

Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi

1.Giriş

Öndokuzuncu yüzyıl boyunca çeşitli ülkelerde gelişen iş sözleşmesine ilişkin geleneksel normlar, işçi ve işveren arasında biçimsel eşitlik esasına dayanmakta ve tarafların hiçbir gerekçe göstermeden yalnızca bildirimde bulunarak iş sözleşmesini feshedebileceğini öngörmekteydi. Ancak bu biçimsel eşitliğin taraflar üzerindeki etkileri farklıdır: İş sözleşmesinin işçi tarafından feshi, genellikle işveren açısından uygunsuz bir durum yaratırken; iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi, özellikle işsizliğin yoğun olduğu dönemlerde, işçi ve ailesi için güvencesizlik ve yoksulluk anlamına gelmektedir. İş sözleşmesinin feshinin sonuçlarının taraflar üzerindeki eşit veya orantılı olmayan etkisi, işçinin feshe karşı korunması gereksinimini doğurmuştur. Feshe karşı korumanın bugün için vardığı son nokta ise, işçinin iş sözleşmesinin feshinde, işverenin en azından işçiyi keyfi bir şekilde çıkarmadığını göstermeye yetecek bir nedene dayanması gerekliliğidir¹.

İş sözleşmesinin feshine ilişkin uluslararası standartlar oluşturma konusunda kabul edilen ilk belge, UÇÖ'nün 1950 tarihli Kararı'dır. UÇÖ daha sonra 1963'te 119 sayılı Tavsiye Kararı'nı, 1982'de

İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi Hakkında 158 sayılı Sözleşme'yi ve 119 sayılı Tavsiye Kararı'nın yerini alan 116 sayılı Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir.

158 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 4.1.1995 tarihinde onaylanmıştır.

158 sayılı Sözleşme'nin onaylandığı tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş K.'nun 13. maddesi, işverene mutlak ve sınırsız bir fesih hakkı tanımaktaydı. 13. madde uyarınca işveren, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini, hiçbir gerekçe göstermeden yalnızca bildirim sürelerine uyararak feshetme olanağına sahipti. İş sözleşmesinin usulsüz ve/veya kötüniyetle feshi de feshi geçersiz kılmamakta, yalnızca bildirim (ihbar) ve/veya kötüniyet tazminatlarına yol açmaktaydı.

İşverene mutlak ve sınırsız fesih hakkı tanınması, AY ile güvence altına alınmış olan çalışma hakkını (m.49), demokratik toplum gereklerine (AY. m.13) ve ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırladığı² gibi, kanımca ayrıca, işçinin, elverişli bir ortamda çalışma hakkına (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.23/1; BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.7), maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına (AY. m.17/1),

kendini savunma (veya dinlenilme) hakkına ve demokratik toplumların temel ilkelerini oluşturan şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerine de aykırılık oluşturur.

Öte yandan o dönemde yürürlükte olan Sen. K. m.31/6 uyarınca, işverenin sendikalı ile sendikasız veya ayrı sendika üyesi işçiler arasında “işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından” veya “işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılmaları veya farklı muameleye tabi tutulmaları” halinde, işveren, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat ödemekle yükümlüydü.

O dönemde yürürlükte olan Sen. K. m.30 çerçevesinde iş güvencesine sahip tek grup, işyeri sendika temsilcileri idi.

İş K. bağlamında iş güvencesi ilk olarak 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1475 sayılı İş K.’nda değişiklik yapan 4773 sayılı Kanun ve daha sonra 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1475 sayılı İş K.’nu yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İş K. ile hukukumuzda girmiştir.

4773 sayılı Kanun’la Sen. K.’nun 30 ve 31. maddelerinde yapılan değişikliklerle bireysel sendika özgürlüğü ve işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesi³ konularında önceki düzenlemelerden farklı esaslar öngörülürken, 4857 sayılı İş K. ile belli koşullara sahip işçilere iş güvencesi tanınmıştır.

II. İş Güvencesi Kapsamındaki – İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçiler Ayrımı

4857 sayılı İş K., bazı işçileri iş güvencesi kapsamına alırken bazı işçileri iş güvencesi kapsamı dışında bırakmaktadır.

İş K.’nin 17 ve 18. maddeleri uyarınca, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde⁴ en az altı aylık kıdemi olan ve belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçiler iş güvencesi kapsamı içindedirler. İş K.’nin 116. maddesi uyarınca, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki

Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Bas. İş K.) kapsamındaki gazeteciler de iş güvencesi hükümlerinden kıyas yoluyla yararlanırlar.

Öte yandan otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan bir işyerinde çalışmakla beraber, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcıları veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri (İş K. m.18/son f.) veya altı aylık kıdemini doldurmamış (İş K. m.18/1) işçiler; ayrıca belirli süreli sözleşmeyle çalışan işçiler (İş K. m.11; 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu), İş K. ve Bas. İş K. kapsamı dışındaki işçiler iş güvencesi kapsamı dışında kalmaktadırlar. Böylece, belirli süreli sözleşmeyle çalışan işçiler bir yana bırakılacak olursa, bu gruptaki işçilerin işverenlerinin sınırsız ve mutlak fesih hakları korunmuş ve AY’nın sözleşme ve özel girişim özgürlüğü (m.48) ile çalışma hakkına (m.49) ile ilişkin hükümleri arasındaki çatışmada, ilkinde üstünlük tanınmıştır.

III. İş Güvencesi Kapsamındaki ve Kapsam Dışındaki İşçilere Sağlanan Koruma

İş K., iş güvencesi kapsamı içindeki işçilerle kapsamı dışındaki işçiler için farklı derecelerde koruma sağlamaktadır:

1. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler

İş K.’nin 18 ve 21. maddeleri, aşağıda ele alınacağı gibi, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin hangi (geçerli) sebeplerle feshedilebileceğini, hangi durumların geçerli sebep sayılmadığını ve geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenlemektedir.

İş güvencesi kapsamındaki işçiler, geçersiz feshin yol açan durumlara bağlı olarak, iki gruba ayrılarak incelenmek gerekir:

a. Geçerli Sebepler ve Geçersiz Feshin Sonuçları

18. maddenin 1. fıkrasına göre, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmeleri ancak geçerli bazı sebeplerin varlığı halinde feshedilebilir. Bunlar,

-işçinin davranışlarından veya yetersizliğinden veya

Olması gereken hukuk açısından, işçiye iş güvencesi tazminatı talep etmeyle işe iadeyi talep arasında seçimlik bir hak tanınmalıydı.

- işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerdir.

İş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshinin sonuçlarını düzenleyen 21. madde uyarınca ise, “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (f.1); Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (f.3); İşçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (f.5)”.

Görüldüğü gibi, bu madde, işverene geçersiz fesih hallerinde işçiyi işe geri alıp almama konusunda seçim olanağı tanırken; işçiye yalnızca işe iadeyi talep hakkı tanımaktadır⁵. Bu düzenleme, işe iade kurumunun daha güçlü bir koruma rejimi sağladığı varsayımına dayanmaktadır; ancak feshe maruz kalan işçinin eski işine dönmek istememesi de son derece doğaldır⁶. Dolayısıyla olması gereken hukuk açısından, işçiye iş güvencesi tazminatı talep etmeyle işe iadeyi talep arasında seçimlik bir hak tanınmalıydı⁷.

b. Geçerli Sebep Oluşturmayan Durumlar ve Geçersiz Feshin Sonuçları

18. maddenin 3. fıkrasında, iş güvencesi kapsamı dışındakiler için kötüniyetle fesih olarak nitelendirilebilecek sebepler, iş güvencesi kapsamındaki için geçerli sebep oluşturmayan durumlar olarak düzenlenmiştir. Bu fıkra göre özellikle,

- sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,

- işyeri sendika temsilciliği yapmak,

- mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak,

- ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler,

- 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,

- hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık

fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz.

Bu maddede sınırlı bir sayım söz konusu olmadığından, kötüniyet oluşturan benzeri sebepler, bir başka deyişle, örneğin AY veya İş K. ile güvence altına alınmış olan hakların ihlaline yol açan diğer sebepler de kuşkusuz ki fesih için geçerli sebep oluşturmayacaktır.

Öncelikle bir saptamamı ortaya koymalıyım ki sayılan bu sebepler ve benzerleri, aynı zamanda ayrımcılık sebepleridir. Bir başka deyişle kötüniyet oluşturan sebeplerle ayrımcılık oluşturan sebepler aynıdır. İş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık, İş K. m.5'te de yasaklanmıştır. Bu madde uyarınca, iş ilişkisinin sona ermesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhebe, gebeliğe, tam veya kısmî süreli çalışmaya ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. Tıpkı AY'nin 10. maddesinde olduğu gibi, bu maddede de ayırım yasakları sınırlı tutulmamış ve “benzeri sebepler” ifadesiyle ayırım yasaklarına yeni sebeplerin eklenmesine olanak sağlanmıştır⁸. İş K. m.5 uyarınca, işçi iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılığa maruz kalırsa, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sen. K.'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır. İş K.'nun 5. maddesinde dü-

Kötüniyet oluşturan sebeplerle ayrımcılık oluşturan sebepler aynıdır.

zenlenen bu tazminatı, “ayrımcılık tazminatı” olarak adlandırmak doğru olacaktır.

Dolayısıyla kanımca iş ilişkisinin sona ermesi bakımından İş K.'nda aynı sebeplere dayalı fesih konusunda üç ayrı düzenleme mevcuttur. Birincisi, İş K.'nun 18. maddesinde iş güvencesi kapsamındaki için öngörülen geçersiz fesih, ikincisi İş K.'nun 17. maddesinde iş güvencesi kapsamında olmayanlar için öngörülen kötüniyetle fesih, üçüncüsü İş K.'nun 5. maddesinde İş K. kapsamındaki bütün işçiler için öngörülen ayrımcılığa dayalı fesihtir. Böylece iş ilişkisinin sona ermesi bakımından hem iş güvencesi kapsamındaki hem İş K. kapsamında olup iş güvencesi kapsamı dışında olanlar için çifte düzenlemeler mevcuttur. Bunlar, iş güvencesi kapsamındaki için İş K. m.5 ve 18; kapsamı dışındakiler için İş K. m.5 ve 17'dir. Bütün bu maddelerde

Öte yandan sendikaya üye olup olmama özgürlüğünü güvenceye bağlayan Sen. K.'nun 4773 sayılı Kanun ve 4857 sayılı Kanun'la değiştirilmiş olan 31. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, “*Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ... , İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21. madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz (f.6)*”. Dolayısıyla sendikal nedenlerle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçilere de seçimlik bir hak tanınmamış, yalnızca işe iade talebiyle dava açma olanağı tanınmıştır.

İş K. m.20/2 uyarınca, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Bir baş-

İş ilişkisinin sona ermesi bakımından İş K.'nda aynı sebeplere dayalı fesih konusunda üç ayrı düzenleme mevcuttur.

tazminat miktarları ve ispat yükü farklı düzenlenmiştir. Öte yandan iş ilişkisinin sona ermesinde kötüniyet/ayrımcılık hallerinden biri olan sendikal faaliyet nedeniyle fesih konusunda ise İş K. m.5, 18 ve Sen. K. m.31 sayılabilir. Bu düzenlemelerde ise, tazminat miktarı aynı şekilde öngörülmüş, ancak ispat yükü açısından farklılıklar mevcuttur.

Öte yandan İş K.'nun 21. maddesindeki düzenleme ve öngörülen yaptırım, kötüniyete/ayrımcılığa dayalı geçersiz fesihleri de kapsamaktadır. Bir başka deyişle, kötüniyet/ayrımcılık oluşturan sebeplerle fesihlerde de, işçi yalnızca işe iadeyi talep hakkına sahiptir; kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. İşverenin ise işçiye işe başlatmak veya tazminat ödemek konusunda seçimlik bir hakkı vardır ve işçiye başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Görüldüğü gibi İş K.'nun 21. maddesinde bütün geçersizlik halleri için aynı yaptırım öngörülmektedir. Kanımca, hem iş güvencesi hem tazminatlar açısından, fesih hakkının kötüye kullanılması/ayrımcılık niteliğinde olan geçersiz fesihlerde, daha ağır yaptırımlar öngörülmeli⁹ ve yukarıda da belirtildiği gibi işçiye seçimlik bir hak tanınmalıydı.

ka deyişle, işveren ileri sürdüğü fesih sebebinin geçerliliğini ispatlayamazsa, feshin kötüniyet oluşturan sebeplere/ayrımcılığa veya sendikal nedenle/ayrımcılığa dayandığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Bu da eleştiriye açık bir düzenlemedir¹⁰. Çünkü kötüniyetin varlığının ispatı işçi açısından çok zordur. Ayrıca bu düzenleme, sendikal nedenlerle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçilerle aşağıda ele alınan iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler arasında ayrımcılığa yol açmaktadır.

Burada tartışılması gereken husus, iş güvencesi kapsamında olup İş K.'nun sözü (lafzi) itibariyle doğrudan kötüniyet veya sendikal tazminat talep hakkı tanımadığı işçilerin, İş K. m.5 çerçevesinde iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık nedeniyle doğrudan ayrımcılık tazminatı talep edip edemeyecekleridir. Kanımca, söz konusu işçiler İş K.'nun 5. maddesinde öngörülen ayrımcılık tazminatını talep edebilirler¹¹. Buna bir engel yoktur.

Ayrımcılık tazminatının talep edildiği hallerde, daha hafif bir ispat yüküne yer veren İş K. m.5/7 uygulama alanı bulacaktır. Bu maddeye göre, işçi, bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü ola-

caktır. Bu düzenleme ile İş K. m.20/2'deki düzenleme arasındaki farklılık, iş güvencesi kapsamı içinde olup kötünietle feshe/ayrımcılığa maruz kaldığı için işe iade davası açanlarla, işe geri dönmek istemediği için bu dava yerine ayrımcılık tazminatı için dava açan işçiler arasında eşitsizlik oluşturmaktadır. Burada daha fazla korunduğu iddia edilen grup, daha az korunan gruba kıyasla mağdur durumdadır.

2. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçiler

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmeleri, İş K. m.17, Den. İş K. m.16, Bas. İş K. m. 5, 6 ve BK. m.340, 341 uyarınca işverence, hiçbir gerekçe gösterilmeksizin öngörülmesi olan bildirim (ihbar) sürelerine uyularak feshedilebilir ancak bu fesih hakkı, iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılamaz.

Fesih hakkının kötüye kullanılması, genel bir hüküm olan MK.'nın 2. maddesinin 2. fıkrasıyla yasaklandığı gibi, İş K. m.17/6 ve Den. İş K. m.16 ile de ayrıca yaptırıma bağlanmıştır. MK. m.2 uyarınca, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır (f.1). Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (f.2)". Öte yandan İş K. m.17/4 uyarınca, "18. maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir". Den. İş K. m.16 uyarınca da, işveren, iş sözleşmesi, fesih hakkı kötüye kullanılarak sona erdirilen gemiadamına,¹² bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödemek zorundadır.

4857 sayılı İş K., 1475 sayılı İş K.'ndan farklı olarak kötüniet oluşturan davranışlara ilişkin örneklere yer vermemiştir. Ancak İş K.'nin 18. maddesinin 3. fıkrasında örnek olarak sayılan ve iş gü-

Ayrımcılık tazminatının talep edildiği hallerde, daha hafif bir ispat yüküne yer veren İş K. m.5/7 uygulama alanı bulacaktır.

Fesih hakkının kötüye kullanılması, genel bir hüküm olan MK.'nın 2. maddesinin 2. fıkrasıyla yasaklandığı gibi, İş K. m.17/6 ve Den. İş K. m.16 ile de ayrıca yaptırıma bağlanmıştır.

vencesi kapsamı içindeki işçiler için geçersiz feshe yol açan sebepler ve benzerleri, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için kötünietle fesih/ayrımcılık sebebi oluştururlar ve iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler, bağlı oldukları mevzuattaki kötünietle feshe (İş K. m.17/4; Den. İş K. m.16) veya MK.'nın (m.2) kötünietle ilişkin hükümlerine dayanarak dava açabilirler¹³.

Ancak yukarıda da belirttiğim gibi, iş ilişkisinin sona ermesi bakımından, İşK kapsamında olup iş güvencesi kapsamında olmayanlar açısından birincisi İş K.'nin 17. maddesinde öngörülen kötüniet tazminatı, ikincisi İş K.'nin 5. maddesinde öngörülen ayrımcılık tazminatı olmak üzere çifte düzenleme söz konusudur. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamında olmayan İş K.'na tabi işçiler, seçimlik bir hakka sahiptirler: Dilerlerse, 17. madde yerine 5. maddeye dayanarak dava açabilirler. Nitekim kıdemi 2-4 hafta arasında olan işçiler, İş K. m.5 uyarınca daha yüksek tazminat alabilecekleri için, İş K. m.5 uyarınca davalarını daha lehte olacak, ayrıca İş K. m.5 uyarınca hafifletilmiş ispat yükünden de yararlanacaklardır. Ancak kıdemi 6-8 hafta arasında olan işçiler İş K. m.17 uyarınca daha yüksek tazminat alacaklar ancak kötünietin ispatı açısından sorun yaşayacaklardır¹⁴. Çünkü MK.'daki genel ispat kuralı (m.6) gereğince, feshin kötünietli olduğunu ispat yükü işçiye aittir ve yukarıda da belirtildiği gibi, işverenin iyiniyetli olup olmadığının ispatlanması yükü, işçi için büyük bir güçlük arz etmektedir.

Öte yandan Sen. K.'nin 31. maddesine 4773 sayılı Kanun'la eklenmiş olan 7. fıkra uyarınca, "854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Mümasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 20

Kötüniyetli olarak nitelendirilen davranışlar aynı zamanda ayrımcılık da oluşturan davranışlar olduğu için, aynı nitelikteki bir davranış için iki ayrı tazminat talep edilemez.

ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, işçiye ödenecek tazminat miktarı işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz". İş K. m.5 uyarınca da Sen. K.'nın 21. maddesi hükümleri saklıdır. Dolayısıyla İş K.'nin iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçiler, iş sözleşmeleri sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı feshedilmişse sendikal tazminat talep edeceklerdir.

Bu madde uyarınca, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükü işverene aittir. İspat yükümlülüğünün işverene yüklenmesi isabetli olmuştur.

Burada tartışılması gereken husus ise, İş K. kapsamı içinde fakat iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal veya kötüniyetle/ayrımcılık nedeniyle feshi halinde, kötüniyet veya sendikal tazminat yanında ayrımcılık tazminatı veya ayrımcılık tazminatı yanında kötüniyet tazminatının talep edip edilemeyeceğidir. Kanımca, her iki tazminatın birlikte talebi olanaklı değildir¹⁵. Çünkü birincisi, her iki tazminatın ayrı ayrı talebi için buna açıkça olanak veren bir yasal düzenlemeye gereksinim vardır. İkincisi, yukarıda da belirttiğim gibi, kötüniyetli olarak nitelendirilen davranışlar aynı zamanda ayrımcılık da oluşturan davranışlar olduğu için, aynı nitelikteki bir davranış için iki ayrı tazminat talep edilemez.

IV. Yargıtay'ın Konuyla İlgili Kararları

1. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Kötüniyet Tazminatı Talebi

Yargıtay 9.HD., 21.2.2005 T., 2004/14422 E., 2005/5811 K. sayılı kararında, "...işçi iş güvencesi

kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından, kötüniyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır. Somut olayda işveren olan Kızılay Derneği'nin iş güvencesi kapsamında kaldığı ve davacının da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21nci maddelerinin uygulanma alanı içinde kaldığı tartışmasızdır. İş güvencesi uygulama alanı içinde kalan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi kötüniyet tazminatı isteyemez. Bu isteğin reddi yerine kabulü hatalıdır." sonucuna varmıştır.

Bu kararda, iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçinin, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde talepte bulunmak yerine, İş K. m.17 çerçevesinde kötüniyet tazminatı talep ettiği ve yerel mahkemenin bu talebi kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay, iş güvencesi kapsamında kalan işçinin, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlanacağı, dolayısıyla kötüniyet tazminatı talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

2. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Sendikal Tazminat Talebi

Yargıtay 9.HD., 27.12.2004 T., 2004/20181 E., 2004/29411 K. sayılı kararında, işçinin Sen. K. m.31/6 ve iş güvencesi hükümleri (İş K. m.18, 19, 20 ve 21) kapsamında feshin geçersizliği ve işe iade isteğinde bulunabileceği; İş K.'nin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak olan davacının bağımsız olarak sendikal tazminat talebinde bulunamayacağı; zira iş güvencesi kapsamında kalan işçinin feshin geçerli nedenle yapılmadığını ileri sürmemesi halinde feshin anılan düzenlemeler gereğince geçerli bir hal alacağı, başka bir anlatımla feshin sendikal nedenle yapıldığını ve feshin ge-

Yargıtay, iş güvencesi kapsamında kalan işçinin, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlanacağı, dolayısıyla kötüniyet tazminatı talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

çersizliğine karar verilmesini istemeyen iş güvenesi kapsamındaki işçinin sendikal tazminat isteğinde bulunamayacağı sonucuna varmış ve talebi reddetmemiş olan yerel mahkeme kararını hatalı bulmuştur¹⁶.

Bu kararda sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçi de işe iade davası açmak yerine, sendikal tazminat talebiyle dava açmıştır. Yerel mahkeme bu talebi kabul etmiştir. Yargıtay, İş K.'nın iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak olan davacının bağımsız olarak sendikal tazminat talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yargıtay 9.HD., 7.10.2004 T., 2004/21425 E., 2004/22545 K. sayılı kararında ise, görüşünü şu şekilde açıklamaktadır: "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 fesih 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 istekten fazlasına hüküm kurulamaz. Öte yandan Sendikalar Kanunu'nun değişik 31/6. maddesine göre sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanunu'nun 18-21 madde hükümleri uygulanacağından ayrıca sendikal tazminat talep edilemez. Birleştirilen sendikal tazminat davası bu davadaki işe başlatmama talebini artıramayacağından bu dava nedeniyle ayrıca vekalet ücretine hükmedilemez. Bu nedenle yerel mahkeme kararı bozularak ortadan kaldırılmış ve davanın kabulü ile işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine; davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen işverenin süresi içerisinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin sekiz aylık ücreti olarak belirlenmesine; 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 karar vermiştir".

Bu kararda ise, yerel mahkeme, sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçersiz-

Yargıtay, kararında, sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçiye, iş güvencesi hükümleri uygulanacağından, ayrıca sendikal tazminat talep edilemeyeceğini vurgulamaktadır.

liğine ve işe iadesine karar vermiş ancak karar davalı tarafça temyiz edilmiştir. Yargıtay, davalı tarafın temyiz itirazlarını reddetmiştir.

Öte yandan karardan, davacının dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatını sekiz aylık ücretle sınırlandırdığı, ancak yerel mahkemenin sendikal nedenle yapılmış bir fesih sözkonusu olduğu için, işe başlatmama tazminatını bir yıllık ücret tutarında belirlediği anlaşılmaktadır. Yargıtay, yerel mahkeme kararını, HUMK m.74'e aykırı şekilde istekten fazlasına hüküm kurulamayacağı, fesih sendikal sebeple yapılmış olsa da işe başlatmama tazminatının, bir yıllık ücret tutarında belirlenemeyeceği gerekçesiyle bu noktadan bozmuştur.

Buna ek olarak Yargıtay, kararında, sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçiye, iş güvencesi hükümleri uygulanacağından, ayrıca sendikal tazminat talep edilemeyeceğini de vurgulamaktadır.

Görüldüğü gibi Yargıtay, yukarıda metinlerine yer verilen kararlarında, istikrarlı bir biçimde, iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshinde, İş K.'nın 18-21 madde hükümleri uygulanacağından, kötüniyet veya sendikal tazminat talep edilemeyeceğini isabetli olarak tekrarlamaktadır.

V. Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıda belirtildiği gibi, İş K.'nın sözü, iş güvencesi kapsamında olan fakat eski işyerine dönmek istemeyen işçiye doğrudan iş güvencesi tazminatı, kötüniyet veya sendikal tazminat talep hakkı tanımamaktadır. Bu durum eleştiriye açıktır. Çünkü:

Özellikle kötüniyetle veya sendikal nedenle/ay-

rımcılığa uğrayarak iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin işverenle nafoş bazı olaylar yaşamış olması olasılığı yüksektir ve işçi, haklarına saygı göstermeyen, haklarını hiçe sayan işverenle çalışmayı sürdürmek istemeyebilir.

İş güvencesi kapsamı dışında olanlar hiç olmazsa kötüniyet/ayrımcılık veya sendikal tazminat alma olanağına sahipken; daha güçlü biçimde korunmaya çalışılan iş güvencesi kapsamındaki işçilerden eski işyerine dönmek istemeyenlerin hem işlerinden hem işgüvencesi, kötüniyet veya sendikal tazminat haklarından yoksun kalmaları adil değildir ve AY'nin eşitlik ilkesine (m.10) aykırıdır.

İş güvencesi kapsamındaki işçiye, kötüniyet veya sendikal tazminat talep hakkının tanınmaması, kötüniyetli işverenin yarattığı hukuka aykırılıktan yarar sağlamasına; kötüniyete gözyumulmasına; kötüniyetli uygulamalara zemin hazırlayabileceği için son derece sakıncalıdır¹⁷.

Dolayısıyla,

- iş güvencesi kapsamındaki işçiye işe iade ile tazminat arasında bir tercih yapma olanağı sağlayacak¹⁸,
- kötüniyete/ayrımcılığa dayalı geçersiz fesih hallerinde daha ağır yaptırımlar öngörecektir,
- ispat yükü açısından işçiler arasında mevcut olan eşitsizlikleri kaldıracaktır,
- aynı nedenlere (kötüniyet/sendikal nedenler/ayrımcılığa) dayalı fesihlerde eşgüdüm sağlayacak yasal değişikliklere gereksinim vardır.

DİPNOTLAR

- 1 Kadriye Bakırcı (2004a), "Unfair Dismissal in Turkish Employment Law", Employee Responsibilities and Rights Journal, Volume 16 (Issue: 2), June.
- 2 Bkz. Fazıl Sağlam (1987), "Anayasa Hukuku Açısından İşçi Haklarının Güncel Sorunları", Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları (Eyrenci/Sağlam/Taşkent/Ulucan), İstanbul, s.52.
- 3 İşyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesiyle ilgili Sen. K. m.30'da yapılan değişiklikler aynı bir makalede inceleneceğinden, bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır.
- 4 Türkçe dilbilgisi kuralları açısından "işyeri" değil "işveren" işçi çalıştırabileceğinden, "işçi çalıştıran işyerleri" ibaresi yerine "işçi çalıştırılan işyerleri" denmesi daha doğru olurdu.
- 5 Bkz. Ali Güzel (2004), "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, s.106; Polat Soyer (2005), "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı,

- Legal Yayınları, s.64-66; Ünal Narmanlıoğlu (2005), Karar İncelemesi: İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:5, s.240-251; Şahin Çil (2005), "Sendikal Tazminat", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:6, Nisan-Mayıs-Haziran, s.678.
- 6 Soyer (2005), s.64-66.
- 7 Bkz. Güzel (2004), s.64-66; Soyer (2005), s.64-66; Çil (2005), s.678.
- 8 Bkz. Kadriye Bakırcı (2000), İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yayınları, İstanbul, s.34.
- 9 Bu konu ayrı bir makalede incelenecektir.
- 10 Bkz. Nuri Çelik (2005), İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul.
- 11 Kadriye Bakırcı (2004b), Protection of Women Employees Before and After Childbirth (Yayımlanacak).
- 12 Den. İş K.'nda yapılacak değişikliklerde, Kanun'daki cinsiyetçi bu ifade de değiştirilmelidir.
- 13 Fesih hakkının kötüye kullanılması, 1926 tarihli Borçlar Kanunu'nu değiştirmek üzere hazırlanan 2004 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nda (BKT), İş K.'na paralel bir biçimde yaptırıma bağlanmıştır. BKT'nın 438. maddesi uyarınca, "iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren işçiye fesih süresinin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür."
- 14 Bakırcı (2004b).
- 15 Bakırcı (2004b).
- 16 Bu karara ilişkin bir inceleme için bkz. Çil (2005), s.666-667; Bu konudaki bir iş mahkemesi kararına ilişkin inceleme için bkz. Narmanlıoğlu (2005), s.240-251.
- 17 İsmail Tepecik (2004), "İş Güvencesine İlişkin Uygulama Sorunları ve Yargı Kararları", İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, s.164; Çil (2005), s.677.
- 18 Güzel (2004), s.106; Soyer (2005), s.64-66; Çil (2005), s.678.