



Prof. Dr. A. Can TUNCAY

*Yeditepe Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi*

Giriş

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) nun 1982 yılında kabul ettiği “Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Çalışma Sözleşmesi” Türkiye tarafından 09.06.1994 tarih ve 3999 sayılı kanunla kabul edilmiş olduğu halde aradan geçen 8 yılda mevzuatımızda 158 sayılı sözleşmeye uygun değişiklikler yapılmamış ve ülkemiz ILO nun genel konferansında her yıl yoğun eleştirilere hedef olmuştur. Gerekliliği değişikliklerin yapılmamasının nedenleri kamuoyundan fakat özellikle işveren kesiminden gelen yoğun tepkiler, eleştiriler, siyasal kararsızlık ve ekonomik konjonktürdeki olumsuz gelişmelerdir. İşveren kesimi, buna kıdem tazminatı başta olmak

İŞ GÜVENCESİ YASASI NELER GETİRİYOR

üzere mevzuatımızda yeterli iş güvencesi bulunduğu, ülkemizde işçi maliyetinin zaten yüksek olduğu, bu düzenlemenin Türk çalışma hayatını tedirgin edeceği, sanayinin rekabet gücünü kıracağı, kayıtdışı çalıştırmayı özendirceği gerekçesiyle şiddetle karşı çıkmıştır. Daha da önemli bir öneri ise Yasakoyucunun işçi çıkarmayı zorlaştıracak düzenlemeler yerine, esnek çalışma sürelerini, atipik hizmet ilişkilerini, telafi çalışmasını, kısmi çalışmayı, özel istihdam bürolarını, geçici çalıştırma gibi yeni ihtiyaçları karşılayacak yeni bir İş Kanunu'nun çıkarılmasının daha uygun olacağı idi. Ayrıca İşsizlik Sigortası Kanunu da çıkartıldığına göre yıllar geçtikçe işletmeler için ağır bir yük oluşturmaya başlayan kıdem tazminatının da yeni İşK. içinde yeniden gözden geçirilmesi isteniyordu. İşçi kesimi ise prensipte iş güvencesi yasasından yanadır. Onlara göre, iş güvencesine sahip olmayan ülke çağdaş sayılamaz. AB ye dahil ülkelerin ise hepsinde iş güvencesi mevcuttur. Bu durum insan hakları ile de bağdaşmaz. İş güvencesinin yokluğu ülkemizde kayıt dışı istihdamı arttırmakta, bu durum bir yandan işletmeler arasında haksız rekabete yol açmakta, öte yandan sendikal örgütlenmeyi zayıflatmaktadır. Ayrıca, iş güvencesinin bulunmayışı, işçinin çalıştığı yeri, işletmeyi benimseme duygusunu da köreltmekte, iş verimini azaltmaktadır.

Yukarıdaki görüşlerin kanımızca hemen hepsinde bir gerçek payı vardır. Doğrusu dozu iyi ayarlanmış bir iş güvencesini de içine alan yeni bir İş Kanunu'nun çıkarılmasıdır. Çünkü mevcut İş K. artık ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiştir. Kanun modası geçmiş katı hükümlerle dolu olup, ne esnek çalışma süresinden, ne atipik çalışma modellerinden haberdardır. Fakat 158 sayılı Sözleşmeyi 8 yıl önce bir kanunla kabul edip bugüne kadar gereğini yerine getirmemiş olmak da Türkiye'nin devlet olma ciddiyetiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim 158 sayılı Sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda çok geç kalındığını gören o zamanın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 2000 yılında akademisyenlerden oluşan bir komisyona İş Güvencesi Yasası adıyla anılan bir taslak hazırlatmışsa da yukarıda belirttiğimiz tepkiler karşısında taslak rafa kaldırılmış fakat bu defa iş güvencesini de içine alacak biçimde yeni ihtiyaç ve gelişmelere paralel biçimde yeni bir İşK. tasarısını hazırlatma kararına varılmıştır. Ancak bu noktada işçi ve işveren kesimleri arasında bir konsensus sağlanması amacıyla işçi ve işveren konfederasyonları komisyonca hazırlanacak tasarıya karşı çıkmayacakları hususunda 2001 yılı ortalarında prensip antlaşmasına varmışlardır. Bunun üzerine iş güvencesi yasa tasarısını hazırlamış olan bilim komisyonundan yeni bir İş Kanunu hazırlanması istenmiştir. Komisyon bir yıl sürdürdüğü çalışmalar sonucunda hazırladığı metni geçtiğimiz Nisan ayında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına sunmuştur. Bakanlık da bunu görüş bildirmeleri için sosyal taraflara göndermiştir. Herkes çağdaş ihtiyaç ve gelişmelere göre hazırlanan bu metnin, üzerinde bazı rötuşlar yapılarak TBMM Genel Kuruluna kanunlaşması için gönderilmesini beklerken alınan erken seçim kararının hemen ardından, daha önce rafa kaldırılmış olan ve 1475 sayılı İş K.nun

hizmet akdinin sona ermesiyle Sendikalar K.nun sendika temsilcisi ve sendikal ayrımcılıkla ilgili maddelerinde değişiklik yapan ve kamuoyunda "İş Güvencesi Yasa Tasarısı" olarak bilinen tasarı birden bire raftan indirilerek bazı değişikliklerle 09.08.2002 günü yasalastırılmış ve 15.08.2002 günü Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu çok gelişmeler sürerken sürpriz şekilde istifa eden eski bakanın yerine atanan yeni Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının bir jestiyle 4773 sayılı bu kanunun yürürlüğe girmesi 15.03.2003'e bırakılmıştır. Yasanın yürürlüğe giriş tarihinin ileri atılmasının nedeni de yeni seçilecek Meclise İş Kanunu tasarısını kanunlaştırabilmek ve 4773 sayılı Kanun henüz yürürlüğe girmeden yenisini yürürlüğe koyabilmek için zaman tanımak olarak açıklanmıştır.

Bu durumda 15.03.2003'e kadar yeni bir İş Kanunu kabul edilip yürürlüğe sokulmaz ise işverenler 4773 sayılı Kanunun işçiyi feshe karşı koruyan yeni hükümlerine uymak zorunda kalacaklardır. Aşağıda 4773 sayılı Kanunla 1475 sayılı İşK. da yapılan değişikliklere sırayla göz atmak istiyoruz.

II. Tarım İşleri İş Kanunu Kapsamına Alınmıştır

Bu değişikliğin iş güvencesi ile ilgisi yoktur. Bu, bilim komisyonunca hazırlanan tasarıda da yoktur. Muhtemelen son anda Bakanlıkça yasaya eklenmiştir. Bugüne kadar işin niteliğindeki bazı özellikler nedeniyle (geleneklere, iklime, mevsime bağlı olması ve genelde aile içi yapılan bir çalışma olması gibi) İşK. kapsamı dışında bırakılmış olan tarım ve orman işleri İşK. kapsamına alınmış ve 6. maddeye ticaret ve sanayi işleri yanında III. fıkra olarak eklenmiştir. Yapılan değişikliğe göre tarım işleri şöyle tanımlanmıştır:



“III. Bu kanunun uygulanması bakımından tarımdan sayılacak işler şunlardır:

- a) Her çeşit meyveli ve meyvesiz bitkiler; çay, pamuk, tütün, elyafli bitkiler; turunçgiller; pirinç, baklagiller; ağaç, ağaççık, omca, tohum, fide, fidan; sebze ve tarla ürünleri; yem ve süs bitkilerinin yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı, araştırılması, bunlarla ilgili her türlü toprak işleri, ekim, dikim, aşı, budama, sulama, gübreleme, hasat, harman, devşirme, temizleme, hazırlama ve ayırma işleri, hastalık ve zararlılarla mücadele, toprak ıslahı, çayır, mera, toprak ve su koruması işleri,
- b) Fidanlık ve ağaçlandırma, tabii ve suni tensil, orman koruma ve bakımı (yangın dahil), orman imar ve ıslahı, tohum toplama, ormancılık araştırma (sulama, dikim, yetiştirme, bakım), tali orman yolu yapımı ve onarımı, amenajman, silvikültür, orman ürünleri istihsalı, ana depolara nakil, son depolarda istif ve tasnif, milli parkların yapım, bakım ve geliştirilmesi işleri,
- c) Her türlü iş ve gelir hayvanlarının (arı, ipek böceği ve benzerleri dahil) yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı ve bunlarla ilgili bakım, güdüm, terbiye, kırkım, sağım ve ürünlerinin elde edilmesi, toplanması, saklanması işleri ile bu hayvanların hastalık ve asalaklarıyla mücadele işleri,
- ç) 854 sayılı Deniz İş Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su avcılığı ve bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması, taşınması ve üretilmesi işleri.

IV. Yukarıda sayılan işler dışında kalan bir işin bu Kanunun uygulanması bakımından sanayi, ticaret veya tarım işlerinden sayılıp sayılmadığını belirlemeye, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığının görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yetkilidir.”

Ayrıca 1475 sayılı İşK.nun kapsam dışı bırakılan iş ve işyerleri ile ilgili 5. maddesinin 1. fıkrasının 2.no.lu bendin “50 den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım işlerinin yapıldığı iş yerlerinde” şeklinde değiştirilerek (md. 11) ancak 50 den çok işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin İşK. kapsamına girmesine imkan sağlanmıştır. Dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinden de ancak 50 den fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işyerleri yararlanabilecektir.

Bize göre tarım işlerinin İş Kanunu’nun koruyucu hükümleri içine alınması isabetli bir düşünce ise de bu işlerin tamamının (en az 50 işçi çalıştırma şartı bir yana) İşK. kapsamına alınması isabetli bir tercih değildir. Her ne kadar yasanın gerekçesinde sektörün özellikleri dikkate alınarak gerekli düzenlemenin yönetmelikte yapılması öngörülmüşse de tarım işlerinin özellikleri göz önünde tutularak bu hususta ayrı bir Tarım İş Kanunu’nun hazırlanması daha uygun olurdu.

III. İşverence Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması Gerekir

Yasanın çıkarılmasının en önemli nedeni yukarıda değindiğimiz gibi T.C.nin onayladığı ve bir kanunla kabul ettiği 158 sayılı İLO sözleşmesi hükümlerinin 8 yıllık gecikmeyle de olsa iç hukukumuzda adapte edilmesi gereği, öte yandan girmek için yıllardır çabaladığımız AB’ne üye ülkelerin hemen hepsinde ve diğer bir çok ülkede işçi çıkarmak isteyen işverenin mutlaka geçerli bir neden göstermesinin şart koşmuş olmasıdır. Ancak yasanın yukarıda açıkladığımız gibi birdenbire erken seçim kararı alınmasının hemen arkasından kabul edilmiş olması ister istemez bunun bir seçim yatırımı olduğu kuşkusunu getirmektedir. 4773 sayılı Yasa kabul edilirken 158 sayılı Sözleşmenin getirdiği esneklikten

yararlanılarak ılımlı bir iş güvencesi getirilmiş bulunmaktadır (158 sayılı Sözleşme hakkında bak. M. Ekonomi, Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, MÜHF, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, s. 83 vd.). Nitekim 4773 sayılı Kanun bir ayırım yaparak işçiyi feshe karşı koruyan hükümlerin uygulanmasını **10 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerleri** için öngörmüş, dokuz veya daha az sayıda işçi çalıştıran işyerleri ise İşK.nun yürürlükteki hükümlerine bırakılmıştır. 4773 sayılı Yasanın 13, 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E maddelerinde düzenlenen bu hükümler toplu işçi çıkarmayı ve sendikal nedenlerle işçi çıkarmayı da yeni baştan düzenlemiş bulunmaktadır.

Aslında iş güvencesi ile işçiyi feshe karşı koruma kavramları eş anlamlı sayılmazlar. İş Güvencesi kavramı, feshe karşı korumayı da içine alan daha geniş bir anlam taşır. Çünkü işçiyi feshe karşı koruma dışında kalan başka iş güvenceleri de vardır. Kıdem tazminatı ödenmesi, belirli işçilerle sözleşme yapma, eski işçileri işe alma zorunluluğu, işyeri el değiştirirse, sendika fesholunsa bile toplu iş sözleşmesinin işyerinde süre sonuna kadar uygulamaya devam etmesi gibi. Bu nedenle bu yazıda iş güvencesinden söz edilirken işçiyi feshe karşı koruyan hükümler kastedilmektedir.

Madde 13/A) Feshin geçerli sebebe dayanması: Ülkemizce de onaylanıp, bir kanunla kabul edilen 158 sayılı ILO Sözleşmesinde belirsiz süreli iş akdinin işveren tarafından feshedilmesi için geçerli (objektif, kabul edilebilir) bir sebep bildirme zorunluluğu getirilmiştir. Geçerli sebepler işçinin yeterliliği veya davranışlarından ve işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerdir. 4773 sayılı Yasa da işverenin **belirsiz süreli bir hizmet akdini**

fesheden işverenin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan **geçerli bir sebebe dayanması** gerektiğini şart koşmuştur. İşçinin yeterliliğinden, davranışlarından, işin veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan sebeplerin neler olabileceği yasada belirtilmemiş ise de nelerin geçerli sebep olarak kabul edileceğini zaman içinde yargı kararları belirleyecektir. Bununla beraber bunlar haklı fesih nedenlerindeki ağırlıkta olmasalarda işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz yönde etkileyen hallerdir. Yasanın md. 13/A gerekçesinde bazı örnekler gösterilmiştir. Buna göre, işçinin işe uyum sağlayamaması, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, isteksiz ve ilgisiz çalışma, beklenen performansın gösterilememesi, işyerinde diğer işçileri rahatsız edecek biçimde çalışma, sık sık hastalanma, işyerinde sık sık amirlerle veya işçilerle tartışmaya girişme, sık sık işe geç gelme, işyerinde herkesten borç istemeyi alışkanlık haline getirme, işin kötü ifası, özen göstermeme gibi nedenler geçerli fesih nedeni oluştururlar. Bunlar işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerdir. Gerçekten Alman Hukukunda belirtildiği üzere işçi üstlendiği hizmet edinimini artık gereği gibi yerine getirememeye başlarsa iş ilişkisi öze ilişkin içeriğini yitirmiş olur, bu durumda akdin feshi gerekir. Feshe Karşı Koruma Kanunu ne işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmaya ne de işsizliğin önlenmesine yönelik bir araç değildir. Sadece işçilerin gereksiz yere işten çıkarılmasını önlemeye çalışan bir düzenlemedir (M. Löwisch, Arbeitsrecht, 4 Aufl., Düsseldorf 1996, Nr. 1315, 1316). İşyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ise işyeri içi nedenlerden (yeni teknoloji veya yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, bazı bölümlerin kapanması gibi) kaynaklanacağı gibi, işyeri dışı nedenlerden de (ekonomik kriz, hammadde veya enerji sıkıntısı, dış pazar kaybı



gibi işin yürütümünü imkansızlaştıran veya zorlaştıran nedenlerden) kaynaklanabilir. Madde gerekçesinde işverenin bu uygulamaya giderken feshe en son çare (ultima ratio) olarak bakması gerektiği belirtilmiştir.

Maddenin 2. fıkrasında nelerin kesinlikle geçerli sebep oluşturmayacağı sayılmıştır. Bunlar sendika üyeliği, sendikal faaliyetlere katılma, sendika temsilciliği yapma veya temsilciliğe aday olma, işveren aleyhine idari makamlara ya da mahkemeye başvurma, işveren aleyhine tanıklık yapma, hastalık veya kaza nedeniyle bildirim sürelerini altı hafta aşan bir süre için işe devam edememe ya da kadın işçinin hamilelik ve doğum nedeniyle izinli sayıldığı dönemde işe gelememesi, ayrıca cinsiyet, ırk, renk, din, hamilelik, aile yükümlülükleri, medeni hal, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken gibi nedenlerdir.

4773 sayılı Yasa belirli süreli iş sözleşmelerinin işverence feshi halini ise düzenlememiş, bunu genel hükümlere bırakmıştır. Esasen belirli süreli iş sözleşmelerinin haklı bir neden yokken süresinden önce tek taraflı fesih beyanıyla feshi hukuken mümkün değildir. Böyle bir davranış işverenin işi kabulde temerrüdü sayılır (BK. md. 325). Bununla beraber belirli süreli bir hizmet akdinin sürenin sona ermesine rağmen bir defada fazla susma ile uzaması (BK. md. 339) ya da belirli süreli yapılmasını gerektiren objektif bir neden yokken peş peşe yapılan (zincirleme) belirli süreli hizmet akitlerinin belirsiz süreli hizmet akdine dönüşmesi hallerinde (Bak. G. Alpagut, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, s. 166, 203) feshe karşı koruma hükümleri yine uygulama alanı bulur.

158 sayılı Sözleşmenin 2. maddesi işletmenin büyüklüğü, niteliği, çalışma şartlarının özelliği, bazı hizmet kategorileri gibi

kriterlere göre bazı işyerleri ve işçilerin sözleşmenin kapsamı dışında tutulabileceğine cevaz vermiştir. Nitekim md. 13/A da bu doğrultuda 10 dan az işçi çalıştıran işyerlerini, on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışıyor olsalar bile **kıdemi 6 aydan az olan işçileri** ve işletmenin bütününe yöneten işveren vekili niteliğinde olanları feshe karşı güvence hükümleri kapsamı dışında tutmuştur. Almanya'da da 10 dan az (01.01.1999 dan itibaren 5 ten az) işçi çalıştırılan işyerleri, 6 aydan az kıdemli olanlar ve üst düzey yöneticileri Feshe Karşı Koruma K. kapsamı dışında tutulmuştur (A. Söllner, Grundriss des Arbeitsrechts, 12 Aufl., München 1998, s. 307). Fransa'da da onbirden az işçi çalıştıran işyerleri ile işyerinde iki yıldan az kıdemi olanlar feshe karşı koruma hükümleri kapsamı dışında bırakılmışlardır (A. Güzel, İş Güvencesi Yasa

Her ne kadar yasanın gerekçesinde sektörün özellikleri dikkate alınarak gerekli düzenlemenin yönetmelikte yapılması öngörülmüşse de tarım işlerinin özellikleri göz önünde tutularak bu hususta ayrı bir Tarım İş Kanunu'nun hazırlanması daha uygun olurdu.

Tasarısının Değerlendirilmesi, İst. Barosu Yayını, İstanbul 2001, s.26). Avusturya'da 5 ya da daha az işçi çalıştıran işyerleri, İtalya'da sanayi ve ticaret işyerlerinde 15 den az, tarım işletmelerinde 5 ten az, diğer işyerlerinde ise 35 den az işçi çalıştıran işyerleri feshe karşı koruma yasası dışında bırakılmışlardır (Diğer ülke uygulamaları için bak. G. Alpagut, Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İst. Barosu Yayını, İstanbul 2002, s. 86 vd.).

Md. 13/A da getirilen en az 10 kişi kıstasına kıdemleri 6 aydan kısa olan işçilerin ve part time çalışanların gireceği fakat alt işveren

işçilerinin girmeyeceği kanısındayım. Diğer bir ifade ile part time çalışanlarla, kıdemleri 6 aydan kısa olanlarla birlikte işyerindeki toplam işçi sayısı 10' u aşıyorsa işyerinde feshe karşı koruma hükümleri uygulanacaktır ve bu korumadan part time işçiler de yararlanabileceklerdir. Çünkü part time da çalışsalar, kıdemleri kısa da olsa bunlar aynı işverenin işçisidirler. Ayrıca Yasada bu işçilerin dışlandığını gösteren bir açıklık da yoktur. En önemlisi kanun açıkça işyerinden söz ettiğinden işverenin aynı işkolunda birden çok işyeri olsa bile **10 işçi sayısı her işyeri için ayrı ayrı** düşünölmek gerekir. Burada esas sorun işyerinde taşeron işçisi ve ödünç (geçici) işçi çalıştırıldığında yaşanacaktır. Kanımca taşeron işçileri kural olarak asıl işverenin işçileri sayılmadığından bunların 10 işçi kıstasına dahil olması düşünölemez. Ancak amacın 10 işçiye ulaşılmasını, diğer bir ifade ile 4773 sayılı K. kapsamı dışında kalmak (muvazaa) olduğu kanıtlanabildiği ölçüde taşeron işçileri de 10 işçi kıstasına dahil edilmelidir. Şukadar ki, taşeron işçileri bizzat 10 sayısına ulaşıyorsa esasen bunlara feshe karşı koruma hükümleri uygulanacaktır.

Ödünç işçilere gelince. Bu ilişkide bu kişiler ödünç alanın değil, ödünç verenin işçileri sayıldığından o işyerinde çalışan 10 işçi kıstasına dahil edilmemeleri gerekir. Fakat bağlı oldukları işveren bakımından 10 işçi sayısına dahildirler. Ancak 6 aylık kıdem hesabında yasa açıkça aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilerek hesaplanacağını hükme bağlamıştır ki bu isabetli bir düşünce tarzıdır. Ekleyelim ki, işçi ile yapılan birden çok sözleşmenin her birinin devam süresi 6 aydan daha kısa olsa bile bu sürelerin toplamı 6 ayı aşıyorsa bu işçiler de feshe karşı korumadan yararlanacaklardır. Bununla birlikte ölkemizde bu istisna hükümleri yüzünden işyerlerinde kapsam dışında kalabilmek için çeşitli çarelere (iş-

yerlerinin 9' ar kişilik bölümlere ayrılacağı, işlerin bölünerek işçilerin taşeronlara devredileceği gibi) başvurulacağı ayrıca 10 işçi kıstasının eşitlik ilkesine aykırı düştüğü gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin iptal kararına bile konu olabileceği endişesi dile getirilmektedir (A. Güzel, s. 26-27). Kanımca sadece işyerinin bütününü yöneten işveren vekillerini (ki çok sınırlı bir en üst düzey çalışan kesimidir) dışarıda bırakarak diğer tüm işveren vekillerinin feshe karşı koruma kapsamı içine alınmış olması iş yaşamının deneyimleri açısından pek isabetli olmamış gibidir.

Yeni hükümler işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin vererek hizmet akdini sona erdirmesine engel teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte hizmet akdinin peşin ödeme veya işverenin bildirim şartına uymadan akdi sona erdirmesi 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E maddelerinin uygulamasına engel olmayacaktır (md. 13/son). Ayrıca feshe karşı koruma hükümlerinin kapsam dışında kalan işçilerin hizmet akitleri fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresine ait ücretin 3 katı tutarında tazminat ödenir. Bu tür fesihte bildirim süresine dahi uyulmamışsa işçiye kötü niyet tazminatı yanında ayrıca bildirim süresine ilişkin ücret tutarında bir tazminat (ihbar tazminatı) daha ödenmesi gerekecektir (md. 13/son).

Madde 13/B. Sözleşmenin Feshinde Usul: İşveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır. Ayrıca belirsiz süreli iş sözleşmesi işçinin savunması alınmadan, davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Fesih iş veya işyeri ile ilgili nedenlere dayandırılmışsa işçiden savunma alma yükümlülüğü söz konusu değildir. Alınması da zaten anlamsız olurdu. Örneğin fesih işletme gereklerinden kaynaklanıyorsa işçinin çıkarılma nedeni kendinden kay-



naklanmıyor ki, neyin savunmasını yapacaktır? İşverenin İş K. md. 17/II ye göre fesih hakkı herhalde saklı tutulmuştur. Yani ortada haklı fesih nedeni varsa işveren derhal ve tazminatsız fesih hakkını kullanabilecektir. Maddede 158 sayılı Sözleşmenin 7. maddesindeki hükme uygun olarak işveren bakımından “beklenemeyecek hallerde” işçiden savunma alma aranmamış ise de beklenemeyecek hallerin ne anlama geldiği pek açık değildir. Yasada buna açıklık getirilmesi isabetli olurdu (Ekonomi, s. 97). Herşeye rağmen bunların işverenin işçiyi çıkarmak için beklemeye “dürüstlük kuralı açısından tahammülü olmayan” hal ve davranışlar olduğu söylenebilir.

Madde 13/C. Fesih bildirimine itiraz ve

usulü: İş sözleşmesi feshedilen işçiye fesih sebebi gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile feshin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesine dava açabilme hakkı tanınmıştır. Demek oluyor ki, işverenin işçiyi çıkarırken fesih nedeni göstermemiş olması ile fesih nedeninin geçerli olmaması hukuki sonucu itibarıyla aynı tutulmuştur (S. Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2002, s. 608). Yasa bu tür davaların, seri yargılama usulüne göre 2 ay içinde sonuçlandırılacağını

öngörmüşse de ülkemizde uygulamada bu davaların iki ayda bitirilmesi mümkün görülmemektedir. TİS nde hüküm varsa ya da taraflar aralarında anlaşılarsa uyuşmazlık bir ay içinde hakeme de götürülebilir. Feshin geçerli sebebe dayandığının ispat yükümlülüğü işverene aittir. Bu hüküm de 158 sayılı Sözleşmeye uygun olmakla birlikte uygulamada zaten feshin haklı nedene dayandığını ispat yükü de uzun zamandır yargı kararlarıyla işverene yüklenmişti. Bununla beraber kanun tasarısının sonuna eklenen bir hükümle, işçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde bu iddiasını ispatla yükümlü

tutulmuştu. Ne varki bu hüküm 4773 sK. la yasalaşan metne alınmamıştır. Her ne kadar maddede 158 sayılı Sözleşme hükümlerine uygun olarak TİS nde hüküm varsa ya da taraflar aralarında anlaşılarsa feshe itirazın hakem huzurunda dahi görülebileceğine yer verilmişse de, Hukukumuzda ötedenberi İş Mahkemeleri K. nun emredici hükümlerinin işçiyi doğal mahkemesinden yoksun bırakmasına engel olduğu ve İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği gereği iş sözleşmelerine tahkim kaydı konamıyacağı, TİS ndeki tahkim veya davadan feragat kaydının işçiyi bağlamıyacağı doktrin ve yargı kararlarında benimsenmiş bulunuyordu (Bak. C. Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 227). Getirilen hüküm bu esaslara aykırı olup işçinin iş mahkemesinde dava açma hakkını engelleyebileceğinden uygulamada sorunlar yaratabilecektir. Esasen tahkim yolunun paralı olması bu usulün daha çok işverenin işine yarayacağı kuşkusu nedeniyle işçilerin buna yanaşacakları kanısında da değilim. Ayrıca tahkim kaydı sadece 4773 sayılı Kanunun uygulama alanı için geçerlidir. 4773 sK. kapsamı dışında kalan hallerde bireysel iş sözleşmelerine konabilecek uyuşmazlıkların hakemde çözülebileceğine dair şartlar geçerli sayılmaz.

Kanımca sadece işyerinin bütününe yöneten işveren vekillerini (ki çok sınırlı bir en üst düzey çalışan kesimdir) dışarıda bırakarak diğer tüm işveren vekillerinin feshe karşı koruma kapsamı içine alınmış olması iş yaşamının deneyimleri açısından pek isabetli olmamış gibidir.

Madde 13/D. Geçersiz feshin sonuçları:

Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır, kararın temyizi halinde ise Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir. Bu süreler gerçekçi değildir. Dolayısıyla bu sürelerin geçirilmesi kararın geçerliliğini etkilemez. Mahkemece, işverence geçerli sebep gös-

terilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı tespit edilirse **feshin geçersizliğine karar verilir**. Feshin geçersizliğine karar verildiğinde işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatmayan işveren en az 6 aylık, en çok bir yıllık ücreti tutarında **tazminat ödemekle** yükümlü tutulmuştur. Mahkeme kararında işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarı da gösterilecektir. Bu hüküm işvereni rahatlatan bir hüküm ise de Alman Hukukunda belirtildiği gibi işçiyi “feshe karşı koruma hukuku” son aşamada “tazminat hukukuna” dönüşmektedir (Bak. U. Preis, Federal Almanya’da Feshe Karşı Koruma Hukuku, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, (MÜHF), İstanbul 1997, s. 27). Esasen sebep ne olursa olsun işverenin bir kez işten çıkardığı işçiyi (ortada mahkeme kararı, tazminat ödeme tehdidi olsa bile) tekrar işe almasını beklemek pek gerçekçi bir durum değildir.

158 sayılı Sözleşme (md. 10), mahkeme ya da hakemin işten çıkarma işlemi haksız bulmaları halinde işlemi iptale ve işçinin işe iadesine ya da işçiyle yeni bir hizmet akdi yapılmasına yahut bunlar uygulanabilir bulunmaz ise yeterli bir tazminata yahut da uygun bir başka telafi biçimine karar verebileceklerine olanak tanımıştır (Bak. Ekonomi, s. 99-102). Kanunda bu olanaklar içinde makul bir seçim yapılmış ve feshin geçersiz sayılarak işçinin işe iadesi öngörülmüş fakat işçiyi işe başlatmayan işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Yani işveren bir anlamda işe iade ile tazminat ödeme arasında seçim yapma durumunda bırakılmıştır. Fakat mahkeme, işe iade yerine sadece tazminata hükmedemez. Kararda ikisi de yer alacaktır. Feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır.

İşveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmaz ise mahkemece ilamda gösterilen tazminatı ödemek zorunda kalacaktır. Ancak işçi de –aşağıda tekrar değineceğimiz gibi- işe yeniden alınma veya tazminat hakkında yararlanabilmek için mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 6 işgünü içinde işverene başvurmak zorundadır (md. 13/D.4). Bu tazminat işçinin 6 aylık ücreti tutarından az, 12 aylık ücreti tutarından fazla olamaz. Ancak tazminata esas ücretin çıplak ücret mi giydirilmiş ücret mi olacağı yasa da belirtilmemiştir. Kanımca bu tazminat Sendikalar K. md. 31/son hükmündeki tazminat hesabında yapıldığı gibi çıplak (brüt) ücrete göre belirlenmelidir (Bak. H. H. Sümer, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997, s. 121).

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da ayrıca ödenir. Kanımca bu miktar da mahkeme kararında gösterilecektir. Dört aylık sınırlama yargılamanın uzun sürmesi ihtimaline karşı karşılıklı çıkarları dengelemek için getirilmiş benzerdir. Kuşkusuz bu hüküm işçinin bunu talep etmesi ve davada haklı çıkması halinde uygulanacaktır. Dört aylık süre geçersiz fesih tarihinden itibaren başlar (Ö. Ekmekçi, 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, MERCEK, Ekim 2002, s. 108). Bu durumda işçiye “bildirim süresine ait ücret peşin ödenmişse bu tutar yukarıdaki hükümlere göre yapılacak ödemeden mahsup edilir”. Md. 13/D’nin 3. fıkrasında yer alan bu hüküm tereddütlere yol açacak niteliktedir. Zira kendisinden mahsup yapılacak ödemenin 4 aylık ücret mi yoksa en çok bir yıllık ücret tutarında tazminat mı ya da her ikisinin toplamı mı olduğu pek anlaşılammaktadır. Bununla birlikte bunun 4 aylık ücret tutarındaki ödeme olması



gerektiği daha akla yatkın gözükmektedir (Karş. Güzel, s. 42-43; Süzek, s.615; M. Uçum, Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, s. 218). Davada haklı çıkan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret (ihbar tazminatı) peşin ödenmemişse bu sürelerle ait ücret ayrıca ödenecektir. Bu demektir ki, işçiye tazminat yanında bildirim sürelerine ait ücreti, kıdem tazminatı ve en çok dört aylık ücret tutarı da ödenecektir. Başka bir anlatımla geçerli neden bulunmadan işten çıkarılan işçiye tazminatın yanında işveren ister işe başlatsın ister başlatmasın mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmayan süre için en fazla dört aya kadar ücreti ve sair hakları ödenecektir.

Dört aylık doğmuş ücret vs. haklar akdin feshi anındaki ücret tutarı olmalıdır. Maddede bir açıklık olmamakla birlikte işçi mahkeme kararı üzerine işe başlatılmışsa ve daha önceden kendisine ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı ödenmişse kanımca bunlar işverene iade edilmek gerekir. Ancak işçinin bunu nasıl iade edeceği de ayrı bir sorundur. Yine de bu durumda dahi işçiye çalıştırılmadığı süre için en çok 4 aylık ücret vs. hakları ödenecektir. Bu takdirde işçinin kıdeminde hiç bir kesinti olmaksızın akdin başından itibaren hesaplanır. Eğer mahkeme kararına rağmen işçi zamanında işe başlatılmazsa yukarıda belirttiğimiz gibi ihbar ve kıdem tazminatı yanında, işçiye mahkemece hükmedilen tazminat (bir yıla kadar ücret alacağı) ile birlikte çalıştırılmayan süre için en çok 4 aylık ücret vs. alacakları da ödenecektir.

Dava esnasında işçinin ölümü halinde mirasçıları sadece en çok 4 aylık ücret talebinde bulunabilir, yoksa tazminat da isteyemezler. Buna karşılık işten çıkarılan

işçi henüz dava açmadan ölürse, mirasçıların işe iade ve tazminat davası açamayacakları kuşkusuzdur. Mirasçılar bu takdirde eğer murislerine ödenmemişse ihbar ve kıdem tazminatı ve diğer işçilik hakları için dava açabilirler (Ekmekçi, 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası, s. 110). Eğer işe iade davası görülürken işyeri kapanırsa ve bu kapama hukuka uygun bir kapama ise mahkemenin işe iadeye hükmetmesi söz konusu olamaz. Ancak dava haklı ise tazminata ve en çok dört aylık ücret tutarına hükmetmesi gerekir (Karş. Ekmekçi, 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası, s. 110). Dört aylık ücret tutarı feshin mahkemece geçersiz sayılıp işçinin işe iadesi kararı üzerine ödenecek bir ücret yani gecikmeli ödenen bir ücret olduğundan bu tutardan sigorta primi ve gelir vergisi kesileceği fakat gecikme zam

158 sayılı Sözleşme (md. 10), mahkeme ya da hakemin işten çıkarma işlemi haksız bulmaları halinde işlemi iptale ve işçinin işe iadesine ya da işçiyle yeni bir hizmet akdi yapılmasına yahut bunlar uygulanabilir bulunmaz ise yeterli bir tazminata yahut da uygun bir başka telafi biçimine karar verebileceklerine olanak tanımıştır.

mına tabi tutulmaması gerektiği düşüncesindeyim. Ancak feshin geçersizliğine karar verilirse kararın kesinleşmesinden itibaren 4 aylık ücrete gecikme faizi uygulanabilir. Bunun gibi mahkeme kararına rağmen işçiyi süresi içinde işe almayan işverenin ödeyeceği tazminata da bu sürenin bitiminden itibaren gecikme faizi işletilebilir (Ekmekçi, aynı yer). Ayrıca 4447 sayılı K.la getirilen işsizlik ödeneği ile 4 aylık ücretin nasıl bağdaşacağı da ayrı bir sorundur. Zira işsizlik ödeneği işsiz kalan işsize verilir. İşsizlik ödeneği almakta olan bir kimsenin gelir getirici bir işte çalışmaması gerekir (md. 52/b). Aksi halde ödenek kesilir ve T. İş



Kurumuna iadesi gerekir. Bu noktada 4447 sK.nun işsizlik ödeneğini düzenleyen 50, 51 ve 52. maddelerinin de gözden geçirilmesi gerekmektedir. Kısacası, md. 13/D nin 3. fıkrası pek başarılı bir şekilde kaleme alınmamıştır. Bu hususlarda uygulamada sorunlar yaşanacaktır.

İşçi çıkarıldığı işine geri dönmek istiyorsa kararın kendisine tebliği tarihinden itibaren **6 işgünü içinde** işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise fesih artık geçerli bir fesih sayılacak ve işçi sadece buna göre hak ettiği tazminatlar, (ihbar ve kıdem) alacak, almış ise bunlarla yetinecektir (md. 13/D.A). Ekleyelim ki, Yasakoyucu 4773 sK. İşK. md. 13 son daki "Tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklıdır" hükmünü çıkarmış ve md. 13/A ya da benzer bir hüküm getirmemiş ise de bu değişiklik 4773 sayılı Kanuna tabi olan ve olmayan işçiler bakımından şartları oluşmuşsa ihbar ve kötü niyet tazminatı veya en çok bir yıllık ücret tutarında tazminat dışında genel hükümlere göre ayrıca (maddi ve manevi) tazminat isteme hakkını ortadan kaldırmaz (Süzek, s.609)

Madde 13/D son fıkra ile birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin yani md. 13/D de düzenlenen işe iade ve tazminat hükümlerinin hiçbir suretle değiştirilemeyeceği, aksi yönde sözleşme yapılamayacağı hükmüne bağlanarak **madde hükümlerinin sözleşmelerle bertaraf edilmesine, yumuşatılmasına ya da ağırlaştırılmasına izin verilmemiştir**. Bu mutlak emredici bir hüküm ise de toplu sözleşme özerkliği ile pek bağdaşmamaktadır (Güzel, s. 43; Ekmekçi, Aynı seminer, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, s.59).

Bu mutlak emredici hüküm nedeniyle hakem kaydına veya sözleşmesine (hizmet sözleşmesinde yabancı unsuru bulunsa dahi) yabancı hukukun uygulanabileceği yolunda hüküm konulamaz. Konulursa geçersizdir. Bu husus özellikle yabancı sermayeli şirketlerde veya çok uluslu kuruluşlarda çalıştırılan Türk çalışanlar için geçerlidir.

4773 sayılı Yasanın getirdiği işçiyi geçersiz feshe karşı koruyan hükümlerin, iş mahkemelerinin yükünü olağanüstü ağırlaştıracağı, işten çıkarılan hemen her işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarını almış olsa dahi iş mahkemesinde şansını denemek isteyeceği çok muhtemeldir.

Birçok Avrupa ülkesinde de mahkeme kararına rağmen işçiyi işe geri almayan işverenin tazminat ödemesi hükme bağlanmıştır. Örneğin Alman Hukukunda bu tazminat miktarı en çok 12 aylık ücret tutarı olup, 50 yaşını doldurmuş 15 yıllık kıdeme sahip işçiler bakımından bu miktar 15 aylık ücrete, 55 yaşını doldurmuş, 20 yıllık kıdeme sahip işçiler bakımından 18 aylık ücrete kadar arttırılabilir. İtalyan Hukukunda ise bu tazminat 15 aylık ücret tutarıdır. Buna karşılık İsveç Hukukunda bu tazminatlar oldukça yüksek tutulmuş olup 5 yıldan az kıdemi olanlar için 16 aylık, 5-10 yıllık kıdemi olanlar için 24 aylık, 15 yıldan fazla kıdemi olanlar için 32 aylık ücret tutarıdır. İşçinin 60 yaşını doldurmuş olması halinde bu tutarlar 24-48 aylık ücret tutarına kadar çıkabilmektedir. Belçika Hukukunda işçiyi geçerli bir neden bulunmaksızın işten çıkaran işveren en az iki yıllık ücret tutarında tazminat ödemek zorunda kalır. Fransız Hukukunda ise tazminatın alt sınırı 6 aylık ücret olarak belirlenmiş fakat buna üst sınır getirilmemiştir (Bak. Alpagut, s. 101-104). Birleşik Krallıkta da



benzeri bir uygulama mevcuttur. Bu ülkede mahkemenin geçerli fesih nedeni bulunmayıp işçinin işe iadesine karar verdiği hallerde işverence bu kararın uygulanmaması halinde işçi lehine hükmettiği tazminat tutarı hayli yüksektir (Bak. N. Selwyn, Law of Employment, 11.Ed. London 2000, s. 372 vd). Buna göre mahkemece 1) işçinin kıdemi, haftalık ücreti ve yaşı esas alınarak hesaplanan “temel ödeme” (bunun miktarı max. 6.900 poundu geçemez). 2) hakim geçersiz feshin özelliklerini hakkaniyet kuralları içinde değerlendirerek hükmettiği “tazminat” (burada işçinin o güne kadarki kayıpları, gelecekteki kayıpları, sözleşmesinin feshi nedeniyle yapmak zorunda kaldığı extra harcamalar, varsa bu yüzden mahrum kaldığı yasal haklar ve sosyal sigorta hakları göz önünde tutulur), bu miktar 50.000.- poundu aşamaz, 3) varsa “sair tazminat”lara da hükmeder.

4773 sayılı Yasanın getirdiği işçiyi geçersiz feshine karşı koruyan hükümlerin, iş mahkemelerinin yükünü olağanüstü ağırlaştıracağı, işten çıkarılan hemen her işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarını almış olsa dahi iş mahkemesinde şansını denemek isteyeceği çok muhtemeldir.

Madde 13/E. Yeni işe girme: Tasarıda yer almayan fakat 4773 sayılı K.na eklenen birkaç maddeden biri, işçinin yeni işe girme maddesidir. Nitekim, Yasakoyucu hizmet akdinin feshine karşı mahkemeye başvurduğu halde dava sürerken yeni bir işe giren işçinin durumunu düşünerek Kanuna 13/E maddesini eklemiştir. Bu maddeye göre mahkemece feshin geçersizliğine karar verilirse önceki işine dönmek istemeyen işçi kararın kendisine tebliğinden itibaren 6 işgünü içerisinde durumu önceki işverene yazılı olarak bildirmelidir. Bunun üzerine belirsiz süreli hizmet akdi işverence geçerli bir sebeple fesholunmuş sayılır ve buna

ilişkin hukuki sonuçlar doğar. Bu demektir ki işçi sadece aldığı veya alacağı ihbar ve kıdem tazminatı ile yetinir. Bu hüküm Alman Feshe Karşı Koruma Kanunundan (md. 12) aynen alınmıştır. Yeni işe giren işçinin artık eski işine dönmek istemediğini 6 iş günü içinde bildirmediği durumda ne olacağı maddede belirtilmiş değilse de bu durumda da feshin geçerli olduğu ve işçinin aldığı tazminatlarla yetineceği sonucuna varılmalıdır. Aslında mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçinin yeniden işe dönebilmesi için kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 6 iş günü içinde bu hakkını kullanması öngörülmüş iken (md. 13/D.4) ayrıca böyle bir maddeye daha neden ihtiyaç duyulduğu pek anlaşılabilir değildir.

Ayrıca 5953 sayılı Basın İşK.nun 6. maddesine eklenen bir fıkra ile hizmet akdi işveren tarafından feshedilen gazeteciye de İşK.nun değişik 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E ile 24. maddelerinden, yani yeni iş güvencesi ve toplu işçi çıkarmaya ilişkin maddelerinden yararlanma hakkı tanınmıştır. Bu durumda aynı maddelerden neden gemi adamlarının da yararlanmasını sağlayacak şekilde 854 sayılı Deniz İşK. da değişiklik yapılmadığı sorusuna cevap bulmak gerekir.

İşten haklı nedenle çıkarılan işçiye feshin İş K. md. 17 (I), (II) ve (III) numaralı bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 13, 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilme hakkı tanınmıştır (md. 17/IV). İşverence yapılacak feshin geçerli sebebe bağlanması zorunluluğunun getirilmiş olması her ne kadar 158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun düşüyorsa da uygulamada artık her türlü feshin mahkemeye götürüleceği ve mahkemelerin iş yükünün olağanüstü artacağını tahmin etmek güç değildir.

IV. Toplu İşçi Çıkarma Belirli Şartlara ve Usule Bağlanmıştır

Madde 24. Toplu işçi çıkarma: 1475 sayılı İşK.nun 24. maddesinde başlangıçta toplu işçi çıkarma başlığı altında yer alan bu hüküm 1975 tarih ve 1927 sK.'la değiştirilerek toplu işçi çıkarma ile neredeyse hiç bir ilgisi bulunmayan sadece işçi çıkarmanın sonucunu düzenleyen bir madde haline dönüştürülmüştü. Bu madde tasarıda AB nin 75/129 sayılı Toplu İşçi Çıkarma Yönergesi ile 158 sayılı İLO Sözleşmesi kriterleri esas alınarak yeniden düzenlenmiştir.

Buna göre işveren ekonomik, teknolojik, reorganizasyon gibi işletme, işin veya işyerinin gerekleri gibi nedenlerle toplu işçi çıkarmak istediğinde bunu **en az 30 gün önceden** yazı ile bir yandan sendika temsilcilerine veya işçi temsilcilerine, öte yandan ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir. Ne var ki maddenin tasarıdaki şeklinde işyerinde çalışan işçi sayısı 20-100 arasında ise en az 10 işçinin, 101-300 arasında ise en az % 10 oranında işçinin, 301 ve daha fazla ise en az 30 işçinin bildirimli fesih yoluyla aynı anda ya da bir aylık süre içinde farklı tarihlerde çıkarılması toplu işçi çıkarma olarak tanımlanmıştı. Otuz günlük zaman dilimi içinde çıkarılacak işçi sayısı söz konusu yönergeye uygundu. Fakat bu madde kanunlaşırken muhtemelen Sosyal İşler Komisyonunda yapılan bir değişiklikle toplu işçi çıkarmaya konu işçi sayısı indirilmiş ve sadece "topluca veya bir ay içinde toplam on işçinin" iş aklının feshi toplu işçi çıkarma olarak tanımlanmıştır. Bu değişikliğin AB Yönergesiyle hiç bir ilgisi yoktur. Bu düzenlemeyle işyerinde ister az, ister çok sayıda işçi çalıştırılan her türlü işyerinde bir defada

veya bir ay içinde sadece **10 işçi çıkarılması** dahi toplu işçi çıkarma prosedürüne tabi tutulacaktır. On işçi kıstasının bir işletmeye dahil tüm işyerleri mi yoksa her bir işyeri için ayrı ayrı mı nazara alınacağı açık değildir. Gerekçede de buna dair bir açıklık yoktur. Bununla beraber 24. madde toplu işçi çıkarma bildirimlerinin işyeri işçi temsilcilerine yapılmasını öngördüğü, işyerinin bütününün kapatılması durumunda bu bildirimde gerek olmadığı göz önünde tutulacak olursa 10 işçi kıstasının her işyeri için ayrı ayrı nazara alınması gerektiği söylenebilir. Aksi halde işletmelere işçi çıkarmalarla ilgili gereksiz bürokratik bir yük getirileceğini düşünüyorum. Ekleyelim ki, toplu işçi çıkarma hükümlerinin uygulanabilmesi için İş K. md. 13/A da getirilen en az 10 işçi çalıştırma, 6 aydan fazla kıdemi olma, işletmenin bütününü yöneten işveren vekili niteliğinde olmama gibi şartların burada uygulama alanı yoktur. Toplu işçi çıkarma prosedürüne her türlü işyeri ve işçi hatta kıdemi 6 aydan kısa olan veya part time çalışanlar için dahi başvurulabilecektir. Şu kadar ki, işçinin kişiliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle topluca 10 kişinin çıkarılması toplu işçi çıkarma prosedürünün uygulanmasını gerektirmez.

Bildirimlerde, çıkarma sebeplerinin, bundan etkilenecek işçi sayısının, işe son verme tarihlerinin açıklanması zorunlu tutulmuştur. Bildirimden sonra temsilcilerle işveren arasında yapılacak görüşmelerde toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut bunun işçiler üzerindeki olumsuz etkisinin en aza indirilmesi konuları görüşülecektir. Fesih bildirimleri işverenin toplu çıkarma talebinin Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirilmesinden itibaren 30 gün sonra hüküm doğurur. Bu demektir ki bildirim



süresi 30 günün altında kalan işçilerin hizmet akidlerinin son bulma tarihi 30 günün sonuna uzatılmıştır. Fakat 30 günlük bildirim kuralı getiren madde, işverenin işçi temsilcileriyle görüşmelerinin uzaması halinde ne olacağına cevap vermemektedir. Fransız Hukukunda işverenin işçi temsilcileriyle görüşmeksizin, ya da görüşmelerin sonucunu beklemeksizin (ki toplantı süreleri işletmenin büyüklüğüne göre 2 ila 4 hafta arasında değişir) toplu çıkarmayı gerçekleştirmesi halinde çıkarmalar mahkemece geçersiz sayılır (Bak. Güzel, s. 47, Alpagut, s. 111-116). İşK. md. 24'ün yeni şeklinde bu konuda hiç bir açıklık bulunmadığına göre görüşmelerin sonucu ne olursa olsun feshin yine de bildirimden 30 gün sonra hüküm doğuracağı kabul edilmelidir. Kuşkusuz işçilere 30 günün sonuna kadarki ücretleri ödenecektir. Ancak temsilcilerle görüşme, onlara bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren hakkında da bir yaptırım öngörülmemiştir. İşK. Md. 98/B de bu duruma uygulanacak cüzi bir para cezası yer almaktadır. Fakat burada hukuki bir yaptırım öngörülmemiş olması toplu işçi çıkarmada işçi temsilcileriyle görüşme yapılmasından beklenen yarar etkisiz kılacaktır. İşyerinin tamamen kapatılarak faaliyete kesin olarak son verilmesi halinde 30 gün önceden sadece Bölge Müdürlüğüne ve T. İş Kurumuna bildirme ve işyerinde ilan yeterli görülmüştür. Bu durumda işçi temsilcileriyle görüşmeye gerek görülmemiştir. Mevsim ve kampanya işlerinde işten çıkarma işlemi esasen bu işlerin niteliği gereği yapılıyorsa toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanamaz. İşverenin toplu işçi çıkarma yoluna, feshin geçerli nedenle yapılmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemek amacıyla (hakkın kötüye kullanılması) gidemeyeceği, aksi halde işçinin feshin bu amaçla yapıldığını dava edebileceği maddeye son

fıkra olarak eklenmiştir. Kanımca toplu işçi çıkarma nedenlerinin sonradan ortadan kalkmış olması işverene çıkarılan işçileri yeniden işe alma yükümlülüğünü getirmez.

Geçici madde 13 (İşçi temsilcileri): İş K. na eklenen geçici md. 13 ile İşK. madde 24'te bahsi geçen işyeri temsilcileri ile ilgili olarak yeni bir düzenleme getirilinceye kadar işyerinde sendika temsilcilerinin bulunmadıkları hallerde o işyerinde çalışan işçiler tarafından Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesine göre (işyerinde elliye kadar işçi çalıştırılan işyerlerinde bir, 51-100 arasında işçi çalıştırılan işyerlerinde iki vs.) seçilecek işçi temsilcilerinin görev yapacağı hükme bağlanmıştır. Bu md. ile T.C. tarafından 1992 de bir kanunla kabul edilmiş olan "İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 sayılı ILO Sözleşmesinin" gereklerinin sınırlı da olsa yerine getirildiği söylenebilecektir. 135 sayılı Sözleşmede işyerlerinde her iki temsilci türünün (sendika işyeri temsilcileri ve işçi temsilcileri) birlikte görev yapabilecekleri gibi bunlardan sadece birinin görev yapabilmelerine de imkan tanınmıştır. Geçici md. 13 "işyeri sendika temsilcilerinin bulunmadığı hallerde" demek suretiyle işçi temsilcilerine ancak sendika işyeri temsilcilerinin bulunmadığı hallerde izin vermiştir. Bu demektir ki işyerinde sendika işyeri temsilcileri atandığı durumlarda, işçi temsilcilerinin görevi sona erecektir (Süzek, s.617). 4773 sayılı K. da işçi temsilcilerinin nasıl ve ne zaman seçileceğine dair açıklama yer almamıştır. Bu konuda yasal düzenleme getirilinceye kadar kanımca en az 10 işçi çalıştıran işyerlerinde işçilerin kendi aralarında makul bir sürede seçim yapmaları ve sonucu işverene bildirmeleri gerekir. Ancak bu konuda en kısa zamanda yasal bir düzenlemeye gidilmesi zorunludur.

V. Sendikalar Kanunu'nda Sendikal Güvenceler Açısından Değişiklik Yapılmıştır

4773 sayılı K., 2821 sayılı Sendikalar K.'nda sendika güvencesiyle ilgili bazı değişiklikler yapmış bulunmaktadır. İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesi ile ilgili 30. maddenin yeni şekli şöyledir:

“İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshine 1475 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır.

Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, 1475 sayılı Kanun'un 13/D maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir.

İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır.”

Bu değişikliğin anlamı şudur: Eskiden işyeri sendika temsilcileri için gerçek anlamda bir işe iade olanağı mevcutken şimdi bu güvence ortadan kaldırılmış ve temsilcilerin güvencesi diğer sendikalı işçilerin iş güvencesi düzeyine indirilmiştir. Bu demektir ki diğer işçilerde olduğu gibi feshin haklı ya da geçerli nedenlere dayanıp dayanmadığı araştırılacaktır. Hatta 10 işçiden daha az sayıda işçi çalıştırılan işyerlerindeki veya işyerindeki kıdemi 6 ayı doldurmamış temsilcilerin, örneğin temsilcilik faaliyeti nedeniyle bile işten çıkarılmaları halinde Sendikalar K. md. 31'deki sendikal tazminat talebinden başka bir talepte bulunma olanağı kalmamıştır (Bak. Ö. Ekmekçi, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlen-

dirilmesi (6.7.2001), İst. Barosu Yayını, 2001, s. 55; Uçum, s. 219). Bu değişikliğin gerekçesi olarak işçiler arasındaki farklı düzenlemelerin yaratacağı sakıncaların önlenmesi gösterilmiştir. Oysa işyeri sendika temsilcilerine tanınan işe iade güvencesinin temelinde bu kişilerin diğer sendikalı işçilere oranla işverene ters düşme ihtimalinin çok daha fazla ve işten çıkarılma riskine çok daha yakın olması yatmaktadır. Bu gerekçenin artık ortadan kalktığını söylemek ise zordur. Ancak işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesi 1475 sayılı İş K. hükümlerine bağlandığına göre hangi iş kanununa tabi olurlarsa olsunlar tüm sendika işyeri temsilcilerinin hizmet akitlerinin feshinde aynı koruma hükümleri uygulanacak, eğer işe son verme temsilcinin sendikal faaliyetleri nedeniyle olduğu kanıtlanacak olursa, işçiye ödenecek tazminat onun bir yıllık ücret tutarından az olmayacaktır. Buna karşılık işyeri sendika temsilcisinin yazılı rızası olmadan işyerinin veya çalışma şartlarının esaslı tarzda değiştirilemeyeceğine dair getirilen hüküm olumlu bir yeniliktir. Zira sendikalar K. md.30'da bu konuda bir açıklık bulunmaması karşısında doktrinde, temsilcilik güvencesinin işyeri değişikliğini de kapsadığı görüşleri ağırlık kazanmış, Yargıtay da önceleri aksi görüşteyken son yıllarda doktrinin görüşlerine uyan kararlar vermeye başlamıştır (Bak. N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. bası, İstanbul 2000, s.340). Yapılan değişiklik, bu hususta son gelinen noktanın yasalasmış ifadesidir.

4773 sK. işyeri sendika temsilcisinin güvencesini azaltırken görevini arttırmışa benzemektedir. Nitekim, İş K. md.24'ün toplu işçi çıkarmayı düzenleyen yeni şeklinde işverenin toplu işçi çıkarma kararını 30 gün önceden ilgili bölge çalışma müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumu yanında işyeri sendika temsilcilerine veya işçi temsilcile-



rine de bildirilmesi öngörülmüştür. Bildirimden sonra temsilcilerle işveren arasında yapılacak görüşmelerde toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması, yahut işçi çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları görüşülecektir.

4773 sK. da azaltılan işyeri sendika temsilciliği güvencesinin toplu iş sözleşmeleri ile arttırılması mümkün müdür? Toplu sözleşme özerkliği ilkesi çerçevesinde olumlu cevap vermemiz gereken bu konuda (yukarıda değinildiği gibi) yasa açık bir hüküm getirerek bu kapıyı kesin olarak kapamıştır. Nitekim “geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlığını taşıyan md. 13/D nin 5. fıkrası “birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez, aksi halde sözleşme hükümleri geçersizdir” hükmünü taşımaktadır. 13/D nin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında ise geçerli sebep gösterilmeyen veya sebebin geçerli olmadığı mahkeme tespit edilen hallerde işe başlatılmayan işçiye en az 6 aylık, en çok bir yıllık ücret tutarında tazminat, işçiye bu yöndeki mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aylık ücret, fesih bildiri süresi verilmemiş veya bu süreye ilişkin ücret peşin ödenmemişse bu süreler için ücret tutarının ayrıca ödeneceği öngörülmüştür. Böylece md. 13/D’nin 5. fıkrasında geçersiz feshin sonuçlarının mutlak emredici tarzda düzenlendiği anlaşılmaktadır (Ekmekçi, s. 59; A. Güzel, aynı Değerlendirme Semineri, s. 43). Esasen yasanın gerekçesinde de maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle arttırılamayacağı, azaltılamayacağı veya değiştirilemeyeceğinin vurgulandığı yazılıdır.

Nihayet 2821 sayılı Sendikalar K.da yapılan ikinci değişiklik de sendika özgürlüğünün

güvencesi ile ilgili 31. madde ile ilgilidir. 4773 sayılı K. ile bu maddenin son fıkrası değiştirilmiş ve maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu değişikliğe göre:

“İşverenin, hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, 1475 sayılı Kanunun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E madde hükümleri uygulanır. Ancak, 1475 sayılı Kanunun 13/D maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz.

854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanunu’na tabi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile 1475 sayılı Kanunun 13/A maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E 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 Kanunu’nun genel hükümleri uygulanır. İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır.

İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır.”

Getirilen değişiklikle sendikal faaliyet nedeniyle işverence ayrımcı işleme maruz kalan işçiye ödenecek tazminatın onun bir yıllık ücret tutarından az olamayacağının yanı sıra hizmet akdinin sendika üyeliği



veya sendikal faaliyet nedeniyle feshedilmesi halinde de İş Kanunu'nun geçerli fesihle ilgili 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E hükümlerinin uygulanacağı ve bu durumlarda ödenecek tazminatın da bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı hükme bağlanmıştır. Madde. 31'e eklenen son fıkra ile de gerek iş kanunlarına tabi olan gerekse iş kanunlarına ve 1475 sayılı kanuna eklenen işgüvencesi ile ilgili hükümlerin kapsamı dışında kalan işçilerin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle işten çıkarılmaları dolayısıyla açacakları davalarda ispat yükünün işverene ait olduğu, bu davaların iş mahkemelerinde görüleceği ve hükmedilecek **tazminat miktarının işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı** hükme bağlanmış, ayrıca işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu tüm haklar saklı tutulmuştur. Böylece İş Kanunu'na tabi olan işçilerle olmayan işçilerin sendikal ayrımcılığa karşı aynı korumadan yararlanmaları hükme bağlanmıştır.

Bu değişikliğin anlamı işçiye sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katıldığı için işverence ayırım yapılması veya işten çıkarılması hallerinde işe iade hakkının sağlanması yanısıra kendisine ödenecek tazminatın md. 13/D de öngörülen miktarla sınırlı kalmamasını sağlamaktır.

VI. Sonuç

15.03.2002 tarihinde yürürlüğe girecek olan yasanın en büyük özelliği, ortada haklı bir neden olmasa dahi belirsiz süreli hizmet akdiyle çalışan işçinin hizmet akdi işveren tarafından feshedilmek istendiğinde kabul edilebilir, geçerli bir nedenin bulunmasının öngörülmüş olmasıdır. Böylece bir yandan işçi feshe karşı bir ölçüde korunmuş, öte

yandan T.C. nin bir kanunla kabul etmiş olduğu ILO'nun 158 sayılı Çalışma Sözleşmesinin gereklerinin 8 yıl gecikmeyle de olsa yerine getirilmiş olmaktadır. Bize göre Yasakoyucu bu düzenlemeyi yaparken 158 sayılı Sözleşmesinin üye ülkelere sunduğu çözüm alternatifleri içinde işverene nispeten daha az yük getirenlerini seçmiştir. Bu tercihle bir yandan işçinin iş güvenliğinin işverenin insafına bırakılması önlenmiş olacak, öte yandan Türk işverenin rekabet gücü çok fazla olumsuz yönde etkilenmeyecektir. Yasada özellikle toplu işçi çıkarma usulüne ve feshin geçersiz sayılmasının sonuçlarına ilişkin hükümlerde bazı belirsizlikler mevcuttur. Bunlar uygulamada önemli sorunlara yol açabilir. **Bununla birlikte bu düzenlemenin gecikmeli olarak yapılmış olması bir yana ülkenin ağır bir ekonomik kriz içinde çırpındığı ve erken seçim kararının alındığı bir zamana denk gelmesi talihsizlik olmuştur. Bu da akla ister istemez yasanın bir seçim yatırımı olduğu kuşkusunu getirmektedir. Sebep ne olursa olsun, bu düzenleme gerekliydi ama keşke ya çok daha önce yapılsaydı ya da daha sonra fakat bugün değil. Aslında böyle olumsuz bir ortamda bu tür bir yasa çıkarılacağı yerde işçiye feshe karşı koruyan hükümleri de içine alan fakat yeni ihtiyaçlara göre hazırlanan, esnek çalışma biçimlerine, değişken iş sürelerine yer veren, kıdem tazminatını da yeniden gözden geçiren, işletmeyi de koruyucu unsurlar taşıyan yeni bir İş Kanunu kabul edilseydi çok daha iyi olur, çalışma hayatında dengeler korunmuş olurdu. Kaldı ki, yeni İş K. Tasarısı da hazır idi. Beklentimiz ve umudumuz, yeni siyasi iktidarın 4773 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce bunu gerçekleştirmesidir. O zaman hatadan, bir ölçüde dönülmüş olur.**