İş Hukukunun Zayıf Yönleri

Wolfgang DÄUBLER *

Çev.: Vedat LAÇİNER **

I. Giriş

Bağımlı çalışma özellikli hukuki standartlara tabidir. Bu, Almanya'da veya Fransa'da olduğu gibi Türkiye'de de böyledir; ABD ve Çin'de bile, var olan tüm farklılıklara rağmen, ülkenin kendi esaslarına göre düzenlenmiş bir "iş hukuku" bulunmaktadır. Bunun temel sebebi çalışanın başka birinin vereceği talimatlara boyun eğmek zorunda olmasıdır; ayrıca değinilmesi gereken başka bir nokta da çalışanların tipik ekonomik bağımlılıklarıdır.

İş hukuku her yerde, sermaye ile yapılan iş arasındaki güncel veya en azından potansiyel olan anlaşmazlıkların bir ürünüdür. İş Hukukunun en eski bölümü işyerinde sağlığın korunmasıdır ki bu işverenlere göre de en önemli konulardan biridir.[1] Buradaki odak noktasında, çalışma saatlerinin sınırlanmasıyla endüstriyel imalat esnasında oluşabilecek fiziki hasara karşı koruma gibi konular yer almaktaydı. Günümüzde fiziksel hasarlarla birlikte psikolojik yüklerin de bu korumaya dahil edilmesi oldukça zor olmuştur. İkinci bir nokta olarak ise, çalışanların güçlerini toplaması ve birlikte bunu çalışma şartlarının iyileştirilmesi için kullanmaları sonucu doğan işçi haklarının tanınmasıdır. Sendika özgürlüğü, toplu görüşmeler ve –genellikle gecikmeli ve kısıtlı olsa da– grev bazı ülkelerde işçilerin temel haklarını oluştururken bazılarında işçiler için kanuni ve içtihadi garantiler oluşturmaktadırlar.[2] İşletmede günlük uygulamalarda menfaatleri savunmak üzere kurulmuş olan Almanya ve Avusturya'daki işletme kurulları gibi özel olarak geliştirilmiş kuruluşlar da bunlara ilave edilebilir.

Sağlığın korunması ile sendika özgürlüğü, ülkeden ülkeye göre değişen iş hukukunda yer alan diğer temel konulardır. İş güvencesi belli bir seviyeye sanırım her ülkede ulaşmıştır. ABD'ndeki Employment-at-will-Doktrini

---

* Prof. Dr.; Bremen.

** Yrd.Doç.Dr.; İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi.

1 Bkz. Hepple (ed.), The Making of Labour Law in Europe, London and New York, s. 77 vd.

2 Hepple, op. cit, s. 193 vd.

bile istisnaları dikkate alır ve farklı nitelikteki ayrımcılığa karşı koruma ile desteklenmektedir. Bu koruma mantıklı düşünen bir işverenin, ikna edici ve geçerli bir sebep olmaksızın feshetmesini engellemektedir.[3] Bazı ülkelerde işyerindeki sağlık koruması zamanla kişisel bir korumaya dönüşmüştür ve bu da örneğin düşünce ve ifade özgürlüğünü de kapsamaktadır; diğer ülkelerdeyse işçi deyince akla sadece sözleşme tarafı gelmektedir ve bu kişi örneğin işi hakkında kendi ailesine karşı bile sır tutacağını veya işyerindeki diğer çalışanlarla aşk ilişkisine girmeyeceğini taahhüt etmektedir.[4]

İş hukuku düzenlemelerindeki ortak noktalar oldukça soyuttur. Somut düzenlemeler medeni hukukta olduğundan daha fazla farklılık göstermektedir; burada aynı hukuk dallarından bahsetmek risklidir ve kolaylıkla hatalı sonuçlara yol açacaktır. Elbette bazı yerlerde benzerlikler vardır ve başka bir ülkeden bazı hukuki kurumların alındığı da görülmüştür. Almanya'daki işletme kurullarını Slovenya'ya ve Güney Afrika'ya "taşıma" çabaları, diğer yapıların genellikle pratik işlevlerini belirlediğini ve bazen de bunları olumsuz etkilediğini göstermektedir.[5] İş hukuku halen milli hukuktur ki bu hukuk günümüzde artık belirli bir milliyetçilik anlayışıyla dikkate alınmaktadır: Örneğin Alman çalışanların iş sözleşmesinin feshine karşı mükemmel şekilde korunduğu düşüncesi Almanya'da oldukça yaygındır ancak sosyal açıdan haklı fesihlerde tazminatın olmaması nedeniyle hiç de ikna edici değildir. Devletlerarası iş hukuku ise olsa olsa arka planda var olmaya devam edecektir[6]: Sosyal politika için gerekli olduğu sürece bu hukukta yer alan hükümlerden faydalanılacaktır, bunun dışında (en azından Almanya'da) somut anlaşmazlıkları çözerken devletlerarası iş hukuku neredeyse hiç dikkate alınmamaktadır.[7]

Burada amaç tüm bunları detaylı olarak analiz etmek değil sadece hatırlatmaktır. Buradaki asıl ilgi çeken araştırma konusu, şu ana kadar aslında hiç görüş alanına girmemiş olan bir noktadır: İşverenlerin iş hukuku hükümlerinden kaçınmalarını sağlayan mekanizma nasıl oluştu?

Bu konuda işverenin oldukça fazla olanağı bulunmaktadır. İşveren, belli başlı bazı iş hukukuna ait normların uygulanmaması yoluna gidebilir ve-

---

3 Thüsing AuR 2000, s. 328; Kittner-Kohler, Sayı 4/2000 BB, s. 6 vd.

4 Zum unterschiedlichen "Menschenbild", das darin zum Ausdruck kommt, s. Finkin ZVglRWiss 94 (1995) s. 109 vd.

5 Bkz. Örnekler, Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Bası, 2006, kn. 73i.

6 Güzel, Der Einfluss der internationalen und supranationalen Normen auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts, Ekonomi-v. Maydell-Hänlein (Ed.), Der Einfluss internationalen Rechts auf das türkische und das deutsche Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2003, s. 17 vd.

7 ILO Sözleşmeleriyle Alman Yargı Kararlarının Uyumu hakkında bkz. Däubler, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (=Deutscher Anwaltsverein, Alman Barolar Birliği), Armağan Kitap, 2006, s. 1183 vd.

ya iş hukukunu tamamen yok saymak amacıyla sözleşmesel oluşum araçlarını kullanabilir. Bu, hem münferit bir işçi için hem de çalışanların toplu menfaatleri için geçerlidir.

Şirket sahibi ile vekili, yatırım ve negatif yatırım özgürlükleri üzerinde tasarruf hakkına sahip olmaya devam etmektedirler ki, bu iş hukuku kapsamının dışında kalmaktadır. Bir şirketin bir Hedge-fonuyla satın alınması, işyerindeki binlerce pozisyona mal olabileceği halde iş hukukuna dayanan bir problem değildir. Şirketler ve konzernler öyle organize edilmektedir ki, çalışanlar ve çalışan vekilleri karar alma yetkisi olan kişileri etkileyememektedir. Konzern yönetimi İsviçre'de veya Bahama adalarındaysa, Almanya veya Türkiye'de genellikle karar alıcı bu kişilerin isimleri dahi bilinmemektedir.

Sonuç olarak iş hukuku kendi uygulama alanında bile gerçekte ciddiye alınmama tehlikesiyle karşı karşıyadır. Devletin iş denetim kurulunun yetkisi Almanya'da iş sağlığına ilişkin kuralların uygulanıp uygulanmadığını takip etmekle sınırlıdır; diğer devlet daireleriyse kaçak çalışmaya karşı mücadeleden sorumludur. Diğer tüm anlaşmazlık ve problemlerde, haklarını savunmak ve mahkemeye taşımak ilgili kişilere kalmıştır. Bu da tipik olarak genelde iş ilişkisi sona erdikten sonra yapılmaktadır; ki birçok devlette bu bile söz konusu değildir. Bazı ülkelerde yabancı uzmanlar tarafından tasarlanmış "progresif" bir kodeks uygulanmaya karar verilmiştir, buradaki amaç da sadece demokratik bir devlet gibi görünmek ve bu sayede Dünya Bankasından veya Uluslararası Para Fonundan daha kolay kredi alabilmektir. Law in the books ile law in action burada tamamen birbirinden ayrılmaktadır; yabancı bir yatırımcı bile bunu yakından fark edecek ve hareketlerini buna göre ayarlayacaktır.

İş hukukundaki bu üç açıklık nedeniyle, iş hukukunun artık işlevsel fonksiyonu olup olmadığı ya da hakiki güç ilişkilerini daha da karmaşık hale getiren ve birilerine tabi olmak zorunda olan işçileri sadece yumuşatma düşüncesinden ibaret olup olmadığı sorusu sorulabilmelidir, hatta sorulmalıdır. Eğer durum böyle değilse, o zaman tüm zorluklara rağmen iş hukukuna belli bir ölçüde icra kabiliyeti olanağı tanıyan mekanizmalar nelerdir?

II. İş hukukundan kaçınmaya yönelik sözleşmesel oluşumlar

İş hukuku, işçinin aleyhine yorumlanamayacak sayısız hükümlerden meydana gelmektedir. Sağlık ile fesih korumasından vazgeçmek söz konusu bile değildir, aynısı sendika özgürlüğü için de geçerlidir. Genel olarak kabul görmüş olan bu esaslar, eğer işçileri sözleşmede işçi olarak göstermeyip bu esasların geçerli olduğu alanlar sınırlanırsa, oldukça anlamsız olurdu. Talimat alıp çalışan bir kişi işçidir, iş sözleşmesinde bunun aksini belirten hü-

kümlerin geçerliliği söz konusu değildir. Bir montaj hattı işçisi ile süpermarketteki bir kasiyer serbest çalışan olarak beyan edilemez.

Geleneksel endüstri üretiminde ve bazı hizmet alanlarında geçerli olanlar her faaliyet alanına teşmil edilemez. Örneğin bir şirketin dış hizmetler departmanı öyle tasarlanabilir ki bu departmanda çalışan her bir kişi "serbest çalışan" konumunda olur ve kendi işlerini kendileri organize edebilir, dolayısıyla da bu kişiler "talimat altındaki" kişiler olarak sınıflandırılmaz. Bu kişilere emeklerine göre aylık katkı sağlanması iyi çalışmalarını temin eder. Hatta Alman içtihat hukuku, çalışanların çalışma şeklinin değiştirilmesini denetlenmesi mümkün olmayan işletmesel bir karar olarak kalifiye ederek, bu şekilde "iş hukukundan kaçışı" kolaylaştırmış; bugüne kadar orada çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesini de meşru kılmıştır.[8] İşten çıkarılacak bu çalışanlara "serbest çalışan" olarak bir iş teklif edilip edilmemesi gerektiği ise henüz bir karara bağlanamamıştır. Bu tür bir "Otonomizasyon"a hangi faaliyetlerin uygun olup olmadığı tamamen çözüme bağlanmamıştır; bir kuaför çalışanını "kuaför sandalyesinin sahibi" yapıp serbest çalışan haline getirmek veya bir garsonu "1 ila 10 arasındaki masalar için satış görevlisi" yapabilmek, ulusal hukuk düzeninin hukuku dolanma stratejileri konusunda ne kadar hassas olduğuna bağlıdır.

İş hukukunun kapsamı dışında kalma bütünüyle gerçekleşmek zorunda değildir. Alman hukukunda işçi benzeri bir kategori oluşturulmuştur ve bu kişi kendi işini kendi tasarlayabilmektedir, ancak yine de bir işverene bağlıdır ve bu nedenle de bir işçi gibi korunmaya muhtaçtır.[9] Uygulanabilir ilkeler sendika özgürlüğü, Almanya'da tatil hakkı, anti ayrımcılık hukuku ve işçi sağlığının korunması hukukudur. Görülebilen açıklar oldukça belirgindir: normal feshe karşı koruma ve hastalık durumunda ücretin ödenmeye devam etmesiyle ilgili hükümler yoktur, birey işletme anayasasının dışında kalır ve sosyal sigortalara dâhil etme zorunluluğu da yoktur. İşveren açısından bu durumlar işi, işçi çalıştırmaya göre oldukça masrafsız kılmaktadır ve dolayısıyla da mevcut yapılardan kaçma isteği uyanmaktadır. Avusturya veya Fransa gibi tüm çalışanları sosyal güvenceye dâhil eden ülkelerde bu durum pek de gelişmemiştir, ancak yine de bu ülkelerde de işveren için göz ardı edilemeyecek avantajların var olduğu görülebilmektedir.

İş hukukundan bu şekilde radikal olarak "kaçınmak" yerine münferit bazı koruyucu normların uygulanmayacağını kararlaştırmak da mümkündür). Ancak bu, bunların uygulanmasını kati olarak iş sözleşmesinden hariç bırakmak anlamına gelmemektedir, çünkü şüpheli olan bu normların zorunlu karakterine uygun düşmez. Bundan ziyade, belli başlı bazı ilkeleri uygu-

---

8 BAG NZA 1996, s. 1145 – Weight Watcher, İnceleme, BAG NZA 2008, s. 878.

9 Daha ayrıntılı olarak; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Bası 2009, Kn 2093 vd.

lanamaz hale getiren bir taslak seçilir. Buradaki en önemli örnek sözleşmeyi sürelendirmedir: İş ilişkisi fesih olmadan da sona erebildiğinden ilgili kişi iş güvencesine sahip değildir. Özel fesih koruması (özürlülük, hamilelik) ile ilgili şartlar oluştuğunda bile bu geçerlidir. Hukuk tekniği açısından atipik tüm iş ilişkileri şu prensibe dayanır: Kısmi süreli işlerde çalışanlar genelde varlıklarını güvence altına alan bir gelire sahip olmayacaklardır, ödünç iş ilişkisiyle çalışanlar personel kadrosuna dahil değildir ve bu nedenle de örneğin işletme kuruluna seçilemezler. Bu yapısal dezavantajları tekrar dengeleme çabaları şu ana kadar pek de başarılı olmamıştır; basit bir ayrımcılık yasağı ile her şey hallolmamaktadır, çünkü örneğin belirli süre belirlenirken eksik olan iş güvencesi gibi farklılıklar şart koşulmaktadır ve dokunulmazdır.

III. İşletmesel özgürlüğün tükenişi

İşletme kurulları tarafından kollektif menfaatlerin temsil edilmesi Almanya'da elbette zorunludur. Fransa'da "comité d'entreprise" veya İspanya'da "comité de empresa"'dan da sözleşmeyle feragat etmek mümkün değildir. Ancak sahip olunan birçok hak, temsil edilen birimin büyüklüğüne bağlıdır: Küçük işletmelerde temsil büyük işletmelerde olduğundan daha az hukuki uygulama olanaklarına sahiptirler. Bazı işletmeler birçok küçük birime sahip bir tek yapı seçmekte ve bu şekilde işletmeye has menfaatleri temsil edenlerin gücünü düşürmektedirler. Bunda da nispeten mütevazi olan sadece bir tek "önleme stratejisi" yer almaktadır.

İşletmeler ve özellikle de konzernler karar alma merkezlerini, çalışanların menfaatlerinin temsil edilmesinde ulaşılması oldukça zor olan bir yere taşıyabilirler. Burada bahsedilen coğrafi ulaşılabilirlikten ziyade sosyal ulaşılabilirliktir: Örneğin bir holding yönetimi veya işletme sahibi İsviçre'de bulunuyor ve sendikalarla veya işletme kurullarıyla her türlü görüşmeden kaçınıyor; ona göre bu tür görüşmeler ilgili ülkedeki şubelerin işidir. Ancak bu şubeler de İsviçre'deki yetkili zirveden gelen bilgileri dikkate almak zorundadırlar, yani aslında tam anlamıyla bir görüşme partneri değildirler. Eyleme varan anlaşmazlıklarda, özellikle de grevlerde bu durum sonucu etkileyen kati bir anlama sahip değildir; bu durumlarda bir uzlaşma ancak şirketin zirvesindeki yetkililerle görüşüldüğünde söz konusudur. "Baskısız" görüşmelerin normal halindeyse durum biraz daha farklıdır. İşveren tarafında kimlerin ipleri elinde tuttuğunu görmek bile genelde mümkün değildir. Birçok talepte bulunulabilir, ancak en anlayışlı yöneticiler bile bu talepleri etkili bir şekilde karşılamak için gereken yetkiye sahip değildirler.

Konzernin zirvesinde yer alan kişiler yurt içinde bulunsa ve bu tür tahminler de hakikate uygun değilse bile, işçilere ait haklar boşa çıkabilir. Eğer kardeş şirketlerden biri mali açıdan zor durumdaysa bu durumda illa ana

şirket yetkilileri duruma müdahale edip işçi haklarını tatmin etmek zorunda değildirler. Sadece işletmeye bağlı yaşlılık hakları ve sosyal plan bakımından bir "müdahale" söz konusu olacaktır, ancak bunun bile garantisi yoktur.[10] "Şirketler grubu kapsamına" bağlı bir feshe karşı koruma bile bizde (Fransa'dan farklı olarak) henüz uygulanmaya başlanmamıştır.[11] Bu nedenle, "kardeş şirkette" eşdeğer bir iş pozisyonu bulunsa bile, bu durumda da bir fesih mümkündür. İşveren tarafın tek bir büyük şirket olarak değil de birçok kardeş ve küçük şirketlerden oluşan bir şirketler grubu olması, fesih korumasının uzanabileceği ölçüyü de belirlemektedir. Burada da yine tek taraflı hukuki düzenlemeler, iş hukukuna has standartların geçerlilik alanı için esas alınır. Özellikle işçilerin denetim kurulunda temsil edilme durumları oldukça risklidir. Bu şekildeki bir işçi temsili, normal şartlar altında zorunlu olarak öngörülmemiş olan şirketin hukuki şekline bağlıdır. Şirket sahipleri bir limitet şirketten bir vakıf veya bir kollektif şirket oluşturabilirler ve bu şekilde ortak yönetim hukukundan kurtulmuş olurlar. Elbette, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları[12] nedeniyle ana merkezi yurt içinde de bulunabilen, ancak yabancı hukuka tabi bir şirket olmak daha da kolaydır: Burada işçilerin katılımı olmaksızın asıl kararlar alınmaktadır. Bunların dışında yurt dışında bir "hamil şirket"in kurulması da düşünülebilir: Alman Limited şirket veya Anonim şirketinin "ortak yönetime" dahil olan denetim kurulu genel olarak avansların alınması ve iyi bir akşam yemeğiyle tatmin olmalıdır.

Ana ve kardeş şirketlere bir göz atmak gerekirse, somut olarak şu söylenebilir: Tek bir şirketten bir konzerne geçiş yapmak oldukça önemlidir. Şirketler hukuku bu konuyu ele alır ancak iş hukuku almaz. Buna rağmen şirketler hukukunun konuya yaklaşımı da oldukça dardır, çünkü hakiki karar alma yapılarında yetersizlikler mevcuttur. Konzernle hukuki bir bağlantısı olmasa bile tedarikçiler ve serbest çalışan satış şirketleri, ana şirketin şirket politikasına tabidir. Bu durum şu anda otomobil endüstrisinde kanıtlanmaktadır: Daimler'de çalışma saatlerinin azaltılması başka şirketleri de etkilemektedir. "Just-in-time-Produktion"da aradaki bağlantı o kadar sıkıdır ki, şirketlerden birinin kapatılması diğer bir şirket için de engel teşkil etmektedir. Bu durum grev potansiyelini arttırmaktadır, ancak aslında bir şirketin karar alma merkeziyle işçilerin iştirak hakları arasında anlaşmazlık oluşmasına yol açmaktadır ki, bu sefer bu anlaşmazlıklar yüzünden tedarikçi şirketler ve satış şirketleri de sahip oldukları karar verme yetkilerini yitirmiş olmaktadırlar.[13] Şirketler ve işletme hukukunda bile bu fenomene sa-

---

10 BAG NZA 2005, s. 818; BAG AP Nr. 59 zu § 16 BetrAVG; Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 24. Bası, 2008, § 1 Rn 184 vd.; Däubler-Kittner-Klebe (Ed.), Kommentar zum BetrVG, 11. Bası, 2008, §§ 112, 112a Kn 116 vd.

11 Grundlegend BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NJW 1984, s. 381.

12 EuGH EuZW 2002, 754 – Überseering.

13 Wellenhofer-Klein DB 1997, s. 978 vd.

dece çekinerek yaklaşılmaktadır ki iş hukukunda henüz tam ortaya çıkmış bile değildir. Tedarikçiyi ve işçilerini dikkate almak gibi bir zorunluluk var mı? Firmanın "kendi" çalışanlarına karşı zorlanmadan duyduğu sorumluluk, tedarikçinin çalışanlarını da kapsamalı mıdır? Sadece bu soruyu sormak bile neoliberal tartışma kurallarının dışına çıkmaktadır.

Eğer söz konusu olan bir şirketin mülkiyet yapılarında değişim yapmaksa, bu durumda iş hukuku dışına daha da fazla çıkılmaktadır. Eğer "işletmeler" bir iş organizasyonuna bağlı birimler olarak ifade edilirse, bu durumda işçi haklarının korunmasıyla ilgili AB- direktifi[14] ve bu direktife bağlı ulusal uygulama direktifleri uygulanır. AB dışındaki birçok ülkede buna uygun hükümler uygulanmaktadır. Ancak: Söz konusu sadece bir share deal (paylaşma anlaşması) ise ve bir limited şirkete ait şirket hisseleri ile hisse senetleri devredilecekse tüm bunları unutmak gerekir. Eğer satın alan kişi, şirket içerisindeki verimsiz departmanların kapatılmasından sonra çok daha yüksek bir fiyata tekrar satılabileceğini düşünerek şirketi bir sermaye yatırım objesi olarak görürse, bu durumda bu kişi kendi karar verme özgürlüğü çerçevesinde hareket etmektedir. Şirketin alışını finanse ettiği krediyi satın aldığı şirkete "ilettiğinde" de aynısı geçerli olacaktır: Şirket ise tasarruf yaparak kendi satışını finanse edecektir. Tüm bunlar peki işçilere karşı doğruluk ve güven kurallarına veya işçinin korunması borcuna aykırı mıdır? Maliyenin akrobatları tarafından zarar görmemesi gereken kalıcı bir şirket geliştirme talebiniz mi var? Bu soruların hiçbirini iş hukukuna ait hiçbir eğitim kitabında bulamazsınız, özellikle de bunlara ait makul cevapları.[15] İnsanlar elde edilen sonucun başarısıyla tatmin olmaktadır: Maaşların ödenmemesi ve personel çıkarma gibi eylemler en çok kimi etkiliyor? Devletten belki de yardım almak mümkün müdür? Sadece şirket ve şirket gruplarını değil aynı zamanda tedarikçi ve yan şirketleri de kapsayan ilk iş hukuku standardının Globalleşme fonu hakkındaki AB- yönetmeliği[16] olduğu söylenebilir ve bu bağlamda "globalleşme nedeniyle" işyeri kayıpları meydana geldiğinde aktif iş piyasası politik tedbirleriyle finanse edilebilir. Ne de olsa realiteye giriş, atılmış ilk adımdır ve bundan sonrası gelmelidir.

IV. Uygulama problemleri

Tanımlanan varsayımların görülmediği yerlerde bile iş hukuku hakikatle karşılaştırılamamaktadır.

Geleneksel düşüncelere sahip hukukçular, lex lata'yı yorumlamakla ve

---

14 Richtlinie 2001/23/EG, ABlEG 2001 L 82/16 (konsolidierte Fassung)

15 Die Problematik ist angerissen bei Wolter AuR 2008, 325 vd.

16 Verordnung (EG) Nr. 1927/2006 zur Einrichtung des Europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung ABlEG v. 30.12.2006 L 406/1 vd.; berichtigte Fassung in ABlEG v. 22.2.2008 L 48/82

keskin olmayan noktaları veya çelişkileri düzeltmekle tatmin olmaktadır. Kanunun realiteye uygun olup olmadığı sorusu bilimsel açıdan pek de ilgi çekmemektedir. Bu oldukça üzücüdür. İşçinin bağımlılığı sadece bir iş ilişkisinin kurulmasında ve uygulanmasında oluşmamaktadır; bu bağlılık daha ziyade hukuki uygulamada mevcuttur. Eğer bu münferit işçilere bırakılacak olursa, ihlal edilen hukuki hükümlerin oldukça nadiren düzeltileceğinden emin olunabilir: Hiç kimse kurallardan birine uyulmaması durumunda, şahsi dezavantajlar yaratabilecek ve işini kaybetmesine yol açabilecek bir anlaşmazlık çıkarma riskini göze almayacaktır. Bu nedenle de global rekabet baskısı altında birçok şirket, kurallara uymayarak imalatları ucuzlatmaya çalışacaktır ki piyasadaki pozisyonunu düzeltebilsin – pratikte olumsuz sonuçlar beklenmeyecekse bunu neden yapmasınlar ki? Bu nedenle de iş hukuku kapsamlı bir uygulama açığıyla karşı karşıyadır.

İş hukukunun diğer açıklarından farklı olarak bu problem keşfedilmiş ve ulusal kanun koyucular tarafından ele alınmıştır. Zaman ilerledikçe yardım sağlaması öngörülen üç mekanizma oluşturulmuştur.

- Devlete bağlı idari makamlar, iş hukukuna ait standartların yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle görevli olacaktır.

- Sadece işçiler değil bağımsız merciler de, kanunların ihlal edilmesini gidermek için dava açabilecektir.

- İşçiler, hakları olan koruyucu standartlara uyulmadığını fark ettiklerinde kendileri için belli bir kapsamda yardım talep edebilir ve çalışmaktan kaçınabilirler.

1. İdari makamların devreye sokulması

Avrupa'daki tüm ülkelerde, belli başlı standartlara uyulup uyulmadığını denetleyen bir "iş denetimi" bulunmaktadır. Yetki alanı ise ülkeden ülkeye göre değişmektedir. Almanya'da yetkileri göreceli olarak kısıtlıdır: Yetkiler arasında sadece işyerindeki sağlık koruması ile azami çalışma saatlerine uyulup uyulmadığının denetlenmesi vardır; Devlete bağlı diğer kurumlar, özellikle yabancı uyruklular tarafından yapılan yasadışı çalışmalardan sorumludur. Bunun dışında her şey işçinin dava açmasına bağlıdır. Fransa'da ise resmi makamların sahip olduğu yetki çok daha kapsamlıdır: "inspecteur du travail" kanunlara uyulup uyulmadığını ve tüm toplu sözleşmeleri denetler. Bu tür (daha kapsamlı veya kısıtlı olan) bir görevi etkili şekilde yerine getirebilmek için, bazı şartların yerine gelmiş olması gerekmektedir.

İdari makam işletmeyi haber vermeksizin denetleme yapma, yani çalışma saatleri içinde orayı ziyaret edip, çalışma alanlarıyla ilgili rapor tutma ve belgeleri tetkik etme hakkına sahip olmalıdır. Bunun dışında önemli olan bu tür bir makamın anonim (isimsiz) ihbar ile de devreye sokulabileceğidir.

Bazı şirketlerdeki çalışanlar yapılan yanlışların farkındadırlar ancak çoğu zaman bunu işletmede dile getirmek için gereken cesareti bulamamaktadırlar. Eğer "ihbar eden kişi" bir işçiyse, makam bu kişinin kimliğini açığa çıkarmayacağını ve yaptığı ihbarı da gizlice işleme koyacağını garanti etmelidir.[17]

İdari makam, denetlenecek şirketten bağımsız olmalıdır. Bunun için de genelde Devlete bağlı olması ve yetkili bakanlığın denetimine tabi olması yeterli olmamaktadır. Daha ziyade makam çalışanlarıyla, denetlenecek şirket arasında gizli bir ittifak oluşmaması sağlanmalıdır. Bu tür bir oluşum, idari makamın çalışmaları zaman zaman bir değerlendirmeye tabi tutulursa meydana gelebilir. Şirketle makam arasında "gizli bağlantılar" olmasa bile bazı problemler ortaya çıkabilir. Örneğin idari makam yeterli sayıda denetleme yapabilmek için yeterli sayıda çalışana sahip olmalıdır. Ayrıca söylenenlere göre Almanya'da idari makamlar şirketin kanunlara uyduğunu, şirkete başka alanlarda yardımcı olarak garanti etmektedir. Buna bağlı olarak mesela belli başlı zararlı maddelere maruz kalınması veya bunun azaltılması taahhüt ediliyorsa, bu durum örneğin azami çalışma saatlerinin denetiminin bir süre tam kapsamlı olarak yapılamamasına sebep olabilir. Bunun dışında idari makamın, kullanımı müsaade edilmeyen emisyonlarda kanunların yüzde yüz oranında icra edilmemesine müsaade ettikleri de düşünülebilir. Bundan ziyade kanunların istediği ile şu ana kadarki uygulamalarda gerçekleşen arasında bulunan bir duruma tolerans gösterilmektedir.

Şirketin kanunların zorunlu kıldığı şartlara uymasını sağlayabilmek için, idari makam yeterli sayıda yaptırım uygulama yetkisine sahip olmalıdır. İlk adımda kendilerine bir "şikâyet" geldiğini belirtip şirketten tespit edilen bir hatayı gidermesini isteyecektir. Eğer bu gerçekleşmemişse veya söz konusu hata oldukça ağır bir ihlalden ibaretse, bu durumda mali bir yaptırım uygulanacaktır, Almanya'da: para cezası. Bu, yüksek kazançlara sahip oldukça verimli şirketler tarafından da hissedilebilir olmalıdır; aksi takdirde amaç yerine getirilemez. Özellikle kasıtlı veya ihmalkarlık sonucu yaralanma olayı gibi cezayı gerektiren vakalar meydana gelmişse, büyük ihtimalle bir ceza davası açacak olan savcılık haberdar edilmelidir. Kanuni asgari ücretlerin ve toplu sözleşmelerin de denetime tabi tutulabildiği ülkelerde, işçi maaşlarına ait bakiyelerin ödenmesiyle ilgili bir talimat düzenlenebilmektedir; Eğer bu talimata uyulmazsa başka yaptırımlar uygulanmaktadır. Yeni yapılandırılmış Çin iş sözleşmeleri kanunu, maaş bakiyelerinin ödenmesini yeniden ele almıştır.[18] Oldukça ağır ihlallerde işletmenin kapa-

---

17 Zum Kündigungsschutz des Whistleblowers s. Deiseroth AuR 2007, 198 und Binkert AuR 2007, s.195.

18 Däubler-Wang AuR 2008, s. 85, 88.

tılması da söz konusu olabilir, işletmenin kapatılması Almanya'da ancak şirkete "güvensizlik" durumunda söz konusudur.

Tüm bu şartlar yerine getirildiğinde, idari makam iş hukukunun uygulanmasında çok önemli bir rol oynamaktadır: Eğer kanun – genelde olduğu gibi – oldukça genel tabirler kullanmışsa, bu durumda şirketin uygulamalardaki tutumuyla ilgili olarak kanunların ne şekilde yorumlandığı esas alınmaktadır. İdari makamlara ait bağlayıcı hükümlere karşı mahkemeler tarafından kontroller yapılmaktadır, ancak kesinleşmiş bir karar verilene kadar birkaç yıl geçebilir. Hukukun somut içeriğinin ne olduğunu belirlerken ilk kez müdahale etme hakkı makama aittir. Eğer idari makam, çalışma saatlerine nöbet saatlerinin de dahil olduğu görüşünü savunuyorsa, bu durumda bu, makam tarafından denetlenen tüm şirketler için esas alınmalıdır.

2. Yargı Denetimi

İş hukukuna uyulup uyulmadığını denetleyen ve uyulmasını zorunlu kılan, devlete bağlı başka bir merci de mahkemelerdir. Mahkemeler Almanya'da oldukça ön plandadır. Ancak münferit hallerde Avrupa'daki devletler arasında bariz farklılıklar bulunmaktadır.

Birçok ülkede olağan mahkemeler, iş ilişkisinden doğan anlaşmazlıklar için de yetkilidir. Bazı devletlerdeyse, özellikle İtalya ve İspanya'da çalışma konuları için özel daireler bulunmaktadır; bunların normal medeni usul hukuku işlemlerinden ayrı özel esasları mevcuttur.

Almanya, Avusturya ve Slovenya gibi ülkelerdeyse, olağan mahkemelerin yanında özel yetkiye sahip olan iş mahkemeleri bulunmaktadır. Bahsi geçen "daire" ("panel") bir adet meslek hakimi, bir işçi temsilcisi ve bir de işveren temsilcisinden oluşmaktadır. Sosyal taraf temsilcileri, sahip oldukları deneyimlere ait bilgileri ve problemlere göre spesifik bakış açılarını bu davaya katmalıdırlar. Bunun dışında, eğer bireyin "kendisine" ait bir temsilcisi alınan karara etki etmişse, verilen kararların her iki tarafça daha kolay kabul göreceği umulmaktadır.[19]

Fransa'da özel bir durum söz konusudur: İlk merciyi, yarı yarıya işçi temsilcilerinden ve işveren temsilcilerinden oluşan bir mahkeme oluşturur ("conseil de prud'hommes"), temyiz için olağan mahkemelerin özel daireleri yetkilidir.

Bazı ülkelerde mahkemede dava görülmeden önce bir çeşit uzlaşma ve bu uzlaşma sürecinde her iki tarafın da kabul edeceği bir çözüm aranmaktadır. Eğer uzlaşma başarısız olursa bu anlaşmazlık ancak o zaman mahkemeye taşınabilir. Bu mesela Büyük Britanya'da fesih yapıldığında söz konusu-

---

19 Daha ayrıntılı olarak; Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 2185 vd.

dur. Almanya'da bu tür bir sistem bulunmamaktadır; işten çıkarılan veya maaşını alamayan bir kişi doğrudan iş mahkemesinde dava açabilir. Ancak iş mahkemesi de meseleyle ilgili olarak hemen bir karar vermez. Bundan ziyade dava açıldıktan sonraki iki ila altı hafta arasında, yetkili dairenin hakimi huzurunda uzlaşma görüşmeleri yapılır. Hakim, tarafları ortak bir çözüm bulmaya yöneltmektedir ki bu da %30'luk bir başarı oranına sahiptir.[20] Ayrı uzlaşma kurumlarına göre bu sistem, sadece bir tek kurulun konuyla ilgilenmesi ve hakimin vereceği kararın muhtemelen ne şekilde olacağını belirtmesiyle birlikte uzlaşmanın daha kolaylaşması avantajına sahiptir.

Almanya'da iş mahkemesinde açılan davaların yaklaşık %8'i karara bağlanmaktadır.[21] Vakaların büyük bir çoğunluğunda uzlaşma görüşmeleri yapıldıktan sonra tekrar bir uzlaşma görüşmesi yapılmaktadır; dava bazen umutsuz olduğundan dolayı geri alınmaktadır. İlk dairenin vereceği karar genelde altı ila sekiz aya varmaktadır. Davayı kaybetmiş olan taraf Eyalet iş mahkemesinde temyiz davası açabilir ve bu temyiz mahkemesinin alacağı karar da genelde bir yarım yıl daha sürecektir. İlkesel bir niteliğe sahip hukuki sorunlar ise Federal iş mahkemesine temyize bırakılır. Davayı kaybetmiş taraf bu hukuki haktan faydalanırsa, Federal iş mahkemesi yaklaşık altı ila on iki ay arasında karar verecektir.

Avrupa'ya kıyasla Alman iş mahkemeleri aslında görece olarak hızlıdır. İnsanlar da sıklıkla bu mahkemelere yönelmektedir: Her yıl yaklaşık 600.000 dava açılmaktadır ki bu yaklaşık 35 milyon bağımlı çalışan sayısı için oldukça yüksek bir rakamdır.[22]

Almanya'daki sistem, esas olarak sadece münferit işçinin bir dava açabilmesi gibi bir dezavantaja sahiptir. Bunun sonucu ise, açılan tüm davaların tahminen % 80'inin iş ilişkisi sona erdikten sonra açılmasıdır[23]: İşten çıkarılmış veya başka bir şekilde işten çıkmış olan işçi, örneğin yapılan feshin hukuka aykırı olduğunu, ikale sözleşmesinin hukuka aykırı tehdit sonucunda imzalatıldığını veya yapılmış fazla çalışmalar nedeniyle halen alacağı olduğunu savunmaktadır. Tüm vakaların sadece yaklaşık % 20'sinde, iş ilişkisi devam ederken bir dava açılmaktadır; Davacılar ise genelde kamu hizmetlerinde çalışan işçilerdir. Özel sektörde bir çok kişi dava açarak "sadakatsiz" olarak sınıflandırılmaktan çekinmektedir ki böyle bir durum sayısız dezavantaj getirebilir: terfi yapılırken dikkate alınmamak; işten personel çıkarılıyorsa ilk çıkarılacak olanlardan biri olma ihtimali vs. Bu durum birçok

---

20 Rakamlar için; www.bmas.bund.de

21 2006 yılında 476.906 davanın yalnızca 47.623'sı karara bağlanmıştır (veri: www.bmas.bund.de)

22 Diğer görüşler için; Grotmann-Höfling AuR 2007, 295 vd. ve AuR 2008, 345 vd.

23 Eski görüşler için; Ramm, in: Naucke-Trappe (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtspraxis, 1970, S. 169. Temel bir değişiklik olabileceği ileri sürülmemiştir.

eleştirilere gerekçe olmuştur. Evde çalışanlar lehine (ki bu kişiler aslında işçi değildir) özel bir kural geçerlidir ve bu kurala göre verilen ücretler ve çalışma şartları kanunlara uygun değilse, devlet makamları dava açabilirler.[24] Ayrıca sendika da, işletmesinde bir tarife sözleşme kullanmayan ve başka bir kollektif düzenleme uygulayan bir işverene karşı dava açabilir.[25]

Bazı ülkelerdeki organizasyonlar işçilere ait hakları mahkemelerde çok daha rahat uygulayabilmektedirler. Fransa'da sendika, toplu sözleşmelerden doğan işçi haklarını mahkemeye taşıma yetkisine sahiptir, üstelik herhangi bir vekaletname gerektirmeksizin.[26] ABD'nde münferit çalışanlar bir araya gelip bir "class action" yapabilir ki bu eylem aynı durumda olan tüm işçilere karşı ve bu işçiler için geçerlidir.[27] Mesela bir grup siyahi Amerikalı veya kadın ücretlendirme yapılırken veya başka bir konuda mağdur duruma düşmüşse böyle bir durum geçerli olabilir: Beş kişiyi ilgilendiren bir konuda açılmış bir davada alınan bir karar, tüm davacılar için emsal teşkil eder.

3. İşçilerin kendi kendine yardım etmesi

Bir işletmedeki tüm çalışanların temsilcisi olarak seçilen işletme kurulu, İşletme Anayasası § 80 bent. 1 No. 1'e istinaden, iş hukukuna uyulup uyulmadığını ve işçiler lehine olan diğer uygulamaları denetlemekle yükümlüdür. Eğer kurul bir ihlal yapıldığını tespit edecek olursa, işverene başvurabilir ve gelecekte hukuku daha düzgün uygulamasını isteyebilir. Ancak eğer işveren bunu ciddiye almazsa, kendisine karşı spesifik yaptırımlar uygulamak mümkün değildir. İş koruma standartları hükümlerini oldukça aşan ihlal durumlarında, işletme kurulu devlet makamlarını ve basını devreye sokabilir.

İşverenin hukuka aykırı tutumlarına maruz kalmış olan bir kişi, Alman Medeni Kanunu § 273'e istinaden edimini yerine getirmekten "kaçınabilir", yani yaptığı işi geçici olarak durdurabilir. Bunun grevle alakası yoktur, sadece sözleşmeye dayanan haklarının yerine getirilmesi isteminden ibarettir. Federal iş mahkemesinin içtihatlarına göre, bu tür işi durdurma tutumlarının, örneğin ücretin bir kısmı ödenmediğinde veya işveren iş sağlığı koruması hakkına uyulmasını sağlamadığında ve dolayısıyla işçi sağlığını tehlikeye atan durumların minimuma indirilememesi durumları için meşru olacağı kabul edilmiştir.[28] Eğer bu tür bir duruma sayısız işçi maruz kalmışsa, bu

---

24 § 25 HAG

25 BAG AP Nr. 89 zu Art. 9 GG

26 Aufarbeitung ausländischer Erfahrungen bei Pfarr-Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998, s. 131 vd.

27 Pfarr-Kocher, aaO, s. 175 vd.; Däubler AuR 1995, s. 305, 311.

28 BAG DB 1994, s. 1087 = AuR 1994, 173; BAG DB 1996, s. 2446; BAG DB 1997, s. 535.

kişiler birlikte çalışmayı durdurabilir, ancak bunu yaparken grev yapmadıklarını, bu tutumlarının sadece sözleşmeye dayanan haklarının koordine bir şekilde yerine getirilmesi isteminden ibaret olduğunu kanıtlamalıdırlar.[29] Mesela çalışmaya başlandığında çalışma alanlarındaki hava sıcaklığı düşükse, işçilerin hepsi ön görülen hava sıcaklığına ulaşılana kadar burada çalışmaktan kaçınabilirler. Bu zaman zarfında kararlaştırılan maaşlarını alırlar, çünkü işin devam edememesi tamamen işverenden kaynaklanmaktadır.

Sendikalar ve işletme komisyonları, iştirakçilere haklarını açıklama ve müşterek bir kaçınma hakkı organize etme yetkilerine tartışmasız sahiptirler. Şu anda bu olanaklardan fazlasıyla yararlanılmaktadır. Ancak burada öngörülen şart, işverenin hukuku ihlal ettiğinin ispatlanabilmesi ve ilgili işçilerin işverene veya yönetime karşı bir kere bile olsa "hayır" diyebilmekle ilgili zorluk yaşamamalarıdır.

V. Perspektifler

İş hukukunun varlığı birçok açıdan risklidir. Özellikle de hizmet sektöründe birçok işlev, işçilerin kendi işlerini organize etmeleri ve bundan dolayı da işçi sıfatını yitirmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak bazı işverenleri bu imkanlardan tamamen yararlanmaktan alıkoyacak mekanizmalar varmış gibi görünmektedir. Duruma göre, zorlama bağımsız çalışmadan sadakat borcu ve işçinin çalışmaya hazır durumda olması gerekliliği zarar görebilir; oysaki yapılan iş büyük bir karar verme alanı bırakmıyorsa her ikisi de iş ilişkisinde gereklidir. Bu özel şartların var olmadığı yerlerde, bir işin iş hukukunun dışında bırakılmasının nasıl önleneceği veya sınırlandırılabileceği üzerinde düşünülmelidir. "Küçük bir çözüm", oldukça esnek çalışan ve işçi benzeri kişilerin iş hukukunun büyük bir kısmına tabi tutulması şeklinde olabilir. Ayrıca sanatçılara ait ve oldukça başarılı olan sosyal sigorta modelinin de diğer işçi gruplarına aktarılması düşünülebilir, bu şekilde sosyal sigortalara tabi olmayan çalışma şeklinin "çekiciliği" azaltılabilir. "Büyük bir çözüm" ise işçi tabirinin yeniden tanımlanması olabilir: bu tanımlama kendi risklerine ve kendi şanslarına sahip "gerçek" serbest çalışanların dışındaki herkesi kapsamalıdır.[30]

Çok daha zor olan bir soru, işçilere tesiri olan tüm kararlara olan etkidir: Devletin koyduğu sınırların aşılması gerekmektedir (Avrupa işletme komisyonlarında olduğu gibi), ancak bu durumda münferit şirket, artık iş hukukuna bağlı yükümlülüklerin işveren tarafındaki tek adresi olarak görülemeyecektir. Önceden işçiyle bir iş sözleşmesi akdedilmeden, fiili olarak iş ilişkisinin yerine getirilmesine etki eden birimler için, iş hukukundan doğan

---

29 BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

30 Bkz.: Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988.

hukuki ilişkilerin kabul görmesiyle ilgili prensip olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır. Alman Yargıtay'ı bunu on yıllar önce, işveren tarafından bir istisna sözleşmesini yerine getirmek üzere fabrikaya gönderilen işçiler için kabul etmiştir[31] – bu da güncel durumlara uzanmaktadır.[32] Başka kişilerin hayatlarındaki bir kısmı yöneten bir kişi, bunu yaparken dikkat etmelidir.

Yapılan ön çalışmaların çoğu üçüncü bölgede yer almaktadır. İş hukukunu uygulama problemleri aşılabilir: Ancak bunun için diğer devletlerin sahip olduğu deneyimlerden öğrenmek gerekir. Özellikle de Almanya'da, mahkemelerin işi halledebileceğine güvenilmemelidir: Mahkemeler sadece bir davacı varsa aktif hale gelebilir. Bu açıdan devlete ait idari bir makam yapısal avantajlara sahiptir, ancak işçilere uzanacak yardım eli burada sadece son çare olarak görülmektedir.

---

31 BGHZ 5, 62 = NJW 1952, s. 458 (Großer Senat in Zivilsachen); ayrıca BGH NJW 1958, s. 710, 711; OLG Stuttgart NJW 1984, s. 1904.

32 Ayrıntılı olarak bkz.: Däubler, Das partielle Arbeitsverhältnis, FS Buchner, 2009 (basımda).