

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

2012 Yılı Toplantıları



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



“Bandrol Uygulaması'na İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bandrol taşıması zorunlu değildir.”

Genel Yayın Sıra No

2017 / 01

ISBN No: 978-605-9446-12-9

Yayıncı Sertifika No: 12457

İstanbul Barosu Yayınları

Şahkulu Mah. Serdar-ı Ekrem Cad. No:7

Galata-Beyoğlu-İstanbul

Tel: (0212) 251 63 25 / Faks: (0212) 293 89 60

Yayın Kurulu: (0216) 427 37 22

www.istanbulbarosu.org.tr

dergi@istanbulbarosu.org.tr

Tasarım / Uygulama / Baskı

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1

347047 Ataşehir-İstanbul

Tel: (0216) 470 44 70 / Faks: (0216) 472 84 05

www.egebasim.com.tr

Birinci Basım: Şubat 2017

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile bin adet basılmıştır.



İŞ ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU 2012 YILI TOPLANTILARI

08-09 Haziran 2012
Galatasaray Üniversitesi
Ortaköy Kampüsü Aydın Doğan Salonu



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İSTANBUL BAROSU & GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ

SEMPOZYUM

17. İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU'NA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ SEMPOZYUMU



1. GÜN: 8 Haziran Cuma

10.00-10.30 Açılış Konuşmaları

10.30-11.15 1. Oturum

Oturum Başkanı: **Ömer Hicri TUNA**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

**Yeni Borçlar Kanunu:
Hizmet sözleşmesinin kuruluşu
ve ifasına ilişkin hükümler
Doç. Dr. Mustafa ALP**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

11.15-11.30 ARA

11.30-12.15 Genel Görüşme

12.15-14.00 Öğle Arası

14.00-14.45 2. Oturum

Oturum Başkanı: **Mesut Balcı**

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

**Yeni Borçlar Kanunu:
Hizmet sözleşmesinin
sona ermesine ilişkin hükümler
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.45-15.00 Ara

15.00-16.00 Genel Görüşme

2. GÜN: 9 Haziran Cumartesi

10.00-10.45 1. Oturum

Oturum Başkanı: **Halil Özdemir**

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi

**Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısına göre
Sendikalar Hukuku**

Doç. Dr. E. Murat ENGİN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

10.45-11.00 Ara

11.00-12.00 Genel Görüşme

12.00-14.00 Öğle Arası

14.00-14.45 2. Oturum

Oturum Başkanı: **Seracettin GÖKTAŞ**

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi

**Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısına göre
toplu iş sözleşmesi ve toplu iş
uyuşmazlıkları**

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.45-15.00 Ara

15.00-16.00 Genel Görüşme

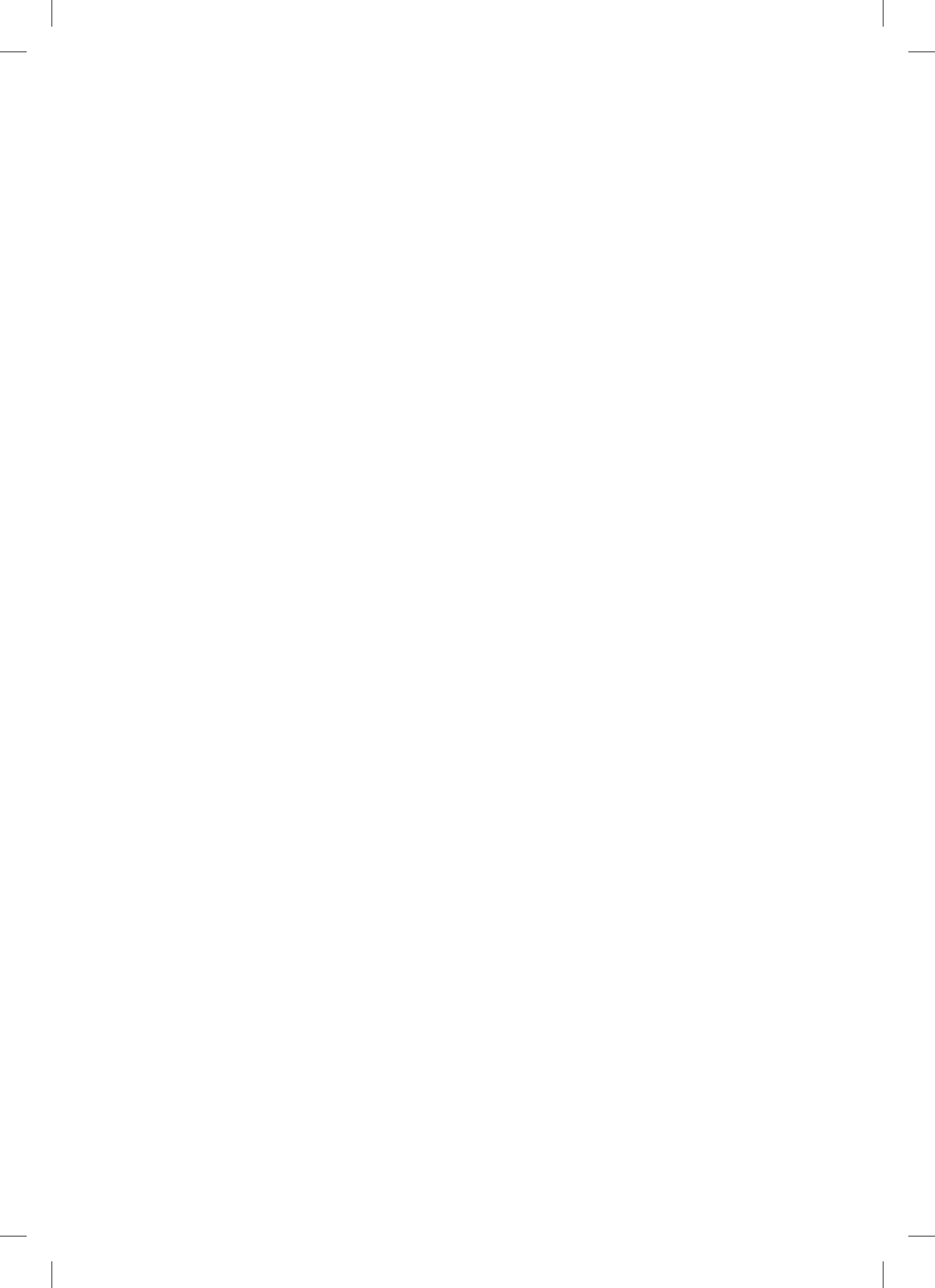
İSTANBUL BAROSU & GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ

08 - 09 Haziran 2012 / Galatasaray Üniversitesi Ortaköy Kampüsü, Aydın Doğan Salonu

İSTANBUL BAROSU İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU KOMİSYONU
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU ANA BİLİM DALI

İÇİNDEKİLER

AÇILIŞ	7
1 GÜN	
BİRİNCİ OTURUM	
Ömer Hicri TUNA	12
Doç. Dr. Mustafa ALP	13
İKİNCİ OTURUM	
Mesut BALCI	51
Prof. Dr. Erdem ÖZDEMİR.....	52
2 GÜN	
BİRİNCİ OTURUM	
Halil ÖZDEMİR	97
Doç. Dr. Murat ENGİN	98
İKİNCİ OTURUM	
Seracettin GÖKTAŞ	135
Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT.....	137



17. İŞ HUKUKU ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA İLİŞKİN SORUNLAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ SEMPOZYUMU

SUNUCU- Yargıtayın Sayın Başkan ve üyeleri ve değerli misafirler; Galatasaray Üniversitesiyle İstanbul Barosunun birlikte düzenlediği “17. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumuna” hoş geldiniz. Açış konuşmalarını yapmak üzere ilk olarak kürsüye İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Başkanı Av. Necdet Okcan’ı davet ediyorum.

Av. NECDET OKCAN (İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Başkanı)- Yargıtayımızın Değerli Başkan ve üyeleri, sayın hocalarımız, değerli meslektaşlarım; evet bir Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu Toplantısında daha buluşmuş olduk. Bu toplantı 17. toplantı ve bir gelenek yarattığımızı düşünüyorum. Burada bu geleneğin yaratılmasında büyük katkıları olan şu anda aramızda olmayan üstadımız Akın Sokullu’yu anmadan geçmek istemiyorum. İlk toplantımızı Galatasaray Üniversitesinin o zaman Beyoğlu Galatasaray’daki salonda cismani zararlarda maddi ve manevi tazminat hukukuna ilişkin ilk toplantımız sanki dün gibi geliyor. Ondan sonra İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu ile Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinin İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalıyla birlikte yaptığımız bu toplantılarda gündemde olan yasa değişikliklerine, iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin kanun tasarılarını irdeledik ve hem yasa koyucuya, hem uygulamacılara yol göstermeye çalıştık. Bugün konularımızdan bir tanesi de yeni Borçlar Kanununun iş hukukuna ilişkin hükümlerini iki tane değerli hocamız Sayın Doç. Dr. Mustafa Alp ve Sayın Prof. Dr. Erdem Özdemir hocalarımız size aktaracaklar. İkinci günkü toplantımızda Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun tasarisına ilişkin gelişmeleri ele alacağız. Türkiye’de hukukta, mevzuatta bir yenilenme süreci yaşıyoruz. Anayasadaki çeşitli hükümler değiştiriliyor, temel kanunlarımız değiştiriliyor, fakat uzun yıllardır tartışma konusu olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunuyla 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu bir türlü değişmiyor, sancılı bir süreç, normal doğum

olmuyor. Tam işte oldu olacaktı derken erteleniyor. Yine TBMM'de bir kanun tasarısı var. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının, sosyal tarafların yer aldığı Üçlü Danışma Kuruluyla birlikte uzun yıllar yaptığı çalışmadan sonra hazırladığı, tarafların her birinin kendilerince itirazı olan bir kanun tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edildi. Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarında bu tasarı görüşüldükten sonra süreç tamamlandı ve şu anda Türkiye Büyük Millet Meclisinin gündeminde beklemektedir. Aslında hükümetin planlaması, bu yasanın, bu dönem her yıl Haziran ayının 1'iyile 16'sı arasında gerçekleştirilen ILO konferansına yetiştirmesiydi. Ancak yine yetişmedi. Çünkü ILO yıllardır bu kanuna yönelik ciddi eleştirilerde bulunuyor ve bugünkü sempozyumumuzda inşallah bu iki konuya ciddi açıklamalar sağlarız. Bu konuya ilişkin tebliğleri iki değerli hocamız Doç. Dr. Murat Engin ve Prof. Dr. Gülsevil Alpagut sunacaklar. Hem uygulamaya, hem yasa koyucuya buradan ışık tutarız umuduyla sempozyumumuzun başarılı geçmesini diliyor, hepinize teşekkür ediyorum.

SUNUCU- Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Doç. Dr. Murat Engin Hocamızı kürsüye davet ediyorum.

Doç. Dr. MURAT ENGİN (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı)- Saygıdeğer konuklar, hoş geldiniz. Yasama bakımından heyecanlı dönemlerden geçiyoruz. Hem Borçlar Kanunu değişti, Ticaret Kanunu değişti, Ticaret Kanununun iş hukukuna ilişkin hükümleri var birleşme-devralmalarla ilgili, Usul Kanunu değişti, Sendikalar ve Toplu Sözleşme Yasa Tasarısı -artık taslak değil, tasarısı- gündemde. Bu alanda da gündemde heyecanlı gelişmeler de var. Anayasa değişiklikleri gündemde, bir yeni istihdam politikaları, sosyal politikalarla ilgili hükümet planlamaları açıklanıyor. Gelecekte de birtakım değişiklikler olacağı öngörülüyor. Dolayısıyla sosyal hukuk yoğun bir yasama faaliyetinden geçiyor ve geçmeye devam edecek görünüyor.

Bu toplantının konularını arkadaşlarımızla görüşürken hem bir yandan çok zor oldu konuları tespit etmek, bir yandan da kolay oldu. Zor oldu, çünkü iki günlük bir toplantıda hem Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu, Usul Kanunu, Sendikalar, Toplu Sözleşme Kanunu, hepsini birden ele almak mümkün değildi. Dolayısıyla aradan seçme yapmak gerekiyordu. Biz de temel kanundur düşüncesiyle Borçlar Kanunu bu bireysel

iş ilişkilerini ilgilendiren kısmı ve hem gerek Anayasa değişiklikleri, gerek uluslararası standartlar çerçevesinde yeni sendikalar ve toplu sözleşme taslağını, tasarısını ele almayı düşündük. Bu her iki konuda da umuyorum ki, burada yapılacak olan tartışma ve oturumlar belli birtakım eleştiriler, değerlendirmeler, uygulama ve yasa faaliyetleri bakımından, yargı bakımından umuyorum ki yararlı olsun. Geldiğiniz için tekrar teşekkür ediyorum.

SUNUCU- Son açılış konuşmasını yapmak üzere İstanbul Barosu Genel Sekreteri Av. Hüseyin Özbek'i kürsüye davet ediyorum.

Av. HÜSEYİN ÖZBEK (İstanbul Barosu Genel Sekreteri)- Yargıtayımızın Değerli Başkan ve üyeleri, değerli hocalarım, sevgili meslektaşlarım; İstanbul Barosu adına hepinizi saygıyla selamlıyorum. Galatasaray Üniversitesiyle İstanbul Barosunun müştereken düzenlediği iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin etkinliklerin 17.si olduğuna göre gençlik dönemini yaşıyor bizim İstanbul Üniversitesiyle müşterek etkinliğimiz. Demek ki, daha önümüzde olgunluk dönemleri var, ondan sonra da daha rafine dönemleri olacak, ama tabii bu en başlangıcından itibaren olgunluğu da aynı zamanda bünyesinde taşıyan, içeriğinde taşıyan bir etkinlikler zinciri. Umarım bundan sonraki dönemlerde, bundan sonraki yıllarda da Galatasaray Üniversitesiyle yine Yargıtayımızın değerli başkan ve üyeleriyle çok değerli bilim adamları, akademisyenler, hocalarımızla birlikte bu etkinlikler sürer. Bunun çalışma hayatımıza, ülkenin emek açısından emeğin çıkarlarını kollayıcı hukuku tanzim açısından da umarım katkısı olur.

Ben tabii bu girizgâhtan sonra birkaç noktaya değinmek istiyorum. Eğer sosyal güvenlik ve iş hukukuna ilişkin bir etkinlik varsa, ülkemizin bundan sonraki konuşmacılara, onların zamanına da saygı göstermek, özen göstermek kaydıyla birkaç cümle bahsetmek muhakkak ki gereklidir. Belki çok daha evveliyatına gidilebilir, ama 12 Eylül 1980 bugünlerde çok tartışılan, bazı sorumlularının da yargı önüne çıkarılmak istendiği, bu konuda herkesin bir şeyler söylendiği bir süreç ve bir darbenin başlangıç tarihi, simge tarihi olan 12 Eylül 1980'in birkaç ay öncesine gitmekte yarar olduğunu düşünüyorum. 24 Ocak 1980 bir çağrışım yapacak size, 24 Ocak 1980'de ülkede dışarının da desteği, diktesi ve arzusuyla ekonomik düzenlemeler yapıldı. Çalışma hayatına ilişkin, ülkenin ekonomik hayatına, ekonomik sürecine, ekonomik ilişkilerine ilişkin çok ciddi düzenlemeler yapıldı, ama bu düzenlemelerin demokratik bir ülkede,

demokratik bir ortamda, demokrasinin tam anlamıyla işlediği bir süreçte ve bir ülkede uygulanması oldukça zor olan, hatta mümkün olmayan tercihlerdi, ekonomik tercihlerdi, acı reçeteydi. Bunun arkasından gelen 12 Eylül 1980 sorgulanıyorsa, 24 Ocak 1980 de sorgulanmalıdır, konuşulmalıdır, tartışılmalıdır. Demokratikleşiyoruz ya, sivilleşiyoruz da, buna da vurgu yapılması gerekir. Her nedense demokratikleşmenin ve sivilleşmenin tavan yaptığı dönemlerde çok böyle söylem olarak çok kullanıldığı dönemlerde bu demokratikleşmenin ve bu sivilleşmenin biz tarımsal kesime yansımadığını görüyoruz. Emek kesimine, çalışma hayatına da yansımadığını görüyoruz. Ülkede gerçekten bir demokratikleşme varsa, çalışma hayatında alın teri dökenlerde, emeğini satarak gelişenlerin bu demokratikleşmeden, bu ekonomik demokrasiden nasibini alması gerekirken, bu demokratikleşmenin, tırnak içindeki demokratikleşmenin ve bu sivilleşmenin nedense hep sermaye kesimine yaradığını görmekteyiz. burada bir ekonomik demokrasinin kurulması için, terazinin kefelelerinin birbirine denk olması için, adaletin de simgesi olan terazinin denk tutulması için, emeğin kollanması, emeğin himaye edilmesi, çalışanların himaye edilmesi gerekir. Ülkede bu anlamda bir ters orantı görüyoruz. Nasıl bir ters orantı, size bunu ben rakamla belirtmek istiyorum.

Şimdi ülkemizde 1980'lerde 45 milyon nüfusumuz var. Sendikali işçi sayısı 2,5 milyon, 2012'de nüfusumuz 75 milyon civarında, sendikali işçi sayısı 700 bin. Eğer ülkede bu anlamda bir nüfus artışı, ciddi bir nüfus artışı varsa sendikali işçi sayısının da böyle 4 milyonlarda falan seyretmesi gerekir, ama bu ters orantıya dikkatinizi çekmek istiyorum. Buradaki sivilleşme birilerine yaramış, sermayenin önü açılmış. Neoliberalizm denilen serbest piyasa denilen, piyasalaştırma denilen, vahşi kapitalizm denilen bir uygulama ülkede geçerlilik kazanmıştı. Burada tabii terazinin dengelerinin değişmesi kaçınılmaz.

Şimdi değerli bizim sosyal güvenlik hukuku başkanımız Necdet Bey, ondan önceki dönemlerde sorumluluk üstlenmiş burada salonda bulunan Abdi Bey var, Ahmet Bey var, arkadaşlarımızın dönemlerinde, bundan sonra sorumluluk üstlenecek arkadaşlarımızın dönemlerinde benzer çalışmalar muhakkak ki yapılacak. Akademisyenlerimiz ve uygulamadan gelen Yargıtayımızın değerli başkan ve üyeleri tabii uygulamaya çerçevesi içinde tebliğlerini sunacaklar, ama benim az önce sizlere arz ettiğim panoramanın gözden kaçırılmaması gerekir. Biz İstanbul Barosu olarak elbette ki ülkedeki demokratikleşme ve sivilleşmenin takipçisi

oluruz, destekçisi oluruz, ama bu söylemde kalıyorsa, bu demokratikleşme ve bu sivilleşme müspet bir şekilde, olumlu bir şekilde emek kesimine yansımıyorsa, köylülere yansımıyorsa, üreticilere ve üretenlere yansımıyorsa, memurlara, beyaz yakalılara yansımıyorsa, burada bir tuhafılık var demektir, burada söylemle ülkede yaşanan fiili durum ve gerçek arasında bir ters orantı var demektir. Ben bunu dikkatlerinize sunmak istiyorum.

En son ülkemizde yaşanan muhakkak ki, değinilecektir, Hava-iş'le ilgili, Türk Havayolları çalışanlarıyla yer hizmetleri ve uçak hizmetlerinde çalışanlarla ilgili uygulamayı demokratik bir çerçeve içinde ve hukuk çerçevesi içinde değerlendirmenin oldukça, onların tabi tutuldukları muamelenin zor olduğunu düşünmekteyim. Ülkede bugünlerde çok konuşulan çalışmaları sürdürülen tırnak içinde sivil Anayasanın da bu süreç içinde bu panorama içinde nasıl bir ekonomik Türkiye'nin, nasıl bir hukuk meşruiyeti sağlanması istendiği konusunda ipuçları vereceğini bir çeşit böyle gösterge olduğunu da düşünmekteyim. Bundan sonraki etkinliklerde yine bir arada olacağız. Siz değerli baromuzun mensuplarının desteği, ilgisiyle muhakkak ki çok daha nitelikli etkinlikler yapacağız. Bunun arzusu içindeyiz. Ben bu duygularla hepinize saygılar sunuyorum.

BİRİNCİ OTURUM
Ömer Hicri TUNA
Oturum Başkanı
(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi)

SUNUCU- Toplantımızın 1. Oturumunda Oturum Başkanlığı yapmak üzere Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Ömer Hicri Tuna'yı ve "*Yeni Borçlar Kanunu: Hizmet Sözleşmesinin Kuruluşu ve İfasına İlişkin Hükümler*" başlıklı tebliğini sunmak üzere Doç. Dr. Mustafa Alp Hocamızı kürsüye davet ediyorum.

ÖMER HİCRİ TUNA (Oturum Başkanı)- Değerli konuklar, hepinizi saygıyla selamlıyorum. 17.si düzenlenen bu toplantıda büyük emeği geçtiğini gördüğüm İstanbul Barosunun ilgili komite arkadaşlarıma, görevli arkadaşlara ve güzide Üniversitemizin yine emeği geçen tüm hocalarına ayrıca teşekkür ediyorum. Benden evvel söz alan konuşmacıların da açıkladıkları gibi ülkemizde çok yoğun bir mevzuat değişikliği söz konusudur. Tabii bu kurallar getirildiğinde yeni kurumları ve yeni uygulamaları da getirmesi kaçınılmaz. En başta bu kuralları ve düzenlemeleri uygulayacak bizlerin ne yapacağına ilişkin bir fikir edinmesi ve buna göre kürsüde çalışan meslektaşlarımız, avukatlar ve tüm hukukçulara yol gösterici nitelikte bazı değerlendirmelere gidilmesi kaçınılmaz. Bu toplantıların düzenlenmesinin en büyük faydası da önümüzün aydınlatılmasını sağlaması olacaktır.

Bildiğiniz gibi Borçlar Kanunu 1 Temmuzda yürürlüğe girecek ve daha önceki toplantılarda birkaç kez ifade edildiği üzere bu yasa İsviçre'den tercüme yöntemiyle transfer edilmiş bir düzenleme ve eskisinden çok farklı olarak iş ilişkilerini, hizmet ilişkilerini düzenleyen 70'ten fazla madde içeriyor. Önümüzdeki en büyük sorun bizlere göre getirilen bu yeni düzenlemelerin elimizde hâlâ yürürlükte bulunan İş Kanunuyla arasındaki farklılıkların nasıl giderileceği, bazı hükümlerde Borçlar Kanununa mı, yoksa özel kanun niteliğindeki İş Kanununa mı değer verileceği konusundaki tereddütleri gidermek olmalı. Bu bağlamda sevgili hocamız Sayın Alp Borçlar Kanunu kapsamında hizmet ilişkisinin kurulması ve sürdürülmesine ilişkin bir tebliğ hazırladılar. İnanıyorum ki, bize çok büyük katkısı olacaktır, önümüzün aydınlatılmasına fayda sağlayacaktır. Şimdi sözü kendisine bırakıyorum, buyurun Hocam.

Doç. Dr. Mustafa ALP

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi¹

Sayın Başkan, çok teşekkür ediyorum. Umarım dediğiniz gibi olur, hayal kırıklığına uğratmadan konunun aydınlatılmasına biraz olsun katkıda bulunmuş olurum.

Değerli konuklar, hepimizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum. İstanbul Barosunun değerli Genel Sekteri bir şey söyledi, “*daha yeni dönemleri, bunun, erişkinliğini de göreceğiz*” dedi, ama bence bu sempozyumlar hep olgun başladı, hep olgun olarak devam ediyor ve daha sonra erişkinlerin sona ermesi gibi bir safhaya aman geçmeyelim, çok güzel, çok önemli bir sempozyum bu. Bir zamanlar sadece Milli Komite toplantıları vardı, Galatasaray’ın toplantılarıyla zenginleşti iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku öğretisi, diğer toplantılar da sonradan buna eklendi. Böyle bir etkinliği başardıkları için ben hem İstanbul Barosunu, İstanbul Barosunun Çalışma Komisyonu üyelerini tebrik etmek istiyorum bu etkinliği başarıyla sürdürdükleri için, hem de Sayın Murat Engin’in şahsında Galatasaray Üniversitesini ve Hukuk Fakültesini tebrik etmek istiyorum, bu sempozyumların devamını diliyorum.

Şimdi süremi aşmamaya çalışacağım. Sayın Başkanımı da burada çok uzun süre oturtmamaya, işkence etmemeye çalışacağım, ama konu uzun ve ayrıntılı, onu da söyleyeyim. Biraz süremi aşarsam lütfen beni bağışlayın. Yeni Borçlar Kanunumuzun artık yürürlüğe girmesine bir şey kalmadı, 1 Temmuzda yürürlüğe girecek, girdi diyebiliriz neredeyse. Uzun ve ayrıntılı bir şekilde hizmet sözleşmesi, genel hizmet sözleşmesi başlığı altında iş mevzuatına etkili olacak hükümler içeriyor. Mümkün olduğunca ben Borçlar Kanununun uygulamasıyla sınırlı kalmayıp iş hukukunun geneline etkili olabilecek hususlardan bahsetmeye çalışacağım.

Öncelikle bu yasamızın kaynağı nedir? Doğru, bu öncelikle tercüme bir yasadır. İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri büyük ölçüde aynen tercüme edilmiştir. Ama çok büyük bir farklılık var., eski hâlâ yürürlükteki

¹ Önce profesörlük hazırlığıma bağlı ihmalim sonra hastalığıma bağlı özürüm nedeni ile tebliğ metni olması gerektiği şekilde işlenememiş, sadece sunum bant kaydı üzerinde düzeltmeler yapmakla yetinilmiştir. Bu nedenle Sempozyumu düzenleyenlerden ve dinleyicilerden özür dilerim. Prof. Dr. Mustafa Alp

Borçlar Kanunumuz daha liberal bir bakış açısıyla yaklaşırken, İsviçre’de bu arada daha sosyal, daha farklı, daha modern bazı unsurlar, esintiler eklenmiştir. Onları da dahil edip, bizim hukukumuzda getirmiştir. Fakat şöyle bir şey de var, iş hukukuna dair hükümlerin kaynağı sadece tercümeden ibaret değil. Kaynaklarına baktığınız zaman iki farklı kaynağı da görüyoruz, genel hizmet akdi hükümlerinde. Birincisi doğrudan bizim 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerimiz, yasa bazı maddeleri olduğu gibi İş Kanunu hükümlerinden almış. Örneğin, fazla çalışmanın ücretlendirilmesi, fazla çalışmanın sonuçları, hatta yasa gerekçesinde 4857 sayılı İş Kanununda böyledir, buna göre yapıyoruz bile denilmiş. İşverenin işçiyi gözetme borcunu İş Kanunu 77. maddesinden neredeyse kelime kelime almış, yeni iş arama izni almış, buna benzer aşına olduğumuz hükümleri var. Borçlar Kanununa tabi olan işçileri İş Kanunu kapsamına biraz daha yaklaştırmaya çalışmış, mümkün olduğunca yakın hale getirmeye çalışmış durumda. Üçüncü kaynağı Yargıtay içtihatları ve öğreti. İsviçre’de hiç olmayan ya da farklı düzenlenen bazı konuları isabetli bir şekilde yasa koyucu bizim içtihatlarımızın gelişmesine göre değerlendirmiş ve o şekilde almış. Örneğin, tek taraflı işçi aleyhine cezai şartın geçerli olmayacağı hükmünü doğrudan Yargıtay içtihadına alarak yasa haline getirmiş. Rekabet yasağının azami süresi İsviçre’de 3 yıldır, bizde 2 yıla sınırlayan Yargıtay içtihadı yasalaşmış, yasa durumuna gelmiş. Hatta hiç belki doğrudan yasa olmayan, ama bizim öğretimizde de olan bazı şeyler var. Psikolojik taciz İsviçre Yasasında olmadığı halde bizim yasamıza dahil olmuş. Bu haliyle bir yandan tercüme, ama bir yandan da bize özgü yönleri olan, orijinal yönleri olan bir mevzuat bölümüyle karşı karşıyayız.

Kapsamına baktığımız zaman öncelikle tabii ki Borçlar Kanununa tabi olan iş sözleşmeleri; İş Kanunlarına tabi olmayan çalışanların durumunu düzenliyor yasa. Bu düzenlemeler bakımından eksisi vardır, olumsuzlukları vardır, çelişkileri vardır, ama bence genel bakış olumlu olabilir. Borçlar Kanununa tabi çalışanların durumunu daha ayrıntılı bir şekilde düzenleyen, onları daha iyi duruma getiren düzenlemeler var. Tüm çalışanlar için kötü niyet tazminatının öngörülmesi fesih kötü niyetli olduğunda örneğin, Borçlar Kanunumuz böyle bir yeniliği getiriyor. Burada yasa kapsamına aldığı fazla çalışma sürelerini, yıllık izni, bazı kurumları ayrıntılı, daha net, daha belirgin bir şekilde düzenliyor. Eski Borçlar Kanunumuz daha sözleşmeye ya da mahkemenin kararına bırakırdı.

İkinci kapsam bakımından önemli husus tabii ki, Borçlar Kanunu hükümleri sadece İş Kanunları kapsamındakilere uygulanacak hukuk kuralları değil. İş Kanunları kapsamında çalışanlara da uygulanacak hükümleri var, boşluk doldurucu hükümleri var. Bunlardan yana bazıları eskiden bildiğimiz, alıştığımız hükümler, ama bazılarından yana çelişkiler ve sorunlar var. Onlardan da bahsetmek gerekecek. Üçüncüsü, yeni iki sözleşme tipini düzenliyor Borçlar Yasamız, pazarlamacılık ve evde hizmet sözleşmeleri. Bunların da ne olacağı ya da nasıl uygulanacağı tamamen ayrı ve geniş bir tartışma konusu.

İki kanun arasındaki ilişkiyi nasıl kurmamız gerekiyor? Genel olarak tartıştığımız bir şey bu, özel kanun yeni tarihli olduğunda onu uyguladık. Kanunlar çatışmasında bir problemimiz olmazdı, ama şimdi özel kanunumuz İş Kanunu eski tarihli, genel kanunumuz Borçlar Kanunu yeni tarihli. Bunlar arasında bir çatışma olduğunda nasıl bir çözüm bulmamız gerekiyor? Hukuk öğretisi bize böyle bir çatışma olduğunda genel kanun yeni tarihli, özel kanun eski tarihli olduğunda kesin bir çözüm olmadığını, yasa koyucunun iradesine, amacına bakarak çözüm bulunması gerektiğini söylüyor, ama Borçlar Kanunu yasa koyucusunun iradesini tespit edebilmek oldukça güç. Sadece yasa gerekçesinde bir cümle var, diyor ki, Borçlar Kanunu hizmet sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçilerle İş Kanunu kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmama ya çalışılmıştır. Yani burada amaç İş Kanunu kapsamı dışında olanlara mümkün olduğunca İş Kanununa yakın bir koruma sağlamak, onların durumunu biraz daha iyi hale getirmek şeklinde düşünülebilir, ama bu İş Kanununun öncelikli olmasını, özel hüküm olmasını, özel kanun olmasını ortadan kaldırmıyor. Öncelikle başvuracağımız İş Kanunu, fakat şunu da dikkate almamız gerekiyor: Borçlar Kanunu hiç önemli değildir ya da hiç uygulanmayacaktır gibi bir sonuca da gitmeyeceğiz İş Kanunu kapsamında. Borçlar Kanununun genel hizmet sözleşmesi hükümleri artık eskiden de öyleydi, ama artık daha kesin, bizim iş mevzuatımızın bir parçası, mutlaka onu da dikkate almamız gerekiyor.

Bir konuyu, özel kanun İş Kanunu olduğuna göre bütün sonuçlarıyla düzenlemişse İş Kanunumuz uygulanır., Bu durumda Borçlar Kanununa müracaat etmemiz, başvurmamız gerekli değil. Fakat bir konu İş Kanununda düzenlenmemişse, o zaman boşluk doldurmak için Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesi hükümlerine başvurmamız gerekecek. Örne-

ğın, Borçlar Kanununun yıllık izinle ilgili, fazla çalışmayla ilgili hükümlerini İş Kanunları kapsamında uygulamayı düşünmeyeceğiz. İş Kanununun bu konuda özel hükümleri var. Fakat işçinin işverene karşı sorumluluğu, rekabet yasağı, işçinin kişiliğinin korunması hakkında Borçlar Kanunu ayrıntılı hükümler getiriyor, sadakat borcu bakımından ayrıntılı hükümler getiriyor. Bunlardan yana başvuracağınız kaynak Borçlar Kanunu olacak. Bazı hükümlerde çelişki olursa ya da çatışma olursa ne yapmamız gerekiyor? Burada yasa koyucunun amacına bakmamız gerekecek. Dönüp İsviçre'den alındıysa bu hükümler İsviçre'deki uygulamanın nasıl olduğunu da tartmamız gerekecek ve onlara göre bir sonuca ulaşmamız gerekli olacak. Yasa koyucunun amacı İş Kanunundaki bir hükmü getirmekteki amacı ve Borçlar Kanunundaki bu hükmü getirmekteki amacı çelişki ya da çatışma halinde bize yol gösterecektir. Tabii bu bazı sorunları aşmıyor. Benim tespit edebildiğim üç büyük sorunumuz var. Birincisi, haklı fesih sebebini yazılı olarak bildirme zorunluluğu. Bunu İş Kanunu kapsamında uygulayıp uygulamayacağımız başka sempozyumlarda da tartışma konusuydu. İşçinin ölümü halinde bir ödeme öngörüyor yeni yasa, ölüm halinde ödenen kıdem tazminatıyla bu ödemenin birleşip birleşmeyeceği bir diğer tartışma konusu. Haksız fesih halinde hâkimin 6 aylık ücrete kadar bir tazminata ayrıca hükmedebileceğini öngörüyor yeni Borçlar Yasası, iş güvencesi kapsamındaki işçilere bu tazminatı uygular mıyız, uygulamaz mıyız? Bu da ayrı bir tartışma konusu, ama benim burada şöyle bir zorluğum var: Onun için özür dileyip, bu konuyu sonraya erteliyorum. Bu üç konu da benden sonraki tebliğ sahibinin konularının kapsamında, onun konularına dahil olmamak, tecavüz etmemek, müdahale etmemek amacıyla en son tartışmalarda ya da sorular üzerine bu konularda kendi görüşlerimi açıklamayı düşünüyorum.

Bazı konularda Borçlar Kanunu hükümlerini mutlaka İş Kanunu kapsamında da uygulayacağız. İş Kanununda düzenlenmemiş konular nelerdir? Sözleşmenin geçersizliğinin etkisi, kısaca söylemek gerekirse eskiden beri 1957-1958 tarihli çok güzel bir içtihadı birleştirme kararı vardır Yargıtayın, sözleşmenin geçersizliği geçmişe etkili olmaz iş hukukunda, geleceğe etkili olur. Bu ilke yasa hükmü haline geliyor. Yasa maddesinde bazı tereddüde sevk edebilecek şeyler var sonradan tespit edilmesi gibi, yasa gerekçesinde işçinin iyi niyetli olması-olmaması gibi gereksiz bazı konulara giriliyor, ama bence bunlar hiç önemli değil. İsviçre'deki hükmü almamış durumda bizim yasamız, İsviçre'de işçinin

iyi niyetli olup olmamasına göre bir farklılık yapıyor. Bizde yasa metninde yok. Yasa metnine baktığımız zaman durum açık, iş sözleşmesinin geçersizliği kural olarak geçmişe etkili olmaz, geleceğe etkili olacaktır.

İşçinin işverene karşı sorumluluğunu öngörüyor düzenliyor Borçlar Yasamız, sadakat ve sır saklama borcunu düzenliyor İş Kanunları kapsamında uygulayacağımız, işçinin kişiliğinin korunmasını düzenliyor. İş Kanununda yer almayan ücret türlerini düzenliyor, parça başı akort ücreti, aracılık ücretini işin sonucundan pay almayı, ikramiyenin niteliğini, uygulanışını düzenliyor. Burada da bir Yargıtay içtihadını yasa haline getirdiğini görüyoruz yeni Borçlar Yasamızın, iş ilişkisi ikramiyenin ödenme döneminden önce sona ermişse, işçinin çalıştığı dönemde hak kazandığı orantılı ikramiye miktarının ödeneceğini öngörüyor, şüphesiz bu da isabetli bir hüküm. Ücretten takas, mahsup konusu, iş sözleşmesinin devri, rekabet yasağı sözleşmesi, cezai şart, ibra ve işverenin temerrüdü, geçelim iş hizmet sözleşmesi hükümlerindeki bazı ayrıntılara.

Kısmi süreli sözleşmeden bahsediyor yasa, çok ayrıntılı açıklamalar getirmiyor, kısmi süreli sözleşme yapılabilir diyor daha çok. Önemli değişiklik belirli süreli sözleşme konusunda. Belirli süreli sözleşme konusunda Borçlar Kanunu hükmümüz sükût ile tecdit yani örtülü yenilenme yönündeydi. Belirli süre dolar, ama taraflar örtülü olarak bu ilişkiyi devam ettirirlerse, sona erdirmezlerse, o zaman bir kerelik yenilenme, yine belirli süreli olarak yenilenme esası geçerliydi. Bu esas artık ortadan kalkıyor. Onun yerine örtülü olarak sürdürülüyorsa belirli süreli sözleşme belirsiz süreliye dönüşür esası geliyor. İki yasal karine öngörüyor burada yasa bir bakıma, iki tane karine getiriyor. Birincisi, yeni bir sözleşme kurulmaz diyor, dönüşür, aynı sözleşmeyle ilişkisi sürenin dolduğu tarihte dönüşerek devam eder. Baştan itibaren işçinin kıdeme bağlı hakları dikkate alınır. İkincisi, kural olarak da bu, aksine bir anlaşma olmadıkça belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Devamındaki cümleyle de bir ilkeyi getiriyor: Esaslı bir sebebin varlığı halinde üst üste belirli süreli sözleşme kurulabilir. Yani esaslı bir sebep yoksa bir kereden fazla belirli süreli sözleşme kuramazsınız. Zincirleme olarak belirli süreli sözleşmeleri birbirine ekleyerek devam edemezsiniz. İş Kanunu bakımından bunun bir önemi yok, İş Kanunu 11. maddesi ilk yapıma anında da objektif sebebi arıyor, ama Borçlar Kanunu kapsamı dışında yine belirli süreli sözleşmeleri sınırlama eğiliminin devam ettiğini, bu yasada da sürdürüldüğünü görüyoruz. Bir kerelik yapmak serbest, ama ikinci tekrar için esaslı bir

sebebin gösterilmesi gerekir. Esaslı sebep nedir? Bu esaslı sebep konusunda İş Kanunu 11'deki objektif sebep, esaslı sebep konusundaki içtihat şüphesiz belirleyici olacaktır.

Fazla çalışma borcunu düzenliyor yasa, fazla çalışma konusunda isabetli bir düzenleme yapmıyor yalnız. Normal çalışma süresinin üzerinde diyor. Öncelikle şunu söyleyelim, atlayalım, en alttaki cümlesine gelelim Madde 398'in: "*Özel kanunlardaki hükümler saklıdır*" İş Kanunlarındaki fazla çalışmaya dair hükümler saklı tutuluyor, o yüzden onlarda bu hükmün uygulanma imkânı yok. Borçlar Kanunu kapsamında o zaman fazla çalışma nedir, bu olguyu belirlemek istiyoruz, ama normal çalışma süresi diyor, güzel bir şey söylüyor devamında. Tamam, işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır, yani işçinin rızası olmadan fazla çalışma yapılamaz, ama normal çalışma süresini yasanın hiçbir yerinde düzenlemiyor. Biz Borçlar Kanununa tabi bir çalışanın haftalık, günlük kaç saat çalışacağını yasada bulamıyoruz. İsviçre kanun maddesi burada alınmış, tercüme edilmiş, ama İsviçrelilerin ayrı bir İş Yasası da var. Bu İş Yasası sözleşmeyle ilgili hükümler içermiyor, ama teknik konuları içeriyor. Çalışma süresi ne kadardır, dinlenme süresi ne kadardır, fazla mesai ne kadardır gibi bu hükümleri ayrı yasada düzenlediklerinden İsviçreliler Borçlar Kanununda yer vermemişler, bizim yasa koyucu da tercümeyle bu şekilde almış.

Normal çalışma süresi nedir, ne zaman aşılır? Buna yer vermiyor, ama buna bir çözüm bulmak lazım. 402. maddeye gidiyoruz: "*Fazla çalışma için işçiye sonucu olarak normal çalışma ücretini yüzde 50 zamlı öder*" diyor. Bir boşluk da burada bırakıyor, fazla sürelerle çalışma ücreti ne olacak? İşçi kısmi süreli çalışıyorsa haftada diyelim 20 saat çalışıyorsa ya da sözleşmeyle belirlenen çalışma süresi 35-40 saatse örneğin, normal çalışma süresini de bilmiyoruz hâlâ, ama burada nasıl bir çözüme gitmemiz lazım? Ben öneri olarak şunu getirmek istiyorum: Yasa gerekçesinde, 402'nin gerekçesinde doğrudan İş Kanununu almış. İş Kanunu 41. maddesine göre fazla çalışma ücretini yüzde 50 zamlı düzenlediğini söylemiş. O zaman yasa koyucunun fazla çalışmayla ilgili hükümleri düzenlerken, bir yandan İş Kanununu örnek aldığını, İş Kanununa yakın bir duruma ulaştırmak istediğini de diğer yandan İş Kanununun en çok, en geniş uygulanan kanun olduğunu, pek çok çalışana uygulanan kanun hükmü olduğunu kabul ettiğimizde çalışma süreleri bakımından da, fazla sürelerle çalışma bakımından da, bu normal çalışma süresi baki-

mından da bence İş Kanunu esas alınmalıdır. Haftalık çalışma süresinin azami 45 saat olduğu, günlük çalışmaların 11 saati aşmayacağına dair hüküm Borçlar Kanunu kapsamında çalışanlar için de kıyasen burada uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bu uygulamanın dayanaklarını da yasa koyucu bizzat gerekçede vermiştir, böyle bir dayanağı ortaya koymuştur.

45 saatten az olan örneğin, haftalık 40 saat olan sürenin aşılması halinde aradaki sürenin ücretlendirilmesi bakımından eski 1475 dönemindeki tartışmamıza hiç girmeyelim, o zaman kimileri diyordu ki, hiç fazla çalışma için ilave bir şey ödenmez, normal çalışma süresi ücreti ödenir. Kimisi hayır, yüzde 50 zamlı ödenir diyordu. İkisi de bana adil gelmiyor, bence burada kıyasen yine İş Kanunu hükmünü uygulamak, fazla sürelerle çalışmaları İş Kanununda olduğu gibi yüzde 25 zamlı ücretlendirmek daha uygun bir çözüm tarzı olarak önerilebilir.

Düzenlemelere ve talimatlara uyma, yani itaat borcunu düzenliyor yasamız, 399. maddesinde genel düzenleme ve özel talimat şeklinde bir ayırım yapıyor. Genel düzenleme şu anki 315. maddedeki mesai kaideleri gibi, işyeri personel yönetmelikleri, işyeri yönetmeliklerine karşılık geliyor. Özel talimatsa bireysel olarak işçiye verilen bir talimat, işi şöyle yap, buraya git, bunu al gibi. Genel düzenleme işyeri kurallarını içeren personel yönetmelikleri, ama bunda iş sözleşmesine etkili çok önemli hükümlerin de olduğunu uygulamamızda biliyoruz.

Şu anki 315. madde kaldırılıyor. 315 ne diyordu? Bu genel düzenlemelerin işçiye bildirilmesi ve işçiden onay alınmasını arıyordu. Yasa gerekçesinde de öyle bence maksadı aşan bir ifade var. Artık yazılı olmasını işçiye bildirilmesini, bunları kaldırıyoruz gibi bir ifade var. Sanki genel düzenlemeler işçilere bildirilmese olacakmış gibi; personel yönetmelikleri, yazılı olmasa olacakmış ya da işçinin kabulü olmasa olacakmış gibi, tabii ki böyle bir sonuca varmak mümkün değil. Borçlar Kanunu bir yerde eksik bıraktığını bence dönüp başka bir yerde tamamlıyor. Borçlar Kanununun 21. maddesi genel işlem şartlarının yürürlüğe girmesiyle ilgili bir hüküm öngörüyor. Personel yönetmelikleri genel düzenlemeler, genel işlem koşullarıdır. Formül olarak önceden hazırlanır, standart olarak çok sayıda olayda uygulanmak üzere işçinin önüne konulur, dikte edilir bir bakıma. O zaman genel işlem şartlarının yürürlüğe girmesiyle ilgili 21. maddeyi burada da uygulayacağız ve diyeceğiz ki, 21. maddeyle birlikte işverenin genel düzenlemeler hakkında işçiye açıkça bilgi

vermesi, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması, işçinin de bu koşulları kabul etmesi lazım. Ancak bu şekilde genel düzenlemeler, işyeri yönetmelikleri sözleşme kapsamına girecek. Aksi takdirde bunlar yazılmamış sayılacak.

Peki, bu bilgilendirmeyi ne zaman yeterli kabul edeceğiz? Farklı görüşler mevcut, kimisi diyor ki, sözleşme görüşmeleri sırasında görüşmenin yapıldığı yerde bu genel düzenlemenin yönetmeliğin bir örneği asılı dursa yeterli olur. Diğer görüş diyor ki -bence daha isabetli- hayır, bu yeterli olmaz, metin olarak bunların işçiye verilmesi, okuma imkânının sağlanması gerekir. Elbette ki bu şekilde olmalı, metin olarak işçinin eline verilmeli, açıkça bilgi verme, öğrenme imkânı sağlamak için okuma, anlama, kabul etmek olanağının sağlanması lazım.

Ücretin korunmasına dair hükümlerimiz var. “*Ücretin işveren lehine kullanılacağına dair anlaşmalar geçersizdir*” diyor Borçlar Yasamız, İş Kanunu 35. maddesindeki hükmü alıyor isabetli bir şekilde, işçilerin ücretinin 1/4'ünden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez. Bir yenilik rehin edilemez şeklinde, onu da ekliyor. İşçi ücretini bu şekilde güvence altına alıyor. Takas yasağında bir farklılık getiriyor. Temel ilkeyi koruyor. İşveren işçiden olan alacağıyla ücret borcunu ancak işçinin rızasıyla takas edebilir. Bu ilke değişmiyor. Şu anki yasamızda da imkân olan husus nedir? Tek taraflı takas edebilmesi için işçinin kasten bir zarar vermesi, kasten zarar verme halinde işçinin rızasını almadan işveren ücretinden bu zararı takas edebilir. Yeni yasa bunu önemli ölçüde sınırlıyor. Diyor ki, işçinin kasten sebep olduğu zararı da yargı kararıyla sabit olması halinde ve ancak ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edebilirsiniz. Tek taraflı rıza almadan takas imkânında yargı kararıyla kasten zarara sebebiyet verildiğinin sabit olunması koşuluna bağlıyor. Haczedilebilir kısmı da yine 1/4'le sınırlıyor.

Ücret tiplerinden TBK 404 bir aracılık ücreti getiriyor. İlginç bir ücret tipi, yakında karşımıza belki çok çıkabilecek, ama aslında zaten uygulanmakta olan bir ücret tipi bu, aracılık ücreti bir tür akort ücret, parça başına ücret. İşçi sözleşmenin kurulmasına aracılık yapıyor ve sözleşme kurulmasını, yani müşteri bulup, getirip sözleşme kurulmasını sağladığı kadar her bir kurulan sözleşme başına bir ücret alıyor. Bu aracılık ücreti bir ücret eki olduğu zaman önemli sorunlarımız yok, ama aracılık ücretinin düzenlemesi bunun ücret eki olması şeklinde değil, tüm ücreti

de böyle öngörmek mümkün görünüyor. Aracılık ücretine hak kazanılmasını her şeyden önce yasa sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına bağlıyor. Bir şekilde geçersizse, işçi aracılık faaliyetinde bulunsa da bu ücrete hak kazanmayacak. Borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmelerle, sigorta sözleşmelerinde *“ancak borçlu ödeme yaptıktan sonra bu ödemenin aracılık ücretinin ödeneceği yazılı olarak kararlaştırılabilir”* diyor. TBK 404/II uyarınca, *Borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir”*.

Bir adım daha ileriye gidiyor, çok ciddi bir şekilde burada işveren lehine işvereni koruyucu ilginç bir düzenleme TBK 404/III: *İşçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona erer. Sadece kısmi ifa hâlinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır.”* Bunun anlamı şu: İşçi aracılığı yaptı, sözleşmeyi kurdu, gerçekleştirdi, ama üçüncü kişi edimini ifa etmedi ya da işverenin kusuru olmadan başka herhangi bir sebeple sözleşme yerine getirilemedi. İşçinin ücret hakkı sona eriyor, kısmi ifa edilmişse ücretinden indirim yapılıyor. Hatta işveren ücreti ödemişse, belki sözleşmeye dayanarak, bu yasa hükmüne dayanarak geri talep etme gibi bir hakkı bile doğuyor neredeyse.

Bu iş hukukunda bizim alıştığımız bir düzenleme tarzı değil, bize yabancı, çünkü işçi bir sonucu borçlanmaz bizde, bir faaliyeti iş görmeyi borçlanır. Sonuç ne olursa olsun bu işverenin riskidir. İşçi ücrete iş gördüğü için hak kazanır, ama burada yasa koyucu, bizim yasa koyucumuz ne kadar bilinçli yaptı bilmiyorum, ama İsviçre yasa koyucusu diyor ki: Bu sigorta sözleşmelerinde aracılık işlerinde bazen hileler oluyor, işverene karşı çalışanlar bunu yapıyor. İşvereni korumak düşüncesinden ben yaklaşıyorum olaya ve bu nedenle işverene daha ileri bir koruma sağlıyor. Sorun şurada: Ücretin tamamı aracılık ücreti olarak belirlenebilir mi? Bu yasa hükmü karşısında ona da bir engel yok, ama neyse ki bizim İş Kanunumuzun asgari ücret hükmümüz var. İşçi ne olursa olsun böyle kararlaştırmalar olsa da, böyle bir sözleşme olsa da asgari ücretten aşağısını almayacaktır. Mutlaka ona hak kazanacaktır.

İşçinin işverene karşı sorumluluğunda bir yenilik getiriyor yasa TBK 400: *“Her türlü kusurundan sorumlu tutmakla birlikte işçiyi, bu sorumluluğun belirlenmesinde işin tehlikeli olup olmamasına bakarım”* diyor. Tehlikeye, zarara yatkın iş kavramını getiriyor. Zarara yatkın iş varsa işçinin hiç sorumlu olmayabileceği, işverene karşı hiç sorumlu olmayabileceği ya da sadece kısmen sorumlu olabileceği esasını getiriyor. Tehlikeye zarara yatkın sorumluluk ne demek ya da bundan yana niçin işçinin sorumsuzluğuna gidiyoruz? İşletme riski işverene ait olduğu için, tehlikeli bir iş varsa herkesin yaparken zarar verme olasılığı yüksek olan bir iş varsa bu işi kuran, organize eden, işçiyi bunda çalıştıran, talimatlarıyla yönlendiren işverendir. O zaman zarara da işçi katlanmamalıdır, işveren bir zarar doğduğunda buna ya kısmen ya tamamen kendisi katlanmalıdır. Ayrıca, işverenin bu zararı bir şekilde piyasaya yükleme ya da sigorta ettirip başka şekilde telafi etme olanağı vardır, ama işçi çok ağır tehlikeli bir makine başında çalıştığını düşünün, olan zararı telafi edebilmek, karşılayabilmek olanağı olmayacaktır.

Peki, tehlikeye veya zarara yatkın iş ne demek? Bunun içeriği o kadar belirsiz ki, Almanlar bunu geliştirmişler ilk önce, sonra bunu sadece bir yardımcı kavram haline indirgemişler. Hâlâ koruyorlar, ama şöyle tanımlamaya çalışmışlar: Görülen işin niteliği nedeniyle özenli bir işçinin dahi ara sıra hata yapma ihtimali olan işler tehlikeye, zarara yatkın olan işlerdir. Örneğin, vinç operatörü demişler, laborantlık, kasiyerlik, şoförlük, çok karışık bozulmaya yatkın bir makine kullanılması, ama sadece mesleğe bağlı değil, işin görüldüğü somut koşullara göre de bu değişebilir demişler. Çok büyük bir yoğunlukla görülüyorsa, çok az sayıda personel çok sayıda müşteriye yetismeye çalışıyorsa, yoğun müşteri ortamında oluyorsa çok kısa sürede yetiştirilmesi gerekiyorsa ya da çevre koşulları uygun değilse tehlikeye yatkın bir iş sözkonusudur. Örneğin, şoförlük genel olarak tehlikeye yatkın bir iştir. Ama boş bir yolda yağmur yağmıyorken, sürüş koşulları iyiyken bir zarar, herhangi bir şekilde tehlike yoktur, buna karşılık yoğun trafik ortamında karanlık bir yolda yağış altında araba kullanıyorsa, o zaman tehlikeli, zarara yatkın bir iş vardır. Kısaca işin görüldüğü somut koşullara dikkat etmek lazım.

Bence mutlaka şuna da dikkat etmek lazım: İşçinin ne kadar çalıştırıldığına, ne kadar dinlendirildiğine, çalışma ve dinlenme sürelerine uyulup uyulmadığına, normal çalışma süreleri aşıyorsa örneğin, bizim yönetmeliklerimiz, düzenlemelerimiz işçinin mutlaka 11 saatin üzerinde

çalıştırılmamasını, bir dahaki çalışma öncesi 12 saat dinlendirilmesini öngörüyor. Uzun yol şoförlerinde çok daha kısa süreler var. Gece çalışmalarında daha kısa süreler var. Bu sürelere uymadan sürekli yoğun çalıştırılan birinin elbette ki, zarar verme olasılığı artacaktır, zarara yol açma olasılığı artacaktır. Zarara yatkın bir iş ortamı söz konusu olacaktır.

Sorumluluk ne olacak? Üç aşamalı; kasten zarar verirse tabii ki işçinin kurtuluşu yok, ağır ihmalle zarar verirse yine aynı, zararın tamamından işçi sorumlu tutulabilir işverene karşı. Ağır ihmal işverenin açık talimatlarını ihlal etmek, açık kuralları ihlal etmek, alkollü araç kullanmak, kırmızı ışıkta geçmek, aşırı sürat yapmak gibi örneğin. Hafif ihmal varsa işçi hiç sorumlu tutulmayacak zarardan, hafif ihmal yeni bir kavram belki, tam içeriği belirlenemeyen bir kavram, ama belli bir düzeyde özen gösterilmesine rağmen kaçınılamayan hatalar gerçekleşiyorsa, o zaman hafif ihmalin olduğunu kabul etmek gerekiyor. İkisine karar verilemiyorsa, ağır ihmal mi, hafif ihmal mi? Orta dereceli ihmal diyor Almanya'da, İsviçre'de mahkemeler, o zaman zararı taraflar arasında paylaşıyorlar.

Sadakat borcu 396. maddede, şimdi burada terim olarak benim bir itirazım var açıkçası. Sadakat kişinin karşı taraf için kendi hak ve menfaatlerini geri plana alması demek. Bu anlamda bir sadakat borcu iş ilişkisinde olamaz. Bazı ülkelerde örneğin, Almanya'da tamamen bu sadakat terimini bıraktılar. Bizde sadakat borcu diyoruz, ama işçi işverenin eşi değil, ortağı değil, sözleşmenin karşı tarafı. Sadakat diye bir borcu yok. Sözleşme ilişkilerinde tarafların birbiriyle çatışan menfaatleri varken birbirlerine sadakat borçları yok zaten, olan şudur: Her sözleşme ilişkisinde dürüstlük kuralı gereği bir sözleşme tarafının diğerinin menfaatlerini gözetme, ona zarar vermeme borcu vardır. Onun haklı menfaatlerini koruma, ben borcumu ifa ediyorum, ama bu arada karşı tarafın da zarar görmemesine dikkat etmeliyim. Böyle anlamak gerekir. Nasıl ki, işverenin işçiyi gözetme borcu varsa işçinin de işverenin haklı menfaatlerini gözetme, koruma borcu var, ama bir sadakat borcu yok. Biz bunu sadakat olarak aldık, ama neyse ki yasa bir sınırlama getiriyor. Haklı menfaatinin korunmasında diyor ve bunu özen borcuyla bağlantılı hale getiriyor. Doğru mu, yanlış mı tartışılır. Aslında bu bir yan edim yükümü, ama şunu anlıyoruz, işle ilgili konularda ve haklı meşru menfaatleri söz konusu olduğu zaman işvereni gözetme borcu var işçinin. İşyeri dışındaki davranışları bakımından kural olarak bir sadakat borcu yok. Nasıl yaşayacağı, ne yapacağı konusunda bir bağlılığı yok. Sada-

kat karşındakinin menfaatleri için kendi menfaatlerini biraz feda etmek, geriye almak demektir. Evlilikte vardır, başka türlü yürümez. Her iki taraf da kendi menfaatini en üst noktaya getirirse, o evlilik ilişkisi doğru dürüst gitmez, ama işçi-işveren ilişkisinde işçinin kendi menfaatleri, haklı menfaatleri varsa, orada sadakat borcu biter. İşçinin haklı menfaatleri olduğu noktada artık bunun sınırı çizilmiş olur. Peki, konuyu çok çok fazla uzatmadan nedir bu sadakat borcunun görünümüleri, öncelikle tabii ki kaçınma borçları, tabii ki işverene zarar vermeyecek, hırsızlık yapmayacak, rüşvet almayacak-vermeyecek, güveni kötüye kullanmayacak, işyerine zarar vermeyecek, işverenin itibarını sarsmayacak, bunlarda tereddüt yok. Hatta bazı olumlu edimleri de olabilir. İşveren bir şey sorduğu zaman olumlu yanıt verecek, bir zarar tehlikesi olduğu zaman gidip işverene bunu bildirecek. Belli noktalarda dediğim gibi sınırlı, işverenin haklı menfaatleri söz konusu olacak.

En önemli görünümünü yasa düzenliyor: Rekabet etmeyecek. Tabii ki rekabet etmeyecek, rakiple de çalışmayacak. İşverenle rekabet ediyorsa o kişinin işçi sıfatını bırakması gerekir, işçilikle rakip olmak bir araya gelmez. Rekabetten kaçınacak iş ilişkisi devam ettiği sürece, rakiplerin yararına bir şey yapmayacak, onlara işletme sırlarını açıklamayacak, işletmenin çalışanlarını ayartmayacak, bilgilerini başkasına vermeyecek, paylaşmayacak. Rekabet etmeyeceğini söylüyor yasa, ama burada biraz tereddütlü ifadeler kullanıyor ya da sakıncalı ifadeler belki: *"Hizmet ilişkisi devam ettiği sürece sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz"* diyor. Sanki hiç çalışamayacak, yan iş, ek iş alamayacakmış gibi bir ifade çıkıyor. Böyle anlamamak lazım, İsviçre'de böyle anlamıyorlar bu hükmü, özellikle kısmi süreli çalışan bir işçi elbette ki başka işlerde çalışabilir. Tam süreli çalışan işçi bile yan işlerde çalışabilir. İki yasağı var, iki sınırı var: Birincisi, rakibe hizmet etmeyecek, rekabet etmeyecek, ikincisi çalışma gücünü, performansını olumsuz etkileyecek şekilde kendini yormayacak. Bunlara yöneliyorsa iş, o zaman bunların yasaklanması imkânı var. Tabii sözleşmelerle de belli noktalarda bunun sınırlandırılması imkânı var, ama bunun dışında çok kesin bir yan iş ya da ek iş yasağı değil, asıl olarak sadakat borcuna aykırı olan bir ek iş ya da yan işte çalışma yasağı var burada.

Sır saklama borcu, işçi işle ilgili öğrendiği sırları iş ilişkisi devam ettiği sürece saklayacak. Özellikle üretim ve iş sırları diyor, biz genelde ticari sırlar, üretim sırları, iş sırları diye bunları tartışmaya başlıyoruz. Hayır,

işçinin saklayacağı sırlar sadece üretim ve iş sırlarından ibaret değil, bunları elbette ki saklayacak. Bunların yanında işverenin kişisel mali bilgilerini de saklayacak. İşyerinde bir çatışma varsa, bir olumsuzluk varsa bunu doğrudan gidip ilan etmeyecek, söylemeyecek. İşverenin kiminle görüştüğünü, ne yaptığını, ne ilaç kullandığını, vesaire gidip bunları ilan etmeyecek. Kişisel ve mali bilgilerini de saklayacak. İşle ilgili olarak öğrendiği sırları kural olarak saklaması, gizli tutması gerekiyor, ama devamındaki cümlede Türk iş hukuku öğretisinde kıyamet kopuyor deyim yerindeyse. Sözleşme sonrasında sır saklama borcu var mıdır işçinin? Haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür. Şimdi bir görüş diyor ki öğretide: Hayır, böyle bir şey olamaz, işçi bununla yükümlü tutulamaz. Eğer işveren sır saklanmasını istiyorsa, menfaati varsa, rekabet yasağı sözleşmesiyle birlikte onun geçerli koşullarına tabi bir sır saklama sözleşmesi imzalatmalıdır. Diğer görüş diyor ki: Hayır, böyle olmasına gerek yoktur, gerçekten haklı menfaati olabilir. Örneğin -verilen örnek çok hoş, benim hep aklımda kalıyor- Coca Cola'nın formülü gibi, oradan ayrılan işçi bu Coca Cola'nın formülünü de alıp götürmemelidir, onu saklamalıdır. İş ilişkisinden sonra da ayrı bir sözleşmeye gerek olmadan bu devam eder. Birisi aslında şu Coca Cola'nın formülünü açıklasa da hepimiz meraktan kurtulsak, ama bu formül bir şekilde zaten açıklanmıyor, onlar bunu güvenceye almışlar.

Peki, ne sonuca varmak lazım? Şimdi şu doğru, İsviçre'de de bizzat bu hüküm eleştiriliyor, olmaz deniliyor, işçiye bu kadar bir sır saklama borcu getiremezsiniz. Tabii sırrın ne olduğu ne kadar kullanılacağı, ne olacağını belirlemek de o kadar güç ki, ticari sırlar, müşteri sırlarıyla ilgili bir kanun tasarısı var, taslağı var. Orada da güya tanımlanmış, ama o tanımın içine her şeyi de sokabilirsiniz, bazı şeyleri de bırakabilirsiniz; bunu belirlemek gerçekten çok güç. Şimdi işçi bir işyerine girdi, bir şeyleri öğrendi, işin nasıl yapıldığını öğrendi, müşterileri öğrendi, işin püf noktalarını öğrendi ve o işyerinden çıktı. Benim çocukken çok sevdiğim bir kitap vardı, şimdi kızıma da okutuyorum. Aziz Nesin'in "*Şimdiki Çocuklar Harika*" diye bir kitabı, okulda öğretmenleri değişir, yeni öğretmen gelir, der ki: "*Eski öğretmeniniz ne öğrettiyse hepsini unutacaksınız, hepsini ben size yeni baştan öğreteceğim*" Bu mümkün olan bir şey değildir. Bir işyerinden ayrıldığında insan her şeyi unutmaz ya da beynine format atılmaz. Bütün sırları unut, bütün öğrendiklerini unut

şeklinde gidemez. Bunu sözleşmeyle bile nereye kadar yasaklıyorsunuz? Bunu ancak dar bir şekilde uygulayabilirsiniz. Gerçekten belki söylendiği gibi o Coca Cola'nın formülü gibi dar alanda uygulayabilirsiniz çok önemli bir formülden.

Ama asıl belki şu ayrımı yapıyor İsviçre'de öğretinin bir bölümü, bence o yapılabilir. İşçinin öğrendiği bilgileri kendisinin kullanmasını kural olarak yasaklayamazsınız, ama buradaki yasakladığınız işçinin o sırları, o bilgileri açıklamasıdır, duyurmasıdır ya da rakiplere gidip satmasıdır, vermesidir. Bunu yapma diyebilirsiniz, gerçekten bunu yapmamasında işverenin haklı bir menfaati vardır. Kullanma bakımından bu haklı menfaati çok dar anlamak lazım, ama sırrı başkalarına vermek, satmak bakımından, sırrı başkalarına iletip onları rakiplerin kullanmasını sağlama bakımından elbette ki işverenin haklı menfaati var, bunu yapmasını diyebilirsiniz. Böyle bir ayrıma gitmek belki bu hükmü normal bir seviyeye, normal bir zemine oturtur. Tabii haklı menfaat; bence şu da olur: Sadece üretim iş sırları değil, kişisel bazı sırları da, örneğin işverenin sekreteridir, evinde çalışan hizmetlisidir, işverenin hangi ilaçları kullandığını, kiminle bulduğunu, özel hayatındaki alışkanlıkları tabii ki gidip hiç kimseyle paylaşmamalıdır işçi, bunda da işverenin haklı bir menfaati olabilir.

Kısaca iki dakika izin verirseniz yeni bir konunun tanıtımını yapmak için fırsat olarak kullanacağım bunu, çünkü ben profesörlük takdim tezimi bu konuda yazıyorum, bu yaz sonuna inşallah bitirebilirim diye düşünüyorum. Whistleblowing denilen bu kavramın Türkçesini henüz ben bulamadım, çünkü Almanlar, İsviçreli de Almancasını, Fransızlar Fransızcasını bulamamışlar. Hepsi bu İngilizce kavramı kullanıyorlar. Anlamı ya da karşılığı şu: Sadakat ve sır saklama borcuyla şöyle bir ilişkisi var: İşçi işletmedeki hukuka aykırılıkları, etik kurallara aykırılıkları -belki güzel terim bu- ifşa ediyor, açıklıyor; kamuoyuna, yetkili makamlara duyuruyor, ihbar ediyor. İşyeri, işletme rüşvet veriyorsa, yolsuzluk yapıyorsa, kamuyu zarara uğratiyorsa, rekabet kurallarına aykırı eylemlerde bulunuyorsa, ama daha güncel örneklerden düşünelim; et ürünlerinin içine olmadık şeyler katıyorsa, süt yerine peynir altı suyunu içiriyorsa, buna benzer insan sağlığına zararlı ürünler çıkarıyorsa, bir üretim hatası nedeniyle bir binanın çökme olasılığı varsa, inşaatta kurallara uyulmuyorsa, çevre kirletiliyorsa, buna benzer olaylar varsa işçinin gidip bunları ifşa etmesi, duyurması, bunları açıklamasıdır whistleblowing.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yakın dönemde ilginç bir karar verdi, Almanya'yı mahkûm etti. Heinisch ismindeki bir çalışan yaşlı bakım yurdunda yolsuzluklar yapıldığı, yeterli bakım sağlanmadığına dair işverenini uyarmış, bir türlü önlem alınmayınca da gidip ihbar etmiş, bunun üzerine işten çıkarılmış haklı nedenle. İşe iadesini istemiş, Alman Mahkemeleri kabul etmemişler. Sonuçta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine kadar gitmiş. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki: *"Belli koşullara uymak kaydıyla işçinin ifade özgürlüğü, hak arama özgürlüğü, şikâyet hakkı iş ilişkisinde de korunmalıdır ve bu, işçinin bir vatandaş olarak toplum yararı ağır bastığında hukuka aykırılıkları gidip ihbar edebilmesini, ifşa edebilmesini gerektirir. Bunu da haklı kılar. Sadakat borcuna bir aykırılık yoktur"* Dünyada şu anda 37 ülkede kısmen veya tamamen bununla ilgili yasal düzenlemeler oluşmuş durumda. En ayrıntılı düzenlemeyi İngilizler yapmışlar. İngiltere'de bir feribot tasarım hataları nedeniyle batmış, araştırınca mühendisin bunu bildiğini, uyardığını, ama dikkate alınmadığını, işten atılırmı diye korkup, sesini çıkarmadığını tespit etmişler. Gidip ihbar etse, belki 100 kişinin hayatı kurtulacakmış, bunun üzerine yasa çıkarmışlar. PIDA yani Türkçe açılımı ile "Kamu Yararına İfşa Yasası" ile ihbar eden işçinin korunmasını açık kurallara bağlamışlar.

Amerikalılar ENRON'un yolsuzluklarını ortaya çıkaran birisinin işyerinde dikkate alınmadığını, susturulduğunu, alt kademeye indirildiğini fark etmişler. Uyarılsa ENRON batmayacak ve Amerikan borsası sallanmayacak, bir sürü kişi işsiz kalmayacakmış. Bununla ilgili yasal düzenleme yapmışlar. Sır saklama konusunda en ileri giden Japonlar bile, işçinin işverene sadakati olması gerekir diyen Japonlar bile yasal bir düzenleme yapmışlar; ifşa etmeyi meşru kılmışlar Fransızlar yolsuzlukla mücadele alanında kısmi bir düzenleme yapmışlar. İşletmede bir yolsuzluk, rüşvet verme olayı varsa, bunu ihbar eden işçiye kesin bir dokunulmazlık, muafiyet sağlamışlar yasayla. Almanlar tartışıyorlar, Nazi ve Doğu Alman geçmişlerindeki ihbarcılık nedeniyle biraz sıkıntıları var. İsviçreliler yasama çalışmalarına başladılar, iki sene daha sonra alsaydık, Borçlar Kanununu içinde bize de yasa hükmü olarak belki gelecekti. İşçinin dürüstlük kuralına uygun davranması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekiyor bunun tabii ki, yani işverene zarar verme amacıyla hareket etmeyecek, olan biteni işverenin rakiplerine değil, yetkili mercilere ileticek. Mümkün olduğunca önce dışarıya duyurmadan işletme içinde bunu halletmeye çalışacak, ama gerçekçi olalım, bunu yapan

işçinin başına gelmedik kalmaz. Hatta gelecekteki meslek hayatı bile tamamen yanar, ortadan kalkar. Bu medeni cesareti gösteren insanların özel olarak korunması ve bunun için neyin nasıl yapılacağıın usullerinin gösterilmesi gerekiyor bence. İşçinin kişiliğinin korunması ve işçiyi gözetme borcu 417. Maddede düzenleniyor. Bu madde önemli, İsviçre’de bu maddeyi temel hakların özel hukuk ilişkisine yansımaya yol açan, kapı açan bir madde olarak görüyorlar. Kişiliğini korumak kapsamında işveren işçinin temel haklarını koruyacak, özgürlüklerini koruyacak, Anayasal değerlerini, maddi manevi varlığını geliştirme hakkını, düşünce özgürlüğünü koruyacak, ona saygı gösterecek. İşyerinde dürüstlük yanlı bir terim, aslında onurlu çalışma hakkını koruyacak. Gözden geçirilmiş, Avrupa Sosyal Şartının (GGASŞ) 26. maddesi bizim de çekince koymadan onayladığımız onurlu çalışma hakkının korunmasını öngörüyor. TBK 417 ile içeriği örtüşen madde Metni şöyle:

“Âkit Taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak,

1- Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı;

2- Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı; taahhüt ederler.

İşveren onurlu çalışma hakkı kapsamında gerek GGASŞ 26 gerek TBK 417 uyarınca özellikle psikolojik ve cinsel tacizi engelleyecek. Yalnız mobbing’le ilgili mobbing’i ilk yazanların ya da konu üzerinde çalışanların çok katı bir sınırlaması var. Diyorlar ki: “Mutlaka işçinin işyerinden uzaklaştırılması amacıyla sürekli olan tekrarlanan baskıların yapılması” Şüphesiz bu tanım dar olabilir, ama bizim tanımımız, kavramımız biraz daha geniş. “Psikolojik taciz” demiş ve psikolojik tacizde bu onurlu çalışma hakkı GGASŞ 26. Maddenin 2. Fıkrası bizim iç mevzuatımızda da uygulanabilir. “İşçinin maruz kaldığı kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan yinelenen eylemleri önleyecek akit devletler”

diyor, buna yönelik önlem alacak, bu madde de onun sonucu. İşveren işyerinde işçileri bilgilendirecek, bilinçlendirecek. Taciz halinde nereye başvurmaları gerektiğini söyleyecek ve bunun önlenmesi için uygun bir ortam oluşturacak. Tacizciye karşı bazı yaptırımları uygulayacak ve çalışanlarını koruyacak.

Şuna karşı uyarıyorlar konuyu bilenler: Geçen aylarda bir sempozyumda Pınar Tınaz konuşmuştu ve diğerlerini dinlemiştim. *“Konuyu magazinleştirmeyelim Her olay mobbing değildir, psikolojik taciz değildir”* diyorlar. Birisi kabahatli olarak diğerine çatar, sataşır, bunun üzerine ondan tepki görür. Bunlar arasındaki çatışma mobbing değildir. İşe geç kalır, amiri tarafından azarlanır, bu mobbing değildir. Rekabete açık bir ortam vardır, bu mobbing değildir. Sürekli tekrarlanan, yinelenen davranışlarla kınanılacak şekilde ahlâka aykırı, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde işçinin küçük düşürücü, aşağılayıcı bir ortama, duruma maruz bırakılması mobbing'dir, psikolojik tacizdir, ama işten çıkma amacı ya da çıkarma, atma amacı bence mutlaka olması ya da kanıtlanması gereken bir şey değil.

Tabii kişilik haklarına müdahaleler sadece mobbing'den ibaret değil, işverenin psikolojik taciz sayılmasa da işçinin kişilik hakkına, temel hak ve özgürlüklerine müdahalelerden kaçınması zorunludur. Bu kapsamda verilen örnekler, işverenin zorunlu olmadıkça gizli kamera ile gözetleme, filme alma, telefonları dinleme, izin almadan özel mailleri okuma, psikolojik uygunluk testi yapmaktan kaçınmakla yükümlü olduğudur. Üretim ve verimlilik için zorunlu ise belli ölçüde açık gözetleme yapılabilir. Fakat işçinin tüm hareketleri izlenmemeli, gözetleme üretim alanı ile sınırlı kalmalıdır. Bunların dışında da kişilik hakkını ihlal eden işveren uygulamaları var. Gerçek hayatta bazı işyerlerinde görülen örnekler şöyle: Tuvalete 3 defadan fazla gitme, fazla tuvalet kağıdı kullanma, 5 dakikadan fazla tuvalette kalma yaşağı; alt kademede personelle konuşma, aynı arkadaşlarla yemeğe inme, başka birimdekilerle arkadaş olma yaşağı; hava kararmadan veya yöneticiden önce işten çıkma, öğlen ofisten çıkma yaşağı; esneme yaşağı. Nereden buluyorsun dersiniz, bir kariyer sitesi, insan kaynakları sitesi anket yapmış çalışanlar arasında en saçma yasaklar nelerdir diye, 1.700 kişi katılmış ve bunları söylemişler. Tuvalete ne kadar gittiklerinin gözetim altında tutulmasından esneme yaşağına kadar işyerinde maruz kalınan bu tip davranışlar, şüphesiz işçinin kişilik haklarına müdahalelerdir ve bu madde kapsamında ya da herhangi bir kapsamda zaten kabul edilemeyecek olmaması gereken şeylerdir.

İşverenin sorumluluğu konusunda 332. madde yerine 417'nin 2'si tabii ki işçinin iş sağlığının korunması, iş kazası meslek hastalıklarına karşı korunması bakımından devam ediyor. Şimdi burada hep tartıştığımız işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğu mudur, kusursuz sorumluluk mudur? Kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk tartışmasında dayanaklardan bir tanesi şuydu: Kusursuz sorumluluğu vardır diyenlerin gerekçesi madde metninde "hakkaniyet dairesinde tüm tedbirleri alması" denmesiydi. Yeni yasa bunu kaldırıyor, gerekli her türlü önlemi alacak diyor işveren için. Çok bir şey değişiyor mu? Aslında çok değişmiyor. Buna bağlı olarak artık kusursuz sorumluluk yoktur, kusur sorumluluğu olmuştur diyenler var. Medeni hukukçular ısrarla son fıkraya, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir hükmüne atıf yapıyorlar. Daha açık vurgulanmasına dayanarak yasa gerekçesinde de bu söyleniyor. Artık kusur sorumluluğu mu, kusursuz sorumluluk mu bunun tartışmasına son verdik, gerek kalmadı diyor Borçlar Kanunu yasa koyucusu ve medeni hukukçular hep bunun kusur sorumluluğu olduğuna doğru gidiyorlar.

Bizde de tartışma var. Bence buradaki yasa hükmü karşısında sözleşme sorumluluğu ve kusur sorumluluğu haline geldiğini, bu şekilde anlaşılması gerektiğini kabul etmek lazım, ama o kadar hâlâ yine basit değil. Birincisi, gerekli her türlü önlemi alması bekleniyor işverenden ve bunu kanıtlaması. Bunun takdirini yine hâkim yapacak ve burada işverenin kusursuzluğunu kanıtlayabilmesi gerçekten oldukça güç. İleri safhalarda gereken her türlü önlemi pek çok şeyi katabilmek mümkün, noksansız bütün araç gereci bulundurmaya kadar, ikincisi, işveren kusursuzluğunu kanıtlamak, yine sözleşme sorumluluğu kapsamında bunu ispat etmek zorunda. Çok önemli uygulamaya etkili bir değişiklik getirecek mi? Bence çok büyük bir farklılık doğurmayacak.

İş sözleşmesinin devri TBK 429 özel, TBK 205 genel olarak sözleşme devrini düzenliyor. TBK 429 eskiden beri kabul edilen düzenleme, bir bakıma yasa haline getiriliyor. Yargıtayın içtihatlarıyla öğretiyile zaten kabul edilmişti iş sözleşmesinin devredilebileceği. İş sözleşmesi devrinin mutlaka yazılı olması gerektiğini yasa öngörüyor. İşçinin yazılı rızası diyor, asıl olarak üç taraflı bir sözleşme bu, ama artık geçerlilik koşulu haline geldi. İşçinin yazılı rızası alınmadan başka bir şirkete geçirilmesi durumunda bu geçerlilik koşulunun gerçekleşmediğini, belki başka ilişkilerin söz konusu olduğunu, gerçek durumu araştırmak gerekebilir,

mutlaka işçinin yazılı rızasının olması, alınması lazım. Devralanın başlangıçtan itibaren bütün hak ve borçlarıyla sözleşme ilişkisine taraf olduğunu da yine düzenliyor yasa.

Genel iş koşullarından 5 dakika daha izin verirsiniz Başkanım, ondan bahsetmek istiyorum. Çok kısaca Borçlar Kanunu hizmet akdi hükümlerinde yer almasa da, genel iş koşulları artık denetlenmesi yönünde bir yasal dayanağa kavuştu. Genel işlem koşullarıyla ilgili denetim tabii ki iş sözleşmeleri, personel yönetmelikleri, işyeri uygulamaları bakımından da geçerli olacak. Çünkü bunlar genel iş koşulu niteliğinde. İleride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere işveren hazırlamış, sunmuşsa, bilgisayarda örneği varsa, çıktısını almış, işçinin önüne sunmuş, imzalatmışsa, bunlar genel işlem koşullarıdır. Müzakere etme olanağı olmuşsa, pazarlık edebilmişse, o zaman bu denetimden muaf olacaktır iş sözleşmeleri işyeriyle ilgili koşullar. Bu koşullarda bağlayıcılık kazanmaktan, açıkça bilgilendirmeden daha önce bahsettik. Bir içerik denetimini getiriyor yasa, TNK 25 *“genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”* diyor.

Şimdi bu denetim emredici kurallara, kişilik haklarına, ahlâka aykırılık denetimine bağlı değil, ondan ayrı bir içerik denetimi, sözleşme adaleti sağlamaya yönelik bir içerik denetimi. Sözleşmenin adil ya da en iyi olduğunu kabul eder ve mümkün olduğunca müdahale etmeyiz. Çünkü tarafların müzakeresi, pazarlığıyla kendileri için en uygun koşulları belirlediklerini düşünürüz, ama genel işlem koşullarında bu yoktur. Bir taraf hazırlar, ekonomik üstünlüğü ya da bilgi üstünlüğü ya da durumdan yana üstünlüğüyle diğer tarafın önüne koyar, buyur, imzala der. Banka sözleşmelerinde, kredi sözleşmelerinde hepimiz bunun örneğini görürüz, önümüze uzatılır. Bir kere ben bankada önüme uzatılan bir sözleşmeyi öyle okuyayım dedim, bütün banka personeli *“a okuyor birisi”* diye başıma toplandı. Okudum, ama okumaz olsaydım, okuduğuma göre hiçbir hakkım yok, kısaca banka haklıdır diye tek maddelik yazmış olsalardı yeterli olurdu zaten, ama ayrıntılı pek çok şeyi yazmışlardı. Bunların denetimi ve gereğinde geçersizliği anlamına geliyor içerik denetimi. Sözleşme adaletini sağlamak için, ama her şeye müdahale etmek de değil, gerçekten aşırıya kaçan, bir şekilde telafi edilmeyen, aykırılığın, ağırlığın çok bariz olduğu hükümlere müdahale edilmesi sonucunu getiriyor.

İş hukukunda uygulanır mı? Bir görüşe göre bu kadar emredici yasa hükmünün olduğu, işçinin böyle zaten korunduğu sözleşme özgürlüğünün sınırlandığı bir hukuk dalında bu uygulanmaz. Gerçekten uygulamanın belli niteliklerine dikkat etmek gerekebilir. Örneğin, Almanların bir hükmü vardır: “*İş hukukunun gerekleri dikkate alınır, iş hukukunun özellikleri dikkate alınır bu denetimde*” diyorlar. Yani “*bankacılık sözleşmesindeki denetimi getirip iş sözleşmesine uygulayamazsın*” diyor. Bizde maalesef böyle bir hüküm yer almamış, aksine daha ileri gitmiş, tamamen bir değişiklik yasağı öngörmüş Borçlar Kanunu, genel işlem koşullarının bulunan sözleşmede bir hüküm değiştirme yetkisi veren hükümlerinde yazılmamış sayılacağını öngörmüş TBK 24. Değişiklik yetkisi veren hükümler, örneğin nakil kayıpları, iş türünü değiştirme kayıtları, bunların geçersizliği gibi bir sonuca mı gitmemiz gerekiyor? Bence bu aşırı bir hüküm. İş hukukunun gerçekten bir bankacılık sözleşmesinden farklı özellikleri var. Ani edimli bir borç ilişkisinden farklı olarak zamana yayılan uzun süre devam eden bir ilişkide sözleşmede başta pek çok şeyi belirlemek çok güç, sonradan değişen koşullara belli noktalarda uyarlama yönünde kapıları açabilmek gerekirdi. Bu hükmün gelmesi dünyanın hiçbir yerinde tam böyle kesin bir hüküm yok, sadece hâkimin denetim yetkisi var, böyle kesin bir yasak yok. Biraz talihsizlik olmuş diye düşünüyorum.

Genel işlem şartlarının denetimini biz iş hukukunda hiç mi yapmıyorduk? Yapıyorduk tabii ki, her şeyden önce yasamızın getirdiği bir model var. Rekabet yasağı sözleşmelerini denetliyoruz hakkaniyete uygun mudur diye, süre, yer, konu bakımından uygun sınırlamalar içeriyor mu diye yasal bir içerik denetimimiz var rekabet yasağı sözleşmelerinde. Buna benzer bir denetimi Yargıtayımız yıllardır eğitim gideri karşılığı cezai şartta yapıyor. Eğitim gideri karşılığı cezai şartın işçiye bir nitelik kazandırmış olması, işçinin belli bir süre çalışmış olması, çok sayıda işçi için harcama yapılmışsa, bundan işçinin payına düşenin belirlenmesi gibi kriterlere göre bir denetim yapıyor ki, bu aslında bir içerik denetimiydi, genel işlem koşullarında olan bir içerik denetimi. Diğer bir örnek ikale. İkaleyi niye denetliyoruz? İkaledede şu olmasın diye denetliyoruz: Genel işlem şartı şeklinde işveren buyur, seni işten çıkarıyorum, ama önüne bu ikaleyi koyuyorum, işte bunu imzalarsan benim başıma davalar gelmeyecek, sana da belki şu kadar vereceğim ya da şöyle anlaşmayla çıkmış olacaksın dediği için işçiye dayatıldığı için. İşçi müzakere imkânı bulabildiyse, bundaki denetimimizin de tabii sınırlı olması lazım.

Çok kısa bir cümleyle 22. Hukuk Dairesinin bazı kararlarında olan bir husus var, oraya bir eleştiri getirmek istiyorum. Şunu kabul ediyorum: Zamanında bu ikalenin makul yarara göre denetlenmesini ilk belki ben önermiştim, ben yazmıştım. Gerçekten işçinin makul bir yararı var mı? Burada bu denetimin işverenden gelen teklif üzerine yapılması lazım. Bu denetim yapılırken bazı kötüye kullanımlar da olduğunu artık görüyorum, duyuyorum. Gerçekten bazen belli bir menfaati 2 ay, 3 aylık her neyse işverenle işçi oturuyorlar, gerçekten pazarlık ediyorlar. İşçi 2 aylık, 3 aylık ücretine diyelim kıdem ihbar yanında ek ödemeyi alıyor, ayrılıyor, sonra bir de tazminatı alalım diye bazı açılmış davalar olabiliyor. Kötü niyetli uygulamalar gerçekten kulağıma geliyor, bunu durdurmak lazım, doğru, ek yararı varsa, makul yararı varsa artık o ikaleyi geçerli sayarak durdurmak lazım.

Fakat şu bu kötüye kullanımın çözümü değil: Yüksek öğrenim gördüyse, bu ikale her halükarda geçerlidir şeklinde bir yaklaşım bence bir çözüm değil, çünkü yükseköğrenim görmek, cevval olmak, hakkını aramak, hele hele hukuk bilmek anlamına hiç gelmiyor. Öyle örnekler var ki, bırakın yükseköğrenimi, doçent, profesör düzeyinde özel üniversitede çalışıyor, hukukçu değilse önüne uzatılanı bazen öylece imzalıyor ne hakkı ya da ne durumu olduğunu bilmeden, bazen doktorun, mühendisin böyle bilmediği, bilemediği durumlar var.

Genel işlem şartlarına göre bir denetim yaptığımızda Borçlar Yasamız artık tüm sözleşmelerin genel işlem koşulu uygulandığında denetlenmesini öngörüyor. Yükseköğrenim görmüştür, görmemiştir, buna göre bir ayırım yapmıyor. Burada da buna göre bir ayırım yapmadan güvenceyi, korumayı sağlamak lazım diye düşünüyorum. Başka aklıma gelen örneklerim de var, ama Sayın Başkanımı daha çok üzmemek için artık son veriyorum, teşekkür ederim.

ÖMER HİCRİ TUNA (Oturum Başkanı)- Sayın Hocamıza teşekkür ediyorum. Süremizi oldukça aştık, ancak konu hem yeni, hem de çok kapsamlı, bu kadar geniş kapsamlı bir konuda bu kadar net ve açık görüşlerini bizimle paylaştığı için kendisine tekrar teşekkür ediyorum. Profesörlük takdim tezine de şimdiden başarılar diliyorum. Efendim, 15 dakika ara vereceğiz. Sayın Hocamıza tebliğ konusuyla ilgili sorusu olan arkadaşlarımızın kimlik bilgileri ve kurumlarıyla birlikte sorularını yazılı olarak vermesi halinde hocam cevaplama çalışacaktır.

ÖMER HİCRİ TUNA (Oturum Başkanı)- Değerli konuklar, çoğunluğumuz var herhalde, az önce de arz ettiğim gibi soruların tercihan yazılı olmasını istiyoruz daha net anlaşılıp cevaplandırılması yönünden, ancak ara sırasında bazı talepler geldi sözlü soru sorulması yönünde ve bazı açıklamalar veya katkılar yönünde. Tabii ki değerli katılımcıların bu taleplerini de haklı görmek gerekiyor, sözlü soru alma şansımız var çok uzatmamak kaydıyla, muhakkak meslektaşlarımızın tebliğ konusuy-la ilgili katkıda bulunma istemleri de olacaktır. Korsan tebliğ oluşturacak nitelikte olmamak kaydıyla kısa ve yine dediğim gibi altını çizerek tebliğ konusunda muhakkak açıklaması olan arkadaşlarımızın da söz alması mümkün. Şu anda yazılı soru hazırlayıp, vermek isteyen arkadaşlarımız varsa onları alalım, onun dışında sözlü olarak soru sormak veya katkıda bulunmak isteyen arkadaşlarımızın da isimlerini tek tek tespit edeyim, kısa kısa kendilerine söz vereceğim. Buyur Murat Hocam.

Doç. Dr. MURAT ENGİN- (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Size iki sorum var tartışma amaçlı ya da üzerinde düşünme amaçlı: Borçlar Kanunu ve İş Kanunu arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisini tartışırken İsviçre hukukunda bir genel Borçlar Kanunu olduğunu ve teknik konuları düzenleyen ayrı bir İş Kanunu olduğundan söz ettiniz. Oradan aklıma şu soru geldi: Bizde eskiden beri Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununun her birinin özel kanun olduğu mesela, İş Kanunu genel kanun olmadığı kabul edilir. Bu genel bir kabuldür, dolayısıyla Deniz İş Kanununda hüküm bulunmayan ya da Basın İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanuna gidilir, ancak İş Kanununa gidilmez. Fakat Borçlar Kanununun gerekçesinde de İş Kanununa atıf yapıldığına göre bundan sonra genel kanun, özel kanun kavramları yerine genel hüküm, özel hüküm kavramlarından gidersek hükmün hangi kanunda düzenlendiğinden bağımsız olarak ve mesela Borçlar Kanunu çalışma sürelerinin düzenlenmesi bakımından İş Kanununu âdeta genel hüküm gibi kabul ettiğine göre aklıma şöyle bir soru geliyor: Örneğin, Deniz İş Kanununun çalışma sürelerini düzenleyen hükümleri var, ama bazı eksikleri var. Mesela, Deniz İş Kanununda fazla çalışmanın yıllık süresinin 270 saat olduğuna dair bir hüküm yok. Halbuki bu İş Kanununda var. Bu Deniz İş Kanunu uygulaması bakımından sorun yaratıyor. Nasıl sorun yaratıyor? Fazla çalışma ücretlerinin ücrete dahil olduğuna ilişkin bir düzenleme iş hukukunda, iş sözleşmelerinde güncel ve Yargıtay da bunu kabul ediyor biliyorsunuz, bu aslında

eleştiriye açık bir düzenleme olmakla birlikte, aynı düzenlemeyi Deniz İş Kanununa tabi bir iş sözleşmesine konulduğunda -şimdi Yargıtay ne diyor İş Kanunu için? 4757 sayılı İş Kanununda böyle bir hüküm varsa, böyle bir hüküm 270 saate kadar olan kanuni süreyle sınırlıdır- işçi bunun üzerinde çalışmışsa, bunun ücretini yine alır. Deniz İş Kanununa tabi iş sözleşmelerinde de benzer hükümler görülüyor, ama orada 270 saat sınırı yok. Bugüne kadar diyorduk ki, İş Kanunu genel kanun değildir. Acaba borçlar hukukunun Borçlar Kanunundaki bu değişiklikten sonra -bu sadece verdiğim bir örnek, genel kanun-özel kanun ilişkisi yerine genel hüküm- özel hüküm ilişkisi olarak düşünüp, iş mevzuatını bir bütün olarak ele alamaz mıyız genel hükümler yönünden, özel düzenlemeler yönünden?

İkinci sorum sizin profesörlük takdim tezi konusuyla ilgili düdük ötürme sanıyorum onun İngilizce'si "whistle blowing" mi ya da "düdük çalmak" veya "ıslık çalmak" gibi bir şey.

Doç. Dr. MUSTAFA ALP- Suç işlendiği zaman oraya haber vermek, dikkati çekmek.

Doç. Dr. E. MURAT ENGİN - Hukuki anlamda böyle; aklıma şu geldi: Geçenlerde 17 işçinin öldüğü bir AVM inşaatı yangını oldu. Dün de gazetede okudum, iş güvenliği mevzuatına göre istihdam edilen iş güvenliği uzmanı daha çalışma başlarken teftişi yapmış, "*burada yangın çıkar, tedbir alın*" demiş, hiç kimse dikkate almamış, yazılı rapor verdiği halde; şu anda o da sanık olarak yargılanıyor. Dolayısıyla özellikle bu İş Güvenliği Mevzuatı değiştikten sonra, iş güvenliği uzmanlığı getirildikten sonra benim aklıma şu gelmişti: Bu iş güvenliği uzmanları bundan sonra kara koyun muamelesi görecektir. Her iş kazasında savcının önce el atacağı kişi olacak, kimi zaman haklı, çoğu zaman haksız ve İş Güvenliği Mevzuatında da iş güvenliği uzmanının görevleri, sorumlulukları, şusunun busunu yönetmeliklerde sayıyor. Yönetmeliklerde sayması da ayrı bir normlar hiyerarşisine aykırı, ama hak ve görevlerin fakat iş güvenliği uzmanının bir özel güvencesi yok veya bunun raporunu nasıl tutacağı, bu raporun kime sunulacağı. Mesela, iş güvenliği uzmanı tespit ettiği hususları doğrudan iş müfettişliğine ihbar edebilir mi, Sosyal Güvenlik Kurumuna ihbar edebilir mi, ihbar ederse başına ne gelir? Üzerinde çalıştığınız konunun mesela böyle bir boyutu olduğunu düşünüyorum. İş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi gibi özel görevli işçiler bakımından

mevzuatımızda ne gibi düzenleme yapılabilir bu sanık olarak yargılanma örneğinden de hareketle? Teşekkür ederim.

ÖMER HİCRİ TUNA (Oturum Başkanı) Biz teşekkür ederiz Sayın Engin. Başka soru sormak isteyen? Buyurun Sayın Özveri.

MURAT ÖZVERİ (Kocaeli Barosu, Çalışma ve Toplum Dergisi Genel Yayın Yönetmeni)- Ben de Akın ağabeyi saygıyla ve rahmetle anıyorum. Karınca kararınca bu komisyonun kuruluş aşamasından beri onunla birlikte çabalarımız olmuştu ve hocama da her zamanki gibi harika tebliği için teşekkür ederek hemen sorularıma geçmek istiyorum. Birincisi, malum herkes haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün işçilerin itaat borcu ve Borçlar Kanunundaki fazla çalışmaya ilişkin düzenlemelerde ayrıca tekrar edilmesinde bir murat var mıdır? Neden genel bir kural işçilerin yükümlülükleri belirlenirken işçiler bu talimatlara dürüstlük kurallarına göre uymakla yükümlüdür ya da işçiler fazla çalışma rızaya bağlıdır, ancak sonra dürüstlük kurallarına aykırı olmamalıdır gibi bir düzenlemede, acaba işçinin korunmasının dürüstlük kuralı çerçevesinde işletmenin çıkarları öncelenerek bir korunması, bir tercihi olarak değerlendirilebilir mi? Örneğin, işi yarım bırakıp gitti, iş bitene kadar çalışması gerekiyordu. 3 saat, 5 saat de olsa buna katlanmak zorundaydı. Aksi halde bu dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır işi yarım bırakması gibi tartışmalara zemin hazırlanamayacak mıdır?

İkinci sorum Borçlar Kanunu 408, izniniz olursa onu kısaca okumak istiyorum. İşveren iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. İş Kanunu 34. maddesine göre çalışmama hakkını işverenin temerrüdü nedeniyle kullanan işçi bu düzenleme karşısında çalışmadığı sürelerin ücretini isteyebilecek midir ya da daha teknik soralım: Borçlar Kanununun bu hükmü İş Kanunu 34. maddesindeki durum dikkate alındığında boşluk vardır, uygulanması gerekir denilebilecek mi? Teşekkür ederim.

GÜLGÜN KANER (Çalışma Bakanlığı İş Müfettişi)- Aynı zamanda yakın bir zamanda bir toplantıya katıldım. Uluslararası Türk Loydu'nda yapıldı denizcilikle ilgili, bir çalışma yürütülüyor ve Deniz İş Kanunu değiştirilecek ve standart bir çalışma şartları getirilecek. Bu nedenle bu konuya girelim dedim.

Prof. Dr. ERDEM ÖZDEMİR (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Sayın Başkanım, Sayın Mustafa Alp'e öncelikle tebliğü için çok teşekkür ediyorum. Yine her zamanki gibi büyük bir ke-yifle kendisini dinledik. Bu 332. maddeyle ilgili ben küçük bir açıklama yapmak istiyorum. İşverenin sorumluluğunun niteliği meselesi kusurlu sorumluluk mudur, kusursuz sorumluluk mudur ve Yeni Borçlar Kanunu bu konuda bir değişiklik getirmekte midir? Önemli bir soru, bu sorunun yanıtına bence şu şekilde bakmamız lazım: 332. maddeyi hatırlayalım: "*İşveren hakkaniyet dairesinde birtakım tedbirleri alması gerekir*" deni-liyor. Aslında maddenin konuluş amacına, kökenine, geçmişine baktığı-mızda tipik bir kusurlu sorumluluk var burada, hatta öylesine bir kusurlu sorumluluk var ki, işte işveren alabildiği kadar tedbir alsın, hakkaniyet dairesinde tedbir alsın. Yani "alamıyorsa alamasın" şeklinde bir anlatım var. Bu anlatımın esasında çağın gelişmelerine uygun olmadığını hep-i-miz kabul edebiliriz herhalde.

Şimdi bu konuda iki yaklaşım ortaya çıktı, burada kanunun boşluk taşıdığı yaklaşımı, bu yaklaşımın da özü şu: Kanunda bir örtülü boşluk vardır. Bir kanun vardır hakkaniyet dairesinde tedbir alacaksınız, ama bu kanun amaca cevap vermemektedir ve örtülü boşluk görüşünden hare-ketle bu örtülü boşluğun İş Kanununun ilgili hükümleriyle doldurularak kusursuz sorumluluğa ulaşan bir Yargıtay görüşüyle karşı karşıyaydık. Farklı açılımlar da vardı. Mesela, Hatemi Hocanın görüşü -bildiğim ka-darıyla Can Tuncay Hoca da aynı görüşe katılıyor- hakkaniyet daire-sindeki tedbirler ifadesinden burada yine kusursuz sorumluluğa ulaşı-yorlar, ama hakkaniyete dayalı bir kusursuz sorumluluk diyorlardı. Ben bunun çok isabetli olduğunu düşünmüyorum. Çünkü kanunun amacına baktığımızda hakkaniyetle ifade edilen böylesine kapsamlı bir yükümlü-lük getirmek değil, aksine işverenin alması gereken tedbirlerin boyutunu küçültmek, minimize etmek. Şimdi kusursuz sorumluluğa Yargıtay geçti ve bunu uzun zaman risk nazariyesine dayalı olarak istikrarlı biçimde uyguladı. Bu uygulamanın arka planındaki hukuki konstrüksiyon da ör-tülü boşluk görüşüydü. Şimdi şu soruyla karşı karşıya kalacağız: Acaba kanunda sıfır model bir kanun söz konusu olduğu için örtülü boşluk var diyebilecek miyiz? Dikkat ederseniz maddenin son fıkrasında sözleş-me-yeye dayalı sorumluluk hükümlerine atıf yapıyor, genel hükümlere atıf yapıyor. Yani kusurlu sorumluluğa doğrudan atıf yapıyor. Eskisinde de o var, yenisinde de bu var. Acaba kanun koyucunun iradesini kusurlu

sorumluluktan yana kullandığını söyleyebilecek miyiz ki, sevgili Mustafa Alp söyleyebileceğimizi ifade ediyor. Peki, bu doğru mu? Bunu da biraz sorgulamakta fayda var.

Şimdi bunu sorgularken de bence Yargıtayın özellikle 2008 sonrası çizgisini bilmemiz gerekiyor. Yargıtay 2008 sonrasında kusurlu sorumluluk noktasına yaklaşmaya başladı ve bunun en belirgin şeyi 2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında, Erikli sularıyla ilgili verilen kararda görüldü. Bu karara konu olan olayda su taşıyan bir çocuk vardı, asansör boşluğuna düşüyordu. İşverenin sorumlu olup olmayacağı tartışılıyordu ve orada işverenin sorumlu olmayacağı sonunda dosya gitti geldi, ulaşıldı. Yani kusurlu sorumluluk yönünde bir çizgi oluştu son 2-3 yıl içinde. Şimdi bu işçinin çok lehinde değil, ama öte yandan Yargıtay şunu da yaptı: Kaçınılmazlık kavramını sorgulamaya başladı. Son 3 yıldaki kararların bütününe bakın, birçok karar kaçınılmazlık noktasından yerel mahkeme kararlarını bozdu. Diyor ki, kaçınılmazlığı sen biraz daha bak, biraz daha kurcala, ben böyle basit şekilde kaçınılmazlık kabul etmiyorum. Aslında kusursuz sorumluluğun özünde de kaçınılmazlıkta ihalenin kime kalacağı tartışması bulunmaktaydı. Eğer kaçınılmaz bir durum varsa, buna işçi mi katlanacak, işveren mi katlanacak? Kusursuz sorumluluğa giden yolda buna işverenin kısmen katlanması gerektiği düşüncesi gerekçe oluşturmaktaydı. Şimdi Yargıtay ne yaptı 2008 sonrasında? Kaçınılmazlığı sorgulamaya başladı ve diyor ki: Her şeyi ben kaçınılmazlık olarak kabul etmiyorum. Aklına gelen bir-iki karar, arabanın freni patlamış, bu kaçınılmaz değil. Arabaya bakım yapsaydın bu fren patlamayacaktı. Yıldırım düştü, kaçınılmazlık mı? Geçenlerde eğitim verdiğim bir işyerinde işyerine paratoner takıyorlardı. Demek ki, artık yıldırım düşmesi bile kaçınılmazlık değil, dolayısıyla Borçlar Kanunu bu çizgiyle birlikte değerlendirdiğimizde kusurlu sorumluluğa doğru gidişi bu yapı hızlandıracak gibi görülüyor, ama Yargıtayın gelişim çizgisini de ben isabetli bulduğumu ifade etmek istiyorum. Kaçınılmazlığın sorgulanması son derece doğru, çağın gelişimi, bilimin ilerlemesi çerçevesinde baktığımızda öyle her şeye kaçınılmaz demek bence mümkün değil, ama yine kendi tebliğimde de bu eleştirileri yapacağım, borçlar hukukçuları acaba bu kanunu düzenlerken bilinçli olarak bir düzenleme mi yaptılar? Bütün bu dediklerimi bilerek, anlayarak, düşünerek, tartışarak mı bunu getirdiler, yoksa eskisini tekrar edelim, İsviçre'den tercüme edelim düşüncesiyle mi motomot bunu getirdiler? Burada çok ciddi tereddütlerim var.

ÖMER HİCRİ TUNA (Oturum Başkanı)- Biz teşekkür ediyoruz Sayın Özdemir.

Av. ABDÜLHALİM EKE (Ankara Barosu)- Konuşmayacaktım, ama söz almak zorunda kaldım. İşverenin sorumluluğu kusur esasına mı dayalıdır? Tamam, Borçlar Kanunu genel hükümlerindeki hüküm bu, İş Kanunundaki hükümler de var, ama her zaman kusurdan da doğmaz. Örneğin, meslek hastalığında bünyesel yatkınlıkla aynı koşullarda bütün önlemleri alsanız bile 100 işçiden bir tanesi hastalanabilir. Özel sorumluluk türlerine girilmesi gerekir. Tanı koyucu da tehlike sorumluluğunun Borçlar Kanunu 71'de düzenleyerek yeni bir hal yaratmış, yani artık kusur varsa tamam, Borçlar Kanununun hizmet akitleri çerçevesinde değerlendirilsin, ama tehlike sorumluluğuna dair bir işletme varsa 71. madde uygulamasına geçilecektir. O zaman şunu tartışırız: 71. madde işçiler için de uygulanacak mı, yoksa dışarıdaki zarar görenler için mi uygulanacak? Buna bakılır. Bence tehlike sorumluluğu bir de sınırlı sayıda olma ilkesinin dışarısına çıkarıldı. Buna benzer işletmeler denildi. Artık işverenin sorumluluğu neye dayanır ya da kusurlu sınırlandırılır mı diye tartışmaktansa, hangi hallerde hizmet akitlerine dair hükümlere gidilmeli, hangi hallerde tehlike sorumluluğuna dayanılmalıdır tartışılmalıdır. Teşekkür ederim.

Av. SAADET ÖZFIRAT (Ankara Barosu)- Bir alt işveren işçisinin asıl işverenin bilgisi ve rızası olmadan temin ettiği belgeleri muvazaa iddiasıyla ikame ettiği davada delil olarak kullanması ve kullanmasıyla da asıl işverenin ticari sırlarını, ticari organizasyonun müşterilerinin ve ticari ilişkiye girdiği şahıs ya da şirketlerin öğrenmesi, daha da önemlisi ürettiği mamulün bu Coca Cola örneğinde olduğu gibi ifşa edilmesi hususunda görüşlerinizi rica etmekteyim. Bu söz konusu delillerin mahkemece dinlenip dinlenemeyeceği ve işçinin hukuka aykırı olarak elde ettiği delillerin ne şekilde değerlendirileceği yönünde görüşlerinizi rica ediyorum.

ÖMER HİCRİ TUNA (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim efendim, buyurun. Varsa son bir soru alayım.

Yrd. Doç. Dr. AHMET SEVİMLİ (Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- 417'yle ilgili çok görüş bildirildi. Hassas bir konu bu, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından sorumluluğuyla ilgili. Abdülhalim Bey benden önce söyledi, ben de sizin gibi düşünüyorum hocam, yani TBK'daki düzenlemenin işverenin kusura dayalı so-

rumluluğunu öngördüğünü düşünüyorum. Ancak yine Abdülhalim Beyin söylediği gibi, belirttiği gibi 71 TBK 71 çerçevesinde önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler bakımından Yargıtayın bugüne kadar kullandığı tehlike nazariyesini ancak bu işletmeler bakımından kullanabileceğini düşünmekteyim Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe sonrasında. Ayrıca şunu da belirteyim, karşılaştırma yapılacak olan madde iki kanun arasında, yani çoğu kişi şunu yapıyor: Şu anki yürürlükte olan 332/1'le 417/2'yi karşılaştırmaktalar. Hayır, 332/1'le 417/1'in karşılaştırılması gerekir. Çünkü 417/2. fıkra sorumluluğun niteliğini ortaya koyan türden bir fıkra olmadığı düşüncesindeyim. Bir küçük sorum var bundan sonra, Türk Borçlar Kanunu 400. madde, yani bu işçinin sorumluluğunu düzenleyen maddeyle bizim İş Kanunumuzun 25. maddesindeki 2. fıkradaki 30 günlük ücretle karşılanamayan zarar arasındaki bir bağlantıyı da kurarsanız çok sevineceğim.

Son olarak Sayın Murat Hocamın belirttiği bu iş güvenliği uzmanlarının ve işyeri hekimlerinin koruması yok, doğru. Mevzuata baktığınızda ikisinin de tedbir alınmadığı zaman bakanlığa bildirme mecburiyeti var, ama bu bakanlığa bildirme mecburiyeti karşısında hiçbir korumaları yok. Yani bu bildirim gizli tutulacağına ilişkin bile bir hüküm getirilmiş değil. Somut olayda ben de çok rahatsızım, çünkü bu tür eğitimleri veriyorum ben, iş güvenliği uzmanları, işyeri hekimlerine şunu söylüyorum: Siz eğer gerekli tedbiri aldıysanız ve bunu da alınması gereken tedbiri alabilecek olan kişiye bildirdiyseniz artık sizin sorumluluğunuza gidilemez diyorum, ama somut olayda durum çok farklı geliyor. Eğer gerçekten risk değerlendirmesini yapmışsa o söz konusu iş güvenliği uzmanı ve de işte bunun sonrasında gerekli yerlere bildirdiyse, artık iş güvenliği uzmanının kendisinin almasına imkân yok ki, o tedbirleri, dolayısıyla mümkün olduğu kadar çabuk benim görebildiğim kadarıyla tutukluluğun sona ermesi gerekir gibi gözüküyor. Teşekkür ederim.

ÖMER HİCRİ TUNA (Oturum Başkanı)- Son bir soru alacağım, vaktimiz çok kaydı. Buyurun efendim.

Av. CEMAL DURSUN (Ankara Barosu)- Mustafa Hocam, sunumunuz için çok teşekkürler. Tehlikeye yatkın işin belirlenmesinde prim için esas alınan tehlike sınıfları tebliği kullanılabilir mi? Bu kullanılırsa felaket olmaz mı?

İkinci sorum da, whistleblower dediğimiz kişilerin benim kanaatim büyük ihtimalle işveren vekili olması söz konusu olacaktır. Çünkü işve-

renle en yakın çalışan, teşviki mesai yapan insanlar onlar, dolayısıyla onların bir güvenceden yararlanması doğru olmaz mı? Biz biliyoruz ki, bu kişilerin iş güvencesi de yok, sizin görüşünüz ne olur? Çok teşekkür ederim.

ÖMER HİCRİ TUNA (Oturum Başkanı)- Sorular bu kadar sanıyorum, buyurun Sayın Hocam cevaplamak için söz sizde.

Doç. Dr. MUSTAFA ALP - Borçlar Kanunu kapsamındaki herhalde bu tartışmalarımız bitmeyecek, uzun süre bir tartışma yaşayacağız. Sayın Başkan İzmir'deki bir toplantıda çok güzel bir şey anlatmıştı. Hani dünyaya tekrar gelecek olsan ne olursun diye olan bir konuşmada, bir sohbette imam olurum demiş birisi. Neden demişler, onun mevzuatı hiç değişmiyor demiş. Gerçekten Hicri Beyin bu fıkrası benim çok hoşuma gitmişti. Anlatıp kullanıyorum da, yani yanlış meslek seçtiğimizi düşündüğümüz bazı zamanlar oluyor, böyle mevzuat devamlı değişmeye başladığı zaman mevzuatı değişmeyecek bir alana gitmek mi gerekiyormuş diye, ama yok, bizim işimizin zevki de mutlaka burada, bu güzellikte tabii ki şu dönemde özellikle hâkim olmak zor, onu söylemem lazım. Her zaman zordu, ama mevzuat böyle değişirken belki daha da zor.

Şimdi öncelikle yazılı olarak iletilmiş bazı sorular da vardı. Av. Sait Karakay İstanbul Barosundan, onu okuyayım: İşverenin işçiyi işe alırkenki imzalattığı matbu yazılı iş sözleşmesini genel işlem şartı olarak değerlendirmek mümkün mü? Genel işlem şartı olarak kabul edilecekse, Yargıtayın bu sözleşmelere konulan önce şunu söyleyelim, işçi işe alırken imzalattığı matbu yazılı iş sözleşmesini genel işlem şartı olarak değerlendirmek mümkün. Sadece personel yönetmelikleri genel işlem şartıymış gibi bir yanlış algı var. Hayır, işverenin önceden hazırladığı, hele artık teknik imkânlar daha müsait, sadece isim, tarih, imza, belli yerleri doldurulan, değiştirilen matbu tip iş sözleşmeleri de genel işlem şartı içeriyor ve genel işlem şartlarının tabi olacağı sınırlamalara, denetimlere onlar da tabi. Devamında Yargıtayın bu sözleşmelere konulan a) Fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil çalışmalarının da kararlaştırılan ücrete dahil olduğuna, b) İşyeri naklinde işçinin haklı fesih hakkını elinden alan sözleşme hükümlerini geçerli kabul etmesini nasıl değerlendiriyorsunuz?

Şimdi buraya konulan bu hükümler, şunu da bir açıklığa kavuşturalım: Genel işlem şartı oldu diye mutlaka oradaki sözleşme hükmü geçersiz

değil. Otomatik bir geçersizlik yok. Hâkimin yapacağı bir değerlendirme oluyor. Sözleşmedeki tipik hak ve borç dengesine bir aykırılık var mı? Yedek hukuk kuralları varsa bunlara aykırılık var mı? Sözleşmenin doğasına aykırılık var mı? Özellikle işletme riski aşırı ölçüde işverene ait olan işletme riski ve ekonomik risk aşırı ölçüde işçiye yüklenmiş mi şeklinde bir değerlendirme yapılması, yoksa tüm hükümlerin geçersiz sayılması gibi bir sonuç değil, burada sözleşme geçerli. Fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil çalışmalarının kararlaştırılan ücrete dahil olması da sözleşmeye göre duruma göre geçerli de olabilir, geçersiz de olabilir. Bence Yargıtayın şu ana kadarki içtihadı bu konuda genel olarak isabetli, belli bir miktara kadar fazla çalışmaların dahil olması tabii düşünülebilir, ama bunun bir telafisi var mı? Buna karşılık belli bir ücret farkı var mı, yok mu gibi bir değerlendirme olabilir. Elbette ki nasıl asgari ücretle çalışan işçide bunların dahil olduğunu kabul edemiyorsak, belli bir orantısal farkı da gözetmemiz gerekir. İşyeri naklinde işçinin haklı fesih hakkını elinden alan, yani işverene iş değiştirme imkânı veren, bunun da asıl olarak benim görüşüm kullanımının kötü niyetli olup olmadığına bakılması yönünde işletme özellikle çok şubeleri olan, farklı yerlerde iş gücünü değerlendirmesi gereken bir işletmeyse, elbette belli noktalarda personel yapısı üzerinde tasarruf edebilmesi doğru olabilir, ama bu işçinin işten ayrılmasını sağlamak, cezalandırmak gibi amaçlarla yapıyorsa, o zaman bunun denetlenmesi gerektiğini düşünüyorum.

Sayın Av. Meltem Demir İstanbul Barosundan: *“Öncelikle çok aydınlatıcı ve kısa zamana sıkıştırılmış etkin bir konuşmaydı, kendi adıma teşekkür ederim”* demiş. Ben çok teşekkür ederim Meltem Hanım. Sorusu da şu: Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan özel okul öğretmenleri için hazırlanan sözleşmelerde genellikle 15-20 saatlik haftada ders karşılığında aylık sabit ücret ödeneceği hususu yer alıyor. Ancak günde 8-9 saat, hafta sonları da toplantılar, vesaire için 4-5 saat çalışan öğretmenler haftada 45-50 saat çalıştırılıyorlar. Fazla mesai ve ek ders ücreti ödenmiyor, sabit ücret alıyorlar. Buna göre sözleşmede yer alan 15-20 ders saati dışında yapılan etüt, toplantı, ek dersler, vesaire çalışmalar fazla mesai olarak değerlendirilebilir mi? Elbette ki, fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma olarak değerlendirilebilir.

Özel mevzuata hâkim değilim, elimde de yok, ondan yana bir rezerv koyuyorum, ama belirlenen çalışma süresini aşan çalışmalar tabii ki fazla çalışma olur. Burada fazla mesai kriteri ne olmalıdır? Örneğin, devlet okullarında ek ders ücreti veriliyor deniliyor. Buna bağlı olarak fazla mesainin ücretlendirilmesi nasıl olacaksa, ona göre yine belirlememiz gerekiyor diye düşünüyorum, ama dediğim gibi özel mevzuata hâkim olamadığım için bu konuda susma hakkımı kullanmak istiyorum.

Diğer sorulara geldiğimde, şimdi sorular genel olarak şu yönde geldi: Özellikle işverenin sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğu mu, kusursuz sorumluluk mu iş kazası meslek hastalığından doğan sorumluluk? Kusurun giderek kusur sorumluluğunun ağırlık kazanmakta olduğunu Erdem Özdemir de söyledi Yargıtay içtihatlarında buna doğru bir yaklaşma olduğunu, ama kaçınılmazlığın sorgulandığını söyledi. Şimdi kusur bile desek ben bu konuda Sarper Süzek Hocamın belirttiği görüşlere daha yakın oluyorum. Kusurun objektifleştirilmesi kavramını kullanmak gerektiğini düşünüyorum. Yani o özel durumdaki işveren elinden geleni yaptı mı, yapmadı mı değil, bir model işverenimiz teknolojinin tüm imkânlarını kullanarak gerçekten böyle bir durumda bu zararın doğmasını engelleyebilir miydi? Alınabilecek her türlü önlemi aldı mı diye objektif model bir işverene göre bu kusuru belirlemek lazım. Kaçınılmazlığın sorgulanmasına bence yasa da elverişli gerekli her türlü önlemi almasını söylüyor. Paratoner de buna bir örnek olabilir, gereken her türlü önlemi aldı mı, almadı mı akla gelebilecek olan her türlü önlemi?

Abdülhalim beyin söylediği gibi meslek hastalığı işçinin bünyesinden doğabilir. O da o zaman aklıma şu geliyor: İşçileri uygun bir şekilde belki muayene ettirmeliydi ya da bunlarla ilgili o zaman sağlık denetimlerini yapmalıydı. Yani burada bile hâlâ alınabilecek bir önlem var, kaçınılmazlığı burada geniş anlamamız mümkün. Borçlar Kanununun 71. maddesi tebliği hazırlarken benim de karşıma çıktı, artık burada ayrımına girmek istemedim, ama soru olarak geldi. Yasanın ifadesi, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin kusursuz sorumluluğunu öngörüyor. Türk hukukunda ilginç bir madde, İsviçreli bu adımı atmaya cesaret edemediler, onlar sektörleri belirlediler. Şimdi tehlike sorumluluğu nedir, yani kusursuz sorumlulukta biraz ayırt etmemiz lazım. Örneğin, adam çalıştırmanın sorumluluğu tam bir tehlike sorumluluğu değildir, kurtuluş kanıtı getirebilir. Tehlike sorumluluğundaysa kurtuluş kanıtı getirmeden onu sorumlu tutarız Karayolları Trafik Kanununda olduğu gibi. Buradaki

tehlike sorumluluğunu biz şu an çok genel bir hüküm noktasına oturtuyoruz 71. maddeyle. İsviçre'de, Almanya'da, pek çok ülkede örneğin nükleer santral işletenin sorumluluğu, havayolunu, havaalanını işletenin sorumluluğu gibi belli özel kanunlarla varken biz artık önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin işleticisinin sorumlu olduğunu kabul ediyoruz 71'le ve önemli ölçüde tehlike arz edenin ne olduğunu belirlemeyi de hiçbir belirleme yapmadan hâkime bırakıyoruz. Buna yönelik eleştiriler var. Yani hâkimin bir bakıma orada kişi olarak tamamen takdirine bağlı bir işletme önemli ölçüde tehlike arz ediyor mu, arz etmiyor mu? Bu tartışmaları bir yana bırakırsak, bizim için belki önemli olan tartışma şu soruydu: Bu hüküm dışarıya karşı mı geçerli? Yani bu işletmeden çevredeki insanlara yönelik gelecek tehlike bakımından mı önemli ölçüde tehlike arz etme, yoksa işçiler için de önemli ölçüde tehlike arz etme olabilir mi? Açık söyleyeyim, bu sorunun çok kesin bir yanıtı yok henüz, ama madde metninden anladığımız ve maddenin düzenlenişinden anladığım benim çıkardığım sonuç şu: O işletme sadece çalışanları için değil, herkes için, sokaktan geçen için de, çevrede yaşayan için de bir tehlike arz etmeli ki, bu kusursuz sorumluluğu, bu tehlike sorumluluğunu uygulama noktasına gidebilir.

Ara ara bazı şeyleri söylemek istersem bütünleştirmek, Ahmet Sevimli iş kazasından sorumlulukta yine aynı şeyi söyledi 71. maddede, 400. maddede işçinin sorumluluğuyla İş Kanununun 25/2. maddesinde 30 günlük ücretiyle karşılanamayan zarar. Ben Ahmet'ten daha açık söyleyeyim, burada bir çelişki doğuyor. Şimdi bir yandan diyoruz ki, tehlikeye yatkın bir işte çalışıyorsa işçi, onun verdiği zarardan ağır ihmali olmadıkça, kastı olmadıkça onu tam sorumlu tutmayalım. Sonra da öbür yandan İş Kanununa göre gidiyoruz, diyoruz ki, ama bu zarar 30 günlük ücretiyle karşılanamayacak tutara ulaşırsa, haklı nedenle işveren kідemsiz, ihbarsız onu işten çıkarabilir. Çatışmıyor mu? Çatışıyor tabii ki, bir yandan zararı işçiden talep edemez diyorsunuz, ama diğer yandan 25/2'den haklı nedenle fesihle işçiyi kapının önüne koyuyorsunuz tehlikeye yatkınlığa bakmadan. Buradaki çelişkiyi ya da buradaki çatışmayı herhalde 25/2'nin bir şekilde değiştirilmesi öncelikle yasa koyucuya yönelik bir taleple aşmamız lazım, ama 25/2 orada durduğu sürece tatmin edici bir çözüme de tam ulaşamayacağımızı düşünüyorum. Giderek belki madde 400'ü buradakini dikkate almamız gerekiyor, buna yönelmemiz gerekiyor.

Murat Özveri dürüstlük kuralı işçilerin itaat borcunda fazla çalışmada, yani Borçlar Kanununda evet, gerçekten metinden yana sıkıntı verici şeyler var. Arada öğleden sonra Erdem'in konusunda gelecek bu ibrada sürekli bankaların çıkması ortaya ve bu dürüstlük kuralının, hatta dürüstlük kuralları ilkeleri gibi çoğul bir kavram varmış gibi bol soslu yasanın her yerine dürüstlük kuralını serpiştirme şeklinde. Bizim Borçlar Kanunumuz, genelde bu Borçlar Kanunu medeni hukukçular da kabul ediyorlar, topu hâkime atıyor. Çok büyük ölçüde o somut olayda sen dürüstlük kuralına göre karar ver noktasına getiriyor. Dürüstlük kuralını biraz fazla kullanıyorum. Bu kadar gerek var mıydı, gerçekten genel bir dürüstlük kuralımız var, bu kadar çok dahil etmeye biraz da yer yer yanlış kullanmaya? Burada işvereni koruma mı? Tabii ki yerine göre bakmak lazım. Fazla çalışma konusunda açıkçası hem de fazla konuşma borcu diyor ve zorunlu durumlarda dürüstlük kuralına göre işçiden beklenebiliyorsa, çalışması gerekir diyor. Bir defa İş Kanunu kapsamında diğer kanunlar kapsamında uygulanmaması gerektiğini düşünüyorum, ama bu madde gerçekten işveren lehine işçinin fazla çalışmaya biraz daha mecbur bırakılabilmesine yönelik bir yol açıyor gibi, bir kapı açıyor gibi, o yönüyle isabetli olmadığını söylemek lazım. İtaat borcu bakımındansa, dürüstlük kuralının kullanılmasını zaten söylemese de biz bunu biliyorduk. İtaat borcu işverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlar her zaman Anayasaya, yasalara, iş sözleşmesine, toplu sözleşmeye aykırı olmamalı ve bunun yanında dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır. Söylemeye yine belki gerek yoktu, ama burada aksine işçiyi koruyucu şekilde vurgulandığını en azından ben düşünmek istiyorum, o şekilde öyle yorumlamak istiyorum.

Zor bir soru sordu Murat Özveri, 408. madde işveren temerrüdü İş Kanunu 34. maddesi iş görmekten kaçınma hakkı, işçinin ücreti ödenmediği durumda iş görmekten kaçınma hakkı var 34. maddemize göre. Sorun tabii şu: İş görmekten kaçınıyor, ama iş görmekten kaçındığında ücrete hak kazanıyor mu? Asıl sorun burada, Yargıtay bunun olmayaçağına karar verdi. Gerekçe olarak yanlış diyemeyeceğim bir gerekçe kullandı. Yasa koyucunun iradesi bu yöndeydi dedi. İş sağlığı güvenliği nedeniyle iş görmekten kaçınmasında bu şekilde hüküm var, ama burada olan hükmü yasa koyucu yasalaşma aşamasında çıkardı dedi. Şimdi bunu çıkardığınız zaman ne oluyor? İşçiyi korumaya çalışıyor gibisiniz, ama işverene aslında çok geniş bir yetki veriyorsunuz siz burada, yani

işveren işçiyi işten çıkartmak istemiyor. Diyelim tazminatları ödeyemedi, sözleşmeyi feshetmiyor, ücretsiz izne razı edemiyor, kısa çalışmayı bir şekilde istiyor ya da olamıyor ya da bir şey var, ödemiyor ücretini, 20 gün geçtikten sonra istersen iş görmekten kaçın, ben ücret ödememeye devam ediyorum sana. Güzel, esnek bir şekilde ben seni böylece ücretsiz izne çıkardım gibi bir imkân, yani bu hüküm amaçlananın tam aksi bir sonucu veriyor böyle uyguladığınızda. Öyle ya da böyle bu hükmü uygulamak, bu şekilde uygulamak haklı değil. Buradaki işveren temerrüdünün genel sonucunu uygulamak lazım. İşveren ücreti ödemiyorsa, işçinin çalışmasını engelliyor, çalışması için gerekli koşulları oluşturuyor demektir. İşveren temerrüdü vardır, ücret ödememe ve iş görmekten kaçınma halinde bence hiç tereddütsüz 408. maddeyi uygulayıp, işçinin bu durumda ücretini talep edebileceğini kabul etmek gerekir.

Toplantıdan sonra nasıl olsa İzmir'e gideceğim, onun için bazı şeyleri böyle söyleyip, kaçabilirim. Şimdi Deniz İş Kanunundaki fazla çalışma Murat, nereden buluyorsun bu soruları? Deniz İş Kanunu hükümleri tabii şu an elimde de yok, onu bir tam değerlendirebilme, hatırlayabilme durumunda da değilim. Gece pek iyi uyumadım, onu söylemem lazım, ama 270 saatin dahil olması genel hüküm-özel hüküm olarak görmek, şimdi ne olursa olsun şundan bence vazgeçmeyelim, ortamı çok fazla karıştırmayalım. Borçlar Kanunu bizim genel kanunumuz olarak bir kenarda kalsın, İş Kanunu diğer kanunlara göre bir genel kanun durumuna getirmeyelim, ama her zaman elimizde şu olasılık var: Doğru, gerekçesinde ve hazırlanışında da bazı hükümlerde Borçlar Kanunu İş Kanunundan yararlanmış. Daha da açık bir şekilde bize kapı açmış. Bir boşluk olduğu zaman bazı konularda düzenleme bulamadığımız zaman, ama bunun düzenlenmiş olması gerekiyor dediğiniz zaman bu boşluğu bence doldurmak da kıyas yoluyla İş Kanunu niteliğine uygun düşüyorsa, onu uygulamak yoluna gidelim, bu kıyasa doğru yönelelim.

Bu 270 saat sınırını tam olarak uygulayabilir miyiz? Aslında Deniz İş Kanunu değişecekmiş, Deniz İş Kanunu tabii farklı gerekleri ve farklı hükümleri de olabilir. Tam bunu aktarabilir miyiz bilmiyorum, ama şu düşüncüyü aktarabiliriz: Bunun bir sınırı olmalıdır, fazla çalışma hiçbir sınırı olmadan dahil olmalıdır şeklinde bir hükmü aktarmamalıyız, ama o sektörün gereklerine göre bunu 270 saatten az da tutabiliriz, 270 saatten fazla da tutabiliriz. O konuda yasa bize bir sınır getirmediği sürece özgürüz diye düşünüyorum.

Şimdi biraz atlayarak, yani bazı özellikle uzun yanıtlamak istediğimi daha sona bırakıyorum belki, ama Saadet Hanımın sorusu vardı. Alt işveren işçisi asıl işverenin rızası olmadan belgeleri temin ediyor, davada kullanıyor. Ticari sırlar, üretimle ilgili sırları ifşa ediyor. Muvazaayı kanıtlamak için kullanıyor anladığım kadarıyla asıl işveren işçisi olduğunu kanıtlamak için bir bakıma, mahkeme bu delilleri değerlendirir mi? Tabii yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu çok daha açık bir şekilde *“hukuka aykırı şekilde elde edilen delil değerlendirilmez, dikkate alınmaz, ispata esas olmaz”* diyor, ama şunu da belirtmek lazım: Eğer asıl işveren, alt işveren muvazaa yapıyorlarsa, onlar da tabii hukuka uygun davranmıyorlar. Belki şu sınırlamayı getirmem gerekiyor: İşçinin kendi iddiasını kanıtlaması ya da kanıtlanmasıyla ilgili konular burada eğer dediğiniz öyle bir şey varsa ürettiği mamulün sırrının ifşası gibi şeyler varsa, ona gitmemeli. Hiçbir şekilde bu noktaya varmamalı. O üretilen üründen insan sağlığına, çevreye bir zarar doğmuyorsa ya da biz bal diye glikozdan, şekerden üretilmiş şeyleri yemiyorsak, o işletmeden, yoksa bunda çok şiddetli ısrarım var, bunda menfaatimiz var, orada üretim sırrı filan yoktur, onun açıklanması lazım, ama bunun dışında üretim sırlarını, yani hakkını korumak için gerekenden daha fazlasını hiçbir şekilde açıklamamalı ve bunlar değerlendirilmemeli diye düşünüyorum. İlke olarak en azından bu söylenebilir diye düşünüyorum.

Şimdi whistle blowing'le ilgili bazı sorular oldu. Tehlikeye yatkın işin belirlenmesinde bu prim ölçüleriyle ilgili bir soru vardı galiba. Hayır, bence o dikkate alınmayacak, daha çok somut olayın özellikleri ya da mesleğe bakmak lazım. Sosyal Güvenlik Kurumunun değerlendirmeleri esas değil diye düşünüyorum, ama yararlanılabilir belli noktalarda.

İşçinin ifşa etmesi whistle blower, whistle blowing, şimdi burada şeyle bağlantılı olarak soruldu, iş sağlığı güvenliğiyle bağlantılı olarak soruldu. İş güvenliği uzmanları, işyeri hekimleri, çok güzel soru, bana sordukları için teşekkür ederim. Belli noktada tezde yazmakta olduğum belli bir şey, değinmek istediğim bir konuya belki imkân verilmiş oldu. Bu tabii kötü bir şey oldu, Başkanımı biraz daha burada tutacağım demektir bu, birkaç dakika daha hoşgörüsüne sığınarak.

İş sağlığı güvenliği uzmanına, işyeri hekimine biz yükümlülük getiriyoruz. Diyoruz ki, bütün bu değerlendirmeleri tedbirleri alacaksın, bunların riskini değerlendireceksin, uyarı yapacaksın, hatta yeni düzenle-

melerde- Ahmet söyledi sanırım- bakanlığa bildirmeye kadar, çalışma müfettişine ihbara kadar yükümlülük de öngörüyoruz ve bunların sonunda da okkanın altına o gidiyor Murat'ın anlattığı olayda tutuklanıyor. Adam hapiste, ama adam gidip ondan sonra bunu yapmasın, bu sırrı ihbar etsin, bu yükümlülüğünü yerine getirsin, başına gelen ne olur? Sözleşmesinin feshedilmesini bırakın, o adam bir daha hiçbir yerde iş bulamaz. Onun mesleki hayatı yanar, tamamen mahvolur. Şimdi buna yönelik bu nedenle de özel düzenleme ihtiyacı var. İş sağlığı güvenliği konusunda Avrupa Birliği'nin yönergelerinde bu ihbar yükümlülükleri getirilirken iş güvenliği uzmanına da getiriliyor, işyerindeki işçi temsilcisine de getiriliyor. Sen gerekli makamlara başvurabilirsin, ihbarda bulunabilirsin, bununla ilgili üye ülkeler mevzuatlarında düzenleme yapsın ve işçilere işyeri temsilcisine, iş sağlığı güvenliği temsilcisine ve iş sağlığı güvenliği uzmanına özel güvenceler sağlansın diyor. Çeşitli Avrupa ülkeleri bunu sağlamışlar, Almanya'da çok özel ayrı bir güvencesi var iş sağlığı güvenliği uzmanının ve işçi temsilcisinin, işe iadeden daha kapsamlı, daha ileri bir korunması var. Normal feshe karşı korunma yasasından daha ileri bir düzenlemesi var.

Bizde durum nasıl? Bizde sadece ihbar yükümlülüğü var, ama koruma yok. Bu öngörülüyor muydu? Çok ilginç bir şekilde o artık tamamen bir mevzuat mezarlığına döndü ya, o tüzük tasarıları, yönetmelikler iptal edilenler, iptal edilen yönetmeliklerin bir tanesinde vardı. Böyle bir güvence getiriliyordu. O genel olarak bu madde nedeniyle değil, iptal edildi. Şimdiki kanun tasarısına bakıp okuduğum zaman ihbar yükümlülüğü var, ama özel bir güvence koruma hâlâ yok. Bunun ki, şu anki yasa tasarısı Avrupa Birliği mevzuatını esas aldığını iddia ediyor gerekçesinde. Avrupa Birliği mevzuatını esas alıyorsak, bu özel güvenceyi neden atlıyoruz? Bu güvenceyi mutlaka sağlamamız gerekiyor. Bu özel güvence ne olmalı? Cemal Beyin sorusuyla da birlikte özellikle işveren vekilleri üst düzey yöneticiler olabilir, ama biz onlara iş güvencesi bile sağlamıyoruz. Bu özel güvence her şeyden önce sadece iş güvencesi, öncelikle belki şu anki iş güvencesinden ayrı kesin bir iş güvencesi ya da yüksek bir tazminat bakın, İngilizler, Amerikalılar işe iadeyi tanımazlar. İşe al, işten at, "fire end fire" dedikleri prensip geçerlidir, ama bu şekilde ihbar eden, hukuka aykırılığı ifşa edenleri İngilizler yasayla, Amerikalılar belli noktada yasayla ya da yargı içtihadıyla korurlar, işe iadeye karar verilir. İşe iade istenmiyorsa, uygulanamıyorsa da yüksek bir tazminata hükmedilir. Sırf onlara özel bu durumda olan kişinin konumunu, görevini

ayırt etmeden sağlanmış bir iş güvencesi var. Bundan daha ilerisini ihtiyacımız var. Çünkü Ceza Kanunumuz olmadık bazı maddeler içeriyor. Ticari sırların ifşasıyla ilgili maddeler de içeriyor. Buradaki sorumlulukta gördüğümüz gibi iş güvenliği uzmanının hapse girebilmesine de yol açıyor. İfşa eden kişinin her türlü hukuki cezai yaptırımında haklı olarak dürüstlük kuralına uygun olarak, ölçülülük ilkesine uygun olarak ifşa görevini, bu toplumsal görevini gösteren, yerine getiren, bu medeni cesareti gösteren insanın gerçekten çok yüksek bir tazminatla ödüllendirileceği belki bir bakıma ve hiçbir hukuki ya da cezai takibe uğramayacağına dair bu güvenceyi, bu durumu sağlayabilmek için özel düzenlemeye ihtiyacımız var. Yoksa tespit edilmiş olan bir gerçek var, belli şeylerin aydınlanabilmesi içinde bulunduğumuz çağda ancak işletme içinden birinin bir insider'ın bilgi vermesiyle mümkün. Yoksa dışarıdan savcılığın, polisin, belli şeylerin tespit edebilmesi, anlayabilmesi bazı şeyleri çok çok güç, ancak bu yardımla tehlikeleri önleyebilir, toplumu, toplum sağlığını, güvenliğini koruyabiliriz. Bu nedenle de bu özel korumanın olması gerektiğini en başta iş sağlığı ve güvenliği alanında işyeri hekimlerine, iş güvenliği uzmanlarına ve işçi temsilcilerine bu güvencenin özellikle işyeri sendika temsilcisi ya da iş sağlığı güvenliği temsilcisine sağlanması gerektiğini, ama sonra da herkese yönelik bu güvencenin olması gerektiğini düşünüyorum.



İKİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: MESUT BALCI (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı)

MESUT BALCI (Oturum Başkanı)- Öncelikle bu sempozyumu düzenleyen İstanbul Barosuyla Galatasaray Üniversitesine bizzat emeği geçenlere, sunumlarıyla katılanlara çok teşekkür ediyorum. Tüm katılımcılara da saygılarımı sunuyorum.

Türkiye’de kanun yapma tekniği açısından benim çok eleştirdiğim bir şey var. Biz kanunları yaparken sadece metinler üzerinde çalışıp, bunun sonuçları üzerinde hiçbir araştırma yapmadan bunu yürürlüğe koyuyoruz. Ondandan sonra da hatalı şeyleri tespit edip, bunları düzeltmeye çalışıyoruz. Bu kanunları yaparken ne kadar davaya neden oluruz, ne kadar problem yaratırız, bunun üzerinde hiç durulmuyor ve böylece ihtilafları çoğaltmaktan başka işe yaramayan düzenlemeler yapıyoruz. Tabii ki köklü değişiklikler de bazen yapmak gerekiyor. Bu yönde yeni Borçlar Yasası genelde beğenilen güzel bir düzenlemeler içeriyor. Özellikle hizmet akdi bakımından daha geniş, daha önce eskiye yasada yer almayan hükümler konulmuş, bazı hükümler genişletilmiş. Şimdi bu konuda bunun daha önce İş Yasasıyla ilgili nasıl birbirlerini etkiliyor, bu konular çok önemli. Gerçi bizim dairenin direkt uygulama alanına girmiyor, ama ben sabahki oturumdan kaçınılmazlık ilkesinden, dairenin bu uygulamayı değiştirdiğinden söz edildi. Biz uygulamayı değiştirmedik, sadece kaçınılmazlığın tanımına uygun hale getirdik. Yani bu tanımın dışındaki olaylarda kaçınılmazlık diye değerlendiriliyordu. Biz bunu kaçınılmazlığın ne olduğunu ortaya koyduk, tanımına göre uygulanmasını sağladık ve bu içtihatlar da böyle oluşmuş oldu.

Şimdi sözü “*Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler*”i bize anlatacak olan Sayın **Prof. Dr. Erdem Özdemir**’e bırakıyorum. Şunu söyleyeyim, akşam saatim bozuldu, sayın konuşmacı zannetmesin ki, sınırsız konuşması, cep telefonumda da saat var, oradan takip edeceğim. Buyurun efendim.

YENİ BORÇLAR KANUNUNUN HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN 4857 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ İŞ İLİŞKİLERİNE ETKİLERİ

Prof. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. Giriş

Yeni Borçlar Kanununda, sadece bu kanun kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm işçileri de etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir. Hemen, genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, kanunkoyucunun çağdaş iş hukukunun gelişim çizgisini yakalayamadığı, İş Hukukumuzda göre geri olan İsviçre Hukukundan gereksiz yere fazlasıyla etkilendiğini görülmektedir. Yapılan düzenlemeler, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçiler bakımından kısmen bir “iyileştirme” olarak nitelendirilebilir. Ancak, işçiye yıllık izin hakkı tanımayan, cüzi bir ihbar tazminatı hakkı veren, kötüniyet ve kıdem tazminatı benzeri bir hüküm içermeyen, fazla çalışmanın hukuki sonuçlarını belirsiz ve soyut ölçütlere bağlayan, iş kazalarına karşı önlem alma yükümlülüğünü “hakkaniyet” ile sınırlandıran bir kanunun yerine ne yapılırsa yapılsın bu şekilde vasıflandırmak mümkün olabilecekti. Dolayısıyla, Yeni Borçlar Kanunundaki hükümleri sadece 818 sayılı Kanunun ilerisinde olduğu için “ileri” ve “çağdaş” düzenlemeler olarak değerlendirmemek¹, bu konuda aceleci davranmamak gerekmektedir.

Borçlar Kanunu hükümleri, genel kanun olması dolayısıyla iş kanunları kapsamındaki işçileri de etkilemektedir. Buna göre iş kanunlarında düzenlenmeyen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Konu ile ilgili yapılan bilimsel toplantılar ve yayınlar incelendiğinde, öğretilerde borçlar kanununun boşluk doldurucu işlevine geniş bir

¹ Yeni Borçlar Kanununun “çağdaş” ve “ileri” olduğu yönünde görüşler ileri sürülmeye başlanmıştır. Bu yönde: E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), SİCİL, Haziran 2011, 30. Bu görüşe katılmadığımızı, Kanunu çağdaş bulmadığımız gibi, ciddi hukuki ve teknik hatalarla dolu olduğunu düşündüğümüzü ifade etmek gerekir. Çalışmamızın hemen her yerinde söz konusu hata ve eksiklikler vurgulanmış bulunmaktadır.

anlam yüklenmeye başlandığı görülmekte; özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin iş kanunlarında getirilen tazminat hükümleri ile birlikte uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmektedir².

Aşağıda ayrıntılı olarak izah edeceğimiz üzere, biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu bağlamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.

Borçlar Kanununun öncelikli işlevi, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçilerin iş ilişkilerini, bu kapsamdaki işçiler ile büyük bir fark yaratmadan düzenlemek, eşit, dengeli ve adil bir düzen getirmektir. Nitekim bu husus Kanunun Genel Gereğesinde “...*bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük bir fark yaratılmamaya çalışılmıştır*” anlatımı ile son derece açık biçimde ifade edilmiştir³. Ancak Genel Gereğede belirtilen hedefe maalesef ulaşılamamıştır. Çağdaş iş hukukunun iş sözleşmesinin feshi ile ilgili en temel esasları olan işçinin feshe karşı korunması ve işçinin kıdeminin ödüllendirilmesi düşünceleri gözardı edilmiştir. Yine Kanunda getirilen tazminat hükümlerinin dengesi sağlanamamıştır. İş sözleşmesinin sona ermesi ve buna bağlı hukuki sonuçlar son derece tutarsız bir biçimde düzenlenmiştir.

Bu durumda, bize göre öncelikli olarak yapılması gereken, Borçlar Kanunu hükümlerini öncelikle doğru biçimde değerlendirmek (aşağıda, II), ardından İş Kanunu hükümleri ile ilişkisini bu değerlendirme neticesinde elde ettiğimiz sonuçlara göre ele almaktır (aşağıda, III). Bu yapılmaksızın kanunları kıyaslama yoluna gitmenin, Borçlar Kanunu hükümlerini adeta olması gereken isabetli düzenlemelermiş gibi ele almanın ve birebir aynı nitelikte bir düzenleme görülmediğinde İş Kanununda “*boşluktan*” söz etmenin isabetsiz olduğunu düşünüyoruz. Bu sistematik yapıya uygun olarak temel görüşümüz gerekçelendirilecektir. Çalışmamızda, konu başlığında da açıkça ifade edildiği üzere 4857 sayılı

2 P. Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15; E. Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, SİCİL, Haziran 2011, 32 vd; K. Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler –Tebliğler, On İki Levha yay., İstanbul 2012, 324-325; E. Gülver, Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İHD, Cilt: 8, Sayı: 31, 2011, 1020-1021.

3 E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.

Kanun kapsamındaki ilişkilerle sınırlı kalmak kaydı ile Borçlar Kanunu hükümlerinin etkisi incelenecektir.

II. Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri

1. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler

a) *Temel eksiklik: Feshe karşı koruma ve kıdem ödüllendirilmesi işlevinin göz ardı edilmesi*

Hizmet sözleşmesinin işverence nedensiz olarak feshi durumunda, işçiye kıdem tazminatına karşılık gelecek nitelikte bir tazminat ödenmesinin söz konusu olmaması Borçlar Kanundaki önemli bir eksikliği⁴. Yeni Borçlar Kanununda bu eksikliği *giderir gibi görünen* bir hükme yer verildiği görülmektedir. Nitekim 438. maddeye göre; işverence yapılan ve haklı sebebe dayanmayan fesihlerde hakim tüm koşulları dikkate alarak işçiye 6 aylık ücretini aşmayacak oranda tazminata hükmedebilecektir.

Ancak bu tazminatın belirttiğimiz işleve sahip olduğunu söylememiz mümkün görünmemektedir. Bu tazminat, **sadece haklı sebebe dayanmayan fesihlerde** söz konusu olacaktır⁵. Buna karşılık işçinin kıdemini ödüllendirilmesi düşüncesi yeni Borçlar Kanununda cüzi bir ölüm tazminatı dışında yer almamaktadır. Örneğin işveren 30 yıllık kıdemi olan bir işçinin işine ihbar süresine uyararak son verdiğinde, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçinin eline ihbar süresine ait ücret dışında hiçbir şey geçmeyecektir. Diğer iş kanunları ile kıyaslama yaptığımızda, bu durumun **bizce eşitlik ve adalet ile bağdaşır yanı yoktur**.

İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, 4857 sayılı Kanun kapsamındaki işçiler kıdem tazminatından yararlanabilmektedir. Kıdem tazminatı, tarihsel gelişim süreci içinde baktığımızda, bir yandan işçiyi feshe karşı koruma, öte yandan işçinin kıdemini ödüllendirme işlevlerini kazanmış bulunmaktadır. Esasen bunlar çağdaş iş hukukunun "*olmazsa olmaz*" koşullarıdır. Borçlar Kanunu kapsamında kalan iş-

4 E. Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, SİCİL, Aralık 12011, 107.

5 Tazminata hükmedilirken İsviçre Hukukunda kabul edilen "işçinin yaşı, sosyal seviyesi, feshin kişisel değerlere etkisi, kötü niyetli olup olmaması" gibi ölçütler bunun haklı sebebe dayanmayan fesihlere özgülendiğini göstermektedir. Nitekim, İsviçre 'de bu maddenin getirilmesindeki amacın da "işverenin haklı feshe kolayca sığınmasını önlemek" olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.

verenlerin ekonomik güçsüzlüğü de bize göre bu düzenleme biçimine asla gerekçe olamaz. Borçlar Kanunu ile yapılan bilimsel toplantılar ve yayınlar incelendiğinde, bugüne kadar belirttiğimiz hususun gündeme gelmediği görülmektedir. Bu yayınların yaklaşık bir yıllık bir geçmişe yayıldığı dikkate alındığında, **böylesine temel bir hususun iş hukuku akademik camiasının da hiç dikkatini çekmemiş olması son derece düşündürücüdür.**

İşverenin bildirimli fesih hakkının sınırlandırılması (işçiyi feshe karşı koruma) konusunda Borçlar Kanununda iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kötüniyet tazminatı, diğeri ise ihbar sürelerine ve tazminatına ilişkin düzenlemelerdir. Bu hükümler de aşağıda inceleyeceğimiz üzere işçiyi feshe karşı koruma ve kıdem ödüllendirme düşüncelerine yeterli düzeyde hizmet etmemekte, çağın çok gerisinde kalmaktadır.

b) Kötüniyet tazminatı: İsaletli olmakla birlikte geniş uygulama alanı bulması mümkün bulunmayan düzenleme

BK m. 434. hükmüne göre hizmet sözleşmesi işverence kötüniyetle sona erdirilir ise, işveren, işçiyi fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Tarihsel gelişim süreci ve mukayeseli hukuk bakımından konu incelendiğinde, fesih hakkını kötüye kullanma teorisinin iş güvencesi ile temelde aynı amaca hizmet eden⁶, ancak deyim yerindeyse, daha ilkel bir mekanizma olduğu görülür. Gerçekten iki sistem arasında, önemli farklılıklar vardır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında, fesih haksız veya kötüniyetli dahi olsa, hakkın kullanıldığı her durumda sözleşme sona erer ve işçi ancak şartları varsa kötüniyet tazminatına hak kazanır. Oysa iş güvencesi sisteminde aslolan iş ilişkisinin devamıdır⁷. İki sistem arasındaki ikinci belirgin fark, ispat yükü bağlamında görülür. Nitekim, fesih hakkının kötüye kullanılmasında, ispat yükü, genel kurallar uyarınca işçideyken, iş güvencesi sisteminde, sözleşmenin devamı kuralı, fesih ise istis-

6 Fesih hakkının kötüye kullanılması teorisi, işverenin bildirimli fesih hakkını sınırlandırmak amacıyla hizmet eder. Buna göre, işçinin hizmet sözleşmesini haklı biçimde sona erdirmesi durumunda, fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilemez. Nitekim, Yargıtay da sözleşmenin işçinin haklı nedenle ya da başka bir şekilde feshi halinde de kötüniyet tazminatına karar verilemeyeceğini kabul etmiştir (Y.9HD, 08.05.2002, 219/7309, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

7 Engin, Hizmet sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003, 20-21.

nadır; dolayısıyla, feshin geçerli nedene dayandığının ispatı işverenden beklenir⁸.

Kötüniyet tazminatına ilişkin 1475 ve 4857 sayılı Kanun dönemlerinde verilen yargı kararları bütünlük içinde incelendiğinde, bu tazminatın çok sınırlı bir uygulama alanı bulunduğunu söylememiz mümkündür⁹. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kötüniyet gibi subjektif bir olgunun ispat yükünün işçinin üzerinde olması, yine her haksız ve sebebe dayanmayan feshin “kötüniyetli” sayılmasının gerekmemesi, bu tazminatı son derece sınırlı bir alana hapsetmiştir. Deyim yerindeyse, bu derecede sınırlı uygulama alanına sahip bir hükümlerle Borçlar Kanununda feshe karşı koruma getirildiğinden söz edilmesi bizce temel bir yanlış olacaktır. Borçlar Kanununda feshe karşı makul ölçülerde dahi bir koruma getirilmemiştir.

c) İhbar süreleri ve tazminatı: İşçinin feshe karşı korunmasını değil, “tarafaların eşitliğini” temel alan, çağdışı ve tutarsız düzenleme

Yeni Borçlar Kanununun 431. maddesine göre taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır. 432. maddeye göre ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir. İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez. Yeni Borçlar Kanununda, dikkat çeken ilk yenilik ihbar sürelerinin arttırılmış olmasıdır. Gerçekten eski kanundaki ihbar süresi yeterli değildi. Buna göre söz konusu **sürelerin arttırılması yerinde olmuştur¹⁰.**

8 Engin, Hizmet sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, 21.

9 Kötüniyet tazminatı ve ispatı konusunda bkz. E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta yay., İstanbul 2006, 339 vd.

10 Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, 108-109.

Ancak sürelerin arttırılması yerinde olmakla birlikte, devamındaki düzenlemeler hiçbir biçimde katılmamızın mümkün bulunmadığı bir nitelik arz etmektedir. Nitekim, ihbar süreleri konusunda getirilen iki temel esas bulunmaktadır:

- Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle arttırılabilir.
- Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır.

Kanunun ihbar sürelerine ilişkin getirdiği **her iki esas isabetsiz ve çağın gerisindedir**. İhbar sürelerinin kısaltılamayacağı ve arttırılan sürelerde eşitlik anlayışı klasik İsviçre öğreti görüşünü yansıtmaktadır¹¹.

Bize göre, bugün, hala Türk İş hukukunda da doktrinde neredeyse büyük bir çoğunluk tarafından benimsendiğini ve eleştiriden uzak kaldığını gördüğümüz **ihbar sürelerinin kısaltılamayacağı yolundaki tabunun öncelikle işçi açısından yıkılması zorunludur**. İhbar süreleri işçi açısından kısaltılabilmelidir. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanunun da benzer şekildeki düzenlemesi de bizce isabetli değildir; Borçlar Kanununun düzenlemesi de aynı şekilde yerinde olmamıştır. Gerçekten, *Ekonomi'nin* de son derece haklı olarak vurguladığı gibi, ülkemizde işçilerin genellikle bildirim süresine uymadıkları, işverenlerin de ihbar tazminatı isteği ile dava açmadıkları, hatta işçilerin, işverenin kabulü dahilinde bildirim sürelerine uymaksızın işten ayrıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu hususta Kanuna uygun düşmeyen davranışlara devam etmek yerine, sözleşmeler veya sadece toplu iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin kısaltılması olanağı getirildiğinde, işçinin yararına olmasının yanında işverenin de kesin olarak uyulmasını bekleyeceği bir sürenin tespiti için geçerli bir çözüm yolu sağlanmış olacaktır¹².

İkinci olarak, ihbar sürelerinin arttırılması durumunda her iki taraf için de bunun geçerli olacağı görüşü¹³ de artık kabul edilebilir değildir. **Çağdaş iş hukukunun hizmet sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı**

11 Bu yönde: P. Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15.

12 M. Ekonomi, Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 27-28.

13 N. Çelik ise mehzaz kanun ve klasik İsviçre öğretisindeki bu görüşü benimsemektedir: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetsiz Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 7.

“tarafkların eşitliği” değil, “işçinin korunması” dűşüncesine dayanmaktadır.

Mazeaud' nun da son derece isabetli olarak belirttiği gibi, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin fesih bildirimini ile sona ermesinde taraflar arasındaki görünüşteki paralellik yanıltıcıdır. İşverenin sözleşmeyi fesih hakkının sınırlandırılması anlayışı iş hukukunun temel taşlarından birisidir. İşverenin fesih hakkı sınırlandırarak belirli bir çerçeveye oturtulmadığı sürece işçinin korunmasından bahsetmek mümkün değildir¹⁴.

Buna göre, ihbar önelleri bakımından da eşitliği değil, işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir¹⁵. İhbar sürelerinin tek yanlı olarak artırılmasının işçiyi feshe karşı koruyucu bir yönü vardır ve Yargıtayımız da kararlarında ihbar sürelerinin artırılmasının sadece işçi lehinde geçerli olacağını, sözleşmeyi fesheden taraf işçi ise, yasal sürenin uygulanacağını son derece isabetli biçimde uzun yıllardır kabul etmektedir¹⁶. Dolayısıyla, ihbar sürelerine ilişkin düzenlemede gerek Yüksek Mahkemenin isabetli görüşü, gerekse de çağdaş iş hukuku anlayışı göz ardı edilmiş bulunmaktadır¹⁷.

Yine, işçinin ihbar öneline uymaması durumunda; işverenin isteyebileceği tazminat konusunda Borçlar Kanunu belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim, madde 439 hükmüne göre; işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Burada ihbar tazminatına karşılık gelecek şekilde, ihbar süreleri esas alınarak bir tazminatın açıkça öngörülmediğini görüyoruz. Yani işçi işi bırakır ise, işveren sadece maaş tutarında tazminat isteyebilecek, ek zararlarının giderilmesi için bunları ispat yükü altına girecektir. Bu tazminatın neden bu şekilde öngörüldüğünü anlayabilmiş değiliz. **Bu hüküm eğer ihbar tazminatına karşılık geliyor ise; bunun ihbar sürelerini esas alınarak düzenlenmesi gerekirdi**¹⁸.

14 A. Mazeaud, *Droit du Travail*, LGDJ, Paris 2002, 315.

15 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, *Droit du Travail*, Dalloz 2002, 482-483.

16 Y.9.HD, 11.5.1984, E.1984/4638 K.1984/5209, Yasa D, Kasım 1985, 1601-1602; Y.9.HD, 7.10.1985, E.1985/6513 K.1985/9139 ve Ekonomi 'nin eleştirisi, İHU, İş K. m. 13, (No.25).

17 E. Özdemir, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler*, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz' A Armağan, İstanbul 2011, 565; Soyer, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi*, 15.

18 N. Çelik de hükmü isabetsiz bulmaktadır: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsbetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 7.

d) Ölüm tazminatı: Geride kalanlara getirilen kısmi koruma

Borçlar Kanununun 440. maddesinde işçinin ölümü konusunda özel bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Bu hükme göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”. Bu tazminatın Borçlar Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için söz konusu olacağı açıktır. Söz konusu tazminattan yararlanabilecek olanlar “...sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişiler” olarak tanımlanmıştır. Kanunkoyucunun neden işçinin mirasçılarını değil de, bu kimseleri hak sahibi kıldığını anlamak mümkün değildir. Esasen, madde işviçre BK metninden çevrildiği için bu kişiler kapsama alınmıştır. Bu konuda Akyiğit, kapsamlı şekilde kapsama giren kişilere ilişkin açıklamalar getirmekte, bir çok ihtimale göre (bu kişilerin yaşı, erginlikten maksadın ne olduğu, bakmakla yükümlü olmaktan neyin anlaşılacağı, ödemenin sırası) ödemenin nasıl yapılacağını açıklamaktadır¹⁹. **Yazarın incelemesi, bu ödemeye ilişkin esasların hiç de basit olmadığını açıkça ortaya koymakta, bu konuda bir çok tartışmanın ortaya atılabileceğini²⁰ göstermektedir.**

İş kanunu kapsamı dışında kalan işverenlerin, özellikle bunların başında gelen küçük esnaf işletmesi sahiplerinin bu denli “karmaşık” hukuki sonuçları beraberinde getirme riskini taşıyan bir düzenlemeye dayanarak bir hükmü uygulamalarını beklemek bize hiç isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Bizce olması gereken; kıdem tazminatı düzenlemesindeki gibi basit ve net bir ölçüt getirmektir; yani işçinin mirasçıları hak sahibi olmalı idi.

19 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 36-38.

20 Bkz. B. Güneş / FB. Mutlay, Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunlar Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, Sayı: 30, 2011/3, 272.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemeler

a) Belirli süreli sözleşmelerin yenilenmesine ilişkin esaslar: İş Kanunu ile sağlanan uyum

Borçlar Kanununda belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim; BK m. 430'a göre; belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir. Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Sözleşmenin fesih bildirimiyile sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Belirli süreli iş sözleşmelerinin sürenin dolmasına rağmen süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülmesi durumunda belirsiz süreliye dönüşeceği yolundaki düzenleme isabet taşımaktadır.

b) 10 yıllık belirli süreli sözleşme yapma düşüncesi: Uygulamada görülmesi mümkün olmayan mantık ve çağdışı düzenleme

Borçlar Kanunu m.430'a göre; taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilecek; Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade edecektir. Bu düzenlemenin ise isabetsiz olduğu kanısındayız. Bugün Batı Avrupa ülkeleri iş hukuklarında belirli süreli sözleşmelerin genel olarak "en fazla süre" ile (örneğin 18 veya 24 ay gibi) kısıtlandığı görülmektedir. 4857 sayılı Kanun hazırlık sürecinde tartışılmakla birlikte, belirli süreli sözleşmeleri ilişkin bir üst sınır getirilmemiştir. Bize göre **4857 sayılı Kanunun belirli süreli iş sözleşmelerine üst sınır getirmeyen düzenlemesi yerinde olmamıştır.**

Yargıtay da bunu bir çok kararında açıkça dile getirmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkemeye göre; "...Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. **Yasa koyucunun belirli süreli sözleşmeler için azami bir süreyi hükme**

bağlaması uygulamayı rahatlatacaktır²¹. Yargıtayın tespiti bizce de son derece yerindedir.

Belirli süreli iş sözleşmeleri çağdaş iş hukukunda en fazla süre ile sınırlanırken, kanunkoyucunun 10 yıldan fazla belirli süreli sözleşmeler üzerinde hüküm getirdiği, öğretilerde de bu hükmün teknik ayrıntıları (6 aylık bildirim süresinin isabetli olup olmadığı, feshin ay sonu hüküm ifade etmesi gibi) üzerinde değerlendirmeler yapıldığı²² görülmektedir.

Borçlar Kanununda belirli süreli sözleşmenin 10 yıldan fazla yapılması gibi bir olasılık hakkında hüküm getirilmesi de, bu hükmün teknik ayrıntıları konusunda değerlendirme yapılması da çok anlamlı değildir. 10 yıllık bir sözleşmeye çalışma hayatında rastlamak imkansız olduğu gibi²³, böyle bir sözleşme yapmak her iki taraf bakımından da rasyonel değildir.

c) Haksız fesih tazminatı: Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından gerekliliği tartışılır düzenleme

Yukarıda belirttiğimiz “fesih tazminatı” belirli süreli iş sözleşmelerinde de bakiye süre ücretinin yanında uygulanabilecek bir tazminat olarak da uygulama alanı bulabilecektir. Başka bir anlatımla; belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshinde de anılan tazminat hükmü uygulanabilecek gibi görünmektedir. Bunun ise isabetli olmadığı kanısındayız. Gerçekten; belirli süreli iş sözleşmesinin işverence zamanından önce haksız şekilde feshi durumunda, işçi İş Kanunu kapsamında ise ve 1 yıldan fazla kıdemi varsa; kıdem tazminatı da alabilmektedir. Yine boşa geçen süre ücreti de buna eklenmektedir.

Esasen, belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından **BK m.438 hükmü en geniş uygulama alanını, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin hukuki sonuçlarını tam ve eksiksiz biçimde düzenlemeyen 4857 sayılı İş Kanunu bakımından bulacaktır**. Bu durumda 1 yılı aşan

21 Y.9HD, 16.03.2011, E. 2009/6334, K. 2011/7184, www.legalbank.net.

22 Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 13-14; G. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 141-142; Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 326-327.

23 Bu yöndeki eleştiriler için bkz: Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 13-14; Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 326-327.

fiili çalışmalar bakımından zaten kıdem tazminatı da söz konusu olacaktır. Bunlara bir tazminat daha katılmasının gerekçesini anlamak mümkün görünmemektedir.

Doktrinde, İsviçre öğretisine atıf yapılarak bu tazminatın, feshin kişilik haklarına yarattığı aykırılık ile gerekçelendirildiği görülmektedir²⁴. Ancak İsviçre Hukukunda ileri sürülen, hukukumuzda da Kanunla birlikte doğrudan ithal edilen esasların isabet derecesi tartışmaya açıktır. **30 yıllık işçinin sözleşmesi ihbar sürelerine uyularak sona erdirildiğinde, kıdemini ödüllendirici küçük bir tazminatı bile çok gören kanunkoyucunun, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kişilik haklarını korumaya bu denli önem verdiğini söylemek hayret vericidir.**

d) İşçi tarafından nedensiz fesih durumunda öngörülen cüzi, anlamsız tazminat

Borçlar Kanunu madde 439 hükmüne göre; işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Bu tazminat hükmünün hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanabileceği belirtilmektedir²⁵.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bu tazminat, işçi bakımından ihbar tazminatına karşılık gelmektedir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise kanunkoyucu bunu muhtemelen işçinin sözleşmenin sona ermesi ile ortaya çıkan zarara ilişkin olarak maktu bir tazminat olarak öngörmüş, bunu aşan zararın istenebilmesini ispatlanabilmesine bağlamıştır. Yani, işçi işi (haksız olarak) bırakır ise, işveren ¼ maaş tutarında tazminat isteyebilecektir, ek zararlarının giderilmesi için bunları ispat yükü altına girecektir. Kanunda ayrıca işverenin bu tazminat talebinin 30 günlük bir hak düşürücü süreye²⁶ bağlanmış bulunduğu da dikkat çekmektedir.

İşçinin aylık ücretinin ¼'ü gibi son derece küçük bir tazminatın neden Kanunda öngörülmesine gerek bulunduğunu, bunun talep edilme koşul-

24 Bkz. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 141-142).

25 Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 14.

26 Sürenin hak düşürücü niteliği: Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 16.

larının neden bu denli “sıkı koşullara bağlandığını” kavramak geçekten güçtür. Bu isabetsiz ve gereksiz düzenlemede öngörülen 30 günlük hak düşürücü sürenin sadece aylık ücretin ¼’ lük kısmına mı ilişkin olduğu, yoksa işverenin ek zararları bakımından da mı geçerli olduğu belirsizlik arz etmektedir²⁷. İşverenin belirli süreli iş sözleşmesinde uğradığı zararları talep hakkını **30 günlük gibi son derece kısa bir süreye bağlamanın hiçbir rasyonel açıklaması olmadığı görüşündeyiz.**

e) Ölüm tazminatı

Borçlar Kanununun 440. maddesinde işçinin ölümü konusunda özel bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Bu hükme göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”. Bu tazminatın Borçlar Kanunu kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından da söz konusu olması gerekir. Kanunda sözleşmenin türüne göre bir ayırım yapılmamış olup, sözleşmenin türü ne olursa olsun ölüm tazminatından BK kapsamındaki işçilerin (kanunda sayılan) geride kalanları yararlanacaktır²⁸.

III. Borçlar Kanununda İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerin İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Etkisi Sorunu

1. Genel Olarak

Borçlar Kanununda feshe ilişkin olarak yer alan dört hükmün iş kanunu kapsamındaki işçiler bakımından uygulanabilirliği hususunda tartışmalar yoğunluk kazanmış bulunmaktadır. Bunlar, ihbar sürelerine ilişkin hüküm (özellikle ihbar sürelerinin arttırılmasında eşitlik esası), haklı fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 6 aya kadar tazminat ve ölüm tazminatı düzenlemeleridir.

Yeni Kanun ile ilgili olarak yapılan bilimsel toplantılarda dile getirilen görüşler ve yayınlar incelendiğinde, öğretide Borçlar Kanununun boşluk doldurucu işlevine geniş bir anlam yüklenmeye başlandığı görülmekte;

²⁷ Doğan Yenisey, İsviçre Hukukunda 30 günlük sürenin sadece aylık ücretin ¼üne ilişkin tazminat için söz konusu olduğunu belirtmektedir (Hizmet Sözleşmesi, 332-333).

²⁸ Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.

özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin iş kanununda getirilen tazminat hükümleri ile birlikte uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmektedir²⁹.

Kanımızca, Borçlar Kanununun söz konusu hükümleri, iş kanununda açıkça boşluk bulunduğu görülen belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi durumu dışında uygulama alanı bulmamalıdır. Biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağrı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının **bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.**

Kanımızca, öğretilerde öne sürülen görüşler üç temel açıdan eleştiriye açık bulunmakta ve Borçlar Kanunu hükümlerinin son derece sınırlı şekilde yorumlanması gerekli görünmektedir. Belirttiğimiz bu üç gerekçe ve eleştiri aşağıda “*Sosyal alandaki kanunların hassas menfaat dengesi*”, “*Borçlar kanununun isabetsiz yapısı*” ve “*Kanunlar arasındaki farklılığın doğallığı ve her farklılığın İş Kanununda “boşluk” anlamına gelmeyeceği*” alt başlıkları altında ayrıntıları ile birlikte açıklanacaktır.

2. Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin Sınırlı Etkisini Gerekli Kılan Nedenler

a) Sosyal alandaki kanunların hassas menfaat dengesi

İlk olarak, Kanunların kendilerine ait bir menfaat dengesi olup, sosyal hukuk alanında bu denge son derece hassastır. Gerçekten, İş Kanununda öngörülen her hüküm Bilim Komisyonu tarafından tartışılmış, iş sözleşmesinin sona ermesinde işçiyi koruma ilkesi, işletme menfaatleri ile hassas biçimde dengelenmiştir. Buna göre, söz konusu denge dikkate alınmadan, başka kaynaklardan İş kanunumuza boşluk doldurma gerekçesi ile hükümler ithal etmek isabetli değildir. Kaldı ki, aşağıda da açıklayacağımız üzere, belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi konusu dışında 4857 sayılı İş Kanunumuzda iş sözleşmesinin feshi ve buna bağlı hukuki sonuçlar konusunda “**bilinçli boşluklar**” bulmak da bize göre pek mümkün de değildir.

²⁹ Bu hükmün İş K. kapsamındaki işçilere uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu ortaya attıktan sonra Soyer; “...Borçlar Kanunundaki düzenlemenin genel nitelikte olması bu sorunun olumlu şekilde yanıtlanmasını gerektirmektedir” demekte, ancak daha sonra bunun çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu eklemektedir Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.

b) Borçlar Kanununun isabetsiz yapısı

İkinci olarak Borçlar Kanunu hükümleri tek tek ayrıntılı bir bilimsel analize tabi tutulmalı ve mehzaz kanun da dahil edilmek üzere isabet derecesi sorgulanmadan bunları bir de 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilere yönlendirmek isabetsiz bir yaklaşım olacaktır. **Bize göre İsviçre Hukukundan tercüme etmek tekniği ile kanun almak yanlış olmuştur.** Ayrı bir iş kanunu olmayan İsviçre Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, dengesiz, geri bir zihniyete dayalı, fazlasıyla liberal, hatta kendi içinde dahi tutarsız bir nitelik taşımaktadır. Ancak maalesef İsviçre Hukukunun bu isabetsiz düzenlemeleri kanunumuzun temeline alınmıştır. Üstelik Kanunun tercümelerde dahi ciddi hatalar vardır³⁰.

Borçlar Kanununun hazırlanış süreci ve temel yaklaşım biçimi dikkate alındığında **İş Kanunu ile hükümlerin kıyaslanma sürecinde son derece titiz davranılması gerektiği** bizce ortaya çıkmaktadır. Zira bizce yeni Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri olarak sunulan düzenlemelere ilişkin **bu vahim hukuki ve teknik yanlışlıkların iyice bilincine varmadan kıyaslama yapmak isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.**

c) Kanunlar arasındaki farklılığın doğallığı ve her farklılığın İş Kanununda “boşluk” anlamına gelmeyeceği

30 Örneğin rekabet yasağına ilişkin Almanca ve Fransızca metinler birbirinden farklıdır. Fransızca metin hatalı olup, çeviriye esas olarak bu metin esas alınmıştır. Fransızca metin: Art. 340/2 : “La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible” şeklindedir. Oysa Almanca metin: “Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte” şeklindedir. Dikkat edilecek olursa Almanca metinde işverenin yaptığı işler değil, ticaret ve üretim sırlarından söz edilmektedir. Yani Borçlar Kanunumuzun çevirisinde fransızca metin esas alınmıştır. Burada da, “işverenin yaptığı işler / affaires de l'employeur” gibi son derece anlamsız ve hatalı bir ölçüt söz konusudur. Yine, Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin 453. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “...Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hükmü, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmemiş olsa bile, bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştirebilir; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı saklıdır” hükmü bu şekli ile hiçbir anlam ifade etmemektedir. Hükmün değerlendirilmesi hatalı olarak düzenlenme nedenleri konusunda bkz. E. Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2001, İstanbul TİSK yay., 179-180.

Nihayet üçüncü olarak, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kıyaslanırken görülen her farklılığa İş Kanununun boşluğu gibi yaklaşmak isabetli değildir. Zira, Kanunkoyucunun hangi hükümleri Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler için düşündüğü, hangi hükümleri İş Kanunu kapsamındaki işçiler için boşluk doldurucu olarak ele aldığı konusunda hiçbir açıklık yoktur. Borçlar Kanunundaki düzenlemeleri alınır ve İş Kanununun yanına konulacak olur ise, farklı hükümlerle karşılaşmamız olasıdır. Ancak her “farklılık”; iş kanununda boşluk olduğu anlamına gelmez³¹. **Herhangi bir ülke kanununu alıp İş Kanununun yanına koyduğumuzda da sonuç değişmez; daima birbiri ile farklı hükümler çıkar.** Ancak bu her iki ülke kanununda da boşluk olduğu demek değildir.

Bize göre, kanunkoyucu öncelikle BK kapsamındaki işçiler için olan açık hukuk boşluklarını doldurmak konusunda yeterli ve başarılı olamamıştır. Örneğin **30 yıllık kıdeme dahi sahip olsa, ihbar süresine uyularak iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin eline hiçbir şey geçmemesi kanunkoyucunun ve bunun arkasındaki Bilim Komisyonunun izah etmesi gereken vahim bir durumdur.**

Burada, özellikle İş Kanunundaki “boşluk” kavramına yüklenmesi gereken anlamın da büyük önem taşıdığını düşünüyoruz. **Bize göre Borçlar Kanunundaki her farklılık İş Kanunu açısından bir boşluk değildir.** İş kanununda boşluk olup olmadığının saptanmasında bir hukuki soruna tüm yönleri ile İş Kanununun yanıt verip veremediğine bakılmalıdır. Buna göre Borçlar Kanunundaki “fazlalık” İş Kanununun bir boşluğunu oluşturmayacaktır. Aksi yorum bizce *Alpagut*’un da haklı olarak ifade ettiği gibi, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından bir “kurallar demeti” oluşturulmasına yol açacaktır³².

Yeteri kadar tartışmadan, planlamadan İsviçre hukukundan tercüme etme tekniği ile Kanun alınması bizce **Türk Hukuku açısından son derece üzücü bir durumdur.** Öğretide, Borçlar kanunu hükümlerinin geniş bir uygulama olanağı bulacağını savunan yazarların bizce yanıt vermesi gereken bir diğer soru da şudur: Borçlar kanununu hazırlayan Komisyon ve kanunkoyucu, bu hükümlerin hangilerinin genel nitelikte

31 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 128-129.

32 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 128-129.

olabileceğine ilişkin bir ayırım yapmış mıdır? Bu konuda bizim tespit edebildiğimiz “cezai şart”, “ibra sözleşmesi” gibi hükümlerde kanunkoyucunun bu yoldaki iradesini tespit etmek mümkündür. Bu hükümler tüm işçi ve işverenler için düşünülmüştür.

Ancak, bunun dışında kalan tazminatlar, ihbar süreleri, feshin şekline ilişkin düzenlemelerin bu şekilde “genel” bir uygulaması olması acaba kanunkoyucu tarafından “bilinçli olarak” istenmiş midir? **Bu soruya olumlu olarak yanıt vermekte zorlanıyoruz.** Kanunkoyucunun temel amacı iş kanunları kapsamı dışında kalan ilişkileri düzenlemektir. Nitekim Genel Gerekeçde, “...*bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük bir fark yaratılmamaya çalışılmıştır*” anlatımı ile bu hedef son derece net biçimde ifade edilmiştir³³.

Borçlar Kanunu yapılırken son derece hatalı bir yöntem izlenmiş, **uygulamaya hakim olan iş hukukçuları yeterince etkili olamamıştır.** Bizce, iş sözleşmesine ilişkin hükümler düzenlenirken, Komisyon iki çalışma grubuna bölünmeli, bir kısım Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere ilişkin hükümleri, bir kısım genel hüküm niteliğindeki düzenlemeleri ele almalı idi. Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler için, bizce kapsamdaki işverenlerin güçsüzlüğü dikkate alınarak 4857 sayılı Kanundaki haklar kısmen azaltılarak öngörülmeliydi. Başka bir anlatımla, 4857 sayılı Kanun modeli üzerinde kurgulama yapılmalı, bunun dışında genel hüküm etkisi taşıması gereken düzenlemeler ayrıca ama “**planlı olarak**” ve “**herkesin bileceği ve ayırt edeceği şekilde**” düzenlenmeliydi. Daha sonra yapılan bu çalışmalar birleştirilerek kanun hazırlanmalıydı.

Sonuç olarak, bilinçli ve planlı olarak, **4857 sayılı Kanun bakımından etkili olması düşünüldüğü açıkça anlaşılmayan hükümlerin yorumunda son derece hassas davranılması gerektiği kanısındayız.** Bu bağlamda, etkileme tartışmalarının odağındaki hükümleri aşağıda inceleyeceğiz.

3. Etkileme Tartışmalarının Odağındaki Hükümler

a) *İhbar süreleri*

4857 sayılı Kanunda, ihbar sürelerinin kısaltılmayacağı; ancak sözleşmeyle artırılabilmesi Borçlar Kanununa paralel olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık sözleşme ile arttırılan bildirim sürelerinin taraflar bakımından eşit şekilde uygulanması yolunda bir hüküm yoktur.

33 E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.

Bizce, “*Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır*” şeklindeki Yeni Borçlar Kanunu hükmünün (m.432) 4857 sayılı İş Kanunu bakımından uygulama alanı bulmaması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz **üç temel eleştirinin tümü bu görüşümüzü desteklemektedir.**

Öncelikle, iş güvencesi getiren “**işçiyi koruma**” yolunda çok büyük bir adım atan 4857 sayılı kanuna “tarafaların eşitliği” ekseninde bir hüküm ithal edilmesi, bu kanuna tabi çalışanlar için öngörülen **hassas menfaat dengesini bozacaktır.**

İkinci olarak, “Borçlar Kanununun İsabetsiz Yapısı” başlığı altında belirttiğimiz her cümle buraya tam manasıyla uymaktadır: **İhbar sürelerinin eşitliği anlayışı, artık çağın gerisinde kalan bir düşüncedir.** Söz konusu anlayış teknik açıdan da eleştiriye açıktır. Nitekim, ihbar sürelerinin teknik yapısı *Özdemir* tarafından yayınlanan makalede kapsamlı biçimde irdelenmiştir. Bu incelemede belirtildiği üzere, ihbar sürelerini düzenleyen hüküm, tek bir norm olarak görünmekle birlikte, işçi ve işveren bakımından ihbar sürelerinin ayrı birer norm olduğunu kabul etmek isabetli görünmektedir. Zira, artık fesih kavramı, işçi ve işveren bakımından aynı anlama gelmemekte, eşdeğer nitelikte bulunmamaktadır³⁴.

Dolayısıyla, işçi ve işveren bakımından **farklı ihbar sürelerinin öngörülmesi, hatta işçi bakımından ihbar sürelerinin kısaltılabilmesi artık çağdaş iş hukukunun bir gereğidir.** İşçinin feshine karşı korunması düşüncesi 4857 sayılı Kanunun ruhuna işlemiş, eksiklik ve hatalarına rağmen, iş hukukumuzu çağdaş Batı Avrupa hukuklarının düzeyine çıkarmıştır. **İş sözleşmesinin feshinde tarafların eşitliği gibi bir düşüncenin 4857 sayılı Kanun bakımından yeri yoktur.**

Nihayet, bu farklılığın İş Kanununun bir boşluğu olmadığını, 4857 sayılı Kanunu hazırlayan Komisyonun ve Kanunkoyucunun bilinçli olarak ihbar sürelerinin eşitliği anlayışını tamamen benimsemediğini düşünüyoruz³⁵. Sonuç olarak, bu hüküm 4857 sayılı İş Kanununa tabi ilişkilerde etkili olmamalıdır³⁶.

34 E. Özdemir, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:54, Sayı:3, 113-115.

35 İhbar sürelerinin işçi bakımından azaltılmayacağı öngörüldüğünden, burada “tamamen benimsenmediği” ifadesini kullanıyoruz. Bu anlayış, isabetsiz olarak “kısmen” kanunkoyucu tarafından benimsenmiştir.

36 Alpagut’ a göre de İş kanununa ilişkiler bakımından mevcut ve isabetli Yargıtay içtihadı

b) Haklı fesih ve yazılılık koşulu

Borçlar Kanununun 435. maddesine göre, taraflardan her biri sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Haklı fesih için öngörülen bu hükmün, 4857 İş Kanununa tabi iş sözleşmeleri bakımından uygulanarak yazılı fesih bildirimini geçerlilik koşulu haline getireceği düşüncesine³⁷ katılmamaktayız.

Alpagut' un da son derece yerinde olarak ifade ettiği gibi, “boşluk kavramının bu denli geniş tutulması, kavramın özüne aykırı olduğu gibi, hukuk güvenliğine de aykırıdır. Üstelik haklı nedenle feshin özünde haklı nedenle feshin özünde sözleşmeye devamın katlanılamaz, beklenilemez hallerde sözleşmeyi sona erdirilmesi imkanının yattığı dikkate alındığında, bu yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesinin isabet derecesi de tartışmalıdır”³⁸. Buna göre söz konusu hükmün de 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkiler bakımından etkili olmaması gerektiği kanısındayız.

c) (Haksız) fesih tazminatı

Yine, yeni Borçlar kanununda, 6 aya kadar öngörülen haksız fesih tazminatının aksi yönde ağırlık kazandığı görülen yaklaşıma rağmen³⁹ 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkiler bakımından **belirsiz süreli iş sözleşmelerinde geçerli olmaması gerektiği kanısındayız. Yukarıda belirttiğimiz gerekçe ve eleştirilerin yine tümü burada da geçerli bulunmaktadır.**

Öncelikle, 4857 sayılı Kanunda öngörülen her tazminatın işçi ve işveren bakımından hassas bir denge içinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı Kanunda, iş güvencesi tazminatının mutlak emredici bir yapıda düzen-

korunmalıdır: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 145-146.

37 Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15; Gülver, Türk Borçlar Kanunu' nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, 1010-1011.

38 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 148-149.

39 Aksi yönde: E. Gülver, Türk Borçlar Kanunu' nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, 1020-1021; Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17; Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 332; Manevi zarar ile sınırlı olarak aksi yönde: Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 149-150.

lendiği bir sistem öngörülmesi, kanunkoyucunun kurmaya çalıştığı dengenin hassasiyetini somut şekilde göstermektedir. Dolayısıyla bu yapıya dışarıdan önemli bir tazminat hükmü ithal edilmesi, bu kanuna tabi çalışanlar için öngörülen hassas menfaat dengesini bozacaktır.

İkinci olarak, “Borçlar Kanununun İsabetsiz Yapısı” başlığı altında belirttiğimiz hususlar yine burada da geçerli bulunmaktadır. Borçlar Kanununda öncelikle yapılması gereken işçiye asgari düzeyde bir iş güvencesi sağlayan ve kıdemini ödüllendiren bir hüküm getirmektir. Bu yapılmaksızın oluşturulan yapı bizce son derece tutarsız olmuştur. İşçiyi asgari düzeyde feshe karşı korumayan bir Kanunun haksız fesih durumunda işçinin kişilik haklarını koruduğunu söylemek bize son derecede çelişkili gelmektedir.

Bizce İsviçre Borçlar Kanunu, “**bilim dışı**” ve “**çağdışı**” bir kanundur. Bir yandan ihbar sürelerinin arttırılmasında eşitlikten söz etmekte, öte yandan ihbar sürelerine uymamanın sonuçlarını işçi ve işveren bakımından farklı şekilde düzenlemektedir. Kötüniyet tazminatını, işçi ve işveren bakımından söz konusu olabilecek bir tazminat gibi düzenlemekte, üstelik işçi bakımından söz konusu olabilecek kötüniyetli fesih alternatiflerini tek tek saymaktadır (İBK m.336)⁴⁰.

Kötüniyet tazminatının teorik olarak mümkün görünmekle birlikte, işçinin sözleşmeyi feshi bakımından söz konusu olabileceği bir örneğe Batı Avrupa İş Hukuku tarihinde rastlamanın pek mümkün olmadığı kanısındayız. Ancak, burada vurguladığımız “**kanunun ruhu**” dur. İsviçre Borçlar Kanunu, hala çağdaş iş hukukunun olmazsa olmaz koşulu işçinin feshe karşı korunmasını asgari düzeyde dahi yakalayamamış, “**tarafkların eşitliği**” gibi çağdaş iş hukukuna aykırı bir anlayış, **İsviçre Borçlar Kanununun özüne sinmiştir**. Dolayısıyla, bizce bugün öncelikli olarak yapılması gereken öncelikle bu tutarsız yapıyı objektif biçimde ortaya koymak ve bunun ne şekilde çözümlenebileceğini tartışmaktır. Bu yapılmaksızın **söz konusu tutarsız, isabetsiz, dengesiz hükümleri olduğu gibi kabul etmek, üstüne üstlük 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkilere yansıtma isabetsiz bir yaklaşım olacaktır**.

Üstelik aksi görüşte olan yazarların bile, tereddütlerini gizleyemediği açıkça görülmektedir. Söz konusu tazminatın 4857 sayılı Kanun kapsa-

40 İsviçre Borçlar Kanununun, kanımızca tam bir “garabet” niteliği taşıyan bu hükmünün aynen benimsenmemesi son derece isabetli olmuştur.

mındaki ilişkilerde de etkisini kabul eden *Soyer*, bu hükmün yaratacağı maddi külfet nedeni ile eleştiri konusu olacağını ifade etmektedir. Yazar ayrıca, Borçlar Kanunu yapılırken izlenen yönetime ilişkin ayrıntılı ve isabetli eleştiriler getirmektedir⁴¹.

Borçlar Kanunu hükümlerinin yorumu ile temel görüşlerimizin genel olarak yakınlık arzettiği *Alpagut*, söz konusu tazminatın uygulanması konusuna tereddütlü ifadelerle yaklaşmakta, bunun uygulanacağını kabul etmekte, ancak işçinin manevi zararının doğması koşulu ile sınırlandırmaya çalışmaktadır⁴².

Akyiğit, ölüm tazminatı ile ilgili incelemesinde⁴³, aksi görüşün de savunulabileceğini "...konu her iki yönde de görüş ileri sürmeye zemin hazırlayacak gibi gözükmektedir" ifadesi ile ortaya koymakta ve "...aslında bu tartışmaların kökeninde İsviçre BK hükümlerini, onlarda farklı iş yasaları veya benzer farklı ödemeler bulunup bulunmadığını araştırmaksızın neredeyse birebir tercüme yoluyla Türk Hukukuna aktarmanın yattığını söylemek yanlış olmaz"⁴⁴ diyerek sorunun kaynağını son derece isabetli biçimde dile getirmektedir.

Söz konusu tazminatın iş Kanuna tabi ilişkilerde uygulanabileceğini kabul eden *Doğan Yenisey* de, "... bu hükmün kötüniyet tazminatı ile olan ilişkisi İsviçre' de oldukça tartışılmış, kötüniyet tazminatı ile haksız fesih tazminatının aynı olayda birleşmeyeceği kabul edilmiştir. Ancak İsviçre' de bu iki hükmün düzenleniş biçimi ve öngörülen tazminat miktarları aynıdır. Bu açıdan Borçlar kanunundaki düzenleme sorun yaratabilecek niteliktedir"⁴⁵ anlatımına yer vererek çekincelerini ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere, aksi görüşteki tüm yazarlar görüşlerini deyim yerindeyse bir takım rezervler koyarak dile getirmekte, neredeyse hiçbiri tam anlamı ile ortaya çıkan tablo için "*olması gereken hukuk budur*"

41 *Soyer*; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.

42 *Alpagut*, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 149-150.

43 *Akyiğit*, 'in görüşü esasen "ölüm tazminatı" ile bağlantılıdır. Ancak yazarın bu kapsamda referans gösterilebileceği kanısındayız, zira yazar Borçlar Kanununun genel kanun olması dolayısıyla geniş biçimde uygulama alanı bulabileceği görüşüne yakın durmaktadır. Yazar açıkça "... kişisel eğilimimiz, TBK' nın diğer iş yasaları karşısında genel kanun konumunu taşıdığı ve onlarda boşluk bulunan hallerde TBK hükümlerinin bu boşluğu dolduracağı yönündedir" diyerek duruşunu ortaya koymaktadır (Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 39).

44 *Akyiğit*, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.

45 *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 332.

diyememektedir. Bize göre, tam anlamı ile “olması gereken budur” diye-miyor ve iş ilişkisini etkileyen hükümleri içimize sindiremiyorsak, yapma-mız gereken bu hükümleri kabul etme değil, reddetme yolunu seçmektir.

Kanımızca, 4857 sayılı Kanun, öncelikle sağlam bir güvencesi mo-delı getirmiştir. Bu sistem içine dışarıdan tazminat ithal etmenin hiçbir mantıklı açıklaması yoktur. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için ise, kıdem tazminatı, ihbar ve kötüniyet tazminatı kurumları mevcuttur. Ayrıca ayırimcılık tazminatı da özel olarak düzenlenmiştir. İşçi bunların dışında haksız fesih neticesinde uğradığı maddi ve manevi zararı varsa, bunları kanıtlamak koşulu ile işverenden isteyebilir. Biz İş Kanununda bu konuda hiçbir boşluk bulunmadığını düşünüyoruz.

İsviçre Hukukunda, sadece ihbar süreleri ve kötüniyet tazminatı ile işçiye sağlanan korumanın yetersiz kalacağı düşüncesiyle getirilen bu hükmün, haksız fesih durumunda, her çalışma yılı için işçinin 30 günlük ücreti tutarında olan ve oldukça güçlü olarak nitelendirebileceğimiz kı-dem tazminatını öngören bir sistemde yeri olmadığı kanısındayız. Sonuç olarak, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından bu tazminatın 4857 sa-yılı Kanuna tabi iş ilişkileri için söz konusu olmaması gerekir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise, “*isabetsiz de bulsak*”, bu tazmi-natin devreye girmesi mümkün görünmektedir. Ancak **buradaki hukuki hata, Borçlar Kanunundan değil; 4857 sayılı İş Kanununun kendi-sinden kaynaklanmaktadır**. Bize göre, İş Kanununun tüm yönleri ile belirli süreli sözleşmeyi düzenlemesi gerekirdi. Bunun yapılış koşullarını düzenlerken, sona ermesinin hukuki sonuçları ile ilgili düzenlemelerde başka bir kanuna atf yapılması kanun tekniği açısından isabetsiz ol-muştur. Üstelik, 4857 sayılı Kanun yapılırken yürürlükteki BK hükümlerinde, belirli süreli sözleşmelerin sona ermesinin sonuçlarını doğrudan dü-zenleyen bir hüküm dahi mevcut değildi. BK m.325 hükmü özel olarak belirli süreli sözleşmeler için getirilmiş bir düzenleme olmayıp, esasen işverenin temerrüdünün hukuki sonuçlarını düzenlemektedir.

Sonuç olarak, belirli süreli sözleşmeleri tüm yönleri ile düzenleme-mek hatalı bir yaklaşım olmuştur. Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu gibi kanunlar ile bütünlük yaratmak ve Borçlar Kanununu, tüm bu kanun-ların “*boşluklarını örten*” bir kanun olması gerektiği gibi düşünmek bu hatanın hukuki temelini oluşturmaktadır. Oysa, **Basın ve Deniz İş Ka-nunlarının durumu ortadadır**. Bunlar yeni gelişmeler karşısında ciddi

anlamda erozyona uğramış olup, acilen düzenlenmeleri gerekmektedir. **Bu kanunları bağımsız bir kanun modeli içinde düzenlemek (ki malesef öyle olacak gibi görünmektedir) bizce isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.**

Bu kanunların kapsamı içinde kalan çalışanları, 4857 sayılı Kanun kapsamına almak, ancak gerektiği noktalarda farklı hükümler ya da istisna hükümleri getirmek en isabetli yol olacaktır. İş Kanunu hazırlanırken, kanunkoyucu 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışan işçilerin iş ilişkilerine ilişkin bir kısım düzenlemelerin Borçlar Kanununda yer almasını doğal olarak kabul etmiştir. Oysa bizce, bu tespit **“doğru bilinen bir yanlış” tır. Bizce, çağdaş iş hukukunda genel kanunların uygulama alanı mümkün olduğunca daraltılmalı, özel iş kanunları, iş ilişkilerini mümkün olduğunca eksiksiz biçimde düzenlemelidir.** Bunun yapılmamış olması, 4857 sayılı Kanunda bu fırsatın kaçırılması, esasen bugün karşılaştığımız olumsuz tablonun başlıca nedenlerinden biridir. Medeni hukukçular ve Borçlar hukukçuları, iş ilişkilerini derinden etkileyecek hükümleri düzenlemeye kalkışmışlar ve sonuçta bir iş hukukçusu olarak içimize sindirmemizin mümkün olmadığı kurallar demeti ortaya çıkarmışlardır.

d) Ölüm tazminatı

Borçlar Kanununun 440. maddesine göre, “Sözleşme, işçinin ölümlüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”. Bu tazminatın 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da uygulanabileceğine ilişkin görüşler, yeni kanuna ilişkin bilimsel toplantılarda dile getirilmeye başlanmış bulunmaktadır. *Akyiğit*, Basın İş Kanununda bu konuda ölüm tazminatı bulunduğunu belirtmekte, ancak diğer iş kanunları bakımından uygulanabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Yazar, Borçlar Kanununda ölüm tazminatının belirli bir kıdem gerektirmeyişini ve kapsama aldığı kişi farklılığını görüşüne dayanak yapmaktadır⁴⁶. *Doğan Yenisey* de Basın iş kanununun tartışma yaratabileceğini belirtmekte, ancak diğer iş kanunları açısından ölüm tazminatını uygulanabilir bulmaktadır⁴⁷. *Soyer*’ e göre, bu hüküm İsviçre doktrininde ölüm

46 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.

47 Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 324-325.

sebebine dayalı kıdem tazminatına eklenmek suretiyle yorumlanmaktadır. Buradan hareket eden ve maddenin kıdem tazminatı ile ilişkisini sorgulayan yazar "...kıdem tazminatına hak kazanılmayan hallerde sadece yeni yasadaki ödemenin yapılacağı açıktır" sonucuna ulaşmaktadır⁴⁸.

Ancak kanımızca, bu yorumun bu denli açık olduğunu öne sürmek mümkün görünmemektedir. Yukarıda belirttiğimiz eleştirileri tekrarlamak ve görüşümüze açıklık kazandırmak istiyoruz: Yeni Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ciddi hata ve eksiklikler içermektedir. Bunun ana kaynağı İsviçre'dir ve İsviçre Hukuku'nun kendisi bu tutarsızlıkların kaynağıdır. İhbar süresinin artırılmasında mutlak eşitlik ararken, ihbar tazminatına ilişkin farklı hüküm getirilmesi bunun en çarpıcı örneğidir. Açıkça ifade etmek gerekir ise, bugün artık İsviçre'den kanun almak, hele iş ilişkilerine ilişkin bir kanun almak bilimsel yönden kabul edilebilir değildir.

Borçlar Kanunu hazırlanırken kanunkoyucu cezai şart, ibra sözleşmesi gibi birkaç hüküm dışında İş Kanunlarını hiç dikkate almamıştır. Bugün "Borçlar Kanununda pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlenmiş olma nedenini, pazarlamacıların İş Kanunu kapsamına girip girmeyeceği" ciddi bir tartışma konusudur⁴⁹.

Buna göre, kanımızca, "Borçlar kanunu genel kanundur, İş Kanunu özel kanundur" şeklindeki klasik anlayışı masaya yatırmak ve bunun isabet derecesini sorgulamak zamanı gelmiş bulunmaktadır⁵⁰. Bu süreçte ise, öncelikle yapılması gereken, İş Kanununda (bizce varlığı kuşku) boşlukları kapatmaya değil; Borçlar Kanununun temel "boşluklarına" odaklanmaktır.

48 Soyer; "...Borçlar Kanunundaki düzenlemenin genel nitelikte olması bu sorunun olumlu şekilde yanıtlanmasını gerektirmektedir" demektedir, ancak daha sonra bunun çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu eklemektedir Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.

49 Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin olarak bkz. E. Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku - Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 177 vd.

50 Burada "Borçlar kanunu genel kanun değildir" gibi "anlamsız" ve hatalı olduğu kuşkusuz olan bir şey söylemiyoruz. İfade etmek istediğimiz, Borçlar Kanununun "genel kanun" hükmü ile iş ilişkilerinde geniş şekilde etkili olmaması gerektiğidir. Özel İş Kanunlarının, genel kanundan mümkün olduğunca az etkilenecek şekilde düzenlenmesi gerekli olduğu gibi, bunların yorumunda da aynı ilkedden hareket edilmesi gerektiği kanısındayız.

Fesih ile ilgili hükümler düzenlenirken, Kanunkoyucunun düzenlemesi gereken temel konu belirsiz süreli sözleşmenin feshini bir miktar güçleştirecek ve kıdemi ödüllendirecek bir düzenleme getirmek idi. Yukarıda belirttiğimiz gibi, yeni Borçlar Kanununda 30 yıllık işçinin iş sözleşmesini ihbar süresine uyarak fesheden işverenin işçiye hiçbir tazminat ödeme yükümlülüğü öngörülmemektedir. Yani kanunkoyucu tarafından, fesih ile ilgili getirilmesi gereken temel hüküm Kanunda yoktur. Buna karşılık, çalışmamızda önce de vurguladığımız gibi, yapılan yayınlar ve bilimsel makalelerde, bu konu bugüne kadar gündeme getirilmiş değildir. Ancak, 6 aylık fesih tazminatının neden öngörüldüğü, 30 günlük sürenin niteliği, aylık ücretin ¼' tutarındaki tazminatın nasıl hesaplanacağı, ölüm tazminatında geride kalanların kimler olduğu, bunun hesabı ve buna benzer birçok "ayrıntı" sayfalarca, Federal Mahkeme kararlarından ve İsviçreli Hukukçular' dan alıntı ve örnekler ile tartışılmaktadır. Oysa bizce bu şekilde "büyük resim" son derece vahim bir şekilde gözden kaçırılmaktadır!

Kanımızca, iş hukuku camiası Borçlar Kanununun "ayrıntı"sıyla değil, özülle ve ruhuyla, hem de hiç vakit kaybetmeden ilgilenmeye başlamalıdır. Özellikle "ayrıntı" sözünün altını çizmek istiyoruz. Zira bize göre Borçlar Kanunu çok sayıda "gereksiz" ayrıntı ile doludur. Başından sonuna kadar okunduğunda akılda kalmamakta, hemen her hükmünün uygulanmasında tartışma bulunmaktadır. Bu da bizce son derece yanlış bir durumdur. Artık çağımızın iş hukukunda soyutluğa, belirsizliğe yer yoktur. Günümüz iş hukukunun temel özelliklerinden birisi "gerçekçilik" tir⁵¹. Çağdaş bir iş mevzuatı da "gerçekçi", "net", "kolay anlaşılır" nitelikte olmalıdır. Buna karşılık Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin neredeyse tüm hükümleri tartışmaya açık, belirsiz bir nitelik taşımaktadır.

Biz, kanunkoyucunun fesih ile ilgili getirdiği Borçlar Kanunu hükümlerinin bütünlük içinde doğru planlanmadığını düşünüyoruz. Gerçekten, İsviçre gibi geri kalmış bir iş hukuku sistemi aynen adapte edilmiştir. Şimdi de, tüm bu eleştiriler ve değerlendirmeler göz önüne alınmaksızın, bizzat kendisi "esaslı boşluklar" içeren Yeni Borçlar Kanunu, İş Kanununun yanına konulmakta, her iki kanun kıyaslanmakta, İş Kanununda benzer bir hüküm eğer yoksa, BK' daki hükmün genel hüküm olması

51 Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku - Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 170-171.

dolayısı ile uygulanabileceği görüşleri ortaya atılmaktadır.

İş Kanununa göre çok daha ilkel ve geri bir zihniyete sahip bir kanunun, nasıl “çağdaş” olarak vasıflandırıldığını, bu Kanunun kendisine göre en az yarım asır ileride olan 4857 sayılı Kanunun varlığı kuşkulu “boşluğunu” ne şekilde kapatabileceğini anlamakta gerçekten zorlanıyoruz. Bizce ortada boşluklar vardır; ancak bunlar İş Kanununda değil, Yeni Borçlar Kanunundadır.

Sonuç olarak, özüyle, ruhuyla, hemen her hükmü ile geri bir Kanun, nasıl kendisinden kat kat ileri bir Kanunun “boşluğunu” kapatabilir sorusuna biz yanıt veremiyoruz. Öğretideki aksi görüş bizce bu büyük resmi gözden kaçırmakta, hükümleri tek tek sanki olması gereken isabetli hükümlermiş gibi ele almakta, bunları İş Kanununun yanına koyduğunda görülen farklılıkları (örneğin ölüm tazminatından yararlanacak kişilerde yaratılan bizce isabetsiz farklılıkta olduğu gibi) İş kanununun boşlukları olarak nitelendirmektedir.

Biz bu görüşlere temkinli yaklaşmak gerektiği kanısındayız. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, İş Kanununda boşluk olup olmadığı noktasının, doğrudan İş Kanununa bakarak sorgulamak gerektiği, Borçlar Kanununda farklılık olmasının, İş Kanununda boşluk anlamına gelmeyeceği düşüncesindeyiz. **Özel olarak tüm işçiler için getirildiği açıkça anlaşılmayan hükümlerin, 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkilerde etkili olması gerektiği kanısındayız.**

Biz günümüzde, **özel iş kanunlarının, genel kanunlardan mümkün olduğunca az etkilenecek şekilde “tam ve eksiksiz biçimde” düzenlenmesinin gerekli olduğuna yürekten inanıyoruz.** Bizim idealimizdeki iş hukuku, yargısıyla, maddi hukuk boyutu ile genel hukuktan mümkün olduğunca “bağımsız” bir iş hukukudur. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun, genel rejime bağlamak sureti ile iş yargısına verdiği zararlar son derece vahim olmuştur. Uzun bir süre, hukukçular ne tür dava açacaklarını tespit edemediklerinden hak arama hürriyeti ülkemizde kısıtlanmıştır. Buradaki hata da bizce aynıdır: İş hukukunun özelliğini gözden kaçırmak ve genel rejim ile irtibatlandırmak.

Biz iş kanunlarının, medeni usul ya da borçlar hukukçularının değil, doğrudan “uygulamayı iyi bilen” iş hukukçularının elinden çıkması gerektiği kanısındayız. İş hukukunun yargısıyla, maddi hukukuyla kendine özgü kuralları olduğu görüşündeyiz. **Bu yaklaşımı,**

gerek kanunların düzenlenme tekniğinde, gerekse de yorumunda aynı şekilde benimsiyoruz.

IV. SONUÇ

Yeni Borçlar Kanununda, sadece bu kanun kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm işçileri de etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir. Kanunkoyucu çağdaş iş hukukunun gelişim çizgisini yakalayamamış, İş Hukukumuzla göre geri olan İsviçre Hukukundan gereksiz yere fazlasıyla etkilenmiştir.

Borçlar Kanunu hükümleri, genel kanun olması dolayısıyla iş kanunları kapsamındaki işçileri de etkilemektedir. Öğretide Borçlar Kanununun boşluk doldurucu işlevine geniş bir anlam yüklenmeye başlanmış; özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin İş Kanununa tabi ilişkilerde uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmeye başlanmıştır.

Kanımızca, Borçlar Kanunu hükümlerinin çağı yakalayamamış, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıyan düzenlemeler getirilmiştir. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Borçlar Kanununun öncelikli işlevi, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçilerin iş ilişkilerini, bu kapsamdaki işçiler ile büyük bir fark yaratmadan düzenlemek, eşit, dengeli ve adil bir düzen getirmektir. Nitekim Yeni Borçlar Kanununda çağdaş iş hukukunun iş sözleşmesinin feshi ile ilgili en temel esasları olan işçinin feshe karşı korunması ve işçinin kıdeminin ödüllendirilmesi düşünceleri gözardı edilmiştir.

Borçlar Kanununun ihbar sürelerine ilişkin düzenlemeleri isabetli olmamıştır. Bize göre, bugün, hala doktrinde de izlerini gördüğümüz ihbar sürelerinin kısaltılamayacağı yolundaki tabunun öncelikle işçi açısından yıkılması zorunludur. Buna göre, ihbar süreleri işçi açısından kısaltılabilir.

İhbar sürelerinin arttırılması durumunda her iki taraf için de bunun geçerli olacağı görüşünün aşılması gerekir. Çağdaş iş hukukunun hizmet sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı “*tarafkların eşitliği*” değil, “*işçinin korunması*” düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, ihbar önelleri bakımından da işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir. Borçlar Kanununun ihbar sürelerine ilişkin düzenlemesinde

gerek Yüksek Mahkemenin isabetli görüşü, gerekse de çağdaş iş hukuku anlayışı göz ardı edilmiştir.

İşçinin aylık ücretinin ¼'ü gibi son derece küçük bir tazminatın neden Kanunda öngörülmesine gerek bulunduğunu, bunun talep edilme koşullarının neden bu denli "sıkı koşullara bağlandığını" kavramak geçekten güçtür. Bu isabetsiz ve gereksiz düzenlemede öngörülen 30 günlük hak düşürücü sürenin sadece aylık ücretin ¼' lük kısmına mı ilişkin olduğu, yoksa işverenin ek zararları bakımından da mı geçerli olduğu belirsizlik arz etmektedir. İşverenin belirli süreli iş sözleşmesinde uğradığı zararları talep hakkını 30 günlük gibi son derece kısa bir süreye bağlamanın hiçbir rasyonel açıklaması olmadığı görüşündeyiz

Borçlar Kanununda belirli süreli sözleşmenin 10 yıldan fazla yapılması gibi bir olasılık hakkında hüküm getirilmesi de, bu hükmün teknik ayrıntıları konusunda değerlendirme yapılması da çok anlamlı değildir. 10 yıllık bir sözleşmeye çalışma hayatında rastlamak imkansız olduğu gibi, böyle bir sözleşme yapmak her iki taraf bakımından da rasyonel değildir. Özellikle işverenin 10 yıl gibi bir süre ile işçiyi istihdam etme yükümlülüğü altına girmesi ve haksız fesih durumunda ortaya çıkacak ağır sonuçlar dikkate alındığında böyle bir sözleşme yapılmak istenmeyeceği açıktır. Sonuç olarak, kanunkoyucunun bu gibi uygulamada karşılaşılmayacak konularda düzenleme getirmesi, maalesef kanunkoyucunun uygulamaya ne kadar uzak ve çağımızın ne denli gerisinde olduğunun somut kanıtlarını oluşturmaktadır.

Kanunkoyucu fesih ile ilgili getirdiği hükümleri bütünlük içinde doğru planlanmamıştır. Bunların arasında olması gereken denge yoktur. Esasen bizce yapılması gereken şunlar olmalıydı:

4857 sayılı Kanun, genel kanuna yollamayı mümkün olan en aza indirgeyecek şekilde, eksiksiz biçimde düzenlenmeliydi. Örneğin yukarıda da belirttiğimiz gibi, belirli süreli sözleşmenin yapılış koşullarını düzenleyip, sona erme sonuçlarını düzenlememek bizce isabetli olmamıştır.

Basın ve Deniz İş Kanunları zaman içinde İş Kanunu kapsamında ayrı hükümler ile düzenlenebilir, havacılık işleri de kapsam dışına çıkarmak yerine benzer bir model ile düzenlenebilirdi.

Borçlar Kanunu yapılırken ise, iş hukukçuları etkili olmalıydı. Burada komisyon iki çalışma grubuna bölünmeli, bir kısım Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere ilişkin hükümleri, bir kısım genel hüküm niteliğindeki düzenlemeleri ele almalı idi. Borçlar Kanunu kapsamı içindeki işçiler için, bu kanun kapsamındaki işverenlerin güçsüzlüğü dikkate alınarak 4857 sayılı Kanundaki haklar kısmen azaltılarak öngörülmeliydi. İş kanunları kapsamındaki işçilere de uygulanabilecek genel hükümler ise, son derece ciddi şekilde tartışarak, planlayarak getirilmeliydi.

Bunların hiçbirisi yapılmamış; İsviçre gibi geri kalmış bir iş hukuku sistemi aynen adapte edilmiştir. Şimdi de, tüm bu eleştiriler ve değerlendirmeler göz önüne alınmaksızın, bizzat kendisi “temel hukuki boşluklar” içeren yeni Borçlar Kanunu, İş Kanununun yanına konulmakta, her iki kanun kıyaslanmakta, İş Kanununda benzer bir hüküm eğer yoksa, Borçlar Kanunundaki hükmün genel hüküm olması dolayısı ile uygulanabileceği görüşleri ortaya atılmaktadır.

Bizim idealimizdeki iş hukuku, yargısıyla, maddi hukuk boyutu ile genel hukuktan mümkün olduğunca “bağımsız” bir iş hukukudur. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun, genel rejime bağlamak sureti ile iş yargısına verdiği zararlar son derece vahim olmuştur. Uzun bir süre, hukukçular ne tür dava açacaklarını tespit edemediklerinden hak arama hürriyeti ülkemizde kısıtlanmıştır. Buradaki hata da bizce aynıdır: İş hukukunun özelliğini gözden kaçırmak ve genel rejim ile irtibatlandırmak.

Biz iş kanunlarının, medeni usul ya da borçlar hukukçularının değil, doğrudan “uygulamayı iyi bilen” iş hukukçularının elinden çıkması gerektiği kanısındayız. İş Hukukunun yargısıyla, maddi hukuka ilişkin normlarıyla *bağımsız ve kendine özgü olması* gerektiği görüşünderiz. Bu yaklaşımı, gerek kanunların düzenlenme tekniğinde, gerekse de yorumunda aynı şekilde benimsiyoruz.

İş Kanununda boşluk olup olmadığı noktasının, doğrudan İş Kanununa bakarak sorgulamak gerektiği, Borçlar Kanununda farklılık olmasının, İş Kanununda boşluk anlamına gelmeyeceği düşüncesindeyiz. Sonuç olarak, haklı feshin yazılı yapılması, ölüm tazminatı, ihbar sürelerinin arttırılmasına ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin 4857 sayılı İş Kanunu bakımından etkili olmaması gerektiği görüşünderiz. Haksız fesih tazminatı sadece belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanabileceğini kabul ediyoruz.

KAYNAKÇA

- Akyiğit*, Ercan: Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, SİCİL, Haziran 2011, 32 vd;
- Alpağut*, Gülsevil: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri Sona Ermesi Rekabet Yasağı Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 124 vd.
- Çelik*, Nuri: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 5 vd.
- Doğan Yenisey*, Kübra: Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, On İki Levha yay., İstanbul 2012, 297 vd.
- Ekonomi*, Münir: Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 23 vd.
- Engin*, Murat: Hizmet sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003.
- Gülver*, Ender: Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İHD, Cilt: 8, Sayı: 31, 2011, 999 vd..
- Güneş*, Başak / *Mutlay*, Faruk Barış: Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunlar Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, Sayı: 30, 2011/3, 231 vd.
- Mazeaud*, Antoine: Droit du Travail, LGDJ, Paris 2002, 315.
- Özdemir*, Erdem: 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, SİCİL, Aralık 12011, 107.
- Özdemir*, Erdem: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz' a Armağan, İstanbul 2011, 560 vd.
- Özdemir*, Erdem: İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:54, Sayı:3, 95 vd.
- Özdemir*, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta yay., İstanbul 2006.
- Özdemir*, Erdem: Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 167 vd.
- Pélissier/Supiot/Jeamnaud* : Droit du Travail, Dalloz 2002.
- Soyer*, Polat: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 12 vd.
- Yılmaz*, Ejder: Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), SİCİL, Haziran 2011, 22 vd.

MESUT BALCI (Oturum Başkanı)- Sayın Özdemir'e çok güzel sunumundan, çok güzel anlatımından dolayı teşekkür ediyoruz. Tüm eleştirilerini sıraladı. Ben de bir-iki şey söyleyeyim hazır elime fırsat geçmişken ara vermeden önce, şimdi bu ibraname konusu doğrudan bizi de ilgilendiriyor. İlk defa bizim dairemiz bu içi boş rakamsız ibranameleri kabul etmedi. Çünkü işçinin hiç para almadan kendisinden daha güçlü olan bir işvereni ibra etmesi zaten hayatının olağan akışına aykırı, olacak bir şey değil, kabul edilecek bir şey değil. Şimdi rakam bile yazılı olsa bunun ödenip ödenmediği konusunda ihtilaflar çıkıyordu. Şimdi bu yasa arızalı, ama o bakımdan ispat bakımından bizim işimizi biraz kolaylaştırıyor, ama bu arada ibra diye bir şey yok, hepsi makbuz oldu. Yani kısaca diyor ki, o makbuzdur. İbra diye bir şey yoktur. 25 kuruş alacağı da kalsa işçi bütün 100-200 milyarı ödedi, 1 lira kaldı. Onu bile dava edebilir bu durumda, o çıkıyor ortaya.

Bir de şunları anladım: Fatih Terim örneğinden bu 10 yıllık denilen sürenin uygulama ihtimali sıfır, bu konuda hiçbir içtihat filan da görme ihtimalimiz yok. Ben işçi olsam belirli sözleşme imzalamam, işveren olursam belirsiz sözleşme imzalamam. Bir de bu ölünce işverenin bir para ödemesi bir aylık, iki aylık, yani bunun dayanağı nedir? Hayır yap mı deniliyor işverene? Hiçbir yasal, bir mantiki izahı yok bunun, işveren bunu yapacaksa zaten yapar. Yani bunu bana bir izah etsin birisi söz aldığında, ben de anlayayım. Ben bunu anlamakta güçlük çektim. Herhalde 9 ve 22. Daire bunu daha iyi izah eder, nedir bu?

MESUT BALCI (Oturum Başkanı)- Efendim, yazılı soru diye bir kısıtlama yapmadık, Sayın Özdemir de her türlü soruya, eleştiriye açık olduğunu söyledi. Tabii ki cevap hakkı var buna karşı, soruları sözlü, ama başkalarının da söz hakkını kısıtlamayacak kadar bir sürede olmasını rica ediyorum. Şimdi Seracettin Beyden başlayalım efendim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi)- Teşekkür ederim Sayın Başkanım. Değerli Hocama tebliğleri için teşekkür ediyorum, gerçekten çok yararlandım. Şimdi ben iki konuda görüşümü arz edeceğim, bir de sorum var Sayın Hocama. Bir defa bu ibraname konusu aslında bir düzenleme var, ama bu Yargıtayın kabahati değildir. Aslında Yargıtay ibraname konusunu tam bir düzene sokmuştu. Kanımca çok da basitti, Hocam da bahsettiler. İbranamede mutlaka alacağın türü belirtilecek, miktar belirtme zorunluluğu yok, miktar belirtilmişse

makbuz hükmündedir ve ayrıca işveren ibranamenin içeriğiyle çelişkiye düşmeyecek. Gayet basit bir formülü vardır. Fakat nedense sanki Yargıtayın böyle bir şu anda yapılan düzenleme gibi uygulaması varmış gibi bu düzenlemeye gidildi. Fakat açıkça söyleyeyim, yasa koyucu burada keşke biraz daha açık olsaydı, yani tek bir cümleyle deseydi ki, iş hukukunda ibraname geçersizdir deseydi çok daha basit olurdu. Zaten bu anlama geliyor kocaman o madde, bütün metinler, iş hukukunda artık ibraname geçersizdir diyebiliriz rahatlıkla.

İkinci bir husus rekabet sözleşmesiyle ilgili, Hocam mutlaka karşı bir edim olması gerektiğini söyledi. Aslında 445. maddenin 2. fıkrasında karşı edime göre bir hakkaniyet indirimi öngörülmüş, demek ki, karşı edim de öngörülebilir, bunun için bir engel yok ve orada kanımca çok isabetli bir düzenleme yapıldı 2. fıkrasında 445. maddenin. Çünkü daha önce Yargıtayın şöyle bir uygulaması vardı: Konu, yer ve zaman bakımından bir sınırlama olmadığı zaman Yargıtay bu sözleşmenin tümüyle geçersiz olduğunu, buna yönelik kararlar veriyordu. Fakat şimdi öyle değil, 445. madde diyor ki: *“Böyle bir konu kapsam ve süre bakımından gerçekten hakkaniyeti aşar bir kayıt varsa hâkim durumun gereklerine göre bunu hakkaniyete uygun bir sınıra çekebilir”* Çok bu sözleşmeyi geçersiz kılmadan ayakta tutmaya çalışır diyor. Bu çok isabetli bir düzenleme bana göre.

Şimdi Sayın Hocama sormak istediğim cezai şartla ilgili. Bilindiği gibi Yargıtayın şöyle bir uygulaması var: İş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından 21. maddedeki düzenleme nedeniyle cezai şartların geçersiz olduğunu kabul etmekte, tabii cezai şartı geçersiz kabul edince bu durumdan şöyle bir manzara ortaya çıkıyor: İşveren lehine öngörülen cezai şartın akıbeti ne olacak? Biz işçinin lehine öngörülen cezai şartı 21. madde nedeniyle geçersiz kabul ettik. Burada işveren lehine de öngörülen bir cezai şart var, onu hangi gerekçeyle geçersiz kılacağız? Bunu işçinin cezai şartını geçersiz kıldığınız için artık tek taraflı duruma geldi diye mi geçersiz kılacağız, yoksa gerçekten iş güvencesi kapsamında olmak bunun karşılığıdır deyip, bunu geçerli saymak mümkün müdür?

Yine Yargıtayın bir uygulaması var. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bakımından bunlar içinde cezai şartı 21. maddedeki sınırlamalar dahilinde geçerli kabul ediyor. Yani iş güvencesi tazminatı işte 4'le 8 aylık miktarı var öngörülmüş 21. maddede, dolayısıyla iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından en fazla 21. maddede öngörülen

sınırlar dahilinde cezai şart öngörülebilir. Bunu nasıl buluyorsunuz? Bu konuda da cevabınızı merak ediyorum, teşekkür ediyorum.

SALONDAN- Erdem'e çok teşekkür ediyorum, çok da tebrik ediyorum bu güzel sunum için, sadece ses değil, görüntü de çok iyiydi. O yüzden hem göze, hem kulağa hitap eden bir sunum oldu. Şimdi bir-iki noktada ben kendi görüşümü de açıklayacağım, kendisinin de görüşlerini öğrenmek isteyeceğim. Bu Peugeot'la Renault meselesi: Peugeot Fabrikasında Renault ürünleri kullanan, başka alanlarda çok yabancı değil, Türkiye'de de görüyoruz. Mutlaka arabayı park ettirmek şeklinde de olmuyor, belli bir içeceği üreten firma örneğin, onun pazarlanmasında çalışıyorsa işçi, artık tüm diğer ürünlerini de onun yelpazesinde ne bileyim, meyve suyu, kolası, suyu, başka şeyleri varsa, hepsini oradan alma, başka bir ürünü kullanmama gibi bazı yükümlülükler getiriyor, bunları görüyoruz. Bunlar gerçekten çok sınırlayıcı, acaba bunlara karşı düşündüğüm 407. maddemizin yeni Türk Borçlar Kanununun bir son fıkrası var. Ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir diyor. Bunu bir yardımcı hüküm olarak alabilir miyiz, kullanabilir miyiz diye düşünüyorum. Mutlaka işverenin ürünü tüketeceksin şeklindeki anlaşmanın yer yer buna aykırı olacağı noktasına varabilir miyiz 407. maddenin son fıkrası hükmünden?

Yalnız şunu da söylemek istiyorum, o konuda tereddüdümü de belirtmek istiyorum. Ben Peugeot Fabrikasına gitsem, Peugeot almayı düşünsem, ama bana ürünü pazarlayan kişinin Renault arabayla gidip geldiğini görsem Peugeot almam. Bir haklı menfaat de yok mu diye düşünüyorum, yani bu kuralın bazı haklı istisnaları da olmaz mı, kendisi de tereddüt etmez miydi diye aklıma geliyor.

Diğeri bu 438. maddenin son fıkrası haklı nedenle fesihte 6 aylık ücrete kadar olabilecek tazminat iş güvencesi kapsamındaki işçinin aynı zamanda bu tazminatı talep edebilmesi olur mu, olmaz mı? Sanırım uygulanmayacağı, olmayacağı noktasında oldu görüşü. Ben şuna işaret etmek istiyorum, belki bu kadar kesin olmamalı diyorum bu tazminata hükmedilmez diye. Bizim iş güvencesi sistemimizin şöyle bir sakıncalı yönü var: İşçi işyerinden dövülerek, hakaret edilerek atılmış olsa bile biz diyoruz ki, mutlaka sen işe iadeyi talep edeceksin. Tazminat davası açmayacaksın, işe iade davası açacaksın. Kazandığında da hayır, samimi olacaksın, mutlaka işe iade için başvuracaksın. Yani işveren sana bunları da yapmış olsa sen belli iş güvencesinden yararlanmak istiyor-

san tazminat diye değil, işe iadeyi mutlaka istemek zorundasın. Bunun yerine işe iadeyi istememek hiç dava açmamak yolunu yeğleyip bir işçi acaba doğrudan haksız olarak sözleşmem feshedildi deyip, bu 6 aylık ücrete varan tazminatı isteyemez mi ya da işe iade davasını kazandı. Diyelim süresinde başvurmadı. İş güvencesi tazminatlarını almıyor, o zaman gidip de bu 6 aylık ücretin tutarında haksız fesih tazminatını istiyorum diyemez mi? Böyle bir uygulama alanı olur mu, olmaz mı? O konuda düşüncesi ne, merak ediyorum.

Ölüm halindeki tazminatla kıdem tazminatının birleşip birleşmemesi konusunda ben farklı düşündüğümü söylemek istiyorum. Bence kıdem tazminatının niteliğiyle ölüm halinde ödenecek olan tazminat birbirlerinden farklı tazminatlar. Birincisi iki nedenle bu sonuca varıyorum: Birincisi, İsviçre uygulamasından varıyorum. İsviçre hukukunda hem kıdem tazminatı ödenir, hem de bu tazminat ayrıca ödenir deniliyor. İkincisi, kıdem tazminatı bizde artık öyle bir konuma gelmiş durumda ki, sosyolojik iş hukukuna özgü apayrı, bambaşka bir tazminat, bunu kaldırmayı, fona geçirmeyi senelerdir düşünselerdi kimsenin dokunamadığı, Türkiye'de Anayasayı değiştirebiliyorsunuz, ama kıdem tazminatına dokunamıyorsunuz. O zaman kıdem tazminatı zaten apayrı nitelikte, yasa koyucu ölüm için böyle bir ayrı ödeme öngördüyse, bunun da ayrı bir uygulaması, kıdem tazminatı yanında bir uygulaması neden olmasın diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum.

MESUT BALCI (Oturum Başkanı) Sayın Murat Özveri, uzaktan uzağa göremediğim için tanıyamadım, yaklaşıncaya tanıyabildim.

Av. MURAT ÖZVERİ (Kocaeli Barosu, Çalışma ve Toplum Dergisi Genel Yayın Yönetmeni)- Ben de Hocamın değerli tebliği için, değerli ve renkli tebliği için, görsel boyut için özel bir gayret göstermesine gerek yok zaten, fiziki yapısı o görseliği sağlamaya da yetiyor, çok teşekkür ediyorum. Çok önemli bir şey söyledi değişimi yakalamaya ilişkin, birinci sorum bu: Hangi değişimi? 1930'lu yılları referans verdi, 1930'lu yıllardaki hangi anlayışı? Yani kriz sonrası korumaya dönük iş hukukunun koruma ekseninde şekillendiği anlayışı mı, yoksa tam tersine korumanın esneklettiği anlayışı mı? Değişimin yönü derken kastettiği olay ne? Bir ikincisi o, üçüncü sorum ne olacak bu Avrupa'nın hali? OECD ortalamaları ya da OECD belirlemelerine göre Avrupa'daki korumada biz bir Fransa'yı bizim önümüze, onun dışında herkesi geride bıraktıysak gerçekten çok kaygılandım ve üzüldüm Avrupa için, ne olacak Av-

rupa'nın bu hali? Şimdi öyle bir koruma ki, işe iade davalarından elde edeceğimiz hukuki yarara ortalama 4 yılda ulaşıyoruz. Hep şu soruluyor: Neden ibraname? Evet, neden ibraname, neden bir işveren işçiden ibraname alır? Sanki bu ülkede çift bordro diye bir uygulama yok, işveren çift bordro yaptığı için ibraname alır. İşveren belgelediği şeyin maddi gerçekliğe uymadığını bildiği için, bu uyumsuzluktan zarar görmemek için, bu uyumsuzluğu perdelemek için ibraname alır. İşveren iş kazalarında niye ibraname alır? Der ki, kardeşim bak, işçi Murat dava açtı, 7 sene süründü, aldığı tazminat 100 milyar, gel ben sana 7 sene sürünme, 25 milyar vereyim, bana da bir ibraname ver demek için ibraname alır. Bu ülkede işçilerin asgari ücretten ücretleri yatırılır, muhasebeci kartlarını toplar, gider, SSK primlerini ve vergisini işçilerden biz öyle anlaşılmış SSK primi ve vergi sana aittir diye, işçilerin yatırmış olduğu ücretlerinden SSK primini alır. Bu nedenle ibraname alınır, bu nedenle de bence Yargıtayın kararı önemlidir, aynen ifa asıldır. Bir işvereni işçi neden ibra etsin sorusunun hayatta gerçekten de karşılığı yoktur. Ya zaruret halindedir işçi, bunun adı menfaatlerin dengeleştirilmesi olur. Böyle bir dengeleştirme olmaz, niye işçi 3 lirasından, 3 lirasından vazgeçsin? Niye yapmış olduğu fazla çalışmaların yüzde 30'undan, 40'ından vazgeçsin? Çünkü önüne konulan şey pratikteki ciddi engellerdir, zamandır, baskısıdır, bu nedenle de vazgeçmek zorunda kalır. Eğer bu minval üzerinde konuşacak olursam gerçekten bir korsan tebliğe dönüşecek, ama toparlayacaksak, bunun adı korumaysa ve Avrupa böyle bir korumada bizim gerimize düşmüşse, gerçekten de acımak gerekir, gerçekten de Avrupa adına üzölmek gerekir diye düşünüyorum.

Şuna da anlam veremiyorum: İbraname biraz önce değerli yargıcımız Seracettin Beyin söylediği gibi yoktur ibraname iş hukukunda denzin, sakıncası ne? Yoktur, çünkü iş hukukunun doğası da buna uygun değildir. Olmamasında da bence hiçbir sakınca yoktur diye düşünüyorum. İlla Borçlar Kanununa geldi diye olması gerekir diye de düşünmek de ne kadar anlamlıdır? Onu da bilemiyorum.

Gelelim diğer konulara, yani Borçlar Kanunundaki genel birtakım düzenlemelerin iş hukukundaki düzenlemelerle çelişkisi halindeki nirengi noktası ok ne olmalı, neye göre bakmalıyız, teknik anlamda neye göre bakmalıyız, feshin sonuçlarına yönelik tebliğ somutunda söylemek gerekirse, buna neye göre bakmamız gerekiyor? Bence şunu anımsamamız lazım: Fesih olabildiğince zorlaştıracak her düzenlemeye öncelik

vermek Almanların söylediği anlamda İş Yasasının doğasına uygun olan borçlar hükümlerinin ithal yoludur. Borçlar Yasasındaki hükümleri iş hukukuna ithal edeceksek, o zaman iş hukukunun en temel ilkelere uygun bir anlam katarak ithal etmek zorundayız ki, feshi zorlaştırmak da eğer değişmemişse, değişimin doğası, ruhu, mantığı gereği feshe karşı korumak bence önemlidir diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum. Derdim çok, dert bir olsaydı ağlaması kolay olurdu derler de, bu kadar ağlayabiliyorum. Sağ olun.

MESUT BALCI (Oturum Başkanı)- Murat Bey çok az konuştuğu için ben şaşırđım. Buyurun efendim.

Av. İNCİSER ALPTEKİN (İstanbul Barosu)- Değerli Hocamıza tebliğinden ötürü teşekkür ediyoruz. Diğer konuşmacılara aynen katılıyorum bu konuda ve öğrencilerinin şanslı olduğuna inanıyorum. Keşke onun öğrencisi olsaydım diyorum. Şimdi Hocam, size bir-iki soru soracağım, ama ondan önce ufak bir kısa söyleyeceğim, fazla uzun söylemeyeceğim. Arkadaşlar Murat'tan sonra benim söz almam nedeniyle de uzun mu olacak diye endişe ettiler, ama şimdi ülkemizde çok yeni hava işte grev yasağı geldi. Ben endişeliyim meslektaşlarım, endişeliyim, çünkü bu giderek daha vahim sonuçlara doğru gideceğiz mi? Çünkü şu anda da eğer Borçlar Yasasında yapılan düzenlemelerle İş Yasasının çakışmasında veya problem olmasında başımıza gelecekler nedir ya da Sayın Hocam, İş Yasası da değişikliğe uğrayacak mı? Endişem o, şimdi biz iyi kötü 4857'yle bir yol alıyoruz. Değerli Yargıtayımız boşlukları dolduran emsal kararlar veriyor. Biz bir yerde devam ediyoruz yürümeye, ama bu endişe çıkan yasalarla bizde oluşmaya başladı.

Yasa özelinde de 10 yıllık belirli süreli sözleşme hususunda belirli ve belirsiz süreli sözleşme Sayın Başkan güzel ifade etti, belirli süreli sözleşmeler işverenin, belirsizler işçinin diye, 10 yıllık belirli süreli sözleşme Erdem Hocamız da söyledi, yani hangi koşullarda olacak? Elbette şimdi düşünelim, işçilerle ilgili ben düşünemiyorum. Hani belirli süreli sözleşmeler niye çıkıyor ortaya? Sürekli yapılı hale gelmişti, bu nedenle de problem olmaya başlamıştı gerçekten, ama 10 yıllık belirli süreli sözleşme herhalde mesela, düşündüğüm zaman doktorlar gibi düşünüyorum hastanelerde, belki örnekleri var bu konuda diye söylemeye çalışıyorum. Yani burada 10 yıl hakikaten çok ciddi bir rakam her iki taraf için düşündüğünüz zaman, 10 yıllık belirli süreli sözleşmede yasada işçinin sona

erdirmesi durumunda bakiye süreyle ilgili zarar, bunun açıklanması ne acaba? İşveren için bakiye kalan sürenin ücreti, ama işçi şey yaparsa ne olacak işveren açısından talep konusu? Kısaca bu kadar, teşekkür ederim.

Av. ABDÜLHALİM EKE (Ankara Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Kurulu Üyesi)- İki ayrı kişiden aktarımda bulunacağım. Bir tanesi borçlar hukuku komisyonunun çalışmasında yer alan akademisyenlerin bir sözünü iletmek istiyorum. Biz iş hukukçularını çağırdık, ama gelmediler dediler. Tabii bu salonda olanlara bu çağrı ulaştı mı, kime ulaştı? Bunu sempozyumlarda söylediler, basında değil. Birincisi bu, ikincisi, yasama iki şeyle dönüyor, bir de üçüncüsü var tabii: Birincisi içtihatlardan öğreniliyor, ikincisi yabancı deneyimlerden öğreniyoruz, yani İsviçre hukuku ya da diğer hukuklardan, üçüncüsü de komisyonda olan kişilerin kişisel deneyiminden elde ediliyor. Komisyonda olan kişilerden birinin kişisel deneyimi yasanın birçok yerine aktarılmış durumda. Ben aramızda yurtdışında olduğu için bulunamayan bir arkadaşımızdan bir dava örneğiyle buradan ayrılmak istiyorum. Tezai Yıldırım dedi ki: *“Birisi geldi. Esnaf işletmesinde çalışıyordu. Uzunca süre çalışmıştı, ama İş Kanununa tabi olmadığı için kıdem tazminatı ya da diğer hakları alamıyordu. Ben asliye hukuk mahkemesine gittim. Siz yasa koyucu olsaydınız bu kıdem tazminatını takdir ederdiniz dedim ve kıdem tazminatını aldım. Yani İş Kanunu dışında olan için, bu da daha sonra birçok dosyada örnek olarak kullanıldı”*, ama tabii bu dosyalar Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Dairesine gelen nitelikte dosyalar değil, öyle olunca bu alanda bir de deneyim eksikliği var. Onun için yorumlarımızı iş hukukçularına danışılmamış olması nedeniyle yahut bu alandaki ihtilafların azlığı nedeniyle daha bir farklı yapmalıyız diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

MESUT BALCI (Oturum Başkanı)- Başka sorusu olan var mı efendim? Ben göremedim, buyurun.

Av. LEVENT YILDIRIM (İstanbul Barosu)- Efendim, herkese merhabalar. Ben de şunu sormak istiyorum: Şimdi tabii işçinin elde edeceği haklar bir tarafa, bir de dava, 4-5 sene uğraşıyorsun, dava kazanıldığında bir de bunun tahsil kabiliyeti sıkıntısı var. Şimdi şirketten işçiler gösteriliyor örneğin, ama şirketin hiçbir mal varlığı olmayabiliyor. Baktığımız zaman ortağın mal varlığı olabiliyor veya bir şahsın iki tane, üç tane şirketi olabiliyor. İşçileri mal varlığı olmayan şirketten gösteriyor, diğer şir-

ketlerin mal varlığı var. Biz davayı açarken hangi şirketten göstermişse ona açıyoruz, ona ilişkin karar alıyoruz, ama bu sefer de tahsil kabiliyeti olmuyor, boşa gidiyor. Şimdi burada Avrupa'da da incelemelerim kadarıyla biraz gelişmiş perdenin kaldırılması teorisi var. Bizim ülkede de yeni yeni konuşuluyor, tartışılıyor. İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin verdiği bir karar Yargıtayın onadığı bir karara ulaştım. Çok fazla da bir karara ulaşamadım. Bu konu hakkında, yani sadece efendim, şirketin değil de, ortağının da sorumluluk altına sokmak, bu perdeyi kırdığınız zaman bakıyoruz, işin aslında, esasında işi yöneten malın mülkün sahibi ortak, onu da sorumluluk altına sokabilmek gerekmez mi? Artık uygulamada da bu şekilde kararlar verilmesi gerekmez mi? Bu konu hakkında da görüşlerinizi rica ediyorum. Teşekkür ederim.

Av. EVRİM ATASOY (İstanbul Barosu)- Şimdi Borçlar Kanunundaki bu düzenleme geldiğinde biz İş Kanununa tabi olmayan bir işverenin avukatları olarak çok sevindik birtakım boşluklar dolacak diye. Şimdi siz bize sunumda hep İş Kanununun boşluklarını dolduracak mı, doldurmayacak mı şeklinde söylediniz, ama benim de sorum şu: Borçlar Kanununun uygulanmadığı sektör örnek vereyim, havayolu sektörü ne Hava İş Kanunumuz yok maalesef, şöyle söyleyeyim, Türk Havayolları haricinde maalesef diğer havayolu şirketlerinde de bir toplu iş sözleşmesi olmadığı için İş Kanunu hükümleri maalesef uygulanmıyor. Bu noktada Borçlar Kanunu hükümlerinin doldurduğunu düşünüyor musunuz veya İş Kanunu hükümleri zaten uygulanmıyor, kıyasen de uygulanmıyor, çünkü 5. maddede açık bir hüküm var. Yani havayolu taşımacılığında bu kanun hükümleri uygulanmaz diyor. Borçlar Kanununa geldiğinde işte ihbar tazminatı, vesaire birtakım haklar getirildi, ama biz yine de yeterli bulmuyoruz açıkçası Borçlar Kanununu, ama sağladığı faydalar sizce nelerdir?

MESUT BALCI (Oturum Başkanı)- Soruları bu kadar aldım efendim. Şimdi bu başka işyerinden, başka şirket üzerinden göstermede bir problem var hakikaten, bunu bilmiyorum. Bizde bir de bu Borçlar Kanunu eski 179'da 2 yıllık sorumluluk var. Orada tescil ve ilandan başlıyor, İş Kanununda birde bu hizmet akdiyle ilgili burada düzenlemede de devir tarihinden başlıyor işyeri devrinde. Şimdi düşünün, işveren tabela bile indirmeden kâğıt üzerinde bir devir yapsa, işçinin buradan haberi bile olmaz. O 2 sene de geçer, hepsi geçer. Yani bazı işçiler burada hak kaybına, gerçi burada muvazaa ileri sürülebilir, bu böyle çözülür de,

diğeri nasıl çözülür? O anlamda ben de bir ayrıntı istiyorum. Söz sizde Sayın Özdemir.

Prof. Dr. ERDEM ÖZDEMİR (Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi)- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Şimdi görüşlerimin daha net, iyi şekilde anlaşılabilmesi için aslında genel açıklama yapmakta fayda görüyorum. Tüm sorular açısından da geçerli olabilecek bir açıklama. Görüşlerim özetle şöyle, özellikle Murat Bey'e de bu anlamda cevap anlamında söylüyorum: Bir kere bence sunumda da söylediğim gibi bu bir yanlışlıklar dizisi, bu dizi 4857'yle başlıyor. 4857 sayılı Kanun iyi bir kanundur diye düşünüyorum genel olarak, çünkü bilimsel olarak hazırlanmıştır, hocalarımız burada görev yapmıştır. Her bir madde üzerinde konuşulup, tartışılmıştır. En önemlisi okuduğum zaman anladığım bir kanundur. Ben bu Borçlar Kanununu okuduğum zaman anlamıyorum. 76 tane maddesi var, bu Borçlar Kanunuyla ilgili böyle bir çalışma yapalım, sonra hepimiz bir sınava girelim bu Borçlar Kanunundan, kalırız. Soralım, işte kaç gün içinde kaç günlük ücretini talep edecektir? Biraz önceki işte 30 gün, 7,5 günlük, işte hâkim nasıl indirecektir falan filan. Şimdi bu önemli, kanun hazırlama tekniği açısından bu önemli, tartışılmalı, somut sorulara cevap bulunmalı ve bu şekilde kanun hazırlanmalı.

Bence bir kanun iki şekilde hazırlanır ve iki amaçla hazırlanır: 1. Uygulamada birtakım sorunlar vardır, o sorunlara mevcut yasalarımız cevap verememektedir. Yargıçlar yanıt bulamamaktadır, buna yanıt bulmak için kanun yaparsın. İkinci amaç dünya ilerlemektedir, yeni kavramlar çıkmıştır. Bu yeni kavramları hukukuna katarsın ve hem ülkenin, hem hukukunun kültürünü bir adım ileri taşımaya çalışırsın. Nedir mesela? İşte mobbing'i getirirsin, cinsel tacizi getirirsin, kişilik haklarını getirirsin. Bunlar aslında bize gelmeseydi bizim kendi başımıza bulacağımız şeyler değildi. Cinsel taciz 2003'te geldi, bir tane cinsel taciz vakası neredeyse yoktu. Türkiye'de acaba böyle bir taciz olayı yoktur diyebilir miyiz? Bunu bir şekilde Avrupa'dan duyduk, aldık. Eşitlik, kaç tane dava vardı eşitlikle ilgili açılan? Yoktu, sınırlıydı. Biz bunu hukukumuzu ileriye götürmek için Avrupa'dan aldık. 4857 sayılı Kanun bence doğru bir kanundu, isabetli bir kanundu, ama önemli bazı eksiklikleri de içermekteydi. Mesela, işçinin kişilik haklarının korunmasıyla ilgili tek bir hüküm yoktu. Mesela, cinsel taciz diyor, ama taciz konusunda işçiye verdiği tek hak -ki, bu hak aynı temyiz hakkı kazanmak gibi bir şey- sözleşmeyi haklı nedenle feshetmekti. Dolayısıyla bu eksikliklerine rağmen 4857

iyi bir kanundu, ama şunu da yapmalıydı bence: Birçok konuyu boşlukta bırakmamalıydı. Yani kanun koyucunun arkasındaki, kafasındaki düşünce işte, bir Borçlar Kanunu olsun, bu İş Kanununu tamamlasın. Bu düşünce bence isabetli bir düşünce değildi. 4857’de rekabet yasağı da düzenlenmeliydi, 4857’de ibraname de düzenlenmeliydi, mobbing de düzenlenmeliydi, kişilik hakları da düzenlenmeliydi. Bunlar borçlar hukukçularının düzenleyeceği konular değildi. İşverenin hukuki sorumluluğu da, bence iş kazasından sorumluluğu da açık açık neyse kusurlu mu, kusursuz mu yazmalıydı. Doğrusu buydu, bu yapılmadı, bir fırsat kaçırıldı.

Daha sonra olayın ikinci perdesi başladı: Borçlar Kanunu. Borçlar Kanununu kim hazırladı? Borçlar hukukçuları hazırladı. Nevzat Koç başkanlığında Prof. Gökhan Antalya’nın da yardımcılığında Borçlar Kanunu tamamen İsviçre’den tercüme etmek suretiyle hazırlandı ve öyle kötü tercüme var ki, size bir madde okuyacağım. Bu maddeden kim ne anlıyor? Ben bunu soracağım, tamamen yanlış bir tercüme. Pazarlamacılık sözleşmesiyle ilgili 453. madde: *“Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gereken bir sebep varsa işveren söz konusu hükmü sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmüş olsa bile bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştirebilir, ancak bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı saklıdır”*

Şimdi yavaş yavaş, adım adım ne olduğunu bir açıklayayım. Bir sözleşme var ortada, bu sözleşmede pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin bir hüküm var. Demek ki, diyor ki mesela, sen İzmir’de çalışacaksın. Bunu değiştirmeyi gerektirecek bir sebep var ve işveren sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülse bile bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştiriyor. Şimdi soruyorum, ne alaka sözleşmedeki fesih bildirim süresi? Şu alaka, İsviçre’de bunun gizemli açılımı şu: Çalışma koşullarının değiştirilmesinde bu ihbar öneli kutsal bir şey gibi görünüyor. İşçinin aleyhinde bir değişiklik yapacaksın bu ihbar süresine uyacaksın deniliyor. Bizim hukukumuzda bu uyacak kabul edebileceğimiz, adapte edilebilecek bir şey mi? Asla değil, kanunun orijinali de böyle değil, tamamen kanun koyucu maddeyi anlamamış, uydurmuş. Sözleşme de demiyor, kanun diyor orijinali, bunun gibi ciddi tercüme hataları var, rekabet yasağında belirttiğin gibi ciddi tercüme hataları var.

Borçlar Kanunu yapan komisyon açık açık söylüyorum, iş hukukundan anlamıyor ve kendi kafasına göre birtakım maddeler getiriyor. Bu maddeler getirmesi gereken yerde tazminat getirmiyor. Örnek, 30 yıl çalışan adamın bir tazminat hakkı yok, emekli olan adamın tazminat hakkı yok, evlenen kadının tazminat hakkı yok, askere gidenin tazminat hakkı yok. Peki, ben şimdi soruyorum, boşluk, boşluk, Borçlar Kanununda boşluk yok mu? Borçlar Kanununa tabi işçinin günahı ne? 30 yıl çalışan, 20 yıl çalışan adamın günahı ne? Şimdi aslında doğru teknik yine şu olmamalıydı. Doğru teknik kanun hazırlamada bence şu olmalıydı: İş Kanunu mümkün olduğu kadar boşluksuz hazırlanmalıydı. Borçlar Kanunu hazırlayacak komisyon da oturup şu masaya oturduğunda komisyonu ikiye ayırmalıydı: 1. Sadece Borçlar Kanunu kapsamında kişilere uygulanacak hükümler üzerine çalışmalı, 2. İş Kanununda boşluk varsa o boşlukların ne şekilde doldurulacağı üzerinde çalışmalıydı ve bu boşluklar bilinçli şekilde hazırlanmalı ve sunulmalıydı. Daha sonra da bunun sentezi yapılmalıydı. Borçlar Kanunu kapsamındaki uygulamaları belirlerken bence referans alınması gereken norm İsviçre değil, doğrudan 4857'ydi. Yani eğer biz diyorsak ki, Helin Hanımın sorusuna herhalde cevap anlamında söylüyorum, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin durumu ne olacak? Bence şöyle olmalıydı: İş Kanunundaki haklar hafifletilerek oraya aynen geçirilmeliydi. Kıdem tazminatı tartışılın, yüzde 50 geçsin, yüzde 25 geçsin, yüzde 30 geçsin, yüzde 60 geçsin, ama ikisi arasında bir uyum olsun, bir eşitlik olsun. Çünkü 4857'nin yapısı bence iyi bir yapı, o yapıyı da Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere uygulamak lazım.

Şimdi yine Abdülhalim Beyin söylediği o dosyanın bilirkişisi de bendim, avukatı da burada Erdal Bey. Borçlar Kanunu kapsamındaki bir ilişkide İş Kanunundaki bazı hakların kıyasen uygulanması şeklinde bir iddia ortaya atmıştı. Yani kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık izin mevcut Borçlar Kanununa bakalım, fazla mesaide ne öder diyor? Hiç, hikâye, işveren hakkaniyete göre bir şeyler belirleyecek, ödeyecek. Böyle şey mi olur? Fazla mesai yapacaksın sen, işveren gönlünden ne koparsa verecek, bu olmaz. Yıllık izin var mı mevcut Borçlar Kanununda? Yok. Olabilir mi böyle bir şey? Anayasal hak dinlenme hakkı Borçlar Kanununda yok. Erdal Beyin hukuksal konstrüksiyonu şu şekildedeydi: Borçlar Kanununda örtülü boşluk var diyor. Çok da doğru bir yaklaşım, örtülü boşluk Borçlar Kanununda bence de var. Doktrinde bugün aslında yapmaya çalıştığım

şey şuydu: Klasik tabuları sorgulamaktı bir anlamda, bildiğimiz klasik böyle şeyler var. İş Kanunu boşluklarını Borçlar Kanunu doldurur. Nerede doldurur? Borçlar Kanunu İş Kanununun boşluklarını dolduracak durumda değildir, kendine hayrı yoktur bence, mevcut Borçlar Kanunu kendi başlı başına boşluktur, örtülü boşluktur. Doktrinde bütün kitaplar da yazar, işte klasik kitaplarda İş Kanunu boşluklarını doldurur. Dolduramıyor kardeşim, yani hiçbir şeye cevap vermiyor. Bütün vere vere iki haftalık ihbar öneli veriyor işçiye bu mevcut yenisi değil, eskisi. Şimdi tablo bu ve Abdülhalim Beyin dediği gibi mahkeme lehinde de karar verdi, benzer şekilde de bu rapor bu mahkeme kararı kullanıldı ve kararlar çıktı. Kararlar yargı tarafından da onandı, ama yargı acaba bunu ne şekilde analiz etti? Yani dikkatle acaba bakıp da bu kararlar onandı mı, onu bilmiyorum. Şimdi olayın teorik altyapısına açıkçası katıldığımı da ifade etmek istiyorum. Borçlar Kanununda bugün bence hemen hemen her tarafında örtülü boşluk vardır. Yıllık izin hakkı tanımayan, fazla mesai hakkı tanımayan bir kanun bugün çağdaş iş hukukunda kabul edilemez.

Şimdi buradan hareketle birkaç noktaya değineyim. Mesela, cezai şartla ilgili ve ibranameyle ilgili sorulara cevap vereyim. Şimdi elbette çağdaş dediğiniz zaman neyi anlıyoruz? Murat Beyin sorusu gerçekten harika, hangi yıllara geri gitmeliyiz? 60'lara, 70'lere, 30'lara veya 2000'lere, çünkü bir çizgi var. Çağdaşlıktan benim anladığım şey şu: Günümüzün iş hukuku anlayışında kabul edilen, artık hemen hemen herkesin kabul ettiği birtakım şeyler var. Mesela, fesih kavramına bakış iş hukukunda nasıl? Fesih kavramına bakış iş hukukunda artık şu: Taraflar eşit değil, işçi ve işveren farklı. Feshin işçi açısından taşıdığı değer, önem, zarar farklı, işveren açısından farklı, bunu kabul etmemiz gerekiyor. İkinci çok önemli nokta şu: İş hukukunda dünyada 80'lerden sonra görülen en önemli gelişim bireyselleşme, individuation, hatta Fransa'da bir çocuk tez yazdı "individuation" diye, ödül aldı bireyselleşme, iş hukukunda. Bunun anlamı şu: 1970'lerde yok olan hizmet akdi artık canlanmaya başlıyor. Kolektif ruh artık maalesef eskisi gibi değil, her türlü sosyal ilişki de değil. Yani dostluk ilişkileri bile belki 70'lerdeki gibi değil, 70'lerde herkes birbirine borç verirdi ev alırken falan, bugün borç almaya bankaya gidiyorsun, arkadaşından, dostundan alamıyorsun. En basit aile ilişkileri, evlilik ilişkileri, kadın-erkek ilişkileri bile 70'lerdeki gibi değil. Boşanma şeyine bakın, artık herkes biraz daha kendine oynayan bir dünyada oynamaya başlıyor.

Şimdi bunun yarattığı iş hukukundaki etki şu oldu bireyselleşmenin: İş sözleşmesi yükümleri ön plana çıktı. Nedir bunlar mesela? Cezai şart ön plana çıktı. 1970'lerde tartışılmayan, 1980'lerde, 1990'larda tartışılmayan rekabet yasağı bugün tartışılmaya başlandı. 1990'larda doktora tezimi yazarken Nuri Beye rekabet yasağını yazayım dedim. Evladım, burada vaka yok, bunu yazma, çok teorik kaçarsın dedi, ama bugün yazılıyor rekabet yasağı bir doktora tezi olarak. Şimdi çağdaş iş hukukunda da bu gibi sözleşme hükümlerine yönelik belli sınırlamalar getirildiğini görüyoruz. Nedir bu sınırlamaların özündeki şey? Bu sınırlamaların özünde aslında bir ölçülülük ilkesi kavramı karşımıza çıkıyor. Ölçülülük ilkesi şu anlama geliyor: İşçiye bir yüküm getirdin, bir yük getirdin, ama o getirdiğin yük senin ona karşılık elde edeceğin menfaatle ölçülü ve dengeli olacak. Yeni bir kavram karşımıza çıkıyor. Bütün gün asistanlar ağıyorlar tez konusu bulamıyorum diye, işte size tez konusu karşılıklılık ilkesi ortaya çıkıyor. Çok güzel ifade etti ibraname konusunda, kimse niye vazgeçsin durduk yerde hakkından? Benim bir hakkım var, 10 000 lira kıdem tazminatı var, işverene bağışlayacağım, niye bağışlayayım kardeşim? İkale aynı şekilde, neden durduk yerde ben ikale sözleşmesi imzalayayım? Bu karşılıklılık ön plana çıkan bir kavram, ama bunları doğru şekilde okumak lazım. Ölçülülüğü ve karşılıklılığı cezai şart ekseninde bakarsak, soruyla da bağlantılı olarak bakarsak, cezai şart diyor karşılıklı olmazsa geçerli değildir. Bence bu teknik olarak çok doğru değil. Yani şu anlamda mı anlayacağız bunu? İşçi adına da bir cezai şart getireceksin, işveren adına da bir cezai şart getireceksin. Bence hayır, bence şu şekilde değerlendirmek lazım: Sözleşmede bir cezai şart varsa, bir yükümlülük varsa, onun karşılığında da sen bir şey vermelisin. Örneğin, işçiye sen bir sene sözleşmeyi feshetme diyorsan, işçiye bunun karşılığında bir senelik senin zararına karşılık gelecek düzeyde bir eğitim vermelisin. Bu eğitimi vermelisin ki, işçiden bir yıllık sadakat, fidelite beklemelisin. Dolayısıyla cezai şarta ilişkin düzenlemenin de değerlendirmemi sunumumda yapamadığım için söylüyorum, karşılıklılığı bence bu şekilde okumamız gerekir diye düşünüyorum, ama bence çağdaş iş hukuku anlayışıyla baktığımızda kanun koyucu buna bir ölçüt daha getirmeliydi, ölçülülüğü getirmeliydi. Cezai şart aynı zamanda ölçülü ve dengeli de olmalı demeliydi.

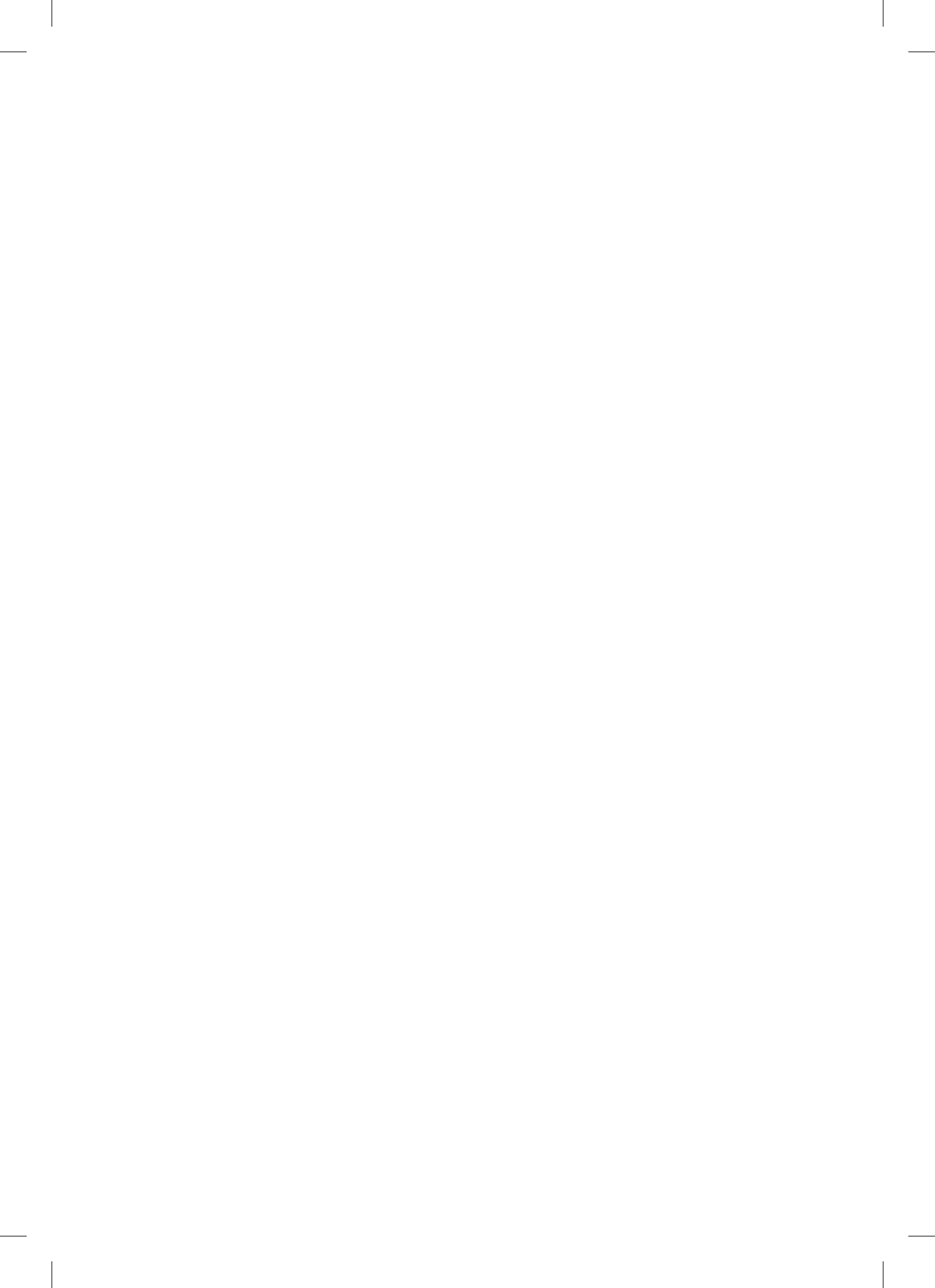
Cezai şarta ilişkin hükmü biraz zorlayarak rekabet yasağına da acaba uygulayabilir miyiz diye düşünüyorum. Rekabet yasağında karşı-

lıklılık getirilmemesi Anayasaya aykırı, Şeracettin Beyin cevabını bana Nevzat Bey verdi bir sunumda Komisyon Başkanı, sözleşmeyle karşılık getirilmesine bir engel yok. Sözleşmeyle karşılık getirilen cezai şart ben bugüne kadar önüme gelen bilirkişi dosyalarında bir kere gördüm. İşveren kolay kolay kimsenin rekabet yasağına karşılık getirmez. O gördüğüm dosyadaki adam da en büyük böyle GSM şirketlerinin birinin en üst düzey şeylerinden biriydi. Ancak öyle bir adam o karşılığı getirdi. Onun dışında orta veya orta üst seviyedeki bir işçi kolay kolay bu karşılığın pazarlığını yapamaz. Yapamadığı içindir zaten bütün dünya ülkeleri hukuklarında bu karşılık öngörül müştür.

İbraname noktasında da şunu söyleyeyim: Yani bu da aslında çok kapsamlı araştırma gerektiren bir şey, Avrupalılar da bu işi çözemiyorlar, ibraname işini çözemiyorlar, vazgeçme işini tam anlamıyla çözemiyorlar. Fransızlar bir ara şöyle bir sistem getirmişlerdi: İşçi ibranameyi imzalıyor, 3 ay içinde buna itiraz etmezse, ibraname geçerli oluyor. Daha sonra da bunu kaldırdılar, tamamen ibranameyi aynen bizde olduğu gibi basit bir makbuza dönüştürdüler, "recu", ama Avrupalıların, İsviçrelielerin de, Fransızların da yaptığı şey şu oldu: Sulh anlaşmaları yapılıyor, yani ibra aslında yanlış bir seçim, vazgeçme yanlış bir seçim, doğru seçim sulh anlaşması. Eğer işçinin benim kanaatim de o, tahakkuk etmiş net, görülür bir hakkı varsa, bu hakkı ödeyeceksin. Bunun alternatifi yok, bunu ödeyeceksin. Belirsizlik varsa bu belirsizlik noktasında sulh yapabilirsin. Aslında ibranameyi de bu noktaya getiren şey şu oldu: Miktar yazılı olmayan ibranameler çok güçlü bir konum kazandı. İki tane ibraname yazalım, masaya koyalım. Birinde şu yazıyor: 10 000 lira kıdem tazminatımı aldım, başka alacağım kalmamıştır. Birinde de kıdem tazminatımı aldım, başka hiçbir şey kalmamıştır. Yargı önüne gittiğinde hangisi daha etkili oluyor? Miktarsız olan. Hangisi daha somut, daha elle tutulur, gözle görülür? Öbürü, dolayısıyla ciddi bir çelişki söz konusuydu ibranamede, bu çelişkinin de bir şekilde giderilmesi gerekiyordu, ama bunun da bu şekilde giderilmemesi bence gerekiyordu. Özellikle mesela iş kazaları açısından böyle her şeyi yatıracaksın, hepsini vereceksin falan filan düzenlemesi çok doğru olmadı diye düşünüyorum, ama sulh anlaşmalarıyla bu konuda belli bir esneklik getirilebilir kanısındayım.

Son bir cümleyle sözlerimi toparlayayım. Bu tazminatların uygulanmasında Mustafa arkadaşım da ayrıldığı bir nokta var. Boşluk konusunda görüşümü tekrar edeyim, boşlukta benim baktığım yer iş

Kanunu, İş Kanunu cevap veriyor mu, vermiyor mu? Eğer vermiyorsa Borçlar Kanunu alırım, onun yanına koyar, incelerim. Bunu da açıkçası samimi söyleyeyim, böyle gönül rızasıyla falan yapmıyorum. Çünkü bu gerçekten de İş Kanununun boşluklarını kapatacak düzeyde, kalitede, vasıfta bir kanun değil. Kerhen yapıyorum, ama burada yapıyorum. Bunun dışında bu iki kanunu böyle kıyaslayıp burada bu var, burada bu yok, burada bu yok, demek ki boşluk var şeklindeki yaklaşımı isabetli bulmuyorum. Biraz işçinin aleyhinde de olsa da kusura bakmayın, ne yapayım, görüşüm bu şekilde.



2. GÜN
9 Haziran 2012
BİRİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Halil ÖZDEMİR
(Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi)

SUNUCU- Değerli misafirler, toplantımızın 2. gün ilk oturumuna hoş geldiniz. Bugünkü ilk oturumumuza başkanlık yapmak üzere Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Halil Özdemir'i ve "*Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısına Göre Sendikalar Hukuku*" başlıklı tebliğini sunmak üzere Hocamız Doç. Dr. Murat Engin'i kürsüye davet ediyoruz.

HALİL ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Değerli katılımcılar, değerli konuklar; İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin birlikte düzenledikleri Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumunun bugün ikinci günündeyiz. Bu vesileyle sempozyuma emeği geçen tüm çalışanlara ben teşekkür ediyorum. Şimdi bu tür sempozyumlar akademisyenlerle uygulayıcıları bir araya getirmesi ve çözüm önerileri sunması nedeniyle çok önem arz ediyor. Bugünkü konumuz, hocamın konusu: "*Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısına Göre Sendikalar Hukuku*" Dün de bir ara bahsedildi, ülkemizde sendikalaşmanın, sendikal hakların çok büyük problemleri bulunmakta. Avrupa ülkelerine göre sendikalaşma geri kalmakta, hatta geriye gittiği söylendi. Sayın Hocamın bu konuda çözüm önerileri mutlaka olacaktır. Şimdi ben sözü Sayın Hocam Murat Engin'e bırakıyorum, buyurun.

Doç. Dr. Murat ENGİN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Saygıdeğer konuklar, günaydın. Her şeyden önce değerli meslektaşlarım dün gayet teknolojik teknik ve yenilikçi sunumlar yaptılar. Tek umudum Gülsevil Hanımdı, o da Power Point sunumu yapacakmış. Aralarında en ilkel ve geri kalmış olan benim, görsel şölensiz anlatmaya çalışacağım, umarım sıkılmazsınız.

Gülsevil Hanımla yaptığımız görev paylaşımı çerçevesinde ben yeni tasarının sendika kısmını, sendikaların oluşumu, tüzelkişilikle ilgili düzenlemeler ve sendikal haklarla ilgili kısımlarına ilişkin görüşlerimi açıklamaya çalışacağım. Hükümet tasarısında da belirtildiği üzere bu yeni tasarının, sendika ve toplu sözleşme ya da toplu iş ilişkileri kanun tasarısının esas amacı Avrupa Birliği normlarına ve ILO normlarına uyum, sendikal haklar konusunda Avrupa Birliği ve ILO normlarına uyum söz konusu. Böyle bir amaç söz konusu olduğuna göre Avrupa Birliği normları ve ILO normlarının temel bazı özelliklerinden, temel amaçlarından hareket etmek gerekir. İki-üç temel amacından söz edilebilir: 1. Avrupa Birliği ekonomik düzeni bir sosyal piyasa ekonomisi sistemidir. Sosyal piyasa ekonomisinde kapitalizmin ekonomik yanı olduğu gibi aynı zamanda menfaat dengesini sağlamak üzere sosyal politika büyük önem ve ağırlık kazanır. Bu bakımdan Avrupa Birliği sosyal hukukunun gelişiminde özellikle son yıllarda iyice ortaya çıkan bir yönü işletmelerden, işyerlerinden başlayarak ulusal düzey ve birlik düzeyine kadar sosyal diyalogun geliştirilmesidir. Böylece sosyal normların geliştirilmesi, çeşitlendirilmesidir. Bu amaçla bakıldığında sendikal özgürlükler konusunda da Avrupa Birliğinin ve ILO'nun yaklaşımı sendikal özgürlüklerin güçlendirilmesi yönündedir. Sendikal faaliyetlerin gerek sendikaya üyeliklerin, sendika üyeliğinin kolaylaştırılması, gerekse sendika oluşumlarının faaliyetlerini daha güçlü ve özgür bir biçimde sürdürmelerinin sağlanmasıdır. Bu Avrupa Birliğinin temel sosyal politikasıdır.

Bizim yeni tasarımız da Avrupa Birliği normlarını esas aldığına göre -hükümetin gerekçesinde de bu açıklanıyor- tasarımı bu gözle incelemeye çalışacağım. Yine dün Mustafa Alp meslektaşımın, dostumun kendi tezine atıf yapması bana da cesaret verdi, kendi profesörlük takdim tezinden de bir-iki sendikal haklar yanında sosyal diyalog nedir, işyerinde

sosyal diyalog, işçi temsilciliği konusu ve bunun sendikal haklarla ilişkisi ne olmalıydı, nasıl düzenlenmeliydi, buna da değinmek istiyorum. Şimdi önce taslağın ya da tasarının hükümlerini iki bölümde inceleyeceğim. Birincisi, sendikaların kuruluşu, faaliyetleri, yani tüzelkişiliğe ilişkin düzenlemeler, ikincisi, bireylerin sendikal haklarına ilişkin düzenlemeler olarak iki bölümde inceleyeceğim. Tasarıda, burada hangi tasarımı ya da neyi esas aldığım konusunda açıklamalıyım. Şimdi bir hükümetin sevk ettiği tasarı var, ikincisi son olarak sağlık, aile, çalışma ve sosyal işler komisyonunun kabul ettiği metin var. Elimdeki son metin bu, esas itibariyle ben bu komisyonun kabul ettiği metni esas alacağım. Çünkü hükümetle komisyon arasında da ciddi farklılıklar var o iki metin arasında. Sırayla gidelim.

Şimdi sendikaların oluşumu, kuruluşu hakkında 2. madde tasarıda işkolu düzeyinde örgütlenmeyi esas alıyor. Bugüne kadar Türk hukukunun klasik gelişimi çerçevesinde işkolu düzeyinde sendikacılığı esas alıyor. Burada biliyoruz ki, iş kollarında önemli olan değişim işkolu sayısının azaltılması. İş kolu sayısının azaltılması temelde güçlü sendikacılığın geliştirilmesi bakımından olumlu bir adım olarak değerlendirilebilir. Ancak tabii iş kollarının sayısı ve nitelikleri belirlenirken hangi eskiden var olan hangi işkolu, hangi işkoluyla birleştirilecek, bu konuda tartışmalar sürüyor. Bunların ayrıntılarına girmek gereksiz, ama görünen o ki iş kollarının sayısı azaltılırken bunların çok da teknik ve bilimsel incelemelere göre değil, daha çok çeşitli pazarlıklara göre yapıldığı görülüyor, ama iş kollarının azaltıldığı açık, işkolu sayısının düşürülmesi.

İş koluyla ilgili olarak tasarıda işkolunun bir işkoluna giden işler, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurularak bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir diyor. Burada da demek ki Avrupa Birliği normlarına, uluslararası normlara bir atıf var. Burada tabii tasarıda asıl iş, yardımcı iş ayrımı yapılıyor. Yardımcı işler de asıl işin dahil olduğu işkoluna dahildir deniliyor. Eski kanunda ya da yürürlükteki kanunda da aynı düzenleme var. Bu yardımcı iş kavramının özellikle alt işveren ilişkisi bakımından sendikalaşmaya yarattığı olumsuz etkileri hepimiz biliyoruz. Bu anlamda yardımcı iş kavramının bir altını çizelim. Sendikalaşmanın güçlendirilmesi için acaba alt işveren işçileri de bir biçimde bu sendikal faaliyet kapsamını aynı işyerinde yapılan işler bakımından alınabilir miydi? Birinci soru işareti mademki sendikal faaliyetin güçlendirilmesi bir esas amaç, bunun

dışında sendika kuruculuğuyla ilgili dikkatimi çeken bir düzenleme var. Sendika kuruculuğuna ilişkin olarak aynı işkolunda fiilen çalışıyor olma şartının kaldırıldığı görülüyor. Sendika kurucusu olmak bakımından böyle bir şart aranmamasının sonucu ne olabilir? Bu acaba kuruluşu kolaylaştırma amacıyla mı öngörülmüştür veya bu amaca hizmet eder mi bilemiyorum, ama şöyle bir sakınca aklıma geliyor: Sendika kurucusu olmak için fiilen o işkolunda çalışıyor olma şartının aranmaması, o işkoluyla hiç ilgisi olmayan aslında başka amaçlarla hareket eden birtakım kişiler sendika kurabilecekler. Böyle bir sendika da tüzelkişilik kazanıp faaliyete geçecek. Türkiye’de bunun yaratacağı belli bazı sakıncaların olacağını öngörüyorum ve sendika kurucusu olmak için neden fiilen o işkolunda çalışma şartının kaldırıldığını anlamış değilim. Halbuki sendika kurucusu ne demek? O işkolundaki sorunları iyi bilen, işçi-işveren ilişkisi içinde yoğrulmuş, orada çalışan bir kişi veya bir grup kişi o sorunları tanıyarak sendika kurmalı. İşçi sendikaları için geçerli olduğu için işveren sendikaları için geçerli. Tabii burada daha çok işçi sendikaları için söz konusu bir sakınca var. Birinci çekincem ya da bir kuruculukla ilgili çekincem bu.

Bir diğer konu dikkatimi çeken üyelik aidatı meselesi. Üyeli aidatı konusunda 18. madde diyor ki, şimdi yürürlükteki kanun aidatın bir günlük çıplak ücreti geçemeyeceği hükmünü içeriyor ve genellikle de aidatlar bir günlük çıplak ücret olarak belirleniyor. Tasarıda diyor ki: “*Üyelik aidatını tüzüklerinde belirlerler*” Kısaca böyle bir düzenleme var. Üyelik aidatının sendika tüzükleri tarafından belirlenmesi ILO’nun eleştirilerine uygun bu bakımdan bakıldığında, çünkü tüzüklerine faaliyet, daha doğrusu ILO normları Türkiye’yi eleştiren ILO tüzüklerin daha özgürlükçü olabilmesi, bu konuda tüzüklerin nasıl düzenleneceği konusundaki sınırlamaların kaldırılmasını öngörüyordu. Sendika aidatının tüzüklerde belirlenebilecek olması, her sendikanın kendi istediği gibi belirleyecek olması bu bakımdan olumlu gibi düşünülebilir. Diğer yandan hükümetin bu konudaki gerekçesi dikkatimi çekti. Hükümet diyor ki, aidatların belirlenmesinde sendikalar arasında sağlıklı rekabeti sağlamak amacıyla böyle bir düzenleme getirdik. Her isteyen sendika kendi aidatını kendi belirleyebilecek. Bu bana sağlıklı rekabetten çok otobüs firmalarını hatırlattı. Bir yerden bir yere giden, mesela İstanbul’la Çanakkale arasında sefer yapan otobüs firmaları geçmiş yıllarda aralarındaki rekabetten taşımacılığı 1 liraya kadar düşürmüşlerdi diğerlerini batırmak amacıyla.

Şimdi güçlü sendikaların özellikle belli bir yerde örgütlenme mücadelesi veriyorlarsa, sendika aidatı da sendikanın tek geliri olduğuna göre güçlü sendikaların bunu bir tür avantaj olarak kullanmaları gayet mümkün. Dolayısıyla işçilerin de uygulamadan biliyorum, asgari ücretle çalışan işçi için sendika aidatının şu veya bu olması aradaki 10 liralık fark bile son derece önemli. Sırf o 10 liralık fark için sendika değiştiriyorlar. Bu hüküm konusunda da şimdi burada birtakım çelişkiler var hep, dikkatimi çeken nokta bu. Uluslararası normlar belli bazı özgürlükleri tanıyın diyor. Tüzüklerde serbestlik, ama bu tüzüklerde serbestliği sendika aidatıyla ilgili düşündüğümüzde bu özgürlükten çok belki haksız rekabet teşkil edebilecek bir durum. Kurucularda bazı şartların aranmasının kaldırılması, ilk bakışta iyi görünüyor, ama bunun yaratacağı ciddi bazı sakıncalar olabilir. Buna benzer bazı başka konular. Uluslararası kuruluşlara üyelik, bununla ilgili şartlar kaldırılmış, buradaki şartların kaldırılması son derece olumlu. Eski kanunda ya da yürürlükteki kanunda efendim, uzun uzun cumhuriyetin değerleriyle bağdaşmayan kuruluşlara üye olunmaz, üye olunduğu takdirde bakanlık bu dava açar, mahkeme bu üyeliği iptal, vesaire gibi hükümler vardı. Bunların tamamının kaldırılmış olması son derece olumludur. Burada septikle bakmıyorum, yani bu özgürlüğün sağlanmış olmasının altında bir sakınca da açıkçası yok, bu gayet olumlu uluslararası kuruluşlara üyelik konusu.

Kuruluşların faaliyetleriyle ilgili düzenlemeye bir bakalım. Kuruluşların faaliyetleriyle ilgili olarak 26. madde: *“Kuruluşlar tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunur”* diyor. Şimdi kuruluşlar kavramını da açıklamak lazım, sendikaların kurulmasında ya da sendika ve üst kuruluşlarda yine kanun, daha doğrusu tasarı sendikalara ve konfederasyonlara yer veriyor. Dolayısıyla Türk sendikacılık sisteminin klasik yapısı, sendika ve onların üye olacağı üst kuruluş olan konfederasyon bu anlamda korunuyor. Kuruluşların faaliyeti deyince, o halde konfederasyonları da düşünmek lazım ve burada diyor ki: *“Kuruluşlar çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen sendikalar yazılı başvuruları üzerinde -burada bildiğimiz hüküm- iş sözleşmesinden vesaire doğan hakları sosyal güvenlik haklarına ilişkin olarak üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve açılmış davayı takip etmek yetkisine sahiptir”* Sendikalara tanınan bu yetki zaten yürürlükteki kanunumuzda olan bir yetki. Sendikanın üyeleri adına yazılı başvurusu üzerine dava açma ve davaya ehil olma ehli yet-

kisi, burada dikkatimi çeken, ama üzerinde düşünülmesi gereken nokta kuruluşların, yani bu arada konfederasyonların çalışma hayatında mevzuattan, örf, adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen de davaya ehil olmaları, aktif ve pasif dava ehliyetlerinin olması. Şimdi konfederasyona üye olacak olanlar sendikalardır, ama kanun diyor ki, konfederasyonlar da sendikalar demiyor- işçiler ve işverenler adına çalışma hayatından, örf ve adetten doğan konularda dava ehliyetine sahiptirler. Buradaki dava ehliyetine hangi durumlarda kullanacakları konfederasyonların, bunun ne anlama geldiği doğrusu çok açık değil. Mesela aklıma şöyle bir örnek geliyor: Acaba Mecliste yapılan yeni bir kanuna karşı bir konfederasyon tüzelkişilik olarak bireysel başvuru hakkını kullanıp Anayasa Mahkemesinde dava açabilecek midir? Herhalde böyle bir imkân açılıyor, ama bir konfederasyon işçiler, işçi grubu burada üyeleri adına hareket etme değil bakın, daha çok genel bir temsil ilişkisi, işçi sınıfını temsilen, işverenleri temsilen genel olarak bir dava açma yetkisi mi tanınmakta veya bir işçi sendikaya değil de, doğrudan gidip konfederasyona başvurursa benim adıma dava aç diyerek, konfederasyon onun adına mı dava takip edecek? Doğrusu buradaki düzenlemeyi ben pek anlayamadım. Buna da bir soru işareti koymak gerekir. Bunun dışında kuruluşların faaliyetleriyle ilgili olarak diyor ki, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesine, ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdürler. Toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetirler diyor. Bunlar güzel, olumlu hükümler ayrımcılık yasaklarına ve kadın-erkek eşitliğine atfı yapmaları.

Bir diğer konu ben bu powerpoint sunumu işine hakikaten geçmeliyim. Anlatırken kendi canım sıkılmaya başladı böyle kâğıda bakıp bakıp, kuruluşların denetimi ve şeffaflıkla ilgili 29. madde, bu da ilginç bir hüküm. Şu bakımdan ilginç, bu madde 29'da 2 yılda bir sendikaların yeminli mali müşavirlik, serbest müşavirlik konularında çalışan dış firmalar tarafından, yani bir denetim firması tarafından denetlenmesi esası getiriliyor. Şimdi bu dış firma tarafından ya da bir denetim şirketi tarafından denetlenme esası bizim uygulamamızda son zamanlarda Türk mevzuatında ciddi bir moda haline geldi. Her türlü kanuni düzenlemede tamam, ticaret şirketleri bakımından bu anlaşılır da, sendikalar bakımından da bunun neden getirildiğini anlamak aslında hem güç değil, ama bir yandan da şöyle sakıncaları var: Güç değil, burada yapılmak istenilen şey ne? Sendikalarla ilgili sendikaların mali kaynaklarını nasıl kullandığı,

sendika yönetimlerinin, yönetim denetim kurullarının denetlenmesiyle ilgili eskiden beri sorunlar vardır. Sendika kaynaklarının nasıl kullanıldığıyla ilgili belki buna bir çözüm getirmek amacıyla bu tür bir bağımsız mali denetim öngörülüyor, ama bu bağımsız mali denetim özellikle şu bakımdan eleştirilebilir: Bu bağımsız mali denetim ciddi bir mali yük getiriyor sendikalar ve büyüklü küçüklü bütün sendikalar da buna tabi olduğuna göre 2 yılda bir böyle bir denetimden geçmek sendikalar açısından ciddi bir külfet teşkil edecektir. İkincisi, bu mali denetimin Genel Kurulla da bir ilişkisi kurulmamış. Diyelim ki, Genel Kurul ibra etti mali denetimde, ama sorun görüldü. O konulara neyse, belki tartışmalarda gireriz. Dolayısıyla mali denetim konusu da sendikalara getirilen bu anlamda eleştiriye açık.

Genel Kurulların iptaliyle ilgili çok kapsamlı düzenlemeler getirilmiş. Ayrıntılarına çok fazla girmek istemiyorum, ama mesela orada bir tek şeyden söz edeyim. Kayyım atanmasından söz ediliyor Genel Kurulun iptali davasıyla ilgili olarak, daha doğrusu şöyle, bakalım, Genel Kurul seçimlerine itirazla ilgili 15. maddede Genel Kurulun iptaline ilişkin mahkeme kararlarının uygulanmasında hâkime 1 ya da 3 kişiden oluşacak bir kayyım heyeti atama mecburiyeti getiriliyor. Uygulamamızda da şu anda böyle zaten, fakat bunun için bir süre belirlenmemiş. Yani bu kayyım heyeti ne kadar süre yapacak, bu kayyım heyetinin atanmasının zorunlu olduğu durumlar dışında kayyımların cari işleri yürütüp, Genel Kurula hazırlık yapmaları gerekiyor. Bu Genel Kurula hazırlık sürecinde kayyım atamasıyla ilgili uygulamadan bildiğimiz bir sorun, Genel Kurulların bir türlü düzenlenememesi, kayyım faaliyetinin ya da kayyımın işinin uzun bir süre yıllar boyunca hatta devam eden örnekler var. Bununla ilgili mahkeme kararları da var. Dolayısıyla belki burada da bir düzenleme yapıp, buna da bir sınır süre getirilmeliydi. Sendikaların kuruluşuyla ilgili ve tüzelkişilikle ilgili buraya kadar anlattıklarım bir reform mudur? Değişik bir reform, daha doğrusu burada bir reform niteliği öngörülebiliyor mu? Bence hayır şuraya kadar anlattıklarım, reform niteliği taşıyabilecek olan bazı unsurlar bireysel sendika özgürlükleriyle ilgili bazı noktalarda reform denebilecek birtakım düzenlemeler var. Bunlardan bir tanesi ve en önemli olanı sendika üyeliğine başvuru ve üyelikten çekilmeye ilişkin 17. ve 19. maddeler. Biliyorsunuz şu anda yürürlükteki mevzuatımıza göre sendikaya başvuru, üyelik başvurusu, üyelikten çekilme noter aracılığıyla yapılabilir. Tasarıdaysa elektronik ortamda başvuru yapılma-

sı üyelik başvurusunu ve çekilmesinin de elektronik ortamda yapılması öngörülüyor. Elektronik ortamda yapılacak böyle bir uygulama başvuru ve çekilme bildiriyle diyor ki, aynı zamanda sendika ve bakanlık kayıtlarında da bu başvuru ve çekilme aynı anda görülecek. Bu elektronik ortamın altyapısı iyi oluşturulabilirse ve sağlıklı işletilirse, son derece iyi bir düzenleme. Neden iyi bir düzenleme? Birincisi, yetki davalarında, sendikanın yetkisine ilişkin yetkiye itirazla ilgili davalarda sahtecilik, vesaire gibi o davaları uzatan pek çok faktör ortadan kalkmış olacak. Sahtecilik iddiaları ortadan kalkmış olacak büyük ölçüde, uygulamada açıklık sağlanacak, yetki itirazı davalarının daha kısa sürede sona ereceği tahmin edilebilir. Bu bakımdan var olan yetki sisteminin iyi işlemesi bakımından önemli bir düzenleme. Tek başına bir reform mu? Aslında bunu Gülsevil Hanım öğleden sonra açıklayacak görüşlerini, yetki sistemi ayrı bir düzenleme, ayrı bir değerlendirme konusu, yetki sistemiyle ilgili bir reform var mı? Bir bütün olarak bakıldığında yetki sistemiyle ilgili olarak bu konuda çok da bir reform görmüyorum yine o alanda da, ama bunu daha sonra Gülsevil Hanım kendi görüşlerini açıklayacak, ama en azından uygulamadaki sakıncaların ortadan kalkması, işçilere sorun yaratan bu noter bildirimlerinin -bir de onun için para ödemek zorunda- ortadan kalkması önemli bir düzenleme, bir iyileştirme. Bunun adına da reform denilebilir mi o ayrı bir konu, ama en azından önemli bir iyileştirme. Bireysel haklara gelince, şimdi diyor ki, tasarı bir işkolunda çalışan işçinin o işkolunda örgütlü olan bir sendikaya üye olması esastır, ama aynı işkolunda farklı işverenler yanında çalışıyorsa, birden çok sendikaya da üye olabilir. Bu Anayasada yapılan değişikliklere paralel olarak getirilmiş olan bir hüküm. Kısmi süreli çalışanları kastediyor. Peki, kısmi süreli çalışanlar farklı işverenler yanında çalışıyorlarsa, iki ayrı sendikaya üye olabilirler. Bu diyelim ki, bir açılımdır. Ne kadar uygulamada önemi var o ayrı bir konu.

Sendika üyeliğine ilişkin olarak üyelik sendikal özgürlüklerin güvencesi, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi ve sendika özgürlüğünün güvencesiyle ilgili düzenlemeler önemli. Bu konuda da anlaşılabilir hükümetin sevkinden sonra tartışmalar olduğu komisyonlarda anlaşılıyor. İşyeri sendika temsilcisinin güvencesiyle ilgili olarak elimdeki son metinde, yani komisyondan çıkan metindeki düzenleme şöyle, diyor ki hükümdede: *“İşveren işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde be-*

lirtmedikçe feshedemez. Fesih bildiriminin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temsilci veya üyesi olduğu sendika dava açabilir. Dava şöyle görülür: Mahkemede temyiz halinde Yargıtay kesin olarak karar verir. Temsilcinin işe iadesine karar verilirse, fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihiyle kararın kesinleşme tarihi arasında ücret ve diğer hakları ödenir” Bu 4857 sayılı İş Kanunundaki düzenlemeden önemli ölçüde farklı, 4 aylık süre sınırını kaldırıyor. “Kararın kesinleşmesinden itibaren temsilcinin işe başvurması kaydıyla 6 iş günü içinde işe başvurdu ve 6 iş günü içinde işe başvurusu kabul edilmezse, temsilcilik süresinin sonuna kadar da ücreti ödenmeye devam edilir” diyor. Bu hüküm yeniden temsilci atanma halinde de uygulanır. Özellikle burada güçlendirilmiş bir işe iade güvencesinin tanınması son derece olumlu, şurada ama bir noktaya takılıyorum. Belki buna sendikacılar, işçi temsilcilerimiz itiraz edecektir. Sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshi sadece haklı nedenlerle sınırlandırılmış. Geçerli neden varsa, eğer sendika temsilcisinin sözleşmesinin feshini gerektiren ya da mümkün kılacak aslında bir geçerli neden varsa, bu fesih mümkün olmayacak. Yani geçersiz, haksız fesih olacak. Şimdi mesela, performans düşüklüğü nedir? Yetersizlik nedeniyle fesih, diyelim, kişinin sık sık hastalanması yetersizlik nedeniyle fesih sebebidir. Performans düşüklüğü, işletme gerekleri, haydi işletme gerekleri biraz daha tartışılabilir, davranışlar nedeniyle fesih, o halde temsilciler için söz konusu olmayacak. Bu bana biraz fazla aşırı koruma gibi görünüyor. Yani korumanın amaç ve araç bağlantısı tam kurulamamış. İşyeri sendika temsilcisinin sözleşmesinin feshini geçerli kılacak durumlar varsa, mesela davranışlar nedeniyle fesih sendika temsilcisinde daha geniş yorumlanabilir, bu ayrı bir konu, ama geçerli nedenle temsilcinin sözleşmesi feshedilebilirdi. Çünkü o temsilcinin sözleşmesi feshedilirse sendika yeni bir temsilci zaten atayabilir. İki, eğer fesih geçersizse, kanun zaten çok güçlü bir koruma sağlıyor. Bir diğer örnek, ancak haklı nedenle feshedilebilir diyor kanun, haklı nedenler aklımıza gelen ilk haklı esas nedir? 25/2’ye göre ahlâk ve iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle fesih halleri, bunlar arasında gerçek anlamda dürüstlük kurallarına aykırı ihlaller de var, ağır ihlaller, ama ardı ardına iki gün mazeretsiz devamsızlık var. İşçinin 30 günlük ücreti tutarıyla ödeyemeyeceği derecede zarar vermesi var. Bunlar da 25/2’de yer alıyor.

Şimdi o halde mesela, performansı düşük olan, sık sık hastalanan, yetersiz olan bir işçinin, bir sendika temsilcisinin sözleşmesi feshedi-

lemeyecek, ama hataen kusuruyla dün hatta hafif kusuruyla 30 günlük ücreti tutarında zarar veren sendika temsilcisinin sözleşmesi feshedilebilecek ve bu da haklı fesih olacak. Dolayısıyla buradaki amaç-araç dengesi iyi kurulmuş değil, ama bu yine neye göre daha iyi? Böyle bir güvence hükümetin sevk ettiği tasarıdaki haline göre. Orada diyor ki, sendika temsilcisinin güvencesi hakkında 4857 sayılı İş Kanunu uygulanır. Yani bir 6 aydan kıdemi düşükse veya iş güvencesi kapsamına girmeyen bir yerde sendika örgütlendiyse, sendika temsilcisinin güvencesi hiç olmayacaktı. Buna göre yine iyi bir düzenleme.

Sendika temsilcisi dışında getirilen bir diğer güvence işçilerin bireysel sendika özgürlüğünün korunması, negatif ve pozitif sendika özgürlüğünün korunmasıyla ilgili düzenleme. Ona da bir bakalım kısaca, 25. madde düzenliyor tasarıda. Negatif ve pozitif sendika özgürlüğünden bahsetmiş. Şu anki yürürlükteki düzenlemeyi önemli ölçüde koruyor. *“İşsizlerin sendikaya üye olan işçilerle olmayanlar arasında şöyle şöyle ayırım yapılamaz, vesaire. İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir”* diyor. Sonra diyor ki: *“Sendikal sebeplerden dolayı fesih halinde 4857 sayılı Kanunun 18. maddesindeki 30 işçi ve 6 aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın işçi dava açabilecektir”* Sendikal nedenle fesih yapıldığının mahkeme tarafından tespiti halinde mahkeme işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verecektir. Bu düzenleme son derece olumlu sendikal güvence bakımından, iş güvencesinin kapsamından farklı olarak iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilere de bu anlamda bir sendikal güvence sağlanıyor. İki, İş Kanununun en çok eleştirilecek olan iş güvencesine ilişkin hükümlerde en çok eleştirilecek olan yönü işe iade veya tazminat ödeme kararının işverene bırakılmış olması. Sendikal tazminat bakımından işverene tanınmış olan bu yetkiyi ortadan kaldırıyor, ister işe iade etsin, ister etmesin işçi sendikal tazminata hak kazanıyor. İşçinin 4857 sayılı Kanun hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez. Yani işçi isterse işe iade davası açmayarak da sendikal tazminat talep edebilecektir.

Şimdi birazdan üzerinde gene konuşmaya devam edeceğiz bu sendikal tazminatın İş Kanunu 5. maddedeki ayrımcılık yasaklarıyla ilgisi, işe iade davası açmak zorunda kalmaksızın sendikal tazminat talep edebilmesi işçinin son derece önemli. Çünkü uygulamamızda mesela,

işçi işveren tarafından haksız veya geçersiz surette feshedildiğinde diyelim ki, psikolojik tacize uğradığı için vesaire feshedildiğinde, yani ağır kişilik ihlallerinin bulunduğu hallerde dahi işçi hukuki bir sonuç elde etmek için işe iade davası açmak zorunda ve gerek öğreti, gerekse Yargıtay tarafından kabul edilen görüş çerçevesinde iş güvencesi kapsamında olan işçiler işe iade davası açmak dışında başka bir hukuki olanağa sahip değiller. Halbuki kişisel kanım şudur: Kişilik hakları ihlal edilerek işyerinden ayrılmış olan işçi işe iade davası açmadan da mesela kötü niyet tazminatı isteyebilmelidir görüşündeyim, ama neyse oraya girme-yelim, ama sendikal tazminat bakımından bu olanağın tanınmış olması son derece olumlu. Daha sonra devam ediyor madde, diyor ki: *“Sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılacak davada fesih nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ispat ettiği nedene dayanmadığını iddia eden işçi feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür”* Fesih dışında bu zaten ispat ya da iş güvencesine ilişkin hükümlerdeki ispat kuralını, 20. maddeyi tekrarlıyor. Sonra diyor ki: *“Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durum ortaya koyduğunda işveren davranışın nedenini ispat etmekle yükümlü olur”* Burada açıkça İş Kanununun 5. maddesine yollama yapıyor. İş Kanunu 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasaklarına, orada da 5. maddedeki ayrımcılık yasaklarını bizim kanunumuz daha da geniş olarak düzenlemiş. Sayıyor, şu şu nedenlerle dil, örf, cinsiyet, vesaire ve benzeri sebeplerle ayrımcılık yapılamaz. İspat kuralını da Avrupa Birliğinin 2000/78 sayılı yönergesinden alarak demiş ki: *“İşçi güçlü bir biçimde bir ihlali ortaya koyduğunda, karine olarak böyle bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde ortaya koyduğunda işveren bunun aksini ispatla yükümlüdür”* Dolayısıyla bu hüküm de açıkça ortaya koyuyor ki, sendikal ayrımcılık, sendikal tazminat aslında 5. maddedeki ayrımcılık yasaklarının, mutlak ayırım yasaklarının bir özel uygulama biçimidir. Mutlak ayırım yasaklarıyla birlikte ele alınması gereken bir konudur.

Sonuç olarak sendikal ayrımcılık konusunda kanun işçilere önemli güvenceler sağlıyor. Bu önemli güvencelerin o halde bireysel haklar yönünden getirilen taslakta ya da taslağa şöyle genel olarak tekrar gözden geçirirsek, işçilere tanınan bireysel haklar yönünden oldukça güçlü bir tasarı. Bu bakımdan hiçbir itirazım yok, ancak genel olarak bakıldığında sendikaların kuruluşları ve faaliyetleri bakımından gerçek anlam-

da bir reform niteliği var mı, uluslararası çalışma örgütü normlarına ve Avrupa Birliği sosyal hukukunun amaçlarına uygun bir düzenleme mi veya bu amaçlara ulaşmaya çalışan bir düzenleme mi? Bunu söylemek mümkün değil. Sendikaların, Türkiye'deki sendikaların kronik sorunlarının hiçbirisine çözüm bulunmuş gibi görünmüyor. Mesela, bu kronik sorunlardan bir tanesi nedir? Esas temel sorun, sendikaların bürokratik yapı içinde kilitlenmiş olmaları büyük ölçüde ve işçi tabanı ile pek de ilişkilerinin bulunmaması. Sendikal özgürlüğü, sendika içi demokrasiyi geliştirecek sendikaların iş yapısının yönetim, denetiminin doğrudan işçiler tarafından denetlenmesini sağlayacak, kısacası demokratik nitelikte hiçbir açılımı yok. Bu hiçbir açılımın olmaması, demokratik nitelikteki hiçbir açılımın olmaması bu sendikalar taslağını, tasarısını reform niteliğinden epey uzakta tutuyor. Halbuki Uluslararası Çalışma Örgütü'nün normları ve ona ilişkin yorumları, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün yorumları, Avrupa Birliği Adalet Divanının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sendikal haklara ilişkin yorumları, Avrupa Birliği sosyal hukukunun gelişimi, sosyal diyalog mekanizmalarının gelişimi ve genel olarak Avrupa Birliği sosyal hukukunun ve uluslar üstü normların, uluslararası normların lafzı değil, ruhu dikkate alındığında aslında bütün Avrupa Birliği sosyal hukuku sendikal faaliyetlerde demokratik temsil yönünde evriliyor. Bu demokratik temsil sosyal diyalog mekanizmalarının kurulması, sendikaların gelişmesinin tek anahtarı ve bu konudaki tek umut olarak ortaya çıkıyor. Bu da şöyle sağlanıyor: Bir, Avrupa Birliği sosyal politikası ve sosyal hukuku üç basamaklı bir sosyal diyalog süreciyle gelişiyor. Ulusal düzeyde her işyerindeki işçi-işveren işçi temsilcileriyle işveren arasındaki sosyal diyalog, bunun karşılığı olan metinler işçilerin Avrupa Birliği normlarında işçilerin bilgi edinme, danışma ve katılım haklarını düzenleyen yönergeler, bunlardan önemlileri mesela 2002/14 sayılı yönerge, uzun uzun bunlardan bahsetmek istemiyorum, ama biraz da girmek lazım. Kolektif sosyal haklar alanına baktığımızda, kolektif sosyal hakların artık sadece sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkından ibaret olmadığını görüyoruz. Birbiriyle çok yakın ilişki içinde bulunan iki kolektif sosyal hak alanı var. Bir tanesi klasik sendikal haklar, bir diğeri bundan ayrı yan yana, ama çok yakın ilişki içinde bulunan işçilerin işyerlerinde işletmesel kararlara belli ölçüde katılım hakları. Buna kısaca bilgi edinme ve danışma hakkı deniliyor. Kimler eliyle? İşçi temsilcileri eliyle. Bu konuda çok ilginç ülke uygulamaları var. Sendikal faaliyetleri ve işyerindeki katılım mekanizmalarını sendikal temsilin demokratikleşmesini

esas alan, bunu geliştiren Avrupa Birliği ülkelerine bakıldığında Avrupa sosyal normları çerçevesinde bunu geliştiren ülkelere bakıldığında şöyle iki sistem görülüyor: 1. Monist sistem. Bu monist sistem şu demektir: İşçilerin temsili sadece sendikalara özgülenmiştir. Türkiye’de aslında bu anlamda monist sistem içindedir. İşçileri sadece sendikalar temsil eder.

İkincisi, düalist sistem. İşçileri bir yandan toplu menfaat uyumsuzlukları, toplu menfaatlerle, yani var olan hakların geliştirilmesi, vesaire bakımından sendikalar temsil eder. Bir de işyerindeki işçi temsilcileri çalışma barışının korunması, iş koşullarının uygulanması, işverenin özellikle istihdam bakımından risk arz eden kararlarına işçilerin katılımı bakımından işçi temsilcileri de bilgi edinme ve danışma hakları adı altında yeni gelişen, Avrupa Birliği hukukunda da yeni gelişen bir başka kolektif sosyal hakkı kullanırlar. Bu kolektif sosyal hakların birbiriyle olan ilişkisi de nasıl kuruluyor? Bu yetki sistemleriyle de doğrudan ilgili, şöyle bir örnek vereyim: Şimdi monist sistemlerle düalist sistemler iki hak alanını, yani temsili, işçi temsili, iş gücünün temsiliyi sadece sendikalara bırakanlarla sendikalar yanında işçi temsilciliğine yer veren, işyeri ve işletmede işçi temsilciliğine yer veren düalist sistem arasındaki fark, uygulama farkları. Monist sistem örneği İngiltere ve İtalya, sendikal haklar hiçbir şekilde gelişmiyor, geriye gidiyor ve ilgili yönergeleri iç hukuklarına düzgün şekilde geçirmedikleri için Avrupa Birliğinin sürekli eleştirilmesine muhatap oluyorlar.

Çözüm üretilmiyor. Özellikle İtalyan sistemi bu bakımdan kendi içlerinden gelen eleştirilere göre son derece arkaik sorunlar üreten bir sistem. İngiliz sendikacılığı bakımından da geleceğe yönelik olarak hiçbir umut yok deniliyor. Düalist sistemi benimseyenler klasik olarak Almanya, Fransa, İspanya, vesaire gibi ülkeler. Alman sistemi kendine özgü, onu bir tarafa bırakalım. Başka bir uygulayıcısı yok, kısmen Avusturya olmak üzere belki Avusturya, ama Alman tamamen kendine özgü, işkolunda toplu iş sözleşmesi, işyerinde İşyeri Temel Teşkilat Yasası çerçevesinde işyeri sözleşmesi, vesaire, ona girmeyelim. Biraz Fransız ve İspanyollardan bahsetmek istiyorum. Şu şekilde yapılıyor: Bilgi edinme ve danışma haklarını, yani işyerinde işçi temsilciliği seçimleri seçim yoluyla, demokratik esaslar çerçevesinde seçim yoluyla işyerinde işçi temsilcileri seçiliyor. Bu işçi temsilcilerini, işyerinde seçilecek işçi temsilcilerini sendikalar aday gösteriyorlar. İşçiler sendikaların gösterdiği adaylar içinden işçi temsilcilerini seçiyorlar. Bu işçi temsilcileri bir bölümü en

azından sendika tarafından sendika temsilcisi olarak atanıyor. Yani önce sendika işçilere soruyor her işyerinde: Sendikal rekabet de var, birden çok sendika mesela, Fransa'da işyerinde böyle seçilmeler katılabilir. İşçiler sendikanın veya sendikaların sundukları adaylar içinden seçim yapabiliyorlar. Hiçbirini beğenmezlerse işçiler tamamen kendileri de işçi temsilcisi seçebilirler. Sendikaların yetkisi neye göre belirleniyor? Özur dilerim Gülsevil, bunu sendikal demokrasi çerçevesinde biraz açıklamak durumundayım. Sendikaların yetkisi işletme düzeyinde, bölge düzeyinde, işkolu düzeyinde ve ulusal düzeyde yetkileri tek tek işyerlerinden elde edilen bu seçim sonuçlarına göre her 4 yılda bir işçi temsilcisi seçimi yapılıyor ve böylece işçilere kendini beğendirmiş olan sendika temsilcilerini seçtirebiliyor. Sendika temsilcileri de bu çerçevede görev yapıyor. Sendika bu şekilde her işyerindeki işçilerin denetimine açılmış oluyor, 4 yılda bir de yetki sistemi gözden geçiriliyor. Bakılıyor, deniliyor ki, bu sendika şu işyerinde veya şu işkolunda yetkilidir, bununsa yetkisi düşmüştür. Buyurun size sağlıklı sendikal rekabet. Demokratik temsil esasları çerçevesinde bu eskiden beri, 1970'li yıllardan beri ortaya atılan endüstriyel demokrasi kavramıyla da doğrudan ilgili, bugün Avrupa Birliği hukukunun geliştirdiği sendikal hakların korunması ve geliştirilmesi bakımından, sendikal özgürlüklerin geliştirilmesi bakımından ortaya çıkan en önemli sistem bu demokratik temsil müesseseleri ve Avrupa Birliği hukuklarında da sadece İspanya, Fransa gibi değil, diğer ülkelerde de gittikçe daha fazla taraftar toplayan, benimseyen sistem bu.

Şimdi esas reform bence böyle yapılmalıdır. Bu taslaktaysa, bizim tasarımızdaysa sendikal reforma ilişkin gerçek anlamda reform niteliğini hak edecek ben şahsen hiçbir yön göremedim. Bazı somut noktalarda iyileştirmeler var diyelim. Bu iyileştirmelerin bazıları ILO normlarını esas alarak biz bunu yaptık deniliyor, ama lafzı esas aldığı görülüyor. Mesela, sendika kuruculuğunun da işkolunda çalıştırılma şartı çok özgürlükçe, ama niyetin bozuksa ben o işkolunda sendika kurarım. Ne amaç elde etmek istiyorsam 5 kişi bir araya gelir, çete gibi bir sendika kurabiliriz örneğin. Lafzına uygun mu ILO normlarının? Uygun, ama lafzı önemli değil, esas olan ruhu, dolayısıyla bu ruhla ilgili ben bu tasarıda hemen hemen hiçbir şey göremedim bireysel özgürlüklere getirilen güçlü güvence dışında.

HALİL ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Değerli konuklar, toplu iş ilişkileri yasa tasarısına göre sendikal hukuku oturumunda soru bölümüne

geçmiş bulunuyoruz. Yazılı sorusu olan varsa verebilir. Yalnız istirhamımız somut olayı çözer nitelikte soru sorulmaması, genel nitelikte kısa ve öz sorular sorulması. Sözlü soru almak isteyen? Buyurun Murat Bey.

Av. MURAT ÖZVERİ - Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli Hocamın değerli tebliği için de çok teşekkür ediyorum kendisine. Önce hemfikir olmadığımız konulardan başlamak istiyorum. Hocam dedi ki, ciddi bir reform niteliğinde değildir. Bence ciddi bir reform niteliğinde bir yasayla karşı karşıyayız, ama bu reform tersinden bir reform, tersinden bir reform anlamı yükleyerek söylemek istiyorum. Yaklaşık bu salonda kiler biliyor, ama tekrarlamakta yarar var, 26 senedir sendika vekilliği yapıyorum, 26 yıllık bir sendika vekili olarak ilk saptamayı yapmaya gerek var. Hocam bunu bürokratik sendikacılık diye tanımladı. Hayır, adını takmak lazım, bir sendika oligarşisi var ve bu yasa bu sendika oligarşisinin varlığını sürdürebilmek için sendika oligarşisinin kendisini üretmesi için bence olanaklar sağlayan ve bu anlamda reform niteliğinde bir yasadır diye düşünüyorum.

Doç. Dr. MURAT ENGİN - “Güvence” diyelim o zaman ona, “reform” değil de.

Av. MURAT ÖZVERİ- Peki, güvence diyelim, somut konuşalım. Yine hatırlayacaksınız, bu salonda ya da diğer salonlarda defalarca tartışıldı. Yaklaşık yine 20-30 senedir, hatta 1983'ten beri çözemediğimiz temel sorunlardan birisi sendika delege seçimleriydi. Sendika delege seçimlerinde yargı gözetiminin olmamasının getirdiği bir dizi handikabı bu salondaki bir sürü insanlar da tanık olduk. Bunu engellemek için birtakım 2821'de düzenlemeler yapılmıştı. Bu düzenlemelerden bir tanesi de Genel Kurulun görevleri arasına sendika seçimlerinin nasıl yapılacağına ilişkin tüzükte hükümlerin belirlenmesi maddesiydi. Tasarı öncelikle bunu çıkarıyor, ondan öncesini yine hatırlayacağız, seçimlere bir hafta kala yönetim kurulları seçimlerin esaslarını belirlemeyen hızlı yönetmelikler yapıyorlardı ve bu yönetmeliklerle de sendika içi muhalefet bir anlamda etkisizleştiriliyor ya da tasfiye ediliyordu. 2821'deki yapılan değişiklikle bu tasfiye kısmen de olsa giderilmeye çalışıldı. Tüzüklerde Genel Kuruldan çıkarılan kararlarla önceden belirlenmesi hükmü getirilmişti, bu hüküm çıkartılıyor. Yani bundan sonra her Genel Kurul öncesinde belki de delege sayısı, Genel Kurula katılacak delege sayısının dahi değiştirildiği, seçimlerin esaslarının duruma göre değiştirildiği ve bu nedenle yapılan bir dizi itirazlarla karşı karşıya kalacağız.

Yine delege seçimlerine ilişkin yargı gözetimini uzaktan yakından değinilmemesi bir diğer handikap. Yine hatırlarsınız rahmetli Aydın Güven Gürkan zamanında bir tasarı hazırlanmıştı. Bu tasarıda delege seçimlerinin yargı gözetimi altında yapılmasına yönelik bir düzenleme olmuştu. Bu düzenleme Mecliste tartışılırken o dönemdeki eski sendikacı bir milletvekili çıkıp Mecliste, eğer bu şekilde yasalaşırsa sendikalar uç örgütlerin eline geçer, hiçbirimiz seçimi kazanamayız diye itiraz etmişti ve 10. maddeden o ifade kaldırılmış, 10. maddedeki sadece göre kelimesi yasalaşmıştı. Sadece göre kelimesiyle sınırlı bir yasal değişiklik de yaşamıştık. Aslında bu tersinden bir ihtilafın dile getirilmesiydi. Biz iyi çocuklarız, biz akıllı uslu çocuklarız. Bu akıllı uslu çocukların kendilerine sürekli seçim kazanabilecekleri bir sendikal sistem getirirseniz iyi kötü biz yürürüz deniliyordu, bunun itirafıydı. Bu yasada da aynı mantık ne yazık ki kendisini korudu diye düşünüyorum.

Bir başka şey yine sendika seçme özgürlüğü Uluslararası Çalışma Teşkilatının 98 ve devamı sözleşmelerinde ısrarla vurgulanan sendika seçme özgürlüğü işkolu sendikacılığıyla daha başından ortadan kaldırılıyor. Dolayısıyla işkolu sendikacılığının zorunluluğunun getirilmesine bağlı olarak federasyon yapısı da ortadan kaldırılıyor örgüt anlamında, dolayısıyla da sizin vurguladığınız işçinin kendi öz denetimini sağlayarak kendi içerisinde merkezileşmeye doğru gelecek olan yol daha başından güçlü sendikacılık adı altında tıkanıyor. Bu güçlü sendikacılık adı altında tıkanan öğleden sonra tartışacağız, öyle bir güçlü sendikacılık ki, örgütsel yapısının merkezileşmesine izin veriliyor, ama mücadele edeceği zaman, görev hakkını kullanacağı zaman aynı bir merkezileşmeye asla izin verilmiyor. Toplu pazarlığın düzeyi işyeri ya da işletmenin içerisinde mahkûm ediliyor. İşyeri ya da işletme dışında kendi işyerlerinde, kendisinin üye olduğu işyerlerinde dahi diyelim ki, bir dayanışma grevi yapması, diyelim ki o işkolu sendikacılığının o işkolunda vermiş olduğu güçten hareket ederek A ya da B işyerinde toplu eylem hakkını kullanıp, pazarlıkta kendisini güçlendirme olanağıysa toplu pazarlığın düzeyi sınırlandırılarak ortadan kaldırılıyor. Şimdi bu çelişkiye baktığınız zaman bu bir Kanarya Sevenler Derneği değil, merkezileştiriyorsanız o zaman kullanabileceği gücü de merkezi bir koordinasyon çerçevesinde kullanabilme hakkını da tanımanız lazım. Yapıyı merkezileştiriyorsunuz, gücü kullanmayı lokalize ediyorsanız, o zaman başka bir murat aramak diye düşünüyorum. Bu murat da yine yıllardan beri, yani 1908'den beri

sendika hakkının tartışılmaya başladığı andan beri aman bizim kontrolümüzden çıkmasın, sendika olsun, ama bizim kontrolümüzde bir sendikal yapı olsun anlayışının son somut örneğidir ufak tefek rötüşlerin dışında diye düşünüyorum. Dolayısıyla bu anlamda gerçekten de sorunlu bir yasa kendi içerisinde de birtakım çelişkileri getiriyor. Reform olarak nitelendirdiğiniz e-devlet uygulaması, şimdi bir düşünün, işçi sendikayla üyelik ilişkisini birebir kuramıyor. Nereden kuracak? Devlet üzerinden kuracak. Bakanlık üzerinden kuracak. Yani siyasi bir otoriteye tabi bir makam benim üyeliklerimi belirleyecek e-devlet üzerinde. Şimdi benzer uygulamalar dünyada var. Örneğin Kanada'da var, ama Kanada'da bağımsız bir kurul var. O bağımsız kurulu siyasi iktidardan da bağımsız, sendikalardan da bağımsız Ulusal Endüstri İlişkileri Kurulu adı altında ve sendika üyeliğini o işçi o kurula tescil ettiriyor ve herhangi bir işkolu, işyeri gibi bir sınırlamaya tabi olmaksızın. Bizde kime yapacak? Devlet üzerinden üyeliği tescil ettireceksiniz. Şimdi isimlerini vermeyeyim, ama son iki yıl içerisindeki en azından speküle edilen anlayışları bir hatırlayın. Devlet baskısıyla işkolu, işyeri değiştirilen iş kollarındaki sendikalar olayı, bu sistem içerisinde benim üyelik ilişkim e-devlet üzerinden ne kadar bağımsız olabilecek ve ben bir işçi olarak neden devlet tarafından kontrol edilsin benim üyeliğim? Bu bende niye bir kaygı yaratmasın? Bu bir, iki, bir başka pratik sorunlar çıkacak. Yetki belirlenmesinde e-devlet üzerinden üyelik alınacak, çalışan sayısı SSK bildirimlerine göre esas alınacak, doğru mu? SSK bildirimlerinde her bildirimde işyeri numarası birbirinden farklı farklı olacak. Bir işyerinde büro işkoluna girenler için ayrı bir sendika NCA numarası mı deniliyor, tam adını bilmiyorum, SSK numarası bildirilecek, metalde ayrı bir şey bildirilecek. Siz e-devlet üzerinden üye olmaya çalıştığınızda işçi bir gelecek ki, bir işyerinde ancak SSK'daki kollardan bir tanesi olacak, öbür başka sendikaya işçi seçemeyecek daha. O işyerinde üyesi olan sendikanın üyesi sıfır görülebilecek, SSK bildirimlerindeki kodlamalar nedeniyle böyle birtakım pratik sorunlar da yaşanılacak. Sistem kendi içerisinde sorgulanmasa dahi burada da bir başka sorunla karşı karşıya kalacağız. Konfederasyonların dava ehliyeti hocam ben de anlamadım dedi. Bunu anlamak mümkün, çünkü konfederasyonların genel düzenleyici işlemlere karşı sendikalar adına davaya ehil olmaları meselesi hatırlıyorsanız Türkiye'de, Türk yargı hukukunda grev ertelemeleri, Bakanlar Kurulunun grev ertelemelerini tartışmasında gündeme gelmişti. 1991 Körfez krizi sırasında Türk-iş'in hükümetin grev ertelemesine yönelik dava açtığında Türk-iş'in dava eh-

liyetinin olup olmadığı meselesi Danıştayda tartışılmıştı. Çünkü Türk-iş grev hakkına sahip bir konfederasyon değil, grev kararı alamaz, ama grev ertelemesine dava açabilir mi, açamaz mı tartışması çıkmıştı. Danıştay açabilir doğrultusunda hukuki menfaati vardır diye yorumlamıştı. Bence bu anlamda buradaki birtakım genel düzenleyici işlemlere karşı konfederasyonun üyesi olduğu sendikalar adına -işçi adına değil- dava açma hakkı olanaklı hale gelecek. Çünkü diğer düzenleme üyesi işçinin başvurusu halinde sendika husumete ehil olabilecek. Konfederasyonun da malum, üyesi işçi değil, sendika olacaktır diye düşünüyorum.

Bireysel sendika özgürlüğüne yönelik olumladığınız maddelere gelecek olursak, işte eşeğini kaybettirip geri buldurma dediklerine herhalde bu diyorlar. Çünkü daha önce var olan 4773'le kaldırılan bir düzenleme var, ama burada da bir geriye gidiş var. Hükümetin tasarısıyla sağlık, aileden geçen tasarı arasında burada da büyük bir fark var. Çünkü orada söylediniz, siz de aynen öyle girdiniz, sonra bakınca fark ettiniz. Hükümet tasarısında işe iade davası açabiliyordu. İşe iade davasının yanında ayrıca sendikal özgürlüğüne müdahale edildiği için ayrı bağımsız bir yaptırımla donatılmış bir şekilde dava da açabiliyordu. Yani işçi bir yandan sendikal tazminat talep edebiliyordu, bir yandan da işe iade artı işe iade tazminatlarını isteyebilme hakkı tanınıyordu ki, normal olanı da buydu. Çünkü bireysel sendika özgürlüğü Anayasal koruma altında bir haksa, bunun yaptırımının olması, ayrı bir yaptırımının olması sırf ihlal edildiği için yaptırıma bağlanması da hukuk mantığının gereği, ama bu kez yine işe iade davasıyla bir paralellik kuruldu ve denildi ki tamam, işe iade davası mutlaka açmak zorunda değil, ayrıca açabilir, ama açarsa da işe iade tazminatı sendikal tazminattır dedi, tekleştirildi komisyonda, burada da bu anlamda bir geriye gidiş var.

Hemen 1. maddede işe almada ayrımcılık yasağı, yaptırımı ne? Genel hükümler. Peki, kara listeye karşı nasıl korunacağım ben?

Doç. Dr. MURAT ENGİN - O konuda zaten genel olarak sadece sendikal değil, ayrımcılık yasakları çerçevesinde ve çeşitli durumlarda sadece sendikanın her alanında geçerli.

MURAT ÖZVERİ- Hayır, ama bakın, 1. fıkrada açıkça hüküm koyuyorsunuz. Diyorsunuz ki, daha işe alma aşamasında ayrımcılık yapamazsınız. Peşinden de işin dağıtımında ayrımcılık yapamazsınız, vesaire diye gidiyorsunuz. Hepsini yaptırıma bağlıyorsunuz, ama daha işin başındaki ayrımcılığa yönelik Şahlanan Hocam keşke burada olsaydı,

ilk adını takanlardan birisidir, kara liste uygulamasıyla karşı karşıyasınız. Bunu öğretti de tespit ediyor. Yani Bozhöyük Bilecik hattında A işyerinde bir sendikal örgütlenmeye karışmış bir işçiyse ve bu nedenle de işten atılmışsanız, bir daha o hatta bir başka işyerinde işe girmeniz âdeta imkânsız, Trakya'ya göç edeceksiniz. Trakya da olmazsa başka bir yere göç edeceksiniz, çünkü kara listenin muhatabı olmuşsunuz artık, fakslar, elektronik şeyler de gidiyor. Kara listeye karşı kanun yasaklıyor bunu, ama yaptırımı yok. Genel hükümlere doğru giderseniz, yani haksız fiil sorumluluğundan girip sandikal tazminatı bir bağlama noktası olarak kabul ederseniz, bunu Türk iş yargısına kabul ettirebilir misiniz? Doğrusu ciddi anlamda endişeliyim.

Bir başka gerçekliğin daha altını çizmek lazım, sendika oligarşisi derken kastettiğimiz olay soyut, hayatta karşılığı olmayan sadece merkezleşmiş bir yapı değil, hayatta çok acı karşılıkları var. 1. Bu sendika oligarşisi işverenle işbirliği yapıp, kendisine muhalefet etme potansiyeli olan işçilerin işten çıkartılmasına vesile oluşturabiliyor. 2. Sendika içi demokrasinin olmadığını söylediği için, sadece bunu söylediği için işçiye 100 milyarlık manevi tazminat davası açarak baskı kuruyor işçinin parasından aldığı harçları yatırarak. 3. Bu merkezi yapının şube bazındaki yapılanmalara dahi işverenle öyle bir işbirlikleri geliştiriyor ki, orada bırakın sendikaya muhalefet etmek, bırakın toplu iş sözleşmesi taslağında şu hükümler olmalı ya da şunları görmeliyiz dediği için işçiler işten atılıyor. Dolayısıyla bu yapıyı iyi okumak gerekiyor, ve gelen bu yapı ne yazık ki istisnaların da adını takmak lazım, üye sayısı 10 000 ya da 10 000'in altında olan sendikaları tenzih ediyorum. Çünkü üye baskısını üzerlerinde hissedebiliyorlar, ama 100 000'lere ulaşmış bir üye yapısı içerisindeki sendikaların kendisi işçi sınıfı ya da işçi hakları üzerindeki baskı unsurlarından ya da problemlerinden birisi haline gelmiş durumda ve bu problemi çözmesi beklenen ILO çerçevesindeki bu yasa tasarısında ne yazık ki buna yönelik atılmış hiçbir adım yok ve aynı şeyi yeniden üretiyor. Öğleden sonra toplu iş hukuku bölümünde daha detaylarını da göreceğiz diye düşünüyorum. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. MURAT ENGİN - Aslında bazı kibar geçtiğim konuları Murat Bey gayet açıkça ifade etti. Söylediklerinin pek çoğuna katılıyorum, özellikle bu sendika oligarşisi meselesi. Kendi şahsi görgüm, tecrübem önüme gelen olaylardan da sendika oligarşisinin işverenle anlaşarak toplu iş sözleşmelerini uygulamalarında, çeşitli uygulamalarda işveren-

le gayet anlaşma içinde, gayet uyum içinde iş sözleşmelerinin feshine gittiğini, bir grup işçileri, bazı grup işçileri tasfiye ettiği, bunlar açık bilinen olgulardır bazı sendikal yapılarda, her sendika değil, ama bazılarında. Dolayısıyla çok büyük güçlü denilen bazı sendikaların da mesela, toplu iş sözleşmelerine bakıyorum, getirdiği ne var? Hiçbir şey. İşçiye koruma sağlıyor mu? Asla. Neye bakıyor? Aydan aya aidatları alıyor, ondan sonra da bir dava açıldı ya da işçilerin mesela diyelim ki, bir grup işçinin ya da işletmede işçilerin ücretlerinin düşürülmesi somut örnek vereyim. 2008 krizi esnasında ve onun sonrasında bazı işletmeler fesihlerden kaçınmak amacıyla işçi ücretlerini düşürme yoluna gittiler. İş Kanunu 22. maddesini uygulayarak bunu yapmak zorunda kaldılar. Bunu örnek alan, gören bazı başka işletmeler de sendikayla anlaşmalı olarak aslında işletmenin hiçbir ekonomik kriz, güçlük durumu olmadığı halde sendikayla anlaşarak bunu yaptılar. Dolayısıyla bakıldığı zaman kâğıt üzerinde ne görünüyor? Sendika da protokol yaparak veya yapmayarak buna onay vermiş. Demek ki burada gerçekten böyle bir durum var izlenimi doğuyor. Halbuki içine bakıyorsunuz, hiç öyle bir durum yok, fırsattan istifade edilmiş.

İkincisi, bu kara liste uygulaması sadece sendikal haklarla ilgili değil, işçiye küçük bazı sektörlerde, belirli bazı bölgelerde haydi isim vermeyelim, bazı sektörlerde bir işçi, nitelikli meslek sahibi işçi bir işverene karşı dava açarsa, o sektörde çalışan bütün işverenler bundan haberdar oluyor. Bunun adına da işverenler kendi aralarında dedikleri şey şu: Etik anlaşma diyorlar, bunun adı etik anlaşma. O işçinin nitelikli işçi, o işi yapan meslek edinmiş işçinin o sektörde bir daha iş bulması mümkün hale gelmiyor, ama bununla ilgili olarak da açılacak davalara bakalım. Neye girer bu? İşe girmede ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilebilir. Sendikal hakların, sendikal neden varsa ispatı belki biraz daha kolay olabilir, ama diğer hallerle ilgili olarak ben açılmış bir dava görmedim, yargı kararı da yok. Kaldı ki mesela 5. madde diyor ki: “*İşe alma devamı ve sona ermesinde ayrımcılık yapamazsın*”, ondan sonra da altındaki hükümlerde diyor ki: “*İşin devamı ve sona ermesinde ayrımcılık yapıldığı takdirde*” diye devam ediyor. İşe almada ayrımcılığı veya işe almada kara liste uygulamasını, vesaireyi düzenleyen herhangi bir hüküm yok. Bu Türkiye’deki en önemli konulardan bir tanesi.

Sendikal oligarşi konusuna gelince, gerçekten orada da çelişkili bir durumla karşılaşıyoruz. Tebliğim sırasında aslında yer vermeyi unuttum,

şuna değinecektim: Avrupa Birliği ve ILO normları: *“Ulusal sosyal diyalog mekanizmaları, bu taslaklar aslında az-çok iyi-kötü bir ulusal sosyal diyalog, yani konfederasyonlar, işçi konfederasyonları, işveren örgütleri ve hükümet arasındaki sosyal diyalog yoluyla ortaya çıktı”* diyor. Çok güzel, sosyal diyalog yürüdü diyoruz, ama sendikal oligarşiyle birlikte danışıklı dövüş olarak diyelim, böyle bir yapı yürüdüğünde çünkü o üst düzeydeki ulusal sosyal diyalogun altı yok. Halbuki bu bir sistem bütünü. Sendikal yapı altyapıdan hiç etkilenmediği için Murat Beyin de ifade ettiği üzere bu taslak gayet ulusal, sosyal diyalog çerçevesinde var olan bozuk sendikal yapının korunması ve güçlendirilmesi çerçevesinde, bu amaç doğrultusunda hazırlanmış görünüyor. Dolayısıyla biz kavramları içi boş olarak kullanmayı çok güzel beceriyoruz. ILO normları diyor ki: *“Efendim, tüzüklere özgürlük. İşte kuruluş özürlüğü, vesaire, ILO normlarına uymak için şu şu hükümleri getirdim”* Sadece lafız, ruh yok. Ulusal sosyal diyalogu geliştirin diyor Avrupa Birliği eleştirilerinde, ulusal sosyal diyalogu geliştiriyoruz. Ulusal sosyal diyalog çerçevesinde bu taslaklar hazırlanıyor, ama onun altında işyeri düzeni sosyal diyalog, işyeri sendika içi demokrasi olmadığı için o sosyal diyalog mekanizması var olan yapıyı, bozuk yapıyı güçlendirme amacıyla çok güzel kullanılıyor. Ruhtan yoksun bir lafız, esas temel sorunumuz da bu, Birleşik Kaplar Kanunu bizim siyasi partilerimiz, sendikalarımız, örgütlü kuruluşlarımız, hepsi birbirine benziyor ve üzüm üzümüne baka baka kararır. Hepsi birbirinden görüyor bu oligarşik yapılar nasıl sürdürülür? Biz de bakıyoruz ki, dışarıdan şöyle bakınca sendikalar da var, partiler de var, çok güzel demokrasimiz var. Halk memnun, vatandaş özgür, mutlu yaşayıp gidiyoruz.

Av. ABDİ PESOK (İstanbul Barosu)- Sayın Başkanım, saygıdeğer Yargıtay üyeleri, yargıçlarımız, meslektaşlarım ve katılımcılar; hepinizi saygıyla selamlarım. Murat Hocamızın verdiği geniş kapsamlı bilgiden dolayı teşekkür ederim. Tabii ki bugünkü konumuz herhangi bir Yargıtay kararının incelenmesinin dışında olması gerektiğine inandığımız konuların nasıl oluşması gerektiği yönünde fikirlerin tartışılması. Kısaca bazı konulara değineceğim. Murat arkadaşımızın değindiği konuları tekrar etmemeye çalışacağım, söylediği konuların yüzde 100'üne değilse de yüzde 99'una katıldığımı belirtmekle onları geçmek istiyorum.

Önce bu reform tartışmasına bir değinmek istiyorum. Tabii ki Murat Hocamız reformu ileriye dönük yapıcı, olumlu, yararlı anlamında kullandı. Onun için kullandığı o kelimeyi de doğru görüyorum, ama Murat ar-

kadaşımızın söylediği tersine reform konusunun da yabana atılmaması gerektiği görüşündeyim. Kanaatime göre ne olması gerekir dersiniz, benim kanaatime göre bugünkü siyasi iradenin hâkim olduğu dönemde çalışanlar açısından bu yasanın hiç çıkarılmaması çıkarılmasından daha doğru olur, daha yararlı olur kanaatindeyim. Bunu açıklıkla belirtiyorum. Bugün için tasarıda görünen bazı çalışanlar lehine olan hükümlerin de yasalaşınca kadar ortadan kaldırılacağına inanıyorum bugüne kadar çalışanlarla ilgili hazırlanan tüm mevzuatta olduğu gibi. Bunun altını çizmek istiyorum. Teknik bazı konulara değinecek olursam, sendikaların oligarşik bir yapıda olduğu söylendi. Sayın katılımcılar, sendikaların güzel işlediğini, doğru işlediğini söylemiyorum. Sakın yanlış anlaşılmasın. Murat arkadaşımız 26 yıldır bu konuda çalışıyorum diyor. Birçoğunuzun bildiği gibi ben bu sene 39. yılımı bitiriyorum. 274 sayılı Sendikalar Yasası ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Yasası döneminde sendika hukuk müşaviri olarak yıllarca görev yaptım, o günü yaşadım. 2821-2822 dönemini yaşadım, olgunlaştım, artık çürüyecek noktalara geldik. Şimdi bu hazırlanan yasanın yaşanması dönemine hazırlanıyorum. Sendikalar oligarşik bir yapıya sahip, seçimlerde birçok bizim beğenmediğimiz olaylarla karşılaşılıyor, biz de rahatsız oluyoruz, ama Türkiye’de diğer kurumlar sendikalardan daha iyi işliyor da, sadece sendikalar mı kötü işliyor? Hangi meslek grubu sendikalardan daha iyi kendi üyelerine hizmet verdiğini iddia edebilir? Dediğim gibi sakın yanlış anlaşılmasın, sendikalar iyi işliyor, iyi yapıyorlar demiyorum, ama her kürsüye çıkanımız, her gazeteye beyanat verenimiz sendikalar şöyle diye kötülüğünü söylüyor. Biz bu ülkenin çocuklarıyız, sendikacılar da bu ülkenin çocukları, diğer kurumlarda olan kadar onlar da yanlış, ama biz ülke olarak birçok kurumda birçok yanlışlığın içindeyiz, sendikalar da onun içinde, ama şunu hiç aklımızdan çıkarmıyoruz: En kötü sendika sendikası olmaktan iyidir. Bunu aklımızdan çıkarmamız gerekiyor.

Şimdi gelelim yetki konusuna. Kurucularda aranan nitelikler, bu yasal gündeme geldiğinden bugüne yaklaşık 3-4 senedir hep gündeme gelir. Kurucularda aranan niteliklerde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı hep kaldırılmak istenir. Saygıdeğer hocamız o konuya değinmedi herhalde diğer konuların daha ağırlıklı olduğunu düşünerek, kurucularda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması şartının kaldırılmasına ben başından beri anlam veremiyorum. Daha önceki seminerlerde de bazı akademisyen arkadaşlarımız ILO da bu yönde bir tavsiyesi var,

Avrupa kuruluşlarının da var diyor. Biz Avrupa'nın her söylediğini yapmak zorunda değiliz. Bunu siyasilerimiz de söylüyor. Bizim ülkemizin menfaati bakımından kuruculara Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması şartının kaldırılmasının benim sendikalarım, sendikalarımın üyelerine, benim ülkem bütününe ne yararı var, kim izah edebilir? Ben zararını izah ederim ama. Zaten uluslararası sermaye ülkemizi kapsadı. İşte bütün rakamlar söylüyor. Sigortacılığın şu kadarı, inşaatın bu kadarı para piyasasının şu kadarı yabancıların elinde, şu anda biliyorsunuz Türkiye'de hukuk büroları var dışarıdaki hukuk bürolarının buradaki temsilcisi şeklinde ve bir söylenti var. Deniliyor ki, yabancı insanlara Türkiye'de avukatlık yapma imkânı sağlanacak. Yavaş yavaş pişiriliyor. Onunla eşdeğer yarın sermayesini buraya gönderen benim ülkem insanını işçi olarak çalıştıran o uluslararası sermaye bana diyecek ki, çekil, kurucu olma hakkım da var, ben sendikamı kurduracağım Hans'a, Kirkor'a, ve saire, kimeyse, sendikacı da ben olacağım. Buna biz mecbur muyum? Bu konuya kimse değinmek de istemiyor, ama ben her toplantıda bu konuya mutlaka değiniyorum. Tasarıda, her tasarıda hiç istisnasız var, değişmeyen tek konu o, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartının kaldırılmasının ülkemiz açısından zararlı olduğu ileriye dönük hesapların bir noktası olduğu kanaatindeyim. Sakın üye olmakla yönetici olmak, kurucu olmayı karıştırmayalım. Ben hiçbir şekilde buraya gelen bir yabancı sendika üyesi olmasın demiyorum. Onunla karıştırılmasın.

Şimdi sendika üyesi olmak için eskiden beri Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı yoktur. Bugünkü yasada da yok, 274 sayılı Sendikalar Yasasında da yoktu. Üye olabilir herkes, yani biz burada kimsenin ben Almanya'da çalışıyorum, Alman vatandaşı da buraya geldiğinde çalışmasını veya üye olmasını anlamında değil, biz -benim şahsi kanaatim ve benim gibi düşünenler- kurucu olmasına karşıyız.

İş kolu konusuna geldiğimizde iş kolları bizde sayısı fazla, çünkü özel olarak yaratılmış iş kollarımız var. Değiştirilmesinde de yarar var. Değiştirilirken dünya normları esas alınacaktır. O da doğru, fakat daha şimdiden tasarı hazırlanırken bu dünya normlarının dışına çıkmalar başladı. Mesela, birini söyleyeyim, ulaştırma işkolunda bütün ulaştırma kara, deniz, hava, vesaire tek işkolu oluyordu. Dünya normları da böyle, ama şimdiden mesela deniz işkolunu bunun dışına çıkarttılar, o ayrı olsun dediler. Şimdi esasa uyulma söz konusu değil, eğer iş kolları değişecekse -ki, değişmesi gerekir- gerçekten dünya normları esas alınarak işlem

yapılması lazım. Zaten iş kolları sayısının azalması gerektiği şu teknik nedenle de mevcut: Biliyorsunuz sigortada işkolu sayısı farklı, Sendikalar Yasasında farklı. Orada bile birbiriyle çelişki var. Bunların ortadan kaldırılmasında yarar var.

Ben sadece kısaca çok önemli olduğuna inandığım bir konuya da değinip, müsaadenizi rica edeceğim. O da sendika temsilcisinin güvencesi. Bu hazırlanan tasarıda sendika temsilcisinin güvencesiyle ilgili olarak 2821 sayılı Sendikalar Yasasında belirtilenden daha ileri haklar görünüyor. Murat Hocamız burada bir yenilik geldiğini, işten çıkarılmasına gerek kalmadan da sendikal tazminata hükmedilecek imkân sağlandığını belirtti. Yeni gelen tasarıda bu var. Fakat dikkatinizi çekerim, şu anda yürürlükte olan 2821 sayılı Sendikalar Yasasının 31. maddesinde de var bu. 31. maddenin 5. fıkrasında *“şu şu sebeplerle işten çıkarılmaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamaz”* der, 6. fıkrasında da *“3. ve 5. fıkraya aykırı hareket edilmesi halinde en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir”* der. Peki, eskiden olduğu halde bugün yeniden bu konu yasaya girdiğinde neden bizlerde bir yenilik, bir ileri hüküm intibainı uyandırdı? Benim hazır yargı mensupları buradayken bu konuda yargımızın daha dikkatli, daha yapıcı kararlar vermek gerektiği sorumluluğuyla karşı karşıya olduğunu gösterdiği düşüncem var. Gerçekten Yargıtay uygulamalarında sendikal tazminata hükmedilme konularını genel olarak yeni bir örgütlenme sırasında neden örgütlendin diye işten çıkarılan insanlarla ilgili örnekler teşkil etmektedir. İşyerinde çalışması sırasında farklı muameleye tabi tutulma nedeniyle açılan sendikal tazminat sayısı da az olduğu gibi, başarıya ulaşan dosya sayısı da yok denilecek kadar az, demek ki Yargıtayımız yasa bu haliyle de kalsa, o haliyle de olsa sendikal güvence bakımından konuya daha hassas eğilmesi gerekmesinde yarar olduğu düşüncem var.

HALİL ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyoruz Avukat Bey. Başka soru sahibi tespit edelim. Siz vardınız, beyefendiden başlayalım. Yalnız kısa olursa, bu kadar uzun tutarsak, öteki sempozyum konusuna da sarkabilir.

İSMAIL BAYAR- Teşekkür ederim Başkan. Kesinlikle uzun olmayacak konuşmam, iki soru yönelteceğim. Yönelteceğim sorulardan birisi bu elektronik ortamla ilgili üyelik olayı, ikincisi de bu çifte sendikalık olayı. Ancak Sayın Hocam tebliğine başlarken tasarının gelişimiyle ilgili

endişelerini belirtti. O konuda da bir açıklama yapayım. Bu şu anda Türkiye Büyük Millet Meclisinin gündemine inmiş bir tasarıdır. Yani Bakanlıktan çıkan tasarı farklıdır, Bakanlar Kurulundan çıkan tasarı farklıdır. Sosyal İşler Komisyonuna geldikten sonra alt komisyondan çıkan tasarı farklıdır, Sosyal İşler Komisyonunda da görüşülmüştür ve şu anda Türkiye Büyük Millet Meclisinin Genel Kuruluna inmiş, Sayın Meclis Başkanı yarın görüşelim dediği zaman görüşülecek bir tasarıdır. Şimdi bu tasarı aynı zamanda Sayın Gül'le başlayan tek parti hükümetlerinin 10 yıl içinde geliştirdiği tek hükümet tasarısıdır. Yani daha önce çalışma yaşamına ilişkin 10 yıllık süreç içinde hükümet tasarısı yoktur. Soruya geleyim. Üyelikteki elektronik ortam olayı, bizim insanımız malum, bilgisayara girecek kişi kendi bilgisayarından kendi numarasını alarak e-devlet üzerinden üye olacak. Bizim insanımız, yani ilkokul mezunu ve bilgisayara girecek, bilgisayarı bulacak. Diyeceksiniz ki, başka birisi kanalıyla bunu yapacak. Şimdi biz buraya nereden geldik? 1970'li yılları hatırlayalım, gemi Washington'a varmak üzere, geminin içindeki işçi aynı gün içinde A sendikasıdan istifa edip B sendikasına giriyor, B sendikasıdan istifa edip tekrar A'ya giriyor. Gemi 3 aydır Amerika yolunda, Türkiye de bunu yapıyor. Bugünkü getirdiğimiz noterlik olayı nur içinde yatsın Sayın Oğuzman'ın önerisiydi ve Sayın Oğuzman bunu getirdiğinde daha başlangıçta her şey noter üzerinden geçerek sağlam bir sistem yapı oluşacaktı, ama kanun 12 Eylül sonrası 274 ve 275 sayılı Yasalar çıkarırken Ankara Üniversitesindeki yapılan toplantıda bir düzenleme yapıldı ve o düzenlemeyle başlangıçtaki liste halinde verilecek olayı getirildi. Listeden sonra noterlik olayı başlayacak denildi. Liste olayı getirmekle birlikte rahmetli Oğuzman'ın kurduğu sistem baştan çöktü. Listeler işyerlerinde ilan edilecek ve o ilanlara itiraz edilecekti. Ben o zaman iş müfettişiydim, ben iki yıl o süreç içinde bir tek işyerinde listenin ilan edildiğini görmedim. Ondan sonraki noter olayı işi daha da karıştırdı. Yine bir örnek: İşçi Samsun'da çalışıyor, ama Ankara'daki notere gelip bu bilgisayar sistemine girmeden önce 1980 sonrasında Samsun'da çalışan işçi işyerinde bankada çalışıyor hatta, ayrılıp Ankara'daki notere gelip üye olmuş veya üyelikten çıkmış oluyor. Artı sendikaların noterlik ücretini ödemesi diye bir kural yok, yasalara aykırı. Bugüne kadar işçi giriş ve çıkışlarının bütün noter masraflarını sendikalar ödemiştir. Bütün bu gerçeklik karşısında yani noter olayı da çöktü. Peki, bu elektronik sistemle girdiğimiz zaman bu kadar yaşadıklarımızdan sonra bu elektronik sistemde bunu çözebilecek miyiz? Buna cidden inanıyor muyuz?

İkincisi, çifte üyelik olayı, nereden çıktı bu? Hatırlarsanız Sayın Bakanın Bursa toplantısından sonra Türkiye Bakanlar Kuruluna sundu, ama Bakanlar Kurulundan geçmeyip, birkaç sendikacı milletvekilinin bazı maddelerinin cımbızla çekilmesi sonrası tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisine getirilip, yine bugünkü gibi Genel Kurula geldiği gün Sayın Bakan ILO'ya gitmişti ve tasarı Türkiye Büyük Millet Meclisinde demişti. Sonra ne oldu? Bursa tasarısı yok, başka tasarılar çıktı. Başka tasarıların içinde bir tane şey vardı, meslek sendikacılığı vardı. Türkiye'nin yapısına meslek sendikacılığı uygun değil, şimdi bu meslek sendikacılığına uygun bir şekilde sistemde çifte sendikacılık geçerli. Peki, çifte sendikacılığı, meslek sendikacılığı yoksa biz nasıl uygulayacağız? Bir de bu kadar önemli de, Anayasaya niye koyduk bunu? Şimdi bu Anayasaya koyduğumuz metni yasanın içine bu şekilde bir montajlamayla sanki o işkolundan ayrı işkolunda çalışacak, birinde üye olacak, ikincisinden de işten izin almış veya muvafakati dahilinde ikinci bir işyerinde çalışacak ayrı işkolunda ve iki sendikaya üye olacak ve bunu biz Anayasaya koyduk.

Bir küçük hatırlatma yapayım Murat Beyin söylediği anıyla ilgili, buraya zabıtlara geçtiği için gerçeğini söyleyeyim. Sayın Aydın Güven Gürkan'ın bakanlığı zamanındaki olayın içinde yaşamış birisi olarak o tasarı görüşülürken Sayın Gürkan'ın sanıyorum Bakanlığa geldiğinin haftasıydı, o arada belediyelerle ilgili bir sorun olmuştu. Biz salondan çıktık, başka bir salona girdik. Bir saat sonra geldiğimizde o madde geçmişti. Nasıl geçti, bu yasanın özü diye söyledüğümüzde Sayın Gürkan'a sendikacı milletvekili bunu söyledi ve bunu son derece haklı bulduğunu söyledi. Sonra benzer bir olay siz göre diyorsunuz, bir de virgül olayını anlatayım ben. Bir maddedeki değişikliğin bir bölümü yine aynı Allah rahmet elesin aynı milletvekili tarafından komisyonda çıkartıldı, bir tarafı da Genel Kurulda çıkartıldı. Kanun cumhurbaşkanlığına gittiğinde beni çağırdılar. Dediler ki, madde değiştirilmiştir. Bakıyoruz, önceki maddeyle alttaki maddeye, değişen sadece virgül var. Nedir bu dediler, ben de o zaman anlattım. Dedim ki, birinci bölüm komisyonda geçti, ikinci bölüm de Genel Kurulda geçti, biz virgülü değiştirmiş olduk diye. Son bir saptama, başta anlattığım bir ihtimal daha var, bu tasarı Türkiye Büyük Millet Meclisinden geri çekilebilir.

Av. NECDET OKCAN (İstanbul Barosu)- Şimdi tabii bu Murat Özveri arkadaşımın söylediği bir laf vardı dün, “dert bir olsaydı, ağlaması kolay olurdu.” Bu salonlarda gerçekten bu toplu iş ilişkileri, Sendikalar Kanunu, toplu iş sözleşmesi çok konuştuk, konuşmaya da devam edeceğiz gibi geliyor. Burada moda oldu ve herkes söylüyor biraz meslek geçmişini, ben de 274, 275 sayılı Yasa döneminde 1977 yılında sendika üyesi olarak biraz sendikal mücadeleye dahil oldum. Sonra sendika aktivisti oldum, sonra okudum, avukat oldum, sendika vekilliği yaptım. Bu yasa çalışmalarının hemen hemen tamamında bakanlık nezdindeki üçlü danışma kurulu çalışmalarında birebir bulunan bir kişi olarak tabii çok enteresan bir durum var. Hocam dedi ki, ILO’nun lafıyla ruhu ne oluyor bu? Türkiye hemen hemen her yıl ILO’nun kara listesinde. Aplikasyon Komitesine her yıl 25 tane ülke alınır, bu ülkelerin içerisinde Türkiye müdavim ülke. Müdavimliği şuradan geliyor: Dünyada Türkiye’den daha kötü sendikal hak ve özgürlükler bakımından sicili olan ülkeler var, ama Türkiye ekonomik gelişmişlik bakımından normal demokratik gelişimi bakımından o ülkelere farklı bir yerde ve Avrupa Birliği üyeliğine aday bir ülke, Avrupa Birliğinin eleştirileri var, ILO’nun da Türkiye’ye eleştirileri var. ILO’nun çok ayrıntılı eleştirileri var Türkiye’deki sendikal sisteme ilişkin, işte meslek sendikacılığında başlıyor, niye meslek sendikacılığı yok, federasyon niye yok diye bu listeyi uzatabiliriz. Bu eleştirilerin bir kısmı Türkiye’deki sendikal hayatın sıkıntılarının, hiç önemsenmeyecek belki, sendikal hareketin sıkıntı olarak görmediği eleştiriler, fakat biz görüyoruz ki, tasarıda işin özüne dokunmayan ILO’ya işte bakın, bu listeden biz 20 tane eleştirinizden 15 tanesini karşıladık demek için suya sabunla değmeyen birtakım düzenlemeler yapıldı. İşte bunlardan bir tanesi sendika kurucularından Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayı kaldırmak, fiilen çalışmayı kaldırmak gibi düzenlemelerdi. Oysa işin esasına gelen noktalarda sendikaların iç işleyişlerine ciddi devlet müdahalesi var. Yani şunları şunları şöyle yapacaksın, organ sayın bu kadar olacak gibi düzenlemelere sendikal hareketin eleştirilerine rağmen asla dokunulmadı. Tabii burada üstat Abdi Beyin söylediği Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı meselesi şöyle geliyor Türkiye’nin karşısına: Mütakabiliyet esasında, Türkiye Almanya’da çalışan, Fransa’da çalışan, Hollanda’da çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları işçileri oraların sendikalarında yöneticilik düzeyine gelebiliyorlar gerek bölgesel, gerek üst düzeyde. Türkiye’de niye bu haklara sahip olmasınlar? Biz serbest dolaşımı savunuyorsak, işçilerin serbest dolaşımını savunuyorsak bu haklara sahip

olsunlar gibi bir eleştiriyile bu kalktı, ama meselenin özüne ilişkin bir değişiklik değil.

E-devlet meselesine ben şöyle yaklaşıyorum: Türkiye’de yasaları değiştirmek zor. Şu noter şartı sıkıntısından kurtulmanın bir ön aşaması olarak görmek gerekir. Murat arkadaşımın devlet müdahalesi eleştirilerine katılıyorum, meselenin başka bir cephesi var. İşçi e-devlet kapısı üzerinden üye olacak, e-devlet şifresini alacak. E-devlet şifresini alıp girecek sisteme, TC kimlik numarasını yazdığı için doğrudan karşısına hangi fabrikada çalıştığı, işyerinde çalıştığı çıkacak, ekranda o işkolunda kurulu sendikalar çıkacak, birini tıkla diyecek. Hangi sendikaya üye olmak istiyorsa otomatik olarak o bakanlık kaydına ve ilgili sendikanın kaydına düşecek. Şimdi ben şeytanın avukatlığını yapıyorum, Türkiye’de işe girerken boş ibraname almayı becerebilen işveren işçiye işe girerken ikametgâh tezkeresi, nüfus cüzdanı tezkeresi, sabıka kaydının yanında bir de e-devlet şifreni getireceksin dediği zaman işe giren işçi gidecek e-devlet şifresini işverene teslim etmemesi mümkün değil ve bu şöyle bir şeydir: İşverenin eline geçtiği zaman bu şifre, işveren işçinin haberi olmadan işçiyi bir sendikadan istifa de ettirir, o işçinin hangi sendikaya üye olduğunu da görür, dolayısıyla böyle bir devlet müdahalesinin yanında işverenlerin müdahalesine de açık bir sistemdir. Ancak sonuçta 274’te sıkıntılar vardı. İsmail Bayar anlattı. 5 tane üyelik, ama noterde de sıkıntılar var. Bugün 3 konfederasyondan da, noter sahteciliğinden yargılanmayan sendika yöneticisi yok. Noterdeki sahtecilikten noterler de yargılanıyorlar. Kıyamet gibi sahtecilik, dolayısıyla bir geçiş bakımından önemlidir diye düşünüyorum.

Konfederasyonun dava açma yetkisinde Danıştayın en son bu yönetmeliklere konfederasyonlar genel düzenleyici işlemlere ilişkin itirazlarında bazı Danıştay kararları çıktı. Sizin burada genel olarak işçileri temsil yetkiniz yoktur, dolayısıyla dava açma ehliyetiniz de yoktur diye ona yönelik olarak bu özellikle konfederasyonlar tarafından talep edilen bir düzenleme olarak geldi. Mesela, iç işleyişe müdahale organların tüzükleri serbestçe yapma, organların sayılarını düzenleme noktasında reformu bırakın, sınırlamalar var. Mesela, şimdi bir önceki kanunda 3’le 9 arasındaydı şube yönetim kurulu üyeleri, bu kanunla 3’le 5 arasında sınırlanmıştır. Sınırlamak var, yani kendi iç işleyişlerini düzenleme hakkını da ortadan kaldıran bir noktada. Konfederasyonlar daha önce 5’le 28 arasındaydı yönetim kurulu üyeleri, kanun bunu 22’yle sınırlıyor şimdi. Dolayısıyla bu anlamda eleştirilebilir.

Ben hemen buradan bir soruyu, sizin de görüşünüzü merak ediyorum hocam. Biliyorsunuz Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler var. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 23. maddesi: *"Herkes menfaatini korumak için sendika kurma hakkına sahiptir"* Avrupa sosyal şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı, bunların tamamı benzer düzenlemeleri içeriyor. Herkes menfaatlerini korumak için sendikaya üye olmak ve sendika kurma hakkına sahiptir. Şimdi ülkemizde şöyle gelişimler var: Emekliler sendikaları kuruluyor. Bir tanesi DİSK'e bağlı Emekli-sen kuruldu, mahkeme kararıyla kapatıldı, kesinleşti. Şimdi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, diğer memur konfederasyonlarına üye Emekliler Sendikası var, bu arada biliyorsunuz Anayasanın 53. maddesinde bir düzenleme yapıldı. Kamu görevlileri sendikalarıyla yapılacak toplu iş sözleşmesinden emeklilerin nasıl yararlanacaklarına ilişkin hükümler de o toplu sözleşmede, kamu görevlileri sendikalarının toplu sözleşmesinin içinde yer alacak. Dolayısıyla emeklilerin bir toplu sözleşmeyle dolaylı bir bağı kurulmuş oldu Anayasal düzlemde. Şimdi bizim hem uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemeler ülkemizin taraf olduğu Anayasanın 90. maddesi çerçevesinde, hem 53. maddedeki bu fıkra çerçevesinde bu tür diğer hak öznelerinin, çiftçilerin işte işsizler kuruyor, gençler sendikaları, ev kadınları, ev eksenli çalışan kadınlar gibi birçok ve bunların tamamı şu anda yargıya intikal etmiş. Hatta şey var, yargıçların kurduğu sendika hakkında bir kapatma davası verildi geçen gün, bu tür hak öznelerinin kurduğu sendikaları Anayasanın 90. maddesi çerçevesinde nasıl değerlendiriyorsunuz? Teşekkür ederim Hocam.

HALİL ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim. Peki, soru var, ama artık çok kısaysa alabiliriz, çünkü cevap hakkı kalmayacak. Erdem Beye verelim, yalnız çok kısa olsun.

Prof. Dr. ERDEM ÖZDEMİR- Çok kısa bir açıklama yapacağım. İspat yüküyle ilgili olarak ben açıklama yapmak istiyorum. Bu sendika özgürlüğünün güvencesi konusunda ispat yüküne ilişkin bir düzenleme var ve teknik olarak bu düzenlemenin hatalı olduğunu düşünüyorum. İki tane fıkra getirilmiş ispata ilişkin olarak, fıkralar aynen şu şekilde: İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla açılacak davada fesih nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Fesih işverenin ispat ettiği nedene dayanmadığını iddia eden işçi feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür. Bu bitmiyor, sonra devam ediyor. Fesih

dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durum ortaya koyduğunda işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur. Biraz uzun bir madde, anlattığım zaman da herkesin koptuğunu düşünüyorum. Şimdi bir kere iki tane teknik hata var: Fesih ve diğer ayrımcılıklar konusunda neden farklılık yaratılmış? Diğer ayrımcılıklarda ispat yükü neden farklı düzenleniyor, fesih noktasında neden farklı düzenleniyor? Fesih noktasına odaklanalım ve bakalım yeni bir şey getiriyor mu? İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla açılacak davada fesih nedenini işveren ispatlamalı. Zaten böyle bir davada değil, her türlü geçerli fesih davasında da haklı nedenle feshettiğini iddia eden bir işverenin geçerli nedenle feshettiğini iddia eden işverenin de bu iddiasını ispatlaması lazım. Yeni hiçbir şey yok.

Devam ediyoruz. Feshin işverenin ispat ettiği nedene dayanmadığını iddia eden işçi feshi sendikal nedenle dayandığını ispatla yükümlü, yani işçi ayrımcılığı kanıtlamalı diyor. Diğer fıkrayı bir kenara bırakalım, sadece bunu esas alalım. Peki, bir kolaylaştırılmış ispat var mı işçiyle ilgili sorusunu soralım. Çünkü sendikal ayrımcılıkla teknik anlamda ayrımcılık ve bence bugünkü kanunun yorumunda da aynı şekilde 31/5. maddeyi de beraber yorumlamalıyız. Yani ayrımcılıktaki kolaylaştırılmış ispat yükünü burada da aynı şekilde kabul etmeliyiz. Şimdi bunu ben kendi kitabımda yazdım, ispat yükü kitabımda yazdım ve özellikle yazarken de Avrupa Birliği direktifinin ve Avrupa Adalet Divanının ayrımcılığın ispatı noktasındaki içtihadını çok basit şekilde aktarmaya çalıştım. Çünkü kararlar var, bu kararların içine girdiğin zaman boğuluyorsun. Adalet Divanı ne diyor, kolayca anlayamıyorsun.

Şimdi çok basit şekilde Adalet Divanı ve Avrupa Birliğinin ayrımcılığın ispat prosedürünü nasıl yaptığını söylemek istiyorum. 1. İşçinin ortaya koyması gereken farklılığın, ayrımcılığın olduğunu gösteren olgulardır, böyle bir varsayımı gösteren olgulardır. Örnek, 100 kişi işten çıkarılmıştır, 95'i sendikalıdır. Bir soru işareti yaratır mı bu? Yaratır. Bunu ortaya atan işçi geriye çekilir. Bunun üzerine Adalet Divanına göre işverenin ispat yükümlülüğü, ispat faaliyeti başlar. İşverenin ispat faaliyeti de iki adımdan oluşur. Birinci adım justification, justifikasyon adımı, ikinci adım da Adalet Divanının test of proportion dediği ölçülülük adımıdır. İşveren bu noktada bir farklılığın ortaya konulması karşısında ya şunu diyecektir: Gerçekte böyle bir farklılık yok, bu yanlış, işçinin ortaya koyduğu şey

teknik olarak hatalı veya diyecektir ki evet, bir farklılık var, ama bunun mantığı şu: 95 kişiyi evet, bunlardan seçtim, çünkü bunun mantığı şu. Bunun mantığını açıklayacaktır, ama işverenin ispat faaliyeti burada sona ermemektedir. Adalet Divanı işverenin aynı zamanda ölçülü ve orantılı davrandığını da kanıtlamasını beklemektedir. Örnek ücret düzeyinde verelim. İki işçiye farklı ücret verirsin. Diyebilirsin ki, justification, justifikasyon savunmada evet, farklılık var, ama bu daha çalışkan, bu daha performanslı, birinci savunmayı başarıyla tamamlarsın, ama ikinci soruyu da sorar. İki işçinin ücreti arasında 1 000 lira fark var, acaba bu ölçülü mü, acaba ikisinin performansı arasında olması gereken ölçü 1 000 değil de, 500 mü? Dolayısıyla bence ayrımcılık, sendikal ayrımcılık noktaları düzenlenirken Adalet Divanının içtihadı dikkate alınmalı ve fesih ve fesih dışındaki ayrımcılıklar arasında bir fark gözetilmeksizin, bütün bu prosedür dikkate alınarak düzenlenmeli, yani işçi sendikal ayrımcılığın varlığı ihtimalini ortaya koyacak olguları ortaya koymalı, geri adım atmalı, işveren bunun gerekçesini -dikkat edin, sadece feshin gerekçesini değil, kanunda olduğu gibi bunun gerekçesini- ve yaptığı işlemin de aynı şekilde ölçülü ve orantılı olduğunu bence kanıtlamalıdır. Olması gereken düzenleme budur.

HALİL ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Son soru hakkını beyefendiye vereceğim. Başka var mı? Can Beye verelim, yalnız çok kısa olabilirse birer dakikalık.

Prof. Dr. CAN TUNCAY (Bahçeşehir Üniversitesi Öğretim Üyesi)- Şimdi bu tip toplantılarda bir tebliğ veren vardır, bir de soru soran, katkıda bulunan. Fakat maalesef bizim ülkemizde katkıda bulunan veya soru soranlar eş aşağı tebliğin yarısı kadar konuşma yapıyorlar ve üç dört tane böyle şey olduğu zaman geriye kimseye de zaman kalmıyor. O bakımdan Sayın Başkan haklı, zamanı iyi kullanmak gerekir diye düşünüyorum. Herkese saygılar sunuyorum, ayrıca Murat Engin kardeşime de açıklamaları için teşekkür ediyorum.

1. Yasalar bir ülkede bir ihtiyaçtan doğar, yapılıp, bir değişiklik gereği ortaya çıkar, yapılıp ve her zaman da fakat nedense son 8-10 senedir her yasa veya her yasa değişikliği bir reform adı altında, bu son derece yanlış. Reform yeniden şekillendirme, yeniden yapılandırma demektir. Dolayısıyla öyle kolay kolay reform olmaz, Mecelle'den Türk Medeni Kanununa geçtiğimiz zaman bir reformdur, 24 Anayasasından 61 Anaya-

sasına geçişimiz bir reformdur, ama bir Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı bir reform değildir. Bu 15-20 yıldan beri söylenen birtakım bozukluklar, ihtiyaçların düzeltilmesini amaçlayan bir yasa tasarısıdır bu, dolayısıyla o konuda Murat kardeşime katılıyorum, bu bir yasa değişikliğidir. Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Kanunu gibi iki ayrı kanunumuz vardı, şimdi bunları birleştiriyorlar, yeni bir kanun ortaya çıkıyor ve ben bunun karşısındayım, ikisi de farklı alanlarda kanunlar olduğu için bunun toplu iş ilişkileri diye bir kanun adı altında yapılmasına karşıyım. Dünyada yok mu? Var, ama az. Sendikalar ayrı bir statiktir, toplu iş ilişkileri dinamiktir.

Dolayısıyla bu iki alanın farklı düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum, ama yasa koyucusu nasıl takdir ederse, o şekilde çıkacak. Yalnız son aldığım duyum bir ay önce Mecliste görüşülmesi gereken kanunlar arasında 7. sıradayken, şu anda 22. sıraya düşmüş olan bu yasanın tasarının İsmail Bayar kardeşimin de söylediği gibi çıkmama ihtimali de varmış. Onu da ayrıca söyledim. 3-4 sene evvel de bir sürü tasarılar çıktı, bunlar üzerinde konuştuk, ettik, devamlı bir şeyler çıkıyor, çıkıyor, hepsi birbirinin içine girdi. Dolayısıyla belki burada söylenenlerin yarısı boşa söylenmiş olacak. En son neyse onu görmekte yarar var.

2. Konfederasyonların ve sendikaların dava ehliyetleri doğrudur. Konfederasyonlara da dava ehliyeti verilmesi lazım, çalışma hayatını toplu iş sözleşmelerinden ve mevzuattan doğan hususlarda çalışanları temsilen dava hakları olması lazım. Nitekim vardı, bu yeniden getiriliyor ve konfederasyonları da buna dahil ediyorlar. Böyle bir düzenleme olmasaydı dahi yine bu hak vardı. Çünkü 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu zaten toplu dava hakkını getirmiştir. Bu bir 100 yıldır Fransa'da da var, İngiltere'de de var, bilemediğim başka ülkelerde de var. Buna "*class action*" deriz, sınıf davası. Bu sınıf davası zaten mevcut, dolayısıyla bunun olumlu olduğu kanısındayım.

3. Sendikalara bağımsız denetim getirilecek. Bağımsız denetim getirilmesi son derece yararlıdır. Çünkü bugüne kadar sendikalar kendi içlerinde veya en fazla konfederasyonlar tarafından denetleniyordu. Sendikalar gibi büyük mali kaynakları olan kuruluşların bağımsız denetim organlarınınca denetimlerinde yarar vardır. Nitekim İngiltere'de bu konu son derece önemlidir sendikacılığın beşiği olan ülkede ve her sene bağımsız denetim firmaları denetim yapar. Bunun mali bir yükü olacak, onu da artık bir şekilde sendika karşılayacak.

4. E-devlet üzerinden üyelik, ben bunu prensipte olumlu buluyorum. Çünkü bir zamanlar kurtarıcı gözüyle düzenlenen noter kanalıyla üyelik birtakım sıkıntılara neden olunca artık bu e-devlet üzerinden sendikacılığın, e-devlet üzerinden üyeliğin daha formaliteyi basitleştireceği görüşündeyim. Fakat bazı sakıncaları olabilir. Benim çözemediğim şey dağdaki çoban örneği. Okuma-yazma oranının oldukça düşük olduğu ülkemizde basit bir işçi bunu nasıl becerecek? Murat Engin arkadaşım Power Point'i daha kullanamazken ben de bilmiyorum bunu, bunu normal bir işçi bilmem gelecek de, yapacak da, bilmem yardım alacak, destek alacak da, bunlar bana biraz ütöpik geliyor. Yabancıların sendika kurucusu olup olamayacağı, eğer sendika hakkı bir insan hakkıysa hiç böyle ayırım olmaz, yabancı da kurabilir. Yabancı da kurucular arasında yer alabilir. Abdi Pesok arkadaşımın söylediği gibi ben inanmıyorum, bu kaldırılınca bir sürü yabancı taburlar halinde, bölükler halinde sendika mı kuracak Türkiye'de ve Türkiye'nin egemenliği mi tehlikeye düşecek? Yok böyle bir şey canım, yani böyle bir, onlara da sendika kurma, sendika kurucusu hak arasında yer alma hakkı tanınabilir. Bunda hiçbir mahsuru yok, burada ülkenin bağımsızlığının elden gideceği gibi bir endişeye kapılınması gerektiği kanısında değilim. Teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK- Arkadaş söylediği için bir teknik bilgi vermek istiyorum; çünkü yanlış sonuç çıkacak.

Saygıdeğer katılımcılar, özür dilerim. Yanlış anlamaya meydan vermemem lazım. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı kaldırılması neden sakıncalı? Birincisi, müttekabiliyet esası bizim karşımıza çıkarılıyor, ama müttekabiliyet esası uygulanamıyor. Benim yurttaşımı bırak, sanatçımı bile Hollanda'ya almadılar, vize istiyorlar, ama benim bura ülkeme istediği gün giriyor. Şu şekilde çıkarılırsa çıkarsın: müttekabiliyet esas alınmak üzere serbest karşılıklı giriş olmak üzere Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı şartı aranmasın, ama bırak Almanya'ya gidip sendika kurmasını, giremiyoruz biz Almanya'ya, Fransa'ya. Şimdi bu gerçek dururken evrak üzerinde eşitlik var, o da gelsin demek doğru değil. Bağımsızlığımız mı gidiyor diyor. Vallahi benim ulusal anlayışıma göre bağımsızlığımız adım adım, gıdım gıdım böyle gidiyor. Bu noktada bile direngen olmamız gerekir. Teşekkür ederim.

HALİL ÖZDEMİR (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim. Son soru olarak bir parmak kalmıştı. Yalnız çok kısa konuşulabilirse, ben sayın

organizatörlere şunu hatırlatmak istiyorum: Bir dahaki senelerde Türkiye Büyük Millet Meclisindeki gibi mikrofonu kesecek bir mekanizma buraya tertip ederlerse.

SALONDAN- Bu güzel sunum için Murat Hocaya teşekkür ederiz. Şimdi ben bir şey söylemek istiyorum. Bu tasarı 32 yıl önceki sendikacılığın çok gerisinde bir tasarı. Niye 32 yıl öncesine gittim? 32 yıl önce bir sendikanın tüzüğünde her fabrikada temsilciler seçimle işbaşına geliyordu. Yalnız seçim tek unsur değildi, o sendikanın sendika okulu vardı. A semineri, B semineri, C semineri demokrasinin gelişmesi için yalnız seçim değil, o kitlenin eğitilmesi gerekir. O kitle eğitilmiş değilse, o ülkede o demokrasi, o sosyal kesimde o demokrasi işlemez. Dolayısıyla DİSK'e bağlı Maden-iş Sendikasının okullarında akademisyenler de ders veriyordu. A seminerinden, B seminerinden, C seminerinden geçmeyen bir kere bölge temsilcisi olamıyordu. Yani hem seçim işçiler kendi istediklerini seçerken bir de eğitiliyorlardı. O eğitimden geçmemiş insan da aday olamıyordu. Yani bu tasarılar da ben şimdi iki şey var: Sendika temsilcileri sendikanın demokratikleşmesi ya yasayla belli ölçüde kurallar getirilir yahut da o yasayla o sendikaların demokratik işlerliğini sağlayacak düzenleme getirilir, ama ben bu tasarıda bunu göremedim. Öyle bir sendikacılık vardı ki, yalnız o sendikal yapı açısından da çok farklıydı. O sendikal yapıda eğitim vardı, o sendikal yapıda ekonomik araştıran iktisatçılardan teşekkür kesim vardı, departman vardı. O sendikada iş güvenliğiyle ilgili departman vardı. Yani böylesine bir işlerlik kazanmış bir sendikacılık anlayışı vardı, ama şimdi ben hiç bu tasarılar da hiç böyle bir şey göremiyorum. Teşekkür ediyorum.

HALİL ÖZDEMİR (Oturma Başkanı) Biz teşekkür ediyoruz. Soru faslını kapatmış bulunuyoruz. Şimdi soru sahipleri süreyi çok uzattığından artık kısa tutmak Sayın Hocama düşüyor. Kısaca cevaplandırabilirse teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. MURAT ENGİN (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Teşekkür ederim. Sayın Başkan, şimdi şuradan başlayayım. Önce çok teknik konulardan işyeri sendikal güvence, o tebliği sunarken çok fazla ayrıntısına gireyim demedim. Birtakım iyileştirmeler var dedim, ama mesela Erdem Bey hatırlattı, doğru, fesihte sendikal ayrımcılık yapılırsa, ona İş Kanunu 5. maddedeki ispat kuralını buraya getirip koymuş da *"fesihten dışarıda ayrımcılık yapılırsa işçi bunu ispat*

etmekle yükümlüdür” demiş. Bu ikisi arasında ispat yükü bakımından yaptığı ayrımın bir anlamı yok. Kaldı ki, bu yasalaşsa dahi ispat yükü bakımından hiç sonuç değişmeyecek. Ayrımcılık varsa, sendikal ayrımcılık gerek fesih sırasında, gerek fesih haricinde şu anki mevzuatımızda da olan İş Kanunu 5. maddesi, İş Kanunu 20. maddesi ve Sendikalar Kanununun 31. maddesi arasında organik bağ var. Zaten şu anda da ve sendikal ayrımcılıkta genel olarak ayrımcılık yasakları kapsamında olduğu için 5. maddedeki ispat kuralı uygulanacak. O ispat kuralı nedir? Erdem Bey de açıkladı. Avrupa Birliği Adalet Divanı da bunu çok güzel ortaya koyuyor. Bu ispat kuralının 3 aşaması var: 1. Farklı muamele var mı? 2. Bu farklı muamele meşru bir amaca mı hizmet ediyor? 3. Amaçla araç arasında ölçülülük var mı? Oranlilik, ölçülülük de üç alt ilkedden oluşuyor: Elverişlilik, gereklilik, oranlilik. Bu aslında iş hukukunda ölçülülük ilkesi Türk hukukunda hiç tartışılmayan neredeyse, kararlara yansımaya başladı mesela, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin iş sözleşmesinde esaslı değişikliğe ilişkin kararlarında ölçülülük ilkesinden söz ediliyor. İş hukukunun uygulamasında çok daha kapsamlı olarak girmesi gereken bir konudur ölçülülük ilkesi.

Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına gelince, şunu ilgililerine mesela bir örnek karar söyleyeyim. Almanya’da yaşayan bir Türk kökenli işçi Seda Küçükdeveci kararı yaş ayrımcılığıyla ilgili. İnternette bulun ve okuyun lütfen, muhteşem bir hukuki metindir. Seda Küçükdeveci kararı biraz önce söylediğim ölçütleri gayet güzel ortaya koyuyor. Buradan hareketle Necdet Beyin sorduğu soruya geçeyim. Avrupa sosyal şartına bağlayalım ve Anayasanın 90. maddesi ne diyor? Uluslararası insan haklarına ilişkin sözleşmeler tam şimdi 90. maddenin o konuda motamo söylediğini hatırlayamadım, ama Anayasaya aykırılığı iddia edilemez ve kanun hükmündedir diyor, uluslararası sözleşme uygulanır diyor. Dolayısıyla Avrupa Sosyal Şartını 1. Biz imzaladık. Biz bu sosyal şartı da gözden geçirilmiş sosyal şartı imzaladık. 2. Çok az hükmüne çekince koyduk. Çekince koyduklarımızı da ayrıca değerlendireceğim ya da neyli çekince koyduklarımızın da sonucu ne olacak, ona ayrıca değineceğim.

1. Avrupa Sosyal Şartı, sendikal haklar, bilgi edinme, danışma hakkı gibi çok çeşitli hak ayrımcılık yasakları pek çok konuyu düzenliyor. Bunlar bizim Avrupa Sosyal Şartına imza atmış olmakla bu bizim iç hukukumuzun parçası haline geldi bütün oradaki sosyal haklar.

2. Avrupa sosyal şartının uygulanmasını denetleyen ve bu konuda içtihat oluşturan Avrupa Sosyal Komitesi içtihat oluşturma yetkisi olan komite içtihatları çerçevesinde diyor ki: *“Gözden geçirilmiş sosyal şartı imzalayan ülkeler aynı zamanda bu gözden geçirilmiş sosyal şarta ilişkin hükümleri düzenleyen somutlaştıran Avrupa Birliği direktiflerini de iç hukuklarında uygulamak, geçirmek durumundadırlar. Çünkü sosyal şartın hükümleriyle direktifler bir bütündür”* Dolayısıyla Avrupa Birliğine üye olma şartını ortadan kaldırıyor âdetâ.

3. Memurların sendika hakkıyla ilgili olarak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği Demir Baykara kararı, bu sosyal şartta çekince koyduğumuz bazı sendikal haklar, memurların sendika hakkı bakımından da önemli. O Demir Baykara kararında Türk hukuku, Türk hükümetinin savunması şu: *“Ben Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin memurlara ilişkin sendikal haklara ilişkin hükümlerine çekince koymuştum zaten”* İnsan Hakları Mahkemesi de diyor ki: *“Senin koyduğun çekince beni ilgilendirmiyor. Ben sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde karar vermiyorum. Bu konuları düzenleyen, sosyal hakları düzenleyen, gözden geçirilmiş sosyal şart uluslararası çalışma hukuku normları, uluslararası evrensel hak beyan-nameleri, buna ilişkin içtihatlar, kendi içtihatlarım, Divan içtihatları, bunların hepsini dikkate alarak sonuca varıyorum -dolayısıyla bunları gerekçelendirmiş- Salt senin basit anlamda çekince koyman benim dikkate alacağım bir husus değildir. Sen bu hükmü madem sözleşmeye imza attın, bu hükmü de gereği gibi uygulamak ve uygulatmak zorundasın”* diyor. Dolayısıyla memurların ya da emeklilerin, yani genel olarak belli bir menfaat çerçevesinde somut menfaat, ekonomik, sosyal menfaat çerçevesinde örgütlenmiş olan kişilerin bunun adı sendika olabilir, başka bir şey de, dernek de diyebilirsiniz belki, ama sendika örgütlenmesi çerçevesinde menfaat savunması yapması gözden geçirilmiş Avrupa sosyal Şartının koruduğu bir değerdir. Bu gözden geçirilmiş sosyal şart Anayasa madde 90 gereği bizim iç hukukumuzun bir unsurudur. Bu sendikalara, emekli sendikası gibi sendikalara yönelik kapatma kararlarını verirken Yargıtayın Demir Baykara kararını bir daha okuması gerekir. Demir Baykara kararı bir, ikincisi Seda Küçükdeveci kararı Avrupa Adalet Divanında ayrımcılık yasaklarını ispat sırasıyla ilgili olarak bunlar son derece önemli kararlardır.

Gözden geçirilmiş sosyal şart ve komitenin bu yorumu çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumu çerçevesinde Divanın bir içtihadına daha değineyim. Seda Küçükdeveci kararıyla ilgili olarak diyor ki Divan: *“Alman yargıcı sormuş: Benim emredici hükmüm var. Medeni Kanunumda BGB’de iş sözleşmesinde ihbar önellerini şöyle şöyle sınırlandırıyor. Çok güzel bir karar, üzerinde durmayalım. Divan uzun uzun inceledikten sonra diyor ki: “Senin Medeni Kanundaki emredici hüküm Avrupa Birliği direktiflerinin 2000/78 sayılı yönergeye aykırıdır, yaş ayrımcılığı yapmaktadır. Bu ayrımcılığın da meşru bir şeyi yoktur. 2. Alman yargıcı sormuş: Emredici hükmüm varken ben Divan içtihatlarını ve yönergeyi dikkate alabilir miyim? Kanunumda emredici hüküm var. Divan da diyor ki: Yönergeler devlete hitap eder. Devlet sadece yasama organından ibaret değildir. Yürütme ve yargı da bu devlet kavramı içindedir. Yargı organı gerektiği takdirde Divan birlik hukukunu uygulamak, yönergeyi uygulamak, Divan içtihadını uygulamak için kendi emredici hükmünü göz ardı etmek zorundadır, dikkate almamak zorundadır. Doğru doğruya yönergeyi uygulamak zorundadır. O kadar ki, bunu yapabilmek için bana sorman da gerekmez diyor.*

Şimdi bu tabii Almanya Avrupa Birliği üyesi ve o yönergeleri doğrudan uygulamak zorunda. Bu ayrı bir konu, ancak gözden geçirilmiş sosyal şart, buna ilişkin sosyal şartla ilgili Ekonomik Sosyal Şart Komitesinin içtihadı ki, biz gözden geçirilmiş sosyal şarta imza atmakla komitenin kararlarını da kabul etmiş oluyoruz. O da diyor ki, bu sosyal şartla ilgili yönergeler de sosyal şart hükümlerinin bütünüleyici parçasıdır, mütemim cüzüdü, bunları da uygulayacaksınız. Buradan hareketle aslında gözden geçirilmiş sosyal şart için Komite kararları, Divan içtihatları, İnsan Hakları Mahkemesi kararları bizim yüksek yargı organı ve her türlü yargı organı, ilk derece mahkemelerimiz, Yargıtay, Danıştay için de dikkate alınması gereken, hatta gözden geçirilmiş şartın bağlayıcı olduğu dikkate alınır, bu anlamda bağlayıcı her türlü sosyal mesela diyelim ki, sendikaların kapatılması konularında gözden geçirilmiş sosyal şart çerçevesinde dikkate alınması gereken, artık âdeta bizim iç hukukumuzun parçası olan metinler ve kararlardır. Bu metinler ve kararların Türk hukukçusu tarafından da, Türk hukuku tarafından da göz önünde tutulması gerekir. 5. maddeye ilişkin ayrımcılık yasakları yorumlanırken sendikal haklara ihlallerindeki ispat Divan içtihatları bu konuda son derece ufuk açıcı, ölçülülük ilkesinin yorumu, kullanılması, bunu bizim de yapmamız gerekiyor.

Başka, elektronik ortam hani demek isterim ki, noterli bizde zaten bu yetki sistemi bir türlü çözüme kavuşturulamayan bir durum, olanın içinde uygulamada gene bir sürü sorun çıkacaktır. İşveren diyecektir ki, ver bakayım bana e-devlet şifreni, vesaire. Gerçi bununla ilgili olarak ne denebilir? Kişisel verilerin korunması ihlalidir, falandır, filandır. Bu konuda da ciddi sorunlar çıkacaktır. Orası kesin, ama demek istediğim şey şu: Elektronik bilmem ne aracılığıyla, elektronik sistem aracılığıyla üyelik ve üyelikten çıkmanın bu sistem içinde notere göre ehveni şer olduğudur. Yoksa yetki sistemine gayet güzel olmuştur, böyle devam edelim asla demek istemiyorum. Onda fikrimi açıklamaya çalıştım. Artık böyle şekli bilmem ne sistemler değil, demokratik katılımı esas alan yetki sistemleri geliştirilmelidir. Nitekim ifade edildi ki yaşım gereği çok bilmediğim dönemler, bir de araştırmadım da açıkçası o zaman ne yapıldığı, bu bilgiler için teşekkür ederim. 1970 öncesi dönemde işyerinde sendika temsilcisi nasıl seçilmiş, bu aslında bugün de güncel olarak ele alınması gereken eski uygulamalar ya da şöyle ifade edeyim, eski bu gibi uygulamaların yeniden değerlendirilmesi gerekir. Çağdaş uluslararası uygulamalar ışığında.

Son olarak, var başka sorular da, gene bu çerçevede ilgili iki ayrı sendikaya üye olmak, meslek sendikacını tanımıyorsun, iki ayrı sendika, bunu bir de Anayasaya koyuyorsun. Anayasaya bunu koymanın zaten hiçbir anlamı yok, göz boyamadan ibaret, bu bir açılım değil ve sistem böyle olunca bunun bir anlamı da yok. Farklı bir meslek sendikacılığı mı kabul ettin? Hayır. Federasyon veya başka türlü bir formülasyonlar mı var? Hayır. Bunun da bir anlamı yok.

Genel olarak şöyle söyleyebilirim bu değerlendirmeler çerçevesinde, aslında eksik söylemişim. Bu reform niteliğinde değil, biz kaybettiğimiz hani derler ya kaba bir tabirdir, insan kaybettiği eşeği bulunca sevinir mi denilir, öyle bir laf vardır, geçmiş dönemde kaybedilmiş eşek bulunmuş bile değil bu taslakla ya da tasarıyla. İyileştirme dediğim şeyler de kendi içinde, kendi mantığı çerçevesinde birtakım iyileştirme, yoksa aslında temel mantık, temel amaç hiçbir şekilde değişmiş değil, bu da bir reform değil.

İKİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Seracettin GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi)

SUNUCU- Bu seneki toplantımızın son oturumunda oturum başkanlığı yapmak üzere Yargıtay 22. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Seracettin Göktaş'ı ve "*Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısına Göre Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıkları*" başlıklı tebliğini sunmak üzere Prof. Dr. Gülsevil Alpagut Hocamızı kürsüye davet ediyoruz.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Değerli katılımcılar, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin ortaklaşa düzenlediği 17. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumunun 4. Oturumunda birlikteyiz. Tabii yemekten sonraki oturumlar genelde en zor oturumlardır, umarım Hocam bu zorluğun üstesinden gelir, buna inanıyorum. Bilindiği gibi 2821 ve 2822 sayılı Yasalar 12 Eylül 1980 askeri müdahalesinden sonra 1982 Anayasasının gölgesi altında ve Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen -gerçi Danışma Meclisi var, ama- bir yasa olduğu çok açık. Tabii çıktığı ortam itibariyle, o şartlar itibariyle böyle bir kanunun sendikal hak ve özgürlükler konusunda yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim bu konulara öyle girdikten sonra gerek ILO tarafından, gerek öğretimimiz tarafından çok şiddetli eleştirilere maruz kalmış yargı da zaman zaman boşlukları doldurmak zorunda kalmıştır. 1983 yılında kabul edilen bu yasa 2008 yılına kadar yanılmıyorsa 11 kez değişikliğe uğramış, 2008'den sonra tabii Anayasanın 2010 yılında değişikliği üzerine sanırım orada da yine birtakım değişiklikler oldu. Bu kadar değişikliğe tabii kanunun diğer maddelerine baktığımızda çok anlamsız hale geldi, kullanılamaz hale geldi. Daha doğrusu bu değişiklikler kendini gösteremez duruma geldi. Çünkü kanunun diğer maddeleri buna imkân vermedi. Şimdi yıllardır ILO tarafından çok eleştiriler bulunmasına rağmen bu noktada bir çalışma yapılmadı, maalesef esaslı bir değişiklik yapılmadı. Tabii burada şunu belirtmek lazım: Belki de hani Mustafa Hocamın belirttiği gibi Anayasadan daha zor bir durum var karşımızda, Anayasayı değiştirmek çok kolay bu yasaya göre, hakikaten bu sosyal tarafların, menfaat çatışmasının en yoğun olduğu alanlardan birisidir. Dolayısıyla uzlaşmak çok zor, bizim temennimiz birer menfaat çatışması olan iki rakip değil,

menfaat ortaklığında buluşan birer sosyal ortak olarak davranmalarıdır. Bir uygulayıcı olarak şahsen ben taraflardan bunu beklerim.

Sözü fazla uzatmak istemiyorum, çünkü çok tartışmalı bir konu. Ben eserlerini çok büyük bir zevkle takip ettiğim değerli hocam İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Gülsevil Alpagut Hanımefendiye *“Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısına Göre Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıkları”*nı bize anlatmak üzere söz veriyorum, buyurun Hocam.

TOPLU İŞ İLİŞKİLERİ YASA TASARISINA GÖRE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ VE TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARI

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Lokavt Kanunu'nda yapılması düşünülen değişiklikler, "Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısı" başlığı altında her iki yasanın hükümlerinin tek bir yasa kapsamında düzenlenmesi şeklinde benimsenmiş ve tasarının 7. ila 11. bölümlerinde toplu iş sözleşmesinin genel esasları, yapılması, uyuşmazlıkların çözümü, Yüksek Hakem Kurulunun Kuruluşu ve Çalışma Esasları ile Grev ve Lokavta yer verilmiştir.

Bilindiği gibi 2822 sayılı Yasa ile ilgili eleştiriler temel olarak toplu iş sözleşmesi düzeyi, yetki koşulları, grev erteleme, grev ve lokavt yasakları ve ceza hükümlerinde yoğunlaşmıştır. ILO normları ile birlikte Avrupa Sosyal Şartı ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve denetim organlarının kararları Türk Hukuku bakımından önemli saptamalar içermekte olup, değişikliklerin itici ve zorlayıcı gücü olarak işlev görmüştür. Özellikle 2008 yılından bu yana Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde sendikal hakların ihlali noktasında ciddi tazminatlarla karşılaşması, 2010 Anayasa değişikliğini zorunlu hale getirmiştir. Dolayısıyla Anayasa değişikliğini takiben yasal düzenlemelerin bir an evvel yürürlüğe girmesi kaçınılmazdır.

Bugün için sendika, toplu sözleşme ve grevi de kapsayan toplu eylem haklarının birbirini tamamladığı kabul edilmekte ve kolektif sosyal hakların varlığından söz edilebilmesinin ancak her üç hakkın birlikte, yeterli etkinlikte tanınmasıyla mümkün olabileceğinde kuşku bulunmamaktadır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı ile kabul edilen ilkeler artık sendikal hakların bir insan hakkı olarak tanınması ve şekillendirilmesi temeline dayalıdır.

Sendikal haklar alanında temel uluslararası düzenlemeler; ILO'nun 87 sayılı "Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme"si, 98 sayılı "Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütteallik Sözleşme"si, Avrupa Konse-

yi'nin düzenlemeleri olan "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi" ile "Avrupa Sosyal Şartı" ve AB tarafından kabul edilen "Avrupa Temel Haklar Şartı"dır. Yine bu uluslararası sözleşmeleri denetleme organları, ILO bünyesinde Uzmanlar Komitesi ve Sendikal Özgürlükler Komitesinin tespitleri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatları, Avrupa Sosyal Şartı bakımından Sosyal Haklar Avrupa Komitesi ve Avrupa Birliği bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı karar ve tespitleri değişikliklerin uluslararası hukuka uyumu ve dolayısıyla yasa tasarısı ile hedeflenen amaca uyum bakımından önem taşımaktadır.

I. Toplu İş Sözleşmesinin Kapsamı, Düzeyi ve Türleri

a. Toplu İş Sözleşmesinin Kapsamı ve Düzeyi

Bilindiği gibi 275 sayılı Kanun döneminde toplu iş sözleşmesi işyeri ve işkolu düzeyinde yapılabilirken, 2822 sayılı Kanunda toplu iş sözleşmesinin sadece işyeri düzeyinde yapılabileceği kabul edilmiştir. Kuşkusuz işyeri düzeyinin benimsenmiş olması sözleşmenin birden fazla işyerini kapsamına engel değildir. Nitekim, 3. maddede bir işverene ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsamak üzere işletme toplu iş sözleşmesi emredici kılınmışken, açıkça terim olarak yer verilmemekle birlikte birden çok işverene ait aynı işkolundaki işyerlerini kapsamak üzere grup toplu iş sözleşmesi yapılabilmesine de olanak tanınmıştır. Grup toplu iş sözleşmesi yoluyla teorik olarak bir işkolundaki tüm işyerlerini içerecek şekilde bir toplu iş sözleşmesi yapılması mümkündür. Ancak anılan sözleşme esasen işyeri düzeyinde bağitlanan bir sözleşmenin fiilen tüm işkolunu kapsamaya niteliğindedir. 2822 sayılı Kanun'da işkolu toplu iş sözleşmesinin kabul edilmemesinin nedeni, 275 sayılı Kanun döneminde yaşanan zorluklardır. Farklı düzeylerde bağitlanmış sözleşmeler arası ilişkiler ve bunların getirdiği sorunlar yasakoyucuyu bu tercihe yöneltmiştir.

Toplu iş sözleşmesinin tek bir düzey, işyeri düzeyi esas alınarak bağitlanabilmesi ILO'nun Türk Mevzuatını eleştiri noktalarından birini oluşturmuştur. ILO'nun raporlarında bir işyeri veya işletmede tek bir sözleşmenin yürürlükte olabileceğine ilişkin anayasal hüküm eleştirilmiş, Türk Hükümetinin uygulamada işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmelerinin mevcut olduğu yönünde görüş bildirdiği belirtilmiştir¹.

¹ ILCCR: Examination of Individual case concerning Convention No 98, Right to Organise and Collective Bargaining, 1949 Turkey (ratification: 1952) Published: 2000

ILO'nun 163 sayılı Tavsiye Kararı'nda toplu iş sözleşmesinin mümkün olan her seviyede işletme, işyeri, işkolu, faaliyet alanı veya ulusal düzeyde yapılabilmesini de içeren ulusal koşullara uygun ve gerekli tedbirlerin alınması gerektiği öngörülmüştür². Uzmanlar Komitesi bir kararında, toplu iş sözleşmesi ehliyetinin federasyon ve konfederasyonlara da tanınması gerektiğini belirttikten sonra, toplu iş sözleşmesinin üst seviyede (sektör, faaliyet alanı) ile sınırlandırılmasının 98 sayılı Sözleşmeyle uyumlu olmadığını, seçimin normal olarak taraflarca yapılması gerektiğini, zira tarafların uygun pazarlık düzeyini en iyi kendilerinin tespit edebileceğini, eğer isterlerse karma bir sistem dahilinde çerçeve anlaşmayı tamamlayan yerel veya işletme bazında sözleşme yapabileceğini vurgulamıştır³.

Örgütlenme Özgürlüğü Komitesine göre; 98 sayılı sözleşmenin 4. maddesinde düzenlenen serbest ve gönüllü toplu pazarlık hakkına göre, pazarlık düzeyinin belirlenmesi tümüyle taraflara aittir. Dolayısıyla pazarlık düzeyi kanun, idari otoritenin kararı veya idari çalışma organının kararlarına bırakılamaz. İşkolu seviyesinde toplu pazarlık hakkının yasa ile sınırlanması sözleşmeye aykırıdır.

Esasen 2010 Anayasa değişikliğiyle "aynı işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz" şeklindeki AY md. 53/4 hükmü yürürlükten kaldırılırken ILO'nun eleştirileri dikkate alınmıştır. Madde gerekçesinde, "**...Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO) Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Müteallik 98 Sayılı Sözleşmesinin 4. maddesinde öngörülen "serbest ve gönüllü toplu pazarlık" ilkesiyle bağdaşmayan 53. maddenin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmaktadır**" ifadeleriyle bu husus vurgulanmıştır.

Anayasa değişikliği sonrası yasal düzenleme ne şekilde ortaya çıkacaktır? Tasarıya bakıldığında toplu iş sözleşmesinin düzeyi olarak işyeri düzeyine yer verildiği ve 34/1. maddede "Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini" kapsayabilir hükmünün getirildiği tespit edilmektedir. Ayrıca ILO'nun eleştirilerini karşılayabilmek amacı-

2 Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fourth edition, Geneva 1996, 97-98, Para.4

3 Freedom of Association and Collective Bargaining, General Survey of the reports on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No.87) and Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (no 98). Report III (Part 4 B), International Labour Conference, 81 st Session, 1994, Geneva, para.249

la “Çerçeve Sözleşme” kavramı kabul edilmiştir.

Çerçeve sözleşme kavramı olarak Alman Hukukunda yer almaktadır. Bu hukuk sisteminde çerçeve sözleşme ücret ve ödeme gruplarının tespit edildiği sözleşmeyi ifade eder. Tasarı’da yer verilen çerçeve sözleşme kavramı ise tamamen farklıdır. Tasarı 33/3 uyarınca çerçeve sözleşmeler; “**Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde bağitlanan ve sadece kendi üyelerini kapsayan; mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilirler**”

Görüldüğü gibi çerçeve sözleşme bir toplu iş sözleşmesi niteliği taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle, klasik anlamda iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümler içermemektedir. Aksine toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünü oluşturan ve sözleşmeye toplu iş sözleşmesi niteliğini kazandıran bu hükümler çerçeve sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmış, çerçeve sözleşme maddede sayılan genel konularla sınırlı tutulmuştur. Öte yandan, prosedür ve zorlayıcılık bakımından da toplu iş sözleşmesinden tamamen farklı bir anlayıştan hareket edilmiştir. Nitekim, md. 33/4 uyarınca “**Çerçeve sözleşmeler taraflardan birinin çağırısı ve karşı tarafın çağıraya olumlu cevap vermesi ile en az bir, en çok üç yıl için isteğe bağlı olarak yapılır, Bakanlar Kurulu çerçeve sözleşmeyi o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan diğer işyerlerine veya bir kısmına teşmil edebilir**”. Bu bağlamda bir tarafın karşı tarafı çerçeve sözleşme yapmaya zorlama imkanı bulunmayıp, ancak iki tarafın arzusu ile bu sözleşme bağitlanabilecektir. Tümöyle tarafların iradesine bırakılmış bu sözleşme bakımından prosedür, yöntem vd. hususlar hakkında da Tasarıda bağlayıcı düzenlemeler getirilmemiştir. Kuşkusuz bu düzenlemenin amaca uygunluğundan, diğer bir ifadeyle ILO’nun eleştirilerini karşıladığından söz edilemeyecektir.

b. Toplu iş sözleşmesinin türleri

Tasarı’da işyeri düzeyi benimsenirken, aynı zamanda sözleşme türü olarak işletme ve grup toplu iş sözleşmelerine de yer verilmiştir. Dolayısıyla, tek bir işyerini kapsayan işyeri toplu iş sözleşmesi yanında işletme ve grup toplu iş sözleşmesi toplu iş sözleşmesinin türlerini oluşturmaktadır. Tasarının 34/2 maddesine göre, “**Bir gerçek ve tüzel kişiye veya**

bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılır. Bu noktada 2822 sKmd. 3/2 hükmünde yer alan “Bir gerçek veya tüzel kişiye veya ***bir kamu kurum ve kuruluşuna ait...***” ifadesindeki kamu kurum ve kuruluşları sözcüğüne Tasarı’da yer verilmemiştir. Dolayısıyla, artık kamu kurum veya kuruluşuna ait farklı tüzel kişiliklere sahip işyerleri aynı işkolunda olsa dahi bunlar için tek bir toplu iş sözleşmesi yapılamayacak, her bir tüzel kişilik bağımsız olarak ele alınacaktır. Buna göre, kamu tüzel kişininin aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunuyorsa bu işyerleri bir işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşturacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere Tasarı’da **grup toplu iş sözleşmesi** açıkça düzenlenmiştir. Tasarı md. 34/3 uyarınca; “**Grup toplu iş sözleşmesi, tarafların anlaşması üzerine bir işçi sendikası ile bir işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerleri ve işletmeleri kapsamak üzere yapılır**”. Esasen 2822 sK’da kavram olarak açıkça yer almamakla birlikte, md. 3. ve 27/son’daki hükümlerden hareketle doktrin ve Yargıtay kararlarında tanınan grup toplu iş sözleşmesine Tasarı’da açıkça yer verilmesi isabetlidir. Mevcut uygulamaya paralel olarak, Tasarı’da grup toplu iş sözleşmesinin tarafı olarak işveren sendikası öngörülmüştür.

c. İşletme toplu iş sözleşmesi niteliğinin saptanması

Tasarı’da, işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından, 2822 sK. md. 3/III hükmü aynı şekilde korunmuştur. Tasarımd. 34/4 uyarınca; “**İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi halinde Yargıtay onbeş gün içinde kesin olarak karar verir.**” Bu noktada, hiçbir şekilde uyulamayan süre belirleme yönteminin Tasarı’da da benimsendiği görülmektedir.

İşletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili değinilmesi gereken önemli bir husus, Tasarının 5. maddesi ile bağlantıdır. Bilindiği gibi yetki aşamasında işkolu itirazı yapılması ve bu durumun bekletici mesele sayılarak 2821 sKmd. 4 uyarınca işkolunun tespitine ilişkin sürecin başlatılması, bu dönemde yetki sürecinin uzamasına neden olmakta ve

kimi hallerde yetkinin alınabilmesi iki yıllık bir süreyi bulmaktaydı. İşkolu itirazının yetki sürecini uzatmasını önlemek amacıyla, Tasarımd. 5/2 hükmünde özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; “*İşyerinde veya işletmede yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesi varsa veya yeni bir toplu sözleşme için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici sebep sayılmaz*”.

Görüldüğü gibi, yetki sürecinde işkolu tespit talebinde bulunulması ve talebe ilişkin dava açılması mümkün olmakla birlikte, bu durum bekletici mesele sayılmayacağından yetki işlemleri yürüyecek ve değişiklik tespiti bir sonraki dönemde geçerli olacaktır. Kuşkusuz esasen işyerinin gerçekte faaliyette bulunduğu işkolunda kurulu bulunmayan bir sendikaya, o dönem için toplu sözleşme yetkisi veren bu hükmün teknik hukuk bakımından isabet derecesi tartışmalıdır. Ancak uygulamada özellikle kötüniyetli olarak sürecin uzatılmasını önleme noktasında amaca uygundur.

İşletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıklar md. 34/4’de düzenlenirken, md. 5/2’de yer alan işkolu tespitine ilişkin hükümlerle bağlantı kurulmamıştır. Bilindiği gibi işletme toplu iş sözleşmesi anlamında işletme; bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak aynı işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerini ifade eder. Dolayısıyla, md. 34/4 uyarınca yapılacak tespitte iki unsura bakılacaktır. Birincisi, aynı işverene ait birden çok işyeri bulunmakta mıdır? İkincisi bu işyerleri aynı işkolunda mıdır? Esasen bu işyerlerinin aynı işkolunda olup olmadığı bir işkolu tespiti niteliğinde olup, yetki itirazı aşamasında mahkemenin bu hususu incelemesi bir anlamda işletme toplu iş sözleşmesi bakımından Tasarımd. 5’in dolanılması niteliği taşıyacaktır. Bu noktada sorun, işletme niteliğinin tespiti yoluyla Bakanlığın tespit yazısında yer alan işyeri veya işyerlerinin veya tespit dışı kalan bir başka işyerinin aynı işkolunda olup olmadığı konusunda yapılacak bir incelemenin, md.5 karşısında bu dönem için geçerli olup olmayacağıdır. Bu tespitin aynı zamanda bu işyerlerinin aynı işkolunda olup olmadığının tespiti anlamında bir işkolu belirlemesi niteliğinde olup, süreci uzatacağı ve bu noktada md. 5’in amacına aykırı olduğu açıktır. Böyle bir tespitin o dönem için geçerli olmayacağına kabulü ise gecikmeyi önlerken, esasen işletme toplu iş sözleşmesi oluşturmaya-
cak işyerlerinin işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında kabul edilmesi

veya tam tersine işyeri toplu iş sözleşmesi yapılması gerekirken, hatalı olarak Bakanlıkça aynı işkolunda değerlendirilmesi nedeniyle işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak kabulü ve bazı durumlarda sendikanın yetki alamaması gibi sonuçlar doğurabilecektir. Tasarı'da her iki düzenleme arasında bağlantı kurulmaması bu konuda ciddi bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir.

2. Tarafların durumunda değişiklik

Tasarımd. 37 uyarınca; *“Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetinin durdurulması, işçi sendikasının yetkiyi kaybetmesi ve toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunun değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez.”*

Görüldüğü gibi esas itibarıyla 2822 sKmd. 8 hükmüne paralel olarak düzenlenen Tasarımd. 37 hükmünde ilave olarak işyerinin girdiği işkolunun değişmesinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği öngörülmüştür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2822 sayılı Yasa döneminde verdiği bir kararda, işkolunun değişmesi halinde toplu iş sözleşmesinin sona ermeyeceğine hükmetmiştir. Oysa 2822 sKmd. 8'de işkolu değişikliği sözleşmeyi sona erdirmeyen haller arasında sayılmadığı gibi, md. 25/IV'de işkolunu değiştiren işçinin sendika üyeliğinin sona ereceği hükmü yer almıştır. Karara konu olayda Yüksek Mahkeme işyerinin kapatılarak işçilerin başka işkolunda bulunan bir işyerine nakli halinde işveren değişikliğinden hareket etmiş ve bu durumun 2822 sK'da düzenlendiğini, 2821 sK'nun 25. maddesinin burada uygulanmayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre bir an için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilse dahi 2822 sayılı Kanunun 6. maddesine göre art etkisi devam edecektir⁴.

Tasarımd. 37'de bu konuda açık hüküm getirilerek işkolu değişikliğinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği öngörülürken, 19/7 hükmünde işkolunu değiştirenin sendika üyeliği kendiliğinden sona erer hükmüne yer verilmiştir. Bu noktada ise, üyeliği sona eren işçinin toplu iş sözleşmesinden nasıl yararlanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Yasakoyucunun amacının toplu iş sözleşmesinin, kapsama dahil işçilere

4 Karar ve değerlendirilmesi için bkz. F. ŞAHLANAN, “İşyerinin Kapatılması ve İşçilerin Başka İşkolunda Bulunan Bir İş Yeri Nakledilmesinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi (karar incelemesi, Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, Mart 2011, İstanbul, 184 vd.)

uygulanmaya devam etmesi olduğu dikkate alındığında, çözüm olarak dayanışma aidatı yoluyla yararlanma akla gelmektedir. Sendikanın kurulu olduğu işkolunda çalışmayan bir işçinin dayanışma aidatı ödemesi sisteme yabancı olmakla birlikte, 37. maddenin amacı bu çözümü desteklemektedir.

3. İşyerinin veya bir bölümünün devri

Tasarımd. 38'e göre;

“ İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bölümü devredildiğinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi olup olmadığına bakılmaksızın, devralınan işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar iş sözleşmesi olarak devam eder”

Toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi olan veya olmayan bir işletmeye katılması veya devir ile birlikte işletme niteliğinin kazanılması durumunda da yukarıdaki hüküm uygulanır.

Toplu iş sözleşmesi olmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi olan bir işyerine dahil olması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer.

Toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümü devredildiğinde devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise, devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. Devralınan işyerinde toplu iş sözleşmesi yok ise yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya veya sözleşmenin süresi sona erinceye kadar toplu iş sözleşmesi devam eder”.

Görüldüğü gibi, Tasarı'da farklı olasılıklar dikkate alınarak hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Öncelikle işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın devralınan işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar **iş sözleşmesi hükmü** olarak devamı kabul edilmiştir. Bu noktada düzenlemenin altında yatan gerekçe, devirle birlikte devralan işverenin toplu iş sözleşmesi bulunan işyeri veya

işyerleri ile bir işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşturacak işyeri veya bir bölümünün devrinde, tüm işyerleri için tek bir işletme toplu iş sözleşmesine ulaşılabilmesidir. 2822 sayılı sayılı Yasa döneminde bu konuda yaşanan sıkıntılar karşısında, Tasarı'da devre konu işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların iş sözleşmesi hükmü olarak devamı kabul edilmiştir. Böylece devre konu işyerinin, devralan işverenin aynı işkolundaki işyeri veya işyerlerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin bitimi ile yetki işlemlerinde birlikte dikkate alınabilmesi imkanı sağlanmıştır.

İşyeri veya bir bölümünün devrinin toplu iş sözleşmesine etkisi AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesinde düzenlenmiş olup, esasen 4857 sayılı Yasanın bilim kurulunca hazırlanan tasarısında bu konuda düzenleme öngörülmüştü⁵. Ancak yasanın 6. maddesi bu hükme yer verilmeksizin kabul edilmişti. Uygulamada tereddüt ve sorunlar yaratan işletme toplu iş sözleşmesine dahil işyeri veya bir bölümünün devri halinde toplu iş sözleşmesinin geçerliliği ve yeni bir toplu iş sözleşmesine ulaşılabilmesi hususunun yasa ile düzenlenmesi kuşkusuz isabetlidir. Ancak düzenlemenin amaca uygun ve esasen AB mevzuatı ile amaçlanan korumayı sağladığından söz etmek mümkün değildir.

AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesi'nde devirle birlikte devralan işverenin, devreden işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerine aynı şartlarla uymakla yükümlü olduğu öngörülmüştür. Amaç, devirle birlikte sözleşmenin devamı ve toplu iş sözleşmesiyle sağlanan hakların korunmasıdır. Uygulamada özellikle işyerinin bir bölümünün devri ile birlikte birçok üye devlette aynı işletme içinde farklı birimlerde farklı toplu iş sözleşmelerinin yürürlük sürdürmesi söz konusu olabilmekte, bu durumda örneğin İspanyol Hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde devralan işverenin işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin daha lehte hükümler içermesi halinde devre konu işyeri işçilerinin de bu hükümlerden yararlanması şeklinde yasal düzenlemelerle çözümlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, AB Yönergesi'ne göre devre konu işyerinde mevcut

5 Tasarı md.6/b ikinci bent uyarınca; "İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyeri devredildiğinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi varsa, bu sözleşme devir alınan işyerinde de uygulanır. Böyle bir sözleşme yoksa, devir alınan işyerinin devrinden önce kapsamına girdiği işletme toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesini düzenleyen hükümleri, o işyerinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar en az bir yıl süre ile iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder ve işçi aleyhine değiştirilemez. Bir yıllık süre geçtikten sonra tarafların anlaşması veya işverenin değişiklik feshi yolu ile iş sözleşmesinde değişiklik yapılabilir".

toplular iş sözleşmesinin devralan işveren tarafından uygulanması sınırsız bir süreyi içermez. Bu süre toplular iş sözleşmesinin sona erme tarihi veya bir başka toplular iş sözleşmesinin yapılmasına kadardır. Üye devletler ayrıca toplular iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların uygulanmasını bir yıl süreyle sınırlayabilirler⁶. Alman hukukunda da işyeri devrinde, toplular iş sözleşmesinin tarafına ve devrin külli halefiyet ya da cüzi halefiyet şeklinde gerçekleşmesi olasılıklarına bağlı olarak toplular iş sözleşmesinin emredici etkisiyle toplular sözleşme olarak veya iş sözleşmesi hükmü olarak devamı devamı öngörülmüştür. Ancak toplular iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesinin içeriği haline geldiği halde, bir yıl dolmadan işçi aleyhine değişiklik yapılamayacağı kabul edilmiştir (§ 613 Abs 1)⁷.

Tasarımda 38 hükmü bu noktada değerlendirildiğinde, iş sözleşmesi hükmü haline gelen çalışma koşullarında İşKmd. 22 hükümlerine uyulmak koşuluyla değişiklik yapılabileceği, dolayısıyla yeterli korumayı içermediği söylenmelidir. Oysa amaç TİS hükümlerinin emredici etkisinin en azından asgari bir süre ile (AB Yönergesi'nde bir yıl) garanti altına alınması olmalıdır. Bu noktada olması gereken hukuk bakımından iki farklı düzenleme akla gelmektedir. Birinci olasılık toplular iş sözleşmesinin yürürlüğünü sürdürmesi ancak yürürlük süresinin devralan işverenin taraf olduğu toplular iş sözleşmesinin süresinin bitimiyle sınırlı olmasıdır. Bu olasılıkta devre konu işyeri ile devralan işverene ait işyerleri için birlikte yetki başvurusunda bulunulabilecektir. İkinci olasılık ise, bu hükümlerin iş sözleşmesi hükmü olarak devamı ancak AB Yönergesi'nde öngörüldüğü üzere en az bir yıl süreyle işçi aleyhine değiştirilememesidir. Devre konu işyerindeki toplular iş sözleşmesinin süresinin bir yıldan fazla olabileceği dikkate alındığında ilk olasılığın amaca daha uygun olduğu kuşkusuzdur.

Maddede ikinci bir olasılık olarak devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplular iş sözleşmesinin bulunmaması dikkate alınmıştır. Bu durumda devralınan işyerinde yürürlükteki toplular iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların, yeni bir toplular iş sözleşmesi yapıncaya kadar **toplular iş sözleşmesi hükmü** olarak devam edeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla emredici etki yeni bir toplular iş sözleşmesi yapıncaya kadar devam edecektir. Düzenlemenin sonucu, yeni bir toplular

6 C.BARNARD, EC Employment Law, 3. Edition, Oxford 2006, 658,659

7 WILLEMSSEN/HOHENSTATT/SCHWEIBERT/SEIBT, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, München 2008, 520 vdb

iş sözleşmesi yapılmadığı sürece çalışma koşullarının değiştirilememesidir. Kısaca yeni bir sözleşme yapılmadığı sürece ucu açık bir süreyle yürürlüğünü sürdüren toplu iş sözleşmesi hükümlerinden söz edilebilecektir.

İşyeri devri toplu iş sözleşmesi ilişkisi bakımından bir diğer olasılık, toplu iş sözleşmesi bulunan veya bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması veya devir ile birlikte işletme niteliğinin kazanılmasıdır. Tasarı'da bu durumda da devralınan işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılincaya kadar iş sözleşmesi olarak devamı öngörülmüştür. Dolayısıyla aynı sakıncalar bu olasılıkta da söz konusu olacaktır.

Tasarı'da öngörülen üçüncü olasılık, toplu iş sözleşmesi olmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi olan işyerine dahil olması durumunda işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girmesidir. Hüküm çeşitli açılardan değerlendirilebilir. Öncelikle devri zorlaştırıcı etkisi açıktır. İşverenlerin daha işyerini devir alır almaz toplu iş sözleşmesi maliyeti ile karşılaşacak olması devir işleminden kaçınmalarını beraberinde getirebilir. Dolayısıyla özellikle zor durumda olan işyerlerinin devrinde ciddi sıkıntılar yaşanabilecektir. Maddeyle bağlantılı olarak akla gelen husus; yasakoyucunun toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyeri devri halinde işyerinin mevcut işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmesini öngörürken, işveren tarafından yeni kurulan aynı işkolundaki işyeri bakımından özel bir düzenleme getirmemiş olmasıdır. Hüküm esneklik ve devri zorlaştırıcı etkisi bakımından eleştiriye açık olmakla birlikte, esasen devirde korunması gereken menfaatin yeni kurulan işyeri bakımından da mevcut olduğu söylenmelidir.

Nihayet son olasılık toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devri durumunda devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi varsa, devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak veya borçların iş sözleşmesi olarak devam etmesi, devralınan işyerinde toplu iş sözleşmesi yok ise yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılincaya veya sözleşmenin süresi sona erinceye kadar toplu iş sözleşmesinin devam etmesidir.

4. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma

Taslağın 39. maddesinde 2822 sKmd. 9 hükmüne paralel olarak toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyelerinin yararlanacağı öngörülmüş (39/1), imza tarihinde taraf sendikaya üye olanların yürürlük, imza tarihinden sonra üye olanların ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasına işverene bildirildiği tarihten itibaren sözleşmeden yararlanacakları hükme bağlanmıştır (39/2).

Bilindiği gibi, 2822 sayılı Kanunda imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona erenlerin durumuna ilişkin hüküm bulunmayıp, Yargıtay kararlarında bu kişilerin sözleşmeden yararlanabilmeleri ancak toplu iş sözleşmesinde bu konuda açık hüküm bulunması şartına bağlanmıştır. Uygulamada toplu iş sözleşmelerinde yararlanmanın iş sözleşmesinin sona erme biçimine bağlı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda, işçinin iş sözleşmesini bildirimli fesihle sona erdirmesi veya iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi genelde yararlanmaya engel durumlar olarak belirlenmektedir. Tasarı'da bu konuda özel hükme yer verilmiştir. Tasarımd. 39/2 uyarınca, **“Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır”**. Hüküm isabetlidir.

Yararlanmaya ilişkin md. 39/3'de ise; dayanışma aidatı ödeme suretiyle yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olduğu, talep tarihinden önceki taleplerin imza tarihi itibarıyla hüküm doğurduğu benimsenerek mevcut uygulama Taslağa aktarılmıştır.

Tasarı'da dayanışma aidatı ile ilgili dikkati çeken değişiklik, aidatın miktarı bakımındandır. Tasarımd. 39/4 uyarınca, **“Dayanışma aidatının miktarı, üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla sendika tüzüğünde belirlenir”**. Üyelik aidatı bakımından 2821 sK'dan farklı olarak Tasarı'da bir üst sınır konulmaması ve 18. maddede aidat miktarının kuruluşların tüzüklerinde belirtilen usul ve esaslara göre genel kurul tarafından belirleneceğinin öngörülmesi, dayanışma aidatı bakımından ise yine üyelik aidatı ile oranlı bir sınırlama getirilmemiş olması sendikaların işleminde özerkliğin korunması noktasında önem taşımakla birlikte, uygulamada mevcut dengenin korunması gerektiği şüphesizdir. Bu noktada, üyelik aidatlarının bir yandan sendikanın faaliyetinin devamı bakımından önemli bir gelir kaynağı teşkil etmesi, diğer yandan sendikal örgütlenme

hakkının kullanılmasını zorlaştıracak boyutta yüksek olmaması gereği dikkate alınmalıdır. Öte yandan dayanışma aidatı miktarının olumsuz sendika özgürlüğünün korunması ve salt toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkının korunması noktasında uyumlu bir şekilde belirlenmesi gerektiği söylenmelidir. Kuşkusuz dayanışma aidatının genel kurul kararıyla üyelik aidatı miktarında belirlenmesi yasal düzenleme uyarınca hukuken geçerlidir.

5. Toplu iş sözleşmesi yetkisi

Bilindiği gibi, ILO tarafından Türk Mevzuatının en çok eleştirildiği noktalardan birini toplu iş sözleşmesi yetkisi oluşturmaktadır. Mevcut ikili baraj kapsamında özellikle % 10 oranının yüksekliği ILO nezdinde sürekli eleştiri konusu olmuştur. Yine, özellikle işyerinde yarıdan fazla çoğunluğu sağlayan sendikanın bulunmaması durumunda mevcut sendikaların işyeri veya işletmede en azından kendi üyeleri için bir toplu sözleşme bağitleme yetkisine sahip olmaları gerektiği belirtilerek bu yönde değişiklik talep edilmiştir⁸.

ILO denetim organlarının toplu sözleşme yetkisi bakımından yaptığı saptamalarda iki kritere dikkat çekilmektedir. Bunlardan ilki, temsil gücü ve ikincisi ise bağımsızlıktır. Çeşitli ülkelerde temsil gücü ve bağımsızlığın sağlanması bakımından farklı kriterlerin kullanıldığı görülmektedir. Kuşkusuz bu kriterler aynı zamanda sendikaların kuruluş esasları ile de bağlantılıdır. İşyeri sendikası şeklindeki örgütlenme modelinin sarı sendikacılığa yatkın oluşu, bu tür sendikal örgütlenme modeli ile bu sendikalara toplu sözleşme yetkisi tanınması bakımından tereddütleri beraberinde getirmiştir. Nitekim Alman Hukukunda işyeri sendikalarının kurulması yasaklanmamakla birlikte, uygulamada yargı içtihatları ile toplu iş sözleşmesi yetkisi sadece işyeri üstü sendikal örgütlere tanınmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Tasarı'da öncelikle ikili baraj korunmuştur. Tasarımd. 41/1 uyarınca; **“Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az binde beşinin üyesi bulunması koşuluyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleş-**

⁸ CEACR: Individual Observation concerning Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) Turkey (ratification: 1952) Published: 2011

mesi yapmaya yetkilidir.” Ancak alt komisyonda değişiklik yapıldığını ve bu kez üçlü barajın getirildiğini görüyoruz. Buna göre toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen sendikanın en az 2000 üyesinin bulunması, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az % 1'nin üyesi bulunması, başvuru tarihinde toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise en az % 40'ının üyesi bulunması gerekmektedir.

Tasarı'da geçici madde öngörülerek % 1 oranının ekonomik ve sosyal konseye üye konfederasyonlara bağlı olmayan işçi sendikaları için 5 yıl süreyle % 3 olarak uygulanacağı, Bakanlar Kurulu'nun % 1'lik bu oranı binde 5 ile yüzde 3 arasında değiştirmeye yetkili olduğu kabul edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, ILO denetim organları çeşitli tarihlerdeki raporlarında, işyerinde yarıdan fazla çoğunluğu sağlayan sendikanın bulunmaması durumunda örgütlü sendikaların en azından kendi üyeleri için toplu sözleşme yapma yetkisine sahip olmaları gerektiğini vurgulamıştır⁹. Kuşkusuz yetki sendikacılığın gelişimi için önemlidir. Bununla birlikte hemen her ülkede yetki için belirli koşulların varlığı aranmakta, sendikanın belirli bir pazarlık gücüne sahip olması istenmektedir. Örneğin Alman Federal Mahkemesi tarafından sosyal güç terimi altında bu husus ifade edilmektedir. Sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek için mali ve sosyal açıdan (üye sayısı itibarıyla) güçlü olması ve bu şekilde pazarlık gücüne sahip olması amaçlanmaktadır. Bu nedenle yetki için belirli kriterlerin kabulünün sağlıklı işleyen bir sistem için mutlaka gerekli olduğu ancak bu kriterlerin uygulanabilir, gerçekçi kriterler olması gerektiği söylenmelidir.

Tasarı'da yer alan geçici madde ise öncelikle AY md. 51/1'e aykırıdır. AY md. 51 sendikaların üst kuruluşlara üye olup olmama yolundaki özgürlüğünü güvence altına almıştır. Öte yandan sendikaların herhangi bir konfederasyona üye olması da yeterli görülmemektedir, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlar işaret edilmiştir. Bu hükmün uluslararası düzenlemeler ve AY md. 51'e aykırılığı yanında eşit davranma ilkesine de aykırı olduğu söylenmelidir.

İşyeri barajı bakımından, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde 2821 sK'da olduğu gibi Tasarı'da yarıdan fazla çoğunluk ön-

9 Reports of the Committee on Freedom of Association, 363 rd Report of the Committee on Freedom of Association, 1129

görülmüş, işletme toplu iş sözleşmesi bakımından oran yüzde kırka düşürülmüştür. Bu düzenlemenin isabetli olduğu söylenmelidir.

Tasarımd. 41/6. uyarınca, Bakanlık yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır. Bu noktada alt komisyonda eklenen bir başka hüküm dikkati çekmektedir. Buna göre sigortalılığın başlangıcıyla sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz. Hüküm işverenin sendikanın yetkisini engellemek amacıyla geç bildirimde bulunması durumunda yararlı iken, kayıt dışı işçinin yetkide dikkate alınamayacak olması noktasında ciddi sakıncalar yaratacaktır. Dolayısıyla tasarının bu açıdan yeniden ele alınması isabetli olacaktır.

6.Yetki İtirazı

Tasarı'da yetki itirazı 2822 sK md.15'e paralel olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda itirazın 6 işgünü içinde yapılabilmesi, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan işçi sendikasının yetki itirazında bulunamaması, maddi hata ve süreye ilişkin itirazların mahkeme tarafından 6 işgünü içinde duruşma yapılmaksızın kesin olarak karara bağlanması, bunların dışındaki itirazlar için duruşma yapılarak karar verilmesi ve karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanması öngörülmüştür.

Bilindiği gibi, 2822 sayılı Kanunda olumlu yetki tespit bildirimine itiraz düzenlenmekle birlikte, tespit bildiriminin olumsuz olması durumuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak genel hükümlere göre itiraz hakkının mevcudiyeti doktrinde kabul edilmiştir. Tasarı md.43/4'de bu konu düzenlenmiş, kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikasının altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabileceği öngörülmüştür.

7.Toplu iş uyuşmazlıklarının Çözümü

Tasarımd. 47/3'de toplu görüşmenin süresi ilk toplantı tarihinden itibaren altmış gün olarak belirlenmiş ve uyuşmazlığın tespiti bakımından çeşitli olasılıklar tespit edilmiştir. Tasarımd. 49 uyarınca "*Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği hal-*

de görüşmeye başlamazsa, toplu görüşme süresi içinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı işgünü içinde görevli makama bildirir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer”.

Görüldüğü gibi 2822 sayılı Yasada 30. günün sonunda anlaşma sağlanamaması halinde taraflardan birinin arabuluculuk talebinde bulunması imkanı Tasarı’da kaldırılmıştır. Altmışınca günden önce arabulucu talebinde bulunma ancak tarafların karşılıklı iradeleri varlığı, yani anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit etmeleri durumunda mümkündür. Öte yandan altmışınca günün sonunda anlaşma sağlanamaması durumunda taraflardan birinin uyuşmazlığı altı işgünü içinde görevli makama bildirmesi öngörülmüştür. Bu bildirim yapılmaması durumunda görevli makamın res’en arabulucu atama yetkisi bulunmamaktadır. Zira, bildirim yapılmazsa işçi sendikasının yetkisi düşecektir. Dolayısıyla, 2822 sKmd. 21/son’da durumu görevli makama bildirilmesi öngörülmekle birlikte, yetkinin düşmesi sonucu bağlanmadığından, görevli makamın 22/3 uyarınca resen arabulucu tayin prosedürünü işletmesi ve mahkemeye başvurması imkanı mevcutken, Tasarı’dagörevli makama yapılmış bildirim bulunmadığı takdirde yetkinin düşeceği ve re’sen işlemde bulunulamayacağı öngörülmüştür. Bu durum esasen sürecin uzamasının önlenmesi noktasında isabetli olarak değerlendirilmelidir.

Tasarı’da arabuluculuk konusunda dikkati çeken bir başka düzenleme; yasal grev sırasında çalışma bakanının arabuluculuğudur. Tasarımd. 50/6 uyarınca; “Kanuni grev kararı alınan bir uyuşmazlıkta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendirebilir”. Kuşkusuz buradaki arabuluculuk Yasanın 50. maddesinde düzenlenen ve grev ve lokavta başvurmadan önce zorunlu olarak geçilen arabuluculuktan farklıdır. Bununla birlikte, Bakanın arabuluculuğu veya Bakanın belirlediği arabuluculuk kurumu, arabulucunun tarafsızlığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

8. Kanuni grev ve lokavt kararının alınması ve uygulamaya konulması

2822 sayılı Kanunda öngörülen kanuni grev ve lokavt kararının alınması ve uygulanmasına ilişkin süreler Tasarı’da değiştirilmiştir. Bilindiği gibi, 2822 sayılı Kanunda uyuşmazlık tutanağının alınmasından itibaren

ilk altı işgünlük sürede grev kararı alınamayacağı, ikinci altı işgünü içinde grev kararı alınmazsa yetki belgesinin hükmünün kalmayacağı kabul edilmişti (27/1 ve 2).

Taslağın 60. maddesi uyarınca; *“Grev kararı 50.maddenin beşinci fıkrasında belirtilen uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içinde altı işgünü önceden karşı tarafı bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir. Bu süre içinde grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi halinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşer”*.

Yasada grev kararının alınabilmesi için 60 günlük sürenin tanınması bu süre içerisinde tarafların anlaşabilmesi olasılığının varlığı karşısında olumlu görünmekteyse de, sürenin uzunluğu karşısında işverenler bakımından belirsizlik getirdiği söylenmelidir. Düzenleme doğrultusunda işçi sendikası uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren uzun bir süre grev kararı almadan süreci yürütebilecek ve 54. günde bildirme kaydıyla grevi uygulayabilecektir.

Lokavt kararının alınması ve uygulanması noktasında da 2822 sayılı Yasadan farklı bir esas benimsenmiştir. Tasarımd. 60/2 uyarınca; *“Uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, grev kararının kendisine tebliğinden itibaren altmış gün içinde lokavt kararı alabilir ve bu süre içerisinde altı işgünü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya koyabilir”*.

Grev kararının tebliğinden itibaren 60 gün içinde lokavt kararı alınabilmesi kuşkusuz süreci uzatacak, işçi sendikasını greve başvurmada daha ihtiyatlı olmaya sevk edecektir.

9. Grev oylaması

Tasarımd. 61'de grev oylaması düzenlenirken bazı noktalarda 2822 sayılı Kanundan farklılıklar öngörülmüştür. Oylama talep hakkı bakımından 2822 sKmd. 35 hükmüne paralel bir düzenlemeyle, grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin talebi gerekli görülmüştür. Talep yazı ile görevli makama yapılacak ve oylama talepten itibaren altı işgünü içinde yapılacaktır (61/1).

Oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanamayacaktır(61/3).

Görüldüğü gibi 2822 sKmd. 35/3 hükmünde grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğunun grevin uygulanmamasına karar vermesi halinde grevin uygulanamayacağı öngörülmüşken, Tasarı'da oylamaya katılan işçilerin salt çoğunluğu yeterli görülmüştür. Dolayısıyla grev ilanından sonra sendikalı işçi sayısının azalması, oylamaya az sayıda işçinin katılması grevin uygulanmaması kararının çıkması olasılığını artıracaktır. Bu noktada düzenlemenin isabetli olmadığı söylenmelidir.

Tasarımd. 61/3 uyarınca *“Oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanmaz. Bu durumda 60 ıncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar anlaşma sağlanamazsa veya işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvuramazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.”* Görüldüğü gibi oylamada greve hayır kararı çıkarsa bu takdirde 60. günün sonuna kadar taraflar anlaşabilecekler veya anlaşma sağlanamazsa işçi sendikası YHK'na başvuracaktır.

10.Grev ve lokavt yasakları

ILO tarafından Türkiye'ye yönelik eleştirilerin önemli bir bölümünü grev ve lokavt yasakları oluşturmaktadır. Kuruluşun 2008 tarihli Raporunda Türkiye'ye ayrılan bölümde, Uzmanlar Komitesi'nin yıllardır 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda öngörülen değişiklik tasarıları hakkında yorumlar getirdiği vurgulanmakta, Türk Hükümetinden belirli konulara ilişkin değişiklik tasarılarının yürürlüğe gireceği kesin bir zaman diliminin bildirilmesi talep edilmektedir. Bu değişiklikler arasında “grev hakkına ilişkin çeşitli sınırlamalar (grev gözcülüğü, dar anlamda esaslı hizmetlerin ötesine geçen yasaklar ve zorunlu tahkim, greve başvuru öncesi aşırı uzun bekleme süresi, tanım olarak bu sözleşmeyle kabul edilemeyecek “yasadışı grev” e katılma için hapis cezasını da içeren ağır yaptırımlar, siyasi amaçlı grev, genel grev ve sempati grevlerinin yasaklanması” da yer almaktadır. Siyasi amaçlı grev, genel grev ve sempati grevleri bakımından Komite, sendikaların üyelerinin menfaatlerini etkileyen konularda eylem yapma imkanının tanınması ve yine desteklenen grevin yasal olması kaydıyla sempati eylemlerine izin verilmesi gerektiği vurgulanarak, Hükümetten bu konuda gerekli tedbirlerin alınması talep edilmiştir.

Komitenin grev hakkına ilişkin Türkiye'ye yönelik değerlendirmelerin-

de; grev yasaklarına ilişkin 2822 sK md.29, 30 ve yasak halinde zorunlu tahkimi düzenleyen 32. maddeler de açıkça eleştirilerek grevin dar anlamda esaslı olarak kabul edilemeyecek birçok alanda genel olarak yasaklanması yerine bu alanlarda bir asgari hizmet tesisinin hem işçi hem de kamu yararını tatmin edebileceği vurgulanmıştır. Bunun gibi, yasadışı greve katılma halinde hapis cezası da dahil olmak üzere ağır yaptırımların öngörüldüğü (2822 sKmd. 70,71,72, 73,77 ve 79) oysa bu eylemlerin bir kısmının yasaklanmasının örgütlenme özgürlüğü ilkelerine de aykırı olduğu belirtilmiştir.

ILO'nun denetim organları grevin yasaklanabileceği işler için “esaslı hizmetler” kavramını geliştirmiştir. Uzmanlar Komitesi'ne göre kesintisi **yaşamı, kişisel güvenliği, nüfusun tümü veya bir kısmının sağlığını** tehlikeye sokacak hizmetler esaslı hizmetlerdir¹⁰. Belirtmek gerekir ki, Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'de aynı tanıımı benimsemiştir. Buna göre; esaslı hizmetlerle neyin ifade edildiği geniş ölçüde bir ülkedeki özel koşullara bağlıdır. Esaslı olmayan bir hizmet, grevin belirli bir süreyi aşması, belirli bir kapsamın ötesine çıkması ve böylece yaşamı, kişisel güvenliği veya nüfusun tümü veya bir bölümünün sağlığını tehlikeye sokması halinde esaslı hale gelebilir¹¹.

Sendikal Özgürlükler Komitesi, esaslı hizmetleri dar anlamda yorumlamakta bunları; hastaneler, elektrik hizmetleri, su tedarik hizmetleri, telefon hizmetleri, hava trafik kontrolörleri ile sınırlamaktadır¹². Komite'ye göre; şunlar dar anlamda esaslı hizmet niteliği taşımaz ve grevin yasaklanması uygun değildir: radyo ve televizyon, **petrol sektörü**, limanlar (yükleme, boşaltma) **bankacılık**, vergilerin toplanması için bilgisayar hizmeti, mağazalar, eğlence parkları, metal işkolu madencilik iş kolu, genel taşımacılık, soğutma işletmeleri, otel hizmetleri, yapı, otomobil döşeme hava taşıtları onarımı, tarımsal faaliyetler, gıda maddeleri tedarik ve pazarlama, hükümetin basım hizmetleri, devletin alkol, tuz ve tütün tekeli, eğitim sektörü, **şehiriçi taşımacılık**, posta hizmetleri, darphane.

ILO denetim organları tarafından “esaslı hizmetler” yanında hakkın sınırlandırılması noktasında “asgari hizmetler” kavramı da kullanılmaktadır. Esaslı hizmetler yukarıda belirtildiği gibi, kamu yararı nedeniyle grevin

10 Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey by the Committee of Experts on the Application of the Conventions on Freedom of Association, 69 th Session 1983, Geneva

11 ILO, 1996, para.541

12 ILO, 1996, para.544

yasaklanabileceği veya sınırlanabileceği halleri ifade ederken, asgari hizmetler kavramı grev sırasında işçilerin grev hakkını engellemeksizin sağlanması gerekli asgari hizmetlerdir. Dolayısıyla esaslı hizmetlerde sıkı bir yasaklama bulunurken, asgari hizmetlerde asgari düzeyde çalışma ile grev hakkının korunması sözkonusudur¹³.

ILO'nun bu eleştirilerine paralel olarak 2010 Anayasa değişikliğinde, öncelikle Anayasanın 54. maddesinin 7. fıkrasında yer alan “siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılmaz” hükmü kaldırılmıştır.

Bu çerçevede uluslararası literatürde “toplu eylem hakkı” olarak geçen grev ve toplu direnişler bakımından Anayasa'nın 54. maddesindeki yasakların kaldırılması uluslararası zorunlulukların sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Grev yasakları ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gereken ilk husus; Tasarının 62. maddesinde getirilen yasakların ILO normlarıyla uyumlu olup olmadığıdır. Bu konuda, bankacılık hizmetlerinde grev ve lokavtın tümüyle yasaklanmış olması yanında, şehir içi toplu taşıma hizmetleri ve petrol üretim, tasfiyesi ve dağıtımının tümüyle yasak kapsamına alınmasının ILO normları ile uyumlu olmadığı söylenebilecektir. Bununla birlikte belirtilen alanların gerek yaşam gerekse ekonomi açısından son derece önemli olduğu da kuşkusuzdur. Son günlerdeki gelişmeler havacılık hizmetlerinin grev yasağı kapsamına alınması yönündedir. Bu yönde bir düzenleme ILO normlarına aykırıdır. ILO sadece hava trafik kontrolörlerinin işlerini esaslı hizmetler niteliğinde kabul etmektedir. Nitekim Kore Cumhuriyetinde bu konuda getirilen yasak ILO tarafından eleştirilmiştir. Kaldı ki havacılık hizmetleri, teknik hizmetlerin verildiği onarım birimlerini de kapsamaktadır. Oysa hava taşıma gibi, onarım hizmetleri de ILO tarafından esaslı hizmetler dahilinde değerlendirilmemektedir.

Ele alınması gereken ikinci husus; siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişlerin yasal eylemler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yasal grev tanımında bir değişiklik bulunmamaktadır. Tasarımda 58/2 uyarınca **“Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması**

13 GB304_6_(2009-03.0211-1)-En.doc

halinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak ve geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir”.

Yasada grev tanımında bir değişiklik getirilmediği, yasal grevin toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin ekonomik ve sosyal menfaatleri ile çalışma koşullarını korumak ve geliştirmek amacıyla özgünlendiği dikkate alındığında, bu sınırlı kapsam dışında kalan eylemlerin öncelikle yasal grev olarak kabul edilemeyeceği söylenmelidir. Bununla birlikte, uluslararası literatürde **“topluy eylem” hakkı** kapsamında grev yanında benzeri eylemler de tanınır, bunların tümüyle yasaklanması uluslararası düzenlemelere aykırı kabul edildiğinden, yasal grevin amaç ve zaman unsurunu içermeyen her türlü eylemin yasadışı olduğundan söz etmek isabetli olmayacaktır. Bu noktada ILO ve Avrupa Birliği Mevzuatına uyum iddiasıyla yapılan değişikliklerin değerlendirilmesinde, uluslararası mevzuattaki esasların göz önünde tutulması kaçınılmaz bir gereklilik oluşturur. Nitekim Anayasa'nın 54. maddesinde yapılan değişiklik gerekçesinde; **“maddeyle, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile çağdaş demokratik toplumlarda çalışma hayatını düzenleyen ve genel kabul gören evrensel ilkelerle bağdaşmayan, grev ve lokavt hakkına gereksiz sınırlamalar getiren, 54 üncü maddenin üçüncü ve yedinci fıkraları yürürlükten kaldırılmaktadır. Söz konusu hükümlerin kaldırılmasıyla, sendikal haklar ile grev ve lokavt hakkının kullanılabilmesi bakımından, ileri bir adım atılmış olmaktadır”** ifadesi yer almaktadır.

Yasal grev dışında kalan eylemler tümüyle yasadışı eylem olarak nitelendirilemeyeceği gibi, bunların sınırsız bir alanda geçerli, meşru eylemler olarak kabulü de kuşkusuz mümkün değildir. Bu noktada Uluslararası mevzuatın çizdiği sınır; ILO denetim organının tespitleri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İHAM kararları, Avrupa Sosyal Şartı dikkate alınmalıdır.

a. ILO Normları

ILO'nun 44, 92, 102, 105 sayılı Sözleşmelerinde toplu iş uyuşmazlıklarına atıfta bulunulmakla birlikte, 87 ve 98 sayılı sözleşmelerinde greve ilişkin hükümler yer almaz. Ancak ILO'nun denetim organları önüne gelen meselelerle ilgili olarak yaptıkları değerlendirmelerde, grev hakkının örgütlenme hakkının doğal sonucu ve işçilerle işçi örgütlerinin temel hakkı olduğunu kabul etmiştir.

ILO'ya göre; grev hakkının amacı ve içeriği bakımından örgütlenme hakkı belirleyicidir. Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'ne göre; 87 sayılı Sözleşme'nin 10. maddesi sendika hakkını **çalışanların kendi mesleki menfaatlerini korumak ve geliştirmek için örgütler kurması** olarak düzenlemiş ve 3. maddede örgütlerin bu amaçla tüzük ve iç yönetmelikleri ile faaliyetlerini düzenlemesine imkan tanımıştır. Faaliyetler sendikaların işverenlerle müzakerelere girişme ve üyelerinin mesleki menfaatlerini etkileyen konularda görüş açıklamasını da içerir. Dolayısıyla grev hakkı, işçilerin ekonomik ve sosyal menfaatlerinin korunması için meşru bir vasıta olarak işçilerin ve işçi örgütlerinin ortak ve en önemli faaliyetlerinden birini oluşturur¹⁴.

Grev hakkı sınırsız değildir. Uzmanlar Komitesi ve Örgütlenmesi Özgürlüğü Komitesinin tespitleri grev hakkının kanunla getirilen makul sınırlamalar çerçevesinde kullanılabilmesi yolundadır. Greve ilişkin temel ilke "esas olarak" işçilerin menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesidir. Dolayısıyla, grev hakkından istisna tutulacak işçi kategorilerinin belirlenmesinde dar kriterler uygulanmalı ve sınırlamalarda aşırıktan kaçınılmalıdır. Grev hakkının işçilerin menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesine yönelik olması, hakkın amacını ortaya koymaktadır. Sözleşme ile getirilen güvence hakkın amacıyla örtüşür. Diğer bir ifadeyle hak, ancak sözleşmede öngörülen bu amacın izlenmesi amacıyla kullanıldığında korunur.

Grevin amacı bu şekilde ortaya konulduğunda, **ilgili işçi topluluğunu doğrudan ilgilendiren, etkileyen taleplere yönelik grevlerle, böyle bir bağlantının ortaya konulmadığı grevler arasında bir ayırım yapılması zorunludur.** Özellikle **politik grevle dayanışma grevleri** bakımından bu nokta önem taşımaktadır.

ILO'nun denetim organlarına göre; grev hakkı yalnızca toplu iş sözleşmesinin imzalanması ile çözülebilecek endüstriyel uyuşmazlıklarla sınırlı değildir. İşçilerin grev hakkı vasıtasıyla korudukları mesleki ve ekonomik menfaatler sadece daha iyi çalışma koşulları veya mesleki nitelikteki toplu taleplere ilişkin değildir. Ayrıca **işçileri doğrudan ilgilendiren ekonomik ve sosyal politika sorunları ve işletmenin karşılaştığı problemlere ilişkin çözümleri de içerir.** Bu bağlamda örgütler, üyelerinin ve genel olarak işçilerin menfaatlerine doğrudan etkisi bulunan temel ekonomik politikalarından kaynaklanan problemlere karşı çö-

¹⁴ J.HODGES-AEBERHARD/A.ODERÓ DE DIOS, Principles of the Committee on Freedom of Association concerning strikes, International Labour Review, Vol. 126, No.5, 1987

züm noktasında destek için grevi kullanabilmelidir¹⁵. Ancak, hükümetlerin ekonomik ve sosyal politikalarını etkileme amacıyla başvurulabilecek bu eylemler, temelde bir protestonun ortaya konulması şeklinde olmalı ve barışı bozma amacı gütmemelidir. Hükümetin ekonomik politikasının sosyal ve istihdama ilişkin sonuçlarını protesto eden ulusal grevin yasal olmadığına ilişkin açıklama ve grevin yasaklanması, örgütlenme özgürlüğünün ciddi ihlali niteliğindedir¹⁶. Saf politik nitelikteki grevler örgütlenme özgürlüğü alanına girmezler. Zira bunlarda ekonomik ve sosyal menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi amacı bulunmaz¹⁷.

Komite'ye göre; talepler hem mesleki ve sendikal nitelik taşıyıp aynı zamanda politik nitelik de içerebilir. Bu durumda grevin meşruiyetini belirlerken, mesleki ve sendikal taleplerin işçilerin çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacından bağımsız olarak salt politik amaçları gizleyen bir araç olarak kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmelidir.

Dayanışma grevleri bakımından, ILO denetim organları bu tür grevlerin genel olarak yasaklanmasının kötüye kullanmaya sebebiyet verebileceğini belirtmiştir. Aynı değerlendirme sempati grevi için de geçerli olup, bu tür eylemlerin meşruiyeti, desteklenen grevin yasal olması şartına bağlıdır. Aletlerin bırakılması, işi yavaşlatma, oturma, aşırı kurallı çalışma gibi eylemler barışçıl şekilde gerçekleştirildiği sürece korunmalıdır. Bu tür eylemler ancak barışçıl olma niteliğini kaybettiği takdirde kısıtlanabilir¹⁸. Komiteye göre; asgari ücrette artış, toplu iş sözleşmesine uyulması ve fiyatların düşürülmesi ile işsizliğin azaltılması konulu ekonomik politikadaki değişiklik amacıyla uygulanan 24 saatlik genel grev meşru, sendikaların normal faaliyet alanında yer alan eylemler niteliğindedir¹⁹.

b. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa Sosyal Şartı 1961 tarihli olup, birinci bölümün

5. maddesinde “Tüm işçiler ve işverenler, kendi ekonomik ve sosyal

15 Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fourth Revised Edition, Geneva 1996, 479 vd.

16 Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fourth Revised Edition, 493

17 B.GERNIGON/A.ODERO/H.GUIDO, ILO Principles Concerning the Right to Strike, International Labour Review, Vol. 137 (1998) No.4, 445

18 GERNIGON/ODERO/HGUIDO, 444 vd.

19 Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fourth Revised Edition, 494

çıkarlarını korumak için, ulusal ya da uluslar arası kuruluşlar düzeyinde örgütlenme hakkına sahiptir.”

6. maddesinde *“Tüm işçiler ve işverenler toplu pazarlık hakkına sahiptir”* hükümlerini içerir. Bu bağlamda ilk bölümde işçi ve işverenlerin hakları açıkça tanınmıştır.

Şartın II. Bölümünde bu hakların kullanımı için sözleşmeci tarafların yükümlülükleri düzenlenmiştir. Konumuzla ilgili “Toplu Pazarlık Hakkı” başlıkla 6. maddeye göre; *“Sözleşmeci taraflar toplu pazarlık hakkının etkin biçimde kullanılmasını temin etmek amacıyla;*

1. işçiler ve işverenler arasında ortak/(birlikte) görüşmeler yapılmasını geliştirmeyi;

2. gerekli ve uygun olan hallerde, toplu sözleşmeler yoluyla çalışma süresi ve koşullarını düzenlemek amacıyla, işverenler ya da işveren örgütleri ile işçi örgütleri arasında isteğe bağlı görüşmeler yapılması mekanizmasını geliştirmeyi,

3. iş uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturmak üzere, uzlaştırma ve isteğe bağlı tahkim/hakemlik için uygun nitelikteki bir mekanizmanın kurulmasını ve işletilmesini geliştirmeyi üstlenirler ve

*4. **menfaat uyuşmazlıkları halinde**, işçilerin ve işverenlerin, daha önce yürürlüğe giren toplu sözleşmelerden ortaya çıkmış olabilecek yükümlülükler saklı kalarak, grev hakkı dahil, toplu eylemde bulunma hakkını tanırlar.*

Belirtmek gerekir ki, ASŞ md. 6/4’de grev de dahil olmak üzere toplu eylem hakkı dar bir kapsamda düzenlenmekle birlikte, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi maddeyi geniş yorumlamaktadır. Toplu iş sözleşmesi prosedürü dışında, işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin bildirildiği veya feshin planlandığı dönemde bir grup işçinin bunu önleme veya işten çıkarılanların geri alınması için yaptıkları eylemler Komite tarafından bu kapsamda değerlendirilmiştir. Komiteye göre toplu sözleşme dışında kalan ve bir ortak çıkarı ilgilendiren sorunun çözümüne yönelik işçi topluluğu (hukuki veya de facto topluluk) ile işveren arasındaki herhangi bir müzakere de, niteliğine bakılmaksızın 6. madde anlamında toplu pazarlık ifade eder. Grev tüm işçiler için uygulanabilir bir bireysel hak niteliğindedir.

Türkiye ASS'na imzaya açıldığı 18.10.1961 tarihinde imza koymuştur. 16.06.1989 tarih ve 3581 sayılı "Avrupa Sosyal Şartı'nın Onaylanması'nın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" çıkarılmıştır. Ancak Türkiye Şartın tümünü onaylamamıştır. Onaylanmayan maddeler arasında "Örgütlenme Hakkı"na ilişkin 5. ve "Toplu Pazarlık Hakkı" na ilişkin 6. madde de yer almaktadır.

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 03.05.1996 tarihinde imza ve onaya açılan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 01.07.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Gözden Geçirilmiş Şartı 06.10.2004 tarihinde imzalamış ve onaylamak üzere 27.09.2006 tarih ve 5547 sayılı Kanunu çıkarmıştır. ASS Türkiye bakımından 01.8.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak "Örgütlenme Hakkı" ve "Toplu Pazarlık Hakkı" na ilişkin maddeler yine onaylanmamıştır. Konumuza ilişkin 6. madde 1961 tarihli Sosyal Şartın 6. maddesiyle aynı şekilde düzenlenmiştir.

Türkiye Sosyal Şartın ilgili maddelerini onaylamamakla birlikte, özellikle İHAM'nin 2008 tarihli kararı tüm uluslararası düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi ve Türkiye aleyhine hüküm oluşturulan kararda Türkiye'nin onaylamadığı ASS md.6 hükmüne yer verilmesi bakımından önemlidir. Aşağıda İHAS ve İHAM ile ilgili açıklamalarda bu konu üzerinde durulacaktır.

c.İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılan "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi" 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS'ni 04.11.1950 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin 11. maddesi "Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü" başlığını taşımaktadır. Madde uyarınca;

"1. Her kişi, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü ve menfaatlerini korumak için sendikalar kurmak ve sendikalara girmek hakkı dahil olmak üzere başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.

2.Bu hakların kullanımına, ulusal güvenlik ya da kamu emniyeti yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasa tarafından öngörülen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlardan başka hiçbir kayıtlama getirilmeyecektir.

Bu madde bu hakların silahlı kuvvetler, polis örgütü ya da Devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına yasaya/(hukuka) uygun kayıtlamalar getirilmesini engellemeyecektir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine hüküm oluşturulan kararları grev hakkının değerlendirilmesindeki görüş değişikliğinin ortaya koyması bakımından son derece önemlidir. AHİM'in 70'li yıllardaki kararlarında²⁰ 11. maddenin Avrupa Konseyi üyesi devletlere sadece sendikaların üyelerini temsil etmeye imkan veren bir yapı oluşturma borcu yüklediği, bunun nasıl gerçekleştirileceği konusunda özel bir yol içermediği benimsenmiştir. Buna göre sözleşme, sendika üyelerinin sendikal faaliyet yoluyla mesleki çıkarlarını koruma serbestisini güvence. Üye devletler bunun korunması ve geliştirilmesi ile yükümlüdür. 11. madde sendikaların üyelerinin menfaatlerinin korunması için dinlenilmesi (dikkate alınması) hakkını içerir. Ancak sözleşme, üye devletlere bunun nasıl gerçekleştirileceği konusunda bir seçim serbestisi tanır ki, toplu sözleşme de bunun yollarından biridir. Üye devlette sendikaların üyelerinin korunması için özel bir mekanizmanın yokluğu, başka yollar mevcut olduğu sürece md. 11'e aykırı değildir. Esasen Yüksek Mahkemenin bu yorumu kısmen 1961 tarihli ASŞ'ne dayanır. Devletlerin hangi maddenin hangi paragrafını onaylayacaklarını serbestçe belirleyebildikleri yapı içinde, madem ki bir devlet sendika hakkı ile ilgili yükümlülükleri içeren hükümleri dışlayabilmektedir, artık 11. maddenin bu noktada kesin yollar içerdiğinden söz edilemeyecektir²¹.

İHAM Türkiye'ye ilişkin Demir Baykara ve Enerji Yapı Yol-Sen kararlarında²² ise toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkın md.11'in doğal bir unsuru olmadığına ilişkin görüşünü yeniden değerlendirme ihtiyacı hissetmiştir. Bu bağlamda yaşayan belge anlayışından hareketle uluslararası ve ulusal yasal sistemlerdeki gelişmeleri dikkate almıştır. AHİM kararda ILO'nun 98 ve 151 sayılı sözleşmelerine, Avrupa Konseyi'nin 1961 tarihli Sosyal Şartına (md. 6(4)), 2000 tarihli AB temel haklar şartına (md. 28) ve Avrupa Devletleri uygulamalarına atıf yapmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre; işçinin, işveren ile toplu pazarlık hakkı, kendi menfaatlerini korumak için sendika kurması ve sendikaya katılması haklarının

20 Swedish Engine Drivers Unuon v Sweden (1976) 1 EHRR 617; National Union of Belgian Police v Belgium (1975) 1 EHRR 578.

21 EWING/HENDY QC, 3

22 Demir-Baykara v. Turkey (34503/97) ECHR 2008-11-12, Enerji Yapı Yol Sen v. Turkey (68959/01) ECHR 2009-07-30

esaslı unsuru haline gelmiştir. Madde 11 uyarınca üye devletler kendi sistemlerini oluşturmada serbest iseler de, bu sistemler ILO sözleşmeleri ve ASŞ ile uyumlu olmalıdır. Danilenkov kararı²³ ile de desteklenen bu yeni açılım kapsamında Mahkeme, Sözleşmenin 11. maddesinin toplu sözleşme hakkını içerdiği gibi aynı zamanda toplum eylem hakkını da içerdiği sonucuna varmıştır.

Türkiye aleyhine hüküm oluşturulan bu kararda Türkiye'nin istisna tuttuğu Avrupa Sosyal Şartının toplu pazarlık hakkına ilişkin 6. maddesi hükmüne dayanılmış, Türkiye'nin bağlı olmadığı sözleşme hükmü dolaylı olarak uygulanmıştır. İHAM'a göre; devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilen bir dizi kural ve ilkelerin, Avrupa Devletlerinin ortak uluslararası veya ulusal standartları halen gelmesi, Mahkeme tarafından dikkatten kaçırılmaması gereken bir realitedir. Bu yorum çerçevesinde; uluslararası hukuk normlarında ortak temele sahip sözleşme hükümleri yorumlanırken, ilgili devlet tarafından konuya ilişkin tüm sözleşmelerin imzalanıp imzalanmadığı veya onaylanıp onaylanmadığı arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Mahkeme için ilgili uluslararası vasıtaların, uluslararası hukuk veya Avrupa Konseyi'nin üyesi devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde sürekli bir gelişime işaret etmesi, belirli bir alanda modern toplumlardaki ortak temelleri ifade etmesi yeterlidir. Belirtmek gerekir ki, karar salt kamu görevlileri sendikaları ile ilgili olmakla birlikte, sendikal haklar bakımından işçi-kamu görevlisi ayrımı yapılmaksızın tüm belgeleri birlikte değerlendirerek hakkın içeriğinin doldurulması noktasında önem taşımaktadır.

2009 tarihli Enerji Yapı-Yol Sen davasında kamu görevlilerinin bir günlük işi bırakma ve iş yavaşlatma eyleminin durdurulacağına ilişkin 13 Nisan 1996 tarihli genelge ve bu nedenle eyleme katılan ve basın açıklamasında bulunan işçilere verilen disiplin cezası İHAS md. 11'e aykırı bulunmuştur. Mahkemeye göre; sözleşme uyarınca sendikalara kendi üyelerinin menfaatlerini koruma hakkı tanınması gerekir. Grev eylemi sendikaların üyelerinin menfaatlerini koruma noktasında seslerini duyurabilmesi için önemli bir vasıta oluşturur. Kararda ILO ve ASŞ hükümlerine de yer verilmiş, Mahkeme'nin ILO denetim organlarınınca kabul edilen grev hakkının örgütlenme hakkının ayrılmaz parçası olduğuna ilişkin görüşü benimsediği belirtilmiştir.

23 Danilenkovandothers v. Russia (733/01) ECHR 2009-07-30

Karaçay kararında; KESK üyesi olan Karaçay, kamu görevlilerinin ücretleri ile ilgili olarak 2002 yılında İstanbul'da yapılan bir gösteriye katılmış ve bir günlük uyarı cezası almıştır. İHAM bu durumun örgütlenme hakkına aykırı olduğuna, bu tip bir müdahalenin ancak yasayla öngörülmüş olması, ulusal güvenlik ya da kamu güvenliği, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, sağlığın yada ahlakın korunması yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için öngörülmesi ve bu amaçlara ulaşmak için demokratik bir toplumda zorunlu olması şartı ile kabul edilebileceğine hükmetmiştir. İHAM kararı verirken Konsey belgesi olarak ASŞ'ni uygulamak konumundadır. ASŞ, toplu pazarlık hakkının etkin kullanımının sağlanması amacıyla toplu menfaat uyuşmazlıklarında greve imkan verir ancak bunun mutlaka bir toplu iş sözleşmesinin yapılmasına bağlanması gerektiğini kabul eder. İHAM da bu kararda hem ILO ilkeleri doğrultusunda karar verirken, geniş bir yorumda bulunarak toplu sözleşme prosedürü ile bağlantılı olmayan bir eylemi İHAS md.11'in içeriğine dahil kabul etmiştir.

Belirtmek gerekir ki, İHAM kararları memur sendikalarına ilişkin olmakla birlikte, sadece İHAS ve ASŞ'nı dikkate almayıp, aynı zamanda ILO normlarını dayanak olarak kabul etmesi, ASŞ'nin 6. maddesinin Türkiye tarafından onaylanmamış olmasının önem taşımaması, bu konuda Avrupa'nın ortak değerlerinden söz etmesi noktasında önemlidir. Bu noktada, salt kısa süreli protesto eylemleri niteliğinde, saf politik amaç gütmeyen ve ölçülülük ilkesi dahilinde eylemlerin Türk Hukuku bakımından Anayasa'daki değişiklik ve Anayasanın 90. maddesi dikkate alındığında demokratik bir hakkın kullanımı niteliğinde yasal eylemler niteliğinde değerlendirilmesi gerekir.

11. Grev ve Lokavtın Ertelemesi

Bilindiği gibi, grev ve lokavt ertelemesine ilişkin 2822 sK'da öngörülen sistemin esasen bir grev yasağına dönüştüğü, 60 günlük erteleme süresinin bitiminde grev imkanının tanınmadığı öteden beri eleştiri konusu olmuştur. Bunun yanı sıra, ILO 2009 tarihli raporunda ertelemeyi tarafların güvenini kazanmış **bir bağımsız organın** gerçekleştirebileceğini, hükümetin bu konuda gerekli değişiklikleri yapması gerektiğini belirtmiştir. Raporda, Türk Hükümetinin bu konuda mevcut Tasarı'da gerekli düzenlemenin öngörüldüğü ve erteleme kararından önce üçlü yapıya sahip Yüksek Hakem Kurulundan tavsiye niteliğinde görüş alınacağını

belirttiği yer almıştır²⁴. Ancak Tasarı'da erteleme kararı yine Bakanlar Kuruluna bırakılmış olup, bu konuda bir değişiklik getirilmemiştir. Dolayısıyla ILO eleştirilerinin karşılanmadığı söylenmelidir.

12. Grevi uygulayan sendikanın üye kaybettiğinin tespiti ile grevin sona ermesi

TİSGLK md. 51/son uyarınca; "Grevi uygulayan sendikanın, bu grevin uygulandığı işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için 15 inci maddeye göre yetkili mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ermesi için birinci fıkradaki usul uyarınca ilan edilir".

Hükmün uygulanmasında tartışma konusu hangi andaki üye sayısının dikkate alınacağı noktasında olmuştur. Yargıtayın 15.09.2009 tarihli bir kararında²⁵ üye işçilerin dörtte üçünün sendikadan ayrılmasının yanında aynı zamanda üyelikten ayrılmanın grevi etkisiz kılması aranmıştır. Kararda, hangi tarihlerdeki işçi sayısının aranacağı konusunda da saptamada bulunulmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre; öncelikle grevin işyerlerinde ilan edildiği tarihteki işyerinde çalışan üye sayısı tespit edilmeli, ardından grevin sona erdirildiği tarihe kadar üyelerin dörtte üçünün ayrılıp ayrılmadığı belirlenmelidir. Doktrinde ise, yetki tespitindeki sayının dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür²⁶

Tasarının 75. maddesinde durum açıklığa kavuşturulmuştur. Tasarı md. 75/6 uyarınca; "Grevi uygulayan sendikanın, **yetki tespiti tarihindeki** üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği ikinci fıkradaki usule göre ilan edilir".

13. Grev Süresince Başka İşte Çalışma Yasası ve Konut Hakları

Tasarımd. 68/3 uyarınca "Kanuni bir grev ve lokavt dolayısıyla iş sözleşmeleri askıda kalan işçiler, grev veya lokavt süresince başka bir işverenin yanında çalışamaz. Aksi halde işçinin iş sözleşmesi işverence

24 CEACR: Individual Direct Request concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (no: 87) Turkey (ratification: 1993) Submitted: 2009

25 33838/27396 ve kararın F Şahlanan tarafından incelenmesi için bkz. Karar İncelemeleri, 308 vd.

26 Ö.EKMEKÇİ, Yasal Grevin Üye Kaybı Nedeniyle Mahkemece Sona Erdirilmesinin Koşulları ve Bunun Yetki Belgesine Etkisi, Legal YKİ Dergisi, Aralık 2006, 239, ŞAHLANAN 313

haklı nedenle feshedilebilir. Ancak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, kanuni haftalık çalışma süresini tamamlayacak süreyi aşmamak üzere başka bir işverenin işyerinde çalışabilir”.

Görüldüğü gibi, 2822 sK md.43'de işçilerin başka iş tutamayacağından söz edilirken, Tasarı'dabaşka bir işverenin yanında çalışma engellenmiş, işçinin bağımsız çalışması mümkün kılınmıştır. Maddede öngörülen çalışma yasağının rekabet gerekçesiyle getirilmediği, işçinin gelir kaynağından yoksun kalması amacı taşıdığı dikkate alındığında, bağımsız çalışmaya imkan verme bizzat grevin özü ile çelişmektedir. Bu noktada değişiklik isabetli değildir.

Tasarı'da 2822 sayılı Yasadan farklılık arzeden bir başka düzenleme grev ve lokavtın işçilerin konut haklarına etkisi konusundadır. Tasarımd. 69 uyarınca; “İşveren, kanuni bir grev veya lokavt süresince greve katılan veya lokavta uğrayan işçilerin oturdukları ve kendisi tarafından sağlanmış olan konutlardan çıkmalarını isteyemez”. Bu düzenlemeyle 2822 sKmd. 44'de 90 gün süreyle sınırlanmış olan konut hakkı, isabetli olarak grev ve lokavt süresi boyunca korunmuştur.

14. Grev katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu davranışları nedeniyle uğranılan zararın tazmini

2010 Anayasa değişikliğiyle Anayasanın 54. maddesinde yer alan “Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendika sorumludur” hükmünün kaldırılmasına paralel olarak Tasarı'da bu yönde bir hükme yer verilmemiştir.

15. Afiş, pankart vb. ile kulübe, baraka gibi barınma vasıtaları yasağı

2822 sKmd. 48/3'de “bu işyerinde grev vardır” ibaresi dışında, grev yapılan işyerleri ve çevresine afiş, pankart gibi ilan vasıtalarının asılması ve yazılar yazılması yasaklanmış ve aynı maddenin 4. fıkrasında; işyeri ve çevresinde grevciler veya gözcüleri için işçiler veya işçi sendikası tarafından kulübe, baraka ve çadır gibi barınma vasıtalarının kurulamayacağı öngörülmüştü. Tasarı'da isabetli olarak her iki hüküm de kaldırılmıştır.

16. Ceza Hükümleri

Yukarıda da belirtildiği gibi, 2822 sayılı Yasada yaptırım olarak hapis cezasına yer verilmesi ILO tarafından eleştirilmiştir. Tasarı'da bu eleştiri dikkate alınmış ve hapis cezalarının yerine adli para cezası öngörülmüştür. Nitekim, 2822 sK. md. 70'de, Kanunda belirtilen şartlar gerçekleşmeden grev veya lokavt kararı verenlerle, bunu teşvik edenler, zorlayanlar veya propagandasını yapanların üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Böyle bir grev ve lokavt kararının uygulanması halinde ise, grev veya lokavta karar verenler, böyle bir grev veya lokavta karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devam zorlayan veya teşvik edenler veya bu yolda propaganda yapanlar ile lokavta katılanlar veya devam edenlere üç aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılması kabul edilmiştir.

Tasarı'da ise, hapis cezasına yer verilmemiştir. Yasal grev veya lokavt için belirtilen şartlar gerçekleşmeksizin alınan bir grev veya lokavt kararının uygulanması halinde; grev veya lokavta karar verenler, böyle bir grev veya lokavta karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devam zorlayan veya teşvik edenler ile lokavta katılanlar ve devam edenleryetmişbeş günden yüzelli güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kanun dışı greve katılanlar veya devam edenler onbeş günden otuz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kanun dışı greve katılan ve devam edenler hakkında ise yedi yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanması öngörülmüştür (79/f).

2822 sKmd. 71'de kanuni bir grev ve lokavt kararının bu Kanun hükümlerine uygun olarak alınmasına rağmen, kanunda yazılı şart ve usuller dışında uygulanması halinde, bu kararı uygulayanlar, uygulanmasına veya devamına zorlayanlar veya teşvik edenler veya bu yolda propaganda yapanların üç ya kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüşken, Tasarı'dabu eylemler karşılığında yetmişbeş günden yüzelli güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. (78/g). Bunun gibi diğer ayrıntılıklar da adli para cezası yaptırımına bağlanmıştır.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Gerçekten çok doyurucu, çok faydalandığımı açıkçası şahsım adına belirteyim. Tam zamanında bitirdiniz, ben 15.15 olarak yazmışım burada, tam zamanında, bunun için de ayrıca teşekkür ediyorum. Efendim, ara vermeden önce tartışma bölümü için bir-iki hususa işaret etmek istiyorum. Soru sorma

şekli itibariyle sözlü ya da yazılı olabilir, ama tabii konu çok tartışmaya açık bir konu, süre konusunda biraz dikkat etmemiz gerekir. Şimdilik 15 dakika ara veriyoruz, buyurun efendim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Değerli katılımcılar, tartışma bölümüne geçiyoruz. Şimdi tabii soru öncelik soru sorma hakkını ben kullanmak istiyorum. Çok uygulamada da şimdi karşımıza geleceğine inandığım bir soru var. 52. maddede toplu hak uyuşmazlıklarında özel hakeme gidilmesi kararlaştırılmış. Bilindiği gibi işe iade davalarında da yine toplu iş sözleşmesiyle özel hakem öngörülebileceğine ilişkin bir düzenleme vardı 20. maddemizde, Anayasa Mahkemesi iptal etti. Şimdi acaba yani ben Anayasada böyle bir değişiklik yapıldığını falan daha doğrusu hatırlamıyorum. Bir değişiklik yapılmadığı halde bu mevcut Anayasa karşısında bu düzenleme nasıl geçerli olabilir, bu konuda görüşünüzü merak ediyorum doğrusu. Bunu tabii soru soracak arkadaşlara sıra vermeden önce sormak istedim, belki sorumuz bu arada kazaya uğramasın. Şimdi soru sormak isteyenlerin ben isimlerini tek tek alayım, öyle başlayalım. Murat Beye söz verelim, buyurun Murat Bey.

MURAT ÖZVERİ - Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Öncelikle de Hocama çok teşekkür etmek istiyorum. Nihayet iş hukukunun tartışıldığı birtakım platformlarda AİHM kararları da bu kadar derli toplu, net, açık ve olması gerektiği boyutuyla huzurlara gelmeye başladı. Mesut Gülmez Hocanın tekeliinden de çıkıyor, bu nedenle de özellikle Hocamı bir kez daha kutlamak istiyorum. Tüm Yargıtay üyelerine de ricam şu, ne olur şu kararları bir defa elinize alın ve deyin ki, biz bu kararları uygulamıyoruz ya da uyguluyoruz, ama bize bir tartışma platformu yaratın. Bir defa da Yargıtay üyelerimiz kararlarında bu AİHM kararlarını değerlendirir görürse olumlu ya da olumsuz en azanın Anayasanın 90. maddesindeki fıkra anlamında bir tartışma zemini yaratılırsa, çok sevindirici olur. Hocam da buna vesile olmuş olur diye düşünüyorum.

Çok kısa birkaç şey söylemek istiyorum. Sabah Sendikalar Yasasını tartışırken çıkan manzarayı karikatürize ederek söylüyorum. Artık bu ülkede siyasal iktidarların izin verdiği ölçüde ya da formatta bir sendikal yapı ortaya çıktı ve şimdiki toplu iş sözleşmesi yasa tasarısıyla birlikte de ancak işverenlerin istediği işyerlerinde örgütlenmenin olanaklı olduğu bir sistem hâlâ varlığını devam ettirir hale geldi. Çünkü iddia ediyorum hiçbir işveren istemediği sürece bu yetki sistemi içerisinde bir sen-

dikanın bir işyerinde örgütlenerek toplu sözleşme yapması hukuken de, fiilen de imkânsız. Buna yönelik doktora tezime olduğu için kısa bir-iki rakam söyleyeyim size, 8 144 yetki başvurusunu inceledik 1992-2009 arasında, 8 144 yetki başvurusunun içerisinde yetki itirazı olduğu durumlarda uyuşmazlığın ortalama çözüm süresi 368 gün, bu tekstil sektöründe 400 küsur güne çıkıyor. Bu yetki itirazlarının yüzde 87'sini sendikalar kazanıyor. Bu kazanılan davalar içerisinde toplu sözleşme yapılabilen işyeri oranı metal sektöründe yüzde 13'ler, tamamını alırsanız yüzde 30'larda ancak toplu sözleşme yapılabilir. Yüzde 30'lara çıkmasının nedenlerinden bir tanesi de şu: Yetki itirazı öden pazarlığının bir aracına dönüşmüş durumda. Örneğin, 2007 yılında bir işveren sendikası bir işçi sendikasına diyor ki, 4 ikramiyeni ya 2'ye düşür, ya yetkine itiraz edeceğim. Düşürmüyorlar, yetkiye itiraz ediyorlar. 13. ayda sendika pes ediyor, yetki itirazı feragatle sonuçlanıyor, 4 ikramiye 2'ye düşürülüyor ya da iki sendika arasında rekabet var. Yüzde 10 barajı meselesi oluyor. Yüzde 10 barajına itiraz edilen sendika itiraz edilmeyen sendikanın grup toplu sözleşmesi kapsamındaki tüm işyerlerindeki yetkilerine itiraz ediyor. 8 ay sonra öbür sendika teslim alıyor, tamam kardeşim, ben de feragat ediyorum diyor. Karşılıklı yüzde 10 barajı bu şekilde aşıyor. Tezi burada savunmayacağım, ama özeti şu: Bu sistem içerisinde bir sendikanın yetki alıp toplu sözleşme imzalaması işveren istemediği sürece olanaklı değil. Süreç nasıl aşılacak? Kilit nokta dünyaya baktığınızda şu saptamayı herkes yapıyor: ABD'de de yapılıyor, Kanada'da da, İngiltere'de de yetki süreci ne kadar uzarsa sendikalaşma o oranda düşüyor. Tam bir doğrusal ilişki var. Hangi sistem yetki alma sürecini kısaltıyorsa, orada sendika başarı oranı artıyor. Şimdi referandum gündeme geldi. Sabah Ali ağabeyle konuştuk. ABD'liler ve bazı Kanada eyaletleri referandum yapılmasını diye grev yapıyor işçi sendikaları, çünkü referandumu belirlemişler, ama öyle bir sürece yayıyorlar ki, 1,5 yıl sonra referandum yapılıyor bir işyerinde, aynı bizdeki sonuç orada da çıkıyor. O halde nasıl yapılmalı, ne olmalı aslında Türk iş hukuku öğretisi, Türk iş yargısı 80 öncesinde bu sorunu çözmüştü, irade beyanı bunların yöntemlerinden bir tanesi, belgelere dayalı yetki sisteminin referandumla desteklenmesi bunlardan bir tanesi, alternatifler uzatılabilir, ama belgelere dayalı salt çoğunluk sistemini esas alan bir yetki sistemi özünde toplu sözleşme hakkını ortadan kaldırıyor. 1960'ta rahmetli Orhan Apaydın'ın ortaya attığı, daha sonra Metin Hocanın da geliştirdiği en fazla temsil kabiliyetine haiz sendika ya da en fazla temsil kabiliyetine sendika sabah Murat Ho-

canın söylediği gibi sadece çoğunluğa değil, başka unsurlarla birlikte sizin de değindiğiniz bu bütünsellik içerisinde bir yetki sistemi gelmediği sürece de bence bir tek yol kalıyor. AİHM kararlarını arkamıza alıp, Hava-iş'in yaptığı gibi barışçıl toplu eylemlerle bu sorunu çözmekten başka çaremiz kalmıyor. İşveren bizi işten atar, Yargıtay bunlara geçerlidir der belki, ama başka yolu da yok. 1 000, 2 000 bence başka türlü de bu sorun aşılmayacak gibi geliyor. Teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK - Sayın Başkan, saygıdeğer Yargıtay üyeleri, yargıçlarım, meslektaşlarım ve katılımcılar; hepinizi saygıyla selamlarım. Ben birkaç noktaya değineceğim, sonra da bütün olarak hangi sistemle gidersek çare buluruz, kısaca bir de ona değinmek istiyorum. Çünkü maddeleri tek tek saygıdeğer hocamız çok güzel anlattı ve Murat Beyin de söylediği gibi içimize su serpti. Çünkü uluslararası imzaladığımız sözleşmelerin artık irdelenmesine geçildi. O nedenle hocamı çifte kavrulmuş olarak tebrik ediyorum. Tek tek maddelere geçtiğimde önce işkolu yetkisiyle ilgili getirilmek istenilen düzenlemeye, birincisi işkolu yetkisiyle ilgili getirilmek istenilen düzenlemede bazı konfederasyonlara özel imkânlar tanınmasını ben demokratik ve hakkaniyete uygun görmüyorum. Bunu birçok sendikacı arkadaşımız da böyle görüyor, bilim adamları da böyle görüyor. Bunu belirtmek istiyorum. İkincisi, yüzde barajı gerekli mi? Bizim ülkemizin şartlarında ben hakkı ortadan kaldırıcı olmamak kaydıyla gerekli olduğu kanısındayım. Çünkü bizim ülkemizde uğraştığımız konular hepimizin gündeminde, eğer hiçbir baraj yetkisi olmasa iki türlü tehlikesi var. Birinci tehlike işverenler tarafından bu konunun istismar edilmesi ki, ben emek-sermaye çatışması açısından öncelikle bunu görüyorum. 1980 öncesi burada İsmail Bey de gayet iyi bilir, çünkü o dönem tahmin ediyorum bakanlıkta etkin görevlerdeydi, Türkiye'de sadece metal işkolunda 736 tane sendika vardı. Yani sendika enflasyonu vardı ve sendika enflasyonunun zararını yine biz işçiler gördük, ondan işverenler yararlandı. Bu benim tespitim, yanlışı varsa yanlışı olan tarafı arkadaşlar çıkar burada anlatır. İkinci tehlikesi, bizim ülkemizde eğer Sendikalar Yasasında da değişiklik var, her işkolunda sınırsız sayıda sendikanın yaşama imkânı tanınırsa, bunun sendikaların güçlenmesi konusunda da zayıflık yaratacağı inancındayım. O nedenle ne olmalı? Asgari düzeyde bir baraj olması lazım, ama asgari düzeyde, bu hiçbir şekilde hakkı ortadan kaldırıcı olmaması lazım. Bir işveren veya bir kötü niyetli tüccar sendikacı diye görünen tüccar 15 kişilik bir

işyerinde ben yetki aldım diye karşısına çıkıp işçiyi satmamalı, işveren adına hareket edememeli. Bu ne olabilir? Yüzde 1 olabilir. Yüzde 1 olsun, ama yüzde 1 oldu diye bazı iş kollarında yine de işkolu yetkisi kazanılamayabilir. Ona da tedbir birlikte gelmesi şart. Eğer o işkolunda yüzde 1 veya yüzde yarım her neyse, bir rakam telaffuz etmek anlamında demiyorum, hiç kimse hiçbir sendika barajı aşmıyorsa, o işkolunda en fazla üyeye sahip sendika isterse binde 1 bile olsa barajı aşmış sendika olarak işçilerin örgütlenmesinde hizmet edebilmelidir. İş kolu için getirilecek düzenlemenin bu olması halinde ülkemiz açısından, çalışanlarımız açısından iyi niyetli işverenler açısından işverenleri ikiye ayırarak söylüyorum orada, yararlı olacağı kanısındayım.

İkincisi, işyeri ve işletme yetkisi. İşyeri ve işletme yetkisinde de yüzde 50 artı 1 meselesinin hayatın gerçeklerine uymadığı kanısındayım. İşyerinde de olsa, işletmede de olsa en az bir işyerinin veya işletmenin yüzde 15'i zaten kapsam dışı, işverenle çok ilişki içinde, çok sıkı ilişki içinde olan çalışanlar olduğu malum, o halde o yüzde 50 lafını behemehal kaldırmamız eğer gerçekten işverene bağlı olmaksızın onun talimatının dışında ben emeğimin hakkını alıyorum diye çalışanlarsa esas alınacak olan, en fazla 35 veya 40 çoğunlukla işyeri veya işletme yetkisi verilmeli, buna imkân tanınmalıdır.

Üçüncü konu grev kararından sonra getirilen yenilik, toplu iş sözleşmesi prosedürü yürürken taraflar uyuşmazlık tuttuktan sonra 60 gün içinde grev kararı alabilmesiyle ilgili düzenleme, ben bu düzenlemenin doğru olduğu kanısındayım. Çünkü bugünkü yasamızda grev prosedürünü uygulayan hukukçu arkadaşlarımız bilir, 6 gün, 12 gün, 3 gün vesaire sınırlı hak düşürücü sürelerden dolayı grev yapamaz hale gelen sendikalarımız var. Kanun dışı grev diye tespit edilen uyuşmazlıkların yüzde 90'ı bu 6 iş günlerindeki aksamadır. Çünkü Cumartesinin iş günü olup olmadığı duruma göre öyle değişiyor ki, çok tecrübeli olan arkadaşlar hep tedbirli günlerde bunları uyguluyor. Yoksa aksi takdirde bu lüzumsuz prosedür yüzünden uyuşmazlıkta kanunsuzluğa gidiliyor. Grev yasağıyla ilgili bir şeyler söylemek istiyorum. Grev yasağı bizim yasamızda zaten var. Dünya literatüründe de var bu, ama bizim ülkemizdeki yönetim anlayışı o dünya literatürüne uygun değil. İşte ismi geçtiği için söylüyorum, Türk Hava Yollarıyla ilgili olan konuda hani Başbakanımız futbolla ilgili, futbolun da bir kaidesi var: Oyun başladıktan sonra kaide değiştirilmez. Şimdi bu olayda ne oldu bizim ülkemizde? Hukuk

anlayışımız bu, yöneticilik anlayışımız bu, bu Türkiye'mizin gerçeği. Türk Hava Yollarındaki konu da bırakalım maç devam ederken, maçın 89. dakikasına geldiğimizde 5 gün içine sığdırılan bir torba yasa, torba yasa da içeriği bu yasadışı taksicilik yapanlarla ilgili, vesaire bir konunun içine bunu koydular ve havacılık işlerinde grev yasağını getirdiler. Bu 5 gün içinde arkadaşlar, sakın yanlış anlamayın, Meclis'te zannetmeyin, cumhurbaşkanlığının onaylaması ve Resmi Gazetede yayımlanması dahildir. Şimdi grev yasaklarını biz bizim ülkemizin şartlarına göre değerlendirmek zorundayız. Zaten bugünkü grev yasakları bile dünyanın anladığı grev yasaklarıyla bağdaşmıyor, aksamalarımız var. Dünyada hiç örneği olmayan konu bizde 5 günde yasalaştı. Mecliste iktidar partisine bir milletvekilini soruyor, diyor ki, bakın, bu konu dünyanın hiçbir ülkesinde yok. Dünyada ilk olacağız havacılıkta grev yasağını getirmekle. Verdiği cevap şu maalesef: Oh ne güzel, bak dünyada ilk oluyoruz diyor, anlayışımız bu.

Bu grev yasağının dışında bir de grev ertelemesi konusu var. Hocamız da değindi. Grev ertelemesinde arkadaşlar, 33. maddede 2822 sayılı Yasanın 33. maddesinde genel sağlık ve milli güvenlik nedenleriyle 60 gün süreyle falan gün süreyle ertelenebilir diyor. Bu ülkeyi seven her insan genel sağlığı ilgilendiren, milli güvenliği ilgilendiren bir konu varsa bunun ertelenmesine karşı çıkamaz, ama şimdi bizim ülkemizde yeni Danıştay başkanımız Danıştay başkanlığına seçildikten sonra dedi ki: *"Haydi bakalım -hepiniz hatırlarsınız- bundan sonra herhangi bir konuda tedbir kararı, yürütmeyi durdurma kararı alabilecek misiniz"* Şimdi eğer hükümet, Bakanlar Kurulu bu grevin ertelenmesi konusunu ki, bugüne kadar benim büromdan en az 10 tane karar var, Danıştay yürütmeyi durdurma kararı verdi ve işçiler haklarına kavuştu. Sırf benim büromda bu var, Türkiye'de yüzlerce var. Hükümetlerimiz sadece bu hükümet için demiyorum, bundan evvelki hükümetler de aynı konuda hukuka aykırı grev ertelemesi aldı, ama Danıştay var diyorduk, bu ülkede hukuk var diyorduk, bu ülkede hâkim var diyorduk, koşuyorduk Danıştayın kapısına. Şimdi Danıştay başkanımız böyle bir ihsası reyde bulundu peşinen, şimdi bu grev ertelemesi konusunu nasıl çözeceğiz? Benim hocama zaten en önemli sorum bu, şartlar bu, grev ertelemesi konusunu hiç lüzumsuz yere hükümet derse nasıl işin içinden çıkacağız?

Şimdi arkadaşlar, yasaların ne yazdığı çok önemli, ama yasaların ne yazdığıнын denetlenmesi de çok önemli. Denetlenmeyi yargımız yapacak, hukuk devletinde yasama, yürütme, yargı diye ayrı erkler var. Şu

anda Türkiye’de yasama ve yürütme artık iki erk olmaktan, iki ayrı erk olmaktan çıktı fiilen, tek erk, bir de yargımız var. İşte toplu iş sözleşmesiyle ilgili mevzuat ne derse desin hem ulusal hukuk sistemimizde, hem de evrensel hukuk sisteminde hocalarımız benden iyi bilir, bir toplu iş sözleşmesi özerkliği diye bir müessese var. Toplu iş sözleşmesi özerkliğini biz eğer yargı önüne gelip koruyamıyorsak, bu tartıştığımız yasa da ne olursa olsun sonuç almamız da mümkün olmayacak. O nedenle yargı mensuplarımıza, büyüklerimize çok görevler düşmektedir. Toplu iş sözleşmesi özerkliği nedir? Toplu iş sözleşmesi özerkliğini bütün hukukçular aynı noktada birleşiyor. İki taraf serbest iradesiyle eğer bir sözleşme yaptıysa, bu sözleşme hükmü tarafları bağlar. İstisna demiş yine hukukçularımız, iki istisna var. Birisi Borçlar Yasasına göre genel ahlâka ve yasaların emredici kurallarına aykırı olan sözleşmeler geçerli değildir. İkinci istisna 2822 sayılı Yasanın 5. maddesinde belirtilen toplu iş sözleşmesine konulamayacak hükümlerdir. Bunun dışında taraflar cebren, hileyle eğer imzalamadıysa toplu iş sözleşmesine konulan hükümler tarafları bağlayıcıdır. Artık Yargıtayın bu iki istisna dışında ben toplu iş sözleşmesinin şu hükmünü şöyle yorumladım, bu anlamdadır deme hakkı yoktur. Peki, bizim ülkemizde Yargıtay böyle bir karar mı verdi sorusu aklımıza gelir. Daha önceleri bunun tersine kararları oldu, ama son birkaç yıldır Yargıtayımızdan böyle kararlar çıktı. Yani bunu ben de biliyorum, iş hukukuyla ilgili herkes de biliyor. Gerekçe olarak da Yargıtayımız dedi ki: *“İşverenin girişim özgürlüğüne aykırıdır bu”* Bu da hukuken yanlış bir değerlendirmeydi. İşverenin girişim özgürlüğü Anayasada 48. maddede belirtilmiştir, ama Anayasanın 51, 53. maddelerinde de bazı özgürlükler var. Çalışma özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi özgürlüğü, sendika özgürlüğü, bir defa bunun ikisini dengelemek zorundadır. İşveren fotoğrafçılara, gazetecilere poz vere vere imzaladığı sözleşmenin açık hükmünü hem uygulamayacak, hem de Yargıtayımız diyecek ki, bu madde işverenin girişim özgürlüğüne aykırı, o nedenle şöyle yorumlanmalıdır. Bir defa yorum tekniğine göre Yargıtay da olsa açık açık yazılı yasadaki veya sözleşmedeki bir hükmü yorumlamaya hakkı yoktur. Eğer yorumlarsa ona ben hukuk diyemem. Birincisi bu. İkincisi, örnek olarak verdim. Yine sendikalar birçok mücadeleyle toplu iş sözleşmesine Disiplin Kurulu hükümlerini getiriyor. Diyor ki: İşveren haklı neden iddiasıyla eğer bir kişiyi çıkaracaksa, şu şekilde kurulan Disiplin Kuruluna getirecek ve oranın kararıyla çıkaracak. Bu madde uygulandı, Yargıtayımız da bunu geçerli saydı, yüzlerce de uygulaması oldu, ama zaman

zaman çok istisna da olsa hani kaçak karar diye söylenir ya, yani Disiplin Kurulu olsa da sözleşmede Disiplin Kuruluna gitmeden de işveren tek taraflı şöyle şöyle olursa çıkarabilir gibi kararlarına rastladık. Onun ertesinde tekrardan Disiplin Kurulu varsa oraya gitmek zorundadır diye kararları da çıktı, ama ben işte özet olarak toplu iş sözleşmesi özerkliğinin mutlaka korunması gerektiği, toplu iş sözleşmesinin özerkliğini koruyacak makamın da taraflar değil, bu ulus adına karar veren Yargıtay olduğu kanısındayım. Konunun en son çıkış noktasının bağımsız Türk yargısının bağımsız bir şekilde bu konuları değerlendirmesi olduğuna inanmaktayım. Teşekkür ederim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Ben teşekkür ederim Sayın Pesok. Şimdi Sayın Tuncay, buyurun Hocam.

Prof. Dr. CAN TUNCAY - Teşekkür ederim Sayın Başkan. Tasarı yasalaşır veya yasalaşmaz, ama benim korkum tasarının bundan önceki tasarıların akibetine benzer şekilde yasalaşmayacağı yönünde. O zaman da bugüne kadar yapılan konuşmalar, eleştiriler havada mı kalacak? Pek o kadar da değil, burada hakikaten değerli görüşler ileri sürülüyor ve Gülsevil Alpagut kardeşim de her zamanki ciddiyetiyle ve vukufiyetiyle bize gayet güzel tasarımı özetledi, görüşlerini söyledi. Ben bir konuya değinmek istiyorum. Benden önce konuşan Abdi Pesok her ne kadar gene süreyi aştıysa da çok üzerinde düşünmemiz gereken şeyler söyledi ve çoğuna katılıyorum, fakat bir tanesine ben de vurgu yapacağım. Aynı şeyi Murat Özveri de söyledi, şu Türk Hava Yolları grevi beni bir hukukçu olarak çok rahatsız etti. Çünkü bir hava işinde, hava hizmetlerinde grev yasağı olur veya olmaz, onu tartışırız, fakat ILO normlarına göre hayatı ciddi şekilde felce uğratan ve kamu güvenliğini, kamu sağlığını ciddi ölçüde tehlikeye düşüren konularda grev yasağı getirilebilir, ama onun dışında olmaz. Fakat Anayasa değişikliğinde bir baktınız, birçok yasaklar kalktı. Allah Allah, gayet liberal bir anlayışa gidiyoruz derken, Türk Hava Yollarında bir toplu sözleşme süreci yaşanıyor derken bir gecede grev yasağı geliyormuş hava hizmetlerinde deniliyor. Hani silahların eşitliği? Şöyle bir örnek vereyim: İki kişiye silah veriyorsunuz, düello yapıyorlar. Bir anda bir tanesinin elinden silahını alıyorsa, haydi senin elinden silahını aldım. Bu ne demek? Siz toplu sözleşme süreci uyuşmazlıkta neticelenir, grev yapılır veya yapılmaz, bugüne kadar da çoğu hallerde zaten bir anlaşmayla sona erdi Türk Hava Yollarında. Havacılık hizmetlerinde grev büyük zararlara yol açıyor, onu

da kabul ediyorum, ama sırası mı şimdi? Bu siyasi etiğe uygun değildir. Kanun yapma yetkisinin kötüye kullanılmasıdır. O zaman da işçilerin bir kısmı gayet tabii demokratik bir hakkını kullanmak için işi de bırakabilir, bu toplu halde de olabilir. Yürürlükteki kanunlara göre, mevzuata göre baktığınız zaman bu iş görme borcunun yerine getirilmemesi, işte toplu halde yapıldığı için de yasadışı grev iyi de, bu bir ıstırar hali hukuki açıdan, ceza hukuki açıdan baktığınız zaman da meşru müdafaaya giriyor. Yani elinizden alıyolar, tam siz mesela ev alacaksınız, parayı yatırıyor-sunuz, hayır, mülkiyeti sana veremem der gibi bir şey bu. Dolayısıyla bunu ben son derece vahim addediyorum ve son zamanlarda bunun örneklerine de rastlıyoruz. Yarın bir gün bu yargı önüne gitse ben hâkim olsam bunu hakkaniyet çerçevesinde çözümlerim ve dilerim bu son olur. Teşekkür ederim.

Av. İNCİSER ALPTEKİN (İstanbul Barosu)- Sayın Hocamıza tebliğinden ötürü çok teşekkür ediyoruz. Bugün konular hakikaten çok önemli ve hayatiyet taşıyor, ancak ben salonu boş gördüm, onu da ifade etmek isterim ki, bizim toplantılarımız çok yoğun olurdu, ilk kez böyle boş görüyorum. Bu kişisel bir görüşümdü.

Sayın Hocam, birkaç konuda görüşlerinizi isteyeceğim. Değişiklik konusunda tasarıda uyuşmazlığın 30 günlük süreden çıkarılıp 60 güne getirilmiş olması, buradaki yarar ne acaba? Yani şimdi zaten 30 ve 60 vardı uygulamada, 30'da genellikle uyuşmazlığın taraflar eğer bir sonuca doğru gidemiyorsa, o noktada başvurdukları hızlı bir yöntemdi, biraz süreyi de hızlandırıyordu. Bu da bir bakıma daha özgür bir davranış biçimi olarak tarafların ilerlemesi açısından düşünülebilir. Niçin 60 oldu, bu anlamda yarar nedir diye sormak istiyorum. Grevin ilanına, yani uygulamasına ilişkin 60 gün içindeki uygulama Abdi Pesok arkadaşşıma katılıyorum, yani o grev ilanları, süreler çok sıkıntılı süreçler yaşattı kanunsuz grevlerin tespitine gidene kadar o gün konuları, ancak burada da şey ilgimi çekti. Şimdi grev ilanı vardı, buna göre grev oylamaları filan gündemde, ama bundan sonra grev uygulama yine 60 gün içindeydi 2822'de, grev kararı alındıktan sonra 60 gün içinde yine sendika istediği bir tarihte 6 iş günü önce haber vererek uygulamayı yapıyordu. Buradaki değişikliğin de şeyi nedir? Yani 60 gün bu durumda sadece grev uygulamasına ilişkin 60 günlük süre midir? Bu diğer hususun bağlantısı ne ifade edecektir? Elbette zaten hani süre belli, 60 gün, ama bu 60 gün içerisinde sendika zaten 2822'de de istediği zaman diliminde, ister son gününde uyguluyordu.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT-Nerede alırdı mesela, 60 gün içerisinde alabilirsiniz diyor, şimdi farkımız o. Yani ikinci 60 gün içerisinde almak zorunda değilsiniz artık, 54. güne kadar alabilirsiniz.

Av. İNCİSER ALPTEKİN- Uygulama?

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT - Uygulama; 60 gün önceden bildireceksiniz.

Av. İNCİSER ALPTEKİN- O zaman peki nasıl olacak?

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT - En geç 54. Günde alacaksınız, 60 içerisinde bildireceksiniz; yani herhangi bir tarihte. 60 gün içerisindeki herhangi bir tarihte grev kararı alabilirsiniz. Dolayısıyla sizi sürelerle bağlı tutmuyor. Yani ikinci 6 iş gününde grev kararı aldığınız zaman işveren sizin esasında grev kararı alıp olmayacağını biliyor, çoğunlukla da alınıyor, ama süreyi uzatıyor. Belki işvereni grev tehdidi altında bırakıyor bir müddet daha.

Av. İNCİSER ALPTEKİN- Uygulamayla birlikte? O zaman sendika hem grev kararı alıp, hem uygulamasını mı bildirecek?

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT - Tabii, 6 iş günü önceden bildirilecek. Alacaksınız, ama ne zaman? İsterseniz 50. günde alsın, 6 iş günü sonra uygulayacağım diyor.

Av. İNCİSER ALPTEKİN- Yani pratik yararı ne hocam?

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- İsterseniz böyle karşılıklı konuşmalıyım, onu sonradan Sayın Hocam değerlendirsin.

Av. İNCİSER ALPTEKİN- Peki. Onun dışında toplu iş sözleşmelerinin uygulanması hususunda şimdi bir örnek vereceğim. Bu örnek bir belediyenin alt işvereninde geçiyor ve toplu iş sözleşmesi yapılıyor. Tabii bu örneği verirken Sayın Hocamdan da izinle kendisi bu işyerinde de arabulucu olarak tayin edilmiş durumdaydı. Sayın Hocamızın başkanlığında ben sendikanın avukatıyım, Genel İş Sendikası taraf, toplu sözleşme arabulucu safhasında anlaşmayla sonuçlanıyor. Bu bir toplu iş sözleşmesi yasaya göre elbette, bildirim yapılıyor. Fakat ondan sonra belediye ben bu sözleşmeyi tanımıyorum diyor. İşveren imzalamış yetkili kişilerle, kurumlarıyla, ama belediye tanımıyorum diyor ve toplu iş sözleşmesi uygulanmıyor. Şimdi bu aşamadayız. Şimdi hak grevi tabii o ne kadar uygulanır, oradan arkadaşımız müdahale etti, ama benim sorum hocam.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Pardon Sayın Alptekin, yargıya intikal edecek, o anlamda intikal etmiş bir konuya lütfen.

Av. İNCİSER ALPTEKİN- Hayır, hiçbir şekilde değil, uygulama değil hiçbir şekilde. Benim sorum şu: Toplu iş sözleşmesi yapılmış, uygulanmıyor. Yasal sistemimizde buradaki ve yeni taslak bağlamında baktığımızda hangi haklar olacak? Yani eğer eylem yapıldı bu işyerinde, ama tabii ki belli bir süreyle yapıldı ve bitti. Hâlâ sonuç alınmamış durumda, yargı yoluna gitme ihtimali olacaktır. Ne kadar süre neyle olacaktır bilemeyiz, ama başka bir sonuç olabilecek mi? yani toplu sözleşmeye uygulamaya yönelik bir etkinliği nasıl bu tasarı kapsamında da değerlendirebilirsiniz?

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Bu sorunun sorulmasını ben uygun görmüyorum, bunu kayıtlardan çıkaralım.

Av. İNCİSER ALPTEKİN- Sizin takdiriniz Sayın Başkan. Grevle ilgili bir hususa değinmek istiyorum. Şimdi Türk-iş Genel Kurulu bu dönem kıdem tazminatı konusunda eğer kaldırılırsa, topluca eylem yapacağını, genel grev konusu olacağını Genel Kurul kararını aldı. Şimdi kıdem tazminatı konusu gündemde, kıdem tazminatı eğer ki, çalışma bakanının açıklaması vardı dün, kesinlikle yasası çıkacak bunun, kıdem tazminatının kaldırılması, fona bağlanması durumunda Türk-iş'in de böyle bir kararı var ve sendikaların da var. O zaman hocam, buradaki grev hakkı nasıl yorumlanabilir uluslararası normlar karşısında eğer ortaya çıktığında nasıl değerlendirilebilir?

Son olarak da genel grev yasaklarıyla ilgili olarak da, grev yasakları konusunda petrokimya, Petkim işkolunda grev yasağı 1980 öncesi yoktu, grev kapsamındaydı. Sanırım bankacılık da aynı şekilde, 1980'le birlikte bu yasaklar geldi. O 1980 öncesinde hiçbir sorun yoktu ki, yani toplu sözleşmeler de yapılıyordu, bir problem de yaşadığım için biliyorum, olmuyordu, ama bu yasaklar geldi ve bu yasaklar hâlâ devam ediyor. Hava-iş'le ilgili olarak dün tek kelime ben ifade etmeye çalıştım arkadaşlarım, meslektaşlarım, endişeliyim. Tek cümlem budur, teşekkür ederim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Ben teşekkür ederim Sayın Alptekin. Şimdi söz sırası İsmail Beyde, buyurun.

İSMAİL BAYAR - Teşekkür ederim Sayın Başkan, teşekkür ederim Hocam, yararlandık. Sizin tebliğinizde yer alan iki konuyla ilgili soru sormak, bir de cevaplayamayacağınız bir soru sormak istiyorum. Hiç gülmeyin, bu sorunun cevabını burada verecek kimse olduğunu da sanmıyorum, ama bu sorunun cevabının verildiği yasayla belirtildiği için de zabıtlara geçmesi için soracağım.

Birinci sorum çerçeve sözleşme olayı bu kanunla ilk kez getiriyoruz. Bu çerçeve sözleşmesi bir işkolu sözleşmesi değil, biz 274-275'te Fransız hukukundan işkolu sözleşmesini aldık, Alman hukukuyla birleştirmeye çalıştık. Sonra işkolu sözleşmesinin yürümediğini gördük ve iptal ettik. Şimdi bu çerçeve sözleşmeyle birlikte hem 274 zamanında, hem 2122 zamanında yürümeyen başka bir olay var, onunla bağlantısı var, teşmil olayı. Şunu açık yüreklilikle söyleyeyim, Türkiye'de 274 ve 275 zamanında bir tek dahi işkolu toplu iş sözleşmesi yasal anlamda imzalanmamıştır. İkinci bir işyeri sözleşmesi olarak kullanılmıştır. İkinci tespitim, Türkiye'de hiçbir zaman yasal anlamda bir teşmil yapılmamıştır, bazı teşmil kararlarının göndermesinin altında imzam, Yüksek Hakem Kurulu üyesi olarak imzam olduğu için de bunu aynı şekilde söylüyorum. Yani Türkiye'de teşmil denilen bir uygulama hiçbir zaman olmamıştır. Şimdi bu çerçeve sözleşmeyle getirilen teşmille bu işlemin çok farklı yönlere doğru gidebileceği endişesini taşıyorum siyasal iktidarların değişkenliğine göre, o yüzden siz bu çerçeve sözleşmesinin işkolu sözleşmesi olmadığına göre toplu iş ilişkilerine bir yarar getireceği konusunda ne düşünüyorsunuz?

İkinci soru, bir sistem dondurma olayı. Şimdi sendikal oligarşiden bahsedildi. Bunun çok açık somut örneği, bu yasanın Bakanlıktan çıkışında baraj binde 5'e düşmüştü. Sonra gelinen noktaya bir bakın, ama gelinen noktada çok ilginç bir nokta var. Hükümet tasarısı olarak dediğim gibi 10 yılda ilk kez hükümet tasarısı olarak geliyor, 8 yıllık bir dondurma vardı. Yani şu anda 2009 istatistiklerine göre yüzde 10 barajını geçmiş olan sendikalar 5 yıl boyunca bu barajdan muaf tutulacaktı. Hükümet tasarısı olarak Meclise gelen tasarıda bu vardı. Bunun sendika oligarşisi olduğu konusundaki tepkiler üzerine sanıyorum utandılar, bu yasanın bu düzenlemesini kaldırdılar.

Şimdi esas soruya geleyim, ana soru, baba soru, bu sorunun cevabı yok. Bu soruyla ilgili olarak siz tebliğinizde de hiç yer vermemişsiniz,

doğal. Bu sorunun cevabının yasada olduğu söylendiği için söylüyorum. Ne yaptık biz? 2009 yılında sendikaların bildirimleriyle ilgili yasayı değiştirdik ve işçi giriş-çıkışlarıyla ilgili sendika üyeliği noterde olacak, bakanlığa bildirim kalkacak ve SGK kayıtları esas alınacak. İki konu SGK kayıtlarıyla Sendikalar Yasasıyla ilgili kayıtlarda işkolu farklılıkları var bir, ikincisi SGK kayıtlarında sayı daha fazla, bakanlığa bildirimler az olduğu için sayı daha az, yani bakanlık kayıtlarına göre yüzde 10'a ulaşan sendika SGK kayıtlarına göre hiç olmaz. Görevdeyken görevden önce ve görevden sonra söylediğim için rahatlıkla söylüyorum, Türkiye'de yüzde 10 barajını geçme diye bir olay yoktur zaten başından beri, bu karşılıklı bir sessiz anlaşmaya dayalı mutabakattır yazılı olmayan. Ne yaptık sonra? Biz 2009 yılındaki yasayla bu hükümetin çıkarttığı yasayı, yasaya dayalı olarak yönetmeliği de çıkarttığı halde önce bir 6 ay, sonra bir 6 ay ve en son olarak da yeni hükümetin, 61. hükümetin kurulmasıyla 31.12.2011'e kadar uzattık. Yani 31.12.2011'e kadar Türkiye'de toplu iş sözleşmesi yapabilen sendikalar 2009'daki yüzde 10 barajını geçen sendikalardır. Bir tespit yapalım, bu arada hiç mi sendikalardan başka yüzde 10 barajını geçen olmadı? Bir tek ses yok.

SALONDAN- Genel Sağlık-İş.

İSMAİL BAYAR- İtiraz yargı bakımından diyorum.

İki, bu konuda yüzde 10 barajını bu sendika artık geçemiyor, o yüzden yetki alamaz diyen bir tek işveren oldu mu?

SALONDAN- Bursa.

İSMAİL BAYAR- Mahkeme, o zaman düzeltiyorum, geri alıyorum.

Şimdi 01.02.2012'den itibaren Türkiye'de toplu iş sözleşmesi düzeni yoktur, toplu iş sözleşmesi süreci yoktur, toplu iş sözleşmesi diye bir olay yoktur. Şimdi burada bir tek sendikacı yok. 01.02.2012'den bugüne kadar ne zamana kadar süreceği de belli değil, Türkiye'de toplu iş sözleşmesi düzeni işlemiyor. Yetki başvurularının hepsi bakanlıkta bekliyor, yanıtlanmıyor, bir tek ses yok ve bu toplu iş sözleşmesi işlemeyen düzenin ne zaman sona ereceğine ilişkin hiçbir açıklama yok. Sizin tebliğinizde yoktu, kanunda ben de yok diye düşünüyorum, ama yetkililer diyor ki, kanun çıktığı zaman bunu çözeceğiz, bakarız. Yani bunlar yazılı resmi ifade olduğu için söylüyorum. Peki, kanun çıkarsa, kanunun çıkmasına kadarki 01.02.2012'den bugüne geçen 1 000'in üzerindeki sen-

dikanın yetki başvuruları ne olacak? Bu sorunun cevabı var mı? İletmek istediğim soru bu. Şimdi diyeceksiniz ki, dışarıda hava çok güzel, biz burada neyi konuşuyoruz? Bir sendikacı arkadaşım çok güzel bir tanım yaptı bana, onun için paylaşmak istedim. Sen bunu her yerde söylüyorsun, bu fuzuli vekaleti sana kim verdi dedi. Yani biz fuzuli vekaletle uğraşıyoruz Türkiye’de eğer bir hukuk sistemi varsa, ama gerçekten şunu merak ediyorum: Bu 01.02.2012’den ileriki belirsiz tarihe kadarki olan toplu sözleşmenin yürümemesiyle ilgili bildiğim kadarıyla sıkıyönetim kararı yok, Milli Güvenlik Kurulu kararı yok, yasayla kaldırılmış değil, yasa çıkarılmış değil. Peki, kim durduruyor ve kim bu durdurmaya karşı ne ses çıkarıyor? Gerçekten 2012 Türkiye’si için ilginç bir manzara.

Sayın Başkanım, 1,5 dakikam varsa bir de küçük hatırlatma yapayım. TY olayı çok gündeme geldi. Sayın Pesok, hoşgörünüze sığınarak size iki konuda katılmıyorum. Birincisi bu torba yasa değil, çünkü torba yasa olarak adlandırılan çuval yasaydı, bu da kese yasa 3 maddelik, “torba” diye nitelenen.

İkinci katılmadığım nokta 5 gün, kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmesiyle Resmi Gazete çıkışı arasındaki süre 19 veya 18 gün, 5 gün değil. Siz görüşmeyi 5 gün diyorsunuz belki, yani Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmesiyle.

Bir konu daha, Türkiye Büyük Millet Meclisine verilen yasa tasarısında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığının notu var. Diyor ki, İçişleri Bakanlığıyla görüşülecek, Çalışma ve Sosyal Komisyonunda görüşülecek, plan bütçede görüşülecek. Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunda bu tasarı görüşülmedi, plan bütçede bu tasarı görüşülmedi ve ben zabitleri henüz elde edemedim, çıkmamıştı, ama sizin ILO’daki gerekçelerle ilgili söylediklerinizin hepsini bu gerekçelerle Sayın öneren Metin Kılıç Günlük’tü galiba, o gerekçeleri gerçek gerekçeler olarak Meclis kürsüsünde söyledi. İki tane sendikacı iktidar partisinde milletvekili de vardı. Onlar ne yapıyordu orada onu da bilmiyorum, yani şunu söylemek istiyorum: Gerçekten Türkiye’de toplu sözleşme düzeni var mı ve biz neyi tartışıyoruz? Bu güzel havada, hava biraz ağır, hem de kurşun gibi. Teşekkür ederim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturma Başkanı)- Teşekkür ederim. İsmail Beye bu değerli katkıları ve güzel soruları için teşekkür ediyoruz. Şimdi sözü Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Osman Güven Çankaya Beyefendi, buyurun efendim.

OSMAN GÜVEN ÇANKAYA (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı)- Değerli katılımcılar, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Ben bu toplantılara tabii Galatasaray'da 17 yıl, ama Milli Komitede 1991'den beri devamlı katılıyorum. Hakikaten söylediğim gibi, bu toplantılarda hep yararlandık ve çok ufak istisnanın dışında hep karşılıklı saygıyla bu toplantılar yapıldı. Bugün de aynı şekilde yapılmış olmasından mutluyum. Öncelikle Sayın Alpagut'la çok beraber çalışmalarımız oldu. Hakikaten bugün çok yararlandım, sizleri kutlarım. Efendim, benim söz almaktaki maksadım şu: Arkadaşlar Yargıtay uygulamalarıyla ilgili olarak söz almak istemediklerini hissettim, o nedenle söz aldım. Hep Türkiye şartları dedik. Efendim, ben 91'le 2008 arasında Yargıtayda çalıştım, son yıllarda da Yargıtayın Daire Başkanlığı dışında Yüksek Hakem Kurulu ve Uzlaşma Kurulu başkanlıkları yaptım. O nedenle Türkiye'deki uygulamaları çok yakından yaşadım. Şimdi Türkiye koşulları diyoruz. Ben size küçük iki tane hatıramı anlatacağım. Hakikaten bugün sözleşme özgürlüğü öncelikle Borçlar kanunundaki tabii bu da toplu sözleşme özgürlüğüne yansıyor, ama acaba her zaman toplu sözleşmeler eşit şartlarda mı imzalanıyor? Şimdi tabii büyük sendikaların katıldığı ve örgütlenmiş işverenlerin taraf olduğu toplu sözleşmelerde muhakkak iyi müzakereler yapılıyor. Ancak küçük yerlerde, özellikle küçük belediyelerde aynı şartlar bilhassa kamu kuruluşlarıyla olmuyor.

Şimdi öncelikle şunu söyleyeyim, tabii yasanın verdiği bir yorum davası hakkı vardır. Bir yorum davası olarak geldiğinde yargı toplu sözleşmenin o hükmünü yorumlayacaktır. Zaten taraflar arasında bu konuda ihtilaf doğmuştur, ama ihtilaf doğmayan işçi alacaklarıyla ilgili olarak gelen bir dava birçok katılımcı benim bu örneğini hatırlayacaktır, yine de size söyleyeceğim. Çünkü çok önce geçmiş bir dava, Uşak'ın küçük bir beldesi, efendim, toplu sözleşmeye konulan hükümde ihbar tazminatı 60 hafta hatırladığım kadarıyla, belki de daha fazlaydı. Belediye Reisi geldi, zaten 3-4 tane işçisi var, onları da çıkarmışlar. Efendim, bizim beldeyi satsak biz bunları ödeyemeyiz dedi. Biz daire olarak oturduk, tartıştık, hakikaten toplu sözleşme özgürlüğü var, buna müdahale edebilir miyiz? Biz uyarılama gibi düşünerek hakikaten buna müdahale ettik ve birçok toplantıda da bu söz konusu oldu ve birçok arkadaş da hakikaten zorlayarak verdiğimiz bu kararı benimsedi.

Size yine başka bir örnek anlatayım kendi kazandığım: Rahmetli bir arkadaşım, hâkim arkadaşın yeğeni benim kazama belediye reisi oldu.

Geldi, anlattı olayı. Daha önceki belediye reisi tahsilli bir kişi hapisshane-ye girmiş, belediye reisi vekili de bir bahçıvan olmuş. Sendikada sanıyorum bir örnek gibi düşünmeyin bunu da, bir şişe rakı içirip, toplu sözleşmeyi imzalatmış. Toplu sözleşmede ne haltlar yok, yeni reis geldi dedi ki bana, ağabey, böyle böyle durum ve de 150 kişi çalışacak yerde 500 işçi alınmış. Ne yapacak? Bu eşit şartlarda imzalanmış toplu sözleşme mi? Biz de kendisine öğüt verdik. Dedik ki, sendikayla otur, işçi sayısı konusunda ve ücretler konusunda anlaş. Nitekim böyle yaptılar. Şimdi burada anlatılmayacak o kadar hatıram var ki, efendim Yüksek Hakem Kurulu Başkanı olarak şu anda genel sekreter burada mı bilemiyorum, burada, tabii o anlatılamaz, bazı belediyelerde Yüksek Hakem Kurulu kullanmaya çalıştılar. Birçok maddede anlaşılıyorlar, maddi konularda sırf bizde toplu sözleşmesiyle geçsin diye, Yüksek Hakemden geçsin de, sorumluluktan kurtulani bize gönderiyorlar. Toplu sözleşmede bir nefes almaya bedel verilmiyor, onun dışında her şeye bedel veriliyor. Biz yasa olmadıği halde anlaşıkları maddede dahi imza ettik.

Şimdi ben niçin bunları anlatıyorum? Tabii Abdi Bey gayet güzel anlattı, kendisi çok saygı duyduğum bir arkadaşım, herkes haklı, ama hak Türkiye şartları diyoruz ya, bazen yargıçlar çok zorlanıyor. İnanın ben çok uzun yıllar Yargıtayda çalıştım, arkadaşlar o kadar özverili çalışıyorlar ki, bazen ben bu kadar iş arasında bu kadar güzel kararlar verilince kendim şaşırıyordum. Şimdi arkadaşlar söz almayınca ben Yargıtayı savunmak için bunu söylemiyorum, inanın yargıç arkadaşlar hem özverili, hem de bu toplantılarda arkadaşların açıklamalarından yararlanarak, değer vererek sonuca gidiyorlar, ama her kararımız doğru mu? Mümkün değil, muhakkak hatalı kararlarımız vardır, ama şuna inanın ki, yargıçlarımız tarafsız olarak hareket ediyorlar. Zaten bu inancımızı kaybedersek her şeyimizi kaybederiz. Bizim mahkemelerimizde biliyorsunuz *“Adalet mülkün temelidir”* yazar, niçin? Mülktedir, toplumdur, devlettir, yani güvenimizi kaybetmeyelim. Ben kaybettik demiyorum, ama değerlendirmelerimizi buna göre yapalım. Hepinize çok teşekkür ediyorum, sizinle tekrar beraber olmaktan çok mutluyum, saygılarımı sunuyorum.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ederim Sayın Başkanım.

Şimdi efendim, ben tabii cevap verme hakkımı saklı tutuyorum Sayın Başkanım. Gerçekten bu bir Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi semineri değil aslında, doğrusu ben açıkça söyleyeyim, ben Sayın Pe-

sok'a çok saygı duyarım, fakat bu açıdan Yargıtay kararlarını bu şekilde değerlendirmesini, olayın bir tarafı olarak bu şekilde değerlendirmesini ben şahsen doğru bulmuyorum. Bunu bir bilim adamı değerlendirseydi belki onu biraz daha doğal karşılayabilirdim. İş Hukuku Milli Komiteleri var, o kararlar tartışılacak. Ben o kararı çok iyi hatırlıyorum. Tabii siz bir iddiada bulundunuz, dolayısıyla ben de kararlar artık bitti, geçti, sanırım onlar bitti diye düşünüyorum, şimdi bir toplu iş sözleşmesi hükmü var. İşyeri devredildiğinde ya da kapatıldığında işveren bu işyerinde çalışan bütün işçileri diğer bir işyerinde istihdam eder. Hüküm böyle, şimdi işveren de 600 tane işçiyi değerlendirmiş bir şekilde, 250 civarında, 200-300 civarında sanırım işçiye de ben artık yer bulamıyorum diyor. Şimdi işverenin niyetine baktığınız zaman da tam bir iyi niyet var, 600 tane işçiyi hiç işyeri bakın, işini tamamen devretmiş, başka bir işverene vermiş, alt işverene vermiş ve bu işçilerin 600'ünü de değerlendirmiş. TİSK hükmü, tamam, TİSK'in özerkliği var, ama TİSK hükümleri Anayasaya aykırı olabilir mi? Biz de Anayasanın belki kararda söz edilmemiş, ama mülkiyet hakkı var, işverenin de girişim özgürlüğü var. Yani tamamen mutlak anlamda bu işçileri hiçbir şekilde işten çıkaramazsın mümkün müdür? Bakın, bizim o kararları belki siz beğenmeyebilirsiniz tabii olayın tarafı olarak, ama ben bu kararımızı çok takdir eden bilim adamlarını da biliyorum. Bu bakımdan bu gibi bana göre bu konunun çok somut olaylara girmemek lazım diye düşünüyorum, onun için de ben İnciser Hanımın bir sorusunu geçersiz saydım. Çünkü burada yargı mensuplarını etkilemek veya onların kararlarını bu anlamda böyle birebir olayın tarafı olarak eleştirmek falan çok doğru değildir bence, bu açıdan ben cevap verecektim, sağ olsun Sayın Onursal Başkanım kalktılar, bizleri savundular. Hatta biraz da insafli davrandılar, Sayın Başkanım ihbar öneli 60 hafta değildi, 110 haftaydı, siz indirim yaptınız. Yani şimdi 110 haftalık ihbar öneli kabul edilebilir mi toplu iş sözleşmesinde? Nitekim Yargıtayın bu kararını hemen hemen neredeyse bütün bilim adamlarımız çok doğru kabul ettiler.

Şimdi neyse, bu açıklamadan sonra Av. İbrahim Bey, buyurun efendim.

Av. İBRAHİM TAVAN (Kocaeli Barosu Çalışma Komisyonu)- Benim sadece sorum var, uzatmayacağım. Sayın Hocama, sizlere ve bu toplantıyı düzenleyenlere de öncelikle teşekkür ediyorum. Benim sizden sadece şu konudaki görüşünüzü almak istiyorum: Dayanışma aidatı daha önceki yasada da, bu yasada da en fazla üye aidatı kadar

olabilir diye bir hüküm var. Bir toplu iş sözleşmesi imzalanması için bir sendikaya üye olan, bir sendikaya güç veren, onunla beraber bir mücadeleye katılan bir adamın, bir kişinin, bir işçinin üye aidatıyla kenarda oturan, hiçbir mücadeleye katılmayan bir beleşçinin -diyelim- aidatını niye onunla eş tutuyoruz? Toplu sözleşme düzeni mantığında bu kişinin ödeyeceği dayanışma aidatının en az üyenin aidatından daha fazla olması gerekmez mi? Bu konudaki görüşünüzü almak istiyorum, teşekkür ederim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim İbrahim Bey. Şimdi söz sırası Üzeri Ataman Beyde, buyurun efendim.

ÜZERİ ATAMAN- Efendim, söz verdiğiniz için çok teşekkür ediyorum, hocamıza da gerçekten aydınlatıcı sunumu dolayısıyla ayrıca teşekkür ediyorum. Bu alanlarla ilgili çok net konuyu çok billurlaştırın ve çok olabildiğince açık olarak ortaya koyan bir çerçeve çizdiler gerçekten, böyle sunum çok göremiyoruz, üzülererek belirteyim. Kendilerine o anlamda çok teşekkür ederim.

Şöyle söylemem lazım, yani hocam sunuşunu yaptı, uluslararası çalışma normlarından bahsetti. Uluslararası normlara paralel olarak bizim yasal değişikliklerden bahsetti. Hemen söylemeliyim ki, bu tasarının oluşturulmasında Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonları DİSK adına Av. Necdet arkadaşımızla birlikte üçlü Danışma Kurulunda yer aldım ben, dolayısıyla bu süreç nasıl başladı, nereye geldi başından sonuna kadar içinde olduğumuz bir aşamalar zinciridir bu, ama aslında konuştuğumuz nedir, onu ortaya koyabilmek için size çok küçük bir şey aktarmak istiyorum. Çerkezköy'de ICM'in Uluslararası Federasyonun, Kimya İşleri Federasyonunun Türkiye'deki 8-10 sendikayla birlikte düzenlediği bir eğitim toplantısı vardı. Yaklaşık 150 civarında üye işçinin katıldığı bir toplantıydı. Biz de Türkiye'deki sistemi, Kanada'daki, Amerika'daki, Almanya'daki, Fransa'daki karşılaştırmalı bir analiz içinde olayı ortaya koymaya çalışıyorduk. Kanada'dan, Amerika'dan, Fransa'dan, İtalya'dan, İspanya'dan, Brezilya'dan sendikacıların gelip bu çerçeveyi aktardığı bir sunuş toplamıydı bu. Türkiye'yi ben anlatmaya çalışıyordum. Sonunda benim konuşmam vardı. İki gün sürdü, ikinci günün sonunda şöyle bir soru sordum başlarken: Dünyanın birçok yerini dinlediniz. Size göre bizdeki yapıya en uygunu, en benzeri hangisidir? Hiç tereddütsüz herkes Amerika. Bunu şunun için söylüyorum, biz bir

şey yapıyoruz da, acaba ne yapıyoruz içeriden tartışmanın ne kadar anlamı var? Yaptığımız şey bir yere oturuyor ve bu anlamda başka bir soru daha sordum. Dedim ki, peki bu ülkelerden bize en uzağı hangisi? Gene Amerika oldu. Ya nasıl oldu, yanı başımızda Akdeniz'in öte yanı Fransa, İngiltere, İspanya, İtalya duruyor, bunlar duruyor, geçememişiz Akdeniz'i öteye kadar kayıkla bile, ama binlerce kilometre öteden Amerika'nın sistemine benzer bir şey almışız. Murat nitekim örneklerken üç ülke saydı: Kanada, İngiltere ve Amerika, evet, biz oyuz. Türkiye sisteminin toplu sözleşme bacağı açısından oyuz, bunu çok basit olarak konuyla hiç ilgili olmamış işçilerin önüne bile koysanız o size diyecek ki, karşılaştırmalı doğru koyarsanız verileri, Türkiye bunu uyguluyor, bu kadar açık.

Birtakım Türkiye'ye özgü başka sınırlamalar var. Mesela, Abdi Bey anlattı, havayolları grevi nerede var, dünyada var mı? Yok, işte ilk yaptık. Peki, ben size başka bir şey sorayım: Notere üyelik nerede var noter aracılığıyla üyelik? Bir tek ülke gösterin diye yıllardır soruyoruz, bir tek ülke gösterin, sadece Türkiye'de var. Üstelik bunun gerekçesi sahtekârlıktan korumak olunca dünyanın en sahtekârı biz miyiz diyoruz, rahatsız oluyorlar. Böyle durumlar var, şimdi böyle bir sürecin içinden geliyoruz. Bunları şunun için söylüyorum: Yaptığımız şey Türkiye koşulları diyerek arkasına saklanılmayacak kadar evrensel bir durumdur. Bizim dayandığımız sistemin mantığı, modeli açık bellidir. Yetkiyi kötüye kullanma, onu da Can Hocam söyledi. Bazı noktalarda mesela, Türk Hava Yolları örneği gibi, ama bakın, yetkiyi kötüye kullanma yasadaki grev erteleme hakkını önce ulusal güvenlik gerekçesiyle erteleyip, aynı grevi o Danıştaydan dönünce sağlık gerekçesiyle ertelediğinde ortaya çıkmıyor mu, aynı şey olmuyor mu? Bundan 15 yıl önce, belki 14, bu hükümet yaptı. 13 yıl küsur önceki Kristal-iş'in cam grevi 4 dönem üst üste lastik için grevler ertelendi. Her grevin arkasından Danıştay erteleme kararının yürürlüğünü durdurdu. Buna rağmen 2 sene sonra tekrar ertelendi, ona rağmen 2 sene sonra tekrar ertelendi. Bu yetkiye kötüye kullanma değil mi? Şimdi dolayısıyla yetkiyi kötüye kullanma birtakım verilen idari organlara temel hak ve özgürlüklerle ilgili aktarılmış yetkilerin Türkiye'de kullanma biçimi ne yazık ki bu biçimde. Yargı üzümlere söylemeliyim, yargının genel anlayışı da bu düzlemde ne yazık ki aynı baza oturuyor. Eczaneler gibiden kalkarak daha 3 yıl önce yerel mahkemenin olumsuz kararına rağmen Yargıtay kararıyla ecza depolarında grev yasaklandı.

Bunu herhalde biliyorsunuz. Yani eczaneler gibi diyormuş, gibiden kalkarak yerel mahkeme, İzmir'den bir mahkeme dedi ki, girmez grev yasağına burası, ama yargı da gibi ifadesi ecza depolarını da kapsar, grev yasağı kapsamına girer. Şimdi dolayısıyla lütfen birtakım ara varyantlarda, patikalarda dolaşırken yaşadığımız sürecin gerçek niteliklerini gözden kaçırmayalım.

Bu anlamda çok iki küçük noktayı, ama önemli gördüğüm noktayı belirterek uzatmadan toparlamak istiyorum. Çünkü çok konu var, ama birincisi Uluslararası Çalışma Örgütü şu anda toplantıları devam ediyor, doğru, hep onunla karşılaştırıyoruz ve altında kalıyoruz. Onlar birincilikse biz ikincilik, ILO nedir? Uluslararası Çalışma Örgütü devletlerin, işverenlerin ve çalışanların yararına ortak bir kurumdur. Kararları, normları çalışanlar adına onların örgütleri eliyle alınan ileri normlar, ileri kazanımlar değildir. Ortak uzlaşmayla, mutabakatla sağlanan kazanımlardır. Dolayısıyla bu normların bile gerisinde kalmak herkesin kendi başına düşünmesi gereken bir durumdur. Bunun altında kalmak savunulamazdır. Bu açıktan açığa dünya çapında işverenlerin ve devletlerin bile kabul ettiği temel hak ve özgürlük normlarını kabul etmemek anlamına gelir. ILO normlarına aykırılığın basit olarak birileri belirledi, sendikalar çıktı, çok ileri düzenlemeler yaptılar da, biz bunun bir kısmını kabul etmiyoruz şeklinde değerlendirilecek bir yanı yoktur. Bu Türkiye'de gerçekten gözden geçirilmesi gereken bir durumdur.

Önemli bir nokta buradan kalkarak, hocamıza bir tek orada küçük bir belki eleştirim var. Sunuş mükemmel bence, ama bu süreç içinde yaşarken, yasal bunun hazırlık çalışmaları içinde yaşarken de en çok kilit ve üzerinde durulan nokta bu, Türkiye'deki yetki sorunu dünyanın her yerinde yetki için bazı kriterler var zaten denilerek ele alınacak bu yaklaşımla değerlendirilecek bir konu değildir. Bu doğru mu? Doğrudur, yani dünyada sendikal hareketlerin gücü, çapı, yapısı, vesairesi açısından belli ölçüde elbette var, ama hiçbir demokratik ülkede hiçbir ölçü ve kriter temel hak ve özgürlüğün kullanımını mutlak anlamda ortadan kaldıracak nitelik taşımaz, taşıyamaz. 100 kişiden 50'si sendika üyesi olduğu zaman orada sözleşme yapılamaz, tümüyle mutlak olarak 1 kişi dahi üye olup, 51 kişi üye olduğu zaman bütün haklar gelir gibi bir mantık olamaz. Mutlakıyetçi bir biçimde şu şart yerine geldiği zaman şu hak vardır, bu yok olduğu zaman bu hak yoktur gibi bir anlayış kesinlikle savunulamaz. Şu andaki sistemin temeli budur. Esas olan şey

temel hak ve özgürlüklerin kullandırılır olmasıdır. Bunlar araçlardır, yöntemlerdir. Yöntemler amaçlar yerine geçirilemez. Esas olan şey talebe, demokratik hak talebinin ortaya çıkış biçimine bağlı olarak bu demokratik hak talebinin kullanılmasının düzenlenmesidir. Yasaklanması, ortadan kaldırılması değil. Bu anlaşılabilir ve elbette anlaşılabilir değil, çok iyi anlaşılıyor. Çünkü örneğin Uluslararası Çalışma Örgütünde şu anda devam eden görüşmelerde bu yıl Aplikasyon Komiteleri toplanıp bunları görüşemiyor. Çünkü ILO'daki işveren ekibi blokaj uyguluyor ve o Aplikasyon Komiteleri toplanamıyor. Daha dün, önceki gün çıkan bir gelişme bu, böyle yerlere gidiyoruz. ILO karar alamasa işveren blokajı dolayısıyla biz önümüzde pusulasız mı kalacağız? Ne oldu, yani bizim demokrasi ILO'nun çizdiği sınırlar içerisinde kuracağımız bir demokratik yaşam mı olacak? Dolayısıyla temsil ve demokratik yapılanma sorunu sadece ILO normu, Avrupa Birliği üyesi falan gibi algılamak yetersiz bir algılama. Temsil sorunu da hiçbir şekilde sendikaların üye sayısı ile sınırlı ele alınacak bir konu değil. Ayrıntılı açmak hiç mümkün değil, ama şunu söyleyeyim: Sendikanın demokratik bir yapıda temsili doğrudan doğruya sahip olduğu üye sayısının dışında güçlerle ve ölçülerle aranmalıdır. Bir tek örnek söyleyeyim. Bir İtalyan'a sorarsanız, dersiniz ki mesela, kardeşim, sen 100 kişi var, 100 kişinin üye olduğu bir işyerinde herkes sendikaya üye, toplu sözleşme yapabilir misin, hayır diyecektir size. 100 kişilik bir işyerinde sendikanın 100 tane üyesi var, toplu sözleşme yapabilir mi? Hayır diyecek, temsil ölçüsü başka bir şeydir, sözleşme yetkisi de başka bir şeydir. Demokratik işçi temsilciliği seçimleri olur, Fransa'da iş mahkemesine sendika üyesi seçimleri olur. Şimdi mesela, Fransa'da yeni en son getirilen düzenlemeyle seçimlerde oranlar belirlendi. Ülke çapında yapılan seçimlerde yüzde 8'den aşağı oy alan temsil yok, seçim oy, ama üye değil, dolayısıyla öyle bir yapının sonunda demin söylemeye çalıştığım demokratik hakların kullanımını sağlayacak organ ortada oluyor, yok olmuyor. Yoksa bugünkü gibi koydum yüzde yarımı, 1'i, onu sağlayamayan işkolunda bile toplu sözleşme olmasın. Bunlar Amerikan modelinin dar işyeri çapındaki sınırlı düzenlemelerinin sonuçlarıdır.

Son cümlem, çerçeve sözleşme şu andaki haliyle işverenlerin yıllardır ifade ettiği sendikaların ortak birlikte norm yaratması amacına hizmet eden onların üyeleriyle sınırlı işveren sendikalarının taleplerine uygun bir yapıdır. Hiçbir şekilde gerçek bir toplu sözleşme değildir ve

buna bir adım bile değildir. Oysa biz o görüşmelerde çok düzeyli toplu pazarlığı, sınırsız, talep eden herkesin toplu sözleşme hakkına ulaşmasını ve bu çerçevede de bu yapının yeniden oluşturulmasını önerdik, savunduk. Neleri reddettiler? Şunu bile reddettiler: Dedik ki, sen yapı kurdun, güveniyorsun kendine, SGK istatistikleri falan diyorsun, artık her şey net diyorsun, şunu yap o zaman, rahatlat sistemi. Çok basit sistem için öneri sunuyoruz. Başvuru yapıldı mı? Orada gönder taraflara, itiraz yoksa kabul et, inceleme yapma, itiraz varsa çoğunluk, hayır, olmaz, sistem çöker, bu anlayışlarla biz daha başka bir sürü şey var, çok basit şeyler reddedildi. Dolayısıyla dedik ki, bu yapı hiçbir şey doğurmaz, buradan bir demokratik dönüşüm çıkmaz. Şimdi Türk Hava Yolları grevi yasaklanması ulusal İslam stratejisindeki hedeflere uyumludur, 2012-2023 arasındaki siyasal iktidarın ekonomik ve sosyal programıyla uyumludur ve dolayısıyla o program geçerli olduğu sürece yakından inceleyen bilir ne içerdiğini, bu tartışmalardan demokratik açılımcı bir sendikalar ve toplu sözleşme düzeni çıkmaz. Hocama bir kez daha bu yaklaşımı sergileme fırsatı verdiği için teşekkür ediyor, hepinize saygılar sunuyorum.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Ataman.

Şimdi söz sırası Sayın Necdet Okcan'da, buyurun efendim.

NECDET OKCAN- Ben de hocama teşekkürle başlıyorum. Gerçekten uluslararası sözleşmeler ışığında hem ILO, hem İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararlarını çok ayrıntılı bir şekilde sundu, hem uygulamacılara yol göstermesi bakımından bir başvuru kaynağı olacağını düşünüyorum.

Burada İsmail Bayar'ın bıraktığı yerden belki devam etmek lazım. Hocam temsil kabiliyeti Almanya'dan örnek verdi. Sendikaların toplu sözleşme yetkisi bakımından aranan işçileri temsil edebilme yeteneğine kabiliyetine sahip olma, güçlü sendika ilkesi, tabii bu tartışmalar 1983'ten bu yana gelen şişmiş, biraz fiktif, biraz sahte üyeliklere dayalı -bunu çok rahat söylüyorum- bir baraj sistemi ve bizim istatistiklerimiz aslında gerçeği yansıtmayan sistem, çünkü 2009 Temmuz istatistiklerinde Türkiye'de çalışan işçi sayısı 5 000 000 gözüküyor, sendikalı üye sayısı da 2 500 000 gözüküyor. Hemen SGK istatistiklerine bakıyorsunuz, 10 000 000 çalışan var. Biz biliyoruz ki, toplu iş sözleşmesinden yararlanan yine bakanlığın istatistiklerine göre 700 000-800 000 arasında değişen bir

toplular sözleşmeden yararlanan işçi sayısı var. Bakanlık bir gece gene bir torba kanun içerisinde sendikaların çok haberi olmadan dedi ki: *“Bundan sonra toplu sözleşmenin imzalanmasında esas alınan bu istatistikler de SGK verileriyle alınacak”*, ortaya saatli bombayı koydu. Çünkü bunun anlamı şuydu: SGK verilerine göre düşmeye bastığı zaman şu anda mevcut toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip 3 konfederasyondan da yaklaşık olarak sendikanın yarısı yüzde 10 barajına göre sistem dışında kalıyordu. Toplu sözleşme yapamaz hale geliyorlardı. Bu tabii hangi hazırlıkla paralel yürüyordu?

O arada 60. hükümet döneminde, Sayın Ömer Dinçer’in dönemindeki Çalışma Bakanlığı döneminde üçlü Danışma Kurulu çalışıyordu ve bir yasayı gene geçen seneki ILO Konferansına yetiştirmeye hazırlanıyordu. Orada barajın binde 5’e veya sıfırlanması üçlü konfederasyonlara yetki verme sistemi vardı. Dolayısıyla sistem burada çok arıza çıkmayacak diye düşünülürken o yasa çıkmadı, fakat yasa yürürlüğe girdi. Bu arada apar topar üç defa ertelendi. En son erteleme bunu sordu, *“neye göre erteliyorlar?”* dedi. 2822 sayılı Kanununun geçici 2. maddesine *“en son yayınlanan istatistiklerin yenisi yayınlanıncaya kadar geçerlidir”* diye bir hüküm koydular. Aslında normalde bakanlık şu anda yetkileri vermesi lazım, fakat vermiyor. Benim bildiğim sendikalar bakanlığa müracaat ettiler, niye dediler vermiyorsunuz, neye dayanarak vermiyorsunuz? Evet, geçici 2. madde var, ama kanun da Mecliste, o çıkacak, yeni düzenleme yapacağız filan diye şu anda sistemi bloke etmiş durumda.

Temsil yetkisi meselesindeki tartışmada Bursa mutabakatında 2008’de işverenlerin önerisiyle Belçika modeli geldi. Bunu İsmail Bayar sendika oligarşisi diye düşünüyor. Sendikal harekete tabii yönelik eleştirileri benim de birtakım eleştirilerim var, saklı tutuyorum onları, ama üç konfederasyon Türkiye’deki tarihsel işçi sınıfı mücadelesine baktığım zaman üçlü bir yapı var. Üç tane konfederasyon Türk-iş, Hak-iş ve DİSK olarak üç konfederasyon var. Bu konfederasyonlar 1980’den sonra çeşitli kurullarda temsil ediyorlar, ekonomik, sosyal konsey, SGK Genel Kurulu, İş Kurulu gibi birtakım çeşitli kurullarda üyelerini en azından temsil ediyorlar. Dolayısıyla bu sendikaların toplu sözleşme yapma ehliyeti farazi olarak temsil kabiliyeti olsun diyerek Bursa mutabakatında üç konfederasyona baraj aranmaz hükmü getirildi. Fakat buna eleştiriler geldi. Binde 5 şu anda bütün baraj getiren bütün sistemler birtakım sendikaların devre dışı kalmasına yol açıyor. Sayın Abdi Pesok üstadım söy-

ledi, yayınlamıyor, ama el altından Bakanlık bize verileri verdi. Şu anda o kadar enteresan ki, iş kollarının birleşmesi 28'den önce 18'eydi, şimdi 22'ye düşürüldü. Siz birleştirilmiş iş kolları ve SGK kayıtlarını esas aldığınız zaman şu anda düğmeye basın, yüzde 1'de bile aşağı yukarı 13 sendika barajın altında kalıyor. Bunun anlamı şu: Bunun bir sosyal sıkıntı yaratacağı böyle, yıllarca üyeleri adına toplu sözleşme yapı gelmiş, bilinmiş, tanınmış sendikalarımızın toplu sözleşme yapma sınırının altında kalacağını düşünüyorsunuz. Dolayısıyla sabahki oturumda Sayın Murat Engin Hocam bir açılım yaptı. Dedi ki, bu Fransa örneğinde biraz önce Sayın Üzeyir Ataman örneklerini verdi. Başka bir temsil yöntemine belki sendikaların temsil kabiliyetini ölçecek birtakım yöntemleri bulmamız gerekir. Çünkü diğeri çok değişken birtakım istatistiksel manipülasyonlara açık.

Şimdi mesela, NACE kodları diyorlar, NACE kodlarını uyguladı şimdi SGK, NACE kodları aslında bir karmaşa, yeni bir kod sistemine geçti eski kod sisteminden, o da iş kollarının sayısını arttırdı. Şu anda 17 numaralı ticaret eğitim büro işkolunda 2 600 000 kişi mevcut. Bakanlık istatistiklerinde 600 000 kişi gözüküyor. NACE kodlarını uyguladılar, SGK kayıtlarını getirdiler. Şu andaki veri 2 600 000 kişi, eğer yüzde 1'i getirdiğiniz zaman o işkolundaki sendikaların birçoğu konusunda dolayısıyla ben de endişeliyim yasanın rafa kaldırılmasından, çünkü bu haline çok açık, bunu bakanlık yetkilileri söylüyorlar. Özellikle Türkiye'de küçük işverenleri temsil eden birtakım konfederasyonların, yapıların, derneklerin ciddi muhalefeti var yasaya, yasaya muhalefeti nedeniyle bu yasa engelleniyor, ama bir taraftan bu yasa Meclis gündeminde beklerken üçlü Danışma Kurulunun hiçbir şekilde ele alınmamış, hiç gündemine gelmemiş olan hava işkolundaki grev yasağı -bir anlattılar süreci- geldi. Bu da Türkiye'de hem sosyal diyaloga üçlü, endüstri ilişkilerine, sosyal tarafların mutabakatına aykırı bir durumdu. Dinlediğiniz için teşekkür ediyorum, saygılarımla.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ederim Sayın Okcan.

Ali Bey, buyurun. Ali Bey, sizden özellikle özet istiyoruz, soru şeklinde olsun lütfen.

ALİ (Soyadı belirtilmemiş)- Hocama çok teşekkür ederiz. Ben bir soru soracağım. Şimdi sendikacılar geldi, arkadaşlarımız geldi. Baraj var dediler, müracaat var dediler. Hocam çok güzel bir noktaya temas

etti. ILO anlaşmaları, Türkiye'nin imzaladığı anlaşmalar Anayasanın 90. maddesine göre Türkiye'nin uymak zorunda olduğu anlaşmalar. Şimdi bu anlaşmalarda işçiler eğer haklarıyla ilgili bir direniş, bir grev yaptıkları zaman ILO şartlarına göre bunun korunulması gerekir, yeter ki kendi iktisadi, ekonomik şartlarıyla ilgili bir talep olsun diyor. Yanlış anlamadım değil mi, öyle dediniz hocam. Şimdi biz 1980'den önce ne bölge çalışmayla uğraştım ben, ne müracaat ettim, ne şunu yaptım, ne bunu yaptım. Bir işyerinde eğer ciddi bir örgütlenme varsa işvereni çağırdım, geldi, protokol yaptım. O protokolda neye riayet edeceğimizi, karşı tarafın neye riayet edeceğini hepsini protokole yazdık. O riayet ettiği müddetçe hiçbir sorun çıkmadı. O riayet etmezse fabrikada biraz iş durur veya temelli durur, yani örgütlenme budur. Sendikalar dağılıyorlar, o zaman ne baraja ihtiyaç var, ne bir şeye ihtiyaç var. Sonra eğer sendikal özgürlük diyorsak barajı bırakacağız, herkes örgütlenebildiği kadar örgütlenecek. Toplu sözleşmede devlet müdahale etmeyecek, ancak kamusal, kamu-yu tehdit eder bir durum olursa ancak o zaman tehdit edecek. Yoksa 60 gün şartı, yok 6 iş günü, taraflar, herkes anlaşma olduğu zaman mesela, şirketlerde bir sıkıntı olduğu zaman telefon ediyorlar, konuşuyorlar.

Şimdi ben bir şey sormak istiyorum. Hocam, şimdi bu durumda bu şartlara uymayan bir işçinin yapacağı görevin korunması gerektiğini söylüyorsunuz. Peki, bütün bu şartları, bu uluslararası anlaşmalar Türkiye'deki bu 90. maddeye göre uygulanması gereken bir mevzuat olduğuna göre, bunlara uyulmaması halinde doğacak olayların herhangi bir sorumluluk getirip getirmeyeceği konusunda ben düşüncenizi öğrenmek istiyorum.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim Ali Bey. Son soruyu soracak olan Av. Arzu Becerik Hanımefendi, buyurun.

Av. ARZU BECERİK- Ben de bu toplantıdaki hocamızın tebliğinden çok yararlandım. Bir konudaki endişelerimi ve buna göre de belki varsa çözüm önerilerinin buradaki yüksek yargı hâkimleri açısından da paylaşmak istiyorum. Şimdi insan hakları uygulamasında ne yazık ki Türkiye çok kötü bir durumda, evet birinciyiz. İngiltere'yi geçtik, Rusya'yı da geçtik ve biz daha kısa sürede yaptık bunları. Bu ihlaller daha çok ceza hukuku alanındaydı. İş hukuku alanında ihlallerin bu kadar olmamasındaki en önemli etkin ILO açısından yaptırımların İnsan Hakları Mahkemesi gibi olmaması ve İnsan Hakları Mahkemesinde de biraz da

ILO'nun varlığıyla buradaki başvuruların çok ele alınmamasıydı. İnsan Hakları Sözleşme kategorilerinde zorlanmamasıydı. Şimdi tabii ki Türkiye içeride çözemediği için birtakım sorunlarını İnsan Hakları Mahkemesinde de zorluyor. İş hukukunda gerek bireysel iş hukuku anlamında olsun, gerek toplu iş hukukunda sendikalar ve toplu iş sözleşmesi grev konusunda içeride çözülme ve bu kadar tıkanma ve üstelik hem kendi iç hukukumuzu da ihlal eder şekilde müdahaleler kuşkusuz İnsan Hakları Mahkemesi kapısını bu noktada da zorlayacaktır. Şu noktada rahatsız eden ve aslında kamuoyunun da çok bilmediği bir şey var. Evet, İnsan Hakları Mahkemesinden kararlar çıkıyor, ama çıkarken bu kararların Türkiye aleyhine, özellikle Türkiye yargısı aleyhine bir şeyler daha ekleniyor. Biz bunu sonuçlanmış olduğu için söyleyeyim, en somut kamuoyu da takip etti, mesela, Hrant Dink davasında yaptık. İnsan Hakları Mahkemesi sürecini yürüttüm, Türkiye'deki mahkemenin etkili olamayacağını söyledik biz ve hakikaten Türkiye'de iç hukuktaki 14 Ağır Cezadaki yargılama devam ederken İnsan Hakları Mahkemesi inceledi ve karar verdi.

Şimdi eğer bizdeki yargıçlar aslında yükü yargıçların üstüne atmak istemem, ama iç hukuku uygulamak zorunda oldukları uluslararası, moda deyimiyse ulusal üstü hukuku göz ardı ederek hep son uygulamaları ve biraz da idarenin, yürütmenin isteği doğrultusunda bir karar vererek yürütmeye çalışırlarsa, artık bundan sonra Türkiye açısından korkarım ki iş hukuku açısından da etkisiz iç hukuk yollarından doğrudan İnsan Hakları Mahkemesine gidişler olacak ve İnsan Hakları Mahkemesi açısından da hakikaten Yargıtayda hiç buradaki insan hakları sözleşmesinin hükümlerini ya da daha somutlaştırarak bizim daha önceki kararlarımızı, İHAM kararlarını incelemeyerek karar veriyor. O zaman hakikaten burada bir etkisizlik söz konusu diye çok önemli konularda en azından bunu dikkate alacaktır. Bu çok acı bir şey bana göre bizim iç hukukumuzun etkisizleşmesi, şimdi Anayasa Mahkemesine başvurular başlayacak Eylül'den itibaren, korkarım ki Anayasa Mahkemesi bu yükün altından kalkamayacak zaten bireysel başvurular açısından, o kadar çok bekleyen ve hem ilk derece mahkemelerinde, hem de Yargıtay derecesinde çözülemeyen sorunlar var ki, bunların Anayasa Mahkemesine gitmesi ve buradan İnsan Hakları Mahkemesine gitmesi zaten süre noktasından da sorun doğuracak.

Şimdi bu noktadan bakınca bir Danıştay Başkanının burada yok, ama kendisinin söylediği sözler bence önemli. Doğrudan kanunlarda

tanınmış olan bir hakkın uygulanmayacağını söylemesi burada Danıştay açısından bence etkisiz birtakım şeyler olacağını göstermekte. Şimdi acaba İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımı açısından ve Türkiye'nin kanunları açısından, yarattığı kanunları ve yeni yollar açısından Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru konusundaki yaklaşımı ne kadar süreyle izlenebilir ve ne kadar sürede bunun etkisiz olduğuna karar verilebilir sizce? Teşekkür ederim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim.

Efendim, şimdi bir konuya açıklık getirmek istiyorum. Danıştay Başkanının tabii burada kendisi olmadığı için cevap hakkı doğacak şekilde, aslında bu şekilde konuşmalar, değerlendirmeler yanlış, ama şu ifadeyi, şu açıklamayı yapmak istiyorum. Bir defa ister Danıştay Başkanı olsun, ister Yargıtay Başkanı olsun, kesinlikle yargısal görevleri yoktur, onların görevleri idaridir. Dolayısıyla Danıştay Başkanı herhangi bir Danıştay Dairesinin üzerinde yargısal anlamda bir denetim yetkisi, onların kararlarını etkileme yetkisi, böyle bir konumu söz konusu değildir. Ben böyle bir açıklama yaptı mı, yapmadı mı onu bilmiyorum, ama yapmışsa sadece kendini bağlar. Dolayısıyla bütün yargıyı töhmet altında bırakmak, onların vereceği kararları şimdiden etkisiz olarak görmek çok doğru değildir. Teşekkür ederim. Buyurun Hocam, sıra sizde.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT- Teşekkür ediyorum. Ben de sizlerden çok şey öğrendim. Hakikaten bir beyin fırtınası oldu burada, çoğu konuşmacı zaten kendi yorumlarını ilettiler. TİSK Toplu İş Sözleşmesi yetkisi ne olmalıdır, baraj olmalı mıdır, olmamalı mıdır? Kuşkusuz bu soruların cevabını bulmak kolay değil, 3 sene önce yanlış hatırlamıyorsam Türk-iş bize bir Toplu İş Sözleşmesi Kanun Tasarısı hazırlama görevi verdiğinde Sarper Hoca, Devrim Hoca, Kübra Doğan Yenisey, Öney İrence ve ben Türk-iş için bir tasarı hazırladık. Bizim hazırladığımız tasarı da Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısıydı. Esasında bu tasarıda da bizim şeyden oldukça yararlanmış, ama Türk-iş o zaman buna sahip çıkmadı, diğer sendikalar da sahip çıkmadı. Dolayısıyla somut bir şey getirin, koyun ortaya dediğimiz zaman bunu koymak gerçekten de kolay değil. O dönemde uluslararası sistemleri de inceledik, ama hepsinin artı bir getirisi veya götürüsü var. Bir de Türkiye'de şöyle bir şey var, biz mesela o tasarımı hazırlarken şöyle hareket ettik: Özellikle Devrim Hoca nedir bu yasa dedi, yabancılara anlattığımız zaman çok rahatsız oluyoruz. 6 iş

günü bekleyeceksin, 6 iş günü sonra alacaksın, vesaire böyle birtakım sınırlamalar, kısıtlamalar, ama bunları doğrudan kaldırmaya çalıştığınız zaman da sendikal gelenek çok iyi oturmadığı için ve sendikalar gerçekten işverenler karşısında örgütlü bir güç oluşturmadığı için bu sefer sistem tamamen başıboş, nereye gideceğini bilemiyorsunuz. Dolayısıyla buradaki konuşmalarda da esasında ben şunu göremedim: Yani konfederasyonların somut olarak şeyleri oldu mu bu yetkiyi aşmak için, yetki sorununu aşmak için şu getirilmelidir dedikleri oldu mu? Esasında baktığımızda birçok Avrupa ülkesinde toplu iş sözleşmesi veya toplu iş hukuku mevzuatı yok. Yasal düzenlemeler yok, ama o ülkelerde kültürel gelenekler dolayısıyla sistem gayet güzel oturmuş, esasında işverenlerin sendikadan uzaklaşma, sendikal örgütlenmeyi yok etme gibi bir kaygısı yok, ama sendikalar da son derece profesyonel çalışıyor, dolayısıyla bence sistemin sorgulanması lazım. Bu salonda da sendikaların azlığı zaten içinde bulunduğumuz durumu gösteriyor. Yani bugün burada sendikaların dolması, hatta yer bulunmaması gerekirdi, ama maalesef onlar da konuya yeterli özeni göstermiyor diye düşünüyorum. Hukuk danışmanları dışında tamamen kendileri de olayın dışında seyrediyor diye düşünüyorum. Dolayısıyla yetki için tabii ki bir kriterler bulmamız lazım, ama bu yüzde 1'le örtüşmüyorsa, o zaman daha indirebiliriz. Şeydeki kayıtlarla Sosyal Güvenlik Kurumundaki iş kollarının koduyla örtüşmüyorsa, bunlar düzeltilebilir, ama tanınması için bir kriter oluşturmamız lazım.

Biz o taslakta bir Toplu İş İlişkileri Kurulu diye bir kurul oluşturmayı düşünmüştük. Esasında başka ülkelerde de var bu kurulun bağımsız olması, fakat tabii hep şimdi aklımıza şu geliyor: Gerçekten bağımsız kurul olabilecek mi? Dolayısıyla olması gereken tabii sendikaların da kendi yapılanmalarını birazcık gözden geçirmeleri. Mesela, İngiltere'de etik kurulları var, böyle birbirlerinin üye yarışını, davranışlarını, toplu sözleşme prosedürlerini her aşamada denetleyebildikleri, organize olarak çalışabildikleri etik kurullar var. Bunun dışında bağımsız organlar olmalı diyor zaten, bakanlığın yetki sürecinde yer alması da ILO'ya uygun gelmiyor. Bağımsız kurullar, ama bağımsız kurul dediğimiz zaman da bu sefer gerçekten bağımsız olacak mı? Yani memurların toplu iş sözleşmesinde esasında gördük ki, hükümetin vereceğinden farklı bir şey çıkmadı. Dolayısıyla ne getirmeliyiz? Yani cevabını bulmak da kolay değil. Çerçeve sözleşme tamamen işveren tarafının benim de bildiğim

getirdiği ve onların da esasında bunun altında farklı bir amaç aradıkları, toplu ILO'ya uyum sağlamak amacıyla var mı var, bir çerçeve sözleşmemiz var.

Bugün için Ali Bey şeyi sordu, bu uluslararası düzenlemeler kapsamında şimdi toplu eylem hakkının kullanılması halinde işçiler neyle karşılaşacak? Bu konuda çok farklı görüşlerin ortaya çıkacağını biliyorum. Yani ben çok kişinin şu anda madem toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde greve gidilebilir diye yasa açıkça yazdıysa, artık bunun dışındaki tüm eylemler yasadışıdır görüşünde olduğunu şu an için biliyorum, ama ben bu görüşte değilim. Kanunun lafzının dışında bunlar grev değildir, bunlar toplu eylemdir, bunlar protesto niteliğindedir, ama bunlar da tabii ki ölçülü olarak kullanılmalıdır. Siz toplu eylem yapacağım diye günlerce işi bırakırsanız, durdurursanız bu olmaz, ama işte bir gün çok kurallı çalışma, onun için işi yavaşlatma, bir gün oturma eylemi, yani böyle arizi nitelikte durumlar olursa bunun yasadışı grev olarak nitelendirilmemesi, hatta bunlar grev değildir bence, demokratik hakların kullanımı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla kanunları yorumlarken esasında amacına göre yorumlamamız lazım. Şeyde de çok açıktır, Anayasada işyeri işgali, verimi, düşürme, vesaire gibi yasakları kaldırırken ILO normlarına uyum amaçlanmıştır denilmektedir, ama şimdi bunu ben bir yerde söylediğim zaman mutlaka başka bir görüş çıkacak. Kanunların gerekçeleriyle bağlı değiliz denilecek, ama gerekçe burada çok önemli, açıkça söylemiş, dolayısıyla daha demokratik açıdan bakarak yorumlamamız gerekir. Artık bu noktadayız. Ne olacak? Türk hukukunda sözleşmelerin feshi yargıya gidecek, burada sonuç alınmazsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidecek, orada mutlaka tazminat çıkacak. Tazminat çıktığı zaman ne olacak? Bir müddet sonra hükümetler bunları ister istemez kabul etmek zorunda kalacak. Çünkü iş paraya geldiği zaman ciddi yaptırımlarla karşı karşıya kalınacak. O nedenle de 2010 yılındaki esasında değişiklik de bir zorunluluğun sonucuydu. Yani hakkın lütuf olarak verilmesi değildi. Bunu mecburdu hükümet ve bunu değiştirdi. Dolayısıyla İnciser Hanımın sorusunu da cevaplamış oldum. Türk-İş Genel Kurulu bir günlük kıdem tazminatına karşı işi bırakma kararı alırsa ona göre yasadışı grev değil, ama benim bu dememle işçiler işi bırakıp da işsiz kalırlarsa sorumlusu ben olmayayım. Dolayısıyla dediğim gibi o tazminatları karşılayacak durumda değilim. Onun için bu konuda da farklı görüşlerin şu

anda doktrinde olduğunu da söylemek istiyorum. Dolayısıyla tabii ki o konfederasyonun kendi kararı olacak.

İş hukukunun etkisizleşmesi Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ne kadar sürede değer vermemesi, bu konuda herhangi bir şey söyleyemeyeceğim. Bunu tabii ki zaman içerisinde göreceğiz, ama dediğiniz gibi İnsan Hakları Mahkemesi önünde davalar birikecek. Bu da yakın bir gelecekte bekleniyor. İhtiyari arabuluculuğun kaldırılması, yani 30 gün sonunda anlaşma olmuyorsa ihtiyari arabuluculuğa gidiyordu. Ben de anlamadım ne faydası var bunun, 60 gün beklemenin ne anlamı var? Boşuna zaman kaybı, hatta ILO'nun eleştirisi grev kararı alabilmek için beklenecek sürenin uzun olduğu yolunda, yani burada siz süreyi uzatıyorsunuz. Halbuki 30 günde anlaşamıyorlarsa her zaman arabulucuya gidilebilmeliydi. Ne amaç güdülüyor onu bilmiyorum. Dayanışma aidatıyla üyelik aidatı arasındaki fark denildi. Dayanışma aidatını biz şöyle anlatıyoruz derste: Sendika üyeleri sadece toplu iş sözleşmesinden değil, sendikanın diğer tüm faaliyetlerinden yararlanıyor. Dolayısıyla üyelik aidatı daha fazla olmalıdır, ama dayanışma aidatı sadece toplu iş sözleşmesinden yararlanma getirdiği için bu aidat miktarı düşük olmalıdır. Şimdi eğer siz dayanışma aidatını daha yüksek yaparsanız, üyelik aidatı veya daha üstüne çıkarsanız olumsuz sendika özgürlüğüne aykırılık ortaya çıkar. Dolayısıyla kişiyi sendikaya üye olmaya zorlamış olursunuz, ama tabii Türkiye'de sendikaların başka faaliyetleri olmadığı için bir anlamı olmuyor, normalde amaç bu.

Mali güç, bağımsızlık, belirli bir çoğunluk, yani dediğim gibi yetki konusunda keşke sihirli bir reçetemiz olsa da elimizde bunu çözebilsek, ama konfederasyonların da şöyle elle tutulur bir öneri getirdiklerini ben görmedim. Yani konuşmalar daha çok teorik düzeyde olması gerekenlerden bahsediliyor, ama somut öneri yok. "*Grev ertelemesini nasıl çözeceğiz?*" dedi Abdi Bey, bu konuda dava var mıydı?

Av. ABDİ PESOK- Şu anda yok.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT - Grev ertelemesini bilmiyorum nasıl çözeceğimizi ben de.

Av. ABDİ PESOK- Danıştay Başkanının beyanı karşısında.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT - Beyanı karşısında artık ona söyleyebileceğimiz bir şey yok tabii, umarım talihsiz bir beyandır, yoksa şey olduğunu düşünmek istemiyorum. Toplu iş sözleşmesi özerkliği konusunda özerkliğin sınırsız olmadığını düşünüyorum ben, bu konuda Murat Özveri'yle de ayrılıyoruz. Aynı konuda çalıştık, işlem temelinin çökmesi konusunda, toplu iş sözleşmesi ve diğer sözleşmelerden çok farklı değildi. Toplu iş sözleşmesi kendi özelliği gereği emredici etkiye sahiptir, ancak irade özerkliğinin daha üst düzeye taşınmış halidir. Mutlaka tarafların iradeleriyle getirilen hükümlerin uygulanması asıldır, ancak girişim özgürlüğü, kişilik hakları, çalışma özgürlüğü, yani Anayasal sınırlar içerisinde toplu iş sözleşmesi özerkliğinin de sınırları vardır. Sayın Başkanın belirttiği gibi o kararları ben de savundum. Hatta toplu iş sözleşmesinde ekonomik kriz dönemlerinde eğer şartları gerçekleşmişse tabii çok sınırlı olarak toplu iş sözleşmesine hâkimin müdahalesini de kabul etmek gerekir düşüncesindeyim. Fakat bunlar tabii ki sınırlar içerisinde yerinde ve doğru olarak uygulanmak şartıyla.

İşyeri yetkisi bakımından yarından fazla ve işletmede yüzde 40 çoğunluk mutlaka ILO tarafından eleştirilecek. Yani eğer işyerinde çoğunluğu sağlayan sendika yoksa mevcut sendikalar toplu iş sözleşmesi yapabilmeli diyor ILO ve bu da kanunda eleştirdiğim noktalardan biri. Kabul edelim, benimseyelim, benimsemeyelim, madem biz bir uluslararası sözleşmeye imza atmışız veya bir kuruluşa üye olmuşuz, artık bunun gereklerini yerine getirmemiz şart, bundan kaçınmamız mümkün değil.

Evet, benim cevap vereceğim şeyler bu kadar, Sayın Yargıcın sorusunu unuttuk, ilk önce o sordu. 52. maddede idi. Aynı düzenleme esasında mevcut kanunda da var. 52. madde: *"Taraflar anlaşarak toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilir"* diyor. Bu 2822 sayılı Kanunda da var. Toplu menfaat uyuşmazlıklarında zaten sorun yok, toplu hak uyuşmazlıklarında nasıl olacak? İşçinin bireysel dava hakkının elinden alınamayacağını kabul ettiğimize göre, burada herhalde yorum davalarında filan gündeme gelebilir. Başka nasıl gelecek? Hocam, sizin bir fikriniz var mı? Uygulamada da pek rastlamıyoruz buna, yani toplu hak uyuşmazlığı dediğimiz zaman belki.

SALONDAN- Ancak uyuşmazlık çıktıktan sonra bireysel düzeyde anlaşma yapılabilir diyorum, ama bundan önce öyle bir hak alamaz, ama toplu menfaat uyuşmazlıklarında.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT- Orada başvurulur, hiçbir sorun yok. Toplu hak uyuşmazlığında, ama işçilerin rızası olmaksızın sendikayla iş-veren, ama burada “*toplu hak uyuşmazlığında özel hakeme başvurulabilir*” diyor ve mevcut yasada da var. O belki yorum, toplu iş sözleşmesinden yorumundan kaynaklanan uyuşmazlıklar filan olabilir, özel hakeme gidilebilir.

SALONDAN- Eda davasının dışında toplu hak uyuşmazlığı tanımlanmış değil ki zaten.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT - Evet, yorum davasında, yoksa başka şeylerde olması.

SALONDAN- Hak uyuşmazlığı diye bu yorum davasının dışında sözleşme uygulamıyorsa, zaten gün durmuşlar orada.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT -Eda davası açacak, orada artık yani bu sadece yorumla sınırlı olarak uygulanacak. Teşekkür ediyorum.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Oturum Başkanı)- Hocama çok teşekkür ediyorum. Gerçekten çok zor bir konu, çok güncel bir konu ve ayrıntıları çok fazla bir konu, sorulara cevapları da yine tebliğ gibi açık ve netti. Ben şahsen çok yararlandım, bu tebliğin, bu çalışmanın yasama organına, sosyal kesimlere ışık tutacağı inancıyla, umuduyla oturuma son veriyorum



