsamdıŐ personel"ini işsizlik sigortasına tabi olup olmadıŐı konusu, Danıştay'ın, Yargıtay'ın zor karar verdiŐi bir husus olmuŐtur. Sonuçta her iki yargı organı hem bu statüde olanların durumlarını, hem de işsizlik sigortasıyla ilgili dzenlemeleri etraflıca irdeledikten sonra aynı ydnde ve **işsizlik sigortası kapsamında olduklarına dair karar vermiŐlerdir**[\[1\]](#). AŐaĐıda farklı baŐlıklar altında bu kararlar aktarılmaya çalıŐılmıŐtır.

Danıştay ve Yargıtay'ın Kararından Bldmler

Kararlar, aŐaĐıdaki baŐlıklarda kapsam dıŐ personelini ozelliklerini, farklılıklarını ve niçin işsizlik sigortası kapsamında olduklarını aŐıklayacak Şekilde bldmlenmiŐtir.

1- Kapsam DıŐ Personelin Kimler Olduğu

Kamu iktisadi teşebbüsleri ve baŐlı ortaklıklarının genel idare esaslarına gvre ydrdtüğü asli ve sreklı gvrevleri yapan, iş kanunlarına tdbi olarak gvrev yapmakla birlikte toplu iş sdzleŐmesi hdkdmlerinden yararlanmayan genel mdür, genel mdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bldge, fabrika, işletme ve Şube mdürleri, mfettiŐ ve mfettiŐ yardımcıları, mŐŐavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle gvrev yapan personel kapsam dıŐ personel olarak ifade edilmektedir.

2- Danıştay ve Yargıtay Kurullarının Kabul EtmediŐi Değerlendirmeler

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Danıştay 10 uncu Dairesinin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise Yargıtay 10 uncu Hukuk Dairesinin kararını bozmıŐtur.

Danıştay 10 uncu Dairesi 4.6.2003 gnldü, E:2001/5085, K:2003/2155 sayılı kararında, kapsam dıŐ personelini, Anayasanın 128 inci maddesinde sdzü edilen "diŐer kamu gvrevlileri" olarak nitelendirilmesi gerektiŐi üzerinde durmuŐtur.

Kamu iktisadi teşebbüsü ve iktisadi devlet teşekküllerinde, 657 sayılı Kanun kapsamında yer alan kadrolarda bulunmayan, ancak kuruluşun ydrdtüğü hizmetin gereğine gvre belirsiz sreli hizmet akdi ile çalıŐtırılmak üzere oluŐturulan kadrolarında bulunan ve toplu iş sdzleŐmesi ekindeki listede sayılan gvrevleri ydrten "**kapsam dıŐ personel**"ini kamu gvrevlilerine tanınan kimi gvüncelerden ve toplu sdzleŐme ile verilen kimi ozlük ve sosyal haklardan yararlandırıldıŐı bu statüleri gereği, 4447 sayılı Kanunun 4571 sayılı Kanunla değişik 46. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan kamu gvrevlileri arasında kabulü gerektiŐini, dolayısıyla işsizlik sigortası kapsamında olmadığını, ifade edilmiştir.

Yargıtay 10 uncu Hukuk Dairesi ise 14.11.2006 gn ve 11086-14432 sayılı kararında, kapsam dıŐ personel statüsünde alıŐanların, UyuŐmazlık Mahkemesinin 1995/1 Esas 1996/1 Karar sayılı kararı uyarınca Anayasanın 128. maddesinde sdzü edilen "diŐer kamu gvrevlileri" olduğunu, iş gvencesi bakımından kamu personeli sayılarak kamu gvrevlilerinin sahip olduğu iş gvencesine sahip bulduklarını, işsiz kalmalarının ve dolayısıyla işsizlik sigortası hdkdmlerinden yararlanmalarının mümkün bulunmadıŐını belirterek ücretlerinden işsizlik sigortası primi kesilemeyeceğine, karar vermiŐtir.

3- Kapsam Dışı Personelin Özel Durumu

Kamu iktisadi teşebbüsü ve iktisadi devlet teşekküllerinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında yer alan kadrolarda bulunmayan, ancak kuruluşun yürüttüğü hizmetin gereğine göre belirsiz süreli iş sözleşmesi ekindeki listede sayılan görevleri yürüten "kapsam dışı personel" kamu görevlilerine tanınan kimi güvencelerden ve toplu sözleşme ile verilen kimi özlük ve sosyal haklardan yararlandırılmaktadır.

Kapsam dışı personel 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine İlişkin Yasanın kuruluşlardaki personelin nakli başlıklı 22. maddesinde özelleştirme programına alınan, özelleştirilen, faaliyeti durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlarda çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel ile sözleşmeli personelin (kapsam dışı personel dahil) diğer kamu kurum veya kuruluşlarına 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/f bendinde yer alan hükümler de dikkate alınarak nakledilirler.

4- 233, 399 Sayılı KHK' deki Kapsam Dışı Personelle İlgili Düzenlemeler

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları personelinin hizmete alınmalarını, görev ve yetkilerini, niteliklerini, atanma, ilerleme, yükselme, hak ve yükümlülükleriyle diğer özlük haklarını düzenlemek amacıyla çıkarılan **399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/a maddesinde teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin memurlar sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiştir. 3/b maddesinde ise teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerinin; genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli 1 sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen diğer personel eliyle gördürüleceği, 3/e maddesinde ise işçilerin bu Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olmadığı, 12. maddesinde sözleşmeli statüde istihdam edilecek personelin 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi olduğu, Geçici 9. maddesinde ise özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş olup, yönetim kademelerinde iş kanunları çerçevesinde personel çalıştıran ve ekli 1 sayılı cetvelde yer almayan teşebbüs ve bağlı ortaklık personeli hakkında, yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tabi oldukları iş kanunu hükümlerinin uygulanacağı esası getirilmiştir.**

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/a maddesinde teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin; memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği öngörülmesine karşın "kapsam dışı personel" ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.

Yine aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin 25. maddesinin (c) fıkrasında sözleşmeli personelin ücretinin nasıl saptanacağı, 26 ve devamı maddelerinde ise diğer mali ve sosyal hakları düzenlenmesine karşın bu düzenlemeler içinde kapsam dışı personele yer verilmemiştir. Kapsamdışı personele ödenecek mali ve sosyal haklar ise Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

Bu nedenle kapsam dışı personel mali ve sosyal haklar yönünden 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelere tabi bulunmamaktadır.

5- 4046 Sayılı Yasadaki Kapsam Dışı Personelle İlgili Düzenlemeler

Özelleştirme kapsamına alınan kamu kurumlarında çalışan personelin statüleri hakkında çıkarılan 233, 399, 527 sayılı KHK'ler ile ek düzenlemeler yapılmışsa da kimi KHK'lerin Anayasa Mahkemesince iptali sonucu, bu konu 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine İlişkin Yasayla belirginleştirilmiştir. Bu yasanın, amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinin (A) bendinde, yasanın amacı belirlenmiş ve bu amaca yönelik olarak (B) bendinin (e) fıkrasında da; yasanın kapsamının, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdi ile çalışan personelden özelleştirme uygulamaları sonucu işsiz kalacak olanlara mali ve sosyal haklar sağlanması, (d) fıkrasında ise yine bu kuruluşlarda çalışan kamu personelinin özlük ve sosyal haklarıyla ilgili hükümler olduğu belirtilmiştir.

Nitekim 21. maddesinde, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdiyle ücret karşılığı çalışanlar hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. Kamu personeli ile ilgili olarak da, kuruluşlardaki personelin nakli başlıklı 22. maddesinde özelleştirme programına alınan, özelleştirilen, faaliyeti durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlarda çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel ile sözleşmeli personelin (kapsam dışı personel dahil) diğer kamu kurum veya kuruluşlarına 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/f bendinde yer alan hükümler de dikkate alınarak nakledilirler denilmekte, aynı maddenin (b) bendinde; ataması yapılan personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 62 ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır, hükmü yer almaktadır. Geçici madde 9'da da gerek sözleşmeli personel, gerekse de kapsam dışı personel, kamu personeli olarak kabul edilmiştir.

Kapsam dışı personelin yasal olarak toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmama, mali ve sosyal haklarının kurumunca çıkarılacak Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde düzenlenme, iş kanunu hükümlerine göre işine son verilememe ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakil hakları, bulunmaktadır.

6- Hizmet Akdiyle Çalışmaları ve Sosyal Güvenlikleri

Kapsam dışı personel hizmet akdiyle çalışmakta, dolayısıyla iş kanununa, sosyal güvenlikleri yönünden ise 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi kişiler olmakta, kapsam dışı bırakılmaları, bunların işçilik sıfatını, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmaları olgusunu etkilememektedir

7- Sözleşmeli Personelle Farklılığı

Kapsam dışı personel kamu hukukunda iş gücünün istihdamını belirleyen -statü hukukuna tabi- bir çalışma statüsü değildir.

KİT personel rejimini düzenleyen 399 sayılı KHK ile de 657 Sayılı Kanunda aynı adı taşımakla birlikte farklı bir sözleşmeli personel uygulamasına gidildiği görülmektedir.

Sözleşmeli personel; Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve **işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri olarak tanımlanmaktadır (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.4/B).**

Bunların dışında 399 sayılı KHK'nin istihdam şekillerinde sözleşmeli personel ibaresi yer almış ve 3/C maddesinde; "...teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde bu KHK'de belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personel" olarak tanımlanmıştır.

Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışan sözleşmeli personel, 399 sayılı KHK hükümlerine tabi bulunmaktadır. Bu KHK'de hüküm bulunmayan konularda ise 657 Sayılı Kanun Hükümleri uygulanmaktadır.

Görüldüğü gibi, **işçi niteliğinde bulunan kapsam dışı personelin, farklı esaslara ve statüye tabi tutulmuş olan sözleşmeli personel gibi ele alınarak değerlendirilmeleri mümkün bulunmamaktadır. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Kanununun, özelleştirme programına alınacak kuruluşlardan personel naklini düzenleyen 22. maddesinde (kapsam dışı personel) ifadesine yer verilmiş olması, Yasanın amaç ve kapsamıyla ilgilidir.**

Özelleştirme uygulamalarına ilişkin bir yasa ile kamuda çalışanların istihdam ilişkilerini düzenlenmesi beklenmemelidir. KİT'lerde çalışan ve özelleştirme uygulamalarında nakle tabi tutulan kapsam dışı personelin, sözleşmeli personel gibi (kamu personeli olarak) nitelendirilmeleri, Yasanın amacına da aykırı bulunacaktır. Kaldı ki, 2005 yılında anılan maddede yapılan değişiklik ile (kapsam dışı personel) ifadesi yerine; "iş kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş

sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel" ifadesine yer verilerek, duruma açıklık getirilmeye çalışılmaktadır.

8- İşsizlik Sigortası Kapsamına Olmaları

İşsizlik sigortası zorunlu olup, işlevini yerine getirebilmesi, uygulamanın sistematik bir bütünlük içerisinde yapılmasına bağlıdır (m. 48). İşsizlik sigortasının kişiler bakımından kapsamı 506 Sayılı Kanuna paralel bir şekilde düzenlenmiştir (m. 47/I-d). 506 Sayılı Kanun anlamında sigortalılık niteliğini kazanma açısından aranan koşullar, işsizlik sigortasının kapsamı içinde aynen geçerli olmaktadır.

506 Sayılı Kanunun 3. maddesinde "sigortalı sayılmayanlar" işsizlik sigortasının da kapsamı dışında bulunmaktadır.

4447 Sayılı Kanunun 46/3. maddesinin 08.09.1999 tarihinde yayınlanan ilk metninde; sadece, **506 Sayılı Kanunun 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar kapsam dışı bırakılmış iken, 4571 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile işsizlik sigortası kapsamında olmayanlar yönünden genişletici bir düzenlemeye gidilmiştir.**

4571 Sayılı Kanun ile değişik 46/3. madde ile "506 Sayılı Kanunu'nun 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, ... 233 ve 399 sayılı KHK'ler ile 190 sayılı KHK'ye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine-göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı kanununa göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu kanun kapsamına dahil değildir." şeklinde hüküm yeniden düzenlenmiştir.

Ülkemizde yeni olan işsizlik sigortası uygulamasında yol gösterici olması bakımından düzenlemelerin kanun koyucu tarafından açıklanan gerekçeleri göz ardı edilmemelidir. 4571 Sayılı Kanun ile 4447 Sayılı Kanunun 46. maddesinde yapılan genişlemenin madde gerekçesinde; "4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda; işsizlik ödeneğinin 506 Sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılara ödeneceği hükme bağlanmış, ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsünde bulunmayan sözleşmeli personelden işsizlik sigortası kesintisinin yapıp yapılmayacağı hususunda bir açıklık bulunmadığından, söz konusu personelden SSK'na tabi olanların, Emekli Sandığına tabi olanlara göre %2 oranında işsizlik sigortası kesintisi nedeniyle mağduriyetlerinin önlenmesini teminen 4447 sk 46/3. fıkranın yeni düzenlemesi metne eklenmelidir" açıklaması yer almıştır.

233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlere göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanların İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında olmadığı belirtilmesine karşın kapsam dışı personel sayılmamıştır. **İşçi niteliğinde bulunan kapsam dışı personelin, farklı esaslara ve statüye tabi tutulmuş olan sözleşmeli personel gibi ele alınarak değerlendirilmeleri mümkün bulunmamaktadır.** Kapsam dışı personel, iş kanununa tabi olarak çalıştırılmakta ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre sosyal güvenlik yönünden sigortalı kabul edilmektedir.

Anılan madde sınırlandırıcı nitelikte olup, **kapsamının yorum yolu ile genişletilmesi düşünülemez.**

SONUÇ

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun kapsamını düzenleyen 46 ncı maddesini değiştiren 4571 sayılı Kanun 5754 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

4571 sayılı Kanunda yer alan "233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu Kanun kapsamına dahil değildir" ifadesi, 5754 sayılı Kanunda aynen yer almakta, dolayısıyla yasa numaraları değişse bile içerikleri

aynı kalmıştır. Dolayısıyla, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında çalışan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları... gibi unvanları olan kapsam dışı personelin hizmet akdi ile çalışıyor olmaları, sosyal güvenlik açısından 4/a şeklinde de kısaca tanımladığımız statüde bulunmaları nedeniyle işsizlik sigortası kapsamında yer aldıklarına ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E.2005/1499, K.2005/2167 T. 16.06.2005, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E.2008/10-228, K.2008/232 T.05.03.2008 kararları halen geçerliliklerini korumaktadır.

Şurası da muhakkaktır ki zorunlu sigorta olması nedeniyle kişilerin tercih hakkının olmadığı işsizlik sigortası kapsamından iş güvencesi bulunan, işsizlik sigortasından yararlanmaları olanaklı bulunmayan kapsam dışı personelin çıkarılması uygun olacaktır. Kamu sektöründe sayıları gittikçe azalsa bile yaklaşık 2.500 kapsam dışı statüde çalışan kişiden işsizlik sigortası primi kesilmesinin bu kişilere hiçbir yararı bulunmamaktadır.

[1] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E.2005/1499, K.2005/2167 T. 16.06.2005, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E.2008/10-228, K.2008/232 T.05.03.2008 kararları.