

6356 SAYILI YENİ SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU'NUN SENDİKAL GÜVENCELER KONUSUNDA GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER VE HUKUKİ SONUÇLARI

Muhittin ASTARLI*

ÖZET

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 18.10.2012 tarihinde kabul edilmiştir. Yeni Kanun sendikal güvenceler konusunda önemli yenilik ve değişiklikler getirmektedir. Bu çalışmada Kanunun işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesine ilişkin 23. maddesi; işyeri sendika temsilciliğinin güvencesine ilişkin 24. maddesi ve sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin 25. maddesi inceleme konusu yapılacaktır. İnceleme 2821 sayılı Sendikalar Kanununun bu konulara ilişkin hükümleri ile karşılaştırmalı olarak yapılacak ve 6356 sayılı Kanunun getirdiği yenilik ve değişiklikler ile bunların hukuki sonuçları belirlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sendikal güvenceler, İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi, işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi, sendika özgürlüğünün güvencesi.

REVISIONS INTRODUCED IN TRADE UNIONS AND COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS CODE NO 6356 AND LEGAL CONSEQUENCES THEREOF REGARDING UNION ASSURANCES

ABSTRACT

Trade Unions and Collective Bargaining Agreements Code no 6356 is enacted in October 18th 2012. New Code features some important changes and revisions regarding union rights and assurances. In this paper, article 23 which is about workers organization directorship assurances, article 24 which is about workplace union representative assurances and article 25 which is about union freedom assurances will be examined. Examination will be made comparatively with the articles of Trade Unions Code no 2821 and the revisions introduced in Code no 6356 and legal consequences thereof will be identified.

Keywords: Trade union assurances, workers organization directorship assurances, workplace union representative assurances, union freedom assurances.

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 18.10.2012 tarihinde kabul edilmiş ve yaklaşık yirmi yıldan bu yana uygulanagelen 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. 6356 sayılı Kanunun getirdiği değişiklik ve yeniliklerin önemli bir kısmı da sendikal güvencelere ilişkindir. Zaten bu düzenlemeler, iş hukuku uygulamasında en çok tartışmaya neden olan hükümlerindendir. Bu çalışmada Kanunun sendikal güvenceler kapsamında düzenleme konusu yaptığı işçi kuruluştaki yöneticiliğinin güvencesine ilişkin 23. maddesi; işyeri sendika temsilciliğinin güvencesine ilişkin 24. maddesi ve sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin 25. maddesi inceleme konusu yapılacak ve yeni Kanunun 2821 sayılı Kanununun aynı konuya ilişkin hükümlerine göre getirdiği yenilik ve değişiklikler tespit edilecektir. Bu kapsamda Kanunun ortaya çıkardığı hukuki problemlerin çözümüne ilişkin yöntemler de tartışılacaktır.

I. İŞÇİ KURULUŞU YÖNETİCİLİĞİ GÜVENCESİ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu profesyonel sendika yöneticilerinin iş güvencesine yeni bir boyut getirmiştir. Bilindiği üzere profesyonel yönetici, sendika yöneticiliği sıfatıyla sendikal faaliyette bulunmak üzere işyerinden ayrılan, bunun karşılığında da sendikadan belirli bir ücret alan işçidir. Amatör sendikacı ise, sendika yöneticiliği sıfatıyla sendikacılık faaliyetlerini işyerinden ayrılmadan çalışmaya devam ederek gerçekleştiren işçidir. Sendika yöneticiliği olarak sendikal faaliyette bulunmayı özendirmek amacıyla profesyonel sendika yöneticilerine kimi güvencelerin sağlanması hukukumuzda 274 sayılı Sendikalar Kanunundan bugüne kabul görmüş bir husustur. Kanunda amatör sendika yöneticileri için de bir güvence öngörülmüştür.

Kanunda getirilen güvencenin sendika ile yönetici arasındaki ilişki ve bu ilişkinin hukuki niteliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır. İşçinin iş sözleşmesinin yöneticilik görevi nedeniyle askıya alınması, sendika ile arasında da bir iş sözleşmesi bulunduğu şekilde yorumlanamaz; sendika ile yöneticileri arasındaki ilişki kural olarak bir vekalet ilişkisidir¹.

¹ Kanun Tasarısında, profesyonel yöneticilerin görevleri süresince iş sözleşmelerinin askıya alınması kuralı getirildiğinden; artık bu kişilerin sendika ile aralarındaki ilişkinin vekalet sözleşmesine değil, iş sözleşmesine dayanacağı yönündeki karşı görüş için bkz. Savaş Fatma Burcu, "Sendikal Güvencelerde Son Durum", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, sh.124.

A. PROFESYONEL SENDİKA YÖNETİCİLERİNİN GÜVENCESİ

1. GÜVENCENİN KAPSAMINDAKİ YÖNETİCİLER

6356 sayılı Kanunun 23. maddesi işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencelerini düzenlemektedir. Öncelikli olarak bu güvencenin kapsamına hangi yöneticilerin girdiğinin belirlenmesi gerekir. Kanun 23. maddenin ilk fıkrasında “işçi kuruluşunda yönetici olanlar”dan bahsetmektedir. Zaten hükmün başlığı da “işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi”dir. Dolayısıyla işçi kuruluşu ve bunların yöneticilerinin kim olduğunun belirlenmesi gerekir. Kanunun “tanımlar” başlıklı 2. maddesine göre “işçi kuruluşu”, sendika ve konfederasyonları, “yönetici” ise, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini ifade eder. Buradan hareketle güvenceye sahip yöneticilerin, işçi konfederasyonları, sendikaları ve sendika şubelerinin yönetim kurulu üyeleri şeklinde anlaşılması daha isabetli olur². Zira burada vurgu yapılan yöneticilik sıfatıdır ki, işçi kuruluşu olan sendikalar ve onun şubeleri yönetim kurulu üyeleri, Kanunun yönetici tanımının kapsamına girmektedir.

2821 sayılı Kanunda denetleme kurulu üyeleri de bu Kanun anlamında yönetici sayıldıklarından (md.9/f.7), yöneticilik teminatından denetleme kurulu üyelerinin de yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıydı. Bu dönemde kanaatimiz md.29’da genel olarak “yönetici” tabiri kullanılmadığı, yeniden işe alma yükümlülüğü şeklinde öngörülen sendikal teminatın “yönetim kurullarında veya başkanlığında görev” alanlara hasredildiği; bu nedenle denetim kurulu üyelerinin 29. madde uyarınca işe alınmalarını talep edemeyeceği; md.29/f.2’deki “Yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar bu haktan yararlanamazlar” ifadesinin de aksi bir yorumu engeller mahiyette olduğu yönündeydi³. Oysa 6356 sayılı yeni Kanun yönetici tanımını, kuruluşun ve şubenin “yönetim kurulu üyeleri” ile sınırlandırdığından, artık bu yönde bir tartışmaya girmeye de gerek kalmamıştır.

2. KURAL: YÖNETİCİLİK GÖREVİ NEDENİYLE İŞYERİNDEN AYRILMA HALİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIYA ALINMASI

2821 sayılı Kanununun 29. maddesi “Sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile

² Krş. sadece sendika ve konfederasyonların yönetim kurulunda görev alan profesyonel yöneticiler bu güvenceden yararlanabilecekleri yönünde Savaş sh.124.

³ Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, sh.486.

çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler” ibaresiyle, sendika yönetim kurulu veya başkanlığında görev almak nedeniyle işçinin işinden ayrılmasının bir işçi feshi niteliğinde olduğunu kabul etmişti. Bu durumda yöneticilik görevine seçilen işçi ya açık bir şekilde ya da çalışmamak suretiyle zımni olarak iş sözleşmesini feshetmek durumunda kalmakta idi. İş sözleşmesinin yönetici işçinin feshi suretiyle sona ermesi nedeniyledir ki, 2821 sayılı Kanunun 29. maddesi işverene, işyerinde “işe alınmalarını” isteyen yöneticileri “işe alma zorunluluğu” getirmekteydi. İş sözleşmesi yapma zorunlulukları kapsamında değerlendirilen bu yükümlülüğe aykırılığın cezai yaptırımını kanun koyucu belirlemişti. Kanunun 59. maddesi uyarınca 29. maddenin birinci fıkrasına göre iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna aykırı davranan işveren hakkında idari para cezası düzenlenecekti. Bu yükümlülüğe aykırılığın cezai yaptırımını öngören kanun koyucu, hukuki bir yaptırıma ise Kanun’da yer vermemiştir⁴.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, bu konuda esaslı bir değişiklik getirmiştir. Kanunun 23. maddesinin yeni düzenlemesine göre, işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalacaktır. Bu durumda profesyonel yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılması gereken işçi, iş sözleşmesini sona erdirmek zorunda kalmayacak, iş sözleşmesi kanun gereği askıya alınmış olacaktır. Diğer bir ifade ile iş sözleşmesi varlığını devam ettirmekle birlikte, tarafların bu sözleşmeden doğan temel edim yükümlülükleri olan, iş görme ve ücret ödeme borçları askı süresince hüküm doğurmayacaktır. Hukuken kabul

⁴ Hukuki bir yaptırımın varolup olmadığı, bir yaptırımın varlığının kabul edilmesi halinde bunun ne olması gerektiği doktrinde tartışmalı idi. İşverene getirilen tüm iş sözleşmesi yapma halleri bakımından genel kanaatimiz, kanun koyucunun iş sözleşmesi yapma zorunluluğu öngördüğü hallerde kimi zaman hukuksal yaptırım (tazminat) (4857 sayılı İş Kanunu md.30/f.5, md.31/son fıkrası); kimi zaman cezai yaptırım (idari para cezası; 4857 sayılı İş K. md.101) (idari para cezası; 854 sayılı Deniz İş K. md.50/ç; 2821 sayılı Kanun md.59/2) öngördüğü; kimi zaman da tamamen yaptırımsız bıraktığı (4857 sayılı K. md.29/f.2; 5953 sayılı Basın İş Kanunu md.12/f.2); bu durum karşısında md.30/f.5 ve md.31/son fıkrada öngörülen haller dışında Türk Hukukunda iş sözleşmesi yapma yükümlülüklerine aykırılığın tazminat şeklinde hukuki bir yaptırımından söz edilemeyeceği; zira İş K. md.29/f.6’ya göre toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkarılanların yeniden işe alınması yükümlülüğüne aykırılık halinde Kanun bir ceza yaptırımı dahi öngörmediği; kanun koyucunun öngördüğü bu yükümlülük için tazminat şeklinde bir hukuksal yaptırım getirmesi gerekirken ceza yaptırımına bile gerek görmemesi karşısında işverenin bu hüküm kapsamında iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünden söz etmenin anlamsız kalacağı; kanun koyucunun gerek gördüğü hallerde cezai yaptırım, gerek gördüğü hallerde hukuksal yaptırım, gerek gördüğü hallerde ise her ikisini de öngördüğü, dolayısıyla kanun koyucunun hukuksal yaptırım öngörmediği hallerde, işe alma zorunluluğu ile ilgili düzenlemelere aykırılık halinde hükmün amaçsal yorumu yoluyla tazminat şeklinde bir hukuksal yaptırım getirmenin olanaklı olmadığı yönündeydi (Mollamahmutoğlu/Astarlı, sh.494 vd.)

edilebilir olan da zaten budur; işverenin işe başlatma zorunluluğundan söz edebilmek için, iş sözleşmesinin varlığı mecburidir ki, bu, sözleşmenin askıya alınması ile sağlanabilecektir.

Ancak unutulmamalıdır ki, askıya alınan sadece işçinin iş görme ve işverenin bunun karşılığı olan ücret ödeme borcudur; bunlar dışında iş sözleşmesinden işçi ve işveren bakımından doğan borçlar, örneğin işçi bakımından sadakat, işveren bakımından gözetme borçları varlıklarını sürdürmektedirler.

İşçi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyorsa, bilindiği üzere iş sözleşmesinin belirli olan süresi askı halinde de işlemeye devam edeceğinden askı dönemindeki iş sözleşmesi vadesinin gelmesi ile kendiliğinden sona erecektir. Bu durumda yöneticinin kıdem tazminatı talep hakkı doğmayacaktır. Çünkü hükmün 1. fıkrasında askıda olan iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi haline hukuki sonuç bağlanmıştır. Oysa işçi işyerinden ayrılırken iş sözleşmesinin yöneticilik görevi nedeniyle sona erdirmiş olsaydı md.23/f.1 uyarınca kıdem tazminatına hak kazanacaktı. Belirli süreli iş sözleşmesi sona eren yönetici işçinin 23/f.2 uyarınca da kıdem tazminatı talep etmesi mümkün olmasa gerekir. Çünkü bu hükümde iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından değil, yöneticilik görevinin sona ermesi bakımından bir ayırım yapılmıştır. Ancak her halükarda yöneticilik görevinin sona erdiğinde iş sözleşmesinin de var ve askıda olması gerekir.

3. İSTİSNA: YÖNETİCİLİK GÖREVİ NEDENİYLE İŞYERİNDEN AYRILAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ DERHAL SONA ERDİREBİLMESİ VE KIDEM TAZMİNATI HAKKI

6356 Kanununun 23/f.1 maddesinde öngörülen kural, işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıda kalmasıdır. İş sözleşmesinin askıya alındığının kabul edilebilmesi için, işçinin “yönetici olduğu için” çalıştığı işyerinden ayrılması gerekir.

Yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılma halinde iş sözleşmesinin askıya alınması bir kanuni zorunluluk değildir. Yönetici işçi, bu görevinin sona ermesinin akabinde işyerine dönüp çalışmaya başlamayı düşünmüyorsa iş sözleşmesini sona erdirebilir. Kanuna göre, “Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder” (md.23/f.1). Kanun koyucunun burada öngördüğü fesih hakkı, bir bildirimsiz/olağanüstü fesih hakkıdır. Çünkü işçi

iş sözleşmesini, belirsiz süreli ise bildirim süresine uymaksızın, belirli süreli ise, sözleşmede öngörülen vadeyi beklemezsizin derhal sona erdirebilecektir. Burada yönetici işçiye Kanunun sağladığı avantaj, yöneticilik görevi nedeniyle iş sözleşmesini askıya almak yerine haklı nedenle sona erdirmeyi tercih eden işçinin, kıdem tazminatına da hak kazanacak olmasıdır (md.23/f.1).

İşçi iş sözleşmesine devam etmemeye ilişkin iradesini yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılırken açıklayabileceği gibi, yöneticilik nedeniyle işten ayrılıp iş sözleşmesi askıya alındıktan sonra, yöneticilik görevinin devamında da yani askı süresi içerisinde de açıklayabilir.

Yönetici, bu göreve getirilmek dolayısıyla iş sözleşmesini askıya almadan derhal sona erdirirse kıdem tazminatı, işten ayrıldığı tarihteki son ücreti üzerinden hesaplanacaktır. Buna karşılık yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin askıya alındığı tarihteki değil, fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanacaktır. Kanun koyucu burada, yöneticilik görevi uzunca bir süre devam eden, dolayısıyla da iş sözleşmesi bu nedenle askıda kalan işçinin kıdem tazminatı konusunda mağdur olmamasını, en azından tazminatın işyerindeki emsal işçi ücretleri ve hakları dikkate alınarak hesaplanmasını istemiştir.

4. İŞVERENİN İŞE BAŞLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

a. İşe Başlatma Yükümlülüğünün Koşulları

6356 sayılı Kanun yukarıda da belirttiğimiz üzere, yönetici olduğu için işten ayrılan işçinin iş sözleşmesinin, 2821 sayılı eski Kanunda olduğu gibi işçi tarafından sona erdirildiğini değil, askıya alındığını kabul etmiştir. Dolayısıyla yönetici işçi, işyerinden ayrılırken veya görevin devamı sırasında iş sözleşmesini derhal sona erdirmemişse iş sözleşmesi askıda kalmaya devam edecektir. İş sözleşmesinin askıya alınması neticesinde eğer işçi işyerine dönüp yeniden çalışmaya başlamak isterse işverenin kural olarak işçiyi işe başlatması gerekir.

Kanun koyucu da iş sözleşmesi askıya alınan yöneticinin görevinin; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona ermesi hallerinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabileceğini; işverenin de, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu işçiyi o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe başlatmak zorunda olduğunu kabul etmiştir (md.23/f.2).

Kanun koyucu, işverenin belirli şartlarda işyerine dönüp işe başlamak

için başvuran işçiyi işe başlatması zorunluluğuna Kanunda yer vermemiş olsaydı da İş Hukukunda askı teorisinin bir sonucu olarak, işverenin kendisine işyerinde işe başlamak üzere başvuran işçiyi işe başlatması gerekecekti⁵. Ancak kanun koyucunun işe başlatma yükümlülüğünü, başvuru ve işe başlatma süresi, başlatma yükümlülüğünün niteliği ve bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımını tereddütleri ortadan kaldırmaya yönelik olarak düzenlemiş olması isabetlidir.

İşverenin yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılan işçiyi işe başlatma yükümlülüğünden bahsedebilmek için, yöneticinin bu görevinin “sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek” suretiyle sona ermesi gerekir. Kanunda sayılan bu nedenler tahdididir. Oysa askı teorisinin yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılmalara uygulanması halinde, bu görevin herhangi bir şekilde sona ermesi ve işçinin işe başlamak için işverene başvurması halinde işverenin işe başlatma yükümlülüğünün kabul edilmesi gerekirdi. Ancak kanun koyucu sadece yukarıda sayılan tahdidi haller bakımından işverene bu yükümlülüğü öngörmüştür.

Bu nedenler içerisinde yeni olan “sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi” halidir. 2821 sayılı Kanunun uygulanması döneminde tereddüt oluşturan bu halin Kanuna alınması ile birlikte tartışmalar da son bulmuş olacaktır. Bu durumda sendika veya şubenin herhangi bir nedenle tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde de sona erme tarihinde işçi kuruluşlarında yönetim kurulu üyesi olanlar, daha önce iş sözleşmelerini sona erdirmemiş olmak kaydıyla işverenlerine işe başlatılmak üzere başvurabileceklerdir.

Görevi kanunda belirtilen nedenlerle sona eren yöneticinin, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurması gerekir. Bu süre hak düşürücü süredir; bu süre içerisinde işverene işe başlatılmak üzere başvurmayan yönetici, bilahare işe başlatılmayı talep edemeyecektir. Bunların maddenin üçüncü fıkrasında, kanunda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisi gibi değerlendirilerek, işverenden kıdem tazminatı talebinde bulunup bulunamayacakları da tartışmalıdır. Zira üçüncü fıkra hükmünde ikinci fıkrada sayılan nedenler dışında görevi sona eren yöneticilerin durumu düzenleme konusu yapılmaktadır. Ancak kanunda görevi sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona eren yöneticilerin işe başlatılmak istememeleri durumunda

⁵ Aynı yönde Uçum Mehmet/Okcan Necdet, “2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nda Değişiklik İçeren Ön Tasarının Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004, sh.91.

sahip olacakları haklar konusundaki boşluğun da doldurulması gereklidir ki, bu durumda üçüncü fıkra hükmünün kıyasen uygulanması mümkün olabilir. Şöyle ki, Kanununun 23. maddesinin vazediliş amacı, yönetici işçiye, işe başlatılmayı talep edebilmeye ilişkin ekstra bir koruma sağlamaktır. Bu ekstra güvenceden işçinin faydalanmaması, onun kıdem tazminatını talep hakkına engel olmasa gerekir. Üstelik 23. maddenin üçüncü fıkrası kapsamında görevi kanunda sayılmayan nedenlerle sona eren bir yönetici kıdem tazminatına hak kazanabiliyorsa, kanunda sayılan nedenlerle görevi sona eren yöneticinin işe başlatılmak yerine kıdem tazminatını talep hakkının evleviyetle bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Bu durumda bir aylık hak düşürücü süre içerisinde işe başlatılmak üzere işverene başvurmayan yönetici işçi, işverenden kıdem tazminatı talebinde bulunabilecektir.

İşverenin işe başlatma yükümlülüğü yönetici işçinin süresinde işe başlatılmak üzere işverene başvurusu ile başlamaktadır. 6356 sayılı Kanun md.23/f.2'e göre, işveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu işverenin kanundaki şartlara uygun olarak yapılan başvuru karşısındaki işe başlatma yükümlülüğünü mutlak bir şekilde düzenlemiştir. İşverene bu konuda bir seçim hakkı tanınmamıştır. İşveren yöneticiyi bir aylık süre içerisinde işe başlatacaktır. İşverenin yöneticiyi başlatmak zorunda olduğu iş, yöneticinin ayrıldığı işyerindeki eski işi veya bu işe uygun yani benzer başka bir iştir. İşyerinde yöneticinin başlatılabileceği boş bir yerin bulunup bulunmadığının, işe başlatma yükümlülüğü bakımından bir önemi bulunmamaktadır⁶. Zira kanunda, işçinin işe başlatılacağı boş yerin bulunmasından veya çıkacak boş yerin beklenmesinden bahsedilmeksizin, yükümlülük mutlak şekilde düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin askıda olması karşısında da, 2821 sayılı Kanun bakımından olduğu gibi bir iş sözleşmesi yapma zorunluluğundan bahsedilemeyeceği, işveren yükümlülüğünün işe alma değil işe başlatma şeklinde olduğu gerçeği karşısında farklı bir yorum da mümkün görülmemektedir.

b. İşe Başlatma Yükümlülüğüne Aykırılığın Yaptırımı

İşyerinden yöneticilik görevi nedeniyle ayrılan ve askı süresince de iş sözleşmesini sona erdirmeyen yönetici işçinin görevinin kanundaki nedenlerle sona ermesi halinde başvurusu üzerine işveren işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak zorundadır. Çünkü iş sözleşmesi yöneticilik görevi

⁶ Savaş, sh.120.

askıya alınan iş ilişkisinde, sözleşmeyi askıya alan neden ortadan kalktığına kural olarak işçinin de gelip işe başlaması gerekir. Bu durumda işveren askı dönemi sonunda işçiyi işe başlatmakla yükümlüdür. İşverenin işe başlatmama yönündeki iradesi, olması gerektiği gibi Kanunda da işveren feshi olarak değerlendirilmiştir. 6356 sayılı K. md.23/f.2 son cümleye göre, “Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır”. 2821 sayılı Kanunda, yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılmak bir askı hali olarak görülmediğinden ve bu durumda iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği kabul edildiğinden, işverenin yöneticiyi işe başlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının hukuken bir işveren feshi olarak değerlendirilmesi ve bunun sonuçlarının bağlanması mümkün değildir. Aynı şekilde iş sözleşmesi yapmamak hukuken bir işveren temerrüdü olarak da değerlendirilemezdi. Zira ifade etmeye çalıştığımız gibi, taraflar arasında bu dönemde bir iş sözleşmesi mevcut değildir.

Kanunda işverenin işe başlatma yükümlülüğü, boş yer bulunup bulunmamasından bağımsız olarak düzenlemiş ve bu yükümlülüğe aykırılığın hukuki sonucunun iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş olduğunun tespitiyle yetinilmiştir. Kanunun ceza hükümlerinde 2821 sayılı Kanunun 59. maddesinde olduğu gibi, işe başlatma yükümlülüğüne aykırılığın bir cezai yaptırımını öngörülmemiştir.

Kanunen işe başlatmamak bir işveren feshi olduğundan kural olarak iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimsiz ve haksız olarak feshine bağlanmış sonuçların bu halde doğup doğmayacağı tartışılması gerekir⁷. Kanunda bu feshi diğer fesihlerden ayrı olarak değerlendirmeye imkan veren bir hükme yer verilmediği, dolayısıyla da işe başlatmama nedeniyle ortaya çıkan feshin, normal bir feshin hukuki sonuçlarına tabi olması gerektiği ve bu kapsamda yönetici işçi iş güvencesi kapsamında ise feshin geçerliliğinin denetlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce, işe başlatmamanın bir işveren feshi sayılacağını söyleyen bizzat Kanunun kendisidir. Kanunun herhangi bir haklı veya geçerli neden aramaksızın bir davranışı fesih olarak sayması söz konusudur⁸. Dolayısıyla buradaki feshin, klasik bir fesih olarak değerlendirilmesi ve denetime tabi tutulması mümkün olmasa gerekir. Aksi

⁷ Bu düzenlemenin tartışmalı olduğu yönünde bkz. Ulucan Devrim/Nazlı Seçkin, “Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan II, Beta Yay. İstanbul, 2011, sh.1677.

⁸ Ön Tasarı ile ilgili olarak aynı hüküm bakımından Uçum/Okcan’a göre de burada işverene sebep göstermeden fesih yapma yetkisi verilmiş olduğundan, işveren feshi yarı denetimine bağlı değildir (sh.91).

takdirde, Kanunun fesih olarak saydığı bir işveren davranışının, iş güvencesi kapsamında geçerlilik denetimine tabi tutulması söz konusu olur ki, Kanunun fesih saydığı davranışla iş sözleşmesinin sona erdiğini kabul ettiği bir durumda, hakimin nasıl olup da bu feshin geçersizliğini tespit edebileceği tartışmalı bir hal alır. Aslında kanunun koyucunun sendika yöneticilerine getirmek istediği güvence, bu göreve gelmek dolayısıyla işyerinden ayrılmak zorunda kalan ve görevi sona eren yöneticinin kıdem tazminatına hak kazanmasını sağlamaktır. Yoksa kanun koyucunun yönetici işçinin iş ilişkisinin mutlak bir şekilde devamını öngörmesi söz konusu değildir. Böyle bir amacı olsa idi, bir sonraki maddede işyeri sendika temsilcilerine tanınan türde bir güvence benimser ve işe başlatmamanın bir işveren temerrüdü olduğu sonucunu kabul ederdi. Kanunun amacı bu olmadığından, hükmün lafzına mutlak bir anlam vererek feshin hukuki sonuçlarını doğurmak yanlış sonuçlara neden olur. Kanaatimizce burada, Kanunun, yöneticilik görevinin hitamında iş ilişkisinin devamını sağlamayı değil, iş ilişkisinin işveren tarafından feshedilmiş sayılması ile işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasını sağlamayı amaçladığı kabul edilmeli ve sendika yöneticisi iş güvencesi kapsamında olsa da feshin geçersizliği iddiası ile işe iade davası açamayacağı kabul edilmesi gerekir⁹. Aynı şekilde işçi işverenden ihbar tazminatı talep edemeyeceği gibi, feshin sendikal nedene dayandığı iddiasıyla sendikal tazminat talebinde de bulunamaz¹⁰.

5. GÖREVİ KANUNDA SAYILAN NEDENLER DIŞINDA SONA EREN YÖNETİCİNİN DURUMU

İş sözleşmesi md.23/f.1 uyarınca askıya alınan yönetici, görevinin sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona ermesi halinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilecek, işverenin de bu durumda süresinde yapılan başvuru karşısında işe başlatma yükümlülüğü doğacaktır.

İş sözleşmesi askıya alınan yöneticinin görevi Kanunda sayılan nedenler dışında sona ererse, yönetici md.23/f.2’de olduğu şekilde işverenden işe başlatılmasını talep edemeyecek, ancak üçüncü fıkra hükmü dolayısıyla

⁹ Düzenlemenin eski yönetici işçiye iş güvencesi prosedürüne başvurma imkanı vermeyeceği yönünde bkz. Narmanlıoğlu Ünal, “19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27, Eylül 2012, sh.146, dipnot 15.

¹⁰ Kanunun Tasarı dönemindeki bir görüşe göre, işe başlatmama bir sendikal nedene dayanıyorsa bu, md.25/f.5’e göre sendikal fesih sayılarak iş güvencesi kapsamı dışındaki işçinin sendikal tazminat talebiyle dava açabilmesi gerekir (Tuncay A. Can, “Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri” Sicil İş Hukuku Dergisi, S.21, Mart 2011, sh.159)

işverenden kıdem tazminatı talebinde bulunabilecektir. 2821 sayılı Kanunda yöneticilik görevleri nedeniyle hüküm giymiş olanların yöneticilik güvencesinden yararlanma imkanının bulunmadığına ilişkin hüküm (md.29/f.2) yeni Kanuna alınmamıştır¹¹.

Oysa iş sözleşmesi yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılmak suretiyle askıya alınan yöneticinin herhangi bir nedenle bu görevinin sona ermesi, yani askı halinin ortadan kalkması ile işe başlamak üzere işverene başvurabilmesi gerekirdi. Üstelik bu, işçi bakımından hukuki bir zorunluluk olarak da değerlendirilmesi gereken bir durumdu. Zira kural olarak askı dönemi sonunda işe başlamayan işçinin kendisi iş sözleşmesini feshetmiş olur. Ancak kanun koyucu buradaki askı halini tipik bir askı hali olarak görmediğinden veya yöneticilik görevi hukuka aykırı fiilleri nedeniyle sona eren işçilere bu tür bir güvence vermek istemediğinden olsa gerek, kanunda sayılan nedenler dışında görevi sona eren yöneticilere işe başlatılmak üzere işverene başvurma imkanı tanınmamıştır. Bizi bu sonucu düşündürmeye iten, yeni Kanunun 23. maddesinde “yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar”ın yöneticilik teminatından yararlanamayacaklarına dair olan hükme (2821 sayılı Kanun md.29) yer verilmemiş olmasıdır.

Görevi kanunda sayılan nedenler dışında sona eren yöneticiye ödenecek kıdem tazminatının hesabında, işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulacak ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınacaktır (md.23/f.3). Kanunun bu hükmünden işçinin iş sözleşmesinin fesih suretiyle sona erdiği anlaşılmaktadır. Buradaki feshin işçi tarafından yapılmış ancak kendisine kıdem tazminatı hakkı kazandıran bir fesih olarak değerlendirilmesi daha yerinde olur. Çünkü görevin kanunda sayılmayan nedenlerle sona ermesi üzerine işverene kıdem tazminatı talebi yöneltmek, sözleşmenin en geç bu taleple işçi tarafından sona erdirildiği anlamına gelmektedir.

Yöneticilik görevi ve aynı zamanda askıda olan iş sözleşmesi ölüm ile sona eren işçinin mirasçılarının kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacakları üzerinde de kısaca durulmalıdır. 6356 sayılı Kanun md.23/f.3'te, ikinci fıkrada sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren

¹¹ Tasarı döneminde, 2821 sayılı Kanundaki hükmün varlığını sürdürmesi gerektiği, zira yöneticilik görevini kötüye kullananların da aynı haklardan yararlanıyor olmasının hakkın kötüye kullanımı anlamına geleceği yönündeki görüş için bkz. Ulucan/Nazlı, sh.1676; bu hükme yer verilmemiş olmasının yerindeliği yönündeki görüş için bkz. Uçum/Okcan, sh.92.

sendika yöneticinin işveren tarafından kıdem tazminatı talep edebileceği düzenlenmiştir. Ölüm ile yöneticilik görevinin sona ermesi de, ikinci fıkrada sayılan haller dışında bir sona erme halidir; dolayısıyla da üçüncü fıkra kapsamında değerlendirilerek mirasçılarının kıdem tazminatına hak kazanacaklarının kabul edilmesi gerekir¹². Bu aynı zamanda, iş sözleşmesinin askıya alınmış olmasının da bir sonucudur. Temel edim yükümlülükleri askıda olsa da iş sözleşmesi varlığını devam ettirdiğinden, iş sözleşmesinin sona erdirmen yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılan yöneticinin ölmesi halinde iş sözleşmesi bu nedenle sona ermekte ve ölüm ile iş sözleşmesinin sona ermesi 1475 sayılı İş K. md.14 kapsamında kıdem tazminatına hak kazandıran bir neden olduğundan mirasçılar kıdem tazminatına hak kazanmaktadırlar.

Görevi belediye başkanı veya milletvekili seçilmeleri nedeniyle md.9/f.6'ya göre sona eren işçi kuruluşu yönetim kurulu üyeleri de bu fıkra kapsamında değerlendirilmelidir. Yani milletvekili veya belediye başkanı seçilmek nedeniyle yöneticilik görevi kanun nedeniyle sona eren yöneticinin askıda olan iş sözleşmesinin de bu tarihte kanun gereği sona erdiğinin ve yöneticinin md.23/f.3 hükmü gereği işverenden kıdem tazminatı talep edebileceğinin kabul edilmesi gerekecektir.

B.AMATÖR SENDİKA YÖNETİCİLERİNİN GÜVENCESİ

Kanun koyucu, sendika yöneticilerini profesyonel ve amatör yöneticiler olarak ikiye ayırmış ve yöneticilik güvencesi bakımından ayrı ayrı değerlendirmiştir. Profesyonel yönetici, sendikadaki yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılan yöneticiyi, amatör yönetici ise, sendikadaki yöneticilik görevini işyerinden ayrılmadan, diğer bir ifade ile işyerinde çalışmaya devam ederek yerine getiren yöneticiyi ifade eder. Kanun koyucu profesyonel sendika yöneticilerinin güvencesini 23. maddede düzenlemiştir. Amatör sendika yöneticilerine ise, işyerinde işveren karşısındaki konumları ve korunma gereklilikleri işyeri sendika temsilcilerine benzediğinden, 6356 sayılı Kanununun 24. maddesinde düzenlenen işyeri sendika temsilcisinin güvencesi uygulanacaktır¹³. İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesine aşağıda değineceğimizden burada ayrıca açıklama yapmaya gerek duymuyoruz.

¹² Aynı yönde Savaş, sh.121; Uçum/Okcan, sh.92.

¹³ Düzenlemenin isabetli olduğu yönünde bkz. Kutal, sh.80.

C. KANUNUN YÜRÜRLÜĞE GİRDİĞİ TARİHTE İŞÇİ KURULUŞU YÖNETİCİLİĞİ GÖREVİNDE BULUNANLARIN HUKUKİ DURUMU

1. İş Sözleşmelerini Kanunun Yürürlük Tarihinden Önce Yöneticilik Görevi Nedeniyle Sona Erdirmiş Yöneticilerin Hukuki Durumu

6356 sayılı Kanunun Geçici 5. maddesine göre, “Kanunun yayımı tarihinde sendika yöneticisi olduğu için iş sözleşmesini feshetmiş olan yöneticiler hakkında 23 üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkra 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”.

Kanun koyucu bu hükümle Kanunun yürürlük tarihinden önce işyerlerinden yöneticilik görevi nedeniyle ayrılan sendika yöneticilerine de 23. maddede öngörülen yöneticilik güvencesinin kısmen uygulanacağını kabul etmiştir. Buna göre iş sözleşmesini feshederek işyerinden ayrılan yöneticiler maddenin birinci fıkrasındaki imkandan yararlanamayacaklar, yani bunların iş sözleşmelerini askıya alındığı kabul edilemeyecektir. Ancak geçici maddede de belirtildiği üzere maddenin 2. ve 3. fıkralarında belirlenen güvenceden yararlanmaları mümkün olabilecektir. Ancak bu imkan sınırlıdır. Zira madde lafzından anlaşıldığı kadarıyla Kanunun yürürlüğünden önce işyerinden ayrılan yöneticiler 23. maddenin ikinci fıkrasında sayılan nedenlerle görevlerinin sona ermesi üzerine işverenden işe başlatılmalarını talep edemeyeceklerdir. Zira bunlar hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanacak olsa da iş sözleşmeleri askıda olmadığından işverenden işe başlatılmayı da talep etmeleri mümkün olmayacaktır. Bu yöneticiler geçici madde hükmünde de belirtildiği üzere, görevlerinin 23. maddenin ikinci fıkrasında sayılan nedenlerle sona ermesi halinde bir ay içerisinde işverene başvurmaları kaydıyla kıdem tazminatı talep edebileceklerdir. Ödenecek kıdem tazminatı iş sözleşmesinin fesih tarihindeki değil, işverene başvuru tarihindeki emsal ücrete göre ödenecektir.

Geçici 5. madde hükmü dolayısıyla kanunun yürürlüğü tarihinden önce yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılmış yöneticiler hakkında 23. maddenin 3. fıkrası da uygulama alanı bulacak ve 23. maddenin ikinci fıkrasında sayılan nedenler dışında bir nedenle yöneticilik görevi sona eren yönetici de işverene başvurarak kıdem tazminatı talep edebilecektir. Geçici maddenin görevi sona eren yöneticiler hakkında 23. maddenin ikinci fıkrasının uygulanacağına söylemek yanında bunları işe başlatılmayı değil

kıdem tazminatı talep edebileceklerini kabulü karşısında aslında yöneticilik görevi 23. maddenin ikinci fıkrasındaki nedenlerle sona eren yöneticilerle, bu nedenler dışında görevi sona eren yöneticilerin talep hakları bakımından bir fark bulunmamaktadır. Her ikisi de kıdem tazminatı talebinde bulunacaktır.

2. İş Sözleşmesi Kanununun Yürürlük Tarihinden Önce Yöneticilik Görevi Nedeniyle Askıya Alınmış Olan Yöneticilerin Hukuki Durumu

Kanunun yürürlük tarihinde işçi kuruluşu yöneticisi olan, ancak Geçici 5. maddede belirtildiğinin aksine iş sözleşmesini feshetmemiş yani işverenle karşılıklı anlaşma ile askıya almış yöneticilerin 23. maddedeki güvenceden yararlanıp yararlanamayacağı da soru olarak akla gelebilir. Kanaatimizce bunların yönetici olmak hasebiyle Kanunun 23. maddesinde öngörülen güvenceden yararlandırılmaları gerekir. Kanun yürürlük tarihinden sonraki hukuki ilişkilere uygulanacağından, yürürlük tarihinden önce de olsa kanunda belirtildiği şekilde iş sözleşmesi yöneticilik görevi nedeniyle askıya alınanlar birinci fıkra uyarınca görevin devamı sırasında iş sözleşmesini feshederek, fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden kıdem tazminatına hak kazanırlar. İş sözleşmelerini feshetmeyen yöneticiler ise yine Kanunun ikinci ve üçüncü fıkralarındaki güvencelerden yararlanabileceklerdir.

II. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN GÜVENCESİ

A. GENEL OLARAK

İşyeri sendika temsilcisi, işyerinde işçileri ve mensubu olduğu sendikayı temsil eden, bu kapsamda işçiler ile sendika ve bunlar ile işveren arasında bir köprü vazifesi gören, bu görevi itibariyle de işyerinde işveren veya işveren vekilleri ile sıklıkla karşı karşıya gelen ve bu itibarla da işyerinden işveren veya vekillerinden kaynaklanacak olumsuz davranışlara ve fesih dahil bir kısım yaptırımlara maruz kalması muhtemel olan işçidir. 6356 sayılı Kanunun 27/f.3 maddesine göre, “İşyeri sendika temsilcileri ve baş temsilcisi; işyeri ile sınırlı olmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlmek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevlidir”. Sendika temsilcisinin bu görevlerini sağlıklı bir şekilde yürütebilmesi için işveren veya vekillerinden sadır olacak olumsuz davranış ve yaptırımlara maruz kalmayacağına ilişkin bir güvenin sağlanması, bunun içinde işçiye bu konuda yeterli bir korumanın tesisi gerekir. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak

Kolaylıklara İlişkin Sözleşme'nin 1. maddesine göre de “İşletmelerdeki işçi temsilcileri, kanunlara toplu sözleşmelere veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşulu ile işten çıkarma dahil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan yararlanırlar”.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30 maddesi, 4773 sayılı Kanunla değişmeden evvel işyeri sendika temsilcileri için kuvvetli bir koruma öngörmekteydi¹⁴. Ancak 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle işyeri sendika temsilcileri için öngörülen bu koruma zayıflatılmış, işyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunması normal iş güvencesi rejimi için alınmıştır. Kanunun değişik halindeki feshe karşı korumanın iş güvencesi kapsamındaki herhangi bir işçinin feshe karşı korunmasından tek farkı, işyeri sendika temsilcisinin işe başlatılmaması halinde hukuki yaptırım olarak öngörülen iş güvencesi tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında hesaplanacak olmasıydı.

6356 sayılı Kanunun ise, 2821 sayılı Kanunun değişik 30. maddesine karşı yöneltilen eleştirileri dikkate alarak işyeri sendika temsilcilerine etkili bir koruma getirmek amacıyla “işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi” başlıklı 24. maddeyi düzenlediği görülmektedir. Aslında Kanunun bu hükmü, 2821 sayılı Kanunun 30. maddesinin 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki haline ana hatları bakımından benzemektedir. Kanun koyucu değişiklikle zayıflattığı korumayı, yeniden tesis etmeye çalışmaktadır¹⁵.

B. GÜVENCEDEN YARARLANACAK İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLERİ

Bir işçinin işyeri sendika temsilcisi olarak Kanunun 24. maddesindeki

¹⁴ Md.30: “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akitlerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildirimimin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın iş mahkemesinde dava açma hakkı vardır. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin kararı kesindir. Mahkeme temsilcinin işine iade edilmesine karar verirse, fesih geçersiz sayılarak iş gördürülmemiş olsa bile, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün hakları işveren tarafından ödenir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır. İşine iade kararı verilen işçi, altı işgünü içinde işe başlamak zorundadır. Bu süre içinde işe başlamayan işçiye mahkemece öngörülen tazminat ödenemez (f.1). Mahkemenin kararı kesin olmakla beraber işçinin kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları saklıdır. (f.2)”.

¹⁵ Tuncay, sh.160.

korumadan yararlanabilmesi için, Kanunun 27. maddesine uygun olarak atanmış bir işyeri sendika temsilcisi olması gerekir.

2821 sayılı Kanunun 4473 sayılı Kanunla değişik 30. maddesinde, işyeri sendika temsilcisinin “belirsiz süreli hizmet akdinin” işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı yazılı idi. Bu nedenle kanunda öngörülen bu feshe karşı korumadan sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işyeri sendika temsilcileri faydalanabilmekteydi. Kanunun belirsiz süreli iş sözleşmelerini esas alması ve işyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunmasının klasik iş güvencesi sistemi içerisinde sağlanmaya çalışılması karşısında farklı bir şekilde düşünmeye imkan yoktu. Ancak 6356 sayılı Kanun, bu problemi ortadan kaldırmıştır. Kanunun 24. maddesinde işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin haklı bir neden olmadıkça ve nedeni yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedilemeyeceği belirtilirken, iş sözleşmesinin türleri konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla hem belirli süreli hem belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işyeri sendika temsilcisi, 24. maddedeki güvenceden yararlanacaktır¹⁶.

C. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLERİNİN FESHE KARŞI KORUNMASI

1. Feshin Nedeni Bakımından

6356 sayılı Kanunun 24. maddesi ilk fıkrasına göre, “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez”. Bu hüküm, yazılı şekil şartı dışında 2821 sayılı Kanunun değişiklikten öncesi 30. maddesi ile aynıdır. Buna göre işveren işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini ancak iş kanunlarında veya Borçlar Kanununda belirtilen haklı nedenlerle sona erdirebilecektir. Bu yolla işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin haklı nedenler dışında bir nedenle, bu kapsamda özellikle haklı neden ağırlığına ulaşmamış geçerli nedenlerle sona erdirilmesinin önü kapatılmıştır. İşveren işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini İş K. md.18’deki işçinin davranışına, verimliliğine veya işletmeye ilişkin nedenlerle feshedemez. Fesih nedeninin iş kanunlarında ve Borçlar kanununda belirtilen haklı nedenler ağırlığında bir neden olması gerekir.

¹⁶ Değişiklik Teklifi ile ilgili olarak aynı sonuç için bkz. Kutsal Metin, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11, Eylül 2008, sh.80.

2. Feshin Şekli Bakımından

Kanun feshin şeklini de belirlemiştir. Buna göre fesih haklı nedene dayansa da, bu neden açık ve kesin bir şekilde yazılı olarak muhatabı işyeri sendika temsilcisine bildirilmeden yapılamayacaktır. Kanaatimizce feshin usulüne ilişkin bu şart bir geçerlilik şartıdır. Buna uygun olarak yapılmayan fesihler md.24/f.3'de öngörülen geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacak ve fıkradaki hukuki sonuçlar doğacaktır.

3. Kanuna Aykırı Feshin Denetimi ve Aykırılığın Yaptırımı

Feshin hukuka uygun olmadığı iddiasında bulunan sendika temsilcisi veya üyesi bulunduğu sendika, fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde dava açabilir. Açılacak bu dava aslında bir tespit davası niteliğindeki işe iade davasıdır.

Kanun dava açma hakkını, 2821 sayılı Kanunun 4773 sayılı Kanunda değiştirilmesinden önce de olduğu gibi, temsilcinin üyesi olduğu sendikaya da vermiştir. Bireysel nitelikte bir dava olan işe iade davasını sendikanın açabilmesi için, sendika temsilcisinin md.26'ya göre yazılı başvurusunun bulunması gerekir¹⁷. Sendika temsilcinin dava açma iradesi yokken veya sendikaya dava açma konusunda yazılı başvuru yapmamışken sendika bu davayı kendisi açamaz.

Dava İş Kanunu md.20'de olduğu şekilde, basit yargılama usulüne göre görülecek ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay kesin olarak karar verecektir (md.24/f.2).

Mahkeme işveren feshinin haklı nedenlere dayanmadığını veya usulüne uygun olarak yapılmadığını tespit ederse, feshin geçersizliğine karar verecektir. Buradaki geçersizliğin hukuki niteliği kesin hükümsüzlüktür; yani fesih hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu durumda iş sözleşmesi, hiç feshedilmemiş gibi varlığını devam ettirecektir. İşveren geçersiz bir fesihle işçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini haklı bir nedene dayanmaksızın kabulde temerrüt ettiği için, burada bir alacaklı temerrüdü hali olan işveren temerrüdü söz konusu olacaktır. Zira bu nedenlerdir ki Kanun, 3. fıkrada temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakların ödeneceğini amirdir. İş Kanunu md.21/f.3'teki en çok dört aya kadar öngörülen sınırlama burada söz konusu olmamaktadır.

¹⁷ Ulucan/Nazlı, sh.1678.

Temsilci işçinin, feshin geçersizliği karşısında boşta geçen sürenin ücretine hak kazanması için, İş K. md.21/f.5’te olduğu üzere, işe başlatılmak üzere işverene başvurmuş olması zorunluluğu yoktur. Feshin geçersizliğini tespit eden mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra altı iş günü içerisinde işe başlatılmak üzere işverene başvurmasa da temsilci, boşta geçen sürenin ücretine hak kazanacaktır. Çünkü kanun koyucu, işçinin altı iş günü içerisinde işe başlamak için başvurusunu, sadece işe başlatılmanın, diğer bir ifadeyle işverenin işe başlatma yükümlülüğünün başlaması için bir şart olarak öngörmüştür. Üstelik İş K. md.21/f.5’teki gibi, işçinin on iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmaması halinde, işverence yapılmış feshin geçerli hale geleceğine ilişkin bir hükme de Kanunda yer verilmemiştir. Netice itibariyle işçi işe başlamak için süresinde başvursun veya başvurmasın, temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla, fesih tarihi ile mahkeme kararının kesinleşmesine kadar geçecek süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir.

İşçinin boşta geçen süreye ilişkin ücretin tamamına hak kazanabilmesi için bu sürede temsilcilik görevinin devam etmiş olması gerekir. Eğer fesih tarihi ile kararın kesinleşmesi tarihi arasında işçinin temsilcilik görevi sona ermişse işçi, sadece görevin devam ettiği süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir.

Kanunun md.24/f.3 hükmüne göre, “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”. Buna göre temsilcinin veya üyesi sendikanın açtığı işe iade davasında mahkeme feshin geçersizliğine karar verir ise, işçinin işe başlatılmak üzere altı iş günü içerisinde işverene başvuruda bulunması gerekir. İşverenin işe başlatma yükümlülüğü bu tarihte başlamakta ve altı iş günü içerisinde temsilciyi işe başlatması gerekmektedir. İş Kanununda işe iade prosedürü kapsamında işçinin işe başlama başvurusu için öngörülen on işgünlük ve işverenin işe başlatması için belirlenen bir aylık sürenin, sendika temsilcisi söz konusu olduğunda kısaltıldığını görüyoruz ki bunun yerinde olduğu söylenebilir.

İşverenin, kesinleşmiş mahkeme kararına ve süresi içerisinde kendisine başvurulmasına rağmen sendika temsilcisini işe başlatmamış olmasının hukuki yaptırımı, İş K. md.21’de öngörülen iş güvencesi sisteminden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. İş K. md.21’de işverenin işe başlatma yükümlülüğüne aykırılığının hukuki yaptırımı iş güvencesi tazminatıdır. Bu durumda işverenin

işe başlatmaması, feshin geçersizliği karşısında, yeni bir fesih olarak kabul edilmekte ve işveren feshin sonuçları yanında hukuki bir yaptırım olarak iş güvencesi tazminatı da ödemek zorunda kalmaktadır. Oysa burada kanun koyucu işyeri sendika temsilcilerinin işe başlatılmamış olmalarını yeni bir fesih olarak değerlendirmemiş ve bu itibarla da bir iş güvencesi tazminatı öngörmemiştir. Kanun işe başlatılmayı bir işveren temerrüdü olarak ele almaktadır. Zira geçersizliğine hükmedilen fesih ile birlikte iş sözleşmesi hiç feshedilmemişçesine kesintisiz bir şekilde devam etmekte, devam eden bir iş sözleşmesinde iş görme edimini usulüne uygun olarak işverene sunan işçi karşısında, edimi haklı bir neden bulunmaksızın kabulden kaçınan işverenin temerrüde düşmesi söz konusu olmaktadır. Nitekim bunun sonucu olarak da Kanun, iş ilişkisinin devam ettiğini kabul ederek temerrüde düşen işverenin, temsilcinin ücretini ve diğer haklarını temsilcilik süresince ödenmeye devam edeceğini öngörmüştür.

Aslında burada Türk Borçlar Kanunu md.408'de düzenlenen bir işveren temerrüdü hali söz konusudur. İşe başlatmamakla temerrüde düşen işveren, hukuka aykırı olarak kabul etmediği iş görme ediminin sonradan ifasını talep edememeksizin, işçinin ücret ve diğer haklarının temsilcilik süresince ödeyecektir. İşçi, işveren temerrüdü hali devam ederken yeniden temsilci seçilirse, iş görme edimini ifa etmesi gerekmemeksizin ücret ve diğer haklarını temerrüt hali ve temsilcilik görevi devam ettiği sürece talep edebilecektir (md.24/f.3 son cümle).

Yukarıda da belirttiğimiz üzere feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin başvurusuna rağmen işverenin işçiyi işe başlatmaması bir işveren temerrüdüdür. Bu durumda TBK. md.408 hükmünün işçinin ücret ve diğer haklarının belirlenmesi bakımından uygulanmasının gerekip gerekmeyeceği tartışılabilir. Özellikle işyeri sendika temsilcisine işe başlatılmamak dolayısıyla ödenecek ücretlerden, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların indirilip indirilmeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Çünkü işveren temerrüdünü düzenleyen TBK. md.408'e göre, "işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir". Kanaatimizce burada TBK. md.408'e göre işe başlatılmayan işçinin ücretinden bir indirim yapılması doğru olmaz. Aynı sonuç temsilcinin fesih tarihi ile mahkeme kararının kesinleştiği tarihe kadar ki dönemdeki ücret ve diğer hakları bakımından da söz konusudur. Çünkü her ne kadar, geçersiz fesihle

bulunan ve işçiyi kesinleşen mahkeme kararına rağmen işe başlatmayan işveren temerrüde düşmüş olsa da, Kanun temsilciye fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakların ödeneceğini ve işveren tarafından işe başlatılmazsa iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer haklarının temsilciye ödenmeye devam edileceğini emretmektedir. Ücretlerden bir indirim yapılacağına ilişkin bir hüküm kanunda yer almamaktadır. TBK md.408'deki genel hükmün de burada uygulanabilme kabiliyeti yoktur. Zira genel hüküm olarak Borçlar Kanunu hükümleri işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde iş ilişkilerine uygulanabilirler (Medeni Kanun md.5). Kanunun 24. madde hükmü açıkça bir güvence hükmüdür ve kanun bu güvence kapsamında hem işyeri sendika temsilcisini korumak hem işvereni bu tür hukuka aykırı davranışlardan vazgeçirmek istemektedir. Özel olarak korunması amaçlanan işyeri sendika temsilcisine boşta geçen süre ücretini ve işe başlatılmamak dolayısıyla devam eden iş sözleşmesinde ödenmesi gereken ücretlerde bu anlamda bir indirim gidilmesi mümkün olmasa gerekir. İşin niteliğine uygun düşmeyen TBK. hükmünün, burada uygulaması hukuken doğru olmaz. Aslında benzer sonuç, İş K. md.21 gereği işçinin dört aya kadar boşta geçen süre ücreti bakımından da uygulamada tereddütsüz kabul edilmektedir. Zira aslında bir temerrüt hali olan bu halde de geçersiz fesih dolayısıyla işveren iş görme edimini hukuka aykırı olarak kabulden kaçınmakta, ancak kanundaki sınırlama dolayısıyla sadece dört aylık dönem bakımından sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Boşta geçen bu dört aylık süre ücretinden de 818 sayılı BK'nın 325., 6098 sayılı TBK'nın 408. maddeleri gereğince bir indirim yapılmamaktadır. Netice itibarıyla, işyeri sendika temsilcisinin korunan menfaatleri bakımından md.24/f.3'te öngörülen boşta geçen süre ve işe başlatılmama dolayısıyla ödenmeye devam edilecek ücretlerden bir indirim yapılamaması gerekir.

Kanun, işe iadesine karar verilen işyeri sendika temsilcisinin işe başlatılmak için işverene başvurmamasının hukuki sonucunu düzenlemiş değildir. Kanaatimizce işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren altı işgünü içerisinde işe başlamak üzere işverene başvurmamış olmasının hukuki sonucu istifa yani işyeri sendika temsilcisinin bildirimsiz feshi olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira mahkeme kararının geçersizliği tespiti ile birlikte iş sözleşmesi hiç feshedilmemişçesine devam etmekte, temsilcinin devam eden bir iş sözleşmesinde işe başlamayı kabul etmemesi, iş görme borcunun reddi dolayısıyla da fesih olarak yorumlanacaktır. Ancak bu durumda temsilcinin fesih tarihi ile işe iade kararının kesinleşmesi tarihi arasındaki boşta geçen süre ücretlerini talep hakkı saklıdır.

D. ÇALIŞMA KOŞULLARINDAKİ ESASLI DEĞİŞİKLİKLERE KARŞI KORUNMASI

Kanun işyeri sendika temsilcilerini 2821 sayılı Kanunda olduğu gibi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik halleri bakımından da korumuştur. Buna göre, işveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır (md.24/f.4). Kanun bu konuda bir yenilik getirmedikten dolayı değerlendirilmeyecektir.

III. SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ

6356 sayılı Sendikalar Kanununun 25. maddesi 2821 sayılı Kanunun 31. maddesinde olduğu üzere, sendika özgürlüğünün güvencelerini düzenlemektedir. Kanun temel olarak iki konuda koruma getirmektedir. Birincisi sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerin güvencesi, ikincisi ise sendikal feshe karşı korumadır.

A. SENDİKA ÜYELİĞİ VE SENDİKAL FAALİYET ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ

1. İşe Alınmada Sendikaya Üye Olup Olmama Özgürlüğü

Kanunun 25. maddesine göre, “İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz”.

Hüküm 2821 sayılı Kanunun 31/f.1. maddesiyle birkaç kelime farklılığı dışında aynıdır. Bu hükümle Anayasanın 51. maddesinde yer alan sendikaya üye olma veya olmama özgürlüğü güvenceye alınmaktadır. Anayasa mad.51/f.1'e göre, “Çalışanlar ve işverenler... serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz”. Üstelik bu özgürlüğün ihlali 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 118. maddesinde hapis cezasına bağlanmıştır.

Buradaki tek fark, 2821 sayılı Kanunda sendika üyeliğinin güvencesinin ardından gelen ikinci fıkrada “Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz” hükmü yer almaktaydı. Dolayısıyla söz konusu kayıtların geçersizliği, sendikaya üye olup olmamaya münhasır olarak anlaşılabilir. Yeni Kanunda bu hüküm yerinde bir şekilde maddenin sonundan önceki fıkrasında, tüm sendika üyeliği güvencelerinin ardından düzenlemiş ve böylece daha kapsayıcı bir hükme yer verilmiştir.

2. Sendika Üyeliği ve Sendikal Faaliyetler Nedeniyle İşten Çıkarma ve Ayrımcılık Yasası

Kanunun sendikal temele dayalı ayrımcılıkla ilgili ikinci fıkra hükmü de 2821 sayılı Kanunla büyük benzerlik göstermektedir. Buna göre “İşveren, 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 yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır”. Eski kanundaki “işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması” hususu yeni Kanunda daha sadece ve kapsayıcı bir şekilde “çalışma şartları” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla işveren kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri uygulamaları veya iç yönetmeliklerle oluşmuş çalışma koşullarında sendika üyesi olan ve olmayan işçilerle ayrı sendikaya üye olan işçiler arasında ayırım yapamayacaktır.

İşveren yeni Kanunda da, “çalıştırmaya son verilmesi bakımından” sendikaya üye olan ve olmayan veya farklı sendikaya üye olan işçiler arasında ayrımcılık oluşturacak bir davranışta bulunamaz.

2821 sayılı Kanunun beşinci fıkrasındaki sendikal faaliyetlerde bulunma özgürlüğü ve güvencesi, yeni kanunun md.25/f.3 hükmünde tekrar edilmiştir. Buna göre, “İşçiler, 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 çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz”.

3. İşe Alınma, Çalışma Şartları ve Sendikal Faaliyetler Bakımından Sendikal Nedenle Ayırım Yasasına Aykırılığın Yaptırımı: Sendikal Tazminat

6356 sayılı Kanun md.25/f.4 uyarınca, işçilerin işe alınmalarını belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlayan; bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları bakımından herhangi bir ayırım yapan; iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işçilere farklı işleme tabi tutan işveren, hukuki yaptırım olarak işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat yaptırımı ile karşılaşacaktır.

Yukarıdaki hüküm 2821 sayılı Kanunla benzerlik gösterse de, işe alınmada ayrımcı davranışın yaptırımı bakımından iki kanun arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki, 2821 sayılı Kanunun 31. maddesi 6. fıkrasındaki sendikal tazminat, 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 veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapan (f.3) ve işçileri sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılan veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutan (f.5) işverenler bakımından öngörülmüştü. Dolayısıyla hükmün ilk fıkrası uyarınca işe alınmalarında sendikal nedenle ayırma maruz kalan işçiler Kanunun 6. fıkrasında öngörülen sendikal tazminatı talep edememekteydiler. Oysa 6356 sayılı Kanun bu boşluğu doldurmuş ve maddenin dördüncü fıkrasındaki sendikal tazminatı kendinden önce gelen ilk üç fıkra hükmüne aykırılık halinde, dolayısıyla işe alınmada sendikal ayrımcılık yapılması durumunda da öngörmüştür. Buna göre çalışma şartlarında ve sendikal faaliyetlerde sendikal nedenle ayırım yanında yeni Kanunla birlikte işe alınmada da sendikal nedenlerle ayırım yapan işveren sendikal tazminat yaptırımı ile karşılaşacaktır. Netice itibariyle işçilerin işe alınmalarını belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlayan işveren karşısında işçiler bakımından öngörülen koruma bir hukuki yaptırımla desteklenmiş olmaktadır. Ancak burada uygulamada ortaya çıkması muhtemel problem, henüz iş ilişkisi kurulmadan, bu aşamada sendikal ayrımcılığa maruz kalan kişinin, sendikal tazminat talebinde tazminat miktarının belirlenmesidir. Çünkü Kanunun 25/f.4 hükmünde “işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere” belirlenecek sendikal tazminattan bahsedilmektedir. Henüz işçilik sıfatı kazanmamış ve bu anlamda tazminatın hesabına esas ücreti söz konusu olmamış kişi bakımından sendikal tazminatın nasıl belirleneceği belirli değildir. Ancak bu durumda işçi adayının başvurduğu, ancak sendikal ayrımcılık nedeniyle alınmadığı işte söz konusu olacak ücretin, bu belirli değilse emsal ücretin sendikal tazminat hesaplanırken esas alınması uygun olabilir¹⁸.

¹⁸ Ulucan/Nazlı, sh.1680.

B. SENDİKAL FESHE KARŞI KORUMA

1. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Bakımından

a. İşe İade Davası, Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Sendikal Tazminat

6356 sayılı Kanununun 25. maddesinin beşinci fıkrasına göre sendikal bir nedenle iş sözleşmeleri feshedilen işçiler 4857 sayılı Kanununun 18., 20., 21. maddelerine göre bir işe iade davası açma hakkına sahiptirler. İş Kanunu md.18'deki şartlar gereğince iş güvencesi hükümlerinin kapsamında kalan sendika üyesi işçiler sendikal nedenlerle işten çıkarıldıklarında, İş K. md.20 uyarınca bir işe iade davası açarak feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadesine karar verilmesini talep edebileceklerdir.

2821 sayılı Kanununun 31. maddesi düzenlemesi neticesinde doktrinde ve yargı kararlarında sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği iddiasında olan iş güvencesi kapsamındaki işçinin feshin geçersizliğinin tespiti için bir işe iade davası açması gerekeceği, bunun yerine doğrudan sendikal tazminat talebiyle bir dava açamayacağı kabul ediliyordu. Ancak yeni Kanun bu yöndeki bir zorunluluğu kaldırmış ve iş güvencesi kapsamındaki işçinin 4857 sayılı Kanununun 20 ve 21. maddelerine göre işe iade davası açmamış olmasının, ayrıca sendikal tazminat talep hakkını engellemeyeceğini kabul etmiştir (md.25/f.5 son cümle). Bu durumda işçinin önünde iki ihtimal bulunmaktadır; feshin geçersizliğinin tespiti ve işe başlatılması için işe iade davası açmak veya mevcut koşulların değerlendirilmesi sonucu işe başlatılmayı, tekrar aynı işyerinde çalışmayı istemiyorsa doğrudan sendikal tazminat talebi ile dava açmak.

Sendikal fesih karşısında işe iade davası açılması halinde eğer mahkeme feshin geçersizliğini tespit ederse işe iade yanında, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata da karar verecektir. Kanun "iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, ... sendikal tazminata karar verilir" dediğinden, sendikal tazminat İş K. md.21'deki işe iade tazminatı gibi, işe başlatmamanın bir hukuki yaptırımı değil, feshin sendikal nedenle yapılmasının ve bu nedenle geçersiz olmasının bir sonucudur. Zira bu nedenledir ki, feshin geçersizliğinin tespiti sonucuna bağladığı sendikal tazminata hak kazanmak için, İş K. md.21'de olduğu üzere işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurusu ve işverenin işçiyi işe başlatmamış olması gerekmez. Feshin geçersizliğinin tespiti ardından işe başlatılmayı istemeyen işçi de, işveren tarafından işe iade yönündeki mahkeme kararına uyarak işveren tarafından işe başlatılan işçi de sendikal tazminat talep

edebilecektir. Oysa İş Kanununda öngörülen iş güvencesi sisteminde işçinin iş güvencesi tazminatına hak kazanması, işçinin başvurusu üzerine bir ay içinde işveren tarafından işe başlatılmaması halinde söz konusu olacaktır. Çünkü İş K. md.21'de iş güvencesi tazminatı feshin geçersizliğinin değil, bunun tespiti ve işe iade kararına rağmen işe başlatma yükümlülüğüne uymamanın hukuki yaptırımıdır.

İşverenin işe başlatma yükümlülüğü işçinin usulüne uygun başvurusu üzerine başlayacaktır. Bu durumda işverenin İş K. md.21/f.1 uyarınca işçiyi bir ay içerisinde işe başlatması gerekecektir. Ancak işveren bu süre içerisinde işçiyi mahkeme kararına uyarak işe başlatsın veya başlatmasın sendikal nedene dayalı geçersiz feshin sonucu olan sendikal tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır. İşçinin işe başlatılmaması halinde ayrıca bir iş güvencesi tazminatı talep hakkı ortaya çıkmayacaktır. Zira 6356 sayılı Kanun md.25/f.5'e göre, "Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez"¹⁹. Bu hüküm kanunda yer almasaydı işçinin işe başlatılmama halinde ayrıca iş güvencesi tazminatı da talep etmesi mümkün olabilecekti. Çünkü ortada hukuki kaynakları farklı iki tazminat söz konusudur: sendikal tazminat, feshin sendikal nedenle yapılmasından ötürü geçersizliğinin; iş güvencesi tazminatı ise işçinin mahkeme kararına rağmen işveren tarafından işe başlatılmamış olmasının sonucudur.

b. Boşta Geçen Süre Ücretini Talep Hakkı

İşçinin açtığı davanın işe iade kararıyla sonuçlanması durumunda işe başlatılmak isteyen işçi İş K. md.21/f.5 uyarınca, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere işçinin süresi içinde başvurmamış olması sendikal tazminat hakkına engel olmaz. Ancak on iş günü içerisinde işe başlatılmak için işverene başvuruda bulunmazsa işçi, kural olarak İş K. md.21/f.3'deki kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını talep edemeyecektir. Çünkü İş K. md.21/f.5 uyarınca işçi on iş günlük süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Esasen boşta geçen süre ücretinin muaccel hale gelebilmesi için işçinin

¹⁹ Düzenlemenin isabetli olmadığı kanundan çıkartılması gerektiği görüşü için bkz. Başkan Esra, 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, sh.191-192.

işveren başvuruda bulunması gerekir. 6356 sayılı Kanunun 25/f.5 maddesinde, sendikal fesih halinde işçinin 4857 sayılı İş K. md.18, 20 ve 21 hükümlerine göre dava açacağı öngörüldüğünden ve 21/f.5 maddesinde boşa geçen süre ücretinin muaccel hale gelebilmesi için işçinin süresinde işveren başvurması gerekeceğinden farklı bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir.

2. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Bakımından

a. Kanun Tasarısında Öngörülen Düzen

Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısında sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin 25. madde, sendikal fesihlere karşı koruma konusunda işçilere oldukça önemli ve kapsamlı bir güvence getirmekteydi. Madde kapsayıcı bir şekilde düzenlenmiş ve iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın Kanunun kapsamına giren tüm işçilerin sendikal fesihler karşısında 4857 sayılı Kanunun 20. ve 21. maddelerine göre işe iade davası açabilecekleri kabul edilmişti. Bu durumda feshin sendikal nedenle yapıldığı ve geçersizliğinin tespiti halinde işçi sendikal tazminata hak kazanacaktı. Üstelik bu tazminat işçiye 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine göre işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurusu, işveren tarafından işe başlatılması veya başlatılmamasından bağımsız bir şekilde düzenlenmişti.

Hüküm aynı zamanda, 4857 sayılı Kanunun 20. ve 21. maddelerine göre dava açmayan işçilerin sendikal tazminat talep haklarının saklı olduğunu öngörmekte ve 2821 sayılı Kanun dönemindeki bu çelişkiyi ortadan kaldırmaktaydı. Zaten tasarının 25. maddesinin 4. fıkrasında da, “işverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir” düzenlemesiyle, üçüncü fıkradaki “İşçiler, 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 çıkarılamaz” hükmüne aykırı olarak davranan işverenden işçinin sendikal tazminat talep edebileceği de ayrıca ifade edilmişti. Hükümün devamında da işçilerin iş güvencesi kapsamında olup olmadıklarına bakmaksızın sendikal fesih nedeniyle açtıkları (f.6) ve işe alınmada, çalışma koşullarında ve sendikal faaliyetlerde ayrımcılık nedeniyle sendikal tazminat talebiyle ilgili davadaki ispat yükümlükleri düzenlenmişti. Tasarının 25. maddesi bu haliyle olması gereken hukuka oldukça yaklaşmış şekilde sendika üyeliği özgürlüğüne gerçek bir koruma getirmekteydi.

b. Değişiklik Önergesinin Kabulü ile Kanunun Lafzında Ortaya Çıkan Farklılık

Tasarının bu olumlu düzenlemesine rağmen, kanunlaşma sürecinde yine hükümet kanadından verilen bir önerge ile tasarıda değişiklik önerilmiş ve 25. madde bu değişiklik önerisi ile kabul edilmiştir. Önerge ile maddenin dördüncü fıkrasına “İşverenin” ifadesinden sonra gelmek üzere “fesih dışında” ifadesi eklenmiş ve beşinci fıkranın ilk cümlesi de “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21’inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir” şeklinde değiştirilmiştir²⁰.

Bu değişiklik önergesinin kabulüyle birlikte Kanunun 25. maddesinin 4. fıkrasının lafzı, “İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir” şeklinde oluşmuştur. Bunun neticesinde Tasarıda hem sendikal ayrımcılık halinde hem sendikal nedenle işten çıkarmalar halinde öngörülen sendikal tazminat talep etme hakkı sınırlandırılmış, bu fıkra uyarınca sendikal tazminat talep hakkı, sendikal nedenlerle yapılan fesih dışındaki ayrımcılık hallerine münhasır olacak şekilde düzenlenmiştir.

Değişiklik önergesi neticesinde maddenin sendikal fesihlerin yaptırımı düzenleyen beşinci fıkrası ise şu hale gelmiştir: “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 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 hâlinde, 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

²⁰ Değişiklik Önergesi: 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, altıncı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ispat ettiği” ifadesinin “ileri sürdüğü” olarak 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.”

Gerekçe:

Maddenin beşinci maddesinin ilk cümlesinde yapılan değişiklikle iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sendikal tazminat alması düzenlenmiştir. Altıncı fıkrada yapılan değişiklik, işveren dayandığı haklı neden ya da geçerli nedeni ispatladığı takdirde artık sendikal nedenin işçi tarafından ispatlanamayacağı başka bir ifade ile ispat yükünün yer değiştirmeyeceğine ilişkin yaklaşıma uyum sağlamayı amaçlamaktadır.

engellemez”.

Bu değişiklikler neticesinde kanunun lafzına baktığımızda, sendikal fesihlere karşı korumanın sadece İş Kanununun 18. maddesi kapsamındaki işçiler bakımından söze konu olacağı, işçi iş güvencesi kapsamında ise 4857 sayılı Kanunun 20. ve 21. maddelerine göre dava açabileceği ve işçinin başvurusu veya işverenin işe başlatmasından veya başlatmamasından bağımsız olarak sendikal tazminata hak kazanacağıdır. Üstelik iş güvencesi kapsamında olan ve iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, feshin geçersizliği iddiası ile bir işe iade davası açmak yerine doğrudan sendikal tazminat talebinde de bulunabilecektir.

Buna karşılık kanunun lafzına bağlı kalınırsa İş K. md.18 kapsamı dışında kalan işçilerin sendika üyeliğinin güvencesi, fesih dışında kalan alanlarla sınırlandırılmış olacaktır. Buna göre, işe alınmada, çalışma koşullarında veya sendikal faaliyetlere katılmada sendikal nedenlerle bir ayrımcılığa maruz kalan iş güvencesi kapsamında olmayan işçi, md.25/f.4 uyarınca sendikal tazminat talep edebilecektir. Ancak iş sözleşmesi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılma nedeniyle feshedilirse, sendikal tazminat talebiyle dava açamayacaktır. Çünkü maddenin dördüncü fıkrasında işverenin “fesih dışında”ki ayırım yasaklarına aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanacağı öngörülmüştür. Kanuna göre, sendikal nedenle işten çıkarılan iş güvencesi kapsamı dışındaki işçi, sendikal tazminat talebinde bulunamayacağı gibi, sendikal feshin geçersizliği iddiasıyla beşinci fıkra hükmüne göre İş Kanunu md.20 ve 21 hükümlerine göre işe iade davası da açamayacaktır. Zira beşinci fıkranın ilk cümlesinde işçinin sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahip olduğu yazılıdır. Bu durumda kanun maddesinin sadece lafzı dikkate alındığında, iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin iş sözleşmesini kanuna aykırı bir şekilde sendikal nedenlerle fesheden işveren herhangi bir hukuki yaptırımla karşılaşmayacaktır. Diğer bir ifade ile iş sözleşmesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyetleri dolayısıyla feshedilen ancak İş K. md.18 uyarınca iş güvencesi kapsamında olmayan işçi Tasarıda öngörüldüğü şekliyle ne işe iade davası açabilecek ne bundan bağımsız olarak sendikal tazminat talebinde bulunabilecektir. Doktrinde kanun bu düzenlemesine rağmen iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesine göre sendikal tazminat talebinde bulunabileceği yönünde görüşler de mevcuttur²¹.

²¹ Başkan, sh.167.

c. İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin İş Sözleşmesini Sendikal Nedenlerle Sona Erdiren İşverene Uygulanacak Hukuki Yaptırım Konusundaki Problemin Çözümü Yönündeki İhtimaller

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Tasarıda yapılan değişikliğin kabulü neticesinde eğer Kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınırsa, Türk İş hukukunda, iş güvencesi kapsamı dışında kalan bir işçinin iş sözleşmesini sendikal nedenlerle sona erdiren bir işveren, işe iade veya sendikal tazminat gibi bir hukuki yaptırımla karşılaşmayacak gibi görünmektedir. İş sözleşmesinin devamında çalışma koşulları ve sendikal faaliyetlere katılma bakımından, hatta daha iş ilişkisinin kurulmadığı bir dönemde işe alınma sırasında sendikaya üye olup olmaması veya belirli bir sendikaya üyeliği konularında ayrımcılığa maruz kalan iş güvencesi kapsamı dışında olan işçi, md.25/f.4 uyarınca sendikal tazminat talep edebilirken, ayrımcılığın en ileri boyutu olan ve ayrımcılık neticesinde işçinin karşılaşabileceği en olumsuz ve zarar verici sonuç olan işten çıkarma halinde sendikal tazminat talep edemeyecektir. İşçinin bu hukuka aykırılık neticesinde sendikal tazminat da dahil herhangi bir talepte bulunamaması büyük bir çelişkidir ve hukukun kabul edebileceği bir sonuç değildir

ca. Hükmün Anayasaya Aykırılığı

İş güvencesi kapsamında olmayan sendika üyesi işçilerin iş sözleşmelerinin sendika üyeliği nedeniyle iş sözleşmelerinin feshini hukuki yaptırımdan yoksun bırakan bu düzenleme, Anayasanın 51. maddesinde temel bir sosyal hak olarak düzenlenen sendika hakkına aykırılık taşır. Anayasanın md.51/f1 hükmüne göre, “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz”. Anayasanın bu hükmüne rağmen, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilere Anayasanın öngördüğü bu korumayı sağlamamak, hatta 2821 sayılı Kanunda öngörülen sendikal tazminat yaptırımını dahi kaldırarak, işçileri sendikal fesihlere karşı korumasız bırakmak açık bir anayasa ihlalidir.

Bu düzenleme aynı zamanda Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan genel eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira bu düzenlemeyle iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler arasında, sendikal özgürlüklerden yararlanma konusunda herhangi bir objektif haklı nedene dayanmayan bir

ayırım yapılmıştır. Oysa Anayasada da belirtildiği üzere, sendika hakkı temel bir insan hakkıdır. İşçinin İş Kanunu bakımından iş güvencesi kapsamında olup olmaması ile sendikal özgürlüklere sahip olma ve bu özgürlükleri ihlal eden davranışlardan korunma talep etme hakkı arasında bir ilişki yoktur. İş güvencesinden yararlanmanın esasları ile sendikal güvenceden yararlanmanın esasları birbirinden farklıdır. İş güvencesinden yararlanma koşullarının, sendikal özgürlüklerin korunmasından yararlanmak anlamında bir ölçüt olarak belirlenmiş olması isabetli değildir. Hukuki dayanaklarının ve normların koruma amaçlarının farklılığı karşısında, iş güvencesinden yararlanma sendikal fesihlere karşı korunmanın ölçütü olarak belirlendiğinde, iş güvencesinin kapsamında olan ve olmayan işçiler arasında haksız bir ayırım yaratılmış olmaktadır. Bu itibarla öngörümüz, Tasarıya değişiklik önermeleri ile eklenen hükümlerin, açılacak bir iptal davasında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğidir. Dolayısıyla md.25/f.4'e eklenen "fesih dışında" ibaresinin ve md.25/f.5 ilk cümlede işçinin dava açma hakkı ile ilgili olarak eklenen "18. maddenin" iptali ile hükmün Tasarıda olduğu şekle getirilmesi gerekir. Bu durumda iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın, iş sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilen işçi İş K. md.20 ve 21 hükümlerine göre işe iade davası açabilecek, mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra işverene başvursun veya başvurmasın, işveren tarafından işe başlatılsın veya başlatılmasın sendikal tazminata hak kazanacaktır. İşçi işe iade davası açmak yerine md.25/f.5 son cümle gereğince sendikal tazminat talebinde de bulunabilecektir.

cb. Hükmün Uluslararası Normlara Aykırılığı

Kanun Tasarısının Genel Gerekçesine baktığımızda Tasarı hazırlanırken, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepki dikkate alınarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlediğini; ILO normları, Türkiye'nin AB'ye üyelik perspektifi, çalışma hayatının yapısal sorunları, yargı içtihatları ve doktrindeki eleştirilerin Kanunun hazırlık safhasında dikkate alındığını; Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlendiğini; 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 düzenlendiğini; Kanunda, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının

örgütlenme hakkını düzenleyen 5. maddesi ile toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını düzenleyen 6. maddesi başta olmak üzere birçok hükmünün dikkate alındığını görmekteyiz.

Oysa 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinde çalışanların ve işverenlerin serbestçe sendika ve üst kuruluşlar kurmaları ve kurulmuş sendika ve üst kuruluşlara serbestçe üye olmaları güvence altına alınmıştır. 87 sayılı sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrası hükmü konumuz bakımından ayrıca önemlidir. Zira bu hükme göre “Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek şekilde uygulanamaz”. Sözleşmenin 11. maddesine göre de “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür”. Buna göre Kanunun gerekçesinde ifade edilen ve kanun düzenlenirken uluslararası bir yükümlülük olarak göz önünde bulundurulmuş 87 sayılı UÇÖ sözleşmesi öncelikli olarak bu sözleşmeyi onaylayan ve yürürlüğe koyan üye ülkeye iç hukukunda çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla “gerekli ve uygun bütün önlemleri” almakla yükümlü kılmaktadır. Oysa 6356 sayılı Kanunun bu halinde iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendika üyeliği ve faaliyetleri nedeniyle işten çıkarmalara karşı bilinçli olarak korumasız bırakıldığı görülmektedir; yani kanun koyucu iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin örgütlenme haklarını serbestçe kullanmalarını sağlayacak gerekli ve uygun önlemleri almamıştır. Dolayısıyla md.25 düzenlemesi 87 sayılı Sözleşmenin 11. maddesine aykırılık taşır. Kanunun mevcut düzenlemesinin lafzı az önce zikrettiğimiz 87 sayılı Sözleşmenin 8. maddesine de aykırılık taşımaktadır. Zira Kanunun lafzı, işçilere Anayasa ve yasalarca ve 87 sayılı Sözleşme ile verilen sendika üyelik güvencesini iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından bertaraf etmektedir.

Kanunun 25. maddesinin değişiklik önergesi sonucu oluşan lafzı Kanunun Genel Gerekçesinde ifade edilen 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına Dair UÇÖ Sözleşmesine de aykırıdır. Sözleşmenin 1. maddesine göre “İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine halel getirmeye yönelik her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır./ Böyle bir himaye bilhassa,/ Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak;/Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakati

ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu ızzar etmek maksatları güden hareketlere müteallik hususlarda uygulanacaktır”. Görüldüğü üzere 98 sayılı Sözleşme sendika özgürlüğüne aykırı her türlü, özellikle sendikal nedenlerle işten çıkarmalara karşı işçilerin tam bir korumadan faydalanacaklarını öngörmüştür. Oysa Kanununun 25. maddesi lafzı iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçileri bu korumadan muaf tutmakta, onları sendikal fesihlere karşı korumasız bırakmaktadır.

Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin lafzı, Genel Gerekeçede kanun düzenlenirken dikkate alındığı belirtilen Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. maddesine de aykırılık taşımaktadır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, “Akit Taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler”. Halbuki, Tasarının 25. maddesi hükmünün Önerge ile değiştirilerek kabulüyle, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı kabul eden Türkiye'nin iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından sendikaya üye olma özgürlüğünü sağlamaya ve bu özgürlüğün zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeye yönelik taahhüdünü yetine getirdiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Zira Kanunun lafzı iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilere, iş güvencesi kapsamı içinde kalan işçilere tanıdığı korumayı tanınamakta, hatta işe alınma, çalışma koşulları ve sendikal faaliyetler bakımından ayrımcılık halinde öngörülen güvenceyi dahi sendikal nedenlerle işten çıkarmalara uygulamamaktadır.

cc. Kanunda “Boşluk” Bulunduğu Hususunun Kabulüyle Sorunun Çözümü

Kanun boşluğu, gerekli kanuni düzenlemelerin yapılmamış olması şeklinde tanımlanabilir²². Boşluk, yürürlükte olan hukuk düzeni dahilinde, pozitif hukukun plana aykırı eksikliğidir²³. Hukuk düzeninin bir bütün

²² Muhtelif tanımlar için bkz. Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993, sh.121; Esener Turhan, Hukuk Başlangıcı 7. Baskı, İstanbul 2004, sh.256; Kırca, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 50, Sayı 1, 2001, sh.91; Aktaş Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, S.1-2, 2010, sh.10.

²³ Kırca, sh.92.

olarak pozitif bir kuralın varlığını gerektirmesine rağmen (kelimelerden çıkarılabilen anlam çerçevesinde), kanun veya örf ve adet hukuku bunu düzenlenmemiş ise, boşluk söz konusudur²⁴. Bir hukuki konunun pozitif bir düzenlemede yer almasının gerekliliği mevcut hukuk kurallarının bütününe amaca uygun olarak değerlendirilmesi ile tespit edilebilir; bir diğer ifadeyle eksiklik, kanundaki bir düzenlemenin onun amacı ve ruhuna bakıldığında eksik ve tamamlanmaya muhtaç olduğu takdirde söz konusudur²⁵. Burada esas olan kanunun amacıdır (Ratio Legis). Bu eksikliği belirleyen ölçü, pozitif hukukun temelinde yer alan değerler ve amaçlar olup, yürürlükteki hukukta temelini bulmayan, sadece olması gereken hukuk açısından önerilen talepler eksiklik kavramına dahil değildir²⁶. Dolayısıyla yürürlükteki hukukta temeli bulunmayan, hukuk politikası dahilinde olması gereken hukuka ilişkin boşluklar, hakim değil kanun koyucunun düzenleme yetkisine dahil olan boşluklardır. Kanun boşluğunun tespit edilmesi halinde ise hakim Medeni Kanunun 1. maddesine göre hukuk yaratma yetkisini kullanması gerekir ki, bu hakime verilmiş sadece bir yetki olmayıp, aynı zamanda bir ödev niteliği de taşır²⁷.

Yürürlükteki hukukta temelini bulan boşlukları açık ve örtülü boşluk olarak ikiye ayırmak mümkündür: Açık boşluk, düzenlemenin amacına göre cevap verilmesi gereken bir soruna kanunun cevap vermemesi, bu konuda uygulanabilir bir hükmün bulunmamasıdır; diğer bir ifade ile somut uyumsuzluğa kanunun ne lafzına ne onun yorumu ile elde edilen içeriğine göre olumlu veya olumsuz herhangi bir çözüm getiren kurala rastlanılmazsa, bu durumda açık boşluk vardır²⁸. Örtülü boşluk halinde ise, somut olaya uygulanması mümkün bir kural mevcut olmakla birlikte, kanun hükmünün amacı esas alındığında düzenlemenin somut olaya ve adalete uygun olmaması söz konusudur²⁹. Çünkü kanun, söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan bazı özellikleri dikkate almamış, kanunun lafzından çıkan sonuç gerçek duruma uymayan, haksız, adalete aykırı ve toplumsal vicdanı tatmin etmeyen, onu yaralayan bir düzenleme getirmiştir. Edis'e göre, kanunda bir hüküm bulunmakla beraber, kuralın sözü ile özünün bağdaştırılması mümkün

²⁴ Kırca, sh.92.

²⁵ Kırca, sh.92.

²⁶ Kırca, sh.92.

²⁷ Edis, sh.118.

²⁸ Edis, sh.134; Kırca, sh.94; Aktaş, sh.19.

²⁹ Kırca, sh.95-96; Aktaş, sh.20.

görülmüyorsa, bir kural aynı değerde ve güçte başka bir kural ile çatışma halinde ise veya bir kuralın yorumundan elde edilen anlamda uygulanmasının doğruluk ve güven ilkeleri ile bağdaşmaması nedeniyle hakkın kötüye kullanımı nitelendirilebiliyorsa örtülü kanun boşluğu söz konusudur³⁰.

6356 sayılı Kanunun 25. maddesinde iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler işe alınmada, iş ilişkisinin devamında, çalışma koşulları ve sendikal faaliyetlere katılmada sendikal ayrımcılığa karşı korunmakta ve bu tür bir ayrımcı davranış işverene karşı sendikal tazminat talebi ile karşılık bulmaktadır. Ancak iş güvencesi kapsamı dışındaki bu işçilerin Kanunun lafzı dikkate alındığında, sendika üyeliğinden kaynaklanan ayrımcılığın en uç noktası olan iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshine karşı korunmadıklarını, Kanunda buna ilişkin bir düzenlemenin yer almadığını görmekteyiz. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere maddenin 4. fıkrasındaki sendikal tazminat, sadece fesih dışındaki ayrımcılık hallerinde talep edilebilecek ve 5. fıkraya göre de sendikal fesihlere karşı İş K. md.18 kapsamındaki iş güvencesine sahip işçiler işe iade davası açabilecekler veya dava açmaksızın sendikal tazminat talep edebileceklerdir.

Bu tablo karşısında kanaatimizce 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinde açık bir kanun boşluğunun varlığı kabul edilebilir. Çünkü yukarıda tanımladığımız üzere, pozitif hukukun temelinde yer alan değerler ve amaçlar dikkate alındığında, yürürlükteki hukukta temelini bulan boşluklardan “açık boşluk”, düzenlemenin amacına ve temel düşüncelerine göre cevap verilmesi gereken bir soruna kanunun cevap vermemesi, diğer bir ifade ile somut uyuşmazlığa kanunun ne lafzına, ne de onun yorumu ile elde edilen içeriğine göre olumlu veya olumsuz herhangi bir çözüm getirmemesidir. İşçilerin işe alınmada, iş ilişkisinin devamında çalışma koşulları ve sendikal faaliyetlerde bulunma dolayısıyla ayrımcı davranışlara ve nihayetinde sendikal feshe karşı gerekli ve yeterli bir korumadan yararlanmalarının pozitif hukukta ulusal ve uluslararası anlamda temelleri mevcuttur. Anayasanın 51/f.1, 6356 sayılı Kanunun 25/f.3 maddesi bu güvencenin ulusal kaynaklarını oluşturur. Yukarıda ayrıntılı olarak bahsettiğimiz, 87 sayılı UÇÖ Sözleşmesinin 8. ve 11. madde hükümleri, 98 Sayılı UÇÖ Sözleşmesinin 1. maddesi, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 5. maddesi ise sendika üyeliğinin uluslararası kaynaklarıdır. Anayasanın 90. maddesine göre, söz konusu kurallar kanunlarla eş düzeyde hukuk kaynaklarıdır. Hatta, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla

³⁰ Edis, sh.134.

kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü esas alındığından söz konusu uluslararası andlaşmaların, uygulanma bakımından Kanunun 25. maddesine göre önceliğe sahip oldukları da söylenebilir. Ulusal ve uluslararası hukukun bu pozitif düzenlemeleri karşısında, iş güvencesi kapsamında olmayan işçileri sendikal fesihlere karşı korumayan, bu konuda hukuki bir yaptırım öngörmeyen 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinde açık bir boşluğun bulunduğu kabul edilebilir. Bu durumda hakim söz konusu boşluğu 25. madde hükmünün ve 6356 sayılı Kanunun koruma amaçlarını, Anayasanın 51. maddesini, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız UÇÖ Sözleşmeleri ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı hükümlerini göz önünde bulundurarak dolduracaktır. Boşluğu dolduracak hakim, işçiler arasında sendikal güvenceler bakımından yaratılan haksız ayrımı kaldırarak, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından öngörülen hukuki korumayı iş güvencesi kapsamında olmayan işçilere kıyasen uygulayabilir ki, bu durumda iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın tüm işçilerin Tasarı’da olduğu üzere sendikal fesihler karşısında işe iade davası açması veya işe iade davası açmaksızın sendikal tazminat talep edebilmesinin önü açılmış olur. Yahut boşluğu doldurmakla görevli hakim, 25. maddenin 5. fıkrasındaki korumanın iş güvencesi kapsamındaki işçilere münhasır olarak öngörüldüğünü kabul ederek, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin işe iade davası açamamakla birlikte, işe alınma veya iş ilişkisinin devamında çalışma koşulları veya sendikal faaliyetlere katılma dolayısıyla ayrımcı davranışlara maruz kalmasında olduğu gibi, sendikal nedenle işten çıkarılmasında da 25. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen sendikal tazminatı talep edebileceğini kabul edebilir. Bu yolla da ulusal yasaların ve uluslararası kuralların öngördüğü gerekli ve yeterli bir koruma sağlanmış olur.

Kanunda iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal fesihlere karşı korunması konusunda açık bir boşluk bulunduğu yönündeki değerlendirmeye; kanunun yasalaşması sırasında 25. maddeye ilişkin olarak kabul edilen değişiklik önergesinin amacının bu işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshinde sendikal tazminat talep etmelerini engellemek olduğu, Kanunun iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal feshini bilinçli olarak hukuki yaptırıma bağlamadığı, dolayısıyla da bu konuda bir açık boşluktan söz edilemeyeceği yönünde itirazlar yöneltilebilir. Gerçekten de Tasarının 25. maddesi yasalaşırken verilen değişiklik önergesinin gerekçesi ve maddenin görüşülmesine ilişkin

TBMM tutanakları incelendiğinde mevcut düzenlemeyle, sendikal tazminat şeklindeki hukuki yaptırımın sadece iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sendikal nedenlerle işten çıkarılmaları ile sınırlandırmasının, otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde, özellikle KOBİ tarzı işletmelerde, işverenlerin sendikal tazminat talepleri ile karşı karşıya kalmalarının engellenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Eğer kanun hükmünün yorumunda, kanunun lafzından ziyade tarihsel yorum metoduyla, Meclis Tutanaklarına geçen bu değerlendirmeler dikkate alınacaksa, açık bir boşluğun bulunduğunu söylemek zorlaşır. Ancak bu takdirde de, 25. madde hükmünde bir “örtülü boşluğun” bulunduğu söylenebilir. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere örtülü boşluk, somut olaya uygulanması mümkün bir kural mevcut olmakla birlikte, kanun hükmünün amacı esas alındığında düzenlemenin somut olaya uygun olmaması halini ifade eder³¹. Çünkü kanun, söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan bazı özellikleri dikkate almamış, kanunun lafzından çıkan sonuç gerçek duruma uymayan, aynı değerde ve güçte başka bir kural ile çatışma halinde olan, haksız, adalete uymayan ve toplumsal vicdanı tatmin etmeyen, onu yaralayan, yorumundan elde edilen anlamda uygulanması doğruluk ve güven ilkeleri ile bağdaşmaması nedeniyle hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebilecek bir düzenleme getirmiştir³². Burada bir hukuk politikasına ilişkin olması gereken hukuka ilişkin bir boşluğun varlığından söz edilemez kanısındayız. Çünkü pozitif hukukun temelinde yer alan değerler ve amaçlar dikkate alındığında yürürlükteki hukukta temelini bulan bir boşluk söz konusudur. Kanun koyucu iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal fesihlerinde bir hukuki yaptırım öngörmemiş olsa da, bunun 6356 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de ifade edilen amacı ve 25. maddenin sendika özgürlüklerine ilişkin koruma amacı esas alındığında gerçek duruma uymayan açıkça haksız ve adaletsiz bir sonuç doğurduğu ortadadır. Kanun koyucunun değişiklikle öngördüğü düzen ulusal hukuka, yani Anayasa md.51, 6356 sayılı kanunun genel ve 25. maddenin özel amacı yanında Türkiye'nin usulüne uygun olarak yürürlüğe koyduğu ve iç hukukta kanunlarla eş değer, hatta Anayasa md.90/f.2 bakımından kanunlara önceliği olduğu kabul edilebilecek uluslararası sözleşmelerin öngördüğü korumaya da açıkça aykırıdır. Sendikal fesihlere karşı tüm işçilerin korunmasını ve buna karşı koruyacak hukuki yolların ve yaptırımların belirlenmesini öngören UÇÖ

³¹ Kırca, sh.95-96.

³² Edis, sh.134; Kırca, sh.95-96; Aktaş, sh.20.

sözleşmeleri ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı karşısında mevcut 25. madde düzenlenmesinin açık olmasa da, yarattığı sonuç bakımından ulusal ve uluslararası hukukun temel ilkelerini ihlal eden örtülü bir boşluk ihtiva ettiği söylenebilir. Üstelik Türkiye’de kurulu işyerlerinin büyük ölçüde küçük ve orta ölçekli işletmelerden oluştuğu, bu nedenle 30 işçiden az işçi çalıştıran işyerlerinin tüm işyerlerine oranının % 60-70 civarında olduğu dikkate alındığında, işçilerin çok önemli bir kısmının sendikal özgürlüklere ilişkin korumanın dışında kalacağı da açıktır. Kanun koyucunun değişiklik önergesini kabul ederken bu gerçekliği göz ardı ettiği ortadadır. Tüm bu anlatılanlar neticesinde 25. madde düzenlenmesinin mevcut halinin somut olaya uygun olmadığı, somut gerçekliklerle bağdaşmadığı, Kanunun kendi ve sendikal özgürlüklere ilişkin hükmün amacıyla çeliştiği, ulusal ve uluslararası kurullarla öngörülen korumayı ortadan kaldırarak haksız, adalete aykırı ve toplum vicdanını yaralayan bir nitelikte olduğu, bu itibarla da hükümde iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal fesihlere karşı korunması bakımından örtülü bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilebilir.

Örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemiyle yani, gerçek boşluk niteliğindeki örtülü boşluğun kanunun amacının gerektirdiği istisnanın eklenmesi veya geniş kanun lafzının somut olaya uygulanması yoluyla doldurulması gerekir³³. Kanaatimizce 25. maddede örtülü boşluğun kabulü halinde de boşluğu doldurmakla görevli hakim, yukarıda açık boşluk halinde olduğu şekilde ya 25. maddenin 5. fıkrasındaki düzenlemeyi, 18. maddeyi göz ardı ederek uygulayacak yani, Tasarı’da olduğu gibi, iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın tüm işçilerin sendikal fesih karşısında işe iade davası açabileceğini kabul edebilecek veya 5. fıkrada öngörülen korumayı iş güvencesi kapsamındaki işçilere münhasır olarak kabul ederek, iş güvencesi kapsamında olmayan işçi nasıl işe alınmada ve iş ilişkisinin devamında sendikal nedenlerle ayrımcılığa maruz kaldığında sendikal tazminat talep edebiliyorsa, ayrımcılığın uç noktası olan sendikal fesih halinde de sendikal tazminat talep edebileceğini kabul edebilecektir.

cd. Anayasa md.90’a Başvurmak Yoluyla Sorunun Çözümü

Anayasa md.90/f.5’e göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere

³³ Örtülü boşlukların doldurulmasında amaca uygun sınırlama yoluyla doldurulmasına ilişkin bkz. Kırca, sh.98 vd.

ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

Yukarıda sendikal özgürlüklerin uluslararası kaynakları olarak belirttiğimiz ve 6356 sayılı Kanunun hazırlanılırken de temel alındığı Kanunun Gerekçesinden anlaşılan 87 ve 98 sayılı UÇÖ Sözleşmeleri ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı hükümleri Anayasa md.90 uyarınca esas alınarak da sorunun çözümü mümkün olabilir. Şöyle ki, tüm bu sözleşmeler Türkiye tarafından usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalardandır. Dolayısıyla kanunlarla eşdeğer bir etkiye sahiptir. Hatta sendika özgürlüğünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunun kabulü karşısında ulusal kanunlara göre uygulama önceliğine de sahiptirler. Elbette ki, her usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmanın iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği söz konusu değildir; bunun için hükümlerin değerlendirilmesi gerekir.

87 sayılı Sözleşmenin 8. maddesine göre, “Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek şekilde uygulanamaz”. Sözleşmenin 11. maddesine göre de “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür”.

98 sayılı Sözleşmenin 1. maddesine göre “İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine hanel getirmeye yönelik her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır./ Böyle bir himaye bilhassa,/ Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak;/Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakati ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu ızrar etmek maksatları güden hareketlere müteallik hususlarda uygulanacaktır”.

Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. maddesine göre ise, “Akit Taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler”.

Yukarıdaki hükümler göz önüne bulunduğunda, 25. maddenin mevcut düzenlemesi açıkça bu uluslararası kurallara aykırılık taşımaktadır. Dolayısıyla

uluslararası andlaşma hükümleri ile mevcut ulusal kanun arasında Anayasa md.90/f.5 son cümle anlamında bir uyumsuzluk bulunduğu söylenebilir. Bu durumda uluslararası andlaşma hükümlerinin somut olaya uygulanması gerekecektir. Burada zikrettiğimiz sözleşme hükümleri sendikal fesihlere karşı hukuki bir yaptırım olarak sendikal bir tazminat şeklinde bir yaptırıma, bunun koşullarına ve miktarına ilişkin iç hukuka doğrudan uygulanabilecek açık bir düzenlemeye yer vermemektedirler. Ancak bu durum söz konusu andlaşma hükümlerinin iç hukuka uygulanması engel olmasa gerekir. 87 sayılı Sözleşmenin 8. maddesindeki, “Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek şekilde uygulanamaz” şeklindeki hüküm de dikkate alındığında Tasarı yasalaşırken değişiklik önermeleri ile getirilen ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçileri sendikal fesihlere karşı korumasız bırakan, sendikal tazminat dahi talep etmelerine engel olan düzenlemenin sendikal özgürlüklere zarar verdiği ve bu nedenle de uygulanamayacağı düşünülebilir. Bu durumda iç hukukta iş güvencesinden yararlanmayan işçiler karşısında sendikal nedene dayanan fesihlerde bulunan işverene uygulanacak hukuki yaptırım konusunda bir boşluk ortaya çıkmakta ve bu boşluğun da yukarıda belirttiğimiz üzere, hakim tarafından doldurulması gerekmektedir.

SONUÇ

Kanun sendikal güvenceler konusunda da üç temel güvence öngörmektedir. Bunlardan ilki Kanunun 23. maddesinde düzenlenen işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesidir. Bu güvencenin kapsamına işçi konfederasyonları ve sendikaları yanında sendika şube yönetim kurulu üyeleri girmektedir. Kanunun 23. maddesinin yeni düzenlemesine göre, profesyonel yöneticilik yapmak için işyerinden ayrılan işçi, iş sözleşmesini istifa suretiyle sona erdirmiş olmayacak, iş sözleşmesi kanun gereği askıya alınacaktır. Kanun işyerinden ayrılan profesyonel yöneticiye askı dışında bir imkan daha vermiştir ki, buna göre “Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin feshedebilir”. Bu olağanüstü fesih neticesinde yönetici işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İş sözleşmesini işyerinde ayrılma tarihinde feshetmeyen yönetici, yöneticilik görevinin devamında da askıda olan iş sözleşmesini feshedebilir. İş sözleşmesi askıya alınan yöneticinin görevi; sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona ererse, yönetici, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene

başvurabilme imkanına sahiptir. Görevin sona ermesi türleri bakımından yeni olan “sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi halidir. Güvenceden faydalanmak ve işe başlatılmak isteyen yöneticinin bir aylık hak düşürücü sürede işverene başvurması gerekir. Bu sürede başvurmayan yönetici bu hakkını kaybetmekle birlikte, kıdem tazminatı talep hakkından mahrum kalmaz. İşverenin, talep tarihinden itibaren bir ay içinde eski yöneticiyi o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe başlatmak zorunluluğu vardır. Kanun koyucu işverenin işe başlatma yükümlülüğünü mutlak bir şekilde düzenlemiştir. İşverenin işe başlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının neticesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş sayılmasıdır. Bu durumda yönetici koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İşveren tarafından işe başlatılmamanın bir fesih sayılacağını söyleyen bizzat Kanunun kendisi olduğundan, buradaki feshin, klasik bir fesih olarak değerlendirilmesi ve denetime tabi tutulması mümkün olmasa gerekir. İş sözleşmesi askıya alınan yöneticinin görevi Kanunda sayılan nedenler dışında sona ererse, yönetici işe başlatılmasını talep edemeyecek, ancak işverenden kıdem tazminatı talebinde bulunabilecektir. Eğer işçi amatör yönetici ise, yani sendikadaki yöneticilik görevini işyerinden ayrılmadan ifa ediyorsa, bunlar da sendikal güvencelerden yararlanacaklardır. Ancak bunların işveren karşısındaki konumları ve korunma gereklilikleri işyeri sendika temsilcilerine benzediğinden, bunlar hakkında, Kanunun yöneticilik güvencesine ilişkin 23. maddesi değil, işyeri sendika temsilcisinin güvencesi düzenleyen 24. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30 maddesi, 4773 sayılı Kanunla değişmeden evvel işyeri sendika temsilcileri için kuvvetli bir koruma öngörmekteydi. Ancak yapılan değişiklikte öngörülen bu koruma zayıflatılmış ve işyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunması normal iş güvencesi rejimine tabi kılınmıştı. Yeni Kanun ise, Sendikalar Kanuna bu konuda karşı yöneltilen eleştirileri dikkate alarak 24. maddeyi düzenlemiştir. Bu kapsamda önemli bir yenilik, işyeri sendika temsilcisinin güvencesi düzenlenirken, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olmasına ilişkin bir ayırım yapılmamış olmasıdır. 24. maddedeki güvence kapsamında işveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Kanun koyucu burada haklı nedenlerle fesihten bahsettiğinden, haklı neden ağırlığına ulaşmayan geçerli nedenlere dayalı olarak işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmesinin feshi mümkün değildir. İşverenin geçersiz bir fesihle işyeri sendika temsilcisini işten çıkartması aslında bir işveren temerrüdüdür. Zira bu nedenlerdir ki, temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak

fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasında boşta geçen süredeki ücret ve diğer hakların tamamının işçiye ödenmesi gerekir.

6356 sayılı Kanunun 25. maddesi, eski Sendikalar Kanununun 31. maddesinde olduğu gibi, işçileri işe alınmada, çalışma koşullarının belirlenmesinde, sendikal faaliyetlere katılmada sendikal ayrımcılığa karşı koruyucu düzenlemeler öngörmektedir. Bunlara aykırılığın yaptırımını ise sendikal tazminattır. Yeni kanun sendikal tazminatı, işe alınmada sendikal nedenlerle ayrımcı davranan işveren bakımından da öngörmüştür.

Kanunun en çok tartışılan konusu ise, kanun koyucunun sendikal fesihler bakımından öngördüğü veya öngörmediği hukuki korumadır. Kanunun lafzına göre, sadece İş Kanununun 18. maddesi kapsamındaki işçiler, sendikal fesihler karşısında işe iade davası açabileceklerdir. Bu davada işe iadeye karar verilmesi halinde mahkeme sendikal tazminatı da hüküm altına alacaktır. Buradaki sendikal tazminat, İş K. md.21'de olduğu gibi işverence işe başlatmamanın değil, feshin sendikal nedenle yapılmak dolayısıyla geçersizliğinin bir sonucudur. Bu nedenle de işçi, mahkeme kararına rağmen işe başlatılmak için işverene başvurursa, başvurmasını veya işveren tarafından işe başlatılmasını başlatılmasını, işverenin işçiye sendikal tazminatı ödemesi gerekir. Ancak işverenin işe başlatmaması durumunda ayrıca bir iş güvencesi tazminatı söz konusu olmaz. Yeni Kanunun verdiği imkanla sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçi, feshin geçersizliği iddiası ile bir işe iade davası açmak yerine, doğrudan sendikal tazminat talebinde de bulunabilecektir. Buna karşılık eğer Kanunun lafzına bağlı kalınırsa, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendika üyeliğinin güvencesi, sadece fesih dışında kalan alanlarla sınırlandırılmış olur. Yani, işe alınmada, çalışma koşullarında veya sendikal faaliyetlere katılmada sendikal nedenlerle bir ayrımcılığa maruz kalan iş güvencesinden yararlanmayan işçi, sendikal tazminat talep edebilecektir. Ancak iş sözleşmesi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılma nedeniyle feshedilirse, sendikal tazminat talebiyle dava açamayacaktır. Sendikal feshe karşı korumanın sadece iş güvencesi kapsamındaki işçilere tanınması, iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin sendikal fesihlere karşı korumasız bırakılması hukuken kabul edilemez. Öncelikle bu durum, Anayasanın 51. maddesinde temel bir sosyal hak olarak düzenlenen sendika hakkına aykırılık taşır. Bu düzenleme aynı zamanda Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan genel eşitlik ilkesine de aykırıdır. 25. maddenin bu düzenlemesi, Gerekçede Kanun hazırlanırken göz önünde bulundurulduğu belirtilen 87 ve 98 sayılı UÇÖ Sözleşmelerine ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına da aykırılık taşır. Bu durumda hakim

söz konusu boşluğu Kanunun ve 25. maddenin kanunun koruma amaçlarını, Anayasanın 51. maddesini ve yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız uluslararası sözleşme hükümlerini göz önünde bulundurarak dolduracaktır. İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal fesihlere karşı korunmasına ilişkin olarak yeni kanunun ortaya çıkardığı problem, Anayasanın uluslararası sözleşmelere ilişkin 90. maddesine başvurmak yoluyla da çözümlenebilir.

KAYNAKÇA

- Aktaş Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, S.1-2, 2010.
- Baskan Esra, 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993.
- Kırca, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama”, Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 50, Sayı 1, 2001.
- Kutal Metin, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11, Eylül 2008.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, İş Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Narmanlıoğlu Ünal, “19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27, Eylül 2012.
- Savaş Fatma Burcu, “Sendikal Güvencelerde Son Durum”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2012.
- Tuncay A. Can, “Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri” Sicil İş Hukuku Dergisi, S.21, Mart 2011.
- Uçum Mehmet/Okcan Necdet, “2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nda Değişiklik İçeren Ön Tasarının Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004.
- Ulucan Devrim/Nazlı Seçkin, “Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan II, Beta Yay. İstanbul, 2011.

BOŞ