



Bu dergi,
Birleşik Metal-İş Sendikası tarafından üç ayda bir yayınlanmaktadır.
(Yerel süreli yayın)

Adres: Tünel Yolu Cad. No: 2 34744 Bostancı-İstanbul
Tel: (0216) 380 85 90
Fax: (0216) 410 66 26
www.calismatoplum.org



Sahibi: Birleşik Metal-İş adına Genel Başkan **Adnan SERDAROĞLU**

Genel Yayın Yönetmeni: Genel Eğitim Sekreteri **Celalettin AYKANAT**

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü: **Sebahattin GERÇEKER**

Yayın Yönetmeni: **Murat ÖZVERİ**

Tasarım-Teknik Hazırlık:
Birleşik Metal-İş Basın Yayın Dairesi

Baskı: Özyılmaz Matbaacılık

Tel: (0212) 565 56 82

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Zeki Erdut, Prof. Dr. Ali Güzel, Prof. Dr. Kuvvet Lordoğlu,
Prof. Dr. İzzettin Önder, Prof. Dr. Tülin Öngen, Prof. Dr. Ahmet Selamoğlu,
Prof. Dr. Erinç Yeldan, Prof. Dr. Engin Yıldırım, Doç. Dr. Şule Necef,
Yrd. Doç. Dr. Yusuf Bayraktutan, Yrd. Doç. Dr. M. Hüseyin Bilgin,
Yrd. Doç. Özgür Müftüoğlu, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Subaşı,
Yrd. Doç. Dr. Abdulkadir Şenkal, Yrd. Doç. Dr. Sayim Yorgun,
Av. Murat Özveri, Mehmet Beşeli, Gaye Yılmaz

Çalışma ve Toplum hakemli bir dergidir. Gönderilen yazılar ilk olarak yayın yönetmeni ve yayın kurulunca bilimsel anlatım ve yazım kuralları yönünden incelenir. Daha sonra uygun bulunan yazılar alanında bilimsel çalışmaları ile tanınmış üç ayrı hakeme gönderilir. Hakemlerin kararları doğrultusunda yazı yayınlanır, düzeltilmek koşuluyla yayınlanır veya yayınlanması reddedilir. Hakemlerin gizli tutulan raporları dergi arşivlerinde beş yıl süre ile tutulur. Dergi politikaları ve yazım kuralları ile ilgili detaylar dergi sonunda bulunabilir. Belirtilmemiş hususlar için dergi sekreteryası aranabilir.

Çalışma ve Toplum Dergisi yayınlandığı günden itibaren hakemli bir dergidir. Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlara ait olup, kaynak gösterilmek suretiyle alıntı yapılabilir.

Basılması istenilen yazılar, “**Makale verecek yazarların dikkate almaları gereken hususlar**” kısmında belirtilen kurallara özen gösterilerek hazırlanmalıdır.

İletişim: Tünel Yolu Cad. No: 2 34744 Bostancı-İstanbul

Tel: (0216) 380 85 90

Fax: (0216) 410 66 26

www.calismatoplum.org
editor@calismatoplum.org

İÇİNDEKİLER

Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar	
Mesut GÜLMEZ	11
Türkiye’de Sendikal Örgütlenmede Yaşanan Güven ve Dayanışma Sorunları	
Betül URHAN	57
2001 Yılı Reformu Işığında Federal Almanya’da İşyeri Seviyesinde Yönetime Katılım Sisteminin Temel Esasları	
Alpay HEKİMLER	89
İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart	
Erdem ÖZDEMİR	143
Karar İncelemesi	
Ali GÜZEL	159
Karar İncelemesi	
İbrahim SUBAŞI	183
Yargıtay Kararları	201
Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal Mahkeme Kararları	
Alpay HEKİMLER	339

SUNUŞ

Dergimiz 4. sayı ile birlikte bir yaşına bastı. Çok çabuk geçen bir yıl içerisinde 4 sayıda 21 makale, 230 yargı kararı, 16 yabancı mahkeme kararı yayımladık. Dergimizi tüm aksamalara karşın her sayıda 1100 adet dağıttık. Başta Türkiye’deki tüm Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümleri ile Hukuk Fakültelerinin İş Hukuku Anabilim Dalları olmak üzere üniversite kütüphanelerine, işçi ve işveren sendikalarına ve konferedasyonlara, İş Hakimlerine, Yargıtay üyelerine, iş hukuku ile uğraşan avukatlara, işyeri sendika temsilcilerine, iş müfettişlerine dergimizi ulaştırmayı önemli ölçüde başardık.

Dergimizin ilk sayısının sunuş yazısında “Dergimizde, hiçbir önyargı ve müdahale olmadan, önceden ilan edilen ilkeler çerçevesinde hakem kurulunun olurlarını alan her görüş özgürce kendine yer bulacaktır” sözleriyle tanıtan derginin sahibi Birleşik Metal-İş Sendikası Genel Yönetim Kuruluna bizlere sağladıkları özgür çalışma ortamı için tekrar teşekkür ediyoruz.

Dergiye gönderilen makaleleri büyük bir dikkat ve özenle değerlendiren dergimiz hakemlerine daha derginin hazırlanış aşamasında tartışma ortamı yaratıp, dergimiz yazarlarına yeni ufuklar açtıkları için minnettarız.

Bu sayımızda “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar” başlıklı makalesinde Prof. Dr. Mesut Gülmez, 1982 Anayasası’nın 90. maddesine yapılan eklemeye bir kez daha güncellenen usulüne uygun olarak onaylanan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı sorununu, bizleri kırmayarak, çekincelerini de ekleyerek incelemiştir. Konuyu yakından takip edenlere büyük bir katkı sunacağına inandığımız makalesinde Prof. Dr. Gülmez, öncelikle konuyu tarihsel gelişim süreci içerisinde ele almış, Anayasanın 90. maddesine Mayıs 2004 tarihinde yapılan ekleden önceki ve sonraki hukuki durumu tartışmış ve düzenlemenin, taraf olduğumuz tüm insan hakları sözleşmelerini kapsadığını, sadece yasalarla sınırlı olmadığını, “yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini” beklemeye, “ulusal hukukta özel düzenleme” yapılmasına gerek kalmaksızın çatışma halinde uluslararası sözleşmelerin uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.

Arş. Gör. Dr. Betül Urhan “Türkiye’de Sendikal Örgütlenmede Yaşanan Güven ve Dayanışma Sorunları” başlıklı makalesinde, ülkemizde ve dünya da çok sık tartışılan, sendikaların sürekli güç kaybettiği, sendika yönetimlerinin üyelerinden farklılaşarak uzaklaştığı, işçilerin sendikalara yabancılaştığı tezlerini Kocaeli bölgesinde kapsamlı bir alan araştırmasıyla incelemiştir. Makalesinin ikinci bölümünde “İşçilerin Kolektif Davranışa ve Sendikalara Yönelik Düşünceleri”ni belirlemeye çalışan Urhan, “İşçilerin Kolektif Davranışa İlişkin” düşüncelerini, “İşçilerin Sendikaya Üye Olmama” nedenlerini, “İşçilerin Sendikalara Güven” düzeylerini, “Sendikal Politikaların Başarısına Yönelik Güvensizlik ve Bu

Güvensizliğin” kaynaklarını işçilerle yapmış olduğu görüşmeler ışığında ortaya koymuştur.

“2001 Yılı Reformu Işığında Federal Almanya’da İşyeri Seviyesinde Yönetime Katılım Sisteminin Temel Esasları” başlıklı makalesinde Araş. Gör. Alpay Hekimler, ülkemizde çok sık tartışılan ve 4857 sayılı İş Yasasıyla işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih kavramının hukukumıza girmesiyle birlikte önemi daha da artan yönetime katılma modellerini XIX yüzyıl başlarından beri tartışan Almanya örneğini incelemiştir.

Yrd. Doç. Dr. Erdem Özdemir “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart” başlıklı makalesinde iş sözleşmelerinde sıkça karşımıza çıkan cezai şart olgusunu, öncelikle cezai şart kavramı ve cezai şartın iş hukukundaki yerini belirlemiş, konuya ilişkin Yargıtay kararlarını bu kararlara ekli karşı oy yazılarını birlikte değerlendirdikten sonra cezai şart konusunda daha özel bir durumu oluşturan “Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şartın Geçerlilik Koşulları”nı incelemiştir.

Prof. Dr. Ali Güzel 4857 Sayılı Yasanın iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanmasında Yargıtay’ın kararlarında yer verdiği ve öğretide çok tartışılan “fesih son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesine ilişkin oldukça yeni bir kararını karar incelemesi bölümünde değerlendirerek konunun tartışılmasına yeni boyutlar kazandırmıştır.

Yrd. Doç. Dr. İbrahim Subaşı da 4773 sayılı yasanın 10. maddesiyle 2821 sayılı yasanın 31. maddesinde yapılan değişikliklerle ilk kez gündeme gelen, 4857 sayılı yasanın da aynen benimsemiş olduğu sendikal tazminat konusunda yaptığı karar incelemesinde, iş güvencesi tazminatı (işe iade tazminatı) ile sendikal tazminat ilişkisini öğretideki görüşlere de yer vererek tartışmıştır.

Ayrıca bu sayımızda Yargıtay kararlarına, Yabancı Mahkeme kararlarına ve kitap tanıtımına yer verilmeye devam edilmiştir.

Dergininin basımından dağıtımına, gelen eleştirileri derlemeye kadar büyük bir emek veren Birleşik Metal-İş Basın Yayın Servisindeki arkadaşlarımıza, emeği geçen, eleştirileri ve önerileriyle katkı sunan herkese bir kez daha teşekkür ediyor, 2.3... yaşlarda birlikte olmayı diliyoruz.

YAYIN YÖNETMENİ

Murat Özveri

SENDİKAL HAKLARA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN İÇ HUKUKA ÜSTÜNLÜĞÜ VE YASALARIMIZDAKİ AYKIRILIKLAR

Mesut GÜLMEZ*

1982 Anayasası'nın, kısaca onaylanan uluslararası sözleşmelerin iç hukukla bütünleştirilmesini öngören, ancak kurallar sıralamasındaki yeri sorununu boş bırakan düzenlemesine, Avrupa Birliği (AB) ile tam üyelik görüşmelerine başlama tarihi alınmasından altı ay kadar önce yeni ve ilk kez açık bir "çatışma kuralı" eklenmiştir. Böylece, Avrupa Birliği'ne uyum sürecinin ivme kazandığı anayasal ve yasal değişiklik ve düzenlemelerden biriyle, özellikle son yirmi yıldır öğretilen tartışılan bu soruna ve yargı yerlerimizin, "iç hukukta özel yasal düzenleme bulunmadığı" gibi bir gerekçeyle onaylanan insan hakları sözleşmelerini "doğrudan" uygulama konusunda gösterdikleri duraksamalara çözüm getirilmek istenmiştir.

İç hukukta usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan hakları sözleşmeleri ile yasalarımız arasındaki çatışma sorununun çözülmesini ve sözleşmelerin iç hukukta doğrudan uygulanmasını amaçlayan bu düzenleme, aşağıda da belirteceğim gibi, "ikinci kuşak" olarak nitelenen sosyal ve sendikal haklarla ilgili sözleşmeleri de kapsamaktadır.

Bu makede,** dört başlık altında üç konuyu incelemeye çalışacağım. İlk olarak, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasını, Mayıs 2004'te eklenen¹ yirmibeş

* Prof. Dr., TODAİE'de çalışmaktadır.

** Bu makalenin, birçok ekleme yapmış olmama ve gözden geçirerek güncelleştirmiş bulunmama karşın, "ilk kez yayımlanması" anlamında kısmen, hatta büyük ölçüde özgün olmadığını belirtmek isterim.

Çünkü, makalenin Anayasanın 90. maddesine ve özellikle Mayıs 2004'te eklenen üçüncü cümlesine ilişkin olarak, önce yalnızca bu üçüncü cümleyi konu alan bir makaleyi yayımladım ("Anayasa Değişikliği Sonrasında, İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, Eylül/Ekim 2004, s. 147-161). Ardından, aynı konuyu insan hakları sözleşmeleri olduğuna kuşku bulunmayan ILO sözleşmeleri bağlamında, sendikalar ve sendikacılar için, küçük bir yazımda işledim (ILO Sözleşmeleri de Uluslararası Antlaşmalarla Yasalar Arasındaki Uyumazlıklarda 'Esas' Alınacak mı? Yanıt: Elbette", **Sendikal Birlik**, Kasım 2004, Yıl 1, Sayı 3, s. 2-6). Daha sonra, ilk makale henüz yayımlanmadan, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin "*İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*" konusunda düzenlemeyi öngördüğü (ve 5 Kasım 2004 tarihinde de

sözcüklü yeni üçüncü cümlesini de kapsayan bir çerçevede ele almadan, kısaca insan hakları hukukunun “uluslararasılaşması” üzerinde durarak, bu alandaki başlıca kilometre taşlarını anımsatmak istiyorum (I). Birinci Dünya Savaşı sonrasında başlayan evrimin, İkinci Dünya Savaşı’nı izleyen dönemde “genelleşerek” sürdüğünü kimi örnekleriyle belirttiğim bu girişin ardından, iki ana başlık altında; gelişimini hala sürdüren uluslararası insan hakları hukukunun etki ve bağlayıcılık yönlerinden ulusal hukuk düzeni karşısındaki konumu sorununa ve bu bağlamda ülkemizdeki anayasal düzenlemelere ve yapılan tartışmalara, özel olarak da son düzenlemenin getirdiği yenilikler ile yetersiz ve tartışmaya açık yönlerine yer vereceğim (II ve III). Son olarak ise, Anayasayı da kapsamak üzere, iç hukukumuzun sendikal haklara ilişkin düzenlemelerini, söz konusu son fıkraya eklenen yeni çatışma kuralı açısından değerlendirerek, yıllardan beri konuşmaktan ve yazmaktan usanmadığımı aykırılıklardan örnekler vereceğim (IV).

Ankara’da gerçekleştirdiği panelde bildiri sunmamın istenmesi üzerine, konuyu son fıkranın tümünü kapsayan daha geniş bir çerçevede incelemeyi sürdürdüm ve bunun sonucunda, Türkiye Barolar Birliği’nin “**İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**” adıyla yayımlanacak kitaptaki bildiri metni ortaya çıktı.

Ancak, tarihi iki kez ertelenen TBB panelinden önce, DİSK’in, 8-9 Ekim 2004 tarihlerinde yine Ankara’da düzenlediği “**Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar Kapsamında Sendikal Haklar, Sosyal Güvenlik Hakkı ve Sağlık Hakkı**” konulu Sempozyumda da, önerim üzerine programa konulan bu konuyu “Sendikal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeler” bağlamında işledim. Bu makalenin “İnsan Hakları Hukukunun Uluslararasılaşması: Evrim, İkinci Kuşak İnsan Haklarından Başlamıştır” başlıklı Giriş bölümünü, DİSK Sempozyumu için hazırlamıştım. DİSK, bu sempozyumdaki konuşmamı, bant kayıtlarından çözerek yayımladı (Kitap, şu aşamada henüz bana ulaşmadığı için adını veremiyorum). Bildiri metni yerine konuşmamın çözülen bant kayıtlarının birkaç gün içinde gözden geçirmem istenen metnin yayımlanması, hazırladığım bildirinin, yaygın yönetmenin “ısrarlı” isteği üzerine **Çalışma ve Toplum**’da yayımlanmasını, bir ölçüde kolaylaştırdığımı düşündüm. Ancak bu, aynı konunun, değişik ve yeni konular içermekle birlikte, yeniden yayımlanması konusundaki isteksizliğimi, “rahatsızlığımı” ve duraksamalarımı tümüyle yok edemedi. Çünkü, bu makalenin gözden geçirip güncelleştirdiğim sendikal yasalarımızdaki aykırılıklarla ilgili bölümü de, temelde daha önce -1988’den beri- yayımlanmış kitap, makale ve yazılarımda işlediğim bir konuydu (bkz. 39 sayılı dipnottaki çalışmalarım).

Sonuç olarak, bu uzun açıklamaya yer vererek, değerlendirmenin okurlarca yapılmasının doğru olacağını düşündüm.

Bu değerlendirmenin yapılması açısından, benzer durumlarda akla gelebilecek bir noktaya ilişkin olarak son bir ekleme daha yapmayı gerekli görüyorum: Anayasa değişikliği konusundaki yayımlandığını ve yayımlanacağını belirttiğim makale ve yazıların hiçbirini için telif ücreti ödenmemiştir. Bu zorunlu açıklama da, bu konuda herhangi bir beklenti içinde olduğum yolunda anlaşılmalıdır (MG).

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (Kanun No: 5170, Kabul Tarihi: 7.5 2004), **Resmi Gazete**, 22 Mayıs 2004, Say: 25469, s. 1.

I. GİRİŞ: İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN ULUSLARARASILAŞMASI: EVRİM, İKİNCİ KUŞAK İNSAN HAKLARINDAN BAŞLAMIŞTIR

İnsan hakları alanında “uluslararasılaşma”, akşamdan sabaha, kolay ve tepkisiz gerçekleşmemiştir. Başka bir anlatımla, devlet-yurttaş arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini iç (ulusal) hukukun tekeline bırakan, bireyi uluslararası hukukun “özne”si değil “konu”su sayan, kısacası uluslararası hukukun –deyim yerindeyse– iç hukuka “bulaştırılmasına” karşı çıkan “geleneksel uluslararası hukuk anlayışı”nı aşmak hiç de kolay olmamış, ancak birçok etkenin bileşimiyle, zamanla ve evrimci bir yaklaşımla sağlanabilmiştir.

İnsan Hakları Sosyal Hukuku alanında uluslararasılaşmayı kurulduğu 1919 yılında başlatan Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (UÇÖ) neredeyse yüzyıla yaklaşan kuruluş süreci içinde,² ünlü klasik uluslararası hukuk uzmanı G. Rolin –Jaequemyns, 1890’da yayımlanan bir yazısında, şu görüşü savunuyordu: “*Çalışmanın düzenlenmesi sorunu, ancak ve yalnız her (ulusal) yasa koyucunun yetkisine girer ve uluslararası hukuk alanına yabancıdır.*” Bu uzman, tepkisine “ideolojik” bir yaklaşım da vererek, sosyalizmi uluslararası çalışma normları ile özdeş yada bir tutarak, “sosyalizmin uluslararası hukuka girmesi”ne açıkça karşı çıkıyordu.³

Ne var ki, birbirini izleyen düşünsel ve eylemsel evrim kesintilere uğrasa da, 1919’da ilk “kısmi” aşamasını tamamlamış ve UÇÖ, üyesi olan “ulus devletler” için çalışma ve sosyal politika konularında uluslararası kurallar üretme yetkisi bulunan bir kuruluş olarak doğmuştur. Böylece, insan haklarının uluslararasılaşması süreci, insan haklarının genel evrim sürecindeki sırasını beklemeksizin, önce sosyal haklardan başlamıştır. Bu sürecin, hem kurallar üretme, hem de koruma ve denetim boyutlarının bulunduğu, UÇÖ’nün her iki yönden insan hakları kuralları üretme ve koruma çabalarının öncüsü bir kuruluş olduğunun altını özellikle çizmek isterim.

UÇÖ ile, gerek üretilen kuralların konusu (ratione materiae) gerekse korunan kişi kesimleri (persone materiae) yönlerinden “sınırlı” olmak üzere başlayan uluslararasılaşma süreci, Birleşmiş Milletler Örgütü’nün (BMÖ) kurulmasıyla, belirttiğim iki boyutuyla eşzamanlı olarak “genelleşmiştir.” BM Anayasasının çeşitli maddelerinde, hem Örgütü hem de üye devletleri “ayrı ayrı” ve “birlikte” bağlamak üzere yer alan “*insan haklarına evrensel ve eylemsel saygı*

² Daha geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, TODAİE Yayını, Ankara, 2000, s. 9-58.

³ Aktaran Alexandre Berestein, “Le développement et la portée des droits économiques et sociaux” (première partie), **Travail et société**, vol. 7, No 3, juillet-septembre 1982, s. 311-328. İnsan haklarının uluslararasılaşması süreci konusunda daha geniş bilgi için, örneğin bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Mayıs 2004, s. 20 vd.

gösterme” ilkesi, insan hakları hukukunun belirli konular ve kişi kesimleri ile sınırlı olmaksızın uluslararasılaşmasını başlatan, yazılı insan hakları hukuku alanında yeni bir sayfa açan ikinci kilometre taşı sayılabilir. Ardından, bilindiği gibi, 1948’de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve izleyen yıllarda da belirli konu yada kesimleri korumaya yada böyle bir ayırım gözetmeksizin tüm insanları (herkesi) korumaya yönelik sözleşmeler gelmiştir. “Evrensel” ölçekli bu yazılı hukuku oluşturma ve dolayısıyla uluslararasılaşma süreci, Evrensel Bildirgenin kabul edilmesini izleyen yıllarda “bölgesel” ölçeklerde de başlamış ve sürmüştür.

İnsan hakları yazılı hukukunun UÇÖ’nün kuruluşundan 2004’e uzanan 85 ve BM’nin kuruluşundan 2004’e uzanan 59 yıllık evrimi, “olması gereken” kurallar niteliği taşıyan insan haklarını “olan” kurallara dönüştürmüş; soyut düşünce ve ilkelere, gözle görülüp elle tutulan, yani belgelerde okunabilen, ihlal edildiği zaman da –büyük bir çoğunluğu yargısal nitelik taşımayan- koruma ve denetim yollarına başvurabilen “somut” kurallar özelliği kazandırmıştır. Birkaç cümleyle özetlemeye çalışalım: Artık birey, uluslararası insan hakları hukukunun “konusu” değil “öznesi”dir. Bireyin devleti önceleyerek doğuştan öznesi olduğu düşünülen ve söylenen hakları, uluslararası hukukça güvenceye bağlanmıştır, ihlalcı devlete karşı hak arama yolları vardır. Üstelik bireyin hakkını araması, kimi koruma ve denetim sistemlerinde, yalnızca yurttaşı olduğu devletin sözleşmeye taraf olmasına yada onaya ek olarak yetki bildiriminde bulunmasına bağlı değildir. Ulusal devletler, bu koşulların yerine getirilmesine gerek kalmaksızın, aynı zamanda “üye devlet” olarak da, özgür istençleriyle katıldıkları uluslararası kuruluşların (örneğin BM, UÇÖ ve UNESCO’nun) kurucu belgelerinde yer alan “insan haklarına evrensel ve eylemsel saygı gösterme” yükümlülükleri gereğince de sorgulanıp denetlenebilir ve denetlenmektedirler. Özellikle, onay işleminden bağımsız biçimde işleyen ve UÇÖ’nün 1950’li yılların başında başlattığı ve BM’nin de, çeyrek yüzyıllık bir duraksamadan sonra ikinci binyılın son çeyreğinde giderek yaygınlaştırdığı “üye devlet” temeline dayalı “sözleşme-dışı” olarak da adlandırılan koruma ve denetim yöntemleri, uluslararası korumayı sivilleştirilmiş ve bireyin hak özneliğini devletin siyasal iradesinden bağımsız olarak güvenceye bağlamıştır.⁴ Hukuksal yaptırımları yönünden yetersiz olan ve insan haklarının uluslararası korunmasının evriminde yeni bir kilometre taşı oluşturan bu yöntemler, korumayı “uluslararasılık”tan “ulusüstünlük”e taşımıştır.

Bu nedenle, devletin insan hakları alanındaki yükümlülüğünü tartışırken, yalnızca onaydan doğan yükümlülükler boyutunu gözönüne almamak gerekir. Daha açık bir deyişle, 90. maddenin son fıkrasında öngörülen onay koşullu ve “taraf devlet” dayanaklı yükümlülükler dışında, onay koşulsuz ve “üye devlet” temelli yükümlülükler de bulunduğunu unutmamak, “yargısal” nitelik taşımamış olmaları (yani eksik yaptırımlı olmaları) nedeniyle bu yükümlülükleri denetleyen

⁴ Mesut Gülmez, a.g.y., s. 407 vd.

koruma yöntemlerini küçümsememek gerekir. “İnsan haklarına saygılı ve dayalı” bir devlet, başka türlü düşünemez ve davranamaz; kendi özgür istenciyle üyesi olduğu uluslararası kuruluşun anayasasından doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için etkili “yargısal” denetim organlarının karar vermesini bekleyen bir yaklaşım içinde olamaz.

Ancak ne yazık ki, devletler, uluslararası yazılı insan hakları hukukunu kendi istençleriyle oluşturmuş olsalar da, yükümlülüklerini yerine getirmek için “hukuksal” bağlayıcılık içeren, uluslararası hukuku iç hukuklarıyla bütünleştiren ulusal düzenlemeler yapılmasını gerekli görmüşlerdir. Daha açık bir deyişle, uluslar yada *ulusal “üstü” olmayıp uluslar “arası” olan* hukuku iç hukukun parçasına dönüştüren kurallar bulunmadıkça, yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olmadıklarını düşünmüşlerdir. “Ulusüstü” olmadığı için, uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girer girmez iç hukuk üzerinde kendiliğinden “doğrudan” bir etki yaratmayan ve iç hukuka üstün tutulmayan uluslararası insan hakları hukukunu, onun başlıca kaynağını oluşturan sözleşmeleri “ulusal” işlemlerle (Anayasada yapılan bir düzenlemeyle) iç hukuklarıyla bütünleştirmişlerdir.

Bu konuda, uluslararası hukuk ve ulusüstü hukuk kavramlarının eşanlamlı olmadığını, birbirinin yerine kullanılmaması gerektiğini belirtmek istiyorum. Uluslararası bir antlaşmanın Anayasayla yapılan düzenlemeyle “ulusüstü” nitelik kazanması olanaklıdır. Ancak uluslararası antlaşmaları iç hukukla bütünleştiren anayasal düzenleme kurallar sıralamasındaki yeri konusunu boş bırakmışsa, bu sorunun çözümü yorumlara ve yargı kararlarına bırakılmış demektir. Oysa ulusüstü hukuk, bu gibi iç hukukla bütünleştirme düzenlemelerine gerek kalmaksızın, Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, üye devletlerin ulusal hukuku üzerinde doğrudan etkide bulunan ve tüm yetkilerin ve yargı yerlerinin doğrudan uygulaması gereken hukuktur. Ulusüstü olma özelliğini “sonradan” değil “önceden” ve kendiliğinden kazanan ve kurallar sıralamasının en üstünde yer alan hukuktur. Bu anlamda, sözleşme-dışı koruma yöntemleri ayrı tutulmak kaydıyla, BM’nin insan hakları sözleşmeleri ile Avrupa Konseyi (AK) sözleşmeleri ve yakınmalara dayalı özel denetim yöntemi ayrı tutulmak üzere UÇÖ sözleşmeleri “ulusüstü” değildir. Çünkü bu kuruluşların ilgili ana organları “ulusüstü” değil “uluslararası” kurallar üretme yetkisiyle donatılmışlardır ve AB’de olduğu gibi, AB hukukunun ulusüstü olduğunu içtihatlarıyla ortaya koyan birer yargı organı (Avrupa Topluluğu / Birliği Adalet Divanı, ATAD) yoktur.⁵ AK çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesiyle (İHAS) kurulan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de (İHAM), ulusüstü değil ulusal yargı yerlerini “tamamlayıcı” bir organdır.

⁵ Pierre Rodière, *Droit sociale de l’Union européenne*, LGDJ, Paris, 2002, s. 5.

II. İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİNİN İÇ HUKUKTA ETKİSİ VE BAĞLAYICILIĞI: 2004 DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİNDE MADDE 90

Anayasanın 90. maddesinde ve özellikle son fıkrasında yapılan, onaylanmış insan hakları sözleşmelerinin iç hukukta etkisi ve bağlayıcılığı konusundaki son düzenlemeyi ele almadan önce, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan” usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar için geçerliliğini sürdüren ilk iki cümle üzerindeki görüşlerimi iletmem istiyorum.

Dolayısıyla, önce Mayıs 2004 değişikliği öncesindeki düzenlemeyi ele alıp tartışacağım. Bu nedenle de önce, anlam ve içeriği konusunda görüş birliğine varılmayan madde 90/son fıkra kuralının, her birini sırasıyla ve ayrı ayrı ele alacağım iki cümlelik düzenlemesini aktarmak ve anımsatmak istiyorum:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”

1. İç Hukukta Usulüne Göre Yürürlüğe Koyma İşlemleri

Anayasamızın insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri ulusal hukukla bütünleştirmek için öngördüğü iki işlem, “*uygun bulma yasası*” çıkarılması ile “*onay ve Resmi Gazetede yayımlama*”dır.⁶ Birincisi yasamanın, ikincisi de yürütmenin yetkisindedir. İlk fıkrasında, antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma yasası çıkarma koşuluna bağlı tutan 90. madde, farklı uluslararası antlaşmaları gözönüne alıp istisnalar koyarak, bu konuyu düzenlemiştir.

Bu düzenleme yapılırken, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın ulusal hukuk üzerinde kendiliğinden ve doğrudan doğruya etki gücü bulunmayan –yani ulusüstü olmayan- uluslararası sözleşmelerin iç hukukla bütünleştirilmesinin yanı sıra, aynı zamanda bu sözleşmelerin ulusal hukuk düzenini oluşturan kurallar sıralamasının neresinde olduğu da açıkça belirtilebilir yada, ülkemizde olduğu gibi, sorun bu yönüyle ortada, uzman ve uygulayıcıların farklı yorumlarına açık

⁶ Anayasanın, uygun bulma yasası çıkarılması koşulunu aramadığı ve salt “yayımlama” ile yürürlüğe konulabilmesine olanak tanıdığı antlaşmalar da vardır (m. 90/2 ve 3). İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ne salt yayımlama, ne de salt uygun bulma yasası çıkarılarak onaylanıp “usulüne göre yürürlüğe konulabilir.” Önemle belirtiyim ki, çoğu zaman, hatta yargı kararlarında da örneklerine rastlandığı gibi, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş olma” anlamında olmak üzere “imza” yada “uygun bulma yasasının kabul” edildiğinin belirtilmesiyle yetinilmektedir. Oysa, insan hakları sözleşmeleri, yalnızca üç maddeden ibaret olan uygun bulma yasasının Resmi Gazetede yayımlanmasıyla ne iç hukuk ne de uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girer. Kavramların, anlam ve içeriklerine uygun olarak yerinde kullanılması, öncelikle hukukçuların ve yargı yerlerinin özen göstermesi gereken bir noktadır.

bırakılır. Bu örkek yada sakınımly yaklaşımlın sonucu ise, bilimsel, yargısal ve siyasal çevrelerde bitmez tükenmez tartışmalar olmuştur.

“*Milletlerarası andlaşmalar uygun bulma*” başlıklı 90. madde, Anayasanın “*Cumhuriyetin Temel Organları*” başlıklı Üçüncü Kısmınının “*Yasama*” başlıklı Birinci Bölümündeki “*Türkiye Büyük Millet Medisinin Görev ve Yetkileri*” başlıklı II. alt başlığında yer almıştır. Dolayısıyla, salt başlığına bakıldığı zaman, uluslararası antlaşmaları iç hukukla bütünleştirmenin yalnızca birinci işleminden söz edildiği görülür yada sanılabilir. TBMM'nin “onaylamayı bir kanunla uygun bulması”, onayın ilk işlemidir, önkoşuludur. Anayasa, bu yetkiyi TBMM'ye tanıdığını, 87. maddesinde de, daha önce, belirtmiştir. Onay, uygun bulma yasınının çıkarılması dışında, başka bir yetkili organın da işlemini gerektirmektedir ve bu ikinci işlem de, birincisinden sonra gerçekleştirilebilecektir.

90. maddenin 1. fıkrasındaki “Türkiye Cumhuriyeti *adına* (...) milletlerarası kuruluşlarla yapılan andlaşmalar” sözleri, kanımca uluslararası antlaşmalar için doğru bir anlatım değildir. Yabancı devletlerle yapılacak antlaşmalar, Türkiye Cumhuriyeti adına yapılabilir. Ancak “milletlerarası kuruluşlarca yapılan andlaşmalar”, *Türkiye Cumhuriyeti adına değil* tüm devletler, daha doğrusu *uluslararası kuruluş adına* yapılır. Kuruluşun üyesi olduğu için Türkiye'nin de yetkili bir temsilcisi, “Türkiye Cumhuriyeti *adına*” antlaşmayı kabul eden uluslararası kuruluşun yetkili organında yer alır. Bu, uluslararası antlaşmanın Türkiye Cumhuriyeti adına yapılması sonucunu doğurmaz. Antlaşma, tüm üye ve taraf devletleri yükümlülük altına sokan *uluslararası* bir belgedir.

Bu anlatım bozukluğunun “milletlerarası kuruluşlarca yapılan andlaşmalar” biçiminde düzeltilmesi gerektiğini belirttikten sonra, ilk fıkraya uyarınca onaylama işleminin bir uygun bulma yasınının çıkarılmasıyla başlaması gerektiğini bir kez daha yineleyelim. 2. ve 3. fıkralarda, kimi özellikleri bulunan antlaşmalar için onayı uygun bulma yası çıkarma koşulunun gerekli olmadığı belirtilmiştir. 4. fıkraya ise, uygun bulma yası çıkarılmasını “Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü andlaşma” için zorunlu tutmuş ve 1. fıkradaki kurala geri dönmüştür. 5. ve son fıkrada, 1. fıkradaki “onaylama” terimi dışında “*usulüne göre yürürlüğe koyma*” terimi kullanılmıştır. Bunun tanımını yapılmamıştır. Ancak, gerek 90. maddeden, gerekse Cumhurbaşkanınının “görev ve yetkileri”ni düzenleyen 104. maddeden, onay işleminin Anayasa anlamındaki tanımına ulaşmak olanaklıdır. Cumhurbaşkanınının “yürütme alanına ilişkin” görev ve yetkilerinden biri, “*milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak*”tır. Demek ki, onay, Cumhurbaşkanınının yapacağı bir işlemdir. Ancak Cumhurbaşkanı onay yetkisini, 90. maddenin öngördüğü uygun bulma yası koşulunun yerine getirilmesinden sonra kullanabilecektir. İşte bu iki işlem, Anayasa anlamında “*usulüne göre yürürlüğe koyma*”yı gerçekleştirilmektedir.

1963 yılında çıkarılan 244 sayılı yasa⁷, o dönemde de 1961 Anayasasının Cumhurbaşkanına tanıdığı “onay ve yayımlama” yetkisini Bakanlar Kuruluyla birlikte kullanmasını öngörmüştür. Dolayısıyla, kırk yılı aşkın bir süredir, uluslararası antlaşmaları usulüne göre yürürlüğe koymanın ikinci işlemi bu yasaya göre gerçekleştirilmektedir.

2. Birinci Cümle: “Kanun Hükmünde” Sayılmanın Anlamı

2004 Mayıs’ında eklenen yeni üçüncü cümlesini de gözönüne alarak, 90. maddenin son fıkraya kuralını, üç cümlesiyle yapılan düzenlemeyi, öncelikle “kanun hükmündedir” sözcüklerinden başlayarak irdelemeye çalışalım.

“Kanun hükmünde” sayılan antlaşmalar, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar”dır. Daha açık bir deyişle, TBMM’nin uygun bulma yasası çıkardığı ve Cumhurbaşkanının da (Bakanlar Kurulu ile birlikte) onayladığı ve yayımladığı antlaşmalar “kanun hükmündedir.” Ulus adına egemenliği kullanan yetkili organlardan ikisinin (yasama ve yürütmenin) işlemleriyle gerçekleşen onayın iç hukuk üzerindeki etkisi, daha doğru bir anlatımla, antlaşmaların iç hukuka katılması ve *“iç hukukla bütünleştirilmesi”*, “kanun hükmündedir” sözleriyle belirtilmiştir. Antlaşma, “ulusalüstü” olmadığı ve uluslararası olduğu için, iç hukukla bütünleştirilmesini sağlayan bir düzenlemenin yapılması zorunludur. Anayasa bunu, “kanun hükmündedir” diyerek gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla birinci cümlenin amacı ve işlevi, uluslararası hukukun parçası olan bir antlaşmayı ulusal hukukun parçasına dönüştürmek, ulusal yargı yerlerinin ve kamu yetkililerinin ulusal hukuka katılan bu antlaşmaları uygulamasını sağlamaktır. Bunun da, “monist” (tekçi, birici) yaklaşımın benimsenmesi anlamına geldiğini biliyoruz. “Benzetmede hata olmaz” özdeyişinden yararlanarak, “kanun hükmündedir” sözlerinin işlevinin, uluslararası antlaşmanın “Kapıkule’den içeri girmesini sağlama” ve sonucunun da, evlilik kurumunun açıklanmasında başvuru olan “1+1=1” formülünde olduğu gibi, iki ayrı hukuk düzenini tek bir hukuk düzeni olarak birleştirip bütünleştirmektir.

Ben, 1988 yılında yayımlanan bir makalemde, “kanun hükmündedir”in şöyle anlaşılması gerektiğini yazmıştım: “... uluslararası andlaşmaların kurallar sıralamasındaki yerinin belirlenmesine değil hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunun düşündüğümüz ‘kanun hükmünde’ sözcüklerini, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk kurallarının eşdeğer olduğu biçiminde yorumlamamak, *koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası*

⁷ 31 Mayıs 1963 tarihinde kabul edilen 244 sayılı “Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayımlanması İle İlgili Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun” için bkz: **Resmi Gazete**, 11 Haziran 1963, Sayı: 11425, s. 1-2.

Sözleşmenin, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı yolunda değerlendirmek daha doğrudur.”⁸

Ne var ki “kanun hükmündedir” sözleri, öğretide, kimi zaman “hükmündedir” sözcüğünün eşanlamlılıymışçasına başka sözcükler kullanılarak farklı, kanımca yanlış yorumlanmıştır. Dolayısıyla, öncelikle bu sözlerin anlamı üzerinde uzlaşmak gerekir. Bu uzlaşma, yani “kanun hükmündedir” konusunda ortak anlayış, üçüncü cümlelerin eklenmesinden sonra da gereklidir. Çünkü temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası antlaşmalar için bu yeni ekleme uygulanmayacaktır. “Kanun hükmündedir” sözlerini, “*kanun seviyesindedir*”, “kanun gibidir”, “kanuna eşdeğerdir”, kısacası “kanundur” biçiminde yorumladıktan sonra, Anayasanın açıkça düzenlemediği çatışma sorununa çözüm bulmak kolay olmuştur. Bu görüşün mantıksal gereği ve uzantısı olarak “ulusal” kanunlar arasındaki çatışmaya uygulanan yorum kuralları geçerli sayılınca, onaylanan antlaşmanın kurallar sıralamasındaki yerini belirlemeye yönelik çözüm de kendiliğinden ortaya çıkmıştır.

Oysa, bu yaklaşımın hukuksal geçersizliği açıktır, ortadadır. Bir kez, eğer antlaşmaları onayladıktan sonra, “kanun” sayıyorsanız, doğal olarak kanunlarda yaptığımız değişiklikleri antlaşmalarda da yapabilmemiz gerekir. Oysa, onaylayarak Türkçe ve İngilizce’sini Resmi Gazetede yayımladığımız antlaşmaların değil sözcüklerine, virgülüne bile dokunamazsınız. Onun yetkili organı, ulusal yasa koyucular değil, ulusların yetkili temsilcilerinden oluşan uluslararası organlardır. 87. maddenin TBMM’ye tanıdığı “kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak” yetkileri, onaylanan uluslararası antlaşmalar için kullanılamaz.

“Kanun hükmündedir”i, “kanun düzeyindedir” biçiminde anlamak ve yorumlamak, başından beri yanlış olmuştur. Uluslararası antlaşmayı iç hukuka katma, onun parçasına dönüştürme amacı taşıyan bir düzenleme, amacı ötesinde yorumlanmıştır. Böyle yorumlanırken de, aslında geri plandaki amaç, insan hakları ile ilgili olanları da kapsamak üzere tüm uluslararası antlaşmaları bir tutup onlara yasaların ve giderek Anayasanın da üstünde bir yer ayrılmasına karşı çıkmaktır. Böyle bir sonuca varmak için “kanun hükmündedir” düzenlemesi, Anayasadaki boşluk nedeniyle amacı ve işlevi ötesinde yorumlanmıştır.

Çatışan “yasa-yasa” ilişkisinde uygulanan yorum kurallarının tüm anlam, içerik ve sonuçlarıyla geçerli olduğu düşünüldüğü zaman, yasa düzeyine indirgenen antlaşmaların da ulusal yasalar gibi yasa koyucu tarafından istediği

⁸ Mesut Gülmez, “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 4, Aralık 1988, s. 41. 1996’da da, “Kanun hükmünde sözcükleri, koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşmenin, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı ve doğrudan doğruya uygulanması gerektiği” biçiminde anlaşılmalıdır” diyerek, öğretinin üzerinde durmadığı bu görüşümü yinelemiş, “tekçi” yaklaşımın benimsenmesiyle ilgili olduğunu savunmuştum. *Bkz.*: Mesut Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, TODAİE Yayını, Ankara, 1996, s. 217.

zaman ve istediği gibi değiştirilebilmesini kabul etmek gerekir. Oysa bu olanaksızdır, düşünülemez bile. Yani, “kanun hükmünde” sayılan uluslararası antlaşma-yasa çatışmasına uygulanabileceği ileri sürülen yorum kuralı, aslında bu çatışmaya uygulanamaz, uygulanmamak gerekir; uygulanırsa da, sonuçlarını, yani onaylanan antlaşmanın olağan bir ulusal yasa düzeyine indirildiğini ve yetkili organca da değiştirilebileceğini kabul etmek gerekir. Bunun da, “uluslararası” ortak kurallar oluşturmanın amacına aykırı olduğu açıktır.

Ne “sonraki yasanın önceki yasadan”, ne de “özel yasanın genel yasadan” önce geleceği yolundaki yorum kuralları, antlaşma-yasa çatışmasında uygulanmaya elverişlidir. Bu yorum kurallarının antlaşma-yasa çatışmasına uygulanması, ulusal yasa koyucuya, bir yandan antlaşmayı onaylayarak iç hukukuna katarken ve Anayasa gereği olarak yürütmeyi, yönetimi ve yargı yerlerini bağlayan bir hukuksal değer kazanırken, öte yandan hemen ardından o konuda yeni bir düzenleme yaparak, onayladığı antlaşmayı hukuken geçersiz kılma, böylece de bir tür “hile-i şeriye” yaparak üstlendiği uluslararası yükümlülüklerden kurtulma olanağı verir. Bunu, ne üye ve taraf devletler için bir alt sınır olarak uluslararası hukuk oluşturma, ne de antlaşmaları onaylama amacı ile bağdaştırma olanağı vardır. Bu, düpedüz, kendi özgür iradesiyle oluşturduğu ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri “by pass” etmek demektir. Kaldı ki, TBMM’nin görev ve yetkileri (m. 87) arasında, yalnızca uygun bulma yasası çıkarılması vardır; uluslararası antlaşmalarla ilgili yetkisi bundan ibarettir ve uygun bulma yasasında da, antlaşmanın içeriğine dokunulmaz, dokunulamaz.

Bu nedenle, “kanun hükmündedir”i, yalnızca onaylanan antlaşmanın iç hukukla bütünleştirilmesi olarak anlamak; başta yasama organı olmak üzere yürütme ve yargı organlarını da bağlayan, uymaları ve uygulamaları gereken bir düzenleme olarak yorumlamak gerekir. Bundan, onaylanan antlaşmanın iç hukuktaki kurallar sıralamasındaki yerine ilişkin kesin sonuçlar çıkarılması doğru değildir. Eğer, 2004 değişikliği öncesindeki düzenleme çerçevesinde ve yalnızca iki cümleli madde 90/son fıkra kuralıyla sınırlı olarak bu konuda bir değerlendirme yapmak gerekirse, ulaşılmaması gereken doğru, ama eksik hukuksal sonuç budur.

Dolayısıyla, 2004 değişikliği öncesinde, onaylanarak iç hukukla bütünleştirilen uluslararası antlaşmaların kurallar sıra düzenindeki yeri sorununa “kanun hükmündedir” sözcükleri çerçevesinde çözüm aramak ve bilinen yorum ilkelerini uygulayarak çözüm bulmak olanaklı değildir. İç hukukun parçasına dönüştürülmüş bir antlaşmayı “yasa” düzeyine indirmek, ardından da uygulanan yorum kurallarıyla antlaşmanın nitelik ve amacıyla hiçbir biçimde bağdaşmayacak sonuçlara ulaşılmamasına fırsat vermek hukuksal bir çözüm değildir. Nitekim, pozitif hukukun boş bıraktığı bu sorun, öğretisi ve yargı bağlamlarında çözüme bağlanamamış ve mevzuatçı eğilimin ağır bastığı hukuk kültürümüzde yazılı hukukun düzenlemesine gereksinim duyulmuştur.

3. İkinci Cümle: Anayasa Mahkemesine Başvurulamamasının Anlamı

Mayıs 2004'te yapılan değişiklik, daha doğrusu madde 90/son fıkraya yapılan ekleme öncesinde, onaylanan antlaşmanın iç hukuktaki yeri konusunda ilgili hiçbir düzenleme yok muydu? Açık ve doğrudan bir düzenleme yapılmaması olmakla birlikte, bu sorunla bağlantılı sayabileceğimiz dolaylı bir kural yok muydu? Kuşkusuz vardı, şu anda da aynen sürmektedir. Bu, “Anayasa Mahkemesine başvurma” yasağı getiren ikinci cümledeki kuraldır.

Bu kuralın Anayasaya konulmasını iki biçimde yorumlamak olanaklıdır. İlk olarak, Anayasa Mahkemesine başvurulmasını yasaklamanın nedeni, Anayasa koyucunun, örtük olarak, “kanun hükmünde” saydığı onaylanmış antlaşmaları “kanun düzeyinde” kabul etmiş yada edilebileceğini düşünmüş olmasıdır. Bu yaklaşımın olası sonuçlarını engellemek amacıyla da, ulusal yasalar için açık olan anayasal denetim yolunu kapatmıştır. Ancak gerekçedeki açıklama, bu görüşü destekleyici nitelikte değildir. Daha doğrusu, aşağıda aktardığım gerekçe yetersizdir:

“Gerçekten, bir anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptalinin, *Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmaması için*, bu murakabenin, teşri organının tasvibinden geçmeden önce tahrir edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir.”

İkinci cümledeki düzenlemeyi şöyle yorumlamak da olanaklıdır: Anayasa koyucu, ilk cümledeki düzenlemeyle onaylanan antlaşmaları “kanun hükmünde” saymış olmakla birlikte, ikinci cümledeki düzenlemeyle aslında antlaşmaların yasalardan farklı işlemler niteliği taşıdığına bilincinde olduğunu ortaya koymuştur. Yukarıdaki varsayımın tersine, iç hukukla bütünleştiği antlaşmaları yasalarla eş düzeyde ve değerde tutma amacı taşımamıştır. Daha doğrusu, onaylanmış antlaşmaların iç hukuk düzenindeki yeri sorunu konusunda açık ve doğrudan bir düzenleme yapmak istememiştir. Olası aykırılık ve uyumsuzlukların onay öncesinde saptanması ve onaydan önce, iç hukukta yapılacak düzenlemelerle giderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu, aslında, yasa koyucuya bir anımsatma, hatta uyarıdır. Ancak kanımca, uyum sağlayıcı tüm değişiklik ve düzenlemelerinin onay öncesinde gerçekleştirilmesi, onay için “olmazsa olmaz” bir koşul değildir, aykırılıkların onaydan sonra da giderilmesi olanaklıdır. Çünkü, uluslararası antlaşmaların onaylanmasından ve onayın uluslararası hukukta yürürlüğe girmesinden sonra,⁹ denetim sistemi “derhal” ve “kendiliğinden” işlemeye başlamaz. Onaydan doğan başlıca yükümlülük olarak belirli aralıklarla gönderilmesi gereken hükümet raporlarının iletilmesine ve hatta -uygulamada görüldüğü gibi- raporların yetkili denetim organınca incelenmeye başlanmasına

⁹ Uluslararası antlaşmaların “iç hukukta” ve “uluslararası hukukta” yürürlüğe girmesi, farklı koşullara bağlıdır ve eşzamanlı değildir.

değin, taraf devletlerin uyum ve uygunluk sağlayıcı değişiklikleri yapma olanağı vardır. Dolayısıyla, antlaşmaya uyum sağlayan iç hukuk düzenlemelerini, denetim sisteminin eylemli olarak işlerliğe geçeceği tarihe değin yapmayı planlayarak, kimi aykırılıklar içeren antlaşmayı onaylamak uluslararası hukukun amacına ters düşmez.

Anayasa koyucunun yukarıdaki resmi gerekçede yer alan “özel amacı”, onaylanan antlaşmaların sonradan Anayasa Mahkemesine götürülerek iptal ettirilmesi olasılığını¹⁰ “devletin uluslararası sorumluluğu ve saygınlığı” ile bağdaştıramama olsa da,¹¹ kanımca madde 90/son’un bu ikinci cümlesinin nesnel düzenlemesi, onaylanan antlaşmanın nitelik olarak yasalardan farklı olduğunu ve Anayasa Mahkemesinin bunları Anayasaya uygunluk yönünden denetleme ve aykırılık varsa geçersiz kılma yetkisinin bulunmadığını (olmaması gerektiğini) kabul ettiğini gösteren, ancak gerçekte “malumu ilan eden”, doğru bir yaklaşımın ürünüdür.

Uluslararası bir antlaşmayı, iç hukukla bütünleştirdikten sonra, onu ne yasama ne de yargı organları bir bölümüyle yada tümüyle geçersiz kılabilir yada değiştirebilir. Bu, düpedüz, antlaşmayı yapan uluslararası organın yetkisine tecavüzdür. Uluslararası antlaşmayı onayladıktan sonra, ondan kurtulmanın, onu sona erdirmenin, üstlenilen yükümlülükler son vermenin kendine özgü yolları vardır. Bu yollar, uluslararası antlaşmalarda öngörülmüştür. Uluslararası hukukta yer alan koşullara uyararak antlaşmayı feshetmek olanaklıdır. Üstlenilecek yükümlülüklerin kapsamını belirlemek yada sonradan değiştirmek, yine öngörülen koşullara uygun olarak gerçekleştirilebilir.

Bu nedenle, onaylanan antlaşmalara karşı anayasal denetim yolunun açıkça kapatılmış olması, gerekli olmasa da, aslında düşünce olarak yanlış değildir ve Anayasa Koyucunun özel amacı dışında, antlaşmaların yasalardan farklı nitelikte belgeler olduğu düşüncesi ve gerçeğinin bir sonucudur; böyle yorumlayıp anlaşılması koşuluyla, uluslararası hukuka uygun bir düzenlemedir. Ancak, madde 90/son’da bu cümleye yer verilmemiş olsaydı da, Anayasa Mahkemesinin uygunluk denetimi yapması düşünülemezdi. Ulusal yasama organının iradesinin ürünü olmayan kaynakları (yani uluslararası antlaşmaları) ulusal yargı yerlerinin

¹⁰ Anayasa Mahkemesinin, onaylanmış bir uluslararası antlaşmayı “Anayasaya aykırı olduğu” gerekçesiyle iptal etmesinin uluslararası hukuk açısından hiçbir sonuç doğurmayacağı açıktır. Yapılabileceği varsayılırsa, bu anayasal denetimin yalnızca antlaşmanın iç hukukla bütünleşmesini sona erdirmeye sonuca doğurabileceği kanısındayım. Bunun yolu ise, antlaşma ulusal ve uluslararası hukuklarda yürürlüğe girmeden, uygun bulma yasasının iptal edilmesi ve böylece usulüne göre yürürlüğe koyma sürecinin önünün kesilmesidir.

¹¹ Aslında bu gerekçe yetersizdir. Yetersizliği, özellikle uluslararası antlaşmanın yapılışı, niteliği ve amacı ile ilgilidir; bunların farkına varılmamış, yalnızca devletin uluslararası sorumluluğu açısından yaklaşımıdır.

kararlarıyla geçersiz kılmak yada değiştirebileceğini düşünmek, uluslararası hukukla bağdaşmaz.

Kısacası, madde 90/son fıkradaki ikinci cümle, gereksiz olarak konulmuştur. Kanımca bu cümle yazılmamış olsaydı da, Anayasa Mahkemesinin onaylanmış uluslararası sözleşmeleri içerik olarak denetlemesi ve kimi maddelerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmesi söz konusu olamazdı.

Ancak, yazılı metinde yer alan bu ikinci cümleyi, yorum yoluyla, onaylanan antlaşmaların iç hukuktaki yeri sorunu açısından değerlendirmek olanaklıdır. Anayasal denetim yolunun kapatılmış olmasına dayanarak, onaylanan antlaşmaların en azından yasaların üstünde yer aldığını ileri sürmek olanaklıdır.¹² Kuşkusuz, çatışma sorununu çözmek için açık ve doğrudan bir kural konulması gerekirdi. İkinci cümle ise, böyle bir amaç taşımamaktadır.

Bu yorum, daha doğru bir deyişle, ikinci cümle çerçevesinde ileri sürülen farklı görüşler, 2004 değişikliği sonrasında da, “temel hak ve özgürlükler” e ilişkin olmayan onaylanmış uluslararası antlaşmalar için geçerlidir. Ancak, “temel hak ve özgürlükler” ile ilgili antlaşmalar için, kuşkusuz yeni üçüncü cümle gözönüne alınacak, antlaşma–yasa çatışmasında, onaylanmış uluslararası antlaşma Anayasa buyruğu olarak uygulanacaktır.

4. Anayasada Uluslararası Hukuka Yapılan Yollamalar ve Madde 90/Son Fıkra Kuralı Karşısındaki Anlamı

Onaylanmış uluslararası sözleşmelerin madde 90/son fıkra kuralı çerçevesinde iç hukuktaki yeri konusunun tartışılmasında, bu sözleşmelerin “kanun seviyesinde” olduğunu savunanların dayandıkları noktalardan biri de, Anayasanın çeşitli maddelerinde dört farklı kavram kullanılarak yapılan yollamalar olmuştur. Bunlar; “milletlerarası hukuk”, “milletlerarası andlaşmalar”, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalar” ve “milletlerarası nezaket kuralları” kavramlarıdır. Görüldüğü gibi, “ihlal etmeme”, “uygunluk sağlama” ve “saklı tutma” biçimlerinde yollamalarda bulunan milletlerarası hukuk yada milletlerarası antlaşmalar, *temel hak ve özgürlüklere* ilişkin olanlarla sınırlı değildir.

Sözü edilen yollamalar ve ilgili oldukları hak ve özgürlükler şunlardır:

¹² Örneğin A. Şeref Gözübüyük, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile sınırlı olarak, 1987’de yayımladığı ve Sözleşmenin yalnızca yasalara değil Anayasaya da üstün olduğunu savunduğu makalesinde, son fıkrasının ikinci cümlesine dayanarak şöyle yazmıştır:

“... Anayasa, andlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini belirtmek suretiyle, iç hukuk yönünden anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsemiştir.”

(A. Şeref Gözübüyük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, *İnsan Hakları Yılı*, Cilt 9, 1987, s. 7).

- Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasında; “savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, *milletlerarası hukuktan* doğan yükümlülükler(in) ihlal edilmeme(si)” (m. 15/1);
- Temel hak ve özgürlüklerin, yabancılar için, “*milletlerarası hukuka* uygun olarak kanunla sınırlanabil(mesi)” (m. 16);
- Eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi konusunda; “Türkçe’den başka hiçbir dil(in), eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okut(ma) ve öğret(me)” yasağı getiren kural ile “eğitim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar(ın) kanunla düzenlen(mesi)” zorunluluğu için “*milletlerarası andlaşma hükümleri*(ni) saklı” tutan kural (m. 42/son);
- Savaş hali ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme konusunda; TBMM’nin, savaş hali ilanına “milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde” izin verme yetkisi ile Türk Silahlı kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verme yetkisini, “*Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların* veya *milletlerarası nezaket kurallarının* gerektirdiği haller dışında” kullanabilmesini öngören kural (m. 92/1).

Belirli konulardaki bu “istisna” nitelikli yollamalar nasıl yorumlanmalıdır?

Söz edilen konuları düzenleyen uluslararası hukuk yada antlaşmaların bağlayıcılık gücü ve kurallar sıralamasındaki yeri nedir? 90. maddede sözleşmelerin onaylanması ve usulüne göre yürürlüğe konulması için aranan koşullar, bu maddelerdeki yollamalar için de geçerli midir?

Son sorudan başlayarak yanıtlamak gerekirse; söz konusu dört yollama için, kuşkusuz, uygun bulma yasası çıkarma ve antlaşmaları onaylayıp yayımlama koşulları aranmaz. Anayasa, dört konuyla ilgili uluslararası hukuk ve antlaşma kurallarını doğrudan doğruya iç hukukla bütünleştirmiştir, başka hiçbir işlem yapılması gerekmez; deyim yerindeyse, usulüne göre yürürlüğe koymayı doğrudan Anayasa yapmıştır. Yetkili ve görevli organ yada makamların, sözü edilen konulara ilişkin uluslararası hukuk kurallarını doğrudan uygulamaları gerekir. Bu konuda, Anayasadan kaynaklanan iç hukukla bütünleşme ve başka bir ulusal düzenleme yapılmasına gerek göstermeyen, anayasal ve koşulsuz “doğrudan etki” söz konusudur.

Doğrudan etkisi Anayasa buyruğu olan söz konusu uluslararası hukuk ve antlaşma kuralları, iç hukuka üstün tutularak öncelikle uygulanacaktır. Yapılan anayasal yollamalarda, uluslararası hukukun iç hukuktaki yeri, kurallar sıradüzenindeki konumu ile ilgili açık ve doğrudan bir belirleme yapılmamıştır. Buna karşın, saklı tutulan uluslararası hukuk ve antlaşmalar, yasaların yanı sıra Anayasaya da üstün tutularak uygulanmalıdır. Kanımca saklı tutma, Anayasa kurallarını da kapsar.

Bu, “yorum”la ulaşılan bir görüş ve sonuçtur. Saklı tutulan uluslararası hukuk kurallarının doğrudan etki gücünün bulunduğunu ve iç hukuka üstün tutulduğunu, kısacası açık anayasal düzenlemeyle “ulusalüstü” nitelik taşıdığını düşünmek ve ileri sürmek, 90. maddedeki düzenlemeye uygun olarak onaylanmış uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ancak “kanun seviyesinde” bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşılmamasını gerektirmez. Anayasanın, belirli konulara ilişkin olarak öngördüğü “istisnai” kurullarla, uygun bulma yasası çıkarılmasının yanı sıra onay ve yayım koşulları da aranmadan, iç hukukla doğrudan bütünleşmeyi sağlamış olması, 90. madde uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların, bunlardan insan haklarına ilişkin olanlarının, yorum yoluyla ve yine Anayasanın başka kurallarını (2. ve 14. maddelerdeki insan haklarına saygı göstermeyi ve dayanmayı devlet için anayasal yükümlülük olarak öngören kuralları) gözönüne alarak, Anayasayı da kapsamak üzere iç hukuka üstün olduğunu ileri sürmeye engel olamaz. İnsan haklarına saygılı ve dayalı devlet, yasama ve yürütme organlarının birleşen istenciyle iç hukukla bütünleştirilen insan hakları sözleşmelerini, Anayasaya da üstün tutarak uygulamak zorundadır. Bu görüş, yorum sonucu olduğundan, yani Anayasada bu konudaki çatışmayı çözmeye yönelik açık ve doğrudan bir düzenleme bulunmadığından, zaman içinde benimseyenlerin sayısı artmış olsa da, azınlık görüşü olarak kalmıştır; özellikle tüm yargı yerlerince istikrarlı biçimde benimsenmemiştir. Temelde, katı mevzuatçı anlayışın sonucu olan bu yaklaşım, kimi istisnalarıyla,¹³ Mayıs 2004 değişikliğine değin sürmüştür.¹⁴

III. YENİ ÜÇÜNCÜ CÜMLE: MAYIS 2004’TE YAPILAN DEĞİŞİKLİK VE ANLAMI

1982 Anayasası’nın 1961 Anayasası’ndan aldığı 90. maddesinin son fıkrasındaki, onaylanmış uluslararası sözleşmelerin iç hukukla bütünleştirilmesi ve iç hukuktaki etkisi konusundaki iki cümlelik –yetersiz- düzenleme, özellikle son onbeş yıldan beri bilimsel, yargısal, siyasal ve sendikal çevrelerde tartışma konusu

¹³ Örneğin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi dışında, 1993’te onaylanan 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesinin 2004 değişikliği öncesinde doğrudan uygulanmasına örnek oluşturan İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 31 Ekim 2001 tarihli ve 2001/592 esas ve 2001/1317 karar sayılı kararının değerlendirilmesi için bkz.: Mesut Gülmez, “Maaş Kesme Cezası ILO Sözleşmelerine Aykırı Olur muymuş?”, *Gümüşüğü*, Sayı: 17-18, Temmuz-Ağustos 2004, s. 15-17.

¹⁴ Bu konuda, adli ve idari yargının 1990’lı yıllardaki yaklaşımı ve değerlendirilmesi için bkz.: Mesut Gülmez, *Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku*, TODAİE Yayını, Ankara, 2002, s. 241-291; Mesut Gülmez, “Danıştay Birinci Dairesinin Görüşü: Memur Sendikalarına Anayasal Bir Engel Yoktur”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, Haziran 1992, s. 191-197; Mesut Gülmez, *Belgelerle Yönetim, Yargı ve Memur Sendikaları*, TODAİE Yayını, Ankara, 1993, s. 159-167.

olmuştur. Bireysel başvuru hakkının tanındığı, Avrupa Birliğine tam üyelik başvurusunun yapıldığı ve ulusal hukuku önceleyen kamu görevlilerinin onayladığımız uluslararası insan hakları sözleşmelerine (özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 98 sayılı Örgütlenme Hakkının Korunması ve Toplu Pazarlık Sözleşmesine) dayanarak sendikalaşma çalışmalarına başladıkları 1987 yılından beri bu sorun, eğer yalnızca antlaşma-yasa çatışması gözönüne alınırsa iki, buna ek olarak antlaşma-Anayasa çatışması da gözönüne alınırsa dört farklı görüş çerçevesinde tartışılmıştır.¹⁵ Ancak, temelde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi özelinde yapılan bu tartışmalarda, çatışma sorununun doğrudan ve

¹⁵ Özellikle 1987'den sonra çok sayıda incelemeye konu olan ve birçok bilimsel toplantıda ele alınan bu soruna ilişkin olarak, 1970'li yılların ortalarından 2000'li yıllara değin dile getirilmiş olan ve burada anımsatmaya gerek görülmeyen, özetle antlaşmaları yasalar düzeyinde, yasaların üstünde, Anayasa düzeyinde ve Anayasa üstünde sayan farklı görüşler için örneğin bkz.: Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF Yayını, Yenilenmiş Beşinci Bası, Ankara, 1976, s. 127; Rona Aybay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku", **İnsan Hakları Armağanı**, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayını, Ankara, 1978, s. 116-134; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1. Kitap, AÜSBF Yayını, Ankara, 1985, s. 30; Mümtaz Soysal, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1986, s. 15, 16-17; A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 9, 1987, s. 7; Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Lütfü Duran'a Armağan Özel Sayısı, Sayı 1-3, 1988; Mesut Gülmez, "Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 21, Sayı 4, Aralık 1988, s. 40-43; Tekin Akıllıoğlu, "Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler", **A. Ü. SBF Dergisi**, Cilt XLIV, Ocak-Haziran 1989, No: 1-2, s. 161-194; Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", **A. Ü. SBF Dergisi**, Cilt XLIX, Sayı 3-4, 1989, s. 157, 158, 164 ve 173; A. Şeref Gözübüyük, "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri** (Yay. Haz.: Mesut Gülmez), TODAİE, Ankara, 1992, s. 11-18; E. Yasemin Özdek, "Anayasa Mahkemesi ve Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri", **Çağdaş Hukuk**, Yıl 1, Sayı 11-12, Mart-Nisan 1993; Necmi Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt II, Sayı 1, Mayıs 1994; Mümtaz Soysal, "Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1997, s. 171-187; Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmalar 'Anayasa-Üstü' mü?", **Cumhuriyet**, 6 Mayıs 1998, s. 2; Mesut Gülmez, "Evet, Uluslararası Sözleşmeler 'Anayasa-Üstü'dür", **Cumhuriyet**, 17 Haziran 1998, s. 2; Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuz Etkileri", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2000, s. 32-40; Hasan Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2000, s. 174-193.

açık biçimde düzenlenmemiş olması nedeniyle, ne bilimsel ne de yargısal bağlamlarda bir görüş ve içtihat birliğine ulaşılabilmektedir.

2001 Anayasa değişiklikleri içinde bu sorunun çözülmesine yönelik bir düzenleme öngörülmesi de, uyum paketinin bu maddesi son anda geri alınmıştır.¹⁶ Son değişiklik, Avrupa Toplulukları Komisyonunun 6 Ekim 2004'te açıklanan İlerleme Raporunda ve Komisyonun Avrupa Konseyi ile Parlamentosuna yönelik Tavsiyesinde,¹⁷ “Türkiye'nin siyasi ölçütleri yeterince karşıladığını düşünerek, üyelik için görüşmelerin açılması” tavsiyesinde bulunmasından ancak beş ay kadar önce gerçekleştirilebilmiştir.

1. 90. Maddeye Yapılan Ekleme ve Gerekçesi

Anayasa düzeyindeki, on maddesinden dördünün “ölüm cezası”nın Anayasanın çeşitli maddelerinden ayıklanmasına ilişkin olan, “Avrupa Birliği'ne uyum” paketlerinden sonuncusunun içinde, onaylanmış uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki çatışma sorununa açıklık ve çözüm getirici nitelikte ekleme yapan bir kurala da yer verilmiştir. Anayasanın 90. maddesinin yukarıda incelenen iki cümlelik son fıkrasına, kanımca bir yandan değindiğim tartışmalara nokta koyan, ama öte yandan da birçok kuşku, duraksama ve sorulara yol açabilecek nitelik taşıyan yeni bir cümle daha eklenmiştir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çakabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

AKP Grup Başkanvekilleri ile 193 milletvekilinin verdiği Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki kanun teklifinin “*genel gerekçe*”sinde, öteki maddelerde gerçekleştirilen değişikliklerin yanı sıra 90. maddenin son fıkrasına

¹⁶ 2001 yılında hazırlanan 37 maddelik Anayasa değişiklikleri paketinde, yasa önerisinin 32. maddesiyle son fıkraya eklenmesi öngörülen ve Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metinde de herhangi bir değişiklik yapılmayan çatışma kuralı şöyle idi:

“Kanunlar ile milletlerarası antlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır.”

Görüldüğü gibi bu öneride, yasalara üstün tutularak öncelikle uygulanması öngörülen uluslararası antlaşmaların konusuna ilişkin bir sınırlama getirilmemiş, yani yalnızca “temel hak ve özgürlükler” ile ilgili antlaşmaların “esas” alınması öngörülmemiştir. Ayrıca, birinci cümledeki “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” sözlerine de yer verilmemiştir. Bkz.: **TBMM Tutanak Dergisi**, S. Sayısı:737, Cilt 70, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Demokratik Sol Parti İstanbul Milletvekili Bülent Ecevit, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli, Anavatan Partisi Genel Başkanı Rize Milletvekili Mesut Yılmaz ile 288 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/803), s. 23.

¹⁷ Commission des Communautés européennes, **Rapport Régulier 2004 sur les progrès réalisés par la Turquie en la voie de l'adhésion**, Com(2004)656 final, Bruxelles, le 6.10.2004, SEC(2004)1201; Recommandation concernant la Turquie, FR, restricted.

yapılan yukarıdaki eklemenin de nedenlerinden biri olarak şu genel açıklamaya yer verilmiştir:

“... diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde *temel hak ve hürriyetlerin*, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile *Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla* kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.”¹⁸

Bu alıntıda altını çizmek istediğim nokta, yapılan eklemenin içeriğine ilişkin doğrudan bir açıklama yer almamakla birlikte, ek cümlede de geçen “*temel hak ve hürriyetler*” terimlerine yer verilmiş olmasıdır. Buna karşılık, genel gerekçeye oranla üçüncü cümlenin pozitif metnine daha çok açıklık getiren yasa önerisinin 7. maddesinin gerekçesinde, “temel hak ve özgürlüklere” değil “*insan haklarına*” ilişkin uluslararası antlaşmalardan söz edilmiştir. Onaylanmış uluslararası antlaşmaların aykırı kurallar içeren yasalar karşısındaki konumuna açıklık getiren ve antlaşmaların, kendisiyle çeliştiği yasalara “öncelik” verilerek uygulanacağını belirten kısa *madde gerekçesi* şöyledir:

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş *insan haklarına* ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine *öncelik* verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”¹⁹

Yasa önerisine ilişkin 30 Nisan 2004 tarihli Anayasa Komisyonu Raporunda, 30 Nisan 2004 tarihinde tümü ve maddeleri üzerinde görüşmeler yapılan yasa önerisinin 7. maddesi konusunda, kimi üyelerin (sanıyorum CHP'lilerin) uyuşmazlık durumunda öncelikle uygulanması söz konusu olabilecek uluslararası antlaşmaların sayılarak belirlenmesi isteğinde bulduklarını, ancak isteklerinin kabul edilmediğini belirten şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Teklifin, çerçeve 7 nci maddesi; usulüne göre yürürlüğe konulmuş *temel hak ve özgürlüklere* ilişkin andlaşmalar ile kanunların çatışması halinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınmasını öngörmektedir. Bu madde üzerindeki görüşmelerde sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, *hangî andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesinin gerekli olduğu* üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve

¹⁸ TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 430, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), s. 5.

¹⁹ a.k, s. 6.

7 nci madde Teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir. Komisyonumuza verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde bu maddede geçen, “andlaşmalar ile” ibaresi “andlaşmalarla” şeklinde düzeltilmiştir.”²⁰

Nitekim, Anayasa Komisyonunun önerileri kabul edilmeyen CHP’li altı üyesi,²¹ aşağıdaki gerekçelerle yasa önerisinin 7. maddesine karşı oy yazısı yazmış ve uyumsuzluklarda uygulanması söz konusu olabilecek antlaşmaların yukarıda aktarılan Komisyon raporunda olduğu gibi tek tek sayılmasını değil, hiç olmazsa “hangi kaynaklardan” geldiklerinin belirlenmesini istemişlerdir:

“Teklifin 7 nci maddesinde kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyumsuzluklarda hükümleri *esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen andlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasını*, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7 nci maddedeki düzenlemeye karşıyız.”²²

Kanımcı karşı oy yazısındaki antlaşmaların hangi kaynaklardan geldiğinin belirlenmesi yolundaki istek, antlaşma ve sözleşmelerden örnekler verilmedikçe, soruna ancak kısmen açıklık kazandırabilirdi. Kaynaklardan amaç, antlaşmaları kabul eden evrensel ve bölgesel kuruluşlar olduğuna göre, salt Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi gibi kuruluşları adlarıyla anmak, bilinenleri yinelemek olduğundan çok da anlam taşımaz. Ayrıca, kaynakları, yani insan hakları sözleşmeleri kabul eden kuruluşları saymak, yasa önerisinde UNESCO’nun unutulmuş olması gibi, eksik bırakma sonucu doğurabilecek bir yöntemdir. Burada asıl sorun, antlaşmaların konusuyla ilgili bir belirleme yapılmasıdır. Ek cümle de, yaptığım eleştiriler saklı kalmak üzere, bunu yerine getirmiştir. Dolayısıyla, “örnek” olarak bile gerekçede saymamış olmak önemli bir eksiklik değildir.

Anayasa Komisyonu Başkanının, “Avrupa Birliği ile müzakerelere başlama yolunda destek olacak bir paket”²³ olarak nitelendirdiği, böylece de değişikliklerde güdülen asıl amaç ve kaygının 2004 sonunda Avrupa Birliğinden “müzakerelere başlama tarihi” almak olduğunu belirttiği toplam 11 maddelik yasa önerisindeki 7. madde, “andlaşmalar ile” sözcüklerinin “andlaşmalarla” biçiminde değiştirilmiş ve aynı anlatımla da yasalaşmıştır.

²⁰ a.k, s. 9. Eklemeliyim ki, 2001 değişikliğinin gerekçesindeki “bilineni saklamayan” yaklaşım da temelde aynıydı: 90. maddenin son fıkrasına eklenmesi öngörülen hükmün, “Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için gerekli görülmüş” olduğu belirtiliyordu (TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 737, s. 7).

²¹ Bu üyeler; Oya Araslı (Ankara), Atilla Kart (Konya), Atilla Emek (Antalya), Halil Ünlütepe (Afyon), Uğur Aksöz (Adana) ve Yılmaz Kaya (İzmir)’dir.

²² a.k, s. 10.

²³ a.k, s. 7.

2. Ek Cümlelerin Uygulamada Yaratabileceği Kuşku, Duraksama ve Sorular

Anayasada 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı yasayla yapılan değişikliklerle 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni cümle, önceki tartışmalara ve görüş ayrılıklarına son verecek mi? Usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların, ulusal yasalarla çatışması yada çelişmesi durumunda, öncelikle yada ulusal hukuka üstün tutularak doğrudan uygulanmasını, duraksamasız sağlayabilecek mi? Uygulamada, bu tür uyumsuzlukları çözmekle görevli ve yetkili yargısal organlar yada yönetsel yetkililer için yeni kuşku yada duraksamalar doğurmayacak mı? Bu ek kuralın uygulanması, başka önemli koşulların varlığını ve oluşturulmasını gerektirmiyor mu? Yasama, yürütme ve yargı organlarına ve görevlilerine yeni yükümlülükler getirmiyor mu?

Bu genel ve soyut soruları, 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni üçüncü cümleden yola çıkıp bu cümledeki terimleri gözönüne alarak ve ana soruların her birinden alt sorular çıkararak, biraz daha somutlaştırmaya çalışalım:

- Cümlede, 7. madde gerekçesinde olduğu gibi, neden terim olarak Anayasanın 2. ve 14. maddelerinde de geçen “*insan hakları*”na ilişkin uluslararası antlaşmalardan söz edilmemiş, “temel hak ve özgürlükler”e ilişkin uluslararası antlaşmalar terimine yer verilmiştir? Bununla, Anayasada yer alan “temel hak ve özgürlükler” ile ilgili ve sınırlı uluslararası antlaşmalar mı öngörülmüştür? Neden, hiç olmazsa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin resmi adında geçen “insan hakları ve temel özgürlükler” terimleri birlikte kullanılmamıştır? Yoksa, Anayasadaki “temel haklar”ın sınırlarını aşan ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin “esas” alınmaması mı istenmektedir? Bu iki terim, eşanlamda mı kullanılmıştır?
- Eklenen yeni cümledeki “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*” terimi, örneğin kimi çekinceler koyarak onayladığımız Avrupa Sosyal Şartını, UÇÖ’nün “temel insan hakları sözleşmeleri” olarak nitelendirilen ve tümünü onayladığımız sekiz sözleşmesini içerir mi? Yine bu antlaşmalar, BM’nin onayladığımız insan hakları sözleşmelerini kapsar mı?
- Öte yandan bu terim, yalnızca tüm kuralları insan haklarına ilişkin olan antlaşmaları mı kapsar? Konusu doğrudan insan haklarının tanınıp güvenceye bağlanması olmamakla birlikte, yalnızca kimi kuralları kimi hak öznelerinin insan haklarına ilişkin olan antlaşmaları da kapsar mı?
- Uyumsuzlukların “*kanunlar*” dışında, örneğin “Anayasa” yada “kanun hükmünde kararname” ve hatta başka düzenleyici yönetsel metinler ile uluslararası antlaşmalar arasında çıkması, yani “aynı konuda farklı hükümler” bulunması durumunda da, bu yeni kural uygulanacak mıdır?

Yoksa, uluslararası antlaşmalar, yalnızca “kanunlar”daki farklı (yani aykırı) kurallara karşı mı “esas” alınacaktır? Yasalar dışında kalan ulusal mevzuat ile uluslararası antlaşmalar arasındaki uyumsuzluk ve aykırılıklara dokunulmayacak mıdır? Uluslararası antlaşma ile çatışan yasadaki kural Anayasada da varsa ve çatışma, yeni üçüncü cümlede öngörüldüğü gibi uluslararası antlaşmanın öncelikle uygulanması yoluyla çözülmüşse, bu durum sonuç olarak antlaşmanın Anayasaya da üstün tutulmuş olması anlamına gelmez mi?

• “*Esas alma*” ne demektir? Uluslararası antlaşmaların yasalara “üstün” tutulması mıdır? Yasalara “öncelik” verilerek mi uygulanmasıdır? Buradan, uluslararası antlaşmalara aykırı kurallar içeren yasaların yada yasadaki kimi kuralların artık geçersiz olduğu ve uygulanmaması gerektiği, kısacası bu ek cümle ile “by pass” edildiği sonucuna ulaşılabilir mi? Uluslararası antlaşmaları “esas almak” için yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini, antlaşma kurallarının özel yasal düzenlemeyle iç hukuka taşınmasını beklemek gerekir mi?

• “*Aynı konuda farklı hükümler*”in anlamı nedir? Farklı hükümler nasıl, nerede ve hangi organ(lar)ca saptanacaktır? Kanımca, bu konudaki asıl sorun şu noktada çıkacaktır: Sözü edilen “farklı hükümler”, uluslararası antlaşmalar ile yasalardaki açık ve doğrudan bir kuraldan kaynaklanmıyorsa, dolaylı ve örtük bir “farklı hüküm”, bir farklı düzenleme söz konusuysa, bu tür uyumsuzluklar için de uluslararası antlaşmalar “esas” alınacak mıdır? Başka deyişle, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında aynı konudaki “farklı hükümler”, yalnızca antlaşmaların sözel (pozitif) metinleri gözönüne alınarak mı saptanacaktır? Yoksa, antlaşmayı (sözleşmeyi) yorumlamaya ve uygulamaya aktarılmasını izlemeye yetkili koruma ve denetim organlarının kararları da gözönüne alınacak mıdır? Öte yandan yargıç, önüne gelen bir uyumsuzlukta böyle bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığını “kendiliğinden” araştırarak mıdır, yoksa taraflardan birince ileri sürülmesini mi bekleyecektir?

Yukarıdakilerle bağlantılı bir başka soru da şudur: Ulusal yasalarda boşluk varsa ne yapılacaktır? Daha açık bir anlatımla, yargı yerleri önündeki bir uyumsuzluk konusunda açık bir yasal düzenleme yapılmamış ve böylece de ek cümlelerin uygulanmak için varlığını koşul saydığı uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında çatışma çıkmamış ise, bu uyumsuzluk konusunda düzenleme yapan uluslararası antlaşmalar uyumsuzluğun çözülmesinde esas alınacak mıdır? Kısacası yargıç, hukuk yaratma yetkisini kullanarak uyumsuzluğu çözme görevini yerine getirirken, iç hukukun parçasına dönüşmüş bir kaynak olarak insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaları da öncelikle gözönünde bulunduracak mıdır?

3. Sorulara Yanıtlar: Düzenlemenin Anlam ve İçeriği

Özellikle uygulamada karşılaşılabileceğini düşündüğüm yukarıdaki soruları daha da çoğaltmadan, sırasıyla yanıtlamaya ve dolayısıyla, 90. maddenin son fıkrasının üçüncü cümlesinin (düzenlemesinin) nasıl anlaşılması ve uygulaması gerektiğine ilişkin görüşlerimi ortaya koymaya çalışacağım.

a. Düzenleme, Taraf Olduğumuz Tüm İnsan Hakları Sözleşmelerini Kapsar

Öncelikle, “insan haklarına saygılı” ve “insan haklarına dayalı” demokratik Cumhuriyetin Anayasasında geçen (m. 2 ve m. 14) bu terimlere, yani insan haklarına yer vermeksizin yalnızca “*temel hak ve özgürlükler*” ile ilgili uluslararası antlaşmalardan söz edilmiş olması, kanımca önemli bir eksikliklerdir. Getirilen çatışma kuralının en temel öğelerinden biri olmasına karşın, gerekçede ve Anayasa Komisyonu raporunda bu terimin neden yeğlendiğine ilişkin herhangi bir açıklamaya rastlanmamaktadır.

Kuşkusuz bu terim, ne Anayasadaki “temel hak ve hürriyetler” ile sınırlı olarak anlaşılabilir, ne de Anayasadaki temel hak ve özgürlükler listesiyle sınırlı tutulabilir. Usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz, yani kısaca onayladığımız tüm uluslararası sözleşmelerdeki insan hakları ve temel özgürlükler, bu terimin kapsamı içindedir. Bu terim, ister kişisel ve siyasal hakları, ister ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, isterse “üçüncü” yada / hatta “dördüncü” kuşak olarak nitelenen görece yeni insan hakları olsun, onayladığımız ve onaylayacağımız tüm sözleşmelerde güvenceye bağlanan tüm insan haklarını kapsar. “Temel” sözcüğü, ne hukuksal ne de felsefi yönlerden herhangi bir sınırlandırma içerir ve içerdiği yolunda da yorumlanabilir. Cümledeki “temel hak ve özgürlükler”, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun; Antlaşma, Sözleşme, Şart, Pakt vb. belgeler ile tanıyıp güvenceye aldığı ve içtihatlarla geliştirdiği tüm insan haklarını kapsayan bir terim olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla sözü edilen antlaşmalar, salt İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi “birinci kuşak” insan haklarını içeren ve yargısal nitelikli bir koruma sistemi öngören belgelerle sınırlı tutulamaz. “Temel hak ve özgürlüklerin” pozitif dayanağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm uluslararası antlaşmalar, kısacası uluslararası insan hakları sözleşmeleridir. “Temel hak ve özgürlükler” yerine daha geniş ve kapsamlı anlam taşıyan “insan hakları” teriminin kullanılması, bu ve başka duraksamaları ortadan kaldırılabirdi. Ancak, kullanılan terimin iyi seçilmemiş olması, bu tür duraksamaların dayanağı olamaz. “Temel” sözcüğünün, yalnızca ulusal yazılı hukukta değil, aynı zamanda uluslararası yazılı insan hakları hukukunda da güvenceye bağlanmış hak ve özgürlükleri içeren bir anlam taşıdığı kabul edilmelidir.

Aslında üzerinde durmaya bile gerek bulunmayan bir başka nokta, sözü edilen uluslararası antlaşmaların belirli bir bölgesel yada evrensel ölçekli uluslararası kuruluş çerçevesinde kabul edilmiş belgelerle sınırlı olmamasıdır.

Daha açık bir deyişle, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler ve bu Örgüt sistemi içindeki “konusunda uzman” uluslararası kuruluşlarca kabul edilmiş tüm insan hakları sözleşmeleri, ek cümledeki “milletlerarası andlaşmalar” kapsamındadır. Örneğin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin yanı sıra, çok sayıda çekince koyarak onayladığımız Avrupa Sosyal Şartı,²⁴ kimilerini çok gecikmeli olarak ancak 2003'te onayladığımız ve aralarında 1966 ikiz sözleşmelerinin de bulunduğu Birleşmiş Milletler sözleşmeleri,²⁵ UÇÖ'nün öncelikle tümüne taraf olduğumuz “temel insan hakları sözleşmeleri” ile bu kümede yer almayan onayladığımız öteki sözleşmeleri ve UNESCO'nun henüz onaylamadığımız -ama bir gün onaylayacağımız umudunu taşıdığımız- eğitim hakkıyla ilgili sözleşmeleri de, uyumsuzluk durumunda ulusal yasalardan önce uygulanması gereken belgelerdir.

Anayasa Komisyonunun CHP'li üyelerinin somutlaştırılması anlamında sayılmasını, daha doğru bir anlatımla kaynaklarının belirlenmesini istedikleri uluslararası antlaşmaları “örnek” olarak saymak gerekirse, üyesi olduğumuz bölgesel ve evrensel ölçekli kuruluşlarca kabul edilmiş insan hakları sözleşmelerinden “usulüne göre yürürlüğe koyduklarımızdan başlıcaları şunlardır:

- Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (BMÖ, 1965/2002);²⁶
- Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (BMÖ, 1966/2003);
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (BMÖ, 1966/2003);
- Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi (BMÖ, 1979/1985);
- İşkenceye ve Başka Zalimce, İnsanlıkdışı yada Onur Kırıcı Ceza yada Davranışlara Karşı Sözleşme (BMÖ, 1987/1988);
- Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÖ, 1989/1994);
- Zorla Çalışma Sözleşmesi (UÇÖ, 1932/1998);

²⁴ Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı'na Genel Bir Bakış ve Türkiye", **İnsan Hakları Yılığ**, Cilt 12, 1990, s. 91 vd.; Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi İle Yeni Avrupa Sosyal Şartı", **Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Kumu-İş Yayını, Ankara, 1998, s. 327-358; Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı Koruma Sistemi ve Türkiye", **Türk-İş Yılığ** 99, Cilt 2, Türk-İş Yayını, Kasım 1999, Ankara, s. 83-137.

²⁵ Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s. 199-250.

²⁶ Bu tarihlere birincisi sözleşmenin kabul edildiği, ikincisi ise ülkemizde onaylandığı tarihleri vermektedir. Listede de belirtildiği gibi, sözleşmelerin ilk 6'sı Birleşmiş Milletlerce, izleyen 8'i Uluslararası Çalışma Örgütüncü ve ötekiler de Avrupa Konseyince kabul edilmiştir.

- Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi (UÇÖ, 1948/1993);
- Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi (UÇÖ, 1949/1951);
- Ücret Eşitliği Sözleşmesi (UÇÖ, 1953/1967)
- Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi (UÇÖ, 1959/1960);
- Ayrımcılık Sözleşmesi (İstihdam ve Meslek) (UÇÖ, 1960/1967);
- Asgari Yaş Sözleşmesi (UÇÖ, 1976/1998);
- Çocukların Çalışmasının En Kötü Biçimlerinin Kaldırılması ve Yasaklanması Sözleşmesi (UÇÖ, 2000/2001);
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (AK, 1950/1954)
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 1 Sayılı Protokol (AK, 1952/1954);
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 6 Sayılı Protokol (AK, 1983/2003);
- Avrupa Sosyal Şartı (AK, 1961/1989);
- Sosyal Güvenlik Avrupa Kodu (AK, 1964/1968);
- Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi (AK, 1972/1977).

Bir kez daha yinelemem gerekirse, ulusal hukukla çatışmaları durumunda “esas” alınarak öncelikle uygulama yönünden bu sözleşmeler arasında ne kuruluşları, ne konuları ve ne de denetim yöntemleri açısından ayırım gözetilebilir. Tersine bir yaklaşım, insan haklarının bölünmezliği ve bütünselliği ilkesiyle bağdaşmaz.

Öte yandan, örnek sözleşmeler listesinden de anlaşıldığı gibi, yeni cümlede geçen “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*” terimi, onaylanarak hukuksal yükümlülük doğurması söz konusu olmayan Bildirge yada Tavsiye gibi belgeleri kapsamaz. Ancak, anayasal bir yükümlülük olmamakla birlikte, bu tür belgelerin, örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin de çatışma sorununun çözülmesinde gözönünde bulundurulmasına ve “esas” alınmasına bir engel olmadığı açıktır.

b. Düzenleme, Yasalarla Sınırlı Sayılamaz

Ek cümle, uluslararası antlaşmalar ile “*kanunlar*” arasındaki “*aynı konuda farklı hükümler*” den söz etmiştir. Ne Anayasa, ne de yasalar dışındaki metinler, örneğin kanun hükmünde kararname ile uluslararası antlaşmalar arasındaki farklı kurallardan söz edilmiştir.

Kanımca, dayanağı yasalar olan “düzenleyici metinler”deki farklı kurallar da, uluslararası antlaşmaların temel alınmasını ve çatışma durumunda uygulanmasını gerektirir. Anayasa, kanun hükmünde kararnemelerle kişisel ve siyasal haklar konusunda düzenleme yapılmasını yasaklamış ise de, ekonomik ve sosyal haklar konusunda bu yolu kapatmamıştır. Dolayısıyla, ekonomik sosyal ve kültürel haklara ilişkin bir KHK kuralı ile onayladığımız bir antlaşma kuralının çatışması olasıdır ve bu durumda, antlaşmanın öncelikle uygulanması gerekir. Öte

yandan, uluslararası antlaşmaların yasayla açık ve doğrudan bir çatışma içinde olmamasına karşın, bu yasaya dayanılarak çıkarılan ve yasaya aykırı bir düzenleme yapan bir tüzük ile çatışması da olanaklıdır. Bu durumda da, kanımca uluslararası antlaşmanın / sözleşmenin uygulanması gerekir. Tüzükteki aykırılığın yönetsel yargı yoluyla giderilmesi olanağının bulunması, bu aykırılık varoldukça uluslararası sözleşmenin uygulanmasına engel değildir. Ek cümlede yalnızca “kanunlar”dan söz edildiği ileri sürülerek, insan haklarıyla ilgili bir sözleşme kuralı yerine yasalar dışındaki ulusal hukukun uyumsuzluğa uygulanması, bu düzenlemenin amacına aykırıdır ve uyumsuzluğun uluslararası denetim ve koruma organlarına taşınmasına yol açacaktır, açmalıdır.

Buna karşılık, örneğin hiçbir yasal düzenleme konusu olmayan bir “Anayasa” kuralı ile uluslararası antlaşma arasında farklılık (uyumsuzluk / çatışma) olması durumunda, ek cümlenin öngördüğü çözüm doğrultusunda, uluslararası antlaşma kuralının Anayasaya öncelikli olarak yada üstün tutularak uygulanması söz konusu olabilecek midir? Ek cümle, dar ve sözel bir yorumla uygulanacak olursa, uluslararası antlaşmalar ile “Anayasa” arasındaki maddi kural uyumsuzluklarını kapsamadığı sonucuna ulaşılabilir. Bu konudaki suskunluk, örtük olarak, uluslararası antlaşmanın Anayasaya üstün tutulamayacağı yolunda anlaşılabilir. Kısacası, yeni üçüncü cümle, örtük biçimde, Anayasa ile uluslararası antlaşmalar arasında çatışma olabileceğini yadsımış görünmektedir. Buradan da, Anayasa koyucunun, kurallar sıralamasında uluslararası antlaşmaları Anayasa ile yasalar arasına yerleştirdiği düşünülebilir.

Ancak kanımca, bu dar ve sözel yorum, öncelikle Anayasanın 2. ve 2001’de değiştirilen 14. maddesiyle bağdaşmaz. Gerçekten de, demokratik ve laik Cumhuriyetin “*insan haklarına saygılı ve dayalı*” olması, Anayasadan daha elverişli ve ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. Bu yükümlülük, Anayasanın öngördüğü kurallara uygun olarak onaylayıp taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin, Cumhuriyetin saygılı ve dayalı olduğu, varlık nedenini oluşturduğu ve üzerine yaslandığı insan haklarını tanıdığı olmasının doğal bir sonucudur. Aykırı kuralları Anayasada sürdürerek insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşmayan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır.

Kaldı ki, Anayasaya uygun ancak antlaşmaya aykırı bir kural içeren bir yasanın antlaşmayla çatışması durumunda, antlaşmanın uygulanması zorunlu olduğundan, bu sonuç Anayasanın “by pass” edilmesi, antlaşmanın Anayasaya üstün tutulmuş olması anlamına gelecektir. Ankara 5. İdare Mahkemesinin Mayıs 2004 değişikliğinden hemen sonra 29 Haziran 2004 tarihinde oybirliğiyle verdiği yeni bir karar, bu duruma çarpıcı bir örnektir. Mahkeme, Anayasanın ve 657 sayılı yasanın yönetsel yargı yolunu kapattığı uyarma (ve davadaki) kınama cezalarına

karşı Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin hak arama özgürlüğünü güvenceye alan 14. maddesine dayanarak ve davada sözleşmenin bu kuralını 657'ye üstün tutarak, davayı öz yönünden incelemiş ve işlemin iptaline karar vermiştir.²⁷

c. Düzenleme, Uluslararası Sözleşmeleri Ulusal Hukuka Üstün Tutmuştur

Ek cümlelerin, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzlukların çözülmesi için önerdiği çözüm, uluslararası antlaşma hükümlerinin “*esas*” alınmasıdır. Üstünlük yada öncelik terimlerinin açık biçimde kullanılmamış olmasına karşın, “*esas*” alma, aslında uluslararası antlaşmayı yasalara üstün tutarak, öncelikle uygulama, uyumsuzluğu ulusal hukuku bir yana bırakarak uluslararası antlaşmalara göre çözüme demektir.

Madde gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporunda, “*esas*” almanın “*öncelikli*” uygulama anlamına geldiği belirtilmiştir. Artık bu düzenlemeden sonra, onayladığımız insan hakları sözleşmelerini, son fıkranın ilk cümlesindeki “kanun hükmünde” sözcüklerine dayanarak “kanun seviyesinde” biçiminde anlamak ve yorumlamak, çatışma sorununu da kimi yorum kurallarıyla (önceki yasa-sonraki yasa yada özel yasa-genel yasa) çözmeye çalışmak olanaksızdır. Taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri yasaların (ve bu değişiklikten önce de savunduğum gibi Anayasanın da) üstündedir, kurallar sıralamasının en başında yer almaktadır. Öte yandan, çatışma durumunda bu sözleşmelerin uygulanması için, ulusal hukukta özel düzenleme konusu olmasına, iç hukuka aktarılmış bulunmasına gerek yoktur ve yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini beklemek gerekmez.

Kuşkusuz, antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzluğun yasaların antlaşmalardan daha ileri içerikli ve güvenceli bir düzenleme yapmış olmasından çıkması durumunda, temelde bir alt sınır olan antlaşmalar esas alınmaz ve uyumsuzluk, daha geniş ve ileri güvenceler sağlayan yasaların uygulanmasıyla çözülür. Değişik bir anlatımla, 90. maddenin son fıkrasının yeni kuralı benzer bir çatışma durumunda uygulanmaz. Çünkü bu kuralın temelinde, çatışmanın ulusal yasaların uluslararası antlaşmalardan daha geri güvence sağlamış olmasından doğduğu ve uyumsuzluğun da, insan hakları adına, daha ileri uluslararası antlaşmaya göre çözülmesi gerektiği düşüncesi vardır.

Aynı konuyu farklı biçimde düzenleyen birden çok onaylanmış uluslararası antlaşma kuralının bulunması durumunda, aşağıda değineceğim gibi yetkili denetim organlarının kararları da gözönünde bulundurularak, en ileri düzenleme yapan ve güvence sağlayan antlaşmanın özenle belirlenip uygulanması gerektiği kuşku götürmez. Bu nedenle de, uyumsuzluğu çözmek durumunda olan yönetsel

²⁷ T.C. Ankara 5. İdare Mahkemesi, Esas No: 2003 - 1796, Karar No: 2004 - 1212.

yetkililer ile yargı yerlerinin, uyuşmazlığa uygulanabilecek birden çok antlaşma yada kural bulunup bulunmadığını da araştırmaları gerekir.

Gerçekten de, insan hakları sözleşmelerinin kimilerinde, aynı konuya ilişkin sözleşmeler arasında yada sözleşmeler ile ulusal hukuk arasında bir çatışma çıkması durumunda, daha elverişli ve daha ileri haklar ve güvenceler içeren sözleşmelerin ve ulusal yasaların öncelikle uygulanacağına ilişkin açık düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, ikisi de 1966 tarihli olan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesine, adı geçen sözleşmelerin tanımadığı yada daha geri düzeyde tanıdığı bahanesiyle, iç hukuk düzeyinde yasalar, (uluslararası) sözleşmeler, (yönetmel) düzenlemeler ve gelenek kuralları uyarınca tanınmış olan yada yürürlükte bulunan temel insan haklarına hiçbir kısıtlamanın kabul edilemeyeceğine ilişkin genel bir kural konulmuştur (m. 5/2). Dolayısıyla ikiz sözleşmelerin sendikal haklarla ilgili kuralları, örneğin UÇÖ'nün bu sözleşmelerden daha önce kabul edilmiş olan aynı konudaki 87 ve 98 sayılı sözleşmelerinde öngörülen daha ileri nitelikli güvencelere zarar vermez, yani bu sözleşmelerden doğan yükümlülükleri kaldırmaz. Aynı kural, 151 sayılı Kamu Hizmetinde Çalışma İlişkileri Sözleşmesinin 1. maddesinde de vardır. Bu madde, 151 sayılı sözleşmenin, aslında yedek yada tamamlayıcı nitelik taşıdığını, yani ancak başka uluslararası çalışma sözleşmelerinde -örneğin 87 ve 98 sayılı sözleşmelerde- daha elverişli / ileri kurallar bulunmadığı zaman uygulanacağını açıkça belirtmiştir.²⁸

d. Düzenleme, Yargı Kadar Yürütme ve Yasamayı da Bağlar

Ek cümlede, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında aynı konuda farklı hükümler bulunmasından doğan “*uyuşmazlıklar*”dan söz edilmiştir. Üçüncü cümlelerin sözel metnine bakılırsa, uluslararası antlaşmalardaki kuralların “*esas*” alınmasının, ancak somut bir uyuşmazlık çıkması durumunda geçerli olacağı düşünülebilir. Bu sözcük, kuşkusuz öncelikle yargı yerleri önüne gelmiş somut uyuşmazlıkları çağrıştırmaktadır. Ancak ek cümle, “yargı yerleri”nin önündeki uyuşmazlıklar ile sınırlı bir çözüm getirmemiş, uyuşmazlıkların çıktığı yerlere yada organlara ilişkin bir belirleme yapmamıştır.

Kanımcı ek cümlede geçen “uyuşmazlık” sözcüğünü, salt “adli, idari ve askeri” yargı yerleri ile sınırlı anlamamak ve uygulamamak gerekir. Yönetmel organlar yada birimler önündeki düzenleyici yönetmeliklerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda da, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırı olan bir yasaya yada bu yasaya dayanılarak çıkarılmış düzenleyici metinlere göre bir karar verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda da uluslararası antlaşmaların “*esas*” alınması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yetkililerine ve

²⁸ Mesut Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, s. 159, 164-165.

yönetmelik organlara yapılan başvuru yada yakınmalar dolayısıyla onaylanan sözleşmeler ile yasalar arasında uyumsuzluklar çıkması durumunda da, uluslararası antlaşmanın yetkililerce doğrudan uygulanması gerekir. Yönetmelik yetkililer, uyumsuzluğu, yargı yerlerine götürülmesine gerek kalmaksızın uluslararası sözleşmeleri uygulayarak çözme yaklaşımı içinde olmalıdır. Yürütme organı ve yönetmelik birimler, antlaşmalara aykırı düzenleyici işlemler kabul etmemekle yükümlüdürler.

Öte yandan bu kural, yargı ve yönetmelik yetkililerin (dolayısıyla yürütmenin) yanı sıra, kanımca yasamayı da bağlar. Artık yasama organı da, böyle bir uyumsuzluğa yol açabilecek uluslararası antlaşmalara aykırı yasalar çıkarmaz, çıkarmamalıdır. Aykırı olanları da, Anayasadan başlayarak değiştirmelidir. Artık insan hakları sözleşmeleri, yasama organının yapacağı düzenlemeler için bir alt sınırdır. Yasama organı, “uyumsuzluk durumunda nasıl olsa uluslararası antlaşma esas alınacaktır” gibi bir yaklaşımla, aykırılıklara kayıtsız kalmamalı ve uyumsuzluk çıkmasını beklememelidir. Yasaların hazırlık ve oluşum sürecinin özellikle bakanlıklardaki ve Meclis komisyonlarındaki aşamalarında, çıkarılacak yasa ile antlaşmalar arasında çatışmalara yer vermemek için çaba ve özen gösterilmelidir. Milletvekilleri de, görüşmeler sırasında insan haklarına aykırı kurallardan arındırılmış yasalar çıkarılmasına çaba harcamalıdır. Ancak, gerek bürokrasinin gerekse yasama organının bu yükümlülüklerini yerine getirmemiş yada getirememiş olması, onaylanmış uluslararası antlaşmaların öncelikle uygulanmasına engel olmaz. Yasalarla yapılacak insan haklarıyla ilgili düzenlemelerin alt sınırı, ilgili denetim organlarının kararlarıyla açıklık kazandırılmış uluslararası antlaşmalardır.

Özet olarak ek cümle, yasaların uygulanması kadar yapılmasını da kapsar; yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Kamu yetkilileri (örneğin vali, kaymakam ve başka yöneticiler ile kolluk yetkili ve görevlileri) de, uluslararası antlaşmaları yasalara üstün tutarak uyumsuzlukları çözmekle yükümlüdürler.

Yargıçların, eğer taraflarca ileri sürülmemişse, insan hakları uluslararası antlaşmalarını *kendiliğinden* gözönüne alarak karar vermesi gerekir. Bu, anayasal bir yükümlülüktür. Uluslararası antlaşmalar, daha ileri kurallar içerdiği sürece, hukuk düzeninin ulusal hukukun üstünde bir parçası olduğundan, uyumsuzluklarda kendiliğinden gözönüne alınmalı ve buna göre karar verilmelidir. Kuşkusuz bu yükümlülük, yasaların uygulanmasından sorumlu olan kamu yetkilileri için de geçerlidir.

e. Düzenleme, Uluslararası Denetim Organlarının Kararlarının da Gözönüne Alınmasını Gerektirir

Son fıkraya eklenen üçüncü cümlenin “*aynı konuda farklı hükümler*” biçimindeki sözleri, uluslararası antlaşmaların salt sözel/pozitif metinleri gözönüne alınarak belirlenmemelidir. Uluslararası antlaşmaların ve onayladığımız

birçok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içerdiği anımsanırsa, yasalar ile uluslararası sözleşmelerin aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanamaz.²⁹ Böylesi yüzeysel ve kolaycı bir yaklaşım, yapılan düzenlemenin işlevsiz bırakılması sonucunu doğurur. Koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları gözönünde bulundurulmak gerekir. Çünkü ek cümleyle yapılan düzenlemenin temel amacı, böyle bir uyumsuzluğun iç hukuk alanında yargısal yada yönetsel kararlarla çözülmesi ve böylece de, uluslararası koruma ve denetim organları önüne götürülmesinin engellenmesidir.

Somut bir örnek vererek kısaca açıklamak gerekirse; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin “adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesi, bu hakkın “bağımsız ve yansız” mahkemelerde yargılanmayı içerdiğini öngörmüştür. Ancak her iki kavramın anlamını –doğal olarak- belirtmemiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise, ülkemize ilişkin bir kararında (İncal kararında),³⁰ Devlet Güvenlik Mahkemelerinde yer alan “askeri yargıcın” konumunu gözönünde bulundurarak, “bağımsız ve yansız” olma kavramlarına somut bir anlam ve içerik yüklemiştir. Böylece, dar bir yorumla sözleşmenin sözel metninden ulaşılamayacak bir sonuca varmıştır. Çatışma durumunda, Mahkemenin bu kararının gözönünde bulundurulmamasının, taraf olduğumuz sözleşmeye aykırı bir karar verilmesine yol açacağı kesindir.

Uygulamada daha çok duraksamalara yol açacağı düşünülüm bir başka somut örnek olarak, insan hakları sözleşmelerinden olduğuna kuşku bulunmayan 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesine

²⁹ Taraf olduğumuz 87 sayılı sözleşmenin yalnızca sözel metninin gözönüne alındığı çarpıcı bir örnek, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (CGK) oyçokluğuyla aldığı 7 Mart 2000 tarihli kararıdır. CGK, sözleşmenin ilgili maddelerini aktardıktan sonra, “görüldüğü üzere ILO sözleşmeleri ile sendika kurma hakkı tanınmış fakat grev ve lokavt hakkından söz edilmemiş, kuruluşların yasalara uymak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Bu suretle kamu görevlilerine sendikal haklar tanınmış ancak nasıl kullanılacağı sözleşmeyi imzalayan Devletlere bırakılmıştır” dedikten sonra, 657 sayılı yasadaki grev yasağını anımsatıp, “bu yasal düzenlemelerde Devlet memurları ile diğer kamu görevlilerine sendika kurma ve üye olma hakkı tanınmış, ancak işi yavaşlatma veya terk etme ya da grev hakkı tanınmamış, bu konularda yasal düzenleme yapılmamıştır” sonucuna varmıştır. Bu katı pozitivist yaklaşım, onaylanan antlaşmaların yasalara üstünlüğünü işlevsiz bırakmakta, dolayısıyla anayasal yükümlülüğe aykırı düşmektedir. Bu kararın ve karşı oy yazısının eleştirisi ve değerlendirilmesi için bkz. Mesut Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, s. 264-269.

³⁰ Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayını, Ankara, 2004, s. 204.

değineyim. 1993 yılında usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz 87 sayılı sözleşme, çok kısa ve genel anlatımlı maddelerinde açıkça “*grev hakkı*”ndan söz etmez. Ancak, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yukarıda andığım 7 Mart 2000 tarihli ve 2000/4-25 Esas ve 2000/44 karar sayılı kararında benimsediği görüşün tersine, gerek sözleşmeyi onaylayan taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediklerini denetleyen Uzmanlar Komisyonunun, gerekse sözleşmeyi onaylamamış olsa bile UÇÖ’ye üye olması nedeniyle Örgütün Anayasasında yer alan “sendika özgürlüğü” ilkesine uyup uymadıklarını denetleyen Sendika Özgürlüğü Komitesinin³¹ elli yılı aşkın bir süreden beri ülkemizi de kapsam üzere yineledikleri “içtihat” niteliği kazanmış yerleşik kararlarına göre, 87 sayılı sözleşme grev hakkını güvenceye almıştır.³² Gerek yargı yerlerinin gerekse yönetsel yetkililerin, önelirine gelen yürürlükteki yasalarımızda yer alan grev yasak ve kısıtlamalarından kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözülmesinde, dayanaklarını UÇÖ Anayasasından alan denetim organlarının bu kararlarını gözönüne almaksızın karar vermeleri, bu yeni düzenlemeye –yani Anayasaya- açıkça aykırı olur. Çünkü, daha önce de belirttiğim gibi, Anayasada sözü edilen “usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler” anlamında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 87 sayılı sözleşme arasında hiçbir fark yoktur. Yine, anılan sözleşmeleri denetleme yetkisi bulunan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararları ile UÇÖ denetim organlarının kararları arasında da, yargısal nitelik taşıyıp taşıyamaları ve yaptırımları dışında, temel bir fark yoktur. Başka bir anlatımla, her iki sözleşmenin oluşturduğu koruma ve denetim sistemlerindeki farklılık, çatışma sorununun çözülmesinde “uluslararası antlaşmaların esas alınması” yönünden ayırım gözetilmesini gerektirmez. İnsan hakları sözleşmeleri arasında bu tür ayırmalar gözetilmesi, hem Anayasaya hem de insan haklarının evrensel ilkelerine aykırıdır.

Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, 90. maddenin son fıkrasına eklenen üçüncü cümle, yargı yerlerine ve yönetsel yetkililere büyük bir sorumluluk yüklemekte, kanımca daha önce de var olan sorumluluklarını pekiştirmektedir. Bu da, en azından Türkiye’nin taraf olduğu tüm insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemekle görevli ve yetkili olan uluslararası koruma ve denetim organlarının kararlarının bilinme ve izlenmesini gerektirmektedir. Yargıçların ve

³¹ Bu denetim organları için bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s. 43-114.

³² Bureau international du Travail (BIT), **Liberté syndicale et négociation collective**, Conférence internationale du Travail, 81^e session 1994, Rapport III (Partie 4B), Genève, 1994; BIT, **La liberté syndicale**, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT, Quatrième édition, Genève, 1996; Mesut Gülmez, **Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye**, TODAİE Yayını, Ankara, 1988, s. 221-275; Mesut Gülmez, **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, s. 147-151.

kamu yetkililerinin bu konuda bir duraksama yaşamaları durumunda, gerek uyumsuzluğun saptanması gerekse uyumsuzluğa uygulanacak söz konusu kararların belirlenmesi konularında uzman ve bilim adamlarından yararlanmaları gerekir. Uluslararası antlaşmaları yorumlama yetkilerinin bulunduğunu düşünerek, “alt sınırı” olan denetim organlarının kararlarını araştırmaksızın uyumsuzluğu çözmeye çalışmamaları gerekir. Böyle bir tutum, ek cümlenin amacına ve özüne aykırı düşer. Denetim organlarının yerleşik kararlarına aykırı bir çözümün, uyumsuzluğun eninde sonunda bu organların önüne götürülmesine yol açacağı bilinmelidir.

Dolayısıyla ek cümle, yargıç ve yönetsel yetkililerin (ve kuşkusuz savcı ve avukatların), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesiyle sınırlı olmayan kapsamlı ve ciddi bir insan hakları eğitiminden geçirilmeleriyle amacına uygun biçimde uygulanabilir.

Kanımca, 90. maddenin son fıkrasının yeni son cümlesi, uluslararası antlaşmaların temel alınmasını, yasalar ile antlaşmalar arasında çatışma çıkması koşuluna bağlı tutmuş olmakla birlikte, yasalarda boşluk olması nedeniyle açık bir çatışmanın söz konusu olmadığı durumlarda da, ulusal hukukla bütünleşmiş uluslararası antlaşmaların temel alınması gerekir. Yargıç, hukuk yaratma yetkisini kullanırken taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmelerini de gözönüne almalı; iç hukuktaki boşluğu, yazılı hukukun bir parçası olan bu sözleşmelerle doldurmalıdır.

IV. SENDİKAL YASALARIN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE AYKIRI KURALLARI

Anayasa ile sendikal haklara ilişkin üç yasadaki aykırı kuralları ayrı ayrı sıralamadan önce, bir yandan uyum sağlamak zorunda olduğumuz bu konudaki uluslararası sözleşmelerin pozitif düzenlemelerinin özündeki ilkeleri anımsamak, öte yandan da uyumun Avrupa Birliği boyutuyla ilgili saptamalar yapmak gereklidir.

1. Zorunlu Bir Anımsatma: Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun Temel İlkeleri

Kimi sözcük yada kavramlar, özünde içerdiği yada gizli olan anlamları yönünden, çok “sihirli”dir; tükenmez bir kaynaktır, çok “velüt”, yani doğurgandır. Ama bu sözcük ve kavramlar, bu özü ve özelliği göremeyen yada görmek istemeyenler için çok fazla önem taşımaz.

Bunlara, Sendika ve Toplu Pazarlık Hukuku (STPH) alanından iki örnek verilebilir. Birincisi, “*çalışanlarının özgür iradesi*”, ikincisi de “*gönüllü ve özgür toplu pazarlık*” kavramları, daha doğrusu ilkeleridir. Diyebilirim ki bu iki ilke, özünde “*özgür irade*”nin bulunduğu ve ikisinin de ortak özünü “*özgür irade*”nin oluşturduğu bu iki ilke, Uluslararası Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun (USTPH) özü, doğduğu kaynaktır. Yalnızca doğduğu değil, “yazılı

hukuk” olarak doğduktan sonra, “içtihat hukuku” olarak geliştirildiği temel ve ilk kaynak da, “özgür irade”dir; gerek bireysel düzeyde çalışanların, gerekse toplu düzeyde çalışanların temsilcileri olan sendikal örgütlerin, son yılların “moda” terimiyle sosyal ortakların “özgür iradesi”dir. Sözün kısası, **özgür irade, suyun çıktığı yerdir.**³³

Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun anlamı nedir? Kısaca, İş Hukuku, Çalışma Hukuku olarak bildiğimiz hukuk dalının özelliği ve anlamı nedir? Yasa koyucunun “tek yanlı” iradesinin yerini, temelde ve ilke olarak, çalışanların ve sendikal örgütlerinin “özgür iradesi”nin almış olması değil midir? Yasa koyucu, çerçevesini çizdiği bir alanda, “ben düzenleme yetkimi size bırakıyorum, benim irademin yerini sizin bireysel ve özellikle toplu iradeleriniz almıştır” dememiş midir, demek zorunda kalmamış mıdır? Gerçi yasa koyucu bu yetki devrini yaparken, çerçeveyi çok dar tutmuş, birçok yasak ve kısıtlama getirmiş olabilir. Ancak, çalışanların bireysel ve toplu özgür iradelerine bırakılan alanın dar tutulmuş olması, bu özün gözardı edilmesini gerektirmez.

Bu, ulusal yasa koyucunun yaptığı düzenleme ile uluslararası yasa koyucunun yaptığı düzenlemenin uyumsuzluğu ile ilgili bir sorundur. Bu sorunun nasıl ve neye göre çözüleceği, kısacası ulusal ve uluslararası yasa koyucuların iradelerinin sonucu olan yasaların ve sözleşmelerin çatışması durumunda ne yapılacağı, hangisine öncelik yada üstünlük tanınacağı, son derece önemli bir konudur, sorundur.

İnsan hakları alanındaki “uluslararasılaşma”nın 1919’da Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (UÇÖ) kurulmasıyla önce “çalışma ve sosyal politika”dan başlamış olması, giderek, örnekleri çok olmasa da, yalnızca Avrupa Birliği çerçevesinde –sosyal politika alanında sınırlı ölçüde olmak üzere- “ulusalüstü” bir boyut kazanması, çatışma sorununun ulusal düzeyde de ele alınıp düzenlenmesini gerektirmiştir. 1961 Anayasasında ilk kez yapılan ve 1982 Anayasasında da aynen yinelenen düzenleme, sorunun çözümü konusunda, herkesin ve her kesimin/çevrenin görüş birliğine varmasını sağlayamamıştır. Yukarıda da belirttiğim gibi, öğretilerde farklı görüşlerin dile getirilmiş olmasının da etkisiyle, yargı da bu sorunun kökten çözümüne “hukuk yaratma” yetkisini kullanarak katkı sağlayamamıştır.

Sorun, ancak AB’ye uyum sürecinde hazırlanan uyum paketleri çerçevesinde, Mayıs 2004’te yapılan Anayasa değişikliğiyle çözüme kavuşturulabilmiştir. Eğer yüksek yargı yerleri, hukuk yaratma yetkisini ve özellikle Anayasanın 138. maddesinde öngörüldüğü gibi “*Anayasaya, kanuna ve hukuka uyum olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*” buyruğu doğrultusunda ve “hukuka uygunluğu” iç hukukla bütünlüşmüş “uluslararası insan hakları

³³ Bu konuda özellikle, iki denetim organının kararlarının derlendiği şu iki kaynak önemlidir: BIT, *Liberté syndicale et négociation collective* ve BIT, *La liberté syndicale*.

hukuku”nu da kapsayan bir yaklaşımla anlamış ve böylece insan haklarını koruma ve geliştirme yaklaşımını benimsemiş olsalardı, kanımca 90. maddenin son fıkrasına ancak 2004 ortalarında yeni bir cümle daha eklemek gerekemeyebilirdi. Yargı, bilim insanlarının iki farklı görüşü benimsemiş olmasından da güç ve destek alarak, ancak kanımca aslında insan hakları bilgisi ve bilinciyle yetişmemiş tutucu, mevzuatçı, ve temelde “ulusal hukukçu” yargıçlardan oluşan egemen yapısının etkisiyle, insan hakları hukukunun yolunu açamamıştır. Yargının bu konudaki kuşku ve duraksamalarını ve çelişkili kararlarını, ancak anayasal bir yazılı hukuk kuralıyla gidermek gerekmiştir. Bu da, “kısmen” yapılabilmektedir.

Bunlara değinmeden önce, yine başta belirttiğim iki kavrama dönmekte yarar görüyorum. Uluslararası Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun, yazılı hukuk ve içtihat hukuku boyutlarını birlikte kapsamak üzere özünü oluşturduğunu belirttiğim bu kavram yada ilkeler, bunların içerdiği anlam gözardı ediliyorsa, bu kavram ve ilkelerin ne denli sihirli yada doğurgan olduğu bilinmiyorsa; bu kavram ve ilkelerden yola çıkan denetim organlarının yazılı hukukun biçimsel düzenlemelerine kazandırdığı içerik bilinmiyor yada önemsenmiyorsa, ne yaparsanız, ne yazarsanız, ne söyleseniz boşunadır. Ülkemizdeki, Mayıs 2004 değişikliğine değin, durum budur.

Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunda “**özgür irade**” ne demektir? Nasıl somutlaşmaktadır? Bu hukuk dalının kurumlarına, başka bir deyişle çalışan-çalıştıran yada emek-sermaye ilişkilerine nasıl yansımaktadır ve yansımaları gerekir? Özgür irade, çalışan ve çalıştıran arasındaki ilişkilerin kurulmasından başlayarak, içeriğinin belirlenmesinde, bireysel ve toplu düzeylerde kurallar üretilerek doldurulmasında, örgütlenmede, uyumsuzluk durumunda da toplu eylemlere başvurmada uygulanan bir ilkedir. Tarafların, özellikle toplu düzeyde düzenleme yapma, yani kendilerine devredilen “kural üretme” yetkisini sınırlandırma sonucu doğuran ayrıntılı yasal yada yönetsel düzenlemeler yapılması da, Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun özünde yatan temel ilkelerin çiğnenmesi sonucunu doğurur. 87 sayılı sözleşme maddeleri dikkatli okuduğunda, 1. maddesinden başlayarak, bu ilkeyi görmek olanaklıdır. Özellikle, bu sözleşmeyi anayasal olarak yorumlama yetkisi bulunan denetim organlarının kararları okunduğu zaman; denetim organlarının, çok genel terimlerle düzenleme yapan sözleşmelerden “çalışanların özgür iradesi” ilkesine dayanarak ürettiği, benzer durumlarda uygulayarak “uluslararası içtihat” niteliği kazandırdığı kararlarında bu ilkelerin somut yansımalarını görmek olanaklıdır.

İlkelerden ikincisi, 98 sayılı sözleşmede, yalnızca bir maddeyle düzenlenen “**özgür ve gönüllü toplu pazarlık**”tır. Sözleşmenin 4. maddesindeki bu ilkenin ne denli kapsamlı olduğunu ve toplu pazarlık düzeninin özünü oluşturduğunu, yine denetim organlarının kararlarında görmek olanaklıdır. Bu ilke, toplu pazarlığın taraflarına, süresine, düzeyine, konusuna uygulanmıştır. Aynı zamanda bu ilke, “özgür ve gönüllü” toplu pazarlık alanını daraltan yada yok eden grev

ertelemesi ile grev yasak ve kısıtlamalarına da uygulanmıştır. Gerek Uzmanlar Komisyonunun gerekse Sendika Özgürlüğü Komitesinin özellikle son yarım yüzyılı aşan dönemdeki rapor ve kararları, bu iki temel ilkenin somut olarak ne anlama geldiğini ortaya koymuştur. Bu organlar, “yargı” organı olmasalar da, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinininkine benzer bir işlev yerine getirmektedir ve dolayısıyla, kararlarına uyulması zorunludur. Sözleşmelere hukuksal uygunluk sağlamanın, denetim organlarının kararlarına uygun düzenleme yapılması, kararlar alınması ve uygulamalara geçilmesi dışında başka bir seçeneği yoktur.

2. Avrupa Birliği Hukuku ve Aykırılıklar

Avrupa Komisyonunun Helsinki doruğundan başlayarak 2000, 2001, 2002, 2003 ve 2004 yıllarında hazırladığı İlerleme Raporlarında,³⁴ UÇÖ kurallarına açıkça yollamalarda bulunularak sendikal yasalardaki aykırılıklara değinilmiştir. Bunlardan sonuncusunda, “Ekonomik ve Sosyal Haklar” başlığı altında, kadın-erkek eşitliği, engelli kişilerin hakları ve çocukların hakları konularının yanı sıra, sendikal haklarla ilgili olarak şu saptamalara yer verilmiştir:

“Sendika ve toplu pazarlık hakkı, özellikle grev hakkı üzerinde hala ağır baskılar vardır; bundan başka *Türkiye, ILO normlarına da her zaman saygı göstermemektedir*. Genel olarak Türkiye, sosyal diyalogu tüm düzeylerde güçlendirmeli ve bir sosyal ortaklık kültürü geliştirmelidir.

Türkiye, Avrupa Sosyal Şartının 5. (sendika hakkı) ve 6. (grev hakkını da kapsayan toplu pazarlık hakkı) maddelerini hala onaylamamıştır. Memur sendikaları hakkındaki Haziran 2001 yasası, kimi kamu görevlisi (memur) gruplarının sendikal haklarını sınırlamakta ve ne grev hakkını ne de toplu pazarlık hakkını öngörmektedir. Haziran 2004’te kabul edilen değişiklikler, sendika üyeliğine ilişkin usulleri yalınlaştırmış, ancak bu sorunlara eğilmemiştir. Özel kesimde, bir sendikaya üyelik usulleri ağır ve pahalıdır. Bir sendikanın toplu pazarlığa katılabilmesi için işyerinde çalışanların en az %50’sini (yarıdan fazlasını) üye kaydetmiş ve ulusal düzeyde ilgili sektördeki (işkolundaki) çalışanların (işçilerin) en az %10’unu üye kaydetmiş olması gerekir.”

³⁴ Commission des Communautés européennes (CCE), **Rapport régulier 2000 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**, 8 nov. 2000; CCE, **Rapport régulier 2001 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**, Bruxelles, le 13.11.2001, SEC (2001) 1756; CCE, **Rapport régulier 2002 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**, Com (2002) 700 final, Bruxelles, le 9.10.2002, SEC (2002) 1412; CCE, **Rapport régulier 2003 de la Commission concernant les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**; CCE, **Rapport régulier 2004 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**, COM(2004)656final, Bruxelles, le 6.10.2004, SEC(2004)1201.

“Sendikal hak kısıtlamalarından, özellikle lastik ve cam işkollarında gösteri ve grevlerin kaldırılması (ertelenmesi) gibi kısıtlamalardan birçok durum anlatılmış, aktarılmıştır.”³⁵

Sendika, toplu pazarlık ve grev hakları konularındaki aykırılıkları “ILO normları”nı temel alarak saptayan İlerleme Raporlarında, Avrupa Birliği belgelerinin, yani Topluluk Şartı ile Temel Haklar Şartının gözönüne alınmadığı görülmektedir. Raporlarda sözü edilen “Topluluk kazanımları”, kuşkusuz Antlaşmaların ve sosyal haklar ile insan haklarına ilişkin bu iki belgenin yanı sıra, türevsel hukuk belgelerini de kapsar. Ancak, gerek nitelikli çoğunluk gerekse oybirliği yöntemleriyle ulusalüstü kurallar üretilmesi için Topluluk kurumlarına hiçbir yetkinin aktarılmadığı sendikal haklar konusunda, doğal olarak, tüzük yada yönergelerle herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.³⁶ Sanıyorum, temelde bu nedenle, İlerleme Raporlarında ve Türkiye Ulusal Programında, hiçbir Topluluk belgesinden söz edilmemiştir. Ancak, türevsel düzenleme yapılmamış olmasına karşın, biri antlaşmasal, öteki de Birliğin insan hakları alanındaki istencinin ürünü olan Topluluk Şartı ile –AB Anayasasının ikinci bölümüne konulan- Temel Haklar Şartından söz edilmemesi, kanımca çok önemli bir eksiklikler.

Dolayısıyla, sendikal haklar -ve genel olarak insan hakları- alanındaki uyum düzenlemelerinin hukuksal çerçevesinin hangi belgelerden oluştuğu sorunu ve sorusu, hem Avrupa Birliği hem de ülkemiz için önem taşımaktadır. Kanımca, bu sorunun Avrupa Birliğiyle ilgili boyutunun yanıtını, AB ve AT Antlaşmalarında (AB Anayasasında) bulmak olanaklıdır.

Gerçekten, AB Antlaşmasının Başlangıç bölümünde, Avrupa Birliğinin dayandığı ve üye devletlerin de bağlı olduğu dört ilkedeki biri, “*insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı*”dır (m. 11/1). Bu ilke, insan haklarından olduğuna kuşku bulunmayan sendikal hak ve özgürlükleri, bunları evrensel düzeyde tanıyıp güvenceye alan UÇÖ sözleşmelerini de kapsar. Öte yandan, Avrupa Birliğinin bağlı ve bilincinde olduğu “*temel sosyal haklar*”, Antlaşmanın yollamada bulunduğu 1961 Avrupa Sosyal Şartı ile 1989 Topluluk Şartında tanımlanmış olan sosyal haklardır. Ayrıca, Antlaşmanın 6. maddesinin 1. fıkrasında, Başlangıçta yer alan ve Birliğin dayandığı “*özgürlük, demokrasi, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı ve*

³⁵ CCE, *Rapport régulier 2004 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion*, s. 48.

³⁶ Avrupa Topluluğu Antlaşmasında, Birlik Konseyinin “nitelikli çoğunluk” yada “oybirliği” yöntemlerine göre kurallar üreteceği konular ile üye devletlerin yetkisine bırakılan konular belirtilmiştir. Bu üçlü sınıflandırmada; “*örgütlenme (sendika), grev ve lokavt hakları*”, üye devletlerin düzenleme yapma yetkisine bırakılmış konular arasında sayılmıştır (m. 137/6). Bu nedenle de, kendisine yetki aktarımı yapılmayan Topluluk kurumları, anılan konularda türevsel hukuk belgeleri çıkarmamıştır (bkz. Mesut Gülmuez, *Avrupa Birliğinde Sosyal Politika*, Türkiye-AB Sendikal Koordinasyon Komisyonu Yayını, Ankara, 2003, s. 39-40).

hukuk devleti”, tüm üye devletler için ortak ilkeler olarak belirtilmiştir.³⁷ Bu “antlaşmasal” ilkeler, kanımca “soyut” ilkeler değildir. Üye devletlerce ağır ve sürekli biçimde çiğnenmesi ve bunun Avrupa Konseyince oybirliğiyle gözlemlenmesi durumunda, Bakanlar Konseyinin bu devletin Antlaşmanın uygulanmasından doğan kimi haklarının askıya alınmasına karar verme olanağı vardır (m. 7/1, i). Kısacası ilkeler yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca Avrupa Topluluğu / Birliği Adalet Divanı da, önce 17 Aralık 1970 tarihinde ve ardından da izleyen yıllarda verdiği kararlarında, kanımca sendikal hakları da kapsayan “temel haklar”ın, hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu, “Topluluk hukukunun temel hakları koruduğunu” belirtmiştir.³⁸ Bu nedenlerle, *“Topluluk kazanımları” arasında, Antlaşmalarda açıkça anılan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartının yanı sıra 87, 98 ve 151 sayılı UÇÖ sözleşmelerinin bulunduğu görüşü kabul edilmelidir.* Dolayısıyla uyum düzenlemelerinde, yalnızca “temel sosyal haklar”ın somut içeriğinin belirlenmesi bağlamında Antlaşmalarda açıkça anılan Avrupa Sosyal Şartı değil, aynı zamanda ve öncelikle 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeler de göz önünde bulundurulmalıdır.

Avrupa Komisyonu da, kanımca doğru bir yaklaşımla, örtük olarak bu görüşü benimsediği için İlerleme Raporlarının hazırlanmasında öncelikle UÇÖ denetim organlarının raporlarını gözönünde bulundurmuş, örneğin Uzmanlar Komisyonunun 2000, 2001, 2002, 2003 ve 2004 yıllarına ilişkin raporlarında üzerinde durduğu başlıca aykırı kurallara yer vermiştir. Bu raporlarda 87 ve 98 sayılı sözleşmelere aykırılığı vurgulanan ve yinelenen temel konular, işkolu barajı, serbest bölgelerdeki kısıtlamalar (örneğin grev yasağı) ve Kamu Görevlileri Sendikaları Yasasının içerdiği aykırılıklar, üç yasanın (2821, 2822 ve 4688’in) sendikaların iç işleyiş, örgütlenme ve etkinliklerini ölçsüz biçimde (yani çok ayrıntılı olarak) düzenlemiş olmalarıdır. İlerleme Raporlarının bu konulara yaptığı ekleme, AB sosyal politikasında –ve kuşkusuz UÇÖ sözleşmelerinde ve uygulamasında– çok önemsenen “sosyal diyalog” konusundaki eksiklik ve yetersizliklerdir.

Komisyonun İlerleme Raporları, temelde UÇÖ denetim organlarının tüm aykırılıkları kapsamayan saptamalarını gözönüne aldığından, uyumsuz kuralların eksiksiz bir listesini vermemektedir, vermesi de beklenemez. Bu nedenle, yalnızca İlerleme Raporlarında yer alan aykırılıkları gideren düzenlemelerle sendikal haklar

³⁷ Bu ilkelerin, Avrupa Birliği Anayasasının Başlangıç bölümünün yanı sıra, “Birliğin Değerleri” başlıklı I-2 maddesinde de yer aldığı, ayrıca “insanlık onuruna saygı” ile “eşitlik” değerlerinin de bunlara eklendiğini belirtmek gerekir (Conférence des représentants des gouvernements des états membres, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, CIG 87/2/04, REV 2, Bruxelles, le 29 octobre 2004). AB Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra, söz konusu ilkeler “anayasal” değer ve nitelik taşıyacaktır.

³⁸ Sophie Robin-Oliver, “La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d’Amsterdam”, *Droit social*, No 6, juin 1999, s. 610 vd.

alanındaki uyum sorunu çözülemez. Sorunun çözümü, denetim organlarının Türkiye'ye ilişkin eksik saptamalarıyla da sınırlı olmaksızın, UÇÖ çerçevesinde elli yılı ve Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinde de otuz yılı aşkın bir süreden beri işleyen denetim sistemlerinin yerleşik ilke kararlarıyla (içtihatlarıyla) oluşturduğu ve Avrupa Birliği için de geçerli olan “uluslararası sendikal haklar hukuku”na uygun düzenlemeler yapılmasına bağlıdır. Bunun önkoşulu da, uluslararası sendikal haklar hukukunun, yalnızca pozitif hukuk olarak değil aynı zamanda içtihat hukuku olarak da doğru ve eksiksiz bilinmesidir.

Öte yandan Avrupa Birliğinin, Helsinki doruğu sonrasında aday ülkelerin insan hakları alanındaki durumunu izlemek amacıyla oluşturduğu ve her ilerleme Raporunun sonuna eklediği, Birleşmiş Milletler ile Avrupa Konseyince kabul edilen toplam 18 evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinden oluşan listede, 87 ve 98 sayılı sözleşmelerin bulunmaması önemli bir eksikliktir. Bu listede, sendikal haklara yer veren 1961 Avrupa Sosyal Şartı, aday ülkeler arasında Türkiye'nin onaylamayan 7 ülkeden biri olduğu 1996 Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin aday ülkeler arasında -2003'e değin- onaylamayan tek ülke olduğu 1966 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi bulunmakla birlikte, uluslararası sendikal haklar hukukunun oluşturulmasında ayrı bir yeri, önemi ve önceliği olan, üstelik çeşitli sözleşmelerde açıkça öngörülen çatışma kurallarıyla üstünlüğü belirtilen 87 ve 98 sayılı sözleşmelere de yer verilmesi gerekirdi.

3. Anayasal ve Yasal Düzenlemelere Karşın Uyumsuzluğu Süren Kurallara Örnekler

2821, 2822 ve 4688 sayılı yasaların, Anayasaya ve yasalara üstün tutularak ve insan haklarına ilişkin sözleşmelerden sayılarak, ilgili denetim organlarının kararlarını da kapsayacak biçimde uygulanması gereken taraf olduğumuz 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmelere ne kadar uygun olduğunu örnekleriyle sıralamadan önce, bu yasaların durumunu çok iyi özetlediğimi düşündüğüm bir fıkrayı anımsatmadan geçemeyeceğim. Bu fıkra, “deveye sormuşlar ...” diye başlayan ve devenin de, “nerem doğru ki” yanıtıyla biten, herkesin bildiği fıkradır ve Anayasa ile 2821, 2822 ve 4688 sayılı yasalar için, yapılan kimi değişikliklere karşın, hala geçerlidir.

Bu bölümde, Anayasa ile 2821 ve 2822 sayılı yasalarda 2002 sonuna değin yapılan tüm değişikliklerden sonra, aynı zamanda UÇÖ ve AB sendika ve toplu pazarlık hukukuna, daha açık bir deyişle 87 ve 98 sayılı sözleşmeler ile Topluluk Şartı ve Temel Haklar Şartına aykırı kuralları belirtmekle yetinecek, bu belgelerin ilgili kurallarına ve denetim organlarının kararlarına ayrıca girmeyecek, yani aykırılıkların gerekçelerine değinmeyeceğim.³⁹ Aykırılığı sürmekte olan kuralları,

³⁹ Bu konuda bkz.: BIT, *Liberté syndicale et négociation collective*, Conférence internationale du Travail, 81^e session 1994, Rapport III (Partie 4B), Genève; BIT, *La*

sendika, toplu pazarlık ve grev hak ve özgürlükleri yönlerinden üç ayrı alt başlıkta sıralayacağım.

a. Sendika Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Uyumsuz Kurallar

Sendika hak ve özgürlüğü konusundaki yasakçı ve uyumsuz kurallardan özellikle üyelik ve etkinliklerle ilgili olan kimileri 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nda yapılan değişikliklerle kaldırılmıştır. Ancak, bu yasadaki kuruluş ve örgütlenme ile ilgili uyumsuz kurallar, üyelikle ilgili başkalarının da eklendiği Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası'na da konularak yaygınlaştırılmıştır. Sendika hak ve özgürlüğüyle ilgili 2821 ve 4688 sayılı yasalar, yaklaşım ve içerik olarak birbirine benzediğinden, uyumsuz kuralların ve yapılması gerekli uyum düzenlemelerinin

liberté syndical, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, Quatrième édition, Genève, 1996; BIT, **Rapports du Comité de la liberté syndicale (313^e, 314^e et 315^e rapports)**, Bulletin officiel, vol. LXXXII, Serie B, No 1, Genève, 1999; BIT, **Application, Conventions internationales du travail, Rapport III (Partie 1A)**, Conférence internationale du Travail, 88^e session 2000, Genève, 2000; BIT, **Application, Conventions internationales du travail, Rapport III (Partie 1A)**, Conférence internationale du Travail, 89^e session 2001, Genève, 2001; BIT, **Application, Conventions internationales du travail, Rapport III (Partie 1A)**, Conférence internationale du Travail, 90^e session 2002, Genève, 2002.

Ayrıca, geniş bilgi için benim şu yayınlarıma bakılabilir: "Serbest Bölgelerde Grev Hakkı ve Anayasa Mahkemesi Kararı", **Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1988, s. 274-281; **Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ / ILO Sözleşme ve İlkeleri)**, TODAİE Yayını, 1988; "87. Üye Devlet Olarak Türkiye'yi Bağlar", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Sayı 105, Mart 1989, s. 11-15; "Sendikal Yasalarda Değişiklikler ve Uluslararası Kurallar", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, Mart 1989, s. 77-111; "98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (1): 1955-1980", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, Eylül 1990, s. 13-29; "98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (2): 1980-1990", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 4, Aralık 1990, s. 3-37; "12 Eylül'den Günümüze ILO Denetim Organları Önünde Türkiye (Yasal Boyut)", **Cahit Talas'a Armağan** (Yay. Haz. Alpaslan Işıklı-Mesut Gülmez), Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1990, s. 247-283; "On Yılın ILO Bilançosu: Sıfıra Sıfır, Elde Var Sıfır", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Sayı 123, Eylül 1990, s. 45-50; "1995 Anayasa Değişiklikleri ve Sendikal Haklar", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 32, Sayı 1, Mart 1999, s. 3-30; **Dünya'da Memurlar ve Sendikal Haklar**, TODAİE Yayını, Ankara, 1996; "Belediye Memurlarının Toplu Görüşme Hakkı", **Çağdaş Yerel Yönetimler**, Cilt 10, Sayı 2, Nisan 2001, s. 68-84; "Aykınlıklarla Dolu Kamu Görevlileri Yasası", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 34, Sayı 3, s. 3-21; "Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar", **Anayasa ve Uyum Yasaları**, Açık Oturum, 13-14 Aralık 2002, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, s. 248-272; "Avrupa Birliği Hukukunda Sendikal Haklar ve Türkiye'nin Uyum Sorunu", **İnsan Hakları Yılığ**, Cilt 23-24, 2001-2002, s. 1-29; **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e: 1926-2001**, TODAİE Yayını, Ankara, 2002.

içeriği de birbirine benzemektedir. 87 ve 98 sayılı sözleşmeler ile Topluluk Şartına ve Temel Haklar Şartına aykırı olan başlıca uyumsuz kurallar, 2821 ve 4688 sayılı yasaların madde sayılarına göre şunlardır:

- Üst kuruluşlar oluşturma hakkının konfederasyonlarla sınırlı tutulması ve federasyonlar kurulamaması (2821, m. 2/son ve 4688, m. 3/g);
- Konfederasyon kurmak için, değişik işkollarında kurulu enaz beş sendikanın bir araya gelmesinin zorunlu olması (2821, m. 2/son ve 4688, m. 3/g);
- İşçi sendikalarının “işkolu” ve kamu görevlileri sendikalarının da “hizmet kolu” temeline dayalı olarak kurulmasının ve Türkiye çapında etkinliklerde bulunmasının zorunlu tutulması (2821, m. 3/1 ve 4688, m. 4);
- İşçilerin ve kamu görevlilerinin, işyeri yada meslek temeline dayalı sendika kurmalarının yasaklanması, böylece örgütlenme özgürlüğünün alt ve üst düzeylerde sınırlandırılması (2821, m. 3/3 ve 4688, m. 4/2, 2. cümle);
- Sendika kurucusu olabilmek için “Türk vatandaşı” olma koşulunun aranması (2821/4101, m. 5/1 ve 657, m. 48/A, 1);
- Kamu görevlileri sendikaları kurucusu olabilmek için en az iki yıldan beri kamu görevlisi olarak çalışma zorunluluğu (4688, m. 6/2);
- Adaylık veya deneme süresini tamamlamayanların yasa anlamında kamu görevlisi sayılmaması ve dolayısıyla sendika hakkından yoksun kalması (4688, m. 3/a);
- İşçi sendikası ve konfederasyonlarının genel kurul dışındaki zorunlu organlarına seçilebilmek için işkolunda “en az on yıl bilfiil çalışmış olma” zorunluluğunun sürdürülmesi (2821, m. 14/sondan 2. fıkra);
- Sendikalara üye olması yasaklanan kamu görevlilerinin kapsamının çok geniş tutulması (4688, m. 15);
- Kamu görevlileri sendikaları şubelerinin en az 400 üye ile kurulabilmesi (4688/5198, m. 18/5);
- İşçiler ve kamu görevlileri için aylık ödenti tutarının sınırlandırılmış olması (m. 23/2; 4688/5198, m. 25/2);
- Yerel ve genel seçimlerde aday olan sendika ve konfederasyon yöneticilerinin, organlardaki görevlerinin adaylık süresince askıda kalması ve seçilmeleri durumunda ise görevlerinin son bulması (2821, m. 37/3; 4688, m. 18/4).
- İşyeri sendika temsilcisi atama yetkisinin, yalnızca toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikaya tanınmış olması (2821/4101, m. 34/1);
- İşyerlerinde işyeri temsilcisi seçme yetkisinin, yalnızca en çok üye kaydetmiş kamu görevlileri sendikasına tanınmış olması (4688, m. 23);

b. Toplu Görüşme, Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Haklarına İlişkin Uyumsuz Kurallar

Toplu görüşme, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi hakları konularındaki aykırılıkları, Anayasanın 53. maddesinin yanı sıra, özellikle hiçbir değişiklik görmeyen 54. maddesinde yoğunlaşan uyumsuz kurallardan başlayıp 2822 ve 4688 sayılı yasaları ayrı ayrı gözönüne alarak sıralayalım.

- Toplu iş sözleşmesi hakkının “*işçiler*” ile sınırlı olarak anayasal güvenceye alınması (AY, m. 53/1);
- Toplu görüşme hakkının, kamu görevlileri arasında “kamu erki”ni kullananlar ve kullanmayanlar, yani “devlet adına otorite işlevleri” yerine getirenler ve getirmeyenler yönünden bir ayırım yapılmaksızın tümü için *toplu iş sözleşmesine* olanak vermeyecek biçimde tanınması ve 53. maddenin 1. ve 2. fıkralarının kapsamı dışında tutulması (AY, m. 53/3);
- Toplu sözleşme yetkisi için birlikte gerçekleştirilmesi zorunlu olan çifte sayısal ölçütün (%10'luk işkolu barajı ve işyerinde yarıdan fazla çoğunluk koşullarının) öngörülmesi ve sürdürülmesi (2822, m. 12);
- Konfederasyonlara toplu iş sözleşmesi yapma / bağitleme yetenek ve yetkisi tanınmaması (2822, m. 2/1 ve 12/1);
- Toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi bağitleme düzeyinin “işyeri” ve “işyerleri” ile sınırlandırılması (2822, m. 3/1).
- Toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili sendikayı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının belirlemesi (2822, m. 13/2);
- Toplu görüşmenin süresinin altmış günle sınırlandırılması (2822, m. 21/2);
- Toplu görüşme yapmaya yetkili sendikal örgütlerin, yalnızca *her hizmet kolunda en çok üyeye sahip sendika ile bunların bağlı oldukları konfederasyonlar*” olarak belirlenmesi (4688, m. 30/1);
- Toplu görüşmeye katılmaya yetkili kamu görevlileri sendikaları ile konfederasyonlarını belirleme yetkisinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına verilmesi (4688/5198, m. 30/2, b);
- Toplu görüşmenin konu ve düzey yönlerinden sınırlandırılması ve bunları belirleme yetkisinin taraflara bırakılmaması (4688, m. 3/h ve m. 28);
- Toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi hakkından “memur” sayılan çok geniş bir kamu görevlisi kesiminin yararlanamaması (AY ve 4688).

c. Toplu Eylem ve Grev Hakkına İlişkin Uyumsuz Kurallar

Sendika özgürlüğünün onayladığımız sözleşmelerde öngörülen evrensel ve bölgesel kural ve ilkelerinin güvencesi altında bulunan toplu eylemlere başvurma hakkı ile onun uygulamada en çok bilinen ve başvurulmuş biçimini oluşturan grev hakkı konusunda da, Anayasada ve sendikal yasalarda gerek 87 sayılı sözleşmeye ve gerekse Topluluk Şartı ile Temel Haklar Şartına (AB Anayasasına) aykırı ve

uyumsuz kurallar vardır. Başlıca kaynağı Anayasa olan ve 1982'den beri bir tür “tabu” olarak “ayrık bir dokunulmazlık”tan yararlanan grev hakkına ilişkin –ve tümü işçiler ve işçi sendikaları için geçerli- olan aykırı ve uyumsuz kuralların kimileri şunlardır:

- Grev hakkının yalnızca “işçiler” için anayasal güvenceye alınmış olması (AY, m. 54/1);
- Grev hakkının, ancak “toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde” işçilere tanınması (AY, m. 54/1);
- Grev hakkının “iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmaması” (AY, m. 54/2);
- Grev ertelemesinde, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca kesin çözüme bağlanması (AY, m. 54/5);
- Çıkar grevi dışındaki toplu eylemlerin, yani siyasi amaçlı grevin, dayanışma grevinin, genel grevin, işyeri işgalinin, işi yavaşlatmanın verimi düşürmenin ve diğer direnişlerin yasaklanması (AY, m. 54/7);
- Kamu görevlileri sendikalarının “54 üncü madde hükümlerine tabi olma(dıkları)” belirtilerek, “grev özgürlüğü”nün “grev yasağı” rejimine dönüştürülmek istenmesi (AY, m. 53/3).
- Devlet Memurları Yasasında kesin ve genel nitelikli “grev yasağı” öngörülmesi (657, m. 27);
- Grev yasağının, “bir daha devlet memurluğuna atanmamak” üzere, yani kesin olarak “devlet memurluğundan çıkarma” cezasıyla yaptırıma bağlanması (657, m. 125/E, a);
- Ceza Yasasının, üç yada daha çok devlet memurunun “evvelce aralarında vaki olan karar ve ittifaka binaen usul ve nizam hilafına *memuriyetlerini terk ederlerse*”, her biri için ağır para cezası ve “muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ve “bu hareketlerinden *devletçe bir zarar* hasıl olmuş ise”, özgürlükten yoksun bırakıcı, “ölçsüz” ve ağır yaptırımlar (3 aydan 5 yıla kadar *hapis cezası*) öngörmesi (TCY, m. 236).
- Grev yasağı bulunan “işler” ve “yerler”in çok geniş tutulması (2822/3451, m. 29 ve 30);
- Karar verilmiş yada başlanmış olan yasal bir grevin belirli nedenlerle Bakanlar Kurulunca ertelenmesinin grev hakkını ortadan kaldırması ve uyuşmazlığın, erteleme süresinin sonunda, Yüksek Hakem Kurulunca kesin çözüme bağlanması (2822, m. 33/1, 34/3 ve 52);
- Grev hakkı ve lokavtın, “iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde (kötüye) kullanılmaması” (2822, m. 47);

- Çıkar grevi dışındaki toplu eylemlerin, yani siyasal amaçlı grevin, genel grevin, dayanışma grevinin, işi yavaşlatmanın, işyeri işgalinin, verimi düşürecek ve üretimi aksatacak nitelikteki her türlü direnişin yasaklanması ve hapis cezası yaptırımlarına bağlanması (2822, m. 72/4).

V. SONUÇ

Dört büyük başlık altında temel iki ana konuyu incelediğim bu makalede, ilk olarak, Avrupa Birliğine uyum zoruyla ve onayladığımız uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile yasalar arasındaki çatışma sorununu çözme amacıyla eklenen üçüncü cümlesinin kapsamak üzere, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası çerçevesinde ulaştığım başlıca sonuçları özetlemek isterim:

1) Birinci cümledeki “...*kanun hükmündedir*” sözleri, antlaşmaları iç hukukla bütünleştirme amacı taşır ve bir çatışma kuralı değildir; onaylanan antlaşmaların kurallar sıra düzenindeki yerini göstermez;

2) Anayasal denetim yolunu kapatan ikinci cümle de, temelde bir çatışma kuralı değildir ve aslında gereksizdir, ancak Anayasa koyucunun antlaşmaları yasaların üstünde gördüğü biçimde yorumlanması olanaklıdır;

3) Bu iki cümle, üçüncüsünün eklenmesinden sonra, insan haklarına ilişkin *olmayan* antlaşmalar için, iç hukuktaki yerlerini saptama açısından geçerliliğini sürdürmektedir.

4) Üçüncü cümledeki “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*” sözleri; kuruluş, kuşak, kişi ve konu yönlerinden kesimsel yada özel yahut genel nitelik taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, insan haklarının bölünmezliği ve bütünselliği ilkeleri uyarınca, tüm insan hakları sözleşmelerini kapsadığı yolunda anlaşılmalı ve ayrıca, temel konusu insan hakları olmayan antlaşmalardaki kuralları da kapsadığı kabul edilmelidir;

5) Uyuşmazlık durumunda, ulusal hukuka üstün tutularak öncelikle uygulanması gereken taraf olduğumuz tüm insan hakları sözleşmeleri, yargı yerleri ve yönetsel yetkililerce kendiliğinden “esas” alınarak uygulanmalıdır; Anayasa ve yasa koyucular için de, alt sınıır oldukları unutulmamalıdır;

6) Uyuşmazlığın, salt “yasalar” ile değil, kanun hükmünde kararname ve insan haklarıyla ilgili düzenlemeler yapan tüm yasal ve / yada dayanağını yasalardan alan yönetsel düzenlemeler ile uluslararası antlaşmalar arasında çıkmış olması durumunda da, uluslararası antlaşmalar “esas” alınmalıdır;

7) Uyuşmazlıklar, salt sözel metinler değil, yetkili denetim ve koruma organlarının kararları da gözönüne alınarak saptanmalı ve karara bağlanmalıdır;

8) Uluslararası antlaşmalar, ancak yasalardan daha ileri hak, özgürlük ve güvence sağlamaları durumunda uyuşmazlıkların çözülmesinde temel alınmalıdır; antlaşmalardan daha ileri ulusal hukuk kurallarının öncelikle uygulanacağına kuşku yoktur;

9) Uluslararası antlaşmalar: “esas” almak için, yüksek yargı yerlerinin kimi kararlarında koşul sayıldığı gibi, -onaylanmakla Anayasa gereği ulusal hukukun parçasına dönüşmüş olan- antlaşmaları ayrıca ulusal hukuka katan özel yasal / yönetsel düzenlemeler yapılmış olması gerekmez;

10) Uzun sözün kısası, 90. maddenin son fıkrasının 25 sözcüklü yeni üçüncü cümlesi, evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası insan hakları hukukunun kaynaklarını oluşturan sözleşmelerden taraf olduklarımızı, denetim organlarının kararlarını da kapsayacak biçimde ulusal düzenlemelere üstün tutarak ve iç hukuka aktarılmış olması koşulunu aramaksızın, kendiliğinden ve doğrudan uygulama yükümlülüğü getirmiştir.

Onaylanan ve iç hukukun parçasına dönüştürülen insan hakları sözleşmelerine Mayıs 2004 değişikliğiyle kurallar sıralamasının en üstünde yer verilmiş olması, onları yaşamın bir parçasına dönüştürmek için yeterli değildir. Yargı yerlerimizin ve yönetsel yetkililerimizin, hiç de kolay olmayan ve küçümsenmemesi gereken yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirebilmelerini sağlayacak koşulların hazırlanması gerekir. Bu koşulların başında da, kuşkusuz insan hakları eğitimi ve eğitimi gelmektedir.⁴⁰ Ancak hükümetin ve yasama organının da, Brüksel’den gelecek istekleri beklemeksizin, başta Anayasa olmak üzere, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi dışındaki sözleşmeler, -örneğin Avrupa Sosyal Şartı, BM’nin ikiz sözleşmeleri ve UÇÖ’nün 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeleri- ile de bağdaşmayan aykırılıkları kaldıracak kapsamlı ve denetim organlarının kararlarını gözönünde tutan bir uyum çalışmasını başlatması gerekir.

Bilmiyorum, yasama, yürütme ve yargı organlarımız, yirmibeş sözcüklü değişikliğin içerik ve kapsamı ile hukuk düzenimiz üzerindeki etkilerinin ve üstlendikleri yükümlülüklerin ayırdındalar mıdır?

Kuşkusuz, anayasal ve yasal uyum düzenlemelerine ilişkin yasa tasarısı ve önerilerinin gerekçelerinde de açıkça belirtildiği üzere, öncelikle 2004 sonunda Avrupa Birliğinden “müzakere tarihi almak” için yapılmış olsa da, uluslararası insan hakları hukukuna uygunluk sağlayıcı değişiklikler içeren önemli düzenlemelerin gerçekleştirilmiş olması olumlu bir adımdır. Bu kural, uluslararası hukuku iç hukukla bütünleştirmenin ötesinde, insan haklarıyla sınırlı olmak üzere

⁴⁰ Daha önce değindiğim 7 Mart 2000 tarihli Ceza Genel Kurulunun ILO denetim organlarının kararlarını gözönüne almayan kararının yanı sıra, Trabzon İdare Mahkemesinde görülmekte olan 2004/374 E. sayılı bir davada, davalı Trabzon Valiliğinin Mahkemeye sunduğu 16 Temmuz 2004 tarihli ikinci savunma yazısında; davacı sendikanın dava konusu işlemin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 11. maddesine aykırı olduğu yolundaki savını, “böyle bir aykırılık söz konusu değildir” diyerek yadsıdıktan sonra, “Aykırılık olsa bile yukarıda belirttiğimiz Anayasamızın emredici hükümleri bulunmaktadır. Dolayısıyla ile *Anayasamızın iş bu hükümleri öncelikle uygulanır*” denilmiş olması, Anayasa ve yasaları değiştirmekle insanları değiştiremeyeceğini, bunun için de insan hakları eğitiminin ne denli gerekli olduğunu göstermektedir.

bu konudaki antlaşmaları ulusal hukukun üstüne taşıyıp ilk sıraya oturtmuştur. Daha önce, istisna olarak belirli konularda uluslararası hukuka anayasal değer tanıyan Anayasa, 2004 değişikliğiyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerden oluşan İnsan Hakları Uluslararası Hukukuna da ulusalüstü (kanımca Anayasa-üstü) bir değer tanıyarak, bu yaklaşımının kapsamını genişletmiştir. Kısacası, insan hakları alanında ulusal egemenlik uluslararası denetim ve koruma organlarına devredilmiştir. Yinelemek gerekirse, üçüncü cümledeki egemenlik devri, iç hukukla bütünleştirilen insan hakları sözleşmeleri için söz konusudur. Bu da, uluslararası insan hakları hukukuna (tüm sözleşmelere) doğrudan “ulusalüstü” nitelik kazandırmaz, çünkü ulusalüstülük onay koşuluna bağlıdır.

90. maddenin son fıkrasına eklenen üçüncü cümle, dörtlü bir yelpaze oluşturan farklı görüşlere son verdi mi, verecek mi?

Temel amacı, insan hakları alanında ulusal ve uluslararası hukuk arasındaki çatışmadan doğan uyumsuzlukların içerde çözülmesi olan üçüncü cümlelerin yaptığı düzenleme, önceki farklı görüşlerden ikisini çözüme bağlarken, ikisini de boşlukta bırakmıştır: Artık uluslararası antlaşmalar, yasalar düzeyinde değil, yasaların üstündedir. Ancak, katı bir pozitivist yaklaşım benimsendiğinde, “uluslararası antlaşma-Anayasa” çatışmasının çözülmediği ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla da, iç hukukta çözüme bağlanmayan bir “antlaşma-Anayasa” çatışmasından doğan uyumsuzluklar, sonuç olarak uluslararası koruma ve denetim organlarının önüne götürülebilecektir.

Bu nedenle, belirttiğim duraksama, kuşku ve soruları giderecek yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Anayasanın yürürlükteki kurallarıyla çelişmeyeceğini düşündüğüm bu düzenleme şöyle olabilir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası insan hakları antlaşmaları, bu antlaşmalar ile Anayasayı da kapsayan ulusal hukukun çatışmasından doğan tüm uyumsuzluklarda öncelikle uygulanır.”

Sonuç bağlamında vurgulamak istediğim ikinci temel nokta, Anayasa ile sendikal yasalarımızın onayladığımız sözleşmelere aykırı kurallarıyla ilgilidir. Kurallarına uyum sağlamak zorunda olduğumuz sözleşmelerin, sendikal haklar alanında en ayrıntılı ve ileri düzenlemeleri yapan 87, 98 ve 151 sayılı UÇÖ sözleşmeleriyle sınırlı olmadığını, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 2003'te onaylayarak hukuksal yükümlülük altına girdiğimiz Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesini de kapsadığını unutmamak gerekir. Öte yandan, Avrupa Birliğine “aday üye devlet” olarak, AB'nin sendikal haklara ilişkin iki belgesi de (Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı ile AB Anayasasının ikinci Bölümünde yer alan Temel Haklar Şartı da), uyum sağlamak zorunda olduğumuz uluslararası hukuk kapsamında düşünülmelidir.

Bu konuda altı çizilmek gereken ilk nokta, sendikal haklar alanındaki anayasal ve yasal uyum düzenlemelerinde “Avrupa Birliği ile sınırlı bir hedef ve çerçeve”nin benimsenmiş görünmesi ve bu yaklaşımın da, hem yetersiz hem de ulusal hukukumuzda üstün tuttuğumuz insan hakları sözleşmelerine ve kuşkusuz 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmelere aykırı olmasıdır. Bu konuda yönümüzü, öncelikle AB’ye değil, İlerleme Raporlarında da açıkça belirtildiği gibi UÇÖ’ye çevirmemiz, dolayısıyla da UÇÖ denetim organlarıncı saptanan aykırı kuralları değiştirerek 87 ve 98 sayılı sözleşmelere uyum sağlamamız gerekir. Çünkü, **AB’ye uyumun yolu UÇÖ’ye uyumdan geçmektedir**. Bu görüşün, İlerleme Raporlarının yanı sıra, AB ve AT Antlaşmalarında da hukuksal dayanakları vardır.

Öncelikle unutulmamalıdır ki, sendikal haklar alanındaki uyum sorunu, Avrupa Birliğine tam üyelik başvurusunun yapıldığı ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde hakları çiğnenen bireylere “bireysel başvuruda bulunma hakkı”nın tanıdığı tarihten (1987’den) önce Anayasa ile 2821 ve 2822 sayılı yasaların kabul edildiği tarihlerden, hatta 12 Eylül 1980’den başlayarak gündeme gelmiştir. Dolayısıyla sendikal uyum düzenlemeleri, başlangıçta Avrupa Konseyine ve Avrupa Birliğine değil Uluslararası Çalışma Örgütüne uyum sağlamak için yapılmıştır. Ancak son yıllarda, özellikle de 1999 Helsinki doruğunda ülkemize “aday ülke” statüsünün verilmesini izleyen dönemde, genel olarak insan hakları alanında AB’ye (özellikle Kopenhag ölçütlerine) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uyum sağlanmasına öncelik verilmeye başlanmıştır.

Yaklaşık onbeş yıldan beri, sendikal haklar alanında yapılan anayasal ve yasal düzenlemelerle sağlanan uyum yeterli değildir. Başta grev hakkı olmak üzere, Anayasadan başlayarak, yasaların değiştirilmesi gereken pek çok aykırı kuralı yürürlüktedir. Özellikle, 87 sayılı sözleşmenin yanı sıra, Topluluk Şartı ile Temel Haklar Şartında (AB Anayasasında) tanınan ve güvenceye bağlanan, “**grev hakkının da kapsayan toplu eylem hakkı**” konusundaki yasak ve kısıtlamalar, hem Anayasada hem de yasalarda 1982 ve 1983 yıllarındaki içerikleriyle durmaktadır. Verilen sınırlı örneklerde de açıkça görüldüğü gibi, uyumsuz kuralların sayısı uyumu sağlananlardan çoktur. Ne yazık ki, son zamanlarda hazırlanmış tasarı ve taslaklar da, bu aykırılıkları değiştirmeye yönelik ciddi bir siyasi istenç bulunmadığını ortaya koymaktadır.

Yürürlükteki anayasal ve yasal aykırılıklar, Anayasanın yeni çatışma kuralıyla ortaya koyduğu açık ve tartışmasız buyruğa karşın, sendikal sözleşmelere ve denetim organlarının içtihatlarına uygun olarak değiştirilebilir mi ?

Yanıtı, kanımca çok da zor olmayan bir sorudur bu. Aykırı ve uyumsuz kuralların boyutu ve kapsamının genişliği ile benimsenen yaklaşımlar ve gerçekleştirilen değişiklikler gözönüne alındığında, gerçekçi bir yaklaşımla, soruya olumlu yanıt verilemez. Kuşkusuz, son beş yıldan beri yapılan anayasal ve yasal uyum düzenlemelerinin hemen hemen tüm resmi gerekçelerinde de açıkça ve ilk sırada belirtildiği gibi, AB ile tam üyelik görüşmelerine başlamak için tarih

alınmış/verilmiş olmasının bir tür kaçınılmaz sonucu olarak, 1982 ve 1983'te kurulan sendika ve toplu pazarlık düzeninin 12 Eylül'den kalan "ruhu"nu zedelemeyecek olanlardan başlayarak, aykırılıklardan kimilerinin değiştirilmesi olanaklıdır, hatta zorunludur. Çünkü Avrupa Komisyonu, 2005 sonunda hazırlayacağı İlerleme Raporunda, hiç olmazsa 2004 İlerleme Raporunda ortaya koyduğu aykırılıklardan kimileri konusunda ilerlemeler gerçekleştirildiğini görmek isteyecektir. Ancak, büyük bir olasılıkla, bu konudaki kimi değişikliklerin yapılması çalışmalarını UÇÖ'nün Haziran 2005'teki Genel Konferansı öncesinde başlatacak⁴¹ ve yürürlüğe girmesini de son günlere değin bekleteceğiz!

Kanımcıca, uluslararası sendikal haklar hukukuna ve Avrupa Birliği hukukuna tam uyum sağlayacak düzenlemeler yapılmasının önünde, yalnızca siyasal iktidardan değil, aynı zamanda işçi ve kamu görevlileri sendikaları ile işveren sendikalarından da kaynaklanan ciddi engeller bulunmaktadır. Bunlara, bu alanda çalışan (ve kimileri hükümet yada işveren kanatlarının temsilcileri olarak UÇÖ Genel Konferanslarına katılan, yasal düzenleme ve değişikliklerde görev üstlenen) öğretim üyeleri arasındaki görüş ayrılıklarından ileri gelen engelleri de eklemek yanlış olmaz. Sosyal ortakların ne kendi aralarında ne de karşıt yanlar olarak asgari nitelik taşıyan uluslararası kurallar konusunda anlaşığı, alandaki öğretim üyelerinin de denetim organlarının görüş ve kararlarını gözdere ederek farklı görüşleriyle buna katkıda bulunduğu bir bağlamda, AB'ye uyum sürecinin yıllardır "üvey evladı" olan⁴² sendikal haklardaki aykırılıkların hukukumuzdan ayıklanması uzun zaman alacaktır; belki de, AB'ye tam üyeliğe endekslenmiş olarak, 2015'e değin sürecek bir "sendikal haklar uyum süreci"ne tanık olunacaktır!

⁴¹ Bunun ilk belirtisini, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının, bu makaleye son noktayı koymaya hazırlandığı günlerde basına yansıyan, kamu görevlilerine "toplular sözleşme" ve "grev" hakları tanınmasını öngören "tarihi" bir karar alındığı yolundaki açıklaması oluşturmaktadır. Bu aşamada bir değerlendirme yapmayı çok erken bulmakla birlikte, özellikle kamu görevlilerine tanınacak olan –ancak gerek kişiler gerekse hizmetler yönünden kısıtlama ve yasaklar içereceği şimdiden açıklanan– grev hakkının, örneğin DYP-SHP ortak hükümeti döneminde hazırlanan 15 Mart 1994 tarihli "Kamu Görevlileri Sendikaları, Toplu Sözleşme ve Grev Kanunu Tasarısı"ndaki –eğer benzetmede hata olmazsa "kuşa" dönüştürülmüş "sözüm ona" – grev hakkına benzetilmemesini dilerim (Mesut Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, s. 335 vd).

⁴² Mesut Gülmez, "Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar", **Anayasa ve Uyum Yasaları**, s. 248-272; Ayrıca bkz.: Mesut Gülmez, "Türkiye'de Sosyal Politikanın Tarihsel Evrimi", **I. Ulusal Sosyal Politika Kongresi, Yaşam Boyu Sosyal Koruma**, 22-24 Ocak 2004, DiSK Yayını (İstanbul, Mayıs 2004), s. 66.

TÜRKİYE’DE SENDİKAL ÖRGÜTLENMEDE YAŞANAN GÜVEN VE DAYANIŞMA SORUNLARI

Arş. Gör. Dr. Betül URHAN*

Giriş

Sendikalar, işçiler arasındaki rekabete son vererek, ortak çıkarlar etrafında bir birlik ve güç oluşturmalarını sağlamalarından dolayı önemli kurumlardır. Çünkü işçi sınıfı hiçbir zaman homojen olmamış, ayrışma potansiyelini her zaman içinde barındırmıştır. Bölünmüş grupların birbirlerinden yaktılması ve birbirleriyle mücadele etmeleri genellikle yenilgiye yol açtığı için sınıf dayanışması, her zaman sendikal hareketin mevcudiyeti ve etkinliği için hayati bir öneme sahip olmuştur. İşçilerin dayanışma örgütleri olan bu kurumlar, nüfusun önemli bir kesimini oluşturan bağımlı çalışanların ekonomik, sosyal ve siyasi alandaki hak ve çıkarlarının savunucusu olarak demokrasinin ve emek-sermaye arasındaki güç dengesinin kurulmasında önemli aktörler olmuşlardır. Gerçekten 1970’li yıllara kadar toplu sözleşmeler aracılığı ile çalışanlar adına önemli kazanımlar elde eden ve elindeki demokratik silahlarla, emek-sermaye arasında belli bir güç dengesi sağlayan sendikalar, toplumda, çalışanları ortak çıkarlar etrafında toplayabileceklerine dair yaygın bir inanç ve güven duygusu oluşturmuştu. Ancak 1970’lerden sonra, gelişmiş ve gelişmekte olan bir çok ülkede, emeğin haklarını geriletken koşullara bağlı olarak ciddi bir güç ve güven kaybına uğramışlardır. Sendikal güç ve güven kaybıyla eş zamanlı olarak sendikaların bir temsil krizi içerisinde olduğuna yönelik tartışmalar yükselmiştir. Öyle ki, artık endüstri ilişkilerinin, sendikalar olmaksızın da yürüyebileceğine ilişkin senaryolar gündeme gelmeye başlamış, sendikaların sadece belli bir işçi kitlesini koruyan özel bir işçi kulübü olduğuna dair fikirler yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu durum, sendikaların, işçi sınıfının dayanışma örgütleri olma özelliğini tartışılabilir hale getirmiş ve örgütlenme kapasitelerini daraltan önemli bir unsur olmuştur.

Sendikaların yaşadığı bu güç ve güven kaybının önemli göstergesi, sendikaların yeni üye kazanma, mevcut üyelerini koruma ve üyelerini harekete geçirme kapasitelerinin zayıflamış olmasıdır. Bu durum, çevrimsel hareketler, işgücü piyasasında meydana gelen değişimler, işverenlerin sendika karşıtı taktik ve stratejileri, hükümetlerin tutumu, yasalar, sendikaların örgütlenme stratejileri, taktikleri ve yapıları gibi çok geniş faktörler ağı ile açıklanabilir. Ancak, bütün bunların yanında sendikal örgütlenmenin öznesi olan ve genellikle göz ardı edilen

* Kocaeli Üniversitesi

işçilerin sendikalara yönelik anlayışlarının da önemli olduğu ifade edilmelidir. İşçilerin kolektifiğe, sendikaların gücüne ve politikalarına yönelik inancının olumlu olması durumunda, en olumsuz koşulların olduğu ortamlarda dahi örgütlenme başarısının yüksek olduğunu gösteren araştırmalar mevcuttur.

Bilindiği gibi, sendikaların gücü, etkinliği ve işçilerin sendikalara yönelik tutumu, ülkelerin sosyal, ekonomik ve tarihsel özelliklerine göre şekillenmektedir. Bu nedenle doğuşu, gelişmesi ve örgütlenme faaliyetleri, Batı ülkelerine göre daha farklı dinamikler tarafından belirlenen Türk sendikacılığında yaşanan güven ve dayanışma sorunlarının ortaya konulması, küresel gelişmelerle beraber ülkenin öznel koşulları ve sendikacılığın kendine özgü özelliklerinin de göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Makalenin, birinci kısmında, günümüzde Türkiye’de sınıf temelli bir dayanışmanın oluşturulmasında yaşanan sorunları ve güvensizliği yaratan unsurların bazılarına yer verilecektir. İkinci kısımda ise, ampirik bir araştırmanın sonuçlarından yararlanılarak, sendikaların gerilediği ve kolektifliğin çözüldüğü bir zamanda işçilerin sendikalara yönelik anlayışları ve güven düzeyi ortaya konulmaya çalışılacaktır. Sendika üyesi olan ve olmayan işçileri kapsayan araştırmaya dayanarak, güvensizliğin ve örgütsüzlüğün kaynaklarının işçiler tarafından nasıl algılandığı, örgütlülük deneyimine göre değerlendirilecektir.

I. SENDİKAL DAYANIŞMAYI GERİLETEN FAKTÖRLER

1. Neo-Liberal Politikalar

Bilindiği üzere burjuvazi, tarih sahnesine çıktığı andan itibaren daha fazla kar edebilmek için ihtiyaç duyduğu, ekonomik, sosyal ve siyasal ortamı yaratmak için çalışmış, bunun için dönemin tüm üretim ilişkilerini değiştirmekle kalmamış, aynı zamanda sosyal yapıyı biçimlendirmiş ve siyasal yapıyı değiştirmiştir. Döneminin tüm katı gelenekleri ile tutum ve anlayışlarını parçalamış, kendisine özgür bir hareket alanı yaratmak için katı olan her şeyi buharlaştırmıştır. Sermaye, tüketiciye ulaşmada ve daha fazla kar etmede, her seferinde yeni model arayışlarına girmiş, model tıkanığında yaşanan krizleri başka bir modelle aşmaya çalışmıştır.

1970’li yıllar da sermayenin kriz sonrası yeni model arayışlarının olduğu bir dönem olarak kabul edilmektedir. Nitekim, 1970’lere kadar, kitlesel üretim-kitlesel tüketim denliğine dayanan, Fordist üretim tarzının bir gereği olarak hayata geçirilen Keynesyen model, sistemin krize girmesiyle etkinliğini yitirmiştir. İç pazarda standart ürünlere olan talebin doyma noktasına gelmesi ve talebin yapıdaki farklılaşmalara eski üretim sisteminin cevap verebilmesinin mümkün görünmemesi, bu dönemde karşılaşılan tıkanıklığın önemli bir nedeniydi. Kayan

bant sistemi ile üretimin sürekli kılındığı Fordist üretim tarzında, maliyetler artmakta, firmalar talep düzeyini korumak için fiyat indirimlerine gitmek zorunda kalmaktaydı. Meydana gelen ürün fazlalığı, firmaların yeni ihracat pazarları yaratmalarını zorluyordu. Bunun yanı sıra firmaların maliyetleri düşürme girişimleri güçlü ve örgütlü işçi hareketinin muhalefetine takılıyordu. İşyerlerinde artan direniş ve grevler, verimlilikte görece düşüşe yol açıyordu. Bu süreçte gelişmiş ülkelerin iç piyasalarında farklılaşmış ürünlere olan talep artmış, uluslararası piyasalarda ise imalat sanayisine yönelmiş üçüncü dünya ülkelerinin rekabet etme gücü görece artmıştı. Sistem bir verimlilik ve kârlılık krizine girmişti.¹ Bu krizi aşmaya yönelik olarak hem iktisadi hem de ideolojik olarak benimsenen yeni liberal politikalar, ülkeleri dünya ekonomisi ve siyasetinde yeni bir yapılanma ve iş bölümüne zorlayan bir dönüşüm yaratmıştır.

Bu dönüşüm sürecinin en belirgin özelliklerinden biri, sermayenin, zaman ve mekan üzerindeki gücünü artırmak suretiyle düzenin katı olarak gördüğü güç ve üretim ilişkilerini kendi lehine esnekletmek yoluyla daha fazla perçinlemek istemesidir. Artık sermaye için, Keynesyen refah devleti politikaları, sosyal korumacı yasal mevzuat ve güvenlik sistemleri, ulus devletin ekonomide ve bürokrasideki etkinliği ve sendikaların gücü, istediği dönüşümün önünde en büyük engeli oluşturmaktadır. İşte bu anlamıyla neo-liberal politikalar sermayenin ulusal ve uluslararası alanda bağımsızlığını artıracak bir olguya dönüşmüştür. Sermayenin bağımsızlığı artıkça sermaye ve emek arasındaki güç ilişkisi sermayenin lehine bozulmuştur.

Bu dönemde artan uluslararası rekabetin meydan okumalarına ve kar oranlarında görülen gerilemeye karşı firma düzeyinde üretim sistemi yeniden yapılandırılırken, uluslararası ticaret ve finans kesiminin önündeki engellerin kaldırılmasına yönelik girişimler önem kazanmış, uluslararası işbölümü yeniden yapılandırılmıştır. Neo-liberal politikaların neredeyse tüm dünya ülkelerinin hakim ideolojisi haline gelmesi, özelleştirme politikalarının, tüm ülkelerin krizi aşmasının önemli bir aracı olarak görülmesi, refah devleti anlayışının terk edilerek devletin ekonomideki müdahale alanlarının daraltılması ve yeni üretim sisteminin gerektirdiği işgücünü düzenlemeye yönelik makro politikaların uygulamaya sokulması, yeni yapılanma ve iş bölümünün gerekleri olarak benimsenen genel eğilimler olmuştur.

Bu durum, daha çok az gelişmiş ülkelerdeki yapısal uyum programlarıyla, bu ülkelerin, hem üretim hem de pazar olarak uluslar arası sisteme entegrasyonu süreci ile birlikte yürümüştür. Nitekim, Türkiye’de 1980’li yıllar, ithal ikameci politikaların terk edilerek, dışa açık özel sektör önceliğinde ülke ekonomisinin küresel sisteme entegrasyonunu sağlayacak politikaların uygulamaya sokulduğu

¹ David Harvey, **Postmodernliğin Durumu**, Çev. Sungur Savran, 2. bs., Metis, İstanbul, 1999, s.164-165

yıllardır. IMF ile yapılan “stand by” anlaşması çerçevesinde uygulanan ve ekonomik-finansal sistemin liberalizasyonunu sağlayacak olan bu politikalar, kamu kesiminin özel sektörün lehine daraltılmasını, Kamu İktisadi Kuruluşları’nın özelleştirilmesini, dış ticaretin önündeki engellerin ve tarım kesimindeki korumacılığın kaldırılmasını öngörüyordu.

Gerçekten bu dönemden itibaren özelleştirme faaliyetlerine hız verilmiştir. Devlet, yatırım alanlarından tedrici olarak çekilmiş, uzun zaman sanayi kesimi için formel istihdam kaynağı olan ve iş güvencesinin ve mevcut sosyal güvenlik şemsiyesinin son derece sınırlı olduğu bir ortamda, geniş kitleler için aynı zamanda sosyal bir güvence anlamına gelen² kamudaki istihdam alanları daraltılmıştır.

Bu gelişmelerle birlikte uluslararası finans kuruluşlarının dayatmasıyla radikal bir biçimde yürürlüğe giren ve tarıma verilen destekleri ortadan kaldırmaya yönelik tarım reformu, hem şehre göçü hızlandıracak hem de geçmiş dönmelerde bir ayağı köyde olan göçmen olgusunu tamamen ortadan kaldıracaktır. Nitekim Türkiye’de şehirleşme oranı, 1965 ile 1985 arasında sadece %35’ten %46’ya yükselirken, son 15 yıl içinde %74’e çıkmış durumdadır. Sanayi sektörünün ise bu göçü emebilecek bir yatırımı gerçekleştirmediği ortadadır.³

Özel sektör liderliğinde ihracata yönelik sanayileşme sürecinde ihracatta gerçekleşen kazanımlar, yatırımlarla desteklenememiştir. Yatırım stratejisinde yapısal bir bozukluğu ifade eden bu durum, gerekli yatırımları sağlayamayan, mevcut kapasitenin yükseltilmesine, büyük ölçüde teşviklere ve emek gelirlerinin daraltılmasına dayalı yapay nitelikli bir yapının göstergesidir. Kamu sektöründeki sanayi yatırımları daraltılırken, özel sektörün yeni yatırımlar gerçekleştirememesi, ülke ekonomisinin ihracata yöneldiğini fakat sanayileşemediğini göstermektedir.⁴

Dışa açık sanayileşme ihracata yönelik imalat sanayi ile ticari hizmetlere görece önem kazandırmış ve emek yoğun sektörlerin lehine bir değişim yaratmıştır. Nitekim bu yıllarda ihracatının yaklaşık %70’lik bir kısmının emek yoğun ve kaynak yoğun mallarla gerçekleştiren Türkiye, farklılaşmış ve teknoloji yoğun mallarda nerdeyse tamamıyla dışarıya bağımlı bir ülke konuma gelmiştir. Bu yönüyle Türkiye, uluslararası piyasalarda, emek ve kaynak yoğun tüketim ve ara mallarda uzmanlaşmış bir ülke konumunu pekiştirmiştir. Bu yapı içerisinde imalat sanayindeki küçük işletmecilik varlığını ve önemini korumuştur.⁵

² Ayşe Buğra, “Bir Toplumsal Dönüşümü Anlama Çabalarına Katkı: Bugün Türkiye’de E.P Thompson’ı Okumak”, *Küresel Düzen: Birlik, Devlet ve Sınıflar*, Der. A.H. Köse, F. Senses, E. Yeldan, İletişim, İstanbul, 2003, s. 210

³ Buğra, a.g.m, s.210

⁴ Erinç Yeldan, *Küreselleşme Sürecinde Türkiye Ekonomisi*, İletişim, İstanbul, 2001, s. 47-48

⁵ Ahmet H. Köse, Ahmet Öncü, “İşgücü Piyasaları ve Uluslararası İşbölümünde Uzmanlaşmanın Mekansal Boyutları: 1980 Sonrası Dönemde İmalat Sanayi” *Toplum ve Bilim*, Sayı:86, Güz, 2000, s.84-85

İmalat sanayindeki bu modelin işleminde kuşkusuz ücret politikaları önemli bir rol oynamıştır. Bilindiği gibi korumacı bir dış ticaret rejiminin geçerli olduğu ithal ikameci dönemde ücret hareketlerini belirleyen temel etken kitlesel bir iç tüketim pazarına duyulan ihtiyaçtı. Bu nedenle ücretler bir maliyet unsurundan çok bir talep unsuru olarak görülmekteydi. Talebin kaynağını iç pazardan dış pazara kaydırma amacı ve bunun daha çok emek yoğun ve kaynak yoğun mallarla gerçekleştirilmesi ücreti bir maliyet unsuruna indirgemıştır.⁶

Dışa açık büyüme modelinin benimsendiği süreç için ifade edilebilecek bir başka olgu, etkisini toplumun geniş bir kesimi ve özellikle örgütlü işçi hareketi üzerinde gösteren, ekonomideki sürekli kriz ve istikrarsızlıktır. Yeldan’a göre, Türkiye ekonomisi, büyüme- kriz sarmalında sıkışıp kalmış bir görünüm sergilemektedir. 1978- 1980 yılında görülen krizden sonra kısa aralıklarla süren (1989-1991, 1992-1994, 1996-1998 ve 2001) kriz dönemleri yaşanmıştır.⁷ Dışa açık bir ekonomide ve kriz koşullarında işverenlerin artan rekabeti ve kar oranlarını düşük ücretlere dayanarak dengeleyebilme olanakları arttığına yönelik göstergeler mevcuttur.⁸

Türkiye’de krizden söz edilmediği 2002-2004 döneminde, milli gelirden bir büyüme ve ihracatta bir artış olmasına karşılık, işsizlik, eksik istihdamla birlikte düşünüldüğünde %15,8’den %17,6’ya yükselmiştir. İşgücünün milli gelirden aldığı pay %28,3’ten 2003’ yılında %26,1’e düşmüştür. İş-Kur’un istihdam raporuna göre çalışma süreleri genel olarak artmıştır. Söz konusu rapora göre haftalık çalışma süresi 1988 yılında 48.8 saat iken, 2001 yılında 52.1 saate yükselmiştir.⁹ Enflasyondaki düşüş, büyümedeki ve ihracattaki artış gibi makro ekonomik göstergelerdeki olumlu gelişmelere rağmen en azından işçi sınıfı açısından krizin devam ettiğini göstermektedir. Bu durum, büyümenin, işçilerin koşullarındaki gerilemeyle birlikte gerçekleştiğini göstermektedir.

Hem krizlerin bu kadar kısa aralıklarla meydana gelmesi hem de büyümeye rağmen görülen yaygın işsizlik ve ücretlerdeki gerileme, işçi sınıfı açısından kriz ve istikrarsızlık sözcüğünün olağanüstü bir devreden çok olağan bir durumu yansıttığını düşündürmektedir. Bu durum, yukarıda özetlediğimiz neo-liberal politikaların, bireyleri atomize edici ve güvensizliği olağan kılıcı sonuçlarının, sendikal dayanışmayı, her zamankinden daha fazla ihtiyaç duyulmasına rağmen engelleyici etkisi olmuştur.

⁶ Özlem Onaran, “Türkiye’de yapısal Uyum Sürecinde Emek Piyasasının Esnekliği”, *Toplum ve Bilim*, Sayı:86, Güz, 2000,s.196

⁷ Yeldan, a.g.e, s. 31-32

⁸ Yeldan, a.g.e, 51, Onaran, a.g.m, s.196-198, Mustafa Sönmez, *İşte Esanız! 100 Gösterge Kuruluştan Çöküğe Türkiye Ekonomisi*, İletişim, İstanbul, 2003, s.208-209

⁹ Birleşik Metal İş, *Metal İşçisinin Gerçeği*, Birleşik Metal İş Yayınları, İstanbul, 2004, s.5-9

2. İstihdam İlişkilerindeki Belirsizliğin Artışı ve Güvensizlik

Standart istihdam ilişkisi çalışanlar açısından belirli bir istikrarı içinde barındırır. Çünkü, bu tip bir istihdam ilişkisinde çalışma, bir işverene, sözleşmeye ve sözleşmeden kaynaklanan güvencelere dayalıdır. Bu istikrarı tamamlayan unsurlar ise, ücret, sosyal koruma ve örgütlenme hakkıdır. Ancak işgücü piyasasının kuralılaşdırılmasına yönelik yeni yasal ve kurumsal düzenlemeler nedeniyle belli bir istikrara dayanan istihdam ilişkisi yerini bireysel istihdam ilişkisine bırakmaktadır. Günümüz çalışma şeklini tanımlayan temel argüman, sözleşmenin olmadığı veya işin niteliği gereği süreksizlik gösterdiği istikrarsız çalışma şeklidir.¹⁰

İşverenlerin, yasalardan ve ücretlerden doğan maliyetlerden, talep dalgalanmalarının yarattığı risklerden kaçınmasının en iyi yollarından olan taşeron ve fason üretim ile eve iş verme sisteminin yaygınlaşması geçici, mevsimlik, evde çalışma gibi işçi –işveren ayrımını belirsizleştiren ve işin görünürlülüğünü bulanıklaştıran istikrarsız ve çoğu zaman güvencesiz istihdam biçimlerini yaygınlaştırmıştır. Küçük işletmelerin ve enformel istihdamının artmasına neden olan bu gelişmeler, sendikal dayanışmayı engelleme stratejilerinin önemli bir aracı olarak kullanılabilir. ¹¹

Bu tip istihdam ilişkilerinde belirli bir işverenin olmaması veya işin yaşam boyu algılanmaması, belirsizliği ve istikrarsızlığı artıran bir unsurdur. İstikrarsızlık, pek çok çalışan için, hissedilen güvencesizliğin yanında endişenin de kaynağıdır.¹¹ Geleceğe yönelik bir kaygı olan endişe; sürekli riskle dolu bir ortamda hissedilir ve geçmiş deneyimlerin bu güne rehberlik edemediği süreçlerde yoğunlaşır.¹² İşte neo-liberal politikaların yarattığı kronik kriz hali, işsizlik ve istikrarsız istihdam biçimleri bu süreci oluşturan unsurlardır.

1980’lerden sonra giderek daha fazla kişi enformel sektöre dahil olurken, yeteri kadar istihdam yaratamayan formel sektördeki işçilerin pazarlık güçleri, işten atılma yada eski ücretlerine ve haklarına razı olma arasında bir tercih yapmaya zorlayan, savunmasız ve daha esnek bir emek pazarı arasında sıkıştırılmıştır. Böyle bir yapıda işsizlik sürekli olarak işçileri kontrol ve disipline etmede önemli bir araç olarak kullanılmaktadır. Çalışarak elde ettiği ücretten başka bir gelire sahip olmayan işçiler için, iş kaybı çoğu zaman yoksulluk anlamına geldiğinden, iş güvencesi tüm istemlerin önüne geçebilmektedir. İşçiler arasındaki rekabeti artıran ve dolayısıyla dayanışmayı zorlaştıran bu durum, örgütlü işyerlerinde dahi görülmektedir. Üyelerinin işlerini korumak, sendikaların

¹⁰Hasan Ejder Temiz,” Eğreti İstihdam: İşgücü Piyasasında Güvencesizliğin ve İstikrarsızlığın Yeni Yapılanması”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı:2, 2004, s. 62-63

¹¹ Temiz, a.g.m, s. 63

¹² Richard Sennett, *Karakter Kaybı Yeni Kapitalizmde İşin Kişilik Üzerindeki Etkileri*, Çev. Barış Yıldırım, Ayrıntı, İstanbul, 2002, s.102

temel amaçlardan biri haline geldiğinde, artık kendi üyeleri için düşük ücret artışına razı olan ve aynı işyerinde dahi taşeron işçilerinin düşük ücret, güvencesiz çalışma gibi kötü çalışma koşullarına rıza gösteren, savunmacı bir politika izledikleri görülmektedir. Bu durum çalışanlar arasında sendikalı işçilere yönelik “işçi aristokrasisi” duygusunun ve dolayısıyla bir öfkenin oluşmasına neden olabilmektedir.¹³

Türkiye’deki işgücü piyasası, kentsel formel alanda istihdam edilen, nitelikli, sendikalı ve sosyal güvenlik kapsamındaki işçilerin oluşturduğu ve küçük sayılabilecek bir kesimin dışında, sigortasız, düşük ücretli, niteliksiz, örgütsüz ve işgücünün büyük bir çoğunluğunun oluşturduğu parçalı bir özelliğe sahiptir. Önceleri kırdan kente göç edenlerin kentte tutunma stratejisi olarak değerlendirilen enformel sektör ise bu gün işgücü piyasasının yapısal bir niteliğine dönüşmüştür.

Homojen gruplar arasında dayanışmanın sağlanması görece daha kolay olduğu kabul edilmektedir. Oysa gerek çıkarları, gerekse çalışma normları birbirlerinden oldukça farklı ve geçici çalışma ilişkilerine tabi olan işçi kitlelerinin artışı dayanışmayı güçleştirmekte ve güvensizliği artırmaktadır. Her şeyden önce kısa vadeli çalışma ilişkileri kalıcı ve sürdürülebilir davranış biçimlerini zayıflatmakta, çalışanların, uzun vadede oluşan sadakat, güven ve dayanışma gibi değerleri geliştirmelerini zorlaştırmaktadır. İşgücü piyasasının ve firmaların yeniden yapılandırılması ile çalışanların kendilerinden her an vazgeçebilecek bir nesne konumuna getirilmesi güvensizliği ve kayıtsızlığı artırmaktadır. Örgütler aracılığı ile savunulmaya en fazla ihtiyaç duyan işgücünün önemli bir kesimi, kolektif kurumların (devlet, sendikalar vb) da etkisini yitirmesi nedeniyle gündelik gerçeklerle baş edebilmede zorluklar yaşamaktadır. Bu durum, çalışanların, bir yere bağlanamama, yüzeysel işbirliklerine girme ve bireysel davranış göstermelerine neden olmaktadır. İşçi kültürüne ilişkin yapılan bir araştırmada “Günlük yaşantıda en çok kime güvenirsiniz?” sorusuna işçilerin %41’i kendime, %36’sı Tanrıya, üçüncü sırada ise aileme güvenirim cevabını vermişlerdir. Sendika, sigorta, emeklilik gibi formel kurumlara güven duygusu ise ihmal edilebilecek bir düzeyde çıkmıştır.¹⁴

3. Toplumsal Güvensizlik ve Alternatif Dayanışma Biçimleri

Türkiye’de göç, çoğu zaman kentlerin çekiciliğinden çok kırsal alanın iticiliğinden kaynaklanmıştır. Özellikle 1980 sonrasında uygulanan ekonomik politikalar, potansiyel işgücünü oluşturan yeni göçmenlerin kentlere yığılmasına

¹³ Yüksel Akkaya, “Küreselleşme Kıskaçında Türkiye’de İşçi Sınıfı ve Temel Özellikleri”, *Petrol-İş Yılığ 2002-2003*, İstanbul, 2003, s. 231

¹⁴ Orhan Türkdoğan, *İşçi Kültürünün Yükselişi*, Timaş, İstanbul, 1998, s.88

yol açmış ve aile içindeki farklı bireylerin, küçük üreticilik, marjinal işler ve işçilik arasında geçişlerin yoğun olduğu, heterojen ve karmaşık bir toplumsal örgünün oluşmasına neden olmuştur. Böylesi bir toplumsal yapıda, tarım dışı sınıflar, hatta sanayi işçileri tam kentleşmemiş, başka bir ifadeyle yakın bir zamana kadar “bir ayağı köyde” olan göçmen olgusu yaygın olmuştur. Göçmenler bir yandan kırsal alanla ekonomik ve kültürel bağlarını korumuş, diğer yandan da, etnik, hemşeri ve aileye dayalı yerel ölçekli dayanışma ilişkileri geliştirerek kentte tutunmaya çalışmışlardır. Gerçekte yeni göçmen için, aile, etnik ve hemşerilik ilişkisine dayanan dayanışma ilişkileri, kentte karşılaştığı risklere karşı, güvenlik duygusu ihtiyacını gidermesine büyük ölçüde hizmet etmiştir. 1990’lardan sonra görülen krizlerin yarattığı yoksullaşma ve devletin bu topluluklara enformel kanallarla kaynak aktarma konusunda zayıflaması, bu toplulukların kendi içinde geliştirmiş oldukları dayanışma ilişkilerinin aşınmasına neden olmuştur. Bu süreçte söz konusu toplulukların bazılarının dini cemaatler biçiminde içe kapandıkları gözlemlenmiştir. Bu yolla içe kapanan yerel topluluklar arasında, devletin sağlamakta zorlandığı hizmetlerin sunulmasında dini vakıf ve cemaatler aktif hale gelmiştir. Göçmenlerin, etnik, hemşerilik ve dini cemaatlere dayanan dayanışma ilişkileri çerçevesinde oluşturdukları kente tutunma ve geçinme stratejileri, yerel toplulukların birbirinden görece yalıtılmışlığı çerçevesinde oluşmuştur. Bu durum, söz konusu gruplara, görece kolaylıklar ve faydalar yaratmasına rağmen, bunları ortak çıkarlar etrafından bir araya getirecek olan sınıf temelli bir siyaset biçiminin ve dayanışmanın önünü önemli ölçüde kapatmıştır.¹⁵

Ayrıca, yerel ölçekte oluşturulan dayanışma ilişkilerinden yararlanma olanağı ve kente eklenme kanalları, bu ilişkilerde görülen çözümler nedeniyle giderek daralan ve köyle ilişkisini devam ettiremeyen yeni göçmen olgusunun yaygınlaşacağına yönelik gözlemler mevcuttur. Buna göre yeni göçmenler için kent, artık daha savunmasız, güvencesiz, belirsiz ve riskle dolu bir mekan haline gelmektedir.¹⁶

1980 sonrasında neo-liberal politikaların sonucu olarak artan göç ve krizlerin toplumsal ve ekonomik alanda yarattığı eşitsizlik ve belirsizlikler, toplumda var olan kaderci, kuşkucu ve içe dönük birey anlayışını güçlendirmekte ve bireylerin topluma yabancılaşmasını artırmaktadır. Sosyal hareketlilik olanaklarının kısıtlanması, yargı sürecindeki davaların uzaması, yasaların toplumu düzenleme etkisini yitirmesi, kamu yönetiminde görülen yolsuzluklar, devletin formel ve enformel destek politikalarının zayıflaması, geniş halk kitlelerinin

¹⁵ Tarık H. Şengül, “Türkiye’de Krizli Yılların Toplumsal Sonuçları”, *İktisat Dergisi*, Sayı:432, Aralık, 2002, s.131-132

¹⁶ Bu konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Şengül, a.g.m.s.133, Buğra, a.g.m, s.209-212, Ayşe Buğra, Çağlar Keyder, *Yeni Yoksulluk ve Türkiye’nin Değişen Refah Rqjını*, Birleşmiş Milletler İçin Hazırlanan Proje Raporu, s.27,28,49, <http://www.undp.org.tr/pdf/New%20Poverty.pdf>, (Erişim: 5.11.2004)

toplumsal düzenin değişeceğine dair umutsuz bir düşünce içerisinde olması gibi bir çok neden, toplumda bireylerin kolektif kurumlara ve birbirlerine olan güvensizliğini artırmıştır.¹⁷ Nitekim Türk toplumunun değerleri konusunda yapılan bir araştırma sonuçlarına göre, araştırmaya katılanların %90’ı başkalarıyla herhangi bir ilişki kurarken yada iş yaparken dikkatli olmak gerektiğini, yani insanlara güven duymadıklarını belirtmişlerdir.¹⁸ Demokratik toplumların temel kurumları olan ve liberalizmin yarattığı eşitsizlikleri dengelemede önemli roller oynayan ikincil kurumlara, Türk toplumunda önemli bir güvensizliğin olduğu gözlemlenmektedir. Yapılan bir araştırmada, toplumda çözülmesi gereken en önemli sorunun hayat pahalılığı ve işsizlik olduğu saptanmış, ancak bu sorunların çözüm yeri ve aracı olan siyasi partiler, meclis, merkezi hükümet ve sendikalara güven düzeyi düşük çıkmıştır. Türkiye’nin çeşitli illerinde 3021 kişiyi kapsayan söz konusu araştırma sonuçlarına göre, araştırmaya katılanların %34’ü sendikalara güvendiğini, %25’i orta düzeyde güvendiğini, %42’si ise güvenmediğini belirtmiştir.¹⁹ Bu durum, sendikaların toplumla ilişkisinde sorunlar yaşadığını, bu sorunların ise toplumda yaşanan genel güvensizlik haliyle ilişkili olabileceğini göstermektedir.

4. İşverenlerin Davranışları*

İşverenler, hem var olan sendikal örgütlülüğü zayıflatmak hem de sendikalaşmanın oluşmasına engel olmak amacıyla ekonomik, yasal, kültürel bir çok araçtan yararlandıkları gibi, sendikaların yapısal özellikleri ve güçsüzlüğünü de kullanabilmektedir. Bazı işçi gruplarına sendikalaşmasının yasaklanması, iş güvencesi hükümlerinin otuz işçinin çalıştığı işyerleri ile sınırlanması, toplu sözleşme yetkisinin belirlenmesine yönelik prosedürlerin uzunluğu, grev kararının alınması ve uygulanmasına yönelik yasaklama ve müdahaleler, sendika üyeliğinin

¹⁷ İlhan Azkan, “Ulusal Birlik ve Toplumsal Dayanışma Duygularının Aşınması, Anomi ve Yabancılaşma”, *Ulusal Sorunlar ve Demokratik Çözüm Yolları*, Der. İlhan Azkan, İstanbul, Ekin Kitapevi, 2001, ss.162-179

¹⁸ Birsen Gökçe, “Türkiye’nin Toplumsal Yapısını Etkileyen Siyasal ve Toplumsal Ögeler”, *Ulusal Sorunlar ve Demokratik Çözüm Yolları*, Der. İlhan Azkan, Ekin Kitapevi, İstanbul, 2001, s.231-232

¹⁹ Fikret Adaman, Ali Çarkoğlu, Burhan Şenatalar, *Household View on the Causes of Corruption in Turkey and Suggested Preventive Measures*, TESEV, İstanbul, 2002, s.34,37

* Kaynak belirtilmeyen görüşler, özel kesimde sendikaların fiili örgütlenme sürecinde işverenlerin örgütlenmeyi engellemeye yönelik taktiklerini belirlemeye yönelik olarak, İstanbul ve Kocaeli’nde, Metal, Kağıt, Petrol-Kimya-Lastik, Gıda, Toprak-Cam ve Dokuma işkollarında faaliyet gösteren sendikalarda görevli 13 uzman ve şube düzeyindeki yönetici ile yaptığımız derinlemesine görüşmelere dayanmaktadır.

noter onayına tabi tutulması, işçi olmalarına rağmen bazı işçi gruplarının toplu sözleşme kapsamının dışında tutulması gibi örgütlenmeye ilişkin yasaklamalar ve zorlaştırıcı hükümler, işverenlerin sendikasılaştırma politikalarını uygulamaya geçirme olanaklarını artırmaktadır. Bunların yanı sıra, yargı sürecindeki aksaklıklar nedeniyle yetki ve iş güvencesine yönelik davaların uzaması da aynı etkiyi yaratmaktadır.

İşverenlerin, işçilerin işyerinde örgütlenme talebine ilk tepkisi işten çıkartmak olmaktadır. Uygulamada, işten çıkartma veya tehdidi, örgütlenmeyi engellemede kullanılan en etkili taktiklerden birisidir. İşverenlerin bu tehdidi kullanma ve gerçekleştirme kapasitesinin 1980 sonrasında önemli ölçüde arttığı söylenebilir. İş güvencesine yönelik getirilen düzenlemeler, bazı işyerleri için, işçileri işten çıkartma maliyetini artırsa bile, işçilerin yasal bir hakkı kullanmaktan dolayı işinden olması olgusunu ortadan kaldırmamaktadır. İşsizliğin bu kadar yaygın olduğu bir ortamda iş güvencesi yüksek ücretlerden dahi daha önemli olabilmektedir. Bu nedenle, sınırlı formel istihdam alanlarında yer alan işçiler için, iş güvencesi kapsamında olsalar dahi, işsizlik önemli bir tehdit olarak varlığını korumaktadır. Türkiye’deki işyerlerinin yaklaşık %95’ini oluşturan otuzdan az işçi çalıştıran küçük işletmelerde istihdam edilenler için ise işgüvencesi zaten yoktur. Özetle, işverenlerin işten çıkartma maliyetinin düşük olması, işçilerin örgütlenmesinin önündeki önemli engellerden birisini oluşturmaya devam etmektedir.

Genellikle işverenler işçilerin örgütlenme duyumunu aldıklarında, enformel ilişkileri kullanarak, oluşan örgütlenme talebinin gerçekleşmesine engel olmaya çalışmaktadırlar. Bunlardan bir kaçısı şöyle sıralanabilir; işçilerle işyerlerinde toplantılar düzenlemek ve yüzyüze görüşmeler yapmak suretiyle, sendikalaşma olması durumunda işyerinin kapanacağı, sendikanın işyerinde herhangi bir fark yaratamayacağı, sendikaların ve yöneticilerinin aşında işçilerin çıkarları ile ilgilenmedikleri konusunda olumsuz mesajlar yaymak.; örgütlenmek isteyen bazı işçilerin ücretlerini artırma yoluna gitmek, sendika üyeliğinden istifa edecek olan işçilerin noter masraflarını karşılamak, aktif ve kilit noktalarda çalışan ve işveren için vazgeçilmez olan işçilerin sendikaya üye olmaması durumunda özel ihtiyaçlarını karşılama vaadinde bulunmak; işçilerin ailelerine telefon ederek veya ev ziyaretlerinde bulunarak ailenin işçiyi sendikaya üye olmaması için ikna etmesini sağlamak; özellikle küçük işyerlerinde kendi akrabalarını veya hemşerilerini çalıştırmaya özel önem vermek; işçiler arasında varolan etnik ve hemşerilik ayrımından yararlanarak veya işçiler arasında etkinliği olan işçiler kanalıyla örgütlenmek isteyen işçileri sendikasızlığa ikna etmeye çalışmak; işçilerin örgütlenmeye çalışan sendikalar ile temaslarına engel olmak gibi taktiklerdir.

İşçiler, bir şekilde sendikalaştıkları taktirde ise işyerinde örgütlülüğü korumalarını güçleştiren bir dizi işveren taktikleriyle karşılaşmaktadırlar. Bunlardan en önemlisi işverenlerin örgütlenen sendikaların yetki sonuçlarına

itiraz etmeleridir. Bilindiği gibi, toplu sözleşme ile elde edilen hak ve kazanımlar, işçileri sendikaya üye olmaya motive eden en önemli araçtır. Türkiye’de sendikaların toplu sözleşme yapmaları için ehliyet ve yetkiye sahip olmaları gerekmektedir. Sendikalar Kanununun 12. maddesine göre kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az %10’unun üyesi olması ve toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının kendi üyesi bulunması halinde işçi sendikası toplu sözleşmeye taraf olabilecektir. Kanun, sendikanın toplu sözleşme yapmaya yetkili olup olmadığını belirleme yetkisini ise Çalışma Bakanlığına vermiş ve yetki tespitine itirazlar için hem işverene hem de rakip sendikaya yargı yolunu açık bırakmıştır. Ancak kanunda gereksiz yetki itirazlarını engellemeye veya caydırmaya yönelik her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum işverenlere toplu sözleşme sürecini uzatma olanağını vermektedir.

Uygulamada, işkolunda faaliyette bulunan rakip sendika veya işverenin, yetki için başvuruda bulunan sendikanın gerçekten yetkili olduğunu bilmesine rağmen, yetki almasını geciktirmek amacıyla bu yasal olanaktan çok sık yararlandığı görülmektedir. Toplu sözleşmenin yapılması süreci ne kadar kısa sürerse işyerindeki örgütlenme o kadar başarılı olmaktadır. Çünkü sendikanın yetkiyi kazanma sürecinin uzun sürmesi, işverenin sendika karşıtı politikalarını uygulama olanağını da artırmaktadır Türkiye’de yetki itirazlarının yargıda sonuçlanması ise çok uzun zaman almaktadır. Bu durum sendikalaşan işçilerin haklarını almalarını geciktirmekte, işyerlerinde gerginlik oluşmasına, işçilerin yılmalarına ve çoğu zaman da sendikalı işçilerin işten çıkartılmasına neden olmaktadır. Bu nedenle ortalama olarak 1,5-2 yıl süren yetki davaları sonuçlanıncaya kadar, sendikanın işyerinde örgütlülüğünü koruyarak toplu sözleşme yapabilmesi son derece zorlaşmaktadır. Nitekim, 1990-1998 dönemi içerisinde yetki tespiti nedeniyle açılan davaların %90’ının kazanan bir sendikanın, dava açıldığı tarihten sonuçlanıncaya kadarki sürede üyesi kalmaması nedeniyle, kazandığı davaların yalnızca %2’sinde toplu sözleşme bağtlayabildiği tespit edilmiştir.²⁰

Yaptığımız görüşmeler sonucunda işverenlerin karşı taktiklerinin, pek çok işyerinde sendikaların örgütlenme faaliyetlerini başarısızlığa uğrattığı ortak bir kanı olarak ortaya çıkmıştır. Sendikalar, özel sektörde en azından işyeri barajını aşabilecek bir örgütlenme düzeyine ulaşıncaya kadar, başka bir ifadeyle yetki aşamasına gelinceye kadar, işyerindeki örgütlenme faaliyetlerini gizli bir şekilde yürütmektedirler. Bu yolla işverenin bu süreçte uygulayabileceği taktiklere engel olmaya çalışmaktadırlar.

²⁰ Murat Özveri, “Toplu Sözleşme Yetkisinin Belirlenmesindeki Açmazlar ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, *Çalışma ve Toplum*, S.:2, 2004, s.87

5. Sendikaların Yapısı ve Özellikleri

Türk sendikacılığının bazı özellikleri işçi dayanışmasını sağlamak ve örgütlemek bakımından sorunlar yaratmaktadır. Bunlardan bazıları şöyle ifade edilebilir; Türkiye’de öteden beri kamu sendikacılığı geçerli bir sendikacılık anlayışı olmuştur. Ancak özelleştirmeler ve devletin yeni yatımlara girişmemesi kamu sendikacılığını ciddi ölçüde geriletmektedir. Bir yandan kamudaki istihdam alanları daralmakta, diğer yandan özel sektörde küçük ölçekli işletmelerde, istikrarsız ve güvencesiz istihdam biçimlerine tabi, daha çok kadın, genç ve vasıfsız işçilerden oluşan işgücü genişlemektedir. Tüm bu gelişmelere rağmen sendikaların işgücü piyasasındaki bu değişimlere yönelik uzun vadeli politikalar geliştirerek cevap verdikleri söylenemez. Gerçekten ne yeni işgücü gruplarının sendika içerisinde temsiline olanak sağlayacak bir yapılanma, ne de bu iş için gerekli olan uzmanlaşmış personel ve kurumsallaşma derecesi yeterli bir düzeye ulaşabilmiştir.

Türk sendikacılığı, bazı Avrupa ülkelerinde görülen, ideolojik bir sendikacılık özelliğini taşımamıştır. Düzen içi kurumlar olarak doğan sendikalar, özellikle kamu kesimine odaklanan bir örgütlenme anlayışı nedeniyle, en büyük işveren konumundaki devletle iyi ilişkiler içinde olmaya, siyasal kanallardan yararlanarak toplu iş sözleşmelerini başarılı bir şekilde sonuçlandırmaya özen göstermişlerdir. Sorunları, kendi iç dinamiklerini harekete geçirerek iktidar üzerinde baskı kurmak yoluyla çözmek yerine, siyasal iktidarla işbirliğine girerek ve yasalardan bekleme geleneğine bağlı kalarak çözmeyi tercih etmişlerdir.²¹

Sendikaların genel olarak, sadece üyeleri baz alan, içe kapalı ve savunmacı bir politika izlemeleri, sınıf dayanışmasının geniş kapsamlı olmasına engel olan ve güvensizliği artıran bir unsurdur. Genel olarak Türkiye’deki sendikacılığın özelliklerine bakıldığında pragmatik ve uzlaşmacı bir sendikacılık anlayışının mevcut olduğu görülmektedir. Faaliyetlerini ücret ve toplu pazarlık faaliyetleri ile sınırlamış, diğer faaliyet alanları eksik bir proje olarak kalmıştır. Sendikalar, üyeleri adına mesleki kazançlar sağlama konusunda bazı başarılar elde etmelerine rağmen, sendikal harekete özgü diğer rolleri gerçekleştirme konusunda bu başarıyı gösterememişlerdir. Bu nedenle toplumda işçilerin kimliğini ve sesini yansıtacak bir temsil kapasitesini ve demokrasi ile ilgili rollerini geliştirememişlerdir.²² Farklı meslek grupları ve sektörlerde yer alan işçiler arasındaki dayanışmayı sağlayıp geliştirememiş, benzer değer, amaç ve çıkarları paylaşan geniş tabanlı bir sosyal hareketin dayanak noktasını oluşturamamış, dar bir çıkar örgütlenmesi özelliği göstermiştir. Sendikalar işlevlerini dar yorumladıkça, işveren ve hükümetlerle uzlaşma arayışı içinde oldukça, toplu

²¹ Metin Kutal, “Küreselleşme Sürecinin Türk Sendikacılığı Üzerindeki Olası Etkileri”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan*, 1997, Ankara, s.262

²² Meryem Koray, *Değişen Koşullarda Sendikacılık*, TÜSES, İstanbul, 1994, s.157, 260

sözleşme kapsamında olan işçiler ile bu sistemin dışında kalanlar arasındaki farklılıklar artmış, işçi dayanışmasının geniş kapsamlı olması zorlaşmıştır.

Sendikalar dışlayıcı bir temsil sistemini benimserken, giderek daralan geleneksel üye tabanı için kendi aralarında şiddetli bir rekabet içerisine girmişlerdir. Sendikalaşmanın nispeten kolay olduğu kamu işyerleri ile büyük sanayi kuruluşlarındaki rakip sendika üyelerini kendi sendikalarına üye yapma kolaylığını tercih etmişlerdir.²³ Sendikalar arasında bu üye mücadelesi, üyelerine daha kaliteli ve daha fazla hizmet sunma şeklinde değil, birbirini ortadan kaldırmaya yönelik bir mücadeleye dönüşebilmiştir.²⁴ Aynı konfederasyona bağlı sendikalar arasında dahi görülebilen yetki mücadeleleri, dışsal koşulların son derece olumsuz olduğu bir dönemde, aynı işkolundaki sendikalar arasında işbirliğini zorlaştıran bir unsurdur. Oysa sendikaların koordineli bir şekilde ve bir plan çerçevesinde örgütlenmesi, sendikal mücadele ve örgütlenmenin önünü açıcı bir niteliğe sahiptir. Özellikle sınırlı kaynakların ortaklaştırılması, örgütlenme maliyetlerini düşürmesi ve örgütlenmenin dayanışma içerisinde yürütülmesini sağlaması bakımından önem taşır. Ancak sendikaların örgütlenme faaliyetlerinde işbirliğinden çok birbirleriyle mücadele etme eğiliminde olmaları, işverenlerin sendikanın örgütlenme başarısını engelleme ve işyerindeki örgütlülüğü zayıflatma olanağını her zamankinden daha fazla artırmaktadır. Nitekim işverenin örgütlenmenin kaçınılmaz olduğu durumlarda iki rakip sendikayı kıztırarak, rakip sendikalardan birini diğeri aleyhine güçlendirmek yoluna gitmesi oldukça sık karşılaşılan bir uygulamadır. Türkiye’deki sendikaların bu davranış şekli, son dönemlerde örgütlenme faaliyetlerinde maddi ve insan kaynakları alanında görülen yetersizliği ve dışsal zorlukları aşmak amacıyla, sendikalar arasında dayanışmayı güçlendirmek konusunda, dünya sendikal hareketi içerisinde gelişen yeni stratejilere.²⁵ ters düşmektedir. Her ne kadar sendikalar arası rekabet tekil anlamda sendikanın üye sayısını artırsa da, mevcut ve potansiyel üyelerin sendika kurumuna karşı güvenlerini azaltarak, sendikalardan uzaklaşmalarına neden olmaktadır.

Türkiye’de sendikal yapılar merkezi ve dikey ağırlıklı olup, yatay, yani katılımcılığa açık değildir. İstisare organları (başkanlar kurulları, bölgesel temsilciler kurulları, temsilciler kurulları, işyerindeki temsilcilikler, diğer kurullar

²³ Eyrenci, Öner, “Toplu Sözleşme Yetki Tespitinden Kaynaklanan Sorunlar”, *Türkiye Sendikacılığının Temel Sorunları*, Birleşik Metal-İş Yayınları, İstanbul, 1996, s.33

²⁴ Özellikle örgütü olan veya yeni örgütlenen işyerlerinde sendikaların birbirleri ile rekabetlerine yönelik dava konusu olmuş çok sayıda örneğe rastlanmaktadır bkz. DiSK, *Sendikal Hak İhlalleri (Suç Dosyaları)*, DiSK Yayınları, İstanbul, t.y (içinde)

²⁵ Ree Cooper, “Organise, Organise, Organise! ACTU Congress 2000”, *The Journal of Industrial Realities*, Vol.42, No.4, December, 2000, p.582-583, Jeremy Waddington, “Towards a Reform Agenda? European Trade Unions in Transition”, *Industrial Relations Journal*, Vol.31, No.4, 2000, p. 323-324

ve komiteler), karar organları karşısında genellikle etkisiz ve işlevsizdirler. Sendika tüzüklerinde, örneğin toplu sözleşmelerin bağlanması, greve çıkma ve sendika kasasının kullanımı ile ilgili yetkilerin büyük ağırlıkla yönetim kurullarına verilmiş olması merkeziyetçi yapılanmayı güçlendirmiştir.²⁶ Sendikaların bu merkeziyetçi yapısı, liderlerin yönetimde kalma arzularını gerçekleştirmeye dönük davranışları ve gücü sendika içi demokrasi açısından ciddi sorunlar yaratmaktadır.²⁷ Ancak bu durumun sendika üye sayısına ne ölçüde etki ettiğine dair somut kanıtlar sunmak çok mümkün görünmemektedir. Sendikasının yeterince demokratik olmadığını düşünen ortalama bir üyenin, üyelikten istifa etmesinin, sosyal ve kültürel ortam ve ülkenin demokrasi geleneği düşünüldüğünde beklenilmesi zor bir tutum olacağı ortadadır. Ancak bazı işyerlerinde özellikle toplu sözleşmelerle elde edilen kazanımları yeterli bulmayan veya sendikanın kabul ettiği ücret artışlarını onaylamayan işçilerin, mevcut sendikal yapıda şikayetlerini dile getirebilecekleri bir yapılanma ve anlayışın olmaması nedeniyle, işkolunda örgütlü diğer sendikalara üyelik için başvurularını sık görülen bir durumdur. Var olan hoşnutsuzluğu sendika içinde çözümlenmektense işçilerin bu yolu tercih etmesi, sendika içinde dönüştürücü bir etki yaratabilecek kaynakların erimesine ve bu yolla sendika liderlerinin hakimiyet alanlarını genişleterek güçlerinin artmasına neden olmaktadır.

Sendika içi demokraside yaşanan sorunlar, üyeler arasında sendikal sadakat ve aidiyet duygusunun gelişmesine engel olmakta ve sendikalara yönelik güvensizliğin artmasına neden olmaktadır. Özellikle sendikaların kendi politikalarını etkin bir şekilde uygulamaya geçirmesi için hayati öneme sahip olan üye desteğinden yoksunluk, bu güvensizliğin bir sonucudur. Uzun yıllar yetkilerini yöneticilere devretmiş ve sendikal faaliyetlere katılmanın ötesinde sendikal kararların oluşumuna katılma olanağı ve güvencesine dahi sahip olamamış bir üye tipinin, sendikal sorunları sahiplenme ihtimalinin düşük olması ve sendikaya yabancılaşması muhtemeldir.

II. İŞÇİLERİN KOLEKTİF DAVRANIŞA VE SENDİKALARA YÖNELİK DÜŞÜNCELERİ

1. İşçilerin Kolektif Davranışa İlişkin Düşünceleri

Yeni toplumsal düzende bireyin, yalnızca araçsal nedenlerle kolektif hareket etmesine, yalnızca kendine güvenmesine ve başkalarına olabildiğince az yaslanmasına dayanan bireyci yaklaşımın, özellikle batı ülkelerinde sendikacılığın

²⁶ Petrol-İş, *Sendikal Demokrasi*, İstanbul, Petrol-İş Yayın No:31, 1993, s.114

²⁷ Kuvvet Lordoğlu, “Türkiye’de Mevcut Bazı Sendikaların Liderlik ve Yönetim Anlayışları ve Bazı Sendikal Sorunlardan Örnekler”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı:1, 2004, s.85-87

gerilemesinde en önemli unsurlardan biri olduğu ve sınıf içi farklılaşmalarla beraber dayanışmanın sağlanmasını zorlaştırdığı iddia edilmektedir.²⁸ Bunun yanı sıra, sendikalar ve siyasi partiler gibi merkezi örgütlere karşı kuşkular artmakta ve kolektif eylem gözden düşmektedir. Bu kolektif kurumlara olan güvensizliğin artmasının kanıtı olarak, üyelikte yaşanan düşüşler sunulmaktadır. Oysa tarihsel süreç göstermiştir ki, kapitalist sistemde özellikle ücretlerinden başka bir gelire sahip olmayanlar için güvence ya kolektiftir ya da yoktur. Kapitalist sistemde meydana gelen dönüşümün, gelişmiş ve gelişmekte olan bir çok ülkede, güvencesiz, yoksul, ve pek çok haktan yoksun kitleler yarattığı göz önünde bulundurulursa, özellikle bağımlı çalışanlar açısından, sistemin yarattığı istikrarsızlığı, belirsizliği, kafa karışıklığını ve kendini güvende hissetme ihtiyacını kendi başına aşma ihtimalinin son derece düşük olduğu söylenebilecektir.

Toplumda bireylerde oluşan güvensizliğin, savunmasızlığın ve yalıtılmış olma duygusunun artmasının kolektif kurumların güç yitirmesiyle paralel gelişmesi bir rastlantı değildir. Bu durumda kolektif davranışın bir gereklilik olmaktan çıktığı savı çok fazla doğrulanabilir bir sav olmamaktadır. Nitekim Danimarka’da sendika üyelerinin davranışları konusunda zaman itibarıyla karşılaştırma yapan bir araştırmaya göre, sendika üyesi işçiler “sendikalar işçilerin çıkarlarını savunmak için gereklidir” ifadesine 1992 yılında, 1974’e göre daha olumlu yaklaşımları görülmüştür.²⁹ O halde sorulması gereken soru işçilerin bireyci davranış geliştirmelerinin, kolektiflik duygusunun veya gerekliliğinin ortadan kalkmasından mı yoksa kolektif kurumların güç yitirmesinden dolayı, işçilerin günlük gerçeklerle baş etmesinde fazla bir alternatiflerinin olmamasından mı kaynaklandığıdır.

Türkiye’de işçilerin kolektif davranışa yönelik düşüncelerini belirli zaman aralıklarında karşılaştırılmalarını sağlayacak araştırmalar bildiğimiz kadarıyla yoktur. Ancak, özel imalat sanayinde istihdam edilen işçiler arasında, işçilerin kolektif davranışlara ve sendikalara yönelik tutumlarının belirlenmesi amacıyla özel sektörde yaptığımız araştırmada* işçilerin, kolektifliğe inanç duygusunun

²⁸ Richard Hayman, “Küreselleşme Bağlamında Sendikalar ve Çıkarların Temsili”, *21. Yüzyılda Sendikal Politika Arayışları*, Petrol İş Yayın No:70, İstanbul, 2001, s.16

²⁹ Jens Lind, “Trade Unions: Social Movement or Welfare Apparatus”, *The Challenges to Trade Unions in Europe*, Ed.by. Peter Leinsink, Jim Van Leemput, Jacques Villokx, Hartnolls Limited, Cornwall, 1996, s.112

* 2004 yılında yapılan, durum belirleyici ve tanımlayıcı olarak adlandırılan modelin kullanıldığı araştırmada, işkolu ve sendikalı/sendikasız işçi ayrımına göre kotalı örneklem kullanılmıştır. Araştırmadaki ana kütle elemanı, İstanbul ve Kocaeli’nde özel imalat sektöründe; Kimya-Lastik, Dokuma, Metal ve Gıda iş kollarında çalışmakta olan 640.694 olan sendikalı ve sendikasız işçilerin tamamıdır. Bu sayının tespitinde ÇSGB’nin 2003 yılı verileri esas alınmıştır. Araştırmanın amaçlarına, modele ve yapılan analizlere yönelik

oldukça yüksek olduğu gözlemlenmiştir. Örgütlü işçilerin bu anlamda daha olumlu bir tutum içinde olmalarına rağmen, ücretleri, sendikal işçilere göre daha düşük olan, kente daha yeni bir zamanda gelmiş, oldukça sık aralıklarla işsiz kalmış, işsizlik riski yüksek, kıdem süresi oldukça kısa olan sendikasız işçilerin de, kolektif hareket etmeye olan inanç düzeyinde yüksek bir orana ulaşılmıştır. Toplam işçilerin %86,2’si sorunların çözümünde örgütlü mücadelenin gerekliliğine inanmaktadır. Sendika üyelik deneyimi ayrımına göre bakıldığında, soruya cevap veren hiç sendika üyesi olmamış olan işçilerin %72,1’inin, daha önce sendika üyelik deneyimi yaşamış olan işçilerin %87,5’inin, sendikal işçilerin ise %91,6’sının “sorunların çözümünde örgütlü mücadele en geçerli yoldur” ifadesine olumlu cevap verdikleri görülmüştür. Hiç katılmıyorum ifadesine 1, kesinlikle katılıyorum ifadesine 5 değeri verilen ölçek temel alındığında toplam işçilerin bu ifadeye gösterdiği ortalama tutum puanı 4,10 olarak gerçekleşmiştir.

İşçilerin sendikalara ilişkin genel tutum ve inanç düzeyini belirlemeye yönelik bir başka ifade “İşçi sendikaları işçilerin çıkarlarını korumak için gereklidir?” ifadesidir. Araştırma kapsamındaki işçilerin %83’ü sendikaların işçilerin çıkarlarını korumak için gerekli olduğuna inanmaktadır. Sendikasız işçilerden bu güne kadar hiç sendika üyesi olmamış olan işçilerin %69,3’ü, daha önce üyelik deneyimi yaşamış olan işçilerin %79,2’si, (toplam sendikasız işçilerin %71,2’si), sendika üyesi işçilerinse %88,6’sı bu ifadeye katıldığını belirtmiştir.

Sendika üyesi olmayan 125 cevaplayıcının bu ifadeye katılma derecesinin ortalama değeri 3.86 iken, sendika üyesi 271 cevaplayıcının bu ifadeye katılma derecesinin ortalama değeri 4.21 olarak gerçekleşmiştir. Görülüyor ki, her iki grup işçinin, sendikaların işçilerin çıkarlarını korumak için gerekli olduğuna inanma

olarak örneklem, sendikal ve sendikasız işçiler bazında da dağıtılmıştır. Bunun sonucunda İstanbul ve Kocaeli illerinde, dokuma, gıda, kimya, lastik ve metal işkollarında faaliyet gösteren özel sektöre ait işyerlerinde istihdam edilen 273 sendikal, 138 sendikasız işçi olmak üzere toplam 411 işçiyle yüzyüze görüşmeler yapılmıştır. Araştırmanın bu bölgede yapılmasının nedeni, bölgenin sendikal örgütlenme açısından kolaylığı ve zorluğu bir arada bulundurması, özel sektörün yoğun olduğu bir sanayi havzası olmasıdır. Araştırmanın amacı doğrultusunda, ihtiyaç duyulan veri ve bilgilerin toplanmasında anket yöntemi kullanılmıştır. Araştırmanın tümü 411 yapılandırılmış soru formuna dayanmaktadır. Ancak bazı hallerde anket içerisinde yer almayan ve bu nedenle sayılara yansımamayan gözlemler de kaydedilmiştir. Yukarıda, sadece konuyla ilgili bulgulara yer verilmiştir. Araştırma bulguları ve yorumunun tamamı için bkz. Betül Urhan, “Sendikal Örgütlenme Bunalımı ve Türkiye’deki Durumu”, İstanbul, İ.Ü Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2004, s.218-309

derecesi yüksektir. Bunu yanı sıra sendikal işçilerin bu fikre katılma düzeyi daha yüksektir.

Sonuçlar işçiler arasında kolektiflik duygusunun yaygın olduğunu göstermektedir. O halde sendikasız işçilerin sendikalara üye olma davranışını neden gerçekleştirmediklerinin veya gerçekleştiremediklerinin anlaşılması önem taşımaktadır.

2. İşçilerin Sendikaya Üye Olmama Nedenleri

İşçilerin sendikaya neden üye olmadıkları? sorusunun cevabı, dışsal koşulların yanında, işçilerin sendikaları algılayış biçimlerinde yatmaktadır. Özellikle sendikaya yönelik anlayışın, sendika ile daha önceden kurulmuş bir ilginin olup olmamasına göre, başka bir ifade ile sendika ile ilgili bilgilenme kaynaklarına ulaşıp ulaşılamamasına bağlı olarak değiştiği söylenebilir. Hiç sendika üyesi olmamış işçilerin, bunun nedenlerinden en önemlisini dışsal sebeplere bağlaması, öte yandan daha önce sendikal deneyim yaşamış olan işçilerin ise yaşadıkları güven kaybını öne çıkarması, bunun göstergesidir. Üyelik deneyimi yaşamış işçilerin sendikalar ile ilgili edindikleri bilgi, bu işçilere, sendikaların işleyiş ve politikalarını, hiç sendika üyesi olmamış işçilere göre daha fazla değerlendirme olanağı sunmaktadır. Nitekim Tablo 1’den de görülebileceği gibi daha önce sendikaya hiç üye olmamış işçiler “işveren baskısı”nı birinci sıraya oturturken, daha önce üyelik yaşamış olan işçiler, büyük oranda, “Sendikalara güvenmiyorum” ve “Sendikalar üyelerin beklentilerini karşılamıyor” ifadelerini işaretlemişlerdir. Bu durum, öncelikle işverenlerin sendikasızlaştırma politikalarının ağırlıklı ve başarılı olduğunu göstermektedir. Ancak bir şekilde bu baskıyı aşarak sendikaya üye olan işçilerin büyük çoğunluğunu da hayal kırıklığı beklemektedir. Sendikaları, beklentilerini karşılamaktan uzak bir konumda gördüklerini ifade eden bu işçilerin, kendi çıkarlarını savunamayacağını düşündükleri ve bu nedenle güven duymadıkları için, genellikle sendika üyeliklerini de korumadıkları görülmektedir.

Öte yandan hiç üyelik yaşamamış işçilerin, diğer işçi arkadaşlarının üye olmaması nedeniyle sendikaya üye olmadığı şikkını, ikinci sırada ifade etmeleri, grup psikolojisinin sendika üyeliğinde ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bu durum aslında küçüğe olsa bir örgütlülüğün doğal olarak genel örgütlülüğü de beraberinde getireceğini düşündürmektedir.

Tablo 1: Sendikasız İşçilerin Üyelik Deneyimine Sendikaya Üye Olmama Nedenleri

Nedenler	Hiç Sendika Üyesi Olmayanlar		Daha Önce Sendikalı Olup Şu An Sendika Üyesi Olmayanlar		Toplam	
	Kişi Sayısı	%	Kişi Sayısı	%	Kişi Sayısı	%
İşveren baskısı (işten çıkarma, tehdit vb....)	51	45,1	6	24,0	57	41,3
Diğer işçi arkadaşlarım Sendikaya üye değil	39	34,5	7	28,0	46	33,3
Sendikalara güvenmiyorum	29	25,7	13	52,0	42	30,4
İşyerindeki durumum sendikaya üye olmama değişmeyecek	33	29,2	7	28,0	40	29,0
Sendikalar üyelerin beklentilerini karşılayamıyor	19	16,8	15	60,0	34	24,6
İşyerindeki sorunlarımı işverenle giderme yolunu tercih ederim	23	20,4	4	16,0	27	19,6
Sendikacılığa inanmıyorum	11	9,7	3	12,0	14	10,1
Bana üye olup olmayacağı sorulmadı	11	9,7	1	4,0	12	8,7
İşyerinde bir sendika yok	10	8,8	2	8,0	12	8,7
Sendikalar üyelerine siyasi ve ideolojik baskı yapıyor	10	8,8	-	-	10	7,2
Sendika ile ilgili hiç bir fikrim yok	10	8,8	-	-	10	7,2
Diğer	7	6,2	3	12,0	10	7,2
Cevap yok	1	0,9	-	-	1	0,7
Toplam	113	100,0	25	100,0	138	100,0

Hiç sendika üyesi olmamış işçiler arasında ki çarpıcı sonuçlardan biri de, %8,8’inin sendikalarla ilgili hiç fikir sahibi olmadıklarını belirtmiş olmalarıdır. Oran düşük gibi görünmesine rağmen, “işyerinde bir sendika yok”, “bana üye olup olmayacağı sorulmadı” ifadelerini belirtenlerle bir arada düşünüldüğünde ortaya vahim ve düşündürücü bir tablo çıkmaktadır. Bu durum, hem sendikaların

sendikasız işçilerle iletişim düzeyinin yetersizliğine, hem de işyerinde sendika öncülüğünde örgütlenmenin önemine işaret etmektedir. Örgütsüzlüğü besleyen en önemli unsur henüz bir sendikanın o işyerine gelmemiş olmasıdır. Çünkü işçilerin örgüt desteği olmaksızın bir işyerinde örgütlenmesi mümkün değildir. Araştırma esnasında soruyu yönelttiğimiz bir işçinin “işyerinde bir sendika yoksa nasıl üye olabilirim ki?” şeklindeki karşı sorusu bu durumu özetler niteliktedir.

Sendika hakkındaki bilgisizlik, geçiştirilemeyecek kadar önemlidir. Anket çalışması esnasında bir işçinin, “sendika demek, sigorta gibi bir şey midir” şeklindeki sorusu münferit bir bilgisizliği göstermemektedir. Tam tersi, yapılan birebir görüşmelerde sendika ile ilgili fikir sahibi olmayan işçilerin fazla olduğunu gösterir pek çok örneğe rastlanmıştır. Daha önce sendika üyesi olup şu an sendika üyesi olmayan işçiler arasında bu bilgisizliğin hiç olmaması elbette tesadüf değildir. Bu da, sendika ile ilgili bilgilenmenin en uygun yolunun üyelikten geçtiğini göstermesi açısından önemlidir. Bu sonuçlar sendikaların işçilere ulaşma ve kendilerini anlatma konusunda yetersiz kaldığının da bir göstergesi sayılmalıdır.

Sonuçlar işaret etmektedir ki, sendikaların işçilere ulaşma ve kendilerini anlatma konusundaki yetersizliği, işçileri bilgisiz bırakmanın yanı sıra ikinci ve belki daha tehlikeli olan bir sonucu daha doğurmaktadır; yanlış bilgilenme. Yanlış bilgilenme, işçilerde önyargıların oluşmasına yol açacak ve önyargıları yok etmek bilgisizliği gidermekten daha güç olacaktır. Oysa sendikaların, işçilere olumsuz mesajlar ve yanlış bilgiler verecek kaynaklardan çok, kendileri hakkındaki doğru bilgiyi direkt olarak vermeleri ve işçilerle birebir ve yüzyüze görüşmeleri, örgütlenmede başarı şansını artıracaktır. Araştırmamızda bu durumu saptamak için işçilere, bugüne kadar herhangi bir sendika görevlisinin kendileri ile üye olmaları konusunda görüşüp görüşmediğini sorduk. Sendikalarla, hiç sendika üyesi olmamış işçiler arasında, araştırmanın yapıldığı güne kadar, bu amaçlı bir temasın oldukça düşük olduğunu gördük. Araştırmamız kapsamındaki sendikasız işçilerin %82’si sendikasız işyerlerinde çalışmaktadır ve bu işçilerin %79,6’sı, daha önceden herhangi bir sendika görevlisinin kendileri ile üye olmaları konusunda hiç görüşme yapmadığını belirtmiştir. Bu güne kadar hiç sendika üyesi olmamış işçiler arasında ise bu oran %89,4’e kadar yükselmektedir.

Çeşitli işkollarında istihdam edilen sendikasız işçilere, üye olmalarına engel olan veya sendikadan ayrılmalarına neden olan koşullar ortadan kalkmış olsaydı, sendikaya üye olup olmayacakları sorulduğunda, cevaplayıcıların %70’ten fazlası olumlu cevap vermiştir. Bu sonuç diğer sonuçlarla birlikte değerlendirildiğinde sendikasız işçilerin örgütlenmeye eğilimli olduklarını göstermektedir. Nitekim, sendikasız işçilerin, kendilerine sorulduğunda veya işverenlerden kaynaklı dışsal koşullar aşıldığında sendikaya üye olabileceklerini yüksek bir oranla belirtmeleri bunun kanıtı sayılabilir.

Ancak toplam sendikasız işçilerin yaklaşık olarak %27’si her şeye rağmen sendikaya üye olmak istemediğini belirtirken, daha önceden bir üyelik deneyimi

yaşamış olan işçiler arasında bu oran %40'lara çıkmıştır. Kanımızca, daha önceden bir üyelik deneyimi yaşamış olan işçilerin çalışma ilişkilerindeki sorunların çözümlenmesinde örgütlü mücadeleye (%87,5) ve sendikaların gerekliliğine (%79,2) hiç sendika üyesi olmamış işçilere göre daha olumlu bir tutum göstermelerine rağmen, bireysel davranış eğiliminin daha yüksek görülmesi, sendikalarda yaşadıkları hayal kırıklığı ve duydukları güvensizlikten kaynaklanmaktadır.

Araştırmamızdan ortaya çıkan bir diğer önemli bulgu, kadın işçilerin sendika üyeliği konusunda erkeklere göre daha istekli olmalarıdır. Bunun sebebinin, kadınların, sendikalar konusunda bilgisiz olmakla beraber, en azından önyargı geliştirmemiş olmalarının payı olduğu kanısındayız. Nitekim sendikaya üye olmalarına engel olan neden veya nedenler ortadan kalkmış olsaydı sendikaya üye olmak isteyen erkeklerin oranı %66.7 iken kadınlar için bu oran %83.3 olarak ortaya çıkmıştır. Bu sonuç, kadınların sendikaya üye olma bakımından erkeklerden daha az istekli olmadıkları konusundaki yargıyı destekler niteliktedir.

3. İşçilerin Sendikalara Güven Düzeyi

Türkiye’de toplumun ve işçilerin sendikalara yönelik bir güvensizlik duygusunun hakim olduğu gözlemlenmektedir. Bu kısımda işçilerin sendikaları güvenilir bulma derecesini belirlemeye yönelik olarak biri doğrudan diğeri güvenilirlikle bağlantılı 4 ifadeye yer verilmiştir.

Tablo 2: İşçilerin “Türkiye’deki Sendikalar Güvenilir Kurumlardır” İfadesine İlişkin Görüşleri

	Hiç Katılmıyorum		Katılmıyorum		Kararsızım		Katılıyorum		Kesinlikle Katılıyorum		Toplam Cevap Sayısı	Ortalama Tutum Puanı
	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%		
Sendika Üyesi Olmayanlar	18	14,9	56	46,3	27	22,3	15	12,4	5	4,1	121	2,45
Sendika Üyesi Olanlar	27	10,0	81	30,1	83	30,9	55	20,4	23	8,6	269	2,87
Toplam	45	11,5	137	35,1	110	28,2	70	18,0	28	7,2	390	2,74

Tablo 2’ye göre, “Türkiye’deki sendikalar güvenilir kurumlardır” yargısına, sendika üyesi olmayan işçilerin %61,2’si, sendika üyesi işçilerin ise %40’ı

katılmadıklarını belirtmişlerdir. Sendikasız işçilerin yalnızca %16,5’i, sendika üyesi işçilerinse %29’u Türkiye’deki sendikaları güvenilir bulmaktadır. Hiç katılmıyorum ifadesine 1 kesinlikle katılıyorum ifadesine 5 değeri verilen ölçek temel alındığında, sendika üyesi olmayan 121 cevaplayıcının “Türkiye’deki sendikalar güvenilir kurumlardır” ifadesine katılma derecesinin ortalama değeri 2,45, sendika üyesi 269 cevaplayıcının katılma derecesinin ortalama değeri 2,87’dir. Bu sonuç işçiler arasında sendikalara olan güvenin düşük olduğunu göstermektedir.

İster örgütlü ister örgütsüz olsun, işsizlik kaygısı işçiler arasında yoğun bir şekilde yaşanmaktadır. Nitekim işyerinde karşılaşılan sorunları tespit etmeye yönelik sordüğümüz soruya karşılık toplam işçilerin %44,5’i işsiz kalma riskini en önemli sorun olarak belirtmişlerdir. Sendikasız işçiler, emeklerinin karşılığını alamayıp sömürülmelerini (%50,7) birinci, işsizlik riskini (%49,3) ise ikinci önemli sorun olarak görmekte, sendikalı işçiler ise işyerinde karşılaştıkları en önemli sorun olarak yine işsizlik riskini (%42,1) görürken, ikinci sorun olarak çalışma koşullarının ağır olmasını (%34,8) görmektedirler. Bu sonuçlar, genel anlamda işçilerin, Türkiye’deki sendikaları, işsizlik riskine karşı bir güvence olarak görmediğini açıkça göstermektedir. Nitekim araştırma kapsamındaki toplam işçilerin %55,2’si Türkiye’deki sendikaların, üyelerini işsizliğe karşı korumadığına inanmaktadır.³⁰

Tablo 3: İşçilerin “Türkiye’deki Sendikalar Üyelerini İşsizliğe Karşı Korur” İfadesine İlişkin Görüşleri

	Hiç Katılmıyorum		Katılmıyorum		Kararsızım		Katılıyorum		Kesinlikle Katılıyorum		Toplam Cevap Sayısı	Orta Tu Pu
	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%		
Sendika üyesi olmayanlar	25	21,0	47	39,5	26	21,8	18	15,1	3	2,5	119	2,
Sendika üyesi Olanlar	36	13,5	105	39,3	39	14,6	71	26,6	16	6,0	267	2,
Toplam	61	15,8	152	39,4	65	16,8	89	23,1	19	4,9	386	2,

³⁰ Benzer bir değerlendirme için bkz. Ahmet Altıparmak, *Türk Sendikacılığında Güven Bunalmı*, İsmat Yay., Ankara, 2001, s. 143, 146

Sendikalara güvenle ilişkili olan bu ifadeye sendikasız işçilerin, sendikal işçilere göre daha olumsuz ve kararsız bir tutum içerisinde oldukları gözlemlenmektedir. Tablo 3’ten de görülebileceği gibi sendika üyesi olmayan cevaplayıcıların %60,5’i, “Türkiye’deki sendikalar üyelerini işsizliğe karşı korur” görüşüne katılmadığını, %21,8’i kararsız olduğunu, %17,6’sı ise katıldığını belirtmiştir. Aynı ifadeye sendika üyesi işçilerin %52,8’i katılmadığını, %14,6’sı kararsız olduğunu, %32,6’sı ise katıldığını belirtmiştir. Hiç katılmıyorum ifadesine 1 tamamen katılıyorum ifadesine 5 değeri verilen ölçek temel alındığında bu ifadenin ortalama tutum değeri, sendika üyesi olmayan işçiler için 2,39, sendika üyesi işçiler için 2,72 olarak gerçekleşmiştir.

Sendikalaşmanın genellikle işten çıkartmayla sonuçlanması ve sendikaların gerek çıkartma sürecinde gerekse çıkarıldıktan sonra yasal destek dışında her hangi bir destek sunamaması, işçilerde, sendikalara yönelik güvensizlik duygusunu artıran bir unsura dönüşmektedir. Nitekim araştırmamızda, örgütlü işçilerin üyesi oldukları sendikaların kendilerini işsizliğe karşı koruyacaklarına dair inanç düzeyinin yüksek olmadığı görülmektedir. Örgütlü işçilerin “Sendikam beni işsizliğe karşı korur” ifadesine katılma oranı %40,8 iken, katılmayanların oranı %39,3, kararsızların oranı ise %19,9’dur. Bu ifadenin ortalama tutum değeri 2,97 olarak gerçekleşmiştir. Bu sonuç, sendikal işçilerin kendi sendikalarına yönelik inanç düzeyinin Türkiye’deki örgütlü işgücü hareketine gösterdikleri inanç düzeyine göre yüksek olduğunu göstermesine rağmen, genelde düşük olduğunu göstermektedir.

Araştırma kapsamında güvenle ilişkili bir başka ifade, Tablo 4’te gösterdiğimiz, sendikaların işçilerin haklarını korumak ve geliştirmek için yeterince mücadele edip etmediğini saptamaya yöneliktir. Tablodan da görüleceği üzere işçilerin %59,3’ü sendikaların işçi haklarını korumak ve geliştirmek için yeterince mücadele etmediklerine inanmaktadırlar.

Tablo 4: “Türkiye’deki Sendikalar İşçilerin Haklarını Korumak ve Geliştirmek İçin Yeterince Mücadele Ediyorlar”

	Hiç Katılmıyorum		Katılmıyorum		Kararsızım		Katılıyorum		Kesinlikle Katılıyorum		Toplam Cevap sayısı	Ortalama Tutu Puanı
	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%		
Sendika Üyesi Olmayanlar	25	20,8	56	46,7	24	20,0	10	8,3	5	4,2	120	2,28
Sendika Üyesi Olanlar	31	11,6	117	44,0	56	21,1	50	18,8	12	4,5	266	2,61
Toplam	56	14,5	173	44,8	80	20,7	60	15,5	17	4,4	386	2,51

Sendikaların işçi haklarını korumak için yeterince mücadele etmediğine inanan sendikasız işçilerin oranı %67,5’e ulaşırken, sendikalı işçiler arasında bu oran %55,7 olarak gerçekleşmiştir. Sendikasız işçilerin bu yargıya katılma derecesinin ortalama tutum puanı 2,28, sendikalı işçilerin ortalama tutum puanı ise 2,61’dir. Bütün araştırma sonuçları göz önünde bulundurulduğunda sendikasız işçiler, en olumsuz tutumu bu yargıya göstermişlerdir.

Biliyoruz ki sendikaların ekonomik ve siyasi hayat içerisindeki gücü, örgütlenme faaliyet ve düzeyini doğrudan etkilemektedir. Sendikaların yeteri kadar güçlü, işçilerin hak ve çıkarlarını koruyabilecek bir düzeyde olduklarına yönelik genel kanı, çalışanlar arasında örgütlenmeye yönelik eğilimi ve güven düzeyini artırır. Bu anlamda işçiler arasındaki güven düzeyi sorgulandığında, işçilerin önemli bir kısmının sendikaların işçi haklarını koruyup ve geliştirebilecek kadar güçlü olmadıklarını düşünme eğiliminin yüksek derecede olduğu gözlemlenmektedir. Nitekim toplam işçiler arasında en olumsuz tutum, sendikaların gücü konusunda ortaya çıkmıştır.

Tablo. 5: Türkiye’deki Sendikalar İşçilerin Haklarını Koruyabilecek Kadar Güçlüdür

	Hiç Katılmıyorum		Katılmıyorum		Kararsızım		Katılıyorum		Kesinlikle Katılıyorum		Toplam Cevap sayısı	Ortalama Tutum Puanı
	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%		
Sendika Üyesi Olmayanlar	22	18,8	55	47,0	21	18,0	10	8,5	9	7,7	117	2,39
Sendika Üyesi Olanlar	55	20,7	125	47,0	36	13,5	34	12,8	16	6,0	266	2,36
Toplam	77	20,1	180	47,0	57	14,9	44	11,5	25	6,5	383	2,37

Tablo 5’ten de görülebileceği gibi toplam işçilerin %67,1’i, sendikaların işçilerin haklarını koruyabilecek bir güce sahip olmadığını belirtmiştir. İşçilerin sadece %18’i sendikaların böyle bir gücü olduğuna inanmaktadır. Bu konuda kararsız kalanların oranı ise %14,9’dur. Sendikasız işçilerin %65,8’i, sendikalı işçilerin ise %67’si sendikaların, işçilerin haklarını koruyabilecek bir güce sahip olmadığını belirtmişlerdir. Bu sonuç, işçilerin sendikaların gücüne yönelik tutumlarının sendika üyelik durumundan bağımsız olduğunu göstermektedir. Hiç katılmıyorum ifadesine 1, kesinlikle katılıyorum ifadesine 5 değeri verilen ölçek temel alındığında, sendika üyesi olmayan 117 cevaplayıcının “Türkiye’deki sendikalar işçilerin haklarını koruyabilecek kadar güçlüdür” yargısına katılma

derecesinin ortalama değeri 2.39, sendika üyesi 266 cevaplayıcının katılma derecesinin ortalama değeri 2.36’dır.

Tablo 6’da verilen ifade daha çok sendikal hareketin liderlerine duyulan güveni ölçmeye yönelmiş bir ifadedir. Türkiye’deki toplumsal yapı liderliğe büyük önem atfeden bir yapıdır. Liderliğe olan güven aynı zamanda sendikaya olan güveni de tetikler. Araştırmamızda işçiler arasında sendika liderlerine olan güveninin düşük olduğu saptanmıştır. Nitekim “Türk sendika hareketinin liderleri işçilerin çıkarlarına göre hareket eder” yargısına, sendikasız işçilerin %54,3’ü, sendikalı işçilerinse %42,2’si katılmadığını belirtmiştir. Sendikasız işçilerin yalnızca %17,2’si Türk sendika hareketinin liderlerinin işçilerin çıkarlarına göre hareket ettiğini belirtmiştir

Tablo 6: Türk Sendika Hareketinin Liderleri İşçilerin Çıkarlarına Göre Hareket Eder

	Hiç Katılmıyorum		Katılmıyorum		Kararsızım		Katılıyorum		Kesinlikle Katılıyorum		Toplam Cevap sayısı	Ortalama Tutum Puanı
	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%	Cevap sayısı	%		
Sendika üyesi olmayanlar	21	18,1	42	36,2	33	28,4	12	10,3	8	6,9	116	2,52
Sendika üyesi Olanlar	30	11,2	83	31,0	64	23,9	69	25,7	22	8,2	268	2,87
Toplam	51	13,3	125	32,5	97	25,3	81	21,1	30	7,8	384	2,78

Sendika üyesi olmayan işçilerin bu yargıya katılma derecesinin ortalama tutum değeri 2.52, sendika üyesi işçilerin ise 2.89 olarak gerçekleşmiştir. “Arkasından gidilmeye değer” bir liderin varlığı durumunda sendikal hareketin de bundan etkilenebileceği dikkate alındığında yukarıdaki tablonun buna elverişli durumda olmadığı görülebilir.

4. Sendikal Politikaların Başarısına Yönelik Güvensizlik ve

Bu Güvensizliğin Kaynakları

Sendikal politikaların genel anlamda nasıl algılandığı ve başarılı olup olmadığı sendikal güç ve güvenle de ilişkilidir. Bu anlamda işçilerin, sendikaların kendi hak ve çıkarlarını koruma ve geliştirme konusunda olumlu düşünceleri, sendikasız işçilerin üyelik eğilimini, sendikalı işçilerin ise sendika üyeliğinden duyduğu memnuniyet düzeyini artırır. Araştırma, böyle bir ilişkiyi test etmekten

çok sendikasız ve sendikalı işçilerin Türkiye’deki sendikal harekete ilişkin genel düşüncesini ortaya koymaya çalışmıştır. Sonuçlara göre, araştırma kapsamında farklı işkollarında istihdam edilen toplam 411 işçiden yalnızca 37’si Türkiye’de sendikaların, işçilerin hak ve çıkarlarını koruyup geliştirebildiklerine inanmaktadır. Bu soruya evet cevabını verenlerin oranı %9 iken hayır cevabını verenlerin oranı %78,8’dir. %11,9’u ise bu konuyla ilgili bir fikri olmadığını belirtmiştir. Üyelik deneyimine göre sonuçların dikkat çekici şekilde farklılaştığı gözlemlenmiştir. Hiç sendika üyesi olmayanların %64,6’sı, daha önce sendika üyesi olup şu anda sendika üyesi olmayanların %92’si, şu anda bir sendika üyesi olanların %83,5’i, bu soruya hayır cevabını vermişlerdir. Sonuçlardaki farklılıkların daha önce de ifade ettiğimiz gibi işçilerin deneyimleri ile ilgili olduğu tahmin edilmektedir. Sendikaların, işçilerin hak ve çıkarlarını geliştirip geliştirmediği konusunda fikir sahibi olmayanların büyük çoğunluğunu sendikasız işçiler oluşturmaktadır.

Sendikaların işçi haklarını yeterince koruyup geliştiremediğini düşünen işçilere, bu durumun nedenlerini sordüğümüzda, işçilerin üyelik deneyimlerine göre açık bir şekilde farklı düşündüklerini gördük. Tablo 7’den de görüleceği üzere işçiler sırasıyla sendikacıların yetersiz olmasını, yasaların anti-demokratik olmasını ve işçilerin ilgisizliğini (işçilerin özeleştirisi olarak algılanabilir) en yüksek oranlarla ilk üç neden arasında belirtmişlerdir.

İşveren baskısını bir neden olarak belirtenlerin oranı da yüksektir. Ancak bu nedenin dördüncü sırada yer alması, işçilerin söz konusu sorunun işverenlerin baskısından çok, sendika-işçi ilişkisi ve yasalardan kaynaklandığını düşündüklerini göstermektedir.

Üyelik deneyimine göre gruplandırığımız işçilerin belirttikleri nedenler oransal olarak birbirlerinden farklıdır. Buna göre, hiç sendika üyesi olmamış olan işçilerin belirttikleri en yüksek orana sahip ilk üç neden; sendikacıların yetersiz olması, işçilerin sendikaya ilgisiz olması ve işveren baskısıdır. Daha önce üyelik deneyimi yaşamış olan sendikasız işçilerin, sendikacıların yetersiz olmalarını diğer iki gruba göre çok daha yüksek oranda işaretlemeleri dikkate değerdir. Bu işçiler, sendikaya ilgisizliği ve yasaların anti demokratik olmasını diğer önemli nedenler olarak ifade etmişlerdir. Sendika üyesi işçiler ise, sendikaların, işçilerin hak ve çıkarlarını yeterince koruyup geliştirememesinin en önemli nedeni olarak, yasaların anti-demokratik olmasını göstermişlerdir. sendika üyesi işçiler, işçilerin sendikalara olan ilgisizliğini ikinci, sendikacıların yetersizliğini ise üçüncü önemli neden olarak göstermişlerdir. Sıralaması değişmekle birlikte, bu sonuç, daha önce üyelik deneyimi yaşamış sendikasız işçilerle aynıdır.

Tablo 7: İşçilerin Sendika Üyelik Deneyimine Göre Türkiye’deki Sendikaların İşçilerin Haklarını Yeterince Koruyup Geliştirememesinin Nedenleri

Nedenler*	Hiç Sendika Üyesi Olmayanlar		Daha Önce Sendikalı Olup Şu An Sendika Üyesi Olmayanlar		Sendika Üyesi Olanlar		Toplam	
	Kişi Sayısı	%	Kişi Sayısı	%	Kişi Sayısı	%	Kişi Sayısı	%
Sendikacılar yetersiz	48	65,8	17	73,9	113	49,6	178	54,9
Yasalar anti-demokratik	29	39,7	13	56,5	129	56,6	171	52,8
İşçiler sendikaya ilgisiz	39	53,4	13	56,5	116	50,9	168	51,9
İşveren baskıcı	37	50,7	11	47,8	103	45,2	151	46,6
Sendika içi demokrasi eksik	30	41,1	9	39,1	69	30,3	108	33,3
Sendikalar arasındaki diyalog eksik	16	21,9	3	13,0	84	36,8	103	31,8
İşverenle diyalog eksik	12	16,4	3	13,0	15	6,6	30	9,3
Diğer	-	-	-	-	5	2,2	5	1,5
Toplam	73	100,0	23	100,0	228	100,0	324	100,0

Görüldüğü gibi sendika üyesi işçilerle, üyelik deneyimi yaşamış sendikasız işçiler arasında sendikaların başarısızlığını, yasaların anti demokratik olmasına bağlama eğilimi, üyelik deneyimini hiç yaşamamış olan işçilere göre yüksektir. Bu sonucun, sendikaların işçileri yasalarla ilgili bilgilendirme faaliyetlerinden doğmuş olması kuvvetle muhtemeldir. Hiç sendika üyesi olmamış olan işçiler arasında bu nedenin daha düşük çıkması, hem böyle bir bilgilendenen yoksun olmaları hem de eğitim düzeyinin daha düşük olmasından kaynaklanmış olabilir.

“Sendikamız, işçilerin haklarını yeterince koruyup geliştirebiliyor mu?” şeklindeki soruya sendika üyesi işçilerin %60,1’i hayır, %30,8’i evet cevabını vermiştir. Bu konuda fikir sahibi olmayanların oranı ise %8,8’dir. Cinsiyete göre bu sonuçlar değerlendirildiğinde, kadınların erkeklere göre sendikalarına yönelik daha olumlu bir tutum içerisinde oldukları gözlemlenmiştir. Gerçekten kadınların %36,2’si sendikasının işçilerin haklarını yeterince koruyup geliştirebildiğine inanmaktayken, erkekler arasında bu oran %29,6’dır. Ancak kadın üyelerin

* Bu soru Birleşik Metal-İş’in üyelerine yönelik yaptırdığı araştırmadan yararlanılarak düzenlenmiştir.

%21,3’ü bu konuda fikir sahibi olmadığının belirtmesi kayda değer bir sonuç olarak değerlendirilmiştir. Araştırma sonuçları, sendika üyesi işçilerin üyesi oldukları sendikaları işçi haklarını koruma bakımından diğer sendikalara göre daha başarılı bulduklarını göstermektedir. Nitekim sendika üyesi işçilerin %83,5’i Türkiye’deki sendikaların işçilerin haklarını koruyup geliştiremediğini düşünmesine rağmen bu oran kendi sendikaları için %60,1’e düşmektedir. Sendikalı işçiler, kendi sendikalarının başarısızlığının kaynaklarının (yasaların anti demokratik olması, sendikacıların yetersizliği ve işçilerin ilgisizliği) genel sendikal hareketteki başarısızlığının kaynakları ile aynı olduğunu düşünmektedirler.

SONUÇ

Hoşnutsuzluğun yöneticileri olarak tanımlanan sendikaların, işçilerin desteğini kazanabilmeleri için, çözülmemiş sorunları, karşılanmamış ihtiyaçları ve gerçekleşmemiş özelemleri saptamaları ve öne çıkarmaları gerekir.³¹ Bunun gerçekleşebilmesi için sendikaların, sendikal işlevleri geniş bir şekilde yorumlamak ve işçi sınıfı dayanışmasını geniş kapsamlı olmasını sağlamaları gerekmektedir. Ancak bugün sendikalar, işgücünün önemli bir kısmını, hem de savunulmaya en fazla ihtiyaç duyan çevre işgücünü temsil etme yeteneklerini geliştirememişlerdir. Küreselleşme ile birlikte artan ve neredeyse istikrarlı ve güvenceli formel istihdamın istisna hale geldiği bir dönemde, çevre işgücünü dışlayan, savunmacı ve içe kapalı sendikal anlayışların, sendikal hareket için sürdürülebilir bir yönü kalmamıştır. Bu nedenle sendikalar kim ve ne için var? şeklindeki temel tartışma noktasına yeniden geri dönülmesi gerekmektedir. Çünkü, yoksullaşma, işsizlik ve çalışma koşullarındaki gerilmeye bakıldığında kurum olarak sendikalara olan gereksinimin, her zamankinden daha fazla olduğu günümüzde, sürekli üye ve destek kaybettikleri görülmektedir. Bu durumda söylenmesi gereken, sendikaların geçerliliğini kaybettiği değil, mevcut sendikal anlayış ve yapıların bir kriz içerisinde olduğudur. Bu gün, özellikle sendikaların gücünde ve üye sayısında önemli gerilemelerin görüldüğü ülkelerde bu kriz tartışılmakta ve yeni stratejiler gündeme gelmektedir. Ancak Türkiye’de bu tartışmaların hız kaldığı ve sendikal hareketin bütününe kapsayacak bir şekilde gündeme gelmediği görülmektedir.

Türkiye’de toplumda pek çok kuruma yönelik olan güvensizlik açık bir şekilde sendikalara da yansımıştır. Kuşkusuz bu durum 1980 sonrasında uygulanan neo-liberal politikaların ekonomik, siyasi ve toplumsal yaşamda yarattığı belirsizlik ve istikrarsızlığın, bireyleri, savunmasız, yalıtılmış ve güçsüz bir konuma getirmesinden ve ikincil kolektif kurumlardan uzaklaştırmasından bağımsız değildir. Bu konuda, modernleşme sürecini tamamlayamamış bir

³¹ Hayman, a.g.m, s.14

ülkenin kendine özgü niteliklerinin yarattığı sorunların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Oldukça zor koşullarda örgütlenme ve diğer faaliyetlerini yürütmeye çalışan sendikaların, üyeleri ve potansiyel üyeleriyle yaşadığı sorunlar bu zorlukları daha fazla ağırlaştırmaktadır. Yaptığımız araştırma ve gözlemler, hem örgütlü hem de örgütsüz işçilerin Türkiye’deki sendikalara güvenmediklerini, işçilerin hak ve çıkarlarını koruyup geliştirmek için yeterince mücadele etmediklerine, bu anlamda yeterince güçlü olmadıklarına inandıklarını ve sendika hareketinin liderlerini güvenilir bulmadıklarını göstermiştir. Buna karşın, işveren baskısı, yasal düzenlemeler ve sendikalara yönelik güvensizlik gibi örgütsüz işçilerin sendikaya üye olmalarına engel olan nedenlerin ortadan kalkması durumunda, sendikaya üye olma isteğinin yüksek olduğu görülmüştür. İşçiler arasında sorunların çözümünde örgütlü mücadeleye, hak ve çıkarların korunması ve geliştirilmesinde sendikaların gerekli olduğuna yönelik yüksek bir inancın olması da örgütlenme eğiliminin yüksek olduğunu göstermesi açısından önem taşımaktadır.

Türkiye’de sendikaların, örgütlenmede başarı kazanma olasılığının düşük ve zor olduğu, örneğin, özel sektörde yer alan küçük işletmelerde çalışan veya güvencesi olmayan işçileri örgütlenme riskini artık almaları gerekmektedir. Çünkü bu riski almasalar ve sadece mevcudu korumaya yönelseler bile hem üyeleri hem de hedefledikleri taban giderek ellerinden kaymaktadır. Dolayısıyla risk almamak, en azından risk almak kadar sendikaların aleyhine olacaktır. Sendikalar bu örgütlenme riskini göze alamıyorsa, işçinin tek başına böyle bir riski alması beklenemez. Kaldı ki örgütsüz işçilerin bu riski göğüsleyebilecek bir deneyim, bilgi ve güce sahip olmadıkları da görülmektedir. Örgütsüz işçilerle teması oldukça düşük olan sendikalar, işçilerin sendikalarla ilgili bilgisizliğinin veya yanlış bilgilenmelerinin de önüne geçememektedir. Görülüyor ki, sendikalar işyerinde örgütlenmeyi gerçekleştirecek bir örgüt nüvesini mutlak bir şekilde oluşturamadılar. Bunun olmadığı, işyerlerindeki örgütsüzlüğün, örgütsüzlüğü yeniden beslediği ve güvensizliğe neden olduğu ortadadır.

İşçiler bu gün sendikaların başarısızlığını, işveren baskısından çok sendikacıların yetersizliğine, yasaların anti demokratik olmasına ve işçilerin ilgisizliğine bağlamaktadırlar. Bu sonuç, işçiler arasında, sendika-işçi ilişkisindeki sorunların aşılması durumunda, işveren baskısının üstesinden gelinerek başarılı olunabileceğine yönelik bir kanının olduğunu düşündürmektedir. İşverenin sendikaya karşı düşmanca tutumu ve bunun işçiler arasında yarattığı korku önemli olmakla birlikte, sendikaların işveren tehdidini neden göğüsleyemedikleri veya işçilerin korkusunu giderip onları sendikalara çekemedikleri konusunda daha fazla düşünmeleri gerekmektedir.

Muhtemelen sendikal hareket konusunda daha fazla deneyim ve bilgiye sahip olan sendikalı işçiler, sendikal faaliyetlerin gelişmesi ve başarılı olabilmesi için sendikaların, üyeler arasındaki birlik ve beraberlik ruhunu geliştirmeleri,

örgütlenmeye önem verip örgütlü işçi sayısını artırmaları ve üyelerin sendikal faaliyetlere daha fazla katılmasını sağlamaları gerektiğini düşünmektedirler. İşçilerin önemli bir kısmı da diğer sendikalarla işbirliğinin bu anlamda önemli olduğunu ifade etmişlerdir. Türkiye’deki sendikaların uzun vadedeki en önemli amacının, sendikal hareketin birliğini kurmak ve güçlenmesini sağlamak olması gerektiğini düşünen işçilerin, dayanışmaya önemli ölçüde önem atfettikleri görülmektedir.³² Gerçekten dışsal koşullar göz önünde bulundurulduğunda, çok parçalı bir sendikal hareketin güç, üye ve güven kazanma konusunda başarı sağlama şansı oldukça düşüktür. Bu anlamda, krizin sendikal hareket için yarattığı potansiyelin değerlendirilmesi için, sendikalara aktif müdahaleci bir niteliğin kazandırılması gerekmektedir. Bu ise sorunların çözümünü yasalardan ve devletten bekleme geleneğinin değiştirilmesine, iç dinamiklerin harekete geçirilmesine yönelik, kendi gücünden kaynaklanan aktif stratejilere olanak verecek yeni yapılanmanın ve anlayış değişikliğinin geliştirilmesine bağlıdır. Ancak bu gün sendikalar böyle bir tartışma içinde olmadığı gibi, işçilerin dayanışma örgütleri olmaktan çıkmış, savunmacı ve neredeyse mevcut koşullara rıza gösteren bir nitelik göstermektedir. Türkiye’de sendikaların işçilerin ihtiyaçlarına cevap verebilecek ve işçi dayanışmasını sağlayacak yeni bir yapılanmayı gerçekleştirememesi durumunda, diğer ülke örneklerinde olduğu gibi formel sendikalara bağlı veya sendikalardan bağımsız işçi örgütlenmelerinin gelişip gelişmeyeceği ise tartışma konusudur.

³² Urhan, a.g.e, s. 304-305

KAYNAKÇA

- Adaman, Fikret, Ali Çarkoğlu, Burhan Şenatatar. (2002); *Household View on the Causes of Corruption in Turkey and Suggested Preventive Measures*, TESEV, İstanbul
- Akkaya, Yüksel. (2003) “Küreselleşme Kışkırcısında Türkiye’de İşçi Sınıfı ve Temel Özellikleri”, *Petrol-İş Yılı 2002-2003*, İstanbul, ss.219-238
- Altıparmak, Ahmet. (2001); *Türk Sendikacılığında Güven Bunalım*, İsmat Yay., Ankara
- Azkan, İlhan. (2001); “Ulusal Birlik ve Toplumsal Dayanışma Duygularının Aşınması, Anomi ve Yabancılaşma” *Ulusal Sorunlar ve Demokratik Çözüm Yolları*, Der.İlhan Azkan, Ekin Kitapevi, İstanbul , ss.162-179
- Birleşik Metal İş. (2004); *Metal İşçisinin Geceği*, Birleşik Metal İş Yayınları, İstanbul
- Buğra, Ayşe. (2003); “Bir Toplumsal Dönüşümü Anlama Çabalarına Katkı: Bugün Türkiye’de E.P Thompson’ı Okumak”, *Küresel Düzen.: Birlik, Devlet ve Sınıflar*, Der. A.H. Köse, F. Şenses, E. Yeldan, İletişim, İstanbul, ss. 191-218
- Buğra, Ayşe, Çağlar Keyder, *Yeni Yoksulluk ve Türkiye’nin Değişen Refah Rejimi*, Birleşmiş Milletler için Hazırlanan Proje Raporu, <http://www.undp.org.tr/pdf/New%20Poverty.pdf>, (Erişim: 5.11.2004)
- Cooper, Ree. (200); “Organise, Organise, Organise! ACTU Congress 2000”, *The Journal of Industrial Realities*, Vol.42, No.4, December,
- DİSK. (t.y); Sendikal Hak İhlalleri (Suç Dosyaları), DİSK Yayınları, İstanbul
- Gökçe, Birsen. (2001); “Türkiye’nin Toplumsal Yapısını Etkileyen Siyasal ve Toplumsal Ögeler”, *Ulusal Sorunlar ve Demokratik Çözüm Yolları*, Der.İlhan Azkan, Ekin Kitapevi, İstanbul
- Harvey, David. (1999); *Postmodernliğin Durumu*, Çev. Sungur Savran, 2. bs., Metis, İstanbul,
- Hayman, Richard. (2001); “Küreselleşme Bağlamında Sendikalar ve Çıkarların Temsili”, *21. Yüzyılda Sendikal Politika Arayışları*, Petrol İş Yayın No:70, İstanbul, ss.9-30
- Koray, Meryem. (1994); *Değişen Koşullarda Sendikacılık*, TÜSES, İstanbul
- Köse, Ahmet H., Ahmet Öncü. (2000); “İşgücü Piyasaları ve Uluslararası İşbölümünde Uzmanlaşmanın Mekansal Boyutları: 1980 Sonrası Dönemde İmalat Sanayi” *Toplum ve Bilim*, Sayı:86, Güz, ss.72-90
- Kutal, Metin. (1997) “Küreselleşme Sürecinin Türk Sendikacılığı Üzerindeki Olası Etkileri”, *Prof. Dr. Kenal Oğuzman’a Armağan*, Ankara, ,ss.251-268
- Lind, Jens. (1996); “Trade Unions: Social Movement or Welfare Apparatus”, *The Challenges to Trade Unions in Europe*, Ed.by. Peter Leinsink, Jim Van Leemput, Jacques Vilrokk, Hartnolls Limited, Cornwall, ss. 105-120
- Lordoğlu, Kuvvet. (2004); “Türkiye’de Mevcut Bazı Sendikaların Liderlik ve Yönetim Anlayışları ve Bazı Sendikal Sorunlardan Örnekler”, *Çalışma ve Toplum* Sayı:1, ss.81-96.
- Onaran, Özlem. (2000) “Türkiye’de yapısal Uyum Sürecinde Emek Piyasasının Esnekliği”, *Toplum ve Bilim*, Sayı:86, Güz, ss.194-210
- Öner, Eyrenci. (1996); “Toplu Sözleşme Yetki Tespitinden Kaynaklanan Sorunlar”, *Türkiye Sendikacılığının Temel Sorunları*, Birleşik Metal-İş Yayınları, İstanbul, ss.29-36
- Özügürlü, Metin, Ayşe Nur Erten. (1999); *Üye Kimlik Araştırması’99*, Birleşik Metal İş, İstanbul

- Özveri, Murat. (2004); “Toplu Sözleşme Yetkisinin Belirlenmesindeki Açmazlar ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası”, *Çalışma ve Toplum* S.:2, Petrol-İş. (1993), *Sendikal Demokrasi*, İstanbul, Petrol-İş Yayın No:31
- Sennett, Richard. (2002); *Karakter Aşınması Yeni Kapitalizmde İşin Kişilik Üzerindeki Etkileri*, Çev. Barış Yıldırım, Ayrıntı, İstanbul
- Sönmez, Mustafa. (2003); İşte *Eseriniz! 100 Göstergede Kuruluştan Çöküşe Türkiye Ekonomisi*, İletişim, İstanbul
- Şengül, Tarık H. (2002); “Türkiye’de Krizli Yılların Toplumsal Sonuçları”, *İktisat Dergisi*, Sayı:432, Aralık, ss.129-135
- Temiz, Hasan Ejder. (2004) ”Eğreti İstihdam: İşgücü Piyasasında Güvencesizliğin ve İstikrarsızlığın Yeni Yapılanması”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı:2, ss.55-78
- Türkdoğan, Orhan. (1998); *İşçi Kültürünün Yükselişi*, Timaş, İstanbul
- Urhan, Betül. (2004); “Sendikal Örgütlenme Bunalımı ve Türkiye’deki Durum”, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul
- Yeldan, Erinç. (2001); *Küreselleşme Sürecinde Türkiye Ekonomisi*, İletişim, İstanbul
- Waddington, Jeremy. (2000); “ Towards a Reform Agenda? European Trade Unions in Transition” , *Industrial Relations Journal* ,Vol. 31, No: 4, 2000, pp.317-331

2001 Yılı Reformu Işığında Federal Almanya'da İşyeri Seviyesinde Yönetime Katılım Sisteminin Temel Esasları

Dr. Alpay HEKİMLER*

Endüstri ilişkilerinden söz edildiğinde ilk çağrışım yapan kavramlardan birisi yönetime katılım, yönetime katılımdan bahis edildiğinde ise, Alman katılım modeli akla gelmektedir. Şüphesiz yönetime katılım ile Alman katılım modelinin adeta eşleştirilmesinin ardında, yönetime katılım sisteminin temellerinin bu ülkede atılmış olmasının ve bunun günümüz Avrupa endüstri ilişkiler sisteminin şekillenmesinde önemli bir rol oynamış olmasının payı büyüktür. Almanya'daki yönetime katılım sistemi bugünkü görünümünden farklı bir tablo çizmiş olsaydı, kuşkusuz Avrupa Birliğinde faaliyet gösteren şirketlerde istihdam edilenlerin katılım haklarının düzenlendiği 94/45 sayılı Direktif¹, Avrupa Anonim

* İstanbul Üniversitesi, İktisat Fakültesi * İstanbul Üniversitesi, İktisat Fakültesi

* Bu çalışmayı her zaman yakın desteğini gördüğüm Değerli Hocam Prof.Dr. Toker Dereli'ye ithaf ediyorum.

** Türkiye'de "Betriebsrat" kavramının karşılığında "İşyeri Kurulu" kavramı yerleşmiş olması nedeniyle, İşyeri Kurulu yerine İşyeri Kurulu kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

¹ Richtlinie 94/45/EG des Rates über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder Schaffung eines Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen vom 22 September 1994 ABL Nr. L 254/64 Avrupa İşyeri Kurulları için Bkz.: *Alpay Hekimler*; "Avrupa Endüstri İlişkiler Sisteminin Belkemiği: Avrupa İşyeri Kurulları ve Uygulamaları", AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri (Ed.Alpay Hekimler), Beta, İstanbul, 2004, s.309-354; *Alpay Hekimler*; "Avrupa Kolektif İş İlişkileri Alanında Başarı ile Uygulanan Bir Model: Volkswagen - Avrupa İşyeri Kurulu", Çimento İşveren, Mart 2003, s.3-10; *Klaus Buchholz*, Hinterm Horizont geht's weiter – Die Qualifizierung von Mitgliedern Europäischer Betriebsräte, İG Metal, Frankfurt am Main, 2004; *Stefan Rüb*, Europäische Betriebsräte – Gute Gründe für die Errichtung von Europäischen Betriebsräte, İG Metal, Frankfurt am Main, 2003; *Wolfgang Schröder/ Bert Thierion*, Europa Sozial Gestalten Zukunft der industriellen Beziehungen in Europa, İG Metal, Frankfurt am Main, 2003.

Şirketinde² çalışanların katılım haklarını³ teminat altına alan Tüzük⁴ ve nihayetinde Avrupa'da çalışanların asgari katılım normlarını hükme bağlayan 2002/14/EG sayılı Direktifin⁵ yapısı da, farklı olacaktır.

Bu makalenin amacı 2001 yılında gerçekleştirilmiş olan geniş çaplı reform ışığında, spesifik konulara değinmeden Federal Almanya'da işyeri seviyesinde yönetime katılım sisteminin genel tablosunu ortaya koymak suretiyle, Avrupa Birliğine aday olan Türkiye'nin, Ulusal Programında katılım konusuna yer vermesi ve nihayetinde bu konuda Avrupa yasa koyucunun getirmiş olduğu düzenlemeleri de ulusal mevzuata dönüştürmek zorunda olacağı için, oluşturulacak bir model için ışık tutmaktır.

Bu bağlamda çalışmanın birinci bölümünde genel hatları ile Almanya'da yönetime katılım sisteminin gelişim süreci üzerinde durulacak, ardından 2001 yılında yasanın reforme edilmesi gerekliliklerinin nedenleri analiz edilmeye çalışılacaktır. İncelemenin ağırlık konusu yapılan son değişiklikler ışığında, işyeri seviyesinde yönetime katılım sisteminin temel unsurlarının değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Sistemin tüm unsurları ile birlikte bu çalışma kapsamında değerlendirilmesi, özellikle de katılım haklarının ayrıntılı bir şekilde ortaya konması mümkün olmadığından, genel bir çerçevenin çizilmesi tercih edilmiştir. Makale genel bir değerlendirme ile son bulmaktadır.

² Avrupa Anonim Şirketi için Bkz.: *Alpay Hekimler/Martin Wenz*, "Avrupa Anonim Şirketi (SE) - Temel Düşünce ve İşletmelerde Uygulama Olanakları -", AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri (Ed. Alpay Hekimler), Beta, İstanbul, 2004, s.355-402; *Alpay Hekimler*, "Avrupa Birliğinde Faaliyet Gösteren Çokuluslu Şirketler için Yeni bir Dönem -Avrupa Anonim Şirketi-" Çimento İşveren, Eylül 2002, s.4-10; *Theisen Manuel René /Wenz Martin (Hrsg)*, Die Europäische Aktiengesellschaft, Schäffer Poeschel Verlag, Stuttgart, 2002.

³ Avrupa Anonim Şirketinde çalışanların katılım hakları için Bkz.: *Alpay Hekimler*, a.g.m.; *Bernhard Nagel, Alper Köklü*, Die Europäische Aktiengesellschaft und die Beteiligung der Arbeitnehmer, WiST Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 32.Jahrgang 12/2003, s.713-719.

⁴ Richtlinie 2001/86/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vom 8.10.2001, in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 294 vom 10.11.2001, S. 22-32.

⁵ Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Feststellung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft vom 11.3.2002. Almanya'da işyeri seviyesinde katılım ve bu direktif hükümlerinin karşılaştırılması için özellikle Bkz.: *Hermann Reichold*, "Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung - Die Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer", in: NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht), 6/2003, s.289-299.

I. Alman Yönetime Katılım Modellinin Gelişim Süreci

Her ne kadar günümüzde Alman yönetime katılım modelinden söz edilmekteyse de bu modelin kökenleri Federal Almanya Cumhuriyetinin kuruluşunun evveline kadar⁶, daha açık bir ifade ile 2. Dünya Savaşı'nın öncesine kadar geriye gitmektedir. Bu nedenle yönetime katılım sürecinin gelişimini kabaca 2. Dünya savaşı öncesi ve sonrası olmak üzere iki aşamada kısaca ele almak, daha doğru olsa gerek.

A. 2. Dünya Savaşı Öncesi Dönem

İşçilerin yönetime katılım konusundaki talepleri ve bu konuda yapılan politik mücadeleler 19. yy ortalarına kadar geriye gitmektedir. 1848/49 tarihinde Frankfurt da, Paulskirche de düzenlenmiş Ulusal Toplantı'da⁷ her ne kadar kabul görmemiş olsa da, Fabrika Kurullarının ve Fabrika Konseylerinin kuruluşunun teklif edilmiş olması, yönetime katılım açısından milat olarak kabul edilmektedir. Bu dönemden sonra işçilere katılım haklarının tanınması yönünde taleplerin giderek arttığını görmekteyiz.

İlk yasal düzenleme 1891 yılında karşımıza çıkmakta olup, bu yasa işçilerin güvenlerini kazanmış olan işçilerin temsilci sıfatı ile, işçilerin çıkarlarını korumak ve kendilerini ilgilendiren konularda yapılan pazarlıklarda yetkili olmalarını sağlamıştır.⁸ Bunun ardından 1890 yılında Bavyera ve Prusya Maden Yasalarında değişikliklere gidilerek 20 den fazla işçi çalıştıran maden işletmelerinde işçi komitelerinin kuruluşu zorunlu hale getirilmiştir.⁹

Bunu izleyen yıllarda işçilerin yönetime katılım yolunu açan çeşitli hükümler yasalara yansıtılmış olsa da, işçilerin yönetime katılmasının zorunlu tutulduğu ilk yasa 1916 da kabul edilen Anavatana Hizmet Kanunu dur. Yasa kapsamında işyeri olarak kabul edilen ve 50 den fazla kişi istihdam eden yerlerde bir işçi kurulunun kuruluşu zorunlu hale getirilmiştir.

⁶ Federal Almanya Cumhuriyetinin kuruluş süreci için özellikle Bkz.: *Hans Georg Lehmann*, Deutschland-Chronik 1945 bis 2000, Bundeszentrale für politische Bildung, Schriftenreihe Band:366, Bonn, 2000; *Wolfgang Benz* (Hrsg.), Die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main, 1989. *Jürgen Weber* (Hrsg.), Aufbau und Neuorientung. Die Geschichte der Bundesrepublik 1950-1955, Landesberg am Lech, 1998.

⁷ Bu toplantının önemi ve ayrıntılı bilgi için Bkz.: *Helmich August Winkler*; Deutsche Geschichte vom Ende des Alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2000.

⁸ Ayrıntılar için Bkz.: *Thomas Blanke*, Kollektives Arbeitsrecht Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrecht in Deutschland, 1840-1932, Hamburg, 1975.

⁹http://www.bundesregierung.de/servlet/init.cms.layout.LayoutServlet?global.naviknoten=413&link=bpa_notiz_druck&global.printview=2&link.docs=30723 Erişim 25.06.2004

1. Dünya Savaşı sadece dünya siyasi haritasını değiştirmek ile kalmamış, bunun ötesinde var olan toplumsal yapının da sorgulanmasına ve yeniden düzenlenmesine neden olmuştur. Bu süreçten doğal olarak işçi-işveren ilişkileri de etkilenmiştir.

Weimar Cumhuriyeti Anayasasında, İşçi Konseyleri ile ilgili bir hükme yer verilmiş olması ve böylelikle ilk defa Anayasada yer bulmasının bir sonucu olarak, 1920'de ilk İşyeri Kurulları Yasası (Betriebsrätegesetz) kabul edilmiştir. Bu yasanın ardından, çalışanlar lehine gelişmeler sürmüş olsa da, dünya tarihini değiştirecek olan Hitler'in iktidara gelmesi ile birlikte, tüm alanlarda olduğu gibi bir dönüşüm yaşanmış ve o döneme kadar elde edilen kazanımlar kaybedilmiştir.

B. 2. Dünya Savaşı Sonrası Dönem

Nasyonal Sosyalist iktidarı, tarihin karanlık sayfaları arasında yerini aldıktan sonra, özellikle İngiltere'nin denetimi altında bulunan Rhein ve Ruhr havzasında, yönetime katılım konusunda taleplerin yeniden gündeme gelmesi üzere anlaşmalar imzalanmıştır. Bu bölgedeki gelişmelerin diğer bölgeleri de çok çabuk bir şekilde etkilemesi üzerine Eyaletler bazında çalışanlara katılım hakkının tanınması yönünde yasalar kabul edilmiştir.

Federal Alman Anayasasının kabul edilmesinden sonra çalışanların katılım haklarının yasal zemine oturtulması yönündeki çalışmalarda hız kazandı. Yapılan çok sayıda görüşmenin ardından ilk olarak Montan Sanayi olarak tanımlanan madencilik, demir ve çelik işkolunda çalışanların katılım haklarını düzenleyen Montan Sanayi Yönetime Katılım Yasası¹⁰ kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

İşletme seviyesinde, çalışanların katılım hakları düzenlendikten sonra, işyeri seviyesinde çalışanların katılım haklarını hükme bağlayan ilk İşyeri Teşkilat Yasası¹¹ 1952 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

Almanya'nın sanayileşme hamlesi ile birlikte Montan işletmelerin yeniden bünyesinde birçok şirket barındıran ve önemli sayıda iş yaratan holdinglere dönüşmesi, yasa koyucuyu Montan Yönetime Katılım Yasasında düzenlenmiş olan katılım haklarını genişleten ek bir yasayı 1956 yılında kabul etmek zorunda bırakmıştır.¹²

¹⁰ Montan-Mitbestimmungsgesetz, Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, vom 21. Mai 1951 (BGBl. I S.347).

¹¹ Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 (BGBl. I S.681).

¹² Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz, Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, vom 7. August 1956. (BGBl. S.1852).

Willy Brand başkanlığındaki sosyal-liberal koalisyonun iktidara gelmesinin ardından, hükümet 1953 tarihli İşyeri Teşkilat Yasasının ihtiyaçlara cevap vermemesi nedeniyle bir tasarı hazırlayarak Federal Meclise sevk etmiş ve yapılan müzakereler sonucunda yeni bir yasa kabul edilerek, bugünkü işyeri seviyesinde yönetime katılım haklarının düzenlediği 1972 tarihli İşyeri Teşkilat Yasası¹³ çalışma hayatına kazandırılmıştır. Bu günden sonra yasa üzerinde değişiklikler yapıp haklar çalışanlar leyine genişletilmiş olmak ile birlikte, aşağıda değinileceği üzere 2001 reformu ile katılım standartları daha da yükseltilmiştir.

II. Reforma Neden İhtiyaç Duyuldu ?

28 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe giren İşyeri Teşkilat Yasasının Reforme Edilmesi Yönündeki Kanun¹⁴ ile birlikte işyeri seviyesinde katılım hakları ile günümüzün ekonomi ve çalışma hayatının talep etmiş olduğu koşullara uyum sağlanması ve böylelikle gelecekte de sosyal partnerler yararına yönelik bir modelin sürdürülmesi sağlanmıştır. İşyeri düzeyinde yönetime katılımın esaslarını düzenleyen 1972 tarihli yasa 30 yıllık dönem içerisinde bazı değişikliklere uğramış olsa da, ilk defa anılan Reform yasası ile esaslı değişikliklere maruz kalmıştır.

Globalleşme, uluslararası rekabet, esneklik gibi kavramlar 20. yy sihirli kavramları haline gelmiş, bazen ortaya çıkan sorunların nedenleri, bazen ise çözümleri olarak görülmüştür. Ancak görüşler hangi noktalarda yoğunlaşırsa yoğunlaşırsın, kesin olan şudur ki, işyerlerinin, işletmelerin ve holdinglerin yapılarında da bu sürecin paralelinde değişikliğe gidilmesi kaçınılmaz hale gelmiş olmasıdır. Lean Management, Lean Produktion ve Just-in-Time gibi konseptler bu transformasyonu zorunlu hale getiren unsurlardan bazılarıdır. Uygulamaya alınan yeni üretim ve yönetim teknikleri sebebiyle işyeri seviyesinde yönetime katılım alanında da bir dönüşüm yaşanmıştır.

Yasanın yeniden ele alınmasındaki amaç esas itibarıyla modern ve esnek bir İşyeri Kurulu yapısını oluşturmaktır, daha açık bir ifadeyle reformla İşyeri Kurulunun, işyeri ve işletmede kararlarının alındığı yerlerde faaliyetlerini yürütmesi hedeflenmiştir. Bunun sağlanması için yasada gerekli değişikliklere gidilmiştir.¹⁵

Sendikalar özellikle 90'lı yılların ikinci yarısından sonra işyeri seviyesinde katılım haklarının genişletilmesi gerektiği yönündeki görüşlerini daha sıklıkla dile getirmeye başlamışlardır. DGB (Deutscher Gewerkschaftsbund–Alman Sendikalar Birliği) 3 Şubat 1998 tarihinde İşyeri Teşkilat Yasasında değişiklik yapılması yönünde bir yasa tasarısı hazırlamıştır. DGB özellikle ekonomik gelişmeler sonunda organizasyon yapılarında meydana gelen değişimler

¹³ Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung des Gesetzes vom 15.1.1972 (BGBl. I S. 13).

¹⁴ Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetz vom 27.7.2001, (BGBl I, S.1852).

¹⁵ Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Sozialbericht 2001, Bonn 2002, s.85-86.

sonucunda İşyeri Kurullarının güçlerinin artırılmasını hedeflemiştir. Hazırlanan bu tasarının yanında Mart 1999'da DAG'ın¹⁶ (Deutsche Angestellten Gewerkschaft–Alman Müstahdemler Sendikası) İşyeri Teşkilat Yasasında değişiklik yapılması yolunda bir tasarı hazırladığını görmekteyiz.¹⁷

Sendikalar tarafından iletilen talepler esas itibarıyla Schröder Hükümeti tarafından olumlu karşılanmıştır. 1998'da gerçekleştirilen Federal Seçim sonucunda iktidara gelen kırmızı-yeşil koalisyon, koalisyon protokolünde katılım haklarının genişletilmesi ve İşyeri Teşkilat Yasasında değişen koşullar çerçevesinde yeniden ele alınmasına yer verildiğini, Hükümetin konuya yaklaşımını ortaya koymak açısından belirtmek gerekir. İşveren kanadı ise sendikalardan gelen taleplere sıcak yaklaşmadıklarını, katılım haklarının genişletilmesinin Alman şirketlerin uluslararası rekabet yarısında dezavantajlı duruma düşüreceği gerekçesi ile karşı çıktıklarını altının çizilmesi gerekir.¹⁸

Yaklaşık iki yıllık bir hazırlık aşamasından sonra Federal Çalışma Bakanlığı Aralık 2000 tarihinde bir yasa tasarısı hazırlayarak taraflara göndermiştir.¹⁹ Yapılan bazı ufak değişikliklerden sonra, özellikle muhalefet partisi ve işveren örgütlerinin şiddetli eleştirilerine rağmen, tasarı yasa koyucu tarafından kabul edilerek 28 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Reform Yasası ile yapılan değişikliklerin neler olduğuna baktığımızda kabaca değişikliklerin daha çok İşyeri Kurullarının organizasyon yapılarına odaklandığını, katılım haklarının genişletilmesinin ise sınırlı kaldığı, daha açık bir ifade ile sembolik bir önem taşıdığını görmekteyiz. Ancak burada İşyeri Kurullarının yapılarında gidilen değişiklikler sonunda mevcut haklardan yaralanılmasının kolaylaştırılmış olduğu ve bu açıdan katılım haklarının genişletilmesi yönünde dolaylı bir etkiye sahip olduğunun da göz ardı edilmemesi gerekir.

¹⁶ DAG 4 sendika (Die deutsche Postgewerkschaft – DPG -, Die Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen – HBV -, Die Gewerkschaft Medien, Druck und Papier, Publizistik und Kunst – İG Medien -, Die Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr – ÖTV -) ile birleşerek Mart 2001 de Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft - Verdi - adlı Sendikayı kurmuştur. Bu konudaki gelişmeler için Bkz.: [www_verdi_de - Geschichte.htm](http://www.verdi.de-Geschichte.htm), 2.06.2004

¹⁷ Bkz.: *Wolfgang Däubler, Michael Kittner, Thomas Klebe*, (bundan sonra *Däubler/Kittner/Klebe*) Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar für die Praxis, 8. überarbeitete und aktualisierte Auflage, Bund Verlag, München, 2002, s.101.

¹⁸ İşveren örgütlerinin reform eğilimlerine ilişkin genel görüşleri için Bkz.: Arbeitgeber, Nr.19/1999, s.18 vd.

¹⁹ Tasarı ile ilgili doktrin görüşleri için özellikle Bkz.: *Peter Hanau*, "Denkschrift zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes", Recht der Arbeit, Heft 2, März/April 54.Jahrgang 2001, s.65-76; *Reinhard Richardi/Georg Annuß*, "Neues Betriebsverfassungsgesetz: Revolution oder strukturwahrende Reform?" Der Betrieb, Heft 1 vom 5.1.2001, s.41-46.

İşyeri Kurullarına tanınan yeni hakların en önemlileri arasında, çalışanların istihdam güvenceleri ve vasıflarının artırılması yönündeki olumlu gelişmeler ve de İşyeri Kurullarının kuruluşlarının basitleştirilmiş olması gösterilebilir. Reform ile birlikte bir İşyeri Kurulunun kuruluşu daha kolay hale gelmiş ve aynı zamanda da birçok istihdam grubu için daha çekici hale gelmiştir. İşçilerin çıkarlarını gözetmekle yükümlü olan bu organ, özellikle çalışanların vasıflarının yükseltilmesi amacıyla daha fazla etkiye sahip olmuştur. İşyeri içinde eğitim konusundaki katılım haklarının genişletilmesi ile birlikte, aynı zamanda iş alanlarının korunması yolunda da katkı sağlanmıştır. Yapılan değişikliklere burada daha fazla değinmeyerek, ileriki bölümde yeri geldiğinde mümkün olduğu ölçüde karşılaştırmalı olarak yer verilecektir.

İşyeri seviyesinde yönetime katılım, sosyal pazar ekonomisine dayanan Alman ekonomisinin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Gerçekleştirilen reform sayesinde iş ve ekonomi dünyasında yaşanan gelişmelere ayak uydurulması sağlandığı gibi, aynı zamanda da ekonomik sistem üzerinde ek bir maliyet olmadan çalışanların işyerindeki katılım hakları teminat altına alınmıştır.

Gerçekleştirilen reform sosyal barışın devamı açısından da büyük bir önem arz etmektedir. Çünkü Alman ekonomisinin başarısı bir ölçüde motive olmuş işçiler ve işyeri seviyesinde katılımın bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Yasanın kabul edildiği dönemde Federal Çalışma Bakanı olan Walter Riester, konunun önemini şu sözleri ile dile getirmiştir: *“Uzun ve şiddetli tartışmalar sonucunda kabul edilen yeni İşyeri Teşkilat Yasası, Almanya’daki sosyal barış için önemli bir adımdır. Son yıllarda bir İşyeri Kuruluna sahip işyerlerin sayısı giderek azalmıştır. Bu nedenle de giderek daha az işçi, siyasi kültürümüzün önemli bir unsuru olan işyerinde çıkarların dengelenmesi ve görüşmelere dayalı yönetime katılım ile ilgili olarak daha az tecrübe kazanmışlardır. İşyeri Teşkilat Yasasının reforme edilmesi ile geriye doğru bir dönüşüm sağlanması için gerekli koşullar yaratılmıştır”*²⁰

Kısacası Federal Hükümet gerçekleştirmiş olduğu reform ile 20 Ocak 2002 tarihinde 30 yaşını doldurmuş olan İşyeri Teşkilat Yasasında yer alan katılım haklarının güçlendirmiş ve değişen çalışma dünyasına uydurmuştur.

III. İşyeri Teşkilat Yasası ve İşyeri Seviyesinde Yönetime Katılımın Temel Esasları

Federal Almanya’da yönetime katılım esas itibarıyla iki temel üzerine kurulmuştur, bunlar işyeri seviyesinde yönetime katılım (die betriebliche Mitbestimmung) ve işletme seviyesinde yönetime katılımıdır (die Unternehmens

²⁰ konuşma metninin tamamı için Bkz., <http://www.bundeskanzler.de/weiteremeldungen.8304.570081a.htm?>, 29.01.2004.

Mitbestimmung).²¹ İşyeri seviyesinde yönetime katılımının yasal çerçevesini ise, İşyeri Teşkilat Yasası çizmekte olup, tanınan haklarının hayata geçirilmesi İşyeri Kurulları aracılığı ile sağlanmaktadır. Diğer bir ifade ile Alman yönetime katılım sisteminin özünü İşyeri Kurulları oluşturmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde ilk başta yasanın kişiler ve alan bakımından kapsamına kısaca değindikten sonra, İşyeri Kurullarının organizasyon yapıları, görev ve yetkileri üzerinde durulacaktır.

A. Yasanın Kişiler ve Alan Bakımından Kapsamı

1. Kişiler Bakımından

İşyeri Teşkilat Yasası özünde tüm işçileri kapsamaktadır. “İşgören” (Arbeitnehmer) kavramından ise tam olarak neyin anlaşılması gerektiği yönündeki sorunun cevabını bize yasanın 5.maddesi vermektedir. Buna göre, işçiler (Arbeiter), müstahdemler (Angestellte) ve mesleki eğitim gören çıraklar (Beschäftigte zu ihrer Berufsausbildung), işçi olarak kabul edilmektedirler ki, burada ilgili kişilerin işyerinin içinde veya dışında, yada bir tele çalışma ilişkisi kapsamında işlerini ifa ediyor olup olmamalarının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca, ağırlıklı olarak bir işyerine yönelik olarak bir işyeri için evde çalışanlarda bu sınıflamaya dahildirler.²² Daha önceleri işyerinin dışında ve tele çalışanlar yasanın kapsamına girmez iken, 2001 reformu ile bu gruplarda kapsam alanına dahil edildiklerinin ifade edilmesi gerekir.

Yasanın bazı maddeleri ise, Profesyonel Amaçlı Ödünç İş ilişkisinin Düzenlenmesine Dair Kanunun²³ 14. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ödünç

²¹ İşletme seviyesinde yönetime katılım için özellikle Bkz.: *Thomas Raiser*, Mitbestimmungsgesetz Kommentar, 4.neubearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2002; *Dietrich Hoffmann/ Peter Preu*, Der Aufsichtsrat – Ein Leitfaden für Aufsichtsräte, 5. neubearbeitete und ergänzte Auflage, Verlag Beck, München, 2003.

²² Bkz.: Betriebsverfassungsgesetz 5.maddesinin 1.fıkrasına.

²³ Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) und zur Änderung anderer Gesetze, In der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I.158), - Neubekanntmachung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 7.8.1972 (BGBl. I S.1393) auf Grund des Art.4 Beschäftigungsförderungsgesetzes 194 vom 26.7.1994 (BGBl. S. 1786)-, Zuletzt geändert durch Art. 6 G v. 23.12.2002 I 4607. Bu yasa ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: *Alpay Hekimler*, Federal Almanya’da Profesyonel Ödünç İş ilişkisinin Yasal Çerçevesi, İşveren, Nisan 2004, s.34-38; *Wolfgang Hamann*, Fremdpersonal im Unternehmen, RdW-Schriftreihe Das Recht der Wirtschaft, Boorberg Stuttgart, 2002; *Wolfgang Hamann*, “Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung”, JURA-Juristische Ausbildung, 25.Jahrgang, Heft 6/2003, s.361-368. *Peter Hansen / Wolfram Kastinger*, Zeitarbeit von A-Z, 1.Auflage, Beck-Wirtschaftsberater im dtv, München, 2001. ayrıca Avrupa Birliğinde konu ile ilgili mevzuat için Bkz.: *Wolfgang Hamann*, “Avrupa

çalışan işçiler için de geçerli olmaktadır.²⁴ Dolayısıyla yasa koyucu sadece tam zamanlı olarak işyerinde çalışanları değil, esnek bir istihdam ilişkisi kapsamında çalışanların da belirli ölçüde kapsam alanına dahil etmiş ve bu kapsam alanını reform ile birlikte genişletmiştir.

Spesifik olarak yasa kapsamında işçi olarak kabul edilmeyen kişilerse ayrıca belirtilmiştir.²⁵ Yönetici konumundaki işçilerin (leitende Angestellte) katılım hakları Sözü Komiteleri Yasası²⁶ ile düzenlendiğinden dolayı, işyerlerinde istihdam edilen bu personel grubu, yasanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Federal Almanya Cumhuriyeti vatandaşı olmayan yabancılar ve vatansızlarda, Alman vatandaşı gibi İşyeri Teşkilat Yasasından kısıtlamasız olarak yararlanma haklarına sahiptirler. Daha açık bir ifade ile ister Alman, ister AB üyesi bir ülkenin veya üçüncü bir ülkenin vatandaşı olsun, bu yasa kapsamında işçi olarak kabul gören tüm çalışanlar vatandaşlıklarından dolayı bir ayırım yapılmaksızın tüm haklardan eşit ölçüde yararlanırlar.²⁷

2. Alan Bakımından

İşyeri Teşkilat Yasasının hükümleri sadece Federal Almanya sınırları içinde geçerli bir yasa olması nedeniyle ulusal bir yasa niteliğine sahiptir. Bundan dolayı da bu yasayla tanınan hak ve sorumluluklar yalnızca Federal Almanya'da faaliyet gösteren işyerlerini bağlamaktadır. Ancak, Federal İş Mahkemesinin daha 1977 yılında ve sonraki yıllarda vermiş olduğu kararlarında²⁸ açıkça belirttiği üzere, işverenin veya işçilerin yabancı uyruklu olmalarının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Böylelikle yasa, Federal Almanya'da faaliyet gösteren Alman kökenli işyerleri için geçerli olduğu kadar, olmayanlar için de geçerlidir. Ne var ki, Alman kökenli olup veya merkezi Almanya'da olan işletmelerin yurtdışındaki işyerleri ve eklentileri yasanın kapsam alanının dışında kalmaktadır.

Birliğinde Profesyonel Ödünç İş ilişkisi”, AB-Türkiye ve Endüstri ilişkileri (Ed.Alpay Hekimler), Beta, İstanbul, 2004, s.549-568.

²⁴ *Thomas Dietrich /Peter Hanau/ Günter Schaub*, (bundan sonra *Dietrich/Hanau/Schaub*) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2.Auflage, Verlag Beck, München, 2001. s.850.

²⁵ Bkz.: Betriebsverfassungsgesetz 5.maddesinin 2.fıkrasına.

²⁶ Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten (Sprecherausschussgesetz – SprAuG) von 20. Dezember 1988 (BGBl. I S.2312) Geändert durch Gesetz vom 21.Dezember 2000 (BGBl. I S.1983).

²⁷ bu konudaki ayrıntılar için Bkz.: *Hanz-G.Drachold/ Volker Engelbert*, (bundan sonra *Drachold/Engelbert*) Praktiker-Kommentar zum Betriebsverfassungsrecht, Verlag Neue Wirtschaftsbrieft Herne/Berlin, 2002, s. 55 vd.

²⁸ Bkz.: BAG v.7.11.1977 1 ABR 55/75 AP zu § 100 BetrVG 1972 EZA § 100 BetrVG 1972 1, ve BAG v.7.12.1989 2 AZR 228/89 AP Nr 27 zu Internationales Privatrecht – Arbeitsrecht EZA § 102 BetrVG 1972 Nr.74

İşyerinin sahip olduğu hukuksal statü açısından yasanın uygulanması konusunda bir farkın bulunup bulunmadığında baktığımız zaman, İşyeri Teşkilat Yasasının esasen özel hukuka tabi tüm işyerlerini kapsama alırken, kamu hukukuna tabi işyerlerinin bu uygulamanın dışında kaldığını görüyoruz. Deniz ve hava taşıma işlerinde ise, özel hükümler geçerli olmaktadır.²⁹ Ancak bu durumu kamu hukukuna bağlı olan işyerlerinde, işyeri seviyesinde yönetime katılım haklarına sahip olmadıkları anlamına gelmemektedir. Bu statüye sahip işyerlerinde istihdam edilenler için Federal düzeyde 1974 tarihli Federal Personel Temsilcileri Yasası (Bundespersonalverträtesgesetz), Eyalet düzeyinde ise Eyalet Temsilciler Yasaları, kabul edilmiştir.

B. İşyeri Teşkilat Yasası Kapsamında İşçileri Temsil Eden Organlar

İşyeri seviyesinde tanınan katılım haklarından yararlanmak suretiyle çalışanların haklarının korunması ve geliştirilmesi İşyeri Kurulları aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle İşyeri Kurullarını, Alman katılım sisteminin temel taşı olarak tanımlamakta mümkündür. Ancak, kısaca İşyeri Kurulu olarak adlandırdığımız yapı, - Dünya ve Avrupa seviyesindeki ve yasada düzenlenmeyen temsilci organlarını dışarıda tuttuğumuz zaman³⁰ -, aslen kendi içinde İşyeri Kurulu (Betriebsrat), Genel İşyeri Kurulu (Gesamtbetriebsrat) ve Holding İşyeri Kurulu (Konzernbetriebsrat) olarak ayrılmaktadır.

Bu organlar ile ilgili genel esaslara İşyeri Teşkilat Yasasının 2. Bölümünde yer verilmiştir. Hiyerarşik yapı içinde çalışanlar tarafından kurulması isteğe bağlı olan, ancak bazen de yasa koyucu tarafından kurulması zorunlu olan bu temel organların yanında, İşyeri Kurullarına yardımcı olmak üzere, yine kuruluşu isteğe bağlı olabileceği gibi ihtiyari olan İşyeri Gençlik ve Çıracılık Temsilciliği (Betriebliche Jugend und Auszubildendenvertretung), Genel Gençlik ve Çıracılık Temsilciliği (Gesamt Jugend und Auszubildendenvertretung), Holding Gençlik ve Çıracılık Temsilciliği (Konzern Jugend und Auszubildendenvertretung), İktisat Komitesi (Wirtschaftsausschuss), Uzlaştırma Kurulu (Einigungsstelle) ve

²⁹ bu konudaki ayrıntılı bilgi için Bkz.: *Alpay Hekimler*, Almanya'da Faaliyet Gösteren Çokuluslu Şirketlerde İnsan Kaynakları Yönetimi, İstanbul, 2004, s.114 vd. yayınlanmamış doktora tezi,

³⁰ Dünya İşyeri Kurulları için Bkz., *Alpay Hekimler*, Dünya Endüstri İlişkileri Sistemini Şekillendirecek Yeni bir Oluşum "Dünya Çalışma Konseyi" ve Volkswagen Modeli, Çimento İşveren, Eylül 2003, s.16-21; *Stewart Robert*, Europäische Betriebsräte, Weltbetriebsräte und deren Betreuung als Prüfsteine internationaler gewerkschaftlicher Politik, Frankfurt, 2000; *Uhl Hans-Jürgen*, "Der Volkswagen Weltkonzernbetriebsrat", Personalwirtschaft, 10/99, s.58-61.

Avrupa İşyeri Kurulları için Bkz.: Dipn. 1

28.maddeye göre kurulabilen özel komiteler, işyeri seviyesinde katılım haklarının yasa kapsamında işletilebilmesi için oluşturulmaktadır.

1. İşyeri Kurulları

a. Seçimler

Bir işyerinde İşyeri Kurullarının kurulabilmesi için, o işyerinde düzenli olarak çalışan en azından 5 seçme yeterliliğine sahip işçi içersinden, en azından üçünün seçilme yeterliliğine sahip bulunması gerekmektedir. Böylelikle yasa koyucu salt işyerinde düzenli olarak beş kişinin çalışıyor olması koşulunu yeterli bulmayıp, bunların seçme yeterliliğinin yanında, en azından üçünün seçilme yeterliliğine haiz olma koşulunu aramaktadır.

Hangi işçilerin seçme hakkına sahip oldukları ise yasanın 7. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, 18 yaşını doldurmuş olan tüm işçiler seçme hakkına sahiptirler. Yasa koyucu, İşyeri Teşkilat Yasasının getirdiği haklardan sadece işyeri ile sürekli bir istihdam ilişkisi içinde bulunanların yararlanmaması, bunun ötesinde geçici istihdam edilenlerinin de kapsanması gerektiği görüşünden yola çıkmış olmalı ki, üç aydan fazla bir süre için ödünç alınmış olan işçilerinin de³¹ seçme hakkına sahip olduklarına yer vermiştir.³² Bir işyerinde İşyeri Kurulunun kurulabilmesi için ifade edildiği üzere sadece seçme yeterliliğine sahip beş işçinin bulunuyor olma şartı yeterli olmayıp, bunun ötesinde en azından üçünün seçilme yeterliliği şartını yerine getirmeleri gerekmektedir. Hangi işçilerin seçilme ehliyetine sahip oldukları- ve olmadıklarını -sorunun yanıtını bize yasanın 8. maddesi vermektedir. Yasanın bu hükmüne göre seçilme yeterliliğine sahip olan ve işyerinde veya esas itibariyle işyerine bağlı olarak altı aydan beri çalışan ve bir ceza davası sonucunda seçilme hakkı elinden alınmamış olan işçiler seçilme yeterliliğine sahiptirler.³³ Diğer bir ifade ile beş işçiden en azından üçünün altı aylık bir kıdeme sahip olmaları ve bir ceza davasının onucunda seçilme ehliyetlerinin ellerinden alınmamış olması gerekmektedir. Böyle bir durumda işyerinin faaliyete geçmesi üzerinden altı ay geçmeden işçilerin bir İşyeri Kurulunu kuramayacakları sonucu ortaya çıkmaktadır, ancak yasa koyucu yeni faaliyete geçen bir işyerinde de çalışanların İşyeri Teşkilat Yasasındaki haklardan yararlanabilmeleri için böyle bir durumda altı aylık kıdem şartının aranmayacağına yer vermiştir.³⁴

³¹ Federal Almanya'da Ödünç Çalışma ile ilgili mevzuat hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz., Dİpn.16

³² Bkz.: Betriebsverfassungsgesetz 7.maddesine.

³³ İşyeri Kurullarına seçilme yeterliliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz., *Alpay Hekimler*; a.g.e., s.121 vd.,

Manfred Löwisch/ Dagner Kaiser; (bundan sonra *Löwisch/Kaiser*) Betriebsverfassungsgesetz, 5.neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2002, s.91-94.

³⁴ Bkz.: Betriebsverfassungsgesetz 8.maddesinin 2.fıkrasına.

Kanun kapsamında seçme yeterliliğine sahip olmak, seçimlere katılma hakkının tanınmasının ötesinde beraberinde bazı haklar getirmektedir. Öyle ki, seçme yeterliliğine sahip olan işçiler, seçim kurulunda görev alma, seçim kurulunun görevlendirilmesi için İş Mahkemesine başvurma, bu kurulun görevini yerine getirmemesi halinde seçime itiraz etme, İşyeri Kurulundan Konseyinden veya Komiteden bir üyenin üyeliğinin düşmesi için müracaat etme ve de işyeri toplantısının yapılması çağrısında bulunma haklarına sahip olmaktadır³⁵. Böylelikle bir işyerinde seçimlere katılma hakkına sahip olan işçiler, sahip oldukları bu hakları aracılığı ile işyerinde İşyeri Kurulları üzerinde belirli bir ölçüde denetleyici bir fonksiyona da sahip olmaktadır.

Seçme yeterliliğine sahip asgari 5 işçinin bir işyerinde istihdam ediliyor olması salt İşyeri Kurulunun oluşturulması aşamasında değil, bunun ötesinde işçileri temsil eden bu organın faaliyetlerini sürdürmesi açısından da büyük önem taşımaktadır. Çünkü, bu sayıda bir azalma olduğu taktirde İşyeri Kurulunun yeterliliği ve buna bağlı olarak da görevi son bulmaktadır. Fakat işyerindeki işçi sayısında bir azalma olup, buna bağlı olarak aranan seçilme yeterliliğine sahip 3 işçi şartı ortadan kalkarsa bu durumda İşyeri Kurulunun yeterliliği bir sonraki seçimlere kadar devam eder, ancak yeni seçim döneminde koşullarda bir değişiklik olmadığı sürece yeni bir İşyeri Kurulu seçilemez³⁶.

İşyeri Kurulunun seçimini düzenleyen 13.maddesinde, seçimlerinin her dört yılda bir, 1 Mart ile 31 Mayıs tarihleri arasında gerçekleştirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. 1990 öncesindeyse yasa koyucu bu seçimlerin üç yıl arayla yapılması gerektiğini hükme bağlamıştı.³⁷ Böylelikle esas itibarıyla bir İşyeri Kurulunun görev süresi dört yıl olmaktadır. Seçimlerin nasıl ve ne şekilde uygulanacağı yasa koyucu tarafından bir Tüzük³⁸ ile belirlenmiştir. Reform öncesi bu tüzük işyeri büyüklüğü dikkate alınmadan tüm işyerleri için aynı şekilde uygulanmaktaydı. Yürürlükteki mevzuat çerçevesinde seçimlerin nasıl gerçekleştirildiğinin ve seçimler sırasında dikkate alınması gereken usul ve esasların neler olduğunu incelemek bu çalışmanın boyutunu aşacağından dolayı, sadece reform yasası ile birlikte bu sürecin küçük işyerleri için basitleştirildiğinin belirtmek yeterli olacaktır.

21 Temmuz 2001 tarihinde getirilen değişiklikler kapsamında küçük işyerleri için basitleştirilmiş bir seçim sistemi uygulaması esas itibarıyla 5 ila 20 arasında seçme yeterliliğine sahip işçi çalıştıran işyerlerini kapsasa da, seçim divanı ve işveren aralarında anlaşmak suretiyle işyerinde 51 ila 100 arasında sürekli

bu konuda ki kapsamlı açıklamalar için özellikle Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe* a.g.e., s. 408 vd.

³⁶ *Däuber/Kittner/Klebe* a.g.e., s.33.

³⁷ Michael Wollenschläger, Arbeitsrecht, 2.neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2004, s.324.

³⁸ Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz - Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung-WO) vom 11.Dezember 2001 (BGBl I 3493).

çalışan işçi bulunması halinde bu seçim sisteminin uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. Bu tarz yeni bir düzenlemeye gidilmesinin nedeni yasa tasarısında, küçük işyerlerinde seçimlerin yapılmasının maliyetini azaltmak ve karmaşık son seçim sürecinden kurtarmak olarak ifade edilmiş ve böylelikle küçük işyerlerindeki İşyeri Kurullarının sayısında artış olacağı dile getirilmiştir.³⁹

Yukarda ifade edildiği üzere İşyeri Kurulu seçimlerinin her dört yılda bir belirtilen tarihler arasında yapılması esastır. Ancak belirli hallerde bu genel kuralın dışına çıkılabileceği yine yasada yer verilen hükümler arasındadır. Buna göre;

i) Seçimlerin üzerinden 24 ay geçtikten sonra sürekli olarak çalışanların sayısı yarı oranında artmış veya azalma göstermiş ise

ii) İşyeri Kurulu üyelerinin sayısı tüm yedekleri ile birlikte yasada öngörülen sayının altına inmiş ise,

iii) İşyeri Kurulu üyeleri çoğunluk ile İşyeri Kurulunun geri çekilmesine karar vermiş ise,

iv) Yapılan İşyeri Kurulu seçimine ilişkin itiraz kabul edilmiş ise,

v) İşyeri Kurulu Mahkeme kararı ile fesih edilmiş ise,

vi) İşyerinde henüz bir İşyeri Kurulu oluşturulmamış ise, seçimlere gidilmesi mümkündür.

Özetle bir işyerinde bir İşyeri Kurulunun kurulabilmesi için, belirtildiği üzere, o işyerinde düzenli olmak üzere çalışan en azından 5 seçme yeterliliğine sahip işçinin bulunması gerekir ve bu 5 işçiden en azından üçünün seçilme yeterliliğine sahip olması gerekir. Yasa maddesinde yer verilen "kurulabilir" kavramından açıkça, bu temsilcilik organının kuruluşunun zorunlu olmadığı, çalışanların iradesine bırakıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla İşyeri Teşkilat Yasasından yer verilen haklardan yararlanılabilmemesinin ön koşulu işyerinde bir İşyeri Kurulunun seçilip faaliyet gösteriyor olmasıdır.

b. İşyeri Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim

İşyeri Kurulunda Görev Yapacak Üyeler

Bir işyerine bağlı olarak istihdam edilen işçilerin çıkarlarının tam anlamıyla korunabilmesi için çalışanların sayısı ile İşyeri Kurulu üye sayısı arasında oransal bir dengenin kurulması gerekir. Aksi halde, İşyeri Kurulunun kendisinden beklenen görevleri yerine getirmesi mümkün olamaz. Bu nedenle yasa koyucu, yasanın 9.maddesinde işyerinde seçme yeterliliğine sahip işçi sayısı ile İşyeri Kurulunun üye sayısı arasında bir denge kurma yoluna gitmiştir.

Anılan maddede, bir işyerinde seçme yeterliliğine sahip 5 ila 20 kişinin istihdam ediliyor olması halinde İşyeri Kurulunun 1 üyeden oluşacağı, 21 ila 50 arasında 2 üyeden, 51 ila 100 arasında 3 üyeden, 101 ila 200 arasında 7 üyeden,

³⁹ Bkz.: BT-Drucks. 14/5741, S.36 zu Nr.12

201 ila 400 arasında 9 üyeden 7001 ila 9000 arasında 35 üyeden oluşacağı hükme bağlanmıştır.

Reform ile birlikte getirilen önemli değişikliklerden birisi, İşyeri Kurulu üye sayısının işçiler lehine yeniden düzenlenmiş olmasıdır, daha açık bir ifade ile özellikle büyük işyerlerinde İşyeri Kurullarında üye sayısı belirgin şekilde artış göstermiştir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, bazı yazarlar, İşyeri Kurullarının üye sayısının artırılmasının pratikte bir yararının olacağı yönündeki yaklaşımlara, şüphe ile yaklaşmaktadırlar.⁴⁰

Dolayısıyla bir İşyeri Kurulu tek bir kişiden oluşabileceği gibi, işyerinde istihdam edilen işçilerin sayısına göre 35 ve daha fazla üyeli bir organ haline gelebilir.

İşyeri Kurulunun oluşumunda tüm “istihdam gruplarının” dikkate alınması gerekmektedir. “İstihdam grupları” ile meslek grupları kast edilmektedir, yani vasıflı işçiler kadar, vasıfsızlar, teknik elemanlar, büro elemanları ve şoförler gibi değişik iş tanımlarına sahip işçilerinin temsil edilmesi gerekmektedir.

2001 Reformu ile bu alanda bir adım daha ileri atılarak, cinsiyete yönelik spesifik bir hükmün yasaya yansıtılması sağlanmıştır. Reform öncesinde İşyeri Kurullarında kadın ve erkeklerin, o işyerinde çalışan kadın ve erkek sayısına göre temsil edilmesi gerektiği hükmü geçerliydi . Ancak uygulamaya bakıldığında, bu hükümden beklenen sonucun alınmadığı görüldü. Öyle ki, anılan hükmün yürürlükte olduğu dönemde yapılan son seçimlerin sonucunda (1998 seçimleri), toplam istihdam edilenler içinde kadınlar % 43'lük bir orana sahip iken, İşyeri Kurullarında görev yapanlar içinde kadınların oranının sadece % 25,4 olduğu belirtilmektedir.⁴¹ Bu oran açıkça yasa koyucunun beklediği sonuca ulaşılmasından uzak kaldığını ortaya koymaktadır.

Hazırlanan yasa tasarısında, İşyeri Kurulu en azından üç üyeden oluşacaksa, kadın ve erkeklerin bu organda zorunlu olarak işyerinde istihdam edilen kadın ve erkeklerin sayısına göre belirleneceği yolunda bir ifadeye yer verilmiştir. Bu hüküm ile kadın ve erkeklerin İşyeri Kurullarında dengeli ve aynı zamanda kadınların da tam olarak temsil edilmeleri amaçlanmıştır. Ne var ki tasarıda yer verilen bu ifade şiddetli tartışmaları ortaya çıkmasına neden oldu. Hatta bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu yönünde iddialar dahi ortaya atıldı.⁴²

Yasa koyucu tartışmalara son vermek ve de bir ara çözüm bulmak için, tasarıda yer verilen “zorunlu” ifadesi yerine, yasa maddesinde bir asgari şart getirmek suretiyle kadın ve erkeklerin İşyeri Kurullarında temsil edilmeleri ile ilgili esası yeniden düzenlemiştir. Buna göre İşyeri Teşkilat Yasasının 15.maddesinin 2.fıkrasına göre İşyeri Kurulu en azından üç üyeden oluşan

⁴⁰ bu konudaki açıklamalar için Bkz.: *Michael Wollenschläger*, a.g.e., s.326.

⁴¹ Bkz.: *Drachol/ Engelbert*, a.g.e., s.85.

⁴² Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.456.

işyerlerinde, azınlıkta olan cins, en azından istihdam edilen işçi sayısı oranında temsil edilmelidir. Böylelikle bir işyerinde azınlıkta olan kadın veya erkekler, asgari olarak istihdam edilen sayıları oranında temsil edilmeleri garanti edildiği gibi, bu asgari oranın üzerinde de İşyeri Kuruluna temsilci göndermenin yolu kapatılmamıştır.

Bir işyerinde istihdam edilen kadın ve erkeklerin sayısına göre, İşyeri Kurulunun kaç üyesinin asgari olarak kadın veya erkeklerden oluşması gerektiği ise Seçim Kurulu tarafından ilgili Tüzüğün hükümlerine göre hesaplanmaktadır.

İşyeri Kurulunda görev yapacak üye sayısı ve üyelerin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken hususlar kısaca açıklandıktan sonra, İşyeri Kurulunun organizasyon yapısına bakmak gerekir.

İşyeri Kurulunun organizasyon yapısı ile ilgili genel hükümlere yasanın üçüncü bölümünde yer verilmiştir. Dolayısıyla bu hükümler esas itibarıyla birden fazla üyeye sahip İşyeri Kurulları için anlam ifade etmektedir.

Başkanın Seçimi ve Görevleri

Yasanın 26.maddesinin 1.fıkrasında İşyeri Kurulunun kendi içinden bir başkan ve yardımcısının seçeceği hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle en azından üç üyeden oluşan bir İşyeri Kurulu kendi içinden bir başkan ve yardımcısını seçmek zorundadır. Seçimin yapılması bu ifadeden ötürü yasal bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlarda, İşyeri Kurulu yasanın ihlal edildiği gerekçesi ile fesih dahi edilebilir.⁴³ Seçimin yapılamamasının nedeni her ne olursa olsun İş Mahkemesi aracılığı ile de geçici olarak da bir başkanın tayin edilmesini mümkün olmadığını da belirtilmesi gerekir.⁴⁴

Yargı kararlarında⁴⁵ ve de doktrinde⁴⁶ ağırlıklı olarak, işverenin, İşyeri Kurulunda bir başkan seçilmediği sürece kurul ile birlikte çalışmak zorunda bulunmadığı yolunda görüşüne yer verilse de, bazı yazarlar bu yoruma karşı çıkmaktadırlar. Öyle ki, bu yazarlara göre, kurul seçimlerinin sonuçlarının ilan edilmesi ile birlikte İşyeri Kurulunun tüm hak ve sorumlulukları da yürürlüğe girmekte ve dolayısıyla işveren içinde taraf teşkil etmektedir.⁴⁷

İşyeri Kurulu başkanı ve yardımcısı olarak seçilme ehliyetine tüm üyeler sahiptir. Başkan ve yardımcısının İşyeri Kurulunun içinde seçileceğinden dolayı

⁴³ *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.605.

⁴⁴ Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.606; *Karl Fitting/ Heinrich Kaiser/ Gerd Engels/ Friedrich Heithner/ Ingrid Schmidt*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Handkommentar, 21. Auflage, 2002, § 26 Rn.6.

⁴⁵ Bkz.: BAG 23.8.1984, AP Nr.36 zu § 102 BertVG 1972; ArbG Mainz, 25.9.1997, AiB 98, 469.

⁴⁶ Bkz.: *Dietrich/ Hanau/ Schaub*, a.g.e., s.940.

⁴⁷ *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.606.

yedek üyelerin seçime katılma hakları bulunmamaktadır, ancak yedek bir üye asil bir üyenin yerine almış ve dolayısıyla asil üye konumuna geçmiş ise, seçme ve seçilme hakkına doğal olarak sahip olmaktadır.

Seçimin yapılabilmesi için salt çoğunluğun sağlanması gerekmektedir. En fazla oy alan aday başkan olarak seçilmektedir. İşyeri Kurulu başkan ve yardımcı seçiminin birlikte yapılması yönünde karar almadığı sürece, seçimler ayrı ayrı yapılmaktadır. Bundan dolayı da en fazla oy alan başkan ve ondan sonra en fazla oyu alan başkan yardımcısı olarak seçilir şeklinde bir uygulama söz konusu değildir. Seçimlerde adayların eşit oy alması durumunda nasıl hareket edileceği yönünde yasada bir hükme yer verilmemiştir. Ancak böyle bir durumda seçimlerin tekrar edilmesi ve nihayetinde kura sistemine baş vurulması önerilmektedir.⁴⁸

Federal İş Mahkemesinin 1965 yılında vermiş olduğu bir kararında⁴⁹ başkanlığa yada yardımcılığa seçilmiş olan kişinin bu görevi kabul etmek gibi bir zorunluluğun olmadığı vurgulanmıştır. Doğal olarak seçimi kazanan kişinin bu yönde bir talebi ancak kendisinin aday olmaması halinde, daha açık bir ifade ile diğer üyeler tarafından aday gösterilip seçilmesi halinde ortaya çıkabilmektedir.

İşyeri Kurulu başkanlığına ve yardımcılığına seçilmiş olan üyeler bu görevlerini, İşyeri Kurulunun görev süresince sürdürürler. Fakat kurul kendi içinde bir yönetmelik oluşturup, bu genel hükme aykırı bir düzenlemeye gitmiş ise, yönetmelik ile belirlenen hüküm geçerli olmaktadır. Ancak uygulamada bu yönde bir düzenlemeye ender olarak rastlanmaktadır, çünkü İşyeri Kurulu gerekli gördüğü durumlarda başkan ve de yardımcısının görevine son verebilir.⁵⁰ Böyle bir durumda ise yerine yeni bir kişinin seçilmesi söz konusu olmaktadır, diğer bir ifade ile başkan veya yardımcısının görevine konsey tarafından son verilmesi, İşyeri Kurulunun de faaliyetinin sona ereceği anlamını taşımamaktadır.

Başkan, diğer üyelere oranla daha fazla yükümlülükleri ve görevleri bulunduğundan dolayı hizmet akdinden doğan sorumluluklarından muaf tutulmaktadır (Freistellung)⁵¹. Yasadan kaynaklanan görevlerin neler olduğuna baktığımız zaman, bunları aşağıdaki gibi kısaca sıralamak mümkündür:

⁴⁸ İşyeri Kurulu başkanı ve yardımcısının seçimi ile ilgili ayrıntılı bilgiler için özellikle Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe* a.g.e., s.607.

⁴⁹ BAG 29.1.1965, AP Nr.8 zu § 27 BertVG.

⁵⁰ bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için özellikle Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe* a.g.e., s.608.

⁵¹ İşyeri Teşkilat Yasasının 38.maddesinin 1.fıkrası uyarınca, bir işyerinde 200 ila 500 işçi istihdam ediliyor ise, 1 üye; 501 ila 900 işçi istihdam ediliyor ise, 2 üye; 901 ila 1500 işçi istihdam ediliyor ise, 3 üye; 1501 ila 2000 işçi istihdam ediliyor ise, 4 üye; 2001 ila 3000 üye istihdam ediliyor ise, 5 üye; 3001 ila 4000 işçi istihdam ediliyor ise, 6 üye; 4001 ila 5000 işçi istihdam ediliyor ise, 7 üye; 5001 ila 6000 işçi istihdam ediliyor ise 8 üye... ; 9001 ila 10000 işçi istihdam ediliyor ise 12 üye, hizmet aktitlerinden işverene karşı doğan

ı) İşyeri Kurulu toplantısına üyeleri, yedek üyeleri, Ağır Özürlüler Temsilcilerini, Gençlik ve Çıracılar Temsilcilerini, gerektiğinde işvereni, bilirkişileri ve sendika temsilcilerini davet etmek ve gündemi belirlemek,

ıı) İşyeri Kurulu toplantılarını yönetmekte ve seçim sonuçlarını ilan etmek,

ııı) İşyeri Kurulu tutanağını imzalamak,

ıv) Konsey tarafından başka bir üye görevlendirilmediği sürece Gençlik ve Çıracılar Temsilciliğinin toplantılarına katılmak, görevleri arasında yer almaktadır.

Gündemi belirleme yetkisine sahip olması nedeniyle başkan, İşyeri Kurulunun faaliyetlerini büyük ölçüde şekillendirme ve etkileme imkanına sahip olmaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere İşyeri Kurulunun üye sayısı dokuzun altında ise, işyeri komitesi oluşturulamayacağından dolayı, yukarıda ifade edilen görevlerin yanında günlük idare işyeri de başka bir üye görevlendirilmediği sürece başkan sorumlu olmaktadır.⁵²

İşyeri Kurulu başkanı, kurul adına yapılan beyanları kabul etmek ve yine konsey tarafından alınan kararları açıklama konusunda yetkilidir. Bu yetkinin önemi özellikle, işverenin bir işçinin hizmet ilişkisini sona erdirmek istediğinde, İşyeri Kurulunu bilgilendirme yükümlüğünün bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır.⁵³ Aynı durum işveren tarafından bir kişinin işe alınmak istediğinde de söz konusu olmaktadır. Bunun ile birlikte başkanın tek başına karar verme yetkisine sahip olmadığını, kararın konsey tarafından alınması gerekli olduğunun ifade edilmesi gerekmektedir. Eğer başkan, konseyin bilgisi dışında yada yanlış bir beyanda bulunur ise, başkanlık görevine, bazı durumlarda ise konsey üyeliği görevine son verilebilir.⁵⁴

İşyeri Komitesi

Çalışanların işyeri seviyesinde haklarını ve çıkarlarını gözetlemek ile yükümlü olan İşyeri Kurulu, işlerini daha rahat bir şekilde organize edebilmesi için bir işyeri komitesini (Betriebsausschuss) oluşturmak zorundadır. Ancak bu

sorumluluklarından muaf tutulmaktadır. Bu konu ile ilgili ayrıntılı düzenlemeye aynı maddenin 2.3. ve 4.f.kırasında yer verilmiştir.

⁵² Bkz.: *Drachold/Engelbert*, a.g.e., s.140 vd.

⁵³ İşyeri Kurulunun iş ilişkisinin sona erdirilmesi ile ilgili katılım hakları için Bkz.: *Alpay Hekimler*; "Federal Almanya'da İş İlişkilerinin Sona Erdirilmesinde İşyeri Teşkilat Yasası Kapsamında İşyeri Kurullarına Tanınan Katılım Hakları", TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003, Sayı 2-3, s.23-36.; *Manfred Löwisch/Günter Spinner*, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9. überarbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2004; *Jobst Hubertus Bauer/ Gerhard Röder*, Taschenbuch zur Kündigung, 2.Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2000; *Michael Kittner/Wolfgang Däubler/ Bertram Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht Kommentar für die Praxis, Bund Verlag, 5.Auflage, Frankfurt/Main, 2001.

⁵⁴ Ayrıntılar için Bkz.: *Drachold/Engelbert*, a.g.e., s.142.

yükümlülük İşyeri Kurulunun dokuz ve daha fazla üyeden oluşması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu komitenin oluşumu ve üyelerin belirlenmesi ile ilgili genel esaslara yasanın 27.maddesinde yer verilmiştir.

İşyeri Kurulu başkanı ve yardımcısı komitenin doğal üyesidirler. Diğer bir ifade ile bu kişilerin seçilmesine gerek kalmadan doğrudan komitenin üyesi haline gelmektedirler. Komitede görev yapacak üyelerin sayısı İşyeri Kurulundaki üye sayısına göre belirlenmektedir. Buna göre komitenin doğal üyeleri ile birlikte asgari olarak 5 üyeden ve azami olarak 11 üyeden meydana gelmektedir.

Komitenin görevleri yine aynı maddenin 2.fıkrasında şekillendirilmiştir. Bu fıkrada yer verilen hükme göre işyeri komitesinin esas görevi, İşyeri Kurulunun gündelik işlerini idare etmektir.⁵⁵ Ancak İşyeri Kurulu üyelerinin çoğunluk kararı ile bu komiteye kendisinin görev alanına giren yükümlülükleri devretme hakkına da sahiptir, ne var ki bu hakkın işyeri sözleşmesi (Betriebsvereinbarung) imzalamaya yetkisini kapsamadığı da yasada açıkça yer verilmiştir. Komiteye yetki devrinin yazılı olarak yapılması şart olduğu gibi, bu görevlerin geri alınması halinde de yazılı şekil şartı aranmaktadır.⁵⁶

İfade edildiği üzere, İşyeri Kurulu dokuz üyeden oluşuyor ise, işyeri komitesinin kurulması yasal bir zorunluluktur. Ancak yasa koyucu anılan üye sayısına sahip olmayan konseylerde de gündelik işlerin çabuklaştırılması amacıyla olsa gerek, günlük işlerin idaresi ile doğrudan başkan veya yardımcısının görevlendirilebileceğine yönelik yasanın 27.maddesinin 3.fıkrasında bir olanak tanımıştır. Doğal olarak bu yönde bir kararın alınması İşyeri Kurulu üyelerinin tercihine bırakılmıştır.

İhtisas Komitelerin Oluşturulması

İleriki bölümde de ele alınacağı üzere İşyeri Kurulunun sahip olduğu katılım hakları ile birlikte görev, yetkileri ve borçları göz önünde tutulduğunda, özellikle büyük işyerlerinde İşyeri Kurullarında işlerin aksamadan yürümesi büyük bir önem arz etmektedir. İşyeri Kurulu bünyesinde iş akışının sorunsuz işlemesi hem çalışanlar, hem işverenler, dolayısıyla işletmenin varlığı açısından da ağırlıklı bir öneme sahiptir. Bu nedenle bir işyerinde 100'den fazla işçi istihdam ediliyorsa, İşyeri Kuruluna, belirli görevlerini devretmek üzere komiteler kurma hakkı tanınmıştır. İhtisas komiteleri olarak da tanımlayabileceğimiz bu komitelerin işyeri komitesinden ayrılan en büyük yönü, şartlar oluştuğunda kuruluşlarının zorunlu olmamasıdır.

2001 Reformu ihtisas komitelerinin oluşturulması açısından da öne çıkmaktadır. Öyle ki, reform öncesinde komitelerin kurulabilmesi, işyeri

⁵⁵ Bu işlerin kapsamı ile ilgili ayrıntılı bilgiler için örneğin Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.614 vd.: *Drachold/Engelbert*, a.g.e., s.145 vd.

⁵⁶ Karş.: Betriebsverfassungsgesetz § 27 Abs.2 Satz 4

komitesinin varlığına bağlanmıştır. Daha açık bir anlatımla, İşyeri Kurulu bünyesinde bir işyeri komitesi zorunlu olarak oluşturulmaması başka komitelerinin kurulması mümkün değildir. Dolayısıyla ihtisas komitelerinin kurulabilmesi için de asgari olarak o işyerinde 200 kişinin istihdam ediliyor olması gereklidir. Böylelikle reform ile bu şartın ortadan kaldırılmasıyla, komitelerin oluşturulabilmesi için aranan asgari koşullarda aşağıya çekilmiş olundu.

Bu komiteler daha çok spesifik konulara ilişkin olarak İşyeri Kurulunun karar almasında yardımcı olmaktadır. Eğer bir işyerinde, işyeri komitesi oluşturulmuş ise, diğer bir ifade ile o işyerinde en azından 200 işçi istihdam ediliyorsa, bu durumda komitelerin kendilerinin de karar alma yetkileri bulunmaktadır.⁵⁷

Görüldüğü üzere yasa koyucunun tanıdığı olduğu bu haktan yararlanıp yararlanmaması, kaç tane komite kuracağı, kaç üyeden oluşacağı ve bunları hangi yetkiler ile donatacağı İşyeri Kurulunun tercihinine bırakmıştır. Bu konuda İşyeri Kuruluna önemli bir ölçüde esneklik sağlanmış olması ile birlikte Federal İş Mahkemesinin 1976 yılında vermiş olduğu bir karar⁵⁸, yetki devri ile ilgili çerçevenin sınırlarını da çizmektedir. Anılan karar göre, İşyeri Kuruluna yasada belirtilen kesin hüküm dışında bir sınırlama getirilmediği –işyeri sözleşme akdetme yetkisinin devri– ancak yetki ve görevlerinin neredeyse tamamına yakınının komitelere devredemeyeceğini, özünde ana organ olarak yasadaki kaynaklanan yetkilerden sorumlu olmak zorundadır.

Her işyerinde farklılıklar gösterebilmesine rağmen, genelde uygulamaya baktığımız zaman büyük işletmelerde daha çok aşağıda belirtilen ihtisas komitelerinin kurulduğunu görmekteyiz.

- İş güvenliği komitesi
- Çalışma süreleri komitesi
- Eğitim komitesi
- İleri eğitim komitesi
- Verileri değerlendirme komitesi
- Yeni teknolojiler komitesi
- Ergonomi komitesi
- Personel komitesi
- Personel plan komitesi
- Sosyal komite
- Kadın sorunları komitesi
- Yabancı işçilerin işyerine entegrasyonu komitesi

⁵⁷ *Gehard Wilhelm/ Achim Lindenam*, Unternehmenshandbuch Arbeitsrecht, 2., neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002. s.377.

⁵⁸ Bkz.: BAG Beschluß v.1.6.1976 - ABR 99/74 – AP Nr.1 zu § 28 BetrVG 1972

Şüphesiz bu listede yer alan komiteleri çoğaltmak mümkündür. Anılan komiteler ile işyeri komitesinin farklılıkları bir diğer nokta İşyeri Kurulu başkanı ve yardımcısının doğal olarak bu komitelerinin üyeleri olmamalarıdır. Ancak bu komitelerde yer almaları yönünde bir engelin bulunmadığının da belirtilmesi yararlı olacaktır. Yasada bu komitelerin büyüklükleri ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Fakat komitelerde alınacak kararlarda bir eşitlik halinin ortaya çıkmasına meydan vermeyecek şekilde üye sayısının belirlenmesi tavsiye edilmektedir.⁵⁹

Komitelerin görev süresi ile ilgili olarak da bir hükme yer verilmediğinden dolayı, bu komiteler belirli bir süre için kurulabileceği gibi süresiz olarak da kurulabilirler.⁶⁰ Ancak İşyeri Kurulunun görev süresinin bitmesi ile süresiz olarak oluşturulan komitelerin görev süresi de sona ereceği şüphesizdir.

c. İşyeri Kurulu Toplantıları

İşyeri Kurulu toplantısına davet başkan tarafından zamanında, gündemi de belirtmek suretiyle üyelere yapılır.

İşyeri Teşkilat Yasasında, İşyeri Kurulu toplantılarının ne sıklıkla ve ne kadar süre ile yapılması gerektiğine dair bir ifadeye yer vermeye gerekli görmemiştir. Doğal olarak bu toplantılar, konseyin görevini yerine getirmesi gerektiği zaman, düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle toplantılar uygulamada genellikle haftanın belirli bir gününde gerçekleştirilmektedir. Toplantıların düzenli olarak belirli bir günün belirli saatinde yapılmasının beraberinde birçok avantaj getireceği şüphesizdir. Bu avantajlar arasında, günün belirli olması sebebiyle, üyelerin işlerini toplantıya göre ayarlayabilmeleri, başkanın her toplantı için üyelere davet mektubu gönderme yükümlülüğünün ortadan kaldırılması gibi durumlar sayılabilir. Şüphesiz başkan gerekli gördüğü hallerde İşyeri Kurulunu önceden belirlenen tarihlerin dışında da toplantıya çağırabilir. Ancak her durumda gündemi belirtmesi zorunludur.

Toplantılar çalışma süreleri içinde gerçekleştirildiğinden dolayı, toplantının yapılacağı günün başında yapılması tavsiye edilmektedir. Ancak bunun için tüm üyelerin çalışma sürelerinin aynı zamanda başlaması gerekmektedir.⁶¹

Üyelerden birinin toplantıya iştirak etmesi mümkün olmadığı hallerde⁶² bunu derhal başkana bildirmek zorundadır. Böyle bir durumda başkan katılamayacak üye yerine yedek üyeyi davet eder.

⁵⁹ *Drachold/Engelbert*, a.g.e., s.174.

⁶⁰ *Alpay Hekimler*, a.g.e., s.134.

⁶¹ Bu konudaki öneriler için Bkz.: *Drachold/Engelbert*, a.g.e., s.197.

⁶² Üyenin esasen iki nedenle toplantıya katılması mümkün olmaz, doğal yada hukuksal nedenlerden ötürü. Eğer üye örneğin yıllık iznini kullanıyorsa, hastaysa, iş nedeniyle seyahateyse veya bir eğitim programına katılması nedeniyle toplantıya katılması mümkün

Üyelerin dörtde birinin veya işverenin talebi üzerine bir konunun tartışılması gerekirse, başkan İşyeri Kurulunu toplantıya çağırarak ve bu konuyu gündeme almak zorundadır. İşveren, talep etmiş olduğu toplantıya ve ayrıca İşyeri Kurulu tarafından davet edilmiş olduğu toplantılara katılabilir. İşverenin bu toplantılara üyesi olduğu işveren kuruluşundan bir temsilci ile birlikte katılması da mümkündür.

Toplantılarda ele alınan konular bazen uzmanlık bilgisi gerektirdiğinden dolayı, işletme bünyesinden veya dışardan bir bilirkişinin ve danışmanlık yapabilecek kişilerin toplantıya katılması istenebilir. Böyle bir durumda önceden işverenin bilgilendirilmesi yararlı olmaktadır.

Yasanın 33.maddesinde, yasada farklı şekilde düzenlenmediği sürece kararların toplantıya katılan üyelerinin oçoçluğu ile alındığına yer verilmiştir. Ancak toplantıya asgari olarak üyelerin yarısının iştirak etmesi zorunludur. Oyların eşitliği halinde ise, oylan konunun reddedildiği kabul edilmektedir.

d. İşyeri Kurulunun oluşturulması ile ilgili maliyetler

Tüm yapılanmalarda olduğu gibi İşyeri Kurulunun oluşturulması ve faaliyet göstermesi de beraberinde birtakım maliyetler getirmektedir. Yasa koyucu bu konu ile ilgili çerçeveyi 40.maddede çizmiştir. Bu maddeye göre;

“(1) İşyeri Kurulunun çalışmalarından dolayı doğan giderleri işveren tarafından karşılanır.

(2) Oturumlar, girişme saatleri ve sürekli işlerin yürütümü için gerekli olan büro, malzeme, bilgi ve iletişim donanımı ve de büro personeli işveren tarafından karşılanmak zorundadır.”

İşyeri Kurulunun faaliyet göstermesi ile birlikte ortaya çıkan tüm masrafların işveren tarafından karşılanacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu masraflar arasında neler yer aldığına baktığımız zaman, bir organ olarak İşyeri Kurulunun beraberinde getirdiği maliyetlerin yanında, üyelerin faaliyetleri ile birlikte ortaya çıkan maliyetleri de kapsadığını görmekteyiz. Örneğin bir üyenin, telefon giderlerinin, toplantıya katılmak için seyahat masrafları, eğitim toplantılarına katılmak için ortaya çıkan toplam maliyetlerde dahil olmaktadır.

İkinci fıkrada yer alan “bilgi ve iletişim donanımı” tabiri 2001 reformu ile madde fıkrasına ilave edilmiştir. Bu yeni düzenleme ile yasa koyucu işverene, İşyeri Kuruluna en son teknolojik yenilikler ile donatmak zorunda olduğu görevini yüklemiştir.

İşyeri Kurulu ile işveren arasında çıkan uyuşmazlıklarda mahkeme masraflarının işveren tarafından karşılanması esastır. Bu yönde bir düzenlemeye

değilse, bu durumda doğal nedenlerden söz edilmektedir. Ancak üyeyi doğrudan ilgilendirecek bir konu gündemde ise söz konusu olmaktadır.

gidilmemiş olunsaydı, İşyeri Kurulunun sahip olduğu katılım haklarını işveren karşısında savunmasının oldukça güç olacağı ifade edilmiştir.⁶³

e. İşyeri Kurullarının Görev Süreleri

İşyeri Kurulunun görev süresi, önceki İşyeri Kurulunun görev süresinin tamamlaması ve seçim sonuçlarının ilan edilmesi ile başlamaktadır. Seçimlerin normal şartlar altında her dört yılda bir yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda, İşyeri Kurulunun görev süresi de buna bağlı olarak dört yıl olmaktadır.

İşyeri Kurulunun faaliyet gösterdiği işyerinin sahibinin değişmesi veya bu işyerinde grev veya lokavt kararın alınması, İşyeri Kurulunun görev süresini sona erdirmemektedir.⁶⁴ Ancak işyerinin kapanması durumunda doğal olarak işçileri temsil eden bu organın görev süresi de sona ermektedir.

f. İşyeri Kurulu Üyelerinin Hak ve Borçları

İşyeri Kurulu üyelerinin hak ve borçlarının neler olduğuna değinilmeden önce, üyelerin görev sürelerinin ne zaman başladığı ve hangi hallerde son bulduğuna kısaca değinmek yararlı olacaktır.

İşyeri Kurulu üyesinin görev süresi esas itibarıyla, İşyeri Kurulunun görev süresinin paralelinde belirlenmektedir. Daha açık bir anlatımla üyenin görev süresi İşyeri Kurulunun görev süresi ile birlikte aynı zamanda başlamakta ve aynı zamanda sona ermektedir. Ancak bazı hallerde üyenin görev süresinin zamanından önce de sona erebilmesi mümkündür. Bu durum aşağıda belirtilen durumların ortaya çıkması halinde söz konusu olmaktadır;

- Hizmet ilişkisinin sona ermesi halinde,
- Üyelikten istifa edilmesi halinde,
- İşyeri Kurulunun feshedilmesi halinde,
- Seçilme yeterliliğinin kayıp edilmesi halinde,
- Seçimlere yönelik itiraz süresinin geçmesinden sonra, Mahkeme kararıyla kişinin seçilme yeterliğine sahip olmadığına hükmedilirse,
- İşyeri Kurulu Üyesi mahkeme kararı ile Yasanın 23. maddesinin 1.fıkrası uyarınca ağıt kusurlu hareket etmesinden ötürü üyeliğine son verir ise,

İşyeri Kurulunun sahip olması gerektiği üye sayısında bir azalma olması halinde, yedek üye İşyeri Kurulunun asıl üyesi haline gelerek, İşyeri Kurulu çalışmalarını sürdürmeye devam etmektedir.

Yasa koyucu, İşyeri Kurulu üyelerine görevlerini tam olarak yerine getirebilmeleri için bir takım haklar tanımıştır. Bu haklar arasında en

⁶³ *Drachold/Engelbert*, a.g.e., s.326.

⁶⁴ *Michael Wallenschläger*, a.g.e., s.326.

önemlilerden birisi üyelerin görevlerini yerine getirirken çalışma yükümlülüklerinin ortadan kalkmasıdır. Daha açık bir anlatımla, bir üyenin İşyeri Kurulu toplantısına katılması veya görevlendirilmesi durumunda iş sözleşmesinden kaynaklanan işi ifa etme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Böyle bir durumda işverenin onay almak gibi bir zorunluluk bulunmasa da mümkün olduğu kadar önce işverenin veya yetkili departman yöneticisinin bilgilendirilmesi gerekmektedir.⁶⁵ İşyeri Kurulu ağırlıklı olarak faaliyetlerini çalışma saatleri içerisinde gerçekleştirdiğinden dolayı, işverenin, büyük işletmelerde ise insan kaynakları departmanının iş akışını optimal şekilde organize edebilmesi için şüphesiz bu bilginin mümkün olduğu kadar önce sahip olması önem arz etmektedir. Böylelikle İşyeri Kurulu toplantılarının belirli günlerde yapılması bir avantajı daha beraberinde getirmektedir.

Üyelerin sahip oldukları bu hakların yanında bilgilerini artırmak üzere eğitim faaliyetlerine katılma hakları bulunmaktadır ki, böyle bir durumda işveren tarafından üyelerin ücretlerinde bir kesinti yapılmaksızın tam olarak ödenmesi gerekmektedir. Ancak üyelerin her katıldıkları eğitim faaliyetinde bu tarz bir ayrıcalıktan yararlanmaları da söz konusu değildir. Buradaki temel kriter, elde edilecek bilgiler işyeri ve İşyeri Kurulunun faaliyetleri açısından önem arz etmesidir. Yeni bir yasanın veya toplu sözleşmenin yürürlüğe girmesi ile birlikte, üyelerin bilgi eksikliğinin giderilmesi için katılan eğitim faaliyeti böyle bir durum için örnek gösterilebilir. Federal İş Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararında⁶⁶, işveren sadece İşyeri Kurulu tarafından üyenin bir eğitim faaliyetine katılması yönünde bir karar almış ise, eğitim masraflarını karşılamak zorunda olduğunu, ancak bu kararın eğitim tedbirinin uygulanmasından önce alınması gerektiğine, yer vermiştir.

Eğitim tedbirinin işyeri ve İşyeri Kurulunun faaliyetleri açısından önem taşıyıp taşımadığı konusunda bir uyumsuzluk ortaya çıkması halinde, uzlaştırma kurulu ve iş mahkemeleri yetkilidirler.

İşyeri Kurulu ve üyeleri görevlerini fahri olarak yerine getirmektedirler ve bundan dolayı da çalışmalarından ötürü herhangi bir ücret almaları söz konusu değildir. Ancak yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere üyenin bu görevi yerine getirmesinden dolayı ücretinden bir kesinti yapılması söz konusu değildir. İşyeri Kurulunun faaliyetleri üyenin bireysel çalışma saatleri dışında gerçekleşmesi durumunda ise, -bu faaliyet işyerinden kaynaklanan nedenlerinden ötürü gerçekleşiyorsa- işçi bu süre için, ücretli olarak çalışmadan muaf tutulmasını talep etme hakkına sahiptir.

İşyeri Teşkilat Yasasının 78. maddesinde İşyeri Kurulu üyelerinin koruma hükümlerine yer verilmiştir. Bu maddeye göre üyeler çalışmalarından ötürü

⁶⁵ *Michael Wallenschläger*, a.g.e., s.332.

⁶⁶ BAG, DB 2000, S.1335

engellenemez ve de rahatsız edilemezler. Gerçekleştirdikleri faaliyetler nedeniyle kendilerine ayrıcalıklı davranılması mümkün olmayacağı gibi aynı şekilde, diğer çalışanlara oranla daha kötü muamele edilemezler. Böylelikle yasa koyucu negatif ayrımcılık ile birlikte pozitif ayrımcılığın önünü de kapatmıştır. Şüphesiz bu yönde bir hükmün getirilmiş olması, işyeri ortamında da üyeler ile işçiler arasında bir çatışma ortamının doğmasına engel olmaktadır.

Bu hükme aykırı davranılması halinde üyelerin tazminat hakları saklı olduğu gibi, İşyeri Kurulunun faaliyetlerinin engellenme çalışılmasından ötürü yasada yer verilen ceza hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaktadır.

İşyeri Kurulu üyelerinin görevlerini işverenin etkisi altında kalmadan yerine getirmelerine olanak sağlayan önemli bir koruyucu hüküm de İşçinin Feshe Karşı Korunması Yasasının⁶⁷ 15. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddeye göre İşyeri Kurulu üyeleri ayrıcalıklı bir iş güvencesinden yararlanırlar.⁶⁸

İşyeri Teşkilat Yasasının 79. maddesi, İşyeri Kurulu üye ve yedek üyelerinin, İşyeri Kurulundaki görevlerinden dolayı bilgi sahibi oldukları ve işveren tarafından açıkça sır olarak tanımlanan işyeri veya işletmeye ait olan bilgileri açıklamamak ile yükümlüdürler. Bu yükümlülük İşyeri Kurulundaki görevin sona ermesi halinde de devam etmektedir. Ancak üyelerin sahip oldukları bilgileri gizli tutma ilkesinin, diğer üyelere karşı, Genel İşyeri Kurulu ve Holding İşyeri Kuruluna ve de Danışma Kurulunda bulunan üyelere karşı bulunmadığı da aynı maddenin 1. fıkrasının 3. ve 4. cümlesinde yer verilmiştir.

2. Genel İşyeri Kurulları

a. Genel İşyeri Kurulunu Oluşturma Zorunluluğu

İşyeri Teşkilat Yasasında, esas itibarıyla çalışanların çıkarlarını gözetmekle yükümlü olan İşyeri Kurulunun dışında belirli hallerde bir Genel İşyeri Kurulunun oluşturulması gerektiği yönünde hükümler karşımıza çıkmaktadır. Yine çalışanların haklarını korumak ve geliştirmek üzere faaliyet göstermek üzere oluşturulan Genel İşyeri Kurulunun kuruluşu, bu organda görev yapacak üye sayısı ile ilgili esaslar, yasanın 47. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Anılan maddenin 1.fıkrasına göre bir işletmede birden fazla İşyeri Kurulu varlık gösteriyorsa, Genel İşyeri Kurulunun kuruluşu zorunludur. İki organın oluşumu açısından farklılaştıkları en önemli özellik de böylelikle bu hüküm ile birlikte ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, yukarıda da açıklandığı üzere şartlar sağlandığında İşyeri Kurulunun kuruluşu ihtiyari iken, Genel İşyeri Kurulunun oluşturulması konusunda ilgililere bir tercih bırakılmamaktadır.

⁶⁷ Kündigungsschutzgesetz (KSchG) In der Fassung der Bekanntmachung vom 25 August 1969 (BGBl. I S. 1317) Zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Juli 2001 (BGBl. I S. 1852).

⁶⁸ İşyeri Kurulu üyelerinin sahip oldukları ayrıcalıklı iş güvencesi için Bkz.: Dipn. 45.

İşyeri Teşkilat Yasasının hükümleri salt Almanya'da faaliyet gösteren işyerlerini kapsadığından dolayı, bir işletmenin yurtdışındaki işyerleri, bir ve birden fazla işyeri kriterinde göz önünde bulundurulmaz.⁶⁹

Toplu sözleşme veya işyeri sözleşmesi ile farklı bir düzenlemeye gidilmediği sürece Genel İşyeri Kurulun oluşturmak zorunda olan İşyeri Kurulları, sahip oldukları üye ağırlığına göre bu organda görev yapacak üyeleri belirlemektedirler. Buna göre İşyeri Kurulu bir ila üç üyeye sahip ise bir üyeyi, üçten fazla üyeye sahip olanlar ise iki üyeyi Genel İşyeri Kurulunda faaliyet göstermek üzere görevlendirir. Yine burada da üyeler belirlenirken kadın-erkek eşitliğinin dikkate alınması gerekmektedir.

b. Genel İşyeri Kurulunun Organizasyon Yapısı

Çalışanların çıkarlarını işletme seviyesinde gözeten bu organın organizasyon yapısı yasanın 51.maddesinde ifade bulmuştur. Esas itibariyle bu organın yapısı İşyeri Kurulunun yapısından farklılaşmamaktadır.

Genel İşyeri Kuruluna üyeler tarafından bir başkan ve yardımcısı seçilir. Başkan ve yardımcısının istisnasız olarak konseyin üyesi olması gerekmektedir. Seçimler aynen İşyeri Kurulunun yöneticilerinin seçilmesinde olduğu gibi ayrı olarak yapılması, yani ilk önce başkanın ve ardından yardımcısının seçilmesi gerekmektedir.

Başkan ve yardımcısının görev süresi, atandıkları İşyeri Kurulu üyeliğine bağlıdır. Böylelikle İşyeri Kurulu üyelikleri devam ettiği sürece ve Genel İşyeri Kurulunun oy çokluğu kararı ile görevlerine son verilmediği sürece başkan ve yardımcısının görevi devam eder. Doğal olarak her iki yöneticinin görevlerinden çekilme hakları da bulunmaktadır.

c. Genel İşyeri Kurullarının Yetkileri

2001 Reform Yasası ile Genel İşyeri Kurullarının yetkileri alanında da yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Yapılan değişiklik ile birlikte yetkili oldukları katalog genişletilmemiş, ancak İşyeri Kurulu bulunmayan, dolayısıyla Genel İşyeri Kurulunun kuruluşunda da herhangi bir etkisi bulunmayan işyerlerini de kapsayacağı şeklinde yetkiler düzenlenmiştir.

Yeni düzenleme, İşyeri Kurulunu oluşturabilmek için tüm koşullara sahip olmalarına rağmen bunu oluşturmayan işyerlerini kapsadığı gibi, koşulların oluşmaması nedeniyle çalışanların kendilerini temsil edecek bir organı oluşturamadıkları işyerlerini de aynı oranda kapsamaktadır.⁷⁰

Reform öncesinde bu konseyler, sadece İşyeri Kurulu bulunan ve faaliyet gösteren işyerleri içinde yetkiliydiler. Federal İş Mahkemesinin 1983 yılında

⁶⁹ *Alpay Hekimler*, a.g.e., s.135.

⁷⁰ *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.867.

vermiş olduğu bir kararda⁷¹ da Genel İşyeri Kurullarının, İşyeri Kurulu bulunmayan işyerlerini demokratik ilkeler kapsamında seçilerek temsil etmediğinden dolayı, yetkili olmadığını ifade etmiştir.⁷²

İşveren tarafından uygulamaya alınmak istenen bir tedbir salt İşyeri Kurullarının bulunduğu işyerlerini değil, olmayanları da etkilemektedir. Bu nedenle de işyeri seviyesinin üzerindeki konularda karar alındığında çalışan bu grubun dezavantajlı duruma düşmemesi amacıyla, yasa koyucu Genel İşyeri Kurulunun yetki alanını genişletmiştir.⁷³

Ancak burada önemle ifade edilmesi gereken bir husus da, bir işyerinde İşyeri Kurulunun faaliyet göstermiyor olması, Genel İşyeri Kurulunun bu işyerinde İşyeri Kurulunun yetkilerine sahip olduğu ve görevlerini üstleneceği anlamına gelmediğidir.

Yetkilerin çerçevesi kanunla çizilmiş olmak ile birlikte İşyeri Kurulları oy çokluğu ile belirli bir konu hakkında yetkili kılabilirler ve karar alma hakkını saklı tutabilirler. Genel İşyeri Kurullarına bu yol ile ek bazı yetkilerin tanınması suretiyle İşyeri Kurulları, Genel İşyeri Kurullarının sahip oldukları müzakere olanaklarından daha etkin yararlanabilirler, daha açık bir ifade ile bu organlar işletme yönetimi ile daha yakın ilişki içerisinde bulduklarından ve aynı zamanda da işletmenin genel yapısı hakkında daha detaylı bilgi sahibi olduklarından ötürü, işyeri seviyesinde çalışanları temsil eden organa göre bir konuyu daha çabuk ve etkin bir şekilde karara bağlanmasını sağlayabilirler.

Genel İşyeri Kurulunun yetkili kılınması için ifade edildiği üzere, kararın İşyeri Kurulu tarafından üyelerin oy çokluğu ile alınması gerekmektedir. Böylelikle karar toplantıya katılan üyelerin çokluğu veya oylamaya katılan üyelerin çokluğu ile değil, üye sayısının çoğunluk kararı ile alınması esastır. Bunun ile birlikte kararın yazılı olarak düzenlenmesi ve genel İşyeri Kurulu başkanına iletilmesi gerekmektedir.⁷⁴

Yetki devri olarak da tanımlanması mümkün olan bu sistemde ancak belirli bir konu için Genel İşyeri Kurulunun görevlendirilmesi mümkündür. Daha açık bir anlatımla bu organın belirli bir göreve ilişkin olarak sürekli yetkili kılınması mümkün değildir, aksi halde bu uygulamanın İşyeri Kurulunun sahip olduğu görevler ile uyuşmayacağı gerek doktrinde⁷⁵ gerekse yargı kararlarında⁷⁶

⁷¹ BAG 16.8.1983 1 AZR 544/81 AP Nr 5 zu § 50 BetrVG 1972 EzA § 50 BetrVG 1972 Nr.9

⁷² Bu konudaki Anayasal haklar ile bağlantılı tartışmalar için Bkz.: *Löwisch/Kaiser*, a.g.e., s.292 vd.

⁷³ *Drachold/Engelbert*, a.g.e., s.399.

⁷⁴ *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.885.

⁷⁵ *Karl Fitting/ Heinrich Kaiser/ Gerd Engels/ Friedrich Heither/ Ingrid Schmidt*, a.g.e., § 50 Rn 48, *Reinhard Richardi*, a.g.e., § 50 Rn.33.

⁷⁶ BAG 26.1.1993, 1 AZR 51/92 AP Nr 102 zu § 99 BetrVG 1972 EzA § 99 BetrVG 1972 Nr 109.

vurgulanmıştır. Kısacası, Genel İşyeri Kurulunun yetkileri yasadan kaynaklanan ve yetki devri ile tanınan olmak üzere iki tür yetkiye sahip olmaktadır.

3. Holding İşyeri Kurulları

a. Holding İşyeri Kurullarının Kuruluşu ve Görev Yapacak Üyeler

İşgörenlerin çıkarlarını sadece işyeri seviyesindeki yönetime karşı değil de, aynı zamanda holding yönetimi karşısında da korumak amacıyla yasada holding seviyesinde⁷⁷ bir İşyeri Kurulunun oluşturulması yolu açılmıştır ki, bu örgüte Holding İşyeri Kurulu adı verilmektedir. Yönetime katılım sistemi içersine bu organ ilk defa 1972 de kabul edilen İşyeri Teşkilat Yasası ile dahil edilmiştir.

Holding İşyeri Kurulunun kuruluşu, organizasyon yapısı, yönetimi ve yetkileri İşyeri Teşkilat Yasasında 54-59.maddelerde hükme bağlanmıştır. Yasa koyucunun organizasyonun bu boyutunda da çalışanlara haklarının korunması yönünde bir yapılanma imkanının getirmiş olması ile, çalışanlara tanınmış olan katılım haklarının, işyeri seviyesindeki karar alma mekanizmasının Holding yönetimine devredilmesi suretiyle engellenmesi yoluyla da kapatılmıştır.⁷⁸ Ancak katılım haklarının holding seviyesinde de gerçekleştirilmesi nedeniyle, katılım haklarının genişlemediği, diğer bir ifade ile hiyerarşik yapı ile birlikte katılım haklarının da genişlemediğinin vurgulanması gerekir.

Holding İşyeri Kurulun, Genel İşyeri Kurulundan farklılaştıran bununla beraber İşyeri Kurulu ile ortak olan en önemli özelliği, kuruluşunun zorunlu olmamasıdır. Yasanın 54.maddesinin 1.fıkrasında açık bir şekilde *“Bir holding için Genel İşyeri Kurullarının kararları ile bir Holding İşyeri Kurulu kurulabilir”* denmiştir. Böylelikle yasada aranan koşullar gerçekleşmiş olsa dahi, holding seviyesinde işçilerin, daha doğrusu işçileri işletme seviyesinde temsil eden Genel İşyeri Kurullarının bu yönde bir yapılanmaya gitmeleri yönünde yasal bir zorunluluk yoktur.

Ancak çalışanların çıkarlarının holding seviyesinde de gözetilmesi amacıyla bir yapılanmaya gidilmesi isteniyorsa, aranan koşullar ve yapılması gerekenler ile ilgili hükümler yine 54.madde de karşımıza çıkmaktadır.

İfade edildiği üzere her şeyden önce Holding İşyeri Kurulunun oluşturulmasına Genel İşyeri Kurulları karar verebilirler. Bunun için en azından

⁷⁷ Yasa kapsamında Hisse Senetleri Kanununun (Aktiengesetz) 18.maddesinin 1.fıkrasına göre kurulmuş olan organizasyonlar holding olarak kabul edilmektedir. Bu konudaki ayrıntılar için özellikle Bkz.: *Uwe Hüfner*, Aktiengesetz, 5.Auflage, Beck, München, 2002; *Volker Emerich/Matthias Habesack*, Aktien- und GmbH Konzernrecht, 3.Auflage, München, 2003; *Matthias Schüppen/Bernhard Schaub*, Münchener Anwalts-Handbuch Aktienrecht, München, 2004.

⁷⁸ *Dietrich/Hanau/Schaub*, a.g.e., s.1019.

iki Genel İşyeri Kurulunu seçilmiş olup faaliyet gösteriyor olması gerekir. Ancak 54.maddenin ikinci fıkrasında Holding bünyesinde sadece bir İşyeri Kurulu faaliyet gösteriyor ise, bu durumda Genel İşyeri Kurulunun görevlerinin kendisine geçtiğine yer verilmiştir. Bu çalışma kapsamında uygulamada bu duruma ne ölçüde rastlandığı ile ilgili olarak verilerin elde edilememiş olması ile birlikte, işyerinin aynı zamanda işletme statüsüne sahip olduğu durumlarda İşyeri Kurulunun, Genel İşyeri Kurulunun görevini üstlendiğini belirtmek mümkündür.

2001 reformu öncesinde Holding İşyeri Kurulunun oluşturulabilmesi için, bu organın kuruluşuna karar vermiş olan Genel İşyeri Kurullarının holding bünyesinde istihdam edilen işçilerinin en azından % 75'nin temsil ediyor olması şartı aranmaktaydı. Son yıllarda holding yönetimi tarafından alınan kararların giderek daha etkin bir şekilde çalışanlar üzerinde etkide bulunduğu gözlemlendiğinden ötürü 2001 reformu ile birlikte % 75 barajının % 50'ye çekilmesi kararlaştırılmıştır. Fakat bu uygulama ile çalışanların % 50'sini temsil eden bir Genel İşyeri Kurulu de, Holding İşyeri Kurulunun oluşturulması veya konuya olumsuz yönüyle yaklaşıldığında Holding İşyeri Kurulunun kurulmasına engelde olabilir.

Federal İş Mahkemesinin 1993 yılında vermiş olduğu bir karar⁷⁹ uyarınca, çalışan sayısının tespitinde bağlı birimlerde bir İşyeri veya Genel İşyeri Kurulunun kurulmuş olup olmamasının bir önemi olmaksızın tüm işçilerin dikkate alınması gerekmektedir.

Holding'in yurtdışında bulunan işletmeleri doğal olarak yasanın kapsam alanına girmediklerinden ötürü, bir Holding İşyeri Kurulunun oluşturulması yönündeki yapılanmaya katılmaları mümkün değildir.⁸⁰ Ancak yabancı kökenli bir Holdingin Almanya'da birden fazla işletmesi bulunuyor ise, bu durumda bu işletmede çalışanların bir Holding İşyeri Kurulunun oluşturulması yönünde bir engel bulunmamaktadır. Uygulamada daha çok yabancı kökenli şirketlerin Almanya'da faaliyet gösteren işletmelerini bir alt holding (Unter Konzern) bünyesinde organize ettiklerinden dolayı bir Holding İşyeri Kurulunun oluşturulması yönünde problemler ile karşılaşılmamaktadır.⁸¹

Özetle bir Holding İşyeri Kurulunun kurulması için, holding bünyesinde en azından iki Genel İşyeri Kurulunun bu yönde bir oluşuma gidilmesi yönünde karar almaları gerekir. Bunun istisnai hali ise, holdinge bağlı bir işletmede Genel İşyeri Kurulunun kurulmaması halinde İşyeri Kurulunun Holding İşyeri Kurulu oluşturma yetkisi ile donatılmasıdır. Ancak her halde bu genel İşyeri

⁷⁹ Bkz.: BAG, 7 ABR 34/92 AP Nr 6 zu § 54 BetrVG 1972 EZA § 54 BetrVG 1972 Nr 4.

⁸⁰ bu konudaki ayrıntılar için Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.937. vd.

⁸¹ Karş. *Löwisch/Kaiser*, a.g.e., s.305.

Kurulları ve/veya İşyeri Kurulları organların en azından çalışanların % 50'sini temsil ediyor olmaları gerekir.

Yasanın 55.maddesi Holding İşyeri Kurulunde görev yapacak olan üye sayısının belirlenmesi ile ilgili hususları hükme bağlamıştır. Buna göre Genel İşyeri Kurulları en azından birer yedek üye de olmak üzere ikişer üyeyi atamaları gerektiğini⁸² ve üyelerin belirlenmesinde kadın-erkek dağılımının da göz önünde bulundurulması gerektiğine yer vermiştir.⁸³ Yasa üye sayısını kesin olarak belirlemiş olmak ile birlikte anılan madenin 4.fıkrasında toplu sözleşme veya işyeri sözleşmesi yolu ile üye sayısında bir değişikliğe gidilebileceğini de hükme bağlamıştır. İşyeri sözleşmesi ile düzenlenmeye gidilmesinin ön koşullu konu bağlamında bir toplu sözleşme hükmünün bulunmamasıdır.⁸⁴

b. Holding İşyeri Kurulunun Organizasyon Yapısı

Yasa koyucu Holding İşyeri Kurulunun organizasyon yapısını belirlerken diğer organlardan farklı bir yapılaşma sürecine gitmemiştir. Bu oranın işleyişini de düzenlemek üzere diğer organlarda olduğu gibi bir başkan ve yardımcısının seçilmesi gerektiği İşyeri Teşkilat Yasasının 59.maddesinde hükme bağlanmıştır.

Anılan maddede aynen Genel İşyeri Kurullarında olduğu üzere İşyeri Kurullarının organizasyon yapısını düzenleyen maddelere yollamada bulunulmuştur. Tekrardan kaçınmak, ancak aynı zamanda da kısaca belirtmek gerekirse, Holding İşyeri Kuruluna seçilecek olan başkan ve yardımcısının bu organda üye olarak görev yapıyor olma zorunluluğu aranmaktadır.

Holding İşyeri Kurulu devamlılık arz eden bir organ olduğundan dolayı başkanın görev süresi sınırlı değildir. Bundan dolayı başkanın görev süresi, Holding İşyeri Kurulunun kararı, Holding İşyeri Kurulu üyeliğinden ayrılma veya istifa hallerinde son bulmaktadır.⁸⁵

c. Holding İşyeri Kurulunun Yetkileri

Holding İşyeri Kurulları, holdingin tamamı veya bünyesinde barındırdığı birden fazla işletmeyi ilgilendiren ve Genel İşyeri Kurulu tarafından düzenlenmesi mümkün olmayan konular için yetkilidir. Böylelikle holdingin tümünü veya en azından iki işletmeyi ilgilendiren bir düzenlemeye gidilmek

⁸² Holding İşyeri Kurulunde görev yapacak üyeler Genel İşyeri Kurulunun oy çokluğu kararı ile belirlenmektedir. Genel İşyeri Kurulu yerine, İşyeri Kurulu yetkili olması halinde ve bu organın bir kişiden oluşması durumunda bu kişi doğrudan Holding İşyeri Kurulu üyesi olur.

⁸³ cinsiyetlerin dikkate alınması gerektiği ile ilgili ifade 2001 Reform Yasası ile İşyeri Teşkilat Yasasına alınmıştır.

⁸⁴ *Löwisch/Kaiser*; a.g.e., s.309.

⁸⁵ Bu konudaki geniş açıklamalar için Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.962 vd.

istendiği durumlarda yetkili olmaktadır.⁸⁶ Doğal olarak bu organın yetki alanına girecek konularda daha genel ve sınırlı olmaktadır. Bu açıdan Genel İşyeri Kurulu ile Holding İşyeri Kurulunun yetkileri arasında bir paralellik de kurulabilir. Şu kadar ki, Genel İşyeri Kurulu nasıl, birden fazla işyerini ilgilendiren ve İşyeri Kurulları tarafından çözümlenmesi mümkün olmayan konularda yetkiliyse, Holding İşyeri Kurulu de, birden fazla işletmeyi ilgilendiren ve Genel Çalışma Konseyi tarafından konunun çözüme bağlanması beklenilmesi mümkün olmayan konularda yetkilidir.

Reform yasası ile getirilen önemli bir değişiklikte Holding İşyeri Kurulunun yetki alanı ile ilgilidir. Yapılan değişiklik sonrasında bu organ, Genel İşyeri Kurulu oluşturulmamış olan işletmeler ve de holdinge bağlı işyerlerinde İşyeri Kurulu kurulmadığı durumlarda doğrudan yetkili olmaktadır.

Yasa koyucu ayrıca Holding İşyeri Kurulunun yetki alanının genişletilmesi yolunu da açmıştır. Daha açık bir ifade ile, 58.maddenin 2.fıkrasına göre Genel İşyeri Kurulu veya İşyeri Kurulu almış oldukları karar ile yetkilerini genişletebilirler. Ancak İşyeri Kurulları sadece kendilerinin üzerinde bir Genel İşyeri Kurulu bulunmadığı zamanlarda yetkili olmaktadır.

4. Gençler ve Çıraklar Temsilciliği

İşyeri Teşkilat Yasasında belirli bir grup çalışanın çıkarlarını gözetmekle yükümlü olan bir organın oluşturulması ile ilgili hükümler karşımıza çıkmaktadır. Bu organ Gençlik ve Çıraklar Temsilciliğidir (Jugend und Auszubildendenvertretung). Yasa kapsamında çalışanların çıkarlarını temsil eden organlar arasında yer alan Gençlik ve Çıraklar Temsilciliği de aynen İşyeri Kurulları gibi, İşyeri Gençlik ve Çıraklar Temsilciliği (Betriebliche Jugend und Auszubildendenvertretung), Genel Gençlik ve Çıraklar Temsilciliği (Gesamt Jugend und Auszubildendenvertretung) ve Holding Gençlik ve Çıraklar Temsilciliği (Konzern Jugend und Auszubildendenvertretung) olmak üzere ayrılmaktadır.

1952 yılında kabul edilmiş olan işyeri seviyesinde katılım haklarını düzenlediği İşyeri Teşkilat Yasasında, genç işçilerin temsil edilmesi ile ilgili hükümler oldukça dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. 1972 yasası ise, genç işçilerin işyerinde cereyan eden olaylara intibaklarını sağlamak ve haklarını genişletmek amacıyla o zamanki adıyla Gençlik Temsilciliği ile ilgili esasları yasanın ayrı bir bölümünde düzenlemiştir.

Bu alanda dönüşüm olarak da kabul edilebilecek bir değişiklik, 1988 yılında kabul edilen Gençlik ve Çırak Temsilciliğin Kuruluşu Kanun⁸⁷ ile gerçekleşmiştir.

⁸⁶ *Alpay Hekimler*; a.g.e., s.150-151.

⁸⁷ Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen von 13.Juli 1988 (BGBl. I. S.1034).

Anılan kanun ile bu organın adı değiştirilerek bugünkü haline, yani Gençlik ve Çıracılık Temsilciliğine dönüştürülmüştür.⁸⁸ 2001 reformu ile de bu alanda bazı değişikliklerin yapıldığını ve bu organa tanınmış olan hakların genişletildiğini görmekteyiz.

Gençlik ve Çıracılık Temsilciliği, İşyeri Teşkilat Yasasında belirli bir grubun –gençler ve çıracıların– çıkarları korumakla yükümlü olan bağımsız bir organ olarak düzenlenmiştir. Gençlik ve Çıracılık Temsilciliği ile ilgili hükümler bu organ ile aynı adı taşıyan yasanın 3. bölümünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Yasanın 60.maddesi uyarınca, bir işyerinde henüz 18.yaşını doldurmamış⁸⁹ veya mesleki eğitimleri için istihdam edilen ve henüz 25.yaşını doldurmamış beş işçi çalıştırılıyorsa Gençlik ve Çıracılık temsilciliği oluşturulur denmiştir.

Anılan işçiler sadece bu organı oluşturmak ile yetkili değildir, bunun ötesinde bu organa seçilme hakları da bulunmaktadır. Anılan kişilerin dışında henüz 25. yaşını doldurmamış olan işçilerin seçilmesi de mümkündür. Bu işçiler için halen mesleki eğitim görüyor olma şartı aranmaz. Ancak İşyeri Kurulu üyelerinin bu organa seçilmeleri söz konusu değildir.⁹⁰

Gençlik ve Çıracılık Temsilciliğinde kaç üyenin görev yapacağı o işyerinde istihdam edilen bu belirli işçi grubuna dahil olan kişilerin sayısına göre belirlenmektedir ki bu sayı 1'den 15'e kadar yükselmektedir. 2001 reformu öncesinde azami sınırın 13 olduğunun ve istihdam edilen işçi sayısı ile temsilci sayısının yeniden belirlendiğinin ifade edilmesi gerekir. Yine 2001 reformu ile getirilen bir değişiklik de aynen İşyeri Kurulları üyelerinin belirlenmesinde olduğu gibi kadın-erkek dağılımının dikkate alınması gerektiği hususudur.

Görev süresine baktığımız zaman bu organın iki yıllık bir süre için seçildiğini ve görev süresinin eski Gençlik ve Çıracılık Temsilciliğinin görevinin sona ermesi ile başladığının vurgulanması gerekmektedir.

Organizasyon yapısına baktığımız zaman, Gençlik ve Çıracılık Temsilciliğinin oluşturulmasından bir hafta sonra aralarında bir başkan ve yardımcısının seçilmesi gerektiğini görmekteyiz.⁹¹

Gençlik ve Çıracılık Temsilciliği tüm İşyeri Kurulu toplantılarına birer temsilci gönderebilir. Ancak toplantıda ele alınacak konular doğrudan genç işçileri ve çıracıları ilgilendiriyorsa bu durumda tüm üyelerin toplantıya katılabilecekleri yasanın 67.maddenin 1.fıkrasının son cümlesinde ifade bulmuştur.

⁸⁸ yapılan yasal değişikliklerin gerekçeleri ve gelişim süreci için örneğin Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.970.

⁸⁹ Yasaya göre 18.yaşını doldurmamış ve istihdam halinde olan işçiler, genç işçi olarak tanımlanmaktadır.

⁹⁰ *Drachold/Engelbert*, a.g.e., s.479.

⁹¹ ayrıntılar için Bkz.: *Michael Wollenschläger*, a.g.e., s. 339 vd.

Görüldüğü üzere Gençlik ve Çıraklar Temsilciği tek başına hareket etmesi mümkün olan bir organ değildir. Daha açık bir anlatımla, temsil ettiği işçi grubunun çıkarlarını İşyeri Kurulu nezdinde gözetmekle yükümlüdür.

5. Katılım Hakları

Genel hatları ile işyeri seviyesinde çalışanların katılım haklarını savunan ve bunların geliştirilmesi yönünde faaliyet gösteren İşyeri Kurullarının hangi koşullar altında nasıl oluşturulduğu, organizasyon yapısına, üyelerin hak ve borçları ve de konseyin görev sürelerine değindikten sonra, İşyeri Kurullarının sahip oldukları katılım haklarına makalenin bu bölümünde incelenmeye çalışılacaktır.

Yasa koyucu katılım haklarını oldukça detaylı bir şekilde yasada düzenlemiştir. İşyeri Kurullarına tanınmış olan katılım haklarını ayrıntılı bir şekilde incelenmesi bu makalenin kapsamını aşacağından dolayı, burada sadece katılım haklarının genel çerçevesi üzerinde durulacaktır.

İşyeri Teşkilat Yasasının 74. ile 105. maddelerinden toplam dört alt bölümden oluşan dördüncü bölüm, işçilerin katılım haklarına ayrılmıştır.

İşyeri Teşkilat Yasası kapsamında çalışanlara, dolayısıyla İşyeri Kurullarına tanınmış olan katılım hakları (Beteiligungrechte) kabaca etkileme yada etkide bulunma hakları (Mitwirkungsrechte) ve yönetime katılım hakkı (Mitbestimmungsrechte) olarak ikiye ayırmak mümkündür ki, bunlardan ikincisinin kapsamı daha geniş ve yaptırımları daha farklı olmaktadır.

Yasa kapsamında işverenin uygulamak istediği bir tedbir ile ilgili olarak yönetime katılım hakkı tanınmış ise, bu tedbirin uygulanması salt İşyeri Kurulunun onayı ile mümkündür. Buna karşın etkide bulunma hakkında İşyeri Kurullarının ilgili konularda bilgi edinme, dinleme ve danışma şeklinde gerçekleşebilen, görüşlerini ifade etme biçimindeki hakları içermektedir. Yönetime katılma hakkı ile bu hakkın birbirinden ayrıldığı en önemli husus, işverenin, yönetime katılma hakkının tanıdığı konularda mutlak olarak İşyeri Kurulunun onayının alınması gerektiğidir.⁹²

İşyeri Kurulunun sahip olduğu katılım haklarını geniş kapsamlı olarak bu çalışma ölçeğinde değerlendirmek mümkün değildir, bu nedenle tanınmış olan katılım hakların genel bir fikir vermesi açısından yüzeysel olarak ele alınacaktır. Tanınmış olan katılım haklarını başlıca dört ana başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar sırasıyla:

- a) Sosyal Konulardaki katılım hakları
- b) Personel Konularında katılım hakları
- c) Mesleki eğitim konularında katılım hakları
- d) Personele ilişkin bireysel ilişkiler kapsamındaki katılım hakları

⁹² Uyuşmazlık halinde uzlaştırma kurulu veya iş mahkemesi bağlayıcı bir karar verebilir.

a. İşyeri Teşkilat Yasası kapsamında İşyeri Kurullarına sosyal konular ile ilgili olarak tanınmış olan katılım hakları.

Yasada ifade bulunmuş olan ve sosyal konular kapsamında zorunlu katılım hakları olarak değerlendirilen, daha açık bir ifade ile İşyeri Kurulundan onay alınmasının zorunlu olduğu konuları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür. Bunun yanında yine sosyal konular kapsamında değerlendirilen ancak katılımın zorunlu olmadığı alanlarının da varlığına işaret etmek gerekir.

Sosyal konular kapsamında İşyeri Kurullarına tanınmış olan belli başlı katılım hakları şunlardır:

- Ü İşyerinin ve işçilerin işyerinde davranışlarının düzenlenmesi
- Ü Çalışma sürelerinin düzenlenmesi
- Ü İşyerinde çalışma sürelerinin geçici olarak uzatılması veya kısaltılması
- Ü Ücretin ödenme şekli, yeri ve zamanı
- Ü Yıllık izin ile ilgili düzenlemeler
- Ü Teknik gözetim ile ilgili düzenlemeler
- Ü İş güvenliği ve sağlığı
- Ü İşyerine ait konutlar
- Ü Akort ve prim esaslarının belirlenmesi
- Ü İşyerinde öneri sistemi
- Ü Grup çalışması

1) İşyerinin ve işçilerin işyerinde davranışlarının düzenlenmesi

İşyeri Teşkilat Yasasının 87. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde İşyeri Kuruluna iki konu bağlamında katılım hakkı tanınmıştır ki bunlardan birincisi, işyerinin düzenlenmesi ve ikincisi işyerinde işçilerin davranışlarının düzenlenmesi ile ilgilidir.

İşyerinin düzenlenmesi kavramından işyerinin işletme bilimi kapsamında ve iş güvenliği açısından organizasyon yapısının oluşturulması anlaşılmalıdır, aksine işyeri bünyesinde ortak sosyal düzenin oluşturulması anlaşılmalıdır.⁹³

Konunun daha basite indirgenip anlaşılabilmesi açısından durumu örneklendirmek yararlı olacaktır. İşyerine giriş ve kontrol, çalışanların araçlarını park edecekleri yerlerin belirlenmesi, işyerinde alkol ve tütün ürünlerin kullanımının yasaklanması, çalışanlarının iş giysilerinin belirlenmesi, işyerine ait telekomünikasyon olanaklarının özel telefon görüşmeleri veya e-mail haberleşmesi için kullanımı gibi konular, işyerinin düzenlenmesi ve işçilerin davranışlarının düzenlenmesi ve dolayısıyla getirilen düzenlemelere uyulmaması halinde karşı karşıya kalınacak yaptırımların belirlenmesi ile ilgili katılım haklarını kapsamaktadır. Bu katılım haklarına “işyerinde kontrol” hakkının da dahil olduğunu, daha açık bir ifade ile yüksek güvenlik gerektiren işyerlerinde

⁹³ *Löwisch/Kaiser*; a.g.e, s.475; *Michael Wollenschläger*; a.g.e., s.365.

çalışanların üstlerin aranması gibi uygulamalarının da bu katılım hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmek gerekir.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, işverenin sadece yukarıda belirtilen konular işyerinin tümünü ilgilendirmesi halinde İşyeri Kurulunun yönetime katılım hakkı bulunmaktadır, dolayısıyla bireysel tedbirlere ilişkin olarak işverenin kendisinin karar alma hakkı saklıdır.⁹⁴

11) Çalışma sürelerinin düzenlenmesi

Federal Almanya'da çalışma sürelerine ilişkin çerçeveyi esas itibarıyla Çalışma Süreleri Yasası çizmektedir.⁹⁵ Bu yasanın yanında, Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi Yasası, Satış Yerlerini Çalıştırma Süreleri Yasası, Gençleri Koruma Yasası, Analığı Koruma Yasası, Ağır Özürlüler ile ilgili hükümlerin düzenlendiği SGB IX, İş Güvenliği Yasası, İşçinin Feshe Karşı Korunması Yasası da, bu alanda dikkate alınması gereken düzenlemeler ihtiva etmektedir.⁹⁶

Çalışma süresinin uzunluğu Federal Almanya'da yasa, toplu sözleşmeler ve/veya hizmet sözleşmesi ile belirlenmek ile birlikte, bu sürenin işyerinde düzenlenmesi konusunda İşyeri Kurullarına yönetime katılım hakkı tanınmıştır. Öyle ki, İşyeri Teşkilat Yasasının 87.maddesinin 1.fıkrasının 2.cümlesi, günlük çalışma süresinin başlama ve bitiş saati ile ara dinlenme sürelerinin ne zaman uygulanacağı konusunda katılım hakkı tanıdığı gibi, haftalık çalışma sürelerinin günlük çalışma sürelerine dağılımı konusunda işçileri temsil eden bu organlara yönetime katılım hakkını sağlamıştır.

Günlük çalışma sürelerinin dağılımı kadar ara dinlenme sürelerinin de tüm çalışanlar için aynı şekilde düzenlenmesi gibi bir uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır. Uygulamada daha çok işletmelerde belirli işçi gruplarına veya meslek gruplarına yönelik farklı düzenlemeler getirildiği gibi, işyerinin farklı birimlerinde de değişik uygulamalar söz konusu olmaktadır.

Daha çok sağlık kuruluşları ve benzer kurumlar için önem taşımak ile birlikte, işyerlerinde nöbetçi olarak bulunmak ve çağrılmaya hazır olmak durumunda bulunan çalışanların bu sürelerinin de belirlenmesinde İşyeri Kurullarının katılım hakları bulunmaktadır. Federal İş Mahkemesinin yeni tarihli bir kararında bu sürelerin iş süresinde sayıldığına da belirtilmesi yararlı olacaktır.⁹⁷

⁹⁴ İşyeri Kurullarına bu konuda tanınmış olan yönetime katılım hakkı için ayrıntılı bilgi için özellikle Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe*, a.g.e., s. 1270-1278.

⁹⁵ Bu yasa ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: *Alpay Hekimler*; Federal Almanya ve Çalışma Süreleri Yasası," İşveren, 2/2003, s.19-22: *Karl Linnenkohl/ Hans-Jürgen Rauschenbag* Arbeitszeitgesetz Handkommentar, 2.Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2004.

⁹⁶ *Alpay Hekimler*; Federal Almanya'da Esnek Çalışma Sürelerinin Yasal Çerçevesi ve Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesinde İşyeri Kurullarının Katılım Hakları, TÜHİS, 1/2003, s.109-123.

⁹⁷ Bu karar için Bkz. BAG Beschluss vom 18.2.2003 – 1 ABR 2/02

111) İşyerinde çalışma sürelerinin geçici olarak uzatılması veya kısaltılması

Çalışma süreleri bağlamında İşyeri Kurullarına tanınmış olan diğer bir yönetime katılım hakkı, çalışma süresinin geçici olarak uzatılması veya kısaltılması ile ilgilidir, diğer bir ifade ile fazla çalışma veya kısa çalışma uygulamasına geçilmek istenmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Çalışma süresinin uzatılması, doğal olarak işçilerin normalin üzerinde bir verim gerektirirken, sürenin azalması ise gelirin azalması anlamına gelmektedir. Her iki durumda da çalışanları korumak amacıyla İşyeri Kurullarına bu konu bağlamında yönetime katılım hakkı tanınmıştır.

Diğer katılım haklarında olduğu gibi, burada da işverenin başvuracağı tedbirin bireye değil kolektife yönelik bir karar olması durumunda İşyeri Kurulunun yönetime katılım hakkı bulunmaktadır.⁹⁸

İşyeri Kurulu ve işveren kendi aralarında mutabakata vardıldıktan sonra uygulamaya alınan geçici önlemin sonunda yeniden bir düzenlemeye gidilmesine gerek kalmadan, tedbir öncesindeki çalışma süresi düzenine geçilmektedir.

1v) Ücretin ödenme şekli, yeri ve zamanı

İşyeri Teşkilat Yasasının 87.maddesinin 1.fıkrasının 4.cümlesi İşyeri Kuruluna işçilerin hak etmiş oldukları ücretlerin ödenme yeri, şekli ve zamanı konusunda yönetime katılma hakkı tanımaktadır.

“Ücretin ödenme yeri” kavramından, ücretin işyerinde mi yoksa dışında mı ve hangi mekanda ödeneceği anlaşılmaktadır. “Ücretin şeklinden” ise ücretin nakit olarak mı yoksa, çek veya başka bir ödeme aracının mı kullanılacağı ifade edilmektedir. “Zaman” tanımlamasından ise ücretin günlük, haftalık veya aylık olarak mı ödeneceği konusu karara bağlanmaktadır. Buradan da görüldüğü üzere, işçinin hak ettiği ücretin ödenmesi ile ilgili olarak İşyeri Kurullarına oldukça geniş bir katılım hakkı tanınmıştır.

v) Yıllık izin ile ilgili düzenlemeler

Federal Almanya’da yıllık izin sürelerin çerçevesi esas itibarıyla Federal Tatil Yasası⁹⁹, toplu sözleşmeler ve hizmet sözleşmesi ile düzenlenmektedir. Burada da aynen çalışma sürelerinde kabul edilen ilke geçerlidir, yani İşyeri Kurulunun yıllık izin süresinin uzunluğunun belirlenmesinde bir katılım hakkı bulunmamasına karşın, bu sürenin işçiler tarafından kullanımının belirlenmesi, diğer bir ifade ile yıllık izin planlarının hazırlanmasında yönetime katılım hakkı bulunmaktadır. Ancak işveren ile işçi arasında yıllık iznin kullanılması konusunda

⁹⁸ Bkz.: *Drachold/Engelbert*, a.g.e., s.726.

⁹⁹ Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz). Vom 8.Januar 1963 (BGBl. I.S. 2) Zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Juni 2001 (BGBl. I.S. 1046)

bir uyuşmazlık ortaya çıkması durumunda, İşyeri Kurulunun katılım hakkı bireysel bazda da ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁰

v) Teknik gözetim ile ilgili düzenlemeler

Bir işveren işyerinde işçilerin çalışmalarını ve davranışlarını izlemek üzere mikrofon, kamera, elektronik veri izleme gibi teknik donanımlardan yararlanmak isterse, bu durum da bu araçların kullanımını konusunda İşyeri Kurulundan onay alması gerekmektedir. Yasa koyucunun bu yönde bir hükme yer vermesinin nedeni, işçilerinin kişilik haklarının korunmasından öte bir tedbir değildir. Ancak işyerinde makine ve donanım gibi araçları izlemek üzere kullanılmak üzere kurulan teknik gözetim araçları bu uygulamanın dışındadır.

vı) İş güvenliği ve sağlığı

İş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesine yönelik alınacak tedbirler ve de yasalar kapsamında ön görülen iş güvenliğine yönelik tedbirlerin uygulanması yine İşyeri Kurulunun olur vermesine bağlıdır. Örneğin, bilgisayar başında çalışmalarını yürütmekte olan işçilerin sağlıklarının korunması amacıyla İşyeri Kurulu, ara dinlenme sürelerini ve bu süreleri nasıl geçireceklerini - dinlenerek veya başka bir işi yerine getirerek - işverenden talep etme hakkı bulunmaktadır.¹⁰¹

vıı) İşyerine ait konutlar

Bir işveren işçilerine konut veya lojman tahsis ederse, bunların hangi koşullar altında çalışanlara hazır edileceği ve yine hangi koşullarda yaralanmalarının son bulacağı İşyeri Kurulunun onayına tabidir. Yine burada bu yönde bir katılım hakkının tanınmasındaki amaç, işverenin, işçiler arasında İşyeri Kurulu aracılığı ile ayrımcılık yapmasının önlenmesidir. Eğer işverenin kendisine ait konu veya lojmanları bulunmuyor ise ancak sağladığı maddi yardımlar ile bu konuda çalışanları destekliyorsa, yine aynı çerçevede İşyeri Kurullarının katılım haklarının bulunduğu belirlenmesi yararlı olacaktır.

ix) Akort ve prim esasların belirlenmesi

Yasa kapsamında İşyeri Kurullarına tanınmış olan diğer bir hak da akort ve prim esaslarının belirlenmesidir. İşveren böylelikle, akort esasına dayalı ücretleri ve prim esaslarını İşyeri Kurulunun onayını almadan düzenlemeye gitmesi olanak

¹⁰⁰ Michael Wollenschläger, a.g.e., s. 367.

¹⁰¹ İşyeri Kurullarına bu konuda tanınmış olan yönetime katılım hakkı için ayrıntılı bilgi için özellikle Bkz., *Däuber/Kittner/Klebe* a.g.e., s.1316-1331; *Löwisch/Kaiser*, a.g.e., 497-500, *Dietrich/Hanau/Schaub*, s.1135-1136; *Günter Schaub*, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 9.überarbeitete Auflage, Beck Verlag, München, 2000, s.2247-2249.

dahilinde değildir. Ne var ki, diğer yönetime katılım haklarında olduğu gibi ifade edildiği üzere İşyeri Kurulunun onayının yerine, uzlaştırma kurulu kararı veya mahkeme kararının da geçebilmesi mümkündür.

x) İşyerinde öneri sistemi

Sosyal konular kapsamında zorunlu yönetime katılım hakkının tanındığı diğer bir konuyu işyeri bünyesinde öneride bulunma sürecinin belirlenmesi oluşturmaktadır. Çalışanların iş akışını geliştirmek ve üretim sürecini hızlandırmak, gerek mal gerekse hizmet olsun kalitesini yükseltmek gibi alanlarda yararlı öneriler getirerek artan rekabet yarışında istihdam edildikleri işyerinde üstünlük kazanmalarını sağlamaları ender bir olgu olarak karşımıza çıkmamaktadır. Özellikle işletme ölçeği büyüdükçe işçilerden gelen tekliflerde görünür şekilde artış göstermektedir.

Bu nedenle Alman yasa koyucusu da öneri sisteminin düzenlenmesi konusunda da İşyeri Kuruluna yönetime katılım hakkı tanımıştır. Ancak buradaki iyileştirme önerileri, 1957 tarihli İşgören İcatları Yasasının¹⁰² kapsamına girmeyen öneri ve buluşları kapsamaktadır.

İşgören tarafından getirilen önerilerin kabul edilmesi halinde kendisine bir ödül verilip verilmeyeceği, verilmesi halinde esasların neler olabileceği ile ilgili olarak yasada bir katılım hakkı ön görülmemiştir.¹⁰³ Ancak doğal olarak tarafların işyeri sözleşmesi yoluyla bu yönde bir uygulamaya gitmeleri yönünde de bir engelin bulunmadığının ifade edilmesi gerekir.

x1) Grup çalışması

2001 Reformu ile birlikte, İşyeri Teşkilat Yasasına bir hüküm ilave edilerek İşyeri Kurullarına yeni bir katılım hakkı tanınarak bu organın yönetime katılım hakkı genişletilmiş ve böylelikle işverenin kendiliğinden karar alma alanı bir parça daha daraltılmıştır.

87.maddenin 1.fıkrasına son bir cümle ilave edilerek grup çalışması ile ilgili olarak İşyeri Kurullarına yönetime katılım hakkı tanınmıştır. Bilindiği üzere mal ve hizmet üretiminin yeni üretim ve yönetim teknikleri sayesinde yeniden yapılandırılmasının bir sonucu olarak grup çalışmalarının önemi artmıştır. Günümüzde grup çalışmalarının uygulanmadığı işletmelerin sayısı oldukça sınırlı kalmıştır. Çalışma ilişkileri açısından konuya yaklaşıldığında ise, bu çalışma biçiminin yeni bir yapılanmayı da beraberinde getirdiğini söyleyebilmek mümkündür.

Yasa koyucu bu yeni yapılanma sürecini de dikkate alarak grup çalışmasının uygulanmasının düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esasların

¹⁰² Arbeitnehmererfindungsgesetz (ArbnErfG) von 1957, BGBl. I 1957 S.756

¹⁰³ *Michael Wollenschläger*, a.g.e., s.370.

belirlenmesinde İşyeri Kurullarına yönetime katılım hakkı tanınmıştır. Böylelikle grup çalışmasının işyerinde uygulanma kararının alınması veya uygulamadan vazgeçilmesi kararın verilmesi konusunda İşyeri Kurulunun bir söz söyleme hakkı bulunmamaktadır, daha açık bir anlatımla işveren bu konudaki kararını kendisi verebilmektedir.¹⁰⁴ Ancak uygulanması yönünde bir karar aldığı anda ise bu sefer düzenleme konusunda İşyeri Kurulunun onayı olmadan uygulamaya geçmesi mümkün değildir.

b. İşyeri Teşkilat Yasası kapsamında İşyeri Kurullarına personel konular ile ilgili olarak tanınmış olan katılım hakları.

İşyeri Kurullarına personelin tümünü ilgilendiren konular kapsamında tanınmış olan katılım haklarını aşağıdaki şekilde kısaca sıralamak mümkündür.

- Ü Personel planlaması
- Ü Personel seçim tüzüğü'nün oluşturulması
- Ü Personel soru formu ve değerlendirme kriterleri
- Ü İşyeri bünyesinde açık bulunan işlerin ilan edilmesi

1) Personel planlaması

Personelin tümünü ilgilendiren konular kapsamında İşyeri Kurullarına tanınmış olan katılım haklarından ilkinin personel planları ile ilgili olmasıdır. Planlama ile işyeri büyüklüğü arasında doğru orantılı bir ilişki bulunmaktadır, daha açık bir anlatımla işletme ölçeği büyüdükçe planlama gereksinimi de o oranda artış göstermektedir. Bu genel kabul görmüş gerçek, personel planları içinde geçerlidir.

Şirket yönetimi oluşturulan personel planları ile mümkün olduğu ölçüde, ortaya çıkacak talepler doğrultusunda gereksinim duyacağı personeli vasıf ve sayı bakımından belirlemeye çalışmaktadır. Büyük işletmelerin tümünde uygulanan personel planlamasının giderek küçük işletmelerde de uygulanmaya başlanmasına rağmen, diğer ülkelerde olduğu gibi Federal Almanya'da da bu planın uygulanması konusunda yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır.¹⁰⁵

İşyeri Kurullarının planlama sürecine dahil edilmesindeki amaç, mümkün olduğu ölçüde erken bir süre zarfında İşyeri Kurulun, işyerindeki personel ile ilgili mevcut durum ve gelecekteki beklentiler hakkında bilgilendirmektir.¹⁰⁶

İşveren, İşyeri Kurulun personel planlaması ile ilgili olarak bilgilendirmek zorunda olup, bu bilgileri eksiksiz olarak sunmak zorundadır. Eksiksizlik, bilgi ile birlikte ilgili belgelerin sunumu olarak kabul görmektedir. Bu belgeler arasında istihdam edilenler ile ilgili istatistikler, personel giriş ve çıkışı hakkında kayıtlar,

¹⁰⁴ *Löwisch/Kaiser*; a.g.e., s.530.

¹⁰⁵ *Alpay Hekimler*; a.g.e. s.227.

¹⁰⁶ *Wolfdieter Küttner*; Personalbuch 2002, Verlag Beck, München, 2002, Rn.336/2.

hastalık durumları, bilgi işlem kayıtları ve de personel planlaması üzerinde etki edebilecek üretim, yatırım ve yeniden yapılanma planları sayılmaktadır.¹⁰⁷

92.Maddenin 2.fıkrası, İşyeri Kuruluna personel planlaması ile ilgili teklifte bulunma hakkı tanınması ile birlikte, işverenin bu teklifi hayata geçirmek gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığı, buna karşın bu teklif üzerine İşyeri Kurulu ile müzakere etme zorunluluğunun olduğu açıkça ifade edilmiştir¹⁰⁸.

1) Personel seçim tüzüğünün oluşturulması

İşyeri Teşkilat Yasasının 95. maddesi, işveren personelinin seçiminde, transferinde, gruplandırılmasında veya fesih ile ilgili olarak bir tüzüğü uygulamaya almak istediğinde, İşyeri Kurulunun onayına gereksinim duymaktadır. Tüzük veya Tüzüğün içerdiği konularda tarafların anlaşamamaları durumunda ise, işverenin talebi üzerine Uzlaştırma Kuruluna gidileceği ve bu kurulun vereceği kararın, tarafların vermiş olacakları bir karar yaptırım niteliğine sahip olacağı, maddenin devamında ifade edilmiştir.

Taraflar oluşturacakları Tüzüklerde mesleki ve kişisel yeterlikler konusunda sınırlamalar getirebilirler. Tüzüklerde bir kişinin işe alınırken sahip olması veya olmaması gerektiği özelliklere yer verilmesi esastır¹⁰⁹.

“Adaylarda veya istihdam halindeki işçilerde belirli bir eğitimin alınmış olması şartının aranması ve bunun belirli bir not ortalaması aranması durumunda mesleki bir sınırlandırmadan bahsedilebilir. Bunun yanında, partnerlerin belirli bilgi ve tecrübelerle sahip olması koşulunu arayabilirler ki bu örneğin istihdam edilecek olan sekreterlerin iyi derecede Word ve Excel programlarını kullanma şartı olabilir. Personel Seçim Tüzüklerinde kişilerin terfi ettirilmesinde veya işe alınmasında belirli bir yaş sınırının getirilmesi, işletmeye bağlı bir işyerinde asgari belirli bir süre çalışmış olma şartının aranması veya belirli bir tecrübe aranması gibi şartlar getirilebilir. Ancak Personel Seçim Tüzüklerinde sınırlamalar bu konular ile kısıtlı değildir, taraflar sosyal içerikli konularda da belirli koşulların gerçekleşmesi şartını arayabilirler. Bu alanda en önemli konu hiç şüphesiz işçi seçiminde işletme içindeki adaylara, işletme dışındaki adaylara oranla öncülük verilmesidir. Bunun ile birlikte seçimlerde kadın, ağır özürlü , yaşlı veya yabancı işçilerin ne oranda teşvik edilmesi gerektiği ile ilgili hükümlere de yer verilebilir.”¹¹⁰

¹⁰⁷ *Alpay Hekimler*; a.g.e., s.252.

¹⁰⁸ *Löwisch/Kaiser*; a.g.e., s.559.

¹⁰⁹ Bkz.: *Däuber/Kittner/Klebe*; a.g.e., s.1446.

¹¹⁰ *Alpay Hekimler*; a.g.e. s.322.

111) Personel soru formu ve değerlendirme kriterleri

İşyeri Teşkilat Yasasının 94.maddesi İşyeri Kurullarına personel soru formlarının oluşturulması aşamasında ve de içeriğin şekillendirilmesinde belirli bir katılım hakkı tanımaktadır. Yasa maddesinde personel soru formunun İşyeri Kurulunun onayını gerektirdiği, tarafların içerik konusunda anlaşamaları halinde Uzlaştırma Kurulunun karar vereceği ve bu kararın tarafların vermiş olduğu kararın yerine geçeceği ifade edilmiştir¹¹¹.

İşyeri Kurulunun personel soru formlarının oluşturulması konusunda, işverene bir baskıda bulunma veya talepte bulunma hakkı bulunmamaktadır. İşveren bu tarz formları uygulamaya almak veya almamak konusunda tek başına karar verme yetkisine sahiptir. Böylelikle İşyeri Kurullarının katılım hakkı, işverenin bu tarz belgeleri oluşturma kararı vermesi ile birlikte doğmakta ve bunların içeriğinin şekillendirilmesi ile sınırlı kalmaktadır.¹¹²

İşyeri Kuruluna personel seçim sürecinin bu aşamasında katılım hakkının tanınmasında amaç, adaylara yöneltilecek olan soruların sadece açık işlere uygun olan kişilerin belirlenmesinde gerekli ve de karar alma aşamasında etkili olanlar ile sınırlandırılmasını sağlamaktır¹¹³. Adayın kişilik haklarının da ihlal edilmemesi bu yol ile sağlanmaktadır.¹¹⁴

1v) İşyeri bünyesinde açık bulunan işlerin ilan edilmesi

Yasasn 93. maddesi İşyeri Kuruluna, işyerinde açık olan işlerin tümü veya bazıları için, işlerin daha önceden var olup olmamasına bağlı olmadan, işçi istihdam edilmeden önce bu işlerin açık olduğunu işyerinde ilan edilmesini işverenden talep etme hakkı bulunmaktadır.¹¹⁵ Diğer bir ifade ile İşyeri Kurulu inisiyatifini kullanarak, işyeri bünyesinde istihdam edilenlere öncülük tanınmasını sağlayabilmektedir.

Yasa koyucunun tanıdığı olduğu bu hak, bir işyerinde açık olan tüm işleri kapsamaktadır, daha açık bir anlatımla işyerinin dışında kalanlar uygulama alanının dışındadırlar. Böylelikle İşyeri Kurulu, bir işletmenin veya Holding'in tümünü kapsayacak şekilde açık işlerin ilan edilmesini talep etmek hakkına sahip değildir¹¹⁶.

Bu madde, personel gereksiniminin iç kaynaklardan tedarik edilmesine öncülük tanıdığı gibi, aynı zamanda işyerinde istihdam halindeki personelin açık

¹¹¹ Bkz.: Betriebsverfassungsgesetz § 94

¹¹² ayrıntılar için Bkz.: *Alpay Hekimler*; a.g.e., s.343-344.

¹¹³ *Günter Schaub*, a.g.e., s.2282.

¹¹⁴ *Alpay Hekimler*; a.g.e., s.344.

¹¹⁵ a.g.e., s.309.

¹¹⁶ *Löwisch/Kaiser*; a.g.e., s. 566.

olan işlerden haberdar olmalarına imkan sağlamakta¹¹⁷ ve böylelikle işyerinde istihdam edilenler ile işyeri dışındaki adaylar arasında fırsat eşitliği sağlanmaktadır¹¹⁸. Bir diğer amaç ise işyerinde işletmenin istihdam politikasını şeffaf hale getirmek ve işyeri bünyesinde uygun vasıfta işçinin bulunmasına rağmen dış kaynaklara yönelmek suretiyle ortaya çıkabilecek huzursuzlukları engellemektir¹¹⁹.

c. İşyeri Teşkilat Yasası kapsamında İşyeri Kurullarına mesleki eğitim konular ile ilgili olarak tanınmış olan katılım hakları.

Federal yasa koyucu sosyal ve personelin tümünü ilgilendiren konuların yanında İşyeri Kurullarının mesleki eğitim alanında da söz sahibi olması gerektiği düşüncesinden yola çıkmış olmalı ki, aşağıda belirtilen konular kapsamında İşyeri Kurullarına katılım hakları tanınmıştır. Doğal olarak diğer alanlarda olduğu gibi burada da yönetici konumundaki işçiler için alınan tedbirler ile ilgili olarak İşyeri Kurulunun bir katılımı söz konusu olmamaktadır, ne var ki verilecek eğitim sonucunda işçi, yönetici konumunda bir çalışan statüsüne yükselecek ise bu genel kural geçerliliğini yitirmektedir.¹²⁰

Mesleki eğitimin teşviki

Mesleki eğitimin uygulamaya alınması ve uygulanması

Diğer işletme içi eğitim tedbirleri

İşletme dışı eğitim tedbirleri

1) Mesleki eğitimin teşviki

İşyeri kapsamında hazırlanan personel planları doğrultusunda işveren ve İşyeri Kurulu işçilerin mesleki eğitimlerini teşvik etmek zorundadırlar. İşyeri Kurulu mesleki eğitimin teşvik edilmesi yönündeki olanakların neler olduğu ve bunların nasıl uygulanabileceği konusunda meşgul olmak zorundadır. İşyeri Teşkilat Yasasının 96.maddesinin 1.fıkrasında bu husus açıkça düzenlenmiş olmak ile birlikte İşyeri Kurulunun, işveren üzerinde bir baskı yapması mümkün değildir, daha açık bir anlatımla mesleki eğitim konusundaki planlama yetkisi işverene ait olup, İşyeri Kurulu işvereni belirli mesleki eğitim tedbirlerin uygulanması yönünde zorlayamaz.¹²¹ Ancak çalışanları temsil eden bu organ, mesleki eğitimin teşvik edilmesi yönünde uygulanabilecek tedbirler ile ilgili

¹¹⁷ *Peter G.Meisel*, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, 9. neu bearbeitete Auflage, Deutscher Instituts-Verlag, Köln, 2001, s.91.

¹¹⁸ *Däubler/ Kittner/ Klebe*, a.g.e., s.1424.

¹¹⁹ *Dietrich/ Hanau/ Schaub*, a.g.e., s. 1155.

¹²⁰ *Michael Wollenschläger*, a.g.e., s.375.

¹²¹ *Löwisch/Kaiser*, a.g.e., s.581.

öneriler getirebilir ve bu öneriler kapsamında işveren ile görüşmelerde bulunabilir.

Mesleki eğitimin teşviki ile temel esaslar 1969 tarihli Mesleki Eğitim Yasası¹²² ile geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş olduğundan dolayı bu makale kapsamında ayrıntılara girmek mümkün olmamaktadır.¹²³ Bunun ile birlikte mesleki eğitim teşviki konusunda SGB III'ün 59.maddesi uyarınca finansman desteğinin sağlandığının da belirtilmesi yararlı olacaktır.¹²⁴

11) Mesleki eğitimin uygulamaya alınması ve uygulanması

Mesleki eğitim amacıyla işyerinde oluşturulacak eğitim merkezi, atölye gibi yapıların oluşturulması ve bunlarının donanımlarının düzenlenmesi ve de teknik eğitim, ileri eğitim gibi kursların uygulanmaya alınması konusunda da yasa koyucu İşyeri Kuruluna katılım hakkı tanımıştır.

111) Diğer işletme içi eğitim tedbirleri

İşyeri bünyesinde doğrudan mesleki eğitime yönelik olmamak ile birlikte çeşitli eğitimler verilmektedir ki, bunlara örnek olarak ilk yardım eğitimi verilebilir. Böyle bir durumda yine yasa kapsamında katılım hakkı tanınmıştır. İşyeri Kurulu, düzenlenecek eğitime katılacak işçilerin seçimi konusunda öneride bulunabilir, eğitimi verecek olan kişileri teklif edebilir, bunlara itiraz edebilir veya görevlerine son verilmesini isteyebilir.

11v) İşletme dışı eğitim tedbirleri

Çalışanların vasıflarının yükseltilmesi ve bu yolla işyerinde verimliliğin artırılmasına yönelik mesleki eğitim tedbirlerin her zaman işyerinin içinde uygulanmasını gerektirmez. İşyerinin büyüklüğü, eğitim verilecek konunun önemi, eğitimin maliyeti gibi daha birçok faktöre bağlı olarak, işveren mesleki eğitimin işyerinde değil de işyerinin dışında verilmesi yönünde de karar verebilir. Ancak böyle bir durumda da işyeri bünyesinde kararlaştırılmış olan mesleki eğitim faaliyetlerinde olduğu gibi yasa koyucu İşyeri Kurullarına katılım hakkı tanımıştır.

¹²² Berufsbildungsgesetz (BBiG) vom 14 August 1969 (BGBl. I S.1112) Zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.Juni 2001 (BGBl. S. 1046) (BGBl. III/FNA 806-21).

¹²³ Mesleki Eğitim Yasası ile ilgili ayrıntılı bilgiler için özellikle Bkz.: *Wolfgang Leinemann/Thomas Taubert*, Berufsbildungsgesetz Kommentar, Verlag Beck, München, 2002; *Ulrich Ransauer/Michael Stallbaum*, Mein Recht auf BAföG, Verlag Beck, 4.Auflage, München, 2003.

¹²⁴ SGB III'ün 59.maddesi kapsamında sağlanan finansal destekler için Bkz.: *Alexander Gagel*, SGB III Arbeitsförderung, Verlag Beck, München, 2003; *Wolfgang Spellbrink/Wolfgang Eicher*, Kaseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, Verlag Beck, München, 2003.

d. İşyeri Teşkilat Yasası kapsamında İşyeri Kurullarına personele ilişkin bireysel ilişkiler kapsamındaki konular ile ilgili olarak tanınmış olan katılım hakları.

İşyeri Kurullarına temsil ettikleri grubunun haklarını gözetebilmeleri için yasa kapsamında tanınmış olan katılım haklarından bir grubu da, personele yönelik bireysel katılım hakları oluşturmaktadır, ki bunları aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür.

- Ü İşe alma, gruplandırma, yeniden gruplandırma ve transfer
- Ü İş ilişkisinin sona erdirilmesi

1) İşe alma, gruplandırma, yeniden gruplandırma ve transfer

Yasa kapsamında çalışanların tümünü ilgilendiren tedbirlerin yanında bireysel konularda da İşyeri Kurullarına katılım hakkının tanındığı alanlardan birincisini işe alma, gruplandırma, yeniden gruplandırma ve transfer konuları kapsamaktadır.

İşyeri Teşkilat Yasasının 99.maddenin 1.fıkrasında, ifade edilen personel konularının uygulamaya alınmadan önce işverenin, İşyeri Kurulunu bilgilendirmesi, gerekli belgeleri ibraz etmesi, kişi hakkında bilgi sunması, uygulanması planlanan tedbirin sonuçlarının neler olabileceği ile ilgili bilgi vermesi ve de İşyeri Kurulunun planlanan tedbirler ile ilgili onayının alınması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁵. İşyeri Kuruluna personelin işe alınması kapsamında hem bir bilgilendirme hem de bir veto hakkı tanınmıştır,¹²⁶ aynı durum gruplandırma, yeniden gruplandırma ve terfi olaylarında da söz konusudur. Ancak bu hakkın sadece 20 ve 20 den fazla işçinin istihdam edildiği işletmeler için geçerlidir.

Anılan kanun maddesine göre işveren, her bir işe alım kararı ile ilgili olarak İşyeri Kurulunu sürece dahil etmekle yükümlüdür. Federal İş Mahkemesi, “işe alma” kavramının sadece hizmet akit ilişkisinin kurulması aşaması ile sınırlı olmadığı, bunun ötesine işyerinde kişinin işe yerleştirilmesi aşamasının da dahil olduğu yönünde bir yorum getirmesi sebebiyle, işverenin ödünç iş ilişkisi kapsamında kişileri istihdam etmeyi tasarlaması durumunda da İşyeri Kurulunu 99.madde uyarınca sürece dahil etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu yorumdan dolayı yasa, koyucu aynı zamanda Ödünç İş İlişkisi Yasasında bir değişikliğe giderek, ödünç alan işverenin İşyeri Kurulunu seçim sürecine katması gerektiği yönünde bir hükmü, Ödünç İş İlişkisi Yasasının 14.maddesinin 3.fıkrasında düzenlemiştir¹²⁷.

¹²⁵ Bkz.: Betriebsverfassungsgesetz Art.99 Abs.1

¹²⁶ *Alpay Hekimler*; a.g.e., s.363.

¹²⁷ *Peter Meisel*, a.g.e., s. 108-109.

Yasa koyucu İşyeri Kurulune üç seçenek sunulmuştur. Bunlardan birincisi, İşyeri Kurulunun gelen talebi onamasıdır. Bu tarz bir onamanın verilmesi halinde işveren istihdamına karar verdiği kişiyi işe alıp çalıştırabilir¹²⁸. İkinci seçenek ise İşyeri Kurulunun kendisine tanınan süre zarfında herhangi bir beyanda bulunmamasıdır, ki bu durumda da işverenin talebini madde fıkrasında da belirtildiği üzere kabul ettiği anlamına gelmektedir. Üçüncü ve son seçeneği ise talebin reddedilmesidir.

2001 reformu ile bu alanda getirilen yeniliklerden birisi, işverenin, işyerinde istihdam etmiş olduğu belirli süreli çalışan bir işçi yerine, açık bulunan belirsiz süreli bir iş için aynı vasıflara sahip olmasına karşı işletme dışında bir işçii istihdam etmek isterse, İşyeri Kuruluna bu karara onay verme zorunluluğunun bulunmaması yönünde bir hüküm getirmiş olmasıdır. Böylelikle yasa koyucu, İşyeri Kuruluna işyeri bünyesinde belirli süreli olarak istihdam edilen işçilerin, belirsiz süreli bir iş ilişkisine geçmeleri konusunda destek sağlanması yönünde önemli bir inisiyatif tanımıştır. Getirilen diğer önemli bir değişiklikte, işyerinde yabancı düşmanlığı yaparak işyeri huzurunu bozmakta olan işçilerin, işyeri ile ilişkilerinin kesilmesi yönünde talepte bulunma hakkının getirilmiş olmasıdır.¹²⁹

Görüldüğü üzere işverenin, personel seçim sürecinde İşyeri Kuruluna tanınan hak gereğince aday işe almadan önce kurul bu sürece dahil etme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ancak İşyeri Kurulunun işverenin getirmiş olduğu öneriyi geri çevirmesi durumunda da aday işe alma hakkının tam olarak ortadan kalktığını söyleyebilmek mümkün değildir.

İşveren tarafından getirilen talebin reddedilmesi halinde bunun usulüne uygun olarak İşyeri Kurulu veya İşyeri Kurulunun yetkili kıldığı komitesi tarafından yapılması gerekir. Yasada açık bir şekilde İşyeri Kurulunun hangi hallerde işverenden gelen işe alma kararını onaylamama hakkına sahip olacağı ile ilgili kriterler sıralanmıştır.¹³⁰

Eğer İşyeri Kurulu işverenin aday gösterdiği kişinin istihdam edilmesi konusunda onay vermez, ancak işveren kararında diretirse, işveren İş Mahkemesine müracaat etmek suretiyle İşyeri Kurulunun onayının yerine geçecek bir kararın verilmesini talep edebilmektedir.¹³¹

11) İş ilişkisinin sona erdirilmesi

İşyeri Teşkilat Yasasının 120.maddesinin 1.fıkrası uyarınca bir işveren bir işçinin hizmet ilişkisini sona erdirmek istediğinde, fesih türüne bağlı

¹²⁸ *Wolfgang Hromadka*, Arbeitsrecht Handbuch für Führungskräfte, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2000, s.46.

¹²⁹ Bkz.: Betriebsverfassungsgesetz Art.99 Abs.2 Nr.6

¹³⁰ Kriterler ile ilgili bilgi için Bkz., *Alpay Hekimler*, a.g.e., s.370.

¹³¹ ayrıntılar için Bkz., a.g.e., s.370;

olmamaksızın önceden İşyeri Kurulunu dinlemek zorundadır, aksi halde gerçekleştirilen bir fesih işlemi İşçinin Feshe karşı Korunması yasasının 1.maddesinin 1.fıkrasının 3.cümlesine göre geçersiz sayılmaktadır.

Böylelikle işveren, İşyeri Kurulunu dinlemeden gerçekleştirdiği fesih geçersiz sayılmaktadır. Feshin geçerli sayılmasında İşyeri Kurulunun işverenin hizmet ilişkisini sona erdirilmesi konusundaki kararını onaylayıp, onaylamamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Kararın pratikte onaylanmasının veya onaylanmamasının bir önemi olmamak ile birlikte, İşyeri Kurulunun sürece dahil edilmiş olması iki açıdan önem taşımaktadır. Birincisi, bu hüküm fesih işlemi gerçekleştirilmeden nedenlerini ve bunun ne denli mantıklı bir karar olduğunu ortaya konmasına ve böylelikle acele karar verilmesine engel olunmakta, ikincisi karar sürecine bir ölçüde işçileri temsil eden bir organın dahil edilmesi ile kararın geniş tabanlı olarak alınmasına neden olabilmektedir¹³².

İşveren iş ilişkisini sona erdirmek istediği her işçi ile ilgili olarak İşyeri Kurulunu bilgilendirmek zorundadır. Her şeyden önce feshini düşündüğü kişinin kimliğini bildirmek zorundadır. Yasa maddelerinde bu konuda bir hükme yer verilmemiş olmak ile birlikte Federal İş Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar¹³³ uygulamanın bu yönde gelişmesine neden olmuştur.

6. Katılım Haklarının Genişletilmesi

İşyeri Kuruluna tanınmış olan katılım hakları toplu sözleşme veya işyeri sözleşmesi ile genişletilmesi imkanı tanınmış olmasına rağmen, bu olanak sınırlı durumlar için öngörülmüştür.¹³⁴ Ancak katılım haklarının genişletilmesi konusunda da yasada açık bir ifade bulunmadığı, bu nedenle gerek doktrinde, gerekse yargı kararlarında farklı görüşlerin ortaya çıktığını belirtmek gerekir.¹³⁵

Personel ve mesleki eğitime ilişkin konularda, İşyeri Kurullarının yönetime katılım hakları Toplu Sözleşmeler ile geliştirilmesi mümkün iken, bu konudaki tek istisnayı personel planlaması oluşturmaktadır. Çünkü yasa koyucu tarafından getirilen düzenlemeler katı bir model oluşturmamak ile beraber bu konudaki yapının da değiştirilmesinden yana olmadığı belirtilmektedir¹³⁶.

7. Uzlaştırma Kurulu

Tüm bireysel ve örgütsel ilişkilerde olduğu gibi, işverenin İşyeri Kurulu veya Genel İşyeri Kurulu ve Holding İşyeri Kurulu ile olan ilişkilerde

¹³² Bkz.: *Wilfried Berkowsky*, Die betriebsbedingte Kündigung, 5.Auflage, Verlag Beck, München, 2002, s. 426.

¹³³ Bkz.: BAG 16.9.1993 2 AZR 267/93 AP Nr.62 zu § 102.BetrVG 1972 EzA § 102 BetrVG 1972 Nr.84

¹³⁴ Bkz.: *Michael Wollenschläger*, a.g.e., s.362.

¹³⁵ Bu konudaki tartışmalar için özellikle Bkz.: *Däubler/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.115-117 ve s.1533-1534.

¹³⁶ Bkz.: *Dietrich/Hanau/Schaub*, a.g.e., s.1154, ve *Löwisch/Kaiser*, a.g.e., s.556.

uyuşmazlıklar ortaya çıkması doğaldır. Ortaya çıkan uyuşmazlıkların bir an önce bertaraf edilmesi hem işveren, hem de İşyeri Kurulu açısından büyük önem arz etmektedir.

İşyeri Teşkilat Yasasının 76.maddesi 1.fikrası, işveren ile işçileri temsil eden bu organlar arasında bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde bir uzlaştırma kurulumu (Einigungsstelle) oluşturulması gerektiğine yer vermiştir. Aynı fıkranın devamında işyeri sözleşmesi aracılığı ile sürekli bir uzlaştırma kurulunun da oluşturulabileceği ifade edilmiştir. Sürekli bir uzlaştırma kurulunun kurulmasının özellikle büyük ölçekli işyerleri için beraberinde birçok yarar getireceği şüphesizdir. Uygulamaya da bakıldığında işletmelerin büyük ölçekte bu yönde bir oluşuma gittikleri görülmektedir.

Böylelikle görüldüğü üzere yasa koyucu uyuşmazlık halinde tarafların iş mücadelesi araçlarına (grev-lokavt) baş vurma yolunu da kapatmıştır. Uzlaştırma kurulunu, işveren ve İşyeri Kurulu tarafından birlikte oluşturulan uyuşmazlıkları ortadan kaldırmak ile görevli olan, işyeri seviyesinde katılım sisteminin bir organı olarak görülmesi gerekir. Bu açıdan uzlaştırma kurulunu işyeri seviyesinde arabuluculuk organı olarak da değerlendirmek mümkündür.

Uzlaştırma Kurulunun yapısına baktığımız zaman, üyelerin dengeli olarak işveren ile İşyeri Kurulu arasında dağılması gerektiği ve tarafsız bir başkanın görev yaptığını görmekteyiz. İşveren kanadını temsil edecek olan üyeler işveren tarafından, işçileri temsil edecek olan üyeler İşyeri Kurulu tarafından belirlenmektedir. Burada gerek işveren, gerekse işçi temsilcisinin mutlak olarak işyeri bünyesinde çalışan bir kişi olması şartı aranmamaktadır.¹³⁷

Kurulda kaç üyenin görev yapması gerektiği ile ilgili bir hüküm bulunmamak ile birlikte, üye sayısının toplam dört olarak belirlendiği ve bu sayının, uyuşmazlık konusuna göre değiştirildiği görülmektedir.¹³⁸

İşyeri Teşkilat Yasasının 76.maddenin 1.fikrasına göre belirlenen üyelere tarafsız bir kişi başkanlık eder. Taraflar başkan konusunda uzlaşmak zorundadırlar. Başkanın seçimi taraflara bırakılabileceği gibi, doğrudan üyelere de bırakılabilmesi konusunda bir engel yoktur.¹³⁹ Taraflar başkan konusunda bir uzlaşma sağlayamazlarsa İş Mahkemesi bir başkan atar.¹⁴⁰

Uyuşmazlığın nedeni olan bir konunun çözüme bağlanması ile ilgili süreç konusunda yasada ayrıntılara yer verilmemiştir, ancak işletme sözleşmesi ile

¹³⁷ Bkz.: *Löwisch/Kaiser*, a.g.e., s.364.

¹³⁸ Bkz., a.g.e. s.364.

¹³⁹ ayrıntılar için Bkz.: *Günter.Schaub*, "Die Bestellung und Abberufung der Vorsitzenden von Einigungsstellen", *NZA-Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2000, s.1087.

¹⁴⁰ İş mahkemesi tarafından bir uzlaştırma komisyonuna başkan atanması konusundaki prosedür için Bkz.: *Däubler/Kittner/Klebe*, a.g.e., s.1070-1071; *Dradwot/Englbat*, a.g.e., s.572.

taraf lar bu konuda düzenlemelerde bulunmaları yönünde de bir engel bulunmamaktadır.¹⁴¹

Uzlaş tırma kurulu uyuşmazlığa konu olan olay ile ilgili olarak kendi arasında sözlü olarak görüş tükten sonra kararını oy çokluğu ile alır. Karar sürecinde başkan ilk aşamada oyunu kullanmaz. Oyların eşitliği durumunda tekrar bir görüş me yapıldıktan sonra bu sefer başkanın da katılımı ile tekrar bir oylama yapılır. Alınan karar yazılı olarak işveren ve İşyeri Kurulune bildirilir.

Uzlaş tırma kurulunun vermiş olduğu kararlar bağlayıcıdır ve çalışma ilişkileri üzerinde normatif bir etkiye sahiptir.¹⁴² Ancak uzlaş tırma kurulunun vermiş olduğu kararların yargı denetimine de tabi olduğunun belirtilmesi gerekir. Karara ilişkin itiraz gerek işveren gerek İşyeri Kurulu tarafından, kararın tebliğı edilmesinden sonra 15 gün içersinde İş mahkemesine yapılabılır.

IV. Sonuç

Almanya'da işçilerin yönetime katılım konusundaki talepleri XIX.yy ortalarına kadar geriye gitmektedir. Bu ülkeyi diğer, Avrupa ülkelerinin endüstri ilişkiler sistemin gelişim süreci açısından farklılaştıran en önemli faktör de yönetime katılımdır. Öyle ki, yönetime katılım talepleri örgütlenme ile paralel yürütülmüş, yönetime katılım örgütlenmeden, örgütlenme de yönetime katılımdan tarihsel gelişim süreci içinde destek almıştır.

Avrupa Birliğinin entegrasyon sürecinde¹⁴³ Alman katılım modelinin üye ülkelerin endüstri ilişkiler sistemlerinin uyumunda büyük katkılar sağladığını, ancak aynı zamanda da katılım haklarının başka hiçbir ülkedeki kadar kapsamlı olmaması nedeniyle uzlaşmaya varılmasında uyuşmazlıklara neden olduğ u bilinmektedir.

İşyeri Kurullarının Alman endüstri ilişkiler sistemi içindeki varlığı, konuya yabancı olan ülkelerin menfaat gruplarınc a genelde ürkütücü bir kurum olarak algılanmaktadır. Bu olgu, işveren örgütleri kadar olmasa da işçi örgütleri tarafından da paylaşılmaktadır. Ancak yönetime katılım sistemi içine girdikten sonra, İşyeri Kurullarının varlığı salt işveren üzerinde baskı oluşturan ve organizasyon sürecini engelleyen ve hatta sendikaların işyeri seviyesinde güçlerine yitirmesine neden olacak bir faktör olmadığı anlaşılmaktadır. Tam tersine İşyeri Kurullarının varlığı ve sendikalar ile birlikte yürütölen koordineli çalışmalar, sendikaların işyeri seviyesinde etkinliğini de güçleştirmektedir.

¹⁴¹ *Drachrodt/Engelbert*, a.g.e., s.573.

¹⁴² *Löwisch/ Kaiser*, a.g.e., s.371.

¹⁴³ Avrupa Birliğinin entegrasyon süreci için özellikle Bkz.: *Frank Pfetsch*, Die Europäische Union Eine Einführung, 2., erweiterte und aktualisierte Auflage, Wilhelm Fink Verlag, München, 2001: *Marcus Jachtenfuchs/Beate Kohler-Koch*, Europäische Integration, Leske+Budrich, Opladen, 1996.

Çalışma kapsamında ortaya konduğu gibi Alman yasa koyucusu Çalışma Konseylerin kuruluşundan, görev yapacak üyelerin sahip olması gereken niteliklerinden, görev sürelerine, örgütlenme yapılarına ve sahip oldukları katılım haklarına kadar birçok konuyu İşyeri Teşkilat Yasası ile hükme bağlamış ve bunun ötesinde taraflara işyeri sözleşmesi yolu ile düzenlemelere gitme yolunu açmıştır.

Federal Almanya’da yönetime katılım sisteminin varlığı çoğu zaman beraberinde işveren üzerinde ek maliyetler getirmesi ve uzlaşma sürecinin diğer ülke sistemlerine oranla daha uzun bir süreç olması sebebiyle, Almanya’nın, XX.yy ikinci yarısından sonra etkisini hızla göstermeye başlayan ve içinde yaşadığımız XXI. yy varlığını daha acımasızca gösteren uluslararası rekabet yarısından olumsuz etkilendiği gerekçesi ile eleştirilmektedir. Ancak burada unutulmaması gereken nokta, sürecin uzun olması ile birlikte belirli bir maliyet artışını da beraberinde getirmesine rağmen toplam maliyetlerin düştüğüdür.

Türkiye’de çalışanlara katılım hakkı tanınması yönünde ciddi çalışmalar 70’li yıllara kadar geriye gitse de uygulamada katılım¹⁴⁴, başta asgari ücret komisyonu, işin durdurulması veya kapatılması komisyonu, işçi ücretlerinden kesilen paraları kullanmaya yetkili kurul gibi alanlara sınırlı kalıp gerçek katılım hakkından ve Avrupa Birliği’nin asgari normlarının çok gerisinde kalmaktadır.

İfade edildiği üzere Alman yönetime katılım modeli Avrupa Birliği yasa koyucusunu da etkilemiştir. Bugünün Avrupa Birliği Müktesebatında üye ülkeler için bağlayıcı olan ve ulusal mevzuatlarını bu müktesebata göre dönüştürmek zorunda oldukları bir dizi belge kabul edilmiştir. 10/11 Aralık 1999 tarihlerinde Helsinki Zirvesinde Türkiye’ye aday statüsü tanınmış olmasına ve 2004 Aralık ayında müzakerelerin başlanıp, başlanmayacağı yönünde karar verilecek olmasına rağmen, bu konuda ülkemiz mevzuatının Avrupa Birliği’nin asgari normlarına düzenlemesi yönünde ciddi bir çalışmanın yapılmadığı görülmektedir.

¹⁴⁴ Türkiye’de çalışanların yönetime katılım hakları için özellikle Bkz.: *Öner Eyrenci*, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sosyal Diyalog ve İşçilerin Yönetime Katılması”, AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri (Ed.Alpay Hekimler), Beta, İstanbul, 2004, s.457-471.

KAYNAKLAR:

Bauer Jobst Hubertus/ Röder Gerhard, Taschenbuch zur Kündigung, 2.Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2000.

Berkowsky Wilfried, Die betriebsbedingte Kündigung, 5.Auflage, Verlag Beck, München, 2002.

Bertelsmann Stiftung, Bericht der Kommission Mitbestimmung, Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 1998.

Berufsbildungsgesetz (BBiG) vom 14 August 1969 (BGBl. I S.1112) Zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.Juni 2001 (BGBl. S. 1046) (BGBl. III/FNA 806-21).

Betriebsverfassungsgesetz vom 11.Oktober 1952 (BGBl. I S.681).

Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung des Gesetzes vom 15.1.1972 (BGBl. I S. 13).

Benz Wolfgang (Hrsg.), Die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main, 1989.

Blanke Thomas, Kollektives Arbeitsrecht Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrecht in Deutschland, 1840-1932, Hamburg, 1975.

Böttcher Inge, Die Arbeit im Betriebsratsgremium, IG Metall, Düsseldorf, November 2001.

Buchholz Klaus, Hinterm Horizont geht's weiter – Die Qualifizierung von Mitgliedern Europäischer Betriebsräte, IG Metal, Frankfurt am Main, 2004.

Bundesministerium für Arbeit und Sozilaordnung, Sozialbericht 2001, Bonn 2002.

Däubler Wolfgang, Kittner Michael, Klebe Thomas, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar für die Praxis, 8. überarbeitete und aktualisierte Auflage, Bund Verlag, München, 2002.

Dietrich Thomas /Hanau Peter/ Schaub Günter, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2.Auflage, Verlag Beck, München, 2001.

Drachold Hanz-G./ Engelbert Volker, Praktiker-Kommentar zum Betriebsverfassungsrecht, Verlag Neue Wirtschaftsbriefe Herne/Berlin, 2002.

Emerlich Volker/ Habersack Matihias, Aktien- und GmbH Konzernrecht, 3.Auflage, München, 2003.

Eyrenci Öner, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sosyal Diyalog ve İşçilerin Yönetime Katılması", AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri (Ed.Alpay Hekimler), Beta, İstanbul, 2004, s.457-471.

Fitting Karl/ Kaiser Heinrich/ Engels Gerd/ Heither Friedrich/Schmidt Ingried, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Handkommentar, 21. Auflage, 2002.

Gagel Alexander, SGB III Arbeitsförderung, Verlag Beck, München, 2003.

Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetz vom 27.7.2001, (BGBl I, S.1852).

Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) und zur Änderung anderer Gesetze, In der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I.158), - Neubekanntmachung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 7.8.1972 (BGBl. I S.1393) auf Grund des Art.4 Beschäftigungsförderungsgesetzes 194 vom 26.7.1994 (BGBl. S. 1786)-, Zuletzt geändert durch Art. 6 G v. 23.12.2002 I 4607.

Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten (Sprecherausschussgesetz – SprAuG) von 20. Dezember 1988 (BGBl. I S.2312) Geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. I S.1983).

Hamann Wolfgang, “Avrupa Birliğinde Profesyonel Ödünç İş İlişkisi”, AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri (Ed.Alpay Hekimler), Beta, İstanbul, 2004, s.549-568.

Hamann Wolfgang, “Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung”, JURA-Juristische Ausbildung, 25. Jahrgang, Heft 6/2003, s.361-368.

Hamann Wolfgang, Fremdpersonal im Unternehmen, RdW-Schriftreihe Das Recht der Wirtschaft, Boorberg, Stuttgart, 2002.

Hanau Peter, “Denkschrift zu dem Regierungsetwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes”, Recht der Arbeit, Heft 2, März/April 54. Jahrgang 2001, s.65-76.

Hansen Peter /Kastinger Wolfram, Zeitarbeit von A-Z, 1. Auflage, Beck-Wirtschaftsberater im dtv, München, 2001.

Heidemann Winfried, Weiterentwicklung von Mitbestimmung im Spiegel betrieblicher Vereinbarungen, Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf, 2000.

Hekimler Alpay /Wenz Martin, “Avrupa Anonim Şirketi (SE) - Temel Düşünce ve İşletmelerde Uygulama Olanakları -”, AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri (Ed.Alpay Hekimler), Beta, İstanbul, 2004, s.355-402.

Hekimler Alpay, “Avrupa Endüstri İlişkiler Sisteminin Belkemiği: Avrupa İşyeri Kurulları ve Uygulamaları”, AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri (Ed.Alpay Hekimler), Beta, İstanbul, 2004, s.309-354.

Hekimler Alpay, Federal Almanya’da Profesyonel Ödünç İş İlişkinin Yasal Çerçevesi, İşveren, Nisan 2004, s.34-38.

Hekimler Alpay, Almanya’da Faaliyet Gösteren Çokuluslu Şirketlerde İnsan Kaynakları Yönetimi, İstanbul, 2004. yayınlanmamış doktora tezi

Hekimler Alpay, Dünya Endüstri İlişkileri Sistemini Şekillendirecek Yeni bir Oluşum “Dünya Çalışma Konseyi” ve Volkswagen Modeli, Çimento İşveren, Eylül 2003, s.16-21.

Hekimler Alpay, “Federal Almanya’da İş İlişkilerinin Sona Erdirilmesinde İşyeri Teşkilat Yasası Kapsamında İşyeri Kurullarına Tanınan Katılım Hakları”, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003, Sayı 2-3, s.23-36.

Hekimler Alpay, Federal Almanya ve Çalışma Süreleri Yasası,” İşveren, 2/2003, s.19-22.

Hekimler Alpay, Federal Almanya’da Esnek Çalışma Sürelerinin Yasal Çerçevesi ve Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesinde İşyeri Kurullarının Katılım Hakları, TÜHİS, 1/2003, s.109-123.

Hekimler Alpay, “Avrupa Kolektif İş İlişkileri Alanında Başarı ile Uygulanan Bir Model: Volkswagen - Avrupa İşyeri Kurulu”, Çimento İşveren, Mart 2003, s.3-10.

Hekimler Alpay, “Avrupa Birliğinde Faaliyet Gösteren Çokuluslu Şirketler için Yeni bir Dönem -Avrupa Anonim Şirketi-“ Çimento İşveren, Eylül 2002, s.4-10.

Hoffmann Dietrich/ Preu Peter, Der Aufsichtsrat – Ein Leitfaden für Aufsichtsräte, 5. neubearbeitete und ergänzte Auflage, Verlag Beck, München, 2003.

Hromadka Wolfgang, Arbeitsrecht Handbuch für Führungskräfte, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2000.

http://www.bundesregierung.de/servlet/init.cms.layout.LayoutServlet?global.naviknoten=413&link=bpa_notiz_druck&global.printview=2&link.docs=30723 Erişim 25.06.2004

- <http://www.bundeskanzler.de/weitere-meldungen.8304.570081a.htm?>, Erişim 29.01.2004.
- Hüffer Uwe**, Aktiengesetz, 5.Auflage, Beck, München, 2002.
- Jachtenfuchs Marcus / Kohler-Koch Beate**, Europäische Integration, Leske+Budrich, Opladen, 1996.
- Jaeger Rolf**, Betriebsverfassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland in: Mitbestimmung in der aktuellen Diskussion, Hans-Böckler-Stiftung, ty.
- Junker Abo**, "Der Standort der deutschen Betriebsverfassung in Europa", RIW-Recht der Internationalen Wirtschaft, Heft 2, Februar 2002, 48.Jahrgang, s.81-87.
- Keim Helmut / Steffens Heiko (Hrsg.)**, Wirtschaft Deutschland, Daten-Analysen-Fakten, Bundeszentrale für politische Bildung, Köln, 2000.
- Kittner Michael/ Däubler Wolfgang / Zwanziger Bertram**, Kündigungsschutzrecht Kommentar für die Praxis, Bund Verlag, 5.Auflage, Frankfurt/Main, 2001.
- Kunz Olaf**, Interessenvertretung im Betrieb, Unternehmen und Konzern, IG Metall, Dusseldorf, 1998.
- Kündigungsschutzgesetz (KSchG) In der Fassung der Bekanntmachung vom 25 August 1969 (BGBl. I S. 1317) Zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Juli 2001 (BGBl. I S. 1852).
- Küttner Wolfdieter**, Personalbuch 2002, Verlag Beck, München, 2002.
- Lehmann Hans Georg**, Deutschland-Chronik 1945 bis 2000, Bundeszentrale für politische Bildung, Schriftenreihe Band:366, Bonn, 2000.
- Leinemann Wolfgang/ Taubert Thomas**, Berufsbildungsgesetz Kommentar, Verlag Beck, München, 2002.
- Linnenkohl Karl I/ Raschenberg Hans-Jürgen**, Arbeitszeitgesetz Handkommentar, 2.Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2004.
- Löwich Manfred/Kaiser Dagmar**, Betriebsverfassungsgesetz, 5.neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2002.
- Löwisch Manfred/Spinner Günter**, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9. überarbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2004.
- Meisel Peter G.**, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, 9. neu bearbeitete Auflage, Deutscher Instituts-Verlag, Köln, 2001.
- Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz). Vom 8.Januar 1963 (BGBl. I.S. 2) Zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Juni 2001 (BGBl. I.S. 1046)
- Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz, Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, vom 7.August 1956. (BGBl. S.1852).
- Montan-Mitbestimmungsgesetz, Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, vom 21.Mai 1951 (BGBl. I S.347).
- Nagel Bernhard/Köklü, Alper**, Die Europäische Aktiengesellschaft und die Beteiligung der Arbeitnehmer, WiST Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 32.Jahrgang, 12/2003, s.713-719.

- Niedenhoff Horst Udo**, "Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland", in: Soziale Marktwirtschaft, Institut der deutschen Wirtschaft (Hrsg.), Köln, 1997. S.287-369.
- Pfetsch Frank**, Die Europäische Union Eine Einführung, 2., erweiterte und aktualisierte Auflage, Wilhelm Fink Verlag, München, 2001.
- Raiser Thomas**, Mitbestimmungsgesetz Kommentar, 4.neubearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2002.
- Ramsauer Ulrich/ Stallbaum Michael**, Mein Recht auf BAföG, Verlag Beck, 4.Auflage, München, 2003.
- Reichold Hermann**, "Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung – Die Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer", in: NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht), 6/2003, s.289-299.
- Reichold Hermann**, "Die reformierte Betriebsverfassung 2001- Ein Überblick über die neuen Regelungen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes", NZA-Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 16/2001, s.857-871.
- Richardi Reinhard /Annuß Georg**, "Neues Betriebsverfassungsgesetz: Revolution oder strukturwahrende Reform?" Der Betrieb, Heft 1 vom 5.1.2001, s.41-46.
- Roos Bernd**, Rechte und Pflichten von Betriebsratsmitgliedern, IG Metal, November, 2001.
- Rüb Stefan**, Europäische Betriebsräte – Gute Gründe für die Errichtung von Europäischen Betriebsräte, IG Metal, Frankfurt am Main, 2003.
- Schaub Günter**, "Die Bestellung und Abberufung der Vorsitzenden von Einigungsstellen", NZA-Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2000, s.1087.
- Schaub Günter**, Arbeitsrechts-Handbuch, 9.überarbeitete Auflage, Beck Verlag, München, 2000.
- Schröder Wolfgang/ Thierron Bernt**, Europa Sozial Gestalten Zukunft der industriellen Beziehungen in Europa, IG Metal, Frankfurt am Main, 2003.
- Schüppen Matthias/ Schaub Bernhard**, Münchener Anwalts-Handbuch Aktienrecht, München, 2004.
- Spellbrink Wolfgang / Eicher Wolfgang** Kaseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, Verlag Beck, München, 2003.
- Steiert Robert**, Europäische Betriebsräte, Weltbetriebsräte und deren Betreuung als Prüfsteine internationaler gewerkschaftlicher Politik, Frankfurt, 2000.
- Theisen Manuel René /Wenz Martin (Hrsg.)**, Die Europäische Aktiengesellschaft, Schäffer Poeschel Verlag, Stuttgart, 2002.
- Uhl Hans-Jürgen**, "Der Volkswagen Weltkonzernbetriebsrat", Personalwirtschaft, 10/99, s.58-61.
- Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz - Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung –WO) vom 11.Dezember 2001 (BGBl I 3493).
- Wassermann Wolfram**, "Die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes eröffnet Entwicklungschancen", WSI-Mitteilungen, 2/2002, s.84-90.
- Weber Jürgen (Hrsg.)**, Aufbau und Neuorientierung. Die Geschichte der Bundesrepublik 1950-1955, Landesberg am Lech, 1998.

- Wilhelm Gerhard/ Lindemann Achim**, Unternehmenshandbuch Arbeitsrecht, 2., neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002.
- Winkler Heinrich August**, Deutsche Geschichte vom Ende des Alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2000.
- Wollenschläger Michael**, Arbeitsrecht, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2004,

İŞ HUKUKUNDA

EĞİTİM KARŞILIĞI ÖNGÖRÜLEN CEZAI ŞART

Yrd. Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR*

I. Cezai Şart Kavramı ve İş Hukukunda Uygulaması

Borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilememesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı üstlendiği edim olarak tanımlanan¹ cezai şart, kaynağını tarafların iradesinde bulur ve sebebi asıl borcun garanti altına alınmasıdır². Bu açıdan bakıldığında cezai şart, akde aykırılığa karşı etkili bir silah olarak görünür; sözleşmede yer alan ceza şartını içeren hüküm sayesinde borçlu, zamanında ve gereği gibi borcunu ifa etmeye zorlanır³. Gerçekten, borcun ihlal edilmesi halinde nasıl hesaplanacağı ve ne kadar tutacağı henüz belirsiz olan bir tazminat yükü altına girmekten pek fazla çekinmeyecek olan borçlu, borcu ihlal ettiği anda alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaksızın doğacak önceden belli bir cezanın kararlaştırılması durumunda, daha dikkatli ve özenli davranma zorunluluğu duyacaktır⁴. Ancak sözleşme taraflarının eşitsizliği, güçlü olan tarafın diğerine son derece yüksek miktarlarda cezai şart empoze etmesi sonucunu doğurabilir. Bu sakıncalı durumu önlemeye yönelik olarak Borçlar Yasamızda özel bir düzenleme mevcut bulunmaktadır. Buna göre, taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler (BK m.161/I), ancak hakim aşırı gördüğü cezaları indirmekle

* *Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş Hukuku ve S.G. Hukuku*

¹ S.Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1995, 356; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, 341; F. Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.II, İstanbul 1977, 388; P-H. *Antonmattei*, *Contrat de Travail (Conclusion)*, Ed. Juris-Classeur-1997, (Travail/Traité), Fasc. 17-12, 26.

² D. *Mazeaud*, *Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, Droit Social* Avril 1994, 344; *Antonmattei*, *Contrat de Travail*, 26.

³ *Mazeaud*, *Les Clauses Pénales En Droit Du Travail*, 344.

⁴ *Oğuzman/Öz*, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.I, İstanbul 1987; C.II, İstanbul 1991, 385; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 342.

yükümlüdür (BK m.161/III)^{5,6}. Kanunda yargıca verilen tenkis yetkisi, uygulamada cezai şartı önemli hale getiren unsur olarak dikkat çekmektedir. Bu anlamda, bir hükmün cezai şart olarak vasıflandırılması, borçlu için söz konusu tenkis hükmünden yararlanma fırsatını yaratmaktadır. Bu açıdan bir hükmün cezai şart olup olmadığının belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde borçlunun alacaklıya karşı ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşma olarak tanımlanan⁷ cezai şart kavramının temelinde öncelikle bir borcun ifasını garanti altına alma unsuru bulunur. Bu unsuru taşımayan bir sözleşme hükmü, hukuki anlamda “cezai şart” değildir⁸. İş hukukunda tartışma özellikle yasal tazminat hükümlerini arttıran sözleşme hükümlerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, Fransız Hukukunda, yasal fesih tazminatlarının (kıdem ve ihbar tazminatları) yerini alan akdi tazminatların genel olarak yargı tarafından cezai şart olarak değerlendirildiği ve yargıcın bunlara ilişkin tenkis yetkisini kullanabileceği kabul olunmaktadır⁹.

Kanımızca, feshe ilişkin olarak yasalarda öngörülen tazminat hükümlerini arttıran sözleşme hükümlerinin kategorik cezai şart olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Nitekim, ihbar önellerini veya ihbar tazminatını arttıran bir sözleşme hükmü cezai şart değildir. Buna karşılık öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre, ihbar tazminatı miktarını arttıran sözleşme hükümlerinin cezai şart olarak vasıflandırılması gerekir. Bunun sonucu olarak, koşulların varlığı halinde hakim fahiş olan cezai şartı indirimine tabi tutabilecektir¹⁰. Benzer biçimde Fransız Yargıtayı da aşırı miktarlara ulaşan akdi ihbar tazminatlarını cezai şart olarak vasıflandırmıştır¹¹. Bu konuda gösterilen gerekçeye göre, burada akdi fesih tazminatı, işçinin uğrayacağı zarara karşılık olarak götürü bir şekilde saptanmış

⁵Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 354 vd; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 356.

⁶ Aynı şekilde, Fransız Hukukunda da Medeni Kanunun 1152. maddesinin 2. fıkrasında “*hakim aşırı bulduğu cezayı indirebilir*” hükmüne yer verilerek bizdekine paralel bir düzenleme yapılmıştır. Fransız Hukukunda, 1975 yılında yapılan düzenlemeye kadar, Kanunda yargıca bu şekilde bir revizyon yapma ve cezai şartı tenkis etme yetkisi tanınmış değildi. Nitekim, Fransız Yüksek Mahkemesi de, Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesindeki “*akitlerin bağlayıcılığı*” ilkesini uygulayarak, sözleşmelerde benimsenen cezai şartları mutlak bir şekilde kabul etmekteydi. Bunun üzerine, yasa koyucu müdahale ederek, 1152. maddeye cezai şartın aşırı bulunduğu takdirde yargıç tarafından indirilebileceği esasını düzenleyen ikinci fıkrayı ilave etmiştir (Bkz. *Mazeaud*, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, 344; ayrıca bkz. I.*Chevalier*, La Clause Pénale dans le Contrat de Travail, SS.Lamy, No.662, 13.9.1993, 4-5.

⁷ Oğuzman/ Öz, 384; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 362; Feyzioğlu, 388-389.

⁸ *Mazeaud*, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, 347.

⁹ *Chevalier*, La Clause Pénale dans le Contrat de Travail, 4; *Mazeaud*, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, 348; *Antonmattei*, Contrat de Travail, 26-27.

¹⁰ A.*Güzel*, İHU, İş K. m.13 (No. 12)

¹¹ Soc. 17 Avril 1991, *Chevalier*, La Clause Pénale dans le Contrat de Travail, 4.

olup, yüksek bir miktara ulaşmasıyla işvereni fesih yoluna başvurmadan caydırıcı bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemeler cezai şart kavramının unsurlarını taşımaktadır¹². Ancak öğretide, bu nitelendirmenin isabetsiz olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, bir hükmün cezai şart olarak vasıflandırılabilmesi için sözleşmeden kaynaklanan bir borcun varlığı ve bunun ihlalinin söz konusu olması gerekir. Bu anlamda, işverenin belirsiz süreli bir iş sözleşmesini feshetmesi durumunda her zaman bir borcu ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Burada işveren belirsiz süreli hizmet akitlerinin bir unsuru olan tek taraflı fesih hakkını kullanmaktadır¹³. Kanımızca, Fransız Hukuku öğretisinde ileri sürülen görüşler ve yasal fesih tazminatlarını (ihbar ve kıdem tazminatlarını) arttıran sözleşme hükümlerini cezai şart olarak niteleyen Fransız Yargıtayı kararlarına yönelik eleştiriler isabet taşımaktadır. Gerçekten, ihbar tazminatı miktarını arttıran bir sözleşme hükmü, herhangi bir borca aykırılığı yaptırıma bağlamamaktadır. Yine kıdem tazminatı miktarını arttıran bir sözleşme hükmü de cezai şart değildir. Ancak bu artırımı karşılık olarak işverene bir yükümlülük getirilmişse, söz konusu hüküm teknik anlamda bir cezai şart niteliğini kazanacaktır. Nitekim işverenin fesih hakkı sınırlandırılmış ve bu sınırlamalara uymaması durumunda yasal fesih tazminatını arttırmalı şekliyle ödemek zorunda olduğu düzenlenmişse ortada bir cezai şartın varlığı kabul edilmelidir. Gerçekten, bu halde işverenin sözleşmeyi fesih yoluna gitmesi, sözleşmeden doğan bir borcun ihlali anlamını taşıyacaktır¹⁴. Ancak bu durumda da yargıcın ilgili sözleşme hükmüne müdahalesi ve bunu tenkis etmesi söz konusu olabilecektir. Bu anlamda, toplu iş sözleşmesi uygulamasında işverenin feshe karşı koruma konusunda getirilen yükümlülüklerine uymaması halinde öngörülen ceza yaptırımları, bu yönüyle cezai şart kavramının incelediğimiz unsurunu taşımaktadır. Nitekim Yargıtay da, toplu iş sözleşmesinin “sendikanın yönetim, denetim ve disiplin kurulu üyeleri, işyeri sendika temsilcileri sırf sendikal faaliyetleri nedeniyle cezalandırılmaz ve hizmet akitleri bu nedenle bozulamaz. Bu maddeye aykırı olarak işten çıkarılanların kıdem tazminatları iki kat fazlasıyla ödenir” şeklindeki bir toplu iş

¹² Bu konuda bkz. M. *Défossé*, Fransız Yüksek Mahkemesinin 14 Mayıs 1987 tarihli kararına ilişkin incelemesi, *La Semaine Juridique, éditions Entreprise*, No.8, 166, dn. 14’ de yer alan mahkeme kararları; *Mazeaud*, *Les Clauses Pénales En Droit Du Travail*, 348; *Antonmattei*, *Contrat de Travail*, 26-27.

¹³ *Défossé*, 166; *Mazeaud*, *Les Clauses Pénales En Droit Du Travail*, 348; buna karşılık belirli süreli hizmet akitleri bakımından, sözleşmenin süresinden önce nedensiz feshini yaptırıma bağlayan tazminat hükümleri teknik anlamda cezai şart niteliği taşımaktadır (*Défossé*, 166, dn. 15; *Antonmattei*, *Contrat de Travail*, 27; *Mazeaud*, *Les Clauses Pénales En Droit Du Travail*, 348; belirli süreli hizmet akitleri ve cezai şart konusunda bkz. G. *Alpagut*, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, Ankara 1993, 193 vd.

¹⁴ *Mazeaud*, *Les Clauses Pénales En Droit Du Travail*, 348; *Antonmattei*, *Contrat de Travail*, 27; bkz. *Chevalier*, *La Clause Pénale dans le Contrat de Travail*, 4.

sözleşmesi hükmünü cezai şart olarak vasıflandırmıştır¹⁵. Aynı şekilde, toplu iş sözleşmesinde yer verilen, kanuni olmayan sebeplerden dolayı akdin feshinde kıdem tazminatının iki misli ödeneceğini öngören hüküm, Yargıtay'a göre cezai şarttır¹⁶. Fesih hakkına ilişkin akdi sınırlamalar ve cezai şart hükümleri incelenirken belirtmek gerekir ki, yeni iş yasasının iş güvencesini düzenleyen hükümleri içinde, sözleşmeler ile iş güvencesine ilişkin olarak getirilebilecek düzenlemeler bakımından önemli bir kısıtlama getirilmiştir. Gerçekten iş yasasının 21. maddesinin son fıkrasına göre, aynı maddenin "birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir surette değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir". Burada sözü edilen birinci fıkra, mahkemece kararlaştırılacak tazminat miktarını, ikinci fıkra en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların işverence ödenmesini, üçüncü fıkra ise bildirim sürelerine ait ücretin ayrıca ödenmesini veya ödenmiş ise, dört aylık ücretten mahsubunu düzenlemektedir. Böylece 21. maddenin söz konusu fıkra hükümleri mutlak emredici bir hale getirilmiş olup, bunun sonucu olarak toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile anılan fıkra hükümlerine ilişkin olarak işçi lehinde değişiklikler yapılamayacaktır¹⁷.

İş sözleşmesinde zayıf taraf olan işçi aleyhine öngörülen cezai şart hükümlerinin geçerlilik koşulları son yıllarda öğretilen tartışılan ve yargı kararlarına da konu olan bir konuyu oluşturmaktadır. Yargıtay, bu konuya öncelikle "cezai şartın karşılıklı olup olmaması" noktasından yaklaşmış ve cezai şart işçi ve işveren açısından karşılıklı olarak değil de salt işçi için öngörülmüşse, bunun tek yanlı olarak işçi aleyhine yapılan bir düzenleme niteliğinde olduğu gerekçesiyle işçiyi bağlamayacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁸. Yine Yüksek Mahkemeye

¹⁵ Buna karşılık karara ekli karşı oy yazısında, tarafların burada amacının sadece kıdem tazminatı miktarını arttırmak olduğu ve tarafların cezai şart kabul etmek istemeleri durumunda bunu açıkça belirtmelerinin gerekli olduğu belirtilmiştir. Kararı inceleyen *Akyığıt* de, ortada bir cezai şart olmadığını ileri sürmüştür (Y.9HD, 17.1.1991, E.1990/9306 K.1991/207, İHD, Nisan-Haziran 1991, 268-278).

¹⁶ Y.9HD, 24.9.1992, E. 1992/3164 K.1992/10375, YKD Şubat 1994, 221.

¹⁷ Bkz. N. *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, 217; A. *Güzel*, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İst. Barosu yay. 2004, 117-118.

¹⁸ Y. 9.HD, 17.11.1992, E. 1992/8777 K. 1992/12603 ve P. *Soyer*'in incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1993, 306-308; belirli süreli hizmet akdi için de aynı yolda 3.6.199 1997/7529 K. 1997/1 0660, YKD, Eylül 1997, 1427-1428; akdin belirli ya da belirsiz süreli olmadığı belirtilmediği karar, 8.4.1977, E. 1997/1090 K. 1997/7099, Tekstil İşv. D, Ağ 1997, 15-16; 26.6.1997, E. 1997/10135 K. 1997/13040, C.İ. *Günay*, İş Kanunu I, Ankara 1999, 300; HGK, 17.12.1997, E. 1997/9-816 K. 1997/1062, Tekstil İşv. D, Mart 1999, 15-16; 21.1.191 1997/19361 K. 1998/389, Tekstil İşv. D, Mayıs-Haziran 1998, 14; 2.3.1998. E. 1997/215; 1998/2833, YKD, Ekim 1998, 1483-1484; buna karşılık, işçi

göre, işçinin aleyhine daha fazla miktarda cezai şartın öngörülmüş olması halinde, daha düşük olan, işveren aleyhindeki cezai şartın göz önünde tutulması ve bunun üzerindeki kısmın geçersiz sayılması gerekir¹⁹.

Yargıtayın yukarıda açıklanan kararlarındaki cezai şartın tek yanlı ve işçi aleyhine olması gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiği şeklindeki görüşü yerinde görülebilir. Çünkü, İş Hukukunda genellikle, işsizliğin yaygın olduğu ülkemizde iş bulma güclüğü içinde olan ve ekonomik bakımdan güçsüz durumda bulunan işçinin korunması gerekir. İşçinin hizmet sözleşmesi yapılırken pazarlık iradesinin varlığından genellikle söz edilemeyeceğinden tek taraflı şartı kabul etmek zorunda kalması olasıdır²⁰. Ancak işverenin işçiye sağladığı eğitim karşılığı olarak öngörülen cezai şartların tek yanlı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılmaması gerektiği genel olarak öğretide kabul edilmekte²¹ ve yargı kararlarının da bu anlayış doğrultusunda geliştiği görülmektedir²². Bununla birlikte, işçi aleyhine eğitim karşılığı öngörülen cezai şart hükümlerinin mutlak anlamda geçerliliği kabul edilmemektedir. Gerçekten gerek Yargıtayın bugüne kadarki içtihadı gerekse de öğretideki görüşler incelendiğinde, bu gibi sözleşme hükümlerine çok önemli sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Eğitim karşılığı öngörülen cezai şart hükümleri çalışmamızın konusunu oluşturmakta olup, söz konusu düzenlemelerin geçerliliği ve bunlara getirilen sınırlamalar aşağıda incelenecektir.

leyhine kararlaştırılan cezai şart geçerlidir (27.12.1999, 17469 K. 1999/20361, Çimento İşv. D, Mart 2000, 38-39).

¹⁹ Y. 9.HD, 26.3.1997, E. 1996/22867 K. 1997/6102, *Günay*, İş Kanunu I, m. 13 dn. 125.

²⁰ S. *Süzek*, Hizmet sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 120-121.

²¹ Bu konuda bilgi için bkz. P. *Soyer*: Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 363-380; N. *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, 181-182; Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1999, Genel görüşmede *Şahin, Uçum ve Şahlanan*'ın açıklamaları, 160-161; K. *Bakırzı*, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi Ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2004, 176; *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, 182.

²² Bkz. Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Seminerinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesi C.İ. *Günay*'ın açıklaması, 174; Y.9HD, 4.5.1999, 6271/8515; Y.9HD, 16.12.2002, 9301/23749; Y.9HD, 10.3.2004, E. 2003/14720, K.2004/4609, Legal Hukuk Dergisi, 2004, sayı 3, 1019.

II. Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şartın Geçerlilik Koşulları

1. Verilen Eğitim ile İşçinin Ödemesi Gereken Bedel Arasında Denge Olması Koşulu

Hizmet sözleşmesinde işçi aleyhinde cezai şart öngörülmesi, ekonomik yönden güçlü işverenin çok yüksek miktarda bir tutarı işçiye kabul ettirmesi riskini de beraberinde getirmektedir. Nitekim Yargı kararlarında getirilen sınırlamaların temelinde bu düşünce yatmaktadır. Gerçekten, konuya ilişkin yargı kararları incelendiğinde, işçi aleyhine getirilen cezai şartın geçerli sayılabilmesi için, “işçiye verilen eğitim” ile “işçinin ödemesi gereken bedel” arasında bir denge olması koşulunun arandığı görülmektedir. Buna göre, işverenin yaptığı eğitim harcamalarının üzerinde bir miktarı işçiden talep edebilmesi mümkün olmamalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 4.5.1999 tarihli ve 6271/8515 sayılı kararında “... anılan hüküm cezai şartla birlikte yapılmış olan eğitim giderlerinin tahsili amacını gütmektedir. Bu düzenleniş şekli itibarıyla karma bir niteliği haizdir. Cezai şart bakımından varılan sonuç isabetli ise de eğitim giderlerinin tahsili açısından hüküm üzerinde durularak bir inceleme ve değerlendirme yapılması zorunluluğu vardır. Bu durumda davacının yönetici adayı eğitimi programında davalı işçi için yapılan masraflarla belgeleri ibraz etmesi ve bunlara göre belirlenen masrafların çalışılan ve çalışılmayan süre bakımından bir oranlama yapılarak ... tahsiline kadar vermek gerekir” sonucuna varmıştır²³.

Yargıtayın bu görüşü öğretide de paylaşılmakta olup²⁴ kanımızca da isabet taşımaktadır. Gerçekten, bu gibi sözleşmelere mücerret olarak eğitim masrafı karşılığı şeklinde belirli bir meblağın konulmuş ve işçinin de bunu kabul etmiş olması yeterli değildir. İşveren ancak fiilen yaptığı masrafları isteyebilecektir. Bu

²³ Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 16.12.2002 tarihli ve 9301/23749 sayılı kararı ile onanmış olan Kartal 1. İş Mahkemesinin kararında da, davacı için yapılan eğitim harcamaları ve diğer harcamalar mahkemece tespit edilmiş ve işverenin ancak varlığı ispatlanan harcama tutarlarını talep edebileceği kabul edilmiş, bu miktarı aşan kısma ilişkin talep reddedilmiştir. Kartal 1. İş Mahkemesi davacının eğitim programını, eğitim karşılığını, eğitim için işten ayrı kalınan zamanları son derece ayrıntılı ve hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde tespit etmiş ve kararını bu matematiksel mantığa dayandırmıştır. Anılan karara konu olan olayda işveren cezai şart alacağı olarak 11.906.078.004 TL talep etmiş, Mahkeme ise sadece saptanan somut masraf karşılığı olarak 697.931.750.TL’ sının talep edilebileceğine hükmederek cezai şartı yapılan eğitim harcaması tutarına indirgemıştır (karar yayınlanmamış olup, özel arşivimizdedir).

²⁴ *Soyer*, agm. 376; *Ö.Ekmekeçi*, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 67.

konuda öğretide de ifade edildiği üzere²⁵ burada cezai şart adı altında eğitim giderlerinin iade edilmesini sağlamak amacı izlendiği için, işveren en çok yaptığı masraflar kadar bir paranın ödenmesini talep edebilir. Dolayısıyla, bu noktada işverenin yaptığı masrafların kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu masraflar kapsamına, öncelikle doğrudan eğitim için yapılan harcamalar girer. Nitekim eğitim şirketlerine ödenen paralar, eğitmenlere ödenen ücretler geri ödemeye konu olabilir²⁶. Aynı şekilde eğitim malzemesi sağlamak için yapılan ödemeler, yol paraları gibi giderler de işverenin geri ödenmesini isteyebileceği masraflar kapsamına girer²⁷. Bunun dışında eğitim süresince işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları arasında yer alıp almayacağı duraksama yaratabilecek, yargı kararlarında da netlik kazanmamış bir konudur²⁸. Bize göre, kural olarak eğitim sırasında işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları arasında yer almaması gerekir²⁹. Ancak öğretide ve bazı yargı kararlarında eğitim sırasında işçinin çalışmasına devam edip etmemesine göre bir ayırımı gidilerek değerlendirme yapıldığı da görülmektedir. Nitekim, eğitim çalışma saatleri içinde gerçekleştirilmişse, işverenin işçiye çalışma karşılığı olmaksızın ödediği ücretlerin geri ödeme kayıtları içinde yer alabileceği, böyle bir durumda, çalışmayarak kurs veya eğitimde geçen süreler hesaplanarak, bu süreler ait ücretlerin geri ödeme kapsamı içinde nitelendirildiği de görülmektedir³⁰. Buna karşılık işçi eğitim sırasına aynı zamanda çalışmaya devam etmekte ise işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları içinde yer almaması gerektiği ifade edilmektedir³¹. Aynı şekilde

²⁵ *Soyer*, agm. 376.

²⁶ V.*Karagöz*, Hizmet Sözleşmesinde Cezai Şart, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 2004, 192; bkz. *Soyer*, agm. 375-376.

²⁷ *Soyer*, agm. 376, dn76.

²⁸ Bkz. Y.9HD, 4.5.1999, 6271/8515, Yasa Hukuk Dergisi, Ekim 1999, 1302-1303; Y.9HD, 29.3.2000, 507/4100, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 200, 33-34, Y.9HD, 19.9.2001, 10099/14114, *Karagöz*, 208 dn.805.

²⁹ Aynı şekilde C.İ: *Günay*, Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Seminerinde, "...bir yerde vasıflı bir elemana ihtiyaç var, yüksek okul mezunu bir kişiyi işe aldı banka, yetiştiriyor, artık burada aralarında bir hizmet akdi vardır, ücret de o kursa katılmanın karşılığıdır. Yani 7-8 gelip orada dinliyor, bunun karşılığıdır, bence o ücreti geri alamaz. Dairemiz de bu şekilde karar vermektedir" şeklinde bu yoldaki görüşlerini dile getirmiştir (ag. seminer, 150-151) .

³⁰ Yukarıda da belirtilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 16.12.2002 tarihli ve 9301/23749 sayılı kararı ile onanmış olan Kartal 1. İş Mahkemesinin kararında, işçinin 112 gün boyunca yarım gün kursa gittiği tepsi olunduktan sonra, bu süreye ilişkin (112 günlük) ücreti belirlenmiş, daha sonra kursun yarım gün olması sebebi ile hesaplanan tutar ikiye bölünerek işçinin çalışma karşılığı olmaksızın aldığı ücretler saptanmıştır. Saptanan bu tutarlar da kurs ücretlerine eklenerek işverenin yaptığı masraflar belirlenmiştir.

³¹ *Soyer*, agm. 376, dn. 76; *Ekmekeçi*, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi , 67; *Karagöz*, 193.

işçi için yapılan vergi ve sigorta prim kesintilerinin de işverence istenebilecek giderler kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği haklı olarak belirtilmektedir³².

Mahkeme işverence istenebilecek cezai şart miktarını işverence yapılan masrafları dikkate alarak belirleyecektir. Mahkemenin bu tespiti yaparken, ayrıca eğitimden gerçek anlamda kimin daha fazla yararlandığı, eğitimin asıl borcun ifa edilmesi için mutlak anlamda gerekli olup olmadığı, işçinin eğitim sayesinde mesleki gelişim ve ilerleme şansının artıp artmadığı olgularını da dikkate alması uygun olacaktır³³. Nitekim bu şekilde işverenin sağladığı eğitim ve cezai şart arasında bir denge kurulması mümkün olabilecektir.

Hukukumuzda öğreti ve Yargıtay tarafından ortaya konulan, eğitim ve cezai şart arasında denge olması koşulunun Mukayeseli İş Hukukunda da benimsendiği görülmektedir. Gerçekten, Fransız Hukukunda yargı kararları incelendiğinde, işçi aleyhine getirilen cezai şartın yapılan fiili harcamalarla dengeli olması gerektiği, aksi halde bunun Fransız Medeni Kanununun 1152. maddesi uyarınca tenkis edileceği sonucuna ulaşılmaktadır³⁴. Fransız Hukukunda olduğu gibi, Alman Hukukunda da geri ödeme kayıtlarının mutlak olarak geçerli sayılmayacağı kabul edilmektedir³⁵. Tüm bu açıklamalarımızdan çıkan sonuç, işverenin ancak varlığı açıkça ortaya konulan eğitim harcamalarını talep edebileceğidir. Bu noktada, öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere, olası bir uyumsuzlukta işveren fiilen yaptığı masrafları kanıtlamakla yükümlü olacaktır³⁶. Nitekim eğitim harcamaları konusunda ispat yükünün işverende olduğu Yargıtayın 10.3.2004 tarihli kararında net biçimde ifade edilmiştir. Gerçekten Yüksek Mahkemeye göre “...Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, **davacı taraf eğitim gideri olarak harcama yaptığını ispatladığı takdirde** bu tür eğitim giderlerine davalı işçinin çalıştığı süre, eğitimden yararlanan sayısı dikkate alınarak ve oranlanarak davalıya düşen eğitim giderine hükmetmek gerekir”³⁷.

Gerek yargı kararlarında, gerekse de öğretide kabul edilen bu sonucun Borçlar Hukukuna ilişkin bir kurum olan “cezai şart”a ilişkin esaslarla bağdaşmadığı düşünülebilir. Gerçekten, Borçlar Hukuku öğretisinde kabul edildiği üzere “alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden bir zarara uğramamış olsa dahi, borçlu kararlaştırılan cezayı ödemekle yükümlüdür. Yine alacaklının zarara uğradığını ve miktarını ispat ile yükümlü tutulmaksızın şartları

³² Karagöz, 193.

³³ Bkz. Soyler, agm. 373-374; Karagöz, 193-195.

³⁴ Cass. Soc. 18/06/81, clinique de la croix blanche c/Charrelet et Clayeux ; Cour d’appel de Toulouse du 10/07/86, Contreras c/Sancho, A. Hüge, Clause De Dédit-Formation Ce Qu’il Faut Savoir, <http://www.tripalium.com/gazette/gazette2000/articles/deditform1.htm>

³⁵ Bkz. Soyler, agm. 373 vd.

³⁶ Ö.Ekmekeçi, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi , 67.

³⁷ Y.9HD, 10.3.2004, E. 2003/14720, K.2004/4609, Legal Hukuk Dergisi, 2004, sayı 3, 1019.

gerçekleşmişse borçludan cezanın ödetilmesini isteyebilecektir”³⁸. Ancak Borçlar hukuku kurumlarının iş hukuku alanında mutlak anlamda uygulanabilirliği tartışmalı bir konudur. Öğretide de genel olarak benimsendiği üzere, genel hukuk kurallarının iş hukukunun özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde ve iş hukukunun toplumsal yanının elverdiği oranda tamamlayıcı hukuk kuralları olarak esas alınması gerekir³⁹. Nitekim bu anlayışla bakıldığında, yargının işçi aleyhine öngörülen cezai şart hükümlerini sınırlamalara tabi tutmasını isabetli olarak görmek gerekecektir.

2. Cezai Şartın Tenkisinde Çalışılan Süreye Göre Oranlama Yapılması Koşulu

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yukarıda anılan 4.5.1999 tarihli kararında değinildiği üzere, işçinin çalıştığı sürenin de cezai şart miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Yine Yargıtayın 10.3.2004 tarihli kararında da “...bu tür eğitim giderlerine davalı işçinin çalıştığı süre, eğitimden yararlanan sayısı dikkate alınarak ve oranlanarak davalıya düşen eğitim giderine hükmetmek gerekir”⁴⁰ anlatımına yer verilerek, çalışılan sürenin de cezai şartın tenkisinde belirleyici olduğu kabul edilmiştir. Gerçekten, böyle bir indirim, işçinin yaptığı masrafa karşılık işçiden çalıştığı süre oranında yararlanmış olması esasına dayanmaktadır. Burada indirim yapılması için cezai şartın fahiş görülmüş olması da gerekli değildir ve böyle bir indirim yapıldıktan sonra, fahiş görüldüğü takdirde, Mahkemece ayrıca BK m.161/son uyarınca bir indirim yapılmasına da bir engel yoktur⁴¹.

3. İşçinin Fesih Hakkının Hukuka Aykırı Şekilde Sınırlanmaması Koşulu

Üçüncü olarak cezai şartın geçerliliği işçinin fesih hakkını amacı aşar şekilde sınırlandırmaması koşuluna bağlıdır⁴². Bu noktada, işçinin eğitime karşılık olarak fesih hakkının kısıtlandığı sürenin uzunluğu Mahkemenin cezai şartın geçerli olup olmadığının belirlenmesinde üzerinde durması gereken temel bir husustur. Buna göre, söz konusu yükümlülük süresi işçinin fesih hakkını amacı aşar şekilde sınırlanamamalıdır. Örneğin “Hizmet içi eğitim” adı altında yurt dışında

³⁸ S.Reisoğlu, Borçlar Hukuku, İstanbul 1995, 358-259.

³⁹ Bkz. T.Esener, İş Hukuku, Ankara 1978, 4 ; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, 43.

⁴⁰ Y.9HD, 10.3.2004, E. 2003/14720, K.2004/4609, Legal Hukuk Dergisi, 2004, sayı 3, 1019.

⁴¹ Ö.Ekmekeçi, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi , Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 67.

⁴² Pelissier, Liberté du Travail, Dr. Social, 1990, 24-26; Puigelier, Droit du Travail, Les Relations Individuelles, Paris 2001, 99; ayrıca Fransız Yargıtayının bu konudaki esasları ortaya koyan kararı, Cass. Soc. 21 Mai 2002, Flandre Air c/ Régis-Constant.

yaptırılan 5 günlük bir eğitim için, iki yıllık bir çalışma yükümlülüğü ve buna bağlı tazminat getiren bir hükmü geçerli saymamak gerekir⁴³. Zira böyle bir düzenlemenin işçinin fesih hakkını ölçsüz biçimde sınırlandırdığı açıktır. Ancak cezai şarta bağlı olarak getirilen yükümlülük (mecburi hizmet) süresinin uzunluğu konusunda net bir ölçüt verebilmek kolay değildir. Bu husus her somut olayın özelliğine göre Mahkemece değerlendirilmelidir. Ancak konuya ışık tutmak amacıyla yabancı mahkeme kararlarından örnekler verilebilir. Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesi, eğitimin iki aya kadar devam ettiği hallerde, fesih hakkının en çok bir yıl, 2-6 ay arası eğitim söz konusu ise, en çok iki yıl, 6-12 ay arası sürmesi durumunda en çok 3 yıl, 12 ay ve daha fazla süren bir eğitim söz konusu ise en çok 5 yıl süre ile sınırlandırılabilceğini kabul etmiş bulunmaktadır⁴⁴. Ancak sadece verilen eğitim süresinin uzunluğu da yükümlülük süresinin uygun olup olmadığının tespitinde tek başına yeterli değildir. Mahkeme, verilen eğitim uzunluğu yanında eğitimin kapsamı ve maliyetini (özellikle pahalı bir eğitim olup olmaması) de birlikte dikkate alarak yükümlülük süresinin hukuka uygunluğunu denetlemelidir⁴⁵.

III. Cezai Şartın Tenkisinin Mümkün Olmadığı Yolundaki Sözleşme Hükümünün Geçersizliği

Aşırı olan cezai şartın indirilmesi olanağı (BK m.161, I ve III) zayıf durumda olan borçlunun sömürülmesini önlemeye yönelik kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Bu nedenle, borçlunun indirimine yönelik önceden feragati geçersizdir⁴⁶. Dolayısıyla, cezai şartın tenkis edilemeyeceğine ilişkin bir hükme sözleşmede yer verilmiş olsa dahi, bu hüküm işçi açısından bağlayıcı olmayacaktır.

IV. İş Sözleşmesinin Sona Erme Şeklinin Cezai Şartın Uygulanmasına Etkisi

Uygulamada, eğitim karşılığı cezai şart öngören sözleşmelerde, ayrıca hizmet sözleşmesinin sona erme şeklinin cezai şartın uygulanmasına etkisi konusu da genel olarak düzenlenmektedir. Ancak taraflarca öngörülen her sona erme hali, mutlak anlamda işçi açısından geri ödeme yükümlülüğüne yol açan bir neden olarak görülmemelidir. Aksi düşünce işçinin fesih hakkının hukuka aykırı biçimde kısıtlanması ve çalışma özgürlüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır⁴⁷.

⁴³ Bkz. *Çelik*, 182.

⁴⁴ Bkz. *Soyer*, agm. 375, *Karagöz*, 197-199.

⁴⁵ Alman Federal Mahkemesinin bu konudaki içtihadı için bkz. *Soyer*, agm. 375.

⁴⁶ *Reisoğlu*, Borçlar Hukuku, 360.

⁴⁷ *Soyer*, agm, 376-377; *Karagöz*, 203-204.

Hangi fesih nedenlerinin cezai şartın ödenmesini gerektireceği konusunda açık bir yasal düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Eğitim giderlerinin ödenmesi yükümlülüğünün ortaya çıkmasına yol açan sona erme nedenlerinin belirlenmesinde, rekabet yasağının hükümden düşeceği halleri düzenleyen BK m.352/II hükmünün ve cezai şartın amacının dikkate alınmasının uygun olacağı ifade edilmektedir⁴⁸.

BK m.352/II'ye göre, "İş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş, yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez". Görüldüğü üzere Borçlar Yasası rekabet yasağının hükümden düşeceği halleri hizmet sözleşmesinin işveren ve işçi tarafından feshedilmesi durumlarına göre ikili bir ayırım içinde ele almıştır. Anılan hüküm eğitim giderlerine karşılık olarak öngörülen parasal yaptırımlar bakımından ele alındığında, öncelikle işverenin feshi haklı gösteren bir kusuru nedeniyle işçi hizmet sözleşmesini sona erdirdiğinde cezai şartın uygulanmaması gerekecektir. Zira bu halde dahi işçiyi ödeme zorunluluğu altında bırakmak, onun akdi feshetme ve işyerini seçme özgürlüğünü haklı olmayan biçimde sınırlandırmak anlamına gelecektir⁴⁹. Nitekim, Fransız Hukukunda da eğitim karşılığı öngörülen cezai şart hükümlerinin ancak işçinin nedensiz şekilde istifası veya işçiyi ilişkin nedenlerle akdin sona ermesine bağlı olarak uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵⁰. Montpellier İstinaf Mahkemesi de sözleşmenin işverence işçiyi iş verilmemesi nedeniyle sona ermiş olmasını dikkate alarak cezai şartın uygulanmayacağına karar vermiştir⁵¹. Fransız Yargıtayı, aynı sonucu ücretlerin ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumunda da kabul etmiş ve bu halde de cezai şartın uygulanmayacağına hükmetmiştir⁵². Konu hukukumuz bakımından incelendiğinde, öncelikle işçinin iş yasasının 24. maddesinin II. bendinde düzenlenen "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" kapsamında bir nedenle iş sözleşmesini sona erdirmesinde, cezai şartın uygulanmaması gerekir. Nitekim Yargıtay da bir kararında, işçinin fazla mesai yapmaya zorlanması ve fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi sonucu haklı fesih yoluna gittiğini tespit ettikten sonra, bu durumda davacı işverenin cezai şart ve eğitim masraflarına ilişkin istemlerinin reddedilmesi gerektiği sonucuna

⁴⁸ *Soyer'e* göre, hizmet sözleşmesinin sona erme nedenine bağlı olarak rekabet yasağı sözleşmenin hükümden düşmesi ile yine akdin sona erme nedenine bağlı olarak işçinin cezai şart adı altında kararlaştırılan mali yükümlülüklerden kurtulması arasında önemli bir benzerlik bulunmaktadır. Bkz. agm, 377.

⁴⁹ *Soyer*, agm. 379.

⁵⁰ CA Nancy, 25 Avr. 1986

⁵¹ CA Montpellier, 28 Févr. 1991.

⁵² Cass. Soc. 19 Nov. 1997, Fondation Camille Miret c. Coulaud, *Puigellier*, 99.

ulaşmıştır⁵³. Bunun dışında, sağlık sebepleri (m.24/I) ve zorlayıcı nedenlerle (m.24/III) iş sözleşmesinin feshinde cezai şartın uygulanıp uygulanmayacağı duraksama yaratabilecektir. Zira bu nedenlere dayalı olarak sözleşmenin feshinde işverenin kusuru söz konusu olmamaktadır. Kanımızca, işverenin kusuru olmasa da, sözleşmenin ifasını işçiden beklenemez kılan sağlık sebepleri ve zorlayıcı nedenlere dayalı fesihlerde de cezai şartın uygulanmaması gerektiğinin kabulü isabetli olacaktır⁵⁴. Aksi düşüncenin benimsenmesi, örneğin m.24/I, (a) fıkrası açısından ele alınırsa, işin yapılması işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlike oluşturmasına rağmen, cezai şartı ödemek kaygısıyla işçiyi çalışmaya devam etmeye zorlamak anlamını taşıyacaktır ki, böyle bir sonucu kabul etmenin uygun olmadığı açıktır. Bunun dışında sözleşmenin işçi tarafından herhangi bir haklı neden olmaksızın sona erdirilmesi (m.17)⁵⁵ ya da işçinin haklı fesih iddiasının mahkemece haksız bulunması durumlarında, cezai şart alacağı işverence talep edilebilecektir.

Konu işverenin sözleşmeyi sona erdirmesi açısından ele alındığında da, her türlü fesih şeklinin işçiyi geri ödeme zorunluluğu altında bırakacağı söylenemeyecektir. Nitekim, işveren işçinin kusuru yokken sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda, cezai şartın uygulanması söz konusu olmamak gerekecektir. Fransız Hukukunda da, Nancy İstinaf Mahkemesi, cezai şartın ancak işçinin ağır kusuru sebebiyle işverence akdın sona erdirilmesi durumunda

⁵³ Y.9HD, 5.6.2002, Yargıtay Kararları Dergisi, C:29, Sayı:2, Şubat 2003, 205-206

⁵⁴ Buna karşılık *Soyer*, rekabet yaşağının hükümden düşebilmesi için, işverenin kusurunun gerekli olduğunu belirtmekte ve işverenin kusuruna dayanmayan nedenlerin işçinin yasaktan kurtulabilmesi için yeterli olmadığını açıklamaktadır (Rekabet Yaşağı Sözleşmesi, Ankara 1994, 106-107), yazar bu görüşünü cezai şartın talep edilebilirliği konusunda da benzer biçimde sürdürmektedir (Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, 379)

⁵⁵ *Soyer* işverenin gözetim borcunu ihlal etmesi, işçiye onurlu ve konumuyla bağdaşmayacak şekilde davranması, kendi tutumuyla işyerindeki çalışma iklimini bozması, işçiye yardımcı olan kişileri nedensiz olarak veya kendisine hiç danışmadan işten çıkarmasının cezai şart alacağını hükümden düşüren haklı fesih nedenleri olarak ifade etmektedir (Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, 379). Belirtmek gerekir ki, yazarın gösterdiği nedenlerin bir kısmı İş Yasasının 24. maddesi anlamında haklı fesih nedenleri olarak görülebilir. Ancak, işverenin işçiye yardımcı olan kişileri nedensiz olarak veya kendisine hiç danışmadan işten çıkarması gibi bir nedeni bu madde kapsamında değerlendirmek güçtür. Esasen yazar BK m.352/II hükmünü, öğretide genel olarak benimsenen görüşler doğrultusunda Borçlar Yasasının 344. maddesindeki muhik fesih sebeplerinden bağımsız biçimde yorumlayarak bu sonuçlara ulaşmaktadır. Bize göre, cezai şartın hükümden düşeceği durumları İş Yasası hükümleri gözetilerek net biçimde belirlemek daha uygun bir çözüm olacaktır.

uygulanabileceğine hükmetmiştir⁵⁶. Aynı sonuç Fransız Yargıtayınca da benimsenmiştir⁵⁷. Yine Fransız Hukukunda, ekonomik nedenlere dayanan fesihlerde, işyerinin kapanması nedeniyle sözleşmelerin sona ermesi durumlarında işçinin eğitimine ilişkin harcama bedellerinin geri istenemeyeceği kabul olunmaktadır⁵⁸.

Hukukumuz bakımından konu incelendiğinde, öncelikle İş Yasasının 25. maddesinin II. bendinde düzenlenen “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kapsamındaki sebeplere dayalı olarak, sözleşmenin işverence feshinde cezai şartın uygulanması gerekecektir. Gerçekten bu durumda sözleşmenin işçinin kusuru neticesinde işverence sona erdirilmesi durumu söz konusu bulunmaktadır. Buna karşılık, İş Yasasının 25. maddesinin üçüncü bendinde yer alan zorlayıcı sebepler bakımından cezai şartın uygulanmaması gerekir. Zira zorlayıcı sebeplerle sözleşmenin sona ermesinde işçiye atfedilebilecek bir kusur söz konusu olmamakta, fesih nedeni işçinin iradesi dışında oluşmaktadır. Sağlık sebepleriyle sözleşmenin feshinde ise, cezai şartın uygulanıp uygulanmayacağı m.25/I,(a) kapsamı dışında kalan fesihler bakımından tartışılabilir. Belirtmek gerekir ki, m.25/I,(a) kapsamı dışındaki hastalık hallerinde işçinin bir kusuru söz konusu olmayıp, cezai şartın bu gibi fesih hallerinde uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir⁵⁹. Ancak, İş Yasasının 25. maddesinin I. Bendinin (a) fıkrası, işçinin kusuruyla hastalanmasının sonuçlarını düzenlemekte olup bu hükme göre, “İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi” halinde işveren bildirimsiz şekilde sözleşmeyi feshedebilecektir. Dolayısıyla, bu hükmün kıyasen uyguladığımız BK m.352/II kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılabilir. Kanımızca, İş Yasasının bu hükmü son derece muğlak olup, ispat bakımından da önemli sorunları beraberinde getirmektedir. Gerçekten işçinin yaşayışının derli toplu olup olmadığı, bunun hastalanmasında etkili olup olmadığı kolaylıkla tespit olunabilecek hususlar değildir. Aynı şekilde içkiye düşkünlüğün de ne anlama geldiği belirsizdir. Sonuç olarak, İş Yasasının bu hükmü uyarınca sözleşmenin feshi durumlarında işçinin kıdem tazminatı hakkını yitirmediği de göz önünde tutularak cezai şartın uygulanmasının söz konusu olmaması gerektiği kanısındayız⁶⁰.

⁵⁶ CA Nancy 25 Avr. 1983, Portoles c/ Sothef, A. Hüge, Clause De Dédit-Formation Ce Qu'il Faut Savoir, <http://www.tripalium.com/gazette/gazette2000/articles/deditform1.htm>

⁵⁷ Cass. Coc. 25 Avr. 1988, Dr. Social, 1989, 392.

⁵⁸ Cass. Soc. 5 Janv. 1999; Montpellier 26 févr. 1991, *Puigelier*, 99-100.

⁵⁹ Bkz. *Soyer*, 378.

⁶⁰ Belirtmek gerekir ki, BK m.352/II hükmünün uygulanmasında, BK m.344 anlamında bir haklı neden bulunmasının gerekmediği genel olarak benimsenmekte, hizmet ilişkisinin

Cezai şartın uygulanması bakımından ayrıca İş Yasasının 18. maddesi üzerinde de durulması gerekmektedir. Bilindiği gibi, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemli olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren için, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Bize göre Fransız Mahkemelerinin cezai şartın uygulanmasını işçinin ağır kusuruna (*faute grave*) bağlayan yorumu esas alınarak, 4857 sayılı İş Yasasının anılan maddesinde düzenlenen fesih halleri açısından cezai şartın uygulanması söz konusu olmaması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır⁶¹.

Cezai şartın uygulanması bakımından yukarıda yaptığımız açıklamaları toparlayacak olursak, işçi tarafından İş Yasasının 24. maddesine göre yapılan fesihlerde cezai şart söz konusu olmayacak, bunun dışında işçinin sözleşmeyi nedensiz biçimde, İş Yasasının 17. maddesine göre feshetmesi, ya da 24. maddeye göre belirttiği fesih sebebinin mahkemece doğrulanmaması durumunda cezai şartı ödemek durumunda kalacaktır. Hizmet sözleşmesinin işverence m.25/II'de sayılı olan “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kapsamında bir nedene dayalı olarak feshedilmesi durumunda da işçiden cezai şart talep edilebilecek, bunun dışında sözleşmenin iş yasasının 17. ve 18. maddesine göre süreli fesih bildiri ile ya da yasanın m.25/I veya m.25/III hükümlerine göre feshedilmesi durumunda cezai şart alacağı talep edilemeyecektir.

derhal sona erdirilmesini gerektirecek ağırlıkta olmasa da “mantıklı” bir değerlendirme sonucu feshe imkan sağlayacağı kabul edilebilecek her olayın bu madde açısından haklı neden sayılabileceği ifade olunmaktadır (Bu konudaki görüşler için bkz. *Soyer*, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 101-102). Buna karşılık cezai şartın uygulanması bakımından her ne kadar BK m.352/II kıyasen uygulanacak bir düzenleme olarak görülse dahi, bize göre Fransız Hukukunda öğreti ve yargı kararlarında benimsenen esaslar dikkate alınarak cezai şartın uygulanmasına yol açan fesih hallerini “*ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” alt başlığını taşıyan iş yasasının 25/II maddesi anlamında yorumlamak ve sınırlamak daha isabetli olacaktır.

⁶¹ Fransız Hukukunda bu doğrultuda öngörülen cezai şarta ilişkin sözleşme örnekleri için bkz: *Huge*, Clause De Débit-Formation Ce Qu'il Faut Savoir, <http://www.tripalium.com/gazette/gazette2000/articles/deditform1.htm> ve burada yollama yapılan Lamy Social, Editions Lamy, (<http://www.lamy.fr>).

İşK. m. 18-21

İŞLETMESEL KARARLARIN KEYFİLİK DENETİMİNE TABİ OLMASI VE GEÇERLİ NEDENLE FESİHTE SON ÇARE (ultima ratio) İLKESİNİN GÖZETİLMESİ

(KARAR İNCELEMESİ)

Prof. Dr. Ali GÜZEL*

Yarg. 9. HD., 16.12.2004, E. 2004/ 27003, K. 2004/27998

(Gebze İş Mahkemesi, 22.7.2004, 1296/543)

1. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir.

2. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.

3. İşletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshin başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.

4. İş Kanununun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel karar uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren feshin ekonomik nedenlerle yapıldığını sendikal nedenle ilgisinin bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.

Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.

4857 sayılı İş Kanununun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Somut olayda, dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplerle göre fesih işleminin sendikal nedenle yapıldığı anlaşıldığından davalının feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin kısmına yönelik temyiz itirazları yerinde değildir. Keza sendikal tazminatın yukarıda belirtilen fesih

nedeni karşısında bir yıllık ücret tutarında belirlenmesi yerindedir. Ancak, dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, boşta geçen süreyle ilgili ücret ve tazminatın süre itibarıyla belirlenmesi yeterlidir. Zira, işe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen süre için öngörülen ücret alacağı feshin geçersizliğine bağlanmış tespit mahiyetinde hükümlerdir. Ayrıca, talep olmasa da, mahkemece hüküm altına alınması gerekir. Bu nedenle mahkemece boşta geçen süreyle ilgili ücret ve tazminatın miktar belirtilerek hüküm altına alınması hatalıdır.

4857 Sayılı İş Kanununun 20/3 .maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1-) Gebze İş Mahkemesinin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2-) Davanın kabulüne. Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

3-) Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının bir yıllık ücret tutarı olarak belirlenmesine,

4-) Davacının işe iade için süresi içinde işverene başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,

5-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-) Davacı işçinin işe başlatılması halinde ödenen ihbar ve kıdem tazminatının boşta geçen günler alacağından mahsubuna,

7-) Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 350.000.000.-TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

8-) Davacı tarafından yapılan 24.200.000.-TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

9-) Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, kesin olarak 16.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Uyuşmazlık ve Yargıtay Kararında Benimsenen Hukuki Çözüm

Yukarıya alınan Yargıtay kararı, İŞK. m. 18/T'de öngörülen, “*işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan*” nedenlerin hangi koşullarla, fesih için geçerli bir neden sayılacağı ve işverenin dayandığı bu geçerli neden ile işverenin işletmesel karar yetkisinin sınırları ve nihayet bu alanda yargı denetiminin içerik ve kapsamı konusunda çok önemli bazı ilkeleri açıklığa kavuşturması açısından önem taşımaktadır.

Söz konusu karara ilişkin uyuşmazlıkta davacı işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuş; davalı işveren ise, feshin ekonomik nedenlerle yapıldığını, sendikal nedenle ilgisinin bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiş, Yerel Mahkeme (Gebze İş Mahkemesi), feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay 9. HD., aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz gerekçelerle, davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine, davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının bir yıllık ücreti tutarı olarak belirlenmesine, davacının işe iade için süresi içinde işverene başvurusu halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine, oybirliği ile karar vermiştir.

2. İşverenin İşletmesel Karar Yetkisi ve Geçerli Fesih Nedenleri Üzerinde Yargı Denetimi

a) İşverenin işletmesel karar yetkisi

İşverenin girişim özgürlüğü ve yönetim yetkisi ile işçilerin işten çıkarmalara karşı korunması arasında belirli bir dengenin gözetilmesi zorunluluğu, günümüzdeki ekonomik ve teknolojik koşulların bir gereği olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır. Belirtilen bu zorunluluk, pozitif hukukların benimsediği iş güvencesi kavram ve modelini de etkilemiş ve işçiye mutlak anlamı içinde bir iş güvencesi hakkı tanınamıştır. Hukuk sistemleri arasındaki bazı önemli farklılıklara rağmen, iş güvencesi kavramına, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına ya da işçiyi işten çıkarma yetkisine bazı sınırlamalar tanınması biçiminde bir anlam kazandırılmıştır. Esas ve öz olarak, iş güvencesine ilişkin hukuk normu ile işverenin işçileri keyfi bir biçimde işten çıkarması engellenmek istenmiştir. Şu halde, iş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından birisi, keyfi işten

çıkarmaları önlemektir. Böyle bir amaca ise, işverenin işçiyi işten çıkarırken yasanın öngördüğü **geçerli bir nedene** dayanması ve **bu nedenin yargıç tarafından denetimi** ile ulaşılabılır¹. İş güvencesine ilişkin hükümlerin etkinliği ve giderek keyfi işten çıkarmaların engellenmesi açısından önem taşıyan bu ilkeye, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararında da, “...*işverenin fesih konusunda keyfi kararlar yargı denetimine tabidir*” biçiminde, bir kez daha ve çok isabetli olarak, vurgu yapılmış bulunmaktadır.

İş Yasasının iş güvencesini düzenleyen 18. maddesinin birinci fıkrası hükmü belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde geçerli sayılan nedenleri, “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” nedenler biçiminde belirlemiştir. Ancak, bu belirleme çok soyut kalmakta; söz konusu nedenlerin somut anlam ve kapsamlarının ortaya konması, örneğin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerin, hangi koşullarda geçerli neden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerden sayılacağı ise ancak yargı kararları ve öğretici görüşleriyle zaman içinde belirginleşebilecektir². Nitekim, Yargıtay 9. HD.’nin üzerinde durduğumuz bu kararı da, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin hangi koşullarla fesih için geçerli bir neden sayılacağı hususunu açıklığa kavuşturmada önemli bir katkı sağlamaktadır. Yasanın 18. maddesinin gerekçesinde, Alman Federal İş Mahkemesinin zaman içinde verdiği kararlardan da esinlenerek, geçerli fesih nedenlerine örnekler verilmiştir. Bu örnekler, iki ayrı başlık altında toplanmıştır. İlk grupta işyeri dışından kaynaklanan geçerli nedenlere verilen örnekler yer almaktadır. Bunlar; “*Sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, iç ve dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı, gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi*” halleridir. İkinci grupta yer alan işyeri içi geçerli nedenler ise; “*yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması, gibi sebepler olabilir*”³. Verilen bu örnekler incelendiğinde, hemen hemen tümünün ekonomik ve teknolojik nitelikli olduğu görülür. Bu nedenle, 18. maddedeki nedenleri; birçok yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayalı **ekonomik ve teknolojik nedenler** biçiminde yorumlamak, kavramlara somut bir anlam kazandırmak ve sınırlarını çizmek açısından uygun olacaktır.

¹ Bkz. Güzel, A., İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu yayını, Eylül 2004, 16 vd.

² Ulucan, D., İş Güvencesi, 2. Baskı, 36.

³ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:22, Yasama Yılı:1, C:7, S. Sayısı:73, 13; ayrıca bkz. Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul 2004, 201 vd; Taşkent (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), Bireysel İş Hukuku, 2004, 135 vd.

Gerçekten, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence feshi (iş güvencesi) konusunun küçümsenmeyecek bir bölümü, işçiye yönelik geçerli fesih nedenleri oluştururken, aynı konuya ilişkin ve o ölçüde öneme sahip kuralların büyük bir bölümü de, ekonomik ve teknolojik bir perspektif çerçevesinde yer alır ve çok farklı bir bakış açısını yansıtır. Günümüzde İş Hukuku, sadece iş sözleşmesi temelinde yükselen dar anlamdaki iş ilişkilerinin hukuku değil, bunun yanında ve buna ek olarak, aynı zamanda ekonomik değişim ve teknolojik dönüşümlere geçit veren ve uyum sağlamak zorunda olan bir hukuk dalı haline gelmiştir. Anılan hukuk dalı, özde, ekonomi ile sosyal arasındaki yeni bir ilişki ve etkileşimi de yansıtmaktadır. Küreselleşme sürecinde rekabet olgusunun iş hukuku kurallarına yansımaları, ekonomik kriz koşullarına uyum sağlayan yeni kuralların (esneklik) oluşturulması ve nihayet bu süreçte, çok güç de olsa, istihdamın korunması, belirtilen etkileşimin örneklerini oluştururlar⁴.

İş hukuku, bir yandan, ekonomik konjonktürün gereklerine ve teknolojik dönüşümlere uyum sağlamaya; öbür yandan da, işçiye korumaya yönelik bazı hak ve güvenceleri düzenlemeye ve mevcut olanları da korumaya çaba göstermektedir. Ekonomik nedenlerle işten çıkarma, daha açık bir deyimle, işçinin işyerindeki işinin ortadan kaldırılması, ekonomi ile sosyal arasındaki ilişkinin odak noktasında yer almaktadır. İşçinin işyerindeki işi ve genel olarak istihdamının tümüyle ekonomik özelliklere sahip olduğu dikkate alındığında, bu olgunun çok da şaşırtıcı olmadığı görülecektir. İstihdam kavramı, bir yönüyle sosyal, öbür yönüyle de ekonomik bir anlamı barındırır. Ekonomik anlam ve boyut, emek ya da işgücü pazarına yaslanır; işçinin işyerindeki işine de dayanak oluşturan istihdam kavramı, işletmenin faaliyetleriyle de özdeşleşmekte, işçiye işletmeye bağlamakta⁵ ve kaçınılmaz olarak, anılan faaliyetlerdeki konjoktürel dalgalanmalardan etkilenmektedir. İstihdamın *sosyal boyutu* da işletmeyle ve onun faaliyetleriyle olan bağlılığı yansıtmakta; istihdamın korunması ve iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanması (iş güvencesi) olgularını da gün ışığına çıkarmaktadır. Bu yönüyle işçinin istihdamı, aynı zamanda hukuki bir kavram olarak belirginleşmektedir⁶. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin ekonomik nedenlerle

⁴ **Marraud/ Géa**, Présentation générale, in “La rupture du contrat de travail en droit français et allemand”, 17 vd.

⁵ **Fouquet, A.**, Travail, emploi ou activité, Travail et Emploi, 1999, 328; **Gaudu, F.**, La notion d’emploi en droit, Dr. Soc. 1996, 571; **Mollamahmutoglu, H.**, İş Hukuku, Ankara, 2004, 563-564.

⁶ Bkz. **Géa**, Le licenciement économique au coeur d’un conflit de logique, in “La rupture du contrat de travail...”, 243 vd; **Hohenadel, H/ Profanter, H.**, Le licenciement pour motif économique, in “la rupture du contrat du travail...”, 315 vd; **Gaudu**, la notion juridique d’emploi en droit privé, Dr. Soc. 1987, 417; **Couturier**, 268-269; **Philbert, A.**, Le droit prétorien du licenciement économique, Dr. Soc. 1998, 37 vd; **Waquet, W.**, la cause économique du licenciement, Dr. Soc. 2000, 171.

işverence feshini düzenleyen hukuk sistemleri incelendiğinde yasal düzenlemelerin açıklanan olguları yansıttığı görülecektir. Örneğin, Fransız İş Kodunun m. L.321-1 hükmüne göre, ekonomik güçlükler veya teknolojik dönüşüm nedeniyle işçinin işletmedeki işinin ortadan kalkması, dönüşüme uğraması veya esaslı tarzda değişmesi sonucunu doğuran olgular, ekonomik nedenlerle işten çıkarmaları ifade eder. Bu tanım, farklı düzeydeki iki unsuru birleştirmektedir. İlk unsur, “maddi ya da objektif” nitelikte olup, doğrudan doğruya iş sözleşmesini (veya işçinin işini) ilgilendirmektedir. İkinci unsur ise, subjektif olup, işten çıkarmanın nedenini oluşturmaktadır⁷. Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Yasasının (KSchG) 1. maddesinin ikinci fıkrasına göre, iş sözleşmesinin feshi, işletmenin zorunlu (acil) ihtiyaçlarına dayanmadığı takdirde sosyal açıdan haklı bir fesih olarak kabul edilemez. İşletmenin acil ihtiyaçlarına dayanan fesih nedenleri de, aşağıda görüleceği gibi, işletmenin iç faaliyetlerine (işletmeye bağlı nedenler) veya dış faktörlere bağlı olarak ortaya çıkarlar. Ekonomik konjonktürdeki olumsuzluklar, işletmelerin faaliyetlerine de yansımakta ve işçinin işini yitirmesi sonucunu doğurmaktadır⁸.

Hukukumuzda da, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin, sözleşmesi feshedilmek istenen işçinin işi üzerinde olumsuzluk yaratması; Yargıtay kararındaki isabetli anlatımla, işyerinde işgücü fazlalığının ortaya çıkması nedeniyle, **işçinin işyerinde çalışma olanağının ortadan kalkmış olması** gerekmektedir. Görüldüğü gibi, her durumda, ekonomik veya teknolojik nedenlerle istihdam olgusu ya da işçinin işyerindeki işi arasında bir **illiyet bağı** söz konusu olmaktadır. Özellikle, ekonomik ve teknolojik nedenlerin kapsam ve sınırlarının belirsizliği, söz konusu illiyet bağı ön plana çıkarmakta ve yasa kuralının somut olaylara uygulanmasında bu kavram belirleyici olmaktadır. Şu halde, işçilerin işyerindeki işleri ile ilgili olan ve dolayısıyla istihdamı olumsuz yönde etkileyen nedenlerin geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi gerekecektir. Bu anlamda, işverence yapılan fesih işleminin geçerli bir fesih sayılabilmesi için, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan işyeri dışı veya işyeri içi nedenlerin, işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyerek, onun işyerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi gereksinimini **gerçekten** ortadan kaldırıcı nitelikte olması da aranacaktır. Bu tür bir neden, işyerindeki mevcut personel sayısının gereksinim duyulandan fazla olmasıyla doğmuş olabilir. Burada işin daha az sayıdaki işçi ile yapılabilecek hale gelmiş olması koşulu aranacaktır⁹. Bu açıklamalar, m. 18/I hükmünün

⁷ Géa, Le licenciement économique au coeur d'un conflit de logique , 245.

⁸ Hohenadel/ Profanter, Le licenciement pour motif économique., 318 vd; ayrıca: Engin, 36 vd

⁹ Engin, E. Murat., İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul, 2003, 36; Aynı Yazar, İşletme Gereklere İle Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran, 2004, 537 vd.

yetersizliğini de belirginleştirmektedir. Bu nedenle, Yasa maddesinde, fesih nedenleri ile istihdam arasında bağ kurabilecek bir tanıma yer verilmiş olsaydı çok daha isabetli olacaktı¹⁰. Sevindirici olan husus, inceleme konusu Yargıtay kararının bu eksikliği önemli ölçüde gidermiş olmasıdır. Çünkü, Yüksek Mahkemenin, “... İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir..” biçimindeki gerekçeleri, işletme veya işyeri gerekleri ile işçinin işyerindeki işi arasında illiyet bağını da kurmuş bulunmaktadır.

b) Geçerli Fesih Nedenleri Üzerinde Yargı Denetimi

İnceleme konusu Yargıtay kararı açısından üzerinde durulması gereken diğer önemli bir husus, özellikle işyeri içi veya işyeri dışı geçerli fesih nedenlerine ilişkin olarak işverenin yetki alanı ve bu yetkiye dayalı karar üzerindeki yargı denetimidir. Bilindiği üzere, işletme ya da işyeri ile ilgili bir konuda karar alma, işverenin sahip olduğu ve anayasal değere sahip (AY. m. 48) girişim özgürlüğü kapsamında yer alır. İşveren, işyerinin organizasyonu, işyerine yeni teknolojilerin girmesi, işyerinin daha verimli hale getirilerek rekabet gücünün artırılması gibi konularda karar verme yetkisine sahiptir. İşveren, işletmesinin geleceği ve selameti için, en uygun gördüğü kararı verme yetkisine sahip olmalıdır¹¹. Belirtilen bu kararlar üzerinde yargı denetimi de söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, yargıç, işverenin yerine geçerek, uygun teknolojiyi veya rekabeti arttırmak için başvurulması gereken stratejileri belirlemek durumunda değildir. Ancak, işverenin girişim özgürlüğü ve işletmesel karar yetkisi mutlak ve sınırsız da değildir. Çünkü, çağdaş iş hukukunda işverenin işletme yönetiminde tek yargıç olarak kabul edildiği dönem de artık sona ermiştir. Gerçekten, işverenin işletme yönetimi ve organizasyonu konusundaki yetkileri ve bu yetkilerin uzantısı olarak, düzenleme ve disiplin yetkileri artık sınırsız değildir. Konumuz çerçevesinde kalındığında, örneğin, işçinin işten çıkarılması konusunda, önceki dönemde işverene tanınan sınırsız yetkiler, çağdaş iş hukukunun, iş güvencesine ilişkin kuralları ile önemli ölçüde sınırlandırılmış bulunmaktadır¹². Bu anlamda yargı denetimi, işverenin girişim özgürlüğünü tehlikeye sokmadan, keyfi işten çıkarmaları hukuki bir yaptırıma tabi tutmalıdır. Bu bağlamda, işçinin işini koruması ile işverenin girişim özgürlüğü ya da işletmesel karar yetkisi arasında çok hassas olan dengenin de gözetilmesi gereği ortaya çıkmaktadır¹³.

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, geçerli fesih nedenleri üzerinde yargı denetimi konusunda, farklı bazı esasların benimsendiği görülür. Ancak, söz

¹⁰ Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 60 vd.

¹¹ Pélissier/ Supiot/ Jeammaud, Droit du travail, dalloz 2002, 579.

¹² Géa, Le “Principe de l’ultime remede”, la rupture du contrat du travail, 276.

¹³ Pélissier/ Supiot/ Jeammaud, 579 vd.

konusu sistemlerin birleştiği ortak nokta ve temel amaç, keyfi işten çıkarmaların önlenmesidir. Bu anlamda etkin bir yargı denetimi gerçekleştirilmediği takdirde, keyfi işten çıkarmaların önlenmesi olanaklı olamayacak ve giderek iş güvencesine ilişkin kuralların da çok fazla bir anlamı kalmayacaktır. Örneğin, Fransız Yargıtayı, ekonomik nedenlerle yapılan fesihlerin işverenin **keyfi** bir kararına dayanmaması ve bu arada işverenin yönetim yetkisinin de tehlikeye düşürülmemesi amacıyla zaman içinde bir denetim sistemi oluşturmuş bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, genel ve soyut formüllerden kaçınarak, belirli noktalarda somut bir denetimi uygun görmektedir. Yüksek Mahkemeye göre yargıç, İş Kodunun m. L. 321-1 hükmünü uygularken, birbiriyle illiyet bağı içinde bulunan çift yönlü bir denetimi gerçekleştirecektir. Bunlardan ilki, fesih için işverence dayandırılan nedenlerin gerçek olup olmadığı hususuna yönelik olacaktır. Bu kapsamda, fesih nedeninin ciddi olup olmadığı da araştırılacaktır. İkinci olarak, illiyet bağının mevcudiyeti üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede çift yönlü bir illiyet söz konusudur. İlk önce, fesih işlemi ile işin ortadan kaldırılması, nitelik değiştirmesi veya iş sözleşmesinde esaslı değişiklik arasında bir illiyet bağı bulunmaktadır. Daha sonra, belirtilen bu sonuçlar ile bunları doğuran ekonomik güçlükler arasında bir illiyet bağı söz konusudur¹⁴. Ekonomik nedenlerle fesih, işin ortadan kalkması, değişime uğraması veya iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapılmasını varsayar. Bu durumların ve işverence ileri sürülen, örneğin ekonomik güçlüklerin gerçekten mevcut olup olmadığı da yargıç tarafından araştırılacaktır. İş sözleşmesinde esaslı değişiklik gereksinimi, ekonomik güçlüklerin bir sonucu değil, işletmenin yeniden yapılandırılması (reorganizasyonu) yönündeki bir karardan kaynaklanıyorsa, yargıç, sadece ileri sürülen nedenlerin gerçekliğini araştırmakla yetinmemekte, bu yeni organizasyonun işletmenin yararının dikkate alınarak veya sektördeki rekabet gücünü arttırmak amacıyla yapıp yapılmadığını da araştıracaktır. Üzerinde durulan bu olasılıkta, dayandırılan fesih nedenleri üzerinde sadece gerçeklik denetimi ile yetinilmemesinin anlamı, söz konusu nedenlerin varlığının işverenin bir kararına dayanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Fesih işleminin keyfi olmaması için, işverence gerçekleştirilmek istenen yeni organizasyonun yerindeliğinin veya uygunluğunun yargıç tarafından denetimi söz konusu olmaktadır. Bu denetimle yargıç, işverenin yerine geçerek hangi kararın işletme yönetimi için yararlı olduğuna karar vermemekte, işverence alınmış kararın işletmenin rekabet gücünü etkin bir biçimde arttırmak için gerekli olup olmadığını araştırmaktadır¹⁵. İşverenin ileri sürdüğü fesih nedeni üzerinde yargıç

¹⁴ Pélissier /Supiot/ Jeammaud, aynı yer; ayrıca bkz. Le Goff, Droit du travail et société, les relations individuelles du travail, 875; Engin, 51 vd; Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 68 vd.

¹⁵ Pélissier /Supiot/ Jeammaud, 581; Couturier, Droit du travail, relations individuelles du travail, 304.

tarafından yapılan ikinci bir denetim, illiyet bağının mevcudiyeti üzerinde yoğunlaşmaktadır. Burada, bir yandan fesih işlemi ile işinin ortadan kalkması, değişime uğraması veya sözleşmede değişiklik olguları arasında bir illiyet bağı bulunmakta, öbür yandan, bu değişikliklerle ekonomik güçlükler ya da diğer ekonomik nedenler arasında bir illiyet bağı söz konusu olmaktadır. İlk durumda Yargıtay, işverenin işletmede işçiye başka bir iş verme olanağının bulunmamasını da zorunlu görmektedir. Bu koşul, işverenin işletmesel karar yetkisini sınırlayan ve aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz **son çare** (*ultima ratio*) ilkesinin bir sonucu olup, Fransız İş Kodu tarafından da düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁶. Ekonomik nedenlerle işçinin işinin ortadan kalkması, değişime uğraması ya da iş sözleşmesinde esaslı değişiklik arasında illiyet bağının araştırılması, yargıç tarafından işverenin yönetim yetkisine başka sınırlamaların getirilmesi anlamına da gelmektedir. Bu konudaki yargı kararlarına göre, istihdam olanağını ortadan kaldıran nedenler, işverenin yetki aşımı veya kınanılacak hafiflikte bir davranışından kaynaklanıyorsa, yapılan fesih gerçek ve ciddi nedene dayalı bir fesih olarak nitelendirilemeyecektir. Bunun gibi, işverenin kendisinin aldığı önlemler ve kararlar sonucu ekonomik güçlükler ortaya çıkmış ise, daha sonra bu nedene dayanarak işçileri işten çıkaramayacaktır. Mahkemeler, daha da önemli olarak; hile veya kınanılacak bir davranıştan bağımsız olarak, gerçekleştirilen feshin işverence ileri sürülen ekonomik güçlüklerin kaçınılmaz bir sonucu olmadığı durumlarda da bu feshi gerçek ve ciddi bir nedenle yapılmış bir fesih biçiminde nitelendirmemektedirler. İşverenin, ekonomik güçlük olmadan işçi maliyetlerini düşürme gerekçesine dayandığı durumlarda, belirtilen yönde bir yargı denetimi söz konusu olmaktadır. Yargıtay, işverence ileri sürülen ekonomik güçlikle, ortadan kalkan iş sayısı arasında bir illiyet bağı denetimini de uygun bulmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına¹⁷ göre, rekabet gücünü geliştirme amacına yönelik olarak işletmenin yeniden yapılandırılması olgusu gerçeklik kazandıktan sonra, yargıç, ortadan kalkan iş veya görev sayısının işletmenin rekabetini artırma açısından uygun olup olmadığını artık denetlemek durumunda değildir¹⁸.

Alman Hukukunda da, işverenin işletmesi ile ilgili konular hakkında karar verme ve bunların kapsamını belirleme özgürlüğü ile işçilerin işlerini koruma hakları arasında belirli bir dengenin sağlanmasına önem verilmektedir. İşletmenin yeniden yapılandırılması ve personel sayısının buna uygun hale getirilmesi, işverenin, özgürce alacağı bir karara dayanır. İşveren, kendi bakış açısına göre işletmenin yapısını değiştirme hakkına sahip bulunmaktadır. İşverenin, işletme ile ilgili olarak aldığı önlemleri belirleyen bu yöndeki bir karar, kural olarak yargı

¹⁶ Pélissier /Supiot/ Jemmaud, 583; Couturier, 305 vd.

¹⁷ Ass. Plén. 8 déc.2000, D.2001., note J. Pélissier, (Pélissier /Supiot/ Jemmaud, 584, dn.5'den)

¹⁸ Ayrıntı için bkz. Pélissier /Supiot/ Jemmaud, 584; Le Goff., 873 vd; Géa., Le licenciement économique, 256 vd.; Couturier, 303 vd.

denetimine tabi değildir¹⁹. Yargıç, işverenin kararının feshi koşullandırıp koşullandırmadığını araştırmakla yetinecektir. İşletmesel kararlar, sadece keyfilik denetimine tabidir. İşverenin işletmesel nitelikli kararının yargıç tarafından denetlenememesi yönündeki kural, kaynağını Anayasadan alır. Alman Anayasasının (Temel Yasasının) 12, 14 ve 2. maddeleri, işverenin bu özgürlüğüne dayanak oluşturmaktadırlar. Ancak, özel bir yasa tarafından bu konuda bazı sınırlamaların öngörülebileceği de kabul edilmektedir. Nitekim, böyle bir sınırlama, Feshe Karşı Koruma Yasasında öngörülmüştür. Aşağıda tekrar üzerinde durduğumuz gibi, ultima ratio ilkesi ve fesihle sosyal ölçüt, bu yöndeki sınırlamalara örnek oluşturmaktadır. Genel olarak, işverenin işletmesinde yeniden yapılandırmaya (reorganizasyon) gitmesi, karar verme özgürlüğünün bir parçası olup, feshe karşı koruma hükümlerinden etkilenmez. Ancak, fesih işlemleri başka yönlerden yargı denetimine tabi tutulmaktadır. İşveren, öngörülebilir tüm seçenekleri dikkate alarak işten çıkarmaları önlemeye çaba gösterecektir. İşçinin işletmede çalıştırılabileceği başka bir iş mevcut ise yapılan fesih, sosyal açıdan haklı sayılamayacaktır. Bu çerçevede, Federal İş Mahkemesi, feshin açıkça tutarsız ve keyfi olmaması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Ayrıca, ekonomik nedenlerle işten çıkarmalarla hedeflenen sonuca, bu yola gitmeden daha hafif önlemlerle ulaşıp ulaşılamayacağı hususu da yargı organının denetimine tabidir²⁰ 21.

Hukukumuzda, İş Yasasının geçerli fesih nedenlerini düzenleyen 18. maddesinin birinci fıkrasında, yargı denetimine ilişkin olarak açık bir hükme yer verilmemiş olması, yargı organının belirtilen fesih nedenleri üzerinde herhangi bir denetiminin söz konusu olamayacağı, konunun tümüyle işverenin girişim özgürlüğü alanına girdiği biçimindeki bir düşünceyi, kesinlikle beraberinde getirmemektedir. Çünkü böyle bir düşünce, keyfi işten çıkarmaları meşru hale getirirken, iş güvencesine ilişkin hükümleri de tümüyle anlamsız kılmaktadır. Bu nedenle, anılan fesih nedenleri üzerinde etkin bir yargı denetimi kaçınılmaz olacaktır Diğer çağdaş hukuklarda olduğu gibi, hukukumuzda da işverenin işyerinin yönetiminde tek yargıç olarak algılandığı dönem artık sona ermiştir. En son olarak, iş güvencesine ilişkin düzenlemeler, buna önemli bir hukuki dayanak oluşturmaktadır. Yargı denetimi konusundaki ilkelerin zaman içinde, iş güvencesi kavramının, işçinin işini koruması temel amacına uygun olarak yargı organı tarafından belirleneceği kuşku dışıdır. İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay 9.HD.'nin kararıyla da bu konuda çok önemli bir adım atılmış bulunmaktadır.

¹⁹ Federal İş Mahkemesinin bu konudaki kararları için bkz. **Ulucan**, İş Güvencesi, 58 vd; ayrıca **Çelik**, 204-205.

²⁰ Ayrıntı için bkz. **Preis**, Almanya'da İşçinin Feshe Karşı Korunması, 33- 34; **Hohenadel/ Profanter**, Le licenciement pour motif économique, in "la rupture du contrat du travail", 325; **Ulucan**, İş Güvencesi, 58 vd; ; **Engin**, 62 vd; **Çelik**, 204-205.

²¹ **Hohenadel/ Profanter**, Le licenciement pour motif économique,325; **Engin**, 64; **Çelik**, 204.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkemenin geçmiş dönemde, 1475 sayılı İş Yasasının 13.maddesi ve 2821 sayılı Yasanın 31. maddesi kapsamında verdiği bazı kararlar, fesih nedenleri üzerinde de yargı denetiminin gerekliliği ve bu denetimin tabi olacağı ilkeler yönünde bazı veriler içermekteydi. Öte yandan, Yüksek Mahkemenin, 4773 sayılı Yasa ve 4857 sayılı İş Yasasının iş güvencesine ilişkin hükümleri kapsamında vermiş olduğu bazı kararları da, bu konuda önem taşımaktadır. Örneğin, Yargıtay 9. HD.'nin bir kararında, işverenin 1475 sayılı Yasanın m.16/II, e hükmüne göre iş koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin bulunduğu hallerde de iş koşullarında ağırlaştırmanın **objektif** esaslara bağlı olması, haksız bir işlem niteliği taşımaması gerektiği sonucuna varılmış; işverenin yönetim yetkisinin objektif esaslara göre kullanılmasının işçiyi gözetme borcunun bir gereği olduğu vurgulanmıştır²². Başka bir kararda, personelin başka bir yere atanmasının iş gereğine uygun ve haklı nedene dayanması, işçinin mağduriyetine ve **keyfilige** yer verilmeyecek durumda olması gereğine işaret edilmiştir²³. Öğretide, Yargıtayın bu içtihadı ile işverenin iş koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin bulunduğu hallerde de, Federal Mahkeme gibi, değişikliğin objektif esaslara dayandırılması yönünde bir görüşe sahip olduğu vurgulanmıştır²⁴. Yukarıda açıklandığı gibi, benzeri ilkelerin Fransız Yargıtayı tarafından da uygulandığını söyleyebiliriz.

Yüksek Mahkeme başka bir kararında²⁵, “makul ve meşru sebepler, teknolojik modernleşme, yeteri kadar hammadde bulunamaması, pazar temininde güçlük, üretimde rasyonalizasyon tedbirleri gibi durumlar” ibarelerine yer vermektedir. Yargıtay, bir diğer kararında, işyerinde hasıl olan tensikat zaruretinin icaplarına uyularak işçinin işten çıkarıldığı ve bunu müteakip işyerine işçi alınmadığı gerekçesiyle kötüniyet iddiasını reddetmiştir²⁶. Konumuzla bağlantılı olarak bu kararda önem taşıyan husus, Yargıtayın işten çıkarılan işçinin yerine işçi alınıp alınmadığı hususunu da ayrıca araştırmış olmasıdır. Yukarıda açıkladığımız gibi, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi de, işten çıkarılan işçinin yerine, kısmi statüde ve daha düşük ücretle de olsa, başka işçi alınması halinde, ekonomik nedenle yapılan feshi gerçek ve ciddi bir fesih olarak nitelendirmemektedir²⁷. Yüksek Mahkeme, aynı anlamdaki başka bir kararında²⁸, kötüniyet tazminatına hükmedilirken, işçinin çalıştığı bölümde reorganizasyon yapıp yapılmadığı, fesih için gösterilen nedenin göstermelik olup olmadığı ve işten çıkarılan işçinin yerine yeni işçi alınıp alınmadığı hususlarının araştırılmasını da gerekli görmüştür.

²² Yarg. 9. HD., 30.5. 2000, 3990/7509 (Ulucan, İş Güvencesi, 69 ve dn. 61).

²³ Yarg. HGK., 20.6.1980, 82/ 2073 (Ulucan, İş Güvencesi, 69 ve dn. 64).

²⁴ **Ulucan**, İş Güvencesi, 69.

²⁵ Yarg. 9. HD., 24.9. 1992, 3164/10375 (Engin, 70-71 ve dn. 207).

²⁶ Yarg.9. HD., 26.1.1967, 71/600 (Engin, 71 ve dn. 208).

²⁷ Soc.,20 mars 1992; Soc., 2 oct. 1991 (Pélissier /Supiot/ **Jemmaud**, 580 ve dn. 1).

²⁸ Yarg.9. HD., 26.6. 1996,3236/14393 (**Engin**, 71 ve dn. 209).

Yargıtay 9. HD.nin 4857 sayılı İş Yasasının inceleme konumuzu oluşturan 18. maddesi kapsamında verdiği bir kararında²⁹ da, çok isabetli olarak, bu yöndeki içtihadını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, davalı kuruluş, Bakanlar Kurulu Kararından sonra 2003 yılı için 673 kişi çalıştırmak için kadro belirlemiştir. Bu kadroya rağmen çalışan sayısı 586 kişidir. O halde davalı işyerinde istihdam fazlası yoktur. Ayrıca davalı işverenin fesihden sonra örneğin kadrosu olmadığı halde Genel Müdürlük birimine 2, Satın Alma Müdürlüğü birimine 8 kişi aldığı, yine kadrosu olan birimlere işçi alımlarının olduğu anlaşılmaktadır. “Somut olarak açıklanan bu maddi olgulara göre, feshin işletmenin ve işyerinin gereklerine dayandığından söz edilemez...”. Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme, işverenin yönetim yetkisi çerçevesindeki kararını, sözleşmesi feshedilen işçinin işyerindeki işinin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı noktasında bir denetime tabi tutmaktadır. Kararda, işçinin işi ile fesih arasındaki illiyet bağı üzerinde durulmaktadır. Ekonomik güçlüğü (veya daha soyut olarak işletme ve işyeri gereklerinin) işçinin işini ortadan kaldırıcı bir etki yaratmış olması gerekmektedir. Yeni işçi alındığına göre, bu olgunun gerçekleştiği söylenemeyecektir. Bu çözümün isabetli olduğu ve iş güvencesi kavramının amacı ile uyum içinde bulunduğu hususunda herhangi bir kuşku duymamak gerekir .

İnceleme konusu yaptığımız kararda da, belirtilen doğrultuda bir çözümün benimsendiği görülmektedir. Yüksek Yargı Organı, öncelikle, işletmeyi ve işyerini etkileyen nedenlerin “**objektif**” nitelikte olmasını aramaktadır. Böylece, fesih nedenlerinin, işverenin subjektif değerlendirmelerinden arındırılması söz konusu olmaktadır. İkinci olarak, anılan objektif nedenlerin, işçinin işyerindeki işi üzerinde olumsuz etki yaratması, somut olarak “**işgücü fazlalığı**”nın ortaya çıkmış olması ve giderek işçinin işyerinde çalışma olanağının ortadan kalkmış olması gerekir. Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme, feshi yol açabilecek objektif nedenler ile işçinin işyerindeki işi arasında da bir illiyet bağı kurmakta, bu bağın mevcudiyeti halinde geçerli nedenin varlığından söz edilebileceğini ifade etmektedir. Yargıtay kararında bu sonuca varılırken, işverenin işletmesel karar özgürlüğü ile iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi konusunda, yukarıda açıkladığımız esaslarla uyum gösteren, önemli bir ilkeye de yer verilmektedir. Buna göre, “*İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düzenlenen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir*”. Görülüyor ki, Yüksek Mahkeme, işverenin işletmesel karar özgürlüğünü kabul etmekle birlikte, bu kararın mutlak olmadığını, keyfilik unsurunu içerip içermediği noktasında yargı denetimine tabi bulunduğunu da, hiçbir kuşkuyla vermeyecek biçimde açıklığa kavuşturmaktadır.

Üzerinde durduğumuz kararda, ispat külfeti konusunda da önemli bir ilkeye yer verilmiş bulunmaktadır. Bilindiği üzere, İş Yasasının m. 20/II hükmü

²⁹ Yarg.9. HD.,29.12.2003, E. 2003/23204, K. 2003/22988, İşveren D., Şubat 2004,16-18.

uyarınca, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. Yüksek Mahkeme, bu kuralı yineledikten sonra, “İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır” görüşüne de yer vermektedir. Böylece, işveren sadece geçerli fesih nedeninin varlığını değil, bu nedenin feshi zorunlu kıldığını da ispatlamak zorundadır. Örneğin, işveren, dış pazar kaybı gibi bir nedene dayanarak iş sözleşmesini feshettiğinde, sadece bu nedenin varlığını ve somut uyumsuzluk açısından gerçekliğini değil, bu nedenin feshi zorunlu kıldığını da kanıtlamak zorundadır. Aksi halde, geçersiz bir feshin hukuki sonuçları ortaya çıkacaktır.

3. Geçerli nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi

a) Son çare (ultima ratio) ilkesinin anlamı ve hukuki dayanağı

İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde, işverenin işletmesel karar özgürlüğünü sınırlayan ve geçerli fesih nedeni üzerinde yargıcın keyfilik denetimi yapmasını sağlayan diğer bir ilke ise, *ultima ratio* (veya *ultimum remedium*) ilkesidir. *Ultima ratio*, Latince bir deyim olup, düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare, son önlem anlamına gelmektedir. *Ultimum remedium* ise; bir kuralın, bir mekanizmanın veya bir yetkinin ikincil niteliğini açıklar. Bu son deyim, ultima ratio'dan türetilmiş olmakla birlikte, her iki deyim genellikle eşanlamda kullanıldığı görülür³⁰. Konumuzla bağlantılı olarak, söz konusu deyim, esas olarak, işverenin fesih işlemine son çare olarak başvurması, bu yola gitmeden önce, iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaya ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik tüm önlemleri alması anlamına gelmektedir. İşveren, olanakları dahilindeki tüm önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işini yitirmesine yine engel olamıyorsa, geçerli bir nedene dayalı olması koşuluyla, fesih işlemine başvurabilecektir. Böylece, hukuki olmayan bir deyime, çok önemli hukuki anlam ve hukuki sonuçlar bağlanmış bulunmaktadır. Anılan ilke, belirtilen anlam ve boyutuyla, yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hukukumuzda da iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanmasında ve bu hükümlerin etkin kılınmasında belirleyici bir işlev üstlenecektir. Söz konusu ilke, yabancı hukuk sistemlerinde, örneğin Fransız ve Alman hukuklarında, dürüstlük kuralı ve sözleşmeye bağlılık ilkesi dayanak yapılarak, önceleri yargı kararlarıyla benimsenmiş, daha sonra ise yasal düzenlemelerin konusu yapılmıştır³¹.

³⁰ Bkz. Roland, H., Lexique Juridique, Expressions Latines, Litec, 1999, 196-197.

³¹ Bkz. Géa, F., Le “Principe de l'ultime remede” et l'obligation pretorienne de reclassement en matière de licenciement pour motif économique, in (C. Marraud, F. Kessler, F. Géa, La rupture du contrat de travail en droit français et allemand”, PUS., 2000), 267 vd.

Hukukumuzda da, özellikle geçerli fesih nedenleri üzerinde etkin bir yargı denetimi açısından ultima ratio ilkesi önem taşıyacaktır³². İş sözleşmesinin, iş ilişkisinin oluşumu açısından, “yaratıcı veya kurucu “ bir işlevi söz konusudur. İkinci işlevi ise, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını belirleme ve bunların ifasına yönelik bulunmakta ve sözleşmenin bağlayıcılığı sonucunu doğurmaktadır. İş güvencesi kapsamında ultima ratio ilkesi de, iş sözleşmesinin bu ikinci işlevine dayanmaktadır. Sözleşmelerin ifasına ilişkin genel kurallar, iş sözleşmesi açısından da aynen geçerli olacaktır. Bu konuda, ultima ratio ilkesine kaynaklık eden temel ilke ise, MK. m. 2’de ifadesini bulan, sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin *dürüstlük* kurallarına göre yerine getirilmesi (ifa edilmesi) ilkesidir . Bu anlamda, taraflardan her biri sözleşmenin devamlılığını ve özellikle diğer tarafın edimlerini ifa etmesini sağlamak için dürüstlük kuralı çerçevesinde elinde gelen tüm çabayı göstermekle yükümlüdür. Söz konusu ilke iş sözleşmesine uyarlandığında, işveren bu sözleşmenin devamlılığı ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini sağlamak için her türlü çabayı göstermelidir. Bu ise feshin son çare olması, yani sözleşme ilişkisinin devamlılığı için dürüstlük kuralı uyarınca öngörülebilen tüm seçeneklerin denemesi ve son çare olarak feshi başvurulması anlamına gelir³³. Öğretide isabetle vurgulandığı gibi, iş sözleşmesi, doğası gereği, eşit olmayan yanlar arasında bağtlanan ve bağımlılık ilişkisi kuran bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin başka bir özelliği ise; bir insanın, yani işçinin, sadece sözleşmenin tarafı değil, aynı zamanda sözleşmenin konusunu da oluşturmasıdır³⁴. Bu nedenle, iş sözleşmesinin yapılması (işçinin iş bulup çalışması) kadar, bu sözleşmenin devamlılığı (işçinin işini koruması) da, işçi yönünden yaşamsal bir değer ve önem kazanır. Yargıç, doğal olarak bu olguları dikkate alarak, hakkaniyet doğrultusunda eşitsizliği telafi etmek amacıyla, özellikle işveren açısından başka türde borçlar yaratmak durumundadır³⁵.

Bazı yabancı hukuklarda, ultima ratio ilkesi, her şeyden önce yargı organının bir eseri olmuş ve bu konudaki içtihat uzun süre uygulamayı yönlendirmiştir. Daha sonraki aşamada ise aynı ilke, yasa koyucu tarafından pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Örneğin, Fransız Yargıtayı, konuyla ilgili yasal bir düzenlemenin mevcut olmadığı dönemde ultima ratio ilkesini, Fransız Medeni Kanununun (Code Civil), sözleşmelerin dürüstlük kuralına (bonne foi) göre ifa edileceğini öngören 1134. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne dayandırmıştır. Yüksek Mahkemenin ilk kez 1992 yılında verdiği ve daha sonra kökleşen

³² Toplu bilgi için bkz. **Güzel, A.**, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, Prof. Dr. A.Can Tuncay Armağan (Baskı aşamasında).

³³ Bkz. **Couturier**, 307.

³⁴ **Supiot, A.**, Critique du droit du travail, PUF, 1994, 54; **Géa**, Le “Principe de l’ultime remede”, 272 ve dn. 32’de anılan **F. Meyer**, Le corps humain en droit du travail, Thèse Strasbourg, 1985)

³⁵ **Géa**, Le “Principe de l’ultime remede”, 272 ve dn. 32.

içtihadına göre, ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin işverence feshi, işçinin işyerinde başka bir işte çalıştırılmasının olanaklı olmadığı hallerde ancak gerçek ve ciddi nedenle yapılmış bir fesih olarak kabul edilebilir³⁶. Yargıtayın bu içtihadı, Fransız öğretisinde de, özellikle ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin feshinde, keyfiligi önlemek ve etkin bir yargı denetimi açısından çok isabetli bulunmuştur³⁷. Yargıtayın bu ve diğer kararlarında benimsenmiş esaslar, 19 Aralık 2001 tarihli “sosyal modernizasyon yasası” (la loi de modernisation sociale) ile Fransız İş Kodunun, ekonomik nedenlerle işten çıkarmaları düzenleyen L.321-1.maddesine üçüncü bir fıkra hükmü olarak eklenmiştir. Anılan bu hükme göre, ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin feshi işlemi, işçinin eğitimi (formation) ve başka bir işe uyumu (adaptation) için tüm çabalar gösterildikten ve aynı işletmede veya bu işletmenin de bağlı olduğu aynı şirketler grubuna dahil bir başka işletmede, işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan veya eşdeğerdeki başka bir işte veya bunların mevcut olmaması durumunda veyahut işçinin onayı alınmak koşuluyla, gerektiğinde daha alt kategorideki başka bir işte çalıştırılmasının olanaklı bulunmaması koşuluyla ancak gerçekleştirilebilir. Aynı maddenin devamında, işçinin başka bir işe yerleştirilmesi (çalıştırılması) amacıyla işçiye yapılan önerilerin yazılı ve açık olması, hükme bağlanmaktadır³⁸. Alman hukukunda da, aynı esaslar Federal Mahkemenin 1978 yılında verdiği bir ilke kararında açıklanmıştır: Bu karara göre, “*Fesih ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından, ister işyeri gereklerinden kaynaklanmaz olsun; veya geçerli bir nedene veya haklı bir nedene dayansın daima en son çare olarak değerlendirilmelidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz koşullarda çalıştırma olanağı aranmalıdır*”³⁹. Feshe Karşı Koruma Yasasının⁴⁰ birinci maddesinin 2.fıkrasına göre de, işverence yapılacak bir fesih işleminin sosyal açıdan haklı görülebilmesi için bunun, işçinin işyerindeki işini korumasını engelleyen “*kaçılmaz işyeri gerekleri*” nedeniyle yapılmış olması aranacaktır. Feshi gerekli kılan nedenlerin bu feshi “*sosyal açıdan haklı kılabilmesi*” için ise, “*adliyet*” koşulu aranacaktır. Öğretide baskın olan görüşe göre belirtilen bu düzenleme, Feshe Karşı Koruma hükümlerine egemen olan *ölçülülük* ilkesini esas almaktadır. Feshin *son çare olması (ultime remède)* ilkesi de kaynağını buradan

³⁶ Soc., 1 er avr. 1992 (Pélissier/ Supiot/ Jeammaud., 582, dn. 1)

³⁷ Couturier, 307; Pélissier/ Supiot/ Jeammaud., 582 vd; Géa, Le “Principe de l’ultime remède”, 268 vd; Le Goff, 883 vd.

³⁸ Mazeaud, D., Droit du travail, 2002, 410

³⁹ BAG 30.5. 1978 (Ulucan, İş Güvencesi, 43 ve dn. 16); aynı yönde: BAG., 7.12.1978 (Hohenadel / Profanter, Le licenciement pour motif économique, in “La rupture du contrat de travail en droits français et allemand”, 324 ve dn. 51).

⁴⁰ Bu incelemede söz konusu Yasanın Fransızca metni esas alınmıştır (bkz: [http:// WWW.Jura.uni-sb.de/BIJUS/arbeitsrecht/kschg/kschg 1.htm](http://WWW.Jura.uni-sb.de/BIJUS/arbeitsrecht/kschg/kschg 1.htm))

alır⁴¹. Alman Feshe Karşı Koruma Yasasının 1. maddesi, ultima ratio ilkesi kapsamında, işverenin yükümlülüklerini de düzenlemektedir. Buna göre, işçiyi aynı işyerinde başka bir işte veya işletmeye dahil başka bir işyerinde çalıştırma olanağının bulunduğu durumlarda, bu yola başvurmadan gerçekleştirilen fesih, sosyal açıdan haklı bir fesih olarak nitelendirilemeyecektir (§1/2; ayrıca: §1/2.3).).

Hukukumuzda da, ultima ratio ilkesinin hukuki dayanağını, açık bir yasal düzenleme mevcut olmasa bile, incelediğimiz yabancı hukuklarda olduğu gibi, yine dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, söz konusu kural, bir ana ilke niteliğinde Medeni Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır*”. Bu ana ilke, “kişilerin sadece medeni haklarını ve hatta özel hakların değil, fakat bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde uymakla yükümlü oldukları genel bir ödevi belirler”⁴². Şu halde, İş Yasasının 18. maddesi hükmünde açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın, işverence feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı, MK. m. 2 hükmü dayanak yapılarak, her somut olayda yargıç tarafından araştırılabilecektir. Ayrıca, hukukumuzda, ultima ratio ilkesi, 4773 sayılı Yasa⁴³ ile 1475 sayılı İş Yasasının 13. maddesine ek olarak getirilen iş güvencesine ilişkin düzenlemenin madde gerekçesinde; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ile sınırlı olarak belirtilmiştir. Söz konusu gerekçeye göre, işyeri içi veya işyeri dışındaki nedenlerle fesih uygulamasına giderken “*işverenden beklenen, fazla çalışmalarını kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshin son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fişikten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır*”⁴⁴. Görüldüğü gibi, madde gerekçesi, hem ultima ratio ilkesini, hem de bu ilkenin uygulanma esaslarını açıklığa kavuşturmuştur. 4857 sayılı İş Yasasının, geçerli fesih nedenlerini düzenleyen 18. maddesinde de feshin son çare olması ilkesine yer verilmemiş, konuya aynı maddenin gerekçesinde, yine Alman hukukundan esinlenilerek yer verilmiş bulunmaktadır. Buna göre, “*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshin son çare olarak bakmasıdır. Bu*

⁴¹ Hohenadel, U/ Profanter, M., Le licenciement pour motif économique (Die betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses), in “la rupture du contrat de travail...”, 324 ve dn. 51’de anılan Alman Federal İş Mahkemesinin 7.12. 1978 tarihli ilke kararı (AP Nr.6 zu § 1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung); ayrıca bkz. **Ulucan**, İş Güvencesi, 43 vd ; **Engin**, 91.

⁴² **Akıpek J./Akıntürk**, T., Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2002, 173.

⁴³ “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” (RG., 9. 8. 2002, 24847)

⁴⁴ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, 4. Yasama Yılı, 127. Birleşim.

*nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılmalıdır*⁴⁵. Dikkat edilirse, bu gerekçede, 4773 sayılı Yasanın az önce açıklanan ilgili madde gerekçesinden farklı olarak, fesihden önce başvurulabilecek önlemlere yer verilmemiştir. Ancak her iki madde gerekçesi de, Alman hukukundan ve özellikle Alman Federal İş Mahkemesinin kararları örnek alınarak kaleme alınmıştır. Dolayısıyla, son çare ilkesi, verilen örnekleri de kapsayacaktır. Öte yandan, öğretide isabetle vurgulandığı gibi, ultima ratio ilkesi, Alman Hukukunda kabul edildiği gibi, işçinin performansı ve uyumu konularıyla sınırlı olarak, yetersizliğinden veya davranışından dolayı yapılacak fesihlerde de uygulanma kabiliyetine sahip olmalıdır⁴⁶. Şu halde, hukukumuzda da, belirtilen anlam ve uygulama esaslarıyla ultima ratio ilkesinin, işverence gerçekleştirilen geçerli fesih nedeninin yargıç tarafından denetimi açısından dikkate alınmasında hukuki zorunluluk bulunmaktadır. İşveren, fesihden önce, işçiyi başka işte çalıştırmak veya eğitime tabi tutarak yeni bir işe uyumunu sağlamak ve bu yollar denendikten sonra feshi son çare olarak düşünmek zorundadır⁴⁷. Aksi halde yapılan fesih geçersiz bir fesih sayılacaktır. Konunun İş Yasasının 18. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olması, böyle bir uygulamaya engel oluşturmamaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi, söz konusu ilkenin hukuki temeli, MK. m. 2'de de ifadesini bulan sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin dürüstlük kuralları doğrultusunda ifa edilmesi esasına dayanmaktadır⁴⁸. Öte yandan, İş Yasasının 18. maddesinde anılan ilkeye yer verilmemiş olması, konuyla ilgili olarak bir yasal boşluğun varlığını gündeme getirebilecektir. Bu halde de, MK. m. 1 hükmü uygulanma alanı bulacaktır. Yargıç bu hükmü uygularken, yasama çalışmalarından ve özellikle madde gerekçelerinden de yararlanabilecektir. Bu noktada, az önce açıkladığımız İş Yasasının 18. maddesinin gerekçesi belirleyici olacaktır. Bu gerekçede ise, yasa koyucu, ultima ratio ilkesi konusundaki iradesini açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır. Nitekim, uygulamada Yargıtay, isabetli olarak, söz konusu madde gerekçelerini esas alarak, ultima ratio ilkesini somut uyuşmazlıklara uygulamaktadır⁴⁹. Yüksek Mahkeme, bu içtihadıyla uyumlu olarak, inceleme konusu

⁴⁵ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Yasama Yılı 1, C:7, S.Sayı:73, 13;

⁴⁶ Çelik, İş Güvencesi, İstanbul, 2003, 28

⁴⁷ Bkz. Çelik, 204; Aynı yazar, İş Güvencesi, 28; Ulucan, İş Güvencesi, 44; Engin, 91; Taşkent (Eyrenci- Taşkent-Ulucan), 137; Mollamahmutoğlu, 565. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 77-78.

⁴⁸ Bir Yazara göre, feshin son çare olması ilkesi, iş güvencesi sisteminde için bulunmaktadır (Engin, 90).

⁴⁹ Bu kararlara ilişkin toplu bir değerlendirme için bkz. Tepecik, İş Güvencesine İlişkin Uygulama Sorunları ve Yargı Kararları, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu yayını, Eylül 2004, 152 vd; Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 77-78; Aynı Yazar, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) ilkesi.

yaptığımız kararında da, hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde ultima ratio ilkesini ve fesih açısından hukuki sonuçlarını, bir kez daha ve isabetli bir biçimde açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, “...İşletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihle başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilene...”. Böylece, ultima ratio ilkesi, geçerli nedenle feshin önemli bir unsur ve koşuluna da dönüşmüş bulunmaktadır. İşverenin işletmesel karar özgürlüğü, bu ilkeyi ve bu ilke kapsamında yargı denetimini de dışlamamaktadır.

b) Ultima ratio ilkesi kapsamında feshe seçenek oluşturan başlıca önlemler

Ultima ratio ilkesi kapsamında yapılacak bir yargısal denetim, doğal olarak, feshe alternatif oluşturacak önlemlerin belirlenmesini de zorunlu kılar. Ancak, söz konusu önlemlerin sınırlı sayı esasına dayandırılması olanağı da bulunmamaktadır. Bu nedenle, konuya ilişkin temel ilkelerin belirlenmesi ve feshe alternatif olarak, işçinin işyerindeki işini korumasını sağlamaya yönelik ve işverence alınması gerekli başlıca önlemlerin açıklığa kavuşturulması, uygulama açısından da önem taşıyacaktır. Daha önce vurgulandığı gibi, ultima ratio ilkesi uyarınca yapılacak yargı denetimi, fesihte keyfiliğin önlenmesi ve işçinin işyerindeki işini koruması temel amacına yönelik bulunmaktadır. Ancak bu denetim yapılırken, işletmesinin ekonomik geleceği için işverenin değişik seçeneklerden birisini esas alması konusundaki yönetim yetkisi de tümüyle ortadan kaldırılmamalıdır. Bu nedenle, geçerli nedenle yapılan fesihlerin işverenin keyfi bir kararına dayanmaması ve bu arada işverenin yetkisinin de tehlikeye düşürülmemesi esasına dayalı, özellikle genel ve soyut formüllerden arınmış bir denetim sisteminin de oluşturulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Bu çerçevede, özellikle geçerli fesih nedeni ile işçinin işyerindeki işi arasında bir illiyet bağının mevcudiyeti önem taşıyacaktır. Asıl olan, işverenin makul ölçüler içinde, belirtilen nitelikteki tüm önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işinin artık gereksiz hale gelmiş olmasıdır⁵⁰. Yargıtay kararında da, işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir nedenin varlığından söz edilebileceği ifade edilmiştir. Bu ise, objektif nedenle işçinin işi arasında illiyet bağının kurulmuş olması anlamına gelmektedir.

İşverenin, fesihten önce başvurabileceği önlemler, genel olarak somut olaya uygun ve işverenin olanakları dahilindeki tüm seçenekleri kapsar. Bunların başında, hiç kuşkusuz, işverenin istihdamda olumsuzluk yaratan uygulamalardan kaçınması ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik önlemleri alması gelmektedir. Örneğin, hukukumuzdaki düzenlemelere de esin kaynağı olan Alman hukukunda yargı kararlarıyla benimsenen esaslara göre, kısmi çalışma

⁵⁰ Hohenadel/ Profanter, Le licenciement pour motif économique, 324.

esasının benimsenmesi, fazla çalışmaların kaldırılması, işyeri genelinde çalışma süresinin azaltılması, işverenin feshiden önce başvurabileceği önlemler olarak kabul edilmektedir. İşyeri gerekleriyle işten çıkarma ile ulaşılması hedeflenen sonuca, fesih dışındaki nedenlerle ulaşılp ulaşamayacağı hususundaki takdir yetkisi yargıca ait bulunmaktadır⁵¹. Ultima ratio ilkesinin kavradığı ve Alman hukukunda, öğreti ve yargı kararlarıyla benimsenmiş bu esasların, hukukumuz açısından da benimsenmesi gerekir. Nitekim, yukarıda açıklandığı gibi, 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Yasasının 13. maddesine eklenen m. 13/A hükmünün gerekçesinde de aynı esaslar yinelenmiş ve Yargıtay da bu dönemde verdiği bazı kararlarında, bu hususları açıklığa kavuşturmuş bulunmaktaydı. Bu konudaki bir karara konu uyuşmazlıkta işveren, iş sözleşmesinin feshinde; talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan nedenlere dayanmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, "...Yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken özellikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısaca **fesih en son çare olarak düşünülmelidir**. Somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı, aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmaktadır..."⁵². Yüksek Mahkeme, 4857 sayılı İş Yasasının 18. maddesi hükmüne uygun olarak verdiği kararlarında da bu görüşünü sürdürmüştür. Örneğin, Yüksek Mahkemenin 27.10.2003 tarihli kararında⁵³; "...4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen iş güvencesinin en önemli nedenlerinden biri feshin en son çare olarak düşünülmesidir. İşyeri dışından kaynaklanan talep ve sipariş azalması alacakların taksitlendirilmesi ve bir kısmından vazgeçilmesi gibi nedenler varken öncelikle temsil ve tanıtma giderleri, temsil edenlere ayrılan telefon ücretleri ve bu gibi benzeri giderlerde tasarrufa gidilmeli, fesih son çare olmalıdır. Somut olayda davalı Birlik bu tür uygulamalara başvurmamış, aksine giderleri arttırıcı ve yeni personel istihdamı kararları almıştır. Somut bu olgulara göre, işverence gerçekleştirilen feshin, geçerli bir nedene dayanmadığı ..." sonucuna varılmıştır. Yargıtay 9. HD.nin 29.12.2003 günlü kararına⁵⁴ göre de, " fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda, istihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği arttırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir. Davalı kuruluş bu tür uygulamalara başvurmamış aksine işçi

⁵¹ **Hohenadel/ Profanter**, aynı yer.

⁵² Yarg. 9. HD., 8.7. 2003, E. 2003/12442, K. 2003/ 13123, Çimento İşv. D., Ağustos 2003, 30 vd. ve kararı isabetli bulan bir değerlendirme: **Tepecik**, Yargı Kararları, 152; aynı yönde: Yarg. 9. HD., 6.6.2003, E.2003/12442, K.2003.

⁵³ E. 2003/18257, K. 2003/ 17985, **Tepecik**, Yargı Kararları, 153.

⁵⁴ E.2003/23204, K. 2003/ 22988, İşveren D., Şubat 2004, 16 vd; ayrıca bkz. Yarg. 9. HD.,10.11.2003, E.2003/ 18926, K.2003/18920, işveren D., Aralık 2003,21-22.

istihdamından kaynaklanmayan gider arttırıcı uygulamalara neden olmuştur./ Dairemizce, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmış ve 4857 Sayılı İş Kanununun 20/3 maddesi uyarınca... işverence yapılan feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE... oybirliği ile karar verildi.”. Yüksek Mahkemenin ultima ratio ilkesinin anlamını ve uygulanma esaslarını açıklığa kavuşturan başka bir kararında⁵⁵ şu ifadeler yer verilmiştir: “...Belirtmek gerekir ki söz konusu 4857 sayılı İş Kanununun 18 ve devamı maddelerinin gerekçesinde de açıklandığı üzere, işçi çıkarma uygulamasına giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası feshin en son çare olarak düşünülmalıdır. Somut olayda davalı işverenin bu tür uygulamalara baş vurmadığı, aksine işyerinde çalışan kıdemi fazla olan kadrolu işçileri topluca işten çıkardığı, asgari ücretle çalışmayı kabul edenleri tekrar işe aldığı, davalının zarar etmediği, işyerinde üretimin aralıksız devam ettiği, fabrikanın herhangi bölümünde üretimin durmadığı aksine, davacının hizmet akdinin feshinden sonra dahi üretimin aralıksız devam ettiği, davacının çalıştığı bölüm dahil hiçbir bölümün kapanmadığı, ayrıca T. İş Sendikasının şikayeti üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişlerinin dosya içerisine sunulan raporunda ve Adana Bölge Müdürlüğünün 9.4.2004 tarih ve 5473 sayılı dosya içerisindeki yazılarda, toplu çıkartılacak işçilerin bildirilen işçi sayısından fazla çıkartıldığı, üretime yardımcı işler dışında da taşeron sözleşmesi yapılarak taşeron işçilerinin çalıştırıldığı, işçi çıkartmaların yanı sıra işçi alımlarının da yapıldığı hususlarının sayısal olarak da tespit edildiği, emsal seri dosyalarda bu nedenlerle feshin geçersizliğine karar verildiği, bütün toplanan deliller birlikte değerlendirildiğinde, feshin geçerli nedenlere dayanmadığı anlaşılmaktadır. Feshin geçersizliği ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekir. Mahkemece yazılı gerekçe ile ret kararı verilmesi hatalıdır. Benimsenen bu çözümün, ayrıntılı olarak açıkladığımız ultima ratio ilkesi ve Yüksek Mahkemenin aynı konuda daha önce verdiği kararlarla uyum içinde bulunduğu, sonucuna varılacaktır. Yüksek Mahkeme, inceleme konusu yaptığımız bu son kararında da, aynı görüşünü sürdürmüştür. Buna göre, “... *işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı varsa iken feshin başvurulmaması gerekir. Kısaca, ‘fesih son çare olmalıdır’ (ultima ratio ilkesi gözetilmelidir)*”.

Ultima ratio ilkesinin işçinin işyerindeki işini koruması yönünde işveren açısından beraberinde getirdiği diğer önemli bir yükümlülük, *işçiyi işyerinde başka bir işte çalıştırmaktır (işverenin işçiyi işyerinde başka bir iş verme yükümlülüğü)*. Sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde başka bir birimde istihdamı olanaklı olmasına karşın, bu olanağa başvurulmadan sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi

⁵⁵ Yarg. 9. HD., 8.11. 2004, E. 2004/ 12698, K. 2004/25058, Legal İSGHD., 5/2005, 278 vd.

halinde, yapılan fesih, geçersiz bir feshin hukuki sonuçlarını doğuracaktır.. Söz konusu bu yükümlülüğe bağlı olarak ve bunun uygulanması açısından başka yükümlülükler de ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, *işçinin işe ve işyerine uyumunu sağlama*, diğeri ise işverenin, belirtilen uyumu sağlamak amacıyla, işçiye *eğitim verme* yükümlülüğüdür. Yabancı hukuklar incelendiğinde, örneğin Fransız hukukunda, belirtilen bu esaslar, yukarıda açıklandığı gibi, önce Yargıtay kararlarıyla benimsenmiş, daha sonra ise yasa koyucu tarafından pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Gerçekten, Fransız İş Kodunun, ekonomik nedenlerle işten çıkarmaları düzenleyen L.321-1.maddesine, 19 Aralık 2001 tarihli bir yasa ile üçüncü bir fıkra hükmü olarak eklenen hükme göre, ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin feshi işlemi, işçinin eğitimi (formation) ve başka bir işe uyumu (adaptation) için tüm çabalar gösterildikten ve aynı işletmede veya bu işletmenin de bağlı olduğu aynı şirketler grubuna dahil bir başka işletmede, işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan veya eşdeğerdeki başka bir işte veya bunların mevcut olmaması durumunda, işçinin onayı alınmak koşuluyla, gerektiğinde daha alt kategorideki başka bir işte çalıştırılmasının olanaklı bulunmaması koşuluyla ancak gerçekleştirilebilir⁵⁶. Alman Feshe Karşı Koruma Yasasının 1. maddesi, ultima ratio ilkesi kapsamında, işverenin feshe gitmeden önce ve doğal olarak feshi önlemek amacıyla , işverenin ne tür yükümlülüklerinin bulunduğunu da düzenlemektedir. Buna göre, özel hukuka tabi işletmelerde, işçiyi aynı işyerinde başka bir işte veya işletmeye dahil başka bir işyerinde çalıştırma olanağının bulunduğu durumlarda, bu yola başvurmadan gerçekleştirilen fesih, sosyal açıdan haklı bir fesih olarak nitelendirilemeyecektir (§1/2). Kamu hukukuna tabi işletme ve kamu kurumlarında da, işçinin aynı serviste başka bir görevde veya aynı kamu kurumunun, aynı çevre bölgedeki birim dahil olmak üzere, aynı yerdeki başka bir servisinde (veya hizmet biriminde) istihdamı olanaklı olmakla birlikte, feshe başvurulması halinde bu fesih işlemi, sosyal açıdan haklı bir fesih olarak nitelendirilemeyecektir. Aynı maddeye göre, söz konusu kural, kabul edilebilir mesleki değişim veya eğitim veyahut işçinin onayını almak koşuluyla, başka koşullara tabi olarak işçinin çalıştırılmasının olanaklı olması halinde de uygulanma alanı bulacaktır (§1/ 2.3). Bu kural, ekonomik nedenler yanında işçiye yönelik (işçinin kişiliği veya davranışları) fesihleri de kapsamaktadır^{57,58}. İşveren için Yasanın öngördüğü yükümlülüğün doğması için, sözleşmesi feshedilmek istenen işçinin yapabileceği bir başka işin mevcut olması veya fesih bildirim süresinin bitimine kadar böyle bir işin boşalacağıının kesinlik kazanmış olması aranmaktadır. İşçi, işverenden, yeni

⁵⁶ Bkz. *Pélissier /Supiot/ Jemmaud.*, 582 vd.

⁵⁷ Bkz. *Dymke*, Le licenciement pour motif personel et maladie du salarié, 223-224; **Ulucan**, İş Güvencesi, 43 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

⁵⁸ BAG, 30.5.1978 AQP Nr.70 zu 6626 BGB (**Ulucan**, İş Güvencesi, 43 ve dn.16'dan naklen)

bir iş yaratmasını talep edemez. Bunun gibi, işveren, başka bir işçiyi işten çıkararak, iş sözleşmesini feshetmek istediği işçiye iş bulmak zorunda da değildir. İşverenin üzerinde durduğumuz bu yükümlülüğü, Feshe Karşı Koruma Yasasının 1. maddesinin 3. fıkrasında, ekonomik nedenlerle işten çıkarmalarda işveren için öngörülen, “sosyal ölçüt” yükümlülüğünden de bağımsızdır. İşçiye başka bir iş verme yükümlülüğü, örneğin yapmakta olduğu işteki yetersizliği saptanan işçinin, diğer işçilerin çıkarlarına zarar vermemek koşuluyla, işyerinde veya işletmede çalışmaya devam edip edemeyeceği sorusuna yanıt verme amacına yöneliktir. Kural olarak, işçinin yapmakta olduğu iş ile karşılaştırılabilecek işler için bu araştırma yapılacaktır. İşçinin daha alt kategorideki bir işte çalıştırılması da, Yasanın 2. maddesinde öngörülen değişiklik feshine ilişkin kurallara uymak koşuluyla, olanaklıdır. İşçi, işverenden, daha yüksek ücret ödenen bir işi kendisine önermesini talep hakkına sahip değildir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde, bir işçinin iş ilişkisinin devamlılığı, bu işteki yetersizliği saptandığına göre, çoğu kez, çalışma koşullarında değişikliklerle olanaklı hale gelebilecektir⁵⁹.

Ultima ratio ilkesinin, hukukumuzda da kabul edilmiş olmasının doğal bir sonucu olarak, işverenin, iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshetmek istediği işçiyi, başka bir işte çalıştırma olanaklarını araştırma ve bunları işçiye önerme yönünde bir yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bu yükümlülük yerine getirilmeden yapılan fesih, geçerli bir neden mevcut olsa bile, ultima ratio ilkesinin ihlali nedeniyle geçersiz bir feshin hukuki sonuçlarına tabi olacaktır. İşverenin bu yükümlülüğü, hem işçinin yetersizliğinden veya işe uyum güclüğü hallerinde, hem de işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih hallerinde uygulanma alanı bulacaktır⁶⁰. Örneğin, belirli bir işteki yetersizliği saptanan işçinin, başka bir işte daha başarılı olabileceği ve böyle bir işin varlığı da söz konusu ise, bu yönde işçiye öneri yapılmadan fesih yoluna gidilmesi halinde geçersiz bir fesih söz konusu olacaktır. Bunun gibi, işverenin işyerinde yeni teknolojileri uygulaması veya üretim konusunu değiştirmesi halinde, fesih yoluna gitmeden, işçiye bu yeni teknolojiye uyumunu sağlayıcı bir eğitim vererek iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama yükümlülüğü söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, burada, genel anlamıyla bir mesleki eğitim değil; işçinin kısa bir sürede alabileceği nispeten basit bir eğitim söz konusudur. Bu eğitim sayesinde işçi, yeni makinaya veya yeni üretim tekniğine uyum sağlayabilecek ve işyerindeki işini koruyabilecektir. Bunun dışında, işçinin, işverenden uzun süreli ve pahalı bir mesleki eğitim talep hakkı bulunmamaktadır⁶¹. Buna karşılık, işverenin işçinin

⁵⁹ Dymke, Le licenciement pour motif personel et maladie du salarié, 224 ve dipnotlarında konuya ilişkin olarak belirtilen Federal İş Mahkemesi kararları.

⁶⁰ Çelik, İş Güvencesi, 28; Demir, F., İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir, 2003, 135.

⁶¹ Ayrıca bkz. Engin, 94.

işine ve işyerine uyumunu sağlama yükümlülüğü, ultima ratio ilkesi bağlamında, geçerli fesih nedeni üzerinde yargı denetimi aşamasında belirleyici olacaktır. Nitekim, değerlendirme konusu yaptığımız Yargıtay kararında da, belirtilen bu esaslar çok açık ve isabetli bir biçimde ortaya konulmuş bulunmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe, diğer önlemler yanında, “*işçiyi başka bir işte çalıştırarak*” ya da “*meslek içi eğitime tabi tutarak*” ulaşma olanağı var ise, ultima ratio ilkesi gereği, feshe başvurulmamalı, fesih son çare olmalıdır.

Sonuç olarak, Yargıtay 9. HD., inceleme konusu yaptığımız bu kararla; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan ve çoğu kez işverenin işletmesel karar yetkisine dayanan geçerli fesih nedenleri üzerinde yargı denetimi konusunda, çok önemli ilkeleri açıklığa kavuşturmakla yetinmemiş, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dinamiğini oluşturan ve bu hükümlerin etkinliği açısından belirleyici bir işleve sahip bulunan ultima ratio ilkesine de, çağdaş iş hukukunun gereklerine yanıt verebilecek bir anlam kazandırmış bulunmaktadır.

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN SENDİKAL NEDENLE FESHİNDE
İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI İLE SENDİKAL
TAZMİNAT İLİŞKİSİ
(KARAR İNCELEMESİ)**

Yrd. Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI*

**T.C.
YARGITAY
9. Hukuk Dairesi**

YARGITAY İLAMI

**Esas No: 2004 / 21425
Karar No: 2004 / 22545
Tarihi: 07.10.2004**

Mahkemesi: Gediz Asliye Hukuk Hakimliği (İş)
Tarihi: 20.05.2004
No: 717 / 298
Davacı: E. D.'ı temsilen ... İşçileri Sendikası Başkanlığı adına

Avukat ...

Davalılar: 1 ... AŞ. adına Avukat ...
2 ... Ltd. Şti.adına Avukat ...

Dava: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kabul etmiştir.

Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

* *Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi*

YARGITAY KARARI

Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, feshin sendikal nedenle yapıldığı anlaşıldığından davalının feshin geçersizliğine ve işe iadeye yönelik temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak sendikal sebeple feshin yapılmış olsa da işe başlatmama tazminatının, bir yıllık ücret tutarında belirlenmesi isabetsizdir. Dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatının sekiz aylık ücretle sınırlandırılması nedeniyle HUMK.nun madde 74 aykırı şekilde istekden fazlasına hüküm kurulamaz. Öte yandan sendikalar kanununun değişik 31/6. maddesine göre sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanununun 18-21 madde hükümleri uygulanacağından ayrıca sendikal tazminat talep edilemez. Birleştirilen sendikal tazminat davası bu davadaki işe başlatmama talebini artıramayacağından bu dava nedeniyle ayrıca vekâlet ücretine hükmedilemez. Bu nedenle mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmektedir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle:

1. Gediz Asliye (İş) Mahkemesinin kararının bozularak **ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2. Davanın **KABULÜ** ile; işverence yapılan feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

3. Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen işverenin süresi içerisinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin sekiz aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4. Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacı vekille temsil edildiğinden karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 300.000.000 TL. vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7. Peşin alınan temyiz harcının yatırana iadesine,

8. Davacının yaptığı toplam 60.920.000 TL. yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine kesin olarak 7.10.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I. Karara konu olan olayda; davacının iş sözleşmesi davalı tarafından feshedilmiştir. Bunun üzerine davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Buna karşılık, davalı işveren davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkeme, davacının isteğini kabul etmiş, davalılar avukatı kararı temyiz etmiştir.

Yargıtayın kararına göre; fesih sendikal nedenle yapıldığı anlaşıldığından davalının feshin geçersizliğine ve işe iadeye yönelik temyiz itirazları yerinde değildir. Kararda iki davalı şirket gözükmektedir. Açık olmamakla birlikte anlaşılan asıl işveren -alt işveren ilişkisi bulunmaktadır. Kararda, bunun herhangi bir soruna yol açtığı görülmemektedir.

Yargıtaya göre; sendikal nedenle fesih yapılmış olsa da işe başlatmama tazminatının, bir yıllık ücret tutarında belirlenmesi isabetsizdir. Dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatının sekiz aylık ücretle sınırlandırılması nedeniyle HUMK m.74'e aykırı şekilde istekten fazlasına hüküm kurulamaz. Sendikalar Kanununun değişik 31/VI. maddesine göre sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanununun hükümleri (m.18-21) uygulanacağından ayrıca sendikal tazminat talep edilemez.

Kararda "Birleştirilen sendikal tazminat davası"ndan bahsedilmektedir. Ne anlama geldiği açık değildir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla işe iade davası ve sendikal tazminat davası ayrı ayrı açılmış, daha sonra tarafları aynı olan her iki dava birleştirilmiştir.

II. Yukarıya aldığımız Yargıtay kararı; iş sözleşmesinin feshi, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve sendikal tazminatın (sendikacılık tazminatı) durumuna ilişkin Yargıtayın tartışılacak görüşünü göstermekte ve incelemeye değer bulunmaktadır. Sendikal nedenle fesih yapılması durumunda, işe iade davası ve iş güvencesi tazminatı ile birlikte aynı zamanda veya farklı zamanda sendikal tazminat davası açılabilir mi? Taleple bağıllık ilkesinin uygulanması kesin gerekir mi? Sendikalar Yasası m.31 ile İş Yasası m.18-21 hükümlerinin değerlendirilmesi nasıl olacaktır? İş güvencesinden yararlanmak olanağı bulunan bir işçi, güvence hükümlerini bir yana koyarak sendikal tazminat talep edebilir mi? Mahkeme, iş güvencesi prosedürü gereği iş iade kararı vermeden sadece tazminata hükmedebilir mi? İş güvencesi hükümleri çerçevesinde sözkonusu olabilecek "iş güvencesi tazminatı" karşısında "sendikal tazminat" hangi hallerde talep ve dava konusu yapılabilecektir?

III. Kararın değerlendirilmesine geçmeden önce konuyla ilgili yasal çerçeve ve yapılan değişikliklere bakmak, özellikle iş güvencesi hükümleri gereğince hükmedilecek tazminatın, kötüniyet ve sendikal tazminat karşısındaki durumunu ortaya koymak gerekli bulunmaktadır.

a) "İş Güvencesi"ni yasal çerçevede ilk olarak düzenleyen 4773 sayılı Yasa ve bunun hükümlerini bünyesine alan 4857 sayılı yeni İş Yasasından önceki dönemde, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin fesih hakkını kötüye kullanması ve bunun işçi tarafından kanıtlanması halinde, bu davranışının yaptırımını olarak 1475 sayılı İş Yasasında ihbar (bildirim) önellerinin üç katı

tutarında bir “kötüniyet tazminatı” öngörülmekteydi¹, 4857 sayılı yeni İş Yasasında da bu tazminat düzenlenmiştir.

b) 4773 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önce Sendikalar Yasasında genelde eşit davranma borcuna aykırı olarak yönetim hakkını kötüye kullanan işverenin sendika özgürlüğüne riayetini sağlamak amacıyla, sendikal nedenle ayırım yapma ve farklı işlemlerde bulunma, işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti nedenleriyle sözleşmesinin feshedildiğini kanıtlaması halinde kötüniyet tazminatının özel bir şekli olan “sendikal tazminat”² düzenlenmekteydi.³ 4773 sayılı Yasa ile değişik 2821 sayılı Sendikalar Yasasında da sendikal tazminat düzenlenmiştir.

Sendikalar Yasasına göre; işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin meslekî 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 yapamaz (m.31/III). İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmalarını, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar (m.31/V).⁴

¹ Ünal Narmanhoğlu, (Karar İncelemesi) İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:5, 2005, s.243

² Öner Eyrenci, Sendikalar Hukuku, Banksis Yayını, İstanbul 1984, s.131-142; Fevzi Şahlanan, Sendikalar Hukuku, Banksis Yayını, İstanbul 1995, s.176-184; Narmanhoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s.162-168; Fevzi Demir, Sendikalar Hukuku, Belediye-İş Sendikası Yayını, İstanbul 1989, s.199-206; Adnan Tuğ, Sendikalar Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1992, s.189-196; Halûk Hâdi Sümer, (Feshe Karşı Korunma) İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Mimoza Yayını, Konya 1997, s.115-125; Ercan Güven / Ufuk Aydın, İş Hukuku, 2. Bası, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2000, s.198-202; Cevdet İlhan Günay, (Sendikalar Kanunu) Sendikalar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s.558-603; Mustafa Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.304-307

³ Bazı yazarlara göre; gerek kötüniyet gerekse sendikal tazminat, iş güvencesi hükümlerinin mevzuata dahil edilmesiyle eski muhteva ve konumlarını kaybetmiştir. Yapılan yeni kanunî düzenlemelerle sözü edilen tazminatların talep edilebileceği haller sınırlandırılmış; fesih bildiriminin “geçerli sebepler”e dayandırılması zorunluluğu getirilerek, geçerli sebebin işveren tarafından ispat edileceği esası kabul edilmiş; geçersiz olduğu ya da bu nitelikte olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilen fesihler için bazı kayıtlarla bir sisteme geçilmiştir. (Narmanhoğlu, Karar İncelemesi, s.244)

⁴ İş sözleşmesinin feshi dışındaki sendikal ayırimlarda da hukukî sonuçlar bulunmaktadır. İşverenin işçiler arasındaki sendikal ayırım, fesih şeklinde değil de iş sözleşmesi devam

Sendikalar Yasası'nda çalışma koşullarında sendikali-sendikasız ayrımından ve sendikacılık faaliyetinden dolayı işten çıkarma veya farklı işlemlerde bulunma nedeniyle işçilere ödenecek tazminatla ilgili olarak, İş Yasasındaki kötüniyet tazminatından daha yüksek tazminatı öngören özel bir hükme yer verilmiştir.⁵ Sendikalar Yasası'na göre; işverenin buna aykırı hareket etmesi halinde, tazminat ödenmesi öngörülmüştür. Yasa; sendikaya üye olmak veya olmamaktan, sendika ve konfederasyon faaliyetlerine katılmaktan dolayı işten çıkarılmayacağına veya farklı işlem yapılamayacağını açıkça ortaya koymaktadır (SenK. m.31/III, V).⁶

ederken farklı uygulama şeklinde olabilir. Örneğin; ücret, prim, ikramiye gibi parasal konularda veya disiplin hükümlerinin uygulanmasında ayrımcı bir davranışta bulunursa işçiye bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere bir tazminat ödemek durumundadır. Burada fesih sözkonusu olmadığından işe iade de doğal olarak bulunmayacaktır. Zaten işçi çalışmasını sürdürdüğünden ayrıca bir ücrete de hükmedilemeyecektir. Sadece işçiye bir tazminat ödenecektir. İşçinin bu tazminatı, iş mahkemesinde açacağı bir sendikal tazminat davası ile talep etmesi ve kendisine işverence yapılmış olan sendikal ayrımcılığı kanıtlaması gerekir, yani böyle bir davada ispat yükü işçiye ait olacaktır. Sendikal tazminat davası iş sözleşmesi devam ederken açılabilir gibi, iş sözleşmesinin feshinden sonra da açılabilir. Ancak uygulamada, işçilerin çalışırken işverene karşı böyle bir dava açmayı göze alması ve açsa dahi iddialarını kanıtlayabilmesi zor görülmektedir. Sendikal tazminat, ister çalışırken ister fesihden sonra talep edilsin; sendikal ayrımcılığın işçi tarafından bilinmesinden itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabidir ve önceden işveren temerrüde düşmemiş ise dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte istenebilir. (Abbas Bilgili, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Karahan Kitabevi, Adana 2004, s.158-159)

⁵ Bazı yazarlara göre; sendikaya üye olduğu için hizmet sözleşmesi feshedilen işçiye İşK'nun 17/V. maddesi hükmü değil, SenK'nun 31/VI. maddesi kuralı uygulanması gerekir. Bu nedenle maddi olayın hukukî niteliğini yaparak uygulanacak yasa kuralını hakim re'sen belirlemek durumundadır. Ancak HUMK'nun 74. maddesi uyarınca istekten fazlasına hüküm kurulamayacağı kuralı sadece müddeabih yönünden geçerli olacaktır. Davacı'nın iddia ettiği maddi olayın hukukî tavsifini ve uygulanacak yasa kuralını başka türlü belirtmiş olsa bile, hakim bununla bağlı olmayıp, hukukî niteliği doğru yaparak uyumsuzluğu çözmek zorundadır. Böylece sendikal nedenlerle hizmet sözleşmesinin feshedildiği sabit olduğunda, davacı İşK. m.17 uyarınca kötüniyet tazminatı istemiş olsa da SenK. m.31 hükmünün hakim tarafından re'sen uygulanması gerekir. (Günay, (İş Hukuku) İş Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.776-777); Mahkemenin, davada uygulanacak hukukî kurallar bakımından tarafların talebiyle bağlı olmadığı kuşkusuzdur. (Narmanhoğlu, Karar İncelemesi, s.250)

⁶ Nuri Çelik, (İş Hukuku) İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 17. Bası, İstanbul 2004, s.363; Kenan Tunçomağ / Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s.304-305; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.544-545; Bazı yazarlara göre; 2821 sayılı Yasanın 31.maddesinin değiştirilmeden önceki metninde sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen ve bunu kanıtlayan işçi asgari bir yıllık ücreti tutarındaki sendikacılık tazminatını talep edebilirken, yürürlükteki şekilde böyle bir istekte

Yasanın bu hükümlerinde sendikal ayrımcılığın ne demek olduğu anlatılmaya çalışılmış, bu ayrımcılığın fesih anında fesih nedeni olabileceği veya fesih sözkonusu olmadan, iş sözleşmesinin devamı anında sendikal nedenlere dayalı farklı muamele şeklinde olabileceği belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada sendikal-sendikasız işçi ayrımı yasağı, beşinci fıkra da ise sendikaya üye olmak ya da olmamak, sendikal faaliyete katılmaktan dolayı işten çıkartılmama veya işçiye farklı işlem yapılamayacağı vurgulanmaktadır. Sözkonusu düzenlemeler, bireysel sendika özgürlüğünü koruma amacı ile konulmuştur. Sendikalar Yasasındaki düzenlemede; işverenin, işçinin bireysel sendika özgürlüğüne aykırı biçimde işini veya iş koşullarını değiştirmesi, sendikal faaliyet nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi durumlarında sendikal tazminata mahkum edilmesi sonucunu doğurmaktadır.⁷

Sendikalar Yasasında 4773 sayılı Yasa ve 4857 sayılı Yasa ile değiştirilen hükme göre; işverence hizmet akdinin (iş sözleşmesinin) feshi dışında belirtilen hükümlere aykırı hareket edilmesi halinde ödenecek tazminat işçinin bir yıllık

bulunamayacaktır. Yeni düzenlemeyle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumu SenK. m.31 kapsamından çıkarılmış, sendikacılık tazminatı (sendikal tazminat) sadece ayrım yapan veya farklı işlemde bulunan işveren davranışları için öngörülmüştür. 2821 sayılı SenK'nun 31. maddesinin sendikal nedenli feshlerde uygulanması imkânı ortadan kaldırılmıştır. Görülüyor ki, yeni şekliyle SenK'nun 31. maddesine göre sendikal tazminat artık sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedenleriyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde talep edilemeyecek; sadece iş ilişkisinin devamı sırasında işin sevk ve idaresi ve dağıtım ve tüm çalışma koşulları ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin işveren tarafından işçilere farklı uygulanması; aynı şekilde işçilerin sendikaya üye olup olmamaları ya da ayrı sendikalara üye bulunmaları nedeniyle ayrım yapılması, sendikal faaliyetlere katılan işçilerin farklı işlemlere maruz bırakılmaları durumlarında sözkonusu olabilecek; işverenin bu çerçevede fesih hakkını kötüye kullandığını ispat yükümlülüğü de işçiye terettüp edecektir. (Narmanhoğlu, Karar İncelemesi, s.246)

⁷ Sendikal ayrımın en somut biçimlerinden biri, işçinin sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesidir. İşveren; işçinin hiçbir sendikaya üye olmasını istemeyebilir veya belirli bir sendikaya üye olmasını isteyebilir. İşverenin bu istekleri yönünde hareket etmeyen işçinin hizmet akdi feshedilirse bu sendikal bir fesihtir, ya da işçinin sendika üyesi olsun veya olmasının sendikal faaliyette bulunması nedeniyle iş akdinin feshi de sendikal fesihtir. İşverenin sendikal nedenlerle yapmış olduğu feshlerin yaptırımını da, işçinin iş güvencesi hükümlerine dayanarak feshin geçersizliği (işe iade) davası açarak işe iade talebinde bulunmasıdır. Ancak, burada anlatılan işçilerin iş güvencesi hükümleri kapsamında olan işçiler olduğu unutulmamalıdır. Sendikal feshlerde de, iş güvencesi konusunu genel anlamda düzenleyen hükümler (İşK. m.18-21) uygulanacaktır. Yani sendikal olmayan feshlerdeki işe iade sistemi burada da geçerli olacaktır. Buradaki tek fark, işçiye ödenecek iş güvencesi tazminatının bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı hükmüdür (SenK. m.31/VI). (Bilgili, s.153-154)

ücreti tutarından az olamaz (SenK. m.31/VI).⁸ Yargıtay da, sadece işten çıkarmalarda değil, iş sözleşmesinin devamı sırasında işverence işçiye farklı işlemlerde bulunulması durumlarında da bir yıllık tazminatın istenebileceğini kabul etmiştir.⁹ Bu fıkranın devamına göre; sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde ise İş Yasasının 18, 19, 20 ve 21. madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Yasasının 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz (m.31/VI).¹⁰

⁸ **Centel**, İş Güvencesi Kanunu Konferans Notları, T. Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, s.34-35

⁹ Yarg. 9.HD., 08.11.1993, E.1993/6484, K.1993/15794, Çimento İşv.D., Ocak 1994, s.27; **Çelik**, İş Hukuku, s.363; Yargıtay'ın bir kararına göre; 2821 sayılı; SenK'nun 31/VI. fıkrasına göre sendikal nedenlerle fesihlerde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilmesi gerekir ise de davacının talebinin gözönünde tutulması gerekmiştir. (Yarg., 29.07.2004, E. 2004/5523, K.2004/19994, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:5, 2005, s.307-308); Yargıtay'ın bir başka kararına göre ise; Mahkeme kararının gerekçe kısmında davacının iş aktinin sendikal sebeple feshedildiği doğru olarak kabul edilmiş ise de tazminatın belirlenmesinde 4773 sayılı Yasanın 10. maddesi ile değiştirilen 2821 sayılı Yasanın 31. maddesi hükmüne aykırı olarak tazminatı dört aylık ücreti tutarında miktar olarak belirlemiştir. İş akti sendikal sebeple feshedildiği için bu Yasa hükmüne göre tazminatın işçinin bir yıllık tutarından az olamaz. (Yarg., 15.03.2004, E. 2004/2171, K.2004/6493, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:5, 2005, s.372-373); Bazı yazarlara göre; 4773 sayılı Kanun ile artık sendikal nedenlerle hizmet akdi feshedilenlerin işe iade edilmeleri yolunda düzenleme yapılmıştır. Şayet işveren sendikal nedenle işten çıkardığı işçileri işe yıllık ücretten aşağı olmamak üzere iş güvencesi tazminatına karar vermesi kabul edilmiştir. Ancak yargı kararlarında bu yolda bir arayışa gidilmemiş olması öğretide eleştirilmiştir. (**Günay**, İş Hukuku, s.796)

¹⁰ **Çelik**, İş Hukuku, s.363; **Metin Kutsal**, İş güvencesi Yasası (No: 4773) Türk İş Mevzuatına Girerken Bazı Yorum ve Düşünceler, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2002, s.28; **Devrim Ulucan**, İş Güvencesi, 2. Baskı, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, s.94-96; Yasada iş güvencesi tazminatının miktarı sabit bir meblağ olarak belirlenmemiş, en az 4 aylık en çok ise 8 aylık ücret tutarında olacağı belirtilmiştir (İşK. m.21/I). Sendikal fesihlerde bu tazminatın miktarı bir yıllık ücret tutarından az olmayacaktır (SenK. m.31). Yasada belirlenen bu limitler dahilinde kalmak koşulu ile miktarı hakim belirleyecektir. Uygulamada, hakimlerin tazminatı genellikle alt limitten belirledikleri görülmektedir. Oysa somut olayın durumuna göre ve gerekçesi de belirtilerek daha yüksek veya üst limitten de verilebilir. Gerekçeler ve kriterler somut olayın durumuna göre değişebilir. Doktrinde ve Yargıtay'ın kararlarında; işçinin kıdemi ile fesih nedeni bu konudaki kriterler olarak sayılmaktadır. (**Şahlanan**, İş Güvencesi Kanununun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek Dergisi, Nisan 2003, s.15; **Mollamahmutoglu**, s.577; **Bilgili**, s.96)

c) İş Hukukunun en önemli amaçlarından biri de çalışma ilişkisinin sürekliliğini ve varlığını korumaktır. Hakkı nedenle yapılan fesihler dışında, işverenin fesih hakkının sınırlandırılarak işçinin, işinin güvence altına alınmaya çalışılması iş ilişkisinin varlığını koruma amacına yöneliktir. “İş güvencesi” kavramı ile amaçlanan, iş sözleşmesinin işveren tarafından ancak Yasada gösterilen nedenlerin (geçerli nedenler) varlığı halinde feshedebilmesi; yani işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasıdır. Sözkonusu nedenler mevcut değilse ya da olmasına rağmen işveren tarafından kanıtlanamıyorsa, işçi işine iade edilecek veya bu gerçekleşmiyorsa kendisine bir özel tazminat ödenecektir.¹¹

İş güvencesi ile amaçlanan, işçinin işinin güvence altına alınması, çalışma hakkının korunmasıdır. Bu güvence, işçinin sahip bulunduğu işini koruyabilmesi, işine “keyfi” olarak son verilememesi biçiminde kendini gösterir.¹² İş güvencesi,

¹¹ **Eyrenci**, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s.31; Usulünce açılan davada mahkeme yapılan feshin geçersizliğine karar verirse; Yasa gereği işe iadesi gündeme gelen işçinin süresinde işverene başvurması halinde, işverenin bir aylık süre içinde işçiyi işe başlatmaması halinde, kendisi asgari 4 azami 8 aylık ücreti tutarında tazminata hak kazanır. Eğer feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı sonucuna varılmışsa, bu takdirde iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz. İş güvencesi tazminatı alan işçinin sair işçilik hakları geçersiz feshin sonuçları çerçevesinde düşünölmek gerekir. (**Narmanhoğlu**, Karar İncelemesi, s.244); Bazı yazarlara göre; Yasaya göre hakim, işe iadenin kabul edilmemesi halinde işverenin ödeyeceği tazminat miktarını da belirleyecektir. Bu hükümden çıkan sonuç işçi davasında sadece işe iade talep etmiş olsa bile, diğer deyişle tazminat talebi olmasa da hakim re’sen tazminata karar vermekle yükümlüdür. Yani tazminata hükmetmek bakımından taleple bağıllık ilkesi geçerli olmayacaktır. Bu bağlamda hükmedilecek tazminat miktarının tayininde hakimnin yetkisini değerlendirmek gerekir. Tazminatın miktarı konusunda taleple bağıllık ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. İşçi, işe iadenin kabul edilmemesi halinde altı aylık ücreti tutarında tazminata karar verilmesini istemişse, hakimnin koşulları olsa dahi daha fazla miktarda tazminata hükmetmesi mümkün değildir. Bir başka anlatımla hakim, tazminat talebi olmasa dahi Yasanın amir hükmü nedeniyle tazminata karar vermekle yükümlü ve koşulları varsa tazminatı üst sınırdan vermeye yetkili olduğu halde tazminat miktarının açıkça yazılı olduğu durumda artık bu miktarla bağıllıdır. Çünkü işçi, geçersiz feshin kendisi bakımından yarattığı olumsuz sonucun daha düşük bir tazminat miktarı ile izale edilebileceğini kabul ediyorsa, hakimnin bu isteğin üzerinde bir miktara hükmetmesi yetkinin aşılması anlamına gelir. İşçinin tazminat miktarındaki tespitin gerçek olup olmamasının bir önemi yoktur. Önemli olan işçinin belirlediği miktarın, kendisini tatmin edeceğini ortaya koymuş olmasıdır. (**Mehmet Uçum**, (İş Güvencesi) İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları, Legal Hukuk Dergisi, Sayı:9, Eylül 2003, s.2216)

¹² **Kutal**, İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı İktisadi ve Sosyal Boyutları, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu

işçinin feshe karşı korunması ve koşulları mevcut ise işe iade olanağının sağlanması ya da bunun yerine bir tazminatın ödenmesidir. İşe iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmak istemeyen işveren mahkemenin belirlediği iş güvencesi tazminatını işçiye ödemek zorundadır. İş güvencesindeki bu sistem yeni düzenlemede sendikal güvence ile iç içe geçmiş durumdadır. SenK'na göre; işçilerin hizmet sözleşmelerini feshetmeksizin sendikal nedenlerle onlar arasında “ayrım yapan veya onları farklı muameleye tabi tutan” işverenler hakkında, işçilerin sendikal nedenlerle feshe veya ayrımcılığa maruz kalmaları halinde bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere Sendikal tazminata hükmedilmesi gerekir (m.31). 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin hizmet akdinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetten dolayı feshedilmesi hali (SenK. m.31/VI)¹³, işçinin hizmet akdinin

Yayı, İstanbul 2002, s.15-18; **Çelik**, (İş Güvencesi) İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, İstanbul 2003, s.7-11; **Ali Güzel**, (İş Güvencesi) İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2001, s.30; **Şahlanan**, Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.143-144; **Savaş Taşkent**, İş Güvencesi İşçinin Feshe Karşı Korunması, Belediye-İş Sendikası Yayını, İstanbul 1991, s.13; **Aynı yazar**, (İş Sözleşmesi) İş sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yeni İş Yasası, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, s.111; **Demir**, Çalışma Hakkının Korunması İş Güvencesi, Belediye-İş Sendikası Yayını, İstanbul 1986, s.14; **Aynı yazar**, İş Güvencesi Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 1999, s.2; **Tuğ / Aydın Başbuğ**, İş Güvencesiz İş Hukuku, 2. Baskı, Öz İplik-İş Sendikası Yayını, Ankara 1992, s.52; **Sümer**, Feshe Karşı Korunma, s.5; **Güven / Aydın**, (İş Hukuku) Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2004, s.114; **Erdal Egemen**, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s.81; Feshe karşı korunma, hukukî bakımdan özde olarak iş güvencesi; mevcut bir iş sözleşmesinin devamlılığı ve dolayısıyla işçinin ücret gelirinde sürekliliği sağlamayı amaçlayan bir kurumdur. Herşeyden önce bir iş ilişkisinin varlığını öngörür. İş güvencesi; mevcut bir işin korunması, o işin güvence altına alınmasıdır. (**Münir Ekonomi**, Genel Değerlendirme, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.347-348)

¹³ Bazı yazarlara göre; bu durumda sendikal nedenlere dayalı olarak ödenmesi gereken bir yıllık ücret tutarından az olmayan tazminat “sendikal tazminat” olarak değil, “iş güvencesi tazminatı” veya “ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı” olarak isimlendirilmelidir. Çünkü bu durumda, işçinin işe iadesine karar verilmiş ve bu karara rağmen işveren işe başlatmamış olmalıdır. Yani bu tazminatın mahiyet olarak sendikal nedene dayanmayan fesihlerdeki 4 ila 8 aylık ücret tutarındaki iş güvencesi tazminatından hiçbir farkı yoktur. İşe başlatmama sonucuna bağlı olarak ödenmesi gereken bir tazminattır. Tek farkı, fesih nedeninin sendikal nedene dayanmasından dolayı tazminat miktarının “ağırlaştırılmış” olmasıdır. (**Bilgili**, s.162)

feshedilmemesine karşın işçiye uygulamada sendikal ayrımcılık yapılması hali (m.31/VI), iş güvencesi kapsamında olmayan ve bu nedenle de işe iade davası açamayan işçinin hizmet akdinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı feshedilmesi hali (m.31/VII), işçinin sendikal nedenlerle bir ayırma ve farklı muameleye tabi tutulduğu hallerde haklı nedenlerle hizmet akdini fesih hakkını kullandığı (İŞK. m.24/II) durumda da kıdem tazminatından ayrı olarak sendikal tazminat istenebilecektir.¹⁴

d) Mahkemece ücret ve tazminata hükmedebilmesi için, bu konuda talepte bulunulması gerekir mi sorusu da doktrinde tartışılmıştır. Yargıtay'ın verdiği kararlarda yer alan önemli bir konu, feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde, ücret ve tazminata hükmedilebilmesi için bu konuda bir talebin gerekli bulunup bulunmadığına ilişkindir. Yargıtay da işe iade davalarında, iş güvencesi

¹⁴ **Demir**, İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir 2003, s.240-241; **Bilgili**, s.161; Bazı yazarlara göre; sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti nedenleriyle sözleşmenin feshinde SenK. m.31'in yaptığı atfıyla İŞK'nun iş güvencesine ilişkin 18 ve devamındaki hükümler uygulanmak gerekir. SenK'nun 31. maddesinde öngörülen sendikal tazminatı, sözleşmesinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetiyle feshedildiğini iddia eden işçilerin talep etmeleri mümkün değildir. Çünkü iş güvencesi kapsamına alınan bu tür fesihler için, işçinin iş güvencesine ilişkin hükümler çerçevesinde hareket ederek, şartları gerçekleştiğinde asgari bir yıllık ücreti tutarında bir tazminata, iş güvencesi tazminatına hak kazanması mümkün olabilecektir. Yürürlükteki hükümlere göre; iş güvencesi kapsamında olan işçilerin kötüniyet tazminatı gibi sendikal tazminat istemeleri ya da talep edebilmeleri mümkün değildir. İş güvencesi tazminatı, sendikal tazminat işçinin tercihinin bırakılmıı, seçimlik haklar değildir. Her birini talep edebilme şartları hasren Kanunda ayrı ayrı belirlenmiş bulunmaktadır. Özellikle iş güvencesi hükümlerinin kapsamına giren ve sözleşmesi sendika üyeliği ya da sendikal faaliyeti nedeniyle feshedilmiş işçinin, güvence hükümleri çerçevesinde "iş güvencesi" tazminatı talebine hakkı vardır. İş güvencesi tazminatından vazgeçerek sendikal tazminat talep etmek de mümkün değildir. Her birine hak kazanma şartları Kanunda ayrıca belirlenmiş olan bu tazminatların birinin diğerinin yerine ikame edildiğini söyleyebilmek imkânı da yoktur. Mevcut pozitif hükümler karşısında, işçi sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle sözleşmesinin feshedildiğini iş güvencesi hükümleri dışında öne süremez ve buna bağlı olarak da sendikal tazminat isteyemez. İş güvencesi hükümleri kapsamına giren ve sözleşmesinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti nedenleriyle feshedildiğini öne süren işçi, bu iddiasını ancak iş güvencesine ilişkin prosedürü tüketerek sonuçlandırılabilir. Bunu yapmazsa, özellikle de dava açma süresini geçirirse - maruz kaldığı feshin Kanuna uygun olduğunu- geçerli feshin mevcudiyetini kabul etmiş olur. SenK'nun 31. maddesinin sendika üyeliği ve sendikal faaliyet nedenleriyle feshi ayırık tutan ve sendikal tazminatı bu durum dışındaki hallerde hasreden açıklığı karşısında, iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçinin bu hükümlerin gereğini yerine getirilmeden iş güvencesi tazminatına hak kazanamayacağı hususunda tereddüt edilemez. Aksine bir düşünce veya çözüm önermek, 2821 sayılı SenK'nun 31. maddesinde yapılan değişikliği yok farzetmek anlamına gelecektir. (Narmanhoğlu, Karar İncelemesi, s.249-250)

tazminatının ayrıca talep edilmesine gerek olmadığı görüşündedir. Yargıtayın kararlarına göre; işçinin işe iade isteği, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ve en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret taleplerini de içerir. Bir başka anlatımla, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri olmasa dahi bu hususlar işe iadenin sonucu olup, mahkemece bu konularda da karar verilmelidir.¹⁵

¹⁵ Yarg. 9.HD., 11.9.2003, E.2003/14994, K.2003/14267, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s.224-226; **Bilgili**, s.87-88; Yarg. 9.HD., 10.11.2003, E.2003/18298, K.2003/19008; Yarg. 9.HD., 18.12.2003, E.2003/20421, K.2003/22149, **Bilgili**, s.106-107; Bazı yazarlara göre; Yargıtayın kararda yer alan görüşüne katılmak mümkün değildir. Taleple bağlılık kuralı işe iade davaları bakımından da uygulama alanı bulur. Bu bağlamda, Mahkemenin dört aya kadar ücret tutarına hükmedebilmesi için, işçinin bu yolda talepte bulunmuş olması gerekir. Yoksa işçinin salt iadeyi talep etmesi durumunda bunu aşarak ücret alacağına hükmetmesi taleple bağlılık kuralına aykırıdır. Buna karşılık, Mahkemenin altı ay ile bir yıllık ücret tutarında tazminata (4773 sayılı Yasa döneminde) hükmedebilmesi için, işçinin iadeyi talep etmiş olması gerekli ve yeterlidir, ayrıca tazminat talebinde bulunması gerekmez. Bu sonuç taleple bağlılık kuralına da aykırı değildir. Zira tazminat, işçinin işe iade talebinin işverence kabul edilmemesinin bir sonucudur. Bu bakımdan işçinin işe iade talebinde bulunması yeterlidir. Nitekim Kanunda, Mahkemenin feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirleyeceği açıkça zikredilmiştir. Bu bakımdan Yargıtay kararının boşta geçen süreye ilişkin en çok dört aya kadar olan ücretin hüküm altına alınması için talep zorunluluğu aramayan görüşü isabetli değildir. (**Ömer Ekmekçi**, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s.178; **Aynı yazar**, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Dergisi, Temmuz 2003, s.136); Bazı yazarlara göre de; iş güvencesi tazminatının ve çalıştırılmayan dört aylık süreye ait ücretinin dava dilekçesinde talep edilmesinin gerek olup olmadığı konusunu irdelemekte yarar vardır. Ancak bu parasal hakların biri tazminat, diğeri ise ücret olduğundan ikisini farklı değerlendirmek gerekir. İşe iade talebi iş güvencesi tazminatını da kapsadığından, iş güvencesi tazminatı işe iadeden bağımsız olmayıp, işe iade kararının işverence uygulanmamasının bir sonucu olduğundan, ayrıca talep edilmesine gerek yoktur. Bu nedenle; işe iade isteğinde bulunan bir işçinin bu isteği kabul edildiği takdirde, talep edip etmemesine bakılmaksızın iş güvencesi tazminatı miktarının da belirlenmesi gerekmektedir. Ancak, iş güvencesi tazminatı sabit bir meblağ olmayıp; 4 ile 8 aylık ücret arasında değişebileceğinden ve şayet davacı işçi de somut olaya göre bu tazminatın yüksek limitten belirlenmesi gerektiği görüşünde ise; gerekçesi ile birlikte bunun kaç aylık ücret tutarında olması gerektiğini talep olarak belirtmesinde yarar vardır, çünkü bu durum hakime yol gösterici ve gösterilen nedenlerden dolayı dikkat çekici olabilir. Burada taleple bağlılık ilkesinden söz edilemeyeceği için hakim işçinin talebi ile bağlı değildir. Davacı, dava dilekçesinde iş güvencesi tazminatının miktarını mutlaka belirtmek istiyorsa; bunu üst limitten istemenin hiçbir mahsuru yoktur. (**Bilgili**, s.104-105)

21. maddenin II. fıkrasında, mahkemenin feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını belirleyeceği, III. fıkrasında da, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarının ödeneceği hükme bağlanmıştır.

e) Fesihte geçerli bir nedenin varlığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (İŞK. m.20/II). Kural olarak herkes iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Ancak kanıt yükünün yer değiştirdiği hallerde bu kuralın istisnaları devreye girer. Kanıt yükünü yer değiştiren hallerden biri de Yasada açık hüküm olmasıdır. Yasakoyucu gerek 158 sayılı Sözleşmeye uygun olması bakımından gerekse işçiyi koruma ilkesi açısından kanıt yükünü işçi lehine değiştirmiştir.¹⁶ İşveren kanıt yükünü yerine getirirken öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu kanıtlayacaktır. Buna göre; fesih işlemini yazılı yapmış olması, belli durumlarda işçinin savunmasını istediğini belgelemesi, yazılı fesih işleminin içeriğinde dayandığı fesih nedenlerini somut ve açık olarak göstermiş olması gerekir. İşverenin biçimsel koşulları yerine getirdiği anlaşıldıktan sonra içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli veya haklı olduğunun kanıtlanması aşamasına geçilecektir. İşveren bu aşamada (işçi özlük dosyası, işyeri kayıtları, sigorta kayıtları, tutanaklar, tanık beyanları, keşif, bilirkişi incelemesi, yemin gibi) her türlü kanıt aracına dayanabilir. İşverenin, dayandığı fesih nedeninin geçerli olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum uyumsuzluğun çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasakoyucu, işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin işverenin dayandığı ve kanıtlarla ortaya koyduğu nedene değil, başka bir nedene dayandığını iddia ederse, bu nedeni kendisi kanıtlamakla yükümlüdür.¹⁷

Sendikalar Yasasında yollama yapılan maddeler arasında yer alan İş Yasasının 20. maddesindeki iş sözleşmesinin feshinde geçerli nedeni ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu hükmünden sonraya, 4773 sayılı Yasada olmayan bir hüküm eklenmiş ve bununla, işçi feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdirde bu iddiasını ispatla yükümlü tutulmuştur. O halde, sözkonusu 20. maddeye göre, işverence fesih nedeninin geçerliliğinin ispat edilememesi durumunda, işçinin 21. maddesindeki tazminat yerine Sendikalar Yasasının 31. maddesindeki en az bir yıllık ücret tutarındaki tazminatı talep edebilmesi için üyelik ya da sendikacılık faaliyetine katılma nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini, yani feshin sendikal nedenle yapıldığını ispat etmesi gerekmektedir

¹⁶ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s.613; Ulucan, s.95; Taşkent, İş Sözleşmesi, s.125; Uçum, İş Güvencesi, s.2224

¹⁷ Uçum, İş Güvencesi, s.2224

(SenK. m.31/VI).¹⁸ Buna karşılık, Sendikalar Yasasının diğer hükmüne göre; diğer İş Yasalarına veya Borçlar Yasasına tabi yahut İş Yasasının iş güvencesi hükümleri dışında bırakılmış olan işçinin aynı nedenle feshin yapıldığı iddiası ile açacağı davada ispat yükümlülüğü işverene aittir (SenK. m.31/VII).¹⁹

¹⁸ **Çelik**, İş Hukuku, s.364; **Tunçomağ / Centel**, s.304; **Eyrenci / Taşkent / Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s.130; **Taşkent**, İş Sözleşmesi, s.125; **Ulucan**, s.95; **Mollamahmutoglu**, s.545; **Sümer**, (İş Hukuku) İş Hukuku, 10. Baskı, Mimoza Yayın, Konya 2004, s.187; Bazı yazarlara göre; ister “iş güvencesi” kapsamı içine alınmış olsun ister alınmamış olsun, 4773 sayılı Yasayla getirilen önemli bir yenilik, işçinin “sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı” iş sözleşmesinin feshi iddiası ile açılan davada “ispat külfetinin” işverene yüklenmesidir (4773 sayılı Kanunla değişik SenK. m.31/VII). İşveren bu iddiaya karşı işçinin iş sözleşmesini “sendika üyeliği veya sendikal faaliyete katılma” nedeniyle feshetmediğini ispat etmek zorundadır. Buna karşılık, işçinin işinde çalışırken “sendikal nedenle” uğradığı “ayırım veya farklı muameleyi” ispat yükü, genel hükümlere göre yine işçiye düşmektedir. İşçinin çalışırken sahip olduğu bu hakkını kullanması zor olduğu gibi, ispatlamasının da zor olduğu açıktır. (**Demir**, s.239-240); Bazı yazarlara göre de; sendikal tazminat isteğinde bulunulması halinde, sendikal nedenin varlığını ispat külfeti davacı işçiye düşer. Bu görüş, sadece sendikal nedenle feshin için değil, 31. maddeye aykırı hareketle ayırım yapıldığının ileri sürüldüğü tüm haller için geçerlidir. (**Günay**, İş Hukuku, s.793); Bazı yazarlara göre ise; doktrindeki bu görüş ayrılığı pratiğe pek de yansımamaktadır. Çünkü taraflar, ispat yükünün karşı tarafta olup olmasına bakmaksızın kendi iddiasını kanıtlamak ve karşı iddiayı çürütmek için oldukça gayretli bir uğraş vermektedirler. İspat yükünün karşı tarafta olması nedeniyle susup bekleyene pek rastlanmamakta ve hakimler de ispat yükünün kimde olduğu hususuna çok da önem vermemektedir. İşe iade, yasal sürede başvuru, başvurudan sonra işverene tanınan bir aylık süre gibi konular aynen burada da geçerlidir. İşe başlatmama halinde ödenecek iş güvencesi tazminatının miktarı bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır. Bunun dışındaki diğer hususlarda da diğer işçilerdeki iş güvencesi hükümleri geçerli olacaktır. (**Bilgili**, s.154-155)

¹⁹ Sendikalar Yasasına göre; 854 sayılı Deniz İş Yasası, 5953 sayılı Basın Yasası ile 818 sayılı Borçlar Yasasına tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar (50’den az işçi çalıştıran tarım işyerleri) ile İş Yasasının 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Yasanın 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Yasasının genel hükümleri uygulanır. İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır (m.31/VII). İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikalar nedenlerle iş sözleşmelerinin feshindeki hukukî sonuçlara bakıldığında; bir kısım işçilerin iş güvencesi dışında bırakılması iş güvencesinin eleştirilen bir yönüdür. İş güvencesi dışında kalan bu işçilerin iş sözleşmeleri sendikal nedenle feshedilirse, İş Mahkemeleri Yasasının genel hükümleri uygulanacak ve işçiye ödenecek tazminat bir yıllık ücret tutarından az olmayacaktır. Bu işçilerin iş güvencesi kapsamı dışında olmaları nedeniyle işe iadeden ve en fazla dört ayla sınırlanmış olan ücretten yararlanmaları söz konusu olmayacaktır. Sadece bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat alabileceklerdir. Bu

Yasakoyucunun ispat yükü açısından 31. maddenin altıncı ve yedinci fıkraları arasında önemli bir farklılığın yaratılmış olduğu görülmektedir. Böylece, aynı maddenin iki fıkrasının uygulanmasında ispat yükü bakımından gereksiz bir ayırım ortaya çıkmış bulunmaktadır.²⁰

f) İş Yasası; 21. maddenin ilk üç fıkrasında öngörülen ödemelerin sözleşmelerle hiçbir surette değiştirilemeyeceğini, aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağını öngörmüştür.²¹ Düzenleme mutlak emredicidir. Yasaya getirilen mutlak emredici nitelikteki hükme göre; birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir surette değiştirilemez. Aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir (m.21/ son). Böylece Yasakoyucu, İş Yasasının 21. maddesinin ilk üç fıkrasını mutlak emredici hüküm niteliğinde düzenlemiştir.²² Yani bu hükümler bakımından işçi lehine veya aleyhine sözleşme yapılamayacaktır. Buna göre işe iade kararı, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen sürelerin ücretleri bakımından İş Yasasında yer alan hükümlerin aksine sözleşme yapılamaz ve böyle sözleşmeler yapılırsa tümüyle geçersiz olur.²³

davada ispat yükü işveren üzerinde bırakılmıştır. İşe iade sistemi olmadığından bir aylık hak düşürücü süre değil, 10 yıllık zamanaşımını geçerlidir. (Bilgili, s.159)

²⁰ Çelik, İş Hukuku, s.364

²¹ Eyrenci, s.38; Taşkent, İş Sözleşmesi, s.128; Ulucan, s.85; Günay, İş Hukuku, s.469-470

²² Çelik, İş Hukuku, s.217; Aynı yazar, İş Güvencesi, s.47; Süzek, s.615; Güzel, İş Güvencesi, s.43; Mollamahmutoğlu, s.579; Sümer, İş Hukuku, s.93; Bazı yazarların benzer hüküm içeren İş Güvencesi Yasa Tasarısı ile ilgili değerlendirmelerine göre; bu kesin ifade içeren lafzından, geçersiz feshin sonuçlarının mutlak emredici nitelikte düzenlediği, işçi lehine dahi olsa aksinin kararlaştırılmayacağı anlaşılmaktadır. Gerekçede de, öngörülen tazminatların sözleşmelerde artırılmaması için, bunların değiştirilemeyeceğinin vurgulandığı açık olarak ifade edilmiştir. Bu hususun mutlak emredici olarak düzenlenmesi için hiçbir neden bulunmamaktadır. İş mevzuatında yer alan hükümlerin büyük çoğunluğu; işçiye asgari bir çalışma standardı sağladığı için, işçi lehine aksi kararlaştırılabilen hükümler, bir başka anlatımla nisbi emredici hükümler niteliğindedir. Mutlak emredici nitelikteki hükümler oldukça azdır. (Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2001, s.58-59)

²³ Uçum, İş Güvencesi, s.2229; Bazı yazarlara göre; bu hükmün işçi aleyhine yapılacak anlaşmaları yasaklaması yerindedir. Bu nedenle esasında nispi emredici bir hüküm olarak düzenlenmesi daha doğru olurdu. Çünkü bu hükümle hem bireysel iş sözleşmelerinde hem de özellikle toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine düzenlemeler yapılmasının da önüne geçilmiştir. Bunu anlamak güçtür. İşveren belki de çeşitli vasıflara sahip personel istihdam ederken bu konuda işçi lehine düzenlemeyi bireysel iş sözleşmelerine koyarak bir çekicilik yaratmak isteyebilirdi. İş Yasasının görevi işvereni, kendisine rağmen korumak değildir. Belirli durumlarda işçiye rağmen işçiyi koruyabilir, çünkü işçi sözleşmenin zayıf tarafıdır. Bu hüküm öncelikle işverenin bireysel sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Ancak, işveren bu hükme rağmen iş sözleşmelerine bu konuda işçi lehine hükümler koyarsa (örneğin, işe başlatmama tazminatı en az bir yıllık ücret olacaktır veya boşta

Mutlak emredici bu hükmün, toplu sözleşme özerkliği alanını sınırlaması nedeniyle isabet derecesi tartışılabilecektir. İş Hukuku kurallarının sosyal kamu düzeni niteliği burada da gözetilmeliydi. Çağımızda İş Hukuku, sosyal tarafların özerkliği çerçevesinde ancak geliştirilebilir. Gelişmelere kapalı bir hukukî düzen oluşturmak, dinamik nitelikli iş ilişkilerini dondurmak anlamına gelecektir.²⁴

g) Sendikacılık tazminatı talebi on yıllık zamanaşımını süresine tabidir.²⁵ Bu tazminata dava tarihinden faiz yürütülmelidir.²⁶

geçen tüm sürenin ücreti ödenecektir gibi) ve daha sonra bir çekişme halinde Yasanın bu hükmüne dayanarak bunların geçersiz olduğunu ileri sürerse o zaman “hakkın kötüye kullanılması” yaptırımını ile karşılaşılabılır. Buna karşılık işveren değişikliği hallerinde, yeni işveren sözleşmelerde olan bu tarz hükümlerin geçersizliğini ileri sürebilir. Ayrıca bu hüküm, TİS'nin içeriğine ilişkin bir sınırlama getirmektedir. TİS düzenine bu tarzda bir müdahalenin doğru olmadığını, toplu sözleşme özerkliği ile pek bağdaşmadığını belirtmek gerekir. (Uçum, İş Güvencesi, s.2230)

²⁴ **Güzel**, İş Güvencesi, s.43; Mutlak (kesin) kamu düzenine ilişkin hükümleri ihlal etmemek şartıyla, taraflar TİS'ne koyacakları hükümlerle fesih hakkını sınırlamaya ilişkin hukuki sonuçlar da bağlayabilirler, yasadakiler dışında başka müeyyideler de öngörebilirler. İşçiyi feshe karşı koruyan, fesih güvencesi sağlayan TİS hükümleri çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Feshi sınırlayan nisbi emredici kanun hükümleri işçi lehine yeniden düzenlenebilir. (Narmanhoğlu, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.318)

²⁵ Yarg. 9.HD., 20.5.1996, E.1995/36676, K.1996/10780, **Güzel**, Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, İstanbul 1998, s.165-166; **Çelik**, İş Hukuku, s.367; **Günay**, Sendikalar Kanunu, s.603; **Aynı yazar**, İş Hukuku, s.796; **Uçum**, Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.210; Bazı yazarlara göre; iş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminat arasındaki en önemli farklardan biri zamanaşımını konusudur. İşe iade sisteminin olmadığı durumlarda sadece tazminat istemi vardır ve bu sendikal tazminat için 10 yıllık zamanaşımını sözkonusudur. Oysa gerek sendikal nedenli fesihlerde gerekse diğer geçerli neden iddiası ile yapılan fesihlerde fesih bildiriminden itibaren bir aylık hak düşürücü süre sözkonusudur. Bir aylık hak düşürücü süreden sonra açılan işe iade davasının reddedileceği açıktır. İşe iade kararı olmadığına göre 4-8 aylık tazminat da olmayacak, bir yıllık ücret tutarından az olmayacak olan tazminat da olmayacaktır. Yani, işe iade davasının olmadığı durumda iş güvencesi tazminatı da olmayacaktır. İşe iade kararının kesinleşmesinden sonra yasal sürede işe başlama başvurusunda bulunan işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek olan iş güvencesi tazminatını on yıllık zamanaşımını süresi içerisinde talep edebilecektir. (**Bilgili**, s.162)

²⁶ Yarg. 9.HD., 25.1.2000, E.1999/18244, K.2000/579, Tekstil İşv.D., Ağustos 2000, s.19; **Çelik**, İş Hukuku, s.367

SenK'nun değişik 31. maddesinin yaptığı açık yollama ile, sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti dolayısıyla işten çıkarıldığını (sözleşmenin feshedildiğini) iddia eden ve iş güvencesi hükümleri kapsamına giren işçi, ancak İşK'nun 18 ve devamı hükümlerinin öngördüğü kayıtlar çerçevesinde iş güvencesi tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak bunun için feshin, Yasaya uygun olmadığını içeren bir davayı bir aylık süre içinde (feshin bildirildiği tarihi izleyen bir ay zarfında) açmış olması gerekmektedir. Zira, Yasada feshe karşı açılacak dava için öngörülen bir aylık dava açma süresi hak düşürücü süredir. Hakim tarafından re'sen gözönünde tutulacaktır. Bir aylık süre geçtikten sonra artık işçinin feshin geçersizliğini iddia etmesi mümkün olmayacaktır.²⁷ Bu bir aylık süre 158 sayılı ILO Sözleşmesinde öngörülen “makul bir süre” olarak kabul edilmektedir.²⁸ Sürenin geçirilmesi halinde artık yapılan feshin Yasaya aykırılığından söz edilerek başka bir talepte bulunulamaz, yapılan fesih geçerli bir feshin bütün sonuçlarını doğurur, geçersiz feshe bağlanan yasal sonuçlar gündeme gelmez.²⁹

IV. İşK. m.21'deki düzenleme (m.21/I,II ve III) mutlak emredicidir (m.21/son). Sendikalar Yasası'na göre de; sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde de, İş Yasası'nın 18, 19, 20 ve 21. madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Yasası'nın m.21/I hükmü uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır (SenK. m.31/VI).³⁰

²⁷ **Narmanhoğlu**, Karar İncelemesi, s.248; **A. Can Tuncay**, İşe İade (Karar İncelemesi), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.534-535; **Taşkent**, İş Sözleşmesi, s.123; **Murat Demircioğlu / Centel**, İş Hukuku, 9. Basi, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s.179; **Güven / Aydın**, İş Hukuku, s.128; **Sümer**, İş Hukuku, s.92; **Uçum**, İş Güvencesi, s.2222; **Aynı yazar**, İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:4, Ekim-Kasım-Aralık 2004, s.1303; **Bekir Uzun**, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul 2004, s.83

²⁸ **Çelik**, İş Güvencesi, s.40; **Güzel**, İş Güvencesi, s.38; **Tuncay**, s.534

²⁹ **Narmanhoğlu**, Karar İncelemesi, s.248

³⁰ Bazı yazarlara göre; Mahkeme, işçinin sendikal faaliyeti ya da sendika üyeliği nedeniyle feshedildiği gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar vermişse, bu takdirde iş güvencesi tazminatının asgari tutarı işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır. Bu durumda miktarı açısından bakılınca iş güvencesi tazminatının sendikal tazminatla örtüştüğü düşünülebilirse de, bu iki tazminat birbirinden tamamen farklıdır. Zira iş güvencesi tazminatı, güvence hükümleri çerçevesinde feshin geçersizliğinin tespiti halinde verilecek işe iade kararına kanunun belirli şartlarla bağladığı bir sonuçtur. Bunu bir sendikal tazminat olarak tavsif etmek doğru olmadığı gibi mümkün de değildir. Kaldı ki, bu tazminat sadece sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde değil, daha genel olarak “geçersiz sebeple” yapılmayan her türlü fesihle söz konusu olabilecektir. Sendikal nedenlerle yapılan fesihlerin iş güvencesi hükümlerine tabi tutulmasının sonuçlarına gelince; iş güvencesi hükümleri kapsamına giren işçinin kanundaki prosedürü işletmesi, yapılan her feshe itiraz

Bu mutlak emredici hükümler çerçevesinde; hakim, sendikal nedenle fesihte işe iadenin kabul edilmemesi halinde işverenin ödeyeceği tazminat miktarını belirlerken, tazminat talebi olmasa bile re'sen tazminata karar vermekle yükümlüdür. Tazminata hükmetmek bakımından taleple bağlılık ilkesi geçerli olmayacaktır. Mahkemenin tazminata karar verebilmesi için işçinin işe iadeyi talep etmiş olması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca işçinin, tazminat talebinde bulunması gerekmez ve bu sonuç taleple (istekle) bağlılık kuralına da aykırı değildir. Tazminat, işçinin işe iade talebinin işverence kabul edilmemesinin bir sonucudur. İş Yasasında; mahkemenin feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminatın da belirleneceği belirtilmiştir. Sendikalar Yasasının İş Yasasına yaptığı atıf gereğince, İş Yasasındaki mutlak emredici hükme göre; sendikal nedenle fesihte tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır. İşçinin talebi ne olursa olsun bu hüküm emredici olduğu için taleple bağlılık ilkesi burada geçerli olamayacaktır.

İş sözleşmesinin feshinde işe iade davası ile sendikal tazminat davası aynı zamanda açıldığında, her iki davanın birleşmesi durumunda, sendikal nedenle fesih dolayısıyla işe iadeye karar verildiğinde, işçinin işe başlamayı kabul etmesi ve işverenin de işçiyi işe başlatmaması halinde ödenecek tazminat (iş güvencesi tazminatı) işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır. Ayrıca, burada Sendikalar Yasası m.31'deki Sendikal tazminat sözkonusu olamayacaktır. İncelediğimiz kararda da çok açık olmasa da, işe iade davası ile sendikal tazminat davasının birleştiği gibi bir anlam çıkmaktadır. Kararda "Birleştirilen sendikal tazminat davası bu davadaki..." ifadesinden böyle bir anlam çıkarılabilecektir.

Eğer böyle bir durum sözkonusu ise; işe iade davasındaki tazminat işçinin en az 4 aylık ve en çok 8 aylık ücret tutarında olacaktır. Sendikal tazminat ise işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır. Dava birleşmesi sözkonusu ise zaten en az bir yıllık ücret tutarında tazminat isteği bulunmaktadır. Kararda belirtilen "Dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatının sekiz aylık ücretle sınırlandırılması nedeniyle HUMK'nun madde 74 aykırı şekilde istekten fazlasına hüküm kurulamaz." ifadesi, yalnızca sendikal neden bulunmayan işe iade davasında düşünülebilir. Eğer işe iade davası ile sendikal tazminat davası açılırsa ve her iki dava birleşmişse Sendikalar Yasasındaki hüküm dolayısıyla sendikal tazminat talebi bulunmaktadır. Bu durumda HUMK'na aykırılık sözkonusu olamayacaktır. Her iki dava birlikte açıldığında işe iade olmadan sendikal tazminata karar verilemez. Böyle bir karar, İş Yasasına aykırı olacaktır.

etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır: O dilerse konuyu yargıya götürebilir. Fakat işçi, iş güvencesi hükümleri kapsamında olmasına rağmen yapılan feshi uygun bulduğu için feshe itiraz etmez, mahkemeye başvurmazsa, yapılan fesih geçerli, kanuna uygun bir feshin sonuçlarını doğurur. İşçi süresinde dava açar, yani kanuni prosedürü işletirse ve sonuçta dava reddedilirse yine işverenin yaptığı fesih geçerli feshin sonuçlarını hasıl eder. (Narmanhoğlu, Karar İncelemesi, s.247-248)

Önce işe iade kararına, sonra koşullar gerçekleşirse iş güvencesi tazminatına karar verilmelidir.

İşe iade davası (dolayısıyla iş güvencesi tazminatı) ile sendikal tazminat davası aynı zamanda veya farklı zamanda açılabilir mi? sorusunun da incelenmesinde yarar vardır. Her iki davanın koşulları ve hukukî sonuçları farklıdır. Koşulları var ise her iki dava da açılabilir. İşe iade davasının açılabilmesi için fesih şarttır, ancak sendikal tazminat davasının açılabilmesi için fesih şart değildir. Sendikalar Yasasına göre; fesih sözkonusu olmadan da koşulları varsa sendikal tazminat davası açılabilir. Sendikal nedenle fesihde de sendikal tazminat davası açılabilir. Sendikal tazminat davası iş sözleşmesi devam ederken açılabileceği gibi, iş sözleşmesinin feshinden sonra da açılabilir. Anayasal bir hak olan, Yasalarla ve Uluslararası Çalışma Örgütünün Sözleşmeleri ile de güvence altına alınan sendika özgürlüğünün korunması şarttır. Sendikal nedenle fesihde sendikal tazminat davasının açılmayacağını kabul etmek sendika özgürlüğünün korunmasına aykırı olacaktır. Ayrıca bunu kabul etmek olması gereken hukuk açısından da mümkün değildir. Her iki davanın birleşmesi durumunda ise Sendikalar Yasasının İş Yasasına yaptığı atıf dolayısıyla ödenecek tazminat ise tek olacaktır. Emredici hüküm dolayısıyla bu tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır.

İşe iade davası ile sendikal tazminat davası farklı zamanda da açılabilir. İşe iade davası bir aylık hak düşürücü süre içinde açılması gerekir. Bu sürenin geçirilmesi nedeniyle dava açılmaması durumunda veya dava açılmasına rağmen herhangi bir nedenle dava reddedilmişse, sendikal tazminat davasının açılabilmesini kabul etmek gerekir. Sendikal tazminatı talebi on yıllık zamanaşımını süresine tabidir, dolayısıyla sendikal tazminat bu sürede talep edilebilir. Koşulları varsa ve sendikal neden ispatlanabilirse dava kazanılabilir.

Kararda; Sendikalar Yasasının değişik m. 31/VI hükmüne göre sendikal nedenle feshi halinde İş Yasasının m.18-21 hükümleri uygulanacağından ayrıca sendikal tazminatın talep edilemeyeceği belirtilmektedir. Eğer, burada sendikal nedenle fesihte işe iade davası ve dolayısıyla iş güvencesi tazminatının verileceği (en az bir yıllık ücret tutarında olmak şartıyla), ayrıca bundan başka sendikal tazminat adında bir tazminata karar verilemeyeceği kastediliyorsa, bu anlamda bu hükme katılmak mümkündür. Ancak, farklı zamanda sendikal tazminatın talep edilemeyeceği kastediliyorsa, buna katılmak Sendikalar Yasası m.31 hükmü çerçevesinde mümkün değildir. Yargıtayın kararını İş Yasası ve Sendikalar Yasasının hükümleriyle bağdaştırabilmek güçtür.

Federal İş Mahkemesi

Karar Tarihi: 1.12.2004

SayıSı : 7 AZR 198/04

Belirli süreli bir hizmet sözleşmesinin fiilen başlamasından önce yazılı olarak düzenlenmesi gerekir.

Özü: Belirli süreli bir hizmet sözleşmesi kanun gereğince yazılı olarak düzenlenmesi zorunluluğu, işveren ile işçinin sürenin tayin edilmesi ile ilgili görüşmeyi işin fiilen başladığı anda kararlaştırmaları durumunda, geçerli değildir. İşe fiilen başlamadan önce sözlü olarak sürenin sınırlandırılması konusunda bir anlaşma Medeni Kanunun 125.maddesinin 1.fıkrası uyarınca hükümsüzdür. Bunun sonucu ise, belirli süreli sözleşmenin yazılı olarak bağitlanan süreksiz bir iş ilişkisine dönüştürülmesidir.

Olay: Davacı 01.11.2000 tarihinden itibaren davalı Federal Almanya'nın, Federal Hazinesinde uzman olarak çalışmaktadır. Ekim 2000 tarihinde gerçekleştirilen ön mülakata birim amiri davacıya, iş ilişkisinin belirli süreli olduğu ve iki yıl için ön görüldüğünü (31.10.2002 sonuna kadar) ifade etmiştir. Bu hükmü içeren yazılı bir hizmet sözleşmesini taraflar ancak davacının işe fiilen başlamasından on gün sonra aralarında imzalamışlardır.

Davacı açmış olduğu dava ile, davalı ile kurmuş olduğu iş ilişkisinin 31.12.2002 tarihinden sonra süreksiz bir iş ilişkisi şeklinde devam ettiğini iddia etmektedir. Davacı iddiasını, sürenin sınırlandırılmasını iş ilişkisinin fiilen başlamasından sonra imzalanmış olması gerekçesi ile sürenin sınırlandırılması hükmünün geçersiz olduğuna dayandırmaktadır. İş Mahkemesi ve Eyalet İş Mahkemesi davayı reddetmişlerdir. Ancak davacının temyiz talebi Federal İş Mahkemesince kabul edilmiştir.

Gerekçe: Taraflar arasındaki hizmet ilişkisi 31.12.2002 tarihinde son bulmamıştır. Sürenin sınırlandırılmasına ilişkin olarak geçerli bir sözleşme bulunmamaktadır. Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Yasasının 14.maddesinin 4.fıkrası uyarınca, süre sınırlandırılacak ise bunun yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Olay konusu davada bu hüküm dikkate alınmamıştır.

İşin fiilen başlamadan önce taraflarca işin belirli süreli olduğu sözlü olarak belirtilmiş olması Medeni kanunun 125.maddesinin 1.fıkrası uyarınca hükümsüzdür. İşin fiilen başlamasının ardından tarafların bağitladıkları sözleşme ile taraflar yeni bir belirli süreli sözleşme bağitlamamışlar, sadece önceden sözlü olarak kararlaştırılan hükümler yazıya dökülmüştür.

Federal İş Mahkemesi

Karar Tarihi: 23.6.2004

Sayı : 7 AZR 636/03

Hizmet ilişkisinin belirli süreli olarak kurulmasının nedeninin hizmet sözleşmesinde yazılı olması zorunlu değildir.

Özü: Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Yasasının 14.maddesinin 4.fıkrasında ifade bulan yazılı şekil şartı sadece belirli süreli sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını ön görmektedir, gerekçesi konusunda bir şart aranmamaktadır. Belirli süreli hizmet ilişkisinin geçerli olabilmesi için bu objektif bir kural olup, yazılı sözleşmede ayrıca açıkça belirtilmesi gerekmemektedir. Aynı durum deneme süresi içinde geçerlidir.

Olay: Davacı, davalı Federal İş Kurumuna bağlı bir İş kurumunda 1.6.2001 tarihi ile 30.9.2001 tarihine kadar yardımcı hizmetli olarak çalışmıştır. 1.10.2001 tarihinde 31.12.2001 tarihine kadar taraflar yeniden belirli süreli bir hizmet sözleşmesi imzalamışlardır. Ancak bu sözleşmeye göre davalı görev sorumluluğu ve ücreti daha yüksek olan Proje Yürütücüsü olarak istihdam edilmiştir.

Yazılı olarak bağtlanan hizmet sözleşmesinin neden belirli süreli olarak düzenlendiğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak bu belirli süreli sözleşmenin, davacının denemek amacıyla istihdam edildiği, davacı tarafından imzalanmış olan bir notta belirtilmiştir.

Davalı, davacının yerine getirmiş olduğu hizmetlerden memnun kalmadığını belirterek, sözleşmede belirtilen sürenin bitiminde, yani 31.12.2001 tarihinde hizmet ilişkisinin son bulacağını belirtmiştir. Davacı açmış olduğu davası ile süresiz olarak istihdamın devamını talep etmektedir. Davacı belirli süreli hizmet ilişkisinin Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Yasasının 14.maddesinin 4.fıkrasında hükme bağlanmış olan yazılı şekil şartına uymadığı gerekçesi ile hükümsüz olduğunu iddia etmektedir. İş Mahkemesi davacıyı davasında haklı bulmuştur. Davalının Eyalet İş Mahkemesine yapmış olduğu temyiz başvurusu üzerine kararın iptal edilmesi ile birlikte, davacı Federal İş Mahkemesine müracaat etmiştir. Mahkeme ise bu talebi red etmiştir.

Gerekçe: Davacı, davalıdan süresiz olarak istihdam edilmesi yönünde talepte bulunma hakkına sahip değildir. Taraflarca sürenin sınırlandırılmış olması hukuken geçerlidir. Özellikle Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Yasasının 14.maddesinin 4.fıkrasında ifade bulan yazılı şekil şartının ihlali söz konusu değildir. Yazılı şekil şartı sadece süre ile ilgili olup, sürenin sınırlandırma nedenini kapsamamaktadır. Bu konunun sözleşmede belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Hizmet ilişkisinin belirli süreli olarak kurulmasına ilişkin objektif bir nedenin bulunması gerekir. Davacının yeniden deneme süresine tabi tutulmuş olması haklı bir nedene dayanmaktadır, çünkü davacının yerine getireceği iş önceki işine göre daha fazla vasıf gerektirmiştir.

Federal İş Mahkemesi

Karar Tarihi: 23.11.2004

Sayı: 9 AZR 644/03

İşçiler, çalışma süresinin kısaltılması talebini, işverenin, çalışma süresinin dağılımını istedikleri şekilde kabul etmesine bağlı kılabilirler.

Özü: İşçiler çalışma süresinin kısaltılması yönündeki talebi, işverenin çalışma süresinin dağılımının istedikleri şekilde düzenlenmesi koşuluna bağlayabilirler. İşçi çalışma süresinin kısaltılması yönündeki talep başvurusunda tam olarak çalışma süresinin nasıl düzenleneceği konusunu belirtmek zorunda değildir. İşçinin bu konudaki düşüncesini görüşmeler sırasında belirtmesi yeterlidir (Kısmi Süreli ve belirli Süreli çalışma yasasının 8.maddesinin 3.fıkrası)

Olay: Davacı, davalının yanında tekniker olarak istihdam edilmektedir. Kendisi bilim adamları ile birlikte bir araştırma grubunda çalışmaktadır. 31.01.2001 tarihinde, 01.05.2001 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere çalışma süresinin haftada 38,5 saatten 25 saate düşürülmesini talep etmiş ve çalışma süresinin pazartesinden Cuma günü kadar saat 08.00 ile 13.00 arasında dağıtılmasını rica etmiştir.

Davalı bu talebi reddetmiştir. Talebin geri çevrilmesi gerekçesi olarak da davacı tarafından yürütülmekte olan deneylerin talep edilen süreler içerisinde tamamlanmasının mümkün olmadığı şeklinde açıklanmıştır. Birbiri ile iç içe geçmiş olan iş akışının birden fazla teknik asistan tarafından gerçekleştirilmesinin de mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

İş Mahkemesi ve Eyalet İş Mahkemesi davayı red etmişlerdir. Davacının temyiz başvurusu üzerine Federal İş Mahkemesi kararı bozarak yeniden görüşülmek üzere Eyalet İş Mahkemesine iade etmiştir.

Gerekçe: Davacının talep etmiş olduğu çalışma süresinin kısaltılmasını ve isteği doğrultusunda düzenlenmesini talep etme hakkının olup olmadığını henüz karara bağlamak mümkün değildir.

Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Çalışma Yasasının 8.maddesinin 2.fıkrasının 2.bendine göre, işçiden çalışma süresinin kısaltılması yönündeki talebi ile birlikte çalışma süresinin dağılımı konusundaki talebinin de belirtmesi istenmektedir. İşveren, işçinin çalışma süresinin kısaltılması yönündeki talebi görüşmek zorundadır. Bu görüşme sırasında işçi ile birlikte uzlaşarak çalışma süresinin düzenlenmesi sağlanmalıdır.

Bu hüküm kapsamında, işçinin sadece çalışma süresinin azaltılmasını değil çalışma süresinin azaltılması ile birlikte düzenlenmesini de talep edebileceği anlaşılmaktadır. Bunun ile birlikte işçiler, çalışma süresinin kısaltılmasını, işverenin çalışma süresinin düzenlenmesi konusundaki talebi kabul etme şartına bağlı kılabilirler. İşçinin çalışma süresinin düzenlenmesi konusundaki talebini, çalışma süresinin kısaltılması konusundaki başvurusunda belirtmesi zorunlu değildir. Kendisinin bu konudaki talebi görüşme sırasında belirtmesi yeterli olmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında davanın başarılı olma şansı, davacının görüşme sırasında çalışma süresinin kısaltılması talebini, çalışma süresinin düzenlenmesi şartına bağlayıp bağlamadığına bağlıdır. Eyalet iş mahkemesi bu konuda yeterli tespitleri gerçekleştirmediğinden dolayı, bunları yeniden ele alması gerekmektedir.

Federal İş Mahkemesi

Karar Tarihi: 1.12.2004

Sayı : 5 AZR 68/04

Resmi tatil günlerinde hastalanan işçilerde de toplu sözleşme ile belirlenmiş olan resmi tatil ücret farkını talep edebilirler.

Özü: Hastalık halinde ücretin ödenmesine devam edilmesine ilişkin ücretin tam olarak ödenmesi ilkesi geçerli ise, resmi tatil gününde hastalanan işçi, ücretin ödenmesine devam edilmesinin yanında toplu sözleşme ile belirlenmiş olan resmi tatil ücret farkını talep edebilir. Bu durum, işyeri sözleşmesi ile işçinin çalışabilir olduğu hallerde bu farkın ödeneceğinin belirtilmiş olduğu durumlarda da geçerlidir.

Olay: Davacı, davalının yanında matbaacı olarak çalışmaktadır. Taraflar arasındaki çalışma ilişkileri her iki tarafı bağlayan basın Sanayii Toplu Sözleşmesi hükümlerine göre şekillenmektedir. Bu toplu sözleşmede hastalık halinde ücretin ödenmesine devam edilmesine ilişkin olarak referans ilkesi uygulanmaktadır, yani son üç ayın ücret ortalaması dikkate alınmakta ve açık bir şekilde resmi tatil ücret farkı kapsam dışında bırakılmaktadır. Ancak toplu sözleşme, işletme sözleşmesi yoluyla ücretin tam olarak ödenmesi ilkesinin düzenleneceğine yer vermektedir.

İşyeri sözleşmesine taraf olan partnerler toplu sözleşmenin sağladığı bu olanaktan yararlanarak, ücretin tam olarak ödenmesi ilkesini kabul ederek, hastalanan işçiye, hastalanmayıp da çalışıyor olması durumunda ödenecek olan ücretin tam olarak ödenmesini kararlaştırmışlardır.

Davacı 14.06.2001 tarihinde (Frohnlechnam-Resmi tatil Günü) çalışamayacak şekilde hastalanmıştır. Düzenlenmiş olan iş planına göre işçinin o gün 10 saat çalışması gerekmektedir. Davacı hastalanması nedeniyle ücretin ödenmesinin yanında ayrıca toplu sözleşme ile belirlenmiş olan resmi tatil gününde çalışılması halinde ödenecek yüzde % 170 tutarındaki ücret farkını talep etmiştir. Davacının açmış olduğu dava yargının tüm aşamalarında kabul edilmiştir.

Gereke: Davacının, davalıdan resmi tatil ücret farkını talep etme hakkı bulunmaktadır. Toplu sözleşmede esas itibariyle referans ilkesinin uygulanması kararlaştırılmış olması ve de resmi tatil ücret farkının kapsam dışında bırakılmasına karşın, işyeri sözleşmesi yoluyla bu konuda düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir.

Dava konusu olayda bu yönde bağtlanan bir işyeri sözleşmesi bulunmaktadır. Bundan dolayı davalının, davalıya hastalanması durumunda ödemesi gereken ücreti ödemesi gerekmektedir. Davacı 14.06.2001 tarihinde hastalanmasıyla resmi tatil ücret farkını hak edecekti

Toplu sözleşme hükmünde ücret farkının sadece fiili olarak gerçekleştirildiği durumda ödenmesi söz konusu olacağı yönünde bir ibareye yer verilmemiştir. Bundan dolayı da ücretin tam olarak ödenmesi ilkesinin kabul edilmesi nedeniyle, resmi tatil ücret farkının kapsam dışında bırakılacağına ilişkin tutarlı bir husus bulunmamaktadır.

Federal Anayasa Mahkemesi

Karar Tarihi: 1.10.2004

Sayı: 1 BvR 2221/03

İşverenin ağır özürlü kişileri istihdam etme zorunluluğu Anayasa'ya aykırı değildir.

Özü: İşverenin belirli oranda ağır özürlü kişileri istihdam etme veya telafi edici bir tazminat ödeme yükümlülüğü Anayasa'ya aykırı değildir. Ağır özürlüler arasındaki işsizlik oranı diğer işçilere oranla halen yüksek olması ve bu kişilerin mesleki intibaklarının sağlanabilmesi için, bu kuralın sürdürülmesini zorunlu kılmaktadır.

Olay: Davacı bir nakliyat şirkettir. 1999 yılında ortalama 130 kişi istihdam eden davacı sadece ara sıra ağır özürlü bir kişiyi istihdam etmiştir. Bu nedenle kendisinden telafi edici tazminatın ödenmesi talep edilmiştir. Kendisinin açmış olduğu dava İdare Mahkemesi ve Eyalet İdare Mahkemesi tarafından red edilmiştir.

Bunun üzerine davacı Anayasanın 12. maddesinin 1.fıkrası uyarınca, mesleğini serbestçe icra edebilme hakkının, ihlal edildiği nedeniyle Anayasaya aykırılık gerekçesi ile dava açmıştır. İptal işlemi Mahkemece kabul edilmemiştir.

Gerekçe: İptal talebinin başarılı olma şansı bulunmamaktadır. Ağır Özürlüler Yasasında düzenlenmiş olan ağır özürlülerin istihdam edilmesi yükümlülüğü ve telafi edici tazminat ile ilgili hükümler 1986 yılında Federal Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve Anayasaya aykırılık oluşturmadığı yönünde karar verilmiştir. Davacı, anayasaya aykırılık oluşturabilecek bir neden de ileri sürmemiştir.

Yasada yer alan düzenleme özellikle davacının ifade etmiş olduğu, mesleğini serbestçe icra edebilme hakkının ihlal edilmesi söz konusu değildir. Ağır özürlü kişilerin mesleki intibakların sağlanması yönündeki düzenleme ile mesleği serbestçe icra edebilme hükmü uyum içindedir. Ağır özürlü işçiler ortalamanın üzerinde işsiz oldukları göz önünde bulundurulduğunda, ağır özürlülerin istihdam edilmesi veya telafi edici tazminatın ödeme zorunluluğunun sürdürülmesi gerekmektedir.

Telafi edici tazminatın miktarı da yüksek değildir. Daha düşük bir tazminat ağırlığının bu yöne kaymasına neden olacağı gibi, dengenin sağlanmasını güçleştirecektir. İşverenler ağır özürlü kişileri istihdam etme veya telafi edici tazminatı ödeme zorunlulukları nedeniyle fahiş bir yükümlülük altına girmemektedirler. Davacının diğer Avrupa ülkeleri karşısında da dezavantajlı duruma düştüğünü iddia edebilmesi mümkün değildir. Ağır özürlü istihdam etme yükümlülüğü en

azından Avrupa Birliği üyesi dokuz ÷lkede bulunmaktadır. Fransa, İngiltere ve İtalya'da olduğu gibi.