

İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE SENDİKAL NEDENLERLE AYRIMA KARŞI KORUNMASI

Yrd. Doç. Dr. Halûk Hâdi SÜMER
S.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik
Hukuku Öğretim Üyesi

GİRİŞ

İşçilerin, serbestce sendikaya üye olmaları veya olmamaları yahut sendikal faaliyette bulunmaları hakkından, kısaca bireysel sendika hürriyetinden sözedilebilmesi herşeyden önce, üyelik güvencesinin sağlanmasına bağlıdır. Bu güvence işe girişte, iş ilişkisinin devamı süresince ve hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesinde (feshe karşı koruma) olmak üzere, belirtilen üç aşamayı da kapsamalıdır. Aksi takdirde bireysel sendika hürriyetinin herhangi bir anlamı kalmaz. Zira, "temel hak ve hürriyetlerin uluslararası sözleşmelerde ve anayasalarda yer alması, salt bu sebeple bunların yeterince ve doğrudan güvence verildiği anlamına gelmez" (1). Bu çalışmamızda üyelik güvencesini, iş ilişkisinin devamı süresi ile sınırlı olarak inceleyeceğiz. Bir diğer ifade ile, işçinin sendikal nedenlerle işe alınmaması veya işten çıkartılması, burada ele alınmayacaktır.

İşçi sendikası üyeliğinin iş ilişkisi devam ederken korunması, işçinin sendikaya üye olması veya olmaması yahut sendikal faaliyette bulunması nedeniyle, işverenin farklı işlemde bulunmamasını, yani işverenin bu sebeplerle ayırım yapmamasını ifade eder. Başka bir deyişle, işveren, iş ilişkisinin devamı veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında çalışma koşulları bakımından ayırım yapamaz. İşverenin aksi tutumu, işçinin bireysel sendika hürriyetinin ihlali anlamını taşır. Zira, işçinin devlet, diğer sosyal güç ve kişilerin her türlü engel ve yasaklamalarından uzak olarak meslek, ekonomik ve sosyal durumlarını koruyabilmek ve geliştirmek amacıyla kurulmuş bulunan sendikalara üye olması veya dilediği sendikaya üye olması ve sendikal faaliyete katılması, bireysel sendika hürriyetinin gereğidir (2).

(1) ZARARSIZ, M. Emin, Uluslararası Belgelerde ve Türk Hukukunda (Bir Temel Hak ve Hürriyet Olarak) Sendika Hürriyeti ve Sınırları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1995, s. 147.

(2) TUNCAY, A. Can, İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1982, s. 45; KUTAL, Metin, Sendika Üyeliği, Yöneticiliği ve Temsilciliğinin Güvencesi, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXVIII, S. 1, 1981, s. 50; EREN, Fikret, Dernek ve Sendikaya Üye Olma ve Olmama ve Üyelikten Ayrılma Hakkı, AÜHFĐ., C. XXXI, S. 1-4, Ankara 1974, s. 252.

Yukarıda açıklanan ayırım yapma yasağını, işverenin eşit işlem yapma borcunun kapsamı içerisinde de değerlendirebilmek mümkündür (3). İşveren, aynı işte eşit verimde çalışan ve aynı nitelikteki işçilere eşit davranmakla yükümlüdür (4). Bir diğer ifade ile, bu borç, işverenin objektif, haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmamasını, yani, keyfi davranıştan kaçınma yükümlülüğünü ifade eder (5). Gerçekten işverenin haklı, makul sebepler olmadıkça, işçiler arasında ayırım yapması yasaktır. Türk Hukukunda, işverenin eşit işlem yapma borcunun kaynağını Anayasadaki eşitlik ilkesi oluşturmaktadır (6).

İşverenin, işçiler arasında sendikal ayırım yapması, bir başka açıdan işverenin yönetim yetkisi ile de doğrudan ilgilidir. İşçilerin sendikaya üye olması veya olmaması yahut farklı sendikalara üye olması, işveren açısından işçiler arasında farklı işlem yapabilmesi için haklı, makul ve objektif bir sebep olarak kabul edilemez. İşverenin yönetim hakkını, sendikalı - sendikasız işçi ayırımı yaparak kullanması halinde, hakkın kötüye kullanımından sözdebilmek de mümkündür (7).

Görüldüğü üzere, iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin sendikal nedenlerle ayırım yapması, bireysel sendika hürriyeti, işverenin eşit davranma borcu ve işverenin yönetim yetkisi ile doğrudan bağlantılıdır.

1- ULUSLARARASI BELGELERDE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE SENDİKAL NEDENLERLE AYRIMA KARŞI KORUNMASI

I- ULUSLARARASI BELGELERDE

İşçilerin sendikaya üye olma veya olmama hürriyetinin birçok uluslararası belgede açık olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, uluslararası belgelerde işçi sendikası üyeliğinin iş ilişkisi devam ederken sendikal nedenlerle korunmasına ilişkin hükme oldukça az yer verilmiştir. Bundan, sendika üyesi işçinin iş ilişkisi

-
- (3) ŞAHLANAN, Fevzi, Sendikalar Hukuku, 2.B., İstanbul 1995, s. 179; TUĞ, Adnan, Sendikalar Hukuku, 2. B., Ankara 1992, s. 191; EYRENCİ, Öner, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 134; TAŞKENT, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1982, s. 134 vd; TUNCAY, A., İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 127.
- (4) NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1994, s. 234; TUNCAY, Eşit Davranma, s. 32; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 12. B., İstanbul 1994, s. 143 vd.; EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 156 vd. TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 144 vd; CENTEL, Tankut, İş Hukuku, C. 1 Bireysel İş Hukuku, 2. B., İstanbul 1994, s. 161 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş-İçerik-Hükümleri), Ankara 1995, s. 184 vd.
- (5) MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 184.
- (6) ÇELİK, s. 143; CENTEL, s. 165; Türk Hukukunda işverenin eşit davranma borcunun uluslararası kaynakları için bkz. TUNCAY, s. 12-22.
- (7) EVRENCİ, s. 134; ŞAHLANAN, s. 179; GÜNAY, C. İhan, Bireysel Sendika Özgürlüğü, Ankara Barosu Dergisi, Y. 52, 1994/3, s. 396.

devam ederken korunmadan yoksun bırakıldığı sonucu çıkarılmamalıdır. Sendikaya üye olma hakkını, sadece sendikaya üye olma veya olmama serbestisi olarak değil, üyelikten sonra da üyelik nedeniyle korumayı da içerir şekilde yorumlamak gerekir. Aksi takdirde, sendikaya üyelik hakkı, boş bir kavram olmaktan öteye gidemeyecektir (8).

Bununla birlikte bazı uluslararası belgelerde, sendika üyesi işçiyi iş ilişkisi sırasında koruyucu açık hükümler de bulunmaktadır. Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütteallik 98 Numaralı Sözleşme'nin 1. maddesine göre, "1. İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine halel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete tam bir himayeden faydalanacaktır. 2. Böyle bir himaye bilhassa, ... b) Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakati ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi... ızzar etmek maksatları güden hareketlere müteallik hususlara uygulanacaktır" (9). Hükümden de anlaşılacağı üzere, iş ilişkisi kurulduktan sonra, işverenin işçinin sendikaya üye olması veya sendikal faaliyetlere katılması nedeniyle işçiye zarar verecek davranışlarda bulunması yasaklanmıştır. Birinci bentte işçinin her türlü fark gözetici harekete karşı korunma altında olduğu belirtilmiştir. İşverenin sendika üyesi olan işçilerle olmayan işçiler veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında fark gözetmesi, "her türlü fark gözetici hareket" kapsamında değerlendirilebilir. Böylelikle, işverenin rızası dışında sendika üyesi olan işçi, işverenden gelebilecek intikam alma hareketine karşı korunmuş olmaktadır (10). Kısaca 98 sayılı sözleşmenin 1. maddesinde, birey olarak kişilerin sendikalı-sendikasız ayrımına tabi tutulması ve işverenin anti-sendikal davranışlarda bulunması engellenmek istemiştir (11).

Sendika üyeliğiyle bağlantılı bir diğer koruma da, İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 Sayılı Sözleşme ile getirilmiştir (12). Sözleşmenin 1. maddesine göre, "İşletmelerdeki işçi temsilcileri, kanunlara, toplu iş sözleşmelerine veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşulu ile, ... ken-

(8) ERKUL, İhsan, Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri, Türk İş Hukuku, C. 2, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ve Uygulanması, Eskişehir 1984, s. 89.

(9) 1 Temmuz 1949 tarihinde kabul edilen Sözleşmeyi Türkiye, 9 Ağustos 1951 tarihinde 5834 sayılı Kanun ile onaylamıştır (RG. 14.8.1951, 7884). Sözleşme metni için bkz. AKTAY, s. 301-304; TAŞKENT, s. 241-248.

(10) ESENER, Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, s. 288.

(11) ZARARSIZ, s. 95.

(12) 23 Haziran 1971 tarihinde kabul edilen sözleşme, Türkiye tarafından 25.11.1992 tarih ve 3845 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunca 8.1.1993 tarih ve 93/3967 sayılı Karamame ile onaylanmıştır (RG. 25.2.1993, 21507). Sözleşme metni için bkz. AKTAY, s. 307-309.

dilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatı taşımalarından veya bu sıfatla faaliyette bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan faydalanırlar".

Bu konuda son bir belge de, Çalışanların Sosyal Temel Hakları Topluluk Şartıdır (13). Şartın 11. maddesine göre, "Her işçi... mesleki veya kişisel zarara maruz kalmaksızın, bu örgütlere üye olma ya da olmama hürriyetine sahiptir". Kişisel veya mesleki zarar, üyelikten önce ortaya çıkabileceği gibi, üyelikten sonra da ortaya çıkabilir. Bu nedenle hükmün, sadece üyelikten öncesi için değil, üyelikten sonrası için de ortaya çıkabilecek mesleki ve kişisel zararlara karşı korumayı amaçladığı kanaatindeyiz.

II- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

1) İNGİLTERE

İngiliz Hukukunda, işverenin sendikal nedenlerle yaptığı ayırım, "Action Short of Dismissal" olarak adlandırılmakta ve böylece işverenin bu tutumu, feshe yakın sonuçlar doğuran davranış olarak kabul edilmektedir. Action short of dismissal, işverenin sendikal nedenlerle bir işçiye, diğerine nazaran olumsuz (uygun olmayan tarzda) davranması yahut işçinin sendikaya üye olmayı istemesi veya üye olması yahut uygun zamanda olmak kaydıyla sendikal faaliyete katılması nedeniyle cezalandırılması olarak tanımlanmaktadır (14). İşverenin sendikal nedenlerle işçinin mesleki ilerlemesine engel olması, ücret artışlarında, işyeri içerisinde bölümler arası nakillerde, ücret dışında diğer menfaatlerin sağlanmasında, araç park etme izninin verilmesinde, emeklilik haklarının sağlanmasında yaptığı ayırım, bu hususta örnek olarak verilmektedir (15).

İngiltere'de işçilerin, sendikal nedenlerle ayırma karşı korunması; ilk kez 1971 tarihli İş İlişkileri Kanunu (Labour Relations Act) ile düzenlenmiştir (16). Kanunun 5/2. maddesi, işverenin, işçinin sendikal haklarını kullanmasına engel olmak için işten çıkarmasını, çalışma şartlarında ayırım yapmasını, bu amaçla cezalandırmasını, haksız işyeri uygulaması olarak kabul etmiştir. Daha sonra 1978 tarihli İstihdamı Koruma (Birleştirme) Kanunu (Employment Protection

(13) Geniş bilgi için bkz. GÜZEL, Ali, Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı, Çimento İşveren, C. 6, S. 3, s. 8-23. Sözleşme metni için bkz. GÜZEL, Ali/GÖKÇEOĞLU, Şebnem, Çalışanların Sosyal Temel Hakları Topluluk Şartı, Çimento İşveren, C. 6, S. 5, Eylül 1992, s. 4-7.

(14) JEFFERSON, Michael, Employment Law, London 1994, s. 218.

(15) VON PRONDZYNSKI, Ferdinand, Freedom of Association and Industrial Relations: A Comparative Study, London-New York 1987, s. 64; DRAKE, Charles D., Labour Law, London 1981, s. 66.

(16) EVANS, Stephan/LEWIS, Roy, Anti-Union Discrimination: Practice Law and Policy, The Industrial Law Journal, V. 16, 1987, s. 89.

(Consolidation) Act) ile, işçinin sendikal nedenlerle ayrılma tabi tutulmama hakkı hükme bağlanmıştır (17). Bu konuda kapsamlı düzenleme 1992 tarihli Sendika ve İş İlişkileri (Birleştirme) Kanunu (Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act, 1992) ile yapılmıştır. Sözü edilen Kanunun 146. maddesine göre, "Her işçinin işveren tarafından şu amaçlarla yapılacak işlemlere karşı birey olarak korunma hakkı vardır: a) Bağımsız bir işçi sendikasının üyesi olmak veya üye olmayı istemekten caydırmak veya engellemek yahut işçi bunları yaptığı için cezalandırmak, b) İşçinin uygun bir zamanda bağımsız bir sendikanın faaliyetlerine katılmasını engellemek veya caydırmak ya da bunları yaptığı için cezalandırmak, c) İşçiyi herhangi bir veya belirli bir veya birden çok sendikadan birisine üye olmak veya üye kalmaya zorlamak".

İşverenin işçiye karşı ayırım teşkil eden tutumunun, sendikal nedenlerle ayırım olduğundan sözedilebilmesi için, işverenin amacının belirlenmesi gerekir. Eğer işverenin amacı, işçinin sendikal haklarını ortadan kaldırmak veya kullanmasını engellemek yahut işçiyi bu nedenle cezalandırmak ise, sendikal nedenlerle ayırım sözkonusu olur. İşverenin böyle bir ayırımı, sendika veya üçüncü kişilerin grev veya başkaca araçlarla yaptığı baskı sonucu gerçekleştirmiş olması, onu sorumluluktan kurtarmaz (18).

İşveren tarafından yapılan sendikal nedenlerle ayrılma maruz kalan işçinin, ayırım teşkil eden eylemden, bu eylemler tekrarlanan eylemler ise, son eyleminden itibaren üç hafta içerisinde İş Mahkemesine başvurma hakkı vardır. Ancak bazı haklı sebepler nedeniyle bu süre içerisinde İş Mahkemesine başvuramayan işçi, bu süre geçtikten sonra da, makul süre içerisinde İş Mahkemesine başvuruda bulunabilir (SİİK.md.147). Yargılama esnasında, işveren, işleminin dayandığı sebebi ispat etmekle yükümlüdür (SİİK.md.148/1). Eğer mahkeme davacı işçinin iddiasını yerinde bulursa, bunu tespit eden bir açıklama (declaration) yapmak zorundadır. Bunun dışında işçinin uğradığı ve işverenin işlemi ile bağlantılı bulunan zararını karşılamak üzere adil ve makul tazminata karar verir (SİİK.md.149/2). Tazminat miktarı belirlenirken, işçinin bu nedenle yaptığı her türlü harcama, işçinin alması gerektiği halde işverenin tutumu nedeniyle alamadığı menfaatler, sendika üyeliğinin sağlayacağı yararlar ve işçinin stres ve endişe sonucu uğradığı manevi zarar da dikkate alınır (19). Mahkeme tarafından hükmedilecek tazminat, cezai nitelikte değildir. Bu nedenle işçinin

(17) VON PRONDZYNSKI, s. 65; GUIDANCE NOTE, Freedom of Association In The Workplace, Industrial Relations Legal Information Bulletin, S. 440, Ocak 1991, s. 7; MORRIS, Gillian S./ ARCHER, Timothy J., Trade Unions, Employers and the Law, Oxford 1992, s. 129.

(18) GUIDANCE NOTE, s. 8.

(19) GUIDANCE NOTE, s. 9.

işverenin tutumu nedeniyle uğradığı gerçek zarar esas alınır (20).

İngiliz Hukukunda, mahkeme sadece tazminata hükmetmekte, hukuka aykırı uygulamanın devam etmemesi doğrultusunda karar verememektedir. Bu husus İngiliz Hukukunda eleştirilmekte, işçinin sendikal nedenlerle yapılan ayırmada gerçek zararın her zaman maddi olmayacağını, bazen de tazminatın gerçek zararı karşılayamayacağı belirtilmektedir (21) (22).

2) AMERİKA

Amerika'da 1947 tarihli İş Yönetim İlişkileri Kanunu (Labor Management Relations Act, 1947), işe başlamada, hizmet süresinin belirlenmesinde, işçinin sendika veya başka işçi kuruluşlarına üye olması veya olmamasını sağlamak amacıyla ayırım yapmasını, haksız iş uygulaması olarak kabul etmiştir. Ulusal İş İlişkileri Kurulu (National Labour Relations Board) ve mahkemeler, bu konudaki düzenlemeleri etkili biçimde uygulamakta ve birey olarak işçi ve örgütlerini koruma altına almaktadırlar. Böylelikle, işçi sendikal nedenlerle fesihlere ve farklı işlemlere karşı korunmaktadır (23).

Yukarıda sözü edilen Kanununun 8 (a) (3) bölümü işe almada, hizmet sözleşmesi süresinin belirlenmesinde işverenin ayırım yapmasını yasaklamıştır. Bu yasaklama, işçinin işten çıkartılmasında, terfi ettirilmesinde, ücret dışında menfaat sağlamasında, bir işçiye zor iş verilmesinde veya bir işçinin daha olumsuz şartlar altında çalıştırılmasında geçerlidir (24).

Mahkemenin, işverenin ayırım teşkil eden davranışlarında yargılama yapabilmesi için, ayırımın işçinin sendikaya üye olması veya olmaması nedeniyle yapılmış olması gerekir. Ancak işverenin bu husustaki niyeti geniş yorumlanmakta ve genel olarak sendikal faaliyete katılma veya katılmamayı sağlama hususundaki niyeti de bu kapsamda değerlendirilmektedir (25).

İşverenin yaptığı ayırım sonucu olarak daha düşük ücret verilen veya ücret dışında menfaatler sağlanmayan işçi açısından mahkeme, işçinin maddi zararını gidermek amacıyla tazminata hükmeder (26).

(20) SMITH, I.T./WOOD, J.C.; Industrial Law, London 1993, s. 462.

(21) VON PRONDZYSKI, s. 72.

(22) İngiliz Hukukunda, işçinin sendikal nedenlerle ayırma karşı korunması hakkında geniş bilgi için bkz. SELWYN, N.M., Law of Employment, London 1991, s. 161-164; LEWIS, Roy/SIMPSON, Bob, The Right to Associate, Labour Law in Britain, Editör: Roy LEWIS, Oxford 1986, s. 61, 62; SMITH/WOOD, s. 462 vd.

(23) VON PRONDZYSKI, s. 72.

(24) FELDACKER, Bruce, Labour Guide to Labor Law, 2. B., New Jersey 1983, s. 150.

(25) FELDACKER, s. 150.

(26) FELDACKER, s. 150.

3) ALMANYA

Alman Hukukunda sendika hürriyeti 1949 tarihli Anayasanın 9/3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "çalışma ve ekonomik şartları korumak ve geliştirmek için gerekli olan sendika hürriyeti herkes ve tüm meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalar veya bu konuda alınacak tedbirler hükümsüzdür".

Almanya'da Anayasa, işçiye işveren tarafından yapılacak ayrımlara karşı koruma sağlamıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, sendikal faaliyette bulunan işçinin, işveren tarafından disiplin cezasına çarptırılmasını sendikal faaliyetin Anayasa tarafından korunduğu gerekçesiyle Anayasaya aykırı davranış olarak kabul etmiştir (27).

Alman Hukuku, İngiliz İstihdamı Koruma (Birleştirme) Kanununun 23. maddesine paralel doğrultudadır. Ayrıldığı husus ise, Alman Hukukunda, tazminata ilave olarak, işçinin sendikal nedenlerle maruz kaldığı tutumun engellenmesi ve ortadan kaldırılması mümkündür (28).

2- TÜRK HUKUKUNDA İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE SENDİKAL NEDENLERLE AYRIMA KARŞI KORUNMASI

1- GENEL OLARAK

İşverenin, sendikalı işçiler ile sendikasız işçiler veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında ayırım yapma yasağı, 5.5.1983 tarih ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununun "Sendikaya Üye Olup Olmama Hürriyetinin Teminatı" başlığını taşıyan 31. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, "İşveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması... bakımından herhangi bir ayırım yapamaz". Aynı maddenin 5. fıkrasında ise şu hüküm yer almaktadır: "İşçiler sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı... herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamaz". Görüldüğü üzere Sen.K.md.31/3, sendika hürriyetinin yanısıra, eşit davranma ilkesini sendikal faaliyetler bakımından güvence altına almıştır. Bir diğer ifade ile, Sen.K.md.31'deki düzenleme bir bakıma işverenin eşit davranma borcunun sen-

(27) VON PRONDZYNSKI, s. 70.

(28) VON PRONDZYNSKI, s. 70.

dika hürriyeti bakımından somutlaşmış görünümüdür (29). Bu nedenle işverenin Sen.K.md.31'e aykırı davranışı hem sendika hürriyetine hem de eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder (30) (31). Zira, işçinin sendikaya üye olması veya olmaması yahut sendikal faaliyete katılması, bireysel sendika hürriyetinin gereğidir.

Görüldüğü üzere, Sen.K.md.31'de sendikaya üye olma, olmama ve sendikal faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, işçinin belirtilen güvenceden yararlanabilmesi için, sendika üyesi olması veya olmaması nedeniyle işverenin anti-sendikal işlemine maruz kalması yerelidir; ayrıca işçinin sendikal faaliyette bulunmuş olmasına gerek yoktur. Bununla birlikte, sendikal faaliyette bulunan işçinin, sendika üyesi olması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu nedenle işçinin üyesi olmadığı bir sendikanın düzenlediği toplantıya veya uyguladığı greve katılması, sendikal faaliyet teşkil eder (32). Her ne kadar hükümde, sendikal faaliyete katılmaktan sözedilmişse de, işçinin bireysel olarak yürüttüğü faaliyetler de, örneğin işçinin propaganda yapması, bildiri dağıtması halinde de, işçi Sen.K.md.31'de yeralan güvenceden faydalanır (33).

Sendikalar Kanununda, sendikaların faaliyetleri md. 32 (Sendikaların Çalışma Hayatına İlişkin Faaliyetleri) ve md. 33'de (Sendika ve Konfederasyonların Sosyal Faaliyetleri) belirtilmiş, ancak "Sendikal Faaliyet" kavramı tanımlanmamıştır. Yargıtay, sendikal faaliyeti bu maddelerde sayılanlar ile sınırlı olarak değerlendirmekte, burada sayılmayanları sendikal faaliyet olarak kabul

- (29) ŞAHLANAN, s. 179. Yazara göre, "Ancak Sen.K.md.31/III'deki düzenlemenin eşit davranma ilkesi ile tam çakıştığı söylenemez. Başka bir anlatımla eşit davranma yükümünün sözkonusu olmadığı ve salt işverenin herhangi bir hakkının kullanılmasının sözkonusu olduğu durumlarda da bu hakkın Sen.K.md.31/III'e aykırı kullanılması mümkün değildir. Örneğin; işverenin yönetim hakkının sözkonusu olduğu durumlarda, işveren bu hakkını işçinin sendika özgürlüğü ve giderek Sen.K.md.31/III'e aykırı olarak kullanamaz". Ayrıca bkz. EYRENCİ, s. 134.
- (30) TUNCAY, Eşit Davranma, s. 127; ŞAHLANAN, s. 179; TUĞ, s. 191; EYRENCİ, s. 134; TAŞKENT, s. 134.
- (31) "İşveren tarafından... Sendikasına bağlı işçiler ile diğer sendikalara bağlı işçiler arasında farklı muamele yapılması ve ayrı bir ödemede bulunulmasının Anayasa'nın tanıdığı eşitlik prensibine aykırı olduğu gibi, işyerinde aynı işi yapan işçiler arasında da iş barışını bozan bir hava yaratılmış olup, bunun kanunen müdafaa edilecek bir yönü ve hukuk anlayışına uygun düşen tarafı yoktur... Bu ayrım ve tek tarafı tatbikat toplu sözleşme yetkisi olan ve fakat uyumsuzlukla sonuçlanan sendika aleyhine onu yıkıcı ve yıpratıcı bir durum yaratır ki, bu durum sendikalar hukukuna ve Anayasa'nın eşitlik prensibine aykırılık teşkil eder", Y.9.HD., 17.6.1968, 9283/8871, SAKA, s. 83'den naklen.
- (32) ŞAHLANAN, s. 180; EYRENCİ, s. 137; TUĞ, s. 193.
- (33) ŞAHLANAN, s. 180; EYRENCİ, s. 137; GÜNAY, s. 399; KUTAL, Metin, Sendikacılık Faaliyetleri Nedeni İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXXV, S. 1, Nisan 1978, s. 52; TUĞ, s. 193.

etmemektedir (34). Doktrinde ise haklı olarak, Yargıtayın görüşünün aksine, sendikal faaliyetin, Sen.K.md.32 ve 33'de sayılanlar ile sınırlı olmadığı kabul edilmektedir (35). Sendikal faaliyet kavramı doktrinde şu şekilde tanımlanmaktadır: "Aralarında ortak mesleki menfaat bulunan işçilerin sendikacılık yoluyla iktisadi, sosyal ve kültürel hak ve menfaatlerini korumak veya geliştirmek amacıyla yaptıkları her türlü faaliyeti sendikacılık faaliyeti olarak nitelendirmek gerekmektedir" (36). Bu konuda son olarak belirtelim ki, sendikal faaliyetin işyerinde veya işyeri dışında yahut çalışma saatleri içinde veya dışında yapılmış olmasının önemi yoktur. Ancak çalışma saatleri içerisinde sendikal faaliyette bulunabilmek için, işverenin bu konuda izninin alınması gerekir.

Yukarıda belirtilen hükümler ile, işverenin, işçiyi sendika üyeliğini sürdürmemesini veya sendikaya üye olma düşüncesinde olan işçiyi sendikaya üye olmamasını sağlamak amacıyla yahut kendi isteği dışında farklı bir sendikaya üye olan işçiyi cezalandırmak niyetiyle, yönetim hakkını kötüye kullanmasına engel olunmak istenmiştir. Gerçekten işveren sendikalaşma hareketinde lider konumunda olan işçileri, işten çıkarmamakla birlikte, mesleki ilerlemelerine imkan sağlamaz, sık sık disiplin cezasına çarptırır, ağır şekilde çalıştırırsa, bu durum sendikalaşmak isteyenleri etkileyecek, hatta caydıracaktır. Kanunkoyucu böylelikle fesih dışında da sendika hürriyetini korumayı amaçlamıştır. Bir diğer ifade ile işverenin yönetim hakkını, sendikal nedenlerle sınırlandırmıştır (37).

Sen.K.md.31/3'de yer alan, "sevk ve idare" ifadesi işin yürütümü yerine kullanılmış olması nedeniyle, işverenin yönetim hakkını ifade etmektedir (38). İşverenin sendikaya üye olan işçiyi, sendikasız işçilere nazaran daha ağır ve zor şartlar altında çalıştırması, bir başka ifade ile işverenin, işçiyi yönetim hakkını kötüye kullanmak suretiyle cezalandırması, olumlu sendika hürriyetini zedeler (39). Gerçekten, sendikaya üye olduğu takdirde, işveren tarafından daha ağır ve zor şartlar altında çalıştırılacağını, haksız bir takım muamelelere tabi tutulacağını bilen işçinin "serbestce sendikaya üye olma hakkı"ndan söz edebilmek mümkün değildir. Bu nedenle işveren yönetim hakkını hukuka uygun kullanmak zorundadır. Örneğin toplu iş sözleşmesinde veya hizmet sözleşmesinde bulunan hüküm nedeniyle kapı kontrolü yetkisine sahip olan bir işveren, bu yetkisini sa-

(34) Y.9.HD., 26.5.1987, 4801/5265, Çimento İşveren, Temmuz 1987, s. 29, 30; Y.9.HD., 31.5.1976, 11232/14483, YKD., Mayıs 1977, s. 665; Y.9.HD., 19.9.1978, 7248/10689, Yasa Hukuk Dergisi, Eylül 1978, s. 1604; YHGK., 9.12.1987, 9-661/915, YKD., Mayıs 1988, s. 608, 609.

(35) ŞAHLANAN, s. 181; TUĞ, s. 193; KUTAL, Metin, "Sendika Özgürlüğünün Korunması Açısından" Yargıtay'ın İş Hukukunun Gelişimine Etkileri, Yargıtay Dergisi, C. 15, S. 1-4, 1989, s. 501.

(36) KUTAL, Sendikacılık Faaliyeti, s. 48.

(37) TAŞKENT, s. 135.

(38) EYRENCİ, s. 132.

(39) TAŞKENT, s. 134.

dece sendikal işçiler hakkında kullanırsa, hakkın kötüye kullanımı sözkonusu olur (40).

Uygulamada, genellikle işverenlerin, işçilerin işini ve işyerini sendikal nedenlerle değiştirdiği görülmektedir (41). İşveren tarafından işçinin işinin ve işyerinin değiştirilmesi, işçinin rızasına bağlıdır. Bu konudaki rıza, başlangıçta hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile verilmiş olabilir. İşverenin, böyle bir durumda, sendikal nedenlerle işçinin işini ve işyerini değiştirmesi, davranışını hukuka uygun hale getirmez. Zira, hiç bir hak, iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılamaz (42).

Sen.K.md.31/3'de işverenin ayırım yapma yasağı bulunan hususlar örnek olarak sayılmıştır. Bunlar, işin sevk ve dağıtımını, işçinin mesleki ilerlemesi, işçinin ücret, ikramiye ve primleri, sosyal yardım ve disiplin hükümleridir. Maddede yer alan "ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması" ibaresi, sayılanların sınırlı olmadığını göstermektedir. Örneğin, işverenin hizmet veya toplu iş sözleşmesinde yer alan hükmün verdiği yetkiyle sendikaya üye olan işçiyi sırf bu nedenle bir başka işyerine nakletmesi veya işini değiştirmesi, kapı kontrollerini sadece sendikal işçilere yönelik olarak yaptırması, aynı başarıyı göstermiş işçilerden sadece sendikasız olanların terfi ettirilmesi, işverenin tek taraflı olarak (sözleşmelerde hüküm olmamasına rağmen) yaptığı ödemelerin (ikramiye, prim, vs. sosyal yardımlar) sadece sendikasız işçileri kapsamaması halinde Sen.K.md.31/3 hükmüne aykırılık mevcuttur. İşverenin ayırım teşkil eden işlemi, eylem yoluyla (sendikal işçilere kapı kontrolü yapılması gibi) veya ihmal yoluyla (sendikal işçilerin terfilerinin yapılmaması gibi) da gerçekleştirilebilir.

İşverenin, sendikal işçilerle sendikasız işçiler arasında ayırım yapma yasağının istisnası niteliğinde bir hüküm Sen.K.md.31/4'de yer almıştır: "Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır". 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 9/1. maddesine göre, toplu iş sözleşmesinden toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasının üyeleri faydalanır. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ücret artışı, prim ve paraya ilişkin diğer hükümlerin, işveren tarafından, taraf işçi sendikasına üye olmayan ve dayanışma ödemek suretiyle bu doğrultuda talepte

(40) EYRENCİ, s. 134.

(41) Bu husus Yargıtay kararlarına da konu olmaktadır: "...davacının 22.5.1984 tarihinde ... Sendikasına üye olması nedeniyle davacı ile işveren arasındaki ilişkinin bozulduğu, davacının bu sendikadan diğer üyelerle birlikte istifaya zorlandığı, istifa etmemesi üzerine ustalık işiyle bağdaşmayan kağıt taşıma işine verildiği ... anlaşılmaktadır", Y.9.HD., 9.10.1987, 8303/8938, BERKSUN, Abdullah/EŞMELİOĞLU, İbrahim, Açıklamalı, Gerekeçeli, İçtihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989, s. 610.

(42) EYRENCİ, s. 136; TUĞ, s. 192.

bulunmayan işçilere uygulanmaması, ayırım yapma yasağına aykırılık teşkil etmez (43). Hemen belirtmek gerekir ki, işverenin, toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki toplu iş sözleşmesi hükümlerini, taraf işçi sendikasına üye olan işçilerin yanı sıra, üye olmayan ve dayanışma aidatı ödemek suretiyle de toplu iş sözleşmesinden faydalanmayı da talep etmeyen işçilere uygulaması, Sen.K.md.31/3 ile düzenlenen ayırım yapma yasağına aykırıdır (44). Toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin hükümlerin dışında kalan hükümleri, yani, "işyerinin çalışma düzenine ilişkin hükümleri"nden sendikalı, sendikasız tüm işçiler faydalanırlar (45). İşyeri çalışma düzenini ilgilendiren hükümler, çalışma ve dinlenme süreleri, hafta tatili, yıllık ücretli izin kullanılması, iş güvenliği, işçilerin topluca taşınmaları, yemek verilmesi gibi konulara ilişkin olabilir (46). Bu hükümlerden, toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi sendikasına üye bulunmayan işçilerin faydalanabilmesi için, taraf işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine gerek yoktur.

Belirtelim ki, toplu iş sözleşmesindeki ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla, işverenin sendikalı işçilerle sendikasız işçiler veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında ayırım yapma yasağı mutlak değildir. Bu nedenle, işçilerin eğitim, kıdem gibi objektif nitelikleri ve beceriklilik, çalışkanlık gibi subjektif nitelikleri gözönünde tutularak, ayırım ya-

(43) TUĞ, s. 192; ŞAHLANAN, s. 180; INCE, Ergun, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 126. İstisna hükmü ve eleştirisi için bkz. ÇELİK, Nuri, İş Hukuku, C. II, Kollektif İş Hukuku, Sendikalar, 2.B., İstanbul 1979, s. 109-125.

(44) Bununla birlikte Yargıtay bir kararında, işverenin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan işçilerin de, ücretlerine zam yapmasını hukuka aykırı görmemiştir: "Şu halde; işveren, işyerinde çalıştırdığı işçilerin çalışkanlığını, dürüstlüğü, velhasıl bir çok hususiyetlerini gözönünde tutarak işçilere sendikalı olsun veya olmasın dilediği gibi yevmiyelerine ilaveler yapabilir. Buna hiç bir kimse veya hüküm şahıs itirazda bulunmak hakkını haiz değildir. Herhangi taraftan gelirse gelsin yevmiyelere yapılan itiraz başta Anayasa hükümlerinin sonra da müktesep hakkın ihlaline ve sendikacılığın inhisarına ve işçiye sendikaya üye olmaya zorlamaya yol açar", Y.9.HD., 12.2.1968, 1923/1365, BERKSUN/EŞMELİOĞLU, s. 597-599. Yargıtay yeni tarihli kararlarında ise bu görüşünden dönmüş görünmektedir: "Davacı, davalıya ait işyerinde işçi olarak çalıştığını ve işyerinde uygulanan TİS'ne taraf sendikaya üye olduğunu, işverenin sendikaya üye olmayan işçilerden aylık ücretlerine TİS ile kararlaştırılan ücretin üzerinde zam yaptığını ve böylelikle 2821 sayılı Kanunun 31/son maddesine aykırı davranıldığını ileri sürerek sendikal tazminat istemiştir... 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 3. fıkrasına göre, işveren sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında ücret bakımından bir ayırım yapamaz. Aksi halde işçi aynı maddenin son fıkrası hükmüne dayanarak bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata karar verilmesini isteyebilir. Bu hüküm uygulanması işçinin iş akdinin feshi ile sınırlandırılmış değildir. Bu nedenle yerel mahkeme kararının gerekçesi benimsenemez. O halde, ücret zammı yönünden işverenin sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında bir ayırım yapıp yapmadığı incelenerek varılacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın reddi isabetsiz olup...", Y.9.HD., 8.11.1993, 6484/15794, Çimento İşveren, C. 8, S. 1, Ocak 1994, s. 27.

(45) ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 125.

(46) OĞUZMAN, Kemal, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, 4. B., İstanbul 1987, s. 69; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 125.

pabilir. Böyle bir ayırım sendikal nedenlere dayanmadığı sürece, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmez (47). Yargıtayın konuyla ilgili bir kararına göre, "işverenin, işçiler arasındaki gerek objektif ve gerekse subjektif nitelikleri pozisyon ve görevin önemi, çalışma koşulları vs. nedenlerle farklı ücret, prim veya sosyal hak ödenmesi eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz" (48). Yargıtayın bir başka kararında da, sendikalı olmayan işçilere, toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret artış oranının altında ücret artışı yapmasını, taraf işçi sendikası üyelerine karşı yapılmış ayırım olarak kabul etmemiştir (49).

Uygulamada toplu iş sözleşmelerine konulan hüküm ile, işverenlerin sözleşme ile sağlanan haklardan taraf sendikaya üye olmayan işçileri yararlandıramayacağı açık olarak belirtilmektedir (50).

II- HUKUKİ SONUÇLARI

İşverenin sendikalı-sendikasız veya farklı sendikalara üye olan işçiler ara-

- (47) TUĞ, s. 191; SAHLANAN, s. 179; ERKUL, s. 90; ÇELİK, s. 304; EYRENCİ, s. 135, dn. 77; NARMANLIOĞLU, s. 234; ÇELİK, Sendikalar, s. 109; EKONOMİ, s. 157; ZARARSIZ, s. 149; BERKSUN/EŞMELIOĞLU, s. 555.
- (48) Y.9.HD., 20.5.1985, 2546/5437, Belediye-İş, Toplu İş İlişkileri İle İlgili Kanunlar ve Yargıtay Kararları, İstanbul tarihsiz, s. 85. Yargıtayın aynı doğrultudaki bir başka kararı da şöyledir: "Böylece davalı... başkaca emsali olmayan iki işçinin ücretine zam yapmakla güttüğü amaç, işçiler arasında eşitsizlik yaratmak ve toplu iş sözleşmesini akdeden işçi kuruluşunu zayıflatmak olmayıp, daha ziyade başarılı iki uzman işçiyi işverinde tutmak, çalışmasını sürdürmektir. Bu bakımdan davacı, anılan iki işçiye açıklanan maksatla yapılan zammın kendisine de uygulanmasını istemeyiz", Y.9.HD., 30.3.1973, 27237/8164, Karar metni ve M. KUTAL'ın için bkz. İHU, Sen.K.19, No. 1.
- (49) "1.1.1989 ve 31.12.1990 tarihlerini kapsayan TİS.3/C maddesinde aynen" Kapsam içi sendikasız işçilere işveren TİS'yi ve üstünde haklar uygulamayacaktır. Dayanışma aidatı ödeyenlerin sözleşmeden yararlanması konusunda yasa hükümleri uygulanır. Bu hükmeye aykırı olarak işveren uygulama yaparsa ve sendikanın yazılı başvurusuna rağmen bu uygulamaya son vermezse aynı miktarda bütünü sendikalı işçilere aynı tarihten itibaren uygulanır..." denilmektedir. Buradaki ifadeye göre, işverenin bu TİS'sinden yararlanan sendika üyesi olmayan işçilere karşı sorumlu sendika üyesi olmayan işçilere aynen uygulamış ve sendikanın başvurusuna rağmen bu uygulamaya son vermemiş olması gerekir. Şayet sendika üyesi olmayan işçilere tanımış olduğu hak türleri ve miktarları TİS'nde öngörülenden az ise o takdirde sorumluluğundan söz edilemeyecektir", Y.9.HD., 12.9.1991, 12106/11981, Çimento İşveren, C.5, S. 6, Kasım 1991, s. 29, 30.
- (50) Tes-İş ile Türk Kamu-Sen. arasında TEK. Genel Müdürlüğü ve bağlı işyerleri için yapılan 5. dönem işletme toplu iş sözleşmesinin 7. maddesinde, "Sözleşmenin teminatı konusunda Yasa hükümleri uygulanır" ifadesi yer almıştır. Konya Büyükşehir Belediyesi ve İlçe Belediyelerine ait işyerleri için yapılan 1.1.1995-31.12.1996 yürürlük tarihli işletme toplu iş sözleşmesinin 7. maddesi şöyledir: "a) İşveren gerek Borçlar Kanunu'nun 316-317 maddelerinde öngörülen (Umumi Mukavele), gerekse 1475 sayılı Kanuna dayanılarak, "Takım Sözleşmesi" yapmak suretiyle veya yollarla yapılacak ferdî hizmet akitleleriyle, bu toplu iş sözleşmesi hükümlerini kısmen veya dolaylı yollarla Hizmet-İş Sendikası olmayanlarla, sendikasız veya başka bir sendikanın üyelerine uygulanamaz. b) İşveren bu toplu iş sözleşmesi ile getirilen hak ve menfaatlerin dışında hiç bir işçiye herhangi bir nam adı altında (Hizmet-İş Sendikası üyeleri de dahil olmak üzere) ilave ücret zammı veya sosyal yardım yapamaz. c) İşverence, (a ve b) bendinde belirtilen kimselere bu sözleşme ile sağlanan haklar verildiği ve her ne nam altında olursa olsun bir hak ve yarar temin edildiği takdirde verilen bu hak ve yararlar, Hizmet-İş Sendikası üyelerinin ücretlerine ek bir zam olarak ayrıca ilave edilecektir. d) Bu toplu iş sözleşmesinin çalışma süreleri, işçi sağlığı ve iş güvenliği gibi maddelerinden sendika üyesi olmayanlar da aynen yararlanır".

sında Sen.K.md.31/3, 5'de yer alan düzenlemelere aykırı olarak ayırım yapmasının hukuki yaptırımı Sen.K.md.31/son'da düzenlenmiştir. Buna göre, "İşverenin üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere bir tazminata hükmedilir". Doktrinde bu tazminat, "sendikal tazminat" olarak adlandırılmaktadır. İşçinin sendikal tazminata hak kazanabilmesi için, sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilmiş olması zorunlu değildir; işverenin sendikal nedenlerle ayırım yapması da yeterlidir (51).

İşçinin Sen.K.md.31/son'da düzenlenen "Sendikal Tazminatı" alması, işçinin mahrum kaldığı haklarını istemesine engel olmaz. Örneğin, sendikal oldukları gerekçesiyle işveren tarafından ikramiyesi veya primi ödenmeyen işçi, Sen.K.md.31/son'da düzenlenen tazminatın yanısıra kendisine ödenmeyen ikramiye ve primini de isteyebilir (52). Nitekim Sen.K.md.31/son'da bu husus açıkça düzenlenmiş ve "işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır" hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte, işveren tarafından sendikal nedenlerle işi ve işyeri değiştirilen işçinin, işyeri sendika temsilcisi olsa bile, eski haline iadesini sağlayan hukuki yol bulunmamaktadır (53).

(51) Sen.K.md. 31'de yer alan düzenlemenin benzeri, 274 sayılı Sendikalar Kanununun 19. maddesinde yer almıştır. O dönemde Yargıtay başlangıçta, sözkonusu hükmün sadece işten çıkarmalarda değil, hizmet sözleşmesinin devamı sırasında, işverenin işçiye farklı işlemlerde bulunması halinde de uygulanacağı doğrultusunda kararlar vermiştir. (Y.9.HD., 19.11.1968, 492/1089; Y.9.HD., 15.4.1969, 4398/16546, UYGUR/DÖNMEZ/KARS, s. 688). Ancak Yargıtay daha sonraki bir kararında işçinin hizmet sözleşmesinin devamı sırasında işçinin işinin değiştirilmesi halinde Sen.K.md. 19'da düzenlenen tazminat hükmünün uygulanamayacağına, sadece sözleşmenin feshi halinde sözkonusu hükmün uygulanacağını belirten bir mahkeme kararını onaylamıştır (Y.9.HD., 21.6.1968, 6461/8767, Yasa Hukuk Dergisi, Eylül 1978, s. 1600 vd.). 2821 Sayılı Kanunun açık hükmü karşısında, konunun üzerinde tartışma kalmamıştır. Nitekim Yargıtayın yeni Kanun döneminde verdiği kararlar da bu doğrultudadır: "2821 Sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, işveren sendikaya üye olan işçilerle sendikaya üye olmayan işçiler arasında ücret bakımından bir ayırım yapamaz. Aksi halde işçi aynı maddenin son fıkrası hükmüne dayanarak bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata karar verilmesini isteyebilir. Bu hükmün uygulanması işçinin iş akdinin feshi ile sınırlandırılmış değildir. Bu nedenle yerel mahkeme kararının gerekçesi benimsenemez. O halde, ücret zammı yönünden işverenin sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında bir ayırım yapıp yapmadığı incelenerek varılacak sonuca göre karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın reddi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir", Y.9.HD., 8.11.1993, 6484/15794, Çimento İşveren, C.8, S. 1, Ocak 1994, s. 27.

(52) TUĞ, s. 195; EYRENCİ, s. 135; ŞAHLANAN, s. 183.

(53) ŞAHLANAN'a göre, "Sen.K.md. 31'deki düzenlemede, işverenin, işçinin bireysel sendika özgürlüğüne aykırı bir biçimde işini veya iş koşullarını değiştirmesi ya da sendikal faaliyeti nedeniyle hizmet akdini feshetmesi, kendisinin bu davranışı nedeniyle tazminata mahkum edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Oysa işçinin sözkonusu özgürlüğü; Anayasanın sosyal devlet espirisinden kaynaklanan ve 51. maddesinde de somut ifadesini bulan bir özgürlüktür. İşçinin bu anayasal dayanıklı sendika özgürlüğüne aykırı bir biçimde, işini, iş şartlarını, işyerini değiştiren, ya da hizmet sözleşmesinin fesheden işvereni tazminata mahkum ederek, hukuka aykırılığın giderildiği ve işverenin davranışının Anayasanın, sosyal devlet ilkesine, 51 ve 11. maddelerinin içerdiği uygun meşru bir davranış haline geldiğini söylemek oldukça güçtür", s. 184. Ayrıca bkz. EYRENCİ, s. 141; TUĞ, s. 196; TAŞKENT, s. 137.

Bu husus doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir (54).

Hükümde öngörülen tazminat miktarı asgaridir. Hakimin olayın özelliğini gözönünde bulundurarak işçinin bir yıllık ücret tutarının üstünde tazminata hükmetmesi de mümkündür. Toplu iş sözleşmelerine konulacak hüküm ile, belirtilen tazminatın miktarı artırılabilir (55). Yargıtayın kararları da aynı doğrultudadır. Yüksek Mahkemeye göre, "anılan maddenin buyuruculuğu mutlak olmayıp, nisbi niteliktedir" (56).

Sendikal tazminatın hesaplanmasında, işçinin son brüt ve çıplak ücreti esas alınır. Bu nedenle işçiye ücretine ek olarak sözleşme ve kanun gereğince sağlanmış olan menfaatler dikkate alınmaz (57).

İşçinin belirtilen tazminata hak kazanabilmesi için, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı hareket ettiğini, yönetim yetkisini kötüye kullandığını ve bunun sebebinin de, kendisinin sendikaya üye olması yahut sendikal faaliyetlere katılması olduğunu ispat etmesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, her somut olayda işverenin gerçek niyetini anlamak, tespit etmek ve ispatlamak oldukça güçtür (58). İşçinin sendikal tazminata hak kazanabilmesi için ayrıca zarara uğradığını ispat etmesine gerek yoktur. Zira sendikal tazminat teknik anlamda bir tazminat değildir. Doktrinde, sendikal tazminat "medeni ceza" olarak nitelendirilmektedir (59).

İşverenin işçiyi sendikaya üye olma, olmama veya ayrılmaya yönelik baskısı haksız fiil niteliği kazanırsa, işçi BK.md.41'deki şartların gerçekleşmesi halinde, tazminat talebinde bulunabilir. Zira kişinin sendikaya üye olma veya olmama veya çekilme hakkı, genel kişilik hakları içinde yer alır ve bu hakkı ihlal eden fiil ve davranışlar, failin kusuru bulunduğu takdirde, BK.md.41 gereğince tazminat ödenmesini gerektirir (60). Sendika hürriyetine aykırı tutum ve davranışlar manevi zarara yol açmış ise, işçi BK.md.49'a göre manevi tazminat da talep edebilir (61).

(54) Yargıtayın bir kararına göre, "İşi ve işyeri değiştirilen temsilcinin eski işine ve işyerine iade edileceğine dair ise, İş Yasalarında herhangi bir hüküm yoktur ve bu konuda mahkemelere yetki verilmiş değildir", Y.9.HD., 18.10.1991, 13747/13241, YKD., C. 18, S. 4, Nisan 1992, s. 545, 546. Aynı doğrultuda Y.9.HD., 25.2.1993, 3396/2966, Çimento İşveren. C. 7, S. 3, Mayıs 1993, s. 27, 28; Y.9.HD., 28.2.1994, 14143/2957, Türk Kamu-Sen, C. 2, S. 15-16, Mart-Haziran 1994, s. 32, 33.

(55) TUĞ, s. 195; ÇELİK, Sendikalar, s. 129; EYRENCİ, s. 140; EKONOMİ, s. 192; KUTAL, Sendika Özgürlüğü, s. 505.

(56) Y.9.HD., 22.12.1969, 10072/11806, Türk İçtihatlar Külliyyatı, C. II, 1971, s. 458.

(57) ESENER, s. 336; ÇELİK, Sendikalar, s. 129; EYRENCİ, s. 140; TUĞ, s. 195.

(58) OĞUZMAN, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 283 vd.; ESENER, s. 234; EYRENCİ, s. 141; ŞAHLANAN, s. 183; TUĞ, s. 220; TUNCAY, s. 79; ZARARSIZ, s. 151.

(59) CENTEL, s. 194; OĞUZMAN, Fesih, s. 282; SAYMEN, F. Hakkı, İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 609; SÜZEK, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 162, 163.

(60) TUNÇOMAĞ, s. 264.

(61) TUNÇOMAĞ, s. 264.

SONUÇ

İşçinin, işveren tarafından yapılacak sendikal nedenlerle ayrımlara karşı korunması, bireysel sendika hürriyetinin sonucudur. İşçinin, sendika hürriyetinin gereği olarak, sendikaya üye olması veya olmaması yahut sendikal faaliyete katılması, işverenin işçiye farklı işlem yapmasını haklı kılmaz. Aksi tutum işçinin bireysel sendika hürriyetinin ihlali, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılık ve yönetimi hakkının kötüye kullanılması teşkil eder. Bu nedenle, işçinin sendikal nedenlerle yapılacak ayrıma karşı korunma hakkı vardır.

İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması gereği, bir çok uluslararası belgede düzenlenmiştir. Buna paralel olarak bir çok ülkenin mevzuatında da, aynı doğrultuda hükümler yer almıştır.

Türk Hukukunda, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinde, sendika üyeliğinin güvencesi düzenlenmiş ve işçi sendikası üyeliğinin, iş ilişkisi devam ederken de korunması gerektiği, bir diğer ifade ile, işverenin sendikal nedenlerle ayırım yapmasının yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre, "İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle, sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması... bakımından herhangi bir ayırım yapamaz (f.3). İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı... herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar (f.5)".

İşverenin sendikal nedenlerle ayırım yapmasının hukuki sonucu ise, Sen.K.md.31/son'da düzenlenmiştir: "İşverenin üçüncü ve beşinci fıkraya hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere bir tazminata hükmedilir. İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır..."

Türk Hukuku, esas itibariyle işçinin sendikal nedenlerle ayrıma karşı korunması bakımından, uluslararası düzenlemelere uygundur. Bununla birlikte, Türk Hukuku açısından eleştirilecek husus, mahkeme tarafından işçinin ayırmadan önceki hale iadesine karar verilememesidir. Örneğin sendikal nedenlerle daha zor işe verilen işçinin, eski işine iadesine mahkeme tarafından karar verilememektedir. Bunun dışında, işçinin, işverenin işleminin sendikal nedenlere dayandığını ispatında güçlük bulunmaktadır. Kanaatimizce, böyle bir durumda işçi, işverenin ayırım yaptığını; işveren de bu ayırımın makul, haklı, objektif sebeplere dayandığını, başka bir ifade ile sendikal nedenlere dayanmadığını ispatlamakla yükümlü olmalıdır.