

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA
SENDİKAL AYRIMCILIK, ÖNLENMESİ VE YAPTIRIMI**

Yüksek Lisans Tezi

HALE GÜLŞEN

İstanbul, 2008

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA
SENDİKAL AYRIMCILIK, ÖNLENMESİ VE YAPTIRIMI**

Yüksek Lisans Tezi

HALE GÜLŞEN

Danışman : DOÇ. DR. NURŞEN CANİKLİOĞLU

İstanbul, 2008

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
HALE GÜLŞEN' nin TÜRK İŞ HUKUKUNDA SENDİKAL AYRIMCILIK, ÖNLENMESİ
VE YAPTIRIMI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 17.07.2008 tarih ve
2008-12/16 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek
Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 10.09.2008

1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. NURŞEN CANIKLIOĞLU

2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. İBRAHİM SUBAŞI

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. TALAT CANBOLAT



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	1
KISALTMALAR CETVELİ.....	5

GİRİŞ

I. Konunun Önemi.....	6
II. Konunun Sınırlandırılması.....	8
III. Konunun Sunulması.....	8

BİRİNCİ BÖLÜM TEMEL KAVRAMLAR

§ 1. AYRIMCILIK ve EŞİT DAVRANMA BORCU.....	10
I. Ayrımcılık.....	10
II. Eşit Davranma Borcu.....	13
1. Genel Olarak.....	13
2. Uygulama Alanı.....	14
§ 2. SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ ve SENDİKAL AYRIMCILIK	18
I. Sendika Özgürlüğü.....	18
1. Genel Olarak.....	18
2. Hukuksal Dayanakları.....	20
II. Sendikal Ayrımcılık.....	24
1. Kavram.....	24
2. Sendikal Ayrımcılık Teşkil Eden Nedenler.....	25
a. Sendika Üyeliği.....	26
aa. Üyelik Şartları.....	26
bb. Üyeliğin Kapsamı.....	31
b. Sendikal Faaliyetler.....	33
3. Değerlendirme.....	40
§ 3. İŞ GÜVENCESİ.....	42
I. Kavram.....	42
II. Önemi.....	43
III. Kapsamı.....	43
IV. Hükümleri.....	47

İKİNCİ BÖLÜM
SENDİKAL AYRIMCILIK TEŞKİL EDEN DURUMLAR ve SENDİKAL
AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ

§ 4. SENDİKAL AYRIMCILIK TEŞKİL EDEN DURUMLAR	52
I. Genel Olarak	52
II. Ayrımcı İşveren Uygulamaları	53
1. İşe Almama	53
2. Farklı Muamelede Bulunma	54
a. Genel Olarak	54
b. Yönetim Hakkının Kullanılmasında	55
c. Disiplin Cezalarının Uygulanmasında	57
d. Parasal Konulara İlişkin Uygulamalarda	59
3. İşe Son Verme	62
a. Genel Olarak	62
b. Sendikal Neden Doğrultusunda Fesih	64
c. Sendikal Nedenli Seçim Sonucu Fesih	66
aa. İşletme Gerekleriyle Fesih ve Toplu İşten Çıkarmalar	66
bb. Birden Çok İşçinin Katıldığı Olaylarda Fesih	69
§ 5. SENDİKAL AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ	70
I. Genel Olarak	70
II. İşe Almama Bakımından	71
III. İşin Devamındaki Farklı Muameleler Bakımından	71
1. İşyeri Kuralları İle Sınırlama	71
2. Sözleşme Farkının Korunması Kaydı İle Sınırlama	72
IV. İşe Son Verme Bakımından	73
1. Fesih Hakkını Sınırlandıran Önlemler	73
a. Süreli Fesih Sebepleri İle Sınırlama	73
b. Sendikal Nedenler İle Sınırlama	75
c. Tenkiset Anı ve Öncesinde İzlenecek Prosedür İle Sınırlama	75
d. Disiplin Kurulu Kararı İle Sınırlama	76
2. Önlemlere Aykırı İşveren Uygulamalarının Sonuçları	77
a. Genel Olarak	77
b. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından	78
c. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Açısından	80

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM SENDİKAL AYRIMCILIĞIN YAPTIRIMI

§ 6. HUKUKİ YAPTIRIM	83
I. Genel Olarak	83
II. Yaptırıma Ulaşma Yolları	84
1. İşe Son Verme Şeklindeki Ayrımcılıklarda	85
a. İşe İade Davası	85
aa. Genel Olarak Feshe İtiraz ve Sonuçları	85
aaa. Feshin Geçerli Sayılması	85
bbb. Feshin Geçersiz Sayılması	86
ccc. Değerlendirme	89
bb. Tarafları	90
cc. Dava Açma Süresi	91
dd. Görevli-Yetkili Mahkeme	94
ee. Yargılama Usulü	95
ff. Davanın Konusu	96
b. Sendikal Tazminat Davası	97
aa. Tarafları	98
bb. Dava Açma Süresi	98
cc. Görevli-Yetkili Mahkeme	99
dd. Yargılama Usulü	99
ee. Davanın Konusu	100
ff. Değerlendirme	100
2. İşin Devamı Sırasında Gerçekleştirilen Ayrımcılıklarda	101
3. İşe Alma Aşamasında Gerçekleştirilen Ayrımcılıklarda	102
III. Yaptırıma Ulaşma Şartı : Sendikal Ayrımcılığın İspatı	104
1. Genel Olarak	104
2. İspat Yükü	105
3. Sendikal Feshin İspatı	107
a. İşe İade Davalarında	107
aa. Genel Olarak	107
bb. Yargıtay'ca Ortaya Konulan Diğer Esaslar	112
b. Sendikal Tazminat Davalarında	119
4. Fesih Dışındaki Sendikal Ayrımcılığın İspatı	119

IV. Yaptırım.....	121
1. Genel Olarak.....	121
2. Nitelikli İş Güvencesi Tazminatı	121
a. Tazminat Miktarı.....	121
b. Miktarın Belirlenmesinde Kriter.....	124
c. Faiz.....	125
d. Tazminatın İcrası.....	127
3. Sendikal Tazminat.....	129
4. Diğer Tazminatlarla İlişkiler.....	131
a. Sendikal Tazminat-Kötü Niyet Tazminatı.....	132
b. Sendikal Tazminat-Ayrımcılık Tazminatı.....	134
c. İş Güvencesi Tazminatı-Kötü Niyet Tazminatı.....	135
d. İş Güvencesi Tazminatı-Ayrımcılık Tazminatı.....	136
e. İş Güvencesi Tazminatı-Sendikal Tazminat.....	138
aa. Mevcut Yasal Durum.....	138
bb. Öğretide Konuya İlişkin Görüş ve Çözüm Önerileri.....	139
cc. Kanaatimiz.....	141
V. Yaptırım Açısından Özel Durumlar	143
1. Sendika Yöneticiliği.....	143
a. Genel Olarak.....	143
b. Görevinden Ayrılan Yöneticinin İşe Alınmaması.....	148
2. İşyeri Sendika Temsilciliği.....	152
a. Genel Olarak.....	152
b. Yasal Güvence.....	153
c. İşyeri Sendika Temsilcilerine İlişkin Yasal Durumun Eski Düzenleme İle Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi.....	157
§ 7. CEZAI YAPTIRIM.....	159
SONUÇ.....	162
KAYNAKÇA.....	167

KISALTMALAR

AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: Bent
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Dr.	: Doktor
dnp.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
GVK.	: Gelir Vergisi Kanunu
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILO	: International Labour Organisation
İHU	: İş Hukuku Uygulaması
İHSGHTMK	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
İş H.	: İş Hukuku
İş K.	: İş Kanunu
İş Mah K.	: İş Mahkemeleri Kanunu
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MK.	: Türk Medeni Kanunu
Prof.	: Profesör
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
TSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
9.HD.	: 9. Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

I. Konunun Önemi

Sanayi devriminin sonunda yaşanan teknik gelişmeler ve bu çerçevede seri üretim yapan işyerlerindeki artış, işçi sınıfının ortaya çıkmasına ve giderek büyümesine neden olmuştur. Ancak bu dönemde hakim olan iktisadi liberalizm anlayışı doğrultusunda devlet işçi - işveren ilişkilerine müdahale etmemiş ve işverenler, daha çok işi daha az maliyetle gerçekleştirme çabasına girmiştir¹. Sözkonusu amaca ulaşmak için işverenler, işçilerin haklarını göz ardı ederek kendi çıkarları doğrultusunda tek taraflı çalışma koşulları belirlemiş ve bu koşullar özellikle; uzun çalışma süreleri, düşük ücret, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınmaması vb. şekillerde ortaya çıkmıştır². İşçiler aleyhine süre gelen bu gelişmeler, onların bir araya gelerek örgütlenmelerini sağlamış ve işçi sendikalarının ortaya çıkışının orijinini teşkil etmiştir.

İşverenler tıpkı geçmişte olduğu gibi günümüzde de serbestçe hareket etmek istemekte, bu anlamda sendikaları, işyerindeki otoritelerine müdahale eden kurumlar olarak görmektedir. Zira sendikal örgütlenmeden sonra gelecek süreçte işverenler; ücret, sosyal haklar ve çalışma şartlarının belirlenmesinde pazarlık gücü yüksek olan ve de grev silahına sahip sendikalarla karşılaşacak ayrıca kendilerine ekonomik yükümlülükler getiren TİS'leri imzalamak zorunda kalacaklardır³.

İşte bu nedenlerden ötürü işçilerin sahip olduğu bireysel sendika özgürlüğü en çok işverenler tarafından ihlal edilmektedir⁴. İşverenler, sendikal nedenler çerçevesinde bazı işçileri işe almama yoluna gittikleri gibi, işçileri çalışma ilişkisi sırasında da ayrımcılığa tabi tutmakta ya da uygulamada daha sıkça görüldüğü üzere işten çıkarabilmektedir. İşverenler bu tip ayrımcılıklara sadece TİS sürecini engellemek için

¹ SÜMER, Haluk Hadi: İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997, s.11.

² TUNCAY, Can: İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975, s.1.

³ SÜMER, s.13.

⁴ OKUR, Zeki: Türk Hukukunda İşçinin Bireysel Sendika Özgürlüğü, İstanbul 2003, s.13.

değil, tamamlanmış bir TİS sürecinden sonra katlanacağı ekonomik yükümlülükleri hafifletmek için de başvurabilmektedir⁵.

Bu anlamda, işverenlerin sendikal örgütlenmeyi engelleme veya engelleyemediği bir örgütlenmeyi etkisiz kılma ya da örgütlenme faaliyetinden dolayı cezalandırma amaçları çerçevesinde gerçekleştirmesi kuvvetle muhtemel olan sendikal ayrımcılıklar karşısında işçilerin korunması önem taşır. Sözkonusu korumayı sağlayacak olan ise, sendikal ayrımcılığı yasaklayarak bireysel sendika özgürlüğünü güvenceye bağlayan yasal düzenlemelerdir. Maruz kalınan sendikal ayrımcılık karşısında işçilerin topluca işi yavaşlatmaları, vb. şekilde bireysel sendika özgürlüklerini korumaya çalışmaları hukuk sistemimizde mümkün olmamakta, bu tip eylemler yasa dışı grev olarak nitelendirilmektedir (TSGLK. m.25/f.3). İşte bu durum, ayrımcılığa ilişkin yasal korumanın önemini arttırmaktadır⁶.

Sendikal ayrımcılığa karşı işçilere tam anlamıyla bir güvence sağlanması, konuya ilişkin yasal düzenlemenin varlığından öte, etkinliğine bağlıdır. Yasal bir düzenlemenin etkinliği ise; bireysel sendika özgürlüğünü tüm boyutlarıyla koruması, caydırıcı nitelikte bir yaptırım içermesi, bu yaptırıma ulaşmayı işçi aleyhine zorlaştırmaması hallerinde sözkonusu olabilecektir. Nitekim üye kayıplarının ve yeni işyerlerinde örgütlenememelerinin nedenleri sendikacılara sorulduğunda verilen yanıtın ortak paydasını; örgütlenme aşamasında ve sonrasında sendika üyesi işçinin işinin korunamaması ve yasaların bu konuda yeterli güvence getirmemiş olması noktaları teşkil etmektedir⁷.

Etkin bir güvence sağlanmadıkça, uluslararası düzeyde korunan sendika özgürlüğü ve buna bağlı hakların işçi tarafından kullanılması önemli ölçüde zorlaşacak ve güvence, sadece kâğıt üzerinde bir anlam ifade edecektir. Başka bir yönüyle, etkin olmayan güvence karşısında işverenler daha rahat hareket edecek yani ayırım yasaklarını ihlal edip etmeme hususunda önemli bir çekinceye sahip olmayacaklardır.

⁵ SÜMER, s.13.

⁶ ÖZVERİ, Murat: Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları, Legal İSGHD, S.8, 2005, s.1523.

⁷ ÖZVERİ, s.1522.

II. Konunun Sınırlandırılması

İnceleme konumuz, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda düzenlenmiş sendikal ayrımcılık hallerine yöneliktir. Bu anlamda, 4688 sayılı Yasa kapsamındaki kamu görevlileri bakımından ortaya çıkan sendikal ayrımcılık hallerine bu çalışmada yer verilmemiştir.

Çalışma konumuz, sendikal ayrımcılığın iş hukukundaki yaptırımını açıklama amacı taşıdığı için, TCK'da öngörülmüş olan yaptırıma yönelik genel bir açıklamayla yetinilmiş; suçun unsurları, faili, mağduru gibi ceza hukukuna yönelik inceleme gerektiren konulara değinilmemiştir.

Yaptırım, yaptırıma ulaşmada izlenecek yol, TİS'ler ile öngörülebilecek önlemler ve ispat yükü bakımından, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler arasındaki farklılıklar dolayısıyla iş güvencesi ve işe iade hükümleri, bu farklılıkların gerektirdiği çerçevede ele alınmış, ayrıntılı biçimde incelenmemiştir.

Çalışmamızda sendikal ayrımcılığın önlenmesi konusu kapsamında TİS'ler ile işverenin haklarına getirilen birtakım sınırlamalara değinilmiştir. Ancak işverenin haklarına TİS'ler ile getirilebilecek sınırlamalar ve bu sınırlamaların sınırları ayrı bir çalışma konusu teşkil edebilecek nitelikte genişdir. Bu anlamda sözkonusu hususlara, sadece ayrımcılığı önleyici etkileri çerçevesinde değinilmiştir.

III. Konunun Sunulması

“Türk İş Hukukunda Sendikal Ayrımcılık, Önlenmesi ve Yaptırımı” başlıklı bu çalışma, giriş ve sonuç bölümleri dışında üç bölümden oluşmaktadır. Temel kavramlar başlıklı ilk bölümde öncelikle ayrımcılığın ne anlama geldiği açıklanmaya çalışılmış, sonrasında sendikal ayrımcılığın tanımına ulaşabilmek için gerekli bazı kavramlar tek tek açıklanmıştır. Bu kavramlar çerçevesinde sendikal ayrımcılığın tanımı yapılmış ve son olarak da çalışma bakımından taşıdığı önem dolayısıyla iş güvencesi kavramına değinilmiştir.

İkinci bölüm, “Sendikal Ayrımcılık Teşkil Eden Durumlar ve Sendikal Ayrımcılığın Önlenmesi” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde öncelikle, işverenlerin sendikal ayrımcılık yaratan uygulamalarına iş ilişkisinin her üç aşaması bakımından ayrı ayrı değinilmiştir. Daha sonrasında, sendikal ayrımcılığın önlenmesi başlığı altında, sendikal ayırım teşkil eden uygulamaların ortaya çıkışını önlemede etkili olabilecek birtakım hususlar üzerinde durulmuştur. Bunlar işverenin fesih, yönetim ve sözleşme serbestisi haklarına, toplu iş sözleşmeleri ile getirilen sınırlandırmalara ilişkindir.

Üçüncü bölüm, “Sendikal Ayrımcılığın Yaptırımı” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde öncelikle hukuki yaptırıma değinilmiş, iş güvencesi kapsamında yer alan ve almayan işçilerin sözkonusu yaptırıma ulaşma yolları üzerinde durulmuş, yine sözkonusu yaptırıma ulaşmanın bir şartı olarak sendikal ayrımcılığın ispatı açıklanmaya çalışılmıştır. İş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler bakımından farklı bir nitelik taşıyan yaptırımların özelliklerine de değinilmiş bu yaptırımların iş hukukundaki diğer tazminatlarla olan ilişkileri ortaya konmaya çalışılmıştır. İşyeri sendika temsilcilerinin ve sendika yöneticilerinin sahip oldukları güvencelere de değinilerek son olarak cezai yaptırıma ilişkin açıklamalarla çalışma noktalanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

§ 1. AYRIMCILIK ve EŞİTLİK KAVRAMI

I. AYRIMCILIK KAVRAMI

Genel anlamıyla ayrımcılık; bir toplum içinde birtakım birey ya da grupların, cinsiyet- cinsel tercih - milliyet- dini inanç- etnik köken- ırk vb. özelliklerinden dolayı yasalar ya da toplum içindeki bireysel tutumlar vasıtasıyla, sosyal hayatta adaletsiz muameleye maruz bırakılmasıdır⁸.

Kökleri çok gerilere gitmekle birlikte ayrımcılık, modernlik ve demokrasinin getirdiği eşitlik ilkesinin yaygınlaşmasıyla⁹ eş zamanlı olarak su yüzüne çıkan bir sorundur¹⁰. Ayrımcılığın eşitlik ilkesi ile eş zamanlı olarak ortaya çıkışı, aralarındaki sıkı ilişkinin doğal bir sonucudur. Zira eşitlik ilkesinin içeriği ayrımcılık yasakları ile doldurulmakta¹¹, bu anlamda da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasakları iç içe geçen iki kavram halini almaktadır¹².

Eşitlik ilkesi, eşit statüde olanlara eşit biçimde davranılmasını ve eşit olmayan statüdekilerin de farklı muamele görmesini gerektirir¹³. Ancak söz konusu gereklere uygun davranmak, kimlerin benzer konumda olduğunun tespitini zorunlu kılar ki, bunun kolay olmayacağı açıktır¹⁴. Kaldı ki böyle bir tespitin, ayrımcılık yapıp yapılmadığının belirlenmesinde yeterli olmayacağı zira bazen aynı durumda olanlara

⁸ CEVİZCİ, Ahmet: Felsefe Sözlüğü, İstanbul 2005, s.774.

⁹ Eşitlik ilkesinin tarihi gelişimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Pir Ali: AB ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Ankara 2007, s. 8-16: aynı yazar, Çalışma Hukukunda Eşitlik, Mercek Dergisi, Nisan 2005, S.38, s.145-146.

¹⁰ CEVİZCİ, s.775.

¹¹ DOĞAN YENİSEY, Kübra: Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun AB Hukuku İle Olası Uyum Sorunları, Yargıç Aydın Özkul'a Armagan, Kamu-İş, C.6, S.4, s.38.

¹² İNCEOĞLU, Sibel: Türk AYM ve İHAM Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s.56.

¹³ Aristo'nun eşitler arası eşitlik düşüncesi, şekli eşitlik anlayışı olarak adlandırılmaktadır. bkz. DOĞAN YENİSEY, Kadın Erkek Eşitliği, s.38.

¹⁴ ONARAN YÜKSEL, Melek: Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s.95.

başka bir eşitlik ilkesi gereği farklı muamelede bulunulmasının gerekebileceği de kabul edilmektedir¹⁵.

İşte bu haklı kabul, gerek eşitlik gerekse ayrımcılığın daha spesifik biçimde tanımlanmasını gerekli kılmıştır. Bu anlamda ayrımcılık; “objektif ve makul bir neden olmaksızın¹⁶” benzer statüdekilere eşit davranılmaması¹⁷ ya da benzer statüde yer almayanlara eşit davranılması¹⁸ şeklinde tanımlanabilir.

Objektif ve makul olma; gerçeğe, işin özüne ve amaca uygunluk şeklinde anlaşılmalı yani bu yönleriyle akla uygun gelen ayrımların hukuka aykırılık taşımadığı kabul edilmelidir¹⁹. Akla uygunluk sonucuna ise, her somut olayın kendi özelliği çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile ulaşılmalıdır²⁰.

Gerçekleştirilen ayrımcılıkta esas alınan nedenlerin neler olduğu belli ise, böyle bir değerlendirmenin yapılması oldukça kolaylaşacaktır. Zira sözkonusu nedenler hukuk düzeni tarafından açıkça yasaklanmışsa yani mutlak ayrım yasakları²¹ kapsamında yer almaktaysa, bu takdirde ayrımın hukuka aykırılık taşıdığı, hiçbir araştırma gerektirmeksizin söylenebilecektir. Ancak ayrımda kullanılan kriter yasada açıkça yasaklanmış değilse yani nisbi ayrım yasakları²² kapsamında bulunmaktaysa, işte

¹⁵ CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Hukukta Ayrımcılık Olarak Değerlendirilebilecek Düzenlemeler Ve Mağduriyetlerin Giderilebilmesi İçin Başvurulabilecek Yollar, İş H. ve SGH. TMK. 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.650.

¹⁶ Nitekim AYM de, eşitlik ilkesini iki açıdan ele alarak; benzer durumda olanların aynı yasal kurallara bağlı tutulacağını ve de bunlar arasında *haklı nedenlere* dayanmayan ayrımların yapılamayacağını belirtmektedir. AYM.19.7.1991 E.17 K.23 bkz. İNCEOĞLU, s.53–56; benzer yöndeki AYM kararları için bkz. ONARAN YÜKSEL, s.85 dpn.177’de belirtilen kararlar.

¹⁷ TUNCAY, Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.7; İNCEOĞLU, s.56; CANİKLİOĞLU, s.650; DOĞAN YENİSEY, Kübra: Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İSGHD, S.7, 2005, s.979, KAYA, Eşitlik, s.147.

¹⁸ Farklı konumdakilere keyfi olarak eşit davranmanın da ayrımcılık teşkil edeceği ve bu yöndeki Avrupa Topluluk Mahkemesi kararları için bkz. ONARAN YÜKSEL, s.95 ve aynı sayfa dpn.3’te belirtilen kararlar.

¹⁹ TUNCAY, Eşit Davranma, s.121; AİHM de *objektif ve makul* nedenlerin varlığını aramış ve sözkonusu kavramlara açıklık getirmiştir. Buna göre; farklı muamele meşru amaca dayanmıyorsa ve de amaç ile araç arasında ölçülülük yoksa ayrımcılıktan bahsedilebilecektir. bkz. CANİKLİOĞLU, s.650.

²⁰ TUNCAY, Eşit Davranma, s.121.

²¹ Dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce ve kanaat, din ve mezhep, felsefi inanç ve düşünce, yurttaşlık ve sendikal faaliyet gibi nedenler mutlak ayrım yasakları kapsamında yer almakta ve bunlara dayanılarak yaratılacak bir ayrımın meşrulaştırılması hiçbir şekilde mümkün olmamaktadır.

²² Önceden saptanması mümkün olmayan ve haklılıkları her somut olayın özelliklerine göre belirlenecek tüm ayrım kriterleri nisbi ayrım yasakları kapsamında yer alır. TUNCAY, Eşit Davranma, s.128; aynı yazar: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş H. ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s.27.

o zaman bu nedenin akla uygun - haklı bir nitelik taşıyıp taşımadığı somut olay çerçevesinde belirlenecektir.

Ayrımcılık kavramı hukuk literatüründe ilk kez, 1878 yılında Anglo-Sakson Hukukunda bir mahkeme kararında kullanılmış, uluslararası hukuk alanında da ilk olarak azınlık haklarının korunması konusunda gündeme gelmiş ve böylelikle ayrımcılık yasağı giderek genel bir hukuk ilkesi halini almıştır²³. Nitekim Türkiye tarafından onaylanmış olan 111 sayılı ILO Sözleşmesinin 1.maddesinde ayrımcılık tanımı²⁴ yapıldıktan sonra, yine aynı sözleşmenin 2. maddesinde taraf devletlere ayrımcılığı ortadan kaldırma amaçlı milli bir politika tespit etme yükümlülüğü getirilmiştir.

1950 yılında Roma’da imzalanarak 1953 tarihinde yürürlüğe giren AİHS’nin²⁵ 14. maddesine göre de; sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın, özellikle cins, renk, ırk, dil, din, siyasi ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum ya da başka herhangi bir duruma dayalı hiçbir ayrıma tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir²⁶.

Anayasamızın 10. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiş; herkesin renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, vb. sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanunu önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Aynı maddede devlet organları ve idare makamlarına, kanun önünde eşitlik ilkesine uyun hareket etme zorunluluğu getirilmiştir.

Anayasa’da yer alan genel nitelikteki bu hükmün iş hukukundaki özel görünümü olan İK. m. 5’e göre de; iş ilişkilerinde dil, ırk, cins, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, vb. sebeplerle ayrım yapılması mümkün değildir.

²³ ONARAN YÜKSEL, s.38.

²⁴ Bu sözleşme bakımından ayrım deyimi; ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanç, ulusal veya sosyal köken bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme veya üstün tutmayı ifade eder. Belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan herhangi bir ayrıklık gözetme ve üstün tutma, ayrım sayılmaz.

²⁵ AİHS Türkiye tarafından 10 Mart 1954 tarihinde, 6336 sayılı Yasa ile (RG.19.3.1954-8662) onaylanmıştır.

²⁶ Doktrinde, sendikal ayrımcılık yasağının da, sözkonusu 14.madde kapsamında yer aldığı belirtilmektedir, OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.56.

Daha sonraki bölümlerde ayrıntılı biçimde ele alınacak olan SK. m. 31’de de sendikal nedenlere dayanılarak işverence gerçekleştirilecek ayrımcı uygulamalar yasaklanmıştır.

II. EŞİT DAVRANMA BORCU

1. Genel Olarak

Tüm hukuk alanlarında geçerli genel bir ilke olan eşitlik ilkesi, iş hukukunda eşit davranma ilkesi olarak ortaya çıkmaktadır²⁷. İş hukukunda işverene yükletilen eşit davranma borcu da, kaynağını bu ilkedен alır²⁸. Dolayısıyla tıpkı eşitlik ilkesinde olduğu gibi, eşit davranma borcunun uygulanması bakımından da mutlak²⁹ bir eşitlik aranmayacağı kabul edilmekte³⁰; aksine, benzer durumda olmayanlara da eşit davranılmasının, sözkonusu borcu ihlal edeceği belirtilmektedir³¹.

Bu çerçevede iş hukukunda eşit davranma borcu; işverene, objektif ve makul bir neden olmadıkça, eşit durumdaki işçiler arasında ayırım yapmama yükümü getiren bir borç olarak tanımlanabilir³².

Sözkonusu bu borcun iki bileşeni bulunmaktadır. Buna göre; işveren, eşit durumdaki işçilere eşit davranma yükümlülüğü³³ ile birlikte aynı zamanda bu işçiler arasında keyfi ayırım yapmama³⁴ borcu altındadır.

İş hukukunda eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için, öncelikle işyerinde bir işçi topluluğunun varlığı şartı aranmaktadır³⁵. Zira eşitlik veya eşitsizlik durumu, birden fazla süje arasındaki kıyaslamayı gerekli kılar. Bundan başka,

²⁷ TUNCAY, Eşit Davranma, s.5; aynı yazar, Makale, s.21.

²⁸ ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s.96.

²⁹ Mutlak eşitlik, farklılık tanımayan eşitlik-özdeşlik anlamına gelir ki bu, gerçek dünyadan soyutlanmış, sadece düşüncelerimizde var olan bir kavramdır. bkz. TUNCAY, Eşit Davranma, s.8.

³⁰ TUNCAY, Eşit Davranma, s.5; aynı yazar, makale, s.21; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.430.

³¹ ERTÜRK, Temel Haklar, s.99.

³² KAYA, Eşitlik İlkesi, s.49.

³³ TUNCAY, Makale, s.24. Yazar bu yükümlülüğü, eşit davranma borcunun pozitif görünümü olarak kabul etmektedir. DOĞAN YENİSEY ise; bu duruma dar anlamda eşit davranma borcu adını vermektedir, Ayrımcılık Yasağı, s.66.

³⁴ TUNCAY, Makale, s.24. Yazar bu durumu da, eşit davranma borcunun negatif yönü olarak görmektedir.

³⁵ KAYA, Eşitlik İlkesi, s.148; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.433-434; TUNCAY, Eşit Davranma, s.149; aynı yazar, Makale, s.28

kıyaslamaya tabi tutulacak işçilerin aynı işyerinin işçisi olması da gerekmektedir³⁶. Yani aynı işverenin aynı işyerlerindeki uygulamaları, eşit davranma borcu kapsamında değerlendirilemez. Son olarak, hukuken kolektif nitelik taşıyan bir uygulamanın varlığı da şarttır³⁷. Başka bir deyişle, münferit nitelikteki işlemler açısından işverenin eşit davranma borcu sözkonusu olmayacaktır³⁸.

Görüldüğü gibi, keyfi ayırım yasakları eşit davranma borcunun bileşenlerinden biridir³⁹. Bu anlamda, işverenin sendikal ayrımcılığa yönelik tutumlarının, aynı zamanda eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edeceği de kabul edilmektedir⁴⁰. Bu haklı kabul, birtakım sorunların⁴¹ gündeme gelmesine de neden olmaktadır. Sözkonusu sorunlara cevap bulabilmek; eşit davranma borcu hakkında genel bir fikre sahip olmayı gerekli kılar.

2. Uygulama Alanları

Eşit davranma borcunun uygulanması bakımından yapılan işin niteliğine ve objektif ölçütlere göre, işçiler arasında ayırım yapılması gerekebilir ki bunun sonucu olarak, sözkonusu borcun mutlak olarak uygulanabileceği ya da uygulanamayacağı alanlar ortaya çıkar⁴².

Bu anlamda; yönetim hakkının kullanılmasında, sosyal yardımların sağlanmasında ve greve katılmayan işçilerin çalıştırılıp çalıştırılmamasında, eşit

³⁶ KAYA, Eşitlik İlkesi, s.146-147; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.433; TUNCAY, Eşit Davranma, s.148.

³⁷ KAYA, Eşitlik İlkesi, s.150; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.434; TUNCAY, Eşit Davranma, s.149.

³⁸ Örneğin; seyyanen yapılan bir uygulamada, bir veya birkaç işçiye ikramiye verilmemesi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecekken; çalışan bir işçiye ödüllendirmek için verilen ikramiye bakımından, eşit davranma borcundan söz edilemez.

³⁹ Bkz. s.13.

⁴⁰ Öğretide de ifade edildiği gibi “eşit işlem borcu sadece m.5’te değil, SK.m.31 de de düzenlenmiş ve sendikal ayrımcılık yasağı getirilmiştir” bkz. SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2006, s.366 ; “SK.m.31 ‘de sendikal hak ve özgürlükler bağlamında işverenin eşit davranma borcuna ilişkin hükümlere yer verilmektedir” bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s.436 ; “SK.m.31, işverenin eşit davranma borcunun, sendika özgürlüğü açısından somutlaştırılmasıdır” bkz. TUNCAY, Can: Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s.72; “SK.m.31, işverenin eşit davranma borcunun sınırlarını belirler” bkz. ÖZDEMİR, Erdem: Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet Yargıtay’ın İki Kararına İlişkin İnceleme, Legal İSGHD, S.5, 2005, s.258.

⁴¹ Örneğin; sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatı bir arada istenebilir mi ya da ispat yükü bakımından İK.m.5’te düzenlenmiş hususlar sendikal ayrımcılıkta göz önüne alınabilir mi, vb. şeklindeki sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. § 6, IV, 4 ve § 6, III.

⁴² ÇELİK, Nuri: İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleriyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İHD, S.4, Aralık 2006, s.5.

davranma borcunun mutlak olarak uygulanacağı kabul edilmektedir⁴³. Yine öğretide Söz konusu borcun mutlak olarak uygulanamayacağı alanların ise, ücretler ve işe son verme halleri olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Benzer şekilde, işe alma aşamasında bu borç uygulanamayacaktır⁴⁵.

Belirmek gerekir ki fesih alanında eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için, birden çok işçiyi etkileyecek bir fesih süreci bulunmalıdır. Bu da; birden çok işçinin işten çıkarılmasını gerektirecek haklı nedenle ya da süre verilerek yapılan fesihlerde veya işletme gerekleriyle birden çok işçinin işten çıkarılması halinde söz konusu olacak, yani tek bir işçiyi ilgilendiren fesih işlemlerinde, eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı tartışılmayacaktır⁴⁶.

İşletme gerekleriyle fesihte, sözleşmesi feshedilecek işçi ve fesih sebebi arasında doğrudan bir ilişkinin bulunmaması, feshin bireyselleştirilmesi sorununu beraberinde getirir⁴⁷. İşte bu bireyselleştirme gereği yapılacak seçimlerde; “fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlar dışında” işverenin eşit davranma borcunun olmadığı ve seçimi serbestçe yapabileceği öğretide haklı olarak kabul edilmektedir⁴⁸. Bu görüşe göre; bazı ülkelerin yasalarında işçilerin seçiminde göz önüne alınacak kriterlere⁴⁹ yer verilmiş olduğu için, söz konusu hukuk sistemlerinde eşit davranma borcunun varlığından bahsedilebilmektedir. Ancak hukukumuzda işvereni bağlayacak bu tarz hükümlerin yer almayışı, işverenin kural olarak seçimde serbest olduğu anlamına gelmektedir.

⁴³ SÜZEK, İş H, s.365; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.430; SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, Konya 2006, s.88; ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2007, s.179-180; AKTAY, Nizamettin/ ARICI, Kadir/ KAPLAN-SENYEN, Tuncay: İş Hukuku, Ankara 2007, s.159; TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, s.137.

⁴⁴ SÜMER, İş H., s. 89 ; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.161 ; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s.138; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.431 ; ÇELİK, İş H., s.177-178 ; Karş. TUNCAY, Eşit Davranma, s. 213 ; SÜZEK, İş H., s.366.

⁴⁵ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 153 vd. ; aynı yazar, Makale, s.34; SÜZEK, s.363.

⁴⁶ ÇELİK, Eşit Davranma, s.5-6; aynı yazar, İş H, s.178-179; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İHD, S.2, 2006, s.62.

⁴⁷ ENGİN, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleriyle Feshi, İstanbul 2003, s.110.

⁴⁸ ÇELİK, Eşit Davranma, s.7; ENGİN, s.112; ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut mudur? Sicil İHD, S.4, Aralık 2006, s.105.

⁴⁹ İsveç, Fransız ve Alman Hukuk sistemlerindeki sosyal seçim ölçütleri ile ilgili uygulamalar için bkz. ALPAGUT, Sosyal Seçim, s.99-104.

Aynı yönde bir başka görüşe göre de; fesih hakkının kötüye kullanıldığı haller dışında, işverenin benzer durumdaki işçilerden istediği işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi de mümkündür⁵⁰. Buna göre örneğin; aynı haklı sebep ile iş sözleşmesi feshedilebilecek iki işçiden sadece biri işten çıkarılabilecek, bu şekilde bir seçimin eşit davranma borcuna aykırı olduğu kural olarak söylenemeyecektir. Yargıtay'ın görüşü ise aksi yöndedir⁵¹.

Ücretlerin belirlenmesinde ve prim-ikramiye uygulamalarında ise⁵², işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Buna göre, sözkonusu alanlarda işveren, sübjektif ve objektif kriterleri göz önüne alarak münferit ayrımlara gidebilir ve bu ayırım, kural olarak eşit davranma borcuna aykırılık yaratmaz⁵³.

Kuralın istisnası ise, seyyanen gerçekleştirilen ücret artışlarıdır⁵⁴. Yani, işçinin performansından bağımsız olarak genel bir ücret artışına gidilmişse, işçilerin kişisel niteliklerine bakılmaksızın eşit işlem görmeleri, zam dışında bırakılmamaları gerekir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁵⁵.

Öte yandan İş Hukuku uygulamasında işverenin kendi isteği ile işçilere sosyal nitelikte bazı edimler sağlaması, bunlardan bazılarının nakdi bazılarının ise aynı nitelik

⁵⁰ DOĞAN YENİSEY, Eşit Davranma, s.62.

⁵¹ Yargıtay'a göre; "...toplantıya 30 işçi katıldığı belirtilmesine rağmen, sadece davacının da aralarında bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmelerinin feshi, eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmektedir.." 9.HD.25.4.2005 E.11204 K.14365; "...davacının kaşını yararak yaralama fiilini ika eden N.S'nin hizmet akdi bu olay nedeniyle feshedilmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı gibi.." 9.HD. 4.11.2004 E.8413 K.24957; "...usulsüz işlem yapılmasına ilişkin somut olayda şube müdürünün uyarı cezası ile cezalandırılıp olayda daha az sorumluluğu olan davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi, eşit işlem yapma borcuna aykırıdır.." 9.HD. 1.2.2005 E. 7540 K.2732, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵² İkramiye, uygulamada genellikle işçinin yaptığı işten işverenin duyduğu hoşnutluk nedeniyle verilmekte yani işçiyi ödüllendirme amacı taşımaktadır. Sözleşme, yasa veya işyeri uygulamasından doğan bir ikramiye hakkı yoksa, işveren, işyerinde çalışan tüm işçilere ikramiye ödemek zorunda değildir. İkramiyelerde eşitlik ilkesi ile ilgili bu hususlar, primler bakımından da geçerlidir. bkz. CENTEL, Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s.174-175.

⁵³ ULUCAN, Devrim: Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulanması, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.195.

⁵⁴ ÇELİK, İş H, s.177; SÜZEK, İş H, s.365; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.160; ÖZDEMİR, Karar İncelemesi, s.260; ULUCAN, Eşitlik, s.196; DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2003, s. 89.

⁵⁵ Yargıtay'a göre; "...işveren diğer işçilerin ücretlerine zam yaptığı halde davacı ücretlerine zam yapmamak suretiyle eşit işlem yapma borcuna aykırı davrandığı, davacının ısrarına rağmen bu eylemini sürdürdüğü, ...sonucuna varıldığından... yazılı şekilde karar verilmesi..bozmayı gerektirmiştir.." 9.HD.1.11.2004 E.8671 K.24558, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

taşıyabilmesi mümkündür. İşte bu şekildeki yardımların sağlanmasında eşit davranma borcu mutlak olarak uygulanacak; bu anlamda işçinin, sözkonusu yardımların verilmesine yönelik talep hakkı doğacaktır⁵⁶. Bununla birlikte işverenin, hediye - ikram, vb. nitelikte sağladığı hususlar bakımından ise eşit davranma borcu bulunmayacaktır⁵⁷. Belirtmek gerekir ki; işverenin sosyal yardım uygulamalarında, objektif esaslara dayanarak belli gruplar oluşturabilmesi de mümkündür⁵⁸.

İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde vereceği talimatlarda, eşit davranma borcu mutlak olarak uygulanabilecektir. Buna göre örneğin; tatil ve gece çalışmalarının işçilere dağıtımında işveren, aynı konumundaki işçilere arasında ayırım yapmamalıdır⁵⁹. Ancak işveren, objektif sebepler doğrultusunda belirleyeceği bir grup işçiyi sözkonusu çalışmaların kapsamı dışında bırakabilir.

Disiplin cezalarının uygulanmasında da işverenin, aynı fiili işleyen iki işçiden sadece birine ceza verip diğerine vermemesi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir⁶⁰.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, işçiler işe alınırken işverenin eşit davranma borcunun olup olmadığıdır. Öğretide, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işverenin belirli bir kişiyi işe almaya zorlanamayacağı ve henüz iş ilişkisinin kurulmamış olduğu bir aşamada işçiye karşı eşit davranma borcunun da sözkonusu olamayacağı gerekçeleriyle, işe alma aşamasında bu borcun uygulanamayacağı belirtilmektedir⁶¹. Bununla birlikte, işverenin sözleşme yapma

⁵⁶ ÇELİK, İş H.s.179.

⁵⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.430.

⁵⁸ ÇELİK, İş H.s.180; CENTEL, Ücret, s.176.

⁵⁹ ÇELİK, İş H.s.180.

⁶⁰ SÜMER, İş H.s.88; SÜZEK, İş H.s.365; Karş. ÖZDEMİR, Erdem: İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof.Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, C.2, s.1268, Yazara göre; disiplin cezalarının uygulanması aşamasında işveren, sadece cezaya konu olan kusurlu davranışı değil; genel olarak işçinin işyerindeki tutumunu, başarısını, daha önceki davranışlarını da göz önüne alabilecektir. Buna göre, aynı kusuru işleyen işçiler arasında farklı disiplin cezaları uygulanabilir.

⁶¹ Bkz. dpn. 45'te adı geçen yazarlar.

özgürlüğünün sınırını kötü niyetli davranışlar oluşturacağı için, böyle durumlar bakımından eşit davranma borcunun varlığı göz ardı edilemez⁶².

§ 2. SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ ve SENDİKAL AYRIMCILIK

I. Sendika Özgürlüğü

1. Genel Olarak

Felsefi boyutuyla özgürlük, kişinin davranışlarına hiçbir baskı altında kalmadan yön verebilmesi ve bunu yaparken de yasaklarla karşılaşmamasıdır⁶³. Hak ise, özgürlükleri sağlamak amacıyla, kişilere yasalarla tanınmış olan yetkileri ifade eder⁶⁴.

Bu anlamda, işçilerin ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak için örgütlenmeleri yani sendikalaşma öncelikle bir özgürlük, ancak hukuken tanınıp koruma altına alınmış olması bakımından aynı zamanda bir haktır⁶⁵. Nitekim hukukumuzda da sendika özgürlüğü anlayışı kabul edilmekte ve bu özgürlük, AY.'nın 51.maddesinde “sendika kurma hakkı” başlığı altında bir hak olarak düzenlenmektedir⁶⁶.

Sendika teriminin kökeni eski Roma ve Yunan Hukuklarına dayanır. Sözkonusu dönemde bir sitenin (birliğin) temsilini sağlamakla görevli kişileri ifade etmek için kullanılan “syndic” terimi, günümüzdeki sendika kavramının karşılığını oluşturmaktadır⁶⁷.

Bir ülkede sendikaların ortaya çıkması ve buna bağlı olarak sendika özgürlüğünün tartışılması, o ülkedeki sanayileşme hareketleri ile paralellik gösterir. Öyle ki, Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyeti’nde sanayileşme

⁶² OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.155; TUNCAY, Eşit Davranma, s.155.

⁶³ CEVİZCİ, s.792; KABAOĞLU, İbrahim: Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 2006, s.210.

⁶⁴ CEVİZCİ, s.1305; SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, İstanbul 2005, s.144-145; OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, 14.Bası, İstanbul 2007, s.107-108; DURAL, Mustafa/ SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, C.I, İstanbul 2005, s.120-121; ERMAN, Hasan: Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 2004, s.59-60; KABOĞLU, s.210.

⁶⁵ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.17.

⁶⁶ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.18.

⁶⁷ DEMİR Fevzi: Sorularla Toplu İş Hukuku, C.2, Ankara 2006, s.3; aynı yazar, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1989, s.23; KILIÇOĞLU, Mustafa: Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, İstanbul 2007, s.35; EYRENCİ, Öner: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s.19.

hareketlerinin geç başlamış olması, sendika özgürlüğü kavramının toplumsal ve yasal düzeyde belirişini önemli ölçüde geciktirmiştir⁶⁸. 1871 yılında tarafından işçiler tarafından kurulan Ameleperver Cemiyeti bir işçi örgütlenmesi gibi görülse de, bu cemiyet, işçilere yardım eden bir hayır kurumu olmaktan öteye gidememiştir⁶⁹. Bu anlamda, günümüzdeki sendika anlayışına olan yakınlığı dolayısıyla, 1895 yılında Tophane işçileri tarafından kurulan Osmanlı Amele Cemiyeti, sendika niteliği taşıyan ilk kuruluş olarak kabul edilmektedir⁷⁰.

Cumhuriyet sonrasında Türkiye’de sanayileşme hareketlerindeki yoğunlaşma sendikacılığın gelişimine olumlu katkıda bulunmuş; Sümerbank, Kömür İşletmeleri, şeker fabrikaları, vb. kurulmasıyla işçi sayısında artış yaşanmış ve bu durum, sendika özgürlüğünün de giderek önem kazanması sonucunu doğurmuştur⁷¹. Sendika özgürlüğü kavramı 1947 tarihli ve 5018 sayılı Yasa⁷² ile ilk kez bir hak olarak hukukumuzdaki yerini almıştır⁷³.

Sendika özgürlüğü çifte görünüşlü bir temel hak olarak kabul edilmekte ve bu anlamda bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir⁷⁴. Buna göre; sendika özgürlüğü kavramı kullanım şekli bakımından hak sahipleri için bireysel nitelik taşısa da, sendikal eylem ancak birden çok kişinin bir araya gelmesi ile mümkün olabileceğinden, sözkonusu kavram aynı zamanda kolektif bir yöne de sahiptir.

Kolektif sendika özgürlüğü, bireyler tarafından yaratılan ancak onlardan ayrı bir kişiliğe sahip olan sendikaların kendi varlıklarını koruma ve de kendilerine özgü faaliyetlerde bulunabilme haklarını ifade eder⁷⁵. Bireysel sendika özgürlüğü ise, birden

⁶⁸ ÜNSAL, Engin: Sendika Özgürlüğü ve Uluslar arası Çalışma Örgütü ile TC. Hükümeti İlişkileri, İstanbul 2003, s.97.

⁶⁹ ÜNSAL, s.97; EYRENCİ, Sendikalar, s.25; TUNCAY, Toplu İş H, s.6.

⁷⁰ ÜNSAL, s.98; EYRENCİ, Sendikalar, s.25.

⁷¹ ÖZDEMİR, Cumhur Sinan: Sendikalar Kanunu’ndan Doğan Haklarımız, Ankara 2006, s.18.

⁷² İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun.

⁷³ ÜNSAL, s.99.

⁷⁴ TUNÇOMAĞ, Kenan: Sendika Özgürlüğü, İstanbul Barosu Dergisi, C.XLV, S.3-4, 1971, s.211; TUNCAY, Toplu İş H, s.21; DEMİR, Sorularla, s. 59; ERTÜRK, Temel Haklar, s. 147; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.21.

⁷⁵ TUNCAY, Toplu İş H, s.23; kolektif sendika özgürlüğünün kapsamında yer alan sözkonusu haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.22-28 ve ÇELİK, Kolektif İş H, s.103-106 ve de DEMİR, Sorularla, s. 62-64.

çok hakkı bünyesinde barındıran bir üst kavram niteliği taşımakta ve sözkonusu bu haklar, pozitif ve negatif sendika özgürlüğü çerçevesinde ele alınmaktadır⁷⁶.

Bireylerin serbestçe sendika kurma, kurulmuş olan bir sendikaya üye olma, bu sendikada üye olarak kalma, sendikal faaliyetlerde bulunma, bu faaliyetlere katılma ve de bu faaliyetlerden yararlanma haklarının tümü, pozitif sendika özgürlüğü kapsamında değerlendirilir⁷⁷. Buna karşılık negatif sendika özgürlüğü ise; sendika kurmama, kurulmuş bir sendikaya üye olmama, sendika üyeliğinden ayrılma, sendikayı kapatma, sendikal faaliyetlerden yararlanmama, bu faaliyetlerde bulunmama ve de bu faaliyetlere katılmama haklarını içerir⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki, sendikal ayrımcılık suretiyle gerçekleştirilen hak ihlallerinin konusunu bireysel sendika özgürlüğü teşkil etmektedir. Bu anlamda çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilen sendika özgürlüğü ibareleri, bireysel sendika özgürlüğü anlamında kullanılmıştır.

2. Hukusal Dayanakları

Sendika özgürlüğü taşıdığı önem dolayısıyla, hem ulusal hukuk düzeyinde hem de birçok uluslar arası belgede tanınıp güvence altına alınmıştır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi⁷⁹, uluslararası düzeyde klasik haklar yanında sosyal haklara da ilk kez yer veren belge olması bakımından önem taşır⁸⁰. Sözkonusu sözleşmenin 23.maddesinde, herkesin çıkarının korumak için sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

⁷⁶ TUNÇOMAĞ, s.212; İNCE, s.68-69; TUNCAY, Toplu İş H, s.22-23; DEMİR, Sorularla, s.59; ÇELİK, İş H, s.385; ERTÜRK, Temel Haklar, s.147.

⁷⁷ Sözkonusu haklara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.101-107.

⁷⁸ Sözkonusu haklara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.108-112.

⁷⁹ BM. Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen bu sözleşme, Türkiye tarafından 6 Nisan 1949 tarihinde onaylanmıştır (RG. 27.05.1949, 7217).

⁸⁰ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.44.

Bundan başka; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin⁸¹ 8.maddesinde de sendika kurma hakkı tanımış ve aynı maddede, bu hakkını gerçekleştirmesini garanti edecek olan tedbirlere yer verilmiştir⁸².

1966 tarihinde BM. Genel Kurulu'nca kabul edilen Kişi Hakları ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde⁸³, dernek özgürlüğü yanında özel olarak sendika özgürlüğü de düzenlenmiştir. Nitekim bu sözleşmenin 22. maddesine göre, herkes başkalarıyla birlikte dernek kurma hak ve özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, herkesin çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarını da içerir.

Avrupa Konseyi devletleri tarafından 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'nin⁸⁴ 11. maddesine göre de; herkesin barışçı amaçlarla toplanma ve başkalarıyla dernek kurma özgürlüğü ve hakkı vardır. Bu hak, sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarını da içerir⁸⁵.

Sendika özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin⁸⁶ 2.maddesine göre de; çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım gözetilmeksizin ve önceden izin almaksızın örgütlenme ve de dilediği örgüte üye olma hakkına sahiptir⁸⁷. Yine bu sözleşmenin 11. maddesi uyarınca; sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin

⁸¹ 3 Ocak 1976'da yürürlüğe giren bu sözleşme, Türkiye tarafından 4.6.2003 tarihinde 4867 sayılı Yasa ile (RG.18.6.2003, 25142) onaylanmıştır.

⁸² Söz konusu maddeye göre sözleşmeye taraf devletler; herkese, ekonomik ve sosyal çıkarlarını koruyup geliştirmesi için sendika kurma ve ancak ilgili örgütün kurallarıyla bağlı olmak koşuluyla istediği sendikaya üye olma hakkını ve bu hakkın kullanılmasında kamu düzeni ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından zorunlu bulunan ve ancak yasayla belirlenmiş alanlar dışında bir kısıtlama uygulamamayı üstlenir (m.8,a)

⁸³ 22 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş olan bu sözleşme, Türkiye tarafından 4.6.2003 tarihinde, 4868 sayılı Yasa ile (RG.18.6.2003, 25142) onaylanmıştır.

⁸⁴ AİHS Türkiye tarafından 10 Mart 1954 tarihinde, 6336 sayılı Yasa ile (RG.19.3.1954, 8662) onaylanmıştır.

⁸⁵ Belirtmek gerekir ki, negatif sendika özgürlüğü ile ilgili olarak sözleşmenin hazırlık aşamasındaki 11.maddede yer alan hüküm, belli ülkelerdeki kapalı işyeri şartı uygulaması nedeniyle, hazırlık metninden çıkarılmıştır. bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.54.

⁸⁶ 1948 tarihinde ILO tarafından kabul edilen 87 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 8 Ocak 1993 tarih ve 93-3967 sayılı bakanlar kurulu kararıyla onaylanmış ve 25 Şubat 1993 tarih ve 21507 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁸⁷ Bazı ülkelerde uygulanmakta olan kapalı işyeri şartı nedeniyle, negatif sendika özgürlüğü bilinçli olarak sözleşme kapsamına alınmamıştır. bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.65.

örgütlenme hakkının serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla, gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür.

ILO'nun, "İşyerinde İşçi Temsilcilerine Tanınacak Kolaylıklar ve İşçi Temsilciliğinin Güvencelerine İlişkin 135 sayılı Sözleşmesi'ne"⁸⁸ göre; işçi temsilcileri yasalara ve TİS'lere uygun davranmaları koşulu ile sendika faaliyetlerine katıldıkları, sendika üyesi veya işçi temsilcisi sıfatıyla yapmış oldukları çalışmalardan dolayı hizmet akitlerinin feshine karşı yeterli ölçüde korunacaktır (m.1).

Örgütlenme ve Toplu Pazarlık İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin 98 Sayılı ILO Sözleşmesi'nin⁸⁹ 1. maddesine göre; "işçiler, çalışma alanında birleşmeyi önleyici her türlü ayrımcılık eylemlerine karşı yeterince korunur. Bu koruma özellikle; bir işçinin çalışmasını, bir örgüte üye olmayı engelleyici veya üyelikten çekilmeye zorlayıcı koşullara bağlamayı ayrıca işçinin örgüt üyeliği gerekçesiyle ya da çalışma süresi dışında veya işverenin oluruyla çalışma süresi içinden örgüt etkinliklerine katılmasından ötürü işten çıkarılmasını veya başka biçimde zarar görmesini amaçlayan eylemler bakımından uygulanır".

98 sayılı Sözleşme, sendika özgürlüğünün yalnızca devlete karşı değil, özel kişilere karşı da korunmasını düzenlemiş olması bakımından önem taşır⁹⁰.

Hizmet ilişkisine işveren tarafından son verilmesine ilişkin 158 sayılı ILO Sözleşmesi⁹¹ genel olarak genel olarak feshe karşı koruma hükümleri içermekte ancak sendikal feshe karşı korumaya da özel olarak yer vermektedir. Öyle ki, sözleşmenin 5.maddesi uyarınca; sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılmak ayrıca işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak nedenlerine dayanarak, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi yasaktır.

⁸⁸ Bu sözleşme Türkiye tarafından 1992 yılında ve 3845 sayılı Yasa ile onaylanmıştır.

⁸⁹ 18 Temmuz 1951 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşme, Türkiye tarafından, 8 Ağustos 1951 tarihinde 5834 sayılı Yasa ile (RG. 14.8.1951, 7884) onaylanmıştır.

⁹⁰ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.67.

⁹¹ Bu sözleşme Türkiye tarafından 3999 sayılı Yasa ile (RG.18.6.1994, 2196) 1994 tarihinde onaylanmıştır.

Yukarıda kısaca değinmiş olduğumuz sözkonusu uluslar arası düzenlemeler dışında, sendika özgürlüğünün ulusal düzeyde de önemli dayanakları bulunmaktadır.

AY'nın 51. maddesine göre; çalışanlar ve işverenler ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri korumak ve geliştirmek için, önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ve ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz⁹².

İK'nun 18. maddesi, genel anlamda fesih için geçerli sebep oluşturamayacak hususlara yer vermektedir. Bu çerçevede; sendika üyeliğinin veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmanın (m.18/f.3,a) ayrıca işyeri sendika temsilciliği yapmanın (m.18/f.3,b) fesihte geçerli neden teşkil etmeyeceği özel olarak düzenlenmiştir.

Sendika özgürlüğüne ilişkin diğer bir yasal düzenleme, 2822 sayılı TSGLK'nda bulunmaktadır. Sözkonusu yasanın 42.maddesine göre; kanuni bir grev kararının alınmasına katılma, böyle bir kararın alınmasını teşvik etme, böyle bir greve katılma ya da böyle bir greve katılmaya teşvik etmesi sebebiyle, bir işçinin hizmet akdi feshedilemez.

Ve nihayet, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı biçimde incelenecek olan SK. düzenlemeleri de sendika özgürlüğünü tanıyarak güvence altına almaktadır. Sözkonusu düzenlemeler; bir işçinin sendikaya üye olmaya veya üye olmamaya zorlanamaması (m.22), işçinin üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanamaması (m.25), sendikaya üye olup olmama özgürlüğünün teminatı (m.31), sendika yöneticilerinin teminatı (m.29) ve de işyeri sendika temsilcilerinin teminatı (m.30) hususlarına ilişkindir.

⁹² Bundan başka, AY'nın 49. maddesinde de çalışma hakkı güvence altına alınmıştır. Sendikal nedenlerle işe alınmayan ya da işten çıkarılan bir işçinin sendika özgürlüğü yanında çalışma hakkının da ihlal edilmiş olacağı belirtilmektedir, bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.81.

II. SENDİKAL AYRIMCILIK

1. Kavram

Sendikal ayrımcılık; işverenin, iş sözleşmesinin kurulması, devamı ve feshinde, sendikal nedenlere dayanmak suretiyle, işçinin sendika özgürlüğünü ve de kendine ait eşit davranma borcunu ihlal eden, aktif ya da pasif⁹³ her tür farklı muamelesi şeklinde tanımlanabilir.

Belirtmek gerekir ki sendikal ayrımcılık, kural olarak eşit davranma borcunun ihlali sonucunu doğurur. Ancak işyerinde tek bir işçinin çalışmakta olduğu istisnai durumlar bakımından, bu işçinin sendikal nedenlerle işten çıkarılması sendikal ayrımcılık olarak nitelendirilirken, aynı olayda eşit davranma borcunun ihlalinden bahsedilemeyecektir.

Bundan başka; sendikal nedenlerin bulunduğu somut bir olayda, sendikal ayrımcılığın varlığından bahsedebilmek her zaman mümkün olmayabilir. Öyle ki, sözkonusu nedenler ayrımcılığa maruz kalmış kişiye ilişkin değilse, bu durumda işverence gerçekleştirilen ayrımcı uygulama sendikal ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Örneğin; kocasının gerçekleştirdiği sendikal faaliyetler dolayısıyla işten çıkarılan bayan işçinin maruz kaldığı bu uygulama, sendikal ayrımcılık teşkil etmez. Böyle bir durumda, bayan işçi açısından ancak fesih hakkının kötüye kullanılmış olduğu söylenebilir⁹⁴. Eşinin sözleşmesi feshedilmiş işçi bakımından ise aynı olay sendikal ayrımcılık olarak nitelendirilebilecektir. Ancak bu şekilde gerçekleştirilen sendikal ayrımcılık doğrudan değil, dolaylı bir nitelik taşıyacaktır⁹⁵.

Son olarak; aşağıda değinileceği gibi⁹⁶, farklı konumdakilere keyfi olarak eşit davranmamak da ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. O halde, farklı durumda bulunan

⁹³ Ayrımcılık yasaklarına ilişkin yasal düzenlemelerin lafzına bakıldığında “yapma” biçiminde bir davranışın arandığı sonucuna ulaşılabilir de; taraflardan birine yönelik yapma biçimindeki bir tavır, diğer taraf bakımından kaçınma-ihlal teşkil edeceği için, ayrımcı tutumun aktif ya da pasif nitelikte olabilmesi mümkündür. DOĞAN YENİSEY, Metodoloji, s.983.

⁹⁴ SÜZEK, Kötüye Kullanma, s.135.

⁹⁵ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.153.

⁹⁶ Bkz. § 4, II, d.

işçilere, sendikal nedenlerle eşit muamelede bulunmanın da sendikal ayrımcılık teşkil edeceği söylenebilecektir.

2. Sendikal Ayrımcılık Teşkil Eden Nedenler

Sendikalar Kanunundaki hükümlere bakıldığında hangi hallerde sendikal ayrımcılığın söz konusu olacağı açıkça düzenlenmiştir. İşçilerin işe alınmaları belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz (SK.m.31/f.1). İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle, sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında herhangi bir ayırım yapamaz (SK.m.31/f.3). İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, sendika veya konfederasyon faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı muameleye tabi tutulamaz (SK.m.31/f.5).

Sözkonusu bu düzenlemeler, sendikal güvenceler olarak nitelendirilir⁹⁷. Sendikal güvence, bir işçinin sahip olduğu herhangi bir sendikal konumu veya sergilediği bir sendikal faaliyet nedeniyle, işverenin ayrımcı önlemlerine karşı öngörülen garantidir⁹⁸.

Yukarıda belirttiğimiz nedenler, işverence gerçekleştirilen bir ayrımcılığa sendikal ayrımcılık niteliği kazandıran hususlar olması bakımından önem taşır. SK.'nın sözkonusu düzenlemeleri göz önüne alındığında, sendikal ayrımcılığın varlığından bahsedilebilmesi için ayırımın, sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetler dolayısıyla yapılmış olmasının arandığı görülmektedir.

O halde, sendikal neden kavramının, sendika üyeliği ve sendikal faaliyet olmak üzere iki unsurdan meydana geldiği söylenebilir. Bu unsurların içeriğini oluşturacak olan ise, pozitif ve negatif sendika özgürlüğü kapsamında yer alan haklardır⁹⁹.

⁹⁷ DEMİR, Sorularla, s.95.

⁹⁸ AKYİĞİT, s.429.

⁹⁹ OKUR, Zeki; İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yüğü, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005,s.744

a) Sendika Üyeliği

aa) Üyelik Şartları

SK, işe alma, işin devamı ve de sona ermesi aşamalarında sendika üyeliğinin bir ayırım nedeni teşkil edemeyeceğini açıkça düzenlemiştir (SK.m.31/f.1,3,5). Ancak, üyeliğe bağlı bir sendikal nedenin varlığından söz edebilmek, bir işçi sendikasına üye olmayı da gerektirir. Bu anlamda öncelikle, sendika üyeliğinin hangi şartlarla kazanılacağına değinilmelidir.

Bir kişinin işçi sendikasına üye olabilmesi için her şeyden önce SK. bakımından işçi sayılması gerekir. SK.m.2/f.1 uyarınca, iş sözleşmesine dayanarak çalışanlara işçi denir. Görüldüğü gibi SK. da işçi tanımında “iş sözleşmesini” esas almış ve işçinin tabi olduğu kanun bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır¹⁰⁰. Bu anlamda BK¹⁰¹, İK, Deniz İK ve de Basın İK kapsamında çalışan bütün işçiler SK kapsamında işçi sayılacaktır¹⁰². O halde, iş sözleşmesine dayanarak çalıştıkları halde İK kapsamı dışında kalanlar da (örneğin; hava taşıma işlerinde, 50’den az işçi çalıştıran tarım işletmelerinde çalışanlar, vb) SK. bakımından işçi sayıldıkları için işçi sendikasına üye olabileceklerdir¹⁰³.

Buna karşılık, sözleşmeli personel olarak çalışanlar işçi sayılmadıkları¹⁰⁴; çıraklar ve stajyerler de bir iş sözleşmesi çerçevesinde çalışmadıkları için, sendika özgürlüğünden yararlanamazlar¹⁰⁵.

Belirtmek gerekir ki, SK. iş sözleşmesi çerçevesinde çalışmamalarına rağmen bazı şahısları da işçi statüsünde kabul etmiş, böylelikle işçi kavramını diğer yasalara

¹⁰⁰ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.114.

¹⁰¹ Belirtmek gerekir ki, 274 sayılı SK. BK. kapsamında çalışan işçilerin sendikaya üye olabilmeleri için, iş sözleşmesi çerçevesindeki çalışmalarını meslek edinmiş olmaları şartını aramakta, bu şart gereksiz görülerek eleştirilmekteydi, bkz. TUNCAY, Sendika Üyeliği, s.146.

¹⁰² TUNCAY, Tolu İş H, s.59; EYRENCİ, Sendikalar, s.99; ŞAHLANAN, Sendikalar, s.148; AKYİĞİT, s.334; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.194; ŞAKAR, s.349.

¹⁰³ TUNCAY, Tolu İş H, s.59; ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1668.

¹⁰⁴ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.116; TUNCAY, Tolu İş H, s.59.

¹⁰⁵ Türk iş hukukunda çıraklar iş sözleşmesine değil, çıraklık sözleşmesine dayanarak çalışmaktadırlar. Aynı şekilde stajyerlik ilişkisi bir iş ilişkisi olmayıp, pratik yapma amacıyla gerçekleştirilen çalışmalardan oluşur, bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.117. Çıraklık sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan, M. Fatih, Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994, s.43-133.

göre daha geniş düzenlemiştir¹⁰⁶ (SK.m.2/f.2). Buna göre; taşıma sözleşmesine¹⁰⁷, yayın sözleşmesine¹⁰⁸ ve adi ortaklık sözleşmesine¹⁰⁹ göre çalışanlar da SK. kapsamında işçi sayılacak ve bu anlamda sendikalara üye olabileceklerdir¹¹⁰.

SK. kapsamındaki bir işçinin sendikaya üye olabilmesinin diğer bir şartı da 16 yaşını doldurmuş olmasıdır (SK. m.20). İşçi 16 yaşını doldurmamış olduğu takdirde üyelik için yasal temsilcisinin rızası aranacak¹¹¹, böyle bir rızanın bulunmaması halinde ise sözkonusu üyelik geçersiz sayılacaktır¹¹².

Bundan başka, SK. kapsamındaki bir işçinin, üyelik yasağına ilişkin bir düzenleme kapsamında yer almaması gerekir. SK.'nın 21. maddesinin ilk halinde, sendika üyesi olamayacak şahıslar beş grup altında sayılmaktaydı¹¹³. Ancak 1988 yılında yapılan yasa değişikliği¹¹⁴ ile önce öğrenciler, sonra din adamları, daha sonrasında da 1995 tarihinde gerçekleştirilen değişiklik¹¹⁵ ile özel okul öğretmenleri ve üst kademe yöneticileri¹¹⁶ yasak kapsamı dışında bırakılmıştır¹¹⁷.

¹⁰⁶ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.119; TUNCAY, Toplu İş H, s.59.

¹⁰⁷ SK.m.2/f.2'ye göre; araç sahibi hariç taşıma sözleşmesine göre esas itibarıyla bedeni hizmet arzı ile çalışmayı meslek edinmiş olanlar işçi sayılır. Bu düzenlemede kastedilen çalışan grubun, serbest hamallar olduğu hakkında bkz. ŞAHLANAN, Sendikalar, s.151; EYRENCİ, Sendikalar, s.100.

¹⁰⁸ SK.m.2/f.2'ye göre; yayın sözleşmesine göre eserini naşire terk etmeyi meslek edinmiş olanlar işçi sayılır. Burada kastedilen serbest yazarlardır, bkz. TUNCAY, Toplu İş H, s.59.

¹⁰⁹ SK.m.2/f.2 uyarınca; adi şirket sözleşmesine göre ortaklık payı olarak fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ve bu sözleşmenin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla çalışanlar işçi sayılır. Bu hükmün uygulanmasında ilk koşul, kişinin ortaklık payı olarak maddi bir değer arzetmiş olmasıdır. İkinci koşul ise, aynı durumda olan kişilerin de emek arzı suretiyle ortak olabilmek imkânlarının bulunmasıdır. Sözkonusu düzenleme; kimi işverenlerin, yanlarında çalışan işçileri ortak göstermek suretiyle bunların sendikal haklarını kullanmalarını engellemesini önleyebilme amacı taşır, bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.121.

¹¹⁰ Ancak sözkonusu çalışan grubunun TİS hakkından yararlanmasının mümkün olmayacağı zira TSGLK'nun kendi uygulaması bakımından iş sözleşmesini esas aldığı, bu durumun da SK.'nın genişletici düzenlemesini anlamsız kıldığı belirtilmektedir, bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.119; ÇELİK, Kolektif İş H, s.85 vd.

¹¹¹ Belirtmek gerekir ki, işçi böyle bir rıza sonucu sendikaya üye olmuş olsa bile, sendika genel kurulunda oy kullanamayacak ve delege de olamayacaktır (SK.m.14/son).

¹¹² DEMİR, Sorularla, s.66; KILIÇOĞLU, s.195; TUNCAY, Sendika Üyeliği, s.174.

¹¹³ Buna göre; askerî şahısların, kamu kuruluşlarının üst kademelerinde çalışan bazı yöneticilerin, din ve ibadet işlerinde çalışanların, öğrencilerin ve özel okul öğretmenlerinin sendikalara üye olmaları yasaktı. Sözkonusu eski yasaklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCE, s.71-73; ÇELİK, Kolektif İş H, s.97-101.

¹¹⁴ 25.5.1988 tarihli ve 3449 sayılı Yasa.

¹¹⁵ 4.4.1995 tarihli ve 4101 sayılı Yasa.

¹¹⁶ Burada kastedilen; SK'ın 40. maddesinin 2.fikrasındaki idare, kuruluş, kurum, banka ve sigorta şirketlerinde çalışan müfettişler, kontrolörler ile müdürler ve buna eşit ya da üst kademelerdeki yöneticilerdir. İNCE, s.72

¹¹⁷ TUNCAY, Tolu İş H, s.62; ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1669.

Ancak özel okul öğretmenlerine ilişkin yasak İK'ndan çıkarılmış olmasına rağmen 625 sayılı Yasa'da bir dönem boyunca benzer bir değişikliğe gidilmemiş bu durum, yasağın kaldırılmasını anlamsız kılması bakımından doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir¹¹⁸. Belirtmek gerekir ki, İK'ndan çıkarılmış olan ancak buna rağmen ÖÖKK. m.32/f.1'de yer almaya devam eden sözkonusu yasağa, 5580 sayılı yeni ÖÖK. Kapsamında yer verilmemiştir¹¹⁹.

Bunlar dışında, 2495 sayılı Yasa'nın¹²⁰ 21. maddesinde de, özel güvenlik görevlileri bakımından üyelik yasağı getirilmekteydi. Aynı yasanın 22. maddesinde ise, sözkonusu personelin grev, toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma hakları yasaklanmıştı. Ancak 2004 yılında 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun¹²¹ ile 2495 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış böylelikle özel güvenlik görevlilerine ilişkin üyelik yasakları da son bulmuştur. Belirtmek gerekir ki, yeni yasada da grev yasağı korunmuş olduğundan (m.17), özel güvenlik görevlileri açısından sözkonusu yasak devam etmektedir¹²².

İK. ve özel kanunlarda yer alan sözkonusu üyelik yasaklarının kaldırılması sonucu bugün yasak kapsamında sadece askeri şahıslar bulunmaktadır¹²³. Askeri şahıs deyimi ile kastedilen, askerliği meslek edinmemiş¹²⁴ olan kimselerdir. Zira meslek edinmiş olma halinde bu şahıslar memur statüsünde kabul edilecek bu anlamda işçi sendikasına üyelikleri zaten sözkonusu olamayacaktır¹²⁵. SK.'nın 24.maddesine göre; askerliği meslek edinmemiş olan askeri şahısların sahip oldukları hak ve yükümlülükler silah altında bulundukları süre boyunca askıya alınır. Bu düzenleme ile kastedilen; askerliği meslek edinmemiş ancak sendika üyesi olan şahısların silah altına alınmaları halinde üyeliklerine ilişkin hak ve yükümlülüklerin askıya alınacağı buna karşılık yeni

¹¹⁸ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.125; NARMANLIOĞLU, s.152; TUNCAY, Toplu İş H, s.63.

¹¹⁹ AKYİĞİT, s.334.

¹²⁰ Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Özel Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun, RG.24.7.1988, 17410.

¹²¹ RG.26.6.2004, 22504.

¹²² ŞAKAR, s.351.

¹²³ AKYİĞİT, s.334; TUNCAY, Tolu İş H, s.62; ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1669; DEMİR, Sorularla, s.68; KILIÇOĞLU, s.195

¹²⁴ Askerliği meslek edinmemiş olup askeri şahıs statüsünde yer alanlar; yedek subay, er, erbaş, vb. kimselerdir. bkz. ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1669.

¹²⁴ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.125.

¹²⁵ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.124; DEMİR, Sorularla, s.68.

bir üyeliğin de sözkonusu olamayacağıdır¹²⁶. İşte m.24'teki bu düzenlemenin m.21'de yer alan üyelik yasağı ile birlikte ele alınması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre üyelik yasağının; askerliği meslek edinmemiş olup askere alınan ve de bu sırada sendika üyeliği bulunmayan şahısları kapsadığı sonucuna ulaşılabilecektir¹²⁷.

Askeri işyerlerinde çalışıp işçi statüsünde olan kimseler bakımından üyelik yasağı sözkonusu olmayacaktır¹²⁸.

Bu konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus da yabancı işçiler bakımından üyelik yasağının bulunup bulunmadığıdır. Hemen belirtelim ki, yabancı işçiler bakımından bir üyelik yasağı sözkonusu değildir. Zira AY'nın 51.maddesi sendika özgürlüğünü, “çalışanlara ve işverenlere” tanımıştır. Bu anlamda yabancı işçilerin de çalışanlar kapsamında yer aldığı söylenebileceği ve SK'nda da aksi bir düzenleme bulunmadığı¹²⁹ için, bu işçilerin sendikaya üye olabilmeleri mümkündür¹³⁰.

Hukukumuzda işkoluna göre sendikalaşma ilkesi hakim olduğu için (SK.m.3), sendikaya üye olmak isteyen bir işçi ancak çalışmakta olduğu işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir¹³¹. SK.m.21/f.1 uyarınca bir işçi, aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamaz. Aksi bir durumda, sonraki üyelikler geçersiz sayılacaktır. Görüldüğü gibi üyeliğin geçersizliği, birden çok üyeliğin “aynı iş kolundaki” sendikalara ilişkin olması şartına bağlanmıştır¹³². Bu anlamda işçi, kısmi

¹²⁶ ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1669.

¹²⁷ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.125.

¹²⁸ ÇELİK, Kolektif İş H, s.98; ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1669; İNCE, s.71; GÜNAY, s.727; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.287; TUNCAY, Sendika Üyeliği, s.187.

¹²⁹ SK.m.5/f.1'de ve SK.m.14/f.14'te aranan TC. vatandaşı olma şartı, sendika kurucuları ve de zorunlu organlara seçilecek yöneticiler bakımından geçerlidir.

¹³⁰ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.123; AKYİĞİT, s.335.

¹³¹ SÜMER, İş H, s.191.

¹³² Belirtmek gerekir ki, 4709 sayılı Yasa değişikliği öncesinde AY. m.51/f.5'te sadece, aynı zamanda birden çok sendikaya üye olunamayacağı düzenlenmiş ancak “aynı iş kolunda” ibaresine yer verilmemişti. Bu anlamda Yargıtay da konu ile ilgili vermiş olduğu kararlarında farklı iş kollarında olsa dahi birden çok sendikaya üye olunamayacağı sonucuna varmıştı. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve sözkonusu Yargıtay kararları için bkz. ÇELİK, İş H, s.441 ve aynı sayfa dpn.12.

sürelî iş sözleşmesi çerçevesinde çalışıyorsa, değişik iş kollarında kurulu birden çok sendikaya aynı anda üye olabilecektir¹³³.

Sayılan tüm bu koşulları sağlayan işçinin sendikaya üye olabilmesi, yasada üyelik başvurusu için öngörülmüş olan prosedürü yerine getirmesini de gerektirir. Buna göre işçi, öncelikle beş nüsha halinde üye kayıt fişi doldurup notere tasdik ettirerek, bunları ilgili sendikaya vermelidir (SK. m.22/f.3). İşçi bu koşulu yerine getirdikten sonra üyeliğin kazanılması, talebin sendika tarafından kabul edilmesine bağlı olacaktır. Eğer sendika sözkonusu başvuruyu 30 gün içinde reddetmezse bu takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılacak ve üyelik kesinleşecektir. Ancak başvuru haklı bir sebep gösterilmeksizin reddedilmişse, işçi red kararının tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde dava açarak, mahkemece verilecek kesin karar doğrultusunda üyeliğini kesinleştirebilecektir. Bu şekilde üyeliği kesinleşen bir işçinin üye kayıt fişinin birer nüshası, ilgili sendikaca 15 gün içerisinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na ve işçinin çalıştığı işyerinin bağlı olduğu Bölge Müdürlüğü'ne gönderilecektir¹³⁴ (SK. m.22/f.4).

Görüldüğü gibi, hükümde üyelik başvurusunun kabulü açısından bir zorunluluk getirilmemiş, buna karşılık işçiye de yasal yollara başvuru imkânı tanınmıştır. Yasa koyucunun böyle bir düzenleme getirmiş olmasının nedeni, sendikanın üyeliğe kabul özgürlüğü ile bireyin serbestçe üye olma hakkı arasındaki dengeyi sağlamaktır¹³⁵.

Öğretide, sendika özgürlüğü bakımından eleştiriye açık olan üyeliğin noter onayına¹³⁶ tabi tutulmuş olmasının üyeliklerin sağlıklı bir şekilde tespitine yönelik

¹³³ ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1669; aynı yazar, Sendikalar, s.158; TUNCAY, Toplu İş H, s.60; ÇELİK, İş H, s.441.

¹³⁴ 1988 tarihinde 3449 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesi, üye kayıt fişinin bir nüshasının da işverene gönderilmesi zorunluydu. Ancak bu zorunluluk, sendikal örgütlenme karşıtı işverenlerin fesihlerini önleyebilme amacıyla yasadan çıkarılmıştır. bkz. TUNCAY, Toplu İş H, s.65. Buna karşılık, 3451 sayılı Yasa ile TSGLK'nun 13.maddesinin ilk fıkrasına bir hüküm eklenerek, sendikanın yetki başvurusunda bulunması halinde kendindeki üyelik fişlerini işverene göndermesi zorunluluğu getirilmiştir. Böyle bir düzenleme ile yasa koyucu, TİS yetkisinin tespitine karşı işverenin itiraz hakkını korumayı amaçlamıştır. ÇELİK, İş H, s.444.

¹³⁵ ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1673.

¹³⁶ Noter tasdikinin bir geçerlilik şartı olduğuna ancak tali unsurlarında eksiklik bulunan bir onaylama şerhinin asli unsurları taşıdığı sürece geçersiz sayılmaması gerektiğine ilişkin isabetli görüş için bkz. KILIÇOĞLU, s.204.

olduğu ve yasa koyucunun, önceki dönemde karşılaşılan problemleri¹³⁷ bertaraf etme amacıyla böyle bir düzenlemeye gittiği kabul edilmektedir¹³⁸

bb) Üyeliğin Kapsamı

Sendika üyeliğinin kapsamının bireysel sendika özgürlüğü çerçevesinde belirleneceği yani üyeliğin salt lâfzî yönüyle anlaşılmayarak geniş yorumlanmasının gerektiği, doktrinde isabetli olarak kabul edilmektedir. Buna göre, sendika üyeliği sadece bir sendikaya üye olmayı ifade etmeyip üyelikle bağlantılı her durumu (üye olmama, üyelikten ayrılma, üyeliği muhafaza etme, üye olunan sendikayı değiştirme, vb.) kapsar¹³⁹.

O halde bir işçinin; sendikaya üye olmaması, sendika üyeliğinden ayrılması, üye olduğu sendikayı değiştirmesi, üyeliğini devam ettirmek istemesi, üyeliğe bağlı haklarını kullanması, işverence istenen sendikaya üye olmaması, sendika üyeliğinden istifa etmesi, vb. sebepler sendika üyeliği kavramı içerisinde değerlendirilerek, birer sendikal neden olarak nitelendirilecektir.

Gerçekleştirilen ayrımcılığın kaynağı, işçinin belli bir sendika üyeliğinden istifa etmiş olması ise, bu takdirde sendikal nedenin varlığından bahsedilecektir¹⁴⁰. İşçinin sendikaya üye kalmaya zorlanamayacağını düzenleyen SK.'nın 25.maddesi de bu kabulü haklı kılar. Nitekim Yargıtay da, üye olunan sendikadan istifa ederek başka sendikaya üye olunması durumunu bir sendikal neden olarak görmektedir. Yargıtay'a göre; *“..davacı ile birlikte işyerinde çalışan ve üyesi bulundukları sendikadan istifa ederek başka sendikaya üye olan bir kısım işçilerin hizmet akitlerinin feshedildiği*

¹³⁷ Üye sayısını çok göstermek isteyen işçi sendikaları uygulamada işçilere birden çok üyelik fişi imzalatmakta ya da üye istifa etmiş olsa a boş fişleri doldurup o işçiyi yeniden üye olmuş gibi gösterebilmekteydi. bkz. ÇELİK, İş H, s.442.

¹³⁸ KILIÇOĞLU, s.204; ÇELİK, İş H, s.442; TUNCAY, Toplu İş H, s.63.; ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1672.

¹³⁹ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s. 157; aynı yazar, İspat Yükü, s. 745 - 746; benzer yönde SÜMER, s. 95-100.

¹⁴⁰ SÜMER, s.100; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.160; aynı yazar, İspat Yükü, s. 749.

anlaşılmaktadır.Feshin, davacının bir sendikaya üye olması veya olmaması sebebine dayandığının kabulü gerekir... ”¹⁴¹

İşçinin, işverence istenen belli bir sendikaya üye olmaması da, gerçekleştirilen ayrımcılık bakımından bir sendikal neden teşkil eder¹⁴². Belli bir sendikaya üye olmama, Yargıtay tarafından da sendikal neden olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay’a göre; “...Davacı A sendikası üyesi olduğunu, kendisine işverence B sendikasına üye olmak için baskı yapıldığını, B sendikasına üye olmadığı için işine son verildiğini bildirerek SK’ nun 31.maddesi uyarınca sendikal tazminat isteminde bulunmuştur. Gösterilen deliller değerlendirilerek, anılan maddenin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığına karar verilmelidir... ”¹⁴³.

İşverenin, sendikaya üye olmama nedeniyle ayrımcılığa gitmesi çeşitli sebeplere dayanabilir. Örneğin; işveren TİS ile, sadece sözleşmeye taraf sendikanın üyelerini çalıştıracığını taahhüt etmiş olabilir ya da işveren, kendisine yakın gördüğü bir sendikaya işçilerin üye olmasını sağlama amacı taşıyabilir bundan başka; sözleşmeye taraf sendika, kendi üyesi olmayan işçilerin işten çıkarılmasına yönelik olarak işverene baskıda bulunmuş olabilir¹⁴⁴.

İşçinin üyeliğini devam ettirmek istemesinden dolayı gerçekleştirilen ayrımcılıkların da sendikal nedene dayandığı söylenebilecektir. Nitekim Yargıtay da, işçinin üyelikten istifa etmek istememesi durumunu bir sendikal neden olarak görmektedir. Yargıtay’a göre; “...dosya kapsamına göre, davacının hizmet akdinin sendikaya üye olması ve sendika üyeliğinden istifa etmemesi nedenleri ile sona erdirildiği anlaşıldığından, sendikal tazminata karar vermek gerekir... ”¹⁴⁵.

İşçinin, işverenin istemediği bir sendikaya üye olması halinde de, sendikal nedenin varlığından bahsedilecektir. Yargıtay da söz konusu durumu bir sendikal neden olarak değerlendirmektedir. Yargıtay’ın; “...davacının, işverenin istemediği sendikaya

¹⁴¹ 9.HD.01.01.1990 E.11647 K.11684. Benzer yönde; 9.HD. 2.6.1992 E.3533 K.5387 kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www. kazanci.com.tr.

¹⁴² OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.160; aynı yazar, İspat Yüğü, s. 749.

¹⁴³ 9.HD. 20.5.1996 E.1995/36676 K.10780, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www. kazanci.com.tr

¹⁴⁴ SÜMER, s.99; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.160.

¹⁴⁵ 9.HD.27.3.2003 E.2002/19690 K.5193 benzer yönde; 9.HD. 22.1.1990 E.1989/ 8620 K.310, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www. kazanci.com.tr

üye olması nedeniyle işverenin, davacıyı istifaya zorlayacak şekilde ayrımcı işlemlerde bulunduğu bu bağlamda SK. m.31 uyarınca davacı lehine tazminata hükmedilmesi gerektiği konusunda uyuşmazlık mevcut değildir...”¹⁴⁶ şeklinde vermiş olduğu karar, sözkonusu yöndeki görüşünü ortaya koymaktadır.

Bundan başka; işçinin sendika üyeliğine bağlı haklarını kullanmış olması da bir sendikal neden teşkil eder. Örneğin; işçinin işverenle yaşamış olduğu bir uyuşmazlığı üyesi bulunduğu sendikaya bildirmesi ve bunun üzerine sendikanın müdahalesi sebebiyle ayrımcılığa gidilmişse, sözkonusu ayrımın sendikal nedene dayandığı söylenecektir¹⁴⁷.

O halde; SK. m.31/f.3'teki, “üye olan işçilerle olmayan işçiler ya da farklı sendikaya üye olan işçiler” şeklindeki ibarenin değinilmiş olan içerik çerçevesinde yorumlanması gerekecektir. Aynı durum, 31.maddenin 5.fıkrasında yer alan “sendikaya üye olmaları veya olmamaları” ibaresi bakımından da geçerlidir. Benzer şekilde; İK.m.18/f.3'te geçerli bir sebep oluşturmayacağı belirtilmiş olan “sendika üyeliği” de, üyelik kavramının geniş içeriği göz önüne alınarak değerlendirilmelidir¹⁴⁸.

Belirtmek gerekir ki, sendika üyesi bir işçi salt bu üyeliği dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalmışsa, bu durum sendikal nedenin varlığından bahsetmek için yeterli olacak¹⁴⁹ yani işçinin ayrıca bir sendikal faaliyette bulunmuş olması şartı aranmayacaktır¹⁵⁰.

b) Sendikal Faaliyetler

SK.m.31/f.5'te, “sendika faaliyetlerine katılmalarından dolayı” işçilerin ayrıma tabi tutulamayacağı ve işten çıkarılamayacağı düzenlenmiş, ancak sendikal faaliyetlerin neler olabileceğine sözkonusu hükümde yer verilmemiştir. Bu anlamda, sendikal faaliyet kavramının içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir.

¹⁴⁶ HGK. 12.5.2004 E.9-255 K.290, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazanci.com.tr

¹⁴⁷ SÜMER, s.97.

¹⁴⁸ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.157; aynı yazar, İspat Yüğü, s. 745.

¹⁴⁹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. § 2, II, b.

¹⁵⁰ OKUR, İspat Yüğü, s. 746; SÜMER, s.96.

“İşçinin sendikal faaliyetlerini” bir sendikal neden olarak tanımlamayan yasa koyucu, SK.m.32’de sendikaların çalışma hayatına ilişkin faaliyetlerine ve de yine aynı yasanın 33.maddesinde sendikaların sosyal faaliyetlerine ilişkin düzenlemelere yer vermiştir¹⁵¹. Bu anlamda Yargıtay da eski tarihli kararlarında, m.31’de yer alan sendikal faaliyet kavramını, sözkonusu hükümler çerçevesinde yorumlamıştır. Nitekim vermiş olduğu bir kararda Yargıtay; davacı işçinin sendikaya üye kaydetme şeklindeki faaliyetini, SK.m.32 ve m.33’te sayılanlar içerisinde yer almamasından ötürü bir sendikal neden olarak görmemiştir¹⁵².

Yargıtay, bu şekildeki dar yorumu çerçevesinde 1988 tarihli yasa değişikliğine kadar sendika üyeliğini sendikal faaliyet kapsamı içinde değerlendirmemiş ve salt üyeliğe dayanan fesih iddialarında, sendikal tazminat yerine kötü niyet tazminatına hükmetmiştir¹⁵³. Başka bir deyişle Yargıtay, sendika üyeliğini bir sendikal neden olarak değil, sadece kötü niyeti ortaya koyan bir durum olarak değerlendirmiştir. 1475 sayılı Yasa’nın kötü niyet tazminatını düzenleyen 13. maddesi, Yargıtay’ın bu yöndeki değerlendirmelerinin temelini oluşturmuştur¹⁵⁴.

Yargıtay’ın sözkonusu görüşleri doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve sendika özgürlüğünün etkin biçimde korunması açısından sendikal faaliyet kavramının dar yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁵.

¹⁵¹ Sendikaların çalışma hayatına ilişkin faaliyetleri ile sosyal faaliyetlerinin içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Sorularla, s. 160-171.

¹⁵² 9.HD. 13.4.1997 E.4050 K.5894, SÜMER, s.105.

¹⁵³ Yargıtay’ca verilen “...davacının iş akdi davalının işyerinde örgütlenmesini istemediği... sendikasına üye olması nedeniyle feshedilmiştir. Böyle bir fiil, 2821 sayılı Yasa’nın 32.maddesinde düzenlenen sendikaların çalışma hayatlarına ilişkin faaliyetleri ve aynı kanunun 33.maddesinde düzenlenen sendikaların sosyal faaliyetleri arasında yer almadığından, olayın İK.’da kötü niyete örnek olarak gösterilen fesih olarak nitelendirilip çoğun içinde azın da bulunduğu ilkesi benimsenerek, kötü niyet tazminatına hükmetmek gerekirken, sendikal tazminata karar verilmesi hatalıdır...” şeklindeki karar, HGK. tarafından aynı gerekçelerle onanmıştır. HGK. 9.2.1987 E.1980/ 9-661 K.1980/915, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazanci.com.tr

¹⁵⁴ 1475 sayılı İK’nun 13.maddesinde; sendika üyeliği, fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerden biri olarak kabul edilmekte ve bu durumlarda işverenin, bildirim önelerine ait ücretin üç katı tutarında bir tazminat ödemesi gerekmektedir. Bu anlamda, Yargıtay’ın sözkonusu kararlarında ayrıntılı gerekçelere rastlanmamakla birlikte, şu hususlara dayanmış olabileceği belirtilmekteydi: SK.’nın 19.maddesinin (bugün m.31) başlığı, sendika üyeliğinin teminatıdır. O halde sendika üyeliği sıfatı henüz kazanılmadan veya sendikal faaliyete girilmeden bu hükümden yararlanılamaz. Ayrıca İK’nun 13. maddesi daha yeni bir yasa hükmüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. KUTAL, Sendikal Güvenceler, s.52.

¹⁵⁵ KUTAL, Metin: Sendikacılık Faaliyetleri Nedeniyle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXV. S.1, Nisan 1978, s.51-52.

Nitekim yasa koyucu; üyelik güvencesinin, sendikal faaliyet kavramının da daraltılarak zayıflatılmasını engellemek için¹⁵⁶, 1988 tarihinde SK.'da değişikliğe gitmiştir. Söz konusu değişiklik ile SK.m.31/f.5'e, "sendikaya üye olmaları veya olmamaları" ibaresi eklenerek yargı organlarının isabetli olmayan yorumları engellenmek istenmiştir.

Yasada yapılan bu değişiklik sonrası Yargıtay, kararlarını söz konusu yeni düzenleme doğrultusunda vermeye başlamıştır. Öyle ki, artık Yargıtay'a göre; *"...feshin, davacının bir sendikaya üye olması veya olmaması sebebine dayandığının kabulü gerekir..Böyle olunca da olayda uygulanacak kanun hükmü kötü niyet tazminatını içeren hüküm değil, olay tarihi itibarıyla 3449 sayılı kanunla değiştirilen SK.'nın 31. maddesidir. Söz konusu hükmün uygulanması için sendikal faaliyette bulunma söz konusu olmayıp, bir sendikaya üye olmak ve olmamak şartı yeterlidir..."*¹⁵⁷.

Benzer şekilde işçinin üye kaydetmesini sendikal faaliyet olarak nitelendirmemiş olan Yargıtay, 1995 tarihinden itibaren söz konusu dar yorumunu terk etmiştir. Nitekim Yargıtay 1995 tarihinde vermiş olduğu bir kararda; düzenlenen piknikte işçilerin örgütlenmesi için girişimde bulunan bir işçinin sendikal faaliyet dolayısıyla işten çıkarıldığını kabul etmiştir¹⁵⁸. Yargıtay 1996 tarihinde vermiş olduğu başka bir kararda da; *"...davacının işyerinde sendika yönetimini beğenmemesinden dolayı yönetimin değiştirilmesi için girişimlerde ve üyeler nezdinde propagandada bulunduğu ve de imza toplamaya çalıştığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece bu tür faaliyetlerin sendikal faaliyet sayılmayacağı vurgulanarak sendikal tazminat istemi reddedilmişse de SK.m.31/f.5 ile işçilerin sendikal faaliyetleri güvence altına alınmıştır. Bu koşullarda imza toplama, propaganda ve benzer şekildeki sendikal faaliyetler halinde sendikal tazminata karar verilmesi gerekir..."*¹⁵⁹ sonucuna varmıştır.

Yargı kararlarındaki ve Kanundaki tüm bu gelişmeler çerçevesinde bugün itibarıyla doktrinde, sendikal faaliyet kavramının geniş yorumlanması gerektiği isabetli

¹⁵⁶ GÜNAY, s.762.

¹⁵⁷ 9.HD. 01.01.1990 E.11647 K.11684 benzer yönde; 9.HD. 2.6.1992 E.3533 K.5987; 9.HD. 30.9.1996 E.6758 K.18052, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

¹⁵⁸ 9.HD. 27. 2.1995 E.1994/ 17383 K.5947, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

¹⁵⁹ 9.HD. 19. 9.1996 E. 5543 K.17537, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

olarak kabul edilmekte ve sendikal faaliyet şu şekilde tanımlanmaktadır: Aralarında ortak mesleki çıkar bulunan işçilerin sendikacılık yoluyla iktisadi, sosyal, kültürel hak ve menfaatlerini korumak ya da geliştirmek amacıyla yaptıkları her tür faaliyet sendikal faaliyettir¹⁶⁰.

Kabul edilen geniş yorum çerçevesinde her şeyden önce, “ sendikal faaliyete katılma” ibaresi sadece lâfzî yönüyle anlaşılmamalı katılma olmaksızın işçinin bireysel olarak gerçekleştirdiği faaliyetler de sendikal faaliyet olarak değerlendirilmelidir¹⁶¹. Nitekim Yargıtay da yukarıda değinmiş olduğumuz kararında, piknik sırasında imza toplamayı ve propagandada bulunmayı sendikal faaliyet olarak nitelendirmiştir. O halde, bir işçinin bildiri dağıtması, imza toplaması, propagandada bulunması, sendikacılığı destekleyen yazılar yazması¹⁶² ya da yeni bir sendikanın kuruluşuyla ilgili tanıtım çalışmalarına katılması, vb. sebeplerle gerçekleştirilen ayrımcılıkların sendikal nedene dayandığı söylenebilecektir¹⁶³.

Bundan başka; işçinin sendika toplantılarına katılması¹⁶⁴, üye olduğu sendikanın yönetim organlarında görev alması¹⁶⁵, yasal bir greve katılması¹⁶⁶, vb. şeklindeki faaliyetleri de yine birer sendikal neden teşkil edecektir.

Ayrıca işyeri sendika temsilciliği¹⁶⁷ ve temsilciliğe bağlı olarak gerçekleştirilen faaliyetler de başlı başına bir sendikal nedendir¹⁶⁸. Ancak temsilcilik faaliyetlerinin neler olduğu yasada açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuda, işyeri sendika temsilcilerinin görevlerini düzenleyen SK.’nın 35.maddesinin göz önüne alınabileceği belirtilmektedir¹⁶⁹. O halde temsilcilerin; işçilerin şikâyetlerini dinleyerek çözüme kavuşturmak, işçi ve işveren arasındaki çalışma barışını devam ettirmek, işçilerin hak ve menfaatlerini korumak, çalışma şartlarının TİS ve kanuna uygun biçimde

¹⁶⁰ KUTAL, Sendikacılık Faaliyetleri, s.48.

¹⁶¹ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.165; aynı yazar, İspat Yükü, s. 755; SÜMER, s.107; TUĞ, s.193; EYRENCİ, Sendikalar, s.137; DEMİR, Sorularla, s.99; UÇUM, Toplu İş H, s.204; ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1686.

¹⁶² KUTAL, Sendikacılık Faaliyetleri, s.52.

¹⁶³ OKUR, İspat Yükü, s.755.

¹⁶⁴ 9.HD. 25.6.1998 E.9290 K.10962, Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, www.kazanci.com. tr

¹⁶⁵ SÜMER, s.108.

¹⁶⁶ SÜMER, s.108; OKUR, İspat Yükü, s.759.

¹⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 6, V, 2.

¹⁶⁸ SÜMER, s.109.

¹⁶⁹ DEMİR, Sorularla, s. 151; aynı yazar, Karar İncelemesi, s.40.

uygulanmasını sağlamak amaçları doğrultusunda gerçekleştirdikleri tüm faaliyetler, temsilcilik faaliyeti olarak değerlendirilecektir.

Belirtmek gerekir ki, işçinin gerek “bulunma” gerekse “katılma” şeklinde ortaya çıkan bu faaliyetlerinin, üyesi bulunduğu sendikaya ilişkin olması gerekmez. Bu anlamda örneğin; işçinin başka bir sendika tarafından düzenlenmiş olan toplantıya katılması da sendikal faaliyet olarak değerlendirilir¹⁷⁰. Zira SK.m.31/f.5’te işçinin “üyesi bulunduğu sendikanın faaliyetine” katılmasından değil, genel olarak sendikal faaliyetlere katılmaktan söz edilmektedir.

Bu anlamda, bir işçinin sendikal faaliyette bulunduğunun söylenebilmesi, o işçinin sendika üyesi olması şartına da bağlı değildir¹⁷¹. Zira sözkonusu hükümde, sendikal faaliyetin ancak sendika üyeleri tarafından gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir ibare de bulunmamaktadır. Örneğin; herhangi bir sendikaya üye olmayan işçi de sendikanın başlattığı yasal grevde işçilerle dayanışma içine girebilir ya da grev oylamasında sendika lehine oy kullanabilir¹⁷². Nitekim Yargıtay da, işçinin henüz sendika üyesi olmadığı ancak üye olma girişimlerinde bulunduğu süreçte gerçekleştirilen feshin sendikal nedene dayandığını kabul ederek, üye olma isteği ve bu yöndeki girişimleri sendikal faaliyet şeklinde değerlendirmiştir¹⁷³.

Sendikal faaliyetlerde bulunma ya da bu faaliyetlere katılma kadar, bulunmama ve katılmama da birer sendikal neden teşkil edecektir¹⁷⁴. Ancak uygulamada, gerçekleştirilen ayrımcılıkların neredeyse tamamı, işçinin sendikal faaliyete katılması ya da sendikal faaliyette bulunması nedenlerine dayanmaktadır.

¹⁷⁰ SÜMER, s.108; OKUR, İspat Yüğü, s.755; aynı yazar, Sendika Özgürlüğü, s.166.

¹⁷¹ SÜMER, s.108;EYRENCİ, Sendikalar, s.137; ÇELİK, Kolektif İş H, s.126.

¹⁷² KUTAL, Sendikacılık Faaliyetleri, s.52.

¹⁷³ Yargıtay’a göre; “..davalıya ait işyerinde işçiler üzerinde baskılar yapılarak üyesi oldukları sendikadan istifa ettirildikleri, davacının da istifa ettikten sonra tekrar sendikaya üye olmak istediğı, bu aşamada işverenin sözleşmeyi feshettiğı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin sendikasız olduğu bir aşamada işine son verilmiş olması, feshin sendikal nedene dayanmadığını göstermez..Sendikal fesih kavramı geniş olup, işverenin amacının araştırılmasını da gerektirir.” 9.HD. 19.10.1998 E.12272 K.14546, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www. kazanci.com. tr

¹⁷⁴ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.165.

İşçinin greve katılmış olmasının bir sendikal neden olarak nitelendirilebilmesi, sözkonusu grevin yasal nitelik¹⁷⁵ taşımasına bağlıdır¹⁷⁶. Nitekim TSGLK'nun 45.maddesine göre; yasa dışı bir grev halinde işveren, böyle bir grevin yapılması kararına katılan, böyle bir grevin yapılmasını teşvik eden, böyle bir greve katılan ya da katılmaya ya da devamı teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı sebeple derhal feshedebilir. Aynı yasanın 25.maddesine göre de; işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yasa dışı grev hükmündedir. Bu anlamda örneğin; işçi iş yavaşlatma eylemine katılmış ve sözleşmesi bu yüzden feshedilmişse, sözkonusu feshin sendikal nedene dayandığı söylenemez. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹⁷⁷.

İşçinin TİS'ten yararlanması da kanımızca sendikal faaliyet olarak nitelendirilebilir. Bu anlamda işçinin TİS'ten yararlanıyor olmasına bağlı gerçekleştirilen ayrımcılıkların da sendikal nedene dayandığı söylenebilecektir. Sendikal faaliyet için üyelik şartı aranmadığından, taraf sendika üyesi olmayıp TİS'ten dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanan işçiler bakımından da aynı sonuç geçerli görülmelidir. Sendikal faaliyetlerin iş saatleri dışında ya da iş saatleri içinde gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Ancak işçinin iş saatleri içinde gerçekleştirdiği faaliyetlerin bir sendikal neden teşkil edebilmesi, işverenin rızasının alınmış olması şartına bağlıdır (SK. m.31/f.5). O halde işçi, çalışma süresi başlamadan önce, bittikten sonra ya da ara dinlenmesi sırasında sendikal faaliyette bulunduğu için ayrımcılığa maruz kalmışsa, sendikal nedenin varlığından bahsedilecektir¹⁷⁸. Ancak örneğin; işçi çalışma saatleri içinde işverenden izin almaksızın bildiri dağıtmış ve bu yüzden işten çıkarılmışsa, sözkonusu feshin sendikal nedenle yapıldığı söylenemeyecektir. Nitekim Yargıtay da; *"...iş saatleri içinde ve işverenin rızası olmaksızın sendikal faaliyetlerde bulunduğu takdirde sendikal tazminat isteminin reddine karar vermek gerekir..."*¹⁷⁹ şeklinde karar vererek, iş saatleri içinde gerçekleştirilen faaliyetler bakımından işveren rızasının mutlak bir şart olduğunu ortaya koymuştur.

¹⁷⁵ Yasal bir grevden bahsedebilmek için aranacak unsurlara ilişkin olarak bkz. ÇELİK, İş H, s.609-613.

¹⁷⁶ OKUR, İspat Yüğü, s.759; SÜMER, s.110.

¹⁷⁷ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. § 4, II, 3, b.

¹⁷⁸ SÜMER, s.106.

¹⁷⁹ 9.HD.19.9.1996 E.5543 K.17537, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www. kazanci.com.tr

İşverenin rızasını arayan 31. madde hükmünün, temsilcilerle ilgili 35. madde¹⁸⁰ ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre; TİS uyarınca ya da işverenin rızası ile yerine getirilen sendikal faaliyetler sözkonusu ise, bu takdirde işin aksamayacağının işverence kabul edilmiş olduğu varsayılacaktır¹⁸¹.

Yasada iş saatlerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş olmakla birlikte sendikal faaliyetin işyeri içinde ya da dışında gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği açıklanmamıştır. Buna karşılık doktrinde; gerek işyeri içinde gerekse dışında gerçekleştirilen faaliyetlerin bir sendikal neden teşkil edeceği isabetli olarak kabul edilmektedir¹⁸². Nitekim Yargıtay da yukarıda değinmiş olduğumuz kararında piknikte gerçekleştirilen eylemleri sendikal faaliyet olarak nitelendirmiştir¹⁸³. Yine başka bir kararında Yargıtay; “...davacının, Genel-İş Sendikası yönetim kurulu üyesi bulunduğu ve bu görevleri kapsamı içerisinde düzenlenen bir açık hava toplantısına katıldığı için iş akdi feshedilmiştir. İdari makamlarca yasaklanmayan bir sendika açık hava basın toplantısına katılması nedeniyle iş akdinin feshinin sendikal faaliyete dayandığı tartışmasızdır...”¹⁸⁴ sonucuna ulaşarak, sendikal faaliyetin işyeri içinde gerçekleştirilmesinin şart olmadığını ortaya koymuştur.

İşyeri içindeki faaliyetlerin iş saatleri içinde ya da dışında gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Bu anlamda, iş saatleri içindeki faaliyetler için aranan işveren rızası, kuşkusuz yine göz ardı edilemeyecektir¹⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki, işçinin sendikal faaliyette bulunma hakkı sınırsız değildir. Sendikal faaliyetlerin bir sendikal neden teşkil ettiği ve bu anlamda işçinin m.31 çerçevesinde korunacağı sonucuna ulaşılabilmesi için, sözkonusu faaliyetler işyerinin disiplin ve huzurunu bozmayacak nitelikte olmalıdır¹⁸⁶. Yani işçi imza toplarken ya da bildiri dağıtırken işyerinin düzenini bozarsa ya da sendikada üstlenmiş olduğu görevler nedeniyle işe sürekli geç gelerek işini ihmal ederse bu gibi durumlarda artık bir sendikal

¹⁸⁰ SK.’nın 35.maddesine göre; işyeri sendika temsilcileri bu görevlerini, işyerindeki işlerini aksatmamak şartı ile yerine getirirler.

¹⁸¹ ÇELİK, İŞ H, s.395.

¹⁸² ÇELİK, İŞ H, s.395; SÜMER, s.107; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.167.

¹⁸³ Bkz. s.35.

¹⁸⁴ 9.HD. 25.6.1998 E.9290 K.10962, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

¹⁸⁵ OKUR, İspat Yükü, s.758.

¹⁸⁶ SÜMER, s.109.

nedenin varlığından bahsedilemez. Örneğin; belirtilen şekilde işe sürekli geç gelen bir işçiye verilen uyarı cezasının sendikal nedene dayandığı söylenemez.

Sonuç olarak; SK. m.31/f.5'te yer alan "faaliyetlerine katılmalarından dolayı" şeklindeki ibarenin, belirtmiş olduğumuz esaslar çerçevesinde geniş yorumlanmasına dikkat edilmelidir. Zira aksi bir kabul, sendika özgürlüğünün kapsamı ile sendikal faaliyetlerin kapsamının örtüşmemesi anlamına gelecek bu da, işverenin ayrımcı tutumuna karşı işçinin sendika özgürlüğünün tam anlamıyla korunamaması sonucunu yaratacaktır. Oysa işçiye AY' da tanınmış olan bu özgürlüğün tüm boyutlarıyla korunması şarttır.

İşte bu anlamda SK. m.31/f.1 her ne kadar sendika üyeliği bağlamında düzenlenmiş olsa da, buradaki yasağın sendikal faaliyetleri de kapsayacak biçimde geniş anlaşılması gerektiği isabetli olarak kabul edilmektedir¹⁸⁷. O halde, sendikal faaliyetlerde aktif olan bir işçinin bu yüzden işe alınmamış olmasının da sendikal nedene dayandığı söylenebilmelidir.

3. Değerlendirme

Sendika özgürlüğünü güvenceye bağlayan SK. m.31, sendika üyeliği ve sendikal faaliyetleri temel almakla birlikte sözkonusu kavramların içeriğine yer vermemekte ayrıca yalın ve net sayılamayacak bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Bu durum, SK. m.31 ile getirilen yasakların, sendika özgürlüğünü tam anlamıyla güvence altına alamaması sonucunu yaratmaktadır.

Zira SK. m.31/ f.1'in sadece üyelik bağlamında düzenlenmiş olması, işe alınmamanın sendikal faaliyete dayandığı durumların yasaya aykırılık teşkil etmeyeceği gibi bir anlam ortaya çıkarmaktadır. Benzer yönde 5.fıkra da sadece sendikal faaliyete katılmadan bahsedilmiş, bu faaliyetlere katılmak istemeyen işçiler güvence kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bundan başka 2.fıkra da yer alan TİS'ler ile ilgili hükmün, sadece işe almama bağlamında düzenlenmiş olması da kanımızca isabetli değildir. Öyle ki örneğin; TİS'te

¹⁸⁷ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.150.

öngörülen, sendika üyesi olmayanların öncelikle işten çıkarılacağı şeklindeki bir tenkiset kuralının da geçerli kabul edilmesi mümkün değildir.

Sözkonusu aksaklıklar her ne kadar doktrindeki isabetli görüşler ve bu doğrultuda Yargıtay’ca verilmiş kararlar ile giderilmeye çalışılsa da kanımızca 31.maddenin ilgili fıkralarında değişikliğe gidilerek hem bu aksaklıklar ortadan kaldırılmalı hem de hüküm daha yalın hale getirilmelidir.

Bu anlamda, yasa koyucu öncelikle farklı fıkralarda kullanmış olduğu üyelik ve faaliyet kavramlarını, tek bir kavram olarak “sendikal neden” çatısı altında birleştirmeli ve sendikal nedenin ne anlama geldiğini de yasada özel olarak düzenlemelidir. Sözkonusu yönde oluşturulacak bir düzenleme, kanımızca şu şekilde olabilir:

“ Bu yasada kullanılan sendikal neden ibaresi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler şeklinde anlaşılmalıdır.

Sendika üyeliği; sendikaya üye olma, olmama, üyeliği muhafaza etme, üyeliğe bağlı hakları kullanabilme, üyelikten ayrılma, vb. hakları kapsar.

Sendikal faaliyet ise; sendika üyesi olan ya da olmayan işçiler tarafından, iş saatleri dışında ya da işverenin onayı ile iş saatleri içinde gerçekleştirilen ve işçilerin iktisadi, sosyal, kültürel hak ve çıkarlarını koruma amacı taşıyan her tür faaliyette bulunabilme ya da bulunmama haklarını kapsar”.

Sendikal neden kavramının içeriğinin ayrı bir hükümle düzenlenmesinin ardından m.31’in daha yalın hale getirilmesi için de kanımızca şu yönde bir değişikliğe gidilebilir:

“ İşçilerin işe alınmaları sendikal nedenlere bağlı tutulamaz.

İşveren işçileri arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, ücret, ikramiye, prim, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanmasında sendikal nedenlere dayanarak ayırım yapamaz.

Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında TİS hükümleri saklıdır.

İşveren sendikal nedenler dolayısıyla bir işçiyi işten çıkaramaz.

Birinci ve dördüncü fıkralara ve de üçüncü fıkra saklı kalmak koşuluyla ikinci fıkraya aykırı kayıtlar, iş sözleşmeleri ya da TİS'lerine konulamaz”.

Belirttiğimiz yönde yapılacak değişiklikler sayesinde sendika özgürlüğü ve bu doğrultuda sendikal ayrımcılık, tüm boyutlarıyla güvence altına alınmış olacaktır.

§ 3. İŞ GÜVENCESİ

I. Kavram

Dar anlamıyla iş güvencesi; işverenin keyfî fesihlerini “makul sebeplerle sınırlandırmak suretiyle”, iş ilişkisinin olabildiği ölçüde devamlılığını sağlamaya yönelik önlemler bütünüdür¹⁸⁸.

Ancak iş güvencesi kavramı belirtilen önlemlerle sınırlı olmayıp daha kapsamlıdır. Öyle ki; işverenin fesih hakkına yasa ve sözleşmelerle getirilen tüm sınırlandırmalar (örneğin ihbar önelleri), geniş anlamda iş güvencesi olarak nitelendirilmektedir¹⁸⁹.

Dar anlamıyla iş güvencesi ilk olarak, 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1475 sayılı İK.'da değişiklik yapan 4773 sayılı yasa ve sonrasında 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe girerek 1475 sayılı İK.'nu yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İK. ile hukukumuza girmiştir. Böylelikle iş güvencesi kapsamına giren işyerlerinde, işverenin fesih serbestîsi geçerli sebep gösterme zorunluluğu ile sınırlandırılmıştır.

¹⁸⁸ KAR, Bektaş: İş Güvencesi Kavramı, Legal İSGHD, S.6, 2005, s.560; SARIBAY, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, s.34.

¹⁸⁹ KAR, s.560-561.

II. Önemi

İş güvencesi sistemi, gerek bireysel gerekse kolektif iş hukukunun etkin biçimde uygulanmasını sağlayan önemli bir araçtır. Öyle ki, iş güvencesinin bulunmadığı bir sistemde işçi, kendini sürekli bir fesih tehdidi altında hissedecek bu anlamda, sahip olduğu yasal haklarını kullanmaktan çekinecek¹⁹⁰, hatta işverenin yasal olmayan uygulamalarına boyun eymek zorunda dahi kalabilecektir¹⁹¹. Bu şartlar altındaki bir işçiden, verimli bir çalışmanın beklenmesi de mümkün olmayacaktır¹⁹².

Sendikal haklar da ancak iş güvencesiyle tamamlandığı takdirde anlam ifade ederek işlerliğe sahip olur¹⁹³. Zira geçerli bir neden olmadan işten çıkarılabileceğini bilen işçi; sendikal faaliyetlere katılmaya, sendika üyesi olmaya çekinecektir. Geçerli bir nedene dayanmak zorunda olmayan işveren ise, sendikal örgütlenmeyi engelleme veya TİS yüklerini hafifletme amacıyla, fesih hususunda olabildiğince esnek davranacaktır. O halde, işçinin işini kaybetme yönündeki kaygısı ne derece az olursa sahip olduğu sendikal haklardan yararlanma cesareti o ölçüde artacak; sendikal nedenlere dayanarak feshe gitme arzusu içinde olan işverenin keyfi uygulamaları da aynı ölçüde kısıtlanmış olacaktır.

III. Kapsamı

İK.m.18/f.1'e göre; otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Görüldüğü gibi İK. iş güvencesinden yararlanabilme hakkını her işçiye tanımamış, bu yönde birtakım koşulların varlığını aramıştır. Söz konusu koşullar altı grupta ele alınabilir.

¹⁹⁰ KUTAL, Metin: İş Güvencesinin İktisadi ve Sosyal Etkileri Üzerine Bazı Düşünceler, Münir Ekonomi'ye 60. Yaş Armağanı, s.209.

¹⁹¹ EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.161.

¹⁹² SÜZEK, İş H, s.431.

¹⁹³ KUTAL, İş Güvencesi, s.211; UÇUM, Mehmet: Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi-sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Sempozyumu, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, s.169.

İşçinin, İK. ya da Basın İş K. kapsamında yer alması: İş güvencesi hükümleri sadece İK. kapsamına giren işçilerle 5953 sayılı Basın İK.'na tabi işçiler¹⁹⁴ (İK.m.116) bakımından uygulama alanı bulur. Bu anlamda BK. ve Deniz İş Kanunu kapsamında yer alan işçiler, sözkonusu hükümlerden yararlanamaz¹⁹⁵.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi: İş güvencesi sistemi işçiyi, işverence gerçekleştirilen fesihlere karşı korumayı amaçlar¹⁹⁶. Yasa koyucu da m.18'de; "iş sözleşmesini fesheden işveren" anlatımına yer vererek bu amacı somutlaştırmıştır. O halde iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla ya da işçi tarafından sona erdirildiği hallerde, iş güvencesi hükümleri uygulanamayacaktır.

İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması: Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların iş güvencesinden yararlanamamaları, bu sözleşmenin niteliğinin bir sonucudur. Zira belirli süreli iş sözleşmeleri haklı bir neden olmadıkça, süre bitimine kadar zaten sona erdirilemezler. Bu anlamda işçiye nispi anlamda iş güvencesi sağladıkları kabul edilmektedir¹⁹⁷. Nitekim 158 sayılı ILO Sözleşmesinde de, bu tip sözleşmelerin uygulama alanı dışında bırakılabilmesi mümkün görülmüştür (m.2,b.2). Aynı sözleşme, iş güvencesi hükümlerini bertaraf etme amacıyla yapılabilecek belirli süreli iş sözleşmelerine karşı gerekli önlemlerin alınması gerektiğini de belirtmiştir (m.2,b.3). İK. m.11 ile getirilen düzenleme de bu amaca yöneliktir¹⁹⁸.

İşçinin en az altı aylık kıdeminin bulunması: Sözkonusu altı aylık sürenin başlangıcında iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarih göz önüne alınacaktır¹⁹⁹. Kıdem koşulunun aranacağı an bakımından ise, iş

¹⁹⁴ İş K.m.116/f.2'de, uygulamanın kıyas yoluyla düzenlenerek gazetecilerin kapsama alınmasının yasa yapma tekniğine uygun olmadığı hakkındaki eleştiriler için bkz. SOYER, Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s.29.

¹⁹⁵ Yargıtay' a göre ; "...854 sayılı Deniz İK.'da 4857 sayılı Yasadaki işe iade ile ilgili hükümler yer almamıştır.Buna rağmen ILO sözleşmelerine dayanılarak yazılı şekilde tazminatın ödenmesine karar verilmesi hatalıdır.." 9 HD. 6.6.2005 E.12948 K.20465, ÇANKAYA, Osman Güven/ GÜNAY, Cevdet İlhan/ GÖKTAŞ, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, s.433-434.

¹⁹⁶ SOYER, s.31.

¹⁹⁷ ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş güvencesi, 3.Yılında İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005, s.209; SOYER, s.29; SARIBAY, s.43.

¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞTERZİ, Süleyman: 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi, Can Tuncay'a Armağan, s. 642-645

¹⁹⁹ BAŞTERZİ; s.638; SARIBAY, s.63.

sözleşmesinin fesih tarihine bakılması gerekir. Yani, altı aylık sürenin ihbar süreleri sonunda dolacak olması, iş güvencesinden yararlanabilmek için yeterli değildir²⁰⁰. Söz konusu altı aylık sürenin hesabında ise fiilen çalışılan günler değil, işçinin işe başladığı tarihten itibaren geçen iş ilişkisi süreci dikkate alınacaktır²⁰¹. Eğer işçi, aynı işverenin farklı işyerlerinde çalışmışsa kıdem hesabında, bu işyerlerinde çalışılan sürelerin toplamı esas alınacaktır (İK. m.18/f.4). Böyle bir birleştirme yapılırken, işyerlerinin farklı işkollarında bulunup bulunmaması önem taşımaz²⁰².

Belirli konumda işveren vekili olmamak: İK.m.18/son'a göre; işletmenin bütünü²⁰³ sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile, işyerinin bütünü sevk ve idare eden ve de işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında, iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. Bu düzenleme, kapsam dışı bırakılan orta ve üst düzey yöneticiler ile işveren arasındaki olası güçlü güven ilişkisi temeline dayanır. Yasa koyucu, söz konusu güvenin sarsıldığı durumlarda işvereni, geçerli sebep gösterme zorunluluğu altında bırakmak istememiştir²⁰⁴. Düzenlemede, iş güvencesi kapsamı dışında kalacak işveren vekilleri iki grup olarak belirtilmiştir. Dikkat edilmesi gerekir ki, "işyerinin bütünü" sevk yetkisi bulunan işverenler ancak "işçi alma-çıkarma yetkisine de" sahip oldukları takdirde kapsam dışı kabul edilecektir²⁰⁵.

İşyerinde en az otuz işçinin çalışıyor olması: Yasa koyucu, iş güvencesi hükümlerinin ancak belli sayıda işçi istihdam eden işyerlerinde uygulanabileceğini öngörmüştür. Buna göre; bir işyerinde otuz işçiden²⁰⁶ az (örneğin 29!) işçinin çalışması, o işyerindeki işçilerin kapsam dışı kalması anlamına gelecektir.

²⁰⁰ SOYER, s.33; ALPAGUT, s.208.

²⁰¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.570; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.165; SÜZEK, İş H, s.440; GÜZEL, Ali: İş Güvencesine ilişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, s.33.

²⁰² SOYER, s.34; ALPAGUT, s.208.

²⁰³ İşletmenin bütünü yönetme ile kastedilenin, işletmeye ilişkin "her alanda söz sahibi olmak" şeklinde anlaşılması gerektiği hakkında bkz. BAŞTERZİ, s.641.

²⁰⁴ BAŞTERZİ, s.640; SÜZEK, İş H, s.442.

²⁰⁵ GÜZEL, İş Güvencesi, s.35; ÇELİK, İş H, s.217; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.166; SÜZEK, İş H, s.442.

²⁰⁶ 50'den fazla işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri bakımından bu sayı en az 51 olacaktır. ÇELİK, İş H, s.212.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde, işverene iş sözleşmesi ile bağlı işçiler dikkate alınacaktır. Bu anlamda; geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalışanlar, alt işveren işçileri, stajyer ve çıraklar sözkonusu sayıya dahil edilmeyecektir²⁰⁷. Bunun dışında güvence kapsamına girecek işyerlerinin belirlenmesinde önem taşıyan fiili çalışmalar değil, hukuken mevcut iş sözleşmesi sayısıdır²⁰⁸. İşverenin aynı işkolunda²⁰⁹ birden fazla işyerinin bulunması halinde ise, otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı dikkate alınır (İ.K.m.18/4). Bu şekildeki düzenlemenin amacı; işverenin işyerlerini bölerek, iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmesini engelleyebilmektir²¹⁰.

Otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde hangi tarihteki sayının, daha da önemlisi fiilen çalışan işçi sayısının mı yoksa çalıştırılması gereken işçi sayısının mı esas alınacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş uyarınca; böyle bir belirlemedeki kural, fesih tarihinin esas alınmasıdır. Ancak bu tarih itibarıyla işyerinde çalışan işçi sayısının otuzdan az olması durumunda, yine fesih tarihinde işyerinin sahip olduğu normal işgücü kapasitesine bakılmalıdır. Sözkonusu kapasitenin otuzun üzerinde olduğunu ileri süren işçi, bu iddiasını ispatlamakla yükümlü olacaktır²¹¹. Doktrindeki diğer bir görüş ise, yalnızca iş sözleşmesinin fesih tarihini esas almakta, bu tarih itibarıyla çalışan işçi sayısı çerçevesinde değerlendirmeye gitmektedir²¹².

Kanımızca da ilk görüş isabetli olmakla birlikte, işçilerin ispat hususunda yaşayacakları zorluk bakımından, bu görüşün uygulamada ne derece etkin olacağı tartışılabilir.

158 sayılı ILO Sözleşmesine göre; işletmenin büyüklüğü ve niteliği açısından gerekli olduğu ölçüde “sınırlı bir kategori” kapsam dışı bırakılabilecektir (m.2). Bu düzenlemenin amacı, işçi işveren ilişkilerinin daha sıkı olduğu küçük işyerlerini, iş

²⁰⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.165; SOYER, s.41; ALPAGUT, s.212.

²⁰⁸ SOYER, s.41; UÇUM, Seminer Notları, s.135.

²⁰⁹ İşverene ait işyerlerinin aynı iş kolunda olup olmadığının belirlenmesinde asıl iş göz önüne alınacaktır. bkz. SARIBAY, s.50; ÇELİK’e göre; yapılacak bir değişiklik ile aynı iş kolu ibaresinin yasadan çıkarılması isabetli olacaktır. bkz. ÇELİK, İş H, s.214.

²¹⁰ SOYER, s.42; ALPAGUT, s.212; GÜZEL, İş Güvencesi, s.30.

²¹¹ SOYER, s.42; ALPAGUT, s.212-213; GÜZEL, İş Güvencesi, s.32

²¹² EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.165; UÇUM, Seminer Notları, s.134; BAŞTERZİ de bu görüşe katılmakla birlikte, ilk görüşün, olması gereken hukuk yönünden savunulabilir olduğunu belirtmektedir. bkz. BAŞTERZİ, s.628.

güvencesinin maliyetlerinden korumaktır²¹³. m.18 ile getirilen otuz işçi ölçütü de kaynağını sözkonusu düzenlemeden almıştır. Böyle bir amaç doğrultusunda işçi sayısına yönelik bir koşulun aranması ILO' ya aykırılık teşkil etmemekle birlikte; getirilen sınır ile amaç arasında ölçülülüğün bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir²¹⁴. Zira böyle bir düzenleme, ülkemizdeki işyerlerinin %90'ından fazlasının ve işçilerin de yarısına yakın bir kısmının kapsam dışı kalması sonucunu yaratmaktadır²¹⁵. O halde, sınırlı işçi kategorisinin aşıldığı ve bu anlamda otuz işçi koşulunun 158 sayılı ILO' ya uygun olmadığı söylenebilir²¹⁶. Yine aynı gerekçeyle bu ölçütün AY.'daki eşitlik ilkesine aykırılık taşıdığı da söylenebilecektir²¹⁷.

Belirtmek gerekir ki; sözkonusu yasal düzenlemenin AY.'ya aykırılığı iddiası ile iptali isteminde bulunulmuş ve bu istem, AYM. tarafından reddedilmiştir²¹⁸. Zorunlu tasarruf kesintilerine ve Konut Edinme Yasasına ilişkin kararlarında eşitlik ilkesine aykırılığı göz önüne alarak iptal kararı vermiş olan AYM'nin, 30 işçi koşulu getiren düzenleme bakımından da benzer bir karar vermemiş olması, kanımızca isabet taşımamaktadır.

IV. Hükümleri

İş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde işveren, fesih bildirimini belli bir usul çerçevesinde yapmak (İK.m.19) ve en önemlisi, feshe ilişkin geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (İK.m.18). Sözkonusu geçerli sebepler; işçinin yeterliliğine, davranışlarına ya da işletmenin, işyerinin, işin gereklerine ilişkin olmalıdır. Feshin bu usul ve sebepler çerçevesinde gerçekleşmemiş olduğunu düşünen işçi, itiraz amacıyla işe iade davası açarak ya da uyuşmazlığı özel hakeme²¹⁹ götürerek,

²¹³ SOYER, s.38; ALPAGUT, S.211; BAŞTERZİ, s.630. ÇELİK, İş H, s.212.

²¹⁴ ÇELİK, İş H, s.212; ERTÜRK, Süreli Fesih, s. 261.

²¹⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.165; SÜZEK, İş H, s.438.

²¹⁶ UÇUM, Seminer Notları, s.134; ALPAGUT, s.211; GÜZEL, İş Güvencesi, s.28; SOYER, s.39. 4773 sayılı Yasa'nın 2.maddesinde 10 işçi ölçütü yer almakta, bu sayı sınırı dahi eleştirilmekteydi bkz. ULUCAN, Öneriler, s.24. 10 işçi ölçütünün AY.'daki çalışma hakkı ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediği hakkında bkz. ÇELİK, İş H, s.213; 10 işçi ölçütüne, yasada yapılacak bir değişiklik ile tekrar dönülmesinin isabetli olacağı hakkında bkz. SÜZEK, İş H, s.438.

²¹⁷ UÇUM, Seminer Notları, s.134; ÇELİK, İş H, s.212; GÜZEL, İş Güvencesi, s.28.

²¹⁸ AYM. 19.10 2005 E.2003/66 K.2005/72, RG 24 Kasım 2007, 26710.

²¹⁹ İK.'nın 20.maddesine göre, taraflar anlaşırsa uyuşmazlık özel hakeme götürülebilir. Ancak fesih öncesinde iş sözleşmelerine koyulan tahkim şartının işçiyi bağlamayacağı, işçinin böyle bir şarta rağmen isterse iş mahkemesine gidebileceği, zayıf olan işçinin korunması amacıyla kabul edilmektedir. Bkz.

tekrar işine geri dönme talebinde bulunabilir (İK.m.20) Belirtmek gerekir ki, madde metninde yer alan TİS'lere tahkim şartı konulabileceğini öngören düzenleme, AYM tarafından iptal edilmiştir²²⁰.

Geçerli bir fesih sebebi bulunsa da işveren fesih bildirimini yazılı olarak gerçekleştirmek zorundadır. Zira fesih bildiriminin yazılı yapılması bir geçerlilik koşuludur²²¹.

Yazılı yapılan bildirimde fesih sebeplerinin de açık ve kesin biçimde belirtilmesi gerekir. Böylelikle işçi işten niçin çıkarıldığını bilecek, dava açıp açmama kararını bu doğrultuda verecek ve de açılacak davada işverenin fesih nedenini değiştirmesi engellenmiş olacaktır²²². İşverenin fesih sebebini açıklarken genel ifadelerle yetinemeyeceği, sebebi belirli ölçüde somutlaştırması gerekeceği kabul edilmektedir²²³. Buna göre örneğin yetersizlik ibaresi tek başına açıklık ve kesinlik koşulunu sağlamayacak, işçinin hangi açıdan yetersiz olduğunun da belirtilmiş olması aranacaktır.

İşverenin geçerli sebepten kaynaklanan fesih hakkını kullanmadan önce, işçinin savunmasını alması da zorunludur (İK.m.19/f.2). Ancak böyle bir zorunluluk, yalnızca işçiye ilişkin geçerli sebepler açısından sözkonusu olacaktır²²⁴. Yasa koyucu savunmanın şekli ve yöntemi bakımından bir açıklık getirmemiştir. Buna karşılık, işverenin fesih nedenlerini yazılı biçimde bildirerek işçiye, savunması için makul bir süre tanınması gerektiği²²⁵ ve savunmanın yazılı alınmasının ispat hukuku bakımından kolaylık sağlayacağı²²⁶ doktrinde kabul edilmektedir. Makul süre içinde savunmasını

UÇUM, Seminer Notları, s.138 ve benzer yönde AKI, Erol: İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş H. ve SGH. TMK. 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.291.

²²⁰ Bkz. dpn. 218'de belirtilmiş olan karar.

²²¹ SOYER, s.56; ALPAGUT, s.237; ÇELİK, İş H, s.229; ERTÜRK, Süreli Fesih, s. 272; GÜZEL, İş Güvencesi, s.88; SÜZEK, İş H, s.468.

²²² EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.172; SOYER, s.57; ALPAGUT, s.237; ÇANKAYA /GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.106; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s.51.

²²³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.172; SÜZEK, İş H, s.469.

²²⁴ İK.m.25/f.2'ye dayanan fesihlerde savunma alma zorunluluğunun düzenlenmemiş olması haklı olarak eleştirilmiştir. Sözkonusu eleştiriler için bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.173; SÜZEK, İş H, s.470; SOYER, s.58

²²⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.173; SÜZEK, İş H, s.470; GÜZEL, İş Güvencesi, s.85.

²²⁶ ALPAGUT, s.238; SOYER, s.58

vermediği takdirde, savunmadan vazgeçmiş sayılacağı da işçiye hatırlatılmalıdır²²⁷. Belirtmek gerekir ki, fesih öncesi işçinin savunmasının alınması da bir geçerlilik koşuludur²²⁸. Yani, savunma alınmadan yapılan fesihler salt bu nedenden ötürü geçersiz sayılacaktır.

Fesih nedeninin ortaya çıkmasından sonra, fesih hakkının kullanılması yasada belli bir süreye bağlanmamıştır. Ancak bu hakkın iyi niyet kuralları çerçevesinde belirlenecek makul bir süre içinde kullanılması gerektiği kabul edilmektedir²²⁹.

İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (İK.m.18/f.1).

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerin neler olabileceği hususunda Yasada bir açıklık bulunmamakla birlikte, bu sebepler madde gerekçesinde somutlaştırılmıştır. Gerekçeye göre; benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmanın giderek azalması, işe yatkın olmama, öğrenme ve kendini geliştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, işyerinden kaynaklanacak fesihlerde emeklilik yaşının gelmiş olması hali, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere örnek teşkil eder. Görüldüğü gibi sözkonusu sebepler, işçinin mesleki ve fiziki yetersizliğine ilişkindir. Bu sebeplere dayanan geçerli bir nedenden bahsedebilmek için, işçinin kusurunun varlığı aranmaz²³⁰. Ancak bu sebeplerin geçerli bir neden teşkil edebilmesi, işyerinin işleyişini olumsuz yönde etkilemiş olmalarına bağlıdır²³¹.

İşçinin yeterliliği gibi, davranışlarından kaynaklanan sebepler de madde gerekçesinde somutlaştırılmıştır²³². Buna göre; işverene zarar vermek veya zararın

²²⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.173; GÜZEL, İş Güvencesi, s.85.

²²⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.173; SÜZEK, İş H, s.470; UÇUM, Seminer Notları, s.153; GÜZEL, İş Güvencesi, s.85.

²²⁹ GÜZEL, İş Güvencesi, s.80; SÜZEK, İş H, s.468.

²³⁰ SÜZEK, Sarper: İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay' a Armağan, s.570.

²³¹ GÜZEL, İş Güvencesi, s.44; UÇUM, Seminer Notları, s.141; ÇELİK, İş H, s.219.

²³² Yasa gerekçesinde verilen bu örneklerin haklı-geçerli fesih ayrımını zorlaştırdığı hakkında bkz. SOYER, s. 45; Sözkonusu ayrımın netleştirilmesine yönelik olarak doktrince geliştirilen ölçütler akında bkz. UÇUM, Seminer Notları, s.143-148.

tekrarı tedirginliği yaratmak, arkadaşlarını işverene karşı kıskırtmak, amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, işyerinde rahatsızlık yaratacak biçimde çalışma arkadaşlarından borç para istemek, uyarılara rağmen işi eksik-kötü yerine getirmek ve sık sık işe geç gelmek gibi durumlar, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep örnekleridir. Belirtmek gerekir ki; işçinin davranışı sosyal - etik açıdan olumsuz nitelik taşımasına rağmen işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecinde olumsuz bir etki yaratmıyorsa, geçerli bir fesih nedeninden bahsedilemez²³³.

18. madde gerekçesinde, işletme gereklerinin neler olabileceği de iki grup halinde belirtilmiştir. Buna göre; sürüm ve satış olanaklarının azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, talep ve sipariş azalması, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işçi çıkarma halinde işyeri dışından kaynaklanan geçerli sebeplerden bahsedilecektir. İşyeri içi sebepler ise, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir. Her iki gruba giren sebepler bakımından ortak nokta, tek başlarına feshin geçerliliğini sağlayamamalarıdır. Söz konusu sebeplere dayanan fesih işleminin geçerli olabilmesi için bu sebeplerin, işçiyi etkileyerek o işçinin işyerinde çalıştırılması olanağını ortadan kaldırmış olması gerekir²³⁴. Bu anlamda işletme gerekleriyle fesih; “işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanması” amacıyla gerçekleştirilen işe son verme işlemleri olarak tanımlanabilir²³⁵.

İK. m.18 gerekçesinde, işletmenin, işyerinin, işin gereklerine ilişkin sebeplerle uygulamaya gidilirken, feshe son çare olarak bakılması gerekeceği de belirtilmiştir. Son çare ilkesi her ne kadar işletme gerekleriyle feshe ilişkin olarak belirtilmişse de bu ilkenin, uygun düştüğü oranda işçiden kaynaklanan sebepler bakımından da göz önüne alınması gerektiği kabul edilmektedir²³⁶. İşveren son çare ilkesinin gerekleri

²³³ GÜZEL, İş Güvencesi, s.54; UÇUM, Seminer Notları, s.140.

²³⁴ GÜZEL, İş Güvencesi, s.63.

²³⁵ ENGİN, s.36.

²³⁶ ALPAGUT, s.238; SOYER, s.58; GÜZEL, Ali: İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenlerle Feshinde Ultima Ratio İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay’a Armağan, s.71. Yazara göre, son çare ilkesi, işçinin performans ve uyumu konusu ile sınırlı olarak işçiye ilişkin fesihlerde de uygulanmalıdır.

doğrultusunda hareket etmeksizin feshe gitmişse, bu fesih geçersiz sayılacaktır²³⁷.
Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir²³⁸.

²³⁷ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.100; GÜZEL, Son Çare İlkesi, s.71.

²³⁸ 9.HD. 29.12.2003 E.23204 K.22988, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

İKİNCİ BÖLÜM

SENDİKAL AYRIMCILIK TEŞKİL EDEN DURUMLAR

ve SENDİKAL AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ

§ 4. SENDİKAL AYRIMCILIK TEŞKİL EDEN DURUMLAR

I. Genel Olarak

Bazı işverenler, sendika özgürlüğünün en önemli araçlarından biri olan TİS'lerin, girdileri pahalandırarak işletmeye yük oluşturduklarını düşünmekte bu anlamda da işyerinin gelişip güçlenmesi bakımından, sendikalaşmayı bir tehdit olarak görmektedirler. Bu doğrultuda işverenler, yasalarda işçilere tanınmış olan temel hakları yasa dışı yöntemlerle engellemeye çalışarak, sendikalaşmanın önüne set çekme amacı taşımaktadırlar. İşverenler, sendikasızlaştırma hususunda farklı yöntemlere başvurabilmektedir²³⁹.

Bu yöntemlerden en önemlileri; sendikalı işçileri işe almayarak işe ihtiyaç duyanları sendikalarından uzak tutmak, sendikal haklarını kullanan işçileri bu tip haklarını kullanmayan işçiler karşısında dezavantajlı konuma getirecek uygulamalarda bulunmak ve de sendikal faaliyetlerde bulunanları işten çıkarmak olarak sayılabilir.

İşverenin kendi çıkarları doğrultusundaki amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik ayrımcı tutumları, çoğunlukla bizzat kendi iradesinin ürünüdür. Ancak bazen sözkonusu iradenin oluşumunda işçi sendikalarının da etkin rol oynadığı görülebilmektedir.

Çalışmanın bu kısmında; işverenin sendikal ayrımcılık iradesinden kaynaklanan tutum ve uygulamaları, iş ilişkisinin her üç aşaması bakımından ele alınacaktır.

²³⁹ Örneğin; sendikasız işçi sayısını yeni işçi alımları ile arttırmak, sendika üyeliğinden istifa karşılığında ödüllendirmek ya da taşeronlaşma ile ana işletmenin bütünlüğünü parçalayarak TİS yetkisini düşürmek, vb. bkz. "Nasıl Sendikasızlaştırıyorlar?", Sendikal Notlar, Petrol İş Yayınları, S.7, Şubat 2001, s.103-107.

II. AYRIMCI İŞVEREN UYGULAMALARI

1. İşe Almama

İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri ya da girmemeleri şartına bağlı tutulamaz (SK. m.31/f.1). TİS'lere veya hizmet akitlerine, bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz (SK. m.31/f.2).

Öğretide, sözkonusu düzenlemede işe alınma ile kastedilenin sadece ilk kez işe alınma olmadığı, süresi biten iş sözleşmesinin yenilenmemesinin de bu kapsamda değerlendirileceği isabetli olarak kabul edilmektedir²⁴⁰.

İşe almama şeklinde ortaya çıkan bir sendikal ayrımcılıktan bahsedilebilmesi için, işverenin işe alırken yasaya aykırı şartlar ileri sürmüş olması yeterli görülmekte; işçinin bu şartları kabul etmeyerek işe girmemiş olması ya da kabul ederek işe girmesi önem taşımamaktadır²⁴¹.

İş sözleşmesi ya da TİS'lerde; işçinin sendika kuramayacağı, sendikaya üye olamayacağı, üye ise üyelikten ayrılacağı, sendikal faaliyetlere katılacağı ya da katılmayacağı gibi şartlara²⁴² yer verilmişse, "açık bir sendikal ayrımcılıktan" bahsedilecektir. Böyle bir durumda m.31/f.2 ve BK. m.20 çerçevesinde, sözkonusu şartlar hükümsüz sayılacaktır²⁴³. Ancak işçinin korunması göz önüne alınarak, sözleşmenin tümünün değil, sadece ayrımcılık yaratan kısmının hükümsüz sayılması gerektiği de isabetli biçimde kabul edilmektedir²⁴⁴.

Bu anlamda sözleşmelerle getirilen kapalı işyeri²⁴⁵ şartı ve sendikal işyeri²⁴⁶ şartlarının hukukumuz bakımından hükümsüz olacağı açıktır.

²⁴⁰ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.148; TUNCAY, Eşit Davranma, s.155.

²⁴¹ UÇUM, Toplu İş H, s.202.

²⁴² OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.150.

²⁴³ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.246; TUNCAY, Sendika Üyeliği, s.249; AKYİĞİT, s.430; DEMİR, Sendikalar, s.189.

²⁴⁴ ŞAHLANAN, Sendikalar, s.177; GÜNAY, s.759.

²⁴⁵ Bu şart, iş ilişkisinin kurulması ve devam etmesini sadece TİS'e taraf sendikaya önceden üye olma koşuluna bağlamaktadır. DEMİR, Sorularla, s.96; SÜMER, s.88 kapalı iş yeri şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.236-237.

İşverenlerin işe almama şeklinde gerçekleştirdikleri ayrımlar, genellikle kendilerine yakın işçi sendikalarından ya da diğer işverenler veya işveren sendikalarından almış oldukları bilgilere dayanır²⁴⁷. İşverenler, sendikal faaliyetlerde aktif olan işçilerle ilgili bir isim listesi yayınlayarak (kara liste), bu işçilerin işe alınmamlarını talep edebilirler. İşverenin kara liste uygulaması için dayanmış olduğu sebep ne olursa olsun (örneğin işçinin yasa dışı greve katılmış olması bile) bu uygulamanın sendika özgürlüğüne aykırı olduğu kabul edilmelidir²⁴⁸. İşte söz konusu listeler doğrultusunda hareket ederek gerçekleştirilen işe almama da m.31/f.1 bakımından sendikal ayrımcılık teşkil edecektir.

Öğretide, işe almama şeklindeki ayrımcı uygulamada bazen işçi sendikalarının da etkisi olabileceği belirtilmektedir. Buna göre işçi sendikalarının, eski üyelerinin işe alınmasını engelleme amacıyla işverenlere baskı yapma ihtimali bulunmaktadır²⁴⁹.

2. Farklı Muamelede Bulunma

a) Genel Olarak

SK.'nın 31. maddesinin 3. fıkrası, iş ilişkisinin devamında işçiler arasında sendika üyeliğine dayanılarak ayrıma gidilemeyeceğini düzenlemiş; aynı hükmün 5. fıkrasında da sendikal faaliyetlere dayanılarak yapılacak ayrımlar yasaklanmıştır.

Buna göre işveren, sendikal nedenlere dayanarak işçileri arasında; işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, ücret, ikramiye ve primlerde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanmasında ayırım yapamayacaktır.

İşverenlerin sendikal nedenlere dayanan ayrımcı tutum ve uygulamaları çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. İşverenler, ağır işlerde çalıştırarak²⁵⁰, mesleki ilerlemelerine engel olarak ya da sıkça disiplin cezalarına çarptırarak, işçilerin sendikal tercihlerini

²⁴⁶ Bu şart ise; iş ilişkisinin kurulmasını ve devam etmesini, işe alınmadan önceki süreçte ya da TİS'in yürürlüğe girmesinden belli bir süre sonra, taraf sendikaya üye olma koşuluna bağlamaktadır. DEMİR, Sorularla, s.96.

²⁴⁷ AKYİĞİT, s.431.

²⁴⁸ ŞAHLANAN, Sendikalar, s.178; EYRENCİ, Sendikalar, s.133; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.236.

²⁴⁹ ŞAHLANAN, Sendikalar, s.178.

²⁵⁰ AKYİĞİT, s. 431.

engellemeye çalışabilir²⁵¹. Aynı şekilde işveren, kendi istediği sendikaya üye olmayan işçinin fazla çalışma talebini reddedebilir, bu işçinin işini veya çalıştığı işyerini değiştirebilir²⁵². Ayrımcı uygulama; daha az ücret ödeme, meslek eğitimine göndermeme, çay-kahve molalarının iptali, işyeri bahçesine araç park etme talebinin reddi²⁵³, kapı denetiminde ayrıma tabi tutma²⁵⁴, vb gibi çeşitli şekillerde somutlaşabilecektir.

Ayrımcı uygulamalar, belirtilen şekillerde doğrudan bir nitelik taşıyabileceği gibi, bu uygulamaların dolaylı olarak gerçekleştirilebilmesi de mümkündür²⁵⁵. Örneğin; sendikal faaliyette bulunan bir işçinin, aynı işyerinde çalışan eşinin iş akdi feshedilmişse, sendikal ayrımcılık dolaylı biçimde ortaya çıkmış olacaktır.

Farklı muamelede bulunma şeklindeki ayrımcı işveren uygulamalarında, bazen işçi sendikalarının da etkisi olabilmektedir. Örneğin; sendika üyesi olan işçinin başka bir sendikaya üye olması halinde eski sendikasının işverene baskı yapması ve bu baskı sonucu işverenin, işçiyi yıllardır sürdürdüğü görevinden alarak başka bir göreve getirmesi durumunda böyle bir etkiden bahsedilebilecektir²⁵⁶. Bu tarz baskılarda bulunan işçi sendikalarının da, ortaya çıkan sendikal ayrımcılıktan sorumlu tutulabilecekleri kabul edilmektedir²⁵⁷.

b) Yönetim Hakkının Kullanılmasında

Yönetim hakkı işverenin işyerinde tek taraflı olarak birtakım talimatlar verebilme yetkisini ifade eder. Bu talimatlar işin görülmesine ilişkin olabileceği gibi,

²⁵¹ NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s.159.

²⁵² GÜNAY, s.761; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.153.

²⁵³ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.153-154.

²⁵⁴ EYRENCİ, Sendikalar, s.135.

²⁵⁵ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.153.

²⁵⁶ ÇELİK, Kolektif İş H.s.127.

²⁵⁷ UÇUM, Toplu İş H, s.207 Yazara göre; sendikal ayrımcılığa maruz kalan işçi işverenden sendikal tazminat isteyebileceği gibi, yoksun kaldığı haklar çerçevesinde belirlenecek maddi zararını ve sendikal tercihlerinin ihlali nedeniyle uğramış olduğu manevi zararı, ilgili işçi sendikasıdan talep edebilecektir.

işçilerin işyerindeki davranışlarına veya işyerinde belli bir düzenin sağlanmasına yönelik de olabilir²⁵⁸.

İşverene bu şekilde işyerinde çalışma koşullarını belirleme yetkisi veren yönetim hakkının sınırsız olmadığı; SK.m.31/f.3'te işin sevk ve dağıtımına ilişkin sendikal ayrımcılık yasağının, yönetim hakkının sınırlarından birini teşkil ettiği kabul edilmektedir²⁵⁹. Bu anlamda işverenin talimat verme yetkisini, sendikalı-sendikasız işçiler arasında farklı muamele yapma amacıyla kullanması sendikal ayrımcılık teşkil edecektir.

Ücretsiz izin uygulaması, çalışma koşullarına ilişkin bir uygulama olarak görülmekte ve bu anlamda m.31/f.3'teki yasağın sözkonusu durum bakımından da geçerli olacağı belirtilmektedir²⁶⁰. O halde işveren ücretsiz izne, sadece sendikalı işçileri ya da işçi sendikasının zorlaması sonucu sadece sendikasız işçileri çıkaramayacak, aksi bir uygulama sendikal ayrımcılık teşkil edecektir²⁶¹.

Ücretsiz izin uygulaması hakkında İK.'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte; işçinin onayı²⁶² veya TİS'te ücretsiz izni mümkün kılan bir düzenlemenin varlığı halinde sözkonusu uygulamanın geçerli olacağı kabul edilmektedir²⁶³. Bu noktada akla gelebilecek soru ise; işçi tarafından gösterilmiş olan rızanın, farklı muamele ile sendikal neden arasındaki illiyet bağıını kesip kesmeyeceğidir. Doktrinde isabetli olarak bu soru olumsuz yanıtlanmıştır. Buna göre, ücretsiz izne çıkarılan işçi bakımından sendikal ayrımcılık yapılmışsa işçinin rızası, sözkonusu ayrımcılıktan bahsedilmesini engelleyemez²⁶⁴.

²⁵⁸ SÜZEK, Sarper: İşverenin Yönetim hakkı ve Sınırları, Prof.Dr. Metin Kutsal' a Armağan, Ankara 1998, s.226-227. İşverenin yönetim hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981.

²⁵⁹ SÜZEK, Yönetim Hakkı, s.229-230.

²⁶⁰ UÇUM, Toplu İş H, s.206.

²⁶¹ UÇUM, Toplu İş H, s.206; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.150.

²⁶² Ücretsiz izin uygulamasının çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliği taşıdığı hakkında bkz. ENGİN, Murat: İşletme Gereklileriyle Fesih ve Ücretsiz İzin, Legal İSGHD, S.2, 2004, s.541 aynı yönde; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.151.

²⁶³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.150.

²⁶⁴ UÇUM, Toplu İş H, s.206-207.

c) Disiplin Cezalarının Uygulanmasında

Bir işyerinde işin verimli biçimde yürütülerek düzenin korunabilmesi, o işyerinde çalışma koşullarına aykırı davranılmaması sayesinde mümkün olabilecektir. Bu anlamda işverene, yönetim hakkının bir parçası olarak, gerekli durumlarda disiplin cezası verme yetkisinin tanınması isabet taşır²⁶⁵.

Disiplin cezaları; ihtar, ücret kesme, işten uzaklaştırma, çalışma şartlarını değiştirme ve işten çıkarma olmak üzere hafif veya ağır nitelik taşıyabilir²⁶⁶.

Belirtmek gerekir ki, sözkonusu cezaların işçiyi bağlayabilmesi geçerli bir hukuki dayanağın varlığı şartına bağlıdır²⁶⁷. Bu anlamda cezanın; iç yönetmeliklerde, iş sözleşmelerinde ya da TİS'lerde düzenlenerek işçinin bilgisine sunulmuş olması gerekir²⁶⁸. Nitekim işveren, TİS veya iş sözleşmelerinde belirtilen nedenler dışında, işçiye ücret kesme cezası²⁶⁹ veremez (İK. m.38). Bundan başka, işçinin kusurunun fesih ile yaptırıma bağlanabileceği haller de İK. m.25/II' de düzenlenmiş olduğu için, bu bentte öngörülmeleyen bir nedene dayanılarak işçi derhal işten çıkarılamaz²⁷⁰. Ücret kesme ve işten çıkarma dışındaki diğer cezalar için İK.'da benzer düzenlemelere yer verilmemiş olsa da, hukuki dayanak şartı, BK.m.315 çerçevesinde sözkonusu cezalar bakımından da geçerli olacaktır²⁷¹.

Hukukumuzda işverenin disiplin cezası uygulama yetkisinin kapsamını, sınırlarını ve yargısal denetimini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır²⁷². Ancak m.31/f.3'te yer alan düzenlemenin, disiplin cezalarının uygulanmasında sendikal hakları güvenceye bağladığı belirtilmektedir²⁷³. Bu anlamda sendikal nedenlerin, disiplin cezalarının uygulanması bakımından bir sınır teşkil ettiği söylenebilir. Sözkonusu sınır iki durumda kendini gösterir:

²⁶⁵ TUNCAY, Eşit Davranma, s.166.

²⁶⁶ Sözkonusu cezalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Erdem: İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof.Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s.1257-1264.

²⁶⁷ Disiplin cezalarının uygulanma şartlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, s. 1265-1270; SÜZEK, İş H, s.112-114.

²⁶⁸ SÜZEK, İş H, s. 113.

²⁶⁹ Ücret kesme cezasına ilişkin yasal sınırlamalar için bkz. SÜZEK, İş H, s. 308-309.

²⁷⁰ SÜZEK, İş H, s. 113.

²⁷¹ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, s.1265; SÜZEK, İş H, s. 113.

²⁷² SÜZEK, İş H, s. 112.

²⁷³ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, s.1267; TUNCAY, Eşit Davranma, s.167.

Her şeyden önce işveren, sendikal nedenleri göz önüne alarak disiplin cezası uygulamasına gidemez. Bu anlamda örneğin; işveren sendikal faaliyetlerde aktif olan bir işçiye sırf bu yüzden uyarı cezası vermişse, m.31/f.3 çerçevesinde sendikal ayrımcılıktan bahsedilir. Öyle ki, işçi tarafından kullanılan ve işyeri düzenini bozmayan yasal haklara dayanılarak disiplin cezası verilmesi mümkün değildir²⁷⁴.

Benzer şekilde işveren, belli bir fiil için TİS'te öngörölmüş olan hafif cezayı uygulamak yerine, sendikal olması dolayısıyla işçiye daha ağır bir ceza vermişse, bu takdirde de sendikal ayrımcılık sözkonusu olacaktır²⁷⁵.

Sendikal nedenlerin sınır teşkil ettiğı ikinci bir durum da, aynı fiili işleyen işçilere disiplin cezası verilmesi halidir. Örneğin işveren; iş saatleri sırasında muhabbet ederek makinelerin zarara uğramasına neden olmuş iki işçiden sendika üyesi olana ücret kesme cezası verirken üye olmayan işçiye ihtar cezası vermekle yetinmişse (ya da ona hiç ceza vermemişse), böyle bir durumda sendikal ayrımcılıktan bahsedilecektir.

Kanımızca işveren disiplin cezalarının uygulanması bakımından, işçiye ilişkin nitelikleri göz önüne alamaz²⁷⁶. Zira disiplin cezalarının uygulanmasında temel alınan, cezaya konu kusurlu davranıştır. O halde, cezanın uygulanacağı işçiler bakımından sözkonusu davranış farklılaşmadıkça cezanın da farklılaşmaması gerekir. Bu anlamda yukarıdaki örnek bakımından işveren, ihtar cezası vermiş olduğı işçinin daha kalifiye bir eleman olduğunu ispat ederek m.31/f.3'e aykırılık halini bertaraf edemez. İşveren sözkonusu farklılığın sendikal nedenlere dayanmadığını, ancak objektif haklı gerekçelerle açıklayabilir. Örneğin; sendika üyesi olan işçinin vermiş olduğı zarar daha fazla ise, böyle bir durumda uygulanan farklı cezalar sendikal ayrımcılık teşkil etmeyecektir.

²⁷⁴ SÜZEK, İş H, s. 113.

²⁷⁵ Nitekim Yargıtay da; işçinin 2 gün özürsüz işe gelmemesi hali için TİS'te öngörölmüş olan yevmiye kesme cezası yerine, fesih yoluna gidilmesini haksız fesih olarak nitelendirmiştir. 9.HD.30.1.1996 E. 26136 K.1031, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

²⁷⁶ Buna karşılık doktrindeki bir görüş uyarınca; disiplin cezalarının uygulanması aşamasında işveren, sadece cezaya konu olan kusurlu davranışı değil, işçinin genel olarak işyerindeki tutumunu, başarılarını, vb. dikkate alabilir. Bu anlamda aynı kusuru işleyen işçilere, sözkonusu kriterler çerçevesinde farklı cezaların uygulanabilmesi mümkündür, bkz. ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, s.1268.

d) Parasal Konulara İlişkin Uygulamalarda

Parasal konulara ilişkin ayrımcı işveren tutumları, sendikasız işçilere sendikalılar karşısında daha fazla haklar tanınması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Daha önce de bahsetmiş olduğumuz gibi kural; ücret-prim-ikramiye uygulamalarında işverenin eşit davranma borcunun bulunmamasıdır. Ancak sözkonusu alanlarda seyyanen gerçekleştirilen uygulamalar bakımından bu kural geçerli olmayacak ve işveren birkaç işçiyi uygulama dışı bırakamayacaktır. Bu anlamda işverenin seyyanen ücret artışına gitmesi ancak bazı işçileri sendikalı olmaları dolayısıyla sözkonusu zamdan yararlandırmaması sendikal ayrımcılık teşkil edecektir.

Sendikalı işçilere tanınan hakların daha fazla olması TİS'in bir gereği ise böyle bir durumda sendikal ayrımcılıktan bahsedilemez. Zira SK.m.31/f.4 uyarınca; ücret-ikramiye-prim ve paraya ilişkin sosyal yardım²⁷⁷ konularında TİS hükümleri saklıdır. O halde, sayılan unsurlar yönünden sendika üyesi olmayan işçilere daha az hak tanınmış olması, ayırım yasağına aykırı görülmeyecektir²⁷⁸. Sözkonusu hükmün uygulanması bakımından öncelikle TİS'ten yararlanmanın ne anlama geldiği ayrıca TİS'ten yararlanma hakkına hangi işçilerin sahip olduğunun bilinmesi gerekir.

2822 sayılı TSGLK'nun 9. maddesinde bir işyeri için yapılan TİS'ten taraf işçi sendikasına üye olan ve olmayanların yararlanmalarına ilişkin esaslara yer verilmiştir. Buna göre; TİS'ten kural olarak sadece taraf sendikaya üye işçiler²⁷⁹ yararlanabilecektir. Yararlanmanın hangi tarihten itibaren geçerli olacağı ise, aynı maddenin 2.fikrasında belirtilmiştir. Eğer işçi, TİS'in imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye ise bu takdirde yürürlük tarihinden itibaren sözleşmeden yararlanabilir²⁸⁰. Buna karşılık, imza

²⁷⁷ Sosyal yardımların aynı nitelik taşıyabilmesi de mümkündür ancak SK.m.31/f.4, sadece nakdi nitelikteki sosyal yardımlara ilişkindir, bkz. CENTEL, s.176. Bu anlamda TİS'te aynı nitelikteki sosyal yardımlara ilişkin hükümler var ise bunlar, taraf sendikaya üye olmayan işçilere de uygulanacak, aksi durumda sendikal ayrımcılıktan bahsedilebilecektir.

²⁷⁸ ŞAHLANAN, Sendikalar, s.180.

²⁷⁹ TİS'in sadece taraf sendikaya üyelerine uygulanması doğru bir düzenlemedir. Zira sendikaya üye olmanın külfetine katlanmış, toplu görüşme sürecinin heyecanını yaşamış ve belki de grev lokavt riskine katlanmış bir grubun elde ettiği sonuçtan bu risklere katlanmayanların yararlandırılması adil ve haklı bir sonuç olmaz, bkz. İNCE, s. 126.

²⁸⁰ TİS'lerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmaları halinde; imza tarihinde üyelik sıfatı taşıyor olmalarına rağmen belirtilen yürürlük tarihinde bu sığata sahip olmayan işçilerin sendikaya üye oldukları tarihten itibaren TİS'ten yararlanabilecekleri kabul edilmektedir. Zira üyelik sıfatının kazanılmaması

tarihinden sonra üye olan işçilerin yararlanması, ancak üyeliklerinin işverene bildirildiği tarihten itibaren sözkonusu olacaktır.

TİS'e taraf sendikaya üye olmayan işçiler ise ancak dayanışma aidatı²⁸¹ ödemeleri (m.9/f.3), taraf işçi sendikasının yazılı onayının²⁸² bulunması (m.36) ya da teşmilin²⁸³ sözkonusu olması (m.11) koşullarında TİS'ten yararlanabileceklerdir²⁸⁴.

TİS'ten yararlanma ile kastedilenin ne olduğu hususunda ise TSGLK m. 9 ve SK. m.31/f.4'te yer alan düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre; ücret, prim, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardımlar dışında TİS ile dahi sendikalı-sendikasız işçiler arasında ayırım yapılamayacağından, sözkonusu unsurlara ilişkin hükümler dışında kalan TİS hükümlerinin, o işyerinde çalışan tüm işçilere uygulanacağı sonucuna varılmaktadır²⁸⁵. O halde TİS'ten yararlanma ibaresinden; ücret, prim, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki sözleşme hükümlerinin uygulanması anlaşılabacaktır.

İşte bu anlamda; çalışma sürelerine, disiplin hükümlerine, ücretli izne, vb. ilişkin TİS hükümlerinin taraf sendikaya üye olmayan işçilere de uygulanması yasal bir zorunluluk²⁸⁶ ayrıca eşit davranma borcunun da bir gereğidir²⁸⁷.

Anlatılan hususlar açısından üzerinde durulması gereken nokta; taraf sendika üyesi olmayıp dayanışma aidatı da ödemeyen işçilerin TİS'lerden yaralandırılması

olduğu bir dönemde işçinin TİS'ten yaralandırılması, eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz. Bkz. GEREK, Nüvit: TİS'ten Yararlanmada İmza Tarihi İle Yürürlük Tarihi Arasında Üye Olanların Durumu, TÜHİS İş H. ve İktisat Dergisi, C.15, S.5, 1999,s.39-40.

²⁸¹ Dayanışma aidatı ödeme koşulu ile TİS'ten yararlanabilme imkânı getiren düzenlemenin, negatif sendika özgürlüğü bakımından isabet taşıdığı kabul edilmektedir, bkz. ÇELİK, İş H, s.507. Düzenlemenin altında yatan düşünce; üyeler dışındaki işçilerin hiçbir külfete katlanmadan TİS'ten yararlanmalarının sendikacılığın güçlenmesi bakımından sakıncalı olacağı yönündedir. Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'ten yararlanma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, İş H, s.506-508; TUNCAY, Toplu İş H, s.175-179.

²⁸² SK.'nın 36.maddesi uyarınca; işçi sendikalarının üyelerine sağlamış oldukları hak ve menfaatlerin, bu sendikalar üye olmayanlara uygulanması, sendikanın yazılı onayına bağlıdır, bkz. ÇELİK, İş H, s.550; TUNCAY, Toplu İş H, s.179; KILIÇOĞLU, s.511; AKYİĞİT, s.486.

²⁸³ Terminolojik açıdan kapsama alma anlamına gelen teşmil, TSGLK düzenlemesi bakımından; bir iş kolunda başkasına ait bir ünite için yapılmış olan TİS'in, aynı iş kolunda olup da TİS bulunmayan bir üniteye uygulanmasının, Bakanlar Kurulunca kararlaştırılması şeklinde özetlenebilir. AKYİĞİT, s.487 Teşmil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.ÇELİK, İş H, s.508-511; TUNCAY, Toplu İş H, s.180-186.

²⁸⁴ TUNCAY, Toplu İş H, s.174 vd; AKYİĞİT, s.485; ÇELİK, İş H, s.548vd.

²⁸⁵ ÇELİK, İş H, s.541; GEREK, s.38; İNCE, s.126; ŞAHLANAN, Sendikalar, s.179; CENTEL, s.155; UÇUM, Toplu İş H, s.206.

²⁸⁶ GÜNAY, Sendikalar, s.575.

²⁸⁷ DEMİR, Sendikalar, s.192.

durumdur. Doktrinde; işverenin haklı nedenler olmadıkça TİS'teki haklara eşit veya bunların daha üzerindeki²⁸⁸ menfaatleri, yararlanma hakkı olmayan işçilere sağlayamayacağı kabul edilmekte²⁸⁹ ancak böyle bir durumun her zaman TİS'ten yararlandırma sayılamayacağı da belirtilmektedir²⁹⁰. Buna göre; farklı yeteneklere sahip işçilere özellikle terfi nedeniyle yapılan ücret- prim gibi ödemeler TİS'ten yararlandırma olarak görülemez. Nitekim Yargıtay da, görülen işin özelliği veya liyakat gibi nedenlerle yapılan zamların TİS'e aykırılık yaratmayacağını kabul etmektedir²⁹¹.

O halde haklı nedenler bulunmadıkça taraf sendika üyesi olmayıp dayanışma aidatı da ödemeyen işçilerin TİS'ten yararlandırılması mümkün değildir. Zira aksi bir kabul, sendikalı işçiler ile üye olmayan işçiler arasında ikinciler lehine haksız bir ayrım yaratır ki²⁹² bu, sendikal ayrımcılık yasağının (SK.m.31/f.3) ihlali anlamına gelir²⁹³.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda sendika üyesi davacı işçi; aldığı ücretin ve yapılacak artışların TİS ile belirlenmiş olduğunu ancak davalı işverenin sendika üyesi olmayan emsal işçiye TİS yürürlük süresi içinde daha fazla artış uygulayarak eşitlik ilkesine aykırı davrandığını iddia etmiştir. Bu çerçevede işçi, oluşan fark ücretin ayrıca SK. m.31/f.3 uyarına sendikal tazminatın hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin emsal işçilere ilişkin bordroları görmeden eksik inceleme ile hesaplama yaptığını belirterek bu açıdan kararı bozmuş olsa da²⁹⁴; kararda, hesaplamanın hangi hususa ilişkin olduğu yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kararda, sendikal tazminat talebi ile ilgili herhangi bir olumsuz açıklamaya da yer

²⁸⁸ TİS ile sağlanan hakların altında kalan alanda işverenin sözleşme serbestisine öncelik tanınması gerektiği ancak bu serbestinin hakkın kötüye kullanılması halleri ile sınırlı olacağı kabul edilmektedir. Buna göre; TİS ile sağlanan haklara ilişkin sınırlara çok yakın biçimde yapılacak ödemeler, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilecektir. bkz.ÇELİK, İş H, s.555 benzer yönde; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.245.

²⁸⁹ CENTEL, s.157; TUNCAY, Toplu İş H, s.180; İNCE, s.125-126 ,

²⁹⁰ ÇELİK, İş H, s.555.

²⁹¹ Yargıtay'a göre; "...TİS'e taraf işçi kuruluşuna üye olmayan işçiler gayret ve liyakatleri dolayısıyla üst kademelere yükseltilip onlara yeni kadroların ücretleri verilebilir...Kanuna ve TİS'e aykırılık düşünülemez." 9.HD.13.3.1969 E.3087 K.2647, CENTEL,s.156-157; Başka bir kararında Yargıtay, "...gördükleri işin özelliği ve gösterdikleri liyakat nedeniyle bazı işçilerin ücretlerine zam yapılmasının eşitsizlik yaratmak ve TİS akdeden kuruluşu zayıflatmak olarak nitelendirilemez.." sonucuna ulaşmıştır. 9.HD.30.3.1973 E.37337 K.8164, ŞAHLANAN, Sendikalar, s.179.

²⁹² TUNCAY, Toplu İş H, s.180.

²⁹³ CENTEL, s.157.

²⁹⁴ 9.HD. 07.09.2005 E.26093 K. 27950, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

verilmemiştir. Bu durum, Yargıtay'ın somut olayı sendikal ayrımcılık olarak nitelendirdiği şeklinde değerlendirilebilir.

Belirtmek gerekir ki, uygulamada bu tarz ayrımcılıkları önlemek için sözleşme farkının korunması kaydı getiren düzenlemelere, TİS'lerde yer verildiği görülmektedir. Bu konuya ve sendikal ayrımcılık ile olan ilgisine ileride ayrıca değinilecektir.

3. İşe Son Verme

a) Genel Olarak

SK. m.31/f.3 uyarınca işveren, sendikaya üye olan ve olmayan işçiler arasında, çalıştırılmaya son verilmesi bakımından bir ayırım yapamaz. Yine aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca işçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları ya da sendika faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz.

Yasada yer alan sözkonusu ayırım yasaklarına rağmen, sendikal örgütlenmeyi engellemek isteyen bazı işverenlerin uygulamada daha sık başvurdukları yol, bu örgütlenmede etkin olan işçilerin sözleşmelerini feshetmektir. İşverenler fesih yolu ile hem TİS'in getireceği ekonomik yüklerden hem de sendikal bilince sahip işçilerden kurtulmayı amaçlar²⁹⁵.

Sendikal hak ihlallerini konu alan bir çalışma incelendiğinde, hak ihlaline konu teşkil eden işveren tutumlarının neredeyse tamamının işten çıkarma şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir²⁹⁶.

Bu anlamda işçilere; işverenler tarafından sıkça başvurulmuş bir yol olan sendikal fesihler karşısında etkin bir koruma sağlanması önem taşır. Zira sendikal fesihlerin varlığı halinde işçinin sadece çalışma hakkı değil, sendikal hakları da ihlal edilmektedir²⁹⁷.

²⁹⁵ SÜZEK, Kötüye Kullanma, s.117.

²⁹⁶ Sözkonusu şekilde gerçekleştirilen ihlaller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sendikal Hak İhlalleri (Suç Dosyaları) Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu, s. 9- 103.

²⁹⁷ SÜMER, s. 9.

Belirtmek gerekir ki, TİS’lerde yer verilemeyecek hususlar SK.m.31/f.2’de her ne kadar sadece işe almama durumuna ilişkin düzenlenmiş ise de, işe son verme bakımından da TİS’ler ile bazı kuralların öngörülemediği isabetli olarak kabul edilmektedir. Buna göre; işyerinde sadece sözleşmeye taraf sendika üyelerinin çalışmaya devam edeceği ya da taraf sendika üyeliğinden çekilenlerin işten çıkarılacağı yönündeki TİS kayıtları, BK. m.20 çerçevesinde geçersiz olacaktır²⁹⁸.

İşe son verme şeklindeki ayrımcı işveren uygulamalarında işçi sendikalarının da etkisi olabilir.²⁹⁹ Örneğin; işverenin işçi sendikasının grev tehdidi nedeniyle, sendikaya üye olmayanların sözleşmelerini feshetmesi³⁰⁰ durumunda böyle bir etkiden bahsedilebilecektir.

İşveren iş sözleşmesini, sendikal nedenler doğrultusunda doğrudan feshedebilir. Örneğin; sendikaya üye olan iki işçinin iş sözleşmelerinin, üyelikten kısa bir süre sonra ve salt üyelik nedeniyle feshinde durum böyledir. İşte SK. m.31/f.5 ile getirilen yasak, işverenin sözkonusu şekilde gerçekleştirdiği fesih işlemlerine yöneliktir³⁰¹.

Bundan başka; bir ya da daha fazla işçinin işten çıkarılmasını gerektiren durumların varlığı halinde işverenin, seçimini sendikal nedenler doğrultusunda gerçekleştirmesi de sözkonusu olabilir. Örneğin; tenkiset sırasında öncelikle sendika üyesi olan işçilerin işten çıkarılması ya da işyerinde devamsızlığı bulunan işçilerden yalnızca sendika üyesi olanların işine son verilmesi³⁰² halinde durum böyledir. SK. m.31/f.3’te yer alan “çalıştırılmaya son verilmesi bakımından ayırım yapılamaz” şeklindeki düzenlemenin de sözkonusu işveren uygulamalarına yönelik olduğu belirtilmektedir³⁰³.

²⁹⁸ SÜMER, s. 99-100.

²⁹⁹ SÜMER, s. 99.

³⁰⁰ OKUR, İspat Yüğü, s.750.

³⁰¹ UÇUM, Toplu İş H, s.208.

³⁰² SÜMER, s. 102.

³⁰³ UÇUM, Toplu İş H, s.208.

b) Sendikal Neden Doğrultusunda Fesih

Bu kapsama giren fesihlerde işveren, sendikal nedenlerin varlığını öğrendikten sonra, sözkonusu nedenlerin varlığından duyduğu rahatsızlık dolayısıyla fesih kararı almaktadır.

Bu şekilde gerçekleştirilen fesihlerde işverenin, sendikal nedenler doğrultusunda hareket ettiğini belirtmesi mümkündür. Örneğin işveren, sendikal faaliyetlerde bulunduğunu öğrendiği bir işçinin iş sözleşmesine, sözkonusu nedenleri gerekçe göstererek son vermişse bu takdirde “açık sendikal ayrımcılıktan” bahsedilecektir.

Ancak belirtmek gerekir ki, uygulamada işverenler çoğunlukla iradelerini gizlemekte ve gerçekleştirdikleri feshin geçerli ya da haklı sebebe dayandığını iddia etmektedir. İşte böyle durumlar “örtülü sendikal ayrımcılık” olarak nitelendirilebilir.

Örtülü ayrımcılık hallerinde işveren, iradesini işçinin yetersizliğinden-davranışlarından kaynaklanan sebepler ardına gizleyebileceği gibi, ekonomik nedenleri de bu yönde bir araç olarak kullanabilir. Örneğin; işveren, sendikal işçilerin sayısını azaltma amacıyla hareket ederek reorganizasyon kararı almışsa, böyle durumlarda “amacından sapan işletmesel kararın” varlığından bahsedilecektir³⁰⁴. Zira işveren işletmesel kararı sendikal işçi çıkarma amacı doğrultusunda almakta ve yine bu doğrultuda kullanmaktadır. Bu noktada gizli iradenin ortaya çıkarılması, sözkonusu işletmesel kararlar ilgili bazı araştırmaları gerekli kılar. Nitekim Yargıtay’a göre de; *“...işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise, fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez...”*³⁰⁵. Görüldüğü gibi Yargıtay, alınan işletmesel kararın işgücü fazlalığı yaratmasını ve fesih için son çare olmasını aramakta; bu koşullar gerçekleşmediği takdirde feshi geçersiz saymaktadır.

³⁰⁴ ENGİN, s.75.

³⁰⁵ 9.HD. 03.04.2006 E.4878 K.8253, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

Belirtmek gerekir ki, işletmesel kararların amacı yargı denetimine tabi olmadığı için³⁰⁶, sözkonusu kararların amacından sapıp saptadığının belirlenmesi kolay olmayacaktır³⁰⁷. Bu anlamda, işletmesel karar ardına gizlenmiş ayrımcılık iradesinin ortaya çıkarılması da güçleşecektir.

Amacından sapan işletmesel kararlar sonucu çıkarılacak işçilerin seçiminde eşit davranma borcunun varlığından bahsedilebilecektir. Zira işverenin böyle bir seçimde serbest olması kuralının istisnasını, kötü niyetli ve keyfi fesihler teşkil eder³⁰⁸. Kaldı ki m.31/f.3 de, sendikal nedenler doğrultusunda yapılacak seçimleri açıkça yasaklamaktadır. Bu anlamda, gerçek amacı sendikal işçi sayısını azaltmak olan işveren sözkonusu borca uygun davranamayacağı ve seçimde sendikal nedenleri kriter olarak kullanacağı için, gerçekleştirilen fesihler sendikal fesih niteliği taşıyacaktır³⁰⁹.

Bundan başka; işveren örneğin bir işçinin sendikal faaliyetlerde aktif olmasından duyduğu rahatsızlık dolayısıyla fesih kararı almış ve feshi işçinin verimsizliği gerekçesine dayandırmışsa, yine sendikal feshin varlığından bahsedilebilecektir (SK. m.31/f.5).

Belirtmek gerekir ki, işçi tarafından gerçekleştirilen sendikal faaliyet yasa dışı nitelik taşımaktaysa, bu faaliyete dayanarak alınan fesih kararlarının sendikal nedene dayandığı söylenemeyecek yani bu fesihler, SK.m.31'e aykırılık teşkil etmeyecektir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu çoğu kararda, sözkonusu durumlara ilişkin fesihlerin sendikal tazminat hakkı yaratmayacağını kabul etmiştir. Yargıtay'a göre; *"...davacının davalıya ait işyerinde çalıştığı sırada işveren tarafından üç işçinin işten çıkarılması nedeniyle diğer işçilerle birlikte kanun dışı direniş yaptığı, bu filleri sebebiyle ceza kararnamesiyle tecziye edildiği ve sonradan sözleşmenin işveren*

³⁰⁶ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda; işverenin başka bir şirketle birleşmesinin ve organizasyon değişikliğine gitmesinin yerindelik denetimine tabi tutulamayacağını belirtmiştir. 9.HD. 23.9.2004 E.20424 K. 19692, ERTÜRK, Süreli Fesih, s.270; SOYER, s.49-50.

³⁰⁷ ENGİN, s.75.

³⁰⁸ Bkz. § 1, II, 2.

³⁰⁹ SÜMER, s. 102.

tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Böyle olunca davacı işçi sendikal tazminata hak kazanamaz... ”³¹⁰.

c) Sendikal Nedenli Seçim Sonucu Fesih

İşvereni fesih işlemine yönlendiren doğrudan doğruya sendikal bir neden olabileceği gibi, işveren tarafından aynı durumda bulunan işçiler arasında gerçekleştirilen bir seçim ve bu seçimin sendikal nedenlere dayanması da sözkonusu olabilir. Bu gibi durumlar birden çok işçinin katıldığı olaylar sonucu ya da işletme gerekleriyle (özellikle toplu işçi çıkarma³¹¹ yolu ile) gerçekleştirilen fesihlerde ortaya çıkabilecektir³¹².

SK.m.31/f.3 uyarınca işveren, çalıştırılmaya son verilmesi bakımından sendikalı olan ve olmayan işçiler arasında bir ayırım yapamaz. Bu hüküm, fesihte eşit davranma borcunu sendika özgürlüğü açısından somutlaştırmaktadır³¹³. O halde işveren fesih yoluna gitmekte haklı olsa bile, çıkaracağı işçilerin seçiminde eşit davranma borcuna uygun davranmak ve sendikal nedenleri bir kriter olarak kullanmamak zorundadır.

aa) İşletme Gerekleriyle Fesih ve Toplu İşçi Çıkarmalar

İşveren, sendikal nedenlerin etkisi olmaksızın almış olduğu bir işletmesel kararı uygularken de sendikal ayrımcılığa gidebilir. Bu gibi durumlarda amacından

³¹⁰ 9.HD. 18.09.2000 E.2001/10898 K.2001/13933. Benzer yönde; 9.HD. 19.12.1995 E.34701 K.35842; 9.HD. 26.3.1996 E.1586 K.6194; 9.HD. 15.9.1997 E.12585 K.15280; 9.HD. 19.12.1997 E.16904 K.21880; 9.HD. 11.6.1998 E.8321 K.10273; 9.HD. 30.12.1998 E.1999/5957 K.1999/ 7071; 9.HD. 02.05.1995 E.4318 K.14310; HGK. 16.1.1980 E.1979/ 9-585 K.63, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

³¹¹ Toplu işçi çıkarma, işletme gerekleriyle feshin, yasanın belirttiği (İK.m.29) sayıda işçiyi etkilemesi hali olarak tanımlanabilir. ENGİN, s.129. m.29 toplu işçi çıkarmadan önce işverenin bildirimde bulunmasını ve işyeri sendika temsilcileriyle görüşmesini zorunlu kılmıştır. Ancak sendika temsilcisi ile yapılan toplantıdan bir karar çıkma zorunluluğu yoktur. EYRENCİ, Toplu İşçi Çıkarma, s.557. Bununla birlikte çıkarılacak işçilerin seçiminde bazı ölçütlerin kullanılıp kullanılmadığı, sözkonusu toplantıda ele alınabilecektir. İş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı dışında kalan işyerlerinde, m.29/son dışında kalan düzenlemeler o işyerinde çalışıp iş güvencesine tabi olmayan işçilere de uygulanabilecektir. Bkz. ÇELİK, İş H, s. 208. İşverenin m.29’da öngörülen bildirim yükümüne uymaması ve sendika temsilcileri ile hiç görüşme yapmadan fesih yoluna gitmesi halinde, fesih bildirimlerinin geçersiz olacaktır. bkz. EYRENCİ, Toplu İşçi Çıkarma, s.560, Yargıtay ise aksi görüştür. Bu konuyla ilgili Yargıtay kararı ve eleştirisi için bkz. EYRENCİ, Öner (karar İncelemesi) : Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.97.

³¹² ÇELİK, Eşit Davranma, s.5.

³¹³ SÜMER, s. 101.

sapan işletmesel karar değil, işletmesel kararı takiben alınmış “seçime yönelik karardır”³¹⁴. Söz konusu kararda işveren, sendikal nedenlerin etkisi ile eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiği takdirde, gerçekleştirilen fesihler sendikal fesih niteliği taşır³¹⁵.

Görüldüğü gibi, gerek amacından sapan işletmesel kararlar gerekse amacından sapan seçimler sonucu gerçekleştirilen fesihlerde, çıkarılacak işçilerin seçimi bakımından, işverenin eşit davranma borcu bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, çıkarılan işçilerin içinde sendikalıların bulunması hatta bunların sayıca daha çok olması dahi söz konusu borca ve m.31/f.3’e aykırı hareket edilmiş olduğu sonucuna varmada tek başına yeterli olamaz³¹⁶. Bu noktada yapılması gereken, seçimin dayandığı kriterlerin araştırılması olacaktır. Bu anlamda, söz konusu kriterlerin belirlenmesi bakımından, Yargıtay’ın konu ile ilgili yaklaşımına kısaca değinmek gerekir.

Yargıtay 2005 ve 2006 yıllarında vermiş olduğu kararlarda, sadece kötü niyetli ve keyfi seçimlerde değil, genel olarak işten çıkarılan işçilerin seçiminde “sosyal seçim kriterlerine” uyulmuş olması şartını aramıştır³¹⁷. Söz konusu kararlarda Yargıtay işçiler arasında; verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirirken özen göstermeme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuklu olma gibi kriterlere göre oluşturulacak bir sıraya uyulması gerektiğini belirtmiştir³¹⁸.

Ancak Yargıtay’ın sosyal seçim uygulamasına yönelik bu görüşü doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Yargıtay’ın, aradığı kriterler içinde subjektif nitelikte olanlara da yer vermesi ayrıca bu kriterlerin hangi sıra çerçevesinde uygulanacağına açıklık getirmemiş olması isabetli görülmemiştir³¹⁹. Bundan başka; yasa ile

³¹⁴ ENGİN, s.77.

³¹⁵ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.163; SÜMER, s. 102.

³¹⁶ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.164; SÜMER, s. 102.

³¹⁷ ÇELİK, Karar İncelemesi, s.25-26.

³¹⁸ Yargıtay’a göre; “..İşverence işten çıkarılacak işçiler seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen göstermeme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla, sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır..” 9.HD. 03.04.2006 E.4878 K.8253, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr Benzer yönde; ÇELİK, Karar İncelemesi, s.26, dph.8’de belirtilen kararlar.

³¹⁹ ÇELİK, Eşit Davranma, s.11.

öngörülmemiş, içeriği ve koşulları belirsizlik taşıyan bu tarz bir uygulamanın ciddi bir karmaşa yaratmaya elverişli olduğu da belirtilmiştir³²⁰.

Nitekim Yargıtay da 2006 yılı sonlarından itibaren vermeye başladığı kararlarında sözkonusu eleştiriler çerçevesinde hareket ederek, sosyal seçim uygulamasından vazgeçmiştir³²¹. Yargıtay yeni tarihli kararlarında, çıkarılacak işçilerin seçiminde “objektif kriterlere” uyulmuş olması şartını aramaktadır. Yargıtay’a göre; *“...davalı işveren iş sözleşmesinin feshinde sendika ile yapılan görüşme tutanağında belirtilen kriterlerin dikkate alındığını savunmaktadır. Bu savunma karşısında yapılması gereken iş, dikkate alınan kriterlerin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığının tespitidir. İşverence bir kriter göz önüne alınmışsa bu kriterin objektif ve hukuken korunabilir olması ve genel olarak uygulanması yeterlidir...”*³²².

Kanımızca Yargıtay’ın bu yöndeki içtihat değişikliği isabet taşımaktadır. Zira yasada yer almayan sosyal seçim şartlarının aranması dava konusu olayın özelliğine uygun bir karar verme esnekliğini azaltabilecek³²³ ve işverenleri, sınırları belli olmayan bir yükümlülük altına sokacaktır.

O halde; birden çok işçinin işten çıkarıldığı durumlarda yapılan seçimin sendikal nedenlere dayanıp dayanmadığı belirlenirken, işverenin objektif bir kriter çerçevesinde hareket edip etmediği araştırılacaktır³²⁴. İşverenin objektif nitelik taşımayan sendikal kriterlere dayanmış olması halinde ise sendikal fesih sözkonusu olacaktır. Yani, işletmesel gereklerin varlığından bahsedilebilse bile, hukuka aykırı gerçekleştirilmiş seçim dolayısıyla, yapılan fesih geçersiz sayılacaktır. Buna karşılık işveren, sendikal işçilere yönelik seçimini haklı nedenler ve iyi niyet kuralları çerçevesinde gerçekleştirmişse, işe son verme sendikal ayrımcılık teşkil etmeyecektir³²⁵.

³²⁰ ALPAGUT, Sosyal Seçim, s.104.

³²¹ ÇELİK, Karar İncelemesi, s.27.

³²² 9.HD. 19.2.2007 E.2006/ 32546 K. 4329, Benzer yönde; 9.HD. 11.12.2006 E. 25167 K.32357, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazanci.com.tr Ayrıca 9.HD. 4.12.2006 E.23819 K.3166, ÇELİK, Karar İncelemesi, s.21-22.

³²³ ÇELİK, Karar İncelemesi, s.26.

³²⁴ Seçimin sendikal nedenlere dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde objektif kriterlerin araştırılması gerektiği yönündeki Yargıtay görüşü için bkz. § 6, III, 3,bb.

³²⁵ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.164.

Seçimin hukuka aykırılığını engelleyebilecek olan objektif kriterler, çıkarılan işçilerin şahsi nitelikleri ile bağlantılı olabilir. Bu anlamda işçiye ilişkin, öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi objektif nitelikler kadar çalışkanlık, kabiliyet, liyakat gibi sübjektif nitelikler de seçimi hukuka uygun kılacak birer kriter teşkil edebilir³²⁶. Örneğin; işletmesel karar gereği işçi tenkisatına gitmek zorunda kalan işveren, ilerlemiş yaşı ya da kabiliyetli olmayışı dolayısıyla sendikal bir işçiyi seçmişse, yapılan feshin sendikal nedene dayandığı söylenemez.

Bundan başka, TİS’lerde yer verilmiş tenkisat kuralları³²⁷ da seçimin hukuka aykırılığını önleme bakımından objektif kriter görevi üstlenebilir³²⁸.

Ancak belirtmek gerekir ki, seçimde göz önüne alınmış kriter genel olarak uygulanmamış ise, bu durumda sözkonusu kriterin objektif nitelik taşıdığı ve feshin hukuka uygun olduğu söylenemez. Örneğin; işletmesel karar gereği işçi tenkisatına gitmek zorunda olan ve sendikal bir işçiyi yaşlı olduğu için seçtiğini ileri süren işveren, daha yaşlı ancak sendikasız bir işçinin işine son vermemişse bu takdirde sendikal fesihten bahsedilebilecektir. Nitekim Yargıtay da “...iş gücü fazlalığının giderilmesinde belli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanmış bulunma iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilirse de uygulamanın genel ve objektif şekilde yapılması gerekmektedir. Davalı işveren, yaş ile ilgili düzenlemeyi genel olarak işyerinde objektif bir şekilde tüm işçilere uyguladığı takdirde feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir...”³²⁹ şeklinde karar vererek, kriterlerin objektif biçimde uygulanması şartını aramıştır.

bb) Birden Çok İşçinin Katıldığı Olaylarda Fesih

Bu gruba giren fesihlerde, işveren sendikal nedenler doğrultusunda fesih kararı almamakta yani fesih sebebi teşkil eden bir olay zaten mevcut bulunmaktadır. Burada işveren, sözkonusu olay çerçevesinde sahip olduğu seçim hakkını sendikal nedenler doğrultusunda kullanmaktadır. Örneğin işveren, kavga ederek işyerinde aynı zararın

³²⁶ ÇELİK, İş H, s.177.

³²⁷ Bu konuda bkz. § 5, IV, 1,c.

³²⁸ ALPAGUT, Sosyal Seçim, s.105.

³²⁹ 9.HD. 18.12.2006 E.26214 K.33181, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

doğumuna neden olmuş iki işçiden yalnızca birinin işine sendikalı olduğu için son vermişse, bu durumda sendikal fesihten bahsedilecektir.

Daha önce değinmiş olduğumuz gibi, işverenin bu gibi durumlarda yapacağı seçimlerde kural olarak eşit davranma borcu bulunmamakta ancak kötü niyetli uygulamalar, bu kuralın sınırını teşkil etmektedir³³⁰. Ayrıca SK.m.31/f.3'te de, işe son verme bakımından sendikal nedenlerle ayrıma gidilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu anlamda işveren, gerçekleştireceği seçimde sendikal nedenleri göz önüne alamaz.

Belirtmek gerekir ki, aynı fiili işleyen işçilerden sadece sendikalı olanların işten çıkarılması, sendikal fesih nitelendirmesi için her zaman yeterli değildir. Zira seçim iyi niyet kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmişse, bu takdirde m.31'e aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Bu noktada seçimin hukuka uygunluğu -tıpkı işletmesel kararlar sonucu gerçekleştirilen seçimlerde olduğu gibi- objektif kriterler çerçevesinde belirlenecektir.

§ 5. SENDİKAL AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ

I. Genel Olarak

Sendikal örgütlenmeye sıcak bakmayan işverenlerin yukarıda anlatılmış olan ayrımcı uygulamalar yoluyla bu örgütlenmeyi engellemeye çalışmaları her zaman ihtimal dahilindedir.

Ancak bazı durumların sözkonusu ihtimali zayıflatıldığını ve bu anlamda sendikal ayrımcılığın ortaya çıkışını önleyici etkiye sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu durumlar, işverenin yönetim ve fesih haklarına ve de sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen birtakım sınırlamalar şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde sözkonusu durumlar, her ayrımcı işveren uygulaması açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

³³⁰ Bkz. § 1, II, 2.

II. İşe Almama Bakımından

İşyerinde işçi alımına ilişkin kararların, işçi temsilcilerinin³³¹ de katıldığı bir kurul tarafından verilmesine yönelik TİS düzenlemeleri bulunabilmektedir³³². İşte bu tarz düzenlemelerin varlığı halinde, işverenin işe alacağı işçinin seçiminde sendikal nedenleri göz önünde bulundurması, önemli ölçüde engellenebilecektir³³³.

İşverenin, işe alma aşamasında gerçekleştireceği görüşmelerde, işçiye sendikal durumuna ilişkin soru sormayacağı da kabul edilmektedir³³⁴. Soru sorma yasağı da bu anlamda, işe almama bakımından önleyici nitelik taşıyabilecek bir husus olarak görülebilir. Ancak böyle bir yasağın teorik açıdan oldukça isabetli olduğu söylenebilse de, uygulamada ne derece etkin olabileceği tartışmaya açıktır.

III. İşin Devamındaki Farklı Muameleler Bakımından

1. İşyeri Kurulları İle Sınırlama

İşin sevk ve dağıtımına ve de çalışma koşullarının belirlenmesine yönelik kararların, işçi temsilcilerinin³³⁵ de katıldığı bir kurul tarafından alınabileceğine ilişkin kayıtlara TİS’lerde yer verilebilmesi mümkündür³³⁶. Zira yönetim hakkı, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında en alt sırada yer almakta bu anlamda TİS ile düzenlenmiş bulunan konularda sözkonusu hakkın uygulanma olanağı bulunmamaktadır³³⁷.

³³¹ 135 sayılı ILO Sözleşmesine göre; sözleşmenin uygulanmasında işçi temsilcileri deyimi; işçiler tarafından serbestçe seçilen temsilcileri ayrıca üyeler tarafından seçildikten sonra ya da doğrudan sendika tarafından atanan temsilcileri ifade etmektedir. Ancak hukukumuzda işyeri sendika temsilcisi atama yalnızca TİS yetkisi kazanmış olan sendikaya tanınmıştır (SK.m.34). Yani işyerinde böyle bir sendikanın bulunmaması durumlarında, işçiler tarafından seçilecek bir işçi temsilciliği sistemine yer verilmemiştir. Bu durumun, 135 sayılı ILO ile uyumlu olmadığı belirtilmekte ve SK’na getirilecek ek hükümlerle işçi temsilciliği konusuna da mutlaka yer verilmesi önerilmektedir. Ayrıca işçi temsilciliği sisteminin, İK. uyarınca çıkarılacak yönetmeliklerde de göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir. bkz. ÇELİK, İş H, s.408-409. İşçi temsilciliği sistemi ve tarihi gelişimi için bkz. YÜREKLİ, s.26-44.

³³² Bu yöndeki TİS düzenlemesi örneği için bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.87, dpn.228.

³³³ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.87.

³³⁴ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.151.

³³⁵ Bkz. dpn.331.

³³⁶ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.89.

³³⁷ SÜZEK, Yönetim Hakkı, s.229.

İşte bu kabul doğrultusunda oluşturulan TİS hükümleri, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde sahip olduğu yetkileri bir kurulla paylaşması sonucunu doğuracak; bu anlamda işveren uygulamalarında sendikal nedenlerin etkisi önemli ölçüde azalacaktır.

İşin devamı sırasındaki sendikal ayrımcılığın önlenmesine ilişkin olarak uygulamada daha sık karşılaşılan durum; disiplin cezalarının verilmesini disiplin kurulu kararına bağlayan TİS hükümleridir³³⁸. Bu tarz hükümler, sendikal ayrımcılık doğrultusunda verilecek keyfi cezaların engellenmesine yardımcı olacaktır.

2. Sözleşme Farkının Korunması Kaydı İle Sınırlama

TİS'lerinde yer verilen bu tip kayıtlar, TİS tarafı sendikaya üye olmayan işçilere TİS'in uygulanmasını yasaklamamakta ancak böyle bir uygulamaya gidilmesi halinde aynı hakların ek olarak taraf sendika üyelerine sağlanacağını da öngörmektedir³³⁹. Böylelikle sözleşme tarafı sendikaya üye olan işçiler ile diğer işçiler arasında daima bir fark yaratılıp bu fark korunmakta ve taraf sendika üyesi işçiye farkın uygulanması yönünde bir talep hakkı sağlanmaktadır³⁴⁰. Uygulamada da farkın korunmasına ilişkin kayıtlara TİS'lerinde yer verilmekte ve bu tip kayıtlar Yargıtay tarafından da geçerli görülmektedir³⁴¹.

TİS'nde yer alan böyle bir kaydın uygulanabilmesi, TİS ile getirilmiş bir hakkın, üye olmayan işçilere de sağlanmış olması şartına bağlıdır. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi farklı yeteneklere sahip işçilere bu çerçevede yapılacak ödemeler, TİS'ten yararlandırma sayılmaz³⁴². Bu anlamda, sözkonusu durumlarda sözleşme farkı kaydı uygulanamayacak ve taraf sendika üyesi işçi herhangi bir talepte bulunamayacaktır.

³³⁸ Bayer Türk Kimya Sanayi Ltd. Şti ile Petrol-İş arasında yapılan ve halen yürürlükte olan TİS'te de, para cezalarının verilebilmesi, disiplin kurulu kararına bağlanmıştır.

³³⁹ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.238; ÇELİK, Değerlendirme, s.236.

³⁴⁰ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.238.

³⁴¹ Yargıtay kararına konu olayda; uygulanmakta olan TİS'in 5.maddesinde, TİS'ne taraf sendikaya üye işçilere yapılan ödemenin daha fazlasının üye olmayan işçilere yapılması durumu düzenlenmiş ve bu durumda, uygulamanın durdurulması için sendikanın başvuruda bulunacağı ancak uygulamanın, başvurudan itibaren 1 ay içinde durdurulmadığı takdirde fazla ödemelerin üye işçilere de aynen sağlanacağı belirtilmiştir. Yargıtay TİS hükmünün geçerliliğini tartışmaksızın olayın içeriği çerçevesinde karar vermiştir. 9.HD. 07.05.2002 E.7370 K.7281, ÇELİK, Değerlendirme, s.236.

³⁴² Bkz. § 4, II, 2, d.

Ancak bu gibi durumlar dışında, haklı bir sebep olmaksızın, taraf sendika üyesi olmayan işçiler TİS'te öngörülen haklardan hatta daha fazlasından yararlandırılmışsa o zaman sözkonusu kayıt devreye girecek ve taraf sendika üyesi işçi, bu kayda dayanmak suretiyle aynı hakların ek olarak kendine de sağlanmasını talep edebilecektir³⁴³.

TİS'lerde yer alan ve sözleşme farkını koruyan bu kayıtlar sayesinde, işveren tekrar yapması gerekecek ödemeleri göz önüne alarak paraya ilişkin hususlarda sendikalı- sendikasız işçi ayrımından kaçınacak böylelikle sözkonusu alanda ortaya çıkabilecek ayrımcılıklar önemli ölçüde engellenecektir.

IV. İşe Son Verme Bakımından

İşverenin fesih hakkına ilişkin sınırlamalara iş sözleşmelerinde veya TİS'lerde yer verilebilmesi mümkündür. Ancak bireysel iş ilişkilerinde, işçinin işverenle girişeceği pazarlık çoğu zaman zayıf olan işçi aleyhine sonuçlar doğuracağı için, bu tarz düzenlemeler genellikle TİS'ler ile öngörülmektedir³⁴⁴. Bu çerçevede, sendikal nedenli feshin önlenmesine yardımcı olacak sınırlayıcı durumlar bakımından, TİS düzenlemeleri önem taşır.

1. Fesih Hakkını Sınırlandıran Önlemler

a) Süreli Fesih Sebepleri İle Sınırlama

İK, iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçilerin iş sözleşmelerinin, bildirim sürelerine uyularak her zaman feshedilebileceğini düzenlemiştir (m.17). Sözkonusu düzenlemenin, fesih işleminin altında yatan sendikal ayrımcılık iradesinin gizlenmesi bakımından elverişli bir zemin yarattığı söylenebilir. Bu anlamda, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin, TİS'ler ile belirli nedenlere -

³⁴³ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.245.

³⁴⁴ ÇELİK, Nuri: Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Bu Hakkın Sözleşmelerle Sınırlandırılması Konusundaki Uygulamalar, Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, s.54.

makul meşru sebeplere bağlanabileceği kabul edilmektedir³⁴⁵. Böylelikle, söz konusu işçilere de iş güvencesi sağlanmış olacaktır³⁴⁶.

Yargıtay da 1475 sayılı Yasa döneminde, 13.madde (bugün m.17) ile ilgili vermiş olduğu bir kararda; “..13.maddeye göre fesihte feshi ihbar serbestisi mevcuttur. Ancak ferdi iş sözleşmesi veya TİS’ler ile bu fesih serbestisini sınırlandıran hükümlere yer verilebilir..” diyerek, benzer yöndeki görüşünü ortaya koymuştur³⁴⁷. Yargıtay yeni tarihli başka bir kararında da; “1475 sayılı yasanın 17/2. maddesi dışında *keyfi ve haksız şekilde işten çıkarmalarda* ihbar ve kıdem tazminatı tavan tutarının on katı tutarında iş güvencesi tazminatı ödenmesi gerekeceği” şeklindeki TİS düzenlemesinin geçerliliğini tartışmaksızın, olayda davacı işçinin bu tazminatı hak edip etmediği yönünde incelemede bulunmuştur³⁴⁸.

Bu şekildeki TİS düzenlemelerinin varlığı halinde, işverenin keyfi hareket alanı belli oranda kısıtlanacağı için, sendikal nedenlere dayanan keyfi fesihler de bu oranda engellenecektir.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshi bakımından her ne kadar geçerli sebep zorunluluğu öngörülmüş olsa da (İK. m.18), bu geçerli sebepler genel ibarelerle (davranış gereği, işletme gereği) düzenlenmiştir. Bu anlamda TİS’leri yolu ile yasada öngörülen fesih nedenlerinin somutlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Buna göre örneğin; işyeri telefonlarını kendi özel işleri için kullanan işçiler bakımından, davranışlara dayalı geçerli fesih sebebinin doğacağı, TİS’lerinde kararlaştırılabilir³⁴⁹.

İşte bu şekilde somutlaştırılan sebeplere TİS’lerde yer verilmesi sayesinde; işverenin sendikal ayrımcılık iradesinin, bahane niteliği taşıyan sebepler ardına gizlenmesi belli ölçüde engellenebilecektir.

³⁴⁵ SÜZEK, İş H, s.542; aynı yazar: İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Kamu - İş, C.6, S.4,2002, s.82; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.91; ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Erdirilmesi, İş H. ve SGH’ na ilişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11.Yıl Toplantısı, İstanbul 2007, s.30.

³⁴⁶ NARMANLIOĞLU, Ünal: TİS Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi-Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Sempozyumu, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, s.323; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.92.

³⁴⁷ 9.HD. 24.9.1992 E.3164 K.10375, OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.92.

³⁴⁸ 9.HD.27.3.2007 E.670 K.8607, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazancı.com.tr.

³⁴⁹ ALPAGUT, Sözleşmesel Kayıtlar, s.20; SÜZEK, İş H, s.542.

b) Sendikal Nedenler İle Sınırlama

İşçinin sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilemeyeceğinin, TİS’lerde özel olarak düzenlenebileceği de kabul edilmektedir³⁵⁰.

İşverenlerin sendikal nedenlere dayanarak feshi gidemeyeceği SK.m.31 ve İK.m.18’ de esasen düzenlenmiştir. Buna rağmen TİS’lerde benzer bir düzenlemeye yer verilmesindeki amaç, sözkonusu sebeplere dayalı fesihleri özel bir yaptırıma (örneğin; iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için feshin geçersizliğinin öngörülmesi) bağlamaktır.

c) Tenkiset Amı ve Öncesinde İzlenecek Prosedür İle Sınırlama

TİS’lerde, tenkisata gidilmeden önce işverence uyulması gereken bir prosedürün³⁵¹ öngörülmesi mümkündür³⁵². Yargıtay da bu yöndeki TİS hükümlerini geçerli saymaktadır. Yargıtay kararına konu TİS’te; işverence toplu işçi çıkarılmasının zorunlu bulunduğu hallerde durumun taraf işçi sendikasına bildirileceği ve tarafların bir araya gelerek, işten çıkarma esaslarını ve işçi sayısı ile işten çıkarma tarihini kararlaştıracakları düzenlenmiştir. Yargıtay bu kararda, sözkonusu hükmün geçerliliğini tartışmaksızın tarafların yükümlülükleri üzerinde durmuş; işçi sendikasının iki toplantıya da katılmamış olması karşısında işverenin, TİS ile getirilen yükümlülüğe uymuş kabul edileceğini belirtmiştir³⁵³.

Tenkiset halinde seçilecek işçilere yönelik düzenlemelere de TİS’lerde yer verilebilmesi mümkündür³⁵⁴. Uygulamada bu tip hükümlerle sıkça karşılaşılmaktadır³⁵⁵.

³⁵⁰ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.95.

³⁵¹ Öngörülen prosedür sonucu anlaşılmaya varılamaması ve Yargıtay’ın konuya ilişkin yaklaşımı için bkz. ÖZDEMİR, Erdem: İşverenin Bildirimli Fesih Hakkının TİS ile Sınırlandırılması, Argumentum, S.58, Yıl.9-11,s.508-509.

³⁵² NARMANLIOĞLU, TİS Özerkliği, s.324.

³⁵³ 9.HD.15.3.2006 E.2005/24828 K.6666 benzer yönde; 9.HD. 11.5.2005 E.12345 K.16290; kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, www.kazancı.com.tr.

³⁵⁴ NARMANLIOĞLU, TİS Özerkliği, s.330; SÜMER, s.84; ÖZDEMİR, Sınırlamalar, s.508; SÜZEK, İş H. s.542 .

³⁵⁵ Kiplas ile Petrol-İş arasında yapılan ve halen yürürlükte olan TİS’in 70.maddesine göre; işyerinde tenkiseti gerektirecek sebeplerin vuku bulması halinde tenkisata tabi tutulacak işçiler şu sıraya göre tespit olunur: 1.Gönüllü ayrılmak isteyenler 2. SSK’dan emeklilik hakkı kazanmış olanlar 3. İşe son girenler; Bayer Türk Kimya Sanayi Ltd. Şti ile Petrol-İş arasında yapılan ve halen yürürlükte olan TİS’in 12.maddesi de benzer yöndedir.

Örneğin; toplu işçi çıkarılması halinde, işyeri sendika temsilcilerinin en son çıkarılan işçiler olacağı kararlaştırılabilir³⁵⁶. Yargıtay da sözkonusu yöndeki TİS düzenlemelerinin geçerliliğini kabul etmektedir³⁵⁷.

Yukarıda kısaca değinilen TİS düzenlemelerinin her ikisi de; işverenin işten çıkaracağı işçilerin seçimindeki keyfi uygulamalarına sınır getirecek, bu anlamda amacı denetlenemeyen tenkisat kararlarının uygulanmasında, sendikal nedenlerin bir kriter olarak kullanılması önemli ölçüde engellenmiş olacaktır.

d) Disiplin Kurulu Kararı İle Sınırlama

İşverenlerin haklı ya da geçerli³⁵⁸ nedenlere dayanarak iş sözleşmesini feshetmeden önce, işçi ve işveren temsilcilerinden oluşacak bir kurula başvurmasını zorunlu kılan³⁵⁹ TİS hükümlerine uygulamada sıkça rastlanmaktadır³⁶⁰.

TİS’lerdeki bu tarz düzenlemelerin temel amacı, işverenin dayanacağı fesih nedeninin gerçekten haklı ya da geçerli bir neden olup olmadığının belirlenmesi yani fesih hakkının dayanaklarının denetime tabi tutulmasıdır³⁶¹. Böylelikle feshin, keyfilikten uzaklaştırılması sağlanacaktır. Yargıtay da bu yöndeki TİS düzenlemelerini geçerli saymaktadır³⁶².

³⁵⁶ Petrol-İş ile Frentek Balatacilık ve Otomotiv Sanayi arasındaki TİS, m.6/C-2.

³⁵⁷ 9.HD.19.3.2007 E.6187 K.7308, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazanci.com. Benzer yönde kararlar için bkz. ÖZDEMİR, Sınırlamalar, s.508, dpn.21.

³⁵⁸ Haklı nedenle fesih hakkı gibi, süreli fesih hakkının da disiplin kurulu kararına bağlanabileceğine ilişkin bkz. NARMANLIOĞLU, TİS Özerkliği, s.325 dpn.28; ALPAGUT, Sözleşmesel Kayıtlar, s.41; SÜZEK, İş H, s.543; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.93. Disiplin kurulu kararının sadece haklı sebepler bakımından sözkonusu olabileceğine ilişkin eski Yargıtay görüşü ve bu görüşün değişimini sağlayan HGK. Kararı için bkz. SÜZEK, Sınırlamalar, s.83-84; aynı yazar, İş H, s.543.

³⁵⁹ Disiplin kurulunca verilen feshetmeme kararına rağmen işverenin fesih yoluna gitmesinin mümkün olamayacağı; aksi bir kabulün TİS düzenlemesini anlamsız kılacağı hakkında bkz. ÖZDEMİR, Disiplin Kurulu, s.21.

³⁶⁰ Bayer Türk Kimya Sanayi Ltd. Şti ile Petrol-İş arasında yapılan ve halen yürürlükte olan TİS’in “sendika üyelerinin teminatı başlığını taşıyan 8.maddesine göre; İK.m.25/2 ye göre işten çıkarma kararlarının verilebilmesi için en az 4 üyenin olumlu oyu gerekir. Disiplin kurulu işveren tarafından tayin edilecek 3 üye ile sendika tarafından tayin edilecek 2 üye olmak üzere toplam 5 kişiden oluşur.

³⁶¹ ÖZDEMİR, Disiplin Kurulu, s.15.

³⁶² Bkz. s.78.

Bundan başka TİS'te, verilecek disiplin cezaları bakımından özel bir prosedürün öngörülebilmesi de mümkündür³⁶³.

Sürelî ya da haklı nedenle fesih hakkının kullanımında disiplin kurulu kararının aranması sayesinde işverenin, sendikal nedenlerle gerçekleştirmek istediği fesih açısından, görünüşte başka bir sebebe dayanması önemli ölçüde engellenmiş olacaktır.

2. Önlemlere Aykırı İşveren Uygulamalarının Sonuçları

a) Genel Olarak

Yukarıda bahsedilen sınırlayıcı hükümlerin sendikal ayrımcılığı önlemedeki etkinliği, söz konusu sınırlamalara uyulmaması halinde işverenin maruz kalacağı sonuçların caydırıcılığı ile orantılıdır. Bu anlamda sınırlayıcı düzenlemelere uyulmaksızın gerçekleştirilen fesihlerin sonuçlarının neler olabileceği de bilinmelidir.

Yaptırımlar çoğunlukla taraflarca TİS'te kararlaştırılır. Ancak bu yönde bir düzenlemeye TİS'te yer verilmemiş olması da mümkündür³⁶⁴. Belirtmek gerekir ki, TİS'te özel bir yaptırım öngörülmemiş olsa da, sınırlamalara uyulmadan yapılan fesihlerin birtakım sonuçları olacaktır. İş güvencesi kapsamında olmayanlar bakımından; eğer haklı nedenle feshine ilişkin sınırlamaya uyulmamışsa, fesih haksız sayılacak süreli fesih hakkı sınırlandırılmışsa, usulsüz feshin veya fesih hakkının kötüye kullanılmasının sonuçları uygulanacaktır³⁶⁵. İş güvencesi kapsamında olanlar bakımından ise sınırlamalara uymamanın feshi geçersiz kılacağı kabul edilmektedir³⁶⁶. Zira TİS'teki hükümlere uymamış olan işverenin fesih hakkını hukuka uygun kullandığı da söylenemeyecektir³⁶⁷.

³⁶³ “Temsilcilere disiplin cezası verilmesi söz konusu olması halinde, meselenin 3 iş günü içinde işveren veya temsilcileri ile sendikaca seçilecek bir temsilci arasında görüşüleceği, tarafların cezanın gerekliliği konusunda 10 gün içinde karara varamazlarsa konunun 3 iş günü içinde uyuşmazlıkları çözüm kuruluna intikal ettirileceği; bu süre içinde durumun kurula yansıtılmaması halinde bu talepten vazgeçilmiş sayılacağı, kurul kararına kadar da temsilcinin hizmet akdinin bu sebeple feshedilemeyeceği” şeklinde bir hükme, Mess ile Özçelik-İş arasında yapılan grup TİS'nin 15.maddesinde yer verilmiştir.

³⁶⁴ SÜZEK, Sınırlamalar, s.85.

³⁶⁵ SÜZEK, Sınırlamalar, s.85; aynı yazar, İş H, s.544.

³⁶⁶ SÜZEK, İş H, s.543; ALPAGUT, Sözleşmesel Kayıtlar, s.41.

³⁶⁷ ÖZDEMİR, Disiplin Kurulu, s.17.

Nitekim Yargıtay da, fesih hakkının kullanımında disiplin kuruluna başvuru zorunluluğu getiren TİS hükümlerinin göz ardı edilemeyeceğini³⁶⁸; aksi halde feshin, gerçekten haklı bir sebep bulunsa dahi haksız sayılacağını kabul etmektedir³⁶⁹. Benzer şekilde Yargıtay; TİS’te öngörülen tenkiset kuralına uyulmaması halinde bu durumun, yapılan fesihleri geçersiz kılacağını isabetli olarak belirtmektedir³⁷⁰.

b) İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

Feshi sınırlandıran TİS hükümlerine uyulmaması halinde sözkonusu işçiler bakımından; feshin geçersizliğinin veya işe iadenin³⁷¹ veya cezai şart niteliğinde götürü bir tazminatın³⁷² TİS’ler ile kararlaştırılabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Buna göre; bu işçilerin iş akitlerinin feshine ilişkin kurallar mutlak emredici olmadığı için, işçi lehine değiştirilmeleri mümkündür³⁷³.

Doktrindeki bu genel kabulün sonucu olarak; sendikal nedenle yapılacak fesihlerin geçersiz olacağı ya da işe iade imkânı sağlayacağı yönündeki düzenlemelere, TİS’lerde yer verilebileceği isabetli biçimde kabul edilmektedir³⁷⁴. Sözkonusu görüş uyarınca bu yöndeki TİS hükümleri iki şekilde düzenlenebilir: İlk olarak sendikal nedenli feshin geçersiz sayılacağı kararlaştırılabilir. Bu durumda fesih hiç sonuç doğurmamış sayılarak iş sözleşmesinin aynen devam ettiği kabul edilecektir. İkinci olanak ise bu işçilere işe iade imkânı tanınmasıdır. Bu durumda fesih geçerli sayılacak yani sözleşme sona erecek ama işveren o işçi ile yeni bir sözleşme yapma

³⁶⁸ Yargıtay bir dönem vermiş olduğu kararlarında TİS’teki disiplin kuruluna ilişkin düzenlemeleri değersiz kılan bir görüş sergilemiştir. Yargıtay’ın bu yöndeki içtihatları 1994 tarihinde HGK tarafından verilen karara kadar devam etmiştir. Sözkonusu HGK kararı, TİS hükmünün göz ardı edilmesinin, yapılan fesihleri haksız kılacağı yönündedir. HGK kararı ve bu konudaki Yargıtay kararlarının gelişimi için bkz. ÖZDEMİR, Disiplin Kurulu, s.12-17.

³⁶⁹ Yargıtay’a göre; “..gerçekten disiplin kurulu oluşturulmuş ise fesih işleminin disiplin kurulundan geçirilmesi gerekir..geçirilmemiş ise işlem haksız nitelik kazanır..” 9.HD.8.10.2001 E.1191 K.15490 benzer yönde; 3.4.1996 E.1995/33957 K.7035 kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

³⁷⁰ Yargıtay’a göre; “..dosya içeriğine göre, toplu işçi çıkarılması için işletmeden kaynaklanan nedenler bulunduğu anlaşılmaktadır.Diğer taraftan..TİS’in 27.maddesinde toplu işçi çıkarma prosedürü öngörülmüş.. kıdemi az olan işçilerin öncelikle çıkarılacağı belirtilmiştir..davalı işverenin öngörülen kurala uymaması feshi geçersiz kılar..” 19.3.2007 E.6187 K.7308, Kazancı Bilgi ve İtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

³⁷¹ SÜZEK, İş H, s.546; ÖZDEMİR, Sınırlamalar, s.513; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.95-99; Karş. NARMANLIOĞLU, TİS Özerkliği, s.336-337.

³⁷² SÜZEK, İş H, s.544-545; ÖZDEMİR, Disiplin Kurulu, s.17; aynı yazar, Sınırlamalar, s.509.

³⁷³ SÜZEK, Sınırlamalar, s.90.

³⁷⁴ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.96.

mecburiyetinde olacaktır. Bu şekildeki TİS hükümleri karşısında yargı organları da geçersizlik ya da işe iade kararı verecekler; bu karara uymayarak işçiyi fiilen çalıştırmayan işverenler hakkında ise alacaklı temerrüdü (BK.m.325) hükümleri uygulanacaktır³⁷⁵.

Yargıtay, iş güvencesinden yararlanma koşullarından biri olan otuz işçi kuralının nispi emredici olduğunu, bu anlamda işçi lehine aksinin kararlaştırılabileceğini belirterek; iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için de iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağını öngören TİS düzenlemesini geçerli kabul etmiş ve davacı işçinin işe iadesine karar vermiştir³⁷⁶.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş akdinin feshine ilişkin düzenlemelerin mutlak emredici olmayışı ve bu anlamda işçi lehine genişletilebilmeleri imkânı karşısında kanımızca da geçersizlik veya işe iadenin TİS’ler ile öngörülebilmesi mümkündür. Yani bu yönde getirilecek hükümler bakımından hukuken bir engel bulunmamaktadır.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından TİS’ler ile sendikal tazminat miktarının arttırılabilmesi de mümkündür³⁷⁷. SK’na göre; iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshinde işçiye ödenecek tazminat bir yıllık ücret tutarından az olamaz (m.31/f.7). Hükümdeki az olamaz ibaresinin, fazlasına hükmedebilme imkânı yarattığı ve bu anlamda düzenlemenin nispi karakter taşıdığı belirtilerek³⁷⁸, sendikal tazminat miktarının TİS’ler ile arttırılabileceği isabetli biçimde kabul edilmektedir³⁷⁹.

³⁷⁵ SÜZEK, İş H, s.546; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.97.

³⁷⁶ Söz konusu kararda Yargıtay; “..işyerinde yürürlükte olan TİS’in iş güvencesi ve işçi çıkarılması başlığını taşıyan 34.maddesinde, iş akdinin feshedileceği durumlarda işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı İK’nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağını getirmiştir. Bu durumda işyerinde çalışan işçi sayısı 30 işçinin altında olsa dahi TİS’in bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksi düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır..” 9HD. 26.05.2005 E.12317 K.19404, YILDIZ, Gaye Burcu: İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 işçi ölçütünün Nispi Emredici Niteliği (Karar İncelemesi), Legal İSGHD, S.11, 2006, s.902-903.

³⁷⁷ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.99.

³⁷⁸ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.100.

³⁷⁹ SÜMER, s.87; EYRENCİ, Sendikalar, s.140; TUĞ, s.195; SÜZEK, Kötüye Kullanma, s.179; TUNCAY, Toplu İş H, s.75; ÇELİK, Kolektif İş H, s.129; KUTAL, Sendikacılık Faaliyetleri, s.54.

c) İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Açısından

İK.'nın 21.maddesi geçersiz feshin sonuçlarını düzenlemekte; yine bu maddenin son fıkrasında, ilk üç fıkranın sözleşmelerle değiştirilemeyeceği öngörülmektedir. Bu anlamda sözkonusu fıkralarda yer alan düzenlemeler mutlak emredici nitelik taşımaktadır³⁸⁰. Başka bir deyişle, m.21'de öngörülen yaptırım miktarları işçi lehine olsa dahi TİS'ler ile arttırılamayacaktır³⁸¹.

Aynı şekilde, bu yaptırımlardan bağımsız bir cezai şartın kararlaştırılması da mümkün görülmemekte; aksi bir kabulün, mutlak emredici nitelikteki m.21/son düzenlemesini anlamsız kılacağı kabul edilmektedir³⁸². Yargıtay'ın; *"...Hükme dayanak yapılan TİS 4857 sayılı İK' nun yürürlüğe girmesinden önce imzalanmıştır. Davacı işçi iş güvencesi kapsamında kalmaktadır..daha önce imzalanan TİS hükmündeki cezai şart niteliğindeki tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren işçi bakımından önemi kalmamıştır. Önemli olan, işçinin iş güvencesi kapsamında yer almasıdır..."*³⁸³ şeklindeki kararı da bu görüşü destekler nitelik taşımaktadır.

İş Kanunu m.21/son'daki sözkonusu düzenleme dolayısıyla iş güvencesi tazminatının arttırılamamasının nitelikli iş güvencesi tazminatı³⁸⁴ açısından da geçerli bir sonuç olup olmadığı akla gelebilir.

Doktrindeki bir görüş uyarınca, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından da sendikal tazminatın TİS'ler ile arttırılması mümkündür. Buna göre; SK.'da yer alan "az olamaz" ibaresi, hakime bir yıllık ücretten fazlasına hükmedebilme imkanı

³⁸⁰ SÜZEK, İş H, s.490; GÜZEL, İş Güvencesi, s.117; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.599; SARIBAY, s.265.

³⁸¹ Sözkonusu düzenlemenin TİS özerkliğine aykırı olduğu bu anlamda isabet taşımadığı hakkında bkz. GÜZEL, İş Güvencesi, s.118. Belirtmek gerekir ki sözkonusu düzenlemenin AY'ya aykırılığı iddiası ile CHP tarafından açılan iptal davası, AYM tarafından reddedilmiştir. AYM.19.10.2005 E.2003/66 K.2005/72.

³⁸² SÜZEK, İş H, s.544.

³⁸³ 9.HD.27.3.2007 E.670 K.8607. Benzer yönde; 9.HD. 13.6.2006 E.2005/37834 K.17320, 9.HD.6.6.2005 E.29686 K.24049, 9.HD. 11.4.2006 E.8251 K.9411 kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazanci.com.tr

³⁸⁴ Bkz. § 6, I.

getirmekte aynı zamanda TİS'ler ile bu tazminatın arttırılabileceğini de ortaya koymaktadır³⁸⁵.

Kanımızca da düzenlemenin lafzı ve yer aldığı yasa göz önüne alındığında böyle bir kabulün isabet taşıdığı söylenebilir. SK. m.31'de her ne kadar iş güvencesi hükümlerine yollama yapılmış olsa da, arttırılmış tazminat miktarı yine 31.madde içerisinde ve "az olamaz" ibaresine yer verilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu anlamda m.21/son'un mutlak emredici etkisi, sendikal nedenler doğrultusunda belirlenecek tazminat miktarı açısından sözkonusu olamaz. O halde, feshin sendikal nedenlere dayanması durumunda ödenecek nitelikli iş güvencesi tazminatı miktarını arttıran TİS düzenlemeleri, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından da geçerli olmalıdır.

Doktrindeki bir görüş uyarınca, iş güvencesi kapsamında olan işçiler için TİS'lerde işe iade zorunluluğu öngörülebilmesi de mümkündür. Buna göre; m.21/son'daki yasak, sadece tazminat miktarlarının değiştirilmesine yöneliktir. O halde, sendikal nedenli fesihlerde işe iade zorunluluğu getiren TİS hükümleri, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için de geçerli olabilecektir³⁸⁶.

Sözkonusu görüş, m.21/son'un sadece tazminat miktarları bakımından mutlak emredici nitelik taşıdığı, bunlar dışındaki alanlarda ise nispi emredici kabul edilmesi gerektiği temeline dayanmaktadır. Bu anlamda belirtilen görüşe yönelik bir kanaat getirebilmek, m.21/son'daki düzenlemenin açıklığa kavuşturulmasına bağlıdır.

İK'nun 21. maddesinin son fıkrası, yine aynı maddenin ilk üç fıkrasının hiçbir surette değiştirilemeyeceğini belirtmiştir. O halde, ilk üç fıkra ile ilişkin düzenlemelerin mutlak emredici nitelik taşıdığı açıktır. Sorun, mutlak emrediciliğin etki alanıdır. Zira 21.maddenin ilk fıkrasında, feshin geçersiz sayılması halinde uygulanması gereken prosedür düzenlenirken, işverene de bir seçim imkanı tanınmıştır. Yukarıda değinilen görüş, mutlak emrediciliğin sadece tazminatlara ilişkin olduğunu belirtmekte, bu anlamda işverene tanınmış seçimlik hakkın işçi lehine ortadan kaldırılabileceğini kabul etmektedir. Belirtmek gerekir ki, m.21'in gerekçesinde de amacın, tazminat miktarlarının arttırılmasını engellemek olduğuna değinilmiştir.

³⁸⁵ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.100.

³⁸⁶ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.98-99.

Madde gerekçesi her ne kadar yalnızca tazminat miktarlarına değinmiş olsa da, kanımızca yukarıda belirtmiş olduğumuz sözkonusu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira yasa koyucu, işe iadenin alternatifi niteliğinde bir yaptırım olan tazminatın dahi TİS’ler ile arttırılamayacağını öngörmüştür. Bu anlamda yasa koyucunun, geçersiz feshe ilişkin yaptırımın değiştirilip daha etkin hale getirilebileceği hele de mutlak anlamda işe iadenin öngörülebileceği yönünde bir iradeye sahip olduğunu söylemek güçtür.

Kaldı ki m.21/son’da, aynı maddenin 2.fikrasının da hiçbir suretle değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir. Sözkonusu 2.fikrada ise tazminat miktarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Burada, feshin geçersizliğine karar verme halinde “işverenin işe başlatmama ihtimaline karşı” mahkemeye bir ödev yüklenmektedir. O halde, işverenin işe başlatmama imkânının da mutlak emredici bir husus olarak görüldüğü söylenebilir.

Sonuç olarak, TİS’ler ile, belirtilen yönde bir yaptırımın öngörülebilmesi, kanımızca hukuken mümkün değildir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SENDİKAL AYRIMCILIĞIN YAPTIRIMI

İş hukuku alanında devlet, işçi işveren ilişkilerini adalete uygun biçimde düzenleyerek çalışma barışını sağlamak ve işçiyi korumak amacıyla birtakım kurallar öngörmüştür. Sendikal ayrımcılık yasakları da bu kapsamda yer alır. Ancak, kuralların uygulanarak sözkonusu amaçların gerçekleştirilmesi, etkili yaptırımların varlığını gerektirir.

Yasa koyucu da getirmiş olduğu sendikal ayrımcılık yasaklarını hukuki ve cezai yaptırımlara bağlamıştır. Çalışmanın bu bölümünde sözkonusu yaptırımlar açıklanacak ve bu yaptırımların etkin olup olmadıkları yani kendilerinden beklenen yararın sağlanıp sağlanamadığı üzerinde durulacaktır.

§ 6. HUKUKİ YAPTIRIM

I. Genel Olarak

4773 sayılı Yasa değişikliği öncesinde SK.’nın 31. maddesinin 3.fıkrası, işin devamı sırasındaki ayrımcılıkları 5.fıkrası ise, işe son vermeye ilişkin ayrımcı işveren tutumlarını yasaklamaktaydı. Sözkonusu hükümlere aykırı hareket eden işverenler aleyhine, 6.fıkra “ bir yıllık ücret tutarından az olmayacak bir tazminat” yaptırımı düzenlenmişti. Bu tazminat, Yargıtay kararlarında sendikal tazminat olarak nitelendirilmekteydi³⁸⁷. Ancak sendikal tazminat talebine dayanak olan sözkonusu 6. fıkra, 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve 31. maddeye iki yeni fıkra daha eklenmiştir. Böylelikle “sendikal nedenli fesihler” farklı hukuki sonuçlara bağlanmıştır.

³⁸⁷ Nitekim bir Yargıtay kararında; “...2821 sayılı SK’ nun 31.maddesinde işçilerin serbestçe yasal sınırlar içinde sendikal faaliyette bulunmaları güvence altına alınmış ve yaptırımı da kurala bağlanmıştır. Sendikal tazminat olarak isimlendirilen bu yaptırım...” ifadesine yer verilmiştir. 9.HD. 04.05.1999 E.4501 K.8394, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www. kazancı.com.tr.

SK.’nın değişen 6.fıkrası uyarınca; iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmeleri sendikal nedenlerle “feshedilmişse” bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanacak, ancak işe başlatmama halinde ödenecek tazminat bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır. Aynı maddenin değişik 7.fıkrasında ise; iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal feshe maruz kalmaları düzenlenmiş ve bu durum, tazminat yaptırımına bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, iş güvencesi kapsamındaki bir işçi, feshin geçersizliğini talep ederek işe geri dönme hakkına sahiptir. Tazminat ise, *işe başlatmama halinde* devreye girecek bir yaptırım olarak öngörülmüştür. Buna karşılık kapsam dışındaki işçilerin elindeki tek imkân, tazminat talebidir.

Bu anlamda her iki fıkrada sözü geçen tazminatlar her ne kadar miktar itibariyle örtüşse de, nitelik itibariyle farklıdır³⁸⁸. Zira 6. fıkradaki tazminat; işe iade davası yoluyla, işe başlatmama sonucu elde edilen, ancak sendikal nedenlerin varlığı halinde artırıma tabi tutulan *iş güvencesi tazminatıdır*. Buna karşılık, 7.fıkrada öngörülen tazminat ise, tazminat davası yolu ile ulaşılabilen *sendikal tazminattır*.

İş güvencesi tazminatının SK.m.31 ile arttırılmasındaki amaç; feshin “sendikal nedenlerden ötürü geçersiz olmasını” yaptırımı bağlamaktır. Bu anlamda, sendikal fesihlerde işe başlatmama sonucu elde edilebilen söz konusu tazminat, “nitelikli iş güvencesi tazminatı” olarak adlandırılabilir.

Belirtmek gerekir ki, sendikal fesihler bakımından ortaya çıkan hukuki sonuç farklılıkları, fesih dışı ayrımcılık hallerinde söz konusu değildir. Yani, işin devamına ve işe giriş aşamasına ilişkin sendikal ayrımcılığa yönelik yaptırımlar bakımından, her iki işçi grubu için ngrlmş esaslar ortaktır.

II. Yaptırımı Ulaşma Yolları

4773 sayılı Yasa ile yapılan ve yukarıda değinmiş olduğumuz yasa değişikliği, yaptırımı ulaşma yollarının da farklılaşması sonucunu doğurmuştur. Buna göre, iş

³⁸⁸ NARMANLIOğLU, nal: İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, (Karar İncelemesi), Legal İSGHD, S.5,2005, s.247-248.

güvencesi kapsamındaki işçiler için öngörülen hukuki yol işe iade davası iken, güvence kapsamında yer almayan işçilerin başvurabilecekleri hukuki olanak sendikal tazminat davasıdır. Fesih dışı hallerde sendikal ayrımcılık yaptırımına, her iki işçi grubu da sendikal tazminat davası ile ulaşacaktır.

1. İşe Son Verme Şeklindeki Ayrımcılıklarda

a) İşe İade Davası

aa) Genel Olarak Feshe İtiraz ve Sonuçları

Feshin geçerli bir nedene dayanmayıp sendikal nedenlere dayandığı iddiasında olan bir işçi işe iade davası açarak ya da uyuşmazlığı özel hakeme götürerek feshe itiraz imkânına sahiptir (SK. m.31/f.6 ve İK. m.20/f.1). Bu imkân aynı zamanda hukuki yaptırım talebinde bulunabilmenin tek yoludur.

Feshe bu şekilde yapılan itirazın iki temel sonucu olabilir: Mahkeme ya da özel hakem, fesih sebebini inceleyerek feshin geçerliliğine hükmedebileceği gibi, bu inceleme sonucu fesih işlemini geçersiz sayarak işçinin işe iadesine yönelik karar da verebilir.

aaa) Feshin geçerli sayılması

Mahkeme ya da özel hakem, feshin geçerli bir nedene dayandığı yönünde karar verirse, o zaman fesih işlemi de geçerli kabul edilecek ve işveren sadece feshin hukuki sonuçlarıyla sorumlu olacaktır (İK.m.21/f.5). Başka bir deyişle, işe iade davasına özgü iş güvencesi tazminatı ya da dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklar artık işverenden talep edilemeyecektir. Ancak şartları bulunduğu ölçüde ihbar ve kıdem tazminatı ile var ise ödenmemiş yıllık ücretli izin, vb. haklar konusunda işçinin talep imkânı devam edeceğinden, işverenin de bu hususlara ilişkin hukuki sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır³⁸⁹.

³⁸⁹ İK.'nın 17.maddesi uyarınca usulüne uygun bir fesih yapılmışsa işçi bir yıldan fazla çalışmış olmak kaydıyla yalnızca kıdem tazminatına ancak fesih usulsüz yapılmışsa aynı zamanda ihbar tazminatına da hak kazanacaktır, ALPAGUT, s.246; GÜZEL, İş Güvencesi, s.102; SÜZEK, İş H, s.480.

O halde; sendikal fesih iddiası ile açılan işe iade davasında mahkeme ya da özel hakem, sendikal nedenlerin varlığına kanaat getirmezse feshi geçerli sayacak ve bu durumda işçinin işine geri dönmesi ya da nitelikli iş güvencesi tazminatı alabilmesi mümkün olmayacaktır.

bbb) Feshin geçersiz sayılması

Mahkeme veya özel hakem, işverence hiçbir sebep gösterilmediğine ya da gösterilen sebebin geçerli olmadığına kanat getirirse, fesih işleminin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verecektir (İK.m.21/f.1).

Bu kararı etkin kılmak isteyen işçinin yapması gereken, kesinleşen mahkeme kararının kendine tebliğinden³⁹⁰ itibaren on işgünü³⁹¹ içinde, işe başlamak için işverene başvurmadır³⁹². Aksi halde fesih geçerli sayılacak ve yukarıda bahsetmiş olduğumuz sonuçlar, burada da sözkonusu olacaktır.

Başvuru için öngörülen on gün, hak düşürücü süre niteliğindedir³⁹³. Belirtmek gerekir ki, işçinin işe başlamaya ilişkin başvurusunun, bu süre içerisinde işverenin hakimiyet alanına girmesi şarttır. Başka bir deyişle, bildirimde bulunulmuş olmasına rağmen bu bildirim, on günlük süre sonunda işverene ulaşmışsa, hak düşürücü süre dolmuş sayılacaktır³⁹⁴. İşçinin yapacağı başvuru yasa da özel bir usule bağlanmamış olmakla birlikte, ispat kolaylığı açısından bu başvurunun noter aracılığı ile yapılmasının daha isabetli olacağı kabul edilmektedir³⁹⁵.

İşçinin bu şekildeki başvuru zorunluluğu karşısında işverenin, işe geri almaya yönelik bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira yasa koyucu, bu konuda işverene bir seçim imkânı tanımıştır (İK. m.21/f.1).

³⁹⁰ Vekille takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması zorunludur (Tebliğat Kanunu m.11). Bu anlamda tebligat işçiye yapılmışsa, vekile ayrı bir tebligat yapılana kadar (veya vekil işçiye yapılan tebligatı öğrenene kadar) 10 günlük süre işlemeye başlamayacaktır.

³⁹¹ Yasada işgünü ibaresine yer verilmiş olması önem taşır. Zira bu tarz bir düzenleme karşısında, iş hukuku uygulaması çerçevesinde hareket edilerek, 10 günlük sürenin hesabına Pazar günlerinin dahil edilmeyeceği söylenebilecektir. SARIBAY, s.200-201.

³⁹² Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.291-292; SARIBAY, s.199-201.

³⁹³ ALPAGUT, s.246; GÜZEL, İş Güvencesi, s.110; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.593.

³⁹⁴ UÇUM, İş Güvencesi, s.85.

³⁹⁵ SARIBAY, s.202.

İşveren, işe başlamak için başvuruda bulunan işçiyi, bu başvuru tarihinden itibaren³⁹⁶ bir ay içinde işe başlatmazsa; işçiye mahkemece hükmedilen en çok dört aya kadar doğmuş³⁹⁷ olan ücret ve diğer haklarını ayrıca en az dört en çok sekiz aylık - yapılan feshin sendikal nedenlere dayandığı hallerde ise en az bir yıllık- ücreti tutarındaki³⁹⁸ iş güvencesi tazminatını ödemek zorunda kalacaktır.

İşçiye ödenecek en çok dört aya kadar olan ücret alacağı, işçinin işe başlamak üzere işverene başvurduğu anda muaccel olacaktır³⁹⁹. Ücret alacağının en çok dört ayla sınırlandırılması işe iade davası için yasada öngörülen toplam dört aylık süre ile bağlantılıdır (İK. m.20/f.1 ve f.3). Ancak davaların bu sürede sonuçlandırılmasının, mahkemelerinin iş yoğunluğu karşısında neredeyse hiç mümkün olmadığı, bu anlamda işçinin ücret alacağı bakımından mağduriyet yaşadığı, bu durumun da sendikal örgütlenmeyi caydırıcı nitelik taşıdığı öğretide haklı olarak ifade edilmektedir⁴⁰⁰.

İşveren kendisine başvuran işçiyi bir aylık süreçte işe başlattığı takdirde artık iş güvencesi tazminatı ödemek zorunda kalmayacaktır. Buna karşılık, işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer hakları işçiye yine ödenecektir⁴⁰¹. Zira bu haklar, işçiyi işe almamanın yaptırımını değil, işçinin geçersiz nedenle yapılan fesih dolayısıyla alamadığı ücret ve diğer haklarıdır. Bundan başka, peşin olarak ödenmiş bildirim süresine ait ücret ya da kıdem tazminatı varsa bunlar, en çok dört aya kadar olan ücret alacağından mahsup edilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, sayılan bu sonuçların doğabilmesi için işveren, işe başlatacağı işçiye eski işini ve iş koşullarını sağlamak zorundadır⁴⁰². İşveren işçiyi işe başlatmakla birlikte ona eski işinden farklı, daha düşük statüde bir iş sunuyorsa bu durum, İK.m.22 çerçevesinde

³⁹⁶ EVREN, Öcal Kemal: İş Güvencesi Tazminatı, Terazi Hukuk Dergisi, C.2, S.15, 2007, s.56.

³⁹⁷ İşçinin dava sırasında başka bir işte çalışmış olması halinde kazandığı veya kazanmaktan feragat ettiği gelirin 4 aylık ücret alacağından mahsup edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. SOYER, s.63; ALPAGUT, s.247; ERTÜRK, Süreli Fesih, s.280. Yasada getirilen sınırın örtülü bir mahsup teşkil ettiği, bu anlamda ayrıca bir mahsuba gerek olmadığı yönündeki görüş için bkz. BİLGİLİ, Abbas: Fesihden Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu, Legal İSGHD, S.12, 2006, s.1426.

³⁹⁸ 4773 sayılı yasada bu tazminat 6-12 aylık ücret tutarında öngörülmüştü.(m.13/D)

³⁹⁹ SOYER, s.62, karş. UÇUM, İş Güvencesi, s.88

⁴⁰⁰ DEMİR, Sendikal Örgütlenme, s.554.

⁴⁰¹ GÜZEL, İş Güvencesi, s.111; ALPAGUT, s.247; ERTÜRK, Süreli Fesih, s.279.

⁴⁰² ALPAGUT, s.247.

değerlendirilecektir⁴⁰³. Yani işçi değişiklikle bağlı olmayacak, bu anlamda işe başlaması gerekmeyecek ve işveren işe başlatma yükümünü yerine getirmemiş kabul edilecektir⁴⁰⁴. Yargıtay da vermiş olduğu kararında, isabetli olarak, eski işi dışında bir başka bir işe alınan işçinin bu işi kabul etmemiş olmasının, işe iadeyi istemediği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir⁴⁰⁵.

Benzer şekilde işveren işe başlatma kararını, örneğin ihbar ve kıdem tazminatlarına ilişkin bakiye alacağın ödenmesi gibi bir şarta bağlamışsa başlatma yükümünü yerine getirdiği söylenemeyecek ve işe başlatmamanın hukuki sonuçlarından sorumlu olacaktır⁴⁰⁶.

İşverenin işe başlatma kararının iyi niyetli olmadığı durumlarda da, işe başlatma koşullarının gerçekleşmediği kabul edilmelidir⁴⁰⁷. Buna göre işveren, sırf iş güvencesi tazminatı ödemekten kaçınma amacıyla işçiyi işe başlatmış ve sonrasında özen borcuna aykırı davranışlar sergileyerek işçiyi fesih yoluna gitmeye zorlamışsa, gerçek bir işe başlatma iradesinden bahsedilemez. Bu anlamda işe başlatılmamış sayılan işçiye iş güvencesi tazminatının ödenmesi gerekir.

İşveren, kesinleşen bir işe iade kararının gereği olarak işçiyi işe başlatabileceği gibi, henüz böyle bir karar verilmeden dava sırasında da işe alabilecektir. Yargıtay daha önce vermiş olduğu kararlarında bu durumun davayı konusuz bırakacağını kabul etmekteyken⁴⁰⁸, yeni tarihli kararlarında isabetli olarak farklı bir sonuç benimsemektedir. Yargıtay’ a göre; işçinin dava devam ederken işe başlatılmış olması “aksi ileri sürülmedikçe” işverenin, feshin geçerli bir nedene dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir⁴⁰⁹. Yani işveren aksi yönde bir beyanda bulunmadıkça, işe geri alma sonunda fesih geçersiz sayılacak ve işçi çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücrete hak kazanacaktır⁴¹⁰. Ancak işveren feshin geçerli nedene dayandığını ayrıca belirtirse, o zaman yargılamaya devam edilecek ve fesih sebebinin geçerliliği tartışılarak bir sonuca

⁴⁰³ UÇUM, İş Güvencesi, s.87; ALPAGUT, s.247.

⁴⁰⁴ ÇALIK, Şefik: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul 2005, s.192; SARIBAY, s.222.

⁴⁰⁵ 9HD.3.6.2004 E.1080 K.13416, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.715

⁴⁰⁶ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.297.

⁴⁰⁷ UÇUM, İş Güvencesi, s.87.

⁴⁰⁸ 9HD.8.7.2003 E.12444 K.13125, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁴⁰⁹ 9HD.12.9.2005 E.24795 K.29371, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.994.

⁴¹⁰ SARIBAY, s.237.

varılacaktır. İşçinin dava sırasında yapılan sözkonusu talebi reddetmesi ihtimalinde ise, işe iade davasının bir tazminat davası olmadığı gerekçesiyle, davanın konusuz kalacağı kabul edilmekte ve işçinin bu talebi kabul etmemesi, başvuru yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile eş değerde görülmektedir ⁴¹¹.

ccc) Değerlendirme

Yukarıda ana hatlarıyla anlatılmaya çalışılan süreçte görüldüğü gibi, işe iade davalarında etkin ve belirleyici olan işverendir. Zira feshin geçersizliğine karar verildiğinde işe iade veya tazminat seçeneklerinden birini tercih imkânı işverendedir. Mahkeme dahi, feshin geçersizliğine karar verdikten sonra işe iade yerine tazminata hükmedemez⁴¹². Hakimin bu yönde takdir yetkisi yoktur.

İşverene sunulan seçim imkânı, işine geri dönmek istemeyen işçiye tanınmamıştır. İşçinin dava açmayarak ya da mahkemece verilmiş geçersizlik kararına rağmen işverene başvurmayarak işe geri dönmeme olanağı her zaman vardır. Ancak bu takdirde işçi, geçersiz bir feshin varlığına rağmen, tazminat hakkından yoksun kalacaktır.

Aynı durum sendikal nedenli fesihlerde de geçerlidir. İş güvencesi kapsamında olup, iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilmiş olduğunu ileri süren bir işçinin hukuki yaptırıma ulaşabilmesi için, öncelikle kesinleşmiş bir işe iade kararı alması gerekir. Bundan sonra yapması gereken ise, on işgününü geçirmeden işverene işe iade talebinde (istemese bile!) bulunmak olacaktır.

Ancak işçinin yaptırıma ulaşabilmesi için bunlar da tek başına yeterli olmayacak, işverenin bu işçiye dava sırasında ya da kesinleşen karar sonrası tekrar işe almamış olması gerekecektir. Zira işe alma halinde nitelikli bir iş güvencesi tazminatı sözkonusu olamayacaktır.

Bu noktada işçinin işine iade edilmiş olması, sendikal ayrımcılığın yaptırımını ikame eden bir durum olarak görülemez. İşe iade, feshin geçersiz olmasının yaptırımı

⁴¹¹ ALPAGUT, s.243; SARIBAY, s.240.

⁴¹² SÜZEK, İş H, s.481.

olup⁴¹³ sendikal ayrımcılığın yaptırımını değildir. Zira sendikal nedenlere dayanmamakla birlikte geçersiz feshe maruz kalmış bir işçi de aynı sonuca ulaşabilmektedir. Aksi bir kabul, “feshi geçersiz kılan herhangi bir neden ile sendikal nedenlerin aynı statüde değerlendirilmesi” sonucunu doğurur ki, bu bizce isabetli görülemez.

O halde; mevcut yasal düzenlemenin işe geri dönmek istemeyen işçinin iradesine değer vermeyerek ve de geçersiz sebebin sendikal nedenlere ilişkin olduğunu göz ardı ederek, bu işçinin maruz kaldığı sendikal nedenli fesihleri yaptırımsız bırakabildiği söylenebilir⁴¹⁴.

bb) Tarafları

İşe iade davasında davacı, iş güvencesi hükümleri kapsamında olup, iş sözleşmesi feshedilen işçidir. Bu noktada akla gelebilecek soru, SK. kapsamına girip İK. kapsamına girmeyen ancak, işyerinde çalışan işçi sayısı bakımından gerekli otuz işçi koşulu ile altı aylık kıdem şartını sağlayan bir işçinin de işe iade davası açıp açamayacağıdır.

Doktrindeki bir görüş uyarınca sendikal fesih hallerine özgü ve yalnızca bu hallerle sınırlı olarak, sözkonusu soruya olumlu cevap verilmelidir. Buna göre aksi bir kabul, sayı ve kıdem koşulunu sağlayan işçilerin (salt İK. kapsamında yer almamalarından dolayı) sendikal fesihlere yönelik iş güvencesinden mahrum bırakılmaları anlamına gelir. SK. bakımından hukuksal durumları aynı olan işçiler arasında böyle bir ayrıma gidilmesi, AY.’nın eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz⁴¹⁵. Bu görüş uyarınca, örneğin BK.’na tabi bir işçi de kıdem ve sayıya ilişkin koşulu sağlamakla, sendikal fesih hallerinde işe iade talep edebilecektir.

Kanımızca SK. m.31/f.7’de yer alan düzenleme göz önüne alındığında, doktrindeki bu görüşe katılabilmek mümkün değildir. Zira sözkonusu fıkra; BK’na Deniz İş K’na, vs. tabi çalışan işçilerin sendikal fesih iddialarında, genel hükümlerin

⁴¹³ GÜZEL, İş Güvencesi, s.106.

⁴¹⁴ Çözüm önerisi için bkz. § 6, IV, 4, cc.

⁴¹⁵ UÇUM, Seminer Notları, s.138.

uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, sayılan kapsamdaki işçilere 6.fıkradaki usulün uygulanmayacağı anlatılmak istenmiştir.

SK.'nın 32. maddesi uyarınca, işçinin üyesi bulunduğu işçi sendikası da o işçi adına işe iade davası açabilecektir⁴¹⁶. Burada dava hakkının devri değil, işçinin sendika tarafından temsili sözkonusudur⁴¹⁷. Yasa, sendikanın dava açabilmesi için özel bir yetki alınmış olmasını aramamıştır⁴¹⁸. Ancak uygulamada Yargıtay, yetki belgesinin varlığını aramakta bu belgenin bulunmadığı durumlarda davayı husumet yönünden reddetmektedir⁴¹⁹.

İşe iade davasında davalı, feshedilen iş sözleşmesinin tarafı olan işverendir⁴²⁰. Bu anlamda, geçici iş ilişkisiyle çalışan işçi, davayı kendi işverenine yöneltmek zorundadır⁴²¹. Aynı şekilde, alt işveren işçileri davayı kendi işverenlerine, yani alt işverene yönelteceklerdir⁴²². Ancak asıl işveren- alt işveren ilişkisi muvazaaya dayanıyorsa o zaman davanın asıl işverene yöneltilmesi gerekecektir.

Belirtmek gerekir ki; işveren vekillerinin, işverenin işlemlerinden hukuki sorumlulukları bulunmaması dolayısıyla (İK. m.2/f.4) onlara karşı dava açılamaz.

cc) Dava Açma Süresi

İK. m.20/f.1 uyarınca; iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildirimimin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde dava açabilecektir. Bu süre hak düşürücü

⁴¹⁶ ALPAGUT, s.240; UÇUM, Seminer Notları, s.155.

⁴¹⁷ UÇUM, Seminer Notları, s.155.

⁴¹⁸ UÇUM, Seminer Notları, s.155.

⁴¹⁹ Yargıtay'a göre; “..dava, sendika tarafından üyesi adına açılmış ise de, yetki belgesinin bulunmadığı yapılan araştırmadan anlaşılmıştır. 2821 sayılı SK' nun 32/3 maddesi uyarınca sendikanın üyesi adına dava açabilmesi için, bu hususta kendine yetki verilmesi gerekmektedir. Yetki belgesi olmadığına göre, sendikanın böyle bir dava açma yetkisi bulunmadığından davanın husumet yönünden reddi gerekir.” 9.HD. 08.05.2006 E.5422 K.12818, KILIÇOĞLU, s.265.

⁴²⁰ SARIBAY, s.110.

⁴²¹ UÇUM, Seminer Notları, s.161; ALPAGUT, s.240.

⁴²² SARIBAY, s.112; UÇUM, Seminer Notları, s.162.

niteliktedir⁴²³. Bu anlamda yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilecek ve hakim tarafından re'sen göz önüne alınabilecektir.

İşverence sözlü olarak gerçekleştirilen fesihlerin dava açma süresini başlatıp başlatmayacağı hususunda doktrinde iki temel görüş bulunmaktadır. İlk görüş, fesih bildiriminin yazılı yapılması zorunluluğu karşısında (İK.m.19/f.1) sözlü gerçekleştirilmiş fesihlerin, bir aylık süreyi başlatamayacağı yönündedir⁴²⁴.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş uyarınca ise, sözlü fesihler de dava açma süresinin başlamasını sağlayabilecektir. Buna göre; iş sözleşmesinin fiili olarak sona ermiş olduğu tarihte süre işlemeye başlayacak, sözkonusu tarih her tür yazılı ve sözlü delille ispatlanabilecek ve bu anlamda işverenin, hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu yönündeki iddiası dikkate alınabilecektir⁴²⁵. Zira fesih bildirimi için aranan yazılılık şartı, feshin geçerliliğine ilişkindir. Bu anlamda sözlü bir bildirim, süresinde açılmış bir davada sadece feshin geçersiz kılınma nedenini teşkil edecektir⁴²⁶.

Yargıtay da; fesih bildiriminin yazılı yapılmadığı durumlarda, bir aylık dava süresinin hiç başlamayacağı ve dava açma hakkının her zaman mümkün olacağı şeklinde bir anlam ortaya çıkabileceğini göz önüne alarak, fesih iradesinin “işçiye ulaştığı” tarihte dava açma süresinin başlayacağını kabul etmektedir⁴²⁷.

O halde, işveren tarafından sözlü olarak gerçekleştirilen fesihlerde işçi, dava açmak için kendine yazılı bir bildirimde bulunulmasını beklememelidir. Aksi halde; usulüne uygun yapılmamış olduğu için geçersiz kılınabilecek bir fesih işlemi, hak düşürücü sürenin kaçırılmasıyla geçerli hale gelebilecektir. Bu durum işverenin fesih işleminin yaptırımsız kalmasına neden olabileceği için, özellikle sendikal fesihler bakımından önem taşımaktadır.

⁴²³ UÇUM, Seminer Notları, s.164;GÜZEL, İş Güvencesi, s.90; SOYER, s.58; AKTAY/ ARICI / SENYEN-KAPLAN, s.190; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.174; ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.134; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.571.

⁴²⁴ UÇUM, Seminer Notları, s.165; ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.134.

⁴²⁵ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.233.

⁴²⁶ SARIBAY, s.126.

⁴²⁷ 9.HD. 28.11.2005 E.34667 K.37461, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.234, d.pn.35.

Dava açma süresinin başlangıcı bakımından bildirimli fesihler de önem taşır. Bir görüş uyarınca; fesih bildiriminin *sürelî* yapılması halinde, fesih işlemi henüz gerçekleşmeden bir aylık süre de işlemeye başlayamaz. Yasa koyucu da m.20/f.1’de, “iş sözleşmesi feshedilen” işçinin dava açabileceğini düzenlemiştir. Bu anlamda feshin gerçekleşmesi, dava açma süresinin işlemesi için bir koşuldur⁴²⁸.

Buna karşılık doktrindeki baskın görüş tebliğ tarihini esas almakta ve dava açma süresinin başlaması için ihbar sürelerinin dolmuş olması şartını aramamaktadır⁴²⁹.

Yargıtay da, yasanın açık hükmü karşısında, fesih tarihinin değil, feshin “bildirildiği tarihin” esas alınması gerektiğini belirtmektedir⁴³⁰.

Kanımızca, iş hukukunun işçiyi koruma amacı gereği, dava açma süresinin bildirim süresi sonunda işlemeye başlayacağı yönünde bir yasa değişikliğine gidilmesi isabet taşıyacaktır. Ancak böyle bir değişikliğe kadar Yasanın açık ifadesi ve Yargıtay uygulaması dikkate alındığında, sendikal nedenlerle iş akdi feshedilmiş bir işçi, dava açmak için bildirim süresinin sonunu beklememelidir. Aksi halde maruz kaldığı ayrımcılık yaptırımsız kalacaktır.

Yargıtay, bildirimin yapıldığı tarihi esas alan istikrarlı görüşü çerçevesinde, askı süresi içinde yapılan fesihler bakımından da, dava açma süresinin işlemesi için, askı süresinin bitimi şartını aramamaktadır⁴³¹. Aynı şekilde Yargıtay; ileri bir tarihte geçerli olmak üzere yapılmış fesihlerde de dava açma süresinin, “ileriki tarihte feshedileceğine yönelik bildirimin yapıldığı anda” işlemeye başlayacağı sonucuna varmaktadır⁴³². Yargıtay’ın bu görüşü, henüz bir fesih bildiriminin bulunmadığı, yapılan

⁴²⁸ UÇUM, Mehmet : İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, S.4, 2004, s.1302 vd.; aynı yazar, Seminer Notları, s.165 ; GÜZEL, İş Güvencesi, s.90; DEMİR, Sendikal Örgütlenme, s.549.

⁴²⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.173; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.234; ERTÜRK, Sürelî Fesih, s.274; SÜZEK, İş H, s.472; SOYER, s.59; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.588.

⁴³⁰ Yargıtay’a göre; “..fesih bildirimi yapıldığında iş sözleşmesinin sonlanması gerekmez. Nitekim 4857 sayılı İK.’nın 20.maddesinde işçinin fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde..dava açarak feshin geçersizliğini talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu süre fesih tarihinden değil, fesih bildirim tarihinden itibaren başlamaktadır. O nedenle, dava açıldığında iş sözleşmesinin sona ermemiş olmasının önemi yoktur.” 9.HD. 12.12.2006 E.26214 K.33181 benzer yönde; 9.HD. 11.12.2003 E.20424 K.20629, 9.HD. 8.7.2004 E.24391 K.23183, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

⁴³¹ 9.HD. 28.11.2005 E.34667 K.37461, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

⁴³² 9HD.8.7.2004 E.24391 K.23183, SARIBAY, s.133.

bildirimin ise fesih bildirimi yapılacağına ilişkin bir uyarıdan ibaret olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir⁴³³.

Belirtmek gerekir ki, işverenin işe başlatmaması halinde hak kazanılan iş güvencesi tazminatı ve nitelikli hali olan sendikal fesihlerde hükmedilen en az bir yıllık tazminat, on yıllık zamanaşımı süresi içinde talep edilebilir⁴³⁴.

dd) Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bir davaya aynı yargı kolundaki ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakacağını düzenleyen kurallara görev kuralları denir⁴³⁵. İK. m.20/f.1 uyarınca, iş sözleşmesi feshedilen işçi “iş mahkemesinde” dava açabilir. Yasada bu hüküm bulunmasaydı dahi, İş Mah. K.’nın 1.maddesi çerçevesinde işe iade davalarında görevli mahkemenin iş mahkemeleri olduğu sonucuna varılabilecekti. İş mahkemelerinin kurulmamış olduğu yerlerde ise davaya, iş mahkemesi görevi verilmiş asliye hukuk mahkemeleri tarafından bakılacaktır (İş Mah.K. m.1/f.3).

Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli hüküm mahkemesi tarafından bakılacağını ifade eder⁴³⁶. İK’nun 20. maddesinde görevli mahkeme belirtilmiş ancak yetkili mahkeme bakımından bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu anlamda yetki tespiti, İş Mah. K.’ndaki genel hükümler doğrultusunda yapılacaktır⁴³⁷. İş Mah. K. m.5’e göre yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte işverenin ikametgâhı sayılan yer mahkemesi olabileceği gibi, işçinin işini gördüğü yer yani işyerinin bulunduğu yer mahkemesi de olabilecektir⁴³⁸.

Tüzel kişi işverenlerde ve tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar bakımından; tüzel kişiliğin ticari merkezinin bulunduğu yer ile tüzel kişiliği olmayan

⁴³³ SARIBAY, s.134.

⁴³⁴ BİLGİLİ, s.271.

⁴³⁵ BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 2.bası, Ankara 2003, s.125; PEKCANİTEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 6.Bası, Ankara 2007, s.101; ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, Kamil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 6.Bası, İstanbul 2006, s.61.

⁴³⁶ BOZKURT, s.206; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.117; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 91.

⁴³⁷ SARIBAY, s.121.

⁴³⁸ 5521 sayılı İş Mah. K çerçevesinde uygulanacak yetki kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, s. 220-227 ayrıca GÜNAY, İş Davaları, Ankara 2008, s. 101-113.

toplulukların merkezinin bulunduğu yer mahkemeleri, işverenin ikametgâhı mahkemesi olarak kabul edilir⁴³⁹.

ee) Yargılama Usulü

5521 sayılı İş Mah.K. m.7/f.1 gereği iş mahkemelerinde kural olarak sözlü yargılama usulü uygulanmaktadır. Ancak işe iade davaları bakımından bu kurala istisna getirilmiş ve sözkonusu davalarda seri yargılama usulünün uygulanacağı öngörülmüştür (İK. m.20/f.3).

Sözlü yargılama usulünün uygulandığı iş davalarında cevap süreleri ilk duruşma gününe kadardır, seri yargılama usulünde ise bu süre yedi gündür. İş mahkemesi hakimi HUMK. m.505 uyarınca duruşmayı en yakın güne koymalı, yargılamanın en kısa sürede tamamlanması için iki tarafın onayı dışında tarafların delillerini göstermeleri için ancak bir defa süre vermelidir. Yine yargılamanın seri olarak yürütülebilmesi için taraflar, HUMK.m.180 ve m.195 uyarınca yazılı delillerini dilekçelerine eklemeli ve başka yerden getirilecek bilgi ve belgeler için gerekli açıklamayı yaparak giderini ödemelidir⁴⁴⁰.

İş mahkemesi davayı iki ay içinde sonuçlandırarak; kararın temyizi halinde ise Yargıtay, bir aylık süre⁴⁴¹ içinde “kesin karar” verecektir.

İşe iade davalarında böyle istisnai bir düzenlemeye yer verilmiş olmasının nedeni, işçinin bir an önce işine geri dönmesini ya da tazminat almasını sağlamak bu şekilde işçiyi belirsizlikten kurtararak, onu korumaktır⁴⁴². Her ne kadar sözkonusu amaca yönelik olsa da bu düzenlemenin, iş mahkemelerinin yoğunluğu karşısında uygulama kabiliyetinin bulunmadığı belirtilmekte ve bu çerçevede düzenleme eleştirilmektedir⁴⁴³.

⁴³⁹ BOZKURT, s.224; GÜNAY, İş Davaları, s.104; UÇUM, Seminer Notları, s.166.

⁴⁴⁰ GÜNAY, İş Davaları, s.1188; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.240.

⁴⁴¹ Buna karşılık, işe iade davalar dışında verilen iş mahkemesi kararları iki ay içinde Yargıtay’ca sonuca bağlanır. İş Mah K.m.8/4.

⁴⁴² ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.240.

⁴⁴³ Seri yargılama usulünün seri ifadesi dışında hiçbir serilik sağlamadığı, usul hukukunda hemen hemen terk edilen bir ilke olduğunun da göz ardı edildiği, bu anlamda isabet taşımadığı, zira süresinde sona

ff) Davanın Konusu

İşe iade davasının konusu tazminat değil⁴⁴⁴, feshin geçersiz sayılarak işe iadenin sağlanmasıdır⁴⁴⁵. Belirtmek gerekir ki, iş güvencesi kapsamında bulunduğunu düşünerek işe iade davası açmış olan bir işçinin sözkonusu durumu, yargılama sırasında anlaşıldığı takdirde, açılmış olan işe iade davası ıslah edilerek, sendikal tazminat davasına çevrilebilecektir⁴⁴⁶.

İşe iadeye ilişkin talebin, iş güvencesi tazminatı ile birlikte en çok dört aya kadar doğmuş olan ücret alacaklarını da kapsayıp kapsamadığı, bu noktada akla gelebilecek önemli sorunlardan biridir.

Doktrindeki bir görüş uyarınca; işe iade talebinde bulunan işçi ayrıca iş güvencesi tazminatı talep etmemiş olsa da, mahkeme re'sen bu tazminata karar verebilecektir. Zira işe iade talebi, işe iade edilmeme durumunun alternatifli olan tazminatı da bünyesinde barındırır. Ancak dört aya kadar doğmuş olan ücret alacağı bakımından aynı durum sözkonusu olamaz. Zira bu alacak, işe iade kararından bağımsız bir haktır. İşçinin salt iadeyi talep etmesi durumunda, bu talebin aşılaraq ücret alacağına da hükmedilmesi, taleple bağlılık kuralına uymaz⁴⁴⁷.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, işe iade talebinin hem tazminat hem de ücret alacağına ilişkin talepleri kapsadığı yönündedir. Buna göre, ücret alacağı da yasada, işe iadenin sonuçları arasında düzenlenmiştir. Bu anlamda işe iade istemi, işe iadeye bağlanan sonuçları da kapsayacaktır⁴⁴⁸. Yargıtay kararları da bu yöndedir⁴⁴⁹. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi hakim taleple bağlı olacağından, sendikal fesih

erdirilemeyen davaların bireylerin yargı organına duydukları güveni azaltacağı yönündeki eleştiriler için bkz. EKMEKÇİ, s.169; GÜZEL, İş Güvencesi, s.98; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.174.

⁴⁴⁴ SARIBAY, s.106.

⁴⁴⁵ ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.135.

⁴⁴⁶ SARIBAY, s. 282.

⁴⁴⁷ EKMEKÇİ, s.178; ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.136; SOYER, s.63; UÇUM, İş Güvencesi, s.84.

⁴⁴⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, s.110; ERTÜRK, Süreli Fesih, s.278; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.237; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.598.

⁴⁴⁹ Yargıtay'a göre; "...işe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen süre için öngörülen ücret alacağı feshin geçersizliğine bağlanmış tespit mahiyetinde hükümlerdir. Ayrıca talep olmasa da mahkemece hüküm altına alınması gerekir.."9.HD. 7.6.2004 E.2508 K.14219 karar için bkz. ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.136,dpn.3.

halleri bakımından, başlatmama tazminatının miktar gösterilerek talep edilmesi gerekecektir. Aksi halde nitelikli iş güvencesi tazminatı elde edilemez.

Akla gelebilecek diğer önemli soru ise ihbar ve kıdem tazminatına ilişkin alacakların da işe iade davasında talep edilip edilemeyeceğidir.

Doktrindeki bir görüş; işe iade davasının seri, diğer taleplerin ise sözlü yargılama usulüne tabi olduğu ve bu anlamda farklı usullere tabi taleplerin aynı davada ele alınmasının mümkün olmadığı yönündedir⁴⁵⁰. Yargıtay da aynı gerekçeyle bu taleplerin ayrı bir davada değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁵¹. Yargıtay’a göre işe iade davası ile birlikte istenen ihbar ve kıdem tazminatı, talepler arasında çelişki yaratır.

Buna karşılık bizim de katıldığımız bir diğer görüş, sözkonusu hakların işe iade davasında terditli biçimde talep edilebileceği yönündedir. Buna göre tazminat talepleri, işe iade talebinin kabul edilmemesi koşuluna bağlı olarak yapılacağından, talepler arası bir çelişkidен bahsedilemeyecektir. Farklı yargılama usulüne ilişkin taleplerin aynı davada görülemeyeceğine ilişkin kural ise, farklı yargılama alanına giren taleplerin birleşemeyeceği olarak anlaşılmalıdır. Bu kabul yargılamanın uzaması sonucuna neden olsa da, talepte bulunan işçinin bu riski göze aldığı unutulmamalıdır⁴⁵².

b) Sendikal Tazminat Davası

SK.m.31/f.7 uyarınca; Deniz İş K, Basın İş K, ve BK’na tabi olarak çalışan işçilerin; tarımdan sayılan işlerde çalışan işçilerin ve de İK’da yer alan iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin sendikal nedenli fesih iddiası ile açacakları davalarda, İş Mah.K.’nın genel hükümleri uygulanacaktır. İşçiye ödenecek tazminat için ise 6. fıkra hükmü esas alınacaktır.

⁴⁵⁰ EKMEKÇİ, s.170; AKI, s.298.

⁴⁵¹ Yargıtay’a göre; “..işçinin işe iadeyle..işçilikten doğan diğer tazminat ve alacakların da istenmesi halinde bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının seri yargılama usulüne göre sonuçlandırılmasına engel olur..Bu nedenle işe iadeyle birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır” 9.HD.11.9.2003 E.14994 K.14267, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazancı.com.tr.

⁴⁵² ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.139; GÜZEL, İş Güvencesi, s.102.

Sözkonusu düzenlemeyle yasa koyucu, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal fesih iddialarını, işe iade davası yoluyla ileri süremeyeceklerini anlatmak istemiştir. Bu işçiler sendikal nedenlere dayalı fesihler karşısında sadece tazminat talep edebilecektir. Doktrinde bu tazminat, “sendikal tazminat⁴⁵³” ; tazminatın talep edildiği dava da “sendikal tazminat davası” olarak nitelendirilmektedir.

aa) Tarafları

Sendikal tazminat davasında davacı, iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında kalan işçilerdir. İşe iade davasında olduğu gibi bu davanın da, işçinin üyesi bulunduğu sendika tarafından açılması mümkündür.

Sendikal tazminat davasının ölen işçinin mirasçıları tarafından da açılabileceği, öğretide isabetli olarak kabul edilmektedir⁴⁵⁴. Buna göre, davanın konusunu tazminat alacağı teşkil eder ve bu alacak, malvarlığı hakları kapsamında yer alır. Sendikal tazminat alacağının doğumu zarar şartına bağlı olmasa da, burada bir tür medeni ceza sözkonusudur. Bizce de manevi tazminat alacağının dahi, miras bırakan tarafından ileri sürülmesi halinde mirasçılara geçebilmesi mümkün iken (MK. m.25/f.4), objektif ölçütlere göre belirlenen sendikal tazminat alacağının mirasçılarca talep edilemeyeceği söylenemez.

Sendikal tazminat davasında davalı, feshedilen sözleşmenin tarafı olan işverendir⁴⁵⁵. Alt işveren işçisi davayı kendi işverenine yöneltecek, geçici iş ilişkisinde de işçi davayı kendi işverenine karşı açacaktır⁴⁵⁶.

İşe iade davasına ilişkin olarak belirttiğimiz gibi, sendikal tazminat davalarında da işveren vekillerinin, işverenin işlemlerinden hukuki sorumlulukları bulunmaması dolayısıyla (İK. m.2/f.4) dava bunlara yöneltilemez.

⁴⁵³ DEMİR, Sorularla, s.104; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.556; GÜNAY, s.787; BİLGİLİ, s.269; DÖNMEZ, s.170; BAKIRCI, s.119.

⁴⁵⁴ UÇUM, Toplu İş H, s.210.

⁴⁵⁵ SÜMER, s.125.

⁴⁵⁶ Bkz. § 6, II, bb.

bb) Dava Açma Süresi

SK. m.31/f.7’de sendikal tazminat davası için bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Bu anlamda davaya konu tazminat alacağı, sendikal sebeple gerçekleştirilen fesih tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁴⁵⁷ (BK.m.125). Yargıtay da; “..davacı....sendikasına üye olmadığı için işine son verildiğini bildirerek..sendikal tazminat isteğinde bulunmuştur.Mahkemece..bu tür isteğin..bir yıllık zamanaşımına tabi olduğu belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.İstek, sonucu itibariyle tazminata ilişkin olduğuna göre, dava bir yıllık değil on yıllık zamanaşımına tabidir...”⁴⁵⁸ şeklinde karar vererek, tazminatın talep edilebileceği süreyi ortaya koymuştur.

cc) Görevli ve Yetkili Mahkeme

SK. m.31/f.7’nin İş Mah.K.’na yapmış olduğu atıf dolayısıyla sendikal tazminat davalarında da görevli mahkeme iş mahkemeleridir⁴⁵⁹ (İş Mah.K. m.1/f.3).

Davacı işçi tıpkı işe iade davasında olduğu gibi burada da, ya işverenin ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesinde ya da çalışmış olduğu işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açabilecektir (İş Mah.K. m.5).

dd) Yargılama Usulü

SK. m.31/f.7’de yapılan atıf dolayısıyla, işe iade davalarından farklı olarak sendikal tazminat davalarında sözlü yargılama usulü uygulanacaktır (İş Mah.K.m.7/f.1). HUMK, yazılı yargılamada cevap için belirli bir süre tanımaktadır bu anlamda sözlü yargılama usulünün en belirleyici özelliği, davaya cevap süresinin ilk duruşmaya kadar olmasıdır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ GÜNAY, s.789; BİLGİLİ, s.264; ÇELİK, İş H.s.402; NARMANLIOĞLU, s.166; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.187.

⁴⁵⁸ 9.HD.20.05.1996 E.36676 K.10780 karar için bkz. DÖNMEZ, s.179.

⁴⁵⁹ İş mahkemelerinin görev alanı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, s.132-154.

⁴⁶⁰ GÜNAY, İş Davaları, s.116. Genel olarak sözlü yargılama usulü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, Baki: Makaleler, İstanbul 2006, s.247-266; İş mahkemelerinde uygulanan sözlü yargılama usulü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, s.45-56 ayrıca GÜNAY, İş Davaları, s.116-122.

ee) Davanın Konusu

Sendikal tazminat davasında konu, yani asıl talep, sendikal tazminat alacağıdır. Bu davada ihbar ve kıdem tazminatlarının ya da diğer işçilik haklarına ilişkin alacakların, sendikal tazminatla birlikte talep edilip edilemeyeceği hususunda tereddüt yaşanmayacaktır. Zira sözkonusu talepler aynı yargılama usulüne tabidir.

ff) Değerlendirme

Görüldüğü gibi, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler feshin geçersizliğini ve işe iadeyi isteyemeyecek, sadece tazminat talebinde bulunabileceklerdir. Yani bu işçiler bakımından, sendikal nedenlerle yapılan fesih “geçerli” ama “haksız” sayılacaktır.

4773 sayılı Yasa değişikliği öncesinde, sendikal hakları ihlal edilen işçiler için sadece tazminat öngörülmüş olması eleştirilmekte, tazminatın hukuka aykırılığı gideren bir yaptırım olmadığı kabul edilmekte ve tazminat gibi bir yaptırımın ancak feshin geçersiz kılınmasından sonra devreye girmesi gerektiği belirtilmekteydi⁴⁶¹.

Yasa değişikliği sonrası, sendikal feshi geçersiz kılma imkânından yoksun bırakılan işçiler açısından da aynı eleştirilerin geçerli olup olmadığı akla gelebilecektir. Kanımızca, kapsam dışında bırakılan işçilerin tüm işçiler içindeki oranı göz önüne alındığında bu soruya olumlu cevap verilmelidir. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, işletmenin büyüklüğü ve niteliği açısından gerekli olduğu ölçüde, bir grup işçinin kapsam dışı bırakılması hukuka aykırı değildir (ILO.m.2,5). Bu bağlamda getirilmiş otuz işçi ölçütü ise, orantılı nitelik taşımadığı için hukuka uygun görülemez. Dolayısıyla, hala bir grup işçinin, sendikal fesihlerde, “hukuka aykırı biçimde” etkin bir yaptırımdan mahrum bırakıldığını söylemek mümkündür.

Sonuç olarak; iş güvencesi kapsamında yer almayan işçiler bakımından sendikal feshin yaptırımsız kalma ihtimali bulunmamakta ancak burada da mevcut yaptırımın etkinliğinden bahsedilememektedir. Bu anlamda işe iade olanağından yararlanabilmek için aranan sözkonusu otuz işçi ölçütünün on işçi olarak belirlenmesi

⁴⁶¹ UÇUM, Toplu İş H, s.212; ŞAHLANAN, Sendikalar, s.184.

kanımızca isabet taşıyacaktır. Zira on işçiden az işçinin çalıştığı işyerlerinde çoğunlukla sendikal örgütlenme sözkonusu olmayacağı için böylelikle yaptırım bakımından da belirtmiş olduğumuz aksaklık önemli ölçüde giderilmiş olacaktır.

2. İşin Devamı Sırasında Gerçekleştirilen Ayrımcılıklarda

Daha önce de bahsetmiş olduğumuz gibi, işverenin sendikal ayrımcılık teşkil eden uygulaması sadece fesih şeklinde olmayabilir. İşveren, iş sözleşmesi devam ederken de sendikal nedenlerle işçiler arasında ayırım yaratabilir. Bu anlamda, sözkonusu şekilde gerçekleştirilecek sendikal ayrımcılıkların da yaptırımsız bırakılmaması gerekecektir.

Nitekim yasa koyucu da işin devamı sırasında gerçekleştirilebilecek sendikal ayrımcılıkları göz ardı etmemiş ve bunlar açısından da bir yaptırım öngörmüştür. SK. m.31/f.6 uyarınca; işveren, iş sözleşmesinin feshi dışında, 3. ve 5.fıkra hükümlerine aykırı hareket ederse işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilecektir.

Hükümden de anlaşıldığı gibi; sendikal ayrımcılığa maruz kalan işçi, tazminat davası açarak hukuki yaptırım talebinde bulunabilecektir. Doktrinde⁴⁶² bu dava sendikal tazminat davası, davaya konu yaptırım ise sendikal tazminat olarak nitelendirilmektedir.

İşçinin iş güvencesi kapsamında olup olmaması bu noktada önem taşımaz. Başka bir deyişle iş güvencesi kapsamındaki bir işçi de, fesih dışında bir ayrımcılığa maruz kaldığında sendikal tazminat davası açabilecektir.

O halde, sendikal tazminat davasının işin devamı sırasında da açılabilmesi mümkündür. Yargıtay da sendikal tazminat talebinde bulunabilmek için iş sözleşmesinin feshinin zorunlu olmadığı görüşündedir⁴⁶³.

⁴⁶² BİLGİLİ, s.263; ÖZVERİ, s.1531; SÜZEK, Kötüye Kullanma, s.178.

⁴⁶³ Yargıtay'a göre; "...SK.'nın 31.maddesinin 3.fikrasına göre işveren, sendikaya üye olan işçilerle olmayan işçiler arasında ücret bakımından bir ayırım yapamaz. Aksi halde işçi aynı maddenin son fıkrasına dayanarak sendikal tazminata karar verilmesini isteyebilir.Bu hükmün uygulanabilmesi, iş akdinin feshi ile sınırlandırılmış değildir.." 9.HD. 8.11.1993 E.6484 K.15794 Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, , www. kazancı.com.tr.

Ancak belirtmek gerekir ki, yasadaki sözkonusu güvence karşısında uygulamada, iş sözleşmesi devam ederken açılan davalara neredeyse hiç rastlanmamaktadır⁴⁶⁴. Bunda, işçilerin sözleşmenin devam ettiği bir süreçte, işverene karşı dava açmayı göz önüne alamamalarının büyük payı bulunduğu kuşkusuzdur.

Sendikal feshe dayalı açılacak sendikal tazminat davaları için anlatmış olduğumuz hususlar, iş sözleşmesi devam ederken açılacak sendikal tazminat davaları bakımından da geçerli olacaktır⁴⁶⁵. Ancak burada on yıllık zamanaşımı süresi, ayrımcılığın işçi tarafından öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır⁴⁶⁶. Diğer bir fark ise ispat yüküne ilişkindir. Zira m.31/f.7 ile getirilmiş olan ispat yüküne ilişkin düzenleme, sadece fesih iddiası ile açılmış olan sendikal tazminat davaları bakımından geçerli olacaktır. Bu anlamda fesih dışındaki hallere ilişkin açılacak sendikal tazminat davalarında, ispat yüküne ilişkin genel kural (MK. m.6) uygulanacak ve ispat yükünün işçide olduğu kabul edilecektir⁴⁶⁷.

İşin devamı sırasında gerçekleştirilen ayrımcılıklarda işçilerin, sözkonusu ayrımcılık dolayısıyla yoksun kaldıkları hakları da ayrıca talep edebilecekleri, isabetli biçimde kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Buna göre işveren, işçiyi, sendika üyesi olduğu için seyyanen gerçekleştirilen ikramiye uygulaması dışında bırakmışsa, işçi sendikal tazminattan ayrı olarak sözkonusu ikramiyeyi de talep edebilecektir. Zira SK.m.31/son uyarınca, işçinin İK ve diğer kanunlardan doğan tüm hakları saklıdır.

3. İşe Alma Aşamasında Gerçekleştirilen Ayrımcılıklarda

SK. m.31/f.6 uyarınca, işverenin hizmet akdinin feshi dışında 3.ve 5. fıkra hükümlerine aykırı hareket etmiş olması halinde, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir.

Sözkonusu düzenlemede, aynı hükmün işe giriş aşamasındaki ayrımcılıkları düzenleyen ilk fıkrasına yer verilmemiştir. Bu anlamda, işe alınma sırasında

⁴⁶⁴ ÖZVERİ, s.1531.

⁴⁶⁵ BİLGİLİ, s.264.

⁴⁶⁶ BİLGİLİ, s.264.

⁴⁶⁷ BİLGİLİ, s.264.

⁴⁶⁸ ŞAHLANAN, Sendikalar, s.183; EYRENCİ, Sendikalar, s.135; GÜNAY, s.788; SÜMER, s.129; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.188.

gerçekleştirilen sendikal ayrımcılığın, m.31 içerisinde bir hukuki yaptırımı bulunmamaktadır⁴⁶⁹. Başka bir deyişle, bu tip sendikal ayrımcılık hallerinde işçi, sendikal tazminat talep edemez. Söz konusu durum bakımından yasa koyucu, sadece cezai bir yaptırım⁴⁷⁰ öngörmüştür (İK. m.59/f.3).

Belirtmek gerekir ki, işe giriş aşamasında gerçekleştirilen ayrımcılıklarda, hukuki bir yaptırıma, genel hükümler çerçevesinde ulaşılabileceği kabul edilmektedir⁴⁷¹. Buna göre, eğer kara liste uygulaması⁴⁷² söz konusu ise, MK.m.24 çerçevesinde yayının durdurulması talep edilebilecek; sendikal nedenlerle işe alınmanın oluşturduğu zararlar bakımından ise BK.m.41 ve m.49 hükümleri çerçevesinde dava açılabilir.

Yasa koyucunun, işe giriş aşamasında gerçekleştirilen sendikal ayrımcılığa yönelik hukuki bir yaptırıma yer vermemiş olması, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Bu görüşe göre⁴⁷³; işe alma sırasında yapılan ayrımcılıkların ispatının çok güç olacağı- yaptırımın pratik bir değer taşımayacağı yönünde bir gerekçe isabetli görülemez. Zira ispat hukuku bakımından yaşanacak muhtemel güçlüklerle dayanarak, maddi hukukça öngörülmüş bir hakkı korumamak onaylanır nitelikte değildir.

Buna karşılık doktrindeki bir görüş ise; işe giriş aşamasındaki ayrımcılıklarda sendikal tazminatın söz konusu olamayacağı, zira bu tazminatın hesabında işçinin ücretinin esas alınacağı, oysa kurulmamış bir sözleşmede ücretten bahsedilemeyeceği yönündedir⁴⁷⁴.

Kanımızca, işçinin sendikal nedenlerle işe alınmadığı açık ve sabit ise bu işçinin, sendikal nedenle işten çıkarılan ya da işin devamında farklı muameleye tabi tutulan bir işçiden farkı yoktur. İş sözleşmesinin kurulmamış olması, işçinin sendikal ayrımcılığa maruz kaldığı gerçeğini değiştirmez. Bu anlamda ona da, “bir zararın doğmuş olması şartına bağlı olmaksızın” tazminat imkânı tanınabilmelidir. Zira işçinin

⁴⁶⁹ UÇUM, Toplu İş H.s. 202.

⁴⁷⁰ Söz konusu cezai yaptırımla ilgili açıklamalar için bkz. § 7.

⁴⁷¹ ÖZVERİ, s.1531; UÇUM, Toplu İş H.s. 203; ŞAHLANAN, Sendikalar, s.178.

⁴⁷² Bkz. s.54.

⁴⁷³ UÇUM, Toplu İş H.s. 203.

⁴⁷⁴ TUNCAY, Toplu İş H.s.74.

işe girişte yaşadığı sendikal ayrımcılığı ispat etme ihtimali de vardır ve bu ihtimal göz ardı edilemez. Tazminat hesabında ise, sendikal ayrımcılık yapılmayıp sözleşme kurulmuş olsa idi, o işçinin alacak olduğu ücret üzerinden hareket edilebilir.

III. Yaptırıma Ulaşma Şartı: Sendikal Ayrımcılığın İspatı

1.Genel Olarak

Tüm hukuki uyuşmazlıklarda olduğu gibi iş hukukunda da tarafların açmış oldukları davayı kazanmaları, ileri sürmüş oldukları iddiaları ispat etmeleri şartına bağlıdır. Başka bir anlatımla, iş hukuku kuralları çerçevesinde haklı olan taraf, iddiasını kanunca aranan şekilde ispat edemediği takdirde haksız konuma düşebilecektir⁴⁷⁵.

O halde, bir işçi her ne kadar sendikal ayrımcılığa maruz kalmış olsa da, sözkonusu durumun ispatını sağlayamadığı sürece işveren hakkında herhangi bir yaptırım uygulanamayacaktır. Bu anlamda sendikal ayrımcılığın ispatı, sözkonusu ayrımcılığın yaptırımsız kalmaması ve sendika özgürlüğünün etkin bir güvenceye sahip olduğunun söylenebilmesi bakımından önem taşır.

İspat, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı olayların var olup olmadığı hakkında, mahkemeye kanaat verilmesi işlemidir⁴⁷⁶. Sözkonusu işlemin gerçekleştirilmesinde, taraflar arası çekişmeli olayların hangi tarafça ispat edilmesi gerekeceğine ise ispat yükü denir⁴⁷⁷. Taraflar, kendilerine düşen ispat yükümlülüğünü yerine getirirken birtakım ispat vasıtaları kullanmakta ve bunlar da delil olarak nitelendirilmektedir⁴⁷⁸. İspat faaliyeti sonucu bir kanaat yaratılamaması halinde hakim, ispat yükü kendisinde olan taraf aleyhine karar verecektir⁴⁷⁹. Yani ispatsızlığın rizikosu, ispat yükü kendinde olan tarafa aittir.

⁴⁷⁵ KESER, İspat Yükü, s. 662; KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007, s.373.

⁴⁷⁶ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.373; BOZKURT, s.323; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.400; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 321.

⁴⁷⁷ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.375; BOZKURT, s.324; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.421; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 336.

⁴⁷⁸ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.374; BOZKURT, s.377; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.444; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 330.

⁴⁷⁹ ALANGOYA /YILDIRIM/ DEREN YILDIRIM, s.336-337.

2. İspat Yüğü

4773 sayılı Yasa değışikliğı öncesinde sendikal ayrımcılık hallerini ispat yüğü işçiye ait idi⁴⁸⁰. Ancak bu durum eleştirilmekte ve sendikal feshe karşı korumayı etkisiz kılan bir unsur olarak görölmekte, ayrıca böyle bir düzenlemenin 158 sayılı ILO Sözleşmesi'ne aykırılık taşıdığı da belirtilmekteydi⁴⁸¹. Yine bu dönemde, olayların kronolojik sırası ve işçi tarafından ileri sürölen bir takım hususlar ayrımın sendikal nedenlerle yapıldığı ihtimalini arttırıyorsa o zaman ispat yükünün yer değıştirerek işverene geçmesi gerekeceğı de savunulmaktaydı⁴⁸².

4773 sayılı Yasa ile yapılan değışiklik sonrasında, sendikal fesih halleri bakımından yalnızca yaptırımlarda değil, ispat yükünde de farklılıklar yaratılmıştır. Zira SK.m.31/f.6'ya göre; iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin sendikal fesih iddialarında İK.m.18 vd. hükümleri uygulanacak, bu anlamda da ispat yüğü bakımından İK.m.20/f.2'nin göz önüne alınması gerekecektir. İK.m.20/f.2 uyarınca ise; feshin başka bir nedene dayandığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. O halde açılacak bir işe iade davasında ispat yüğü işçiye ait olacaktır.

Buna karşılık, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendikal fesih iddiası ile açacakları davalarda ispat yüğü işverene aittir (SK.m.31/f.7). Yani sözleşmenin sendikal nedenlerle feshedildiğini düşünerek tazminat davası açan bir işçi bu iddiasını ispat yüğü altında olmayacak, feshin sendikal nedenlere dayanmadığını işveren ispat edecektir.

Ancak fesih dışı ayrımcılık halleri bakımından aynı durum geçerli değildir. SK.m.31/f.6'ya göre; işverenin hizmet akdinin feshi dışında 3.ve 5.fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Görüldüğü gibi bu fıkarda ispat yükünden bahsedilmemektedir. O halde, özel bir düzenlemeye gidilmemiş olduğu için ispat yüküne ilişkin genel kural (MK.m.6)

⁴⁸⁰ Yargıtay'a göre; "...İş akdinin sendikal nedenlerle feshedildiğini iddia eden işçi , bu durumu kanıtlamakla yükümlüdür.." 9.HD. 01.10.1992 E.3250 K.10598 ; "...davacının işinin sendikal faaliyet nedeniyle değıştirildiğı yeterli delillerle ispat edilememiştir.." 9.HD. 1.4.1991 E.1990/14559 K.7504, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazanci.com.tr

⁴⁸¹ UÇUM, Toplu İş H, s.212-213.

⁴⁸² TUNCAY, Sendika Üyeliğı, s.78-79; SÜMER, s.124; EYRENCİ, Sendikalar, s.141.

çerçevesinde hareket edilerek, sendikal ayrımcılığın ispatının işçi tarafından gerçekleştirileceği söylenebilecektir⁴⁸³.

Öğretide SK. m.31/f.7’de ispat yükünün işverene yüklenmiş olmasının, ileri demokratik ülkelerdeki temel iş hukuku ilkeleri ile bağdaştığı belirtilmiş⁴⁸⁴, ayrıca böyle bir düzenlemenin 158 sayılı ILO Sözleşmesine ve sendika özgürlüğünün korunmasına daha uygun nitelik taşıdığı kabul edilmiştir⁴⁸⁵. Ancak sözkonusu değişiklik ile iş güvencesi kapsamında yer alan ve almayan işçiler arasında ortaya çıkan ayırım haksız ve gereksiz görülmüş⁴⁸⁶ ve bu ayırımı, iş güvencesi kapsamındaki işçileri ispat bakımından zor durumda bırakacağı belirtilmiştir⁴⁸⁷. Yine bu çerçevede yasa değişikliğine gidilmesi ve ispat yükünün tüm ayrımcılık halleri bakımından işverene yükletilmesi önerilmektedir⁴⁸⁸.

Öğretide savunulan bir başka görüş uyarınca ise, sendikal feshin ileri sürülmesi kötü niyet iddiası anlamına gelmektedir. Hukukta asıl olan iyi niyet olduğuna göre aksini iddia eden işçinin bunu ispat yükü altında olması, hukukun genel ilkeleriyle uyum taşımaktadır⁴⁸⁹.

İspat yükü ile ilgili yasal düzenlemenin isabet derecesine ilişkin her iki öğreti görüşü de, mevcut düzenlemenin işçi açısından doğuracağı zorlukları göz önüne alarak, İK. m.20’nin İK. m.5 ışığında yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁹⁰. Buna göre işçinin, sendikal nedenlerle hareket edildiği ihtimalini güçlü bir şekilde ortaya koyan emareleri ispatlaması yeterli olmalıdır. Bu noktadan sonra ispat yükü işverene geçmeli ve işveren, sendikal nedenler dışında objektif nedenlerle feshe gitmiş olduğunu kanıtlamalıdır.

⁴⁸³ KESER, İspat Yükü, s.725; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.183.

⁴⁸⁴ DEMİR, Sorularla, s.105.

⁴⁸⁵ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.184; aynı yazar, İspat Yükü, s.768.

⁴⁸⁶ SOYER, s.60; SÜZEK, İş H.s.478; ÇELİK, İş H, s.398; SUBAŞI, Karar İncelemesi, s.196; KESER, İspat Yükü, s.726.

⁴⁸⁷ GÜZEL, İş Güvencesi, s.96

⁴⁸⁸ OKUR, İspat Yükü, s.768.

⁴⁸⁹ ÖZDEMİR, İspat Yükü, s.349.

⁴⁹⁰ OKUR, İspat Yükü, s.762-763; aynı yazar, Sendika Özgürlüğü, s.186; KESER, İspat Yükü, s.724; SARIBAY, s.149; ÖZDEMİR, İspat Yükü, s.349.

İşe iade davaları bakımından varılan bu sonucun, fesih dışındaki ayrımcılığa ilişkin davalarda da geçerli olacağı belirtilmektedir⁴⁹¹. Kanımızca da mevcut yasal düzenlemelerin işçi açısından yaratabileceği zorluklar nedeniyle, ispat aşamasında m.5'in göz önüne alınması isabet taşıyacaktır. Kaldı ki böyle bir kabul, ispat yükünün tek başına işçiye bırakılmamasını öngören 158 sayılı ILO sözleşmesiyle de uyum taşır (m.9/2). İK. m.5'te, 20.madde hükümlerin saklı tutulmuş olması ilk bakışta böyle bir görüşün yasayla bağdaşmayacağı izlenimini uyandırabilir. Ancak belirtmek gerekir ki sözkonusu görüş, işe iade davasında 20.madde yerine 5.maddenin uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Burada yine 20.madde çerçevesinde hareket edilecek fakat ispat yükünün işçiye düştüğü noktada kıyasen m.5'e başvurulacaktır. Öyle ki, sendikal ayrımcılık aynı zamanda eşit davranma borcunun da ihlali anlamına gelmektedir.

3. Sendikal Feshin İspatı

a) İşe İade Davalarında

aa) Genel olarak

SK.m.31/f.6'nın İK.m.20'ye yapmış olduğu atıf dolayısıyla, sendikal fesih iddiaları ile açılan işe iade davalarında işveren, geçerli sebebi ispat yükü altında olacak⁴⁹², sendikal nedenlerin varlığı ise işçi tarafından ispat edilecektir⁴⁹³.

Belirtmek gerekir ki; sözkonusu davada işveren feshin geçerli sebebe dayandığını ispat edemese dahi, işçinin nitelikli bir iş güvencesi tazminatı alabilmesi için sendikal nedenlerin varlığını ispatlaması gerekir. Aksi halde işçinin alacağı tazminat, en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarını aşamaz. Nitekim Yargıtay da, işverence ileri sürülen sebebin geçersiz olmasını nitelikli iş güvencesi tazminatına hükmetmek için yeterli görmemektedir. Yargıtay'a göre; “...dosyadaki bilgi ve belgelere göre fesih bildiriminde gösterilen sebebin geçerli olmadığı, modernizasyona

⁴⁹¹ KESER, İspat Yüğü, s.726.

⁴⁹² İş güvencesi sisteminde aslolanın iş ilişkisinin devamlılığı olduğu bu anlamda geçerli bir fesih nedeni oluştuğunu yani olağan durumun aksini işverenin ispatlamasının iş güvencesi sistemi ile uyum taşıdığı yönünde bkz. SÜZEK, İş H, s.477.

⁴⁹³ Yargıtay'a göre; “...davacı sendikal sebeplerle işine son verildiğini iddia etmiştir.Bilindiği gibi hizmet akdinin geçerli nedenlerle feshedildiğinin kanıtlanması yükümlülüğü davalı işverene, sendikal nedenlerle feshedildiğinin ispat külfeti ise davacı işçiye aittir..” 9.HD. 27.12.2004 E.15026 K.29674, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www. kazanci.com.tr.

gidilmesine rağmen işçi alınmasına devam edildiği anlaşılmaktadır. Ancak, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine dair verilen karar doğru ise de, feshin sendikal nedenle yapıldığı kanıtlanamadığından, işe başlatmama tazminatının bir yıllık ücret tutarında belirlenmesi hatalıdır... ”⁴⁹⁴. Bu durum doktrinde eleştirilmiş ve işverenin geçerli sebebi ispat edememesi halinde işçiye ayrıca sendikal nedeni ispat külfeti yüklemenin, iş hukukunun işçiye koruyucu amacıyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir⁴⁹⁵.

Yine başka bir açıdan, işçinin geçerli sebep olarak bildirilen nedenlerden farklı bir iddia ileri sürmesi ve bunu ispat yükü altında olması, işverenin ispat yükünün ortadan kalktığı anlamına gelmeyecektir. Yani işçi, iddiasını ispat edememiş olsa dahi fesih işlemi kendiliğinden geçerli hale gelmeyecek ve işverenin, geçerli bir nedenin varlığını kanıtlaması gerekecektir⁴⁹⁶. Nitekim Yargıtay’a göre de; “...davacının karşı delil olarak gösterdiği sendikal nedeni kanıtlayamaması davalı işverenin ispat yükünü ortadan kaldırmaz. Sendikal neden karşı delil olduğu gibi, feshin geçersizliği ve işe iade kararı verilmesi halinde işe başlatmama tazminatının bir yıllık ücret tutarında belirlenmesinde etkili olacaktır. Bu nedenden dolayı, ispat yükünün davacı işçiye yükletilmesi ve ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddi hatalıdır... ”⁴⁹⁷.

İşverenin geçerli sebebi ispatlayamamış olması gibi, ispatlamış olması halinde de işçi devre dışı kalmayacak ve o; asıl sebebin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyete dayandığını ispatlamak suretiyle feshin geçersizliğini sağlayabilecektir⁴⁹⁸. Ancak böyle bir durumda işçinin ispat faaliyetinin önemli ölçüde güçleşecektir⁴⁹⁹. Doktrindeki bir görüş, işverenin geçerli nedeni ispatlamasından sonra, işçi tarafından gerçekleştirilecek ispatın gereksiz olacağını zira İK. m.20’nin sistematik biçimde, işverenin ispat yüküne öncelik tanıdığını kabul etmektedir⁵⁰⁰. Söz konusu görüş; ispat faaliyetinin bir bütünlük

⁴⁹⁴ 9.HD. 14.4.2005 E.10849 K.13216 benzer yönde; 9.HD. 24.9.2007 E.14014 K.27738 kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr ayrıca 9.HD.13.6.2005 E.17441 K.20762, Legal İHD,20005/2, s.1684.

⁴⁹⁵ DEMİR, Sorularla, s.106; aynı yazar, Değerlendirme, s.172.

⁴⁹⁶ AKI, s.300.

⁴⁹⁷ 9.HD.19.6.2006 E.14801 K.2007/17539, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁴⁹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.589; GÜZEL, İş Güvencesi, s.97.

⁴⁹⁹ ÖZDEMİR, İspat Yükü, s.352.

⁵⁰⁰ OKUR, İspat Yükü, s.762.

taşıdığı, bu anlamda da parçalara bölünerek öncelik sırası belirlemenin mümkün olmayacağı gerekçeleri ile haklı olarak eleştirilmiştir⁵⁰¹.

İşçi, feshin sendika üyeliğine dayandığını iddia ediyorsa öncelikle, sözkonusu üyeliğini ve bu üyeliğin işverence bilindiğini ispatlamak zorundadır⁵⁰². Belirtmek gerekir ki, feshin sendika üyeliğine dayandığının kabul edilebilmesi için Yargıtay, sözkonusu üyeliğin kesinleşmiş olması şartını aramamakta⁵⁰³ ve işverenin üyelik başvurusunu öğrenmiş olmasını yeterli görmektedir⁵⁰⁴. Yargıtay’a göre, sendika üyeliğinin kazanılmasına ilişkin hükümler kamu düzeninden olduğu için, SK.m.22’de öngörülen prosedür dışında üyeliğin kazanılması mümkün değildir ve bu anlamda sendika üyeliğinin örneğin tanıkla ispatı sözkonusu olamaz⁵⁰⁵.

Burada önem taşıyan; kesinleşen üyeliğin ya da üyelik başvurusunun işveren tarafından bilindiğinin ispatlanması noktasıdır. Zira Yargıtay, üyeliğin işverence bilinmesi şartını aramakta⁵⁰⁶, bu şartın gerçekleşmediği durumlarda fesihteki sendikal sebebin ancak üyelik dışı bir sendikal faaliyet olabileceğini belirtmektedir⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ ÖZDEMİR, İspat Yükü, s.352; GÜZEL, İş Güvencesi, s.96-97.

⁵⁰² OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.186; aynı yazar, İspat Yükü, s.763.

⁵⁰³ Yargıtay’a göre; “..davacı 18.11.1993 tarihinde üyesi olduğu sendikadan çekilmiş aynı gün bir başka sendikaya üyelik için notere başvurmuş ancak sendika üyeliği fesih tarihinden bir gün sonra kesinleşmiştir. Bu konuda isabetli bir sonuca varabilmek için..olgular açık ve net biçimde ortaya çıkarıldıktan sonra..bir değerlendirmeye tabi tutulmak suretiyle hasil olacak sonuca göre karar verilmelidir..” 9.HD. 25.3.1997 E.1996/ 22662 K.5944, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁰⁴ Yargıtay’a göre; “..davacı 28.5.2003 tarihinde sendikaya üye olmuştur. Dosyada mevcut işten ayrılma bildirgesinden, davacının sendika üyeliğinden önce 22.5.2003 tarihinde işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işverenin bu tarihten önce, davacının sendika üyeliğinden haberdar olduğu da kanıtlanamamıştır. Buna göre davacı, sendikal nedenlerle hizmet akdinin feshedildiğini ispatlayamadığından talebin reddi gerekir..” 9.HD. 27.12.2004 E.15026 K.29674, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁰⁵ 9.HD. 05.04.1989 E.2660 K.3136, TUNCAY, Toplu İş H, s.65.

⁵⁰⁶ Yargıtay’a göre; “..öte yandan, iş akdinin feshi sendikaya üyelikten sonraki tarihte yapılmış ise de, üyeliğin işverene bildirildiğine dair bir belge ya da bilgiye dosyada rastlanmamıştır. Bu nedenle fesih ile sendika üyeliği arasında bir bağlantının varlığı da kanıtlanmış olmadığından sendikal tazminat isteğinin reddine karar verilmelidir..” 9.HD. 9.12.2004 E.10599 K.27174, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁰⁷ Yargıtay’a göre; “..mahkemece, davacının sendika üyesi olduğunun davalıya resmen bildirilmemiş olması nedeniyle istek reddedilmişse de..SK’ nun 31.maddesinde böyle bir kurala yer verilmiş değildir. Esasen *üyelik dışında başka bir sendikal nedenle* iş akdine son verilmiş olabilir. Anılan maddenin ilgili fıkralarında kapsamlı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda mahkemece tüm delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle isteğin reddi bozmayı gerektirmiştir..” 9.HD. 21.3.1996 E.1995/33841 K.6063, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

3449 sayılı Yasa ile SK'nda yapılan değişiklik sonrasında, üye kayıt fişlerinin bir nüshasının işverene gönderilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır (SK. m.22/f.4). Buna karşılık, TSGLK'nun 13.maddesine göre; işçi sendikası, yetki tespiti için başvurduğu tarihten itibaren üç gün içinde üyelik fişlerini işverene göndermek zorundadır⁵⁰⁸. O halde, üyeliği kesinleşmiş olan bir işçi, üyesi bulunduğu sendikanın yetki tespit başvurusu söz konusu ise, üyeliğinin işverence bilindiğini rahatça ispatlayabilecektir⁵⁰⁹. Ancak böyle bir başvurunun bulunmaması halinde işverence bilinme koşulunun ispatı aynı ölçüde kolay olmayacaktır. Bu noktada doktrindeki bir görüş uyarınca, sendika üyeliğinin işverence bilinmesi fiili bir karine olarak görülmeli yani işçi ispat yükü altında bırakılmayarak üyeliği bilmediğini iddia eden işveren, iddiasını kendisi ispatlamalıdır⁵¹⁰. Buna göre; her ne kadar hukukumuzda yetki aşamasına gelmeden üyelik işverene bildirilmiyor olsa da, işverenler söz konusu üyelikleri rahatça öğrenebilmekte yani kimin sendika üyesi olup olmadığını yetki aşamasından önce de bilmektedirler. Başka bir deyişle aslolan, işverenin hiçbir bildirim yapılmamış olsa da, sendika üyeliklerini biliyor olmasıdır.

Kanımızca mevcut yasal düzenleme karşısında aslolan, yetki tespit aşamasına kadar işverenin sendika üyeliğini bilmiyor oluşudur. Bu anlamda söz konusu durumun aksinin yani sendika üyeliğinin işverence bilindiğinin işçi tarafından ispatlanması isabetsiz görülemez. Ancak bu noktada, işçinin ispat faaliyetinin zorlaştırılmaması gerekir. Yani işçi, işverence üyeliğin biliniyor olduğunu tanık beyanları ile de ispatlayabilmeli, mutlaka işverene resmi bir bildirim yapılmış olması şartı aranmamalıdır.

Üyelik başvuru tarihinin fesih tarihinden sonraki bir sürece rastladığı durumlarda Yargıtay, sendikal faaliyetin bulunup bulunmadığını araştırarak sonuca varmaktadır⁵¹¹. Böylelikle Yargıtay, bu gibi durumlarda feshin üyelik nedenine dayandığının kabul edilemeyeceğini ortaya koymuş olmaktadır.

⁵⁰⁸ Bkz. §2, II, aa.

⁵⁰⁹ OKUR, İspat Yükü, s.763, dpn.47.

⁵¹⁰ ÖZVERİ, s.1538.

⁵¹¹ Yargıtay'a göre; "...mahkemece; sendika yazısına göre davacının sendika üyeliğine iş akdinin feshinden sonra başvurduğu,.. akdinin feshinden önce sendikal faaliyette bulunduğuna ve akdinin bu nedenle feshedildiğine dair herhangi bir delil elde edilemediği gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir..Yasaya

Gerek üyeliğin fesih tarihi sonrasına rastladığı durumlarda gerekse feshin sendikal faaliyetlere dayandığına yönelik iddiaların varlığı halinde Yargıtay, faaliyetin somut olarak ne zaman ve ne şekilde gerçekleştirildiğinin açıklığa kavuşturulmasını aramaktadır⁵¹². O halde, sendikal faaliyetleri dolayısıyla sözleşmesine son verildiği iddiasında olan bir işçi, sözkonusu faaliyetlerin varlığını da ispatlamak zorunda olacaktır. Bu ispatın gerçekleştirilmesinde, delil olarak tanık beyanlarına başvurulabilecektir⁵¹³.

İşçi sendikaya üye olduğunu veya sendikal faaliyette bulunduğunu ve de bunların işverence bilindiğini ispatlamış olsa bile, salt bu nedenlerin varlığı, sendikal feshe karar vermede yeterli değildir⁵¹⁴. Bu anlamda sözkonusu nedenler ve fesih arasında illiyet bağının varlığını gösteren birtakım somut olayların varlığı da aranacak ve bu tarz somut olaylara ilişkin delillerin işçi tarafından ortaya konulması gerekecektir⁵¹⁵.

İşçi, illiyet bağının varlığına ilişkin iddiasını her tür delille ispatlayabilir⁵¹⁶. Bu anlamda işçi, işverenin Sosyal Sigortalar Kurumuna, İş Kurumuna, vb. yapmış olduğu bildirimleri delil olarak gösterebilecek ve işyerinde çalışan işçilerin tanıklıklarına⁵¹⁷ da

uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.” HGK. 27.2.2002 E.2002/9-95 K.102; “..fesih tarihi itibarıyla davacının usulüne uygun olarak sendika üyeliği sözkonusu olmadığı gibi, herhangi bir sendikal faaliyet de kanıtlanamamıştır. Bu nedenle feshin, sendikal nedene dayandığının kabulü hatalı olmuştur.” 9.HD. 22.1.2007 E. 2006/ 28201 K.371, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵¹² Yargıtay’ a göre; “..Şayet sendikal neden üyelik dışı bir faaliyetten kaynaklanmışsa bu faaliyetin somut olarak ne zaman gerçekleştirildiği ve neyden ibaret olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır..” 9.HD. 08.04.1999 E.6211 K.6962, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.

⁵¹³ Nitekim Yargıtay bir kararında bu hususu açık bir biçimde belirtmiştir. Yargıtay’a göre; “..Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava dilekçesinde sözü edilen sendikal örgütlenmeye katılma eylemlerinin neler olduğu açıklanmamış ve davacı tarafca dosyaya bu yönde bir delil sunulamamıştır..Bu konuda davacı tarafca tanık deliline dahi başvurulmamıştır..” 9.HD. 09.12.2004 E.10599 K.27174, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵¹⁴ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.186; GÜNAY, s.785.

⁵¹⁵ Yargıtay’a göre; “..dava dilekçesinde sendikal faaliyetlere işverence izin verilmediği ve işçilere baskı yapıldığına ilişkin bazı maddi olgulara değinilmişse de, sözü edilen olaylar 2000 yılına ait olup davacının iş sözleşmesi 2001 tarihinde feshedilmiştir..Davacı, 2000 yılındaki olaylarla fesih arasında bağlantı olduğuna ilişkin ayrıca delil sunmuş değildir..” 9.HD. 09.12.2004 E.10599 K.27174, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵¹⁶ UÇUM, Seminer Notları, s.167.

⁵¹⁷ Yargıtay’a göre; “..sendikal tazminat istemine gelince; bu tazminatın koşullarının gerçekleştiğinin ispat yükü işçiye düşer. Genellikle bu tür tazminatı gerektiren nedenlerin varlığı, tanıklarla ispat edilir..”. 9.HD.28.12.1998 E.17980 K.19251, ÖZDEMİR, İspat Yükü, s.351.

başvurulmasını talep edebilecektir⁵¹⁸. Bundan başka işçi, aynı feshe maruz kalan diğer işçiler bakımından verilmiş olan emsal kararları da delil olarak kullanabilecektir. Nitekim Yargıtay, iş sözleşmesi aynı tarihte ve aynı gerekçeyle feshedilmiş işçiler bakımından verilerek kesinleşmiş kararların emsal nitelik taşıdığını kabul etmekte; sözkonusu kararları göz ardı ederek aksi yönde sonuca ulaşan mahkeme kararlarını bu doğrultuda bozmaktadır⁵¹⁹.

bb) Yargıtay’ca Ortaya Konulan Diğer Esaslar

Yargıtay sendikal nedenle yapılan fesihlerde her ne kadar tanık beyanlarını dikkate alıyorsa da, sendikal feshin ispatı için tanık anlatımlarını çoğu zaman yeterli görmemekte ve sadece soyut tanık beyanları ile sonuca ulaşmamaktadır. Bu anlamda Yargıtay, fesih ile sendikal nedenler arasındaki illiyet bağıını kuşku bırakmayacak biçimde ortaya koyan somut olayların varlığını aramakta ve ancak böyle somut olayların varlığı halinde sendikal tazminata hükmetmektedir⁵²⁰.

Yargıtay bir dönem vermiş olduğu kararlarında; özellikle soyut tanık anlatımlarına dayanan durumlarda⁵²¹ ve de davacı işçi ile birlikte işten çıkarılan diğer

⁵¹⁸ SARIBAY, s.147.

⁵¹⁹ Yargıtay’a göre; “..İş sözleşmesi aynı tarihte ve aynı nedenle feshedilen 11 işçiden bir işçinin açtığı emsal feshin geçersizliği davasında, iş mahkemesi tarafından , davalı işverence gerçekleştirilen feshin, sendika tarafın alınan grev kararının cezalandırılması niteliğinde ve diğer sendikal işçilerin gözünü korkutmak amacıyla yapılmış olduğu kanaatine varıldığı gerekçesiyle işe başlatmama tazminatı en az 1 yıllık ücret tutarında belirlenmiş ve karar Dairemizin ..ilamı ile onanmıştır. Bu karar emsal nitelikte olup, davacı işçinin iş sözleşmesinin de aynı nedenle feshedildiğinin kabulü gerekir..” 9.HD. 05.03.2007 E.2006/32146 K.5741 benzer yönde; 9.HD. 04.03.1993 E.1992/8896 K.3617, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵²⁰ Yargıtay’a göre; “..Dosya içeriğine göre 1994 ağustos ayı içinde işçilerin yoğun bir şekilde sendikaya üyelik için başvurdukları, 31.8.1994 tarihinde de TİS yapılması için sendikaca prosedürün işletilmeye başladığı, sendikaya üye olan işçilerden bir kısmının üyeliklerinden istifa ettirildikleri, 5.9.1994 tarihinde sendikanın çoğunluğa sahip olmadığının belirlendiği ve bu tarihten sonra davalı işverenin sendikadan istifa eden işçileri tekrar işe aldığı anlaşılmaktadır. Bu olgulara göre, davacının sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğinin kabulü gerekir..” 9.HD.11.11.1996 E.11042 K.20779, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵²¹ Yargıtay’a göre; “..Olayda her ne kadar davacı tanık dinletmiş ve tanıklar iddiayı doğrular şekilde beyanda bulunmuşlar ise de, bu beyanları kendi görüş ve inanışlarının bir yansıması şeklinde olup, hüküm vermeye yeterli değildir..” 9.HD.20.9.1990 E.5794 K.9409 ; “..davacı tanıkları ise, somut olayları ortaya koymadan işyerinde uygulanan TİS’in 2. yıl zammından yararlandırmamak amacı ile işten çıkarıldığını mücerret olarak söylemekle yetinmiştir..Davacının sendikaya üye olması nedeniyle işten çıkarıldığı kanıtlanamamıştır..” 9.HD. 14.6.1993 E.1992/14365 K.10178, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

işçilerin tanıklıkları halinde⁵²² sözkonusu delilleri yeterli görmemiş ve işçinin iddiasını ispatlayamadığı sonucuna varmıştır.

Ancak Yargıtay özellikle 1996 yılı sonlarından itibaren; sözkonusu durumlarda salt delil yetersizliğine dayanılarak davanın reddedilmemesi ve feshin sendikal nedenlerle yapılıp yapılmadığının kuşku bırakmayacak biçimde araştırılması gerektiği yönünde karar vermeye başlamıştır⁵²³.

Yargıtay, özellikle davanın sadece sendika üyeliğine dayandırıldığı durumlarda fesih ile sendikal neden arasında bağlantı kuracak somut olguların bulunup bulunmadığının re'sen araştırılması gerektiğini kabul etmekte⁵²⁴, sözkonusu araştırma yapılmaksızın verilmiş mahkeme kararlarını, eksik inceleme gerekçesiyle bozmaktadır⁵²⁵.

⁵²²Yargıtay'a göre; “..Davacının dinlettiği tanıklar da, davacı ile birlikte işten çıkarılan işçilerdir..Davacı, somut olgu ve olayların varlığını da kanıtlayamamıştır. Bu nedenle ispatlanamayan davanın reddine karar vermek gerekirken kabulü bozmayı gerektirmiştir..” 9.HD. 20.6.1995 E. 10865 K.22346, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵²³ Yargıtay'a göre; “..Davacı tanıkları, davacı gibi işlerine son verilen işçiler olup, davacının sendikaya üye olması üzerine işten çıkarıldığını açıklamışlardır..Feshin gerçek nedeninin anlaşılabilmesi için fesihten önceki dönemde işyerinde çalışan işçi ile bunlardan sendikaya üye olan ve olmayanların, işten çıkarılanların sayılarının öncelikle belirlenmesi, tekrar işe alınan alınmayan işçi olup olmadığını, TİS yapmak üzere sendikanın yetkili makama başvuru tarihinin açıklığa kavuşturulması gerekir. *Bu bilgiler toplandıktan sonra tüm dosya içeriğine göre karar vermek gerekirken yeterli delil bulunmadığı şeklindeki soyut bir gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi hatalıdır..*” 9.HD. 12.5.1999 E.7717 K.8817, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵²⁴ Yargıtay'a göre; “..sendikal nedenin varlığını ispat külfeti davacı işçidedir. Bu konuda mahkemece doğal olarak tanık anlatımları da dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerekir ise de, durumun açık ve kesin olarak anlaşılabilmesi için öncelikle davacının varsa *sendika üyeliği ve onun tarihi* açık bir biçimde saptanması ve *feshin gerçekleştirildiği tarih ile karşılaştırılması* daha sonra feshe yakın tarihlerde *işyerinde ne kadar işçinin çalıştığı*, bu çalışan işçilerden *işine son verilenlerin sendikal olup olmadıkları* ve sayıları belirlenmeli, bundan önce yürürlükte olan *TİS'in hangi tarihte sona erdiği veya ereceği*, yeni bir TİS yapmak üzere *davacının üyesi olduğu sendikanın bir girişiminin bulunup bulunmadığı*, böyle bir girişim varsa prosedürün hangi safhada olduğu..kesin biçimde saptanmalıdır. Bütün bu olgular belirlendikten sonra tüm dosya içeriği bir değerlendirmeye tabi tutularak gerçekten feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı, *kuşkuyla yer vermeyecek biçimde* tespit edilerek hâsıl olacak sonuca göre hareket edilmelidir. Bu olguların bir kısmı dosya içeriğinden anlaşılmakta ise de, diğer kısmı ile ilgili kuşkular bulunduğu için, bunların açıklığa kavuşturulması gereksinimi ortadadır..” 9.HD. 22.5.1997 E.5256 K.9663 benzer yönde; 9.HD. 04.05.1999 E.4501 K.8394; 9.HD. 12.5.1999 E.7717 K.8817; 9.HD. 3.5.1999 E.6706 K.8314; 9.HD. 4.2.1999 E.1998/1887 K.1508; 9.HD. 16.10.2003 E.2662 K.17235 9.HD. 28.9.2004 E.5489 K.20923; 9.HD.30.12.2004 E.24913 K.3005; 9.HD. 21.03.2006 E.4329 K.7138, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵²⁵ Yargıtay'a göre; “..Olayların gelişim süreci nazara alındığında sendikal nedenle fesih olgusunun somut olarak kanıtlanması gerekir. Aynı durumdaki tanık ifadeleri ve başka dosyalarda dinlenmiş tanıkların dosyaya konulan ifadeleri ile yetinilerek sonuca gidilemez..Eksik araştırma bozmayı gerektirmiştir..” 9.HD. 29.9.2005 E.26740 K.31643, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

Sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerin bir toplu iş hukuku olayı olduğunu göz önüne alan Yargıtay, illiyet bağının varlığına kanaat getirebilmek için sendikalaşmayı ve de işverenin örgütlenme karşıtı tutumunu gösteren somut durumların varlığını aramaktadır. Bu anlamda Yargıtay; üyelik tarihi ile fesih tarihi arasında geçen süreci⁵²⁶, feshe yakın tarihlerde işyerinde çalışan toplam işçi sayısını⁵²⁷, işine son verilen işçilerden kaçının sendikalı olduğunu, çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alınıp alınmadığını⁵²⁸ ya da bu işçilerin tekrar işe alınıp alınmadığını⁵²⁹, işyerinde TİS prosedürünün başlatılıp başlatılmadığını⁵³⁰ bir bütün olarak değerlendirerek sendikal

⁵²⁶ Yargıtay, üyelik tarihinden kısa bir süre sonra gerçekleştirilmiş fesihlerde, bu kısa süreyi bazen illiyet bağının kurulmasında yeterli görmüştür: “..toplanan delillere göre, davacı işçinin sendikaya üye olduktan 3 gün sonra sözleşmesi feshedildiğinden olayda sendikal tazminat koşullarının gerçekleştiği kabul edilmelidir.” 9.HD. 19.2.2002 E.2001/17566 K.2925. Yargıtay sözkonusu süreyi bazen, başka somut verilerle birlikte değerlendirmiştir: dosyadaki bilgi ve belgelerden..davacının fesih tarihine yakın günlerde sendikaya üye olduğu, davacı tanıkları davacının sendikaya üye olması yönünde çalışmalarının bulunduğunu, bunun işverence öğrenilmesi üzerine iş akdinin feshedildiğini beyan ettikleri dikkate alındığında..işyerinde TİS prosedürünün başlatılıp başlatılmadığının, davacının üyesi bulunduğu sendikanın çoğunluk tespiti için başvurup vurmadığının saptanarak..sonuca göre karar verilmelidir.” 9.HD. 8.3.2005 E.2004/13318 K.7728, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵²⁷ Yargıtay, fesih tarihine yakın dönemde işyerinde çalışan işçilerin tamamına yakınının sendikalı olmasını illiyet bağına kesebilecek durumlardan biri olarak görmektedir: “..dosya içinde bulunan bilgi ve belgelerden, davalı işyerinde çalışan 102 işçinin biri dışında sendikalı oldukları..anlaşılmaktadır..Bütün bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacının hizmet sözleşmesinin feshinin sendikal nedenlere dayanmadığının kabulü gerekir..” 9.HD. 22.1.2002 E.2001/20640 K.584, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵²⁸ Yargıtay, çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alınması ve bunların sendikasız olmasını, illiyet bağına kuvvetlendirecek unsurlardan biri olarak görmektedir : “..davacının işten çıkarıldığı ve yerine başka sendikasız işçi alınarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır..iş akdinin sendikaya üyelik nedeniyle feshedildiğinin kabulü gerekir..” 9.HD. 05.04.1994 E.1993/1285 K.5113, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵²⁹ Yargıtay, sendika üyesi işçilerin sendika üyeliğinden istifasından ya da TİS için gerekli çoğunluğun sağlanmadığının anlaşılmasından sonra tekrar işe alınmış olmalarını, illiyet bağına kuvvetlendiren durumlar olarak görmektedir : “..bu fesihlerden sonra çoğunluğunu sendika üyeliğinden çekilenlerin oluşturduğu bir grup işçi tekrar işe alınmıştır..mahkemece feshin sendikal nedenlere dayandığı gerekçesiyle karar verilmesi isabetlidir..” 9.HD. 8.7.2003 E.22442 K.13123, BAYRAM,s.1234,dpn.51; “..Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca sendikanın çoğunluğa sahip olmadığı belirlendiği, bu tarihten sonra davalı işverenin sendikadan istifa edenleri tekrar işe aldığı anlaşılmaktadır..Bu olgulara göre sözleşmenin sendikal nedenle feshedildiğinin kabulü gerekir..” 9.HD. 11.11.1996 E.11042 K.20779, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵³⁰ Yargıtay, TİS için aranan çoğunluğun fesihten etkilenmemiş olması durumunu bazen davanın reddi için kuvvetli bir gerekçe olarak görmüştür: “..Esasen TİS yapılması sözkonusu olduğuna göre vaki tenkiset, sendikanın çoğunluğu sağlama konusunda etkili de değildir. Tüm bu olgular göz önüne alındığında, davacının iş sözleşmesinin feshinde sendikal sebebin etkili olmadığı anlaşılmaktadır..” 9.HD.29.5.1996 E.1995/37746 K.12105. Bazen ise Yargıtay, sözkonusu durumun başka somut verilerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır: “..davacının ve diğer işçilerin hizmet sözleşmesinin feshi yetki prosedürünü de etkilememiştir..Ancak hizmet sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin kabul edilebilmesi için işverenin, işyerinde sendikayı ve TİS’ni etkisiz hale getirmek üzere zaman içinde sendikalı işçileri işten çıkardığı kesin olarak saptanmalıdır..Eksik soruşturma ile karar verilmesi hatalıdır..” 9.HD. 16.10.2003 E.2662 K.17235, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

tazminata hükmetmektedir. Yargıtay sözkonusu unsurların araştırılmasında; ilgili işçi sendikasına, Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne, işverene ve işyeri kayıtlarına başvurmaktadır⁵³¹.

Fesih ile sendikal nedenler arasındaki illiyet bağının ortaya çıkarılmasında Yargıtay'ın mahkemelere araştırma ödevi getiren bu yaklaşımı doktrinde isabetli bulunmuş ve sözkonusu yaklaşımın, işçinin ispat yükünü hafifletir nitelik taşıdığı belirtilmiştir⁵³².

Kanımızca Yargıtay'ın yaklaşımı, ispat yükünü tamamen işçiye yükleyen düzenleme çerçevesinde işçi lehine görülebilse de; olması gereken, İK. m.20'nin İK. m.5 ile birlikte ele alınmasıdır. Bu anlamda, sendikal nedenlerin varlığı sendikal feshe karar verebilmek için tek başına yeterli olmamalı, somut bir takım veriler mutlaka araştırılmalıdır. Ancak, işçi tarafından ortaya konulmuş hususlar ve olayın kronolojik seyri sendikal feshin varlığı ihtimalini kuvvetlendirmişse bu noktadan sonra ispat yükü işverene geçmeli ve işveren, feshin sendikal nedene dayanmadığını ispat etmelidir. Başka bir deyişle, mahkeme artık bu noktadan sonra işverenin örgütlenme karşıtı tavrının varlığını "kuşkuya yer bırakmayacak biçimde" gösterecek hususları araştırmamalıdır. Bu anlamda, sendikal feshin kuvvetle muhtemel olduğu bir olaya ilişkin Yargıtay'ca verilen kararda⁵³³ yer alan karşı oy yazısı büyük ölçüde isabet taşımaktadır⁵³⁴.

⁵³¹ Yargıtay'a göre; "...İşyerinde toplam kaç işçi çalıştığı, kaçının sendika üyesi olduğu, kaç işçinin sendikadan istifa ettiği, işten çıkarılanların kaçının sendikalı olduğu, SSK, Sendika ve işverenden sorularak tespit edilmemiştir.." 9.HD. 30.12.2004 E.24913 K.30005 ; "...işte çıkarılan işçilerin sendikalı olup olmadıkları, sendikalı olanlar yanında sendikasızların da işten çıkarılıp çıkarılmadığı, işyerinde sendika üyesi işçilerin azalıp azalmadığı, 4 aylık sigorta prim bordroları, sendika üyelik fişleri getirilerek saptanmalı.." 9.HD. 16.10.2003 E.2662 K.17235 ; "...yeni işçi alınıp alınmadığının, alınmışsa davacı işçi yerine alınıp alınmadığının işyeri kayıtları üzerinden saptanması gerekir.." 9.HD.18.4.2005 E.10579 K.13711; "...Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün yazısında da TİS prosedürünün, feshin gerçekleştiği tarihe yakın bir zamanda başlatıldığı ve sendikaya verilen yetkinin iptali için dava açıldığı bildirilmiştir.." 9.HD. 12.5.1999 E.7717 K.8817 kararlar için bkz Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, www. kazanci.com.tr.

⁵³² DEMİR, Değerlendirme, s.168.

⁵³³ Belirtmek gerekir ki, karara konu olayın içeriği ve seyri karar metninden değil, karşı oy yazısından anlaşılmaktadır. Bahsedilen bu kararda Yargıtay, sendika üyeliğine dayalı fesih iddiası ile açılmış olan davayı delil yetersizliği gerekçesiyle reddeden iş mahkemesi kararını hatalı bulmuş, feshin gerçek nedeninin anlaşılabilmesi için birtakım hususların araştırılması gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay'a göre; "...fesihten önceki dönemde işyerinde çalışan işçi ile bunlardan sendikaya üye olanların ve olmayanların, işten çıkarılanların, üye olanlardan ve olmayanlardan çıkarılan işçilerin sayılarının öncelikle belirlenmesi, tekrar işe alınan alınmayan işçi olup olmadığının, TİS yapmak üzere sendikanın

Öğretide sendikal feshin varlığı ihtimalini kuvvetlendiren durumlar her somut olay bakımından farklılık gösterebilse de, bazı durumların sendikal feshe karine teşkil edecek nitelik taşıdığı belirtilmektedir⁵³⁵. Buna göre; eğer fesih yasal bir grev sırasında gerçekleştirilmişse salt bu durum sendikal feshe karine teşkil etmeli ve ispat yükünün bu noktadan sonra işverene geçeceği kabul edilmelidir. Ayrıca, işçinin sendikaya üye olmasından kısa bir süre sonra yapılan fesihlerde, sözkonusu kısa süre de tek başına sendikal feshe karine teşkil etmelidir⁵³⁶. Ancak böyle bir karinenin varlığından bahsedebilmek için üyelik tarihi ile fesih tarihi arasındaki süre, makul ve mantıklı düşünen her kişiye, fesih işlemi ile üyelik arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin varlığına kanaat oluşturacak şekilde kısa olmalıdır⁵³⁷. Bundan başka; işverenin, haklı sebeple fesih hakkı doğuran bir olayın üzerinden belli süre geçmesine rağmen, bu hakkını işçinin sendika üyeliğini öğrendikten sonra kullanması durumu da sendikal feshe karine teşkil edebilecektir⁵³⁸.

Yargıtay bir dönem; ekonomik sebeplerin varlığı halinde sendikal fesihten bahsedilemeyeceğini belirtmekte ve çıkarılan işçilerin çoğunluğunun sendikalı olduğu yönündeki iddiaya, ekonomik sebepler karşısında değer vermemekteydi. Nitekim HGK. 1992 tarihinde vermiş olduğu kararda; *“..yerel mahkeme kararında, işyerinden çıkarılan işçilerin büyük çoğunluğunun sendikalı çok az bir kısmının sendikasız olduğu belirtilse de salt bu durum, sendikalı sendikasız işçi ayrımı yapıldığını göstermez...Yapılacak iş, işyerinde reorganizasyona gidilip gidilmediğinin, personel tenkisi yapılması gereksinimin doğup doğmadığının, çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alınıp alınmadığını, alınmışsa işe giriş tarihlerinin belirlenmesi, şayet*

yetkili makama başvuru tarihinin açıklığa kavuşturulması gerekir..” 9HD. 12.5.1999 E.7717 K.8817, Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵³⁴ Sözkonusu karşı oy yazısına göre; “..5 seneyi aşkın bir süredir işyerinde çalıştırılan ve işveren ile hiçbir problemi olmayan ve son anlara kadar verimsizliği ileri sürülmeyen bir işçinin sendikaya üye olduktan sonra ve üyeliğinden 9 gün ve sendikanın yetki başvurusundan 4 gün sonra işten çıkarılması ancak sendikaya üye olması ile izah edilebilir. Ekonomik nedene dayanan işverenin verimsizliğe de dayanması çelişkilidir. Zira ekonomik sıkıntı içinde olmayan bir işveren verimli eleman çalıştırmayı düşünebilir. Bütün bu olgular davacının sendikal nedenle işten çıkarıldığının göstergesi olup, kesin bozma yerine araştırmaya yönelik bozma kararına katılmıyorum” bkz. d.pn.530’da belirtilen karar.

⁵³⁵ SÜMER, s.112.

⁵³⁶ BAYRAM, s.1233.

⁵³⁷ BAYRAM, s.1232.

⁵³⁸ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.163.

reorganizasyon olgusu gerçekleşmişse, davalının iyi niyetli olduğunun kabulü ve bunun sonucu olarak davanın reddine karar verilmesi gerekir...”⁵³⁹ sonucuna varmıştır.

Kanımızca da seçilen işçilerin çoğunluğunun sendikalı olması, illiyet bağının kurulmasında tek başına yeterli değildir⁵⁴⁰. Fesih işleminin sendikal nedene dayanıp dayanmadığına karar verirken reorganizasyon olgusunun varlığının araştırılması şüphesiz gereklidir. Ancak feshin temeli sendikal neden olmasa bile, seçimin sendikal nedene dayanıyor olma ihtimali de göz ardı edilememelidir. Bu anlamda, sözkonusu HGK kararına ilişkin karşı oy yazısı büyük ölçüde isabet taşımaktadır⁵⁴¹.

Yargıtay 1996 tarihinde vermiş olduğu başka bir kararda da; seçilen işçilerden sendikasız olanların, sendikalılardan bir kişi fazla olması durumu karşısında yine sendikal nedenli seçim ihtimalini göz ardı edip, TİS sürecini incelemiştir. Yargıtay’a göre; “..*davacı ile birlikte iş akitleri feshedilen işçilerin toplamı 13 kişi olup bunlardan 7’si sendikasızdır..fesih, yetki başvurusu tarihinden 1.5-2 ay sonra gerçekleşmiştir.. Objektif olgular dikkate alındığında feshin sendikal nedenlerle gerçekleştirildiği sonucuna varılamaz...*”⁵⁴². Kanımızca, sendikalı işçilerin sendikasızlardan az olması sonucunu yaratan önemsiz rakamsal farklar, işverenin sendikal ayırım iradesi ile hareket etmiş olma ihtimalini bertaraf edemez⁵⁴³. Zira aksi bir kabul, sendikalı işçi çalıştırma niyetinde olmayan işverenlerin kötü niyetli uygulamalarına zemin yaratır.

Yargıtay 2006 tarihinde vermiş olduğu başka bir kararda ise, çıkarılan işçilerden sendikalıların çoğunlukta olması durumunu isabetli olarak dikkate almıştır. Yargıtay’a göre; “..*davalı işyerinde yaklaşık 690’ ı sendikalı kalanı sendikasız olan 800 civarında işçi arasında, her bölümde belirli oranda olmak üzere toplam 74’ü sendikalı 1’i sendikasız olmak üzere 75 işçinin topluca çıkarılması kararlaştırılmıştır. Bu işçilerin*

⁵³⁹ HGK. 4.11.1992 E.9-469 K.639, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www. kazanci.com.tr.

⁵⁴⁰ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.164; SÜMER, s.102.

⁵⁴¹ Sözkonusu karşı oy yazısına göre; “..*işletmenin reorganizasyonu amacıyla yapılan işten çıkarmalarda kural olarak fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilemez, yeter ki bu sebepler gerçekleşmiş olsun. Kural bu olmakla birlikte, işletmenin ekonomik ve teknik gerekleri bazı işçilerin işten çıkarılmasını gerektirse bile, işverenin sadece sendikalı işçilerin işine son vermesi bireysel sendika özgürlüğüne, eşit davranma ilkesine ve iyi niyet kurallarına aykırı düşer. İşçi sendikasının işyerinde gerekli çoğunluğa sahip olduğu anlaşıldıktan sonra davacı ile birlikte işten çıkarılan 534 işçiden 500 işçinin sendikaya üye işçilerden seçilmesi..işverenin açıkça sendikalı sendikasız işçi ayırımı yaptığını göstermeye yeterlidir..*”.

⁵⁴² 9.HD. 26.11.1996 E.13826 K.22016, BAYRAM, s.1238-1239.

⁵⁴³ SÜMER, s.102, dpn.366.

seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı ve neden tamamına yakınının sendika üyeleri arasından seçildiğı açıklanmış değildir...Ekonomik nedenin feshi zorunlu kılıp kılmadığı irdelenmemiştir...Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır... ”⁵⁴⁴.

Görüldüğü gibi Yargıtay, çıkarılan işçilerin seçiminde kullanılan kriterleri de, sendikal feshi karar verme aşamasında re’sen araştırılacak bir husus olarak değerlendirmiştir. Açıkça belirtilmemiş olsa da sözkonusu karara göre, seçimin objektif nitelik taşıdığını ispat edecek olan işverendir. Zira kararda yer alan “işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı açıklanmış değildir” şeklindeki anlatımdan aksi bir sonuca varılamamaktadır.

Geçerli sebep konusunda uygulanan ispat kuralını, seçime ilişkin kriterlerin ispatında da kullanan Yargıtay’ın bu yaklaşımı doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre; seçimin keyfiliğı yönünde iddiada bulunan bir işçi, feshin geçerli sebep dışında başka bir sebebe dayandığını iddia etmiş olmaktadır. O halde işçi, İK.m.20/f.2 çerçevesinde iddiasını kendisi ispatlamalıdır. Aksi bir kabul, sözkonusu yasa hükmüne aykırılık yaratır⁵⁴⁵.

Kanımızca da yasanın açık düzenlemesi karşısında, seçimde sendikal nedenlerin kriter alındığı yönündeki bir iddia işçi tarafından ispatlanmalıdır. Ancak burada da İK.m.20 İK.m.5 ile birlikte ele alınmalı ve ispatsızlığın rizikosu işçi üzerine bırakılmamalıdır. Bu anlamda, işten çıkarılanlar içinde sendikalı işçilerin önemli ölçüde çoğunluğa sahip olması, tek başına sendikal fesih ihtimalini kuvvetlendiren bir durum olarak görülmeli⁵⁴⁶ ve ispat yükünün işverene geçmiş olduğı kabul edilmelidir. Bu noktadan sonra işverenin yapması gereken, seçimin objektif nitelik taşıdığını ispat etmek olacaktır.

⁵⁴⁴ 9.HD. 11.12.2006 E.25167 K.32359, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁴⁵ ÇELİK, Eşit Davranma, s.10; aynı yazar, Karar İncelemesi, s.29. benzer yönde; ENGİN, İspat, s.171-172; aynı yazar, s.113. Yazara göre; geçerli fesih nedenleri doğmuş ise, işverenin seçimde sendikal nedenleri göz önüne aldığı işçi iddia ve ispat edecektir.

⁵⁴⁶ OKUR, bahsetmiş olduğumuz 1992 tarihli HGK kararına yönelik eleştirisinde rakamsal farklar üzerinde durmuştur. Yazara göre, 500 sendikalı - 34 sendikasız işçi çıkarılmasında, aradaki sayı farkı, işverenin sendikalı işçi çıkarmak istediğı hususunda güçlü bir kanaat oluşturur. bkz. OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.164. benzer yönde; SÜMER, s.102, Yazara göre; toplu işçi çıkarmalarda özellikle sendikalı işçilerin sözleşmesi feshedilmişse bu durum, sendikal feshin varlığına karine teşkil etmelidir.

b) Sendikal Tazminat Davalarında

SK.m.31/f.7 uyarınca, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal fesih iddiası ile açacakları davalarda ispat yükü işverendedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁵⁴⁷.

Bu anlamda işçi, sendika üyesi olduğunu ya da varsa somut sendikal faaliyetlerini kanıtlamakla yetinip, feshin sözkonusu nedenlere dayandığını iddia edebilecektir. Başka bir deyişle, fesih ile sendikal nedenler arasındaki illiyet bağının varlığını işçi ispatlamak zorunda değildir. Feshin sendikal nedenlere dayanmadığını yani illiyet bağının bulunmadığını ispatlamak isteyen işveren, sözkonusu ispatı her tür delille gerçekleştirebilir⁵⁴⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, işçinin genel olarak işçilik alacakları bakımından vermiş olduğu ibraname, sendikal tazminatı kapsamaz. Bu anlamda işveren, böyle bir ibranameyi delil olarak kullanıp, sendikal tazminat ödemekten kaçınamayacaktır. Nitekim, ibranamenin sendikal tazminatı da kapsadığı gerekçesiyle davayı reddeden ve bu sonuçta direnen yerel mahkeme kararı, HGK. tarafından bozulmuştur⁵⁴⁹.

4. Fesih Dışındaki Sendikal Ayrımcılığın İspatı

İşin devamı sırasında gerçekleştirilen ayrımcılıklar bakımından daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi⁵⁵⁰ ispat yükü işçiye aittir. Bu anlamda işçi yine öncelikle sendika üyeliğini ya da varsa başka bir sendikal faaliyetini ortaya koyacaktır. İşçi ayrıca sendikal ayrımcılık teşkil eden olayın varlığını da ispat etmelidir. Örneğin; seyyanen

⁵⁴⁷ Yargıtay' a göre; "...davacının işyerinde kıdeminin 6 aydan az olması nedeniyle iş güvencesi kapsamında olmadığı ve bu nedenle sendikal tazminat isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır. 2821 sayılı SK' nun 31/7 maddesi uyarınca bu tür bir istekte ispat yükümlülüğü işverendedir. Dolayısıyla...iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedene dayanmadığı yönünde davalı tarafa delillerini bildirmesi için süre tanınmalı, davacının bu konuda sunacağı karşı deliller değerlendirilmeli ve sonuca göre karar verilmelidir.." 9.HD. 12.2.2007 E.2050 K.3090, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁴⁸ KESER, İspat Yükü, s.723.

⁵⁴⁹ Yargıtay'a göre; "...ibranamenin sendikal tazminatı kapsadığı düşünülemez.Böyle bir belgenin iş hukuku uygulamasında sınırlı biçimde yoruma tabi tutulması, gerek öğretide gerek uygulamada benimsenen bir görüştür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sendikal tazminat yasalarda özel düzenleme ile işçi yararına kabul edilmiş olduğundan, bu tür tazminatların, herhangi bir alacağın kalmamıştır şeklindeki beyan kapsamı içinde kaldığının kabulüne olanak yoktur..Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.."HGK. 04.10.2000 E.9-1204 K.1214, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁵⁰ Bkz. § 6, III, 2.

gerçekleştirilmiş bir ücret artışından yararlandırılmadığını iddia eden işçi, sözkonusu ücret artışın varlığını kanıtlamalıdır. Ya da işçi, kendi ile aynı işi yapan sendikasız işçilere daha fazla ücret verildiği iddiasında ise bu iddiasını ispatlamalıdır. Belirtmek gerekir ki, bu tip durumlarda Yargıtay, emsal işçilere ait bordroların incelenmesi gerektiği sonucuna re'sen varmaktadır⁵⁵¹.

İşçinin, sayılan hususları ispatlaması sendikal tazminata hak kazanmasında yeterli olmayacaktır. Zira işçinin, sözkonusu farklı muamele ile sendikal nedenler arasındaki illiyet bağıını da ortaya koyması gerekecektir. İşte bu yöndeki bir ispat faaliyetinin oldukça güç olacağı açıktır. Zira ayrımcılık hallerinin ispatında da Yargıtay tanık beyanları ile yetinmemekte ve somut olguların varlığını aramaktadır. Yargıtay'a göre; *"... Davacının işinin sendikal faaliyet nedeniyle değiştirildiği yeterli delillerle ispat edilememiştir. Bu konuda dinlenen şahitler, somut olaylar göstermeksizin sadece kişisel kanaatlerini izhar etmişlerdir. Başkaca inandırıcı bir delil de yoktur. Bu durumda sendikal tazminat isteğinin reddi gerekir..."*⁵⁵². Ayrıca bu tip ayrımcılık hallerinde, işten çıkarılan ve yeniden işe alınan işçi sayısı vb. kriterler de araştırılamayacağından, işçinin ispat yükünü hafifletir bir uygulamadan da bahsedilemeyecektir.

İşte bu anlamda, sendikal nedenli ayrımcılık iddialarında da İK.m.5 çerçevesinde hareket edilmelidir⁵⁵³. Yani olayların meydana gelişi, kronolojik sırası, vb. sözkonusu farklı muamelenin sendikal sebeple yapıldığı ihtimalini arttırıyorsa, bu durumun aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Kanımızca; ayrımcılığın varlığı ihtimalini güçlü bir şekilde ortaya koyacak olayların (İK. m.5) tespitinde eşit davranma borcunun uygulama alanları göz önüne alınabilir. Bu borcun mutlak olarak uygulandığı alanlarda, farklı muamelenin ispatı bakımından işçi lehine hareket edilebilir. Örneğin; aynı fiili işleyen iki işçiden yalnızca

⁵⁵¹Yargıtay'a göre; *"...sendika üyesi olan davacı işçi ile aynı konumda çalışan emsal işçinin fark ücrete konu edilen dönem için aldıkları ücreti gösteren ve artışları yansıtan bordrolar getirilmeli, bu konuda muhasebe uzmanı bilirkişiden hesap raporu alınmalı ve sonuca göre hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.. "* 9.HD. 07.09.2005 E.26093 K. 27950, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁵² 9.HD. 11.4.1991 E.1990/14559 K.7504, Kazancı Bilgi ve İctihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁵³ KESER, İspat Yüğü, s.726.

sendika üyesi olana ceza verilip diğerine verilmemesi halinde, sendikal ayrımcılık ihtimalinin güçlü olduğu bir durumun varlığı kabul edilmelidir. Aynı şekilde, seyyanen gerçekleştirilen zam dışında bırakılan üç işçinin sendikal olması da tek başına sendikal ayrımcılık ihtimalini arttıran bir olay olarak görülmelidir. Dolayısıyla sözkonusu durumlarda işçi, sendikal nedenin ve farklı muamelenin varlığını ispatladığı takdirde ispat yükü işverene geçmeli ve ispatsızlığın rizikosu işveren üzerine bırakılmalıdır.

IV. Yaptırım

1. Genel Olarak

“Sendikal fesih” hallerinde iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilere uygulanacak hükümlerin farklılığı, sözkonusu durumlara özgü yaptırımların da farklılaşması sonucunu doğurmuştur. İş güvencesi kapsamındaki işçiler işe iade edilmemeleri halinde yaptırıma ulaşacaklar ve bu yaptırım nitelikli bir iş güvencesi tazminatı olacaktır. Buna karşılık, iş güvencesi kapsamında olmayanların ulaşabileceği yaptırım sendikal tazminattır. “Fesih dışı sendikal ayrımcılık” halleri bakımından ise sendikal tazminat, her iki işçi grubu için öngörülmüş ortak yaptırımdır.

Farklı yollarla ulaşılabilen sözkonusu yaptırımların ortak yönü, medeni ceza niteliği taşımalarıdır. Zira gerek iş güvencesi tazminatına⁵⁵⁴ gerekse sendikal tazminata⁵⁵⁵ hak kazanabilmek için, bir zararın doğmuş olması şartı aranmamaktadır. Bu anlamda her ne kadar tazminat olarak adlandırılmış olsalar da, sözkonusu yaptırımlar, teknik açıdan birer tazminat değildir⁵⁵⁶.

2. Nitelikli İş Güvencesi Tazminatı

a) Tazminat Miktarı

SK.m.31/f.6 uyarınca, sendikal fesih hallerinde iş güvencesi kapsamındaki bir işçi işe iade davası açacak; ancak bu dava sonucu işe başlatılmaması halinde tazminat “bir yıllık ücret tutarından” az belirlenemeyecektir.

⁵⁵⁴ SARIBAY, s.257.

⁵⁵⁵ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.177; TUNCAY, Sendika Üyeliği, s.76; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.557; NARMANLIOĞLU, s.249.

⁵⁵⁶ SÜMER, s.125.

Nitekim Yargıtay da; yapılan feshin sendikal nedenlere dayandığı işe iade davalarında, ödenecek tazminatın bir yıllık ücret tutarından az olamayacağını belirtmektedir⁵⁵⁷. Bununla birlikte Yargıtay taleple bağlılık kuralını da göz ardı etmemekte ve fesih sendikal nedene dayansa da, dava dilekçesinde talep edilen miktarı göz önüne almaktadır. Yargıtay’a göre; “...sendikal sebeple fesih yapılmış olsa da işe başlatmama tazminatının bir yıllık ücret tutarında belirlenmesi isabetsizdir. Dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatının 8 aylık ücretle sınırlandırılması nedeniyle, HUMK. m.74’e aykırı şekilde istekten fazlasına hüküm kurulamaz...”⁵⁵⁸.

Doktrindeki bir görüş uyarınca; tazminat miktarının belirlenmesinde esas olan alt sınırdır yani mahkemenin alt sınır üzerinden bir tazminat belirleyebilmesi için, bunun gerekçesini de açıklaması gerekir⁵⁵⁹. Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir. Yargıtay’a göre, 4857 sayılı İK’nun 21.maddesinde düzenlenen tazminatın gerekçesi gösterilmeden üst sınırdan belirlenmesi hatalıdır⁵⁶⁰.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüş uyarınca, tazminatın mutlaka alt sınırdan kararlaştırılmasına ilişkin hakimın takdir yetkisini sınırlayan bir kural Yasada yer almamaktadır⁵⁶¹. O halde hakim, sendikal nedenli fesihlerde bir yıllık ücret tutarını aşar biçimde tazminat miktarını belirleyebilecek ve bunu özel bir gerekçeye dayandırmak zorunda kalmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, uygulamada, bir yıllık alt sınırın üzerinden hükmedilen kararlara neredeyse hiç rastlanmamaktadır.

İş güvencesi tazminatının hesaplanmasında esas alınacak ücret, yasa da özel olarak düzenlenmemiştir. Bu anlamda sözkonusu ücretin çıplak-temel⁵⁶² ücret olarak

⁵⁵⁷ Yargıtay’a göre; “..Mahkeme kararının gerekçe kısmında, davacının iş akdinin sendikal nedenlerle feshedildiğini doğru olarak kabul etmişse de, tazminatı 4 aylık ücret tutarında miktar olarak belirlemiştir. İş akdi sendikal sebeple feshedildiği için bu yasa hükmüne göre tazminat işçinin ücretinin 1 yıllık tutarından az olamaz..” 9.HD 15.3.2004 E.2164 K.6486 karar için bkz. DÖNMEZ, s.335 benzer yönde; 30.12.2004 E.17387 K.2005/30098, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.942-943

⁵⁵⁸ 9.HD. 7.10.2004 E.21425 K.22545 karar için bkz. DÖNMEZ, s.337-338 benzer yönde; 9.HD.29.7.2004 E.5523 K.19994, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.840-841.

⁵⁵⁹ EKMEKÇİ, s.175.

⁵⁶⁰ 9.HD.20.11.2003 E.19348 K.19644, www. kazancı.com.tr

⁵⁶¹ GÜZEL, İş Güvencesi, s.114, dpn.298.

⁵⁶² İşçiye sağlanan yan menfaatlerin yani ikramiye, prim, sosyal yardım ve diğer ek ödemelerin katılmadığı asıl ücrete çıplak-esas-kök ücret denilmektedir. Yani asıl ücret, işçiye yapmış olduğu iş karşılığı ödenen nakdi meblağdır, bkz. CENTEL, s. 115.

anlaşılması gerekir⁵⁶³. Nitekim Yargıtay da; “...Tazminat miktarını belirlerken işçinin brüt ücreti üzerinden hesaplama yapılmalı, ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır...”⁵⁶⁴ şeklinde karar vererek benzer yöndeki görüşünü ortaya koymuştur. O halde, nitelikli iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde, işçinin ikramiye, prim, fazla çalışma ücreti, sosyal yardımlar, vb ücret ekleri dikkate alınmayacaktır. İhbar ve kıdem tazminatlarında olduğu gibi, burada da giydirilmiş ücretin dikkate alınmasının, işçinin korunması ve sistemin bütünlüğü açısından daha tutarlı olacağı yönündeki görüşe⁵⁶⁵, olması gereken hukuk açısından biz de katılıyoruz.

Tazminat miktarının belirlenmesinde hangi tarihteki ücretin esas alınması gerektiği de önem taşır. Doktrindeki bir görüş uyarınca; hükmün kesinleşmesine kadar sözkonusu olmuş en son ücret dikkate alınacaktır⁵⁶⁶. Bizimde katıldığımız bir diğer görüş ise, tazminatın hak edildiği tarihteki ücretin esas alınması gerektiği yönündedir. Buna göre tazminat alacağı, işverenin işçiyi işe başlatmayacağını bildirdiği tarihte (yani en geç bir ayın sonunda) muaccel olacağı için, ücret de bu tarihe göre belirlenmelidir⁵⁶⁷.

Anlatılan çerçevede belirlenecek olan tazminatın gelir vergisi kesintisine tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmayı ortaya çıkaran ise, Yargıtay’ca 2003 tarihinde verilmiş olan bir karardır. Sözkonusu karar; gelir vergisinin davacı işçi tarafından ödenmesi gerektiği yönündedir⁵⁶⁸.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 25.maddesinde, gelir vergisinden muaf olan tazminat ve ödemeler sınırlı biçimde sayılmıştır. “İşsizlik sebepleriyle verilen tazminatlar” da sayılan hususlar arasında yer almakta ve tartışmaların odak noktasını teşkil etmektedir. Doktrindeki bir görüş uyarınca, 25.maddedeki işsizlik tazminatı ile kastedilen, işçinin işsiz kalmasının karşılığı olarak alması gereken tazminattır. Oysa iş güvencesi tazminatı, işverenin, feshin geçersizliğine ilişkin karara uymamasının karşılığıdır. Ayrıca m.25’te sayılan unsurların çoğu sosyal güvenlik kuruluşunca yapılan

⁵⁶³ BİLGİLİ, s.179; ÇALIK, s.195; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.596; EKMEKÇİ, s.174; SOYER, s.62; GÜZEL, İş Güvencesi, s.108; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.178; SÜZEK, İş H, s.486.

⁵⁶⁴ 9.HD.6.11.2003 E.18733 K.18729, DÖNMEZ, s.333-334.

⁵⁶⁵ GÜZEL, İş Güvencesi, s.108.

⁵⁶⁶ EKMEKÇİ, s.174.

⁵⁶⁷ KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s.484; ÇANKAYA/ GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.306; SARIBAY, s.258; GÜZEL, İş Güvencesi, s.108; AKI/ ALTINTAŞ/ BAHÇIVANCILAR, s.160.

⁵⁶⁸ 9.HD. 9.10.2003 E.12544 K.16689, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www. kazancı.com.tr

ödemeler niteliğindedir⁵⁶⁹. Diğer bir görüş ise; m.25'te, sayılan unsurların sosyal yardım kuruluşunca yapılan ödeme niteliği taşıdığına yönelik bir ibareye yer verilmediğini ve işçinin geçersiz fesih sonucu işsiz kaldığını kabul etmektedir⁵⁷⁰. Belirtmek gerekir ki Danıştay, iş güvencesi tazminatının gelir vergisi kesintisine tabi olmaması gerektiği görüşündedir⁵⁷¹.

Danıştay'ın vermiş olduğu bu karar çerçevesinde, aynı sendikal feshe maruz kalmış iki işçiden birinin alacağı tazminat miktarı kesintiye tabi olmazken, diğer işçi gelir vergisi kesintisi yapılması sonucu ortaya çıkan tutarı elde edecektir⁵⁷². Danıştay'ca varılan sonucun isabet derecesinin, bu açıdan tartışılabilmesi mümkündür.

b) Miktarın Belirlenmesinde Kriterler

4773 sayılı Yasa gerekçesinde, iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde, “iş sözleşmesinin sona erdirilme sebepleri” ile “işçinin kıdeminin” göz önüne alınacağı belirtilmiş ancak daha sonra, 4857 sayılı Yasa gerekçesinde kıdem yerine, “işe başlatmama nedenleri” kriter olarak öngörülmüştür.

Doktrindeki bir görüş, tazminatın, işçinin kıdemi ile orantılı biçimde belirlenmesi gerektiği yönündeyken⁵⁷³; diğer bir görüş ise kıdemin, tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınamayacağını öngörmektedir⁵⁷⁴. Buna göre; aynı fesih sebebiyle sözleşmesi sona erdirilen işçiler arasında, salt kıdeme dayalı yaratılacak farklılık isabetli görülemez. Bu anlamda kriter, işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığı olmalıdır.

⁵⁶⁹ EKMEKÇİ,Ömer /UÇUM,Mehmet : İş Güvencesi Tazminatı Gelir Vergisi Kesintisine Tabi midir?, Legal İSGHD, S.9,2006, s.44-46.

⁵⁷⁰ BİLGİLİ, s.180.

⁵⁷¹ Danıştay'a göre; “..GVK.'nın 61.maddesinde ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliği, bu ödemelerin, çalışanın işverene bağlılığı ve hizmeti karşılığı sağlanan..ödemeler olmasıdır.Çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından..ödenen tazminat, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliğini taşımadığından, bu ödemelerden.. vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Davacıya başvurusuna rağmen **işe başlatılmayarak işsiz bırakılması nedeniyle** işverence yapılan bu ödeme,..**işsizlik sebebiyle verilen tazminat niteliğinde** olduğu halde..sadece kıdem tazminatının vergiden müstesna tutulduğuna dayanılarak verilen hükmün bozulması gerekmiştir.” Danıştay 3.Dairesi, 15.2.2007 E.2006/3799 K.2007/414, www. mazar.com.tr

⁵⁷² Bkz. § 6, IV, 2, a.

⁵⁷³ GÜNAY, s.787.

⁵⁷⁴ EKMEKÇİ, s.175.

Yargıtay iş güvencesi tazminatı miktarını belirlerken kıdem ve fesih nedenlerini dikkate almaktadır⁵⁷⁵.

Kanımızca her somut olayın özelliği farklı olabileceğinden, bu çerçevede hareket edilerek; Yargıtay’ca kullanılan kriterler yanında, işçinin yaşına, aile durumuna, ücretine ve yaptığı işin niteliğine de bakılmalıdır⁵⁷⁶.

Bu noktada özellikle sendika özgürlüğüne aykırı işveren tutumunun ağırlığı göz önüne alınmalı; sendikal ayrımcılık teşkil eden feshin tekrarı halinde de bu durum, ikinci davada tazminatın artırım nedeni olmalıdır⁵⁷⁷. Örneğin; henüz işe iade davası sonuçlanmadan, sırf tazminat ödememek için işçiyi işine davet edip, kısa bir süre sonra geçerli bir nedene dayanmadan işçinin işine son veren işveren aleyhine, bir yıllık ücret tutarını aşan bir tazminata hükmedilmelidir. Ayrıca, özellikle asgari ücretle çalışan işçilerin tazminat miktarları, bir yıllık ücret tutarı üzerinde belirlenmelidir⁵⁷⁸.

Tazminat miktarının belirlenmesinde mahkemece göz önüne alınması gereken bir diğer husus da TİS hükümleridir⁵⁷⁹. Zira daha önce belirtmiş olduğumuz gibi⁵⁸⁰, sendikal fesihler bakımından nitelikli iş güvencesi tazminatının, TİS’ler ile arttırılması mümkündür.

Kanımızca tazminat miktarının belirlenmesinde, işverenin mali durumu da, göz önüne alınması gereken bir kriterdir.

c) Faiz

İK.m.21/f.1’de “işe başlatmamanın sonucu” olarak düzenlenen iş güvencesi tazminatı, bu niteliği dolayısıyla, işverenin işçiyi işe başlatmamış olduğu tarihte ve en geç başvurudan itibaren bir ayın sonunda muaccel olacaktır⁵⁸¹. Yasa koyucu bu şekilde,

⁵⁷⁵ Yargıtay’a göre;“..davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının,davacının kıdemi,fesih nedeni dikkate alınarak takdir..belirlenmesine.”9.HD.20.12.2005 E.17255 K.40167, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.903-904. benzer yönde; DÖNMEZ, s.326-332 arasında yer alan kararlar.

⁵⁷⁶ SARIBAY, s.260.

⁵⁷⁷ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.180.

⁵⁷⁸ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.181.

⁵⁷⁹ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.181.

⁵⁸⁰ Bkz. § 5, IV, 2, c.

⁵⁸¹ SOYER, s.62; ALPAGUT, s.249; AKI/ ALTINTAŞ/ BAHÇIVANCILAR, s.160.

iş güvencesi tazminatının hak edilebileceği anı açıkça düzenlemiş ancak bu tazminat bakımından faizin hangi tarihten itibaren işleyeceğine ilişkin bir kurala yer vermemiştir. Bu anlamda iş güvencesi tazminatı için işleyecek faizin başlangıç tarihi hakkında doktrinde iki temel görüş bulunmaktadır.

Bir görüş uyarınca faizin işlemeye başlayacağı tarih, yukarıda belirtilmiş olan muacceliyet tarihidir⁵⁸². Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu görülmektedir⁵⁸³. Diğer bir görüş ise faizin başlangıcı için ihtar şartı da aramakta ve bu şartın, tazminatın yazılı olarak talep edilmesi ya da icra takibinin açılması halinde gerçekleşmiş olacağını belirtmektedir⁵⁸⁴. Benzer yöndeki bir diğer görüş de, talep tarihinin göz önüne alınması gerektiğine işaret etmekte ancak temerrüt tarihinin, muacceliyet tarihi ile örtüşebilme ihtimaline de dikkat çekmektedir⁵⁸⁵.

Kanımızca işe iade talebi aynı zamanda işe iade edilmeme halinde ödenecek tazminat talebini de kapsadığı için, işçi dava açarak ihtar şartını yerine getirmiş olacaktır. Bu anlamda faizin, muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlaması mümkündür.

İş güvencesi tazminatına işleyecek faiz bakımından yasada özel bir düzenleme bulunmadığı için 3095 sayılı Kanun⁵⁸⁶ çerçevesinde hareket edilecek ve yasal faiz miktarı uygulanacaktır⁵⁸⁷. Yargıtay da, iş güvencesi tazminatına uygulanacak faizin, yasal faiz olduğunu kabul etmektedir⁵⁸⁸.

⁵⁸² MOLLAMAHMUTOĞLU, s.596; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.484; SOYER, s.62; ALPAGUT, s.249; EKMEKÇİ, s.177; DURAN, s.811; ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.168.

⁵⁸³ Yargıtay'a göre; "...işe iade tazminatı işçinin işe kabul edilmediği tarihte muaccel hale geleceğinden, faizi bu tarihten itibaren işleyecektir.." 10.2.2004 E.2003/23396 K.1896, benzer yönde; 9.HD. 8.7.2003 E.1241 K.13123, Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁸⁴ AKI/ ALTINTAŞ/ BAHCIVANCILAR, s.160.

⁵⁸⁵ SARIBAY, s.263.

⁵⁸⁶ Kanuni Faiz ve Temerrüt faizine İlişkin Kanun, RG: 19.12.1984 -18610

⁵⁸⁷ EKMEKÇİ, s.177; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.484; ÇALIK, s.198.

⁵⁸⁸ Yargıtay'a göre; "...işe kabul edilmeyen işçiye ödenmesi gereken..bu tazminata yasal faiz uygulanacaktır..." 9.HD. 10.2.2004 E.2003/23396 K.1896, Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

d) Tazminatın İcrası

İşveren, işçinin başvurusundan itibaren bir ay içerisinde onu işe başlatmazsa, mahkeme kararında belirtilen iş güvencesi tazminatını ödemek zorunda kalacaktır (İK. m.21/f.1). İşveren sözkonusu tazminatı gönüllü olarak yerine getirirse bir sorun ortaya çıkmayacak ancak tazminatın ödenmemesi halinde, işçinin icra takibi yoluna başvurması sözkonusu olacaktır.

İşçinin başvuracağı icra yolunun belirlenmesinde ise, mahkemece verilmiş kararın niteliği önem taşır. Zira ilamlı icranın konusu, sadece eda hükümleridir⁵⁸⁹. Bu anlamda, davada verilen kararın tespit hükmü niteliği taşıması halinde, işçinin ilamlı icra yoluna başvurabilmesi sözkonusu olamayacaktır.

Yargıtay’a göre; iş güvencesi tazminatının süre olarak belirlenmesi yeterlidir. Yani, rakamsal olarak bir tutarın kararda yer almasına gerek yoktur⁵⁹⁰. Bu anlamda tazminat, “bir yıllık ücret tutarında” şeklindeki ibarelerle belirlenecek; mahkeme tarafından hesaplanmayacaktır. Ayrıca Yargıtay, tazminatın tahsili yönünde hüküm kurulmaması gerektiğini de belirtmektedir⁵⁹¹.

Yargıtay’ın bu şekildeki içtihatları, tazminata ilişkin hükmün, tespit niteliği taşıdığı yönündeki görüşü ile bağlantılıdır⁵⁹². Yargıtay, işe iade davasını, tespit davası olarak nitelendirmekte bu anlamda, ilamlı takibin sözkonusu olamayacağını da belirtmektedir⁵⁹³.

⁵⁸⁹ ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.164.

⁵⁹⁰ Yargıtay’a göre; “..dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre ücretin süre olarak belirlenmesi yeterli olup, rakamsal olarak tutarın gösterilmesine gerek bulunmamaktadır..” 9HD. 15.3.2004 E.2164 K.6486, DÖNMEZ, s.335; benzer yönde, 9HD.20.11.2003 E.19348 K.19644, Kazancı Bilgi ve İtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁵⁹¹ Yargıtay’ın, “..mahkemece işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücretinin tespiti ile yetinilmesi gerekirken, tahsili yönünde hüküm kurulması hatalı olduğu gibi..” şeklindeki kararı, sözkonusu yöndeki görüşünü ortaya koymaktadır. 9HD. 20.2.2006 E.1685 K.4283, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 897-898.

⁵⁹² Yargıtay’a göre; “.. mahkemece miktar gösterilerek tazminata karar verilmiş olması hatalı bulunmuştur.Zira işe başlatmama tazminatı..davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan .. miktar belirtmeksizin karar altına alınmalıdır..” 9HD. 24.5.2004 E. 5027 K.12427, Kazancı Bilgi ve İtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

⁵⁹³ Yargıtay’a göre; “..icra takibinin dayanağı olan ilamın hüküm fıkrasının incelenmesinde, yargılama giderleri ve avukatlık ücreti dışındaki kısımların eda hükmü içermediği anlaşılmıştır. Dayanak ilam, tespit niteliğindedir. Olayda 4857 sayılı Yasa’nın 21. maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığının

Doktrinde ise, işe iade ve dört aya kadar olan ücrete ilişkin hüküm fıkralarının eda hükmü niteliği taşıdığı kabul edilmekte; iş güvencesi tazminatına ilişkin verilen karar ise, tespit hükmü olarak görülmektedir⁵⁹⁴. Buna göre; işe iade davasının kabulü halinde, işçinin işe iadesi ve çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret⁵⁹⁵, eda hükmü şeklinde karara bağlanmalıdır. İş güvencesi tazminatı ise, şarta bağlı bir karar olmasından dolayı⁵⁹⁶, tespit hükmü niteliği taşımak zorundadır. Zira aksi bir kabul halinde, işçi işe başlamış dahi olsa, böyle bir hüküm fıkrasına dayanarak ilamlı icra yolu ile tazminat ödenmesini sağlayabilecektir⁵⁹⁷.

İş güvencesi tazminatına ilişkin kararın tespit niteliği taşımasının en önemli sonucu, işçinin ilamlı icra yoluna başvuramamasıdır⁵⁹⁸. Bu anlamda işçi, tazminat alacağına erişmek için ya ayrı bir alacak davası açarak aldığı kararla ilamlı icra yoluna gidecek ya da ilamsız icra takibinde bulunacaktır⁵⁹⁹. İlamsız takip halinde işçi, takibe konu edeceği miktarı kendisi belirleyerek alacağı işleme koymak zorundadır⁶⁰⁰. Zira işçinin elindeki tespit kararında, alacak likit olarak belirlenmemiştir. Bu şekilde açılan bir takibe işverenin itiraz etmesi de kaçınılmazdır. Dolayısıyla işçi, takibi devam ettirebilmek için itirazın iptali davası⁶⁰¹ (İİK. m.67) açmak zorunda da kalabilecektir.

Görüldüğü gibi, tazminat alacağına ilişkin hükmün tespit niteliği taşıması, işçi açısından bu alacağa ulaşma sürecini önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Bu durumun temel nedeni ise, m.21/f.1’de, “mahkeme kararının kesinleşmesi sonrası” işverene tanınan seçim imkânıdır. Zira iş mahkemesi, bu imkânı göz önünde bulundurduğu için

değerlendirilmesi yargılamayı gerektirmekte olup, ilamlı takip yapılamaz..” 12. HD. 24.05.2004 E.8995 K.13066, ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.137,dpn.5.

⁵⁹⁴ ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.148-149; GÜZEL, İş Güvencesi, s.106-107.

⁵⁹⁵ Boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağını da tespit hükmü olarak nitelendiren Yargıtay görüşünün isabet taşımadığı yönündeki haklı eleştiri için bkz. ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.165.

⁵⁹⁶ ÇANKAYA/ GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.317.

⁵⁹⁷ GÜZEL, İş Güvencesi, s.107.

⁵⁹⁸ ÇANKAYA/ GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.317.

⁵⁹⁹ ÖZEKES, İşe İade Davaları, s.164.

⁶⁰⁰ DURAN, s.810.

⁶⁰¹ İtirazın kaldırılması yollarından biri olan itirazın kaldırılması davasına işçinin başvuramayacağı hakkında bkz. ÖZEKES, İşe İade Davaları, s. 165.

tespit kararı vermektedir. Bu yönüyle m.21, doktrinde de haklı olarak eleştirilmiş ve hükmün yargılama hukuku kurallarına uygun olmadığı belirtilmiştir⁶⁰².

3. Sendikal Tazminat

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenle fesihlerinde (SK. m.31/f.6) ya da iş güvencesi kapsamında olan - olmayan işçilere işin devamı sırasında yapılan sendikal ayrımcılıklarda (SK. m.31/f.6) yaptırım, sendikal tazminattır.

Bu tazminatın miktarı, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmayacak biçimde belirlenecektir (SK. m.31/f.6 ve f.7). Tazminatın bir yıllık asgari sınır üzerinden belirlenmesinde göz önüne alınacak kriterler, daha önce nitelikli iş güvencesi tazminatı konusu çerçevesinde ayrıntılı biçimde değinmiş olduğumuz kriterlerdir⁶⁰³. Yani, işçinin yaşı, kıdemi, ücreti, sendikal ayrımcılık teşkil eden uygulamanın tekrarı, vb. unsurlar tazminat miktarının belirlenmesinde göz önüne alınabilecektir. Söz konusu unsurlar, somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilecektir⁶⁰⁴. Sendikal tazminat miktarının TİS'ler ile arttırılabilmesi mümkün olduğu için⁶⁰⁵, bu nitelikteki TİS hükümleri de, miktarın belirlenmesinde mahkemece göz önüne alınacaktır⁶⁰⁶.

Bunlar dışında ayrıca; işçinin hak edebilecek olduğu kötü niyet tazminatının miktarı da hakim tarafından göz önüne alınmalı ve sendikal tazminat miktarı, kötü niyet tazminatı miktarından daha az belirlenmemelidir⁶⁰⁷.

Yasada özel bir düzenleme mevcut olmadığı için, tazminatın hesaplanmasında esas alınacak ücret, çıplak-asıl ücrettir⁶⁰⁸. Yargıtay da sendikal tazminat hesabında giydirilmiş ücretin dikkate alınamayacağını kabul etmektedir⁶⁰⁹. Kanımızca, sendikal

⁶⁰² Bu konudaki eleştiriler için bkz. ÖZEKES, İşe İade Davaları, s. 153-154; GÜZEL, İş Güvencesi, s.107.

⁶⁰³ Bkz. § 6, IV, a.

⁶⁰⁴ KUTAL, Sendikacılık Faaliyetleri, s.54

⁶⁰⁵ Bkz. § 5, IV, 2, b.

⁶⁰⁶ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.181; SÜZEK, Kötüye Kullanma, s.179.

⁶⁰⁷ ÇELİK, Tazminatlar, s.489.

⁶⁰⁸ OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.181; İNCE, s.128; ÇELİK, Kolektif İş H, s.129; EYRENCİ, Sendikalar, s.140; TUĞ, s.195; AKI, s.306. Bkz. dpn. 562.

⁶⁰⁹ Yargıtay'a göre; “..sendikal tazminatın çıplak ücret üzerinden hesaplanması gerekir. Yasada giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması gereken tazminatlar ayrıık biçimde ve sınırlı olarak

fesih iddiası ile açılan davaların yoğunluğu da dikkate alındığında, sözkonusu ücretin giydirilmiş ücret olarak düzenlenmesi, tazminatın caydırıcılığını arttırır nitelikte bir önlem olarak görülebilir.

Burada önemli nokta, hangi andaki ücretin hesaba esas alınacağıdır. Doktrindeki bir görüş uyarınca; işçinin ayrımcılığa tabi tutulması ya da işten çıkarılması şeklindeki olay tarihinden itibaren geriye doğru bir yıl içinde ödenen ücret miktarı değil, ileriye dönük olarak işçinin çalışmış olması durumunda alacağı ücret miktarına göre tazminat hesaplanmalıdır⁶¹⁰.

Kanımızca sendikal tazminat miktarında esas alınacak ücretin belirlenmesinde, fesih ve fesih dışı ayrımcılık halleri ayrı değerlendirilmelidir. Bu anlamda eğer sendikal fesih sözkonusu ise tazminat hesabı, işçinin fesih (yani tazminatın muacceliyeti) tarihinde almakta olduğu son ücreti çerçevesinde hesaplanmalıdır. Zira bir yıllık ücretin ileriye dönük biçimde belirlenmesi, iş sözleşmesinin sanki sona ermeyerek bir yıl daha devam etmiş olduğu gibi bir varsayıma dayanır ki, böyle bir kabulü haklı kılabilen yasal bir dayanak bulunmamaktadır.

Sendikal tazminat talebi fesih dışındaki bir ayrımcılığa dayanıyorsa bu takdirde davanın açılmış olduğu zamana göre bir ayrıma gidilmelidir. İş sözleşmesinin devamı sürecinde açılan davalar bakımından, hüküm verilmesi anında işçinin almakta olduğu son ücret tazminata esas tutulmalıdır. Zira bu noktada işçinin dava süresi boyunca almaya devam etmekte olduğu bir ücret sözkonusudur. Bu son ücretin göz ardı edilerek ayrımcılığın gerçekleştiği tarihteki (ya da ayrımcılığın gerçekleştiği tarihten itibaren ileriye dönük bir yıl içindeki) ücretin esas alınması, iş hukukunun işçiyi koruma amacıyla bağdaşmaz. Ancak dava iş ilişkisinin devamında açılmayıp fesih tarihi sonrası açılmışsa o zaman işçinin fesih tarihi itibarıyla almakta olduğu son ücretin göz önünde bulundurulması işçi lehine yorum ilkesinin bir gereğidir. Zira ayrımcılığa maruz kalmış bir işçi fesih korkusuyla, iş ilişkisinin devamında dava açamamış olabilir. Bu durumdaki bir işçiye verilecek tazminat bakımından, ayrımcılığın gerçekleştiği tarihteki (ya da ileriye dönük bir yıl içindeki) ücretin baz alınması işçiyi mağdur edecektir.

düzenlenmiştir. Bu ayrık durumda bulunmayan sendikal tazminatın, giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması hatalıdır. 9.HD. 15.9.1997 E.14061 K. 15247, DÖNMEZ, s.177.

⁶¹⁰ KUTAL, Sendikacılık Faaliyetleri, s.54; OKUR, Sendika Özgürlüğü, s.181; SÜMER, s.122.

Belirlenen sendikal tazminat üzerinden gelir vergisi kesintisi yapılabilecektir. Nitekim Yargıtay HGK. da vermiş olduğu kararda; kıdem tazminatından gelir vergisi düşülmediği, bu anlamda işçi lehine yorum yapılarak sendikal tazminattan da düşülmemesi gerektiği yönündeki direnme kararını bozmuştur⁶¹¹.

Sendikal tazminat davaları sonunda verilen karar eda hükmü niteliği taşımakta ve bu davalarda tazminat, likit olarak belirlenmektedir⁶¹². Bu anlamda iş güvencesi tazminatının icrası bakımından yaşanabilecek sorunlar, sendikal tazminatın icrasında sözkonusu olmayacaktır. İşçi, tahsil hükmü içeren mahkeme kararı ile ilamlı icra yoluna başvurabilecektir.

4. Diğer Tazminatlarla İlişkiler

SK.m.31/son uyarınca; işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu tüm haklar saklıdır. İşte sözkonusu bu hükmün varlığı, sendikal ayrımcılığın aynı zamanda kötü niyetli ve eşit davranma borcuna aykırı bir uygulama teşkil etmesi, işçilerin işten çıkarılmalarında isteyebilecekleri tazminatlar arasında bağlantı kuran yasal düzenlemelerin yetersizliği gibi önemli nedenler; sendikal ayrımcılık karşısında talep edilebilecek tazminatların açıklığa kavuşturulmasını gerekli kılmıştır.

Belirtmek gerekir ki; işçinin sendikal tazminat ya da nitelikli iş güvencesi tazminatı dışında ayrıca şartları oluştuğu ölçüde ihbar ve kıdem tazminatlarını da talep edebilmesi, m.31/son çerçevesinde mümkündür⁶¹³.

⁶¹¹ HGK'na göre; “..Kanunun lafzı ve ruhu birlikte yorumlandığında, sosyal amaçlı düşüncelerle yapılan ödemelerin gelir vergisinden istisna tutulduğu açıktır. GVK'nın 25. maddesinde belirtilen..bu ödemeler kapsam ve nitelik itibariyle sınırlı olarak sayılmıştır..Görüldüğü üzere yasa koyucu, sendikal tazminatın gelir vergisinden istisna tutulmasına dair bir düzenleme getirmemiştir. Aksine genişletici yoruma giderek, sendikal tazminatın yasaca öngörülmeven gelir vergisinden istisna edilmesi, ne verginin yasallığı ilkesi ile ne de yasa koyucunun amacıla bağdaşmayacaktır..” HGK. 12.5.2004 E.9-255 K.290, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁶¹² Yargıtay'a göre; “..bu olumsuz tutumdan dolayı davacı işçinin sendikal tazminata hak kazandığı kabul edilmelidir. Böyle olunca, *hesaplama yapıp, belirlenen miktar* hüküm altına alınmalıdır..” 9.HD. 9.2.1999 E.1998 K.1750, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁶¹³ SÜZEK, İş H.s.427; ÇELİK, Tazminatlar, s.490; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.443; ÇİL, Etkiler, s.38; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 61.

a) Sendikal Tazminat – Kötü Niyet Tazminatı

Sendikal nedenlerle yapılan fesihler, kötü niyetli feshin en önemli örneğini teşkil eder⁶¹⁴. Dolayısıyla, sendikal feshe maruz kalan işçinin sendikal tazminat ile beraber kötü niyet tazminatı da isteyip isteyemeyeceği ya da bunlardan birini seçme şansının bulunup bulunmadığı, bu noktada cevaplandırılması gereken önemli sorulardır. “Kötü niyet tazminatına ayrıca hükmedilemeyeceği” yönündeki eski SK. düzenlemesine yasa değişikliği sonrası yer verilmemiş olması da, sözkonusu cevapların önemini arttırmıştır.

4857 sayılı İK. m.17/f.6 uyarınca; bu Kanunun 18.-21. maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Hükümden de anlaşılacağı gibi, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler, fesih hakkının kötü niyetli kullanımı halinde kötü niyet tazminatı talep edebileceklerdir. Peki, bu işçilerin sendikal fesih hallerinde sendikal tazminata ek olarak kötü niyet tazminatı talebinde bulunabilmeleri mümkün müdür? Doktrinde; aynı nitelikteki davranışın iki kez yaptırıma bağlanamayacağı, aksi bir sonuca ise ancak ve ancak açık yasal bir düzenleme çerçevesinde varılabileceği gerekçeleriyle, bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir⁶¹⁵.

Belirtilen bu hususta görüş ayrılığı bulunmamasına karşın; işçinin sözkonusu tazminatlardan dilediğini talep edip edemeyeceği tartışmalıdır⁶¹⁶. Bir görüş uyarınca işçinin dilerse sendikal tazminat, dilerse de kötü niyet tazminatı talebinde bulunması mümkündür. Zira yapılan yasa değişikliği sonucu getirilen düzenleme, işçinin bu

⁶¹⁴ SÜZEK, Kötüye Kullanma, s.132.

⁶¹⁵ ÇELİK, Tazminatlar, s.487; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.557; BAKIRCI, s.119; SÜZEK, İş H, s.427; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 51; DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.80-81; DÖNMEZ, s.170 Yazara göre; SK.m.31/f.7’de tazminat miktarı bakımından m.31/f6’ya yapılan atıf, tıpkı iş güvencesi tazminatında olduğu gibi sendikal tazminatla da kötü niyet tazminatı istenemeyeceğini “dolaylı olarak” ortaya koymaktadır

⁶¹⁶ Belirtmek gerekir ki Yargıtay, 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesi, böyle bir imkânın varlığını kabul etmekteydi. 25.3 2004 E.2003/16328 K.5827,ÇİL, Karar İncelemesi, s.671.

yöndeki seçim şansını kısıtlar nitelikte değildir. Kaldı ki, ihbar önellerinin arttırılmış olduğu durumlar bakımından, işçi lehine yorun ilkesi de böyle bir kabulü haklı kılar⁶¹⁷.

Salt kötü niyet tazminatının sendikal tazminattan fazla olabilme ihtimaline dayanması dolayısıyla bu görüş eleştirilmiş⁶¹⁸ ve işçinin seçim imkânının bulunmadığı kabul edilmiştir⁶¹⁹. Buna göre; kötü niyet tazminatının sendikal tazminattan fazla olabileceği durumlarda hakim, kötü niyet tazminatını aşar tutarda sendikal tazminata hükmedebilecektir. Zira sendikal tazminat miktarı yasada asgari olarak belirlenmiştir⁶²⁰.

Kanımızca; bir tazminat dışında ayrıca başka bir tazminatın da talep edilip edilemeyeceğine ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda kriter şu olmalıdır: Eğer tazminatlar, işverenin aynı davranışına ve aynı amaca yönelikse bu durumda beraber talep edilemeyecekleri sonucuna varılmalıdır⁶²¹. Zira aksi bir kabulde, aynı durum iki kez yaptırıma bağlanmış olur ki bu, adaletli bir çözüm olmaz. Bu anlamda, kötü niyet tazminatı ile sendikal tazminatın aynı amaca yönelik olduğu tereddütsüz söylenebilir. Dolayısıyla, beraber talep edilebilmeleri mümkün değildir.

İşçinin şartları var olan tazminatlardan birini seçip seçemeyeceği hususunda ise, bu tazminatlara ilişkin yasal düzenlemelere bakılmalı ve daha özel nitelik taşıyan hükmün uygulanacağı kabul edilmelidir. Usul hukuku kuralları da bu kabulü haklı kılar. Zira hakim, olaya uygulanacak yasa hükmünü belirlerken, hukuki nitelendirmeyi re'sen yapacaktır. O halde işçi, sendikal fesih iddialarında bulunarak kötü niyet tazminatı talep etmişse hakim re'sen SK. m.31'i uygulayarak sendikal tazminata hükmedecektir⁶²².

Bu noktada iki durum sözkonusu olabilir: Eğer işçinin talep etmiş olduğu kötü niyet tazminatı miktar olarak sendikal tazminattan az ise o zaman hakim, taleple bağlılık gereği bu miktardan fazlasına hükmedemeyecektir. Ancak ihbar önellerinin arttırılmış olmasından ötürü, işçinin talep etmiş olduğu kötü niyet tazminatı sendikal tazminat miktarını aşıyorsa, hakim bu durumu sendikal tazminat miktarının belirlenmesinde bir

⁶¹⁷ ŞAHLANAN, Sendikal Tazminat, s.53; ÇİL, Karar İncelemesi, s.672; SARIBAY, s.282.

⁶¹⁸ Eleştiriler için bkz. ÇELİK, Tazminatlar, s.488.

⁶¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.557; ÇELİK, Tazminatlar, s.488.

⁶²⁰ ÇELİK, Tazminatlar, s.489.

⁶²¹ ÇELİK, Tazminatlar, s.490.

⁶²² GÜNAY, s.769-770.

kriter olarak kullanabilecektir. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay ihbar önellerinin TİS'ler ile arttırılabileceğini kabul etmekte ancak kötü niyet tazminatının hesabında arttırılmış olan sözkonusu sürelerin değil, yasada belirtilenlerin uygulanacağını kabul etmektedir⁶²³. Bu anlamda Yargıtay uygulaması da görüşümüze gerekçe teşkil edebilir. Zira işçinin kötü niyet tazminatını seçebileceği kabulünde, mahkeme arttırılan önelleri göz önüne almayacak yani işçi hem ispat yükü hem de tazminat miktarı bakımından dezavantajlı konuma gelecektir. Bu durum, işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkeleriyle bağdaşmaz.

b) Sendikal Tazminat - Ayrımcılık Tazminatı

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, işverenin sendikal ayrımcı tutumu, aynı zamanda eşit davranma borcuna da aykırılık teşkil edebilecektir⁶²⁴. Eşit davranma borcunu düzenleyen İK.m.5/f.6'da, "SK' nun 31.maddesi hükümleri saklıdır" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş olması, ayrıca SK.m.31/son'da da işçinin talep haklarının saklı tutulması, sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceğine yönelik görüş ayrılıkları yaratmıştır.

Öğretideki bir görüş uyarınca; İK.m.5'te belirtilen tazminat dışında, SK.m.31'de düzenlenmiş tazminat da ayrıca talep edilebilir. Zira m.5/f.6, işçiye böyle bir hakkı açıkça tanımaktadır. Buna göre, sendikal nedenlerle gerçekleştirilen ayrımcılık hallerinde işçi hem sendikal tazminat hem de ayrımcılık tazminatı talep edebilecektir⁶²⁵.

Diğer bir görüş ise; 31.madde hükümlerini saklı tutan düzenlemenin, tazminatlar arası bir tercih imkânı tanıdığını kabul etmektedir. Buna göre sözkonusu düzenleme, her iki tazminatın beraber talep edilebileceğine ilişkin bir açıklık içermemektedir. Bu anlamda sendikal tazminat dışında ayrıca ayrımcılık tazminatı talep edilemez⁶²⁶.

Bir görüş de, m.5/f.6'yı farklı yorumlayarak sonuca varmaktadır. Buna göre; 31.madde hükümlerinin saklı tutulmuş olması, sendikal ayrımcılık hallerinde, saklı

⁶²³ 9.HD. 25.12.2003 E.21909 K.22733, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁶²⁴ Bkz. § 1, II.

⁶²⁵ SÜZEK, İş H, s.368; KESER, Eşitlik, s.70; KAYA, Eşitlik İlkesi, s.170.

⁶²⁶ ÇİL, Etkiler, s.37-38.

tutulmuş olan sözkonusu hükümlerin uygulanacağı anlamına gelmektedir. Sendikal nedenlere dayanan eşit davranma borcuna aykırılık halleri SK.'da özel olarak düzenlenmiş olduğuna göre, işçinin aynı eylem nedeniyle sendikal tazminattan vazgeçip ayrımcılık tazminatı talep etmesi mümkün değildir⁶²⁷.

Kanımızca m.5/f.6'nın son cümlesi şu şekilde anlaşılmalıdır : “eşit davranma borcuna aykırı davranış sendikal nedene dayanıyorsa SK.m.31 hükümleri uygulanır”. Zira aksi bir yorum, sendikal tazminat ve sendikal nedene dayanan ayrımcılık tazminatının bir arada istenebileceği, bu anlamda da aynı davranışın iki kez yaptırıma bağlanması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir sonuç ise, ancak yasada açıkça öngörüldüğü takdirde kabul edilebilir. Oysa m.5/f.6'daki düzenleme, bu yönden yeterince açık değildir.

c) İş Güvencesi Tazminatı – Kötü Niyet Tazminatı

İK.m.17/f.6'da düzenlenmiş olan kötü niyet tazminatı, yine bu madde uyarınca, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından uygulama alanı bulur. Hükümden açıkça anlaşılabileceği gibi, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler arasında, kötü niyet tazminatı bakımından farklılık yaratılmıştır. Yasa koyucu, işçinin mutlaka ve sadece işe iadeyi seçeceği düşüncesiyle böyle bir ayrıma gitmiştir⁶²⁸. Başka bir deyişle, iş güvencesi ile getirilen avantajlarla kötü niyet tazminatı arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır⁶²⁹.

Yasanın açık düzenlemesi karşısında iş güvencesi kapsamındaki bir işçi, kötü niyet tazminatı talebiyle dava açamayacak ve yine aynı gerekçeyle, iş güvencesi tazminatından vazgeçerek kötü niyet tazminatını seçemeyecektir⁶³⁰. Buna göre iş

⁶²⁷ ÇELİK, Tazminatlar, s.490; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.443; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 61

⁶²⁸ SOYER, s.66 Yazar, işçinin iradesi göz ardı edilerek yaratılan bu ayrımın isabet taşımadığını haklı olarak kabul etmektedir.

⁶²⁹ BİLGİLİ, s.275.

⁶³⁰ ÇELİK, Tazminatlar, s.490; aynı yazar, Tazminat İlişkisi, s.4; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 47; SOYER, s.66; ŞAHLANAN, Sendikal Tazminat, s.51. karş. ENGİN, İşe İade, s.60-61 Yazara göre, kötü niyet tazminatının talep edilebilmesinin ön şartı, feshin hüküm ve sonuç doğurmuş olmasıdır. İşe iade davası için öngörülmüş olan 1 aylık hak düşürücü sürenin sonunda fesih geçerlilik kazanacağından işçi, bu süre sonunda kötü niyet tazminatının talep edilebilir.

güvencesi kapsamındaki bir işçinin⁶³¹ kötü niyet tazminatına ilişkin talebi reddedilmelidir⁶³². Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir⁶³³.

d) İş Güvencesi Tazminatı - Ayrımcılık Tazminatı

İşverenin ayrımcı tutumunun kaynağı her zaman sendikal nedenler olmayabilir. Bu anlamda yasa koyucu m.5/f.6 ile işverene eşit davranma borcu yüklemiş ve buna aykırılığı da yaptırıma bağlamıştır. Konuya netlik kazandırılması bakımından bu noktada bir ayrıma gidilmesi isabetli olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; sendikal iddiaların bulunmadığı bir fesih işleminde, feshin geçersizliğine karar verilmiş ve işçi iş güvencesi tazminatı almış olsa bile sözkonusu fesihte işçi, m.5'te belirtilen şekilde bir ayrımcılığa da maruz kalmışsa, ayrıca ayrımcılık tazminatı talep edebilmelidir. Örneğin; işçinin cinsiyeti nedeniyle işten çıkarılmış olması halinde aldığı iş güvencesi tazminatı, geçersiz feshin yaptırımıdır. Öyle ki; bu tazminatı “cinsiyete dayalı ayırım nedeniyle arttıran” yasal bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu anlamda anılan tazminat feshin geçersizliğine yönelik iken ayrımcılık tazminatının amacı, ayrımcı işveren tutumunu yaptırıma bağlamaktır. O halde, ayrı amaçlara yönelmiş olan bu tazminatların ayrı ayrı talebi de mümkün olmalıdır⁶³⁴.

Ancak konumuz bakımından önem taşıyan nokta, nitelikli iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişkidir. Acaba işçi, miktarı sendikal nedenler çerçevesinde belirlenecek olan iş güvencesi tazminatı dışında ayrıca ayrımcılık tazminatı da talep edebilecek midir? Ya da bu işçinin doğrudan doğruya m.5'e başvurabilmesi mümkün müdür?

⁶³¹ TİS'ler ile güvence kapsamına alınmış olan işçilerin de bu noktadan sonra kötü niyet tazminatı talep edemeyeceği yönündeki görüş için bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.50.

⁶³² BİLGİLİ, s.275.

⁶³³ Yargıtay'a göre; “..iş güvencesi kapsamında kalan işçinin seçimlik olarak gerekirse feshin geçersizliği ya da bunun yerine kötü niyet tazminatı isteyebileceği sonucuna varılamaz. iş güvencesi kapsamında kalan ve feshin geçersizliğini istemeyen işçi, kötü niyet tazminatı isteminde bulunamaz..” 9HD.12.9.2005 E.24784 K.29252, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 47, dpn.36 benzer yönde; 9HD.25.9.2006 E.22213 K.24598, ÇELİK, Karar İncelemesi, s.2; 9HD.15.12.1005 E.13238 K.39543, 9HD.7.12.2005 E.11134 K.38821, kararlar için bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.825-826.

⁶³⁴ SARIBAY, s.283 karş. TUNCAY, Makale, s.37. Yazara göre; feshin hem eşit davranma ilkesi hem de iş güvencesi hükümlerine aykırılık teşkil ettiği durumlarda sadece İK.m.18 vd. hükümleri uygulanabilecek yani ayrımcılık tazminatı talep edilemeyecektir. bkz. TUNCAY, Makale, s.37.

İlk husus bakımından doktrindeki bir görüş uyarınca işçi, geçersiz feshe ilişkin haklar ve tazminatlar yanında ayrıca ayrımcılık tazminatı da talep edebilecektir. Zira m.5/f.6’da 31.madde hükümleri saklı tutulmuştur⁶³⁵.

Farklı bir gerekçeyle aynı sonuca varan diğer bir görüş ise; iş güvencesi tazminatının geçersiz feshi yaptırıma bağladığını bu anlamda da ayrımcılık tazminatından farklı bir amaç taşıdığını kabul etmektedir. Buna göre; “miktarı bir yıllık sınırdan belirlenmiş olsa dahi” iş güvencesi tazminatı özde bir sendikal tazminat değildir⁶³⁶.

İkinci sorun bakımından; iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sendikal ayrımcılık nedeniyle doğrudan m.5’e dayalı tazminat talebinde bulunabilecekleri sonucuna varan bir görüş mevcuttur. Buna göre; sendikal tazminat ve kötü niyet tazminatının doğrudan talebi yasanın lafzı gereği mümkün olmasa da, ayrımcılık tazminatı bakımından bu şekilde yasal bir engel bulunmamaktadır⁶³⁷.

Her iki soruna yönelik cevap içeren bir diğer görüş ise, 31.maddenin saklı tutulmuş olmasına dayanarak, sadece bu madde hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir⁶³⁸. Buna göre; iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilmişse, bu işçinin 5.maddeye göre ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi mümkün değildir. Ancak sendikal fesih aynı zamanda eşit davranma borcuna da aykırılık teşkil etmekteyse bu durum, tazminat miktarının arttırılmasına yönelik bir kriter teşkil edebilecektir⁶³⁹.

31.madde hükümlerinin saklı tutulmuş olmasının taşıdığı anlama yönelik görüşümüz çerçevesinde biz de, sendikal fesih hallerinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağını bu anlamda ayrımcılık tazminatı talebinin mümkün olmayacağını kabul ediyoruz. Belirtmek gerekir ki, m.5’te m.31 ile bağlantı kuran böyle bir düzenleme yer

⁶³⁵ SÜZEK, İş H.s.368; KAYA, Eşitlik İlkesi, s.170.;DOĞAN YENİSEY,Ayrımcılık Yasağı, s.80,Yazara göre; iş güvencesi tazminatı ve ayrımcılık tazminatının bir arada talep edilebileceği kabul edilirse, sendikal ayrımcılığın yaptırımsız kalabilme rizikosu önlenmiş olur.

⁶³⁶ SARIBAY, s.283; ÇİL, Etkiler, s.38. Yazar bu yöndeki bir kabulün, SK.m31’in uygulanmasında ortaya çıkan sakıncaları gidereceğini belirtmektedir. bkz. ÇİL, Etkiler, s.38.

⁶³⁷ BAKIRCI, s.117.

⁶³⁸ ÇELİK, Tazminatlar, s.493; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.443; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 62 TUNCAY, Makale, s.36.

⁶³⁹ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 62.

almasaydı dahi, ayrımcılık tazminatı ve nitelikli iş güvencesi tazminatı aynı amaca yönelik oldukları için, ayrı ayrı talep edilemezdi. Zira m.31 ile tazminatın arttırılmış olmasındaki amaç, feshin “sendikal ayrımcılık nedeniyle geçersiz olmasını” yaptırıma bağlamaktır. Bu anlamda, nitelikli iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının farklı amaçlara yöneldiğine ilişkin görüşe katılmıyoruz.

e) İş Güvencesi Tazminatı - Sendikal Tazminat

aa) Mevcut Yasal Durum

SK.m.31/f.6’da, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenli feshi düzenlenmektedir. Buna göre, kapsamda yer alan işçilerin yaptırıma ulaşma yolu, işe iade davası açarak feshin geçersizliğini talep etmektir. Zira nitelikli iş güvencesi tazminatı, “feshin geçersizliğine bağlanmış bir sonuçtur”.

Aynı maddenin 7.fikrasında düzenlenmiş olan sendikal tazminat ise, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için öngörölmüş bir yaptırımdır. Bu tazminatı kimlerin talep edebileceği sözkonusu fıkra da açıkça sayılmış ve “iş güvencesi kapsamındaki işçilere” bu sayımda yer verilmemiştir. Yani, iş güvencesi kapsamındaki bir işçi işe iade davası açmadığı takdirde yaptırıma ulaşamayacaktır. Zira dava açılmadığı takdirde fesih geçerli hale gelecek, bu anlamda “feshin geçersizliğine bağlı sonuçların talebi” mümkün olamayacaktır. O halde mevcut düzenleme karşısında, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin işe iade davası ile birlikte ya da bundan vazgeçerek tek başına sendikal tazminat davası açamayacağı sonucuna varılacaktır⁶⁴⁰.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, istikrarlı biçimde aynı sonuca varmakta ve iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin doğrudan sendikal tazminat talebiyle dava açamayacağını belirtmektedir⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ ÇELİK, Tazminatlar, s.491; aynı yazar, İş H, s.397; ÇİL, Etkiler, s.34; aynı yazar, Karar İncelemesi, 672-673; BİLGİLİ, s.267; AKI, s.306; BAKIRCI, s.120; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 47; SOYER, s.66; NARMANLIOĞLU, s.249.

⁶⁴¹ Yargıtay’ göre; “..Zira iş güvencesi kapsamında kalan bir işçi, feshin geçerli bir nedenle yapılmadığını ileri sürmez ise fesih, anılan düzenlemeler gereğince geçerli bir hal alacaktır. Başka bir anlatımla iş güvencesi kapsamında kalıp, sendikal nedenle feshin yapıldığını ve feshin geçersizliğine karar verilmesini istemeyen işçi, sendikal tazminat isteğinde bulunamaz.” 9.HD.2.3.2005 E.2004/16558 K.6620 karar için bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.834, benzer yönde; 9.HD 31.1.2005 E.391 K.2724, 9.HD

Mevcut yasal düzenleme karşısında varılması kaçınılmaz olan bu sonuç, bireysel sendika özgürlüğünün korunmasındaki yetersiz yönü dolayısıyla doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁶⁴². Buna göre, işçinin “dava açma süresini kaçırmaması” veya “geçersizlik kararına rağmen işine dönmek istememesi” ya da “işverenin işçiye işe başlatması” hallerinde sendikal fesih yaptırımsız kalmaktadır⁶⁴³. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler hiç olmazsa tazminat imkânına sahipken, daha güçlü biçimde korunmaya çalışılan iş güvencesi kapsamındaki işçilerden işine geri dönmek istemeyenlerin, hem işlerinden hem de sendikal tazminat haklarından yoksun bırakılmaları, A.Y.’daki eşitlik ilkesine aykırıdır⁶⁴⁴. Ayrıca fesihten daha hafif konumda olan fesih dışı sendikal ayrımcılık hallerinde dahi doğrudan tazminat hakkı bulunan bir işçinin, fesihten karşılaşılarak daha büyük mağduriyet yaşadığı hallerde yaptırımsız kalabilmesi de, 31.maddenin kendi içindeki tutarsızlığı olarak yorumlanmıştır⁶⁴⁵.

bb. Öğretide Konuya İlişkin Görüş ve Çözüm Önerileri

Mevcut yasal düzenlemelerin yarattığı ve haklı olarak eleştirilen bu sonuçların sakıncalarının giderilebilmesi açısından, doktrinde birtakım görüşler ortaya konulmuştur.

Bir görüş uyarınca; bir aylık hak düşürücü süre kaçırılmış veya açılan dava herhangi bir nedenle reddedilmişse, bu takdirde iş güvencesi kapsamındaki işçi sendikal tazminat talep edebilecektir⁶⁴⁶. Mevcut yasal düzenlemenin açıklığı karşısında bu görüşün kabul edilemeyeceği isabetli olarak belirtilmiştir⁶⁴⁷.

Bir diğer görüş ise önceleri, iş güvencesi kapsamındaki işçinin doğrudan sendikal tazminat talebinde bulunamayacağını; ancak haksız fiil sorumluluğu

27.12.2004 E.20181 K.29411, 9.HD 15.3.2004 E.2171 K.6493, HGK.19.4.2006 E.9-169 K.221 kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁶⁴² DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.80; BAKIRCI, s.120-121; ÇİL, Etkiler, s.35; GÜZEL, İş Güvencesi, s.106; DEMİR, Sendikal Örgütlenme, s.553.

⁶⁴³ ÇELİK, Tazminatlar, s.492; aynı yazar, İş H.s.397.

⁶⁴⁴ BAKIRCI, s.121.

⁶⁴⁵ ÇİL, Etkiler, s.35; ÇELİK, Tazminatlar, s.494.

⁶⁴⁶ SUBAŞI, İbrahim: İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı ile Sendikal Tazminat İlişkisi (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, 2005/1, s.200.

⁶⁴⁷ ÇELİK, Tazminatlar, s.492.

çerçevesinde dava açabileceğini belirtmiştir⁶⁴⁸. Bu kabul, SK. ve İK.'daki özel düzenlemeler karşısında, genel hükümlerde çözüm aranmaması gerektiği belirtilerek, isabetli biçimde eleştirilmiştir⁶⁴⁹. Söz konusu görüşte olan yazar, daha sonraki tarihli bir karar incelemesinde, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin doğrudan sendikal tazminat talebinde bulunabileceğini belirtmiş; Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesini de görüşüne gerekçe olarak göstermiştir⁶⁵⁰.

İş güvencesi hükümlerinin nispi butlan hali biçiminde düzenlendiğini belirten diğer bir görüş uyarınca; iptal yetkisini ileri sürmek zorunluluk değil, kişiye tanınmış bir haktır. O halde işçinin işe iade imkânından yararlanmayarak kötü niyet tazminatı talebinde bulunabilmesi mümkündür. İK.'nın 17.maddesinde iş güvencesi kapsamındaki işçiler için açıkça kötü niyet tazminatı yasaklanmamış; yasa koyucu sadece, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilerin haklarını sistematize etmeye çalışmıştır⁶⁵¹.

Bir başka görüş ise; iş güvencesi kapsamındaki işçilerin ayrımcılık tazminatı talep edebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, SK.'nın uygulanmasında ortaya çıkan sakıncaların giderilmesi gerekliliği, böyle bir kabulü haklı kılar⁶⁵².

Tüm bu değerlendirmeler dışında, öğretide mevcut hükümlerin yetersizliği ileri sürülerek en kısa zamanda yasal bir değişikliğe gidilmesi gerektiği de belirtilmektedir⁶⁵³. Buna göre; işe iade her ne kadar güçlü bir feshe karşı koruma yolu

⁶⁴⁸ ÖZVERİ, s.1530.Yazara göre; bir ay içinde işe iade davası açılmamış olması, sendikal özgürlüğe saldırı şeklinde gerçekleştirilen fiili ortadan kaldırmayacağından, işe iade talep etmeyen işçinin haksız fiil sorumluluğuna dayanarak sendikal tazminat talep etmesi mümkündür. bkz. ÖZVERİ, s.1530.

⁶⁴⁹ ÇELİK, Tazminatlar, s.493.

⁶⁵⁰ ÖZVERİ, Karar İncelemesi, s.117, Yazara göre; söz konusu Şartın 24. maddesinde tüm çalışanların, iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Türkiye'nin çekince koymamış olduğu bu madde, AY.'nın 90.maddesi doğrultusunda doğrudan uygulanabilir norm niteliği taşımaktadır. Bu anlamda iş güvencesi kapsamında yer alıp sendikal fesihlerde korumasız kalan işçi, doğrudan sendikal tazminat talep edebilmelidir. bkz. ÖZVERİ, Karar İncelemesi, s.117.

⁶⁵¹ ENGİN, İşe İade, s.62-64. Yazar, kötü niyet tazminatına ilişkin bu açıklamaların, kötü niyet tazminatının vasıflı bir şekli olan sendikal tazminat için de geçerli olduğunu belirtmiştir. bkz. ENGİN, İşe İade, s.67.

⁶⁵² DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.80; ÇİL, Etkiler, s.38. bkz. dpn.313 ve 314.

⁶⁵³ ÇELİK, Tazminatlar, s.494; GÜZEL, İş Güvencesi, s.106; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 49; BAKIRCI, s.121; DEMİR, Sendikal Örgütlenme, s.553, Yazara göre işçiye işe başlamayarak tazminat

olsa da, yasal düzenlemelerde, işçinin işine dönmeyi istememesi ya da bu durumun fiilen mümkün olmaması ihtimali göz ardı edilmiştir. Oysa işine dönmek istemeyen işçi de bu yöndeki tercihini mahkemede ortaya koyabilmeli ve salt sözleşmesi geçersiz nedene dayandığı için iş güvencesi tazminatı alabilmelidir. Zira bu tazminat, geçersiz feshin hukuki yaptırımıdır⁶⁵⁴. Bu şekilde, işine geri dönmek istemeyen işçi de tazminat alabileceğinden, yaptırımsızlık giderilmiş olacaktır. İş güvencesi kurumunun amacı her ne kadar işin devamlılığını sağlamak olsa da, sözkonusu amacın mutlak olarak gerçekleştirilebilmesi zaten mümkün değildir. Zira işverenlerin, tazminat ödeme seçeneğini tercih etmeleri daha baskın bir olasılıktır⁶⁵⁵. Bu anlamda, işçiye tanınacak seçim hakkının iş güvencesinin amacıyla çelişeceği de söylenemez.

cc) Kanaatimiz

SK. m.31/f.6 ve f.7’de yer alan açık düzenlemeler karşısında bize göre de, işçiye işe iade ya da tazminat arasında seçim imkânı tanınmasına yönelik bir yasal değişikliğe gidilmelidir. Böylelikle hem iş güvencesi sistemine hem de bireysel sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin aksaklıklar giderilebilecektir.

Bu yönde bir değişiklik her şeyden önce işçinin kişilik haklarının korunması bakımından gereklidir. Zira yasa koyucu, işverenin kişisel bir ilişki kurduğu işçi ile çalışmaya zorlanamayacağını göz önüne almış ancak işçi açısından aynı düşünceyle hareket etmemiştir. Oysa işverenin sözleşme yapma özgürlüğü ölçüsünde, işçinin de çalışmaya devam etmeme, çalışacağı işvereni kendi iradesi doğrultusunda belirleme hakkı vardır. Bu hakkın göz ardı edilmesi isabet taşımamaktadır.

Belirtilen şekilde yapılacak bir değişiklik, tazminatın icrasına yönelik sorunların giderilebilmesi için de gereklidir. Zira burada işçi, tercihini dava sırasında ortaya koyabilecek ve bu çerçevede mahkemenin şarta bağlı bir karar vermesi sözkonusu olmayacaktır. Böylelikle nitelikli iş güvencesi tazminatına hak kazanmış bir

hakkının tanınması isabetli olacaktır. Ya da en azından, işçi işten çıkarıldığı takdirde ilk defa açılan işe iade davasında tanınmayan sendikal tazminat talebi, ikinci kez , “işe iade davası yerine” tanınabilmelidir.

⁶⁵⁴ GÜZEL, İş Güvencesi, s.106.

⁶⁵⁵ GÜZEL, İş Güvencesi, s.106.

işçinin sendikal tazminata hak kazanmış bir işçi karşısında, tazminatın icrası bakımından yaşayacağı zorluklar da giderilmiş olacaktır.

Yine böyle bir değişiklik sayesinde, sendikal feshe maruz kalmış olan ancak işine geri dönmek istemeyen bir işçinin yaptırımsız kalması da engellenmiş olacaktır. Her ne kadar, işe iade davaları sonunda işverenlerin tazminat seçeneğine yönelmeleri sözkonusu olsa da, nitelikli iş güvencesi tazminatı miktarı karşısında işverenin, salt bu tazminatı ödememek için işçiye işe başlatması da mümkündür. İşte böyle bir ihtimalde sendikal feshe maruz kalan ve işine geri dönmek istemeyen işçi tazminat alamayacaktır. Oysa “aynı feshe maruz kalmış” ancak kıdemi daha az olduğu için iş güvencesi kapsamı dışında kalan bir diğer işçi, tazminata kavuşabilecektir. Sözkonusu işçiler arasında haklı bir nedeni bulunmayan bu ayrım, ancak belirtilen yöndeki yasa değişikliği ile giderilebilecektir.

Öğretide ileri sürülen görüşler çerçevesinde şu hususlara ayrıca değinmenin yararlı olacağını da düşünüyoruz: Yukarıda söz edilen yasal değişiklik gereklilik taşısa da, acaba bu değişiklik sendikal hakların korunmasında yeterli olacak mıdır? Nitekim mevcut yasal düzenlemenin, “işçinin dava açma süresini kaçırmaması” ya da işverenin işçiye “işe başlatması” halinde de sendikal ayrımcılığı yaptırımsız bıraktığı belirtilmiştir⁶⁵⁶.

Öğretide ileri sürüldüğü gibi, işe iade davası için öngörülen “sürenin kaçırılmış olması halinde”, sendikal feshe maruz kalmış işçinin tazminat talep etmesi sözkonusu olamayacaktır. Bu anlamda işçinin, iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçi ile karşılaştırıldığında, yaptırımsız kaldığı düşünülebilir. Ancak kanımızca böyle bir ihtimalde, işçinin yaptırımsız bırakıldığı söylenemeyecektir. Zira işçiye, yaptırıma ulaşma imkânı verilmiş ancak bu, belli bir süre şartına bağlanmıştır. İşçi, sözkonusu süreye uyma külfeti altındadır. Bu külfete uymamış ise, kendine tanınmış olan yaptırım talebi imkânından vazgeçmiş sayılacaktır.

İşçinin “işe başlatılmış olması” durumu için ise benzer bir sonuca varılamaz. Şöyle ki; işverenin daha ucuz işgücü bulmuş olması dolayısıyla işten çıkarmış olduğu

⁶⁵⁶ ÇELİK, Tazminatlar, s.492; aynı yazar, İş H.s.397.

bir işçi de işe iade edilecek ve sendikal hakları ihlal edilmiş olup sonrasında işe iade edilen bir işçiyle aynı konumda olacaktır. Uluslar arası sözleşmelerle ve AY. ile koruma altına alınmış sendika özgürlüğünün ve de yine sözkonusu kaynaklarla düzenlenmiş olan ayrımcılık yasalarının ihlali, herhangi bir geçersiz sebeple eşdeğerde tutulmamalıdır. Bu anlamda sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilmiş bir işçi, bahsedilen yasal değişiklik çerçevesinde işe iadeyi seçer ve işveren de onu işe başlatırsa, işçiye ayrıca bir tazminat ödenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu tazminat, bir yıllık ücret tutarından az olacak şekilde (örneğin 4 aylık ücret tutarında) belirlenmeli yani “işvereni, işe iade yerine nitelikli iş güvencesi tazminatı ödemeye yönlendirecek ağırlıkta olmamalıdır”. Mevcut yasal düzenleme de bu kabulü destekler niteliktedir. Zira yasa koyucu, herhangi bir geçersiz sebep sonucu işe başlatmama ile sendikal ayrımcılık sonucu işe başlatmamayı isabetli olarak farklı kılmıştır. Bu durum, yasa koyucunun iradesinin de, sendikal hak ihlallerini özel bir düzenlemeye tabi tutmak yönünde olduğunu göstermektedir.

V. Yaptırım Açısından Özel Durumlar

1. Sendika Yöneticiliği

a) Genel Olarak

Sendikaların çeşitli organlarında görev alarak çalışan işçilerin bu faaliyetleri sendika yöneticiliği olarak nitelendirilir. Sendika yöneticisi olan işçiler, yöneticiliğin gerektirdiği faaliyetlerin yoğunluğu nedeniyle bazen işyerine bağlı kalamayıp işten ayrılabilir. Ancak bu şekilde gerçekleştirilen yöneticilik görevinin herhangi bir süreyle sınırlı olmayıp her zaman devam edeceğini söylemek mümkün değildir. Zira yönetici, tekrar seçilmeme durumu ile karşılaşabilecek ya da kendi isteği ile sözkonusu görevden çekilebilecektir⁶⁵⁷. İşte bu gibi durumlar bakımından, sendikal faaliyette aktif olan yöneticilerin işveren karşısında özel bir güvenceye tabi kılınması gerekir.

Nitekim yasa koyucu da, sendika yöneticiliğine ilişkin güvenceleri 31. madde dışında ayrı bir hükümle düzenlemiştir (SK. m.29). SK. m.29 ile getirilen güvenceler

⁶⁵⁷ SUBAŞI, s.525.

sendika üyeliğinin ve sigortalılığın devamına ve de görevinden ayrılan yöneticinin eski işine dönme imkânına ilişkindir⁶⁵⁸.

Sözkonusu güvenceler içinde çalışma konumuz bakımından önem taşıyan, yöneticinin eski işine geri dönebilme imkânıdır. SK. m.29'a göre; belirli nedenlerle yöneticilik görevi sona erenler yeniden işe alınmak istedikleri takdirde, işveren onlara diğer isteklilere nazaran öncelik tanımak zorundadır. Bu düzenleme, sendikadaki görevi sona eren yöneticilerin işsiz kalma endişesini engelleyen ve bu anlamda onları yöneticilik faaliyetlerine teşvik eden bir iş güvencesi niteliğindedir⁶⁵⁹. Ayrıca sözkonusu düzenleme, işveren tarafından işe alma aşamasında gerçekleştirilecek sendikal ayrımcılıklara karşı da güvence getirmektedir. Zira işverenin, sendikal faaliyette aktif olan eski yöneticiyi tekrar işe almak istememesi yani sendikal faaliyetlerde bulunmayan başka işçilere öncelik tanınması kuvvetle muhtemeldir.

Ancak yöneticiye işe geri dönme imkânı tanıyan bu güvencenin uygulanabilmesi, belli koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Şöyle ki;

Öncelikle m.29, profesyonel sendika yöneticilerine yani iş sözleşmesini sona erdirmek suretiyle sendikada göreve başlayanlara ilişkin bir düzenlemedir⁶⁶⁰. Zira işyerinde çalışmaya devam ederek aynı anda sendika organlarında görev yapan işçilere yani amatör yöneticilere, işe dönme imkânının tanınması zaten sözkonusu olamaz. O halde amatör yöneticilerin özel bir güvenceye tabi kılınmadığı ve bu yöneticilerin, diğer sendika üyesi işçilere tanınan düzeyde bir güvenceye sahip oldukları söylenebilir⁶⁶¹.

Belirtmek gerekir ki, 274 sayılı Yasa döneminde amatör yöneticiler de, gerçekleştirdikleri faaliyetin bir gereği olarak işe iade güvencesinden yararlanmaktaydı. Ancak 1317 sayılı Yasa⁶⁶² ile sözkonusu güvence kaldırılmış ve 2821 sayılı SK'nda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sözkonusu değişiklik doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve amatör yöneticilere de özel bir yasal güvence sağlanmasının gerekliliği

⁶⁵⁸ KUTAL, Sendikal Güvenceler, s.54-55; AKYİĞİT, s.438-439.

⁶⁵⁹ SUBAŞI, s.525.

⁶⁶⁰ AKYİĞİT, s.438.

⁶⁶¹ SUBAŞI, s.533.

⁶⁶² RG. 12.8.1970, 13577.

belirtilmektedir⁶⁶³. Buna göre; yasa koyucunun amacı her ne kadar profesyonel sendikacılığı teşvik etmek olsa da böyle bir amaç, amatör yöneticileri özel güvence dışı bırakmayı haklı kılmaz. Zira sendika yönetiminin profesyonelleştirilmesi belirli bir süreci gerektirir ki, bu sürece gelinmesinde amatör yöneticilerin etkisi göz ardı edilemez. Bu anlamda yapılması gereken, işyeri sendika temsilcileri için öngörülen güvence kapsamına amatör yöneticilerin de dahil edilmesidir⁶⁶⁴.

Güvencenin uygulanabilmesinin bir diğer koşulu, işçinin profesyonel yöneticilik yapma amacıyla işten ayrılmış olmasıdır⁶⁶⁵. Başka bir deyişle işçi, sözkonusu amaç doğrultusunda, iş sözleşmesini kendisi feshetmelidir. Zira m.29’da yer alan, “çalıştığı işyerinden ayrılan” ibaresi böyle bir kabulü zorunlu kılar. O halde iş sözleşmesine herhangi bir nedenle son verilen işçi daha sonra sendika yöneticiliği yapmışsa ya da işçi, hizmet akdini yöneticilik amacı dışında başka bir gerekçeyle feshetmişse bu takdirde m.29’daki güvenceden yararlanamayacaktır⁶⁶⁶. Belirtmek gerekir ki işçinin sendika organlarında görev alması yönündeki amacı, gerçekleştirdiği fesih bakımından haklı neden teşkil etmez⁶⁶⁷. Bu anlamda, işçinin kıdem tazminatına hak kazanması da sözkonusu olamaz⁶⁶⁸.

Sendika yönetim kurulu üyeliği veya başkanlığından ayrılmış olmak, güvencenin uygulanabilmesi bakımından başka bir koşuldur. Nitekim 29.maddede; “yönetim kurulları ve başkanlığında görev aldığı için” işten ayrılan işçiden bahsedilmektedir. Ancak yasanın bu düzenlemesi karşısında madde başlığında sadece “yöneticilik” ibaresine yer verilmiş olması, sözkonusu güvencenin kapsamı bakımından doktrinde bazı görüş farklılıkları yaratmıştır. Bir görüş, ilgili yasa düzenlemesini eksik bulmakla birlikte⁶⁶⁹ m.29’daki açık ifade karşısında kapsamın genişletilmesine, isabetli biçimde olanak tanımamaktadır⁶⁷⁰. Diğer bir görüş, denetim ve disiplin kurulu

⁶⁶³ KUTAL, Hukuki Gelişmeler, s.519; aynı yazar, Sendikal Güvenceler, s.55.

⁶⁶⁴ SUBAŞI, s.535.

⁶⁶⁵ İşten ayrılan işçinin belirsiz süreli bir sözleşmeyi feshederken ihbar önellerine uyması gerektiği yönünde bkz. SUBAŞI, s.536 Karş. UÇUM, Toplu İş H, s.187.

⁶⁶⁶ SUBAŞI, s.537; DEMİR, Sendikalar, s.163; TUĞ, s.164; NARMANLIOĞLU, s.111.

⁶⁶⁷ SUBAŞI, s.536; DEMİR, Sendikalar, s.163; TUĞ, s.164; EYRENCİ, Sendikalar,91.

⁶⁶⁸ DEMİR, Sorularla, s.154.

⁶⁶⁹ UÇUM, Toplu İş H, s.186.

⁶⁷⁰ ÇELİK, İş H, s.403; İNCE, s.128; EYRENCİ, Sendikalar,91; ERGİN, s.175-176; KUTAL, Hukuki Gelişmeler, s.520; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.331; AKYİĞİT, s.439.

üyelerinin genellikle amatör yöneticiler olduğunu gerekçe göstererek, uygulamada kapsamla ilgili sorunlar yaşanmayacağını belirtmektedir⁶⁷¹. Madde başlığındaki yönetici ibaresini esas alan bir başka görüş ise; SK. uygulamasında yönetim ve denetleme kurulu üyelerinin yönetici sıfatı taşıdığı (SK. m.9/f.7) gerekçesiyle, denetleme kurulu üyelerinin de kapsama dahil olduğunu kabul etmektedir⁶⁷².

Güvencenin uygulanabilmesinin diğer bir koşulu da, yöneticilik sıfatının belirli nedenlerle sona ermiş olmasıdır. Zira m.29; “seçime girmemek veya yeniden seçilememek veya görevden çekilmek” suretiyle görevi sonlanan yöneticinin güvenceden yararlanabileceğini belirtmektedir. Buna karşılık doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen isabetli görüş uyarınca; güvencenin sözü geçen üç durum ile sınırlandırılması yine aynı güvencenin amacı ile bağdaşmayacak ve haksız sonuçların doğumuna neden olabilecektir. Bu anlamda, kusuru bulunmaksızın⁶⁷³ iradesi dışında (örneğin; sendikanın başka bir sendikaya katılması, şubelerin birleşmesi, vb) görevi sona eren yönetici de güvenceden yararlanmalıdır⁶⁷⁴. Yargıtay ise, profesyonel sendikacılık görevi sendika tarafından iptal edilen yönetici bakımından 29.maddeye ilişkin koşulların oluşmadığı sonucuna varmıştır⁶⁷⁵.

Güvenceden yararlanacak eski yöneticinin, sözkonusu yöneticilik görevi ile ilgili fiillerden dolayı hüküm giymemiş olması da yasada aranan şartlardan biridir (SK. m.29/f.2).

Son olarak, görevinden ayrılan yöneticinin, sözkonusu görevin sona ermesinden itibaren üç ay içinde, yeniden işe başlamak için işverene başvuruda bulunması şarttır. İş akdini kurmaya yönelik bir icap niteliği taşıyan⁶⁷⁶ bu başvurunun şekli açısından yasada bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yaşanabilecek ispat

⁶⁷¹ DEMİR, Sorularla, s.153-154.

⁶⁷² ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1689; aynı yazar, Sendikalar, s.121; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.278; SUBAŞI, s.532.

⁶⁷³ SK. m.5 ve m.42’de yer alan hallerin kusurlu davranış kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin bkz. UÇUM, Toplu İş H, s.187.

⁶⁷⁴ ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1689; UÇUM, Toplu İş H, s.187; SUBAŞI, s.538; AKYİĞİT, s.440; TUĞ, s.164; TUNCAY, Toplu İş H, s.52; KUTAL, Hukuki Gelişmeler, s.521; karş. ERGİN, s.178 ve ÇELİK, İş H, s.404.

⁶⁷⁵ 9.HD. 24.11.1998 E.13637 K.16633 karar için bkz. SÜMER, Karar İncelemesi, s.1652-1653. Yazar, Yargıtay kararını isabetli bulmamış ve varlığını kabul ettiği boşluğun, m.29’un kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması gerektiğini belirtmiştir. bkz.s.1657.

⁶⁷⁶ EYRENCİ, Sendikalar, 92; UÇUM, Toplu İş H, s.182.

sorunları açısından yazılı yapılacak bir başvurunun isabet taşıyacağı kabul edilmektedir⁶⁷⁷. Belirtmek gerekir ki üç aylık süre, hak düşürücü süre niteliğindedir⁶⁷⁸.

Kısaca değinmiş olduğumuz bu koşulların sağlanması halinde, işveren kendisine başvuran eski yöneticiyi bir ay içerisinde, o anki şartlarla, eski işine ya da eski işine uygun diğer bir işe almak zorundadır. Bu şekilde işe alınması halinde, işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklı olacaktır (SK. m.29/f.1). Başka bir deyişle, işe alınan eski yöneticiye daha önceki ücretinden az ücret verilemeyecek ayrıca kıdeme dayalı haklar (örneğin; yıllık ücretli izin, vb) bakımından işçinin eski kıdem süresi göz önüne alınacaktır⁶⁷⁹. Ancak işveren, eski yöneticiyi tekrar işe almadığı takdirde sözkonusu güvence işlemeyecek ve işveren cezai yaptırıma (SK. m.59/f.2) maruz kalacaktır.

SK' nun bu yöndeki düzenlemesi iki önemli noktayı cevapsız bırakmaktadır: İşverenin yeniden işe alma zorunluluğunun mutlak nitelik taşıyıp taşımadığı, daha da önemlisi, yasadaki zorunluluğa uymayan bir işveren için hukuki yaptırımın öngörülüp görülemeyeceği hususlarında Yasada açıklık bulunmamaktadır.

İlk sorun bakımından doktrinde iki temel görüş mevcuttur. Maddedeki, “diğer işçilere nazaran öncelikle” ibaresini temel alan bir görüş uyarınca işverenin işe alma zorunluluğu, ancak işyerinde bulunacak bir boş yerin varlığı şartına bağlıdır⁶⁸⁰. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, boş yer şartının, yasal güvencenin amacı ile bağdaşmayacağı yönündedir. Buna göre; sözkonusu şartın aranması, güvencenin uygulanmasını tamamen işveren insiyatifine bırakma anlamına gelecektir. Kaldı ki işveren, kendine tanınan bir aylık süre içinde işyerinde yeni istihdam olanakları yaratabilir. “Diğer isteklilere nazaran öncelikle almak” şeklindeki ibare ise, iş için birden çok işçinin başvurmuş olma ihtimaline ilişkindir bu anlamda boş yer şartının varlığına dayanak teşkil edemez⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ SUBAŞI, s.540.

⁶⁷⁸ ŞAHLANAN, Sendikalar, s.122; SUBAŞI, s.540.

⁶⁷⁹ DEMİR, Sorularla, s.158; SUBAŞI, s.544.

⁶⁸⁰ İNCE, s.129-130; DEMİR, Sorularla, s.157; ÇİL, Etkiler, s.33, Yazara göre; maddede yer alan “öncelikle” ibaresi, “zorundadır” sözcüğünün etkisini ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca yasada hukuki yaptırımın öngörülmemiş olması da, düzenlemenin zorunlu nitelik taşımadığını ortaya koymaktadır.

⁶⁸¹ UÇUM, Toplu İş H.s.185; SÜMER, Karar İncelemesi, s.1655; TUĞ, s.168; EYRENCİ, Sendikalar,92; SUBAŞI, s.542.

O halde işveren, görevinden ayrılarak yasal süre içinde işine dönmek isteyen işçinin talebini boş yer olmadığı gerekçesiyle reddedemeyecek başka bir deyişle, böyle bir gerekçenin haklı görülmesi mümkün olmayacaktır.

Çalışmamız bakımından taşıdığı önem dolayısıyla ikinci soruya verilecek cevap, ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

b) Görevinden Ayrılan Yöneticinin İşe Alınmaması

İşverenin m.29'da öngörülmüş güvenceye aykırı davranışı 59. maddede cezai yaptırıma bağlanmış ancak hukuki bir yaptırıma yer verilmemiştir. Belirtmek gerekir ki, gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında, cezai yaptırımın güvenceyi etkin kılmakta yetersiz kalacağı bu anlamda mutlaka hukuki bir yaptırımın da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁸². Başka bir deyişle, hukuki yaptırımın varlığı açısından görüş ayrılığı bulunmamakta sorun, sözkonusu yaptırımın içeriği ve hukuksal dayanağı noktalarında ortaya çıkmaktadır.

Konuyla ilgili doktrin görüşlerine bakıldığında çoğunluk tarafından kabul edilen, aynen ifa davası görüşüdür. Sözkonusu görüş, hukuki yaptırımın belirlenmesinde, m.29'da yer alan düzenlemenin amacını esas almaktadır. Buna göre; güvencenin amacı, eski yöneticilere tekrar çalışma olanağı sağlamak olduğuna göre yaptırım da sözkonusu amaç çerçevesinde belirlenmeli yani tazminat yerine, işvereni sözleşmeye yapmaya zorlayacak nitelikte olmalıdır. O halde işveren, m.29 ile getirilen sözleşme yapma borcuna uymadığı takdirde bu borç dava yolu ile takip edilebilmeli⁶⁸³ ve dava sonunda mahkemenin vereceği karar işveren iradesi yerine geçerek akdin kurulmasını sağlamalıdır. Yine bu görüş uyarınca, akdin kurulması sonrası işverene işçiyi fiilen çalıştırma zorunluluğu getirilemeyecek ve fesih imkânı da tanınacaktır. Ancak işveren bu şekilde bir fesih yoluna gidene kadar işçiyi çalıştırmak zorunda olacak, aksi halde işçi çalışmasa da ücrete hak kazanacaktır (BK. m.325). İşveren fesih

⁶⁸² İşverene yalnızca cezai yaptırımın uygulanabileceği ve yasanın amacının iş sözleşmesi kurma zorunluluğu getirmek olmadığı yönündeki ayrık görüş için bkz. ERGİN, s.182-183.

⁶⁸³ EKONOMİ'YE göre; yasadın doğan akit yapma yükümlülüğüne uyulmayan bütün haller için aynen ifa davası açılabilir. Yazar bu görüşünü, Türk-İsviçre Hukukunda taşınmaz satış vaadinden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, alacaklının açtığı davada mahkemenin verdiği kararın borçlunun irade beyanı yerine geçmesi şeklindeki uygulamaya dayandırmaktadır. bkz. EKONOMİ, Münir: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.215.

yolunu seçtiği takdirde ise; böyle bir feshin, işverenin kanuni yükümlülüğe zorlanmasından veya işçinin sendikal faaliyetlerde bulunmasından kaynaklandığını söylemek mümkün olabilecektir⁶⁸⁴.

Azınlıkta kalan diğer bir görüş uyarınca ise; aynen ifa davası görüşü hukuk sistemimize uygun olmayıp, yasal dayanaktan yoksundur. Bu anlamda işverenin güvenceye aykırı tutumunun yaptırımı sadece tazminat olmalı ve böyle bir tazminat miktarı, ihbar ve kıdem tazminatları göz önüne alınarak belirlenmelidir⁶⁸⁵.

Buna karşılık, Yargıtay'ın konu ile ilgili kararlarında bir tutarlılık bulunduğunu söylemek güçtür. Öyle ki Yargıtay 1981 yılında vermiş olduğu bir kararında hukuki yaptırımın, işe alınmamak suretiyle işsiz kalan işçinin “yeni bir iş bulabilecek süreye kadar geçecek dönemde alabileceği ücret tutarında” tazminat olduğu sonucuna varmıştır⁶⁸⁶. Ancak daha sonra Yargıtay, yasa koyucunun cezai yaptırım dışında başka bir yaptırım öngörmediği yönünde karar vermiş ve buna yönelik direnme kararı, HGK. tarafından onanmıştır. Söz konusu onama kararında HGK, yasal zorunluluğa uymayan işveren aleyhine tazminat davası açılabilirliğini belirtmiş ancak bu görüşüne herhangi bir dayanak göstermemiştir⁶⁸⁷.

1986 tarihinden itibaren Yargıtay, işe alınmayan eski yöneticinin yalnızca fesih ile ilgili hakları talep edebileceği yönünde kararlar vermiştir. Söz konusu kararlardaki ortak esaslar; yönetici için bir işe iade kararı verilemeyeceği ve yöneticiyi işe almayan işverene karşı feshin sonuçlarına bağlı olarak ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gerekeceği yönündedir⁶⁸⁸. Başka bir deyişle, Yargıtay bu karalarında aynen ifa davası görüşünün benimsenemeyeceğini ortaya koymuş ancak buna rağmen feshin hukuki sonuçlarına hükmetmiştir.

⁶⁸⁴ EYRENCİ, Sendikalar,93; SUBAŞI, s.546-547; ŞAHLANAN, Sendikalar, s.125; aynı yazar, Örgütlenme Hakkı, s.1692; UÇUM, Toplu İş H.s.182; TUNCAY, Toplu İş H.s. 53.

⁶⁸⁵ GÜNAY, Sendikalar, s.479.

⁶⁸⁶ 9.HD. 22.09.1981 E.7370 K.1981/ 10691, YKD, C.8, S.1, Ocak 1982, s.57-58.

⁶⁸⁷ HGK. 21.3.1984 E.1982/875 K.1984/283, İBBBA.

⁶⁸⁸ 9.HD. 10.2.1986 E.1343 K.1346, YKD, C.12, S.1, Ocak 1987, s.55-56; 9.HD. 7.12.1987 E.10483 K.10747; 9.HD. 8.3.1993 E.3445 K.3622; 9.HD. 3.3.1997 E.1996/20477 K.3731, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

9.HD, 1997 yılı sonlarından itibaren, belirtilen yöndeki görüşünü değiştirmiştir. Şöyle ki; görevden ayrılan yöneticilerin tekrar işe alınmama sebebiyle açmış oldukları ihbar ve kıdem tazminatı davalarında yerel mahkeme sözkonusu talepleri kabul etmiş ancak Yargıtay bu kararları bazı gerekçelerle bozmuştur. Gerekçeler; yöneticinin işyerinden istifa etmiş olduğu, sözleşmenin askıya alınmış olduğundan bahsedilemeyeceği, yöneticilik sonrası tekrar işe alınma olmadığı için yeni bir iş sözleşmesinin kurulmadığı ve işe almamanın ihbar-kıdem tazminatı gerektirmeyeceği yönündedir⁶⁸⁹.

Ne var ki, sözkonusu bozma ilamları HGK tarafından incelenmiş ve bunlara ilişkin direnme kararları onanmıştır⁶⁹⁰. HGK vermiş olduğu bu kararlarında birtakım yeni gerekçelere dayanmış, cezai yaptırım dışında hukuki bir yaptırımın da öngörülmesi gerekliliğini vurgulamış ve bu anlamda eski yöneticinin, ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanacağı sonucuna varmıştır⁶⁹¹. Kararlar öğretide bu yönü ile olumlu bulunmuş ancak hukuki yaptırımın hukuksal dayanakları açıklanmaksızın ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesine ilişkin varılan sonuç, haklı olarak eleştirilmiştir⁶⁹².

Bu gelişme sonrası Yargıtay 9.HD'nin görüşü de, eski yöneticinin işe alınmaması halinde ihbar ve kıdem tazminatlarına⁶⁹³ hak kazanacağı şeklinde süre gelmiştir. Nitekim Yargıtay 2004 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, görevinden ayrılan ve işe alınmayan yöneticinin 29.maddeye dayanarak kıdem tazminatı talep

⁶⁸⁹ 9.HD. 4.11.1997 E.14430 K.18485 ; 9.HD. 4.12.1997 E.16286 K.20354; 9.HD. 1.12.1997 E.16107 K.19942, kararlar için bkz Kazancı Bilgi ve İtihat Bankası, www. kazanci.com.tr.

⁶⁹⁰ HGK.4.12.1998 E.9-46 K.1998/11; HGK. 1.4.1998 E.9-238 K.252; HGK. 30.9.1998 E.636 K.631, kararlar için bkz. Kazancı Bilgi ve İtihat Bankası, www. kazanci.com.tr.

⁶⁹¹ Yargıtay'a göre; "...İşçilerin sendika yönetimine serbestçe seçilmelerinde kamu yararı vardır. Bu yarar koruyucu tedbirlerin yasa koyucu tarafından alınmaması, giderek kamu düzenini etkileyici sonuçlar doğurabilir. İşte bu nedenledir ki, m.29'a aykırı hareket cezai yaptırıma bağlanmıştır. Ne var ki salt bu yaptırım yasa koyucunun amaçladığı teminatın işlerliğini sağlamayabilir. Cezai yaptırımın niteliğini kendi menfaat dengesi açısından değerlendiren işveren bu cezai yaptırma razı olarak işçiye işine almayabilir. Hal böyle olunca teminatın tam işlerliği için cezai yaptırım yanında hukuki yaptırımın da öngörüldüğünün kabulü zorunluluğu doğmaktadır..Şu durum karşısında 2821 sayılı Yasa'nın 29.maddesine aykırı hareket halinde davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağının kabulünde duraksamaya yer olmamalıdır.." HGK. 4.2.1998 E.9-46 K.1998/11, Kazancı Bilgi ve İtihat Bankası, www. kazanci.com.tr.

⁶⁹² ÇELİK, İş H, s.406; UÇUM, Toplu İş H,s.184-185; TUNCAY, Toplu İş H,s. 56; ALPAGUT, Karar İncelemesi, s.31-32, Yazar, HGK' nun hukuki dayanağının askı teorisi olması ihtimali üzerinde durmuş ve iş sözleşmesinin askıya alınabilmesini gerektirecek koşullara değinerek, bu alanda sözkonusu teorisinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

⁶⁹³ Belirtmek gerekir ki Yargıtay kıdem tazminatı hesabında, yöneticilikte geçen süreyi kıdeme dahil etmemektedir. 9.HD. 5.2.1991 E.1990/10158 K.1991/ 1030, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 1991, s.17.

edebileceğini belirtmiş ancak varmış olduğu sonucun hukuksal dayanağını ortaya koymamıştır⁶⁹⁴.

Yargıtay 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda konuyu bir başka açıdan tekrar ele almıştır. Yargıtay'ın 2007 tarihli kararına konu olan olayda; işçinin sendika yönetici seçilmesi halinde bu süre boyunca ücretsiz izinli sayılacağı TİS. ile kararlaştırılmış, görevi sona eren ancak işe alınmayan yönetici TİS hükmüne dayanarak işe iade davası açmıştır. Yargıtay; “askı koşullarının oluşamayacağı” ve de sözleşmenin, “davacının yöneticiliğe seçildiği tarihte son bulmuş kabul edileceği” gerekçeleri ile işe iade davasını reddetmiştir⁶⁹⁵. Yargıtay'ın yeni tarihli bu kararı, yöneticinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe getirilen açıklık bakımından önem taşır. Zira Yargıtay'ın sona erme tarihi bakımından böyle bir görüşe sahip olması, göreve seçilen yöneticinin sözleşmesini askıda kabul etmediğini ortaya koymaktadır. Bu anlamda Yargıtay'ın sözkonusu görüşü ile kıdem tazminatına ilişkin görüşü arasındaki çelişki açıkça ortadadır. O halde Yargıtay bundan sonra vereceği kararlarında kıdem tazminatına ilişkin görüşünün gerekçesine açıklık kazandırmalı böylelikle kararlarında ortaya çıkan bu gibi çelişkilere son vermelidir.

Yargı organına düşen bu görev karşısında kanımızca daha büyük önem taşıyan ödev yasama organına aittir. Yasa koyucu isabetli olarak özel bir güvence öngörmüş ancak bu güvenceyi isabetsiz biçimde hukuki yaptırımdan yoksun bırakmıştır. Bu anlamda 29. maddede en kısa zamanda değişikliğe gidilerek, yöneticinin yeniden işe alınmamasının hukuki yaptırımı ve içeriği açıkça düzenlenmelidir. Yapılacak düzenlemede, sağlanmak istenen güvencenin amacı göz önüne alınarak, yöneticiye aynen ifa davası açabilme hakkı tanınmalıdır. Böyle bir dava sonucu işçinin alacağı mahkeme kararı işveren iradesi yerine geçmeli, iş sözleşmesi kurulmalı ve bu anlamda

⁶⁹⁴ Yargıtay'a göre; “..SK' nun 29. maddesinde yöneticiliğin teminatı düzenlenmiş olup *bu madde hükmüne göre sendika yöneticisinin kıdem tazminatı isteyebilmesi için*, sendikadaki görevinin..son bulması ve talebine rağmen işe alınmamış olması gerekir. Ancak davacının sendikadaki görevinden ayrıldığı anlaşılmakta bu anlamda m.29'a göre kıdem tazminatı talep hakkı doğmamaktadır..” 9.HD. 17.6.2004 E.3330 K.15141, Kazancı Bilgi ve İhtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁶⁹⁵ Yargıtay'a göre; “..somut olayda profesyonel sendikacı olarak seçilen davacının bu görevi ne kadar süre ile sürdüreceği belli değildir. Nitekim 6 yıl gibi uzun bir süre sonra görevinden ayrılarak işe başlama talebinde bulunmuştur. Bu süre içinde davacının ücretsiz izinli ve hizmet akdinin askıda olduğunun kabulü mümkün değildir. Davacının hizmet akdinin, profesyonel yöneticiliğe seçildiği tarihte sona erdiğinin kabulü gerekir..” 9.HD. 05.04.2007 E.1324 K.9884, ÇİL, Etkiler, s.44, dpn.31.

işçi, çalıştırılmasa da ücrete hak kazanmalıdır. Bu noktadan sonra işverence gerçekleştirilecek feshin sendikal nedenlere dayanma ihtimalinin güçlü olduğu (İK.m.5) kabul edilmeli ve işçi durumun gereğine göre, nitelikli iş güvencesi tazminatı veya sendikal tazminat talebinde bulunabilmelidir.

2. İşyeri Sendika Temsilciliği

a) Genel Olarak

İşyeri sendika temsilcisi, TİS yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika tarafından atanan (SK. m.34) ve görevleri yasa ile belirlenip sendikanın yetkisi süresince devam eden (SK. m.35) işçidir⁶⁹⁶.

Sendikal faaliyetin işyeri düzeyinde organize edilmesini sağlayan bu anlamda sendikanın işyerindeki görünüm ve sesi olan⁶⁹⁷ temsilciler, üstlendikleri bu misyon nedeniyle çoğu kez işveren ile karşı karşıya gelmektedir. Dolayısıyla işverenin, sık sık taleplerde bulunarak yönetim hakkına müdahale eden ve sendikal örgütlenmeyi sağlamaya çalışan bu işçilerden kurtulmak istemesi kuvvetle muhtemeldir. İşte bu realite, işyeri sendika temsilcilerine özel bir güvence sağlanmasını gerekli kılar⁶⁹⁸. Nitekim yasa koyucu da sendika temsilcilerinin misyonunu göz önüne almış ve bu işçilere yönelik güvenceyi ayrı bir madde ile düzenlemiştir (SK. m.30).

Bir işçinin işyeri sendika temsilcisi olabilmesi için, kuruculara ilişkin 5.maddede aranan şartları taşıması, atanacağı işyerinde çalışıyor olması ve de kendisini atayacak olan sendikanın üyesi olması şarttır (SK. m.34). SK' nun 5.maddesi ise; işçinin Türk vatandaşı olmasını, fiil ehliyetine sahip olmasını, Türkçe okur yazar olmasını⁶⁹⁹, sendikanın kurulacağı işkolunda fiilen çalışıyor olmasını⁷⁰⁰ ve yine aynı maddede sayılan suçlardan biri ile mahkûm edilmemiş olmasını aramaktadır.

⁶⁹⁶ YÜREKLİ, s.8; TAŞKENT, Sendika Temsilciliği, s.263.

⁶⁹⁷ YÜREKLİ, s.168.

⁶⁹⁸ ERTÜRK, Sendika Temsilcisi, s.18; ÇELİK, Kolektif İş H, s.145; YÜREKLİ, s.168.

⁶⁹⁹ Okur yazar olmanın, temsilcilerin üstlendikleri görevler çerçevesinde yeterli görülemeyeceği bu anlamda en az ilköğretimi tamamlama şartının aranması gerektiği yönünde bkz. ERTÜRK, Sendika Temsilcisi, s.14.

⁷⁰⁰ 274 sayılı Yasa'da yer alan "asgari 3 yıldan beri çalışır olma" koşulu AYM. tarafından iptal edilmiş (AYM. 09.02.1972 E.1970/48 K.1972) ancak 2821 sayılı Yasa'nın ilk halinde "asgari bir yıldan beri

Bir sendikanın işyeri sendika temsilcisi atayabilmesi⁷⁰¹, o işyerinde TİS yapmak üzere alacağı yetkinin kesinleşmesine bağlıdır (SK.m.34). Henüz mevcut TİS yürürlükte iken başka bir sendikanın TİS yetkisinin kesinleşmesi sözkonusu ise, böyle bir durumda eski sözleşme süresi bitimine kadar her iki sendikanın temsilcileri işyerinde görev yapabilecektir⁷⁰². Başka bir deyişle, her iki sendika temsilcisi de bu süreçte temsilcilik güvencesinden yararlanma imkânına sahip olacaktır.

TİS yetkisi kesinleşmiş olan sendikanın atayabileceği temsilci sayısı yasa ile sınırlandırılmıştır (SK.m.34). Sendikanın sözkonusu sınırları aşarak yapmış olduğu atamalar geçerli olmayacak yani bu şekilde atanan işçilerin temsilcilik sıfatlarından ve dolayısıyla temsilcilik güvencelerinden bahsedilemeyecektir⁷⁰³. Belirtmek gerekir ki, temsilci sayısının hesaplanması bakımından yetkinin kesinleştiği tarihte işyerinde çalışan işçi sayısı göz önüne alınacak yani bu tarihten sonra gerçekleşecek değişiklikler, temsilci sayısını etkilemeyecektir⁷⁰⁴.

b) Yasal Güvence

SK' nun 30.maddesine göre; işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İK'nun ilgili hükümleri uygulanır. Ancak hizmet akdi sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmişse bu takdirde İK.m.21/f.1 uyarınca en az bir yıllık ücret tutarında tazminata hükmedilir. İşveren, yazılı rızası olmadıkça temsilcinin çalıştığı işyerini değiştiremez ya da işinde esaslı tarzda bir değişiklik yapamaz. Aksi halde böyle bir değişiklik geçersiz olur.

Hükümden anlaşılacağı gibi temsilciler için öngörülen sözkonusu güvencenin, diğer sendika üyesi için öngörülmüş güvenceden tek farkı, işyeri değişikliklerine karşı getirilmiş korumadır. Bu noktada akla gelebilecek soru, güvenceden yararlanmak isteyen temsilci bakımından iş güvencesine ilişkin koşulların aranıp aranmayacağıdır.

çalışır olma" koşulu getirilmiştir. Sözkonusu koşul, 1988 tarihinde 3449 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu bugün itibariyle aranmamaktadır.

⁷⁰¹ Atamayı gerçekleştirecek olan sendikanın, üyelerine temsilcileri seçme olanağı tanıyıp tanınamaması kendi takdirindedir bkz. ÇELİK, İş H, s.409.

⁷⁰² ÇELİK, İş H, s.414; ERTÜRK, Sendika Temsilcisi, s.15-16; YÜREKLİ, s.71-72.

⁷⁰³ EYRENCİ, Sendikalar, s.158; ERTÜRK, Sendika Temsilcisi, s16; ÇELİK, İş H, s.410.

⁷⁰⁴ ERTÜRK, Sendika Temsilcisi, s17; ÇELİK, İş H, s.416; TUNCAY, Toplu İş H, s.85-86. İşyerinde işçi sayısında meydana gelecek olan değişikliklerin temsilci sayısına yönelik etkisi hakkında ileri sürülen görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YÜREKLİ, s.105-108.

Doktrindeki bir görüş uyarınca yasanın açık düzenlemesi karşısında iş güvencesinin kapsamına dair koşulların temsilciler bakımından aranmayacağını kabul etmek mümkün değildir. Zira m.30/f.1 açıkça ilgili İK. hükümlerine atıfta bulunmakta ve bu hükümlerden herhangi birinin uygulanmayacağı yönünde özel bir ibare içermemektedir⁷⁰⁵.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş uyarınca ise; 30.maddede “İK’nun ilgili hükümlerinin” uygulanacağı belirtilmiş ve m.31/f.6’dan farklı olarak bu hükümler tek tek sayılmamış yani yasa koyucu 18. maddeyi belirtmekten kaçınmıştır. Bu anlamda otuz işçi ve altı aylık kıdem koşullarının, temsilciler bakımından aranmayacağı sonucuna varılmalıdır. Zira aksi bir kabul, kapsam dışında kalan temsilcilerin kapsama giren işçiler kadar dahi güvenceye sahip olamamaları sonucunu doğurur ki bu durum, SK.m.30’un ihdas amacı ile bağdaşmaz⁷⁰⁶. Belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir Yargıtay’a göre; “...Dosya içeriğine göre; davacının davalıya ait işyerinde sendika işyeri temsilcisi olarak çalışmakta iken, iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. 2821 sayılı SK’ nun 30. maddesinde işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İK’nun ilgili hükümleri uygulanır kuralına yer verilmiştir. Buna göre, temsilci için özel yararlanma şartları gösterilen sözkonusu güvence doğrudan temsilcilik sıfatına dayalı olduğundan, işçide sadece bu sıfatın bulunması yeterlidir. Ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kidemin varlığına bakılmaz...”⁷⁰⁷.

O halde, sözleşmesi sendikacılık faaliyetleri nedeniyle feshedilen bir temsilci altı aylık kıdeme sahip olmasa ya da en az otuz işçi ölçütünü sağlayan bir işyerinde çalışmasa da, işe iade davası açarak, daha önce ayrıntılı biçimde değinmiş olduğumuz usul⁷⁰⁸ çerçevesinde yaptırıma ulaşabilecektir⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ ERTÜRK, Sendika Temsilcisi, s.22; DEMİR, Sorularla, s.139; AKYİĞİT, s.444; ÇELİK, İş H, s.417, Yazar bir yasa değişikliği ile temsilcilerin sınırlama dışı bırakılmasını önermektedir.

⁷⁰⁶ SÜZEK, İş H, s.492. benzer yönde; YÜREKLİ, s.176; ÇİL, Etkiler, s.32; GÜZEL, İş Güvencesi, s.136; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANLAR, s.133; ULUCAN, İş Güvencesi, s.93.

⁷⁰⁷ 9.HD. 13.11.2006 E. 20901 K. 30031, KILIÇOĞLU, s.291.

⁷⁰⁸ Bkz. § 6, II.

⁷⁰⁹ Aksi bir kabul halinde ise, iş güvencesi kapsamı dışında kalan temsilci m.31/f.7 çerçevesinde sadece sendikal tazminat talebinde bulunabilecektir. YÜREKLİ, s.176, dpn.41.

SK' nun 30.maddesi, 4773 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önce sendika temsilcisinin işinin ve işyerinin değiştirilmesi ile ilgili bir düzenleme içermemekte ve bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmekteydi⁷¹⁰. Ancak uygulamamada Yargıtay, sözkonusu eksikliğin yaratabileceği sakıncaları gidermek adına işyeri değişikliklerini de, o dönem mevcut olan güvence kapsamına dahil etmekteydi⁷¹¹. Bu anlamda, 30. maddede yapılan değişiklik ile temsilcilerin iş veya işyeri değişikliklerinin yasal düzeyde güvenceye kavuşturulmuş olmasının isabet taşıdığı belirtilmektedir⁷¹².

SK.m.30/f.3'te "işyerinin değiştirilmesi" ya da "işinde esaslı tarza değişiklik yapılması" temsilcinin rızasına bağlanmış, böyle bir rıza olmaksızın gerçekleştirilecek değişikliklerin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede, temsilcinin ücret (veya düzenli ödenen ücret ekleri) düşüklüğüne yol açan veya işini ağırlaştırarak ona ek mali külfet yükleyen iş değişiklikleri esaslı tarzda değişiklik sayılacaktır⁷¹³.

Sözkonusu güvencenin uygulanması bakımından, değişikliklerin geçersiz olmasına bağlanabilecek sonuçlar üzerinde durulması gerekir. Doktrindeki bir görüş uyarınca geçerli olmama, temsilcinin sözkonusu değişikliklere uyma borcunun bulunmadığı anlamına gelmekte ve bu durum temsilciye iki olanak yaratmaktadır. Temsilci dilerse sözleşmeyi haklı sebeple (çalışma şartlarının uygulanmaması) feshederek kıdem tazminatı alabilecek dilerse de işveren tarafından işten çıkarılmayı bekleyerek bu noktadan sonra iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir⁷¹⁴.

Diğer bir görüş ise, rıza alınmadan yapılan iş veya işyeri değişiklikleri sonucu işverenin temsilciği eski işinde çalıştırmamasını m.30'a aykırı gerçekleştirilen bir fesih olarak nitelendirmekte ve bu anlamda iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir⁷¹⁵.

⁷¹⁰ UÇUM, Toplu İş H, s.198-200.

⁷¹¹ Yargıtay; "...Her ne kadar mahkemece kabul edildiği üzere anılan yasanın metnindeki bu güvence işverenin fesih işlemi ile sınırlı olarak düzenlenmişse de Dairemizin yerleşik uygulamasına göre işyeri değişikliği sonucu sendika işyeri temsilcisini, yasanın öngördüğü güvence dışında bırakmak yasanın amacına aykırı düşecektir.." şeklinde karar vermektedir. 9.HD. 30.1.2002 E.2001/16796 K.1738, Kazancı Bilgi ve İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

⁷¹² SÜZEK, İş H, s.493.

⁷¹³ DEMİR, Sorularla, s.143.

⁷¹⁴ DEMİR, Sorularla, s.143.

⁷¹⁵ ÇELİK, İş H, s.418; GÜZEL, İş Güvencesi, s.139.

İş güvencesi hükümlerinin ancak açık bir fesih iradesinin varlığı halinde uygulanma alanı bulabileceğini savunan bir diğer görüş ise, böyle durumlarda temerrüde (BK. m.325) ilişkin sonuçların geçerli olacağını belirtmektedir. Buna göre, temsilciyi eski işinde çalıştırmayan işverenin temerrüde düştüğü kabul edilecek, temsilci çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretini talep edebilecek ve işveren fesih yoluna gittiği takdirde iş güvencesi hükümlerinin uygulanması sözkonusu olabilecektir⁷¹⁶.

Kanımızca rızası olmadan işi veya işyeri değiştirilmiş bir temsilci dilerse sözleşmeyi derhal feshedebilmeli ayrıca işin devamında gerçekleştirilen sendikal ayrımcılık dolayısıyla m.31/f.3 çerçevesinde sendikal tazminat talebinde bulunabilmelidir. Ancak temsilci böyle bir yolu seçmeyip akdin işveren tarafından feshedilmesini bekleme imkânına da sahip olmalıdır. Bu takdirde işçi çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanacak, işverence gerçekleştirilecek bir fesih sonrasında ise işe iade davası açarak nitelikli iş güvencesi tazminatı talep edebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, temsilcinin rızası⁷¹⁷ ile gerçekleştirilmiş olan iş veya işyeri değişiklikleri bakımından sözkonusu sonuçlar geçerli değildir. Ancak işyeri değişikliği sonrasında temsilcilik sıfatının dolayısıyla temsilcilik güvencesinin devam edip etmeyeceği önem taşır. Doktrindeki bir görüş uyarınca, yeni işyerindeki işçi sayısı yasada aranan şartlara uygun ise temsilcilik sıfatı devam edecek aksi takdirde düşecektir⁷¹⁸. Sendika temsilcisinin atanmasında işyerinin esas alınması temeline dayanan bir diğer görüş ise, değişikliğin temsilcilik sıfatını kaldıracağı sonucuna varmaktadır. Buna göre sözkonusu temsilci, yeni işyerindeki koşullar elverdiği takdirde tekrar temsilci olarak atanabilecektir⁷¹⁹.

Kanımızca yeni işyerindeki koşullar temsilcilik sıfatının devam edebilmesini mümkün kılıyorsa, yeniden yapılacak bir atama tarihine kadar sözkonusu işçiyi temsilcilik güvencesi dışında bırakmak isabet taşımaz. Zira şartlar mevcutsa, ilgili sendikanın bu temsilciyi yeniden ataması kuvvetle muhtemeldir. Bu anlamda temsilcilik

⁷¹⁶ YÜREKLİ, s.219.

⁷¹⁷ YÜREKLİ; temsilcinin, işini kaybetme endişesiyle rıza göstermek zorunda kalabileceğini bu anlamda sözkonusu rızanın ayrıca ilgili sendikadan da alınması gerektiğini belirtmektedir. bkz. YÜREKLİ, s.218.

⁷¹⁸ DEMİR, Sorularla, s.144.

⁷¹⁹ YÜREKLİ, s.219.

sıfatının yeni işyerinde de devam edeceği kabul edilmeli, aksi yönde iradeye sahip olan sendika, temsilciyi görevinden alma hakkını kullanmalıdır⁷²⁰.

c) İşyeri Sendika Temsilcilerine İlişkin Yasal Durumun Eski Düzenleme ile Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi

Ana hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız mevcut güvencenin isabet taşıyan ve taşımayan yönlerini ortaya koyabilmek, eski düzenlemenin içeriğine değinmeyi gerekli kılar. Söz konusu eski düzenleme uyarınca; “işveren işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akitlerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin biçimde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın iş mahkemesinde dava açma hakkı vardır. Mahkemenin kararı kesindir. Mahkeme temsilcinin işe iade edilmesine karar verirse fesih geçersiz sayılarak iş gördürülmemiş olsa bile temsilcinin işten çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamı boyunca ücreti ve diğer tüm hakları işverence ödenir. İşine iade kararı verilen işçi altı iş günü içinde işine başlamak zorundadır. Bu süre içinde işe başlamayan işçiye mahkemece öngörülen tazminat ödenmez”. Bu düzenleme göz önüne alındığında yasa değişikliği ile getirilen mevcut yasal düzenlemenin, temsilcilere ilişkin güvenceyi zayıflatmış olduğunu söylemek mümkündür⁷²¹. Şöyle ki;

Eski düzenleme uyarınca temsilcilerin sözleşmesi ancak haklı sebeplerin varlığı halinde feshedilebilmekte ve işverenin ileri sürdüğü sebep bu nitelikte değilse işe iadeye karar verilebilmekteydi⁷²².

Yine eski düzenlemede, işveren fesih sebebini açık ve kesin belirtmek zorunda olduğu için ispat yükünün işverene ait olduğu kabul edilmekteydi⁷²³.

⁷²⁰ Temsilcinin sendika tarafından görevden alınması hakkında bkz. YÜREKLİ, s.231-232.

⁷²¹ SÜZEK, İş H, s.491; ÇİL, Etkiler, s.32; ERTÜRK, Sendika Temsilcisi, s.20; YÜREKLİ, s.174; DEMİR, Karar İncelemesi, s.42; AKYİĞİT, s.443; GÜZEL, İş Güvencesi, s.136. Karş. ÇELİK, İş H, s.417.

⁷²² DEMİR, Sendika Temsilciliği, s.1573; TAŞKENT, Sendika Temsilciliği, s.267; ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1649.

⁷²³ TAŞKENT, Sendika Temsilciliği, s.268; ŞAHLANAN, Örgütlenme Hakkı, s.1696.

Eski düzenleme çerçevesinde, mahkeme sebebin haklı nitelik taşımadığına karar verdiği takdirde, sendika temsilcisine işten çıkarıldığı tarihten itibaren tüm hakları ve ücreti işverence ödenmek zorunda idi⁷²⁴.

Eski düzenleme uyarınca temsilcilik güvencesinden yararlanma, temsilcilik faaliyetlerinde bulunma şartına bağlanmamıştı⁷²⁵.

Eski düzenlemede dava açma hakkı yalnızca temsilciye değil ayrıca temsilcinin üyesi bulunduğu sendikaya da tanınmıştı⁷²⁶.

SK' nun 30.maddesini değiştiren 4773 sayılı Yasanın 9. madde gerekçesinde; bu yöndeki bir değişikliğin amacının, işçiler arasındaki farklı güvencenin yaratacağı sakıncaları gidermek olduğu belirtilmiştir. Gerekçe bu yönüyle eleştirilmiş, temsilcilerin özel konumu nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı bir durumun ortaya çıkmayacağı ayrıca mevcut düzenlemenin 135 sayılı ILO ile uyumunun tartışılabileceği kabul edilmiştir⁷²⁷.

Kanımızca da gerekçede öngörülen amaç isabet taşımamaktadır. Zira daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi eşitlik, aynı ya da benzer durumda olanlar arasında sözkonusu olabilir. Bu anlamda işyeri sendika temsilcisinin gerçekleştirdiği yoğun sendikal faaliyet ve paralelinde maruz kaldığı yoğun fesih tehdidi, onu diğer işçilerden farklı kılmaktadır. O halde, temsilcinin daha özel bir güvenceye tabi kılınması gerektiği açıktır.

Ancak bu şekilde öngörülecek özel güvence bakımından eski yasal düzenlemenin aynen kabul edilmesi gerektiği⁷²⁸ sonucuna varılmamalı; eski düzenlemenin de aksayan yönlerinin bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Öyle ki eski

⁷²⁴ TAŞKENT, Sendika Temsilciliği, s.269.

⁷²⁵ DEMİR, Sendikalar, s.179.

⁷²⁶ TAŞKENT, Sendika Temsilciliği, s.268. Mevcut yasal düzenlemenin, sendikaya dava açma hakkı vermediği yönünde bkz. ERTÜRK, Sendika Temsilcisi, s.24; YÜREKLİ, s.184.

⁷²⁷ ERTÜRK, Sendika Temsilcisi, s.21; GÜZEL, İş Güvencesi, s.135. ÇELİK ise sözkonusu eleştirilere katılmamakta, eski düzenlemenin iş güvencesi sistemi ile çelişeceğini belirtmektedir. Yazara göre; mevcut sistemin temeli katı bir işe iade anlayışına dayanmamakta ayrıca işverence çalıştırılmak istenmeyen işçinin temsilci de olsa mutlaka işini sürdüreceğini kabul etmek yararlı ve gerçekçi görünmemektedir. Yazara göre m.30/f.2'de belirlenen en az bir yıllık tazminat, 135 sayılı ILO Sözleşmesinde aranan etkin korumayı sağlar niteliktedir. Bkz. ÇELİK, İş H,s.417-418.

⁷²⁸ SÜZEK, İş H, s.492. Yazara göre; yapılacak bir yasa değişikliği ile temsilcinin işe iadesini öngören eski düzenlemenin getirilmesi isabet taşıyacaktır.

düzenleme, temsilciye yapılacak bildirim bakımından yazılılık şartı aranmamıştır. Mevcut güvencede ise böyle bir şart bulunmaktadır (İK. m.19). Daha da önemlisi, eski düzenleme uyarınca “altı iş günü içinde işe başlamayan temsilciye” mahkemece öngörülen tazminatlar ödenmez. Görüldüğü gibi eski düzenleme de temsilcinin yeniden işine dönmek istememe iradesini göz ardı etmekte ve böyle bir ihtimalde onu yaptırımdan mahrum bırakmaktadır.

Bu anlamda mevcut düzenlemede yapılması gereken değişiklik şu yönde olmalıdır: Temsilci hakkında yine işe iade hükümlerine atıfta bulunulmalı ancak iş güvencesi kapsamına ilişkin koşullar (İK. m.18/f.1) aranmamalıdır. Bundan başka, açılacak davada temsilciye de seçim şansı tanınmalı ve işine geri dönmek istemeyen temsilci yaptırımsız bırakılmamalıdır. Sendikacılık faaliyetlerine dayalı fesihler bakımından; temsilci işe iade edilmiş olsa da ayrıca bir tazminat talep edebilmeli⁷²⁹, işe iadenin gerçekleştirilmediği durumlarda ise tazminatın asgari tutarı temsilcinin en az iki yıllık ücreti çerçevesinde belirlenmelidir.

Bu şekilde hem iş güvencesi sistemi ile uyum sağlanacak hem temsilcinin iradesi göz ardı edilmemiş olacak hem de temsilciler sahip oldukları özel konum dolayısıyla hak ettikleri özel güvenceye kavuşmuş olacaklardır.

§ 7. CEZAI YAPTIRIM

Çalışma yaşamını düzenleyen bazı kurallara aykırılık sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğururken, bazı kuralların ihlali ise kamu düzenini de bozucu nitelik taşıyabilir. İşte bu tip kurallar taşıdıkları önem dolayısıyla cezai yaptırımlarla koruma altına alınmaktadır⁷³⁰. Nitekim yasa koyucu, sendikal ayırım yasaklarının kamu düzeni ile olan ilişkisini göz önüne alarak, bu yasakların ihlalini cezai yaptırıma bağlamıştır.

Sözkonusu cezai yaptırımlardan ilki, SK. m.59’da öngörülmüş olan para cezasıdır. Para cezaları, cezayı veren makam göz önüne alınarak iki gruba ayrılmakta;

⁷²⁹ Bu konuda bkz. § 6, IV, 4, cc.

⁷³⁰ CANIKLIOĞLU, Nurşen /CANBOLAT, Talat: 4857 sayılı İş Kanunu’nda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, s.221.

adli makamlar tarafından verilenler adli para cezası, idari makamlarca verilenler ise idari para cezası olarak nitelendirilmektedir⁷³¹.

Belirtmek gerekir ki m.59, tüm sendikal ayrımcılık hallerine ilişkin bir düzenleme değildir. Bu hüküm ile sadece, sendikal nedenlerle işe almama (SK.m.59/f.3) ve de görevinden ayrılan sendika yöneticisinin yeniden işe alınmaması (SK.m.59/f.2) cezai yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre her iki durumda da işverenlere; sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen asgari ücretin brüt tutarından az olmayan bir para cezası uygulanacaktır⁷³². Söz konusu cezalar, adli para cezası niteliğindedir⁷³³.

274 sayılı SK' da 19.maddeye (şimdiki m.31) aykırı işveren uygulamalarının tamamı cezai yaptırıma bağlanmış iken, 2821 sayılı Yasada bu yaptırımların sadece işe almama haline özgülenmesi haklı olarak eleştirilmiştir⁷³⁴. Kanımızca da mevcut yasanın bu yöndeki düzenleme şekli isabet taşımamaktadır. Zira sendikal nedenlerle işe almama ne ölçüde kamu düzeni ile bağlantılı ise, işin devamında ve işe son vermede gerçekleştirilen sendikal ayrımcılıklar da aynı ölçüde kamu düzenini ilgilendirmekte ve cezai yaptırımla korunmayı hak etmektedir. Kaldı ki, 274 sayılı Yasa döneminde cezai yaptırımı gerektirdiği düşünülen sözkonusu durumlar bakımından, mevcut yasada da niçin aynı düşünceyle hareket edilmediğini anlamak güçtür. Bu anlamda, yapılacak yasa değişikliği ile tüm sendikal ayrımcılık halleri cezai yaptırıma bağlanmalı böylelikle mevcut yaptırımların etkinliği de arttırılmalıdır.

Sendikal ayrımcılığa ilişkin diğer bir cezai yaptırım da TCK' da düzenlenmiş olan hapis cezasıdır. TCK. m.118/ f.1'e göre; bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu

⁷³¹ CANİKLİOĞLU / CANBOLAT, s.225.

⁷³² 2008'in ikinci yarıyılı bakımından 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücretin brüt miktarı, 638,70 YTL'dir. www.calisma.gov.tr.

⁷³³ TEMİR, Arif: İş Hukukunda Para Cezaları, İtiraz ve Dava Yolları, Ankara 2007, s.233.

⁷³⁴ SÜMER, s.141.

hüküm ile bireysel nitelikteki sendikal hakların ve faaliyetlerin korunması amaçlanmıştır⁷³⁵.

Hükümün uygulanması bakımından dikkat edilmesi gereken ilk nokta, işçinin cebir ve tehdide maruz kalmış olması şartıdır. Ceza Kanunu'nda tehdit; bir başkasının, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden veya malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle, failin isteğinin yerine getirilmesi olarak tanımlanmaktadır (TCK.m.106). Bu anlamda, işverenin işten çıkarma yönünde gerçekleştireceği tehdidin, malvarlığı itibariyle büyük zarara uğratma kapsamında olmasa da, sair kötülük kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷³⁶.

Cebir ise fiziki güç kullanma anlamına gelmekte, bu çerçevede fiziki gücün meydana getirdiği acı ile, işçinin sendikal haklarını kullanmasını engellemeye çalışmak da m.118'deki suçun oluşumunu sağlamaktadır⁷³⁷.

Ancak suçun oluşabilmesi için, işçinin sendikaya üye olması, olmaması ya da olmaktan vazgeçmesi, sendikanın faaliyetlerine katılması veya katılmaktan vazgeçmesi ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmış olması gerekmemektedir. Başka bir deyişle, beklenen sonuç elde edilmemiş olsa da hüküm kapsamında gerçekleştirilmiş bir zorlama, işverenin cezalandırılmasını gerektirecektir⁷³⁸.

Hükümün uygulanmasında önem taşıyan ikinci nokta ise, suçun mağduru olan işçinin bir sendikaya üye olma şartlarını taşıması ya da üyeliğinin bulunması ya da sendika yönetiminde görevli olması hususlarıdır. Söz konusu durumların yokluğu halinde, m.118'deki sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu oluşmayacaktır⁷³⁹.

⁷³⁵ ŞEN, Ersan: Yeni TCK. Yorumu, C.I, İstanbul 2006, s. 485.

⁷³⁶ DEMİR, Sorularla, s.123.

⁷³⁷ ŞEN, s.485.

⁷³⁸ ŞEN, s.489.

⁷³⁹ ŞEN, s.489.

SONUÇ

1. Sendikal nedenler, gerçekleştirilen ayrımcılığa sendikal ayrımcılık niteliği kazandıran hususlar olması bakımından önem taşır. Birer sendikal neden olan sendika üyeliği ve sendikal faaliyetin içeriğinin, bireysel sendika özgürlüğü çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Ancak ayrımcılığa karşı etkin bir güvencenin sağlanabilmesi için, bu belirlemede sendika özgürlüğü kavramı tüm boyutları ile göz önüne alınmalıdır. Başka bir deyişle SK.m.31’de yer verilen üyelik ve faaliyet ibareleri geniş yorumlanmalı, yalnızca yasanın lafzına bağlı kalınmamalıdır. Belirtilen açıdan bazı aksaklıklar içeren 31.maddede değişikliğe gidilmesi ve sözkonusu düzenlemenin daha yalın hale getirilmesi isabet taşıyacaktır.

2. 4773 sayılı Yasa değişikliği öncesinde SK.’nın 31. maddesi sendikal ayrımcılık halleri için tek bir yaptırım öngörmekte bu yaptırım da sendikal tazminat olarak nitelendirilmekteydi. Ancak yasa değişikliği sonrasında, sendikal fesih hallerinde iş güvencesi kapsamındaki işçiler için getirilen işe iade imkânı, yaptırım bakımından yeni bir nitelendirmeyi gerekli kılmıştır. Zira sendikal nedenlerle iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerden iş güvencesi kapsamında olanlar, işe iade davası yoluyla yaptırıma ulaşabilecekler ve işe iade edilmemeleri halinde alacakları tazminat, nitelikli bir iş güvencesi tazminatı olacaktır.

3. Sendikal fesih dışında kalan diğer sendikal ayrımcılık hallerinde ise, iş güvencesi kapsamında bulunan ve bulunmayan işçiler için öngörülmüş yaptırıma ulaşma yolu ortaktır. Buna göre her iki grup işçi de, işin devamı sırasında maruz kalmış olduğu sendikal ayrımcılığa karşı tazminat davası yoluyla hukuki yaptırım talebinde bulunabilecektir. Ancak işe almama şeklinde ortaya çıkan ayrımcı işveren uygulaması karşısında bu işçilerin elindeki tek imkân cezai yaptırımdır. Başka bir deyişle, sözkonusu ayrımcı uygulama karşısında işçiler tazminat talebinde bulunamayacaklardır. Yasa koyucunun, işe alma aşamasındaki ayrımcılıkları hukuki yaptırımdan mahrum bırakması kanımızca isabet taşımamaktadır. Zira işçinin sendikal nedenlerle işe alınmadığı açık ve sabit ise, bu işçinin sendikal nedenle işten çıkarılan ya da işin devamında farklı muameleye tabi tutulan bir işçiden farkı yoktur. İş sözleşmesinin kurulmamış olması, işçinin sendikal ayrıma maruz kaldığı gerçeğini değiştirmez. Bu

anlamda ona da, “bir zararın doğmuş olması şartına bağlı olmaksızın” tazminat imkânı tanınabilmelidir.

4. İşçilerin, sendikal ayrımcılık karşısında hak kazanacakları tazminatların hesaplanmasında işçinin çıplak ücreti göz önüne alınacaktır. Zira yasada giydirilmiş ücretin dikkate alınacağı durumlar özel olarak belirtilmiş, sendikal tazminat ya da nitelikli iş güvencesi tazminatı açısından ise böyle özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanımızca, özellikle sendikal nedenlere dayalı fesihlerin yoğunluğu göz önüne alındığında, sözkonusu tazminatların da giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması, yaptırımın caydırıcılığını bir nebze olsun arttıracak bir önlem olarak görülebilir. Bu anlamda, bahsedilen yönde bir yasa değişikliği sendikal ayrımcılığın önlenmesine katkıda bulunabilir.

5. Yasada, sendikal ayrımcılık karşısında hak edilebilecek tazminat miktarı asgari biçimde “işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmama kaydı” çerçevesinde belirlenmiştir. Ancak uygulamada mahkemeler, sözkonusu alt sınırı aşar miktardaki tazminatlara nadiren hükmetmektedir. Bu durum, yaptırımın caydırıcılığını olumsuz yönde etkilemekte, dolayısıyla ayrımcı işveren uygulamalarını en aza indirme çabası ve amacı ile bağdaşmamaktadır. Oysa yasa koyucunun tazminat miktarını asgari tarzda belirlemesindeki amaç, hakimin, somut olayın tüm verilerini değerlendirerek sonuca varmasını sağlamaktır. Bu noktada özellikle ayrımcı uygulamalarda bulunan işverenin mali durumunun göz ardı edilmemesi gerekir. Zira aksi bir durum, “parasını veririm hakkı ihlal ederim” tarzındaki söylemlerle daha sık karşılaşılması sonucunu doğurur ki bu kesinlikle kabul göremez.

6. TİS’leri ile sendikal tazminat miktarının arttırılabilmesi mümkündür. Bu sonuç iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler kadar güvence kapsamında yer alan işçiler bakımından da geçerlidir. Zira SK.m.31’de her ne kadar iş güvencesi hükümlerine yollama yapılmış olsa da, arttırılmış tazminat miktarı yine 31.madde içerisinde ve “az olamaz” ibaresine yer verilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu anlamda m.21/son’un mutlak emredici etkisi, nitelikli iş güvencesi tazminatı miktarı bakımından sözkonusu olamaz.

7. 4773 sayılı Yasa değişikliği sonrasında sendikal fesih halleri bakımından uygulanacak hükümlerde öngörülen farklılık, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin belli durumlarda yaptırımsız kalabilmesi sonucunu doğurmuştur. Zira yasa koyucu, sendikal feshe maruz kalmış olan ama işine geri dönmek istemeyen iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin söz konusu yöndeki iradesini göz ardı etmiştir. Bunun sonucu olarak, işine geri dönmek istemeyen işçi tazminat da alamayacak ve belki de kendisiyle aynı sendikal feshe maruz kalmış kapsam dışı bir işçi karşısında yaptırımsız bırakılmış olacaktır. Oysa işçiye dava sırasında tanınacak seçim imkânı sayesinde bahsedilen sakıncanın giderilebilmesi mümkün olabilecektir. Bu anlamda, en kısa zamanda yasada yapılacak bir değişiklik ile işçiye de seçim şansı tanıyan bir düzenlemeye yasada yer verilmelidir.

8. Yasada söz konusu tarzda yapılacak bir değişiklik, nitelikli iş güvencesi tazminatının icrasında işçinin yaşayabileceği olası güçlüklerin giderilmesi bakımından da isabet taşıyacaktır. Zira bu tarz bir değişiklik halinde, iş mahkemesinin tazminata ilişkin vereceği kararın tespit hükmü niteliği taşıması gerekmeyecektir. Böylelikle, nitelikli iş güvencesi tazminatına hak kazanmış bir işçinin sendikal tazminata hak kazanmış bir işçi karşısında, tazminatın icrası bakımından yaşayacağı zorluklar da giderilmiş olacaktır.

9. Bahsedilen yöndeki bir yasa değişikliği, sadece işine “geri dönmek istemeyen” işçinin yaptırımsız kalma rizikosunu gidermekte etkili olabilecektir. Oysa gerek mevcut yasal düzenleme gerekse olası bir yasa değişikliği halinde, işine geri dönmek isteyen bir işçinin de, sendikal fesihler karşısında yaptırımsız kalması söz konusu olmaktadır. Zira işe iade, sendikal ayrımcılığın değil, geçersiz feshin yaptırımıdır. Feshin “sendikal nedenlerden dolayı geçersiz olması” halini göz önüne alarak iş güvencesi tazminatı miktarını bu duruma uyarlayan yasa koyucu, işçinin işe geri dönmesi ihtimali için bu tarz bir özel düzenlemeye gitmemiştir. Kanımızca bu durum isabet taşımamaktadır. Zira herhangi bir geçersiz sebep ile sendikal hakların ihlaline dayanan bir geçersiz sebep aynı statüde yer almamalıdır. Bu anlamda işçi işine geri dönse hatta bunu kendisi istemiş olsa dahi ona, maruz kalmış olduğu sendikal ayrımcılığın yaptırımı olarak ayrıca bir tazminat hakkı tanınmalıdır.

10. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal fesih iddiası ile açacakları davalarda yaptırımsız kalma rizikoları bulunmamakta ancak bu noktada da sözkonusu işçiler için öngörülen yaptırım etkinliğinden bahsedilememektedir. İşletmenin büyüklüğü ve niteliği açısından gerekli olduğu ölçüde, bir grup işçinin iş güvencesi kapsamı dışında bırakılması hukuka aykırı değildir (ILO.m.2,5). Bu bağlamda getirilmiş otuz işçi ölçütü ise, orantılı nitelik taşımadığı için hukuka uygun görülemez. Dolayısıyla, hala bir grup işçinin, sendikal fesihlerde, “hukuka aykırı biçimde” etkin bir yaptırımdan mahrum bırakıldığını söylemek mümkündür. Sözkonusu ölçütün on işçi olarak belirlenmesi ise belirtmiş olduğumuz aksaklığın giderilmesinde etkili olabilecektir. Zira on işçiden az işçinin çalışmakta olduğu işyerlerinde çoğunlukla sendikal örgütlenmeye gidilmeyecek bu anlamda işe iade imkânından yararlanamayacak işçilerin oranı önemli ölçüde azalacaktır.

11. 4773 sayılı Yasa ile getirilen değişiklik, iş güvencesi kapsamında yer alan ve almayan işçilerin yaptırıma ulaşma yolları kadar yaptırıma ulaşma şartlarını da değiştirmiştir. Zira sendikal fesih hallerinde işe iade davası açan bir işçi, feshin sendikal nedenlere dayandığını ispatlamak zorunda kalacaktır. Buna karşılık kapsam dışındaki bir işçi, açmış olduğu sendikal tazminat davasında böyle bir yükümlülük altında olmayacak; feshin sendikal nedenlere dayanmadığını işveren ispatlayacaktır. Kanımızca, sözkonusu işçiler arasında yaratılmış bu ayrımın hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Bu anlamda olması gereken, genel kurallar çerçevesinde ispat yükünün işçide olacağını kabul etmek ancak işçiyi bu yük altında ezmemek, yani sendikal nedenlerin varlığı kanaatinin uyandığı noktada ispat yükünü işverene devretmektir.

12. SK.’nın 29.maddesinde sendika yöneticileri için isabetli olarak özel bir güvence öngörülmüş ancak isabetsiz biçimde bu güvence hukuki yaptırımdan mahrum bırakılmıştır. Bu durum karşısında Yargıtay bir hukuki yaptırım arayışına girmiş, sözkonusu yaptırımı ikame etmek için ihbar ve kıdem tazminatlarını kullanmış ancak varmış olduğu sonucu hukuksal bir gerekçeye bağlamamıştır. Yargıtay’ın bu tutumu, bazen kendi içinde çelişkiye düşmesi sonucunu da doğurmuştur. Bu anlamda en kısa zamanda m.29’da değişikliğe gidilmeli ve eski işine dönmek isteyen sendika

yöneticilerinin işe alınmaması hukuki yaptırıma bağlanmalıdır. Böyle bir yaptırımın belirlenmesinde ise, öngörölmüş güvencenin amacı göz önüne alınmalıdır.

13. 4773 sayılı yasa değışikliğı ile işyeri sendika temsilcileri için öngörölen güvence, diğeri işçilerin sahip olduğı güvence ile aynı düzeye getirilmiştir. Oysa işyeri sendika temsilcisinin gerçekleştirdiğı yoğun sendikal faaliyet ve paralelinde maruz kaldığı yoğun fesih tehdidi, onu diğeri işçilerden farklı kılmaktadır. Başka bir deyişle, temsilcinin daha özel bir güvenceye tabi kılınması gerektiğı açıktır. Ancak bu özel güvence belirlenirken temsilcinin iradesi de göz ardı edilmemeli yani işine dönmek istemeyen bir temsilci yaptırımsız bırakılmamalıdır. Bu anlamda işe iade davası açan temsilci işine iade edilse hatta bunu kendisi seçmiş olsa da ona ayrıca bir tazminat talep hakkı tanınmalı, işe iade edilmeme halinde ise tazminat en az iki yıllık ücret tutarı üzerinden belirlenmelidir. Söz konusu imkânlardan yararlanabilmesi için, temsilci bakımından iş güvencesi kapsamına ilişkin koşullar aranmamalıdır.

14. 274 sayılı SK' da 19.maddeye (şimdiki m.31) aykırı işveren uygulamalarının tamamı cezai yaptırıma bağlanmış iken, 2821 sayılı Yasada bu yaptırımların sadece işe almama haline özgülenmesi isabetli olmamıştır. Zira sendikal nedenlerle işe almama ne ölçüde kamu düzeni ile bağlantılı ise, işin devamında ve işe son vermede gerçekleştirilen sendikal ayrımcılıklar da aynı ölçüde kamu düzenini ilgilendirmekte ve cezai yaptırımla korunmayı hak etmektedir. Bu anlamda, yapılacak bir yasa değışikliğı ile söz konusu ayrımcılık halleri de cezai yaptırıma bağlanmalı, cezai yaptırımla desteklenen mevcut hukuki yaptırımlar sayesinde sendikal ayrımcılık güvencelerinin etkinliğı arttırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKI, Erol / ALTINTAŞ, H.Olcay / BAHCIVANLAR, İbrahim:** Uygulamada İş Güvencesi, 1.Bası, İstanbul 2005.
- AKI, Erol :** İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- AKTAY, A. Nizamettin / ARICI, Kadir/KAPLAN-SENYEN, E.Tuncay:** İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 2007.
- AKYİĞİT, Ercan :** İş Hukuku, Ankara 2008.
- ALPAGUT, Gülsevil :** İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, 3.Yılında İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum.
- ALPAGUT, Gülsevil :** İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Erdirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11.Yıl Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 (Sözleşmesel Kayıtlar).
- ALPAGUT, Gülsevil :** İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? (Karar İncelemesi), Sicil İHD, S.4, Aralık 2006 (Sosyal seçim).
- ALPAGUT, Gülsevil:** HGK. 4.2.1998 E.1998/9-46 K.1998/11 Sayılı Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C.12, S.3, Mayıs 1998.
- BAKIRCI, Kadriye:** İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötü Niyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi Sicil İş Hukuku Dergisi, C.1, S.2, İstanbul 2006.
- BAŞTERZİ, Süleyman:** 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi, Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.
- BAYRAM, Fuat:** Sendikal Fesih Karinesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.12,2006.
- BİLGİLİ, Abbas :** Fesihten Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki 4 Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.12, 2006.

BİLGİLİ, Abbas : İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, Adana 2005.

BOZKURT, Argun : İş Yargılaması Usul Hukuku, 2.Bası, Ankara 2003.

CANİKLİOĞLU, Nurşen : Sosyal Hukukta Ayrımcılık Olarak Değerlendirilebilecek Düzenlemeler ve Mağduriyetin Giderilebilmesi İçin Başvurulabilecek Yollar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.

CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat : 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004.

CENTEL, Tankut: İş Hukukunda Ücret, Türkiye Denizciler Sendikası Yayınları, İstanbul 1988.

CEVİZCİ, Ahmet: Felsefe Sözlüğü, İstanbul 2005.

ÇALIK, Şefik: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul 2005.

ÇANKAYA, Osman Güven / GÜNAY, Cevdet İlhan / GÖKTAŞ, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006.

ÇELİK, Nuri: İşletmenin İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Aralık 2006 (Eşit Davranma).

ÇELİK, Nuri : İşyeri Gerekleri ile İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Geçerli Sebebi İspatlama ve Çıkarılacak İşçinin Seçiminde Objektif Davranma Yükümlülüğü (Karar İncelemesi), Batider, C.XXIV, S.2, 2007.

ÇELİK, Nuri: İş Güvencesi - Kötü Niyet Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:5, S.10, 2006/2 (Tazminat İlişkisi).

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20.bası, İstanbul 2007 (İş Hukuku).

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku II, Kolektif İş Hukuku 1, İstanbul 1979 (Kolektif İş Hukuku).

ÇELİK, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.14, 2007 (Tazminatlar).

ÇELİK, Nuri: Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Bu Hakkın Sözleşmelerle Sınırlandırılması Konusunda Uygulamalar, Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997.

- ÇELİK, Nuri:** İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004 (Değerlendirme).
- ÇİL, Şahin:** 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008 (Etkiler)
- ÇİL, Şahin:** Sendikal Tazminat (Karar İncelemesi), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.6, 2005.
- DEMİR, Fevzi:** İş Hukuku ve Uygulaması, 3. bası, İzmir 2003.
- DEMİR, Fevzi:** Sendikal Örgütlenmenin Önündeki Hukuksal Engeller, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006 (Sendikal Örgütlenme).
- DEMİR, Fevzi:** Sendikalar Hukuku, İstanbul 1989 (Sendikalar).
- DEMİR, Fevzi:** Sorularla Toplu İş Hukuku, C.2, Ankara 2006 (Sorularla).
- DEMİR, Fevzi :** İşverenin Sendika Temsilciliği, Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001 (Sendika Temsilciliği).
- DEMİR, Fevzi :** İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007 (Değerlendirme).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra :** İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, S.4, 2006 (Ayrımcılık Yasağı).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra :** Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.7, 2005 (Metodoloji).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra :** 'İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin Yargıtay Kararının Düşündürdükleri', Sicil İş Hukuku Dergisi, C.1, S.2, İstanbul 2006 (Eşit Davranma Borcu).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra :** Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş Dergisi, C.6, S.4, 2002 (Kadın-Erkek Eşitliği).
- DÖNMEZ, Kazım Yücel:** İş Hukukunda Tazminatlar, 2.bası, Ankara 2008.
- DURAN, Abdurrahman:** Yargıtay Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesi, Geçersiz Sebep ile Yapılan feshin Sonuçları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.3, 2004.

- EKMEKÇİ, Ömer / UÇUM, Mehmet** : İş Güvencesi Tazminatı Gelir Vergisi Kesintisine Tabi midir?, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.9, 2006.
- EKMEKÇİ, Ömer:** Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004.
- ENGİN, Murat:** İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 03-04.6.2006 günlü Toplantı ve Tebliğ Tartışmaları, İstanbul 2007 (İspat)
- ENGİN, Murat:** İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003
- ENGİN, Murat:** İşe İade ve Uygulama Sorunları, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, Seminer Notları, İstanbul 2005 (İşe İade).
- ENGİN, Murat:** İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.2, 2004 (Ücretsiz İzin).
- ERGİN, Berrin:** Sendika Yöneticilerinin Yeniden İşe Alınmaları ve Kıdem Tazminatı Hakları, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997.
- ERTÜRK, Şükran:** 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006 (Süreli Fesih)
- ERTÜRK, Şükran:** İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.13, 2007 (Sendika Temsilciliği).
- ERTÜRK, Şükran:** İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002 (Temel Haklar).
- EVREN, Öcal Kemal** : 'İş Güvencesi Tazminatı', Terazi Hukuk Dergisi, C.2, S.15, Kasım 2007.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim:** Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
- EYRENCİ, Öner:** Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984 (Sendikalar).
- EYRENCİ, Öner:** Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005 (Toplu İşçi Çıkarma).
- GEREK, Nüvit** : 'Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmada İmza Tarihi ile Yürürlük Tarihi Arasında Sendika Üyesi Olanların Durumu', TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.15, s.5, Ağustos 1999.

GÜLER, Mikdad : Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.2, 2004 (Karar İncelemesi).

GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, 4.bası, Ankara 2005.

GÜNAY, Cevdet İlhan: Sendikalar Kanunu Şerhi, Ankara 1999 (Sendikalar).

GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Davaları, Ankara 2008 (İş Davaları).

GÜZEL, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004 (İş Güvencesi).

GÜZEL, Ali : İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenlerle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005 (Son Çare İlkesi).

İNCE, Ergun: Toplu İş Hukuku, Açıklamalı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi ve Lokavt Yasaları, İstanbul 1983.

İNCEOĞLU, Sibel: Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4, 2006.

KABAKÇI, Mahmut : İşe İade Davasında İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan İşçilik Haklarının Talep Edilmesi(Karar İncelemesi), İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.4, 2003.

KAR, Bektaş: İş Güvencesi Kavramı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.6, 2005.

KAYA, Pir Ali: AB ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Ankara 2007 (Eşitlik İlkesi)

KAYA, Pir Ali: Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri, Mercek Dergisi, S.38, Nisan 2005 (Eşitlik).

KESER, Hakan: 4857 sayılı İş Kanunu ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31. Maddesi Kapsamında İş Uyuşmazlıklarında Tarafların İspat Yükümlülükleri, www. calisma.org (İspat Yükü).

KESER, Hakan: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.3, 2004 (Eşitlik).

KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.

- KILIÇOĞLU, Mustafa:** Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, İstanbul 2007.
- KOÇ, Muzaffer:** Tüm Yönleriyle İş Güvencesi, Ankara 2005.
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder :** Medeni Usul Hukuku, 18.bası, Ankara 2007.
- KUTAL, Metin :** İş Güvencesinin İktisadi ve Sosyal Etkileri Üzerine Bazı Düşünceler, Münir Ekonomiye 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993 (İş Güvencesi).
- KUTAL, Metin :** Sendika Üyeliği, Yöneticiliği ve Temsilciliğinin Güvencesi, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXXVIII, S.1, Nisan 1981 (Sendikal Güvenceler)
- KUTAL, Metin :** Sendikacılık Faaliyetleri Nedeniyle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisat Maliye Dergisi, C.XXV, S.1, Nisan 1978 (Sendikacılık Faaliyetleri).
- KUTAL, Metin:** Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu-Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar-, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000 (Hukuki Gelişmeler).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi:** İş Hukuku, 2.bası, Ankara 2005.
- NARMANLIOĞLU, Ünal:** Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Sempozyumu, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002 (Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği).
- NARMANLIOĞLU, Ünal:** İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi (Karar İncelemesi) , Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.5, 2005 (Sendikal Tazminat).
- NARMANLIOĞLU, Ünal:** İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.
- OKUR, Zeki:** İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü, Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005 (İspat Yükü).
- OKUR, Zeki:** Türk Hukukunda İşçinin Bireysel Sendika Özgürlüğü ve Korunması, İstanbul 2003 (Yayınlanmamış Doktora Tezi) (Sendika Özgürlüğü).
- ONARAN YÜKSEL, Melek:** Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.
- ÖZDEMİR, Cumhur Sinan:** Sendikalar Kanunundan Doğan Haklarımız, Ankara 2006.

- ÖZDEMİR, Erdem** : Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet Yargıtay'ın İki Kararına İlişkin İnceleme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.5, 2005 (Karar İncelemesi).
- ÖZDEMİR, Erdem**: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006 (İspat Yükü).
- ÖZDEMİR, Erdem**: İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof.Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul 2001(Disiplin Cezaları).
- ÖZDEMİR, Erdem**: İşverenin Bildirimli Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi ile Sınırlandırılması', Argumentum, S.58, Yıl: 9-11 (Sınırlamalar)
- ÖZDEMİR, Erdem**: İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu ile Sınırlandırılması, TUHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.15, S.1, Ağustos 1998 (Disiplin Kurulu).
- ÖZEKES, Muhammet** : Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005 (İşe İade Davaları).
- ÖZVERİ, Murat**: Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.8, 2005.
- ÖZVERİ, Murat**: Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Bir Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007 (Karar İncelemesi).
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet**: Medeni Usul Hukuku Esasları, 6.Bası, Ankara 2007.
- SARIBAY, Gizem**: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007.
- SOYER, Polat** : Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları', İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005.
- SUBAŞI, İbrahim** : İşçi Kuruluşu Yöneticiliği ve Güvencesi, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000.
- SUBAŞI, İbrahim**: İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı ile Sendikal Tazminat İlişkisi (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, 2005/1.
- SÜMER, Haluk Hadi** : Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi (Karar İncelemesi), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul 2001.

- SÜMER, Haluk Hadi:** İş Hukuku, 12.bası, Konya 2006 (İş Hukuku).
- SÜMER, Haluk Hadi:** İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997.
- SÜZEK, Alper:** İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1979 (Kötüye Kullanma)
- SÜZEK, Sarper:** İşverenin Yönetim Hakkının Sınırları, Metin Kutsal'a Armağan, Ankara 1998 (Yönetim Hakkı) .
- SÜZEK, Sarper:** İş Hukuku, 3. bası, İstanbul 2006 (İş Hukuku).
- SÜZEK, Sarper:** İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Kamu-İş Dergisi, C.6, S.4, 2002 (Sınırlamalar).
- ŞAHLANAN, Fevzi :** Türk Hukukunda İşçi ve İşverenlerin Örgütlenme Hakkı, Sınırları, Sorunları, Prof.Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001 (Örgütlenme Hakkı).
- ŞAHLANAN, Fevzi :** İş Güvencesi Sistemi İçerisinde Sendikal Tazminat(Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2006 (Sendikal Tazminat).
- ŞAHLANAN, Fevzi:** Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995 (Sendikalar).
- ŞEN, Ersan :** Yeni TCK. Yorumu, C.I, İstanbul 2006.
- TAŞKENT, Savaş:** İşyeri Sendika Temsilciliği, Münir Ekonomi'ye 60.Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993 (Sendika Temsilciliği) .
- TUĞ, Adnan:** Sendikalar Hukuku, Ankara 1992.
- TUNCAY, Can :** İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi', İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 03.04.2006 günlü Toplantı ve Tebliğ Tartışmaları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 (Makale).
- TUNCAY, Can:** İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975 (Sendika Üyeliği).
- TUNCAY, Can:** Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999 (Toplu İş Hukuku).
- TUNCAY, Can:** İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982 (Eşit Davranma).
- TUNÇOMAĞ, Kenan :** Sendika Özgürlüğü, İstanbul Barosu Dergisi, C.XLV, S.3-4, 1971.
- TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut :** İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005.
- UÇUM, Mehmet :** İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005 (İş Güvencesi).

UÇUM, Mehmet : ‘İşe İade Taleplerinde Dava Açma Sürecinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar’, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.4, 2004 (Dava Açma Süresi).

UÇUM, Mehmet : ‘Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması’, İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Sempozyumu, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002 (Toplu İş Hukuku)

UÇUM, Mehmet : Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003 (Seminer Notları).

ULUCAN, Devrim : 4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003 (Öneriler).

ULUCAN, Devrim : İş Güvencesi, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2.bası, İstanbul 2003 (İş Güvencesi).

UŞAN, Fatih : İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?’(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Not), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,S.8, 2005.

ÜNSAL, Engin : Sendika Özgürlüğü ve Uluslararası Çalışma Örgütü ile T.C. Hükümeti İlişkileri, İstanbul 2003.

YILDIZ, Gaye Burcu : İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.11, 2006.

YÜREKLİ, Sabahattin : İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 2004.