

6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler

Ercüment ÖZKARACA*

Özet: 7 Kasım 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile toplu iş ilişkileri düzeninde yeni bir dönem başlamıştır. Söz konusu Kanun, Avrupa Birliği ve ILO sözleşmeleri ile mevzuatımızı uyumlu hale getirmeye ve uygulamada karşılaşılan bazı sorunları çözmeye odaklanmıştır. Sendikal güvencelere ilişkin getirilen düzenlemeler de bu anlamda 6356 sayılı Kanunun getirdiği esaslı değişikliklerden bir tanesi olarak göze çarpmaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda sırasıyla işçi kuruluğu yöneticilerinin güvencesi, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi ve genel anlamda sendika özgürlüğünün güvencesi mülga 2821 sayılı Kanunda yer alan hükümlerle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, işçi kuruluğu yöneticilerinin güvencesi, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi, sendika özgürlüğünün güvencesi, amatör sendika yöneticisinin güvencesi, profesyonel sendika yöneticisinin güvencesi.

Union Guarantees In The Code Numbered 6356

Abstract: The Code of Trade Union and Collective Bargaining numbered 6356, which came into force on 7 November 2012, ushered a new era in the collective bargaining regime. The Code has focused on the harmonisation of the regulations with European Union Law and ILO conventions, and the solution of the problems occurring in practice. The new regulations about the union guarantee are one of the most substantive changes in this direction. Within this scope, the guarantees of employee organisation executives, the trade union workplace representative and trade union freedom in general have been respectively examined by comparison with the regulations in the abolished Code numbered 2821.

Keywords: Code of Trade Union and Collective Bargaining numbered 6356, guarantee of employee organisation executives, guarantee of trade union workplace representative, guarantee of trade union freedom, guarantee of amateur trade union executive, guarantee of professional trade union executive,

* Yrd. Doç. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim dalı Öğretim Üyesi

Giriş

2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, uygulamada sosyal tarafları memnun etmediği gibi, ülkemizin Avrupa Birliği ile yürüttüğü müzakere sürecinin sürdürülmesinde bir engel olarak karşısına çıkmış, ayrıca yine ülkemizin onayladığı Sözleşmelere aykırılıklar taşıdıkları gerekçesiyle Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından da sürekli eleştiri konusu yapılmıştır. Bu olumsuzlukları gidermek amacıyla hazırlanan Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı, 18.10.2012 tarihinde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu adı ile TBMM'de kabul edilmiş ve 07.11.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹.

Kanun Tasarısını tali komisyon olarak görüşen TBMM Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'nun Raporunda belirtildiği üzere, "...2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu"nun yerini alacak olan bu düzenleme, Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nda 19'uncu Fasl olan Sosyal Politika ve İstihdam Faslı kapsamında çıkarılması taahhüt edilen düzenlemelerden birisidir. Avrupa Birliği ile ülkemiz arasında devam eden müzakereler çerçevesinde 19'uncu Faslın müzakereye açılabilmesi için Avrupa Birliği tarafından bildirilen iki adet açılış kriterinden ilki, özellikle örgütlenme, grev ve toplu sözleşme hakkı açısından, sendikal hakların Avrupa Birliği ve ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ile uyumlu olmasının sağlanmasıdır. Bunun için de ülkemizin mevcut kısıtlamaları ortadan kaldırması ve kamu ve özel sektörü de kapsamak üzere, bu alanda tamamen gözden geçirilmiş bir mevzuatı kabul etmesi gerekmektedir."² Kanunun bütünü itibarıyla Avrupa Birliği ve ilgili ILO Sözleşmeleri ile uyumlu olmasının sağlanması amacını yerine getirip getirmediği, kapsamlı bir incelemeyi gerektirmekle birlikte, genel olarak bu amaca ulaşamadığı söylenebilecektir³.

İncelememizde Kanunda esaslı olarak değişikliklerin yapıldığı alanlardan bir tanesi olan sendikal güvencelere ilişkin düzenlemeler değerlendirilecektir (m.23, 24, 25, geç.m.5). Sendikal güvenceler yedi bölümden oluşan Kanunun güvencelere özgülenmiş dördüncü bölümünde düzenlenmiş olup, bu bölüm üç maddeden oluşmaktadır. Kanunun 23. maddesinde işçi kuruluşu yöneticiliğinin, 24. maddesinde işyeri sendika temsilciliğinin, 25. maddesinde ise genel olarak sendika özgürlüğünün güvencesi düzenlenmiştir. Kanunun geçici 5. maddesinde ise,

¹ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, RG., 07.11.2012, 28460.

² 22.02.2012 tarihli TBMM Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'nun Raporu, Esas No: 1/567 Karar No: 8.

³ Bu konuda bkz. (Canbolat, 2012a:8). Kanunun toplu iş sözleşmesi ve toplu iş uyuşmazlıklarına ilişkin hükümlerinin uluslararası normlara uyum açısından değerlendirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. (Alpagut, 2012:26 vd.). Kanunda yer alan birçok düzenlemenin ILO ve AB normlarının gerisinde kaldığı, reforma olmaktan çok yeni bir tedrici düzenleme mahiyetinde olduğu yönünde, (Canbolat, 2012b: 194).

Kanunun yayımlanmasından önce sendika yöneticisi seçilmeleri nedeniyle iş sözleşmelerini feshederek işyerinden ayrılmış durumda olan kişilerin durumu düzenlenmiştir. Sendikal güvenceler altı kısımdan oluşan 2821 sayılı Sendikalar Kanununda da ayrı bir bölüm olarak İkinci Kısımın “Teminatlar” başlıklı üçüncü bölümünde aynı sıra ile 29, 30 ve 31. maddelerde düzenlenmiştir.

6356 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerin, bu kapsamda bugüne kadarki uygulamada yapılan değişikliklerin daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, incelememizde sendikal güvenceler konusunda 2821 sayılı Kanunda öngörülen düzenlemelere ve o dönemde Yargıtay tarafından kabul edilen esaslara da kısaca değinilecektir.

Çalışmamızda yapacağımız yorumlara dayanak olabilmesi açısından, Kanunun gerekçesinde çıkarılış amacı konusunda kullanılan ifadelere de yer vermek gerekir. Genel gerekçeye göre, “...2821 ve 2822 sayılı kanunlarla Türk sendikacılığını ve dolayısıyla toplu sözleşme düzenini daha ileriye taşımak mümkün değildir. Dahası bu kanunlarda yapılan kısmi değişiklikler bir bütünlük arz etmediğinden uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde yeteri kadar başarılı olamamıştır. Çoğu zaman özgürlükçü bir yaklaşımla getirilen bu değişiklikler kanunların değiştirilmeyen diğer maddeleri içinde anlamsız hale gelmiştir. Dolayısı ile yapılması gereken Türk endüstri ilişkileri sistemini ileri taşıyan, çağın değerlerini yansıtan ve aynı zamanda Türk çalışma hayatının sorunlarına köklü çözüm getiren uzun soluklu bir kanun yapmaktır.

Belirtilen gerekçelerle bu Kanun, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepkiyi dikkate alarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını; özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlemektedir. Kuşkusuz ILO normları, Türkiye'nin AB'ye üyelik perspektifi, çalışma hayatının yapısal sorunları, yargı içtihatları ve doktrindeki eleştiriler Kanunun hazırlık safhasında dikkate alınmıştır. Ayrıca daha önce hazırlanan tasarı ve tekliflerden de yararlanılmıştır.

Türkiye'nin ILO'ya üye olduğu 1932 yılından günümüze değin, sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları, Türkiye-ILO ilişkilerinde belirgin rol oynamıştır. Mevcut düzenlemeler nedeniyle, özellikle 1980 sonrası ülkemiz, ILO'nun denetim mekanizmasının etkisiyle uluslararası alanda hak etmediği muameleye maruz kalmıştır. Bu durumun farkında olarak, Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, 87 ve 98 No.'lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Sendika kurma, sendikaya üyelik, sendika yöneticisi olma, sendikal güvenceler, sendikal faaliyetler, sendikaların işleyişleri, denetimleri, serbest toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.'lu sözleşmeler paralelinde düzenlenmiştir. Kanunda, Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının örgütlenme hakkını düzenleyen 5 inci Maddesi ile toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını düzenleyen 6 ncı Maddesi başta olmak üzere birçok hükmü de dikkate alınmıştır... Bu Kanunla, sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık hakkı ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü, evrensel ilkeler dikkate

alınarak düzenlenmiştir.”⁴. Görüldüğü gibi, genel olarak gerekçede sendikal özgürlüklerin uluslararası normlar ışığında mevcut halinden daha ileriye götürüldüğünden söz edilmektedir.

İşçi Kuruluşu Yöneticilerinin Güvencesi

2821 sayılı Sendikalar Kanunu Dönemi

2821 sayılı Sendikalar Kanununda, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin yönetici sıfatını taşıdıkları belirtilmesine karşın (m.9/VII), “*İşçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin teminatı*” başlıklı 29. maddede, sadece sendikaların, sendika şubelerinin ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçilere (profesyonel sendika yöneticilerine) bir güvence tanınmış, denetim kurulu üyeleri güvencenin kapsamı dışında bırakılmıştı. İşçi kuruluşlarının yönetim kurullarında görev almakla birlikte, işyerindeki çalışmasını sürdüren işçilere (amatör sendika yöneticilerine) 2821 sayılı Kanunda özel bir güvence öngörülmemiştir.

2821 sayılı Kanunda, işçi kuruluşlarının yönetim kurulunda görev aldığı için işyerinden ayrılan işçilerin, yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymemiş olmaları kaydıyla, bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle⁵ son bulması halinde, yöneticilik görevinin sona ermesinden başlayarak üç ay içinde ayrıldıkları işyerinde işe yeniden alınmalarını istedikleri takdirde, işverenin talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorunda olduğu; bu takdirde işçinin eski kıdem hakları ve ücretinin saklı kalacağı öngörülmüştü.

Görüldüğü gibi, Kanunda işverenin yöneticilik görevi sona eren işçiyi işe almak zorunda olduğu belirtilmiş, ancak bu zorunluluğa uyulmaması halinde uygulanacak yaptırım konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. Kanunda sadece bu yükümlülüğe aykırı davranan işverene uygulanacak cezai yaptırım konusunda açıklık bulunmaktaydı (m.59/II). Bu dönemde Yargıtay değişik doğrultuda çeşitli kararlar verdikten sonra, 29. maddedeki güvencenin tam işlerliği için hukuki yaptırım bulunduğu kabulü gerektiği, maddeye aykırılık halinde işçinin kıdem ve ihbar tazminatına (hukuksal yaptırımın parasal gereklerine) hak kazanacağı sonucuna

⁴ TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı 197, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları (1/567), 4-5.

⁵ Kanunda sayılmamakla birlikte şubenin/sendikanın birleşmesi/kapanması gibi hallerin de güvenceye imkan tanıdığı yönünde, (Akyiğit, 2012:7).

varmıştı⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun o dönemde verdiği bir karara göre, "...yasanın amaçladığı teminatın tam işlerliği için cezaî yaptırımın yanında hukukî yaptırımın da öngörüldüğünün kabulü zorunluluğu doğmaktadır. Nitekim yasakoyucunun güttüğü amaca uygun düşen bu yorum tarzı madde metnine ilave olunan "zorundadır" sözcüğüne de tamamıyla uygun düşmektedir. Şu durum karşısında 2821 sayılı yasanın 29. maddesine aykırı hareket halinde davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağıının kabulünde duraksamaya yer olmamalıdır."⁷.

Yargıtay, söz konusu cezaî ve hukukî yaptırımların dışında aynen ifa şeklinde bir karar verilemeyeceğini kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "Mahkemece,...işe alınmama davalının feshi olarak değerlendirilerek, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmiştir. İşçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümleri uyarınca feshin geçersizliğini isteyebilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi gerekir. ...buradaki zorunluluk hali, sadece ceza-i ve hukukî yaptırımla sınırlıdır. Bunlar dışında Yasa'da ifaya yönelik her hangi bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle sendikal görevi sona eren ve süresinde işe başlatılması için işverene başvuran işçinin işveren tarafında işe alınmamış olması mahkemece işe başlatılması şeklinde ifaya yönelik hüküm kurulması gerektirmez. Zira ortada bir işveren feshi bulunmamaktadır..."⁸.

⁶ 2821 sayılı Sendikalar Kanunu döneminde sendika yöneticilerinin güvencesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. (Çelik, 2012:432 vd.); (Sur, 2011:66 vd.); (Demir, 2009:498 vd.); (Tunçomağ/Centel, 2008:282-283); (Tuncay, 2010:61 vd.); (Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 2012: 301 vd.); (Narmanlıoğlu, 2012:205 vd.); (Ergin, 1997:174 vd.); (Şakar, 2011:344-345); (Sümer, 2001:1653 vd.); (Şen, 2008:88vd.); (Akyiğit, 2012:5 vd.); (Günay, 1997:9 vd.); (Subaşı, 2000:529 vd.).

⁷ Yarg. HGK, 04.02.1998, E. 1998/9-46 K. 1998/11 ve *G.Alpagut*'un incelemesi, Çimento İşveren, Mayıs 1998, C.12, S.3, 23-32. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne göre de, "...Bu düzenleme ile sonradan işe alınmada, sendika eski yöneticisine bir güvence getirilmiştir. Bu durumda sendika yöneticisinin işe alınmamasının hukukî yaptırım olarak ihbar ve kıdem tazminatlarından sorumlu tutulması Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4.2.1998 tarihli Esas no :1998/9-46, Karar No:1998/11 sayılı kararında belirtildiği üzere 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 29. maddesinde yer alan "zorundadır" sözcüğü gereği olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece yapılacak iş, davacının davalı işyerinde çalışıp ve sendikada görev almak suretiyle ayrıldığı tarihe kadar geçen hizmeti kıdemine göre sendika yöneticiliğinden ayrılıp işverene başvurduğu tarihle emsal kıdemde ve görevdeki işçiye ödenmesi gereken ücret, baz alınarak hesaplanacak kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınmasından ibarettir.", (Yarg. 9. HD, 09.06.1998 E. 1998/3326 K. 1998/10120, www.kazanci.com). Sanki iş sözleşmesi kurulmuş ve işverence feshedilmiş gibi feshin sonuçlarına hükmedilen bu içtihadın, iş sözleşmesinin yeniden kurulduğuna ilişkin bir açıklık taşımaması yönüyle tatmin edici olmadığı hususunda bkz. (Çelik, 2012:435-436); (Dereli, 2013:51); (Tuncay, 2010:66-67); (Sur, 2011:72-73); (Subaşı, 2000:550-551, 557).

⁸ Yarg. 9. HD, 14.06.2010, E. 2009/22962 K. 2010/18561. Kararın değerlendirilmesi için bkz. *Odaman*, Serkan/*Karaçöp*, Eda: Görevi Sona Eren Sendika Yöneticisi İşçinin Sendikalar Kanunu m.29 Çerçevesinde Başvurusuna Karşın İşverence İşe Başlatılmamasının Hukuksal Yaptırımına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Sicil, Eylül 2011, S. 23, 183 vd. Aynı yönde, Yarg. 9. HD, 23.7.2009, E. 2009/19629 K.

6356 sayılı Kanunda Öngörülen Düzenlemeler

Yönetici kavramı

İşçi kuruluşu yöneticilerine tanınan güvenceden kimlerin yararlanabileceğini tespit edebilmek için öncelikle yönetici kavramının açıklığa kavuşturulması gerekir. 2821 sayılı Kanundan farklı olarak, 6356 sayılı Kanunda sadece kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerinin yönetici sayılacağı öngörülmüş, denetim kurulu üyeleri yöneticiler arasında sayılmamıştır (m.2/I,i). Ancak denetim kurulu üyelerinin yönetici tanımı içinde yer almamış olmaları, profesyonel sendika yöneticilerine tanınan güvenceden yararlanacakların kapsamında eskiye oranla herhangi bir daralmaya neden olmamıştır. Zira yukarıda açıklandığı üzere, 2821 sayılı Kanun döneminde de, denetim kurulu üyeleri yönetici sayılmalarına ve 29. maddenin başlığında da işçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin teminatı ibarelerinin yer almasına rağmen, 29. madde metninde sayılmadıkları için denetim kurulu üyelerinin yöneticilik güvencesinden yararlanmaları mümkün olmamıştır.

6356 sayılı Kanunda, güvenceden yararlanan sendika yöneticilerinin kapsamında bu anlamda bir genişleme yapılmamakla birlikte, daha önce özel bir güvenceden yararlanmayan amatör sendika yöneticileri de güvenceye kavuşturulmuştur. Hatta amatör yöneticilere, yani işçi sendika ve şubesi veya konfederasyon yönetim kurulunda görev almasına rağmen işyerindeki çalışmasını sürdüren yöneticilere, yönetici olduğu için işyerinden ayrılan yöneticilerden daha etkili bir güvence tanınmıştır. Gerçekten, “İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi” başlıklı 23. maddede, madde metninde de belirtildiği üzere, yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçilere tanınan haklar düzenlenmiştir. İşyerinde çalışmasını sürdüren yöneticiler ise, aşağıda incelenecek olan işyeri sendika temsilcilerine tanınan güvenceden yararlanacaklardır (m.24/V).

Belirtelim ki, 6356 sayılı Kanunda, 2821 sayılı Kanundan farklı olarak yöneticilik güvencesinden yararlanacaklar arasında sendikaların, sendika şubelerinin ve konfederasyonların başkanlığında görev alanlardan ayrıca söz edilmemiş olması bir farklılık yaratmayacaktır. Başkanlık sıfatı yönetim kurulu üyeliğini de kapsadığından, başkanlık görevinde bulunanlar da güvenceden yararlanabileceklerdir⁹.

Kanunda terminoloji açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, 23. maddenin başlığında “İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi”, birinci fıkrasında “İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için”, ikinci fıkrasında “sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi”, üçüncü fıkrasında ise, “Yukarıda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisi” ibareleri ile farklı kişilerin kastedilip edilmediğidir. Kanunda, kuruluş ibaresi sendika ve konfederasyonları ifade etmek amacıyla kullanılmıştır (m.2/I,g). Yönetici ise, yukarıda belirtildiği gibi, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyeleri olarak tanımlanmıştır (m.2/I,i).

2009/22534, www.kazanci.com.

⁹ Aynı yönde, (Akyiğit, 2012:16).

Kanaatimizce maddede yönetici olarak ifade edilen kişiler, işçi sendika ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin yönetim kurulu üyeleri olup, maddede düzenlenen bütün haklardan bu yöneticilerin tümünün yararlanması mümkündür. Maddenin başlığında ve birinci fıkrasında kullanılan işçi kuruluşu ifadesi, sendika şubelerini de kapsayacak şekilde anlaşılmalı¹⁰ ve ikinci fıkradaki sendika ibaresi konfederasyonu da kapsayacak şekilde; üçüncü fıkradaki sendika yöneticisi ibaresi de, sendika, sendika şubesi ve konfederasyon yöneticilerinin tamamını ifade etmek amacıyla kullanılmış olarak kabul edilmelidir. Bizim çalışmamızda kullandığımız yönetici, işçi kuruluşu yöneticisi, sendika yöneticisi ibareleri de aynı şekilde anlaşılmalıdır.

2821 sayılı Kanunda olduğu gibi (m.14/XIV), 6356 sayılı Kanunda da, kuruluşların genel kurul dışındaki zorunlu organlarına seçilebilmek için kurucularda aranan şartlara sahip olunması arandığından, yöneticilerin 6. maddede sayılan kuruculuk şartlarını taşıması gerekir (m.9/III). Kuruculuk şartlarına bakıldığında, eskisinden farklı olarak, Türk vatandaşı olma, Türkçe okur-yazar olma¹¹, sendikanın *kurulacağı işkolunda* fiilen çalışma koşullarının kaldırıldığı ve kuruculuğa engel suçlar kategorisinin oldukça daraltıldığı görülmektedir. Kanaatimizce Kanunda sadece fiilen çalışma biçiminde ifade edilen koşulun da eski düzenlemede olduğu gibi sendikanın kurulacağı işkolunda fiilen çalışma olarak düzenlenmesi gerekirdi¹².

Yöneticilik görevinin ne şekilde sona erdiği, yöneticilere tanınan güvenceden yararlanıp yararlanamama veya güvencenin kapsamı açısından önem taşıdığından,

¹⁰ Nitekim Kanun hazırlık çalışmaları incelendiğinde de aynı sonuca varılacaktır. Gerçekten, gerek Hükümetin teklif ettiği Tasarıda gerek Alt Komisyon'un kabul ettiği metinde, m.23/I'de "İşçi kuruluşu *yönetim kurulunda* görev aldığı için..." ibarelerinin kullanılmış olması nedeniyle, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunda şube yöneticilerinin güvenceden yararlanmayacağı şeklinde tereddüt oluşmuş ve bu tereddüdü gidermek amacıyla bu ibare "İşçi kuruluşunda *yönetici* olduğu için" şeklinde değiştirilerek şube yöneticilerinin de kapsamda olduğu vurgulanmak istenmiştir. Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporuna göre, "*Alt Komisyon Metninin; 23 üncü maddesi; kuruluş kavramının sadece konfederasyon ve sendikaları kapsayacak şekilde tanımlanmış olması nedeniyle şube yönetim kurulunda görev alanların iş sözleşmelerinin askıya alınmayacağına ifade edilmesi üzerine, birinci fıkrasının birinci cümlesindeki "yönetim kurulunda görev aldığı" ifadesinin, tanımlar maddesindeki yönetici tanımının şube yönetim kurulu üyelerini de kapsamı dikkate alınarak "yönetici olduğu" şeklinde değiştirilmesi...suretiyle kabul edilmiştir.*", bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı 197, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları (1/567), 91.

¹¹ Türkçe okur-yazar olma koşulunun kaldırılmasının isabetli olmadığı konusunda bkz. (Canbolat, 2012b:198). İşyeri sendika temsilcisinin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevler dikkate alındığında, Türkçe okur yazar olma koşulunun yeterli olmadığı, en az ilköğretim seviyesinde bir eğitimin tamamlanmış olmasının aranması gerektiği yönünde, (Ertürk, 2007:14).

¹² Bu konuda bkz. **Ulucan ve Nazlı**, 2011:1672. Sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda fiilen çalışıyor olmak gerektiği hususunda bkz. (Akyiğit, 2013:364).

Kanunda öngörülen yöneticiliğin sona erme hallerine de değinmekte yarar bulunmaktadır. Kanunda, kuruculuk koşullarına sahip olmayan birinin yönetici olarak seçilmesi halinde, bunu tespit eden Valiliğin veya Bakanlığın başvurusu üzerine mahkemenin, bu kişinin görevine son vereceği ve bu husustaki mahkeme kararının kesin olduğu düzenlenmiştir (m.9/III). Kuruculuğa engel bir suçtan mahkum olan birine kuruluş organlarında görev verilmesi, 6356 sayılı Kanunda bir faaliyeti durdurma sebebi olmaktan çıkarılmıştır¹³.

Kanunda yer verilen 2821 sayılı Kanuna (m.9/VIII) paralel bir düzenlemeye göre, genel kurul dışındaki organlara seçilenlerin 6. maddede sayılan suçlardan biri ile mahkum olmaları halinde görevleri kendiliğinden sona erer (m.9/V). Bu durumda, seçildikten sonra kuruculuğa engel bir suçtan mahkum olanların görevi kendiliğinden sona erecek; mahkum olmalarına rağmen kuruluşların genel kurul dışındaki organlarına seçilenler hakkında ise m.9/III'te öngörülen, valiliğin veya Bakanlığın başvurusu üzerine mahkemenin bu kişinin görevine son vereceğine ilişkin düzenleme uygulanacaktır.

Kanunda ayrıca kuruluş ve şube yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin, milletvekili veya belediye başkanı seçilmeleri halinde kendiliğinden son bulacağı (m.9/VI); kuruluş veya şubenin ilk genel kurulu ile olağan genel kurullarını süresi içinde yapmayan kuruluş veya şube yönetim kuruluna, kuruluşun üyelerinden birinin veya durumu tespit eden Bakanlığın başvurusu üzerine, mahkeme kararıyla işten el çektirileceği öngörülmüştür (m.12).

Yöneticilere tanınan güvenceler

Sendika yöneticilerinin güvencesi 6356 sayılı Kanunda eski döneme oranla oldukça farklı esaslara bağlanmıştır. Getirilen düzenleme, her ne kadar net olmayan bazı ifadeler içermesi sebebiyle tartışmalara yol açabilecek nitelikte olsa da, genel olarak isabetlidir. Gerçekten, önceki dönemde yönetici olduğu için işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin kendisi tarafından sona erdirildiği gerçeği karşısında, uygulamada kabul edilen sözleşme yeniden kurulmadan işverence feshedilmiş gibi feshe bağlı hakların ödenmesi şeklindeki çözümün hukuki dayanaktan yoksun olduğu yukarıda açıklanmıştır. Bu kapsamda 6356 sayılı Kanun ile işçi kuruluşu yöneticisine tanınan güvenceler aşağıda açıklanacaktır.

¹³ Bilindiği gibi, 2821 sayılı Kanunda kuruculuğa engel suçlardan biriyle mahkum olan bir kişiye, kuruluş organlarında görev verildiğinin valilik veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca tespiti halinde, bu makamlarca görevlendirilen kişinin görevine son verilmesinin ilgili sendika veya konfederasyona bildireceği, bildirimi takip eden beş işgünü içinde sendika veya konfederasyonca ilgilinin görevine son verilmediği takdirde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemece, üyelerden birinin veya valinin veya Bakanın başvurusu üzerine, sendika veya konfederasyonun faaliyetinin altı aydan bir yıla kadar durdurulacağı ve yöneticilerin görevlerine son verileceği, tekrar faaliyete geçebilmenin kanun hükümlerine uygun olarak görev verilmesi veya seçim yapılmasına bağlı olduğu düzenlenmişti (m.56/II).

İş sözleşmesinin askıya alınması

Kanunda yönetici seçilen ve bu görevini profesyonel olarak sürdürmek isteyen işçiye seçimlik hak tanınmıştır. Buna göre, işyerinden ayrılan yönetici iş sözleşmesinin devam etmesini ve yöneticilik süresi sonunda önceki işine dönmek istiyorsa, iş sözleşmesinin askıya alınması yolunu seçebilecektir. Belirtelim ki, işyerinden ayrılan yöneticinin iş sözleşmesinin askıda kalması yönündeki hukuki sonuç Kanunda öngörölmüş olup, bu sonucun doğabilmesi için bu konuda iş sözleşmesi taraflarınca herhangi bir anlaşma yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Yönetici seçilen işçinin bu yönde açık bir irade beyanında bulunmasına da gerek yoktur (**Başbuğ**, 2012:77.). Yöneticinin iş sözleşmesi feshedilmediği veya taraflarca iş sözleşmesini sona erdiren bir ikale anlaşması yapılmadığı takdirde, yöneticilik nedeniyle işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi kanun gereği askıda kalacaktır. Böylece iş sözleşmesinin kanun gereği askıda olduğu hallere bir yenisi daha eklenmiş olmaktadır.

İş sözleşmesinin askıda olduğu bu dönemde bu konudaki temel prensiplere uygun olarak, sözleşme hukuken varlığını sürdürecektir¹⁴ ancak işçi iş görme edimini yerine getirmeyecek, işveren de işçiye bir ücret ödemeyecektir. Ancak tarafların temel borçlar dışındaki borçları örneğin işverenin işçiyi gözetme ve işçinin sadakat borçları, bu kapsamda olmak üzere sır saklama ve rekabet etmeme borçları bu dönemde de devam edecektir. (**Süzek**, 2012:514-517; **Akyiğit**, 2012: 18; **Başbuğ**, 2012:77)

Belirli süreli iş sözleşmelerinde askıda kalma sırasında sözleşmenin süresi kesilmeyip işlemeye devam ettiğinden, belirli süreli iş sözleşmesinin süresi askı dönemi içinde sona ererse, iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. (**Süzek**, 2012:517-518, 520.). Bu hukuki sonuçlar, iş sözleşmesi kanun gereği askıda olan yöneticinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması hali için de geçerli olacaktır. Başka bir deyişle, yöneticilik görevi sırasında iş sözleşmesinin süresi dolan bir yönetici, yöneticilik görevinin Kanunda belirtilen hallerden biriyle sona ermesi üzerine Kanuna dayanarak işe başlatılmasını talep edemeyecektir. Zira işe alınmayı talep hakkı, aşağıda açıklanacağı üzere, iş sözleşmeleri askıya alınan ve yöneticilik görevi sonuna kadar sona ermemiş olan yöneticilere tanınan bir haktır.

Askıda olan bir iş sözleşmesi askı süresince haklı nedenlere dayanılarak gerek işçi gerek işveren tarafından süresiz fesih bildirimi ile feshedilebildiğinden, aynı esas sendika yöneticisinin askıda olan iş sözleşmesi açısından da geçerli olacaktır¹⁵.

¹⁴ Askıda olan iş sözleşmesi hukuken devam ettiği için toplu iş sözleşmesi yetki başvurularında yöneticinin de sayıya dahil edilmesi gerektiği; yöneticinin hak ve borçlarını korumak için gerektiğinde işyerindeki kurullarda görev alabilmesi, işyerinde grev oylamasına katılabilmesi gerektiği yönünde, (**Başbuğ**, 2012:77).

¹⁵ Sendika özgürlüğünün korunması bakımından yöneticinin iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda, iş görme dışındaki diğer borç ve yükümlülüklerinin devamı dikkate alındığında, sendika özgürlüğünü kısıtlama riski meydana getirilmemesi, bu durumda

Askı döneminde iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimi ile feshedilmesi de mümkündür. Ancak askıda kalma hali devam ettiği sürece fesih bildirimi süreleri işlemez. Nitekim, Türk Borçlar Kanununa göre, “Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez.” (m.432/V). Yöneticinin iş sözleşmesinin askı süresi içinde işveren tarafından feshedilmesi halinde, feshin hukuki sonuçları uygulanacaktır. Böyle bir durumda yöneticinin aşağıda incelenecek olan 6356 sayılı Kanun m.25 hükmünde düzenlenen haklardan yararlanması da mümkündür.

Yönetici olunan anda veya yöneticilik devam ederken iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı talep hakkı

Yönetici seçildiği için iş sözleşmesi askıya alınan işçi, yöneticilik görevi boyunca sözleşmesinin askıda kalması ve yöneticilik sonrası işe geri dönmek yerine kıdem tazminatını alarak iş sözleşmesine son vermek isteyebilir. Kanun yöneticiye bu hakkı da tanımıştır. Yönetici ister yönetici olduğu (işten ayrıldığı) anda isterse yöneticilik görevi devam ettiği süre içinde herhangi bir zamanda iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alma hakkına sahiptir.

Kanuna göre, “Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır.” (m.23/I,c.2). Görüldüğü gibi, iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının bir önemi de olmaksızın gerekli kıdem süresine sahip olan yönetici iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alabilir. Yönetici olduğu için fiilen işyerinden ayrılan profesyonel yöneticinin bildirim süresine uyma yükümlülüğünün aranmaması doğaldır. Bu hükümlerle aslında 1475 sayılı İş Kanunu m.14’te -ve ilgili diğer kanunlarda- düzenlenen kıdem tazminatına hak kazanma hallerine bir yenisi daha eklenmiş ve 2821 sayılı Kanun döneminde iş sözleşmesini feshederek işyerinden ayrılan yöneticilerin hak kazanmaları ancak işyerine dönüşlerine bağlı olan kıdem tazminatı hakları bir güvenceye kavuşturulmuştur¹⁶. Kıdem tazminatına esas hizmet süresi ve ücret konusunda 6356 sayılı Kanun m.23’te yer verilen özel düzenlemeler dışında, İş Kanunu’na tabi yöneticinin kıdem tazminatı hakkına ilişkin olarak 1475 sayılı İş Kanunu m.14’te -diğer yöneticiler için ilgili kanunlarında- yer alan kurallar uygulanacaktır. İş sözleşmesini işten ayrıldığı tarihte fesheden yöneticinin kıdem tazminatı, fesih yani işten ayrıldığı tarihteki ücreti üzerinden hesaplanacaktır.

Yöneticilik yapmak amacıyla işyerinden ayrılan ve böylece iş sözleşmesi yasa gereği askıya alınan işçinin de iş sözleşmesini yöneticilik süresi içinde feshederek kıdem tazminatı alması mümkündür. İş sözleşmesinin bildirim süresi verilmeksizin veya sözleşme süresinin bitimini beklenmeksizin feshedebileceğinin, m.23/I,c.2’de işten ayrıldığı tarihte sözleşmeyi fesheden yönetici için açıkça belirtilip;

yöneticinin iş sözleşmesinin hiçbir şekilde feshedilemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde (**Başbuğ**, 2012:77).

¹⁶ Bu konuda bkz. (**Başbuğ**, 2012:77).

m.23/I,c.3'te yöneticilik süresi içinde fesih yoluna başvuran yönetici açısından bu hususun tekrarlanmamış olması, hukuken farklı bir sonuç yaratmayacaktır. İşyerinden fiilen ayrılmış olan yöneticinin bildirim süresi vermekle yükümlü tutulmaması doğaldır¹⁷. Kanunda, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini fesheden yöneticinin kıdem tazminatının fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanacağı belirtilmiştir (m.23/I,c.3). Böylece, Yargıtay'ın, iş sözleşmesinin askı süresi içinde feshi halinde kıdem tazminatının hesabında iş sözleşmesinin askıya alınmasından önce hak kazanılan son ücretin dikkate alınacağına ilişkin içtihadının¹⁸ sendika yöneticileri hakkında uygulanması, Kanunun açık hükmü gereği mümkün olmayacaktır.

Belirtelim ki, Kanunda yöneticinin kıdem tazminatı talep hakkının, tabi olduğu Kanun ayırımı yapılmaksızın genel olarak düzenlenmiş olması karşısında, Türk Borçlar Kanunu'na tabi bir yöneticinin de kıdem tazminatı talep edip edemeyeceği sorusu akla gelmektedir. TBK'da kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle bu durumdaki bir yöneticinin kıdem tazminatı talep edemeyeceği, kıdem tazminatı talep hakkının sadece tabi oldukları kanunlarda kıdem tazminatı düzenlenen ve orada aranan şartları yerine getiren yöneticiler için söz konusu olabileceği kanaatindeyiz¹⁹. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'na tabi yöneticiler de 6356 sayılı Kanun m.23/I uyarınca iş sözleşmesinin askıya alınması veya seçildiği tarihte ya da sonrasında iş sözleşmesini bildirim süresi vermeksizin veya sözleşme süresinin bitimini beklemezsizin feshetme haklarını, m.23/II uyarınca işe başlatılmayı talep hakkını kullanabileceklerdir. Bunun gibi, Türk Borçlar Kanununa tabi olmakla birlikte, iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde haklarında kıdem tazminatını düzenleyen iş kanunlarının uygulanacağı kararlaştırılan yöneticilerin de bu hükme dayanarak kıdem tazminatı talep etmeleri mümkündür.

Yöneticilik süresi sonunda işe dönmeyi talep hakkı

Bilindiği gibi, kural olarak, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğuran ifa engeli ortadan kalkınca askı hali sona erer ve iş sözleşmesi kaldığı yerden kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder. Tarafların karşılıklı borçları da otomatik olarak tekrar yürürlüğe girer. Bu durumda işçi iş görme borcunu yerine getirmekle yükümlü olduğu gibi işveren de iş görme edimini kabul etmek zorundadır. Aksi takdirde duruma göre işveren temerrüdü veya iş

¹⁷ Karş. (Dereli, 2013:52).

¹⁸ Yargıtay' göre, "Son ücret kavramı, işçinin iş ilişkisi kapsamında iş gördüğü ve ücrete hak kazandığı en son ücreti ifade eder. İş ilişkisinin askıya alınması ve askı süresi içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, iş sözleşmesinin askıya alınmasından önce hak kazanılan son ücret olmalıdır.", Yarg. 9. HD, 14.10.2010, E. 2008/35277 K. 2008/29102; aynı yönde, Yarg. 9. HD, 30.04.2009 E. 2008/352 K. 2009/12165; Yarg. 9. HD, 21.02.2012 E. 2012/3497 K. 2012/5321, www.kazanci.com.

¹⁹ Aynı yönde, (Akyiğit, 2012:32).

sözleşmesinin haksız feshi söz konusu olur ve buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulanır (Süzek, 2012:519-520.). Kanun, bazı hallerde ise iş sözleşmesinin askıya alınmasının sonuçlarını özel olarak düzenler. 6356 sayılı Kanun m.23 hükmünde de iş sözleşmesi askıya alınan yöneticinin bu görevinin sona erme nedenine bağlı olarak uygulanmak üzere farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Kanunda, askı halinin bitimi ile iş sözleşmesinin kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmesi kabul edilmemiş; yöneticiliğin sona erme nedenine bağlı olarak ya sözleşmenin sona ereceği veya işçinin başvurusu ve işverenin kabulü halinde işçinin tekrar işe başlayacağı aksi halde sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılacağı öngörülmüştür.

Kanuna göre, “İş sözleşmesi askıya alınan yönetici; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi halinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilir. İşveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır.” (m.23/II).

Görüldüğü gibi, işe başlatılmak üzere işverene başvurma hakkı sadece iş sözleşmesi askıya alınan ve yöneticilik görevi boyunca askıda kalan yöneticiye tanınmıştır. (Ulucan ve Nazlı, 2011:1676; Canbolat, 2012b: 206). Başka bir deyişle, yöneticilik nedeniyle işten ayrıldığı tarihte veya yöneticilik süresince iş sözleşmesini feshetmiş olan veya iş sözleşmesi sürenin bitimi ya da ikale vb. sebeplerle sona ermiş olan bir kişinin bu haktan yararlanması mümkün değildir. Bu hususta yöneticinin yapmış olduğu fesih nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığının da bir önemi bulunmamaktadır.

İşe başlatılmak üzere işverene başvurma hakkı, yöneticilik görevinin sona erdiği tüm hallerde kullanılabilir bir hak da değildir. Bu hak ancak yöneticilik görevinin Kanunda sınırlı olarak sayılan, sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona ermesi halinde kullanılabilir²⁰. 2821 sayılı Kanundaki üç aylık başvuru süresi 6356 sayılı Kanunda bir aya indirilmiştir. Görevinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde başvuran işçiyi işveren talep tarihinden itibaren bir ay içinde o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır.

Kanunda her ne kadar “zorundadır” ifadesi kullanılmışsa da, bu mutlak bir zorunluluk olmayıp, işe başlatılmamanın sonucu iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş sayılması olarak belirtilmiştir²¹. İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş sayılması ifadesinin, sözleşmenin işverence usulsüz yani belirsiz süreli

²⁰ Karş. (Akyiğit, 2013:466).

²¹ Bu sonucun isabetli olmadığı, iş güvencesinin temel esprisi olan işe iadenin ön plana çıkarılması gerektiği yönünde, (Kılıçoğlu, 2013:186).

sözleşmelerde bildirim süresi verilmeksizin, belirli sürelielerde²² ise süresinden önce haksız feshedildiği şeklinde anlaşılması gerekir. Bunun sonucu olarak söz konusu hukuki durumlara ilişkin ihbar tazminatı²³, kıdem tazminatı, bakiye süre ücreti tutarında tazminat gibi yaptırımlar bu konudaki esaslara uygun olarak uygulanacaktır. Tazminata esas ücret konusunda yine fesih tarihindeki emsal ücret esas alınmalıdır.

Bu noktada, işe başlatılmayan işçinin işe iade davası açıp açamayacağı sorusu akla gelmektedir ki, bu soruya olumlu yanıt verilmelidir. Her ne kadar Tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında, maddenin ikinci fıkrasına iş sözleşmesi feshedilmiş sayılan işçinin işe iade davası açabileceğini belirtmek amacıyla “*Bu durumda yöneticinin, iş güvencesi haklarını düzenleyen ilgili İş Kanunu maddeleri gereğince dava açma hakkı saklıdır.*” şeklinde bir cümle eklenmesine ilişkin önerge²⁴ kabul edilmemiş ise de, bunu söz konusu hakkın bulunmadığının bir göstergesi olarak kabul etmemek gerekir.

Nitekim, Tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında söz konusu önergenin verildiği aynı oturumda, 23. maddeye “*İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kuruluna seçilenlerden işyerinden ayrılıp sendikalardan aylık ücret alanlar sigortalı sayılırlar.*” şeklinde bir fıkra eklenmesine yönelik iki adet önerge daha verilmiş, bu önergeler de kabul edilmemiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, bu iki önergeye Hükümetin katılmama gerekçesi olarak, “*Katılmıyor çünkü Sosyal Güvenlik Yasası’nda yer almaktadır düzenleme*” şeklinde açıklamada bulunmuştur. Gerçekten, 5510 sayılı Kanun m.4/II,(a)’da, m.4/I,(a) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin işçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenler hakkında da uygulanacağı düzenlenmiş olup, bu nedenle düzenlemeye ayrıca 6356 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Buradan hareketle, İş Kanununa ve Basın İş Kanununa tabi işçilerin işveren tarafından yapılan fesih üzerine işe iade dava açma hakkına zaten sahip buldukları söylenebilecektir.

Esasen ortada bir işveren feshi bulunduğu göre, artık iş sözleşmesinin feshine bağlı tüm sonuçların uygulanacağında şüphe etmemek gerekir. Zira asıl olan kanunların bir hukuki duruma bağladığı sonuçların aynı nitelikteki tüm olaylarda uygulanmasıdır. Kanun koyucunun farklı bir düzenleme getirmek istediği takdirde bunu açıkça öngörmesi gerekir.

²² Askı durumunda sözleşme süresi devam ettiğinden bu ihtimalin gerçekleşme olasılığının zayıf olduğu belirtilmelidir.

²³ Burada bir derhal fesih faraziyesinin bulunduğu, bu nedenle işverene yüklenen bu fesih halinin önelli yapılması gereken ama önele uyulmayan bir fesih şeklinde değerlendirilmesi ve bunun sonucunda işverenin ihbar tazminatı ödemekle yükümlü kılınmasının isabetli olmadığı yönünde, (Akyiğit, 2012:34). İhbar tazminatı talebinin mümkün olduğu yönünde, **Canbolat**, 2012b:206. Bu konuda ayrıca bkz. (Tuncay, 2011:159; Akyiğit, 2013:466).

²⁴ Bkz. TBMM, 24. Dönem 3. Yasama Yılı 7. Birleşim 8. Oturum 11 Ekim 2012, www.tbmm.gov.tr.

Yargıtay'ın 2821 sayılı Kanun döneminde 29. maddeye aykırı olarak işe başlatılmayan yöneticinin işe iade davası açamayacağına ilişkin içtihadındaki esaslar da görüşümüzü destekleyici niteliktedir. Yargıtay'ın yukarıda da yer verilen içtihadına göre, *“Mahkemece,...işe alınmama davalının feshi olarak değerlendirilerek, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmiştir. İşçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümleri uyarınca feshin geçersizliğini isteyebilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi gerekir. ...buradaki zorunluluk hali, sadece ceza-i ve hukuki yaptırımla sınırlıdır. Bunlar dışında Yasa'da ifaya yönelik her hangi bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle sendikal görevi sona eren ve süresinde işe başlatılması için işverene başvuran işçinin işveren tarafında işe alınmamış olması mahkemece işe başlatılması şeklinde ifaya yönelik hüküm kurulması gerektirmez. Zira ortada bir işveren feshi bulunmamaktadır...”*²⁵. Görüldüğü gibi, o dönemde işe iade davası açılmamasının gerekçesi olarak Yüksek Mahkeme, işe iade davası açılabilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi gerektiğine, burada ise bir işveren feshi bulunmadığına dayanmıştır. 6356 sayılı Kanunda ise, sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılacağı açıkça öngörülmüş olmakla, buna bağlı tüm hukuki sonuçların uygulanması gerekir.

Aynı şekilde Kanunda işverenin yöneticilik görevi sona eren işçiyi işe başlatmaması hali için özel bir yaptırımın öngörülmüş olması da bu sonucu destekleyici niteliktedir. Bu hususta da, Yargıtay'ın askerlik hizmeti sonrası tekrar işe alınmayan işçilerin işe iade davası açamayacaklarına ilişkin içtihadı, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayabilecektir. Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin bir kararına göre, *“...4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesi ve buna paralel olarak yürürlükteki Toplu İş Sözleşmesinin 21. maddesindeki düzenleme, aynı yasanın 18 ve devamı maddelerinde feshin geçersizliği ve işe iadeyi kapsayan iş güvencesi sağlamamaktadır. Zira 18 ve devamı maddelerdeki iş güvencesi hükümleri, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi hallerinde uygulanmaktadır. Askerlik sonrası işe alınmama halinde, askı hali ve somut olayda işveren tarafından bu yönde bir kabul de bulunmadığından, işveren tarafından gerçekleştirilen bir fesih işleminden söz edilemez. Çünkü iş sözleşmesi askerlik nedeni ile işçi tarafından daha önce sona erdirilmiştir. Yukarıda belirtilen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesi ve buna paralel TİS'teki düzenleme, işverene askerlik sonrası işçiyi işe alma konusunda bir yükümlülük getirmiş ve başlatılmaması halinde cezai yaptırım olarak tazminat ödenmesini öngörmüştür. Bu yükümlülük ve yaptırım, askerlik sonrası işe alınmayan işçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği anlamına gelmemektedir.”*²⁶. Yöneticilik görevi sona eren işçinin işe alınmaması halinde ise, kararda belirtilen hukuki durumdan farklı olarak, askıda olan iş sözleşmesi kanun gereği işveren tarafından feshedilmiş

²⁵ Yarg. 9. HD, 14.06.2010, E. 2009/22962 K. 2010/18561 ve **Odaman/Karaçöp**'ün değerlendirmesi, Sicil, Eylül 2011, S. 23, 183 vd. Aynı yönde, Yarg. 9. HD, 23.7.2009, E. 2009/19629 K. 2009/22534, www.kazanci.com.

²⁶ Yarg. 9. HD, 04.12.2006, E. 2006/23768 K. 2006/31653, Çalışma ve Toplum, 2007/2, S. 13, 216-218.

sayılmakta ve böylece, feshin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi için aranan, ortada bir işveren feshi bulunması koşulu gerçekleşmiş olmaktadır²⁷.

Yöneticilik süresi sonunda kıdem tazminatı talep hakkı

Yukarıda belirttiğimiz gibi, iş sözleşmesi askıda olan yöneticinin işe başlatılmayı talep hakkı, sadece yöneticilik görevinin Kanunda tahdidi olarak sayılan dört hal nedeniyle sona ermesi durumunda söz konusudur. Yöneticilik görevi Kanunda (m.23/II'de) sayılan nedenler dışında, örneğin 6. maddede sayılan suçlardan biriyle mahkum olma (m.9/V), milletvekili veya belediye başkanı seçilme (m.9/VI) veya yöneticilik görevine mahkeme kararıyla son verilmesi gibi nedenlerle (m.9/III, m.12/VI) sona eren işçinin işe başlatılmayı talep hakkı bulunmamaktadır. (**Canbolat**, 2012b:206-207; **Başbuğ**, 2012:78.) Bu durumdaki işçinin sahip olduğu haklar maddenin son fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, *“Yukarıda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise başvuruları halinde işveren tarafından kıdem tazminatı ödenir.”* (m.23/III, c.1). Yukarıda açıklandığı gibi, hükümde kullanılan sendika yöneticisi ibaresi, sendika, sendika şubesi veya konfederasyon yöneticisi olarak anlaşılmalıdır.

Kanuna göre, bu durumdaki yöneticiye *“Ödenecek tazminatın hesabında, işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulur ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınır”* (m.23/III, c.2). Kanunda kıdem tazminatının hangi ücret üzerinden ödeneceği düzenlenirken *“fesih anında”* ibareleri kullanılmış ise de, burada teknik anlamda bir fesih söz konusu değildir²⁸. Belirtelim ki, 23. maddenin üçüncü fıkrasında yer verilen bu hüküm, bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesi gereken tüm haller için, başka bir deyişle birinci ve ikinci fıkrada söz konusu olan durumlar için de geçerli kabul edilmelidir. Birinci fıkrada *“emsal ücret”*, üçüncü fıkrada *“emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer haklar”* ibarelerinin kullanılmış olması, bu konuda bir farklılığa yol açmayacak (**Başbuğ**, 2012:78.), kıdem tazminatı hesabında esas alınması gereken temel ücret dışındaki diğer haklar tüm durumlarda dikkate alınacaktır.

Aynı şekilde, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ödenecek tazminatın hesabında işyerinde çalışılmış sürelerin göz önünde bulundurulacağı yönündeki düzenlemenin de, yöneticilik görevi ikinci fıkrada belirtilen dört hal dışında sona eren yöneticilere özgü olmadığı, 23. maddeye göre kıdem tazminatı ödenecek tüm durumlar için geçerli olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten, bu düzenleme biçiminden kanun koyucunun, birinci fıkrada öngörülen yöneticilik süresi içinde fesih veya ikinci fıkradaki işe başlatılmama durumunda hak kazanılacak kıdem tazminatının hesabında, işyerinde çalışılan süreler ek olarak yöneticilikte (askıda)

²⁷ Bu konuda bkz. (**Eyrenci**, 2004:208); yöneticilik görevi sona eren işçi tarafından açılacak işe iade davası hakkındaki belirsizlikler hususunda bkz. (**Şahlanan**, 2004:1273).

²⁸ Burada bir feshin bulunmadığı, fesihten söz edilecekse bunun işveren feshi değil, işçinin askıda olan iş sözleşmesini kendisinin feshederek kıdem tazminatı talep ettiği yönünde, (**Canbolat**, 2012b:207).

geçen sürenin de dikkate alınacağını amaçladığı sonucunun çıkarılmayacağı, üçüncü fıkradaki düzenlemenin maddenin tümü için getirildiği kanaatindeyiz²⁹. Aynı durum, m.23/II-III hükümlerine yollama yapan geç.m.5 uyarınca hak kazanılacak kıdem tazminatı açısından da geçerlidir.

Kanunda kıdem tazminatının hangi ücret üzerinden ödeneceği düzenlenirken “*fesih anında*” ibareleri kullanılmış ise de, burada teknik anlamda bir feshin söz konusu olmadığını yukarıda belirtmiştik (m.23/III, c.2). Bu noktada m.23/III’te işverene başvuru için bir süre öngörülmemiş olması karşısında, görevi sona eren yöneticinin uzun süre sonra işverene başvurup kıdem tazminatı talep edip edemeyeceği ve görevin sona erdiğinden haberi dahi olmayabilecek işverenin bu durumda kıdem tazminatını faizi ile birlikte ödemekle yükümlü olup olmayacağı soruları akla gelmektedir. Gerçekten, Kanunda kıdem tazminatının başvuru halinde ödeneceğinin belirtilip işverene başvuru için bir sürenin öngörülmemiş olması, İş Kanununa tabi işçiler açısından 1475 sayılı İş Kanunu m.14’te yer alan kıdem tazminatına ödeme zamanından itibaren faiz işletileceğine ilişkin düzenleme karşısında, bu fıkraya göre ödenecek kıdem tazminatının ne zaman muaccel olacağı, tazminata uygulanacak faizin başlangıcı konularında da sorunlara yol açabilecektir.

Bu konuda, yöneticinin görevinin ikinci fıkrada sayılan durumlar dışında bir nedenle sona erdiği anda iş sözleşmesinin de sona erdiği ve kıdem tazminatına hak kazandığı, tazminatın bu tarihteki emsal ücret ve diğer haklar esas alınarak belirlenmesi gerektiği, yöneticinin görevinin sona ermesinden itibaren genel zamanaşımı süresi içinde işverene başvurarak kıdem tazminatını talep edebileceği ancak tazminata, görevi sona eren yöneticinin işverene başvurduğu tarihten itibaren faiz yürütülmesi gerektiği düşünülebilir. Gerçekten, aksi halde, örneğin görevi sona erdikten birkaç yıl sonra işverene başvurarak kıdem tazminatı talep eden yöneticiye, bu durumdan haberi dahi olmayabilecek işverenin yüksek miktarda faiz ödemekle yükümlü tutulması söz konusu olabilecektir. Burada alacağın ifa edilebilir hale gelmesinin tamamen alacaklının (görevi sona eren yöneticinin) iradesine bağlı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Yargıtay’ın iş sözleşmesinin yaşlılık aylığına hak kazanma nedeniyle feshinde, faiz başlangıcı için işçinin yaşlılık aylığı için Sosyal Güvenlik Kurumu’na başvurduğuna ilişkin belgeyi işverene ibraz etmesi gerektiğine ilişkin içtihadına³⁰ paralel bir çözüm tarzı benimsenmelidir.

²⁹ Öğretide isabetli olarak söz konusu düzenlemenin ayrı bir fıkra olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. (Akyiğit, 2012:35-36).

³⁰ Yargıtay’ın konuya ilişkin yerleşik içtihadına göre, “...Faiz başlangıcı fesih tarihidir. İş sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde, işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarihtir. Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için faiz başlangıcı sayılmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin

Aslında Kanunda, görevi sona eren yöneticinin belirli bir süre içinde işverene başvurması gerektiği ve görevin sona erme anındaki emsal ücrete göre hesaplanacak kıdem tazminatına başvuru anından itibaren faiz uygulanacağı ve zamanaşımının da belirli süre içinde gerçekleşmesi gereken bu başvuru anından itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilebilirdi ve bu çözüm şekli daha isabetli olurdu. Bu konuda Kanunda öngörülme söz konusu çözüm şeklinin, ikinci fıkradaki işe başlatılmayı talep hakkının kullanılmasında uyulması gereken bir aylık başvuru süresinin veya aynı uzunlukta olan, geçici 5. maddedeki kıdem tazminatı talebi için öngörülen bir aylık başvuru süresinin kıyasen uygulanması düşünülebilir.

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yönetici olanların hakları

Bilindiği gibi, 23. madde hükümleri Kanunun yürürlüğe girdiği 07.11.2012 tarihi ve sonrasında yöneticiliğe seçilenler hakkında uygulanacaktır. Belirtilen tarihten önce yönetici seçilen kişilerin durumu Kanunun geçici 5. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükme göre, “*Kanunun yayımı tarihinde sendika yöneticisi olduğu için iş sözleşmesini feshetmiş olan yöneticiler hakkında 23 üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkraya hükümleri uygulanır. Ancak 23 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki nedenlerden biri ile görevi sona eren yöneticiler, bu tarihten itibaren bir ay içerisinde işverene başvurmak kaydıyla emsal ücret üzerinden kıdem tazminatına hak kazanır.*”³¹

Görüldüğü gibi, daha önce iş sözleşmesini feshetmiş olan yöneticiler hakkında, sözleşme halihazırda feshedilmiş durumda olduğundan sözleşmenin askıya alınmasını, yöneticinin seçildiği tarihte veya görevi sırasında iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alabileceğini öngören birinci fıkra hükümleri uygulanmayacak, sadece 23. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanacaktır. Maddede, m.23/II hükmünün uygulanacağı belirtildikten hemen sonra, yöneticilik görevi ikinci fıkrada belirtilen hallerden biriyle sona erse de, işe başlatılmayı talep hakkının kullanılmayacağı, sadece bir ay içinde işverene başvurmak kaydıyla emsal ücret üzerinden kıdem tazminatı alınabileceği öngörülmüştür³². Hükümde kullanılan “ancak” ve “hak kazanır” ibareleri karşısında yeniden işe alınmayı talep hakkının kullanılmayacağı kanaatindeyiz. Geçici 5. maddede, yöneticilik görevi m.23/II’de sayılanlar dışında bir nedenle sona eren kişiler içinse, m.23/III’te olduğu gibi, bir başvuru süresi düzenlenmemiştir. Bunun tutarlı bir yaklaşım olduğu söylenemeyecektir.

Önemle vurgulayalım ki, işyerinde çalışmasını sürdüren amatör yöneticilere

yapıldığı tarihtir...”, (Yarg. 9. HD, 19.01.2012 E. 2009/31397 K. 2012/984; aynı yönde, Yarg. 9. HD, 01.03.2012 E. 2009/45842 K. 2012/6570).

³¹ Geçici 5. madde Kanun Tasarısının ilk şeklinde yer almayıp Alt Komisyonunda, “Tasarı ile sendika yöneticiliği yapanların iş sözleşmelerinin feshedilmesi yerine askıya alındığı bir sisteme geçiş yapılması dikkate alınarak, halen sendika yöneticiliği yapmakta olanların yeni sisteme aktarılmaları” gerekçesiyle eklenmiştir (TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı 197, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları (1/567), 34).

³² Aynı görüşte, (Başbuğ, 2012:79; Karş. Akyiğit, 2012:34).

tanınan işyeri sendika temsilcileri ile özdeş güvence, 6356 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yönetici seçilenlerle sınırlı olmayıp, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yöneticilik görevini ve işyerindeki çalışmasını sürdüren yöneticiler hakkında da uygulanmalıdır. Zira bu kişiler hakkında yöneticilere ilişkin geç.m.5 gibi bir düzenleme getirilmediği gibi, yöneticilerden farklı olarak söz konusu kişilerin iş sözleşmeleri halihazırda feshedilmiş durumda da değildir.

İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi

2821 sayılı Sendikalar Kanunu Dönemi

İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesi konusu 2821 sayılı Kanun dönemi açısından ikiye ayrılarak incelenmek gerekir. Zira bilindiği gibi, Kanunun ilk şeklinde Türk İş Hukukunda iş güvencesini düzenleyen yegane hüküm olarak yer verilen düzenleme, ülkemizde İş Kanunu ve Basın İş Kanununa tabi bazı çalışanlar için iş güvencesini öngören 4773 sayılı Kanunla³³ oldukça farklı esaslara bağlanmıştır.

İş güvencesi hükümlerinin kabulünden önceki dönem

2821 sayılı Kanunun 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde, işverenin işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın ve nedenini açık ve kesin şekilde belirtmeksizin feshedemeyeceği; fesih halinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın fesih bildirimini tebliğinden itibaren bir ay içinde dava açabileceği, davanın mahkemece seri yargılama usulüne göre iki ay içinde kesin olarak karara bağlanacağı; mahkemenin işe iade kararı vermesi halinde feshin geçersiz sayılarak iş gördürülmemiş olsa bile, temsilcinin işten çıkarıldığı tarihten itibaren yeniden temsilciliğe atanma hali de dahil olmak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün haklarının ödeneceği, ancak işine iade kararı verilen işçinin altı işgünü içinde işe başlamaması halinde mahkemece öngörülen tazminatın ödenmeyeceği düzenlenmiştir (m.30/I).

Görüldüğü gibi, iş güvencesi ve dolayısıyla geçerli nedenle fesih kavramının Hukukumuzda henüz geçerli olmadığı o dönemde işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin ancak haklı bir nedenle feshedilebileceği ve işe iade davasını kazanan temsilcinin işe başlatılmamış olsa da ücretinin ödenmeye devam edeceği kabul edilmiştir. Ancak bu dönemde Kanunda kullanılan haklı neden ifadesinden iş sözleşmesinin sadece 1475 sayılı İş Kanununun 17. maddesi uyarınca haklı nedenle feshedilebileceği sonucunun çıkarılamayacağı, 13. maddeye göre yapılan süreli fesih bildiriminde de feshin haklı olup olmadığının araştırılacağı görüşü ağırlık kazanmıştır³⁴.

³³ 09.08.2002 tarihli 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG 15.08.2002, 24847.

³⁴ (Narmanlıoğlu, 1987:208, dn.101; 209); (Çelik, 1998:331); (Eyrenci, 1984:161); (Taşkent, 1993:267); (Sümer, 1997:133.) Öğretide *Şahlanan* ise, işyerinin tümüyle

İş güvencesi hükümlerinin kabulünden sonraki dönem

Hukumumuzda iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli fesih bildirimi ile sona erdirilmesinde geçerli neden bulunması zorunluluğunu öngören 4773 sayılı Kanunla 1475 İş Kanunu'nda değişiklikler yapılırken, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun işyeri sendika temsilcilerinin güvencesini düzenleyen 30. ve genel olarak sendika özgürlüğünün güvencesini düzenleyen 31. maddelerinde de değişiklikler yapılmış ve fesih halinde İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerine yollamada bulunulmuştur. 1475 sayılı Kanunun "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlıklı 13/A maddesinde, geçerli sebep olmayacak hususlar arasında "İşyeri sendika temsilciliği veya işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya temsilciliğe aday olmak" da sayılmıştır (f.II,b). Bu hukuki durumda, iş güvencesi hükümlerinin yer aldığı 4857 sayılı Kanunun kabulüyle de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 4857 sayılı Kanunla sadece 2821 sayılı Kanunun iş güvencesi hükümlerine yaptığı atıflar güncellenmiş (m.117, m.118) ve Kanunda işçi temsilciliğine yer verilmemesine de bağlı olarak, geçerli sebep olmayacak husus, sadece "İşyeri sendika temsilciliği yapmak" şeklinde düzenlenmiştir (m.18/III,b).

2821 sayılı Kanunun 30. maddesinin söz konusu değişiklikler sonrası metnine göre, "İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir. İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır." (m.30)³⁵.

Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile işyeri sendika temsilcilerine tanınan güvencenin kapsamı oldukça daraltılmış, bu sıfatı taşımayan herhangi bir işçi ile eşit düzeye getirilmiş, sadece temsilcinin iş sözleşmesinin temsilcilik faaliyetinden dolayı feshi halinde işe başlatmama tazminatının 4-8 ay³⁶ yerine en az bir yıllık ücreti

kapatılması durumu hariç, kanundaki düzenleme karşısında temsilcinin iş sözleşmesinin ancak İş Kanunu m.17'ye (şimdi m.25'e) göre haklı nedenle feshedebileceği, bunun dışındaki feshlerde feshin geçersiz sayılacağı görüşündeydi (Bkz. **Şahlanan**, 1995:238-239; ayrıca bkz. **Demir**, 2001:1569; **Uçum**, 2002:193).

³⁵ 2821 sayılı Kanun döneminde işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (**Çelik**, 2012:446 vd.); (**Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen**, 2012:299 vd.); (**Narmanlıoğlu**, 1987:199 vd.); (**Sur**, 2011:60 vd.); (**Demir**, 2001:1569 vd.); **aynı yazar**, 2009:488vd.; (**Tuncay**, 2010:108 vd.); (**Taşkent**, 1993:267 vd.); (**Tuğ**, 1992:273 vd.); (**Ertürk**, 2007:19-20); (**Odaman**, 2006:576 vd.); (**Keser**, 2009:132 vd.); (**Yürekli**, 2004:167 vd.); (**Baskan**, 2013:137-138). 274 sayılı Kanun dönemi için bkz. (**Okur**, 1985:157 vd.); (**Keser**, 2009:131).

³⁶ Bu dönemde Yargıtay'ın, 01-03 ve 05.05.2004 tarihlerinde işyerine gelmeyen ancak dış tedavisi nedeniyle istirahat raporu bulunduğu anlaşılan bir işyeri sendika temsilcisinin, iş sözleşmesinin sendikal faaliyeti nedeniyle feshedildiği iddiası bulunmadığından, işe

tutarında hükmedileceği belirtilmiştir. İş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen diğer işçiler açısından da aynı yönde düzenleme getirildiğinden, işyeri sendika temsilcisinin bu işçilerden herhangi bir farkı kalmadığı daha açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Gerekçesinde, işçiler arasında farklı güvence düzenlemelerinin yaratacağı sakıncaları önleyerek birliklilik sağlamak ve Sendikalar Kanunu m.30'un uygulamada yarattığı sorunları ortadan kaldırmak amacıyla kabul edildiği belirtilen³⁷ bu düzenleme biçimi, öğretide işyeri sendika temsilcilerinin güvencesinde bir geriye gidişe neden olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir³⁸.

Artık yürürlükte olmamakla birlikte söz konusu düzenlemenin genel olarak işyeri sendika temsilcisinin güvencesinde bir geriye gidişe neden olmasının dışında da eleştiriye açık yönleri bulunduğu belirtilmelidir. Örneğin, maddede sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan temsilcilerin durumu düzenlenmişti. Bu durumda belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan temsilciler açısından Sendikalar Kanunu m.31/VII hükmüne dayanmak gerekmektedir. Gerçi yukarıda belirtildiği gibi, bu düzenlemeler yaptırım açısından bir farklılık içermemekteydi. Öte yandan, 4773 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, madde genel olarak tüm iş kanunlarına ve Borçlar Kanunu'na tabi işçileri kapsayacak şekilde kaleme alınmışken, değişiklikle sadece İş Kanunu hükümlerine atıf yapılmıştı. Bu düzenleme biçimi, İş Kanunu'na tabi olmayanların bu güvenceden yararlanıp

başlatmama tazminatının 4 aylık ücret tutarında tespit edildiği bir kararı için bkz. Yarg. 9. HD, 29.01.2007 E. 2006/29928 K. 2007/1032, www.kazanci.com. İşyeri sendika temsilcisinin sendikal faaliyeti nedeniyle işveren ve oğlu tarafından hakaret ve müessir file maruz bırakılarak işten çıkarıldığı vicdani kanaatine varıldığını belirttiği bir kararında işe başlatmama tazminatının 18 aylık ücret tutarında belirlenmesine karar veren Antalya 1. İş Mahkemesinin kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Bu konuda bkz. Yarg. 9. HD, 05.05.2008, E. 2007/33558 K. 2008/11288 www.legalbank.net. İşyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin işletme gerekleri ile feshedildiği bir durumda işe iade davasının reddine karar verilmesi gerektiği yönünde, Yarg. 9. HD, 21.10.2004, E. 2004/6558 K. 2004/23719, www.legalbank.net. Söz konusu karara göre, "...Fesih tarihinde yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanununun 4773 sayılı yasa ile değişik 9. maddesi ile sendikalar kanununun 30. maddesi tamamen değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile sendika temsilcisinin aktinin feshinde 1475 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı hükmü getirilmekle, davacının salt işyeri temsilcisi olmasının aktinin feshine engel olacağından söz etmek olanağı kalmamıştır....".

³⁷ Bkz. 4773 sayılı Kanunun 9. maddesinin gerekçesi, İş Kanunu ile Sendikalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/955), TBMM, Dönem 21, Yasama Yılı 4, S. Sayısı 893.

³⁸ Bu konuda bkz. (Soyer, 2002:292, 2005:67-68); (Süzek, 2012:668-669); (Tuncay, 2003:16; aynı yazar, 2011:159); (Güzel, 2004:135, 136); (Eyrenci, 2004:209); (Şahlanan, 2004:1273), (2013:146; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 2012:300); (Sur, 2011:65-66); (Ekmekçi, 2001:56); (Ertürk, 2007:20-21, 31-32); (Akyiğit, 2013:467); (Dereli, 2013:49); (Alp, 2003:33); (Keser, 2009:133); (Odaman, 2006:578-579); (Yürekli, 2004:173-174, 176-177); (Özveri, 2012:94-95); (Baskan, 2013:135).

yararlanamayacakları, yararlanacaklarsa İş Kanunu hükümlerinin kıyasen mi uygulanacağı gibi soruların akla gelmesine neden olmaktadır.

4773 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin olumlu yanı ise, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesine ilişkin 30. maddeye, “İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır” şeklinde bir fıkranın eklenmesi olmuştur (f.III). Bu sayede temsilcinin güvencesinin etkisiz kalması sonucunu doğurabilecek işlemlere karşı yargı yoluna gidilebilmesi yasal temele kavuşturulmuştur³⁹.

6356 sayılı Kanunda Öngörülen Düzenlemeler

İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesi 6356 sayılı Kanunda, 2821 sayılı Kanunun gerek 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki gerek sonraki şeklienden daha ileriye götürülecek şekilde düzenlenmiştir. Temsilcilere etkili bir güvence sağlanmasını öngören, ülkemiz tarafından da onaylanan 135 sayılı ILO Sözleşmesi ve temsilcilerin görevleri dikkate alındığında, 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu öngörülen sistemin terk edilmiş olması isabetlidir⁴⁰. Yukarıda değinildiği

³⁹ 4773 sayılı Kanunun kabulünden önceki dönemde Yargıtay önceleri, “işyeri sendika temsilcisi olan işçinin başka bir işyerine nakli halinde eksi işine iade isteği ile bir dava açılmaz. Zira yasalarımızda böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Davacının iş akti fesih edilmediğine göre, Sendikalar Kanunu'nun 30 uncu maddesi hükmünün de olayda uygulama olanağı yoktur.” şeklinde karar verirken (Yarg. 9. HD, 25.02.1993, E. 1993/3396 K. 1993/2966), daha sonra görüş değiştirerek nakil işleminin iptaline karar verilebileceğini kabul etmişti (Yarg. 9. HD, 10.04.1997, E. 1997/1645 K. 1997/7252; Yarg. 9. HD, 30.01.2002, E. 2001/16796 K. 2002/1738, www.kazanci.com).

⁴⁰ Belirtelim ki, Kanun Tasarısının TBMM'ye sevk edilen ilk şeklinde, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi, 2821 sayılı Kanunun 4773 sayılı Kanunla değişik şeklinde olduğu gibi etkili bir güvence sağlamayacak şekilde düzenlenmekteydi. Tasarı'nın Alt Komisyonunda görüşülmesi sırasında, 24. madde “2821 sayılı Sendikalar Kanununda işyeri sendika temsilcisine diğer işçilerle aynı düzeyde güvence sağlayan düzenlemenin, daha etkili bir koruma sağlanmasını öngören ILO'nun 135 ve 138 sayılı sözleşmeleri ile çelişmesi de dikkate alınarak, sendika işyeri temsilcisinin güvencesini artırmak” suretiyle kabul edilerek TBMM'de kabul edilen şeklini almıştır. Bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı 197, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları (1/567). Gerçekten, İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 sayılı Sözleşme'nin 1. maddesine göre, “İşletmelerdeki işçi temsilcileri, kanunlara, toplu sözleşmelere veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşuluyla işten çıkarma dahil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu sıfatla faaliyette bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan yararlanacaklardır”. Öğretide isabetle belirtildiği gibi, işyeri sendika temsilcileri için genel olarak sendika özgürlüğünün korunması hususunda uygulanacak olan koruma yeterli görülseydi, sendikal

gibi, 6356 sayılı Kanunla bu güvenceden yararlanacak kişilerin kapsamı da genişletilmiş ve işçi kuruluşlarında yönetici olmalarına rağmen işyerinde çalışmasını sürdüren işçilerin (amatör yöneticilerin) de işyeri sendika temsilcilerine tanınan güvenceden yararlanabilecekleri isabetli olarak belirtilmiştir (m.24/V). Kapsam açısından isabet taşıyan bir diğer husus, düzenlemenin genel olarak tüm iş kanunlarına ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi gerek belirli gerek belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçileri kapsayacak şekilde kaleme alınmış olmasıdır. Temsilcinin güvenceden yararlanabilmesi için belli bir kıdem süresine veya işverenin belli sayıda işçi çalıştırıyor olmasına da gerek bulunmamaktadır. (Akyiğit, 2013:467).

Kanuna göre, işveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez (f.I/c.1). Kanunda kullanılan “haklı neden” ibarelerinin İş Kanunu m.25 (veya diğer iş kanunları ile Borçlar Kanununun ve ilgili diğer mevzuatın iş sözleşmesinin derhal feshine imkan tanıdığı nedenler) anlamında kullanıp kullanılmadığı tartışmalara neden olabilecek niteliktedir. Yukarıda belirtildiği gibi, 2821 sayılı Kanunun 4773 sayılı Kanun değişikliğinden önceki şeklinde de, aynı yönde bir düzenleme bulunmasına karşın uygulama ve öğretide bu ifadeden iş sözleşmesinin sadece 1475 sayılı İş Kanununun 17. maddesi uyarınca haklı nedenle feshedilebileceği sonucunun çıkarılamayacağı, 13. maddeye göre yapılan süreli fesih bildiriminde de feshin haklı olup olmadığının araştırılacağı görüşü ağırlık kazanmıştı⁴¹.

Belirtelim ki, Hukukumuzda iş güvencesi hükümlerinin kabulünden sonra haklı neden-geçerli neden ayırımı ortaya çıkmış olup, Kanunun açık ifadesi karşısında işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin ancak (temsilcinin tabi olduğu mevzuata göre) haklı nedenle feshedilebileceği kanaatindeyiz⁴². Bu noktada özellikle işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenleri konusunda İş Kanunu'nun gerekçesinde yer verilen örnekler dikkate alındığında, işverenin işyeri sendika temsilcisinin “işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak

faaliyet konusundaki diğer sözleşmelere yollamada bulunur ve 135 sayılı Sözleşmedeki etkili koruma sözüne gerek kalmazdı. Bu konuda bkz. (Ekmekçi, 2001:55-57); (Yürekli, 2004:177); 135 sayılı ILO Sözleşmesi hakkında bilgi için bkz. Korkusuz, 2003:82-83.

⁴¹ Bu konuda bkz. dn. 41.

⁴² Aynı yönde, (Şahlanan, 2013:146-147); (Canbolat, 2012b:208); (Başbuğ, 2012:82); (Akyiğit, 2012:23, 2013:467-468); (Kılıçoğlu, 2012:191); (Özveri, 2012:97); (Baskan, 2013:143), 145. Bu konuda Kanunun yasalasmasından önceki (2004 tarihli) Taslak hükümleri ile ilgili olarak aynı yönde, (Şahlanan, 2004:1274); (Eyrenci, 2004:209); (Odaman, 2006:584).

şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi” davranışlarına katlanmak zorunda olup olmadığı ve bu düzenlemenin isabet taşıyıp taşımadığı sorusu ortaya çıkmaktadır⁴³. Gerekçede, işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeplerin 25. maddede belirtilenlerin dışında kalan, 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen hal ve sebepler olduğu ifade edilmiştir. Kanaatimizce yukarıda sayılan nitelikteki geçerli sebep sayılan hal ve davranışların, geçerli sebep sayılacak seviyeye ulaşmasından sonra da devam etmesi ve buna bağlı olarak işyerindeki olumsuzlukların sürekli bir hal alması durumunda artık geçerli sebebin haklı sebebe dönüştüğünün kabul edilmesi gerekir.

İşyerinin bütünüyle kapatılması durumu ile ilgili olarak belirtmek gerekir ki, işyeri sendika temsilcisi bir işyerine özgü olarak atandığından, işyerinin kapatılması durumunda esasen temsilcilik görevi de sona ereceğinden⁴⁴, muvazaalı bir durum olmadığı sürece böyle bir ihtimalde temsilcinin özel güvence hükmünden yararlanması mümkün olmayacaktır.

Temsilcinin iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın veya fesih nedeni yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde belirtilmeksizin feshedildiğinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde dava açabilir (f.I/c.2). Bu davada işveren yazılı fesih bildiriminde açık ve kesin olarak belirttiği sebep ile bağlı olup, bu sebebin varlığını ve haklılığını ispatla yükümlü olacaktır. (Şahlanan, 2013:147).

. Dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılacak, mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay kesin olarak karar verecektir (f.II). 6356 sayılı Kanundaki düzenleme, mahkemenin davayı sonuçlandırması için bir süre öngörmemesi itibarıyla 4773 sayılı Kanun öncesi dönemden ve bu Kanunun yollama yaptığı İş Kanunu hükümlerinden farklılık arz etmektedir. Bu hususta asıl farklılık, 4773 sayılı Kanun öncesi dönemde yerel mahkeme kararının kesin olduğu belirtilmesine karşın, 6356 sayılı Kanun ile isabetli olarak temyiz yolunun açılmış olmasıdır.

İşe iade davasının sonuçları açısından da 4773 sayılı Kanun öncesi dönemden farklı düzenlemeler getirilmiştir. Kanuna göre, temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini⁴⁵ aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir (f.III, c.1).

⁴³ Bu konuda bir değerlendirme ve temsilcinin iş sözleşmesinin haklı veya geçerli bir sebeple feshedilebileceğinin öngörülmesi gerektiği yönünde, (Odaman, 2006: 584-585, 593).

⁴⁴ Bkz. (Okur, 1985:146); (Taşkent, 1993:275); (Şahlanan, 2013:149); (Yürekli, 2004:233).

⁴⁵ Maddede kullanılan temsilcilik süresini ve temsilcilik süresince ibareleri işyerinde çalışmayı sürdüren yöneticiler açısından yöneticilik süresini ve yöneticilik süresince olarak anlaşılacaktır.

Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır (f.III, c.2)⁴⁶. Buna göre, 4773 sayılı Kanun öncesi dönemden farklı olarak, temsilcinin temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklara hak kazanabilmesi için kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işverene başvurması koşulu aranmayacaktır⁴⁷. Temsilci kararın kesinleşmesinden sonra işe başlamak için başvurmasa dahi geçersiz sayılan fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarını alabilecektir. Aynı şekilde temsilcinin işveren tarafından işe başlatılıp başlatılmamasının da bu konuda bir önemi bulunmayıp, her iki durumda da kararın kesinleşmesine kadarki ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekir. Kararın kesinleşmesi üzerine işe başlatılan temsilci fesih öncesi dönemde olduğu gibi işyerinde çalışmasını sürdürecektir.

Yargılama sırasındaki ücret ve diğer haklarının ödenebilmesi için temsilcinin işverene başvurması aranmadığından mahkemece bu hakların tahsili yönünde hüküm kurulabileceği düşünülebilirse de, temsilcinin ücret ve diğer haklarının, temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla, kararın kesinleşmesine kadarki süre için ödeneceği belirtildiğinden ve yerel mahkeme karar verirken kararın kesinleşeceği zamanı öngöremeyeceğinden, kural olarak tahsile yönelik hüküm kurulamayacaktır⁴⁸. Kararın kesinleşmesine kadar geçecek süre için tahsile yönelik bir eda hükmünün verilebilmesi ancak temsilcilik süresinin yargılama esnasında sona ermesi ve temsilcinin yeniden atanmaması halinde söz konusu olabilir.

Temsilcinin kararın kesinleşmesinden sonraki süre için de ücrete hak kazanabilmesi, kesinleşmeden itibaren altı işgünü içinde işe başlamak amacıyla işverene başvurması koşuluna bağlıdır (m.24/III,c.2). Böyle bir ihtimalde, işveren tarafından altı işgünü içinde işe başlatılmayan temsilciye, yeniden temsilciliğe atanma hali de dahil olmak üzere, temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer hakları ödenecektir. Kanunda kararın kesinleşmesinden itibaren altı işgününden söz edilmişse de, bunun kesinleşen kararın tebliği olarak anlaşılması gerekir.

İşe başlatılmayan temsilcinin hukuki durumunun ne olacağı hususunda ise, Kanunda öngörülen sürelerin sonunda da eski temsilciye iş vermeme, işe başlatmama durumunun devam etmesi halinde, belirtilen süre sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılmalı ve feshе bağlı haklar bu tarihteki ücret ve kıdem süresine göre belirlenmelidir⁴⁹. Zira Kanunda feshin geçersiz sayıldığı ve

⁴⁶ Kanunda temsilcinin işyerine gelmesine ve temsilcilik faaliyetlerine devam etmesine engel olunamayacağına ayrıca belirtilerek aksine davranışların ilave yaptırma bağlanmasının isabetli olacağı yönünde, (Canbolat, 2012b:208). Bu konuda ayrıca bkz. (Odaman, 2006:590-591).

⁴⁷ Aynı yönde, (Şahlanan, 2013:147); (Akyiğit, 2012:27, 2013:468).

⁴⁸ Karş. (Şahlanan, 2013:147-148); (Akyiğit, 2012:26).

⁴⁹ Aynı yönde, (Şahlanan, 2013: 148). Böyle bir durumda, iş sözleşmesinin değil, olsa olsa işverenin işi kabulde temerrüdünün özel bir şekilde sona ereceği yönünde, (Akyiğit,

temsilcinin ücret ve diğer haklarının iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ödeneceği ifade edilmiştir. Önemle vurgulayalım ki, kanımızca bu fesih yeni bir fesih işlemidir ve temsilcilik süresi sona eren işçi bu yeni fesih işlemine karşı koşulların varlığı halinde 6356 sayılı Kanun m.25 dahil olmak üzere tabi olduğu mevzuatta öngörülen haklarını kullanabilecektir. Ancak henüz temsilcilik sıfatının ve dolayısıyla iş sözleşmesinin sürdüğü dönemde temsilcinin iş sözleşmesinin feshine bağlı haklarını talep etmesi mümkün değildir.

Mahkemenin temsilcinin 6356 sayılı Kanun m.24 hükmüne dayanarak açtığı işe iade davasını reddetmesi ve bu hükmün kesinleşmesi durumunda ise, iş sözleşmesi -kendisine karşı dava açılan- fesih bildirimiminin işçiye tebliğ edildiği anda ortadan kalkmış olacaktır⁵⁰.

Belirtelim ki, bazı durumlarda, örneğin iş sözleşmesi temsilcilik süresinin bitiminden kısa süre önce feshedilmiş ve işçi yeniden temsilcilğe atanmamış veya atanmak mümkün olmamışsa veya temsilcilik süresi bitmek üzere olan işçinin yeniden atanmak hususunda bir umudu yoksa yahut işe geri dönmek istemiyorsa, 23. madde yerine 25. madde hükümlerinden yararlanmak isteyebilecektir. Aynı durum 23. maddede öngörülen dava açma süresi içinde mahkemeye başvurmayan temsilciler için de söz konusu olabilecektir. Kanaatimizce şartlarının varlığı halinde işyeri sendika temsilcisinin sendika özgürlüğünün güvencesini düzenleyen 25. madde hükümlerinden yararlanması mümkün olup, temsilci 24. maddede sayılan hakkını kullanmak zorunda değildir. Şüphesiz 25. maddeye dayanılması halinde, sendikal ayrımcılığın varlığı aranacaktır.

Kanunda, işverenin, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremeyeceğine veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamayacağına, aksi halde değişikliğin geçersiz sayılacağına ilişkin düzenlemeye yine yer verilmiştir (m.24/IV). Yukarıda belirtildiği gibi, bu hüküm 4773 sayılı Kanunla 2821 sayılı Kanuna eklenmiş ve uygulamada yargı kararlarında benimsenen, temsilcinin güvencesinin etkisiz kalması sonucunu doğurabilecek işlemlere karşı da yargı yoluna gidilebilmesi yasal temele kavuşturulmuştu. Düzenlemenin gerekçesinde, “Böylece, işverenin temsilcinin sıfatını ve güvencesini ortadan kaldırabilmesi yolu kapatılmaktadır.” ifadelerine yer verilmişti⁵¹. 6356 sayılı Kanunda da yer verilen bu düzenleme işyeri sendika temsilcisine İşK.m.22 hükmünden bağımsız ve daha ileri bir hak tanımakta olup, temsilcinin iş sözleşmesinde değişiklik kaydı bulunduğu

2013:469). Bu konuda önceki Kanun döneminde yaşanan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (Çelik, 1998:332); (Şahlanan, 1995:243-245); (Odaman, 2006:591-593).

⁵⁰ Şahlanan, 2013:147.

⁵¹ TBMM, Dönem 21, Yasama Yılı 4, S. Sayısı 893. Yargıtay’a göre, “...Gerek Borçlar Hukuku'nun hizmet akdi hükümlerinde ve gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nda, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçinin işyerini veya işini değiştirmesi durumunda, bu işlemin iptali için öngörülmüş bir dava türü bulunmamaktadır. Bu konuda tek hüküm sendika işyeri temsilcileri ile ilgili 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30/3 maddesidir...”, Yarg. 9. HD, 05.07.2010, E. 2010/26625 K. 2010/21829; aynı yönde, Yarg. 9. HD, 08.10.2012, E. 2012/32285 K. 2012/33332, www.kazanci.com.

veya toplu iş sözleşmesinde herkes için geçerli genel ilkelerin belirlendiği hallerde dahi temsilcinin işyeri ve çalışma şartları değiştirilemeyecektir. (Başbuğ, 2012:82). Öğretide isabetle belirtildiği gibi, işlemin iptali ve işe iade amacıyla yargı yoluna başvurma imkanı, m.24/IV'te yasaklanan hususlardan sadece işyeri değişikliklerine karşı söz konusudur. Temsilcinin işinde yapılan esaslı değişikliklerin iptaline ilişkin bir dava açması ise mümkün değildir. Böyle bir durumda değişiklik temsilciyi bağlamayacağından, iş değişikliğini kabul etmeyen temsilci işverenin temerrüdü hükümlerine göre ücret ve diğer haklarını alabilecektir. Temsilcinin değişikliği kabul etmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde ise, m.24 uyarınca işe iade davası açabilecektir. 6356 sayılı Kanunun bu hususta öngördüğü yenilik, söz konusu güvencenin işyerinde çalışmaya devam eden (amatör) yöneticiler hakkında da uygulanacak olmasıdır.

Son olarak belirtelim ki, Kanunda temsilcilik güvencesinin temsilcilik süresiyle sınırlı olarak öngörülmüş olması isabetli olmamıştır. Bu hususta güvencenin temsilcilik süresinin bitiminden itibaren belirli bir süre örneğin altı ay veya bir yıl daha söz konusu olacağı şeklinde bir düzenleme getirilmesi daha isabetli olurdu (Demir, 2001:1575; Uçum, Feshe Karşı Koruma, 189; Özveri, 2012:99; Baskan, 2013:140). Örneğin, Alman Hukukunda işyeri konseyi üyelerinin iş sözleşmelerinin görevleri süresince ve bu görevlerinin sona ermesini müteakip bir yıl boyunca haklı neden olmaksızın feshedilemeyeceği kabul edilmektedir⁵².

Sendika Özgürlüğünün Güvencesi

2821 sayılı Sendikalar Kanunu Dönemi

İş güvencesi hükümlerinin kabulünden önceki dönem

Bu dönemde sendika özgürlüğünün güvencesi iş kanunlarına ve Borçlar Kanunu'na tabi olan tüm işçiler için ortak esaslar benimsenerek düzenlenmişti. İşverenin sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında çalışma koşulları veya çalışmaya son verilmesi bakımından ayırım yapamayacağı (m.31/III); işçileri sendikaya üye olmaları veya olmamaları yahut yasaya uygun olarak sendikal faaliyetlerde bulunmalarından dolayı işten çıkaramayacağı veya farklı muameleye tabi tutamayacağı öngörülmüş (f.V) ve bu hükümlere aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedileceği kabul edilmişti (f.VI). Kanunda işe alım sırasında da sendikal ayırımcılık yasağı öngörülmesine karşın (m.31/I), işe alım sırasındaki ayırılıklar tazminat hükmünün kapsamına alınmamış, bu konuda cezai yaptırım öngörülmekle yetinilmişti (m.59/III).

İş güvencesi hükümlerinin geçerli olmadığı bu dönemde dava açma süresi veya ispat yükü açısından işçiler arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, sendikal

⁵² Bu konuda ve diğer ülke uygulamaları hakkında bkz. (Güzel, 2004:133-134); (Soyer, 2005:68); (Alpagut, 2002:108).

tazminat talebinin tazminatlara ilişkin genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımına tabi olduğu, ispat yükünü de gerek fesih gerek fesih dışı aykırılık hallerinde kendisine karşı sendikal ayırmacılık yapıldığını iddia eden işçinin taşıdığı kabul edilmiştir.

İş güvencesi hükümlerinin kabulünden sonraki dönem

4773 sayılı Kanunla 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun sendika özgürlüğünün güvencesini düzenleyen 31. maddesinin yaptırımı ilişkin altıncı fıkrasında değişiklikler yapılmış ve maddeye yeni fıkralar eklenmişti. Yapılan değişiklikle fesih dışı sendikal ayırmacılık halleri açısından, değişiklik öncesi dönemde söz konusu olduğu gibi, tüm işçiler için ortak olan ve işçinin ispatı halinde en az bir yıllık ücreti tutarında sendikal tazminata hak kazanacağını öngören düzenleme korunurken, sendikal nedenle yapılan fesihler konusunda işçiler arasında oldukça önemli farklılıklar yaratan düzenlemeler öngörülmüştü. Bu Kanunla İş Kanunu'na tabi olan işçiler için iş güvencesi hükümleri getirildiğinden, iş güvencesine tabi olan işçilerin sendikal nedenle yapılan fesihlere karşı da işe iade davası açarak haklarını arayacakları, feshin sendikal nedenle yapıldığı kanısına varılması halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği kabul edilmişti (f.VI).

4773 sayılı Kanunla maddeye eklenen yedinci fıkra ile Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na tabi olan işçiler ile tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ve İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacakları davada ispat yükümlülüğünün işverende olacağı, işçiye ödenecek tazminat miktarının bir yıllık ücretinden az olmayacağı öngörülmüştü. Bu hukuki durumda, iş güvencesi hükümlerinin yer aldığı 4857 sayılı Kanunun kabulüyle de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 4857 sayılı Kanunla sadece 2821 sayılı Kanunun iş güvencesi hükümlerine yaptığı atıflar güncellenmiştir. (m.117, m.118).

Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile dava açma süresi ve ispat yükü açısından işçiler arasında gereksiz farklılık yaratılmıştır. İş güvencesi kapsamındaki işçiler fesih bildiriminden tebliğinden itibaren bir ay içinde işe iade davası açıp, bu davada feshin sendikal nedene dayandığı ispat yükü altında olmalarına ve süresi içinde dava açamamaları halinde dahi doğrudan sendikal tazminat talebinde bulunamamalarına karşın; iş güvencesinin kapsamı dışında olanlar genel hükümlere göre on yıl içinde açabilecekleri bir davada ispat yükünü de taşımaksızın doğrudan sendikal tazminat talep edebilmişlerdir. Yargıtay, bu dönemde, iş güvencesi kapsamında olan işçilerin bir aylık süre içinde işe iade davası açamamaları halinde, sendikal tazminat isteyemeyecekleri gibi, toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılan iş güvencesi tazminatlarının (cezai şartların) da uygulanamayacağını kabul etmiştir⁵³.

⁵³ Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına göre, "...2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde 4773 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, işçinin iş sözleşmesinin sendika üyeliği ya

Belirtelim ki, kanun koyucu bu dönemde yaratılan bu farklılıkta kriter olarak işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmasını esas almak istemiş ise de, bu konuda pek de başarılı olduğu söylenemeyecektir. Zira söz konusu düzenlemede, Basın İş Kanunu'na tabi işçilerin de İş Kanunu'na tabi işçilerle aynı koşullarla iş güvencesi hükümlerinden yararlanabildikleri, aynı durumun 51 ve daha fazla işçi çalıştıran tarım işyerleri açısından da söz konusu olduğu gözden kaçırılmıştır. Basın İş Kanunu açısından bu tutarsızlık, (4773 sayılı Kanuna ilişkin) kanun tasarısının TBMM'ye sunulan şeklinde iş güvencesi hükümlerinin Basın İş Kanunu'na tabi olanlara da kıyasen uygulanacağına ilişkin bir yollama bulunmazken, Tasarıya Komisyonda bu yönde bir hüküm eklenmesi ancak Sendikalar Kanunu m.31/VII'de bunun dikkate alınmamasından kaynaklanmıştır.

6356 sayılı Kanunda Öngörülen Düzenlemeler

İşe alım sırasında sendikal ayrımcılığın da hukuki yaptırma bağlanması

6356 sayılı Kanunda da önceki düzenlemelerde olduğu gibi, işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı (m.25/I); ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklı kalmak üzere, işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı (f.II),

da sendikal faaliyetleri sebebiyle feshedilmesi halinde doğrudan sendikal tazminat talep hakkının olmadığı açıklanmış ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Fesih dışında kalan sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ise, işçinin doğrudan sendikal tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır. 4773 sayılı yasa ile sözü edilen maddeye eklenen 7. fıkrada ise, iş güvencesi hükümlerinin uygulaması dışında kalan hallerde ve feshe bağlı tazminat istekleriyle sınırlı olmak üzere ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan fesih geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir... İş güvencesi hükümlerinin uygulandığı işyerleri bakımından davacı işçinin doğrudan sendikal tazminat talep hakkı bulunmamaktadır. İşçinin süresi içinde işe iade davası açması halinde işe başlatmama tazminatı 12 aylık ücretinden az olmamak üzere belirlenebilecek iken, davacı işçi bu yola gitmemiştir. Bu nedenle davacının sendikal tazminat isteğinin reddine karar verilmelidir. Öte yandan, iş güvencesine tabi olan davacı işçi yönünden toplu iş sözleşmesinin 24. maddesinde öngörülen iş güvencesi tazminatı hükmünün uygulanması da mümkün değildir. İş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı içinde olan davacı işçi bu yola gitmemiş ve doğrudan toplu iş sözleşmesinin 24. maddesinde yazılı olan cezai şartı talep etmiştir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre iş güvencesi hükümlerinin uygulandığı işyerlerinde toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi sağlayan hükümlerinin bir değeri kalmamıştır (Yargıtay 9. HD., 28.4.2009 gün, 2007/34507 E., 2009/12111 K.). Böyle olunca toplu iş sözleşmesinde öngörülen iş güvencesi tazminatı isteğinin de reddi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalı olmuştur...” , Yarg. 9. HD, 04.05.2010, E. 2009/3695 K. 2010/12612, www.kazanci.com.

işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılmayacağı veya farklı işleme tabi tutulamayacağı belirtilmiştir (f.III).

Bu açıdan önceki düzenlemelerle paralellik arz eden 6356 sayılı Kanun, fesih dışında işverenin sendika özgürlüğüne aykırı davranışlarında sendikal tazminat ödenmesini öngören düzenlemenin kapsamına, m.25/P'de işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı şeklinde ifade edilen yasaklara aykırı davranışları da alması açısından oldukça önemli ve isabetli bir yenilik getirmektedir. Gerçekten, 25. maddenin ilk üç fıkrasında sendikal nedenle ayırım yasakları belirtildikten sonra, “İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir” (f.IV) ifadelerine yer verilerek, iş ilişkisi kurulduktan sonra çalışma koşullarının uygulanmasına ilişkin aykırılıkların yanı sıra işe alım sırasındaki aykırılıklar da sendikal tazminat yaptırımına bağlanmıştır.

Sendikal tazminatın alt sınırının işçinin bir yıllık ücret tutarı olarak belirlenmiş olması karşısında, sendikal nedenlerle işe alınmayan işçinin talep edebileceği tazminata esas ücretin nasıl belirleneceği sorusu akla gelmektedir. Söz konusu işçi işe alınmadığından bir ücreti bulunmayacaktır. Bu konuda asgari ücretin veya işçinin başvurduğu işin emsal ücretinin esas alınması gibi seçenekler akla gelebilir. Kanaatimizce esas alınması gereken, başvuru işin emsal ücreti olabilecektir⁵⁴.

Alman Hukuku'nda 2006 yılında kabul edilen Genel Eşit Davranma Kanununda⁵⁵ çalışanların § 1'de belirtilen ırk, etnik köken, cinsiyet, din veya dünya görüşü, engellilik, yaş veya cinsel kimlikleri nedeniyle farklı muameleye tabi tutulamayacakları⁵⁶ (§ 7); bir iş ilişkisi kurmak amacıyla iş başvurusu yapanların da bu Kanun anlamında çalışan sayılacağı (§ 6/II) belirtilmiştir (**Schlachter**, M: 2013: 13).. Kanunun sadece § 1'de belirtilen nedenlerle yapılan ayırımcılıklara uygulanacağı kabul edilmekle inceleme konumuzla doğrudan ilgili olmasa da; yaptırım düzenlemeleri arasında bir kişinin işe alınmaması durumunda talep edebileceği (maddi olmayan zararlara ilişkin) tazminatın, şayet bir ayırımcılık

⁵⁴ Aynı yönde, (**Ulucan ve Nazlı**, 2011:1680-1681). Yazarlar, sendikal özgürlüğe müdahalenin ispat gücü ve bu yöndeki taleplerin mahkemelerdeki iş yükünü artırma olasılığı açısından işe alım sırasındaki ayırımcılıkları sendikal tazminata bağlayan düzenlemeye eleştirel yaklaşmaktadırlar (*ayrı yer*).

⁵⁵ Genel Eşit Davranma Kanunu hakkında bilgi için bkz. **Ergin**, H., 2007:636 vd.

⁵⁶ Kanunda kullanılan “Benachteiligung” kelimesi Türkçeye “daha kötü (dezavantajlı) duruma düşürme”, “bir kişiye diğerlerine oranla daha kötü davranma” şeklinde çevrilebilirse de, ayırımcılık veya farklı muamele ifadelerinin kullanılması bizce daha isabetlidir. Bu konuda ayrıca bkz. (**Ergin**, H., 2007:638, dn.10).

yapılmasaydı dahi işe alınmayacak idiyse, üç aylık ücretini aşamayacağı belirtilmiştir (§ 15/II). İşte bu ücretin işçinin söz konusu işten elde edebileceği ücret olduğu kabul edilmektedir⁵⁷. Alman Hukuku'nda Genel Eşit Davranma Kanunu'nun kabulünden önce cinsiyet nedeniyle farklı muamelede bulunma yasağı Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenmişti. Bu Kanunda, kişinin işe alınmaması durumunda talep edebileceği tazminatın, şayet bir ayırmacılık yapılmasaydı dahi işe alınmayacak idiyse, üç aylık kazancını aşamayacağı; aylık kazancı olarak ise, başvuran kişinin söz konusu iş ilişkisi kurulsaydı bir ayda normal çalışma süreleri karşılığında aynı ve para olarak elde edeceği menfaatler olacağı belirtilmişti (§ 611a/III BGB).

İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi

Sendikal feshe karşı güvenceden yararlananlar

6356 sayılı Kanunun en çok tartışmalara neden olan düzenlemesi, iş sözleşmesinin sendikal bir nedenle feshi halinde uygulanacak yaptırma ilişkin 25. maddenin beşinci fıkrasıdır. Bu hükme göre, “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.”

Kanunda, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden işçinin iş güvencesine ilişkin İşK.m.18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkının bulunduğu belirtilmesi, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalanların iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshi halindeki hakları konusunda ise 2821 sayılı Kanun m.31/VII'deki gibi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması karşısında, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçilerinin sendikal fesih halinde sendikal tazminat talep edip edemeyecekleri sorusu ortaya

⁵⁷ (ErfK/S, 2009: 11; Walker, W-D 2009: 15; Kamanabrou, G, 2009: 337). Alman Hukukunda işe alınmama hali için geçerli olan tazminat hükmü konusunda savunulan görüşlere göre, aylık gelir, maddi olmayan zararların tazmini açısından uygun bir ölçüt değildir. İşe alınmada olsun mesleki ilerlemede olsun ayırmacılığa maruz kalmanın çalışanı ne ağırlıkta etkilediği, bu çalışanın işe girseydi ne kadar kazanacağına bağlı olmayıp, örneğin etnik kökeni nedeni ile işe alınmayan bir Türk tamircinin maddi olmayan zararının daha başlangıçtan, aynı şekilde işe alınmayan bir Türk mühendisten daha az olacağı söylenemeyecektir. Ancak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından da uygun görülen bu düzenlemenin ölçüt içermesi nedeniyle hukuk güvenliği açısından isabetli olduğu belirtilmektedir. Bu konuda bkz. (Kamanabrou, G, 2009: 337; ErfK/S,1997: 11, Draehmpaehl, 1997, 1839 vd).

çıkılmaktadır.

Belirtelim ki, söz konusu düzenleme yasalasma sürecinde gerek Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler (Alt) Komisyonu'nda gerek TBMM'de değişikliklere uğrayarak son şeklini almıştır. Bu nedenle yasalasma sürecinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Hükümet Tasarısının TBMM'ne sunulan şeklinde m.25/f.V'te, "Sendikal nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 20 nci ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir..." denilmekteyken; Alt Komisyon'da 25. madde, "... bir taraftan çalışanlar arasında sendikal örgütlenmenin artırılması amaçlanırken diğer taraftan 4857 sayılı Kanun çerçevesinde tanınan sendikal tazminat davası açma hakkının otuz işçi ve aşgari altı ay çalışma şartı ile sınırlandırılmasının yanlış olması dikkate alınarak, iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshine karşı çalışanların korunması amacıyla beşinci fıkranın ilk cümlesine "İş Kanununun" ifadesinden sonra gelmek üzere "18 inci maddesinin birinci fıkrasındaki otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın" ifadesinin eklenmesi suretiyle" kabul edilmiştir.

Tasarının TBMM'de görüşülmesi sırasında ise, bir önerge verilerek bu metinde de değişiklik yapılmıştır. Söz konusu önerge şu şekildedir: "Görüşülmekte olan 197 Sıra Sayılı Toplu İş İlişkileri Kanunu tasarısının 25'inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki "İşverenin" ifadesinden sonra gelmek üzere "fesih dışında" ifadesinin eklenmesini, beşinci fıkrasının ilk cümlesinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesini... arz ve teklif ederiz. "Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21'inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir.". Söz konusu önergenin gerekçesine göre ise, "Maddenin beşinci fıkrasının ilk cümlesinde yapılan değişiklikle iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sendikal tazminat alması düzenlenmiştir..."⁵⁸.

TBMM'de kabul edilen bu önerge ve gerekçesi dikkate alındığında, sendikal fesihlere karşı 25. maddede öngörülen haklardan yararlanmak isteyen bir işçinin İş Kanunu m.18'deki koşullara sahip olması gerektiğinin arandığı anlaşılmaktadır. Öyle ki, bu önerge ile sadece m.25/V'te değişiklik yapılmakla yetinilmemiş, dördüncü fıkradaki, "İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir" şeklindeki hüküm de "fesih dışında" ilk üç fıkraya aykırılık halinde uygulanacak bir düzenleme haline getirilmiştir. Bununla, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında da sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler yer aldığından, iş güvencesi kapsamı dışında kalanların, beşinci fıkranın yeni şekli karşısında dördüncü fıkraya dayanarak tazminat talep etmelerinin de önüne geçilmek istendiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, söz konusu önerge üzerine TBMM'de yapılan açıklamaların da,

⁵⁸ Bkz. TBMM, 24. Dönem 3. Yasama Yılı 7. Birleşim 8. Oturum 11 Ekim 2012, www.tbmm.gov.tr.

iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalanların, sendikal nedenle yapılan fesihlere karşı m.25'te öngörülen haklardan yararlanmaması yönünde bir içerik taşıdığı görülmektedir. Zira bu açıklamalarda söz konusu önerenin 30'dan az işçi çalıştıran işyerlerinde iş güvencesi hükümleri uygulanmadığı gibi sendikal güvencenin de olmaması amacıyla getirildiği belirtilmektedir⁵⁹.

Bu durumda, beşinci fıkranın son cümlesinde yer alan "İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez" şeklindeki düzenlemenin de, iş güvencesi kapsamında olmayanlara dava açma hakkı sağlayacağı şeklinde yorumlanamayacağı, burada İş Kanunu 18 vd. maddelerine göre dava açma hakkına sahipken açmamış olanların sendikal tazminat talep edebileceklerinin düzenlendiği söylenebilecektir. Bu konudaki görüşümüzü açıklamadan önce düzenlemedeki bazı tutarsızlıklara ve gözden kaçan hususlara dikkat çekmekte yarar görüyoruz.

Öncelikle ifade edelim ki, Hukukumuzda son yıllarda sendikal güvenceler konusunda düzenleme yapılırken düşülen hata, 6356 sayılı Kanun'da da tekrarlanmıştır. Gerçekten, 6356 (daha önce 2821) sayılı Kanunun hangi iş kanununa tabi olduğuna veya Borçlar Kanununa mı tabi olduğuna bakmaksızın tüm işçileri kapsadığı gerçeği yapılan düzenlemelerde göz ardı edilmekte, sanki tüm işçiler 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaymış gibi hükümler getirilmektedir.

İş güvencesi hükümleri Basın İş Kanunu kapsamındakilere de kıyasen uygulandığından, bu Kanun kapsamındakilerin de STİSK.m.25/V kapsamında oldukları rahatlıkla söylenebilir de, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamındakiler açısından tereddüt uyanmaktadır. Acaba bu kanunlar kapsamındakiler de İş Kanunu m.18 vd.'daki hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle m.25/V kapsamında mı düşünüleceklerdir? Yoksa STİSK.'nun açıkça 4857 sayılı Kanunun 18 vd. maddelerinden söz etmesi karşısında Deniz İş Kanunu veya Borçlar Kanunu kapsamında olanların işverenin işkolundaki işçi sayısı veya işçinin kıdemi gibi hususların herhangi bir önemi bulunmaksızın sendikal fesihlere karşı m.25/V hükmünden yararlanmayacakları mı kabul edilecektir?

Önerge hakkında yapılan açıklamalar incelendiğinde, amaçlanan hususun otuzun altında işçi çalıştırdığı için iş güvencesi kapsamı dışında tutulan işyerlerinin m.25/V hükmünden de istisna tutulması olduğu biçiminde anlaşılabilir ifadeler kullanıldığı görülmektedir. Ancak düzenlemede sadece işverenin çalıştırdığı işçi sayısı esas alınmamıştır. Sendikal fesihlere karşı güvencenin sadece iş güvencesi kapsamındakilere tanındığı kabul edildiğinde, İş Kanunu'nun 18. maddesine yapılan yollama, işyerine ilişkin koşulların yanı sıra işçiye ilişkin koşulları da kapsadığından, örneğin yüzlerce ya da binlerce işçi çalıştıran bir işyerinde henüz 6 aylık kıdem koşulunu tamamlamadan iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen bir işçinin sendikal tazminat talep edemeyeceği sonucuna varmak gerekecektir. Aynı durum

⁵⁹ Bkz. TBMM, 24. Dönem 3. Yasama Yılı 7. Birleşim 8. Oturum 11 Ekim 2012, www.tbmm.gov.tr.

aynı nitelikteki bir işyerinde örneğin 2 yıllık belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta iken sendikal nedenle işten çıkarılan işçiler açısından da söz konusu olacaktır. Görülmektedir ki, düzenleme, amaçlanan hususların dışında da bazı olumsuz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

Kanaatimizce, -belirtilen şekliyle anlaşıldığı takdirde- konuya ilişkin AB normlarına, ILO Sözleşmelerine ve Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olan ve mevcut hakları geriye götüren bu düzenlemenin vakit kaybedilmeksizin değiştirilmesi, değiştirileceği tarihe kadar da yargı organınca iş güvencesi kapsamı dışında olanların sendikal tazminat taleplerini engellemediği şeklinde yorumlanarak uygulanması gerekir. Şüphesiz bu konudaki ideal çözüm düzenlemenin değiştirilmesi veya başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesidir. Ancak bu yapıncaya kadar da yukarıda belirttiğimiz gibi, iş güvencesi kapsamı dışında olanların sendikal tazminat taleplerini engellemediği şeklinde anlaşılıp uygulanması isabetli olacaktır. Yargıtay'ın İş Kanunu'nun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin düzenlendiği ikinci maddesine 5538 sayılı Kanunla eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkralara ilişkin içtihadı bu konuda örnek olarak gösterilebilir⁶⁰.

Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin yerleşik içtihadına göre, "...5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu içtihatlar bu doğrultudadır..."⁶¹.

Aksi halde Hukukumuzda iş güvencesi hükümlerinin kabulünden önce dahi güvence altına alınan sendika özgürlüğü, güvencesiz bırakılmış olacaktır. Ayrıca çalışmamızın giriş kısmında ayrıntılı olarak yer verdiğimiz Kanunun Genel Gereğesi'nde ifade edilen "...2821 ve 2822 sayılı kanunlarla Türk sendikacılığını ve dolayısıyla toplu sözleşme düzenini daha ileriye taşımak mümkün değildir... bu Kanun, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepkiyi

⁶⁰ Söz konusu hükümler hakkında bkz. (Ekmekçi, 2006:1174 vd).

⁶¹ Yarg. 9. HD, 24.10.2008, E. 2008/33977 K.2008/28424; Yarg. 9. HD, 27.05.2010, E. 2010/18030 K. 2010/15022; Yarg. 9. HD, 09.05.2012, E. 2012/13132 K. 2012/16317, www.kazanci.com.

dikkate alarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını; özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlemektedir... Mevcut düzenlemeler nedeniyle, özellikle 1980 sonrası ülkemiz, ILO'nun denetim mekanizmasının etkisiyle uluslararası alanda hak etmediği muameleye maruz kalmıştır. Bu durumun farkında olarak, Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, 87 ve 98 No.'lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Sendika kurma, sendikaya üyelik, sendika yöneticisi olma, sendikal güvenceler, sendikal faaliyetler, sendikaların işleyişleri, denetimleri, serbest toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.'lu sözleşmeler paralelinde düzenlenmiştir... Bu Kanunla, sendikal hak ve özgürlükler... evrensel ilkeler dikkate alınarak düzenlenmiştir.” ifadelerinin bir anlam kazanabilmesi de ancak bu şekilde mümkün olabilecektir⁶².

Öte yandan, önemle vurgulayalım ki, 6356 sayılı Kanuna ilişkin Tasarının gerekçesine bakıldığında, aslında 25. maddenin TBMM'ye sevk edildiği ilk biçimi olan Hükümet Tasarısındaki –yani “otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın” ibarelerinin yer almadığı- metnin de, Alt Komisyon tarafından anlaşılış biçiminden farklı olarak, sadece iş güvencesi kapsamındakileri kapsama almak amacını taşımadığı görülmektedir. Nitekim madde gerekçesinde yer verilen, “Maddede sendika özgürlüğünün güvencesi düzenlenmiştir. Bireysel sendika özgürlüğü bu Kanunun kapsamına giren bütün çalışanları kapsayacak şekilde güvence altına alınmıştır...4857 sayılı İş Kanununun 18 inci Maddesinin kapsamı dışında bulunan hallerde de işveren feshin nedenini ispat ile yükümlü tutulmuştur...” ifadeleri de bu hususu doğrulamaktadır⁶³. Zira, Gerekçede açıkça

⁶² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, kısa süre önce verdiği bir kararında, Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların iç hukuk hükmü haline geldiği ve üst norm olarak uygulanmaları gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu karara göre, “...Somut uyuşmazlıkta izin ücretinin ödenip ödenmeyeceği konusunda iki çalışan normatif düzenleme bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. Maddesi, ödenmesini öngörürken, devir öngören 5947 sayılı kanun ise ödenmeyeceğini belirtmektedir. İş ilişkisi sona eren davacının devir nedeni ile kademinin, memur veya sözleşmeli sürenin sonunda değerlendirileceğine ilişkin anulan yasada açık düzenleme var ve kademi korunmuşken, iş ilişkisi içinde kullanılmayan ve memur veya sözleşmeli statü sonunda ücrete dönüşmeyecek izinler konusunda, kanun bir koruma öngörmemiştir. Dinlenme hakkına ilişkin Anayasa'nın 50, Avrupa Sosyal Şartı'nın 2 maddeleri ile 3999 sayılı kanunla kabul edilen ve iş hukuk normu haline gelen, iş ilişkisinin sona ermesi üzerine çalışanların yasalardan doğan haklarının ödenmesini öngören 158 nolu uluslararası sözleşme hükümleri, üst norm olup, davacı işçiye iş sözleşmesi sonunda kullandırılmayan izinleri karşılığı ücretin ödenmesini gerektirmektedir. Zira Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca İş Kanunu ile 5947 sayılı kanunun aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde bu hükümler esas alınmalıdır...”, (Yarg. 9. HD., 04.02.2013 E. 2012/2770 K. 2013/4106).

⁶³ TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı 197, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler

sendika özgürlüğü güvencesinin tabi olduğu kanunlara bakılmaksızın 6356 sayılı Kanun kapsamındaki tüm çalışanları kapsadığı belirtilmiştir. Ayrıca, İşK.m.18'in kapsamı dışında kalan hallerde de işverenin fesih nedenini ispat etmesi gereğinden söz edilmesi, ancak işçinin böyle bir feshe karşı güvenceye sahip olması halinde anlamlı olacaktır. Aslında Tasarı ile zaten, iş güvencesi kapsamında olmayanlar da dahil olmak üzere, bireysel iş ilişkileri açısından hangi kanuna tabi olduklarına bakılmaksızın tüm işçilere, sendikal fesih iddiasıyla İşK.'na göre işe iade davası açma hakkı tanınmaktaydı. Bu tespitler ışığında, m.25/V hükmü hakkında TBMM'de verilen önerenin, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilere tanınan bu ekstra güvenceyi ortadan kaldırdığı, yani bu kişilerin işe iade davası açmalarına ve duruma göre boşa geçen süre ücretine de hak kazanmalarını engellediği, ancak bu kişilerin sendikal tazminat taleplerine engel olmadığı şeklinde yorumlanmasının en isabetli çözüm biçimi olacağı kanısındayız⁶⁴.

Belirtelim ki, Alman Hukukunda sendika özgürlüğünü düzenleyen Anayasa m.9/III, c.2 hükmü, kişiler arası ilişkilerde de doğrudan uygulanabilecek (unmittelbare Drittwirkung, third party effect) bir koruma hükmü olarak kabul edilmektedir⁶⁵. Alman Federal İş Mahkemesi de bu doğrultuda karar vermektedir⁶⁶. Alman Hukukunda, sendikal faaliyeti nedeniyle işten çıkarılan bir kişi Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun (KSchG) kapsamında olmasa dahi, bu Kanunda öngörülen süre içinde dava açarak feshin hükümsüzlüğünü talep edebilmektedir (§§ 134, 612a BGB, § 13/III KSchG) **MünchKombGB/Müller-G**, 2012: 20); (**Linck**, R. 2012: 24); LAG H, 1988: 586). Üstelik böyle bir davada işveren, Feshe Karşı Koruma Kanunu'na göre açılan diğer davalardan farklı olarak, yargıçtan iş ilişkisinin sona ermiş sayılmasına karar verilmesini de talep edememektedir⁶⁷. Zararın tazmininde miktar konusunda iş güvencesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir⁶⁸.

İş güvencesi kapsamında olanların sendikal feshe karşı hakları

Komisyonu Raporları (1/567). Bu konuda Aralık 2010 Taslağı ile ilgili olarak ayrıca bkz. (**Tuncay**, 2011:161); (**Ulucan ve Nazlı**, 2011:1681).

⁶⁴ Öğretilen savunulan, iş güvencesinden yararlanma koşullarını taşımadığı için işe iade davası açamayan işçilerin sendikal tazminat taleplerini m.25/V son cümle hükmüne dayandırabilecekleri görüşü için bkz. (**Dereli**, 2013:47-48); (**Kılıçoğlu**, 2013:197-198; **Baskan**, 2013:167). Tasarıdaki ibarenin metinden çıkarılması üzerine konunun tartışılmalı hale geldiği, işe alınmada veya çalışma koşullarının uygulanmasında sendikal ayırım yapılması halinde sendikal tazminat hakkının tanındığı bir sistemde, ayırimcılığın en uç noktası olan fesihte bu hakkın olmamasının isabetli olmadığı yönünde, (**Canbolat**, 2012a:13). Bireysel sendika özgürlüğünün işverene karşı korunmasının en çok iş ilişkisinin sona erdirilmesinde önem kazandığı hususunda bkz. (**Okur**, 2005:743; **Dereli**, 2013:47).

⁶⁵ **Hergenröder**, C.W: 2012: 18; **Hamacher**, A: 2012: 32 vd).

⁶⁶ BAG, 28.03.2000, 1 ABR 16/99, NZA 2000, 1295;

⁶⁷ **ErfKomm/Preis**, BGB § 612 a, Rn. 24.

⁶⁸ **ErfKomm/Preis**, BGB § 612 a, Rn. 25.

Yukarıda belirtildiği gibi, 2821 sayılı Kanun döneminde iş güvencesine tabi olan işçilerin sendikal nedenle yapılan fesihlere karşı da işe iade davası açarak haklarını arayacakları, feshin sendikal nedenle yapıldığı kanısına varılması halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği kabul edilmişti (SK.m.31/f.VI). Yargıtay da, bu dönemde, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin bir aylık hak düşürücü süre içinde işe iade davası açmamaları halinde, sendikal tazminat isteyemeyecekleri gibi, toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılan cezai şartların da uygulanamayacağına karar vermektedir⁶⁹. Kanundaki düzenlemenin neden olduğu bu sonuç sendikal feshin yaptırımsız kalmasına neden olmaktadır. 6356 sayılı Kanun'da bu konuda işe iade prosedürü ile bağlantı kesilerek isabetli düzenlemeler öngörülmüştür.

Kanuna göre, "Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanununun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4857 sayılı Kanununun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca 4857 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez." (m.25/V).

Bu durumda işe iade davası sonunda feshin sendikal nedenle yapıldığı kanısına varılması halinde, yargılama sırasında boşta geçen süre ücretinin tespitine ve işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere sendikal tazminatın tahsiline karar verilebilecektir. Zira sendikal tazminat, yeni Kanunda işçinin işverene başvurup başvurmamasından veya işveren tarafından işe başlatılıp başlatılmamasından bağımsız olarak düzenlenmiştir. Hemen belirtelim ki, bu düzenleme biçimi isabetlidir⁷⁰. Türk iş güvencesi sistemi, uzun süren yargılama sonunda işçiyi işe başlamak için işverene başvurmak zorunda tutan ancak işverene işçiyi işe başlatmak veya tazminat ödemek hususunda seçim hakkı tanyan mevcut yapısı itibarı ile tarafların gerçek iradelerine aykırı davranışlarda bulunmalarına neden olmakta, bu sistemde geçersiz fesih yaptırımsız kalabilmektedir⁷¹. Sendikal nedenle yapılan feshin şartta bağlı olmayan bir yaptırıma tabi tutulması isabetli olmuştur.

Mevcut düzenleme karşısında, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği, kesinleşmiş yargı kararı ile tespit edilen işçi, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvuracak, işveren tarafından bir aylık işe başlatma süresi içinde işe başlatılmak istenmesi durumunda da işe başlayacaktır. İşe başlamak için başvurmayan veya davet edilmesine rağmen işe başlamayan işçi boşta

⁶⁹ Örnek olarak bkz. Yarg. 9. HD, 04.05.2010, E. 2009/3695 K. 2010/12612, www.kazanci.com.

⁷⁰ Aynı yönde, (Canbolat, 2012b: 209).

⁷¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. (Özkaraca, 2012:104 vd.; Baskan, 2013:188).

geçen süre ücretine hak kazanamayacak, ancak sendikal tazminat alabilecektir. Bu durumdaki işçi, aynı zamanda geçersiz sayılan (ancak süresi içinde işe başvurması/başlamaması nedeniyle geçerli hale gelen) fesih tarihine göre kıdem ve ihbar tazminatlarını alabilecektir.

Kanunda sendikal tazminata karar verilen durumlarda, mahkemece işçinin işe başlatılmaması ihtimali için ayrıca İşK.m.21/P'de belirtilen tazminata hükmedilmeyeceği öngörüldüğünden, sendikal nedenle işten çıkarılan işçi, işveren tarafından işe başlatılsa da başlatılmasa da, aynı haklara (boşta geçen süre ücretine ve sendikal tazminata) sahip olacaktır⁷².

6356 sayılı Kanun'da öngörülen bir diğer önemli yenilik, iş güvencesi kapsamında olan işçinin bir aylık hak düşürücü süre içinde dava açmamış olmasının sendikal tazminat talebine engel olmayacağına öngörülmesidir ki, bu da isabetli bir düzenlemedir (Canbolat, 2012b:209; Baskan, 2013:191).

Belirtmek gerekir ki, 6356 sayılı Kanun m.25/IV'te işverenin fesih dışında sendikal ayrımcılık yapması halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceği belirtilirken, m.25/V'te feshin sendikal nedene dayandığının tespiti halinde miktar belirtilmeksizin, sadece sendikal tazminata karar verileceğinin ifade edilmiş olması tazminatın miktarı açısından bir farklılık yaratmayacak, sendikal nedenle fesih halinde de tazminat işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında olacaktır. Kanunun hazırlık çalışmaları incelendiğinde, beşinci fıkrada bir alt sınır öngörülmemesinin nedeninin, tazminat miktarının dördüncü fıkrada belirtilmiş olması nedeniyle tekrardan kaçınmak olduğu anlaşılmaktadır⁷³.

Kanunda ispat yükü konusunda da fesih ve fesih dışı aykırılıklar konusunda ayırım yapılmıştır⁷⁴. Buna göre, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği

⁷² Düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Baskan**, 2013:191-192.

⁷³ Nitekim, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu'na göre, Alt Komisyon tarafından kabul edilen metin "25 inci maddesi 5 inci fıkrasının, sendikal tazminat tutarının dördüncü fıkrada belirlenmiş olması nedeniyle ikinci cümlesi çıkartılması... suretiyle" kabul edilmiştir. Bkz. TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu, 13.03.2012, Esas No: 1/567 Karar No: 6.

⁷⁴ Düzenlemenin gerekçesine göre, "Sendikal nedenin ispat edilebilmesi bakımından fesih ile diğer ayrımcılık halleri arasında fark gözetilerek yeniden düzenlenmiştir. Fesih halinde sendikal nedenin ispat yükümlülüğü işverene getirilmiştir. Ancak bu durumda işverene feshin sendikal nedene dayanmadığını değil, fesih işleminin nedenini ispat yükümlülüğü getirilmiştir...Fesih işleminin nedeninin işveren tarafından ispat edilmesi yeterli görülerek bunun bir "geçerli neden" ya da "haklı neden" olması koşulu aranmamıştır. Fesih nedeninin işverenin gösterdiği nedene dayanmayıp sendikal nedene dayandığının iddia edilmesi halinde ispat yükü yer değiştirmiştir. Fesih dışındaki sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ispat yükümlülüğü bunu iddia eden işçiye aittir. Ancak işçinin sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğu hallerde bu yükümlülük yer değiştirerek işverene yüklenmiştir. Bu durumda işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacaktır.", (TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı 197, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve

iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür (f.VI). Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur (f.VII). Fesih dışı sendikal ayrımcılık halleri için öngörülen ve İş Kanununda ayrımcılık yasaklarına aykırılığın ispatı hususunda yer verilen düzenleme (m.5/son) ile paralel olan hükmün, fesih haline de teşmil edilmemiş olması isabetsizdir⁷⁵. Ancak bu düzenleme biçiminin uygulamada Yargıtay tarafından benimsenen sendikal nedenle fesih karinesinde⁷⁶ bir değişikliğe yol açmayacağı kanaatindeyiz.

Aykırı kararlaştırmaların geçersizliği

6356 sayılı Kanun m.25'te sendikal ayrımcılık halleri ve yaptırımları düzenledikten sonra maddenin sekizinci fıkrasında, "Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Öğretide savunulan bir görüşe göre, belirtilen hüküm nedeniyle işçi lehine düzenleme de söz konusu olamayacak, örneğin sendikal tazminat artırılması mümkün olmayacaktır⁷⁷. Kanaatimizce, söz konusu fıkra, madde hükümlerinin değiştirilemeyeceği gibi bir düzenlemeye yer verilmeyip sadece maddenin ilk yedi fıkrasında düzenlenen hususlara aykırı hükümler getirilemeyeceği öngörüldüğünden, sendikal tazminat tutarının artırılması mümkündür. Sendikal tazminat miktarının artırılması, örneğin işçinin 18 aylık ücretinden az olmayacağını öngörülmesi, maddedeki hükümlere *aykırı* bir kararlaştırma sayılmamalıdır. Zira, söz konusu maddede sendikal tazminat tutarı "işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere" şeklinde ifade edilmiştir. Bu tazminat tutarının iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile daha yüksek bir tutar olarak belirlenmesinin de, bu hükme aykırı bir kararlaştırma olmadığı kanısındayız.

Sonuç

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda sendikal güvenceler konusunda yer

Sosyal İşler Komisyonu Raporları (1/567)).

⁷⁵ (Başbuğ, 2012:76; Baskan, 2013:214). 2821 sayılı Kanun döneminde öğretide, İş Kanunu m.5/son fıkra, öngörülen çözüm şeklinin, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinin ispatında da kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktaydı (Güzel, 2004:131, 137-138; Özdemir, 2006:349; Yenisey, 2006:75-76; Okur Z., 2005:763; Baskan, 2013:213). Bu konuda ayrıca bkz. (Bakırcı, 2006:117-118).

⁷⁶ Sendikal nedenle fesih karinesi hakkında bkz. (Bayram, 2006:1222 vd.); (Sümer, 2011:1643 vd.); (Yenisey, 2006:76); (Okur Z., 2005:762-763).

⁷⁷ Başbuğ, 2012:76. 6356 sayılı Kanun m.25/VIII hükmünün toplu sözleşme özerkliğine gereksiz bir müdahale olduğu ve madde metninden çıkarılması gerektiği hususunda bkz. (Canbolat, 2012b: 210).

verilen düzenlemelerin genel olarak 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'ndan daha ileri olduğu söylenebilecektir. Kanunda, profesyonel sendika yöneticilerinin güvencesi konusunda 2821 sayılı Kanun döneminde yaşanan belirsizlik ve tartışmalara son verecek bir düzenleme getirilmiş ve hukuki yaptırım açıklığa kavuşturulmuştur. Önceki Kanun döneminde özel bir güvenceden yararlanamayan amatör sendika yöneticileri de isabetli olarak işyeri sendika temsilcilerinin tabi oldukları güvenceye sahip kılınmışlardır. Sendika temsilcileri açısından da, özel olarak korunması gereken bu kişilerin güvencesini etkisizleştiren düzenlemeden vazgeçilmesi isabetli olmuştur. Bireysel sendika özgürlüğünün güvencesi açısından ise yukarıda belirttiğimiz Kanunun daha ileri düzenlemeler öngördüğüne ilişkin değerlendirme, şüphesiz m.25/V hükmünün Kanunun çıkarılış amacına, konuya ilişkin uluslararası sözleşmelere ve Anayasa'ya uygun olarak iş güvencesinin kapsamı dışında kalan kişilerin sendikal tazminat taleplerini engellemediği şeklinde anlaşılıp uygulanması halinde bir anlam taşıyacaktır.

KAYNAKÇA

- Aktay A.N./Arıcı, K./Kaplan Senyen, E.T.** (2012) **İş Hukuku**, 5. Baskı, Ankara.
- Akyiğit, E.** (2012) Yeni Kanun'da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, **Legal İHSGHD**, S.36.
- Akyiğit, E.** (2013) İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara.
- Alp, M.** (2003) İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), **DEÜHFD**, C.V, S.1, İzmir.
- Alpagut, G.** (2002) Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi tarafından düzenlenen “**İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**”na sunulan tebliğ, İstanbul.
- Alpagut, G.** (2012) 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi - Uluslararası Normlara Uyum, **Legal İHSGHD**, S.35.
- Bakırcı, K.** (2006) İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, **Sicil**, S.2.
- Baskan, Ş.E.** (2013) **6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi**, Ankara.
- Başbuğ, A.** (2012) **Toplu İş İlişkileri ve Hukuk**, Sendikalar Hukuku, Toplu İş Sözleşmesi Hukuku, Disiplin Hukuku, Ankara.
- Bayram, F.** (2006) Sendikal Fesih Karinesi, **Legal İHSGHD**, S.12.
- Canbolat, T.** (2012a) 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler, **Toprak İşveren**, Aralık, S. 96.
- Canbolat, T.** (2012b) Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası tarafından 26-30 Eylül 2012 tarihinde Antalya'da düzenlenen “**Çalışma Mevzuatı Semineri**”ne sunulan tebliğ.
- Çelik, N.** (1998) **İş Hukuku Dersleri**, 14. Bası, İstanbul.
- Çelik, N.** (2012) **İş Hukuku Dersleri**, 25. Bası, İstanbul.
- Demir, F.** (2001) İşyeri Sendika Temsilciliği, **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, C. 2, İstanbul.
- Demir, F.** (2009) **İş Hukuku ve Uygulaması**, 5. Baskı, İzmir.
- Dereli, T.** (2013) 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme, **Çalışma ve Toplum**, S.36.
- Doğan Yenisey, K.** (2006) İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, **Çalışma ve Toplum**, S. 11.
- Ekmekçi, Ö.** (2001) Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, **Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı**, İstanbul.
- Ekmekçi, Ö.** (2006) Kamu İşvereni'nin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, **Legal İHSGHD**, S. 12.

- Ergin, B.** (1997) Sendika Yöneticilerinin Yeniden İşe Alınmaları ve Kıdem Tazminatı Hakları, **Prof.Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan**, İstanbul.
- Ergin, H.** (2007) Almanya'da "Genel Eşit Davranma Yasası"nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, **Legal İHSGHD**, S.14.
- Ertürk, Ş.** (2007) İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi, **Legal İHSGHD**, S.13.
- Eyrenci, Ö.** (1984) Sendikalar Hukuku, İstanbul.
- Gräfl, E.** (2012) in Richardi/Dörner/Weber, **Personalvertretungsrecht**, 4. Auflage, München.
- Günay, C. İ.** (1997) Sendika Yöneticiliğinin Teminatı, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, S.14.
- Güzel, A.** (2004) İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı**, 28-29 Mayıs, İstanbul.
- Hamacher, A.** (2012) in **Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht**, 3. Auflage, München.
- Hergenröder, C. W.** (2012) in **Münchener Kommentar zum BGB**, B. 4, 6. Auflage, München.
- Kamanabrou, S.** (2006) Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, **RdA**, H.6.
- Keser, H.** (2009) İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi, **Sicil**, Eylül, S.15.
- Kılıçoğlu, M.** (2013) **6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu**, Ankara.
- Korkusuz, M. R.** (2003) **Dünyada İşçi Sendikalarının Faaliyetleri**, İzmir.
- Linck, R.** (2012) in Ascheid/Preis/Schmidt, **Kündigungsgesetz**, 4. Auflage, München.
- Müller-Glöge, R.** (2012) in **Münchener Kommentar zum BGB**, B. 4, 6. Auflage, München.
- Narmanlıoğlu, Ü.** (1987) İşyeri Sendika Temsilcileri, (Atanmaları, Görevleri ve Güvenceleri), DEÜHFD, C.3, S.1-4, **Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı**.
- Narmanlıoğlu, Ü.** (2012) **İş Hukuku, Ferdî İş İlişkileri I**, 4. Baskı, İstanbul.
- Odaman, S. ve Karaçöp, E.** (2011) Görevi Sona Eren Sendika Yöneticisi İşçinin Sendikalar Kanunu m.29 Çerçevesinde Başvurusuna Karşın İşverence İşe Başlatılmamasının Hukuksal Yaptırımına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, **Sicil**, Eylül, S. 23.
- Okur, A.R.** (1985) **Türk İş Hukukunda İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi**, İstanbul.
- Okur, Z.** (2005) İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü, **A. Can Tuncay' a Armağan**, İstanbul.
- Özdemir, E.** (2006) **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, İstanbul.

- Özkaraca, E.** (2012) İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi tarafından 3-4 Haziran 2011 tarihlerinde düzenlenen “**İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları**”na sunulan tebliğ, İstanbul.
- Özveri, M.** (2012) **Sendikal Haklar, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası**, İstanbul.
- Schlachter, M.** (2013) in **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 13. Auflage, München.
- Soyer, P.** (2002) 158 sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi tarafından düzenlenen “**İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**”na sunulan tebliğ, İstanbul.
- Soyer, P.** (2005) Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul.
- Subaşı, İ.** (2000) İşçi Kuruluşu Yöneticiliği ve Güvencesi, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara.
- Sur, M.** (2011) **İş Hukuku, Toplu İlişkiler**, 4. Bası, Ankara.
- Sümer, H. H.** (1997) **İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması**, Konya.
- Sümer, H. H.** (2001) Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.2, İstanbul.
- Sümer, H. H.** (2011) İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. 2, İstanbul.
- Süzek, S.** (2012) **İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul.
- Şahlanan, F.** (1995) Sendikalar Hukuku, İstanbul.
- Şahlanan, F.** (2004) 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu İle 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Öngören Kanun Ön Tasarılarının Değerlendirilmesi, **Legal İHSGHD**, S. 4.
- Şahlanan, F.** (2013) İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, **Sicil**, Y. 8, S. 29.
- Şakar, M.** (2011) **İş Hukuku Uygulaması**, 9. Baskı, İstanbul.
- Şen, M.** (2008) Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları, **Sicil**, S. 9.
- Taşkent, S.** (1993) İşyeri Sendika Temsilciliği, **Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı**, Ankara.
- Tuğ, A.** (1992) İşyeri Sendika Temsilciliği ve Teminatı, Öz İplik-İş Sendikası 1991 Yılı Eğitim Seminerleri, Ankara.
- Tuncay, A. C.** (2003) İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren, C. 17, S. 1.

- Tuncay, A. C.** (2010) **Toplu İş Hukuku**, 2. Bası, İstanbul.
- Tuncay, A. C.** (2011) Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri, **Sicil**, S. 21.
- Tunçomağ K. ve Centel T.** (2008) **İş Hukukunun Esasları**, 5. Bası, İstanbul.
- Uçum, M.** (2002) Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi tarafından düzenlenen **“İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı”**na sunulan tebliğ, İstanbul.
- Ulucan D. ve Nazlı, S.** (2011) Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. 2, İstanbul.
- Walker, W.D.** (2009) Der Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG, **NZA**, H.1.
- Yürekli, S.** (2004) **İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi**, İstanbul.

