

İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması

Mehmet Onat ÖZTÜRK*

Özet: 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesinin yerini alan 6356 sayılı Yasa'nın 25'inci maddesi, "Sendika Özgürlüğünün Güvencesi" başlığını taşımaktadır. Dokuz fıkradan oluşan madde, işçilerin işe alınmaları, çalışma şartları ve çalıştırılmaya son verilmesi açısından işçilere bireysel sendikal güvence getirmek iddiasındadır.

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshiyle ilgili güvence, önceden olduğu gibi önemli ölçüde İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleriyle ilişkilendirilmiştir. Bazı açılardan ise önceki düzenlemeden uzaklaşmıştır. Yapılan değişikliklerle, işe iade ile birlikte sendikal tazminat isteminde, sendikal tazminatın ödenmesi için aranan başvuru koşulunun kaldırılmış olması ilk bakışta olumlu gibi görünmektedir. Ne var ki bu görünüm yanıltıcıdır ve yapılan düzenleme yeni sorunları da beraberinde getirmektedir. Aşağıda hükmün özellikle iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshine ilişkin kısmı ele alınacak, değişiklikler tespit edilecek, bunların sonuçlarına değinilecek ve görüş bildirilecektir.

Anahtar Sözcükler: Sendika Özgürlüğünün Güvencesi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi, iş güvencesi.

Abstract: Article 25 of the new Act on Trade Unions and Collective Agreements (No. 6356) which has substituted the article 31 of the old Trade Unions Act (No. 2821) has the title of 'the guarantee of the trade union freedom'. The article consisting of nine subsections purports to provide guarantee for individual trade union freedom in terms of the workers' recruitment, working conditions and termination of labour contract.

Same as before, the guarantee relating to termination of the labour contract by the employer on the ground of trade union activities has been associated with the job security related provisions of the labour act. However in some respects it diverges from previous regulation. With the amendments, it seems positive at first sight that the removal

* Yard. Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Öğretim Üyesi

of the application condition of compensation (in case of invalid termination) on the demand of union compensation (in case of termination on the ground of trade union activities) during the case of the reinstatement in work. However, this sight is deceptive and the amendments are bringing about new problems. In the article below, especially the part relating to the termination of the labour contract on the ground of trade union activities will be considered, the amendments will be determined and the results of those amendments will be mentioned while expressing an opinion.

Keywords: Guarantee of the trade union freedom, termination of the labour contract on the ground of trade union activities, job security.

Hak Kavramı ve Bireysel Sendika Özgürlüğüne İlişkin Temel Düşünceler

Konu salt hukuki düzlemde ele alındığında, fiil ehliyetine sahip kişi, çıkarına uygun bulduğu yönde tercihte bulunabiliyor ise özgür sayılır. Bu yanıyla haklar, özünü oluşturan özgürlük alanında, sahibinin çıkarına uygun bulduğu yönde davranabilmesini sağlayan yetkileri ifade eder. Birey özgürse, hak kendiliğinden vardır ve insan zaten özgür doğar. Bu varsayım, bireyin özgürlüğe eylemliler olarak kavuşmasının asıl teminatıdır. Böylece insanın özgürlüğü ve onuru, devlet dahil bir başkasının, üstelik hak sahibinin bile kabulünü gerektirmez. İnsan haklarının kaynağı kanun veya sözleşme değil, insanlık ve insan doğasıdır (Akı, 2010: 10). İnsan haklarına doğuştan sahip birey, özgürlüğüne ve hakkın kullanılmasına saygı gösterilmesini ve bunun desteklenmesini herhalde isteyebilir. Kişinin özgür yaşamak ve hakkını kullanmak istemesi, diğer kişiler için yapmak ya da yapmamak biçimli borç doğurur.

Hukuk, hak kavramının çoğuludur (Demir, Hukuka Giriş, 2012: 25). Sosyal düzen uğruna, hakkın kendisi değil, bireyin hakka kavuşmak için kullanabileceği yöntemi belirleme yetkisi devlete devredilmiştir. Ancak devletin görevi bununla sınırlı değildir. Öyle özgürlükler vardır ki bireyin bu alanda hakkı olana kavuşması için kişisel olanaklarla donatılması yetmez. Devletin ayrıca edimi gerekir. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar böyledir. Devlet bu işlevlerini öncelikle kural koyarak yerine getirir. Hangi çıkarın ne ölçüde ve nasıl korunacağını, bireyin hakkın özüne ulaşabilmesi için devletin hangi edimlerle yükümlü olacağını hukuk yoluyla tespiti, bireyin özgür yaşamının güvencesini oluşturur.

Bu tespitler doğru yapılmadığında hukuk, özgürlüğü sağlama aracından çok, özgürlüğü sınırlama aracına dönüşür ve kişinin belki yasaklanmayan fakat aynı zamanda korunmayan ve desteklenmeyen çıkarına kavuşması, güçlü olanın insafına bırakılmış olur. Birey çıkarına uygun gördüğü yönde tercihte bulunduğunda, tercihi diğer kişiler için her halde yapma ya da yapmama biçiminde borç doğuracağından,

borçlu güçlü ise hak sahibi tercihine kavuşamaz. Bu durumda zayıfın özgür olduğu söylenemez. Nihayet özgürlük idealine hizmet etmeyen ve zayıfı güçlü karşısında korumayan hukuk, çağdaş bir hukuk olarak nitelenemez.

Sendikal özgürlükler için de denklem aynıdır. Sendikal haklar, temel insan hakları içerisinde yer alır (Narmanlıoğlu, 2001: 156).¹ Bu nedenle de hakkın öznesini oluşturan çalışan, sendikal özgürlük alanında çıkarına yöneldiğinde ve buna saygı gösterilmediğinde, çıkarına eylemli olarak kavuşabilmesini sağlayacak² yetkilere özgür bir insan olarak doğuştan sahiptir. Ancak çalışanla çalıştıran arasındaki ilişkinin niteliği, devletin bunu desteklemesini gerektirir. Bu alanda halen süren mücadele aslında zaten var olan hakka kavuşmak için verilen mücadeleden ibarettir. Bir hukuk düzeni, hakkın bizzat kendisine kavuşmayı sağlamıyorsa, özgürlük önünde engeldir. Oysa hukuk düzeninin varlık sebebinin, zayıfı koruyarak, eşitliği, sosyal adaleti ve özgürlüğü sağlamak olduğu kabul edilmektedir.

Konumuzu oluşturan bireysel sendika özgürlüğü, kolektif sendika özgürlüğünün temelidir ve bu ikisi bir bütünü oluşturur (Narmanlıoğlu, 1990: 17).³ Çünkü birey sendikalı olamazsa sendika var olamaz. Sendika olmazsa kural olarak toplu sözleşme düzeni olmaz. O halde çalışanların örgütlenmesi önündeki tüm engeller, toplu sözleşme düzeninin varlığını tehdit eder. Sendikal nedenle yapılan fesih, bu engellerden biridir. Feshin ilk bakışta iş sözleşmesi ve işçi üzerinde etkisini göstermesi yanıltıcıdır. Bu haksız fiil, temelde sendikaya ve nihayet toplu sözleşme düzenine yönelmektedir.

Farklı ifadeyle, işveren işçiyi işe alırken ve çalıştırırken sendikal nedenle ayırım yapıyorsa ya da bu nedenle işçiyi işten çıkarıyorsa, aslında sendikayı işverenden çıkarmak ya da toplu sözleşme düzenini etkisiz kılmak istemektedir. Haksız fiilin sebebi ve hakkın özü bakımından yapılan bu tespit, devletin yükümünün⁴, hak sahibinin yetkilerinin ve ilgili hukuk kuralının barındıracağı

¹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Madde 23/4 – “Herkesin, menfaatlerinin korunması için sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı vardır.” Bakanlar Kurulu Karar No: 9119, Bakanlar Kurulu Karar Tarihi : 06/04/1949, Resmi Gazete Tarihi: 27/05/1949, Resmi Gazete Sayısı: 7271, Kaynak CORPUS III, Mevzuat ve İçtihat Programı.

² (Sur, 2006: 38) Yazar, İş Kanunu’nda ve Sendikalar Sendika Kanunu’nda sendika hakkını güvenceye alan hükümler bulunduğunu söylerken, sendika hakkının tanınmasının yeterli olmadığını, bu hakkı hayata geçirip fiilen kullanılmasını mümkün kılan düzenlemelere de ihtiyaç olduğunu söylemektedir.

³ “Sendika hak ve özgürlüklerinin bölünmezlik ve bütünselliği ilkesinin, örgütlenme özgürsüzlüğünün bölünmezliğine dönüştürüldüğü” düşüncesi için bkz. (Gülmez, 2013: 13-40)

⁴ Avrupa Sosyal Şartı (Gözden Geçirilmiş), II. Bölüm Madde 5/1, Örgütlenme hakkı: “Akit Taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma

yaptırımın belirlenmesinde temel dayanak olmalıdır.

İş Güvencesi ve Sendikal Haklar Bakımından Önemi

Doktrinde eksikliği öteden beri vurgulanıyor olsa da ‘dar anlamdaki’ iş güvencesi kurumu hukukumuzda oldukça geç girebilmiştir ve on yılı aşkın süredir sınırlı ölçülerde uygulanmaktadır.⁵ İş Kanunu’nda öngörülen yöntemle işçinin iş sözleşmesi, işverenin nedensiz (işçiden veya işyerinden kaynaklanan bir neden olmadan) feshine karşı korunmaya çalışılmaktadır. Buna göre işçi, davranışları ve yeterliliği işin işleyişini olumsuz etkilemedikçe veya işyerinde işin görülmesi için kendisine ihtiyaç olduğu müddetçe işten çıkarılamayacaktır ki bu son derece makul bir yaklaşımdır.

Ne var ki bu iş güvencesi, uygulamada sınırlı bir alana sıkıştırılmıştır. Sadece 30 işçi kuralı bile, işçilerin yarıya yakınına işe iade olanağı tanıyan güvencenin dışına itmiştir. Bu sayının 10 işçiden 30 işçiye çıkarılması, bölünmek suretiyle veya altışverenlik uygulamasıyla kuraldan kaçmayı kolaylaştırmıştır. Deniz İş Kanunu’na, Borçlar Kanunu’na tabi olanlar güvenceden yararlanamamaktadır. İş Kanunu’nda, 158 Sayılı Sözleşme’de de anılmış⁶ çeşitli sınırlamalara yer verilmiştir ve doktrinde bunların her biri farklı gerekçelerle anlamlandırılmıştır. Belirli süreli sözleşmeyle çalışanların kapsam dışında tutulması, deneme süresini aşarak altı aylık kıdem aranması ve bazı işveren vekillerinin ilgili hükümlerden yararlanamaması, iş güvencesini, istihdamın bütünü içinde varlık amacını aşacak biçimde etkisizleştirmiştir. Yaygın kayıt dışı istihdamda ise iş güvencesinin adı bile anılamaz.

özürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler.” Kanun No: 5547, Kabul Tarihi: 27/09/2006, Resmi Gazete Tarihi : 03/10/2006, Resmi Gazete Sayısı : 26308, Kaynak CORPUS III, Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁵ Burada kastedilen işçiler için iş sözleşmesinin işverence keyfi olarak feshini önleyici İş Kanunu’nun 18 vd. maddeleridir. Yoksa 2822 Sayılı Sendikalar Kanunu’nun 30’uncu maddesi, 2002 yılında 4773 sayılı Yasa’nın 9. maddesiyle değiştirilmeden önce işyeri sendika temsilcileri için dar anlamda iş güvencesini tam anlamıyla tanımıştı. (Şakar ve Yiğit Şakar, 2011: 110): Yazar 4773 sayılı Yasa’yla yapılan bu değişikliği yerinde bulmamaktadır.

⁶ Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme, Madde 5; Sözleşmenin Kabul Tarihi ve Yeri: 22.06.1982-Cenevre, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 23.11.1985, Onay Kanunu Tarihi: 09.06.1994, Onay Kanunu No: 3999, Resmi Gazete Tarihi:18.06.1994, Resmi Gazete No: 21964, Bakanlar Kurulu Kararı Tarihi: 10.08.1994, Bakanlar Kurulu Kararı No: 94/5971, Resmi Gazete Tarihi: 12.10.1994, Resmi Gazete No: 22079; Kaynak CORPUS III, Mevzuat ve İçtihat Programı.

İş güvencesine ilişkin kurallar, güvencenin dar tutulan kapsamı dikkate alınarak tersten okunduğunda, şu sonuç çıkmaktadır; Ülkemizde işçilerin yarından hayli fazlası, davranışları düzgün ve becerisi yeterliyken ve işyerinde işin görülmesi için kendisine ihtiyaç da varken işverence işten çıkarılabilmektedir. Yapılan düzenlemeler, bu çeşit bir feshi işveren için hakka dönüştürmüştür. Bu yüzden, işverenin süreli feshinde tek sınır, ispatında güçlüklerle karşılaşılana “hakkın kötüye kullanılması” olmaktadır. Değinilen sebeplerle, hali hazırda iş güvencesinin hukukumuzda, kanımızca uluslararası hukuka aykırı biçimde⁷, esas değil istisna niteliğinde olduğu ileri sürülebilir.

Aslında dar anlamdaki iş güvencesinin mevcut haliyle, ‘yakın amaç olarak’ iş sözleşmesinin devamını sağlamaya yöneldiğini söylemek de güçtür. Çünkü Kanun işverene, tazminat karşılığında işçiyi işe başlatmama olanağı tanımaktadır. Anlaşılan odur ki bu tazminatın, işverenin işçiyi keyfi işten çıkarılmasını önleyebileceği düşünülmüştür. İşçi tarafından bakılır ise, tazminat yoluyla daha çok feshin sonuçları bakımından koruma getirilmiş gibidir.⁸ Ancak gerçek zararlar ilişkilendirilmeyen tazminat, medeni bir ceza görünümündedir. Seçim hakkı ise işverene bırakıldığından⁹, işveren cezaya katlanmayı göze aldığına, işçi için gerçek bir iş güvencesinin varlığından bahsedilemez.

Oysa genel bir tahlilde iş güvencesinin, iş hukuku kurallarını etkin kılma aracı olduğu söylenebilir (Süzek, 2006: 431). Çünkü aslında bu koruma olmadan, bireysel ve toplu iş hukukunda işçi yararına getirilen güvencelerin anlamı olamaz. Bu ilişkinin, çalışmaya bağlı haklar içeren sosyal güvenliğe kadar uzandığını söylemek mümkündür. Bağımlılık ilişkisi içinde işçi neticede işsiz kalacaksa hakkını istemekte tereddüt edecek, işveren de bu korkudan yararlanarak yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınabilecektir.

Bu noktada, iş güvencesinin sendikal haklar bakımından oynadığı kilit role değinmek gerekir. Öncelikle işçinin birey olarak sendika özgürlüğünün, kolektif sendika özgürlüğü bakımından önemi tekrarlanmalıdır.¹⁰ Bir sendikanın kurulması ve güçlenerek varlığını koruması, üye sayısı ile ilişkilidir. Benimsenen yetki süreci de bu esasa dayandırılmıştır. Bu yüzden sendikanın üye kaydetmesi ve örgütlenme

⁷ (Güzel, 2004: 21) Yazar, 158 Sayılı Sözleşme’nin 2. maddesinin, bu sözleşme hükümlerinin tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve iş sözleşmesiyle istihdam olunan tüm işçilere uygulanacağını öngördüğünü belirterek, Ülkemizde iş güvencesi kurumunun kapsamı bakımından bu sözleşmeye aykırılığını vurgulamaktadır.

⁸ (Sümer, 1997: 8) Yazar feshi geciktiren sebeplerin feshe karşı değil, feshin sonuçlarına karşı bir koruma olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁹ (Bakırcı, 2006: 116-121) Yazar, olması gereken hukuk bakımından işçiyi iş güvencesi tazminatı (veya sendikal tazminat) talep etmeyle işe iadeyi talep etme arasında seçimlik hak tanınması gerektiği düşüncesindedir.

¹⁰ (Sümer, 1997: 9) Yazara göre kolektif hürriyetlerin işlerliği, işçinin feshe karşı korunmasının (iş güvencesinin) varlığına bağlıdır.

faaliyetleri önündeki engellerin kaldırılması gerektiği açıktır.

Yaptırım belirlenirken, sendikal nedenle yapılan feshin, ilk bakışta iş sözleşmesi ve işçi üzerinde etkisini gösteren fakat temelde sendikaya ve nihayet toplu sözleşme düzenine yönelik bir haksız fiil olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Bu kabulde, işçiye ödenecek tazminatın gerçek zararı karşılamayacağı kolayca görülebilir. Bu çeşit bir yaptırım olsa olsa sözleşmenin haksız feshinden doğan parasal kayıplar için düşünülebilir. Bu yüzden tazminatın maktu nitelikte olmaması, hatta sadece işten çıkarılan işçi için değil diğer işçiler ve sendika için de öngörülmesi gerekecektir.

Sendikal nedenle yapılan fesihle ihlal edilen çıkarlar, gerçekte feshin geçersiz sayılmasıyla korunabilir.¹¹ Böylece işçi işine dönebilecek, sendika işyerindeki varlığını sürdürebilecek ve toplu sözleşme düzeni korunabilecektir. Doğrusu işe iade yanında, feshin yarattığı sonuçlar bakımından, sendikanın yetkili kılınması gibi özel önlemler geliştirilmesi yönündeki görüşler de dikkate değerdir (Özveri, 2012: 94). Çünkü işçinin işe geri dönmek istememesi, örneğin sadece tazminatla yetinmesi halinde, feshin sendikal örgütlenme üzerindeki haksız sonuçları ancak bu çeşit bir önlemlerle, bir ölçüde giderilebilir.

Hukukumuzda sendikal tazminat da iş güvencesi tazminatı gibi işverene verilen medeni ceza görünümündedir. İşverene işe iade yerine medeni ceza öneren yöntem, iş güvencesini ve devamında sendikal hakları deyim yerindeyse sahibine sormadan satın alınabilir kılıştır.¹² Hakkın özünden ve öznesinden uzaklaşan bu yöntem benimsendiğinde, iş sözleşmesinin devamına bağlı işçi çıkarlarıyla, getirilen güvence arasında bırakılan boşluğun yeni bazı hesapları akla getirmesi kaçınılmazdır. İş güvencesi satın alınabildiğine göre, bunu satın alacak güçte olmayan işverenler için ucuzlatılmalıdır. Kanımızca işçi sınırının 10'dan 30'a çıkarılması buna hizmet etmiştir. Yine iş güvencesinin geniş anlamı içinde güvence aracı sayılan kıdem tazminatı yükünün hafifletilmeye çalışılması da küçük ölçekli işletmelerin hakim olduğu istihdam yapısında aynı düşüncenin ürünü gibidir. Böylesi maliyet hesabı, işçi yerine işvereni, üstelik de ekonomik zayıflığına göre artan oranda korumaktır. Bunu ise iş hukukunun varlık sebebiyle, amaç ve ilkeleriyle bağdaştırmak oldukça güçtür.

¹¹ (Sümer, 1997: 145) Yazara göre sendikal tazminat, işe iade kararı verilemediği hallerde işlerlik kazanmalıdır.; (Narmanlıoğlu, 2001: 162) Yazar, aslında sendika özgürlüğüne aykırı davranışların geçersiz sayılması, hiçbir hukuki sonuç doğurmaması gerektiğini belirtmektedir.; (Güzel, 2004: 81-82) Yazar, ILO Uzmanlar Komitesinin ısrarlı biçimde sendika özgürlüğü ve grev hakkının kullanılması nedeniyle işçilerin işten çıkarılması halinde sadece tazminata dayalı bir yaptırımın yetersizliğini yıllardan beri ısrarla savunduğunu hatırlatmaktadır.

¹² Bunu ortaya koyan iki örnek olay için (Özveri, 2012: 93)

2821 Sayılı Yasa'da Sendikal Nedenle Feshe Karşı Öngörülen Güvence

Daha geriye gitmeden, sendika özgürlüğüne ilişkin güvencenin 6356 sayılı Yasa'yla değişmeden önce nasıl uygulandığına bakmak, mevcut durumu tahlil etmek bakımından önem taşır. Konumuz bakımından önemli olan düzenlemeye, mülga 2821 sayılı Yasa'nın "Sendikaya üye olup olmama hürriyetinin teminatı" başlıklı 31'inci maddesinin altıncı fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre işçi sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı işten çıkarılırsa, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanunu'nun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz. Yani iş güvencesi tazminatı sendikal tazminat kadar belirlenecektir.

2821 sayılı Yasa'nın 31'inci maddesinin yedinci fıkrasında ise, İş Kanunu'na tabi olup iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin de dava açabileceği hükme bağlanmıştır. Bu davada işçi sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı işten çıkarıldığı iddiasında bulunacak ve sendikal tazminat talep edecektir. Davada ispat yükümlülüğü işverene yüklenmiştir. Yine hükme göre bu davada 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır. Yani açılan davayı mahkemenin bir ayda, Yargıtay'ın iki aylık sürede sonuçlandırması gerekmeyecektir (Güzel, 2004: 133). Bu kurallar, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar için de uygulanacaktır.

Bu durumda sendikal nedenle işten çıkarmaya karşı geliştirilen güvence dava açmaktan ibarettir ve işçi iş güvencesi kapsamındaysa açabileceği dava işe iade davasıdır. Sadece sendikal tazminat talep edemez (Sümer 2011: 1663).¹³ İşçi işe iade davasında sendikal neden iddiasında bulunacak ve iddiasını ispatla yükümlü olacaktır¹⁴. İddiasını ispat ederse fesih geçersiz sayılarak işe iade ile birlikte işçinin hak düşürücü süre içinde başvurusu ve işverenin işe iade etmemesi şartına bağlı olarak iş güvencesi tazminatına hükmedilecek fakat tazminat miktarı sendikal tazminat kadar olacaktır.¹⁵ İşçi işe iade edilirse tazminatı alamaz. İşçi sendikal nedeni ispat edemez fakat işveren de geçerli sebebi (veya haklı nedeni)

¹³ Ancak yazar, iş güvencesi kapsamındaki işçinin bu konuda seçim hakkı olmamasını sorun olarak nitelemiştir. Aksi görüş-sendikal tazminatın işe iadede bağımsız istenebileceği görüşü (Subaşı, 2005: 200) ve farklı gerekçelerle (Özveri, 2005: 1530)

¹⁴ 4857 sayılı İş Kanunu madde 20/2: "Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür."

¹⁵ Tazminatın adının iş güvencesi tazminatı olduğu (Akyigit, 2007: 335)

ispatlayamazsa yine işçinin işine iadesine hükmedilecek fakat bu kez iş güvencesi tazminatı mahkemece dört ila sekiz aylık ücreti tutarında belirlenecektir. İşçi işe iade edilirse bu tazminatı da alamaz.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçi ise sadece sendikal tazminat talepli dava açabilir. İşe iade isteyemez. Bu durumda ispat yükü işverende olacak yani işveren sendikal nedenin olmadığını ispat edecektir. Hükümün işçiler arasında yarattığı ayırım ve yetersizliğine karşı doktrinde ileri sürülen farklı görüş ve önerilere rağmen,¹⁶ kural Yargıtay tarafından bu şekilde anlaşılmış ve uygulanmıştır.¹⁷

6356 Sayılı Yasa'yla Getirilen Güvenceler

6356 sayılı Yasa'nın "Sendika özgürlüğünün güvencesi" başlıklı 25'inci maddesi, işçinin sendika özgürlüğüne ilişkindir. Maddede işçinin sendika özgürlüğü yine işe alındığı, çalıştırıldığı ve işine son verildiği sırada olmak üzere üç aşamada korunmaya muhtaç bulunmuştur ve tehdit işverendir. Oysa bu özgürlüğü sadece işveren sınırlamaz.¹⁸ Başka tehditler de vardır.¹⁹ İçeriğine göre madde başlığı, 'işçinin sendika özgürlüğünün işverene karşı güvencesi' şeklinde olmalıdır.

Anılan maddenin birinci fıkrası, mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesinin birinci fıkrasıyla aynıdır. İkinci fıkra da önceki düzenlemenin üçüncü ve dördüncü fıkralarının birleştirilmiş ve kısaltılmış halidir. Üçüncü fıkra, mülga hükümün beşinci fıkrasıyla hemen hemen aynıdır. Hükme, işçilerin işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları yanında 'sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılmayacakları veya farklı işleme tabi tutulamayacakları' eklenmiştir. İşçi, sendikal olmasa da bu güvenceden yararlanır ve işyeri içindeki faaliyetler de güvence kapsamındadır (Demir, 2011: 461).

Dördüncü fıkra, mülga hükümün altıncı fıkrasının ilk cümlesini karşılamaktadır. Burada işverenin fesih dışında, işe alma aşaması da dahil, sendika özgürlüğüne aykırı hareketlerinin sendikal tazminat yaptırımına bağlandığı açıklığa kavuşturulmuş, sendikal tazminatın miktarı korunmuştur. Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını ispat yükü yedinci fıkrayla işçiye bırakılmış

¹⁶ Çeşitli önerileri bir arada görmek için (Çelik, 2012: 427)

¹⁷ Yargıtay 9 HD. 04.03.2011, 2011/7691 E. ve 2011/6097 K. CORPUS III, Mevzuat ve İçtihat Programı

¹⁸ (Narmanlıoğlu, 2001: 157) Yazar, kişisel olarak sendika üyelerinin başta devlet olmak üzere diğer ilgili kişi ve kuruluşlara karşı korunması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁹ Bazen üçüncü kişi, örneğin bir kamu görevlisi, eski işveren, diğer bir işçi veya bir sendika da tehdit olabilmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 118'inci maddesi (Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi) benzer bir düşünceyi barındırmakta, suçun failinin herhangi bir kişi olabileceği anlaşılmaktadır. (Öztürk, 2006: 113)

ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Bu kural, önceki dönemde Yargıtay kararlarında rastlanan ‘fili karine’ yaklaşımını hatırlatmaktadır.²⁰

6356 sayılı Yasa’nın 25’inci maddesinin “Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir” biçimindeki sekizinci fıkrası, hükmün mutlak emredici niteliğini ortaya koymaktadır. Böylece sözleşmelerle sendika özgürlüğü konusunda ek güvenceler getirilmesi engellenmiştir.²¹ Hükmün, toplu iş sözleşmesi özerkliğini sınırlandırdığı düşüncesindeyiz. Madde nispi emredici nitelikte düzenlenebilecekken, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin alanının daraltılması özgür toplu pazarlık düzeni açısından düşündürücüdür. Öte yandan hüküm içinde gönderme yapılan maddelerdeki bazı kurallar, örneğin İş Kanunu’nun 18’inci maddesindeki 30 işçi kuralı, nispi emredici niteliktedir.²² Daha az işçi sayısı öngören sözleşme hükmünün varlığı nedeniyle iş güvencesi kapsamına giren işçinin, 25’inci maddenin 8’inci fıkrasına rağmen sendikal nedenle işe iade davası açabileceği kabul edilmelidir.

Dokuzuncu fıkraya göre; işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır. Mülga hükümde de var olan ve sendikal tazminat yanında İş Kanunu’nun 5’inci maddesindeki ayrımcılık tazminatının istenebileceği biçiminde de anlaşılabilir.²³ bu hükmü, uygulamada önceki dönemde sözü edilen yönde itibar edilmemiştir.

Yasanın 25’inci maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları ise, tam da konumuz olan iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshine özgüdür.

6356 Sayılı Yasa’yla Sendikal Nedenle Feshe Karşı Getirilen Güvence

6356 sayılı Yasa’nın 25’inci maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarının lafzına göre iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshine karşı getirilen güvence şudur:

²⁰ Yargıtay 9HD. 21.02.2011, 2010/46389 E. ve 2011/4015 K. Kaynak CORPUS III, Mevzuat ve İçtihat Programı; Yargıtay HGK 07.10.2009, 2009/9-373 E. ve 2009/417 K. (Özveri, 2012: 91)

²¹ (Şahlanan, 3013: 45), Yazar, Yargıtay’ın önceki dönemde bu yönde verdiği kararları hatırlatarak, İş K. Md. 21/sondaki ve 6356 sayılı Yasa md. 25/8’de yer alan emredici hükümlerin bu sonucu haklı kıldığı görüşündedir.

²² Yargıtay 22HD. 19.12.2011, 2011/4254 E. ve 2011/7628 K. Kaynak CORPUS III, Mevzuat ve İçtihat Program

²³ (Demir, 2011: 470) Yazar, 2821 sayılı Yasa dönemi için, sendikal nedenle feshin geçersizliğine karar verildiği ve işçi başvurduğu halde işveren işe başlatmadığında ayrımcılık tazminatı istenebileceği görüşündedir.

1. Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Yasa'nın 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir.

2. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde işe iade davasında "sendikal tazminata" karar verilecektir.

3. İşçinin sendikal tazminatı alması, 4857 sayılı Yasa'nın 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu veya işverenin işe başlatmaması şartına bağlı değildir.

4. İşe iade davasında sendikal tazminat yanında ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilmez.

5. İşçinin iş güvencesi hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.

6. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, işveren feshin nedenini ispat yükümlülüğündedir. İşçi ise iddiasını yani feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

Buna göre beşinci fıkrada öngörülen koruma, önceki gibi iş güvencesi hükümleriyle ilişkilendirilmiştir. Bu davada hükmedilen ve işe iade etmenin alternatifi olan iş güvencesi tazminatının yerini sendikal tazminat almıştır. Bu tazminatın ödenmesi işçinin başvurusu ve işverenin işe başlatmaması şartına bağlı olmaktan çıkarılmıştır. Dahası, işçinin işe iade yerine sendikal tazminat isteyebileceği belirtilerek iş güvencesi kapsamındaki işçiye seçimlik hak sunulmuştur. Altıncı fıkrayla, sendikal nedenle fesih iddiası olan davada işveren fesih nedenini, işçi ise sendikal nedeni ispatla yükümlü tutulmuştur.

4857 Sayılı Yasa'nın 18, 20 ve 21 inci Madde Hükümlerine Göre Dava Açma Hakkı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesi bazı hallerde işverene, iş sözleşmesini süreli feshederken geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu getirmektedir. Geçerli sebep, İş Kanunu'nun 25'inci maddesinde gösterilen 'haklı nedenlerden' farklıdır. Geçerli sebebe dayanılarak yapılacak fesih 'süreli fesih' olduğuna göre, derhal fesih olanağı veren haklı neden ile geçerli sebep arasındaki fark, geçerli sebepte işverenin sözleşmenin devamına bildirim süresi kadar katlanabilecek olmasıdır. Somut olayda nedenin haklı neden mi yoksa geçerli sebep mi sayılması gerektiği tereddüt yarattığında yapılacak tespitte temel dayanak bu olmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde 'geçerli sebeplerin', işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanacağı ifade edilmiştir. Burada hangi somut olguların geçerli sebep olacağı gösterilmemiş, sadece özellikle hangi hallerin geçerli sebep sayılmayacağı belirtilmiş ve işçinin yasalarla güvence altına alınmış bazı temel hak ve özgürlükleri sıralanmıştır (Güzel, 2004: 80). Ancak bunlar için İş Kanunu'nda

özel bir koruma getirilmiş değildir.²⁴ Sayılanlardan üçü, doğrudan sendikal haklarla ilgilidir. Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak ve işyeri sendika temsilciliği yapmak geçerli sebep sayılamaz. Maddenin; ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerin geçerli sebep sayılamayacağı belirten hükmü de, sendikal neden ‘benzeri ayrımcılık’ oluşturacağından, konumuzla ilgilidir.

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde yer verilen bu örnekler nedeniyle, aslında başkaca bir hükme gerek olmaksızın, iş güvencesi kapsamındaki işçi, sendikaya üye olduğu, sendikal faaliyetlere katıldığı, işyeri sendika temsilciliği yaptığı için veya sendikal nedene dayalı ayrımcılıkla işten çıkarıldığında, iş güvencesinin öngördüğü korumadan yararlanabilir. Bu koruma; işe iade davasıyla hayata geçirilmektedir.²⁵ Böylece İş Kanunu’nun iş güvencesine ilişkin maddelerinden çıkan sonuç en kısa haliyle şudur: “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesini talep edebilir.”²⁶

6356 sayılı Yasa’nın 25’inci maddesinin 5 numaralı fıkrası şöyle başlamaktadır: “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanun’un 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir.” Dikkat edilecek olursa bu İş Kanunu’nun 18 ve devamı maddelerinde hükme bağlanan kuralın aynısıdır. **O halde 6356 sayılı Yasa’nın 25’inci maddesinin 5 numaralı fıkrasının ilk cümlesi, İş Kanunu’nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin sendikal nedene özgülenmiş kısa bir tekrarıdır ibarettir.** Kurala başkaca bir anlam ve özellikle iş güvencesi kapsamında olmayanların sendikal tazminat güvencesinden yoksun olacağı anlamı yüklenmemelidir.²⁷

²⁴ (Mollamahmutoğlu, 2004: 567) Yazar, Ali Güzel’in makalesine atıfla Fransız Hukukunda aynı nedenlerle feshin hükümsüzlüğü ve işe iade olarak kanunda yer verilen hususi yaptırımların bizim düzenlememizde yer almadığını belirtmiştir.

²⁵ Hükümle özel hakeme başvurma olanağı da getirilmiştir.

²⁶ (Güzel, 2004: 80-82) Yazar, İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde özel olarak sayılan nedenlere (sendikal neden dahil) dayalı olarak yapılan feshin hukuki yaptırımının öngörülmediğini, ancak Yasa hükümlerinin sistematik bütünlüğü içinde belirtilen nedene dayalı fesihlerde de İş Yasası (m.21) ve Sendikalar Yasası’nda (m. 30, 31) öngörülen hukuki yaptırımların söz konusu olacağını, ne var ki böyle bir yaptırımın temel hak ve özgürlüklerin güvencesi açısından yetersiz ve bu konudaki çağdaş gelişmelerin gerisinde kaldığını ve ILO sözleşmelerine de aykırılık oluşturduğunu söylemektedir. Devamında Fransız hukukundan örneklerle fesih işleminin tüm hukuki sonuçlarıyla hükümsüz, hiç yapılmamış sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

²⁷ Aynı yönde (Akyiğit, 2013: 77, 80); Aksi görüş (Özveri, 2012: 93) Yazar iş güvencesi kapsamında olmayanların güvence kapsamı dışına çıkarıldıklarını söylemekte ama sonucu eleştirmektedir.

Ne var ki kanunlaşma süreci ve bu süreçteki söylemler aksi niyeti ortaya koymaktadır.²⁸ Ancak bu niyet, insan haklarına, Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlere, eşitlik ilkesine ve sosyal hukuk devletinin gereklerine aykırıdır. Dahası Anayasa'nın 90'ıncı maddesiyle kanunlar hiyerarşisinde en üst sıraya yerleşen²⁹ usulünce yürürlüğe girmiş uluslararası andlaşmalara da ters düşmektedir. Oysa hukukun üstünlüğü ilkesi, yasama ve yürütmeyi de bağlar. Kanun koyucunun hangi gerekçeyle olursa olsun, hele hele ekonomik gerekçelerle ve üstelik çoğunluğu oluşturan bir çıkar grubuna insan hakları konusunda farklı davranabileceği, onları daha etkin bir güvenceden mahrum bırakabileceği düşünülmemelidir.

Bir iş hukuku kuralının, bu hukuk alanına ait ilkelere bağlı olarak yorumlanması da söz konusu olamaz. Zaten mahkemeler, bırakınız kanunlaşma sürecindeki beyanları, hükmün gerekçesiyle dahi bağlı değildir. Üstelik ne madde metninde ne de gerekçesinde iş güvencesi kapsamında olmayanların sendikal tazminat isteyemeyecekleri söylemine açıkça yer verilebilmiştir. Aksine gerekçede yer alan ifadeler, iş güvencesi kapsamında olmayanların da sendikal tazminat isteyebilecekleri düşüncemizi destekler niteliktedir.³⁰

Bu nedenle, bazı kısımlarının Anayasa Mahkemesince iptali söz konusu olabilecek hükmün içinde, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal tazminat isteyemeyecekleri kabulüyle temellenebilecek çare arayışlarına katılmıyoruz.³¹ Bu işçilerin de kötü niyet tazminatını ve/veya ayrımcılık

²⁸ Süreç için (Özveri, 2012: 83-94)

²⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90'ıncı maddesinin son fıkrası, usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmaları kanun hükmünde sayar. Hatta aynı yerde, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağını söylenmesi, uluslararası andlaşmaları iç hukukta kanunlar hiyerarşisinde en üste sıraya taşımaktadır.

³⁰ 6356 Sayılı Yasa'nın 25. Maddesinin gerekçesi, 5. Paragraf: "Fesih halinde sendikal nedenin ispat yükümlülüğü işverene getirilmiştir. Ancak bu durumda işverene feshin sendikal nedene dayanmadığını değil, fesih nedenini ispat yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin kapsamı dışında bulunan hallerde de işveren feshin nedenini ispat ile yükümlü tutulmuştur. Fesih işleminin nedeninin işveren tarafından ispat edilmesi yeterli görülerek bunun bir geçerli neden ya da haklı neden olması koşulu aranmamıştır. Fesih nedeninin işverenin gösterdiği nedene dayanmayıp sendikal nedene dayandığının iddia edilmesi halinde ispat yükü yer değiştirmiştir." (Kaya, 2013: 513)

³¹ (Şahlanan, 3013: 44) Yazar, 6356 sayılı Yasa'nın 25'inci maddesinin 5'inci fıkrasının son cümlesinin ve maddede 2821 sayılı Yasa'nın 31'inci maddesinin 7'nci fıkrasına benzer düzenlemeye yer verilmemesinin, iş güvencesi kapsamı dışında

tazminatını değil³² pek ala sendikal tazminatı isteyebilecekleri kabul edilmelidir.³³ Hatta bize göre sözünü ettiğimiz madde hükmü, kanunlaşma sürecinden arınarak okunduğunda, sendikal nedenle fesih halinde İş Kanunu'nun 18'inci maddesindeki koşullar da dikkate alınmadan tüm işçilerin işe iade davası açabileceklerini düşündürebilecek niteliktedir.³⁴ Hatırlanırsa Yargıtay daha önce, işyeri sendika temsilcileri için benzer bir yoruma gitmiştir.³⁵ Ancak iki sebeple bu düşünceden uzaklaşıyoruz. Birincisi, bu kabul teknik olarak içinden çıkılması güç yeni sorunlara yol açacaktır. İkincisi, 6356 Sayılı Yasa'nın 25'inci maddesinin kurgusu, aşağıda 'İşe İade Davasında Ayrıca İş Güvencesi Tazminatına Hükmedilmemesi' başlığı altında açıklanacağı üzere davayı zaten gerçek bir işe iade davası olmaktan çıkaracak gibidir. Bu yüzden düşüncüyü savunmanın faydası yoktur.

6356 sayılı Yasa'nın 25'inci maddesi 5 numaralı fıkrasıyla, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerine 19'uncu maddeyi ayırarak atıf yapmıştır. Bu

kalanların sendikal tazminat isteyip isteyemeyecekleri konusunda tereddüde yol açtığını, bu durumun anılan işçilerin ancak kötüniet tazminatı isteyebileceklerine ilişkin sendika özgürlüğü ile bağdaşmayacak görüşlerin ileri sürülmesine yol açabileceğini ifade etmektedir.

³² (Alpagut, 2013:129) Yazar, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin tümüyle güvence kapsamı dışına çıkarıldığı, bunların sadece kötüniet tazminatı talep edebileceği yönündeki yorumların, gerek yasanın özüne gerekse uluslar arası düzenlemelere aykırı olduğu, daha işe alınmayan işçiye sendikal tazminat talep hakkı tanınırken, sendikal nedenle işten çıkarılan işçinin kötüniet tazminatıyla yetinmesi gerektiğinden söz etmenin kanunun özü ve ruhu ile çeliştiği görüşündedir.

³³ Aynı görüş (Dereli, 2013:47); (Şahlanan, 2013: 45) Yazar, iş güvencesi kapsamında olmayanların sendikal tazminatla kötüniet tazminatı arasında seçimlik hakları olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

³⁴ (Akyiğit, 2013: 82) Yazar yasanın, işçilerin 'İş Kanunu'na tabi olmayı aramadan' İK. 18.md. deki koşulların varlığı halinde iş güvencesinden yaralanmalarını sağlamayı amaçladığı görüşündedir.; Aksi görüş (Şahlanan, 2013: 43) Yazar, Yasa metninin açıklığı ve yasama sürecinde yapılan değişikliklerle ortaya konulan kanun koyucunun iradesi karşısında, sendikal nedenle fesihle 6356 sayılı Yasa md. 25/5'e göre işe iade davası açabilecek olanların iş güvencesi kapsamındaki işçiler olduğu görüşündedir. Ancak sendika özgürlüğünün iş güvencesi kapsamında olanlar ile sınırlı olması gibi bir yaklaşımla ortaya konulan bu düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğunun, Uluslar arası Çalışma Teşkilatı'nın 87 ve 98 sayılı sözleşmeleri ve Anayasa'nın 51'inci maddesi nedeniyle tartışmaya açık olduğunu ifade etmektedir.

³⁵ Yargıtay 9. HD. 08.02.2010, 2009/15455 E. ve 2010/2647 K. "Sendika işyeri temsilcileri için işyerinde 30 işçi çalışma koşulu aranmamalıdır. (Dairemizin 21.07.2008 gün ve 2008/25552-2008/20932 sayılı kararı)." Kaynak CORPUS III, Mevzuat ve İçtihat Programı.

durum, işverenin geçerli sebebe dayanmak zorunda olduğu fesihte İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinde gösterilen usule uyma zorunluluğunu etkilemez. İşçi, işe iade davasında sendikal nedenle işten çıkarıldığını iddia ederken, 19'uncu maddede gösterilen usule de uyulmadığını ileri sürebilir. İşçinin sendikal nedeni ispat edemediği ve işverenin geçerli sebebi ispat ettiği bir davada, işverenin 19'uncu maddedeki usule uymamış olması, feshi geçersiz kılacaktır. Böylece işçi sendikal tazminat alamayacaktır ama fesih geçersiz sayılacaktır.

İşe İade Davasında 'Sendikal Tazminata' Karar Verilmesi

6356 sayılı Yasa'nın 25'inci maddesinin 5'inci fıkrasının, İş Kanunu'ndaki iş güvencesi hükümlerine göre yenilik getiren kısmı, bize göre ilk cümleden sonra başlamaktadır. Hükme göre, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4857 sayılı Yasa'nın 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir.³⁶

Buradaki temel değişiklik, sendikal neden işçi tarafından ispat ve mahkemece tespit edildiğinde hükmedilecek tazminatın iş güvencesi tazminatı değil, sendikal tazminat olmasıdır. Böylece tazminatın adı ve miktarı İş Kanunu'na kıyasla değişmektedir. Kanun koyucu, 2821 sayılı Yasa'daki düzenlemeden farklı olarak 'sendikal tazminat miktarındaki iş güvencesi tazminatı' anlamına gelecek ifadeler kullanmak yerine, açıkça sendikal tazminat ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Kanımızca, anılan iki tazminatın korumaya çalıştığı menfaat farklı olduğundan, değişiklik yerindedir. İş güvencesi tazminatı, iş sözleşmesinin devamını sağlama amacına yöneliktir ve işverenin geçersiz sayılan feshe rağmen işçiyi işe başlatmamasının yaptırımıdır. Sendikal tazminat ise işvereni, feshi sendikal nedene dayandırmaktan alıkoymak için düşünülmüştür.

İşçinin Sendikal Tazminatı Almasının İşçinin Başvurusu veya İşverenin İşe Başlatmaması Şartına Bağlı Olmaması

Sendikal nedenin tespiti halinde hükmedilecek tazminat sendikal tazminat olunca, iş güvencesi tazminatının ödenmesi için aranan şartlardan uzaklaşmak daha kolay olmuştur. Bundan sonra sendikal nedeni ispatlayan işçi, işe iade kararının kesinleştiği tarihten itibaren 10 işgünü içinde işverene başvurmasa da sendikal tazminatı alacaktır. Yine 2821 sayılı Yasa döneminde işe iade edilen işçiye hiçbir

³⁶ (Şahlanan, 3013: 46), Yazar, sendikal tazminat artık her halükarda ödenecek olduğundan, Yargıtay'ın içtihat değişikliğine giderek rakamsal bir tazminat hükmü kurması gerektiğinin söylenebileceğini ifade etmiştir.

tazminat ödemek zorunda olmayan işveren, işçinin başvurusu üzerine bir ay içinde işçiyi işe başlatsa bile sendikal tazminatı ödeyecektir.³⁷ Bu haliyle hüküm önceki döneme göre daha etkilidir fakat hükümde yer bulan ‘başlatması veya’ ifadesi gereksizdir. Çünkü burada uzaklaşılmaya çalışılan iş güvencesi kuralı, iş güvencesi tazminatını işverenin işçiyi işe başlatmaması şartına bağlamıştır.

İşe İade Davasında Ayrıca İş Güvencesi Tazminatına Hükmedilmemesi

Bu kural 25’inci maddede şu şekilde ifade edilmiştir: “Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca 4857 sayılı Yasa’nın 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez.” Cümle, işverenin işe başlatmama kararı sanki hükümden önce veriliyormuş izlenimi yarattığından kötüdür. Bu yüzden söylenmek istenene göre; “Sendikal tazminata hükmedildiğinde ayrıca 4857 sayılı Yasa’nın 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez” demek daha uygundur. Ancak söylenmek istenenin kabulü de oldukça güçtür. Çünkü bu kural az önce sendikal hakkın ihlali ile iş güvencesini doğru biçimde birbirinden ayıran düşünceyle çeliştiği, iş güvencesi kurumunu etkisizleştirdiği gibi örneği olmayan “uyulması ihtiyari bir mahkeme kararı” verilmesine sebep olacak gibidir.

Hükümün kurgusu, işçinin kesinleşen işe iade kararı üzerine işverene başvurmamasının, sadece feshin geçersiz sayılması ve kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için hükmedilen en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesi bakımından fark yaratacağını düşündürmektedir. Feshin geçersiz sayılması ise, ihbar tazminatı ve diğer koşullar da gerçekleşmişse kıdem tazminatının, işçinin işe iade edilmediği ana göre hesabını gerektirecektir.

Burada iş güvencesi hükümleriyle çelişen duruma dikkat çekmek gerekir. İş Kanunu’nun 21’inci maddesinin 5’inci fıkrasına göre, işçinin sendikal nedenle işten çıkarıldığı tespit edilip sendikal tazminatla işe iadeye hükmedildiğinde, işçi işverene 10 işgünü içinde başvurmazsa, sözleşme dava konusu fesihle sona ermiş sayılacak ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacaktır. Diğer taraftan 6356 sayılı Yasa’nın madde 25/5’inci fıkrasına göre işçiye sendikal tazminat ödeyecektir.

Kanımızca, ortada haklı veya geçerli bir sebebin olmadığı tespitinden öte, İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde açıkça geçerli sebep sayılamayacak hallerden arasında gösterilen sendikal nedenin mahkemece tespiti nedeniyle sendikal tazminatın ödeneceği durumda, artık feshin geçerli sayılabileceği düşünülemez. İş Kanunu’nun 21’inci maddesinin 5’inci fıkrası çelişki nedeniyle dikkate alınmamalı, bu surette doğacak boşluktan işçi yararlanmalıdır. Bu sebeple başvuru yapılmaksızın geçen 10 işgününün sonunda sözleşmenin işverenin haksız feshiyle sona erdiği

³⁷ (Şahlanan, 2013: 44), Yazar bu durumu, yasal iş güvencesi sistemiyle uyumlu bulmamaktadır.

kabul edilerek, işçiye bu tarihe göre ihbar ve kıdem tazminatları ödenmelidir. Sendikal tazminatın herhalde ödendiği durumda işçinin başvuru şartı anlamını yitirdiğinden, işçiye çalıştırılmadığı döneme ait dört aya kadar ücreti ile diğer hakları da ödenmelidir.³⁸

İşçinin 10 işgünü içinde başvurmamasının, sözleşmenin işçi tarafından sendikal ayrımcılığa bağlı haklı nedenle derhal feshedildiği biçiminde anlaşılması da mümkündür. Ancak bu durumda işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerekmeyecektir. İşçi açısından doğacak bu kayıp, feshe işveren sebep olduğundan adil görünmese de yasanın fesih kurgusunun olağan sonucu gibidir. Diğer taraftan hatırlanacağı üzere benzer bir sakınca, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıldığı haller için İş Kanunu'nun 22'nci maddesindeki değişikliklerle çözülmeye çalışılmış, işçinin değişikliği kabul etmemesi halinde iş sözleşmesinin işverence feshedileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye hakim düşünceye, 10 işgünlük başvuru süresi bakımından da değer verilmesi sorunu çözebilir. Böylece işçinin işle başlamak istememesi, iş sözleşmesinin 10 işgünlük süre sonunda işverence haksız feshedildiği biçiminde anlaşılır ve işçi ihbar tazminatını alabilir.

İşçinin başvurusuna rağmen işçi işe iade edilmezse, sendikal tazminat yanında ayrıca iş güvencesi tazminatı ödenmeyecektir. Bu noktada akla başka bir soru gelmektedir: "Sendikal tazminatı işçiye işe iade etse de ödeyecek olan işveren, artık başvurusu nedeniyle İş Kanunu hükmü gereği işçiye çalıştırılmadığı 4 aya kadar ücret ve diğer hakları şüphesiz ödeyeceğine göre, işçiye işe başlatılmazsa başkaca tazminat da ödemeyecekken hangi nedenle işçiye işe iade edecek?" Zira geriye pek de önemsenemeyecek ihbar ve kıdem tazminatı farkları kalmaktadır ki bunlar işçi işe iade edilirse ileride yine gündeme gelebilecektir.

Buna göre hüküm, önceki dönemde işçinin işe iade edilmesi halinde tazminat ödenmemesinden doğan yaptırım eksikliğini³⁹ sendikal tazminatla giderirken, yaptırım eksikliği bu kez iş güvencesine kaydırılmıştır. Böylece sendikal nedenin tespitinden sonra iş sözleşmesini korumaktan vazgeçilmiş gibidir.

Burada tekrar etmekte yarar vardır. Bir işçinin sendikal nedenle işten çıkarılması şeklindeki haksız fiil, görünürde işçiye yönelse de aslında sendikayı hedef alır. Böyle olunca, fesih geçersiz sayılıp işçi işe başlatılmadıkça, aslında sendikal hak ihlali önlenemez.⁴⁰ Dolayısıyla 'tam bir koruma' var sayılamaz.⁴¹ Her

³⁸ On işgünü içinde başvurmazsa deyim yerindeyse kazandığı davayı kaybetmiş olacağı şeklinde özetlenen aksi görüş: (Akyiğit, 2013: 85)

³⁹ (Sümer, 2011: 1663) Yazar 2821 sayılı Yasa dönemi için, işçinin işe dönmek istememesi ya da işverenin işçiye işe tekrar başlatması halinde sendikal feshin yaptırımdan yoksun kaldığını ifade etmiştir.

⁴⁰ Aynı görüş (Özveri, 2012: 94) Yazara göre ayrıca; işverenin işçileri işe başlatana kadar ücret ve tüm sosyal haklarını ödeme yükümlülüğü getirilerek yaptırım uygulamak, işverenin sendika karşıtı uygulamalarına maruz kalan sendikayı yetkili saymak ve toplu eylem hakkını tanımak gerekmektedir.

koşulda sendikal tazminat ödeyecek olan ve asıl amacı sendikayı işyerinden çıkarmak olan işverenin işçiyi yeniden işe başlatması, mevcut yaptırım eksikliğinde düşünülemez bir olasılıktır.

Bu durumda hükmün feshe özgü özel koruma getirilmiş gibi kaleme alınmasının aldatıcı olduğu söylenebilir. Sendikal nedene dayalı fesih dışındaki haksız fiiller için öngörülen yaptırımla, sözleşmenin feshi biçimindeki haksız fiilin yaptırımı aynıdır. Oysa bu eylem daha ağır sonuçlar doğurmaktadır.⁴² Kanımızca mevcut düzenleme karşısında yargıcın, fesih halinde sendikal tazminat miktarını, dar yorumdan kaçınıp bir yıllık ücret tutarını aşarak belirlemesi gerektiği söylenebilir. Böylece tazminatın bir yıllık ücreti aşan kısmının, sendika özgürlüğünün ihlali dışında, işçinin işini kaybetmesi için de değer taşıdığı düşünülebilir. Fakat bu durumda bile sendika işyerinden silinmiş olacaktır.

Anlatılan nedenlerle ortaya ilginç bir mahkeme kararı çıkma olasılığı yüksektir. Mahkeme kanun maddesi nedeniyle adeta, işçiyi işe başlatılmak üzere işverene ister başvuru ister başvurma, işverene ise sendikal tazminatı öde, fesih geçersiz ama işçiyi işe ister başlat ister başlatma diyen bir karar vermeye zorlanmaktadır. Üstelik 25'inci madde hükmünde, 'işçinin işe başlatılmaması halinde ayrıca iş güvencesi tazminatının ödenmeyeceğinin' özellikle vurgulanması, işverene mahkeme kararına rağmen işçiyi işe başlatma der gibidir. Oysa dava feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade talepli açılmaktadır ve davanın temel amacı işçinin işine iadesidir. Bu şekilde sonuçlanabilecek davaların, içerdiği talep ve amacı nedeniyle benimsenen "işe iade davası" adıyla anılması doğrusu güçtür.

⁴¹ Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütteallik 98 Numaralı Sözleşme Madde 1: "1. İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine hanel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı *tam bir himayeden* faydalanacaktır. 2. *Böyle bir himaye bilhassa*, a) Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak; b) 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 mütteallik *hususlarda uygulanacaktır.*" Sözleşmenin Kabul Tarihi ve Yeri: 01.07.1949, Cenevre, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 18.07.1951; RG Tarihi: 14.08.1951; RG No: 7884. Kaynak CORPUS III, Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁴² (Dereli, 2013: 47) Yazar, işçi için sendika özgürlüğünün korunması ihtiyacının en çok ve belirgin biçimde iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde ortaya çıktığı, bunun dışında istihdamın devamı süresinde sendikal ayrımcılığa karşı korunma ihtiyacının ikinci planda kaldığı görüşündedir.; (Şahlanan, 3013: 45) Yazar, iş güvencesi kapsamındaki işçilere ayrımcılık yapıldığında, fesih hali dışında sendikal tazminat, fesih halinde kötüniyet tazminatı ödeneceği yönünde geliştirilebilecek görüşleri eleştirirken, feshin ayrımcılık konusunda daha ağır bir uygulama olduğuna dikkat çekmektedir.

İşçinin İş Güvencesi Hükümlerine Göre Dava Açmamasının Ayrıca Sendikal Tazminat Talebini Engellememesi

Hükme göre işçinin 4857 sayılı Yasa'nın 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez. O halde işçi feshin geçersizliğinin tespitini isteyebileceği gibi sadece sendikal tazminat da talep edebilecektir. İş güvencesi hükümlerine dayanarak açılan davada sendikal tazminatın özellikle talep edilmesi gerekmez. Feshin sendikal nedenle yapıldığının iddia ve tespit edilmesi, mahkemenin sendikal tazminata hükmetmesi için yeterlidir.

İşe iade istenmediğinde ise işçi açıkça sendikal tazminat talep edecektir. Davada iş güvencesi hükümlerine dayanılmadığından, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığının, davanın bir aylık hak düşürücü sürede açılıp açılmadığının öncelikle araştırılması gerekmez. İşçinin iş güvencesi hükümleri kapsamında olup olmadığı, aşağıda açıklanacağı üzere sadece işverenin ispat yükü bakımından önem taşır.

İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshedildiği İddiası İle Açılacak Davada, İşverenin Feshin Nedenini, İşçinin İse Feshin Sendikal Nedene Dayandığını İspatla Yükümlü Olması

2821 sayılı Yasa döneminde sadece sendikal tazminat talep edemeyen ve ancak işe iade davası açabilen iş güvencesi kapsamındaki işçiler için ispat yükü, İş Kanunu'nun 20'nci maddesi nedeniyle işçideydi. Ancak bu dönemde 2821 sayılı Yasa'nın 31'inci maddesindeki açık hüküm nedeniyle, iş güvencesi hükümlerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendikal tazminat talebiyle açtığı davada, feshin sendikal nedene dayanmadığının ispatı işverene yüklenmişti. (Kılıçoğlu, 2011: 191)

Bu noktada 2821 sayılı Yasa döneminde İş Kanunu'nun 20'inci maddesi nedeniyle işçinin sendikal nedeni ispatla yükümlü tutulmasının, İş Kanunu 18'inci maddesiyle çeliştiği yönündeki düşüncemizi söylemekte yarar vardır. İş Kanunu'nun 18'inci maddesi, 158 Sayılı Sözleşmenin 5'inci maddesine benzer biçimde, sendikal nedenler dahil her türlü ayrımcılığın geçerli sebep sayılmayacağını açıkça belirtmektedir. İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde özel bir güvence getirilmemiş olsa da özellikle sayılan hallere, sayılmayan diğerlerinden daha fazla değer verildiği kuşkusuzdur. Bu emredici düzenlemenin, Mahkemeyi sayılan haller bakımından resen inceleme yapma konusunda yetkilendirdiği

düşünülmelidir.⁴³ Böylesi bir uygulama, 18'inci maddede bazı temel hak ve özgürlüklerin özellikle sayılmasına anlam kazandıracaktır.

Bize göre aynı nedenle 6356 sayılı Yasa'da işçinin sendikal nedeni ispatla yükümlü tutulması da doğru olmamıştır. Üstelik işveren kötünietini saklamaya istisnai haller dışında özen gösterir ve çoğu kez başka bir sebebi fesih sebebi olarak gösterir (Sümer, 2011: 1641). Gizlenen bir 'niyetin' (sendikal nedenin) işçi tarafından güçlü biçimde ortaya konması son derece zordur. Öte yandan uygulamada yaygın ve olağan olan durum, işverenlerin sendikal haklara olumlu yaklaşmalarıdır.⁴⁴ Ancak dava bakımından önemli olan niyetin dışı vurumudur. Bu, feshe varan⁴⁵ süreçte kötünieteye işaret eden somut olguların tespitini gerektirir. Aslında işyerinden ayrılmış bir işçinin somut olguları ortaya koymasını beklemek bile gerçekçi sayılamaz. Çünkü ispat aracı iddiaya ilişkin delildir⁴⁶ ve işçinin bu konuda işyerinden tanık dinletmesi dahi güçtür. Somut olgular mahkemece resen araştırılmalıdır. Bu yüzden genel olarak olması gereken, sendikal nedenin iddia edilmesi halinde, mahkemenin sendikal nedenin varlığı konusunda 'kuvvetli bir şüpheyile' somut olguları resen araştırması ve tespit edilecek olgular bakımından işverenden hukukça korunan gerekçelerini açıklamasını istemesidir. Ne var ki, yeni düzenlemede de seyir bu yönde olmamış, işçi açıkça ispatla yükümlü tutulmuş ve düşüncemize uygun gelişme içtihadı terk edilmiştir.

6356 sayılı Yasa'nın 25/6'ncı fıkrasında, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğünün

⁴³ Yargıtay 9HD. 14.07.2011, 2010/321 E. 2011/24245 K. Bu kararda sendikal nedenin olup olmadığı konusunda daire tarafından belirlenen, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihte üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, aynı dönemde yetki sürecinin işletilip işletilmediği, yeni işçi alınıp alınmadığı, bunların sendikaya üye olup olmadıkları gibi ölçütler araştırılmadan, sendikal nedenin varlığının davacı yönünden ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddi bozma sebebi yapılmıştır. CORPUS III, Mevzuat ve İctihat Programı; Sendikal feshin ispatı konusunda çeşitli yargı kararları için bakınız: (Sümer, 2011: 1645 vd.)

⁴⁴ (Aktay vd., 2011: 278) Yazara göre çalışanların sendikal haklarını kullanması sebebiyle ilk tepkiyi işverenden almaları doğal bir durumdur. Çünkü çalışanların hak ve çıkarlarının korunması bakımından mücadelelerinde ilk hedef işverenlerdir. Küreselleşme milli seviyede çalışanlar ve işverenler arasındaki menfaat birliğini öne çıkarırsa da kazanç temelinde bitmeyecek bir çıkar çatışmasının varlığı yadsınamaz.

⁴⁵ (Özveri, 2007: 117) Yazara göre, ülkemizin verili koşullarında her örgütlenme sonrası işçi çıkartılması halinin kendisi tek başına sendikal nedene ilişkin güçlü bir fiili karinedir.

⁴⁶ (Sümer 2011: 1645) bu vakıalar bir hukuki işlem olmadığından taktiri delillerle ispatının mümkün olduğu. Yazarın atıfta bulunduğu Yargıtay kararı Yargıtay 9H.D. 19.10.2009, 42859/27865, www.Kazanci.com.tr (ET: 23.10.2010)

işverene, feshin sendikal nedene dayandığını ispat yükümlülüğünün ise işçiye ait olduğu belirtilmektedir. Buradaki kural, İş Kanunu'nun 20'nci maddesindeki kurala benzemektedir. Temel fark, işverenin geçerli sebebi değil fesih nedenini ispat etmek zorunda olmasıdır. Bu ise işe iade davasında fark yaratmaz. Bu sebeple iş güvencesi hükümlerine dayanılarak açılan dava bakımından 25'inci maddenin 6'ncı fıkrası, var olanın tekrarından ibarettir. İşveren geçerli sebebi ispat etmek zorundadır.

Ancak yeni dönemde aynı işçi, feshin geçersizliğinin tespitini talep etmek yerine sendikal tazminat isteyeceği bir dava da açabilecektir. 6356 sayılı Yasa'nın 25/6'ncı fıkrasında davalar bakımından ayrıma gidilmediğinden, iş güvencesi kapsamındaki işçinin sadece sendikal tazminat talep ettiği davada da ispat yükü aynı şekilde işleyecektir. Bu davada işveren feshi dayandırdığı nedeni, işçi ise sendikal nedeni ispatla yükümlü olacaktır.⁴⁷ Gerekçeye göre "Fesih işleminin nedeninin işveren tarafından ispat edilmesi yeterli görülerek bunun bir geçerli neden ya da haklı neden olması koşulu aranmamıştır." Bize göre bu açıklamanın iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için yapıldığı düşünülmelidir. Nitekim bundan hemen önce "Böylece 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin kapsamı dışında bulunan hallerde de işveren feshin nedenini ispat ile yükümlü tutulmuştur." denilmektedir.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesi şüpheye yer vermeyecek kadar açıktır. Buna göre işçi iş güvencesi kapsamındaysa işveren feshi geçerli bir sebebe dayandırmak zorundadır. Bu yüzden iş güvencesi kapsamındaki işçinin açtığı sendikal tazminat davasında da işverenin ispat etmesi gereken neden geçerli sebep olmalıdır. Fakat bu davada işçi aynı zamanda sendikal nedeni ispatla yükümlü tutulmuştur. O halde işverenin geçerli sebebi ispat edememesi ya da geçerli sebep sayılamayacak bir nedeni ortaya koyması sendikal tazminata hükmedilmesi için yeterli sayılamayacaktır.⁴⁸ Bize göre böyle bir durumda, işçinin sendikal nedeni kesin olarak ispatı beklenmemelidir. İşçinin sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde

⁴⁷ (Akyiğit, 2013: 77) Yazar, önce feshin sendikal nedene dayanmadığını işverenin ispat etmesi gerektiğini, bunu yapamazsa sözleşmeyi sendikal nedenle feshettiğinin kabul edileceğini söylemiş, hemen sonra, feshin işverenin ileri sürdüğü sebebe dayanmadığını iddia eden işçinin de sendikal nedenle feshe gidildiğini ispat etmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

⁴⁸ (Demir, 2011: 465) Yazar, 2821 sayılı Yasa döneminde, iş güvencesi kapsamındaki işçinin sendikal neden iddiasıyla açtığı işe iade davasında, işveren geçerli sebebi ispatlayamadığında işçinin ayrıca sendikal nedeni ispatla yükümlü tutulmasını işçinin korunması ilkesine ve 2821 sayılı Yasa hükmüne aykırı bulmaktadır.

gösteren⁴⁹ bir durumu ortaya koyması halinde sendikal tazminata hükmedilmelidir. Bu sonuca varmak için öncelikle İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin son fıkrasına başvurmak mümkündür.⁵⁰

Hükmün farklı anlaşılması ve iş güvencesi kapsamındaki işçinin açtığı sendikal tazminat davasında işverenin, geçerli sebebi değil herhangi bir nedeni ispat etmekle yükümlü olduğunun düşünülmesi iş güvencesi hükümleriyle çelişeceği gibi, 25'inci maddeyle getirilen seçimlik hakkı da anlamsız kılacaktır. Çünkü işçi sırf bu nedenle sendikal tazminat davasını tercih edemeyecektir. Hiç değilse işverenin geçerli sebebi ispatla yükümlü olduğu ve kendisi sendikal nedeni ispat edemezse iş güvencesi tazminatı alabileceği davaya yönelecektir. Bu durumda sadece sendikal tazminat talep edilen davaların, yalnız hak düşürücü dava açma süresinin kaçırıldığı hallerle sınırlı kalması kaçınılmazdır. Böyle olursa düzenlemeden seçimlik hak sunmak yönünde beklenen yarar alınmaz. Bu sakıncadan uzaklaşmak için 25'inci maddenin 7'nci fıkrasından da yararlanılabilir.

6356 sayılı Yasa'nın 25/7'nci fıkrasında "Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur" denilmektedir. Bu kural fesih dışındaki hallere özgülümlü gibidir. Buna rağmen kural fesih halini kapsayacak biçimde uygulanmalıdır (Akyiğit, 2013: 84).

Bize göre İş Kanunu'nun 5/son ve 6356 sayılı Yasa'nın 25/6'ıncı maddesindeki ispata ilişkin kuralın bir sonucu da şudur. Davaya ister işe iade davası olsun, ister sendikal tazminat davası, işveren geçerli bir nedenin varlığını ispat etmiş olsa da sendikal nedeni gösteren olgular tespit edilebilmişse, işverenden bu olguları açıklaması beklenmeli, bunu yapamazsa feshin sendikal nedenle yapıldığı kabul edilmelidir.⁵¹ İşverene verilen ispat yükü, sendikal nedenin geçerli sebep arkasında gizlenebileceği biçiminde anlaşılmalıdır.⁵²

⁴⁹ (Sur, 2006: 44-45) Yazar 2821 sayılı Yasa döneminde, uygulamada güvencenin işletilebilmesi için olayların cereyanının sendikal nedeni göze batacak şekilde ortaya koymasının arandığını belirtmektedir.

⁵⁰ (Güzel, 2004: 131) Yazar 2821 sayılı Yasa döneminde bu hükümden hareketle aynı sonuca varmaktadır.

⁵¹ (Güzel, 2004: 97) Yazar, işe iade davasında işveren geçerli sebebi ispat etse de işçi sendikal nedeni delilleriyle ortaya koyduğunda mahkemenin bu hususu da dikkate alarak hüküm tesis etmesi gerektiğini söylemektedir. Yazara göre ispat yükü bütünlük oluşturur ve bunu mutlak anlamda parçalara bölüp öncelik sıralaması belirlemek olanaklı değildir.

⁵² (Çelik, 2012: 254) Yazar, işverene yüklenen ispat yükünün öncelik taşıdığını ancak işçi tarafından öne sürülen karşı iddianın da değerlendirilmesi gerektiğini göz ardı etmediğini beyan etmektedir.; (Sümer, 2011: 1643) Yazar işveren geçerli sebebi

6356 sayılı Yasa'nın 25/6'ncı fıkrasıyla, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin açacağı sendikal tazminat talepli davalarda işçi sendikal nedeni ispatla yükümlü tutulmuş, olumsuz yöndeki bu çarpıcı değişiklik gerekçede de yer bulmuştur.⁵³ Ancak aynı fıkra da öncelikle, feshin nedenini ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu belirtilmiştir.

Aslında İş Kanunu'nun feshe ilişkin kurallarına göre; işçi iş güvencesi kapsamında değilse işveren feshi bir nedene dayandırmak zorunda değildir. Sadece fesih hakkını kötüye kullanmamalıdır. Fakat böyle davranırsa bile iş sözleşmesi sona erer. İş sözleşmesini sona erdirirken herhangi bir nedene dayanmak zorunda olmayan işveren, işçi sendikal tazminat isteyince, 6356 sayılı Yasa'nın 25'inci maddesindeki ispat kuralı nedeniyle bir neden göstermek zorunda olacak, gerekçeye göre bu nedenin geçerli ve haklı bir neden olması da gerekmeyecektir.

Yani işveren canının işçiyi çıkarmak istediğini mi ispat etmekle yükümlü tutulmaktadır? Bu durumda işçi de işverenin iş sözleşmesini canı istediğinden değil sendikal nedenle feshettiğini ispatla yükümlü tutulmaktadır. Kanımızca bu kural, İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin son fıkrasından ve 6356 Sayılı Yasa'nın 25'inci maddesinin 7'nci fıkrasındaki hükümden yararlanılarak, işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işverenin bu olguların nedenini ispat etmekle yükümlü olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Bunu yapamazsa sendikal tazminata hükmedilmelidir.

Sonuç

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde özetle,

6356 Sayılı Yasa'nın 25'inci maddesinin, sendikal haklara gerçek bir güvence getirecek biçimde yeniden düzenlenene kadar, şu şekilde anlaşılıp uygulanması gerektiğini düşünüyoruz:

İş güvencesi kapsamındaki işçilere, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla işe iade davası ya da sendikal tazminat talepli dava açmak olanağı tanınmıştır. İşe iade davasında işveren geçerli sebebi ispat etmek, işçi ise sendikal ayrımcılığı gösteren durumlara dikkat çekmekle yükümlüdür. Mahkeme sendikal ayrımcılığı düşündüren tüm olguları resen araştırmak ve dikkate almak zorundadır. İşveren geçerli sebebi ispatlayamazsa fesih geçersiz sayılacak ve iş güvencesi tazminatı kararlaştırılacak, ayrıca ayrımcılık yapıldığını düşündüren olayların tespiti halinde ise işveren bunları kendisini haklı gösterecek biçimde anlamlandıramazsa sendikal tazminata hükmedilecektir. Bu tazminat işçi işe

ispatlamış olsa bile işçinin sendikal nedeni ispatlamasına olanak tanınması ve hakimin bütünü değerlendirerek karara ulaşması gerektiğini ifade etmektedir.

⁵³ Böylece iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler arasında ispat yükü bakımından var olan gereksiz ayrımın giderildiği görüşü (Dereli, 2013: 48), (Şahlanan, 2013:46)

başlatılmak üzere işverene başvurmasa da ödenir. Sendikal nedenin varlığı kesinleştiğine göre feshin geçerli sebeple feshedilmiş sayılması mümkün olmadığından, işçi 10 işgünü içinde başvurmamış olsa da 4 aya kadar ücret ve diğer haklarını almalıdır. Sözleşme 10 işgünlük sürenin sonunda işverence haksız feshedilmiş sayılır ve ihbar ve kıdem tazminatları bu tarihe göre ödenir. İşçi 10 işgünü içinde başvurursa, sözleşme işverenin işe başlatmadığı tarihte ve en geç bir aylık sürenin sonunda işverence haksız feshedilmiş olur ve ihbar ve kıdem tazminatları bu tarihe göre ödenir. İşçinin başvurusu halinde 4 aya kadar ücret ve diğer hakların her halde ödeneceği tartışmasızdır.

Aynı işçinin sadece sendikal tazminat talep ettiği davada ise işveren yine geçerli sebebi ispatla yükümlü sayılmalıdır. Bu davada da işçinin sendikal ayrımcılığı gösteren durumlara dikkat çekmesi yeterlidir. Mahkeme resen inceleme yapacak, işveren geçerli sebebi ispatlayamamış, sendikal ayrımcılığa işaret eden olgularda davranışını haklı gösteren sebepleri de ortaya koyamamışsa sendikal tazminata hükmedilmelidir.

İş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçi ister işe iade davası ister sendikal tazminat davası açmış olsun, işverenin geçerli sebebi ispat ettiği hallerde de işverenden, tespit edilmişse sendikal ayrımcılığı gösteren olguları açıklaması beklenmeli, bunu yapamazsa yine sendikal tazminata hükmedilmelidir.

İş güvencesi hükümleri dışında kalan tüm işçiler ise sadece sendikal tazminat talep edebilirler. İşveren feshi geçerli bir sebebe hatta bir sebebe dahi dayandırmak zorunda olmadığından, işçi feshin geçersiz sayılmasını isteyemez. Bu davada işverenden beklenecek olan, işçinin kesin ispat değil işaret edeceği ve mahkemece resen araştırılıp tespit edilecek sendikal ayrımcılığı düşündüren olguları hukuken korunan gerekçelerle anlamlandırmak olacaktır. Bunu yapamazsa sendikal tazminata hükmedilecektir.

Genel bir tahlilde, 6356 sayılı Yasa'nın 25'inci maddesinin iş ilişkisinin evrelerine göre şekillendirilmesi, iş güvencesiyle ilişkilendirilmesi ve nihayet bir tazminat içermesi teorik olarak yerindedir. Ne var ki madde; korunması gereken çıkarın yanlış tespiti, güvencenin hatalı kurgusu, barındırdığı çelişkiler ve yanlış ve yetersiz yaptırımlar nedeniyle amaca hizmet etmekten oldukça uzaktır.

Hükmün bizim önerdiğimiz biçimde anlaşılması halinde bile, 6356 sayılı Yasa'nın 25'inci maddesiyle bireysel sendika özgürlüğünün ve buna bağlı kolektif sendikal hakların korunamayacağını, yeniliğin önceki dönemden farklı bir ortam yaratmayacağını tahmin etmek hiç de zor değildir. Dahası hüküm yıllarca sürebilecek yeni tartışmalarla uygulamayı ve doktrini gereksiz yere oyalayacak gibidir.

KAYNAKÇA

- Akı, E. (2010) **Hukukun Temel Kavramları**, İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi
- Aktay, A.N. Ve Arıcı, K. Ve Senyen/Kaplan, E.T. (2011) **İş Hukuku**, Ankara: Gazi Kitabevi
- Akyiğit, E. (2013) “Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi”, **Çalışma ve Toplum**, 37, 41-90
- Alpagut, G. (2013) “6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3**, Seçkin Yayıncılık, 113-148
- Bakırcı, K. (2006) “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil**, 2, 114-121
- Çelik, N. (2012) **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 25’inci Bası; İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Demir, F. (2011) **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 6ncı Baskı, İzmir: Birleşik Matbaacılık.
- Demir, F. (2012) **Hukuka Giriş ve Temel Kavramlar**, 2. Baskı, İzmir: Birleşik Matbaacılık.
- Dereli, T. (2013) “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme” **Çalışma ve Toplum**, 36, 41-64
- Gülmez, M. (2013) “‘Örgütlenme Örgütsüzlüğü’ cephesinde yeni bir şey yok! Olacağı da yok!”, **Çalışma ve Toplum**, 2013, 37, 13-40.
- Güzel, A. (2004) “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi” **İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları
- Kaya, P.A. (2013) **İş Hukuku Temel Yasalar**, 4. Baskı, Ankara: Siyasal Kitapevi.
- Kılıçoğlu, M. (2011) **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Uyarlı İş Yargılamaları Usulü**, İstanbul: Legal Kitabevi
- Mollamahmutoglu, H. (2004) **İş Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi
- Narmanlıoğlu, Ü. (1990) **Grev**, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi
- Narmanlıoğlu, Ü. (2001) **İş Hukuku II -Toplu İş İlişkileri**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını
- Öztürk, M. O. (2006) **Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu**, İstanbul: Legal Yayıncılık
- Özveri, M. (2005) “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları”, **Legal İHD**, 8, 1522-1544
- Özveri, M. (2007) “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **Sicil**, 5, 114-119

- Özveri, M. (2012) **Sendikal Haklar, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası**, Ömür Matbaacılık A.Ş., İstanbul: Birleşik Metal İş Yayınları.
- Subaşı, İ. (2005) “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı ile Sendikal Tazminat İlişkisi (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum**, 1, 200
- Sümer, H. H. (1997) **İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması**, Konya: Mimoza Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş.
- Sümer; H. H. (2011) “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan II**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Süzek, S. (2006) **İş Hukuku**, 3.Bası (Tıpkı Basım); İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Şahlanan, F. (2013) “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3**, Seçkin Yayıncılık, 13-50
- Şakar, M. Ve Yiğit Şakat, A. (2011) **İş Hukuku**, Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukuku Açısından İşçiye Ödenecek Tazminatlar, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık

