

Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşe İadede 30 İşçi Ölçütününün Yorumu

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/32297

Karar No : 2007/3272

Tarihi : 12.02.2007

KARAR ÖZETİ

158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı işkolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir.

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı işi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, işyerinde toplam 10 işçinin çalışması nedeni ile davacının işe iade talebinde bulunamayacağını, iş sözleşmesinin şirketin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar nedeni ile feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı şirketin Türkiye'de tek şubesinin bulunduğu, davacının bu şubede çalıştığı, fesih tarihi itibari ile işyerinde çalışan sayısının 30'dan az olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının merkezi İsviçre’de bulunan davalı şirketin İstanbul’da bulunan şubesinde çalıştığı, iş sözleşmesinin adı geçen firma temsilcisi tarafından imzalandığı, işe giriş bildirgesinin Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirildiği ve iş sözleşmesinin feshinin de yine anılan firma temsilcisi tarafından gerçekleştirildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Kısaca “İş Güvencesi Kanunu” olarak adlandırılan 4773 sayılı Kanunda on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması öngörülmüş, daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu’nda bu sayı 30’a çıkarılmış; 18. maddede bir işverenin ayın iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünülmelidir. İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı işkolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından ge-

rekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Davalı işveren, fesih bildiriminde Avrupa Bölgesindeki gelirlerinin ve karlılıklarının önemli ölçüde azalması sebebi ile yönetim yapısının yeniden organize edilmekte olduğu gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshedildiğini belirtmiş ise de, bu hususta yeterli kanıt sunmamıştır. Bu nedenle, feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.

Belirtilen nedenlerle, yerel mahkeme kararının 4857 sayılı İş Kanununun 20/3. maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle,

- 1) İstanbul 5. İş Mahkemesi’nin 12.10.2006 gün ve 14-817 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,
- 2) Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının Türkiye’deki işine iadesine,
- 3) Davacının süresi içerisinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının 4 aylık ücret tutarı olarak belirlenmesine,
- 4) Davacının süresi içinde 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 kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 450.-YTL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,
- 7) Davacı tarafından yapılan (33.50) YTL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,
- 8) Temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, kesin olarak 12.2.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ

I. Karara konu olan iş akdinin feshi olayı, merkezi İsviçre olan bir firmanın Türkiye’deki şubesinde meydana gelmiştir. Şubeden işçi çıkarılmasına neden olarak, yabancı şirketin Avrupa’daki gelirlerinin ve

Bir yasanın yurtdışında uygulanamayacağına dair hüküm içermesi hiç de olağan bir yasa yapma tekniği değildir.

kârlılık durumunun önemli ölçüde azalması ve yönetimin yeniden yapılanma ihtiyacı gösterilmiştir. İşe iade davasına bakan iş mahkemesi şubede 10 işçi çalıştırıldığını ve bu sayının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için aranan sayının (30 işçi) altında olduğunu gerekçe göstererek iş akdi feshedilen davacının talebini reddetmiştir.

Yargıtay 9. HD, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için söz konusu Kanun'un 18. maddesinde belirtilen 30 işçi ölçütü kapsamına şirketin yurtdışında bulunan aynı işkolundaki diğer işyerlerinde çalışan işçilerinin de gireceğini öne sürerek, davacının iş güvencesinden yararlanması gerektiğini ve esasen davalı şirketin feshe neden gösterdiği kârlılığın azalmasını ve yeniden yapılanma gereğini kanıtlayacak yeterli belge sunamadığını gerekçe göstererek davacının işe iadesine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin çok tartışma götürür nitelikteki bu kararına gerekçe yaptığı şu tespiti ise daha çok tartışılır niteliktedir. “..Kanunkoyucu tarafından yurtdışında aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı işkolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır”. Oysa yasalarda olağan duruma dokunulmak istenmediği durumlarda bir açıklama yapılmaması esas olup olağan durumun tersinin amaçlandığı durumlarda ise bu konuda açık bir hükme yer verilmesi gerekir. Hele bir yasanın yurtdışında uygulanamayacağına dair bir hüküm içermesi hiç de olağan bir yasa yapma tekniği değildir. Çünkü yasalar kural olarak onları çıkaran devletin ülkesinde uygulanır. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu argümanını paylaşma olanağı bulunmamaktadır.

Yüksek Mahkeme, yukarıya aldığımız bu çok yeni 12.2.2007 tarihli kararından önce verdiği 3.7.2006 tarih ve E.9818, K.19560 sayılı kararında da hemen hemen aynı sonuca varmıştır. Yalnız o kararda işçi çıkartılan yer, merkezi Almanya'da bulunan bir radyo televizyon şirketinin (Bayerischer Rundfunk München) Türkiye'deki irtibat bürosudur. O kararda

da 30 işçi ölçütünün tespitinde firmanın Almanya'da bulunan aynı işkolundaki diğer işyerlerinde çalışan işçi sayısı göz önünde tutularak ve fesih nedeni olarak gösterilen işlerdeki azalma, teknolojik gelişme ve işyerinde yeniden yapılanma savunması yeterli görülmeyerek işe iade kararı verilmiştir. Oysa Yargıtay'ca kararı bozulan iş mahkemesi, yasaların mülkiyeti ilkesini gerekçe göstererek işe iade davasını reddetmişti. Bilindiği gibi ne şubenin, ne de irtibat bürosunun tüzel kişiliği bulunmadığı için davanın tüzel kişiliğe, yani şirkete karşı açılması gerekir. Karardan tam olarak anlaşılammakla birlikte davada böyle yapılmış olduğunu tahmin ediyoruz.

Yargıtay'ın bu önceki kararı birkaç ay önce inceleme konusu yapılmış ve devletler hususi hukuku alanında son yıllarda ortaya atılan yabancı unsur taşıyan sözleşme ilişkilerine “doğrudan uygulanan kurallar” teorisi dayanak yapılarak sonuçta karar isabetli bulunmuştur¹. Biz ne Yargıtay kararındaki görüş ve sonuca, ne de sözünü ettiğimiz karar incelemesindeki görüşlere katılabiliyoruz.

II. 1475 sayılı İş Kanunu ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda değişiklik yapan 4773 sayılı Kanun 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe girdiğinde, Türk İş Hukukunda ilk kez işçiye işverenin keyfi fesihlerine karşı koruma (iş güvencesi) getirilmiştir. İş güvencesi getirmekle birlikte bunun kapsamını sınırlayan 4773 sayılı Yasa, iş güvencesinden yararlanacak olan işçilerin en az 6 aylık kıdeme sahip olmalarının yanı sıra çalıştıkları işyerinde işçi sayısının en az 10 olması şartını da getirmiştir. Böylece bazı sosyal ve ekonomik düşüncelerle küçük işletmeler ve işyerleri iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında tutulmak istenmiştir. Bu durum yeni iş güvencesi sistemine dayanak teşkil eden ve T.C. tarafından 1994 yılında onaylanan 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin, bazı çalışan kesimlerin Sözleşmenin kısmen ya da tamamen kapsamı dışında bırakılabileceğine dair hükmüne uygun düşmekteydi. Daha sonra 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun yerini alan 4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesinin kapsamını daraltarak 4773 sayılı Yasa'nın getirdiği 10 işçi ölçütünü 30'a çıkarmıştır. Bu değişikliğin gerçekçi olup olmadığı, iş güvencesi sisteminin etkinliğini azaltıp azaltmadığı, anayasal eşitlik ilkesine ters düşüp düşmediği tartışmalarını² bir yana bırakarak bu incelemede 30 işçi ölçütünün nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğine odaklanmak istiyoruz.

Nitekim, 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesine göre "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır... İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir." Otuz işçi ölçütüne işverene sadece iş akdiyle bağlı olan çalışanlar girer. İş sözleşmesinin türü önemli değildir. Sözleşme belirli süreli olabileceği gibi belirsiz süreli de olabilir. Tam zamanlı sözleşme olabileceği gibi kısmi zamanlı sözleşme de olabilir. 5188 sayılı Kanuna tâbi özel güvenlik görevlileri, hatta iş güvencesinden yararlanamayan işveren vekilleri de bu sayıya dahildir³. Bu çalışanların devamlı olarak işyerinde bulunmasına gerek olmayıp izinde olanlar, kaza, doğum ve hastalık nedeniyle raporlu olanlar da hesaba katılır⁴. Ancak geçici iş ilişkisi kapsamında çalışanlar bu sayıya dahil edilemezler. Çünkü bu çalışanlar esasen kendisini geçici olarak gönderen işverenin bordrosundan ücret almaya devam etmektedirler. Ayrıca işletmede çalışan çıraklar, stajyer öğrenciler, meslek öğrencileri, sözleşmeli personelde iş akdi ile çalışmadıklarından hesaba katılmazlar⁵.

Otuz işçi kıstasına hangi andaki sayının esas alınacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre yasa metni açık olup feshin yapıldığı esnada işyerinde çalışan işçi sayısının esas alınması gerekir⁶. Bir başka görüşe göre ise bu sonuç iş güvencesinden yararlanmayı değişken işçi sayısına ve tesadüflere bağlı kıldığı için adil sayılmaz, iş güvencesinden beklenen amaca uygun düşmez. Bu nedenle Alman Hukukunda da kabul edilen görüşe uygun olarak işyerinin normal işleyebilmesi için gerekli olan işçi sayısına göre hareket etmek daha doğru olur⁷. Bu görüş doktrinde taraftar bulmuştur⁸. Bize göre bu görüş de varsayım dayalı olması bir yana, varsayım dayalı bu tespitin yapılması hayli güç olduktan başka işverenin işletmesel kararına bir anlamda müdahale edici niteliktedir. Ayrıca varsayım dayalı sayılar işletmeler arasında eşitsizlik de yaratacaktır. Yasa koyucu otuz işçi ölçütünde bu kadar ince hesaplar yapılmasını istemiş olsaydı bunu metinde açıkça belirtebilirdi. Ni-

tekim Yargıtay da fesih tarihindeki işçi sayısının işe iade davası açan işçilerle birlikte belirlenmesine karar vermiştir⁹.

İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde bu işyerlerindeki toplam işçi sayısına göre 30 işçi ölçütünün aranması bir bakıma işyerlerinin parçalara ayrılarak Kanunun dolanılmasına izin verilmemesi içindir¹⁰.

Ekleyelim ki, tarım ve orman işletmesi söz konusu olduğunda burada çalışanların iş güvencesinden yararlanabilmeleri işletmede en az 50 işçi çalıştırılmasına bağlıdır (İş. K.md. 4/b). Nihayet 30 işçi ölçütü konuluş amacı yönünden ele alındığında kanımızca da nispi emredici nitelikte bir hüküm olup sözleşmelerle işçiler lehine indirilebilir hatta kaldırılabilir¹¹.

III. Bize göre olaydaki işe iade davası Yargıtay'ın bir önceki (3.7.2006) tarihli kararı ile bozulan iş mahkemesi kararındaki gerekçe ile, yani yasaların yer yönünden uygulanmasında geçerli olan "mülkiyet esası" gereğince yurtdışında çalışan işçilerin söz konusu sayıya dahil edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmeliydi. Çünkü olaydaki işyeri Türkiye'de kurulu iken işten çıkarılan işçiyi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırabilmek amacıyla 30 işçi ölçütü Yüksek Mahkeme'ce işyerinin sahibi yabancı şirketin yurtdışındaki diğer işyerlerine kadar genişletilmiştir. Bir diğer ifade ile Yasa'nın uygulama alanı Avrupa'ya ya da yurtdışındaki başka işyerlerine kadar uzanan daha geniş bir alana yayılmıştır. Bunun doğru bir yaklaşım olduğunu sanmıyoruz. Gerçekten bu yaklaşım yasaların uygulanması açısından esas olan ilkeye, yani mülkiyet (ülkesellik) esasına aykırıdır.

Uluslararası hukukta hukuk kurallarının uygulanması açısından iki temel ilke vardır: Ülkesellik ve kişisel ilkesi. Hukuki ihtilafa yol açan olay ya da ilişki nerede ortaya çıkmışsa o ülke hukuk kurallarının uygulanmasını kabul eden ilkeye ülkesellik (mülkiyet) ilkesi denir. Bu sistemde ülke sınırları içerisinde yaşayan, çalışan herkes yabancı, vatandaş ayırımı yapılmaksızın o devletin hukukuna tâbi olur. Bu ilke, her devletin sahip olduğu egemenliğe dayanarak ülkesinde kendi hukukunu uygulamak istemesinin doğal bir sonucudur. Nitekim, Yargıtay HGK, bir Suudi Arabistan şirketine ait işyerinde çalışmakta olan Türk işçisinin orada uğradığı kazanın iş kazası olup olmadığının 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre tespitine ilişkin isteği, olaya mülkiyet esası gereğince 506 sayılı Kanun'un uygulanamayacağı

gerekçesiyle geri çevirmiştir¹². Bununla birlikte bu ilke her olayda mutlak olarak uygulanması gereken bir ilke de değildir. Özellikle vatandaşlarının kendi ülkelerindeki özel hukuktan ve sosyal güvenlikle doğan bazı haklarını (ehliyet, evlilik, miras, sosyal sigorta gibi) korumak amacıyla, bu ilke, bazı durumlarda yerini diğer bir ilkeye, kişisel ilkesine terk eder. Bu ilkeye göre kişi nereye giderse gitsin, isterse ülkesi dışında bulunsun vatandaşı olduğu ülke hukuku onu izler¹³.

Öte yandan uluslararası özel hukukta, bir kanunlar ihtilafı konusu vardır. İçinde yabancılik unsurunu taşıyan olay sözleşme ve uyuşmazlıklara uygulanacak kural ve ilkeleri belirler. Tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku aralarında anlaşarak belirlemedikleri durumlarda her hukuk düzeni bazı bağlama kuralları belirlemiştir. Bunlar hukuki ilişkinin niteliğine ve özelliğine göre kimi durumlarda sözleşmenin yapıldığı yer kanunu, kimi durumlarda sözleşmenin ifa yeri kanunu veya ikametgâh kanunu ya da hakimin kanunu olabilir¹⁴. İçinde yabancı unsur taşıyan bir iş ilişkisinin ya da sözleşmesinin uygulanmasından dolayı ortaya çıkan uyuşmazlığa genelde işin yapıldığı yer kanunu (lex loci contractus) uygulanır. Bununla birlikte olayın özelliğine göre işletme merkezinin bulunduğu yer kanunu, sözleşmenin yapıldığı yer kanunu, tarafların vatandaşlıkla bağlı oldukları ortak devletin kanunu da (ortak hukuk) olabilir. Buradaki temel saik, Türk iş hukukunun işçiyi daha çok koruyabilecek nitelikte olduğu varsayımdır. Bu bağlamda Yargıtay Türk işverenin Libya'daki işyerinde çalışmış Türk işçisinin kıdem tazminatı talebine ilişkin uyuşmazlıkta Türk İş Hukukunun uygulanmasına karar vermiştir¹⁵. Bazı durumlarda da işçinin geçici olarak yurtdışına gönderilmesi halinde çoğunlukla gönderen işletmenin merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanır ki buna "yayma teorisi" adı verilir¹⁶.

Ülkemizde 22.5.1982'den beri, uygulanmakta olan 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 24. maddesi, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine öncelikle tarafların açık olarak seçtikleri hukukun, böyle bir karşılaştırma bulunmayan durumlarda borcun ifa yeri hukukunun uygulanacağını öngörmüştür. Eğer borcun ifa yeri birden fazla ise borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edileme-

İçinde yabancı unsur taşıyan bir iş ilişkisinin ya da sözleşmesinin uygulanmasından dolayı ortaya çıkan uyuşmazlığa genelde işin yapıldığı yer kanunu (lex loci contractus) uygulanır.

diği hallerde sözleşmenin en yakın bağlılığının bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Bu kuralı iş ilişkisine uyguladığımızda, içinde yabancı unsur taşıyan iş sözleşmeleri öncelikle işin görüldüğü yer hukukuna tâbi olacaktır. Ancak iş ilişkisinin içindeki yabancılik unsurunun ağırlığına, hukuki ilişkinin özelliğine göre başka hukuklarda (işletme merkezi, sözleşmenin yapıldığı yer ya da hakimin hukuku) uygulama alanına sahip olabilecektir¹⁷.

IV. Karara konu olayda ise, iş sözleşmesi Türkiye'de yapılmıştır. Çalışan Türk vatandaşıdır. İş Türkiye'de görülmektedir. Sadece işveren yabancıdır. İşçi Türk yasalarına göre işten çıkarılmıştır. Böyle bir ilişkiye Türk iş hukuku kurallarının uygulanması kadar doğal bir şey olamaz. Ülkesellik ilkesi bunu gerektirir.

Yüksek Mahkeme, iş güvencesini işletmenin büyüklüğü açısından sınırlayan ve 30 işçi ölçütü getiren Yasa'nın 18. maddesindeki "işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir" hükmünü aynı işverenin yurtdışındaki işyerlerine kadar genişleten bir yorum yapmıştır. Oysa İş Kanunu'nun hiçbir yerinde, hatta madde gerekçesinde dahi bu yoruma olanak tanıyan en ufak bir açıklık yoktur. Yüksek Mahkeme bu yorumuyla sadece 4857 sayılı Yasa'nın uygulama alanını değil, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesine göre çıkarılan İşkolları Tüzüğü'nün uygulama alanını da yurtdışına kadar genişletmiş olmaktadır. Kaldı ki, her ülkede işkolları farklı kapsamda ve sayıda düzenlenmiştir. Örneğin bizde 28 iken Almanya'da işkolu sayısı 16, İngiltere'de 12'dir. Bazı ülkelerde hem işkolu, hem de işyeri esasına göre sendikacılık yapılmaktadır. Yabancı ülkedeki şubenin (ya da irtibat bürosunun) bağlı olduğu merkezdeki işkollarının bizim işkollarıyla her zaman özdeş olduğu herhal-

de iddia edilemez. Bu gerçek karşısında 30 işçi ölçütü belirlenirken yurtdışındaki işyerleri de hesaba katıldığında her zaman sağlıklı sonuç alınması mümkün olmayacaktır.

Ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 4773 sayılı Kanun'la getirilen 10 işçi ölçütünü 30'a çıkartarak iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını daraltmış olması da Yüksek Mahkeme'ye bir tür düzeltme yapar gibi iş güvencesini uygulama uğruna işverenin yabancı ülkelerdeki işyerlerini aynı işkolundaki işyerlerine dahil etme yetkisi vermez. Ne yazık ki, karar metninde çok açık olmasa da böyle bir amaç izlendiği izlenimi mevcuttur. Bize göre 30 işçiyi tutturmak için aynı işverenin yurtdışındaki işyerlerini de hesaba katmak yasa koyucunun açık iradesini aşmak olur.

Bu mantık 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tâbi gazetecilerin de (eğer gazete işletmesinin yurtdışında başka işyerleri varsa bunların da) 30 işçi ölçütüne girmeleri sonucunu doğuracaktır. Hatta bu mantık işi daha da abartılı boyutlara götürerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulanmasını belli sayıda işçi çalıştırmaya bağlayan hükümlerinin yurtdışında da uygulanması sonucunu ortaya çıkaracaktı. Öyle ki yabancı ülkelerde şubeleri ya da işyerleri bulunan tarım ve orman işletmelerinde İş Kanunu'nun uygulanabilmesi için aranan 50 işçi sayısına (md.4/b) böylelikle ulaşmak mümkün olabilecektir. Ya da İş K. md. 80 gereği iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmak için, İş K. md. 81 gereği işyeri hekimi, İş K. md. 82 gereği iş güvenliği mühendisi ve teknik eleman çalıştırmak için aranan 50 işçi sayısı gene bu yolla sağlanabilecektir. Her ne kadar İş K.md. 30 işyerlerinde özürlü ve eski hükümlü çalıştırmak için en az 50 kişinin çalıştırılmasını öngörüyorsa da Yasa işverenin birden fazla işyerine sahip olması halinde toplam sayıya göre davranılmasını işyerlerinin aynı işkolunda değil, aynı il sınırları içinde bulunması şartına bağlamıştır. Ülkede yabancı şirketlerin şube veya irtibat bürosu açmaları onların tamamen işletmesel kararının sonucu olup bunların sayısının çoğalması Yüksek Mahkeme'ye işçiyi feshe karşı koruma uğruna fesih için yurtdışındaki işyerlerini de hesaba katma hakkı vermez. Bu değişiklik ancak yasa koyucunun işidir.

V. Durum böyle iken doktrindeki bir kısım yazarlar Yargıtay'ın 30 işçi ölçütünü aynı işverenin

yabancı ülkelerdeki diğer işyerlerinde çalıştırılan toplam işçi sayısına kadar yaymasını, uluslararası özel hukukta "doğrudan uygulanan kurallar" teorisine dayanarak isabetli bulmuşlardır¹⁸. Biz Yargıtay'ın incelediğimiz kararının dayanağının bu teori olamayacağını düşünüyoruz. Bu teori taraftarları devletin ekonomik, sosyal ve politik yapılanmasını sağlamaya yönelik hukuk kurallarının özellikle ekonomik yönden zayıf durumda olan kişilerin (tüketici, işçi, sigortalı, vs.) korunması amacıyla yabancı ülkedeki hukuki ilişkilere dahi uygulanabileceğini savunurlar¹⁹. Bu kuralların temel özelliği, iç hukuk düzeninin ekonomik ve sosyal tutarlılığını sağlamak için vazgeçilmez oldukları, sadece tarafların çıkarına hizmet eden bir nitelikte olmaması ve özellikle güçlü bir kamu yararına hizmet amacı taşımalarıdır²⁰. Bir başka ifade ile doğrudan uygulanan hukuk teorisi, devletin korumak istediği sosyal ve ekonomik çıkarlar ve güttüğü sosyal ve ekonomik politikanın sonucu olarak özel kişiler arasındaki yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere uygulanan hukuk kurallarının iç hukukla sınırlı kalmayıp uluslararası alana yayılmasını ifade eder²¹. Aslında bu kurallar ülkeden ülkeye, zamandan zamana değişkenlik gösterirler²². Daha çok iş hukuku alanına giren konularda işçinin korunmasını, ekonomik alanda tüketicinin ve kiracının korunmasını, sosyal alanda ailenin, çocuğun korunmasını amaçlayan kuralların doğrudan uygulanan kurallar olduğu ileri sürülür²³. Sözü edilen incelemede sonuç itibarıyla, iş güvencesini ilgilendiren hükümlerin işçiyi koruyucu özelliği nedeniyle yurtdışı ilişkilere dahi doğrudan uygulanabileceği ileri sürülmektedir²⁴.

Biz İş Kanunu'nun iş güvencesi kriterleri ile ilgili hükmünün yabancı ülkede doğrudan uygulanan hukuk teorisi kapsamında değerlendirilmesinin pek isabetli olmadığını, aksine Yargıtay kararının İş Kanunu hükümlerinin ülkesellik esasına aykırı biçimde yabancı ülkeye yayılmasına neden olduğunu düşünüyoruz. Kaldı ki, Kocasakal'ın tezinde incelediği devletler özel hukuku ilişkilerinde doğrudan uygulanan hukuk teorisinin herkes tarafından benimsendiği de söylenemez. Bu teori 1960'lı yılların sonunda ortaya atılmış, ancak çoklarınınca eleştirilen bir teoridir²⁵. Ayrıca iş güvencesi T.C.'nin değişmez bir sosyal politikası olmadığı gibi kamu düzeni ile de ilgili bir rejim değildir.

Sonuç itibariyle, Yargıtay 9.HD'nin 6 ay ara ile verdiği iki karar, işçilere iş güvencesi sağlamak uğruna yıllardır uygulana gelen temel hukuk kurallarını bir kenara iten, uluslararası hukukta kanunların uygulanmasının ülkesellik ilkesine tâbi olduğu gerçeği ile bağdaşmayan ve başka abartılı sonuçlara yol açabilecek marjinal nitelikte diyebileceğimiz iki karardır. Dileriz bu kararlar toplam iki kalır, sayısı artmaz. Kocasakal'ın da belirttiği gibi (15, 25 vd.) doğrudan uygulanan kurallar sınırsız ve evrensel bir uygulama alanına sahip değildir. Bir kuralın doğrudan uygulanabilir olması için uyumsuzluğun ve hukuki ilişkinin uluslararası niteliklere sahip olması ve uygulanacak hukukun (lex forinin) bu hususta açık ya da örtülü bir ifade içermesi gerekir. İş K. md. 18'in metninde ise böyle bir durum yoktur. Md. 18, işverenin yabancı ülkelerdeki işyerlerine kadar genişletilecek bir uygulama alanı içermemektedir.

DİPNOTLAR

- 1 M. AYGÜL/F. UŞAN, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2007/3, 78 vd.
- 2 SÜZEK, 437-438; ÇELİK, 206; GÜZEL, 28; MOLLAMAHMUTOĞLU, 565, 569.
- 3 SOYER, 40; UÇUM, Legal İHSGHD, Mart 2003, 575.
- 4 MOLLAMAHMUTOĞLU, 162.
- 5 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 172.
- 6 SÜZEK, 439; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 164; ÇELİK, 207.
- 7 EKONOMİ, 39.
- 8 MOLLAMAHMUTOĞLU, 568; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 165; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 171; SOYER, 42.
- 9 9. HD, 20.11.2006, E.22120 K.30720.
- 10 KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 160.
- 11 SOYER, 43; EKONOMİ, 28; Yarg. 9. HD, 26.5.2006, E.12317, K.19404 ve kararı isabetli bulan G. B. YILDIZ, Legal İHSGHD, 2006/11, 903 vs.
- 12 HGK 7.6.1989, E.10-316, K.411.
- 13 AYBAY/AYBAY, Hukuka Giriş, 2.bası, İstanbul Bilgi Üni. Yayınları, İstanbul 2005, 325-326; Ö. ANAYURT, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 7. bası, Ankara 2005, 219; A. ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3.bası, İstanbul 1980, 135; Z. İMRE, Medeni Hukuka Giriş, 3.bası, İstanbul 1980, 135-136.
- 14 G. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 3. bası, İstanbul 1986, 290; A. ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1984, 15 vd.; A.C. TUNCAY, Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun, ONAR ARMAĞAN'ından Ayrı Basım, İstanbul 1977, 905-906; T. CENTEL, İş Hukuku, C.1, Bireysel İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 1994, 48-50.
- 15 9. HD, 6.7.1992, E.1621, K.7890 ve T. CENTEL'in kararı isabetli bulan inceleme: İş Hukuku D., Sayı 4, Ekim-Aralık 1992, 601 vd.
- 16 TEKİNALP, 291.
- 17 CENTEL, İş Hukuku, 49.
- 18 M. AYGÜL/F. UŞAN, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2007/3, 87 vd.
- 19 H. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul Kasım 2001, 8 vd.
- 20 KOCASAKAL, 10-11.
- 21 KOCASAKAL, 12.
- 22 KOCASAKAL, 14.
- 23 KOCASAKAL, 16; AYGÜL/UŞAN, 90.
- 24 AYGÜL/UŞAN, 91 vd.
- 25 E. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 5.bası, İstanbul 1988, 8.

KAYNAKÇA

- Ö. ANAYURT, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 7.bası, Ankara 2005.
- AYBAY/R. AYBAY, Hukuka Giriş, 2.bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2005.
- ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3.bası, İstanbul 1980.
- M. AYGÜL/F. UŞAN, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2007/3.
- T. CENTEL, İş Hukuku, C.1. Bireysel İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 1994.
- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, İş İade Davaları, Ankara 2005.
- N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 19.bası, İstanbul 2006.
- ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1984
- M. EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi: 1, TÜSİAD 2005.
- EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 2004.
- M. KILIÇOĞLU/K. ŞENOCAK, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.
- H. MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2.bası, Ankara 2005.
- H. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.
- E. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 5.bası, İstanbul 1988.
- P. SOYER, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, İş Güvencesi Kurumu ve İş İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, 2005.
- S. SÜZEK, İş Hukuku, 2.bası, İstanbul 2005.
- G. TEKİNALP, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 3.bası, İstanbul 1986.
- C. TUNCAY, Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun, Onar Armağanından Ayrı Basım, İstanbul 1977.
- G. B. SERHATLI YILDIZ, İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nisbi Emrediciliği İlkesi, Legal İHSGHD, Sayı 11, 2006.