

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE
SÜRELİ FESHİ VE SONUÇLARI**

ÇAĞRI ÇELİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Ufuk AYDIN

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Haziran, 2006

YÜKSEK LİSANS TEZ ÖZÜ**İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SÜRELİ
FESHİ VE HUKUKİ SONUÇLARI****Çağrı ÇELİK****Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2006****Danışman: Doç. Dr. Ufuk AYDIN**

Kamuoyunda İş Güvencesi Kanunu olarak bilinen 4773 sayılı Kanun ve bunu müteakip çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu ile süreli fesih müessesesinde değişiklikler yapılmış ve işverenin süreli fesih hakkını kullanmasına kısıtlamalar getirilmiştir. Şüphesiz getirilen bu kısıtlamaların en önemlisini otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olması oluşturmaktadır.

Çalışmamızın temel amacı, süreli fesih müessesesine ilişkin getirilen değişiklikleri inceleyerek, işçi davranışlarından ve yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebepleri ile derhal fesih sebepleri arasındaki temel farklılıkları ortaya koymak ve süreli fesih uygulanmasında ortaya çıkan hukuki sorunlara çözüm bulmaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde fesih kavramı ve fesih türleri genel olarak açıklandıktan sonra iş güvencesi hükümleri kapsamı içinde ve dışında fesih prosedürü açıklanmaya çalışılmıştır.

Tezimizin ana kısmı olan ikinci bölümde, işçinin davranışlarından ve yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebepleri incelenmiş, Alman ve Fransız hukuk sistemlerinin tecrübeleri ile Yargıtay'ın üç yıllık uygulaması esas alınarak bu kavramlar somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde ise süreli fesih yoluyla iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin başvurabileceği yollar ve feshin sonuçları üzerinde durulmuştur.

ABSTRACT

Turkish Labour Act No.4857, which was put into force in 2003 brought some constraints for the employer to use the right to terminate of the contract of service. This provided the workers job security. Certainly the most significant one of these constraints is that employer who terminates the indefinite-termed labor contract of a worker with at least six months of service at a business employing 30 or more workers has to ground the termination on a valid reason arising out of the qualification or behaviors of the worker or the requirements of the enterprise, business or work.

The fundamental aim of our study is to display the main differences between the valid reasons of termed termination and justified reasons of the immediate termination which results from the workers behaviour or inadequacy and find out solutions to the legal problems which arise during practice of termed termination by scrutinizing the changes regarding the institution of termed termination.

In the first part of the study, after the concept and types of termination had been described in general, the procedure of termination was explained within the scope of the job security.

In the second part, which is the main part of the thesis, the valid reasons of termination resulting from worker's behaviour and inadequacy were examined, and these concepts were explained by considering the experience of German and French law systems and three year practice of Supreme Court of Appeal.

In the final part of the study, the consequences of termination and the legal solutions for the worker whose contract was termed was examined.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Çağrı ÇELİK'in “**İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi ve Sonuçları**” başlıklı tezi . .2006 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri** Anabilim Dalında Yüksek Lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Adı Soyadı**İmza**

Üye (Tez Danışmanı) : Doç. Dr. Ufuk AYDIN

Üye :

Üye :

Prof. Dr. Nurhan AYDIN

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Müdürü

ÖZGEÇMİŞ

Çağrı ÇELİK

Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı
Yüksek Lisans

Eğitim

Ls.	2002	Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	1997	Bornova Mustafa Kemal Lisesi, Edebiyat Bölümü

İş

2005	Avukat. İZULAŞ A.Ş. Hukuk Müşavirliği
------	---------------------------------------

Mesleki Birlik/Dernek/Kuruluş Üyelikleri

2005	İzmir Barosu
2002	Anadolu Üniversitesi Mezunlar Derneği
2002	Türkiye Erozyonla Mücadele Ağaçlandırma ve Doğal Varlıkları Koruma Vakfı (TEMA)

Alınan Burs ve Ödüller

1997	Öğrenim ve Katkı Kredisi
------	--------------------------

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: 25 Mayıs 1979	Cinsiyet: Erkek	Yabancı dil: İngilizce
-----------------------------------	-----------------	------------------------

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iv
ÖZGEÇMİŞ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRELİ FESHİ

1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE TÜRLERİ.....	3
1.1. Fesih Kavramı.....	3
1.2. Feshin Türleri.....	4
1.2.1. Süreli Fesih.....	5
1.2.2. Derhal Fesih.....	7
2. SÜRELİ FESHİN UYGULANMASI.....	9
2.1. Süreli Fesihte Bildirim Süreleri ve Tarafların Durumu.....	9
2.1.1. Bildirim Süreleri.....	9
2.1.2. Tarafların Durumu.....	12
2.1.3. Peşin Ödeme Yoluyla Fesih.....	14
2.2. Süreli Feshin Uygulanması ve İş Güvencesi.....	17
2.2.1. İş Güvencesi Kapsamında Süreli Fesih.....	17
2.2.1.1. İş Güvencesi Hükümlerinin Kapsamının Belirlenmesi.....	17
2.2.1.1.1. İşçinin İş Kanunu Kapsamında Yer Alması.....	17
2.2.1.1.2. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışması....	18
2.2.1.1.3. İşyerinde Otuz veya Daha Fazla Sayıda İşçinin Çalışması.....	21
2.2.1.1.4. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemi Olması.....	25
2.2.1.1.5. İşçinin İşveren Vekili Durumunda Olmaması.....	27
2.2.1.2. Fesih Usulü.....	29
2.2.1.2.1. Feshin Yapılma Zamanı.....	29
2.2.1.2.2. Bildirimin Yazılı Yapılması.....	30
2.2.1.2.3. İşçinin Savunmasının Alınması.....	31
2.2.2. İş Güvencesi Hükümleri Kapsamı Dışında Süreli Fesih.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRELİ FESHİNDE İŞÇİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLER

1. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN SÜRELİ FESİH SEBEPLERİ.....	37
1.1. İşçinin Mesleki Yetersizliği	39
1.2. İşçinin Fiziki Yetersizliği.....	45
1.2.1. İşçinin Hastalığı.....	45
1.2.2. İşçinin Yaşlılığı ve Yaşlılık Aylığı Almaya Hak Kazanması.....	48
2. İŞÇİNİN DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN SÜRELİ FESİH SEBEPLERİ.....	51
2.1. İşçinin Davranışlarına Dayanan Geçerli Fesih Sebepleri.....	53
2.1.1. İşçinin Devamsızlığı, İşe Geç Gelmesi.....	53
2.1.2. İşçinin Görevini Yerine Getirmemesi.....	56
2.1.3. İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi.....	59
2.1.4. İşçinin İşvereni Yanıltması.....	60
2.1.5. İşçinin İşveren Aleyhine Sözler Sarfetmesi.....	61
2.1.6. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uygun Olmayan Davranışları...	63
2.1.7. İşçinin Geçimsizliği.....	67
2.1.8. İşçinin Alkol, Sigara ve Bilişim Teknolojilerini İşverenin Talimatlarına ve Hukuka Aykırı Şekilde Kullanması.....	70
2.1.9. İşçinin Borç Alması.....	73
2.2. Geçerli Sebep Oluşturmayan Haller.....	74

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SÜRELİ FESHİN SONUÇLARI

1. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA SONUÇLARI.....	76
1.1. Fesih Bildirimine İtiraz.....	76
1.1.1. İtiraz Mercii ve İtiraz Süresi.....	76
1.1.1.1. İtiraz Mercii.....	76
1.1.1.2. İtiraz Süresi.....	78
1.1.2. Muhakeme Usulü, Davanın Tarafları ve İspat Yüğü.....	80
1.1.2.1. Muhakeme Usulü.....	80
1.1.2.2. Davanın Tarafları.....	83
1.1.2.3. İspat Yüğü.....	84

1.2. Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları.....	87
1.2.1. İşe Başlatma veya Tazminat Ödeme	90
1.2.1.1. İşe Başlatma.....	90
1.2.1.2. Tazminat Ödeme.....	91
1.2.2. Dört Aya Kadar Ücretin Ödenmesi.....	94
2. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMI DIŞINDA SONUÇLARI.....	98
2.1. Fesih Bildirimine İtiraz.....	98
2.2. İhbar Tazminatı.....	99
2.3. Kötüniyet Tazminatı.....	101
SONUÇ.....	105
KAYNAKÇA.....	110

KISALTMALAR

age.	: adı geçen eser
BK	: Türk Borçlar Kanunu
BİK	: Basın İş Kanunu
Bkz.	: bakınız
C.	: cilt
Çalışma ve Toplum	: DİSK/ Birleşik Metal – İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi
Çimento İşveren Dergisi	: Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Dergisi
DİSK	: Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
DİK	: Deniz İş Kanunu
E.	: Esas
f.	: fıkra
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İşveren Dergisi	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Dergisi
İş K.	: İş Kanunu
K.	: Karar
Kamu- İş	: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Dergisi
krş	: karşılaştırmamız
Legal – İSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
md.	: madde
Mess	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
Mercek	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Dergisi
MK	: Türk Medeni Kanunu
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SK	: Sendikalar Kanunu
SSK	: Sosyal Sigortalar Kanunu
T.	: tarih
Tekstil İşveren Dergisi	: Türkiye Tekstil Sanayicileri Sendikası Dergisi

TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayi Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y9HD	: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
Yön.	: Yönetmelik
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Kamuoyunda İş Güvencesi Kanunu olarak bilinen 4773 sayılı “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”la süreli fesih müessesesinde önemli değişiklikler yapılmış ve bunu müteakip çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu da bu değişiklikleri birkaç küçük istisna dışında aynen muhafaza etmiştir.

Yapılan bu değişiklikler ile mevzuatımıza iş güvencesi kavramı sokulmuş ve iş güvencesi kapsamı içinde yer alan işçilerin iş sözleşmesinin feshinde işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu getirilmiştir. Bir başka ifade ile yapılan bu değişikliklerle mevzuatımız haklı neden kavramının dışında yeni bir kavram olan “geçerli sebep” kavramı ile tanışmıştır. Ancak her iki kanunda da “geçerli sebep” kavramının tanımlanmamış, sadece kanun gerekçelerinde genel bir açıklama yapılarak konuya ilişkin bazı örneklerle yer verilmiştir.

Gerekçede özellikle işçiden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerine ilişkin verilen örnekler dikkate alındığında, bu örneklerden bazılarının İş Kanununun 25. maddesinde sayılan haklı fesih sebepleri ile arasında çok küçük bir farkın bulunduğu gözlemlenmektedir. Bu nedenle özellikle fesih işleminin ekonomik ve sosyal sonuçları düşünüldüğünde işçiden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin tanımlanarak, sınırlarının kesin çizgilerle belirlenmesi gerekir. Zira işçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan bir sebebin nasıl değerlendirildiği farklı ekonomik sonuçların doğmasına yol açmaktadır. Daha açık bir ifade ile işçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan bir durumun haklı sebep olarak kabul edilmesi halinde işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacakken, geçerli sebep olarak kabul edildiği hallerde işveren işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödemek zorunda kalacaktır. İşçinin yetersizliğinin ve davranışının geçerli ve haklı sebep olarak kabul edilmediği hallerde ise, işçinin işe iadesi veya dört – sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat alması söz konusu olacaktır. Bu nedenle iki fesih türü arasındaki ayrımın net bir şekilde ortaya konması teorik ve pratik açıdan çok büyük önem taşımaktadır.

Yukarıda kısaca belirtilen nedenlerden dolayı çalışmamızın temelini işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenleri oluşturmaktadır. Temel amacımız, işçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan hangi durumların geçerli neden teşkil edeceğini belirleyerek bu konuda bazı ölçütler ortaya koyabilmektir. Bunun yanı sıra çalışmamızda iş sözleşmesinin süreli feshine ilişkin getirilmiş bulunan yeni düzenlemeler de inceleme konusu yapılmıştır.

Üç bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde fesih kavramı ve fesih türleri genel olarak açıklandıktan sonra iş güvencesi hükümleri kapsamı içinde ve dışında fesih prosedürü açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ana kısmı olan ikinci bölümde, işçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenleri incelenmiş, Alman ve Fransız hukuk sistemlerinin tecrübeleri, Yargıtay'ın üç yıllık uygulaması ve öğretide görüşü esas alınarak bu kavramlar somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilen işçinin başvurabileceği hukuki yollar ve feshin sonuçları üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRELİ FESHİ

3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE TÜRLERİ

3.1. Fesih Kavramı

Niteliği gereği sürekli bir iş ilişkisinin kurulmasına yol açan iş sözleşmesi; ölüm, tarafların anlaşması, belirli sürenin sona ermesi ya da fesih gibi sebeplerle ortadan kalkar. Bu sebeplerden fesih, içinde barındırdığı paradokslar, yarattığı sosyal sonuçlar ve uygulamada en sık karşılaşılan yol olması sebebiyle iş hukukunda büyük önem arz eder.

Öğretide iş sözleşmesinin feshi, “iş sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesiyle veya derhal sona erdiren, karşı tarafa yönetilmesi gerekli, tek taraflı irade beyanı olarak” tanımlanır.¹ Fesih beyanında bulunma hakkı kural olarak her iki tarafa tanınmıştır. İşçi ve işveren bu hakkı bizzat kullanabilecekleri gibi, Borçlar Kanununun (BK.) genel hükümleri uyarınca bunların kanuni veya akdi temsilcilerinin de fesih bildiriminde bulunma hakları vardır. Örneğin işverenin iflası halinde iflas masası veya işverenin akdi temsilcisi olan işveren vekili, fesih bildiriminde bulunarak iş sözleşmesini sona erdirebilir.²

Fesih hakkı diğer tarafın kabulüne bağlı olmayan bir irade beyanıdır. Daha açık bir ifade ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin irade beyanının karşı tarafa bildirilmesi yeterli olup, beyanın geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlı değildir.³ Öğretide kabul gören genel anlayışa göre, fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaktadır.⁴ Bu nedenle Borçlar Kanununun 9. maddesi uyarınca muhatabına ulaşmayan fesih bildirimi geri alınabilir. Ancak karşı tarafın

¹ Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri** (Yenilenmiş 17. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ, 2004), s.173; Mustafa Yelekçi, **İş Kanunu Şerhi** (Ankara: Adalet Matbaası, 1997), s.121.

² Ercan Akyiğit, **Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku** (3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003), s.169; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku -Ferdî İş İlişkileri** (Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. İzmir: Barış Yayınları, 1994), s.249; Kemal Oğuzman, **Hizmet “İş” Akdinin Feshi** (İstanbul: 1955), s.125 – 127, 172.

³ Öner Eyrenci – Savaş Taşkent – Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku** (Birinci Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004), s.125; Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku** (9. Baskı. Konya: Mimoza Basın, Yayın Dağıtım AŞ, 2003), s.86.

⁴ Y9HD, 03.04.200, E.200/986 – K.200/4293, Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi Cilt No:1** (Birinci Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005a), s.471.

hâkimiyet alanına girmiş bir fesih bildiriminden tek taraflı geri dönülemez.⁵ Bu durumda fesih işlemi hukukten tamamlanmamış ise taraflar aralarında anlaşarak fesih bildirimini geri alabilirler. Ancak fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı ve feshin hukukten tamamlandığı hallerde, tarafların anlaşması fesih bildiriminin geri alınmasına olanak vermez. Bu durumda tarafların anlaşması sadece yeni bir sözleşme kurulmasına yol açar.⁶

Fesih hakkı mevcut hukuki ilişkiyi ortadan kaldırıp, yeni bir hukuki durum ortaya çıkardığı için bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmaktadır. Bu niteliğinden dolayı fesih hakkının belirli ve açık bir şekilde kullanılması gerekir.⁷ Bununla birlikte taraflardan birinin davranışı ile iş ilişkisine son verildiği anlaşılıyorsa bu durumda da fesih işlemi gerçekleşmiş sayılır.⁸ Ayrıca belirtmek gerekir ki, fesih bildiriminin şarta bağlı yapılması da mümkün değildir.⁹

Fesih bildiriminin işyeri içinde veya dışında, çalışma süreleri içinde veya dışında uygun olan her yer ve zamanda yapılması mümkündür. Ancak bildirimin uygun olmayan yer ve zamanda yapılması halinde dürüstlük kurallarına uymayan bu fesih bildiriminin geçersiz olduğu kabul edilir.¹⁰ İş Kanununun 109. maddesi uyarınca fesih bildirimi yazılı şekilde ve imza karşılığında yapılmalıdır. Bildirimi alan kişinin imza atmaktan kaçınması halinde bu durum bir tutanakla tespit edilir. Ayrıca 7201 sayılı Tebligat Kanununun kapsamına giren tebligatların, anılan kanunun hükümlerine göre yapılması gerekir.¹¹ (İş K. m.109)

3.2. Feshin Türleri

İş sözleşmesinin fesih bildirimi ile sona erdirilmesi derhal fesih ve süreli fesih olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleştirilir. Öğretide değişik isimlerle nitelendirilen

⁵ Y9HD, 13.10.1999, E.1999/13026 – K.1999/15837, Cevdet İlhan Günay, **Şerhli İş Kanunu** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), s.522; Aynı görüşte, Kenan Tunçomağ – Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları** (3. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, 2003), s.190; Çelik, 2004, s.175 – 176; Sümer, **a.g.e.**, s.87.

⁶ Süreli fesihte iş sözleşmesi hemen sona ermemekte ve bildirim süreleri içinde tarafların hak ve borçları devam etmektedir. Bu nedenle bildirim süreleri içinde tarafların anlaşması ile fesih beyanının geri alınması mümkündür. (Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.125.)

⁷ Y9HD, 01.04.1996, E.1996/4848 – K.1996/6695, Günay, 2001, s.579.

⁸ Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.125; Narmanlıoğlu, 1994, s.249 – 250; Sümer, **a.g.e.**, s.87.

⁹ Çelik, 2004, s.173; Narmanlıoğlu, 1994, s.252; Oğuzman, **a.g.e.**, s.127 – 128.

¹⁰ Çelik, 2004, s.177; Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.189 – 190.

¹¹ Akyiğit, 2003, s.168; Çelik, 2004, s.176; Narmanlıoğlu, 1994, s.249; Sümer, **a.g.e.**, s.86; Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.189.

bu iki fesih türü, hukuki dayanakları ve sonuçları bakımından birbirinden kesin çizgiler ile ayrılır.¹²

3.2.1. Süreli Fesih

Süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmesini belirli bir süreye riayet etmek kaydıyla bu sürenin bitiminde sona erdiren tek taraflı irade beyanıdır. Sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulan bu hak, esas olarak kişi özgürlüğünü koruma düşüncesine dayanır. Gerçekten tarafların süresi belirli olmayan bir sözleşmeye sınırsız bir süre için bağlı kalmaları kişi özgürlüğü ilkesi ile bağdaşmaz. Esasen taraflar iş sözleşmesini yaparken belirli bir süre öngörmemekle, bu sözleşmeden her zaman tek yanlı cayabilme iradesine sahip olduklarını ve bu hakkı saklı tuttuklarını zımnen ifade etmektedir. Bu nedenle süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin mahiyetinden doğan, bu sözleşmelere özgü bir fesih türü olarak kabul edilir.¹³

Geçmişte egemen olan hukuk anlayışının aksine, günümüz iş hukuku anlayışı fesih hukukunu işçi ve işveren açısından simetrik olarak düzenlememektedir. Fesih hakkının eşit olarak düzenlenmesi, eşit olmayan taraflar arasındaki ilişkileri düzenleyen iş hukukunun temel mantığına aykırıdır. Bu nedenle günümüz iş hukuku anlayışında, işçi açısından süreli fesih hakkının kullanılması -aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda- herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamışken, işverenin bu hakkı kullanmasına çeşitli sınırlamalar getirilmiş ve bu şekilde işverenin fesih hakkını keyfi bir şekilde kullanması önlenmeye çalışılmıştır.¹⁴

Türk hukukunda süreli fesih hakkı, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara tanınmıştır. Ayrıca Borçlar Kanununun 343. maddesi uyarınca belirli süreli iş sözleşmelerinin ömür boyu veya on yıldan fazla süre ile yapıldığı hallerde, tarafların bir aylık süre vermek koşuluyla iş sözleşmesini sona erdirmeye hakları bulunmaktadır.¹⁵

¹² Öğretide süreli fesih kavramını nitelendirmek için önelli fesih, olağan fesih, bildirimli fesih; derhal fesih kavramını nitelendirmek için ise haklı nedenle fesih, olağanüstü fesih, süresiz fesih gibi isimler kullanılır. (Akyiğit, 2003, s.167; Sümer, **a.g.e.**, s.87.)

¹³ Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku** (Gözden Geçirilmiş 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), s.521 – 522; Sarper Süzek, **İş Hukuku** (2. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2005a), s.400 – 401; Oğuzman, **a.g.e.**, s.158 – 159.

¹⁴ Ali Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimleri Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi (Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı)** (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2001), s.19 – 22.

¹⁵ Sümer, **a.g.e.**, s.87; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.527.

Türk İş Hukukunda süreli fesih hakkı 2002 yılına kadar işçi ve işveren açısından simetrik olarak düzenlenmiştir. Ancak kamuoyunda İş Güvencesi Kanunu olarak bilinen 4773 Sayılı “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile 1475 Sayılı İş Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle 1475 Sayılı İş Kanununun süreli feshi düzenleyen 13. maddesi değiştirilmiş ve süreli fesih hakkının kullanılmasında işverenler için önemli kısıtlamalar getirilmiştir. Bunu takiben, 1475 sayılı İş Kanununun yerine çıkarılan 4857 sayılı yeni İş Kanunu, yapılan bu değişiklikleri bazı istisnalar dışında aynen benimsemiştir. Yapılan tüm bu değişiklikler ile Türk hukukuna iş güvencesi kavramı sokulmuş ve iş sözleşmesinin süreli feshinde iş güvencesine tabi olan ve olmayan iki ayrı işçi grubu ortaya çıkmıştır.¹⁶

4857 sayılı Kanuna göre, otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde, en az altı aylık kıdeme sahip, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili olmayan işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin davranışlarından veya yeterliliğinden kaynaklanan ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerekir. (İş K. m.18/1) İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini kesin ve açık bir şekilde belirtmek zorundadır. Ayrıca işçinin davranış ve yeterliliğine dayanılarak yapılan fesih işleminden önce işçinin savunmasının alınması gerekir. (İş K. m.19/I – II)

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde iş mahkemesinde dava açabilir. (İş K. m.20/I) Bu durumda feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. Ancak işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. (İş K. m.20/II)

İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi, başvurusu üzerine, bir ay içinde işe başlatmayan

¹⁶

Ercan Güven – Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku** (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2004), s.117 – 118.

işveren, işçiye en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür. (İş K. m.21/I) Ayrıca işveren, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödemek zorundadır. (İş K. m.21/III)

İş güvencesi kapsamında yer almayan çalışanların iş sözleşmelerinin herhangi bir sebep gösterilmeden feshedilmesi mümkündür. Bu işçilerin işe iade davası açma hakları bulunmamakla birlikte, iş sözleşmelerinin usulsüz veya kötünietli olarak feshedildiği durumda, ihbar ve kötüniet tazminatı talep etme hakları bulunmaktadır.

3.2.2. Derhal Fesih

İş sözleşmesi işçinin kişiliğini ön plana çıkaran ve işçi ile işveren arasında kişisel ilişkiler kuran bir sözleşmedir. İş ilişkisinin devamı süresince taraflar karşılıklı edimlerini dürüstlük kuralına uygun olarak yerine getirmelidir. Ancak taraflardan birinin bu kuralı ihlal ederek sözleşmenin devamını katlanılmayacak hale soktuğu veya karşı tarafın güvenini ciddi şekilde sarstığı hallerde, akit diğer tarafın bu sözleşmeye bağlı kalması beklenemez.¹⁷ Böyle bir durumda iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa, iş sözleşmesini tek yönlü bir irade beyanı ile derhal sona erdirmeye hakkı tanınmıştır.¹⁸ Öğretide derhal fesih olarak nitelenen bu hak, iş sözleşmesini, derhal sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir.¹⁹

İş Kanununa tabi olan sürekli işlerde, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan herkes, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkına sahiptir.²⁰ Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren süreksiz işlerde çalışanların ise, İş

¹⁷ Süzek, 2005a, s.500; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.466 – 467.

¹⁸ Bu tür düzenlemelere pek çok batılı hukuk sisteminde rastlanmaktadır. Alman hukukunda taraflara bildirim süresi vermeksizin iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Bir tarafın bu yola başvurulabilmesi için, halin icabına göre veya tarafların çıkarları bakımından iş sözleşmesinin sürdürülmesinin beklenemeyeceği durumların ortaya çıkması gerekir. İngiliz hukukunda da kasten itaatsizlik, hırsızlık, ağır ihmal gibi sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunulması halinde, taraflar bildirim süresi vermeksizin veya yerine ödeme de bulunmaksızın iş sözleşmesini derhal sona erdirebilirler. (Devrim Ulucan, “Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler”, **Kamu – İş**, Haziran 1997a, s.235 – 236; Richard Nicole – Rebecca Bennett, “İngiliz Hukukuna Göre İş Sözleşmesinin Feshi” **Legal – İSGHD**, Sayı.6, s.571.)

¹⁹ İhsan Erkul – Nuray Gökcek Karaca, **4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması** (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2004), s.121; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.137.

²⁰ Murat Demircioğlu – Tankut Centel, **İş Hukuku** (9. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2004), s.182; Serkan Odaman, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı** (Ankara: Kamu-İş Yayınları 2003a), s.246; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.138.

Kanununa göre derhal fesih hakları bulunmamakla birlikte, bu kimselerin iş sözleşmelerini Borçlar Kanununun 344. maddesi uyarınca sona erdirmeye hakları bulunmaktadır.²¹

Derhal fesih hakkı, haklı neden olarak nitelenen olay veya durum ortaya çıktığında doğar. Ancak bu nedenin ortaya çıkması sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez. Fesih hakkına sahip olan tarafın bu hakkını belirli bir süre içinde kullanması gerekir.²² İş Kanununa göre fesih işleminin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanılarak yapılması halinde, fesih hakkına sahip olan tarafın, bu hakkını, haklı fesih nedenini öğrendiği tarihten itibaren altı işgünü ve her halükarda fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde kullanması gerekir. İşçinin olayda maddi çıkar sağladığı durumlarda ise bir yıllık süre uygulanmaz. (İş K. m.26/1) Bu süreler öğretide ve uygulamada hak düşürücü süre olarak kabul edilir.²³ Fesih hakkının yukarıda belirtilen süreler içinde kullanılmaması halinde işçi affedilmiş sayılır.²⁴

Derhal fesih bildiriminin yapılması kural olarak hiçbir şarta tabi değildir. İş Kanununun 109. maddesi bildirimlerin yazılı olarak yapılması gerektiğine hükmediyorsa da gerek öğretide gerek uygulamada kabul edilen görüşe göre bu bir ispat şartıdır.²⁵

Fesih hakkı, haklı neden olarak nitelenen olaya bağlı kullanılacağı için, hangi durum ve olayların haklı neden kabul edileceğinin belirlenmesi konu açısından büyük önem taşımaktadır. Bu hususta Borçlar Kanunu “*Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsni niyet kaideleri noktasında iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder*” diyerek haklı nedenin esasını ortaya koyan genel bir tanım vermiş ve bu nedenin var olup olmadığının tespitini hâkimin takdirine bırakmıştır. İş Kanunu ise bu konuda Borçlar Kanunundan farklı bir yol izleyerek derhal fesih sebeplerini sınırlayıcı olmayan bir yöntem ile saymıştır.²⁶ İş Kanununun 24. maddesi işçinin, 25. maddesi ise işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenlemiştir. Ayrıca Deniz İş Kanununun 14, Basın İş Kanununun 11 ve

²¹ Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.200; Sümer, **a.g.e.**, s.100; Odaman, 2003a, s.246.

²² Çelik, 2004, s.219; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.121; Odaman, 2003a, s.247; Süzek, 2005a, s.500.

²³ Fevzi Demir, **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması** (Yeniden Düzenlenmiş Üçüncü Baskı. İzmir: 2003a), s.165; Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.214; Demircioğlu – Centel, **a.g.e.**, s.182; Süzek, 2005a, s.527; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.471; Çelik, 2004, s.244 – 245.

²⁴ YHGK, 31.01.1971, 1969 – 9 -835/52. Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.214.

²⁵ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.469; Süzek, 2005a, s.500 – 501; Akyiğit, 2003, s.168; Sümer, **a.g.e.**, s.86; Çelik, 2004, s.176.

²⁶ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.467.

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 45. maddesinde de derhal fesih hakkına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilen işçi, işverenin dayandığı sebeplerin 25. maddedeki sebeplere uygun olmadığı iddiasıyla, İş Kanunun 18, 20, 21. maddeleri hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurma hakkına sahiptir. Daha açık bir ifade ile iş güvencesi hükümleri kapsamında yer alan işçilerin fesih sebebinin haklı olmadığı gerekçesi ile işe iade davası açma hakları bulunmaktadır.²⁷

4. SÜRELİ FESHİN UYGULANMASI

4.1. Sürelî Fesihte Bildirim Süreleri ve Tarafların Durumu

İş sözleşmesinin süreli feshinde, sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın, geçerli bir fesih bildiriminde bulunabilmesi için, kural olarak İş Kanununun 17. maddesi başta olmak üzere sair mevzuatta yer alan bildirim sürelerine uygun davranması gerekir.

4.1.1. Bildirim Süreleri

İş sözleşmesinin fesih bildirimi ile ani bir şekilde sona erdirilmesi işçi ve işveren açısından birçok olumsuz sonuca neden olabilir. Yaşamda çalışmaktan başka bir geçim kaynağı bulunmayan işçinin, işini birden bire kaybetmesi, onu günümüzde en önemli sosyal risk kabul edilen işsizlikle karşı karşıya getirmekte ve bu durum işçi ve ailesi için birçok kötü sonuca neden olmaktadır. Diğer yandan işveren ise çağımızda üretimin en önemli ögesi haline gelen çalışanını kaybederek iş hayatında önemli sorunlar ile karşılaşmaktadır. Bu nedenle iş hukukunda bildirim süreleri öngörülerek fesih bildiriminden sonra iş sözleşmesinin belirli bir süre daha devam etmesi sağlanmış ve bu süre zarfında işçinin yeni bir iş, işverenin ise yeni bir işçi bularak karşılaşabilecekleri olumsuzluklar asgariye indirilmeye çalışılmıştır.²⁸

²⁷ Çelik, 2004, s.236; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.152 – 153; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.153; Sümer, **a.g.e.**, s.108.

²⁸ Pek çok hukuk sisteminde bu yönde düzenlemelere rastlamak mümkündür. Alman hukukunda işçi ve işverenler için farklı bildirim süreleri öngörülmüştür. Buna göre iş ilişkisini sona erdirmek isteyen işçinin dört haftalık bildirim süresine riayet etmesi gerekir. İş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren ise işçinin kıdemine göre bir veya yedi aylık bir bildirim süresine uymak zorundadır. Belirtilen bu süreler asgari olup, sözleşmeler ile bu sürelerin artırılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkündür. Fransız hukukunda işverenlerin işten çıkarmalar halinde uygulayacakları asgari süreler kanunda

Türk İş Hukukunda da yukarıda sayılan olumsuzlukların giderilmesi amacıyla bildirim süreleri kabul edilerek iş sözleşmesinin fesih bildiriminden sonra belirli bir süre daha devam etmesi hükme bağlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanununa göre iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçi veya işveren bu durumu iş sözleşmesinin altı aydan az sürdüğü durumlarda iki hafta; altı aydan birbuçuk yıla kadar sürdüğü hallerde dört hafta; birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürdüğü durumlarda altı hafta; üç yıldan fazla sürdüğü durumlarda ise sekiz hafta öncesinden karşı tarafa bildirmek zorundadır. (İş K. m.17/1) Ayrıca bu konuda İş Kanunu dışında kimi özel kanunlarda da çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Deniz İş Kanununda da aynı süreler öngörülmüş ancak gemi adamının işe girmesinden başlayarak en az altı ay geçmedikçe fesih bildiriminin yapılamayacağı kabul edilmiştir.²⁹ (DİK. m.16) Basın İş Kanununda ise iş sözleşmesinin tarafları için ayrı ayrı süreler öngörülmüştür. Buna göre, iş sözleşmesini feshedecek işveren bu durumu beş yıldan az kıdemi olan gazetecilere bir; beş yıl ve daha fazla kıdemi olan gazetecilere ise üç ay önceden haber vermelidir. İş sözleşmesini feshetmek isteyen gazetecinin ise kıdemi ne olursa olsun bu durumu işverene bir ay öncesinden bildirmesi gerekir. (BİK. m.7)

4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu gibi kıdem arttıkça bildirim sürelerinin arttığı sistemi benimsemiştir.³⁰ Bu nedenle bildirim süresine esas olacak kıdemin hesabı, uygulamada önem arz etmektedir. Öğretide kabul gören genel görüşe göre, kıdem hesabında başlangıç günü olarak işçinin emeğini işverene arz ettiği gün; bitiş günü olarak fesih bildiriminin muhataba ulaştığı gün esas alınmalıdır. Ayrıca muhatabın işe başladığı gün ile fesih bildiriminin yapıldığı tarih arasında askıda geçen süreler (hastalık, kaza, doğum gebelik halleri, askerlik ve kanundan doğan çalışma ile grev ve lokavt gibi durumlar) çalışılmış gibi kıdem süresinin hesabına katılırlar.³¹

belirlenmiş (bir – iki ay), işçilerin uyacakları süreler ise toplu iş sözleşmelerine ve temayüle bırakılmıştır. (Fevzi Demir, **İş Güvencesi Hukuku** (2. Baskı. İzmir: Barış Yayınları, 1999), s.123 - 128; Ulucan, 1997a, s.237 – 239.)

²⁹ Ayrıca, geminin seyir halinde iken iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, feshi yapan tarafa ve feshin niteliğine (sürelili veya derhal fesih) bakılmaksızın, iş sözleşmesi geminin uğrayacağı ilk limanda geminin emniyete alınmasına kadar uzamış sayılır. (Sezgi Öktem Songu, “Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, **Legal – İSGHD**, Sayı:3, s.849.)

³⁰ Bekir Uzun, **Yeni İş Yasası Semineri** (İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No:2004–31, 2004), s.59; Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi”, **Yeni İş Yasası Seminer Notları (25–29 Haziran 2003 Çeşme)** ([yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2003), s.108; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.147.

³¹ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.531; Narmanlıoğlu, 1994, s.255 – 256; Oğuzman, **a.g.e.**, s.184 – 185; Süzek, 2005a, s.404.

Ancak mevsimlik işlerde, yılın çalışılmadan geçen süreleri bildirim süresine esas olacak kıdemin hesabında dikkate alınmazlar.³²

Bildirim süreleri, fesih beyanının karşı tarafa ulaştığı andan itibaren işlemeye başlamaktadır. Sürelerin hesaplanmasında İş Kanununda bir hükme yer verilmediği için Borçlar Kanununun 76. maddesinin 2. bendi uygulanır. Buna göre fesih işlemi hangi gün yapılmış ise son haftanın aynı günü iş sözleşmesi sona erer.³³ Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin askıda kaldığı dönemde geçen süreler, bildirim süresinin hesabında dikkate alınmazlar. Daha açık bir ifade ile bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin askıya alınması halinde, bildirim süreleri askı hali ortadan kalkıncaya kadar işlemez.³⁴

İş Kanununda belirlenmiş olan bildirim süreleri asgari olup, bu süreler sözleşmeler ile artırılabilirler. Ancak söz konusu hüküm, nispi emredici nitelikte olduğundan, bildirim sürelerinin tarafların anlaşması ile ortadan kaldırılması veya azaltılması mümkün değildir. Böyle bir durumda kanundaki asgari süreler uygulanmaktadır.³⁵

Tarafların bildirim sürelerini iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile artırdığı durumlarda ise işçi ve işveren bakımından farklı süreler öngörülüp öngörülemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Borçlar Kanununun 340. maddesinin son fıkrasında yer alan “*iş sahipleri ve işçiler için muhtelif ihbar müddetleri mukavele edilmesi caiz değildir*” hükmü uyarınca taraflar için farklı bildirim süreleri kararlaştırılması mümkün değildir. Buna göre bildirim sürelerinde yapılacak artırımlar taraflar için eşit olmak zorundadır. Aksine bir uygulamaya Borçlar Kanununun 340. maddesi engeldir.³⁶

Diğer bir görüş ise İş Kanununun 17/3. maddesinde yer alan özel düzenleme karşısında Borçlar Kanununun 340. maddesinin son fıkrasının uygulama alanı

³² Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.531.

³³ Çelik, 2004, s.178 – 179; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.149; Süzek, 2005a, s.404; Aksi görüş, Oğuzman ise, fesih bildirim haftanın hangi günü yapılmışsa, iş sözleşmesinin bunu takip eden son haftanın son günü biteceğini belirtmektedir. Daha açık bir ifade ile fesih bildirim ister Pazartesi ister Çarşamba ister cumartesi yapılmış olsun, iş sözleşmesi bildirim süresinin biteceği son haftanın cumartesi günü sona erecektir. (Oğuzman, **a.g.e.**, s.186 – 187.)

³⁴ Y9HD, 20.04.2005, E.2004/25001 – K.2005/13861, **Legal – İSGHD**, Sayı.7, s.1326 – 1327; Aynı yönde, Y9HD, 06.04.1999, E.1999/4636 – K.1999/6822, Günay, 2005a, s.491.

³⁵ Murat Şen, “Bildirimli Fesihte İhbar Önelllerinin Toplu İş Sözleşmesiyle Arttırılması Durumunda İhbar Tazminatı”, **Kamu-İş**, Cilt.7 Sayı.3/2004, s.80; Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi** (Ankara: 1978), s.335; Oğuzman, **a.g.e.**, s.188 – 189; Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.190; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.531; Narmanlıoğlu, 1994, s.254 – 255; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.149.

³⁶ Demir, 2003a, s.139; Oğuzman, **a.g.e.**, s.190 – 192.

bulamayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre işçi için nispi emredicilik kuralına uymak kaydı ile işçi ve işveren için farklı bildirim süreleri getirilebilir. Bir başka ifade ile, işçinin uyacağı bildirim süresinin işverenin tabi olacağı bildirim süresinden daha uzun olmaması şartıyla, farklı veya eşit bildirim süreleri kararlaştırılması mümkündür.³⁷

Yargıtay ise bildirim süreleri nispi emredici nitelikte olduğu için kanundaki sürelerin ancak işçi lehine uzatılabileceğini belirtmektedir. Daha açık bir ifade ile bildirim sürelerinin uzatılması sadece işverenin işçiye tanıyacağı süreler yönünden olup işçinin işverene tanıyacağı bildirim süresinin kanunda öngörülen asgari süreyi geçmemesi gerekir.³⁸

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, bildirim sürelerinin bölünerek kullanılması mümkün değildir.³⁹

4.1.2. Tarafların Durumu

İş sözleşmesi, bildirim süresi içinde tarafların hak ve yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik olmadan devam etmektedir. Bu nedenle bildirim süresi içinde, işçi ve işveren, iş sözleşmesinden kaynaklanan tüm borçlarını eksiksiz olarak yerine getirmek zorundadır. Taraflardan birinin borcunu yerine getirmekten kaçınması veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde karşı tarafın iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirmeye hakkı bulunmaktadır.⁴⁰ Ayrıca bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin tarafların hak ve yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik olmadan devam etmesi nedeniyle, işçinin bu süre zarfında sağlanan tüm hak ve menfaatlerden faydalanması gerekir.⁴¹

Yukarıda belirtildiği üzere bildirim süreleri içinde tarafların hak ve yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Ancak İş Kanununun 27. maddesi işverene ek bir yükümlülük getirmiş ve bildirim süresi içinde işçiye yeni bir iş

³⁷ Süzek, 2005a, s.405 – 406; Çelik, 2004, s.180; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.532 – 533; Şen, 2004, s.90.

³⁸ Y9HD, 29.09.1998, E.1998/11002 – K.1998/13716, Günay, 2001, s.502.

³⁹ Y9HD, 21.09.1998, E.1998/10525 – K.1998/13401, Günay, 2001, s.541; Aynı yönde, Y9HD, 14.10.1995 E.1995/17657 – K.1995/34215, Günay, 2001, s.594.

⁴⁰ Y9HD, 10.10.2003, E.2003/4302 – K.2003/16781, Tankut Centel, “İhbar Öneli İçinde Haklı Nedenle İşten Çıkarma” **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.289, Ocak 2004b, s.40 – 42; Kararı inceleyen Centel, kararın 1475 sayılı İş Kanunu zamanında verilmiş olmasına rağmen, 4857 Sayılı İş Kanunu döneminde de geçerliliğini koruduğunu belirtmektedir.

⁴¹ Fevzi Şahlanan, “Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 2003** (Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayınları, 2005a), s.91 – 92.

bulması için iş arama izni verilmesini zorunlu kılmıştır.⁴² Söz konusu hüküm uyarınca işveren bildirim süreleri içerisinde işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içerisinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İşveren, iş sözleşmesi ister işçi, ister kendisi tarafından feshedilmiş olsun bu yükümlülüğü yerine getirmek zorundadır.⁴³

İş arama izni günde iki saatten az olamaz. İşçi dilerse iş arama iznini işten ayrılacağı günden evvelki günlere getirmek kaydıyla topluca kullanabilir. (İş K.m.27/I) Ancak işçinin iş arama izinlerini topluca kullanabilmesi için bu istemini makul bir süre içinde işverene bildirmesi gerekir.⁴⁴ İşverenin, işçinin bu talebini reddetme hakkı yoktur.⁴⁵

İş sözleşmesinde herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde işveren yönetim hakkına dayanarak işçinin iş arama iznini ne zaman kullanılacağına karar verebilir. Ancak bu iznin iş bulma ihtimalinin zayıf olduğu bir süre içerisinde kullanılmaması gerekir. Aksi takdirde işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple derhal feshetme hakkı bulunmaktadır.⁴⁶ Uygulamada iş arama izinleri mesai başladıktan sonraki iki saat içinde veya iş çıkışından önceki iki saat içinde verilmektedir.⁴⁷

İş Kanununa göre işveren, iş arama izni esnasında işçiye çalıştırırca işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder. (İş K. m.27/III) Daha açık bir ifade ile işveren, işçiye, iş arama izni esnasında çalıştırdığı her saat başına üç katı tutarında ücret ödemek

⁴² Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların iş sözleşmeleri bildirimli fesih yoluyla sona eremeyeceği için, bu haktan faydalanmaları mümkün değildir. Ancak öğretide bu işçilerinde iş arama ihtiyacı içinde bulundukları dikkate alındığında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara da iş arama izni verilmesi gerektiği belirtilmektedir. (Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.534 – 535; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.150.)

⁴³ Bildirim önelleri içinde işçiye yeni iş arama izni verilmesine ilişkin bu düzenleme, kamu düzeni ile ilgilidir. Bu nedenle yeni iş arama iznine ilişkin bu hüküm sözleşmeler ile kaldırılamaz ve işçinin bu hakkından önceden vazgeçmesi yönündeki düzenlemeler geçerli sayılmaz. (Mustafa Kılıçoğlu, **4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması** (Ankara: Ayhan Yayıncılık, 2005a), s.309; Fevzi Şahlanan, “İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu” **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.303, Mart 2005d, s.38; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.124; Narmanlıoğlu, 1994, s.259; Süzek, 2005a, s.407.)

⁴⁴ İşçi, iş arama iznini toplu kullanma isteğini fesih bildiriminin yapıldığı gün veya en geç ertesi gün işverene bildirmelidir. İşçinin işverene bildirmeden iş arama iznini toplu olarak kullanması durumunda işveren iş sözleşmesini İş Kanununun 25. maddesine göre feshedebilir. (Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.535; Süzek, 2005a, s.408.)

⁴⁵ Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.151; Sümer, **a.g.e.**, s.89; Günay, 2005a, s.1089; Şahlanan, 2005d, s.38.

⁴⁶ Sümer, **a.g.e.**, s.89; Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.191; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.537; Şahlanan, 2005d, s.38; Oğuzman, **a.g.e.**, s.195 – 196.

⁴⁷ Sümer, **a.g.e.**, s.89; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.151.

zorundadır.⁴⁸ Ayrıca iş arama izni verilmemesi işçi için derhal fesih nedeni oluşturmaktadır.⁴⁹

İş arama izni, işçiye yeni bir iş araması ve bulması için tanınmış bir haktır. Bu nedenle, işçinin eski işinden yeni bir iş bularak ayrıldığı durumlarda bu izni kullanma hakkı yoktur. Ayrıca işçinin iş arama izni sırasında yeni bir iş bulması halinde bu izni kullanmaya devam etmemesi gerekir. Aksi takdirde işverenin, işçinin sadakat borcuna aykırı bu davranışından dolayı iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı doğar.⁵⁰

4.1.3. Peşin Ödeme Yoluyla Fesih

Yukarıda da belirtildiği üzere süreli fesih bildirimine muhatap olan işçi, bildirim süresi sonuna kadar işine devam etmek zorundadır. Ancak iş sözleşmesinin fesih bildirimiyle sona erdirilmesi halinde, bildirim süresinin bitiminde işten çıkarılacağını bilen işçinin moral bozukluğu içine düşmesi, işe bağlılığının ve veriminin azalması hatta iş güvenliğini tehlikeye düşürücü davranışlarda bulunması mümkündür. Bu nedenle kanun koyucu bu sakıncalı durumu bertaraf etmek amacıyla bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin ödemek suretiyle işçinin işten uzaklaştırılmasına imkân tanımıştır.⁵¹

İş Kanununa göre işveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. (İş K. m.17/IV) Kural olarak bu hak sadece işverene tanınmış olup işçinin bu yol ile iş sözleşmesini feshetme hakkı yoktur.⁵² Basın İş Kanunu bu hakkı hem gazeteciye hem de işverene tanımıştır. (BİK m.5/2) Deniz İş Kanununda ise peşin ödeme müessesesine ne işveren ne de gemi adamı için yer verilmemiştir.⁵³

Bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi yoluyla fesihte, işçiye ödenecek ücret miktarı ihbar tazminatında olduğu üzere asıl ücret ve sözleşmeden doğan diğer

⁴⁸ Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.128 – 129; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.124; Şahlanan, İş Kanununun bu hükmüyle işçiye iş arama izni verilmemesini ayrı bir yaptırıma bağladığını ve bu nedenle Yargıtay'ın 1475 sayılı İş Kanunu zamanında iş arama izni verilmemesi halini usulsüz fesih sayarak işçiye ihbar tazminatı ödenmesine dair içtihadından vazgeçmesi gerektiğini belirtmektedir. (Şahlanan, 2005d, s.38 – 39.)

⁴⁹ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.537; Demir, 2003a, s.140; Taşkent, 2003a, s.110.

⁵⁰ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.537; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.128; Erkul – Gökçek, **a.g.e.**, s.150; Süzek, 2005a, s.408; Günay, 2005a, s.1089; Şahlanan, 2005d, s.38.

⁵¹ Aynı nedenler ile mukayeseli hukukta da benzeri düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin Fransız hukukunda işverene bildirim süresine ilişkin ücreti peşin ödeyerek işçiye işten uzaklaştırılma hakkı tanınmıştır. İngiliz hukukunda ise işveren işçinin işi hemen bırakmasını istiyorsa, ihbar süresine ilişkin çalışma ücretini işçiye peşin olarak ödeyerek işçiye işyerinden uzaklaştırabilir. (Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.545; Nicolle – Bennett, **a.g.e.**, s.572; Demir, 2003a, s.141; Süzek, 2005a, s.409 – 410.)

⁵² Demir, 2003a, s.141; Oğuzman, **a.g.e.**, s.200 – 201.

⁵³ Songu, **a.g.e.**, s.850 – 851; Akyiğit, 2003, s.174 – 175.

hak ve menfaatler göz önüne alınarak hesaplanır.⁵⁴ Bildirim süresine ilişkin yapılacak ödemenin fesih beyanının işçinin yüzüne karşı yapıldığı durumlarda hemen ödenmesi, işçinin gıyabında yapıldığı durumlarda ise ödemenin bildirim tarihi itibarı ile işçinin bankadaki hesabına yatırılmış olması gerekir. Ayrıca Yargıtay fesih beyanının yapılmasından sonraki gün yapılan ödemeleri de usule uygun saymaktadır.⁵⁵ Ödemenin zamanında yapılması veya noksan yapılması halinde fesih işlemi usulsüz sayılır. Fesih bildirimini esnasında bildirim süresine ilişkin ücret tutarının nakit olarak ödenmesi zorunludur.⁵⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki, bildirim süreleri hesaplanarak ödenen bedel bir tazminat olmayıp bir ücrettir. Bu nedenle ücretler hakkındaki hukuki rejime tabidir.⁵⁷

Yukarıda da belirtildiği üzere bildirim süreleri bölünerek uygulanamaz. Bu nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren ya bildirim sürelerini uygulamak ya da bu sürelerle ilişkin ücreti peşin ödeyerek işçiyi iş yerinden uzaklaştırmak zorundadır. İşverenin bildirim süresini bölerek bu iki fesih yöntemini bir arada kullanması mümkün değildir.⁵⁸

Bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi yoluyla fesihte, iş sözleşmesinin bildirim süreleri içinde devam edip etmediği ve bu süre içinde meydana gelen haklardan işverenin sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda Yargıtay ve öğreti uzun yıllardır farklı görüşler dile getirmektedir. Yapılan bu tartışma bugün hala güncelliğini korumakta ve teorik açıdan olduğu kadar pratik açıdan da büyük önem taşımaktadır.

Bu konuda öğretide ağır basan görüşe göre, peşin ödemeyle fesihte, fesih beyanı iş sözleşmesinin sona erdiği zamanı değiştirmemekte; sözleşme bildirim süresinin geçmesi ile sona ermektedir. Bu hükümle işverene iş sözleşmesini değil iş ilişkisini sona erdirme imkânı tanınmış durumdadır. Bu nedenle bildirim süresinin işçinin kıdeminden sayılması ve bu süre içinde meydana gelen hak ve menfaatlerden işçinin faydalanması gerekmektedir.⁵⁹

⁵⁴ Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.128; Çelik, 2004, s.185.

⁵⁵ Y9HD, 13.03.2000, E.2000/19901 – K.2001/3852, Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.549.

⁵⁶ Ücretin bir kısmının nakit ödenirken bir kısmı için senet vermek yahut sadece senet vermek, peşin ödeme yoluyla fesih sayılmaz. Böylesi hallerde haksız ve usulsüz bir derhal fesihten söz etmek daha doğru olur. (Akyiğit, 2003, s.174 – 175.)

⁵⁷ Demir, 2003a, s.142; Çelik, 2004, s.185; Süzek, 2005a, s.410 – 411; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.548.

⁵⁸ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.548 – 549; Süzek, 2005a, s.410.

⁵⁹ Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.149; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.128; Çelik, 2004, s.183 – 185; Narmanlıoğlu, 1994, s.262 – 263; Süzek, 2005a, s.411.

Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından peşin ödeme ile feshinde, iş sözleşmesi –peşin ödeme anında- sona ermektedir. Bu nedenle bildirim süresi işçinin kıdemine dâhil olmayacağı gibi, bildirim süresi içerisinde gerçekleşecek haklardan da işçinin faydalanması mümkün değildir.⁶⁰

Yargıtay'ın bu uygulaması öğretide pek çok eleştiriye uğramıştır. Bu konuda Yargıtay içtihadına getirilen eleştirilerden ilki bu uygulamanın kanunun ruhu ile örtüşmediği noktasında toplanmaktadır. Bu görüşe göre, Yargıtay'ın getirmiş olduğu bu lâfzî yorum, işçinin bildirim süresi içinde gerçekleşecek toplu sözleşme zammı, yıllık ücretli izin, kıdem tazminatı, ikramiye gibi haklarından yoksun kalmasına neden olmakta ve bu durum işçinin korunması ilkesi ile bağdaşmamaktadır.⁶¹ Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere süreli fesihte iş sözleşmesi bildirim süresi bitimine kadar devam etmektedir. İş Kanununun bu hükmü kamu düzeni ile ilgili emredici bir kuraldır. Bu hükmü ortadan kaldırma niteliği taşıyan herhangi bir anlaşma hukuken geçerli sayılmaz. Bu nedenle Yargıtay'ın bu emredici kuralı yok sayarak kanun koyucunun işverene böyle bir hak tanınmış olduğunu kabul etmesi yerinde değildir.⁶²

Getirilen eleştiriler karşısında Yargıtay'ın bu konudaki katı görüşü zaman içinde çeşitli yumuşamalara uğramıştır. Yargıtay önceki yıllara ait kararlarında bu konuya ilişkin iş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmelerine konulan hükümleri geçersiz sayarken; son yıllardaki kararlarında, bu konuda toplu iş sözleşmelerinde veya iş sözleşmelerinde açık bir hüküm olması halinde bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklardan işçinin faydalanabileceğini içtihat etmektedir.⁶³ Ayrıca Yargıtay'a göre peşin ödeme ile fesihlerde ödemenin tam ve peşin yapılmamış olması halinde, işçi bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklardan faydalanacaktır.⁶⁴ Son olarak işverenin fesih işlemini bildirim süresi içinde doğacak haklardan işçinin yararlanmasını engellemek için yaptığı hallerde, işçinin bu süre içinde gerçekleşecek haklardan faydalanması gerekir.⁶⁵

⁶⁰ YHGK, 19.02.1982, E.9/1200 – K.1982/132, Günay, 2005a, s.439; Aynı yönde Y9HD, 21.09.2000, E.2000/12518 – K.2000/12069, Günay, 2001, s.641.

⁶¹ Demir, 2003a, s.141; Narmanlıoğlu, 1994, s.263 – 264.

⁶² Narmanlıoğlu, 1994, s.265; Süzek, 2005a, s.412; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.548 – 549.

⁶³ Y9HD, 05.04.1999, E.1999/5103 – K. 1999/6771, Günay, 2001, s.487.

⁶⁴ Y9HD, 01.03.2004, E2003/13738 – K.2004/3888, **Legal – İSGHD**, Sayı.4, s.1494 – 1495; Aynı yönde, Y9HD, 27.10.1998, E.1998/12265 – K.1998/15287, Günay, 2001, s.641.

⁶⁵ YHGK, 05.06.1987, E.1986/9 – 666 – K.1987/457, Narmanlıoğlu, 1994, s.265.

4.2. Süreli Feshin Uygulanması ve İş Güvencesi

4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu iş sözleşmesinin süreli feshi ile ilgili esasları önemli ölçüde değiştirmiştir. Yapılan bu değişiklikler ile uluslararası dayanağını Türkiye'nin 1994 yılında imzaladığı 158 sayılı ILO sözleşmesi ve 166 sayılı Tavsiye Kararından alan “iş güvencesi” kavramı mevzuatımıza girmiştir. Mevzuatımıza giren bu yeni düzenlemeler ile işverenin yapacağı süreli fesih işlemlerinde, iş güvencesi hükümlerine tabi olan ve olmayan iki ayrı işçi grubu ortaya çıkmıştır. Bu iki işçi grubunun iş sözleşmesinin süreli feshinde izlenmesi gereken prosedür birbirinden önemli farklar ile ayrılmaktadır. Bu nedenle çalışmada, öğretide de tercih edildiği üzere, ikili bir ayrıma gidilmiş ve iş güvencesi hükümlerinin kapsamında yer alan ve almayan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshi ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

4.2.1. İş Güvencesi Kapsamında Süreli Fesih

4.2.1.1. İş Güvencesi Hükümlerinin Kapsamının Belirlenmesi

4857 sayılı Kanunun 18. maddesine göre, otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde en az altı aylık kıdeme sahip belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve işveren vekili olmayan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden faydalanma hakkı bulunmaktadır. Bu koşullardan birine sahip olmayan işçilerin ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanma olanağı yoktur. İş güvencesi hükümlerinin kapsamının belirlenmesi, fesih işlemi sırasında izlenecek prosedür ve daha sonra meydana gelebilecek olası uyuşmazlıkların çözümü bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle bu konu üzerinde durulmuştur.

4.2.1.1.1. İşçinin İş Kanunu Kapsamında Yer Alması

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçinin İş Kanunu kapsamında yer alan bir işyerinde çalışması gerekir. Bu kanun kapsamında yer almayan çalışanların ise iş güvencesi hükümlerinden faydalanma imkânları bulunmamaktadır. Ancak, Basın İş Kanunu kapsamında çalışanlara 4857 sayılı Kanunun 116. maddesi uyarınca, İş Kanununun iş güvencesi hükümlerini düzenleyen 18, 19, 20, 21 ve 29. maddelerinin

kıyasen uygulanması mümkündür.⁶⁶ Deniz İş Kanunu kapsamında çalışanların ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakları bulunmamaktadır.⁶⁷

158 sayılı ILO sözleşmesi, sözleşmenin tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve iş sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanacağını belirtmiş ve özel istihdam şartları bakımından istihdam olunanlardan sınırlı bir kategorinin -gerektiği takdirde- sözleşme hükümlerinin bazılarının veya tamamının kapsamı dışında bırakılmalarına olanak tanımıştır. Ancak ülkemizde Deniz İş Kanunu ile Borçlar Kanuna göre çalışanlar nedensiz yere iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu yöndeki eksiklikler giderilmeden 158 sayılı ILO sözleşmesine uyum sağlanması mümkün değildir. Nitekim bu eksiklik 4773 sayılı Kanunun genel gerekçesinde “*İş Kanununda iş güvencesine yönelik olarak yapılan düzenlemelere paralel bir şekilde Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanununda ve tarım işlerinde çalışmalarla ilgili yeni düzenlemelere gidilmesi 158 sayılı ILO sözleşmesinin bir gereğidir.*” şeklinde belirtilmiştir. Gerekçede belirtilen bu eksiklikler 4773 sayılı Kanunun Meclis görüşmeleri sırasında Basın İş Kanunu yönünden giderilmiş ancak Borçlar Kanunu ve Deniz İş Kanununda yeni bir düzenlemeye gidilmemiştir.⁶⁸

4.2.1.1.2. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışması

Belirli süreli iş sözleşmeleri, taraflarca öngörülebilir bir vadeye tabi olan, ihbar gerekmeksizin, vadenin bitimiyle kendiliğinden sona eren iş sözleşmeleridir. Daha açık bir ifade ile belirli süreli iş sözleşmelerinin sona erme anı sözleşme kurulduğu anda bilinmekte ve iş sözleşmesi fesih bildirimine gerek olmaksızın vade tarihinde kendiliğinden sona ermektedir.⁶⁹ Bu karakteristik özelliğinden dolayı uluslararası hukukta, belirli süreli iş sözleşmeleri feshe karşı koruma hükümlerinin alanı dışında

⁶⁶ Polat Soyer, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı)** (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005), s.28 – 29; Süleyman Başterzi, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi” **Can Tuncay’a Armağan** (İstanbul: Legal Yayınları, 2005), s.646 – 648.

⁶⁷ Taşkent, Savaş. “İş Güvencesi Hükümlerinin Gemi Adamlarına Uygulanması” **Can Tuncay’a Armağan** (İstanbul: Legal Yayınları, 2005), s.587 – 594.

⁶⁸ Mehmet Uçum, **Yeni İş Kanunu Semineri Notları** (1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003), s.133; Ali Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri 28 – 29 Mayıs 2004 (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı)** (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2004), s.22.

⁶⁹ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.251 vd.

tutulmuş ve iş güvencesi hükümleri kapsamına sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar alınmıştır.⁷⁰

Türk hukukunda da uluslararası hukuka paralel olarak iş güvencesi hükümlerinden faydalanmak isteyen işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekmektedir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların ise iş güvencesi hükümlerinden faydalanma olanağı bulunmamaktadır.⁷¹ Ayrıca mevsimlik iş sözleşmeleri de kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirildiklerinden mevsimlik işçilerinde iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerekir.⁷²

İş hukukunun genel prensibi uyarınca iş sözleşmelerinin belirsiz süreli yapılması asıl, belirli süreli yapılması ise istisnadır. Ancak kimi işveren ve işletmelerin yasal zorunluluklardan kaçmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapma yolunu tercih ettikleri bilinmektedir. Bu tür kötünietli uygulamaların önüne geçmek için Yargıtay içtihatları ile getirilen bazı kısıtlamalar, uluslararası hukuka uygun olarak⁷³ 4857 sayılı Kanun ile yasal alt yapıya kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre belirli

⁷⁰ 158 No'lu İLO sözleşmesinin 3. maddesine göre iş güvencesine ilişkin hükümler belirsiz süreli iş sözleşmelerine uygulanır. Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde iş güvencesi hükümlerinden belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar yararlanmaktadır. (Ulrich Preis, "Almanya'da İşçinin Feshe Karşı Korunması", **Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri (6 – 7 Nisan 1997)** (İstanbul: Alkım Kitabevi, 1997), s.32; Erdal Egemen, "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi", **Yeni İş Yasası Sempozyumu (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı:2)** (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003), s.94.)

⁷¹ Y9HD, 23.10.2004, E.2004/15732 – K.2004/29256, Osman Güven Çankaya – Cevdet İlhan Günay – Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), s.332–333; Aynı yönde, Y9HD, 23.10.2003, E.2003/18234 – K.2003/17604, **Çimento İşveren Dergisi**, Ocak 2004; Soyer, bu işçilerin işe aide davası açma hakları bulunmamakla birlikte, belirli sürenin dolmasından önce yapılan fesih işlemlerinde, işçinin dava açarak süre sonuna kadar olan ücretini talep etme hakkı olduğunu belirtmektedir. (Soyer, 2005, s.31.)

⁷² Y9HD, 10.01.2005, E.2004/21961 – K.2005/110, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.334.

⁷³ 158 No'lu İLO sözleşmesine göre, sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvencelerin alınması gerekmektedir.(m.2/3) Bu konuda İLO tarafından çıkarılan 166 No'lu Tavsiye Kararı ise konuya daha ayrıntılı olarak değinmektedir. Tavsiye kararına göre, belirli süreli hizmet sözleşmeleri "yapılacak işin niteliği" veya "işin yapılmasına ilişkin koşullar" veya "işçilerin çıkarları" açısından gerekli olduğu durumlarda yapılabilir. Bu sebepler dışında yapılan sözleşmeler ise belirsiz süreli sayılır. Ayrıca AB Hukukunda ve ülkelerinde belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması objektif nedenlere bağlanmıştır. Fransız hukukunda belirli süreli iş sözleşmesi geçici bir şekilde başka işçi yerine çalışma, üretim hacmindeki artış ve işsizliğe karşı bir mücadele aracı olarak işletmeye ilk giriş olmak üzere üç sınırlı halde yapılabilir. Benzer şekilde Alman hukukunda da belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi için meşru bir neden aranmaktadır. Bu ülkede geçici işgücü ihtiyacı, işin niteliğinin veya işçiye bağlı nedenler gerektirmesi, mesleki amaçlı eğitim veya deneme amaçlı iş ilişkileri meşru sebep olarak kabul edilmektedir. (Ayşe Ünal, "AB'de Belirli Süreli Çalışma" **Kamu – İş**, Cilt:8, Sayı.1/2005, s.79 – 81; Polat Soyer, "158 Sayılı İLO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı 18–19 Mayıs 2001)** (Birinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002), s.276; Güzel, 2004, s.24 – 26.)

sürelî iş sözleşmelerinin yazılı olarak belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılması gerekir. (İş K. m.11/1) Ayrıca belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir neden olmadıkça birden fazla, üst üste, (zincirleme olarak) yapılması yasaktır. Aksi durumlarda iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılmaktadır.⁷⁴ (İş K. m.11/2) Bu hükümle belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması objektif koşulların varlığına bağlanmış ve zincirleme iş sözleşmeleri belirsiz süreli sayılarak kötüniyetli uygulamaların önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Söz konusu düzenlemeler genel olarak olumlu bulunmakta ve uyum sağlanması amaçlanan 158 sayılı ILO sözleşmesi ve AB normları ile büyük oranda örtüştüğü belirtilmektedir.⁷⁵ Ancak öğretide düzenlemedeki bazı eksiklikler üzerinde durulmaktadır. Eleştirilen noktalardan ilki belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasına azami bir sınır getirilmemesidir.⁷⁶ Bu durum özellikle esaslı nedene dayalı olarak uzun yıllar için yapılan (2, 3, 5 yıl gibi) ve tekrarlanan iş sözleşmeleri ile çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanmalarına engel olmaktadır. Bu nedenle mevzuatımızdaki bu eksikliğin giderilmesi faydalı olacaktır.⁷⁷ Eleştirilen noktalardan ikinci konu ise bazı özel kanunlarda (625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunu gibi) belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan emredici hükümler olmasıdır. Öğretideki kimi yazarlar sırf kanuni bir mecburiyetten dolayı bu

⁷⁴ Lütfi İncirlioğlu, **Sorulu Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması** (Birinci baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004), s.77; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.120; Çelik, 2004, s.200 – 201.

⁷⁵ Çelik, 2004, s.201; Güzel, 2004, s. 24; Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.195.

⁷⁶ AB 99/70 sayılı yönergesi ile yürürlüğe konulan “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkındaki Çerçeve Antlaşması” belirli süreli iş sözleşmelerinin azami süre ile yapılabileceğini öngörmüştür. Fransız hukukunda belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması yenileme süreleri dâhil olmak üzere en çok on sekiz ay ile sınırlandırılmış durumdadır. Benzer olarak Alman hukukunda da belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılması azami olarak yirmi dört ay ile sınırlandırılmış ve bu azami süre aşılmamak kaydıyla belirli süreli sözleşmenin üç defa yenilenebileceği öngörülmüştür. (Gülsevil Alpagut, “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı 18 – 19 Mayıs 2001)** (Birinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002), s.83 – 84; A. Ünal, **a.g.e.**, s.80 – 83.)

⁷⁷ Güzel, 2004, s.24 – 25; Aksi görüş, Soyer ise, bu eleştirilerin yanıltıcı olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, Almanya’da belirli süreli sözleşmeler için öngörülen üst sınır, bu sözleşmelerin esaslı bir nedene dayanmaksızın yapılması halinde geçerlidir. Ayrıca son yıllarda istihdamı arttırmak amacıyla belirli süreli sözleşmelerin yapılması yolundaki sınırlamalardan büyük ölçüde uzaklaşmıştır. (Soyer, 2005, s.29 – 30.)

kimselerin belirli süreli iş sözleşmeleri ile 10 – 15 yıl gibi süreler ile çalıştırılarak bazı haklardan yoksun bırakılmasını eşitliğe ve hakkaniyete aykırı bulmaktadır.⁷⁸

4.2.1.1.3. İşyerinde Otuz veya Daha Fazla Sayıda İşçinin Çalışması

İşçi ile işveren arasında kişisel ilişkilerin ön planda olduğu küçük işletmelerde, işin başarılı olması, uyumlu bir çalışma atmosferinin sağlanmasına bağlıdır. Ayrıca ekonomik açıdan zayıf olan bu işletmelerin, pahalı ve uzun süreli fesih prosedürünün üstesinden gelmeleri de çok güçtür. Bu nedenle uluslararası hukukta iş güvencesi hükümlerinin belirli bir sayının üzerinde işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanması öngörülmüştür.⁷⁹

Türk hukukunda da iş güvencesi hükümlerinin belirli sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanması öngörülmüştür. Bu konudaki ilk düzenleme olan 4773 sayılı Kanunda, iş güvencesi hükümlerinin ondan fazla işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanması benimsenmişken, 4857 sayılı Yeni İş Kanununda bu sayı otuza yükseltilmiştir. Öğretide bu hükümlerin ondan fazla işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanmasının dahi, ülke koşulları dikkate alındığında, yüksek olduğu ve bu sayının değiştirilmesi gerektiği yolunda fikirler mevcut iken, bu sayının otuza yükseltilmesi bu eleştirilerin daha yüksek ve sert bir sesle dile getirilmesine neden olmuştur.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 158 sayılı ILO sözleşmesinin 2. maddesi sözleşmenin, tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve iş sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanacağını belirtmiş ve özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü ve niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, iş sözleşmesi ile istihdam olunanlardan sınırlı bir kategorinin -gerektiği takdirde- ülkedeki yetkili makam ve kuruluşça –varsa- işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra, sözleşme hükümlerinin bazılarının veya tamamının kapsamı dışında bırakılmalarına olanak tanımıştır. Türk hukukunda ise getirilen bu düzenleme ile SSK

⁷⁸ Uçum, 2003, s.137; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.570; Güzel, 2004, s.26; Aksi görüş, Soyer ise, 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa göre çalışanların iş sözleşmelerinin feshedilmesi halinde, bunun büyük bir olasılıkla işin niteliğinden kaynaklanan bir geçerli sebebe dayanacağını ve Yargıtay’ında bu gibi işçilere kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğine ilişkin içtihadı gözönüne alındığında, bu kanuna tabi olarak çalışanların iş sözleşmelerinin yenilenmemesinin büyük sakıncalara yol açmayacağını belirtmektedir. (Soyer, 2005, s.30 – 31.)

⁷⁹ Nuri Çelik, **İş Güvencesi** (1. Baskı. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2003), s.17; Devrim Ulucan, **İş Güvencesi** (2. Baskı. [yy]: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2003a), s.31 – 32.

verilerine göre kayıtlı işyerlerinin yaklaşık %96'sı, sigortalıların ise %47'si iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmıştır.⁸⁰ Bu rakamlar dikkate alındığında ülkemizde sınırlı bir kategorinin değil, önemli bir kesimin iş güvencesinden yoksun kaldığı açıkça görülmektedir. Bu neden ile öğretide büyük bir çoğunluk, İş Kanununda yer alan otuz işçi barajının, 158 sayılı ILO sözleşmesine uyumlu ve Türkiye koşullarına göre gerçekçi olmadığını vurgulamakta ve bu nedenle otuz işçi sayısının on veya daha az bir sayıya indirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸¹

Ayrıca öğretide bazı yazarlar, 4857 sayılı Kanunda yer alan bu sınırlamanın Anayasa Mahkemesinin 3417 Sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanunu ve 3320 Sayılı Konut Edindirme Yardımı Kanunu ile ilgili verdiği kararlar dikkate alındığında, Anayasanın eşitlik ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir.⁸² Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmün iptali yönündeki başvuruyu reddetmiştir. Söz konusu karar bu çalışmanın yapılmış olduğu tarihte Resmi Gazete'de ve Mahkemenin web sitesinde yayınlanmamıştır.

Söz konusu hükmün uygulanmasında, işyeri kavramı, 4857 sayılı Kanunun ikinci maddesine göre belirlenir.⁸³ Buna göre işyeri, işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimdir. İşverenin işyerinde ürettiği mal ve hizmet niteliği yönünden bağıllığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi

⁸⁰ 2003 yılı SSK verilerine göre ülkemizde kayıtlı 727.409 işyerinin 699.910 (yaklaşık % 96 sı); 5.223.283 kayıtlı sigortalı işçinin ise 2.434.399 (yaklaşık % 47 si) iş güvencesi hükümlerinin dışında kalmaktadır.(Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı, **2003 Yılı Çalışma Raporu** (Ankara: Yayın No:675), s.14) ; Benzer rakamlar için Erdal Egemen, "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi", **Yeni İş Yasası Sempozyumu (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı:2)**. (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003), s.95; Başterzi, **a.g.e.**, s.630 – 634; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.568.

⁸¹ Savaş Taşkent, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme** (Ankara: Belediye İş Sendikası Yayınları, 2002a), s.33; Çelik, 2004, s.197 – 198; Güzel, 2004, s.28; Uçum, 2003, s.134; Süzek, 2005a, s.437 – 438; Soyer, 2005, s.38 – 39; Başterzi, **a.g.e.**, s.636 – 637; Aksi görüşte Centel, 2003a, s.27.

⁸² Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler" **Legal – İSGHD**, Sayı.1, 2004a, s.33; Uçum, 2003, s.134; Ulucan, 2003a, s.30; Süzek, 2005a, s.438; Güzel, 2004, s.29 – 30; Aksi görüşte, Cevdet İlhan Günay, "Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi" **Can Tuncay'a Armağan** (İstanbul: Legal Yayınları, 2005b), s.182; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.569.

⁸³ Bektaş Kar, "İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller", **Legal – İSGHD**, Sayı.7, s.1031; Güzel, 2004, s.31; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.568; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.134.

diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılmaktadır. Uygulamada da eklenti ve benzeri yerlerin işyerine dâhil olduğu belirtilmektedir.⁸⁴

İşverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde ise işyerinde çalışan işçi sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.⁸⁵ Söz konusu hüküm, işverenlerin iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacı ile işyerlerini, muvazaalı olarak küçük parçalara bölmelerini engellemek amacı ile getirilmiştir. Ancak yapılan bu düzenleme birçok problemi de içinde barındırmaktadır. Özellikle muhakeme sürecinde, iş koluna ilişkin çıkan uyuşmazlıkların, Sendikalar Kanununun 4. maddesi uyarınca çözümlenip çözümlenemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu tür bir anlaşmazlığın mahkemece bekletici sebep yapılarak sorunun Sendikalar Kanununun 4. maddesi uyarınca çözümlenmesi gerekir.⁸⁶ Öğretide, işçi sayısının İş Kanununun 30. maddesi esas alınarak hesap edilmesi halinde bu sakıncaları önleyeceği belirtilerek hükmün bu yönde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁷

Uygulamada işveren kavramı İş Kanununun 2. maddesi uyarınca değerlendirilmekte ve gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlarda işveren olarak nitelendirilmektedir.⁸⁸ Ancak topluluk ve holding bünyesinde bulunan ve farklı tüzel kişiliğe haiz olan şirketlerde çalışan işçi sayının birlikte hesap edilmesi, bu şirketlerin ayrı birer tüzel kişiliği olması ve müstakil birer işveren sayılmaları nedeniyle mümkün değildir. Öğretide kimi ülkelerde işverenlerin topluluk esasına göre değerlendirildiği hatırlatılarak ülkemiz açısından da düzenlemenin bu yönde olmasının daha faydalı olacağı belirtilmektedir.⁸⁹

Yukarıda da belirtildiği üzere, iş güvencesi hükümleri, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanmaktadır.⁹⁰ Bu nedenle öncelikli olarak işyerinde çalışan

⁸⁴ Y9HD, 22.11.2004, E.2004/19146 – K.04/25836, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.303, Mart 2005, s.40 – 41.

⁸⁵ Y9HD, 11.12.2003, E.2003/19269 – K.2003/20526, Tankut Centel, “İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.291, Mart 2004, s.35 – 36; Aynı yönde, Y9HD, 10.11.2003, E.2003/18919 – K.2003/18913, **Legal – İSGHD**, Sayı.2, s.681 – 683.

⁸⁶ Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.134; Güzel, 2004, s.30; Aksi görüşte, Ömer Ekmekçi, “26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine”, (**Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları (25 – 29 Eylül 2002 Marmaris)**) ([yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002a), s.94.

⁸⁷ Güzel, 2004, s.31.

⁸⁸ Centel, 2004a, s.36; Güzel, 2004, s.30.

⁸⁹ Güzel, 2004, s.30.

⁹⁰ Y9HD, 04.04.2005, E.2005/8117 – K.2005/11827, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.306; Aynı yönde, Y9HD, 24.01.2005, E.2004/33568 – K.2005/1331, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.307.

işçi sayısının belirlenmesi gerekmektedir.⁹¹ Öğretide, bu sayının tespitinde, işyerinde işyeri sahibi olan işveren tarafından bir iş sözleşmesi ile çalıştırılanların dikkate alınacağı belirtilmektedir. Buna göre işyerinde belirli veya belirsiz süreli; tam veya kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılanlar bu sayının hesabında göz önüne alınır.⁹² Ayrıca mevsimlik işçilerin de çalışan sayısının hesabına dâhil edilmesi gerekir.⁹³ Bunlara ek olarak, iş güvencesi hükümlerinin dışında yer alan işveren vekilleri de bu sayının içinde yer almalıdır.⁹⁴ Ancak alt işveren işçileri ile geçici iş ilişkisi ile çalışanlar ve işyerinde çalışıp işçi sıfatını taşımayan kişiler (stajyer, çırak ve mesleki eğitim görenler gibi) bu sayının hesabında dikkate alınmazlar.⁹⁵ Ayrıca Yargıtay’a göre, bu sayının hesabında işyerinde fiilen çalışan işçilerin göz önüne alınması gerekir. Buna göre iş sözleşmesi raporlu veya izinli olması nedeniyle askıda bulunan işçilerin, bu sayının hesabına dâhil edilmemesi gerekmektedir.⁹⁶

İşyerinde çalışan işçi sayısının sürekli artıp azalabileceği göz önünde tutulacak olursa otuz işçi sayısının hangi anda aranması gerektiği de cevaplanması gereken sorulardan biridir. Yargıtay’ın da katıldığı bir görüşe göre bu sayının iş sözleşmesinin feshedildiği ana göre belirlenmesi gerekir.⁹⁷ Bu konuda bir başka görüşe göre ise, bu

⁹¹ Y9HD, 26.01.2005, E.2004/30907 – K.2005/1534, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.307.

⁹² Murat Şen, “4773 Sayılı Kanununa Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade” (**Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.7, Sayı. 3 – 4, Aralık 2003, s.763 – 764; Münir Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi” **Çimento İşveren Dergisi**, Özel Eki Cilt.17 Sayı.2, Mart 2003, s.4; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 566; Çelik, 2004, s.199; Süzek, 2005a, s.439; Soyer, 2005, s.39 – 40; Uçum, 2003, s.135.

⁹³ Fevzi Şahlanan, “İş Güvencesi Kanununun Kapsamı ve Yasal Süreç”, **Mercek**, Ekim 2003b, s.18; Mustafa Kılıçoğlu, “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Yorumu” **Can Tuncay’a Armağan** (İstanbul: Legal Yayınları, 2005b), s.467; Süzek, 2005a, s.439; Şen, 2003, s.764; Soyer, 2005, s.40; Eyrenci –Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.134; Güzel, 2004, s.31; Çelik ise, mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışanların istisna tutulmasının daha uygun olacağını belirtmektedir. (Çelik, 2004, s.199.)

⁹⁴ Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.121; İncirlioğlu, **a.g.e.**, s.75; Ekonomi, 2003, s.4; Soyer, 2005, s.40.

⁹⁵ Geçici iş ilişkisi ile bir başka işverene ödünç verilen işçiler ödünç veren asıl işverenin işçi sayısına dâhil edilmekte ve şartları varsa iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaktadırlar. Benzer şekilde asıl – alt işveren ilişkisinde taşeron firma işçileri aralarında iş sözleşmesi bulunan alt işverenin işçisi olarak değerlendirilmekte ve bu işyerinde işçi sayısına dâhil edilmektedir. Ancak alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu durumlarda işçinin bunu kanıtlamak suretiyle asıl işverenin işçi sayılması ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkündür. Yargılama esnasında asıl – alt işverenlik ilişkisi hakkında bir şüphe olduğu durumlarda öncelikle bu konunun aydınlatılması gerekir. Mustafa Alp, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:5, Sayı.1, 2003, s.9; Ulucan, “Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.3, 2004, s.145 – 153; A. Can Tuncay, “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor.”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt.17, Sayı.1, Ocak 2003, s.8; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.566; Güzel, 2004, s.3; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **a.g.e.**, s.134.

⁹⁶ Y9HD, 26.01.2005., E. 2004/30907 E. – K.2005/1534, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.311; Aynı görüşte, Ekonomi, 2003, s.4; Aksi görüşte, Uçum, 2003, s.135; Süzek, 2005a, s.439; Soyer, 2005, s.40.

⁹⁷ Y9HD, 08.02.2005, E.2004/33948 – K.2005/3661, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.311; Aynı görüşte Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.120; Sümer, **a.g.e.**, s.91, Taşkent, 2003, s.33; Eyrenci, 2004a, s.32;

sayı işyerinin normal işleyişi için çalıştırılması gereken işçi sayısı esas alınarak belirlenmelidir.⁹⁸ Bu görüşe göre normal şartlar içinde işyerinde otuz iki kişi çalıştıran bir işveren, işyerinden üç kişi ayrılınca (yirmi dokuz kişi çalışıyor diye) iş güvencesi hükümlerinin kapsamına girmediğini iddia edemez. Bu durumda, işçinin, işyerinde normal şartlar altında otuz kişinin çalıştığını ispat ederek iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkının bulunması gerekir. Ancak Yargıtay işyerinin otuz kişi çalıştırabilecek kapasitede olduğu kanaati ile davanın kabulüne karar veren yerel mahkeme kararının kanuna aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁹⁹

4.2.1.1.4. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemi Olması

158 sayılı ILO sözleşmesi, deneme süresi içinde bulunan veya önceden ve makul olarak belirlenmiş bekleme (adaylık) dönemine tabi işçilerin iş güvencesi sisteminin dışında bırakılmasına imkân tanımıştır. Sözleşme bu düzenlemesi ile bir bakıma bir deneme süresi öngörmüş ve taraflara birbirlerini tanımaları ve aralarında sıkı bir güven ilişkisi kurulup kurulamayacağını anlamaları için belirli bir süre tanımıştır.¹⁰⁰ Ülkemizde benzer nedenlerle, karşılaştırmalı birçok hukuk sisteminde de görüldüğü üzere, çalışanların iş güvencesi kapsamında yer alması belirli bir kıdeme sahip olmaları koşuluna bağlanmıştır.¹⁰¹

Başterzi, **a.g.e.**, s.625 – 627; Süzek, 2005a, s.439. Uçum ise, Yargıtay’ın işyerinde çalışan işçi sayısının fesih tarihine göre belirlenmesini eleştirmekte ve bu uygulamanın dava açma süresini tebliğ tarihine göre belirleyen Kanunun 20. maddesi hükmüyle bağdaşmadığını belirtmektedir. Yazara göre işçi sayısının fesih tarihine göre belirlendiği kimi durumlarda, dava açıldığında işçi sayısının belirlenmesi mümkün olmayacak ve hâkim bu durumda dava şartının belirlenmesi için davayı bekletmek zorunda kalacaktır. Ayrıca bu durumun bazı kötüniyetli uygulamalara yol açması da mümkündür. Bu nedenle Yargıtay’ın işçi sayısını fesih bildirim yapıldığı tarihe göre belirlenmesi daha uygun olur. (Mehmet Uçum, “İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar”, **Legal – İSGHD**, Sayı.4, 2004. s.1304 – 1305.)

⁹⁸ Ekonomi, 2003, s.4; Güzel, 2004, s.32; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.567-568; Günay, 2005b, s.182 – 183; Soyer, 2005, s.42.

⁹⁹ Y9HD, 05.07.2005, E.2005/17838 – K.2005/23813, **Legal – İSGHD**, Sayı.9, s.266 – 267.

¹⁰⁰ Başterzi, **a.g.e.**, s.637; Ulucan, 2003a, s.28 – 29.

¹⁰¹ Alman hukukunda Feshe Karşı Koruma Yasasından altı aylık kıdeme sahip işçiler yararlanmaktadırlar. İngiliz hukukunda iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için işçinin elli iki haftalık kıdeme sahip olması gerekmektedir. Fransız hukukunda ise iki yıllık kıdeme sahip işçiler iş güvencesi hükümlerinin kapsamında yer almaktadır. (Kuvvet Lordoğlu, “AB Ülkelerinde İş Güvencesi Sistemi ve Üzerine Yorumlar”, **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları(25 – 29 Eylül 2002 Marmaris)**. ([yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002) s.35; Egemen, **a.g.e.**, s.94; Preis, **a.g.e.**, s.31; Ekonomi, 1997, s.88 – 89.)

4587 sayılı Kanuna göre iş güvencesi kapsamında yer alacak işçilerin fesih bildirim tarihi itibarıyla işyerinde en az altı aylık kıdeme sahip olmaları gerekir.¹⁰² Altı aylık sürenin dolmasından önce yapılan fesih işlemleri ise iş güvencesi hükümlerine tabi değildir. Ancak fesih işleminin iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla yapıldığı durumlarda, dürüstlük kuralı gereğince işçilerin iş güvencesi hükümlerinden faydalanması gerekmektedir.¹⁰³ Bununla birlikte Yargıtay kimi kararlarında altı aylık sürenin dolmasından kısa süre önce yapılan fesih işlemlerine karşı açılan davaları, kıdem şartı yerine getirilmediği gerekçesiyle reddetmektedir.¹⁰⁴

Altı aylık kıdemin hesabında, işçinin işyerinde fiili olarak çalışmaya başladığı tarihten itibaren geçen takvim süresi esas alınır.¹⁰⁵ Bu nedenle bu süre zarfında, iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler, uzunluğuna bakılmaksızın işçinin kıdemine dâhil edilirler. Ayrıca deneme süresinin de işçinin altı aylık kıdem süresinin hesabında göz önüne alınması gerekir.¹⁰⁶ Buna ek olarak altı aylık kıdemin hesabında İş Kanununun 66. maddesinde yer alan süreler de dikkate alınmalıdır.¹⁰⁷ (İş K. m.18/II) Ancak fesih bildirim tarihinden sonra işleyecek süreler işçinin altı aylık kıdem süresinin hesabına dâhil edilmezler.¹⁰⁸

İş Kanunu uyarınca işçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir.¹⁰⁹ (İş K. m.18/IV) İş Kanununun bu hükmü sürelerin birleştirilmesinde herhangi bir coğrafi sınırlama öngörmediği gibi işyerlerinin aynı işkolunda yer almasını da bir şart olarak koşmamıştır. Bu nedenle aynı işverenin farklı iş kollarına dâhil işyerlerinde veya farklı coğrafi bölgelerde yer alan

¹⁰² Y9HD, 10.05.2004, E.2004/10440 – K.2004/11007, **Legal – İSGHD**, Sayı.6, s.798 – 799; Aynı yönde, Y9HD, 05.05.2005, E.2005/12170 – K.2005/15792, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.7, s.231 – 233.

¹⁰³ Çelik, 2003, s.22; Taşkent, 2003, s.117 – 118; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.135; Süzek, 2005a, s.440 – 441; Aksi görüşte, Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.571; Başterzi, **a.g.e.**, s.639.

¹⁰⁴ Soyer, 2005, s.37.

¹⁰⁵ Güzel, 2004, s.33; Taşkent, 2003, s.117; Ekonomi, 2003, s.5; Taşkent, 2003, s.34; Şen, 2003, s.764; Günay, 2005b, s.185; Soyer, işçinin işe başlaması gereken tarihte işverenin ifayı kabulde temerrüde düşmesi ve bu nedenle işçinin işe başlayamaması halinde, kıdemin hesabında temerrüt tarihinin esas alınması gerektiğini belirtmektedir. (Soyer, 2005, s.33.)

¹⁰⁶ Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.120; Sümer, **a.g.e.**, s.92; İnciroğlu, **a.g.e.**, s.76 – 77; Ekonomi, 2003, s.5; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.570; Şen, 2003, s.764.

¹⁰⁷ İş Kanununun yapmış olduğu bu atıf kimi yazarlarca gereksiz kafa karışıklıklarına yol açtığı için eleştirilmektedir. Öğretide kimi yazarlar ise, buradaki atfın İş Kanununun ücretli izinlerin kıdemden sayılmasını düzenleyen 55. maddesine yapılmasının daha faydalı olacağını belirtmektedirler. (Fevzi Şahlanan, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Kanun Fesih Türleri”, **4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları (12 – 13 Temmuz 2003 Kuru Otel/ Bolu)** (Ankara: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, 2003a), s.85; Güzel, 2004, s.34; Süzek, 2005a, s.440.

¹⁰⁸ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.571; Kar, **a.g.e.**, s.1030.

¹⁰⁹ Y9HD, 16.09.2003, E.2003/15650 – K.2003/14623, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ocak 2004, s.42.

işyerlerinde çalışmış olan işçinin çalıştığı sürelerin, altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınması gerekir.¹¹⁰

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus da aynı işverene ait işyerlerinde çalışılan sürenin hesabında devamlılık aranıp aranmayacağı sorunudur. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta görüldüğünün aksine mevzuatımızda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide Yargıtay'ın da katıldığı bir görüşe göre bu sürenin devamlı olması gerekmez. Hükümün getiriliş amacının işçiye denemek olduğu dikkate alındığında, aradan 10 – 15 yıl gibi uzun yıllar geçmiş olsa bile, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen kesintili çalışmaların birlikte hesap edilmesi gerekir.¹¹¹ Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş ise sorunu iş sözleşmesinin kesintiye uğrama şekline göre değerlendirmektedir. Bu görüşe göre kesinti işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan bir yetkisinden veya işçinin kabulüne bağlı olmayan bir tasarrufundan doğmuşsa o zaman hizmet sürelerinin birleştirilmesi gerekir. Ancak işçi tarafından yapılan bir fesih ile iş sözleşmesi kesintiye uğramışsa o zaman bu süreler birleştirilemez. Çünkü hukuka uygun olarak vazgeçilen bir hakkın daha sonra hangi seviyede olursa olsun ihyası olanaklı değildir. İşveren tarafından yapılan fesihlerde ise feshin geçerli veya haklı bir nedene dayanması halinde, bu sürelerin altı aylık kıdem hesabında dikkate alınmaması gerekir. Çünkü hiç kimse kendi kusurundan kaynaklanan eylemi ve işleminden hukuksal avantajlar kazanamaz.¹¹²

4.2.1.1.5. İşçinin İşveren Vekili Durumunda Olmaması

İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir. (İş. K. m.2/4) Bu kimseler görevleri gereği, işverenin çok yakınında yer alan, işyerinin sınırlarını bilen, işletmenin yönetim bilgilerine sahip kişilerdir. İşverenin anlaşılmadığı ve güven duymadığı bir kimseyi böylesine

¹¹⁰ Metin Kutsal, “İş Güvencesi Yasası (4773) Türk İş Mevzuatına Girerken Bazı Yorum ve Düşünceler”, **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları (25 – 29 Eylül 2002 Marmaris)** ([yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002a), s.61; Güzel, 2004, s.33; Uçum, 2003, s.136; Demir, 2003a, s.128 – 129.

¹¹¹ Y9HD, 12.01.2005, E.2004/28186 – K.2005/562, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.303; Aynı görüşte, Devrim Ulucan, “İş Güvencesinin Kapsamı ve Temel Kavramlar”, **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri (14 Mart 2003/ Ortaköy)** (İkinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003b), s.22; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.570; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.134 – 135; Çelik, 2003, s.21; Süzek, 2005a, s.440; Şahlanan, 2005a, s.149; Soyer, 2005, s.123.

¹¹² Uçum, 2003, s.136 – 317.

önemli bir görevde çalıştırması beklenemez.¹¹³ Bu nedenle işveren vekillerinin - yapmakta oldukları işin niteliği de göz önüne alındığında- iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında tutulması, feshe karşı koruma hukukunun genel bir prensibi olarak benimsenmiştir.¹¹⁴

Türk İş Hukukunda da bu temel prensip esas alınarak işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında tutulmuştur.¹¹⁵ 4857 sayılı İş Kanununa göre işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında İş Kanunun 18, 19, ve 21. maddeleri ile 25. maddesinin son fıkrası uygulanmaz. Daha açık bir ifade ile bu kimselerin iş sözleşmesini fesheden işverenin, geçerli bir sebebe dayanmak zorunluluğu olmadığı gibi fesih işleminin de 19. madde uyarınca yazılı olarak yapılması ve fesih işleminden önce işveren vekilinin savunmasının alınması gerekmemektedir. Buna ek olarak işveren vekillerinin işe iade edilmesi veya işe iade edilmemesi halinde dört – sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat alması ve mahkeme kararının kesinleşmesine kadar geçen süre içinde en çok dört aya kadar çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını elde etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte işveren vekillerinin kötüniyet ve ihbar tazminatı talep etme hakları bulunmaktadır.¹¹⁶

Öğretide işveren vekillerinin iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılması genel olarak yerinde bulunmaktadır. Ancak işyeri düzeyinde, söz konusu hükmün kapsamında kimlerin yer aldığı konusunda farklı fikirler ortaya atılmıştır. Burada tartışılan husus işyerinin bütünü yönetme şartı ile işçiye işe alma ve çıkarma yetkisinin birlikte aranıp aranmayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu konuda Yargıtay'ın da katıldığı bir görüşe göre söz konusu iki koşulun bir arada bulunması

¹¹³ Uzun, **a.g.e.**, s.114; Başterzi, **a.g.e.**, s.640 – 641; Ulucan, 2003a, s.27 – 28.

¹¹⁴ Alman hukukunda işverenlere, sosyal açıdan geçerli bir fesih nedeninin bulunmadığı durumlarda, tazminat ödemek koşulu ile, işveren vekillerinin iş sözleşmesini feshetme hakkı tanınmıştır. İtalyan hukukunda ise yönetici işçiler iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmıştır. (Münir Ekonomi, “Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı” **Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri (6 – 7 Nisan 1997)**. (İstanbul: Alkım Kitabevi, 1997), s.93; Alpagut, 2002, s.87; Ulucan, 2003a, s.28.)

¹¹⁵ 4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu sadece işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekillerini iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında tutmuştu. Ancak 4773 sayılı Kanunda yer alan bu istisna 4857 sayılı Kanun ile daha da genişletilmiş ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekillerinin yanı sıra işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri de iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmıştır. (Ulucan, 2003b, s.21; Çelik, 2004, s.200.)

¹¹⁶ Ulucan, 2003a, s.27; Ulucan, 2003b, s.21.

gerekmektedir. Daha açık bir ifade ile işyerinin bütününe yönetmekle birlikte işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunmayan işveren vekilleri ile işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan ancak işyerinin bütününe yönetmeyen işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinin kapsamı içinde yer almaktadır. Bu görüşe göre işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunmayan banka şube müdürleri ile işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan ancak işyerinin bütününe yönetmeyen personel ve insan kaynakları müdürlerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları gerekir.¹¹⁷ Bu konuda ikinci bir görüş ise özellikle kanunun amacının işverene yakın olan bazı çalışanları iş güvencesi hükümlerinin dışında tutmak olduğunu gözeterek, iki koşulun ayrı ayrı aranacağını belirtmektedir. Bu görüşe göre banka şube müdürleri ile personel ve insan kaynakları müdürleri gibi bu iki yetkiden sadece birine sahip olan kimselerin iş güvencesi hükümlerinin kapsamı içinde yer alması gerekir.¹¹⁸

4.2.1.2.Fesih Usulü

4.2.1.2.1. Feshin Yapılma Zamanı

4857 sayılı İş Kanununda geçerli fesih sebebinin bulunması halinde fesih hakkının hangi süre içinde kullanılabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanunda bir süre öngörülmemiş olması, bu nedenle yapılacak fesihlerin her zaman mümkün olacağı sonucunu doğurmamalıdır. Bu konuda öğretilerdeki görüşe göre işverenin bu hakkını Medeni Kanunun 2. maddesinde belirtilen objektif iyiniyet kuralları uyarınca “makul bir süre” içinde kullanması gerekir.¹¹⁹ Bu sürenin belirlenmesinde somut olayın özellikleri, fiilin ağırlığı ve yarattığı etki, araştırma ve savunma için harcanan süreler bir bütün olarak değerlendirilmelidir.¹²⁰ Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, İş Kanununun 26. maddesinde öngörülen hak düşürücü sürelerin iş

¹¹⁷ Y9HD, 06.12.2004, E.2004/20545 – K.26238, Günay, 2005a, s.595; Aynı yönde, Y9HD, 20.09.2004, E.2004/5246 – K.2004/18891, Çankaya – Günay – Gökteş, **a.g.e.**, s.341; Aynı görüşte, Tankut Centel, **4857 Sayılı İş Kanunu Konferans Notları (02 Temmuz 2003)** (İstanbul. Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası) s.48; Çelik, 2004, s.200; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.121; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.135; Güzel, 2004, s.35; Kar, **a.g.e.**, s.1027 – 1028; Başterzi, **a.g.e.**, s.641 – 642; Süzek, 2005a, s.442.

¹¹⁸ Demir, 2003a, s.129; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.571 – 572.

¹¹⁹ Çankaya – Günay – Gökteş, **a.g.e.**, s.108; Süzek, 2005a, s.468; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.138; Çelik, 2004, s.207.

¹²⁰ Ömer Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, **Mercek**, Ekim 2002b, s.104 – 105; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.128.

sözleşmesinin süreli feshinde uygulanması ise yargı kararlarında ve öğretide çoğunlukla kabul görmemektedir.¹²¹

4.2.1.2.2. Bildirimin Yazılı Yapılması

İş Kanununa göre, iş güvencesi hükümleri kapsamında bulunan işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. (İş K. m.19/1) Maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere iş sözleşmesini fesheden işverenin fesih bildiriminde bulunurken yerine getirmesi gereken iki koşul bulunmaktadır.

Bunlardan ilki işverenin, fesih bildirimini yazılı olarak yapmasıdır.¹²² Gerek uygulamada gerek öğretide kabul edildiği üzere İş Kanununun bu hükmü bir geçerlilik koşulu olup bu kurala riayet edilmemesi feshi geçersiz kılmaktadır.¹²³

İşverenin fesih bildirimini yaparken uyması gereken ikinci koşul ise fesih nedeninin işçiye açık ve kesin bir şekilde bildirilmesidir.¹²⁴ İşveren, fesih nedenini tartışmaya yol açmayacak biçimde, belirli durum ve olgular göstererek, açık ve kesin şekilde ortaya koymalıdır. “Davranışınızdan ötürü” veya “işyerinin içinde bulunduğu durumdan ötürü” gibi belirsiz ifadelerle yapılan fesih bildirimlerinin yeterli açıklıkta ve kesinlikte olduğu söylenemez.¹²⁵ İş Kanununun getirdiği bu usule ilişkin koşul, bir geçerlilik koşulu olup öğreti ve uygulamaya göre işverenin bu koşula uymaması, feshi

¹²¹ Y9HD, 13.01.2005, E.2004/30616 – K.2005/622, **Çimento İşveren Dergisi**, Mart 2005, s.47 – 48; Aynı yönde, Y9HD, 24.02.2004, E.2003/22581 – K.2004/3229, **MESS Akıllı Kitap** ([yy]: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayınları, 2003), s.D72/005; Aynı görüşte, Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.128; Süzek, 2005a, s.468; Ekmekçi, 2002b, s.104 – 105.

¹²² Benzer olarak Fransız hukukunda fesih nedeninin işçiye yazılı olarak bildirilmesi gerekir. İngiliz hukukunda işçi feshe temel oluşturan olguları yazılı olarak isteme hakkına sahiptir. Bunu yerine getirmeyen işveren işçiye iki haftalık ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Alman hukukunda ise fesih bildiriminin şekli konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. (Güzel, 2004, s.87; Nicole – Bennett, **a.g.e.**, s.579.)

¹²³ Y9HD, 18.10.2004, E.2004/7062 – K.2004/23336, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.374; Aynı yönde, Y9HD, 27.09.2004, E.2004/5522 – K.2004/19993, **Legal – İSGHD**, Sayı.5, s.303 – 304; Aynı görüşte, Mustafa Alp, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.5, Sayı.1, 2003, s.18; Fevzi Demir, **İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanunun Başlıca Yenilikleri** (Ankara: Tes-İş Sendikası Eğitim Yayınları, 2003b), s.6; Çelik, 2004, s.208; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.156; Şahlanan, 2003a, s.85; Uçum, 2003, s.151 – 153; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.583; Ulucan, 2003a, s.73 – 74; Aksi görüş, Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.127; Ekonomi, 2003, s.13; Süzek, 2005a, s.469; Soyer, 2005, s.56.

¹²⁴ Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde de işverenin fesih nedenini işçiye açık ve kesin olarak bildirmesi gerekir. (Demir, 1999, s.140; Güzel, 2004, s.83 – 87; Alpagut, 2002, s.97 – 98.)

¹²⁵ Y9HD, 09.12.2004, E.200/11330 – K.2004/27375, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.376 – 377.

geçersiz kılmak için yeterlidir.¹²⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki, işveren iş sözleşmesinde belirttiği fesih nedeni ile bağlı olup bu nedeni sonradan değiştirmesi mümkün değildir.¹²⁷

İş Kanununun 109. maddesi uyarınca işverenin fesih bildirimini işçiye tebliğ etmesi gerekir. İşçinin fesih bildirimini almaktan imtina etmesi halinde bu durum bir tutanakla tespit edilmelidir. Ayrıca 7201 sayılı Tebligat Kanunu kapsamına giren tebligatların bu kanun hükümlerine göre yapılması gerekir.¹²⁸

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki, İş Kanununun 25. maddesi uyarınca yapılan fesihlerde İş Kanununun 19. maddesi hükümleri uygulanmayacağı için, bu durumda fesih işleminin yazılı yapılmasına ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde açıklanmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak ileride de açıklayacağımız üzere, fesih nedenin haklı olarak değerlendirilmeyip, geçerli sebep kabul edilebileceği durumlarda Yargıtay'ın bu içtihadının önemli sakıncalara yol açması mümkün olabilecektir.¹²⁹

4.2.1.2.3. İşçinin Savunmasının Alınması

4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesine göre, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerden dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işverenin, fesih işleminden önce işçinin savunmasını alması gerekmektedir.^{130 - 131}

¹²⁶ Y9HD, 25.01.2005, E.2004/33312 – K.2005/1476, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.373 – 374.

¹²⁷ Y9HD, 13.12.2004, E.2004/28790 – K.2004/27501, **Legal – İSGHD**, Sayı.6, s.734 – 735; Aynı yönde, Y9HD, 09.12.2004, E.2004/11367 – K.2004/27384, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.361 – 362.

¹²⁸ Güzel, 2004, s. 89; Demir, 2003b, s.6; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.138.

¹²⁹ Y9HD, 24.02.2004, E.2003/22581 – K. 2004/3229, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.301 Ocak 2005; Anılan kararı inceleyen Uçum, haklı neden sayılmayacak bir fesih sebebinin geçerli sebep sayılmasını isabetli bulmakla birlikte, böyle bir durumda 19. maddede yer alan şartların aranmamasının, haklı nedenle fesih yolunu tercih etmek gibi bazı kötünietli uygulamalara yol açabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, işverenin fesih nedenini yanlış niteleyerek 25. maddeye dayandırmasının yargılama bakımından bir önemi yoktur ve hâkim gösterilen bu sebeple bağlı değildir. Bu nedenle fesih sebebinin geçerli sebep olarak saptanması halinde, İş Kanununun 19. maddesindeki şartlara uyulup uyulmadığının araştırılması ve uyulmamış olması halinde feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekir. (Mehmet Uçum, “Fesih Nedeninin Hukuki Niteliği ve Usul Hükümleri”, **Can Tuncay’a Armağan** (İstanbul: Legal Yayınları, 2005b), s.385 – 394; Aynı görüşte, Günay, 2005b, s.195; Aksi görüşte, Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.146 – 147.

¹³⁰ İş Kanununun 18. maddesi işçiden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerini işçinin davranışlarından ve yeterliğinden kaynaklan sebepler olmak üzere iki başlık altında toplamıştır. Ancak İş Kanununun 19. maddesinde ise işçinin savunması alınması gereken durumlar işçinin davranışı veya verimi olarak sayılmıştır. Bu nedenle İş Kanununun 19. maddesinde yer alan “verimlilik” kavramının “yeterlilik” biçimde anlaşılması gerekir. (Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.157; Çelik, 2004, s.209; Güzel, 2004, s.85.)

¹³¹ İş Kanunun bu hükmü 158 sayılı ILO sözleşmesinin 7. maddesinden esinlenmiştir. 158 sayılı ILO sözleşmesine göre “işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç, hakkındaki

İş Kanununda savunmanın şekli ve yöntemi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretiye göre, işçinin davranışlarından ve veriminden dolayı iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin, işçiyi, savunmasını almak için davet etmesi gerekir. İşveren bu daveti elden vereceği veya taahhütlü olarak göndereceği bir mektupla yapabileceği gibi, noter marifetiyle de yaptırabilir. İşverenin, davet yazısında, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili işten çıkarma nedenini açık ve kesin bir şekilde bildirmesi ve belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı veya hazır bulunduğu halde savunmasını vermediği takdirde savunma yapmaktan vazgeçmiş sayılacağını belirtmesi gerekir. Ayrıca işveren, işçiye savunmasını vermesi için uygun bir süre tanımalıdır.¹³²

Savunmanın yazılı olması gibi bir zorunluluk bulunmamakla birlikte prosedürün kanuna uygun bir şekilde işlediğini ispatlamak için işçinin savunmasının yazılı olarak alınmasında fayda vardır.¹³³ İşçinin savunmasını vermek için belirtilen gün ve saatte gelmemesi veya gelip de savunmasını yapmaması halinde bu durum İş Kanununun 109. maddesi uyarınca bir tutanakla tespit edilmelidir.¹³⁴

İş Kanununda getirilmiş savunma alma koşulu sadece bir şekli şart olarak düşünülmemelidir. İşverenin, işçinin savunmasında belirttiği hususları objektif ve iyiniyetli bir değerlendirmeye tabi tutması gerekir.¹³⁵ Bu konuda işverenin Fransız hukukunda olduğu üzere en az yirmi dört saatlik düşünme süresine riayet etmesinde fayda olacaktır.¹³⁶

Yargıtay’a göre işçinin davranışları ve verimi ile ilgili olarak iş sözleşmesinin feshinde işçinin savunmasının alınması koşulu bir geçerlilik şartıdır. Bu koşula

iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez.” Ayrıca mukayeseli hukukta da bu konuda benzer düzenlemelere rastlamak mümkündür. Fransız hukukuna göre işveren işçiye fesih sebebini bildirmeli ve bu konuda işçinin yapacağı savunmayı dinlemelidir. Alman hukukunda iş sözleşmesi feshedilmiş işçinin işletme kuruluna başvurması halinde bu kurulun işçiyi dinlemesi gerekmektedir. İşçinin usulüne uygun olarak dinlenmediği veya bu yola hiç başvurulmadığı durumlarda fesih geçersiz sayılmaktadır. İngiliz hukukunda ise çalışanın fesih sebeplerini tartışmak üzere davet edilmesi ve bu konuda işçiye gerekli cevapları hazırlaması için makul bir süre verilmesi gerekir. (Alpagut, 2002, s.97 – 98; Demir, 1999, s.98 – 102; Bennett – Nicolle, **a.g.e.**, s.579.)

¹³² Öğretide işçiye kendini savunması için 3 – 4 günlük bir süre tanınması gerektiği belirtilmektedir. (Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.128; Ekonomi, 2003, s.14; Taşkent, 2003, s.123.)

¹³³ Erdem Özdemir, **İş Sözleşmesinden Doğan Uyumazlıklarda İspat Yükü ve Araçları** (Birinci Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş, 2006), s.297; Ulucan, 2003a, s. 74 – 75; Süzek, 2005a, s.470; Soyer, 2005, s.58.

¹³⁴ Demir, 2006, s.480; İncirlioğlu, **a.g.e.**, s.86 – 87; Güzel, 2004, s.84.

¹³⁵ Uçum, 2003, s.154; Ekonomi, 2003, s.14.

¹³⁶ Güzel, 2001, s.36.

uyulması halinde fesih işlemi geçersiz sayılmaktadır.¹³⁷ Ayrıca işverenin iş sözleşmesini feshettikten sonra işçinin savunmasını alması halinde de fesih işleminin geçersiz sayılması gereklidir. Bu konuda İş Kanunu “...savunması alınmadan.... feshedilemez.” diyerek bu durumu açıkça ortaya koymuştur.(İş K. m.19/II) Kaldı ki, fesih işlemi yapıldıktan sonra işçinin savunmasının alınmasını da, maddenin amacı ve savunma müessesesinin anlamıyla bağdaştırmak mümkün değildir.¹³⁸

Yukarıda da dile getirdiğimiz üzere, işçinin verimi ve davranışları ile ilgili nedenlerden dolayı yapılacak fesih işlemlerinden önce işçinin savunmasının alınması zorunludur. Ancak İş Kanununun 19. maddesi bu zorunluluğa bir istisna getirmiştir. Buna göre işverenin İş Kanununun 25. maddesinin II. bendi uyarınca yapacağı fesih işlemlerinden önce işçinin savunmasını almasına gerek bulunmamaktadır.¹³⁹

4.2.2. İş Güvencesi Hükümlerinin Kapsamı Dışında Süreli Fesih

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshi, 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki uygulama temel alınarak sürdürülmektedir.

İş güvencesi hükümlerinin dışında yer alan işçilerin iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işverenin, İş Kanununun 17. maddesinde yer alan bildirim süresine uyması ya da bildirim süresine ilişkin ücreti işçiye peşin olarak ödemesi gerekir. İşverenin bu kurallara aykırı olarak fesih işlemini gerçekleştirmesi halinde, fesih işlemi usulsüz sayılır ve işveren bu usulsüz işlemin hukuki sonuçlarından sorumlu olur.¹⁴⁰

Ayrıca iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işverenin, geçerli bir fesih sebebine dayanmasına gerek yoktur.¹⁴¹ İşveren fesih hakkını kötüye kullanmamak şartıyla, iş sözleşmesini herhangi bir nedene dayanmaksızın sona erdirebilir.

Buna ek olarak, bu kapsamda yer alan işçilerin iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmasına ve işçinin savunmasını

¹³⁷ Y9HD, 27.04.2005, E.2005/10261 – K.2005/14718, **Legal – İSGHD**, Sayı.7, s.1295 – 1297; Aynı yönde, Y9HD, 01.02.2005, E.2004/31375 – K.2005/2841, **Legal – İSGHD**, Sayı.7, s.1360 – 1361.

¹³⁸ Şahlanan, 2003a, s.85 – 86; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.585; Soyer, 2005, s.58.

¹³⁹ Öğretide İş Kanununun getirdiği bu istisna eleştirilmekte ve işçi için çok daha önemli sonuçlar doğuran haklı fesih kurumuna savunma hakkı tanınmaması tutarsız ve hakkaniyete aykırı bulunmaktadır. (Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.586; Güzel, 2004, s.86; Soyer, 2002, s.293; Taşkent, 2003, s.42; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.138 – 139.)

¹⁴⁰ Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.135; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.159.

¹⁴¹ Çelik, 2004, s.189; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.135.

almasına gerek bulunmamaktadır.¹⁴² İş Kanununun 109. maddesinde bildirimlerin yazılı olarak yapılması gerektiği ifade edilse de, öğretide kabul gören anlayışa göre bu düzenleme bir geçerlilik şartı olmayıp, bir ispat şartıdır.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, işverenin süreli fesih hakkının toplu iş sözleşmeleri ile kısıtlanması mümkündür. Buna göre toplu iş sözleşmelerine fesih bildirimlerinin bir sebebe bağlı olarak kullanılabileceğine veya fesih prosedürüne ilişkin hükümlerin konulması mümkündür. Bu durumda işveren fesih yetkisini, getirilen bu kurallara uygun olarak kullanmalıdır.¹⁴³

¹⁴² Çankaya – Günay – Gökteş, **a.g.e.**, s.103; Süzek, 2005a, s.468.

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Ünal Narmanlıoğlu, “Toplu İş Sözleşmesinin Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı 18 – 19 Mayıs 2001)** (Birinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002), s.311 – 359.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRELİ FESHİNDE İŞÇİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLER

İş sözleşmesi, işçinin şahsına bağlı bir sözleşmedir. İş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunu, işçinin bizzat yerine getirmek zorunda olmasından dolayı, gerek sözleşmenin kurulması ve devamı, gerekse sona erdirilmesi aşamasında işçinin kişisel ve mesleki özellikleri ön plana çıkmaktadır.¹⁴⁴

İşçinin kişisel özellikleri ve davranışları, onun iş sözleşmesinden kaynaklanan asli ve yan borçlarını etkiler. İşçinin bu borçlarını gereği gibi yerine getirmemesi/getirememesi veya iş sözleşmesine aykırı hareketleri fesih nedenidir. Belirtilen borçlara aykırılığın ağırlığı ise feshin türünü belirlemektedir. İşçinin, iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını dürüstlük kuralı gereği katlanılmayacak şekilde ihlal etmesi, ihbar süresini beklemeksizin iş sözleşmesinin feshine yol açmaktadır. İşçinin, iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını çok ağır olmayacak şekilde fakat işverenle arasındaki güven ilişkisini zedeleyecek ve işyerinde olumsuzluklara yol açacak şekilde ihlal etmesi halinde ise, işverenin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirme hakkı doğmaktadır.¹⁴⁵

İş Kanununun 25. maddesi iş sözleşmesinin işveren tarafından derhal feshini düzenlemiş ve maddede iş sözleşmesini ihbar süresi beklemeksizin derhal sona erdirebilecek fesih nedenleri sınırlayıcı olmamak kaydıyla örnekleme yoluna gidilerek ayrıntılı bir şekilde sıralanmıştır. Ancak İş Kanunu süreli fesih sebeplerini haklı fesih sebeplerinde olduğu gibi ayrıntılı olarak düzenlememiş, sadece iş sözleşmesini bildirim süresi vererek feshetmek isteyen işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir fesih sebebine dayanmak zorunda olduğu hükme bağlamıştır. Geçerli sebep kavramının ne olduğu ise İş Kanununda açıklanmamakla birlikte 18. madde gerekçesinde ifade edilmiştir. Gerekçede, “*geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı*

¹⁴⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.238 – 239; Güzel, 2004, s.42.

¹⁴⁵ Sarper Süzek, “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçersiz Fesih” **Can Tuncay’a Armağan** (İstanbul: Legal Yayınları, 2005b), s.567 – 568.

olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25 ncı maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir... İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz.” denilerek geçerli sebep kavramı daha net bir şekilde ortaya konmuş ve genel olarak Alman Federal İş Mahkemesinin kararlarından örneklerle yer verilerek işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebepleri somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Ancak ileride daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere gerekçede örnek olarak verilen fesih sebeplerinden bazıları, İş Kanununun 25. maddesinde sayılan haklı fesih sebepleri ile örtüşmekte ve iki fesih türü arasında çoğu zaman ince bir çizgi bulunmaktadır. Bu durum kimi zorlukları da beraberinde getirmektedir. 4773 sayılı Kanun zamanında 25. maddenin (1475 sayılı Kanunun 17. maddesi) değiştirilmesi yolunda öneriler getirilmişse de madde küçük birkaç fark dışında varlığını aynen muhafaza etmiştir.¹⁴⁶

Çalışmanın bu bölümünde, Türk İş Hukukuna yeni girmiş olan “geçerli sebep” kavramı Yargıtay’ın üç yıllık uygulaması ve öğreti görüşü dikkate alınarak irdelenmeye ve konuya ilişkin bazı kıstaslar belirlenmeye çalışılacaktır.

¹⁴⁶ Ekonomi, 2003, s.7 – 8; Güzel, 2001, s.32 – 33; Soyer, 2005, s.44 – 46; Eyrenci, 2004a, s.34; Aksi görüşte, Çelik, 2003, s.27 – 28.

3. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN SÜRELİ FESİH SEBEPLERİ

İş Kanununa göre iş sözleşmesinin feshine dayanak olan fesih sebeplerinden ilki “işçinin yeterliliğinden” kaynaklanan fesih sebepleridir. Ancak öğretide ifade edildiği üzere, bu kavramın “işçinin yetersizliği” biçiminde anlaşılması gerekir.¹⁴⁷ Bu nedenle çalışmada “işçinin yetersizliği” kavramı kullanılacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, İş Kanunu “işçinin yetersizliği” kavramını tanımlamamış ve sınırlarını belirlememiştir. Ancak İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde geçerli sebep kavramı, 25. maddede belirtilenler kadar ağır olmamakla birlikte, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan nedenlerle yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler biçiminde tanımlanmış ve konu ile ilgili bazı örneklerle yer verilmiştir. Gerekçede, “*ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma; işe yoğunlaşmanın giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma*” halleri, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerine örnek olarak verilmiştir. Ayrıca İş Kanununun gerekçesinde, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bu sebeplerin ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde feshe neden olabileceği vurgulanmıştır.

Görüleceği üzere işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri, işçinin kişisel yetenekleri ile alakalı olup bu sebeplerin feshe neden olabilmesi için işyerinde bir olumsuzluğa yol açması gerekmektedir. Bir başka ifade ile Kanun işçinin yetersizliği ile yapmakta olduğu iş arasında bir anlamda illiyet bağı kurmuş ve bu bağın gerçekleşmediği durumlarda salt işçinin yetersizliğinin feshe neden olamayacağını kabul etmiştir.¹⁴⁸ Nitekim bir çok Yargıtay kararında feshin ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde yapılabileceği vurgulanmıştır.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Güzel, 2004, s.44; Ulucan – Taşkent – Eyrenci, **a.g.e.**, s.135.

¹⁴⁸ Güzel, 2004, s.44.

¹⁴⁹ Y9HD, 24.01.2005, E.2004/27599 – K.2005/1413, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs 2005, s.35 – 36; Y9HD, 04.07.2005, E.2005/20333 – K.2005/23533, **Çimento İşveren Dergisi**, Kasım 2005, s.44 – 45.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebepleri ile işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih sebepleri iş görme borcunu engelledikleri için, bu iki fesih türünü birbirinden ayırmak her zaman kolay olmamaktadır. Bu iki fesih sebebi arasındaki temel fark kısaca şu şekilde açıklanabilir: İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih sebepleri işçinin kişisel yetenekleri ve özellikleri ile alakalıdır. Burada önemli olan nokta işçinin kişisel özellikleri ve yeteneklerinin, üstlendiği görevi normal olarak yerine getirmesini engellemesi ve iş yapma kapasitesinde eksikliklere sebebiyet vermesidir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih sebepleri işçinin iradesinden bağımsız bir şekilde ortaya çıkmakta ve işçinin kusuruna dayanmamaktadır. Bu nedenle işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde işçinin sorumluluğu aranmaz. Hâlbuki işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebeplerinde, işçinin iradesi ve davranışları belirleyici olmakta ve çoğu zaman işçinin, derhal feshe olanak veremeyecek kusurlu davranışları iş sözleşmesinin feshinde rol oynamaktadır. Örnek vermek gerekirse; işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih sebeplerinde işçinin elinde olmayan kimi sorunlar (hastalık gibi) feshe neden olmaktadır. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenlerinde ise işçinin farklı davranmak elindeyken işyerinde işin görülmesini engeller bir tutumda bulunması (sık sık geç gelmek veya amirleri ile ciddi geçimsizlik göstermek gibi) rol oynamaktadır.¹⁵⁰

Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde de işçinin yetersizliği iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep olarak görülmektedir. Bu iki hukuk sisteminde işçinin yetersizliğinin iş sözleşmesinin feshine neden olabilmesi için aranılan kıstaslar kısaca şu şekilde açıklanabilir:

Fransız hukukunda işçiye ilişkin kişisel nedenlerin iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep sayılabilmesi için “gerçek ve ciddi” olması gerekmektedir. Gerçek neden kavramı, en genel tanımıyla, işçiye yöneltilen isnatların kesin, gerçekliği ortaya çıkmış, doğrulanmış, açık, belirgin ve objektif olması anlamına gelmektedir. Buna göre fesih sebebi, iyi veya kötüniyetten bağımsız, önyargı ve kişisel tercihler dışında olmalıdır. Fesih sebebinin sadece işverenin kafasında değil işyerinde ve işin yürütümünde de bazı olumsuzluklara yol açması gerekir. Ayrıca işveren yetersizliklerin hangi olgulara dayandığını net bir şekilde ortaya koymalıdır. Bunlara ek olarak, feshin gerçekten ortaya konan nedene dayanması gerekir. Daha açık bir ifade ile fesih nedeninin gerçekte

¹⁵⁰ Ulucan, 2003a, s.45 – 46; Ekonomi, 2003, s.8; Güzel, 2004, s.44 – 45; Uçum, 2003, s.145 – 146.

farklı olmasına rağmen (sendikal neden gibi) fesih işleminin işçinin yetersizliği ile ilgili bir nedene dayandırılması halinde feshin gerçek bir nedene dayandığının kabul edilmesi mümkün değildir. Fransız hukukunda işçinin mesleki yetersizliğinin iş sözleşmesinin feshine neden olabilmesi için, aranan ikinci koşul fesih nedeninin “ciddi” olmasıdır. “Ciddi neden” kavramı, işletmeye zarar vermeden iş ilişkisinin devamını olanaksız kılan, belli ağırlık ve önemdeki neden olarak tanımlanabilir. İşçinin kişisel durumunun işletmenin işleyişi açısından önemli güçlük, sıkıntı ya da rahatsızlık yarattığı hallerde iş sözleşmesi feshedilebilir. Yargıç fesih nedeninin hem ciddi hem de gerçek olmasına dikkat etmek zorundadır.¹⁵¹

Alman hukukunda, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, geçmişteki olayların ileri sürülen fesih nedenlerinin geçerliliğinin saptanması bakımından yeterli olmadığını, fesih nedenlerinin ileriye yönelik olarak iş ilişkisinin sürdürülmesine engel oluşturup oluşturmadığına göre hukuka uygunluklarının saptanması gerektiği görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre, fesih nedenlerinin geleceğe yönelik etkileri olmalıdır. Ayrıca fesih ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından, ister işyeri gereklerinden kaynaklanmış olsun veya geçerli ya da haklı bir sebebe dayansın daima en son araç olarak düşünülmelidir. Bu yola gidilmeden önce işçinin başka bir yerde veya gerektiğinde daha elverişsiz şartlarda çalıştırma olanağı aranmalı ve gerektiğinde iş koşulları değiştirilmeli veya işçiye yeni bir eğitim imkânı sağlanmalıdır.¹⁵² Benzer bir görüşün Türk Hukukunda da benimsendiği söylenebilir.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerini, işçinin mesleki yetersizliğinden ve fiziki yetersizliğinden kaynaklanan nedenler olmak üzere kendi içinde ikiye ayırmak mümkündür.

3.1. İşçinin Mesleki Yetersizliği

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan en önemli borcunu “iş görme borcu” oluşturmaktadır. İşçinin bu borcunu özen yükümlüğü çerçevesinde bizzat yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak işçinin kişisel özellikleri ve yetenekleri, üstlendiği görevi normal olarak yerine getirmesini engelleyebilmekte ve iş yapma kapasitesinde

¹⁵¹ Serkan Odaman, “Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep – Haklı Sebep Ayrımı” **Kamil Turhan’a Armağan** (Ankara: Kamu – İş Yayınları, 2003b), s.591 – 593; Güzel, 2004, s.45 – 49.

¹⁵² Ulucan, 2003a, s.39 – 44; Preis, **a.g.e.**, s.33 – 35.

eksikliklere yol açabilmektedir. Bu nedenle İş Kanununda işçinin mesleki yetersizliği kural olarak geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmiştir.

İş Kanununda işçinin mesleki yetersizliğinin geçerli bir fesih sebebi olarak öngörülmesi ve bu durumun ispatının işverene bırakılmış olması günümüzde işverenler ve işletmeler için verimlilik, performans ve performans değerlendirme kavramlarının önemini büyük ölçüde artmıştır.¹⁵³ Bu nedenle, bu kavramların öncelikli olarak açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi işçinin performansını oluşturmaktadır. Verimlilik ise işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretim düzeyini tanımlamaktadır. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu iken verimlilik birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir. Ancak performans düzeyi esas olarak işçiye bağlı olduğu halde verimlilik düzeyi tek başına işçinin belirlediği bir sonuç değildir. Çalışma koşulları, makine donanımı, teknoloji kullanımı, işçinin doğru işte çalıştırılması gibi faktörler işçinin verimliliğinin belirlenmesinde büyük önem taşımaktadırlar.¹⁵⁴ Bu nedenle işçinin performansı ve verimliliğinin objektif ölçüler ile tespit edilmesi gerekir.

Performans değerlendirme ise işteki performansı ve gelişme potansiyeli açılarından çalışanın, sistematik olarak değerlendirilmesi şeklinde tanımlanabilir.¹⁵⁵ Çalışanın performansının değerlendirilirken değişik sistemlerin kullanılması mümkündür. Ancak hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, sonuçların geçerli fesih nedeni sayılabilmesi ve yasal olarak savunulabilmesi için performans değerlendirme sisteminin bazı özelliklere sahip olması gerekir. Bu özellikleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- ❖ Performans ve verimlilik standartlarının geçerli ve makul olması gerekir. İnsanın bünyesini zorlayacak, asla ulaşılamayacak yüksek standartlar ölçümlemeye esas alınmamalıdır.¹⁵⁶

¹⁵³ Ekmekçi, 2002b, s.101.

¹⁵⁴ Uçum, 2003, s.146; Uzun, a.g.e., s.76.

¹⁵⁵ Halil Erkut, "Verimlilik Ölçme Sistemleri ve Kişisel Performans Belirleme Kriterleri", **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları (25 – 29 Eylül 2002 Marmaris)** ([yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002), s.39 – 53.

¹⁵⁶ Disk. **İşçiler ve Sendika Temsilcileri İçin Kılavuz Kitap İş Güvencesi – Performans Değerlendirmesi** (İstanbul: Birlesik Metal İş Yayınları, 2003), s.8,22; Uzun, a.g.e., s.77; Uçum, 2003, s.147.

- ❖ Performans ve verimlik standartları işyerine özgü olmalıdır. Her işyerinin fiziksel koşulları (ısı, ışık toz...) makine teçhizat kalibrasyonu, hammaddelerin standartlara uygunluğu farklı olup bu değişkenler işçinin performansını doğrudan etkilemektedirler. Bu nedenle işyerine özgü bu özelliklerin işçinin performansının değerlendirilmesi aşamasında göz önüne alınması gerekir.¹⁵⁷ Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında bu hususu vurgulamıştır.¹⁵⁸
- ❖ Performans ve verimlilik standartları iş ve sosyal güvenlik mevzuatına uygun olarak belirlenmelidir. Ara dinlenmesinin, öğle yemeği arasının, hafta tatilinin yasaya uygun olarak verilmemesi, yasanın belirlediği sınırlar üzerinde fazla çalışma yaptırılması, iş güvenliği önlemleri alınmadan veya yetersiz önlemlerle çalıştırma yaptırılarak bu durumun performans ölçümlerinde esas alınması halinde başka hiçbir koşul aranmadan kullanılan performans ve verimlik standardının geçersiz sayılması gerekir.¹⁵⁹

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, yargı merciinin, performans değerlendirme sistemlerini denetleme yetkisinin olup olmadığı noktasıdır. Bu konuda bir görüşe göre hâkimin, performans analizinin nasıl yapıldığı, ölçülerin doğru mu yoksa yanlış mı konulduğunun değerlendirmesini yapma hakkı bulunmamaktadır.¹⁶⁰ Ancak bizimde katıldığımız görüşe göre hâkimin, performans sisteminin yukarıda belirtilen temel kriterlere sahip olup olmadığını tartışma hakkı bulunmaktadır. Aksi takdirde, kimi işverenlerin, asla ulaşamayacak kriterler belirleyerek veya yanlış ölçümler yaparak işçiyi işten çıkarma yoluna gitmek gibi kötüniyetli bazı uygulamalara girişmesi mümkündür.¹⁶¹

İşçinin mesleki yetersizliği çeşitli biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. İşçinin, aynı ve benzer işi görenlere göre daha az verimli çalışması, yaptığı işe yatkın olmaması, mesleğe uyum yetersizliği, işe yoğunlaşmasının ve dikkatinin azalması, aynı çalışma temposunu sürdürememesi, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği gibi durumlar İş

¹⁵⁷ Uzun, **a.g.e.**, s.77; Uçum, 2003, s.147; Disk, **a.g.e.**, s.8,22.

¹⁵⁸ Y9HD, 08.06.2005, E.2005/13938 – K.2005/20580, **Legal – İSGHD**, Sayı.8, s.1690 – 1691; Y9HD, 17.05.2004, E.2004/808 – K.2004/12069, Kılıçoğlu, 2005a, s.140 – 141.

¹⁵⁹ Uzun, **a.g.e.**, s.77; Uçum, 2003, s.147.

¹⁶⁰ Ulucan, “**Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları**” Tartışmalar Bölümü,s.56; Centel, **İş Güvencesi...**, s.21; Mess, **a.g.e.**, s.J28/002 (Aralık – 2003); Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.583; Ekmekçi, 2002b, s.101.

¹⁶¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.299.

Kanunu gerekçesinde işçinin mesleki yetersizliğine örnek olarak verilmiştir. Elbette ki, işçinin mesleki yetersizliğinden kaynaklanan fesih hallerini bu sebeplerle sınırlamak mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanununun gerekçesinde sayılan nedenlere benzer durumlar, Alman ve Fransız hukukunda da geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Örneğin Fransız Yüksek Mahkemesi, yeraltı maden işlerinde ekip başı olan işçinin ayda yüz yirmi metrelik galeri kazması gerekirken yirmi iki metrelik galeri kazmasını; mağazadan mal çalınmasını önlemekle görevli satış müdürünün, mal çalınmasını taahhüt ettiği orana indirememesini gerçek ve ciddi bir fesih nedeni olarak değerlendirmiştir. Benzer şekilde Alman Federal İş Mahkemesi, işçinin uyum yetersizliği göstermesini ve performansının uzun süre düşük seviyede seyretmesini sosyal açıdan haklı bir fesih nedeni olarak görmüştür.¹⁶²

İşçinin mesleki yetersizliğini fesih nedeni olarak değerlendirmeden önce aşağıda belirteceğimiz hususların gözönüne alınması gerekmektedir.

- ❖ İşçinin mesleki yetersizliğinin geçerli bir fesih nedeni sayılabilmesi için bu fesih nedenlerinin süreklilik göstermesi gerekmektedir. Koşullara göre değişen ve süreklilik göstermeyen mesleki yetersizliklerin (işçinin hastalığı, ailevi sorunları veya mevsimsel koşullara bağlı olarak ortaya çıkan sorunları gibi) geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinde bir kararın işçinin mesleki yetersizliğinin sürekli mi yoksa geçici mi olduğunun belirlenmesini isteyerek bu hususu bir şart olarak istediğini zımnen de olsa belirtmiştir.¹⁶³
- ❖ İşçinin mesleki yetersizliğinin geçerli bir fesih nedeni teşkil edebilmesi için feshin son çare (Ultima Ratio) olarak düşünüldüğünün işveren tarafından ispat edilmesi gerekir.¹⁶⁴ Latince bir deyim olan bu kavram, düşünülmesi ya da başvurulması gereken son çare anlamına gelmekte olup temeli sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yerine getirilmesi ilkesine dayanmaktadır. Fransız ve Alman hukuklarında yargı kararları ile şekillenip

¹⁶² Demir, 1999, s.142 – 143; Mess, **a.g.e.**, s.D11/001.

¹⁶³ Y9HD, 24.06.2006, E.2004/3740 – K.2004/15625, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.305, Mayıs 2005, s.43; Aynı görüşte, Uzun, **a.g.e.**, s.78; Süzek, 2005b, s.574.

¹⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz, Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları” **Can Tuncay’a Armağan** (İstanbul: Legal Yayınları, 2005), s.58 – 84.

günümüzde pozitif birer düzenlemeye dayanan bu ilke, İş Kanununda açık bir şekilde yer almamaktadır. Bununla birlikte Medeni Kanunun 2. maddesi ülkemiz açısından ilkenin temelini oluşturmaktadır. Bu ilke uyarınca işverenin iş sözleşmesini sona erdirmeden önce gerekli her türlü önlemi alması gerekir. Örneğin işçinin mesleki yetersizliğinin eğitime tabi tutularak giderilebileceği durumlarda, işçi mesleki eğitime tabi tutulmalı ve bu eğitimi başaramaması veya kabul etmemesi halinde iş sözleşmesi feshedilmelidir. Keza, işyerinde işçinin çalıştırılabileceği başka bir pozisyon olması halinde işçinin burada çalıştırılması yoluna gidilmelidir. Ancak işyerinde böyle bir pozisyon olmaması veya işçinin bunu kabul etmemesi durumunda iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkündür.¹⁶⁵

- ❖ İşyerinde performans değerlendirilmesi yapılırken işçilerin kendilerine özgü durumlarının değerlendirilmesi gerekir. İşçilerin yaş, yorgunluk, tecrübe gibi özellikleri performanslarını etkilemektedir. Örneğin gece vardiyasında çalışan bir işçi ile gündüz vardiyasında çalışan bir işçinin veya özürlü bir işçi ile sağlıklı bir işçinin performansının aynı olması beklenemez. Bu nedenle işveren, fesih işlemi uygularken bu hususları dikkate almalıdır.¹⁶⁶ Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında bu hususa dikkatleri çekerek sağlıklı bir işçi ile özürlü bir işçinin performansının farklı olabileceğini belirtmiş ve işçinin performansı değerlendirilirken ve iş sözleşmesi feshedilirken bu hususun göz önüne alınması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁶⁷
- ❖ İşverenin iş sözleşmesi kurulurken aramadığı bazı özellikleri, iş sözleşmesinin devamı sırasında araması ve bu özellikleri bir fesih nedeni yapması mümkün değildir.¹⁶⁸ Ayrıca deneme süresi dâhil altı aylık bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklere dayanarak bu altı aylık sürenin geçmesinden sonra performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu durumun geçerli sebep olarak kabul edilmemesi gerekir. Başka bir ifadeyle altı aylık süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınmalıdır. Ancak bu sınırların altına inildiğinde ve bu durum süreklilik

¹⁶⁵ Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.83; Güzel, 2005, s.58 – 84.

¹⁶⁶ Uçum, 2003, s.146; Uzun, **a.g.e.**, s.76; Disk, **a.g.e.**, s.11, 24.

¹⁶⁷ Y9HD, 21.04.2005, E.2004/23691 – K.2005/14007, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.415 –

416.

¹⁶⁸ Y9HD, 21.04.2005, E.2005/10825 – K.2005/14175, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.6, s.234 – 237.

gösterdiğinde geçerli sebep doğabilir. İşveren bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans arttırıcı olanakları işçiye sağladığını kanıtlamalıdır.¹⁶⁹

- ❖ İşçinin yetersizliğinin işveren tarafından mazur görüldüğü veya affedildiğinin anlaşıldığı durumlarda ya da işverenin bu yetersizliği veya davranışı bilmesine rağmen işçiye ödüllendirdiği hallerde işverenin artık bu sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunmamaktadır.¹⁷⁰ Benzer şekilde, işveren işçinin yeterli olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapmış ise aynı neden ileri sürülerek iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkün değildir.
- ❖ İş sözleşmesinin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerle sona erdirilmiş olduğu durumlarda işçinin verimliliğinin mahallinde keşif incelemesi yapılarak teknik bilirkişi aracılığıyla saptanması gerekir. Yargıtay, bu durumlarda sadece tanık anlatımlarına dayalı olarak hüküm kurulmasını yasaya aykırı bulmaktadır.¹⁷¹
- ❖ Fesih işleminden önce işçiye ihtar verilip verilmemesi gerektiği konusunda gerek İş Kanunu ve gerekçesinde gerekse 158 sayılı ILO sözleşmesinde bir hükme yer verilmemiştir. Ancak bu konuda yol gösterici bir düzenleme olan 166 sayılı ILO Tavsiye Kararı, işçinin yetersizliğine dayalı fesih hallerinde, işverenin talimatı ve yazılı uyarısı üzerine makul bir süre geçmesine rağmen işçinin tutumunda yeterli bir değişiklik olmaması halinde fesih işleminin yapılabileceğini öngörmüştür. Bu hükmün, Yeni İş Kanununun uygulamasında da dikkate alınması yerinde olacaktır. Buna göre işçinin benzer işi görenlerden daha az verimli çalışması, performansı ve uyum sorunları gibi değişebilir nitelikteki yetersizlikleri nedeniyle yapılacak fesihlerden önce işverenin yazılı uyarısının aranması gerekir. Bunlar dışında kalan hallerde ise işçinin kendini geliştirmesi söz konusu olamayacağına göre bu nedene dayalı fesihlerde, fesih işleminden önce işverenin talimatı ve uyarısı aranmamalıdır.¹⁷²

¹⁶⁹ Uzun, **a.g.e.**, s.78; Uçum, 2003, s.147 – 148; Aksi görüşte, Ekonomi, 2003, s.8 – 9.

¹⁷⁰ Y9HD, 08.02.2005, E.2004/22251 – K.2005/3652, Çankaya – Günay – Gökteş, **a.g.e.**, s.575 – 577.

¹⁷¹ Y9HD, E.2004/3740 – K.2005/15625, **Çimento İşveren Dergisi**, Eylül 2004, s.63 – 64; Aynı yönde, Y9HD, 24.03.2005, E.2005/5721 – K.2005/9919, Çankaya – Günay – Gökteş, **a.g.e.**, s.428 – 429.

¹⁷² Çelik, 2003, s.34 – 35; Güzel, 2004, s.80; Demir, 2003a, s.131 – 132; Soyer, 2002, s.281.

3.2. İşçinin Fiziki Yetersizliği

3.2.1. İşçinin Hastalığı

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebepleri arasında işçinin hastalığı önemli bir yer tutmaktadır. Örneğin Alman hukukunda işçinin kişiliğine bağlı fesih nedenlerinin %30'unu işçinin hastalığına dayanılarak yapılan fesihler oluşturmaktadır.¹⁷³ Fransız hukukunda da işçinin hastalığı nedeniyle iş görme edimini yerine getirememesi gerçek ve ciddi bir fesih nedeni olarak değerlendirilmektedir. Benzeri bir durumun Türk hukuku için de geçerli olacağı söylenebilir.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih sebeplerinden biri olan hastalık hali değişik biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle işçinin hastalığı sebebiyle iş sözleşmesinin feshi konusunun üç başlık altında incelenmesi faydalı olacaktır. İlk grubu uzun süreli hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin feshi oluşturmaktadır. İkinci grupta kısa süreli ama sık sık tekrarlanan hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin feshi yer almaktadır. Son olarak ise hastalığa bağlı nedenler ile işçinin verimliliğinin azalmasından kaynaklanan fesih sebepleri incelenecektir.¹⁷⁴

Yukarıda da belirtildiği üzere iş sözleşmesinin feshine neden olan hastalık hallerinin ilkinin işçinin uzun süreli hastalığı oluşturmaktadır. Bu konu hakkında Türk İş Hukukundaki durumu değerlendirmeden Alman ve Fransız hukuk sistemlerine bakmak mevzuatımızdaki durumu daha doğru bir şekilde kavramak açısından faydalı olacaktır.

Alman hukukunda işçinin uzun süreli hastalığı nedeniyle iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını yerine getirememesi geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmektedir. Ancak Alman Federal İş Mahkemesi, işverenin bu fesih sebebine dayanarak yaptığı fesih işleminin sosyal açıdan haklı sayılabilmesi için işçinin iş görme borcunu yerine getirememesini tek başına yeterli saymamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre işçinin uzun süreli hastalık halinin sosyal açıdan haklı bir fesih nedeni olabilmesi için işçinin iş görememe durumunun ne kadar süreceğinin belli olması, bu durumun işyerinde önemli zararlara yol açması, sorunun başka bir şekilde çözümlenme imkânının

¹⁷³ Güzel, 2004, s.50.

¹⁷⁴ Şükran Ertürk, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.4, Sayı.2, 2002, s.12.

olmaması ve işverenin fesih hakkını kullanırken tarafların menfaatlerini gözönüne alması (denkleştirme) gerekmektedir.¹⁷⁵

Fransız hukukunda da işçinin uzun süreli hastalığının gerçek ve ciddi bir fesih nedeni oluşturabileceği kabul edilmiştir. Bu ülkede işyeri hekimi tarafından belirlenmiş yetersizlik dışında işçinin sağlık durumu ve sakatlığı nedeniyle cezalandırılması ve işten çıkarılması mümkün değildir. Ancak işçinin uzun süreli hastalığının, bir başka personel istihdamını zorunlu kıldığı durumlarda, işverenin iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunmaktadır. İşçinin uzun süreli hastalığının işyerinde bu türden bir olumsuzluğa yol açmaması halinde ise fesih işlemi hukuken geçerli sayılmamaktadır.¹⁷⁶

Görüldüğü üzere incelenen iki hukuk sistemi de işçinin uzun süreli hastalık halini bazı koşulların varlığında geçerli bir fesih sebebi olarak kabul etmiştir. Mevzuatımızda yer alan düzenlemeler ise incelenen hukuk sistemlerinden oldukça farklı esaslara dayanmaktadır.

İş Kanununun 18. maddesi hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresindeki devamsızlığın geçerli bir fesih sebebi oluşturmayacağını belirtmektedir. (İş K. m.25/I-b) Daha açık bir ifade ile işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması dışında hastalık, kaza doğum gibi hallerde işçinin işyerindeki çalışma süresine göre hesaplanacak olan bildirim süresine altı hafta eklenmesinden önce yapılacak fesih işlemleri haklı nedene dayanmamaktadır. Ancak işçinin devamsızlığının bu süreleri aşması halinde işverenin derhal fesih hakkı doğmaktadır. Bu nedenle hukukumuzda işçinin uzun süreli hastalığı nedeniyle işe devamsızlığının derhal fesih nedeni olarak düzenlendiği söylenebilir.¹⁷⁷

İş Kanununun bu düzenlemesi öğretide birçok eleştiriye uğramıştır. Bu görüşe göre İş Kanununun 25. maddesinde bir değişiklik yapılarak işçinin kusuruna dayanmayan hastalığı nedeniyle işe uzun süreli devamsızlık yapması derhal fesih sebebi olmaktan çıkarılmalıdır.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Güzel, 2004, s.50 – 52; Ertürk, **a.g.e.**, s.12 – 15; Kılıçoğlu, 2005a, s.137.

¹⁷⁶ Güzel, 2004, s.52; Odaman, 2003b, s.594.

¹⁷⁷ Güzel, 2004, s.52 – 53; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.137 – 138.

¹⁷⁸ Soyer, 2002, s.281; Ulucan, 2003a, s.47 – 48.

İş sözleşmesinin feshine neden olan bir başka hastalık hali ise işçinin sık sık tekrarlanan hastalık nedeniyle işe devam edememesidir.¹⁷⁹ Sık sık tekrarlanan kısa süreli hastalık kavramından anlaşılması gereken kısa süreli ama sık sık tekrarlanan ve ne zaman geleceği önceden öngörülemeyen hastalık halidir.¹⁸⁰

Gerek Alman gerekse Fransız hukukunda işçinin bu nitelikteki hastalık hali geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmektedir. Alman hukukunda işçinin sık sık hastalanmasının geçerli bir fesih sebebi sayılabilmesi için hastalık halinin ne zaman meydana geleceğinin önceden tahmin edilememesi, bu durumun işvereni zarara uğratması ve tarafların menfaatleri arasında bir denkleştirilmeye gidilmesi gerekmektedir. Alman hukukundaki genel prensiplere göre işçinin yıllık çalışma süresinin %14'ü ile %25'i arasında devamsızlık yaptığı durumlarda sık sık hastalanmadan söz etmek olanaklıdır.¹⁸¹ Fransız hukukunda ise sık sık hastalığın fesih sebebi kabul edilmesi için, bu durumun işçinin görevini yerine getirmesinde yetersizliğe sebebiyet vermesi ve işletmenin işleyişini olumsuz etkilemesi gerekir.¹⁸²

İş Kanununun gerekçesinde sık sık hastalanmanın geçerli bir fesih sebebi olduğu belirtilmiştir. Öğretide pek çok yazar sık sık hastalanarak işe devamsızlıkta bulunulmasını geçerli fesih nedeni olarak kabul etmektedir.¹⁸³ Uygulamanın görüşü de bu yöndedir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda vermiş olduğu bir kararında işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerin işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli bir fesih sebebi olacağını vurgulamış ve Mayıs ayında üç kez, Haziran ayında dört kez sağlık sorunları sebebiyle viziteye çıktığı anlaşılan işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığını kabul etmiştir.¹⁸⁴ Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir başka kararında ise çalıştığı dönem içinde toplam 368 gün rapor alan ve bu süre içerisinde 164 çalışma günü çalışan ve diğer günlerde de izinli olan işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığını kabul etmiştir.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Abbas Bilgili, **İş Güvencesi Hukuku**. (1. Baskı. Adana: Karahan Kitabevi, 2004), s.41; Ertürk, **a.g.e.**, s.15; Süzek, 2005a, s.453; Ekonomi, 2003, s.9.

¹⁸⁰ Ertürk, **a.g.e.**, s.15.

¹⁸¹ Ertürk, **a.g.e.**, s.15 – 16.

¹⁸² Güzel, 2004, s. 52.

¹⁸³ Tankut Centel, **İş Güvencesi Kanunu Konferans Notları (19 Şubat 2003)** (İstanbul. Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası, 2003b), s.20; Ekonomi, 2003, s.9; Ulucan, 2003a, s.48; Süzek, 2005b, s.571; Odaman, 2003b, s.600.

¹⁸⁴ Y9HD, 28.02.2005, E.2005/2061 – K.2005/6417, Çankaya – Göktaş – Günay, **a.g.e.**, s.414 - 415; Aynı yönde, Y9HD, 14.07.2005, E.2005/20339 – K.2005/26307, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.7, s.187 – 188; Aynı görüşte, Ekonomi, 2003, s.9; Centel, 2003b, s.20.

¹⁸⁵ Y9HD, 28.04.2005, E.2004/31892 – K.2004/14992, **Legal – İSGHD**, Sayı.7, s.1289 – 1290.

Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bu kararlar dikkate alındığında Yüksek Mahkemenin sık sık hastalanmayı, işyerinde olumsuzluklara yol açtığı durumlarda geçerli bir fesih nedeni olarak kabul ettiği söylenebilir. Yargıtay'ın bu bakış açısını olumlu değerlendirmekteyiz. Gerçekten de işçinin bu şekilde devamsızlığının sadece işin yürütümünde engel olması durumunda bir fesih sebebi olması gerekir. Bu durum her olayın özelliğine göre hâkim tarafından araştırılmalıdır. Ayrıca hâkimin bu değerlendirme esnasında Alman hukukunda olduğu üzere tarafların menfaatleri arasında bir denkleştirme yapması ve bu durumda işçinin yaşı, kıdemi, hastalık halinde kusurunun bulunup bulunmaması gibi unsurları dikkate alması adalet duygusunun zedelenmemesi bakımından faydalı olacaktır.

Hastalık nedeni ile işi gereği gibi yapamama işçinin iş sözleşmesinin süreli feshinde geçerli sebep oluşturabilecek bir başka durumdur.¹⁸⁶ Gerçekten hastalık nedeniyle uzun süreli devamsızlık yapmamak veya sık sık hastalanmamakla birlikte işçinin sağlık durumu belirli bir işte çalışmasına engel teşkil edebilir. Bu durumda işveren işçiyi gözetme borcu ve feshin son çare olması ilkesi gereğince işyerinde işçiye sağlık durumuna uygun bir iş vermek zorundadır. İşveren fesih hakkını ancak işyerinde işçinin niteliklerine uygun bir iş bulunmaması veya işçinin önerilen işte çalışmayı kabul etmemesi halinde kullanabilir.¹⁸⁷ Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda vermiş olduğu bir kararında işçinin rapor sonrasında çalışabileceği uygun bir iş temin edilmeden iş sözleşmesinin feshedilmesini kanuna aykırı bulmuştur.¹⁸⁸

3.2.2. İşçinin Yaşlılığı ve Yaşlılık Aylığı Almaya Hak Kazanması

İşçinin fiziki yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerini incelerken üzerinde durulması gereken noktalardan biri de, yaşlılık veya yaşlılık aylığına hak kazanmış olmanın fesih için geçerli sebep teşkil edip etmeyeceğidir.

Bu konuda 166 sayılı ILO Tavsiye Kararı, ulusal mevzuatlarda emeklilik için öngörölmüş olan yaş sınırının geçerli sebep sayılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Alman hukukunda da yargı kararları ve öğreti belirli bir yaş sınırına gelmeyi veya yaşlılık aylığına hak kazanmış bulunmayı esas itibarıyla geçerli bir fesih sebebi olarak

¹⁸⁶ Ulucan, 2003a, s.48; Ertürk, **a.g.e.**, s.17; Süzek, 2005b, s.571 – 572.

¹⁸⁷ Süzek, 2005a, s.453 – 454.

¹⁸⁸ Y9HD, 20.12.2004, E.2004/13314 – K.2004/28280, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.554 - 555.

kabul etmemektedir. Temel prensip bu olmakla birlikte işçinin yaşlılığının iş görme borcunu olumsuz etkilediği ve işyerinde sorunlara yol açtığı hallerde, feshin sosyal açıdan haklı nedene dayandığı kabul edilmektedir.¹⁸⁹

Türk hukukunda da bu temel prensiplerin geçerli olması gerekir. Nitekim ne İş Kanununda ne de gerekçesinde yaşlılık aylığına hak kazanmak fesih için geçerli bir sebep olarak düzenlenmemiştir. Ayrıca mevzuatımızda işçiler için bir çalışma yaşı üst sınırı veya zorunlu emeklilik sistemi de öngörülmemiştir. Kaldı ki yaşlılığın etkileri de kişiden kişiye göre ve işçinin çalıştığı mesleğin özelliklerine göre değişebilmektedir. Bu nedenle işçinin yaşlılığının veya yaşlılık aylığına hak kazanmasının, işçinin davranışlarından, yetersizliğinden veya işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir sebep bulunmağı hallerde tek başına bir geçerli sebep oluşturmaması gerekir. Nitekim öğreti¹⁹⁰ ve yargı da bu görüştedir.¹⁹¹ Yargıtay pek çok kararında işçinin yaşlılığı veya yaşlılık aylığına hak kazanmasının ancak işçinin veriminde bir azalmaya ve bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde veya işyerinden işçi çıkarmayı zorunlu kılan işletmeyle ilgili gereklerin söz konusu olması halinde geçerli sebep teşkil edeceğini belirtmektedir. İş Kanununun üç yıllık uygulama sürecinde bu konuya ilişkin olarak getirilmiş temel şartlar şu şekilde özetlenebilir:

- ❖ İş sözleşmesinin işçinin yaşlılık ve emeklilik aylığına hak kazanması nedeniyle yapıldığı durumlarda yargı merciinin, işçinin veriminin düşüp düşmediğini veya feshin işletmeyle ilgili nedenlerden dolayı yapıldığı durumlarda bu nedenlerin varlığını uzman bilirkişi marifetiyle araştırması ve incelemesi gerekir.¹⁹²
- ❖ İş sözleşmesinin feshinin işçinin yaşlılık ve emeklilik aylığına hak kazanması nedeniyle yapıldığı durumlarda fesih işleminin son çare olarak düşünülmesi gerekir. Nitekim Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir kararında işverenin işçiyi diğer işyerlerinde çalıştırmasının mümkün olduğu hallerde fesih yoluna başvurmaının doğru olmadığını belirtmiştir.¹⁹³

¹⁸⁹ Ulucan, 2003a, s.49.

¹⁹⁰ Ekonomi, 2003, s.9 – 10; Centel, 2003b, s.20 – 21; Süzek, 2005b, s.572 – 573; Çankaya – Günay - Göktaş, **a.g.e.**, s.79; Kılıçoğlu,2005a, s.133 – 135.

¹⁹¹ Y9HD, 13.12.2004, E.2004/28790 – K.2004/27501, **Legal – İSGHD**, Sayı.6, s.734 – 735; Aynı yönde, Y9HD, 03.03.2005, E2005/5095 – K.7238, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.514 – 515.

¹⁹² Y9HD, 18.05.2004, E.2004/578 – K.2004/12192, Günay, 2005a, 612; Aynı yönde, Y9HD, 15.04.2004, E.2004/6141 – 2004/7644, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.2, s.118 – 119.

¹⁹³ Y9HD, 11.12.2003, E.2003/20222 – K.2003/20604, **Legal – İSGHD**, Sayı.2, s.650 – 651.

- ❖ İşletmesel kararlara dayanılarak işçi çıkarılan durumlarda yeniden işçi alınması halinde Yargıtay fesih işlemini geçersiz saymaktadır.¹⁹⁴
- ❖ Son olarak belirtmek gerekir ki, işverenin, iş sözleşmesini işçinin yaşlılığı nedeniyle feshettiği durumlarda da, bu hakkı dürüstlük kuralına ve işçiyi gözetme borcuna uygun olarak kullanması gerekir. İşyerine yıllarını vermiş kıdemli bir işçinin iş sözleşmesinin yaşlılık nedeniyle iş veriminde belirli bir azalma olduğu gerekçesiyle feshedilmemesi gerekir.¹⁹⁵ Böyle bir durumda, en azından işçinin yaşlılık aylığına hak kazanması beklenmelidir.¹⁹⁶

İşyerlerinde personel yönetmeliği ile getirilen ve belirli bir yaşta iş ilişkisinin sonlandırılacağını öngören düzenlemelerin geçerli sebep oluşturup oluşturmadığının da tartışılması gerekmektedir. Alman hukukunda söz konusu düzenlemelerin, iş sözleşmelerinin feshinde geçerli sebep oluşturacağı kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise bir görüşe göre rasyonel bir yaş sınırı getirerek işyerindeki işçilerin yükselmesine imkân tanıyan bu tür düzenlemelerin, Alman hukukunda olduğu üzere, geçerli sebep sayılması gerekir.¹⁹⁷ Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2001 yılında vermiş olduğu kararda, bu tür düzenlemeler ile yapılan fesih işlemlerinin haksız olduğuna hükmetmiştir.¹⁹⁸ Yargıtay bu görüşünü bugün için de sürdürmektedir. Zira Yargıtay 2004 yılında vermiş olduğu bir kararında, belirli bir yaşı veya belirli bir prim ödeme gün sayısını dolduran işçilerin performans durumlarına göre emekliye ayrılabilirliklerini öngören toplu iş sözleşmesi hükmünü uygulamamış ve işverenin bu durumda iş ilişkisini sona erdirebilmesi için işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenleri ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁹ Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere işverenin işletmeyle ilgili nedenlere dayanarak iş sözleşmesini sona erdirme hakkı mevcuttur.

¹⁹⁴ Y9HD, 10.11.2003, E.2003/18926 – K.2003/18920, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, 434 – 435.

¹⁹⁵ Ekmekçi, 2002b, s.101; Süzek, 2005a, s.454.

¹⁹⁶ Sarper Süzek, **İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması** (Ankara: 1976), s.127; Süzek, 2005b, s.572 – 573.

¹⁹⁷ Ekonomi, 2003, s.9 – 10.

¹⁹⁸ Y9HD, 18.03.2002, E.2001/17796 – K.2002/4220, **Legal – İSGHD**, Sayı.1, s.254.

¹⁹⁹ Y9HD, 19.01.2004, E.2003/22196 – K.2004/261, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.296, Ağustos 2004, s.36 – 37; Aynı yönde, Y9HD, 20.12.2004, E.2004/19163 – K.2004/28990, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.520 – 521.

4. İŞÇİNİN DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN SÜRELİ FESİH SEBEPLERİ

İş sözleşmesinin feshine neden olan geçerli fesih sebeplerinin ikincisini, “işçinin davranışlarından” kaynaklanan fesih nedenleri oluşturmaktadır. İş Kanunu işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedenlerinde olduğu gibi işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenlerini de tanımlamamıştır. Ancak İş Kanununun gerekçesinde işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebepleri 25. maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebepler olarak tanımlanmış ve “işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek” gibi haller konuya örnek olarak verilmiştir.

Ancak işçinin davranışlarından kaynaklanan bu nedenlerin iş sözleşmesinin feshinde tek başına geçerli sebep sayılması mümkün değildir. Söz konusu nedenlerin iş sözleşmesinin feshine neden olabilmesi için işçinin iş görme borcunu olumsuz etkilemesi veya işyerinde rahatsızlık yaratması gerekir. Nitekim bu husus İş Kanunu gerekçesinde “İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshine neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz.” denilerek vurgulanmıştır.²⁰⁰ Nitekim uygulamada Yargıtay da bu hususu gözetmektedir.²⁰¹

Yukarıda verdiğimiz örnekler dikkate alındığında işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenlerini İş Kanununun 25. maddesinde belirtilen sebeplerle ayırmanın pek de kolay olmayacağı görülmektedir. Bu nedenle iki fesih

²⁰⁰ Güzel, 2004, s.53 – 54; Süzek, 2005b, s.575; Uçum, 2003, s.143; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, a.g.e., s.136; Bilgili, a.g.e., s.50.

²⁰¹ Y9HD, 01.02.2005, E.2004/31121 – K.2005/2839, **Legal – İSGHD**, Sayı.7, s.1361 – 1362; Aynı yönde, Y9HD, 21.11.2005, E.2005/33676 – K.2005/36676, **Legal – İSGHD**, Sayı.9, s.292 – 293.

nedeni arasındaki farkı ortaya koyacak kıstasların belirlenmesi gerekir. Öğretide bu iki fesih sebebi arasındaki fark, güven temelinin sarsılması veya güven temelinin çökmesi ile açıklanmaktadır. İşçinin davranışının, işverenle arasındaki güven ilişkisini temelinden çökertmiş olduğu durumlarda feshin haklı nedene dayandığı kabul edilir. Buna karşılık, işçinin davranışının işin normal işleyişini bozduğu, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkilediği ve bu nedenle işverenden iş ilişkisinin devamı makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda ise feshin geçerli sebebe dayandığının kabul edilmesi gerekir. Bir başka ifade ile işçinin davranışının güven ilişkisini temelinden çökertmediği ama işverenle arasında bulunması gereken güven ilişkisinin devamını beklenemeyecek ölçüde sarstığı durumlarda feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilir.²⁰²

Kural olarak işverenin fesih hakkını kullanabilmesi için işçinin kusurlu davranışının ihmale dayanması yeterlidir. Ancak objektif olarak işverenin güvenini sarsacak boyutlara ulaşmayacak, kınama – uyarma gibi hafif yaptırımlarla geçirtilerebilecek hafif kusurlu davranışların geçerli fesih nedeni sayılmaması gerekir. Aynı şekilde işverenin işçinin davranışını önemsemediğini gösterdiği durumlarda iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunmamalıdır.²⁰³ Nitekim Yargıtay, iş sözleşmesinin feshine konu olan olaydan sonra işçinin terfi ettirilmesinin iş akışını olumsuz yönde etkileyen bir durum olmadığını gösterdiğini belirtmektedir.²⁰⁴

Fesih işleminden önce işçiye ihtar vermenin gerekip gerekmeyeceği konusunda İş Kanunu ve gerekçesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda yol gösterici bir düzenleme olan 166 sayılı ILO Tavsiye Kararında, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenlerinin geçerli sebep oluşturabilmesi için en az bir defa tekrarlanması ancak bundan sonra geçecek makul süre içerisinde işçinin tutumunda bir değişiklik olmaması halinde fesih hakkının kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Öğretide de bu tavsiye kararının ülkemiz açısından da geçerli olabileceği belirtilmiştir. Buna göre işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle yapılacak fesih işlemlerinden önce işçiye ihtar verilmesi gerekmektedir.²⁰⁵

²⁰² Süzek, 2005b, s.567 – 568; Odaman, 2003b, 595; Alpagut, 2002, s.90 – 91.

²⁰³ Süzek, 2005a, s.459.

²⁰⁴ Y9HD, 08.02.2005, E.2004/22251 – K.2005/3652, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.575 – 577.

²⁰⁵ Çelik, 2003, s.36; Güzel, 2004, s.80.

Alman hukukunda Feshe Karşı Koruma Yasasının birinci maddesine göre işçinin davranışlarından kaynaklanan nedene dayanarak yapılan fesih işlemi sosyal açıdan haklı sayılmaktadır. Ancak Feshe Karşı Koruma Yasası işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlere bir tanım veya örnek vermemiş, bu nedenler zaman içinde yargı kararları ile somutlaşmıştır. Buna göre işçinin daha çok işin görülmesi alanında, işyerinde güven ilişkisinde somut engel oluşturan eylemleri, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenlerini oluşturmaktadır. Mahkeme, kararını, tarafların karşılıklı çıkarlarını dikkate alarak ve işçinin bu davranışının tekrarlanma tehlikesinin olup olmadığını veya gelecekte bu davranışın sözleşme üzerine etkilerinin olup olmayacağını değerlendirerek verir. Bir başka anlatımla, mahkeme fesih sebeplerinin geçerli olup olmadığını değerlendirirken gelecekte sağlıklı bir iş ilişkisinin beklenip beklenemeyeceğini ölçüt olarak almaktadır. Ayrıca, işçinin davranışlarında kaynaklanan bu tür durumlarda, fesih son çare olması ilkesi gereğince işçinin önceden uyarılması ve işçiye bu davranıştan kaçınma hakkının verilmesi gerekir. Ancak sözleşmeye aykırılığın güveni zedeleyici bir ağırlığa sahip olduğu durumlarda işçinin uyarılmasına gerek bulunmamaktadır.²⁰⁶

Fransız hukukunda işçinin davranışlarının fesih için geçerli sebep teşkil edebilmesi için işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerde olduğu üzere fesih nedeninin “ciddi ve gerçek” olması gerekir.²⁰⁷ İşçinin küçük veya bağışlanabilir bir kusuru fesih için gerçek ve ciddi bir neden oluşturmaz. Haklı ve geçerli sebep arasındaki ayırım konusunda mahkemelere geniş takdir hakkı tanınmış durumdadır.²⁰⁸

4.1. İşçinin Davranışlarına Dayanan Geçerli Fesih Sebepleri

4.1.1. İşçinin Devamsızlığı, İşe Geç Gelmesi

İşçinin, iş görme borcunu, İş Kanununda ve iş sözleşmesinde öngörülen çalışma sürelerine uygun olarak süreklilik içinde yerine getirmesi, işe devamsızlıkta bulunmaması veya işyerine geç gelerek işyeri düzenini bozmaması gerekir. Aksi takdirde bu durum, yatırım yapan ve belirli taahhütler altına giren işverenin çalışma düzenini programlayamamasına ve zarara uğramasına neden olabilir. Bu nedenle işçinin

²⁰⁶ Ulucan, 2003a, s.52 – 57; Güzel, 2004, s.54 – 58; Alpagut, 2002, s.91.

²⁰⁷ Bkz: İşçinin Yeterliliğinden Kaynaklanan Süreli Fesih Sebepleri, s.38 – 39.

²⁰⁸ Odaman, 2003b, s.594.

işine devamsızlık arz edecek biçimde gelmemesi veya sık sık geç gelmesi iş görme borcuna aykırılık teşkil eder ve bu durum işçinin iş sözleşmesinin feshine neden olur.²⁰⁹

Nitekim gerek Alman gerek Fransız hukuk sistemlerinde işçinin işe devamsızlıkta bulunması veya işe sık sık geç gelmesi bir fesih nedeni olarak öngörülmüş durumdadır.

Alman hukukunda işçinin işe sık sık geç gelmesi, işten kısa süreli ayrılmaları alışkanlık haline getirmesi, iş sözleşmesine yönelik görevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak bu durumun iş sözleşmesinde belirtilen yükümlülöklere aykırı davranma ve işi yapmayı kabul etmeme boyutuna ulaştığı durumlarda iş sözleşmesinin derhal feshedilmesi mümkündür.²¹⁰

Fransız hukukunda da işçinin işine sık sık tekrarlanan gecikmelerinin, işyeri disiplinini ihlal edeceği belirtilerek bu durum meşru bir süreli fesih sebebi olarak değerlendirilmektedir.²¹¹ İşçinin kısa süreli gecikmeleri, bir günlük yokluğu, iş süresi bitiminden birkaç dakika önce düş almak için işi bırakması gibi hafif kusuruna dayalı davranışlarının ise geçerli fesih nedeni oluşturmamaktadır.²¹² Buna karşın Fransız Yüksek Mahkemesi, işçinin önemli faaliyetlerin yürütüldüğü altı haftalık bir dönemde izin almadan ve haklı sebep bildirmeden devamsızlıkta bulunmasını haklı bir fesih nedeni olarak görmüştür.²¹³

Türk hukukunda ise işçinin işe devamsızlığının ve işe geç gelmesinin iş ilişkisi üzerine etkilerini ayrı ayrı incelemek gerekir.

İş Kanununun 25. maddesinin 2. bendinin g fıkrası işçinin işine devamsızlıkta bulunmasını düzenlemiştir. Maddeye göre işçinin işine “işverenden izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü veya bir ay içerisinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç iş günü işine devam etmemesi” iş sözleşmesinin derhal feshine neden olur.²¹⁴

²⁰⁹ Odaman, Serkan. “İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları” **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt.18, Sayı.2, Mart 2004b, s.4.

²¹⁰ Mess, **a.g.e.**, s.D218/001; Güzel, 2004, s.56; Kılıçoğlu, 2005a, s.145.

²¹¹ Ancak Fransız hukukunda işçinin geçerli bir neden olmadan yaptığı bu devamsızlığın haklı neden olarak değerlendirilebileceği de ifade edilmektedir. (Odaman, 2003b, s.598; Süzek, 1976, s.128.)

²¹² Süzek, 2005b, s.583.

²¹³ Odaman, 2003b, s.601 – 602.

²¹⁴ İşçinin işe devamsızlığının haklı neden oluşturabilmesi için işçinin işine ardı ardına iki iş günü veya bir ay içerisinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç iş günü işine devam etmemesi gerekir. Kanunda geçen işgününden kasıt, işçinin çalışması zorunlu olan günlerdir. İş günü tabiri, kanunen iş günü kabul edilen günlerin yanında iş veya toplu iş sözleşmeleriyle sözleşmeyle iş günü kabul edilen günleri ve genel tatil günlerini kapsar. Kanunda öngörölen bir aylık süre ise takvim

İşçinin, bu sürelerle ulaşmayan ancak işyerinde çeşitli olumsuzluklara yol açan ve işyerine zarar veren devamsızlıklarının ise geçerli fesih sebebi sayılması gerekir.²¹⁵ Örneğin işçinin yukarıda belirtilen süreleri bulmamakla birlikte işe gelmemeyi alışkanlık haline getirmesi halinde iş sözleşmesinin geçerli sebeple sona erdirilmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda vermiş olduğu bir kararında yedi aylık çalışma süresi içinde altı işgünü işe gelmeyen, bir günde işe geç gelen işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığını belirtmiştir.²¹⁶ Yüksek Mahkeme bu konuda vermiş olduğu bir başka kararında ise hasta çocuğunun yanında kalan ve işe iki gün devamsızlıkta bulunan işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanmadığının altını çizmiştir.²¹⁷ Yargıtay’ında bu kararında vurguladığı gibi işçinin haklı neden teşkil etmeyecek devamsızlıklarının, bir mazerete dayanması halinde bu devamsızlıkların geçerli sebep teşkil etmemesi gerekir.

4857 sayılı Kanunun gerekçesinde, işçinin işe sık sık geç gelmesi geçerli bir fesih sebebi olarak sayılmıştır. Öğretide de büyük bir çoğunluk işçinin işe geç gelmeyi alışkanlık haline getirmesinin geçerli bir fesih sebebi oluşturacağını belirtmiştir.²¹⁸ Bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1475 sayılı Kanun zamanında vermiş olduğu bir kararında, işe bir ay içerisinde beş kez geç kalan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceğini kabul etmiştir.²¹⁹ Yargıtay’ın vermiş olduğu bu kararın isabet derecesi tartışılmakla beraber 4857 sayılı Kanun zamanında bu tür durumların geçerli sebep sayılması büyük bir olasılıktır.²²⁰

ayını ifade etmemekte, son devamsızlık gününden geriye doğru hesaplanacak bir aylık süreyi ifade etmektedir. Belirtilen sürelerde yapılan devamsızlığın izinli olarak yapılması veya haklı bir nedene dayanmaması halinde işverenin derhal fesih hakkı söz konusu değildir. İşçinin aldığı izin yetkililerden alınması gerekmektedir. Yetkisiz kişilerden alınan izinlerin hiçbir geçerliliği bulamamakta ve bu durumlarda yapılan fesihler haklı kabul edilmektedir. Hangi nedenin haklı kabul edilebileceği işçinin içinde bulunduğu durum, örf adetler ve işyerinin gerekleri gibi somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir. Yargıtay ölüm, tanıklık, bilirkişilik, resmi mercilerin çağrısına uyulması gibi durumları birer haklı neden olarak kabul etmiştir. Ancak devamsızlığın haklı nedene dayandığı hallerde iyiniyet kuralı gereği işçinin yokluğunda gerekli tedbirleri alabilmesi için devamsızlık nedenini işverene olabildiğince çabuk bir şekilde bildirmesi gerekir. Aksi takdirde yapılacak feshin kanununa aykırılığı işçi tarafından ileri sürülemeyecektir. (Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.503 – 505; Odaman, 2004b, s.5 – 14.)

²¹⁵ Soyer, 2002, s.281.

²¹⁶ Y9HD, 30.12.2004, E.2004/25209 – K.2004/30020, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.558 – 559.

²¹⁷ Y9HD, 07.04.2005, E.2005/8875 – K.2005/12438, **Çalışma ve Toplum**, Sayı:6 s.284 – 285.

²¹⁸ Tankut Centel, “Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları”, **Mercek**, Ekim 2003c, s.12; Ekonomi, 2003, s.10 – 11; Uçum, 2003, s.143; Demir, 2003a, s.131.

²¹⁹ Y9HD, 08.03.2000, E.1999/109 – K.2000/2876, **TUHİS**, Kasım 2000 – Şubat 2001, Sayı.4 – 5, s.59.

²²⁰ Süzek, 2005a, s.462.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, işçinin işe geç gelmesi gibi iş süresi öncesinde izin almaksızın işyerinden ayrılması da geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmelidir.²²¹

Buna karşın, Fransız hukukunda olduğu üzere işçinin mesai bitiminden kısa süre önce düş almak için işini bırakması, kısa süreli gecikmesi, bir günlük yokluğu gibi önem arz etmeyen ve süreklilik taşımayan davranışlarının geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilmemesi gerekir.²²² Ancak bu hususta çok dikkatli davranılmalı ve işverenin işyerinde disiplini sağlama hakkı olduğu da unutulmamalıdır.

4.1.2. İşçinin Görevini Yerine Getirmemesi

İş sözleşmesinin konusu asıl olarak işçinin iş görmesidir. İşçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirlemesi nedeniyle iş görme borcunun bulunmadığı bir iş ilişkisinin varlığı düşünülemez. Bu nedenle iş sözleşmesinin imzalanmasının işçiye getirdiği en önemli yükümlülüğü iş görme borcu oluşturmaktadır. İşçinin bu borcunu özen yükümlülüğü çerçevesinde yerine getirmesi gerekir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan bu borca aykırı olan davranışları ise iş sözleşmesinin feshine neden olur.²²³ Zira işverenin bu durumu kabul etmesi mümkün değildir. İşçinin bu borca aykırı davranışının ağırlığı ise feshin türünü belirlemektedir.

Alman ve Fransız hukuklarında da işçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlüklerini yerine getirmemesi bir fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.

Alman hukukunda işçinin yapmakla yükümlü olduğu işi, sözleşmenin ihlali niteliğinde ve kusurlu olarak, yapılan uyarıya karşın, gereği gibi ifa etmemesi geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu durum işçiye daha önce ihtar verilmiş olmak şartıyla feshi sosyal açıdan haklı kılar. Ancak işçinin iş görmekten kaçınması hak ettiği ücreti alamamasından, önemli ölçüde iş güvenliği önlemlerinin alınmamış olmasından veya yasal olan bir greve katılmasından kaynaklandığı durumlarda feshin geçerli sebebe dayandığını kabul etmek mümkün değildir.²²⁴

Fransız hukukunda, işçinin tembelliği, çalışmaktan kaçınması, kendisine verilen işleri kısmen yerine getirip tamamlamaması süreli fesih sebepleri olarak kabul

²²¹ Süzek, 2005a, s.462 – 463.

²²² Süzek, 2005a, s.463; Karşı görüşte, Odaman, 2003b, s.600 – 601.

²²³ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 349 – 357; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s. 73 – 75; Demir, 2003a, s.58 – 60; Çelik, 2004, s.119 – 122; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s. 112 – 113.

²²⁴ Ulucan, 2003a, s.53.

edilmektedir.²²⁵ Ancak işçinin her zaman yapmadığı ve kendi özelliklerine göre daha düşük nitelikte olan farklı bir işi yapmayı reddetmesi geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra işverenin, muhasebe müdüründen muhasebe defterinde usulsüz işlemler yapılması gibi etiğe aykırı isteklerinin reddedilmesinin de geçerli fesih nedeni oluşturmayacağı belirtilmektedir.²²⁶

Türk hukukundaki durumu ise şu şekilde özetlemek mümkündür: İş Kanununun 25. maddesi “*işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yerine getirmemekte ısrar etmesi*” derhal fesih nedeni olarak görmüştür. (İş K. 25/II-h) İş Kanununun gerekçesinde ise “*işini uyarılara rağmen eksik, kötü ve yetersiz olarak yerine getirmesi*” geçerli fesih nedeni olarak sayılmıştır. Bu nedenle haklı ve geçerli sebepler arasındaki farkın ortaya konulabilmesi için öncelikle İş Kanununun 25. maddesinin irdelenmesi faydalı olacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere “*işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yerine getirmemekte ısrar etmesi*” haklı bir fesih nedenidir.²²⁷ 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesinin bu hükmü, büyük ölçüde 1475 sayılı Kanunun haklı fesih müessesesini düzenleyen 17. maddesi ile paralel olmakla birlikte, hükmün sonuna “ısrar etmesi” getirilerek madde yeniden düzenlenmiş durumdadır. Buna göre işveren için derhal fesih hakkının doğması için işçiye görevini yerine getirmesi konusunda bir hatırlatmanın yapılması (ihtar) ve işçinin bu hatırlatmaya rağmen görevini yerine getirmemekte ısrar etmesi, adeta ayak diremesi gerekmektedir. Madde işçinin “ısrar etmesini” 1475 sayılı Kanundan farklı olarak bir şart olarak aramaktadır.²²⁸ İşçinin ödevli bulunduğu görevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi yani direnmesi ise ancak kasıt ile olabilir, burada ihmal söz konusu olamaz.²²⁹ İşte İş Kanununun getirdiği bu yeni düzenleme kanımızca haklı sebep – geçerli sebep arasındaki en önemli farkı oluşturmaktadır. Yani işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için işçinin kasti bir davranışının olması gerekirken iş sözleşmesinin süreli feshi için ise işçinin ihmali bir davranışının olması

²²⁵ Süzek, 1976, s.128.

²²⁶ Odaman, 2003b, s.600; Süzek, 1976, s.129 – 130.

²²⁷ Serkan Odaman, “4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin; Yapmakla Görevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta İsrar Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, **TÜHİS**, Cilt.19 Sayı.1 – 2 Ağustos – Kasım/2004a, s.81 – 93; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.505 – 507; Süzek, 2005a, s.513 – 514; Demir, 2003a, s.160.

²²⁸ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.506.

²²⁹ Ulucan, 2003a, s.51; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.150; Kılıçoğlu, 2005a, s.142 – 143.

yeterlidir. Bir başka ifade ile işçinin uyarıya rağmen görevini kasti davranışı nedeniyle yerine getirmemesi haklı fesih nedeni iken bu görevin ihmali davranışı nedeniyle yerine getirmemesi veya görevini eksik, kötü ve yetersiz biçimde yerine getirmesi iş sözleşmesinin süreli feshine yol açmaktadır.²³⁰ Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2004 yılında vermiş olduğu bir kararında verilen görevi bir kez yapmamayı İş Kanununun 25. maddesinde belirtilen koşullar gerçekleşmediği gerekçesi ile geçerli bir fesih nedeni olarak görmüştür.²³¹

Yargıtay'ın günümüze kadar verdiği kararlara bakıldığında Yüksek Mahkeme, ücretine yapılan zammı eksik bulan işçinin yapması gereken ölçümleri on beş gün süre ile eksik yapmasını;²³² havuzda görevli işçinin, içeride kimsenin kalıp kalmadığını kontrol etmeden kapıyı kilitleyerek iki kişiyi içerde bırakmasını;²³³ koruma görevlisinin gece vardiyasında kanepede uyurken yakalanmasını;²³⁴ işçinin aylık ziyaret planında gitmesi gereken ünitelere gitmemesini;²³⁵ on iki yıllık gece bekçisi olan işçinin hırsızlık olabileceğinden şüphelendiği olayı işverene bildirmekte gecikmesini;²³⁶ işçinin asli görevi olan eğitim seminerini vermemek için rapor almasını;²³⁷ işçinin amirinin talimatıyla da olsa bitmemiş binaya yapı kullanma izin belgesi vermesini;²³⁸ işçinin işverenin talimatına uyararak gitmesi gereken eczaneye gitmemesini²³⁹ geçerli birer fesih nedeni kabul etmiştir.

Alman ve Fransız hukukunda olduğu üzere işçinin bu tür davranışlarının fesih nedeni sayılabilmesi için istenilen işin, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu bir görev olması gerekir. İşverenin talep etmiş olduğu işin işçinin görevli bulunduğu bir iş olmaması veya dürüstlük kuralları gereği bu işin yapılmasının gerekmediği durumlarda

²³⁰ Bu konuda bir başka görüş ise işçinin hatırlatmaya rağmen görevini hiç yerine getirmesini haklı fesih nedeni olarak görmekte iken işçinin iş görme borcunu eksik, kötü veya yetersiz bir şekilde ifa etmesini süreli fesih nedeni olarak görmektedir. (Uçum, 2003, s.140,145; Süzek, 2005b, s..583 – 584; Centel, 2003b, s.22.)

²³¹ Y9HD, 09.12.2004, E.2004/10604 – K.2004/27177, Günay, 2005a, s.594 – 595.

²³² Y9HD, 10.01.2005, E.2004/26601 – K.2005/154, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.529 – 530.

²³³ Y9HD, 26.01.2005, E.2004/30290 – K.2005/1510, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.504.

²³⁴ Y9HD, 02.03.2005, E.2005/2209 – K.2005/6706, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.492.

²³⁵ Y9HD, 17.02.2005, E.2005/1443 – K.2005/4551, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.498 – 499.

²³⁶ Y9HD, 10.03.2005, E.2004/14463 – K.2005/8179, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.495.

²³⁷ Y9HD, 03.03.2004, E.2004/1389 – K.2004/4190, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.301 Ocak 2005, s.43 – 44.

²³⁸ Y9HD, 24.01.2005, E.2004/31362 – K.2005/1106, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.505 – 506.

²³⁹ Y9HD, 12.01.2005, E.2004/21973 – K.2005/597, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.525 – 526.

işçinin iş sözleşmesinin feshedilme imkânı bulunmamaktadır. Aynı şekilde işçinin iş görmekten kaçınmasının, hak ettiği ücreti alamamasından, önemli ölçüde iş güvenliği önlemlerinin alınmamış olmasından veya yasal olan bir greve katılmasından kaynaklandığı durumlarda feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmemelidir. Ayrıca işverenin talep etmiş olduğu işin hukuka, ahlaka ve edebe aykırı olduğu hallerde de işçinin bu görevi yerine getirmemesi bir fesih nedeni sayılmamalıdır. Nitekim bu haller iş sözleşmesinin haklı feshini de geçersiz kılan haller olup²⁴⁰ Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde de bu durumların varlığı halinde iş sözleşmesinin feshi geçersiz sayılmaktadır. Bunlara ek olarak Yargıtay, işçinin rıza göstermeyip fazla mesai yapmaya kalmamasının²⁴¹ ve benzeri bir durumda bulunan işçinin fazla mesaiyi gösteren kayıtları işyerinden dışarı çıkarmasının²⁴² geçerli bir fesih nedeni olmayacağına hükmetmiştir.

4.1.3. İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi

İşçinin işyerinde işini ifa ederken işyeri kurallarına uygun davranması ve işin yürütümünde gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekir. İşçinin işini yaparken özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi sonucu işverenin malına zarar vermesi ise hukuk sistemimizde hem haklı hem de geçerli fesih sebebi olarak görülmüştür.

İş Kanununun 25. maddesi “*işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması*”nı haklı bir fesih nedeni olarak saymaktadır.²⁴³ (İş K. m.25/II-ı)

Ancak işçinin bu miktara ulaşmamakla birlikte işverenin malına zarar vermesi geçerli bir fesih nedenidir.²⁴⁴ Gerçekten işyerindeki davranışları ile işyerindeki mallara daha düşük seviyede de olsa sık sık zarar veren işçiye işverenin güveninin azalabileceği

²⁴⁰ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 505 – 507; Odaman, 2004a, s.82 – 93.

²⁴¹ Y9HD, 02.03.2005, E.2004/27418 – K.2005/67016, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.522.

²⁴² Y9HD, 10.11.2003, E.2003/18858 – K.2003/19033, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.435 – 436.

²⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Odaman, 2003a, s.188 – 201; Süzek, 2005a, s.514 – 515; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.507 – 509; Soyer ise, Alman hukukunda işçinin hafif ihmali sonucu verdiği zararların derhal fesih nedeni oluşturmadığını hatta belirli şartlar altında bu zararın talep edilmesi dahi mümkün olmadığını belirterek İş Kanununun bu hükmünün değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. (Soyer, 2002, s.282.)

²⁴⁴ Uçum, 2003, s.140, 145; Süzek, 2005b, s.584 – 585; Ekonomi, 2003, s. 7; Odaman, 2003b, s.600.

düşünülmelidir. Bu nedenle bu durumların geçerli fesih nedeni kabul edilmesi gerekir. Bu durumda yapılması gereken şey zarar miktarının ve işçinin kusur durumunun uzman bilirkişiler marifetiyle tespit edilmesidir. Hesaplanacak miktarın işçinin otuz günlük ücretini geçmesi durumunda işçinin iş sözleşmesi derhal fesih yoluyla feshedilebilecek; ancak verilen zarar miktarının işçinin otuz günlük ücretini bulmaması halinde ise bu kez işçinin iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkün olacaktır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında bu hususun altını çizmiştir.²⁴⁵

Ayrıca bu sebeple fesih yoluna başvurulurken dikkat edilmesi gereken bir husus da işçinin göstereceği ihtimamın derecesinin belirlenmesidir. Bilindiği üzere işçinin iş sözleşmesinin 25. maddenin II. bendinin 1 fıkrasına göre feshedilebilmesi için işçinin deneyimi göz önüne alınır. İşçiye yapmaması gereken bir iş verilmesi ve bu sebeple işyerinde zarar meydana gelmesi sebebiyle iş ilişkisinin sona erdirilmesi haklı bulunmamaktadır.²⁴⁶ Bu ilkenin kanımızca geçerli sebebe dayanılarak yapılan fesih işlemlerinde de uygulanması gerekir. Buna göre işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için olayın koşullarına göre kendisinden beklenebilecek bir davranışı yapmamış olması gerekir.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki, verilen küçük zararların sıkça tekrarlanmamak kaydıyla geçerli fesih sebebi sayılmaması gerekir.

4.1.4. İşçinin İşvereni Yanıltması

Daha önce de belirttiğimiz üzere, iş sözleşmesi işçinin kişisel özelliklerinin ön plana çıktığı bir sözleşmedir. Özellikle sözleşmenin yapılması sırasında işveren işçinin kişisel özelliklerini dikkate almakta ve işçinin sahip olduğunu belirttiği vasıflara göre işçiyi işe alıp almaya karar vermektedir. Bu nedenle işçinin işe başvuru esnasında dürüstlük kuralı gereğince kendisi ile ilgili bazı konulara açıklık getirmesi gerekir. İşçinin işe başvuru esnasında sahip olduğu vasıflarla ilgili olarak işvereni yanıltması bir fesih nedenidir. İşçinin bu davranışının ağırlığı ise işçinin davranışlarından kaynaklanan diğer fesih sebeplerinde olduğu üzere feshin türünü belirlemektedir.

İş Kanununun 25. maddesi uyarınca *“iş sözleşmesinin yapıldığı sırada bu sözleşmesinin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek yahut gerçeğe uygun*

²⁴⁵ Y9HD, 30.12.2004, E.2004/29194 – K.30074, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.526 – 527.

²⁴⁶ Süzek, 2005a, s.515; Odaman, 2003a, s.197 – 199.

olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması” haklı bir fesih nedenidir. (İş K. m.25/II-a) Maddeden de anlaşılacağı üzere bu aldatmanın veya gerçeğe aykırı beyanın sözleşmenin esaslı noktaları konusunda olması gerekir. Esaslı unsurlar sözleşmenin niteliğine, genel iş anlayışına ve koşullara göre tarafların üzerinde mutlaka uzlaşması gereken noktalardır. Bu noktaların neler olduğunu ise somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. İşçinin sözleşmenin esaslı noktaları konusundaki aldatmayı gerçeğe aykırı beyanda bulunarak veya bir soruyu cevaplamaktan kaçınarak yapması mümkündür. Örneğin güvenlik görevlisi olarak çalışacak bir kimsenin işe girerken sabıkasını gizlemesi veya zimmet suçu işlemiş birinin veznedarlık başvurusunda bunu bildirmemesi bu kapsamda değerlendirilmelidir.²⁴⁷

İşçinin iş sözleşmesinin esaslı unsurları üzerinde olmak kaydıyla bazı konularda işvereni aldatmasının işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde ise bu durum geçerli fesih nedeni kabul edilir. Örneğin çok ileri düzeyde yabancı dil bildiğini söyleyerek işe giren ancak bu dili orta seviyede bildiği anlaşılan işçinin işvereni yanıltması, bu dilin ileri derecede bilinmesi gerektiren bir işyerinde haklı neden, buna karşın bu düzeyde bilgi gerektirmeyen bir işyerinde, işlerin belirli ölçüde aksamasına yol açıyorsa geçerli sebep sayılabilir. Buna karşın yabancı dilin kullanılmayacağı bir işle görevlendirilen işçinin, yabancı dil bildiği şeklindeki yanıltıcı davranışı iş ilişkisini olumsuz yönde etkilemediği için geçerli sebep sayılmamalıdır.²⁴⁸

Son olarak belirtmek gerekir ki, işçinin, ailesi, cinsel yaşamı gibi kişilik haklarını yakından ilgilendiren konularda sorulara yanıt vermeme hakkı bulunmakta olup²⁴⁹, bazı ufak istisnalar dışında bu nedenlere dayanılarak iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkün değildir.

4.1.5. İşçinin İşveren Aleyhine Sözler Sarfetmesi

İşverenin, personel ve üçüncü kişiler önünde işçi tarafından hakaret sayılacak davranışlara maruz kalması, işletmede otoritesini zayıflatacağı için işverenin böyle bir

²⁴⁷ Serkan Odaman, “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.274, Ekim 2002, s.40 – 43; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.145 – 146; Süzek, 2005b, s.579 – 580; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.133; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.495 – 496; Akyiğit, 2003, s.198.

²⁴⁸ Uçum, 2003, s.144 – 145; Uzun, **a.g.e.**, s.80.

²⁴⁹ Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları** (Birinci Baskı. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları No:53, 2002), s.106 vd.

davranışa göz yumması düşülemez.²⁵⁰ Bu nedenle işçinin, işverene karşı bu tür bir davranışta bulunması halinde işverenin iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı bulunmaktadır. Bu durumda işçinin davranışının ağırlığı fesih türünü belirlemektedir.

Nitekim gerek Alman gerek Fransız hukuk sistemlerinde işçinin işverene yönelik olumsuz hareketleri bir fesih nedeni olarak değerlendirilmektedir.

Fransız hukukunda işçinin herhangi bir tahrik unsuru olmaksızın işverenle atışmaya veya ağız dalaşına girmesi, işyeri yönetimi ile işbirliğini reddetmesi ve sistematik olarak işveren aleyhine sözler söylemesi, işverenin güvenini kaybetmesine neden olacak nitelikteyse geçerli fesih nedeni olarak kabul edilir. Buna karşın işçinin yönetime bazı yapıcı eleştiri ve uyarılarda bulunması, herhangi bir konuda düşünce özgürlüğünü kullanması veya işçinin işverenle biraz sert bir üslupla konuşması ise gerçek ve ciddi bir fesih nedeni olarak kabul edilmemektedir.²⁵¹

Alman hukukunda da işçinin işverene yönelik hareketleri ve tehditleri, işverenin şerefine dokunacak açıklamalar yapması, işyerini sürekli eleştirmesi, iş arkadaşlarına işyerinin imajını zedeleyen e-mailler göndermesi geçerli sebep kabul edilmektedir. Ancak olaya karşı tarafın tahrik edici davranışlarda bulunması sebebiyet vermişse bu durum ayrıca dikkate alınmalıdır.²⁵²

Türk İş Hukukunda işçinin işverene veya işverenin ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı bir fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.²⁵³ (İş K. m.25/II-b,d)

Buna karşın işçinin bu ağırlıkta olmamak üzere işveren aleyhine sözler söylemesinin ve eleştiriler yapmasının işyerinde bulunması gereken uyumu olumsuz yönde etkilediği ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin beklenemeyeceği durumlarda, işçinin bu davranışının geçerli sebep olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay işçinin satış müdürü olan amirine karşı “sen benim çocuğum yaşındasın bana müdürlük mü yapıyorsun” şeklinde sözler sarf etmesini ve elini sallaması ancak isabet ettirmemesini;²⁵⁴ işçinin direkt olarak işvereni hedef almayan işyerini ve işi

²⁵⁰ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.497.

²⁵¹ Süzek, 2005b, s.580; Odaman, 2003b, s.599.

²⁵² Mess, **a.g.e.**, s.D212/001; Kılıçoğlu, 2005a, s.145.

²⁵³ Odaman, 2003a, s.97 – 111; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.496 – 498; Süzek, 2005a, s.460 – 461.

²⁵⁴ Y9HD, 26.01.2005, E.2004/30915 – K.2005/1538, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.505.

hedeflemeyen “...böyle işi sinkaf ederim...” şeklinde ulu orta ve herkesin duyacağı bir şekilde sözler söylemesini;²⁵⁵ işçinin işverenin bilgisayarına uygunsuz ifadeler içeren e-mail gönderip daha sonra bunu işverenin okumasını önlemek amacıyla izin almaksızın müdürünün masasına gidip silmesini²⁵⁶ geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir. Bunun yanı sıra işverenin tahrikleri sonucu işverene karşı 25. maddedeki kapsamda sözler söyleyen işçinin iş sözleşmesinin de bu kapsam doğrultusunda feshedilebilmesi gerekir.²⁵⁷ Ayrıca bu madde kapsamında işveren kavramını değerlendirirken İş Kanununun 25. maddesinin yorumunda olduğu gibi²⁵⁸ işveren kavramının geniş anlamda düşünülmesi ve işveren vekiline yapılan bu tür hareketlerin de geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi gerekir.

İşçinin işverene yönelik, saygısızlık ve hakaret içermeyen ve eleştiri sınırları içinde kalan konuşmaları geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilmemelidir.²⁵⁹ Ancak Fransız hukukunda kabul edildiği üzere tamamen farklı ekonomik görüşlere ve işletmecilik anlayışına sahip olması nedeniyle işverenle anlaşamayan üst düzey yöneticinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir.²⁶⁰

4.1.6. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uygun Olmayan Davranışları

Aşağıda da görüleceği üzere işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, diğer bir deyimle işçinin sadakat borcuna aykırı davranışlarda bulunması haklı fesih nedenidir. İşçinin bu düzeye ulaşmayan, yetersiz bağlılık düzeyinde kalan, iş ilişkisindeki güveni temelinden çökertmeyen ancak objektif olarak işverenin güvenini sarsan davranışları ise geçerli fesih nedeni oluşturmaktadır.²⁶¹

Bu nedenlerden hırsızlık, rekabet borcuna aykırılık, işçinin arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık gibi akla gelebilecek kimi davranış şekillerinin iş ilişkisi üzerine etkilerinin ayrıntılı olarak incelenmesi gerekir.

²⁵⁵ Y9HD, 02.02.2005, E.2004/32049 – K.2005/2901, **Legal –İSGHD**, Sayı.6, s.719 – 720.

²⁵⁶ Y9HD, 10.02.2005, E.2005/424 – K.2005/3763, **Legal –İSGHD**, Sayı.7, s.1339 – 1340.

²⁵⁷ Odaman, 2003a, s.100.

²⁵⁸ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.497.

²⁵⁹ Y9HD, 13.01.2005, E.2004/31588 – K.2005/641, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.459.

²⁶⁰ Süzek, 2005b, s.580; Süzek, 1976, s.129 – 130.

²⁶¹ Süzek, 2005b, s.581.

İş ilişkisinde işçi ile işveren arasındaki güven ilişkisini temelden yıkan davranışlardan en önemlisi işçinin işyerinden hırsızlık yapmasıdır. İş Kanununun 25. maddesi işçinin hırsızlık yapmasını haklı bir fesih nedeni olarak saymış ve uygulamada işçinin, işyerinden parasını ödemediği malzeme alması; EGO otobüslerine ait kumbaraların açıldığı odaya üzerinde para olmaksızın girmesi gereken görevlinin, odadan çıkarken çorabında para ve paso bileti yakalanması; işyerinde çalışan bir diğer işçinin parasını alması haklı fesih sebebi olarak değerlendirilmiştir. İş sözleşmesinin bu madde uyarınca feshedilebilmesi için hırsızlık olayının işyerinde gerçekleşmesi gerekir. İşçinin işyeri dışında hırsızlık yapmasının ise hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusunda Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde farklı esaslar benimsenmiştir. Alman hukukunda aynı şirketler grubu içerisinde yer alan bir işletmede hırsızlık yapan işçinin davranışını güven ilişkisini bozacağı ve bu nedenle olayın kendi işletmesi içindeki iş ilişkisi bakımından, geçerli sebep oluşturacağı kabul edilmiştir.²⁶² Keza Alman hukukunda vezne görevlisinin iş saatleri dışında hırsızlık yapması da geçerli fesih nedenidir.²⁶³ Fransız hukukunda ise bu tür davranışlar haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmektedir. Örneğin güvenlik şirketinde güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin kendi işyerinin müşterisi olan bir şirkette hırsızlık yapması, bir şirketin gece bekçisinin bir mağazada hırsızlık yapması, işçinin görevi gereği bir seyahatte bulunduğu sırada bir müzeden tablo çalması bu hukuk sisteminde haklı fesih nedeni olarak değerlendirmiştir.²⁶⁴ Türk hukukunda ise Yargıtay'ın bu iki çözüm biçiminden ilkinin tercih ettiği söylenebilir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2005 yılında vermiş olduğu bir kararda güvenlik elamanı olarak çalışan taşeron işçisinin, asıl işverene ait rekreasyon alanında depo edilen odunları yüklerken yakalanmasını fesih için geçerli sebep kabul etmiştir.²⁶⁵ Kanımızca bu tür durumlarda işçinin işyerindeki pozisyonu ve görevi ile işletmenin faaliyet konusu göz önüne alınarak karar verilmesi daha isabetli olacaktır. Örneğin işçinin güvenlik görevlisi veya veznedar olarak bir işyerinde çalışması veya aynı işletme içinde hırsızlık yapması halinde bu durumun bir haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira işçinin işyerindeki pozisyonu icabı işverenin artık böyle bir eylemi gerçekleştiren işçiye güvenmesi söz konusu olamaz. Ancak işçinin

²⁶² Ulucan, 2003a, s.55.

²⁶³ Güzel, 2004, s.58.

²⁶⁴ Güzel, 2004, s.58; Odaman, 2003b, s.602.

²⁶⁵ Y9HD, 03.03.2005, E.2005/2319 – K.2005/6765, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.508 – 509.

daha başka bir pozisyonda görev aldığı hallerde ise bu durumun güven ilişkisini sarstığı düşünülerek iş sözleşmesinin süreli fesih yolu ile sona erdirilmesi mümkün olmalıdır.

İş sözleşmesinin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi işçinin sadakat borcu içinde yer alan diğer bir yükümlülüğüdür. Bu sebeple işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında, kendi adına işverenle rekabet edecek bir iş yapmaması, rakip bir işletmede çalışmaması ya da böyle bir müessese ile ortak veya herhangi bir sıfatla ilgisinin olmaması gerekir.²⁶⁶ Nitekim Yüksek Mahkeme işçinin, belirli ve sürekli bir hastalığı olmayıp toplam yüz beş gün istirahatlı olunan sürede mesleği ile ilgili olarak başka bir işverene ait işyerinde çalışmasını; cam ev eşyası için kalıp üreten bir şirkette üretim planlama teknisyeni olarak çalışan işçinin, üç ay ara ile izinli ve istirahatlı olduğu sürede rakip firma sahibi ile iş ilişkine girmesini; işçinin raporlu olduğu süre içerisinde kayınvalidesine ait, rakip olabilecek nitelikte bir işyerinde çalışmasını haklı neden olarak değerlendirmiştir.²⁶⁷ Buna karşın işçinin rakip olmayan bir işyerinde çalışmasının geçerli sebep sayılıp sayılmayacağının da belirlenmesi gerekir. Bu hususta Alman Federal İş Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiği ve rakip firmalarda rekabet edecek bir biçimde çalışmadığı sürece işçinin bir yan iş yapmasının geçerli fesih nedeni olmayacağına hükmetmiştir.²⁶⁸ Ülkemiz açısından da bu karar çerçevesinde konunun ele alınması düşünülmelidir. Buna göre işçinin rekabet etmeyecek bir şekilde başka bir iş yerinde çalışmasının geçerli sebep olarak kabul edilmemesi gerekir. Ancak bu durumun işçinin veriminde olumsuzluklara yol açması halinde işverenin süreli fesih hakkına başvurabileceği kabul edilmelidir.

İş Kanunu gerekçesinde “arkadaşlarını işverene kışkırtmak” geçerli fesih nedeni olarak sayılmıştır. Buna göre işçinin arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmasının İş Kanununun 25. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği hallerde bu durumun geçerli sebep olarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu konuda vermiş olduğu bir kararında işverenin, bazı işçileri işten çıkarması üzerine,

²⁶⁶ Süzek, 2005a, s.277; Odaman, 2003a, s.142 – 143.

²⁶⁷ Odaman 2003a, s.142 – 143.

²⁶⁸ Ulucan, 2003a, s.55; Süzek, 2005a, s.461 – 462; Mess, **a.g.e.**, s.D211/001.

işçilerin iş bitiminde işyerinin normal yürüyüşünü aksatmayacak şekilde yemekhanede toplanmasını geçerli bir fesih nedeni olarak kabul etmiştir.²⁶⁹

Şüphesiz iş sözleşmesinin feshine neden olabilecek geçerli fesih nedenlerinin yukarıda sayılanlarla sınırlanması mümkün değildir. Nitekim Yargıtay bu konuda vermiş olduğu kararlarda işyerinde uygunsuz ilişkiye girilmesini,²⁷⁰ işverene sahte istirahat raporları ibraz edilmesini,²⁷¹ işçinin bir terör örgütü ile ilişkisi olmasını,²⁷² evli olan işçinin işyerinde evli olan bir bayanla birlikte olmasını,²⁷³ işçinin mesai saatleri dışında işyerine ait aracı kullanırken kaza yapmasını ve aracı terk etmesini,²⁷⁴ işe gelmiş olmadığı halde şefi tarafından işe gelmiş gibi gösterilip hak etmediği ücretleri almasını,²⁷⁵ şoför olarak çalışan işçinin yaralamalı ve 8/8 kusurlu olarak kaza yapmasını²⁷⁶ geçerli fesih nedeni olarak değerlendirmiştir.

Bunların yanı sıra işçinin izinsiz olarak amirlerinin veya iş arkadaşlarının özel belgelerini incelemesi; bilgisayarlarını kullanması; sözgelimi müdürün odasındaki kayıtları incelemek veya iş arkadaşlarının personel dosyalarına veya maaş bordrolarına bakmak, daha önce kendisine ihtar verilmiş olmasına rağmen kişisel kayıtların ve belgelerin (istirahat raporu gibi) işverene zamanında ulaştırılmaması ve bu nedenle işlerin aksamasına neden olması; işyerine ait araç ve gereçleri (fotokopi makinesi, faks, scanner gibi) özel amaçlı olarak kullanması ve bunlardan yarar sağlaması; işyerine ait aletleri özel işinde kullanılmak üzere yanında götürmesi; işçinin hastalığı süresince yapması gereken işlemleri yapmaması gibi durumların Alman hukuk sisteminde olduğu üzere Türk hukuk sisteminde de geçerli sebep olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁷⁷

Buna karşılık önemle belirtmek gerekir ki, küçük kusurların geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmemesi gerekir. Örneğin alışkanlık haline gelmemekle birlikte

²⁶⁹ Y9HD, 31.01.2005, E.2004/31628 – K.2005/2540, **İşveren Dergisi**, Yargıtay Kararları Özel Eki, Cilt.43, Sayı.7/8, Nisan/Mayıs 2005; Aynı yönde, Y9HD, 04.07.2005, E.2005/20333 – K.2005/23533, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.7, s.191 – 192.

²⁷⁰ Y9HD, 24.01.2005, E.2004/22858 – K.2005/1293, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.504.

²⁷¹ Y9HD, 22.11.2004, E.2004/20807 – K.2004/25839, **Legal – İSGHD**, Sayı.6, s.766 – 768.

²⁷² Y9HD, 26.01.2005, E.2004/33501 – K.2005/1542, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.491.

²⁷³ Y9HD, 31.01.2005, E.2004/17355 – K.2005/2619, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.503 – 504.

²⁷⁴ Y9HD, 07.04.2005, E.2005/7195 – K.2005/12359, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.422.

²⁷⁵ Y9HD, 26.01.2005, E.2004/32207 – K.2005/1541, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.458.

²⁷⁶ Y9HD, 10.01.2005, E.2004/27215 – K.2005/158, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.562.

²⁷⁷ Mess, **a.g.e.**, s.D2119/001; Centel, 2003b, s.23; Demir, 2003a, s.131; Kılıçoğlu, 2005a, s.146; Ulucan, 2003b, s.32.

bir market kasiyerinin bir kez meyve veya peynir yemesi, birkaç kez kasa hesabını birkaç kuruş fark edecek şekilde yuvarlak alması geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim Fransız hukukunda bu tür küçük kusurlar fesih için gerçek ve ciddi bir fesih nedeni olarak kabul edilmemektedir.²⁷⁸

4.1.7. İşçinin Geçimsizliği

İşçiler arasında işyerinde iyi bir çalışma atmosferinin sağlanması işyerindeki üretim sürecini olumlu şekilde etkileyecektir. Buna karşın çalışma barışının bulunmadığı bir işyerinde ise üretim süreci bundan olumsuz şekilde etkilenecek ve işyerindeki verim azalacaktır. Bu nedenle işçinin işyerindeki arkadaşları ve amirleri ile olumlu şekilde ilişkiye girmesi gerekmektedir. Bu zorunluluk onun sadakat yükümlülüğünün bir parçasını oluşturur. İşçinin bu yükümlülüğüne aykırı davranışları ise iş sözleşmesinin feshine neden olur.

Alman Hukukunda sürekli olarak işyerinin huzurunu bozan işçinin iş sözleşmesinin daha önce ihtar verilmiş olmak kaydıyla feshedilebileceği kabul edilmektedir. Zira işverenin temel sorumluluğu işyerindeki çalışma huzurunu sağlamak iken işçinin temel sorumluluğu çalışma barışını bozmamaktır. Alman Federal İş Mahkemesi bu konuda vermiş olduğu kararlarda, işçinin diğer işçilere karşı ağır şekilde kaba davranmasının, şef ve ustabaşıya karşı haysiyet kırıcı ifadeler kullanmasının, bir Türk'e karşı yabancı düşmanlığı içeren konuşmalar yapmasının feshi sosyal açıdan geçerli kıldığını belirtmiştir.²⁷⁹

Fransız hukukunda da işçinin geçimsizliği, işçiden kaynaklanması ve sürekli bir nitelik taşıması kaydıyla, geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmektedir. Ancak işçinin davranışına diğer işçilerin tahriklerinin neden olduğu veya işçinin işverenin verdiği talimata uygun davrandığı için diğer işçiler ile geçimsizlik yaşadığı durumlarda, iş sözleşmesinin feshedilmesi gerçek ve ciddi nedene dayanmamaktadır.

Türk hukukunda ise işçinin işverenin bir başka işçisine sataşması veya cinsel tacizde bulunması iş sözleşmesinin derhal feshine neden olur.(İş K. m.25/II-c,d) Buna karşın işçinin amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermesi, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmesi İş Kanunu gerekçesinde geçerli fesih sebebi olarak sayılmıştır.

²⁷⁸ Süzek, 2005b, s.579; Karşı görüşte, Odaman, 2003b, s.600 – 601.

²⁷⁹ Mess, a.g.e., s.D212/002; Kılıçoğlu, 2005a, s.146.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 4857 sayılı Kanununun 25. maddesi işçinin, işverenin bir başka işçisine sataşması veya cinsel tacizde bulunmasını derhal fesih nedeni olarak saymıştır. Yargıtay'a göre işçinin bir başka işçiye sataşmasının derhal fesih nedeni sayılabilmesi için eylemin çalışma düzeni ve iş disiplinini bozması, işverene karşı bir tutum sergilemesi, disiplin bozma kastı ve düşüncesi taşıması ve işyerindeki çalışma düzenini ve iş disiplinini zedeler nitelikte olması gerekir. Sataşmanın sözlü veya fiili olması mümkündür. Nitekim Yargıtay, çıkan tartışma sırasında işçinin diğer bir işçiye hakaret sayılacak sözler söylemesini, bir başka işçiye bıçakla yaralamasını, çıkan tartışma sonucu diğer işçiye bıçak atmasını haklı fesih nedeni olarak görmüştür. Ancak sataşmaya karşı tarafın tahrik edici davranışlarının neden olduğu durumlarda feshin haklı nedene dayandığının kabul edilmemesi gerekir.²⁸⁰

Bununla birlikte işçinin bu ağırlıkta olmayan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan kimi davranışlarının geçerli fesih nedeni sayılması mümkündür. Nitekim yukarıda değindiğimiz üzere İş Kanunu gerekçesinde işçinin amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermesi, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmesi gibi haller geçerli fesih nedeni olarak sayılmıştır. Öğretide pek çok yazarda işçinin iş arkadaşları ve amirleri ile gereksiz tartışmalara girmesini, onlar hakkında uygunsuz sözler söylemesini veya davranışlarda bulunmasını geçerli fesih nedeni olarak kabul etmektedir.²⁸¹ Bu konuda Yargıtay'da üç yıllık uygulamasında işçinin iş arkadaşları ile hakaret etmeden sadece tartışmasını,²⁸² işverenin diğer bir işçisine sataşan işçinin yanında yer almasını,²⁸³ mağdura hakaret ve darpta bulunduğu konusunda kesin delil olmamakla birlikte işçinin kavgaya karışmasını,²⁸⁴ işyerinde belli bir kişi gözetmeden hakaret ve tehditkâr davranışlarda bulunmasını,²⁸⁵ işyerindeki iş arkadaşına sataşarak hakarete bulunmasını²⁸⁶ ve servis aracı içinde işçilerin birbirleri ile kavga etmelerini²⁸⁷ geçerli bir fesih nedeni olarak kabul etmiştir. Buna karşın Yargıtay, olumsuz ortamı yatıştırmaya

²⁸⁰ Odaman, 2003a, s.113 – 124.

²⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Soyer, 2002, s.281; Demir, 2003a, s.131; Centel, 2003b, s.22,24; Süzek, 2005b, s.580 – 581.

²⁸² Y9HD, 24.01.2005, E.2004/27599 – K.2005/1413, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt.19, Sayı.3, Mayıs 2005, s.35 – 36.

²⁸³ Y9HD, 31.01.2005, E.2005/304 – K.2005/2720, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.528.

²⁸⁴ Y9HD, 16.03.2005, E.2005/6756 – K.2005/8604, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.547.

²⁸⁵ Y9HD, 31.03.2005, E.2005/9252 – K.2005/11655, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.423.

²⁸⁶ Y9HD, 28.03.2005, E.2005/6114 – K.2005/10191, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.556.

²⁸⁷ Y9HD, 22.11.2004, E.2004/19146 – 2004/25836, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt.18, Sayı.1, Ocak 2005, s.30 – 31.

ve olayın büyümesini engellemeye çalışan işçinin kavgaya karıştığı gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshedilmesinin,²⁸⁸ şirket çalışanı olmayan bir şahsa işçinin bu şahsın tahrikleri sonucunda “siz çok yalancısınız” demesinin²⁸⁹ geçerli sebep teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

Yargıtay’ın yukarıda verdiğimiz kararları incelendiğinde Yüksek Mahkemenin bu gibi durumlarda, kanımızca hatalı olarak, süreklilik unsuru üzerinde durmadığı görülmektedir. Ancak yukarıda da kısaca ifade ettiğimiz üzere Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde işçinin geçimsizliği, süreklilik taşıması halinde geçerli bir fesih nedeni olarak sayılmaktadır. Gerçekten işçinin devamlılık arz etmeyecek birkaç küçük tartışmasının işine son verilmesine yol açması, davranışı ile orantısız, çok ağır bir yaptırımdır. Bu nedenle kanaatimizce işçinin süreklilik taşımayan bu tür davranışlarının geçerli sebep sayılmaması gerekmektedir.

Yargıtay göre işçinin işverenin başka bir işçisine sataşmasına karşı tarafın sebep olduğu durumların haklı neden teşkil etmeyeceğini belirtmektedir.²⁹⁰ Hiç şüphesiz işverenin işyerindeki otoritesini zayıflatan ve işyeri barışını olumsuz etkileyen böyle bir davranışa göz yumması beklenemez. Bu nedenle kanımızca bu tür davranışların geçerli sebep olarak kabul edilmesi mümkündür.

Ayrıca Fransız hukukunda kabul edildiği üzere işçinin işverenin verdiği talimata uygun davrandığı için diğer işçiler ile geçimsizlik yaşaması halinde de fesih işlemi geçersiz sayılmalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, işçinin işverenin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunması da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açar.²⁹¹ (İş K. 25/II-c) Ancak işçinin bu kapsamda yer almayan cinsel içerikli bazı davranışlarda bulunmasının geçerli fesih sebebi kabul edilmesi gerekir.²⁹² Nitekim Yargıtay işçinin görevi gereği evine bırakması gereken işçiye araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler söylemesinin,²⁹³ işçinin aynı cinsten bir başka işçiye ahlaka uygun olmayan

²⁸⁸ Y9HD, 01.02.2005, E.2004/9703 – K.2005/2813, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.501 – 502.

²⁸⁹ Y9HD, 01.02.2005, E.2004/31121 – K.2005/2839, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.509 – 510.

²⁹⁰ Y9HD, 10.09.1992, E.1992/2419 – K.1992/9750, Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.498.

²⁹¹ Odaman, 2003a, s.122 – 123; Süzek, 2005a, s.507; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.497.

²⁹² Centel, 2003b, s.23 – 24; Demir, 2003a, s.131.

²⁹³ Y9HD, 18.10.2004, E.2004/6529 – K.2004/23509, **Legal – İSGHD**, Sayı.6 s.769 – 771.

davranışlarda bulunmasının²⁹⁴ geçerli fesih nedeni olacağını kabul etmiştir. Ancak işçinin bunu aşan ve eylemli olarak yaptığı davranışlarının haklı neden olarak kabul edilmesi gerekir.

4.1.8. İşçinin Alkol, Sigara ve Bilişim Teknolojilerini İşverenin Talimatlarına ve Hukuka Aykırı Şekilde Kullanması

İşçinin önemli borçlarından biri de itaat borcudur. İşçi, işyerinde işverenin işin yürütümüne ilişkin olarak koymuş olduğu kurallara uymak zorundadır. Aksine davranışları ise iş sözleşmesinin feshine neden olur. Bu nedenle işçinin bu borca aykırılık teşkil eden bazı davranışlarının değerlendirilmesi konumuz açısından faydalı olacaktır.

İşçinin sarhoş olarak işini yapması itaat borcuna aykırılık oluşturur. Bu davranışa uygulanacak yaptırımın ağırlığı ise ülkeden ülkeye değişiklik gösterir. Örneğin Alman hukukunda işçinin işyeri yönetmeliğine ve işyeri disiplinine aykırı bir şekilde alkol kullanması geçerli bir fesih nedeni teşkil etmektedir.²⁹⁵ Fransız hukukunda ise işçinin sarhoşken araba kullanması veya tehlikeli makineler üzerinde çalışan işçinin sarhoş olması ve kendisinin ve diğer işçilerin güvenliğini tehlikeye düşürmesi haklı bir fesih nedeni olarak görülmektedir.²⁹⁶

Ülkemizde ise İş Kanununun 84. maddesi işyerine sarhoş ve uyuşturucu madde almış olarak gelmeyi ve işyerinde alkollü içki ve uyuşturucu kullanmayı bazı istisnalar dışında yasaklamış ve İş Kanununun 25. maddesi ise bu durumu bir haklı fesih nedeni olarak saymıştır.²⁹⁷ (İş K. m.25/II-d) İş Kanunu ile getirilmiş olan bu sınırlama sadece işyerine sarhoş olarak gelmeyi veya işyerinde alkol ya da uyuşturucu madde kullanmayı yasaklamakta olup, işverenin özel yaşamında işçinin alkol almasına karışma hakkı bulunmamaktadır. Zira işçinin alkol alması kişilik hakları içinde bulunup işverenin buna karışma hakkı yoktur. Yüksek mahkeme bu konudaki bir kararında mesai saatleri dışında evinde alkol alırken ve daha sonra işe alkollü geldiği gerekçesiyle işten çıkarılan işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanmadığını isabetli olarak

²⁹⁴ Y9HD, 14.02.2005, E.2005/1827 – K.2005/4204, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.510 –

511.

²⁹⁵ Kılıçoğlu, 2005a, s.145; Güzel, 2004, s.54.

²⁹⁶ Güzel, 2004, s.39; Odaman, 2003b, s.601 – 602.

²⁹⁷ Y9HD, 11.04.2005, E.2005/8257 – K.2005/12834, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.6, s.275 – 276.

vurgulamıştır.²⁹⁸ Ancak işçinin şoförlük, pilotluk gibi belli özel işlerde, alkol kullanımı önemli tehlikelere yol açabilecek nitelikte olduğundan, bu durumlarda kişilik haklarının sınırlandırılması ve katı önlemler alınması yoluna gidilebilecektir.²⁹⁹ Nitekim Alman hukukunda özel yaşamında sık sık alkol alan ve mesleği sürücülük olan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi, bu durum işçiye olan güvenini önemli ölçüde sarsabileceği için, sosyal açıdan haklı kabul edilmektedir. Ancak bu durumda güven ilişkisinin kurulması mümkün ise işçinin fesih işleminden önce uyarılması gerekir.³⁰⁰ Kanaatimizce bu tür bir durum ülkemiz açısından da geçerli sebep kabul edilebilir. Zira bu durumlarda işçinin işine devam etmesi telafisi imkânsız zararlar doğmasına yol açabileceği gibi işveren de bu tür zararlardan işçi ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Nitekim Yüksek Mahkeme’de bu konuda vermiş olduğu bir kararında işçinin alkollü araç kullandığı için ehliyetinin alınmasına rağmen bu durumu işverenden gizleyerek işverenin aracını kullanmaya devam etmesinin geçerli bir fesih nedeni olduğunu kabul etmiştir.³⁰¹ Ancak Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir başka kararında ise kanımızca hatalı olarak işçinin alkollü şekilde araç kullanırken kaza yapmasını geçerli bir fesih nedeni olarak değerlendirmiştir.³⁰² Kanımızca olayda işçinin mesai saatleri içinde alkol kullanması ve arabanın işyeri kavramı içinde yer aldığı gözetilerek feshin haklı nedene dayandığının kabul edilmesi daha isabetli bir yaklaşım tarzı olacaktır. Nitekim Yargıtay eski tarihli bir kararında işçinin alkollü araç kullanmasını derhal fesih nedeni olarak kabul etmiştir.³⁰³

İşçinin işyerinde işyeri disiplinine ve işyeri yönetmeliğine aykırı bir şekilde sigara kullanması ise bir başka fesih nedenidir. Nitekim Alman hukukunda işçinin sigara içme yasağına uymaması sosyal açıdan geçerli bir fesih nedeni olarak değerlendirilmektedir.³⁰⁴ Ülkemiz açısından ise işçinin bu tür bir yasağa aykırı davranışı genel olarak iş güvenliği çerçevesinde değerlendirilmektedir. Buna göre işverenin, işyerinde yönetim hakkına dayanarak, işyerinde iş güvenliği sağlamak amacıyla ya da

²⁹⁸ Y9HD, 28.03.2005, E.2005/7766 – K.2005/10082, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.500 – 501.

²⁹⁹ Aydın, **a.g.e.**, s.123.

³⁰⁰ Ulucan, 2003a, s.54.

³⁰¹ Y9HD, 31.01.2005, E.2004/14165 – K.2005/2615, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.502 – 503.

³⁰² Y9HD, 10.01.2005, E.2004/24037 – K.2005/413, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.493.

³⁰³ Y9HD, 11.02.2004, E.2003/12297 – K.2004/1946, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt.18, Sayı.3 Mayıs 2004, s.56.

³⁰⁴ Kılıçoğlu, 2005a, s.145; Güzel, 2004, s.54.

verimin azalması, müşterilerle ilişkilerde işletme imajının zedelenmesi gibi sebeplerle, iyiniyet kuralları çerçevesinde, (örneğin bir sigara içme odası tahsis etmek koşulu ile) sigara içilmesini yasaklaması mümkündür. Bu durumda böyle bir yasak işçinin kişilik haklarının ihlali sayılmamakta ve işçinin bu yasağa uyması gerekmektedir.³⁰⁵ İşçinin bu yasağa aykırı davranması halinde ise bu durumun somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Buna göre sigara içme yasağına uyulmasının iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü durumlarda, işverenin iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı olduğu kabul edilmelidir. Yüksek Mahkeme de bu konudaki bir kararında işçinin yangın çıkma ihtimali yüksek olan bir işyerinde işverenin yasaklamasına rağmen sigara içilmemesi gereken bir bölümde sigara içmesini isabetli olarak haklı fesih nedeni olarak değerlendirmiştir.³⁰⁶ Ancak işçinin sigara kullanmasının, iş güvenliğini tehlikeye sokmamakla birlikte işyerindeki verimi veya işyerinin imajını olumsuz etkilediği hallerde, işçinin önceden uyarılması kaydıyla, iş sözleşmesinin süreli olarak feshedilebileceği kabul edilmelidir.³⁰⁷ Örneğin işçinin görevi başında sürekli olarak sigara içmesinin etrafında yer alan kimseleri rahatsız etmesi ve bu nedenle işin olumsuz etkilenmesi halinde işverenin, uyarılara rağmen davranışlarını değiştirmeyen işçinin iş sözleşmesini geçerli sebeple feshetme hakkı olduğu kabul edilmelidir.

Günümüzde bilgisayarların yoğun bir şekilde iş yaşamına girmesi nedeniyle işyerinde bilgisayar kullanımı ve internet erişiminin işçi tarafından özel amaçlı kullanılmasının iş sözleşmesi üzerine etkilerinin de incelenmesi gerekir.³⁰⁸ Bu konudaki genel anlayışa göre işçinin işyerindeki bu tür sistemleri özel amaçlı olarak kullanması işçinin itaat borcuna aykırılık teşkil eder ve iş sözleşmesinin feshine neden olabilir. Örneğin Alman hukukunda önceden ihtar verilmesi koşuluyla işçinin özel amaçlı e-mail yasağına aykırı davranışları ve işçinin işini yapmak için kullandığı bilgisayarında pornografik resimler ve görüntüler saklaması iş sözleşmesinin feshini sosyal açıdan haklı kılmaktadır.³⁰⁹ Ülkemizde bu tür özel amaçlı kullanımların geçerli bir neden

³⁰⁵ Aydın, **a.g.e.**, s.121 – 122.

³⁰⁶ Y9HD, 02.11.2004, E.2004/1834 – K.2004/124692, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.307, Temmuz 2005, s.39.

³⁰⁷ Centel, 2003b, s.23.

³⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Zeki Okur, “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişisine Etkisi” **Kamu – İş**, Cilt 8, Sayı:2/2005, s.47 – 75.

³⁰⁹ Mess, **a.g.e.**, s. D2115/001, D2121/001; Köln Eyalet İş Mahkemesi, 15.12.2003, Sayı: 2 Sa 816/03, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.2, s.225 – 226.

sayılması gerektiği ifade edilmektedir.³¹⁰ Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca örneğin işçinin interneti özel amaçla sıkça kullanması ve işini aksatması veya kendisine görevini yerine getirmesi sebebiyle tahsis edilen bilgisayarında pornografik içerikli resimler bulunması halinde olayın özelliği de dikkate alınarak ve işçiye önceden ihtar verilmek kaydıyla iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir kararında, işçinin uyarı yapılmış olmasına rağmen dışarıdan temin ettiği programları bilgisayara yükleyerek bilgisayara programlarına zarar verme, iş kaybı ile bakım maliyetlerine yol açma ihtimali doğurmasını geçerli fesih sebebi olarak değerlendirmiştir.³¹¹ Ancak kimi durumlarda işçinin bu tür davranışlarının derhal fesih hakkı doğurduğunun da gözden kaçırılmaması gerekir. Örneğin işçinin dışarıdan temin ettiği programları bilgisayara yükleyerek virüs bulaşması sonucu bilgisayar programlarına zarar vermesi halinde, zarar miktarı işçinin otuz günlük ücretini aşıyorsa işverenin derhal fesih hakkının doğduğu düşünülmelidir. Benzer şekilde kreşte öğretmen olarak çalışan bir işçinin bilgisayarında pornografik resimler olması halinde de işverenin iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı olduğu kabul edilmelidir.³¹²

4.1.9. İşçinin Borç Para Alması

İş Kanunu gerekçesinde işçinin işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemesi geçerli bir fesih nedeni olarak sayılmıştır. Bu konuda bir görüş işçinin arkadaşlarından borç para istemeyi alışkanlık haline getirmesinin geçerli bir fesih nedeni olacağını belirtmektedir.³¹³ Ancak bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre işçinin bu durumunun ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde mesela işçinin maaşı üzerindeki haczin sürekli olması ve bunun muhasebe servisinin işleyişini olumsuz yönde etkilemesi veya bu durumun işçinin performansını olumsuz yönde etkilemesi halinde geçerli bir fesih nedeni sayılması gerekir. Yoksa salt işçinin eşyalarının haczedilerek yedimeine tevdi edilmiş olması veya ücretine haciz konulmuş olmasının geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmemesi gerekir.³¹⁴

³¹⁰ Centel, 2003b, s.22 – 23; Demir, 2003a, s.131; Okur, **a.g.e.**, s.66.

³¹¹ Y9HD, 24.03.2005, E.2005/7971 – K.2005/9918, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.427.

³¹² Okur, **a.g.e.**, s.68 – 70.

³¹³ Centel, 2003b, s.22.

³¹⁴ Güzel, 2004, s.58.

Ancak Yargıtay bu konudaki bir kararında trafik kazasından kaynaklanan bir borç nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığını hükme bağlamıştır.³¹⁵ Kanımızca Yargıtay'ın bu görüşü pek de isabetli değildir. Zira bugünkü koşullar altında işçinin trafik kazası neticesinde oluşan bir borç nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesini hakkaniyetle ve iş güvencesi hükümlerinin getiriliş amacıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Bu nedenle Yargıtay'ın bu görüşünü değiştirerek bu tür durumların sadece işyerinde olumsuzluklara yol açtığı hallerde geçerli sebep olduğunu kabul etmesi daha yerinde olacaktır.

4.2. Geçerli Sebep Oluşturmayan Haller.

İş Kanununun 18. maddesi 158 sayılı ILO sözleşmesine paralel olarak iş sözleşmesinin süreli feshinde geçerli sebep sayılmayacak halleri ayrıntılı olarak sıralamıştır. Maddeye göre aşağıda sayılan haller iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep oluşturmaz:

- ❖ Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.
- ❖ İşyeri sendika temsilciliği yapmak.
- ❖ Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.
- ❖ Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.
- ❖ 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.
- ❖ Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

Görüldüğü üzere İş Kanunu, yasalar ile özellikle güvence altına alınmış bazı hak ve özgürlüklerin hiçbir şekilde geçerli fesih nedeni sayılmayacağını yoruma yer vermeyecek bir şekilde hükme bağlamıştır.³¹⁶

³¹⁵ Y9HD, 25.04.2005, E.2004/916 – K.2004/12558, Günay, 2005a, s.611 – 612.

³¹⁶ Güzel, 2004, s.81 – 82; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.137; Süzek, 2005a, s.465 – 466.

Ancak öğretide bir görüşe göre bu nedenlere dayalı olarak yapılan fesih işlemlerine İş Kanununun 21. maddesi ile Sendikalar Kanununun 30 ve 31. maddeleri dışında bir yaptırım öngörülmemiş olması, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması bakımından yetersiz ve uyumu amaçlanan 158 sayılı ILO sözleşmesine aykırıdır. Bu nedenle Fransız hukukunda olduğu üzere bu sebeplerle yapılan fesih işlemlerinin hükümsüz sayılarak işverenin cebri icra yoluyla da olsa işçiyi işe almak zorunda bırakılması sağlanmalıdır.³¹⁷

³¹⁷

Güzel, 2004, s.81 – 82.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SÜRELİ FESHİN SONUÇLARI

3. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA SONUÇLARI

İş güvencesi kurumunun temel hedefi, işverenin iş sözleşmesine keyfi olarak son vermesine engel olmaktır. Bu hedefe ulaşmak için fesih işleminin sadece geçerli sebebe dayandırılmasını sağlamak yeterli değildir. Ayrıca işverenin yaptığı fesih işlemi hukuki denetime tabi olmalı ve bu işleminin geçersiz sayılması halinde işçinin işe iadesi; işe iade imkânının bulunmaması halinde ise işçiye uygun bir miktarda tazminat ödenmesi sağlanmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu da bu temel ilkedен hareket ederek iş güvencesi kapsamında yer alan işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işçilere tarafsız merciiler önünde haklarını arama imkânını tanımış ve fesih işleminin kanunun aradığı şartları taşınamaması durumunda işçinin işe iadesini veya işçiye uygun bir tazminat ödenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

3.1. Fesih Bildirimine İtiraz

İş Kanununun 20. maddesi “fesih bildirimine itiraz ve usulü” başlığını taşımakta olup iş sözleşmesi sebep gösterilmeden sona erdirilen veya gösterilen sebebin geçerli olmadığını iddia eden işçinin başvurabileceği hukuki yolları düzenlemiştir.

3.1.1. İtiraz Mercii ve İtiraz Süresi

3.1.1.1.İtiraz Mercii

İş Kanununun 20. maddesi iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin başvurabileceği hukuki yolları düzenlemiştir. Maddeye göre iş sözleşmesi feshedilen işçi iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm olması veya tarafların

anlaşması halinde uyuşmazlık özel hakeme götürülür.³¹⁸ (İş K. m.20/I) Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir. (İş K. m.20/IV)

İş Kanununun toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması halinde uyuşmazlığın zorunlu olarak özel hakeme götürülmesini düzenleyen hükmü öğretide birçok eleştiriye maruz kalmış ve bu hükmün Anayasanın 36, 37 ve 53. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.³¹⁹ Ayrıca söz konusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme İş Kanununun 20. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “*toplu iş sözleşmesinde hüküm olması veya*” hükmünü ve aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan “*Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.*” hükmünü iptal etmiş ancak söz konusu karar bu çalışmanın yapılmış olduğu tarihte Resmi Gazete’de ve Mahkemenin web sitesinde yayınlanmamıştır.

İşçinin iş mahkemesine başvurması durumunda, davanın yetkili iş mahkemesinde açılması gerekir. 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesine göre işçi, davayı, davalının yani işverenin ikametgâhında açabileceği gibi; davanın, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili yer mahkemesinde de açılması mümkündür. Öngörülen bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup, uyuşmazlığın bu yer mahkemeleri dışında bir mahkemede çözülmesi mümkün değildir.³²⁰

Yukarıda da belirttiğimiz üzere işçi ve işveren kendi aralarında yapacakları bir sözleşme ile bu uyuşmazlığın özel hakem tarafından çözümlenmesini öngörebilirler. Tarafların böyle bir anlaşmaya varması halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 517. maddesi uyarınca bu anlaşmanın yazılı olarak³²¹ ve fesih bildiriminden sonraki bir tarihte yapılması gerekir. İş ilişkisinin kurulması veya devamı sırasında

³¹⁸ İş Kanununun bu hükmü 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 8. maddesinden esinlenmiştir. Sözleşmeye göre hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır.

³¹⁹ Tartışmalar için bkz: Müjgan Yücel, “İş Güvencesinin Kapsamında Özel Hakem Şartı”, **Legal – İSGHD**, Sayı.4, s.1361; Çelik, 2004, s.211; Taşkent, 2003, s.24; Ekonomi, 2003, s.15, 26 – 27; Ulucan, 2003a, s. 77 -79; Eyrenci, 2004a, s.35 – 36; Güzel, 2004, s.92 – 93; Şahlanan, 2003a, 136 – 137; Süzek, 2005a, 475 – 476.

³²⁰ Y9HD, 03.11.2003, E.2003/6047 – K.2003/18571, **Legal – İSGHD**, Sayı.4, s.1435 – 1436; Aynı yönde, Y9HD, 22.11.2004, E.2004/28961 – K.2004/25941, **Legal – İSGHD**, Sayı.6 s.743 – 744.

³²¹ Kuru – Arslan – Yılmaz, 1999, s.727; Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.217; Akyiğit, 2004, s.120.

yapılan anlaşmalar, işçinin bu esnada serbest bir iradeye dayanarak anlaşmayı kabul ettiği ileri sürülemeyeceği için geçerli değildir.³²²

Özel hakeme gitmek konusunda tarafların anlaşması halinde işçinin seçimlik bir hakkı bulunmayıp yapılan anlaşma uyarınca uyuşmazlığın zorunlu olarak özel hakeme götürülmesi gerekir. Bir başka ifade ile tarafların anlaşması halinde işçinin artık iş mahkemesine başvurma hakkı bulunmamaktadır.³²³ Ancak işçinin bu kurala aykırı olarak iş mahkemesine başvurması halinde mahkemenin hakem sözleşmesini resen gözeterek görevsizlik kararı vermesi mümkün değildir. Bu hususun davalı tarafından bir ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir.³²⁴ Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz üzere özel hakemin çalışması konusundaki hükmün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi nedeniyle özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan hükümlerin uygulanması gerekir.³²⁵

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki, özel hakemin karar verebileceği konular işe iade istemiyle sınırlı tutulmuştur. Bir başka ifade ile özel hakem sadece iş sözleşmesinin feshinin geçerli olup olmadığı ve bunun hukuki sonuçları konusunda karar verebilir. Hakemlerin iş sözleşmesinden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklar hakkında karar vermesi mümkün değildir.³²⁶

3.1.1.2. İtiraz Süresi

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasıyla fesih bildirimiminin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili mercie (özel hakem veya iş mahkemesi) başvurarak fesih işlemine itiraz etme hakkına sahiptir. (İş K. m.20/1) Öğretide Kanunun öngörmüş olduğu bir aylık sürenin, karşılaştırmalı hukuk sistemleri de gözönüne

³²² Süzek, 2005a, s.472 – 473, Uçum, 2003, s.168; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.140; Taşkent, 2003, s.124 – 125; Ulucan, 2003a, s.76; Güzel, 2004, 94 – 95; Şahlanan, 2003a, s.89.

³²³ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**. (Değiştirilmiş 11. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 1999), s.728; Müjgan Yücel, “İş Güvencesinin Kapsamında Özel Hakem Şartı”, **Legal – İSGHD**, Sayı.4, s.1361; Ercan Akyiğit, “İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi” **TÜHİS**, Cilt.19 Sayı.1 – 2, Ağustos-Kasım/2004, s.119; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.157. Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.586.; Güzel, 2004, s.93. Süzek, 2005a, s.472.

³²⁴ Kuru – Arslan – Yılmaz, 1999, s.728.

³²⁵ Özel hakeme başvurma, özel hakemin seçimi ve karar vermesi ile özel hakem kararlarının temyizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.214 – 254.

³²⁶ Y9HD, 22.03.2004, E.2004/5846 – K.2004/5621, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.3, s.176.

alındığında³²⁷ 158 sayılı ILO sözleşmesinin 8. maddesinde belirtilen “makul süre” ölçüsüne uygun olduğu belirtilmektedir.³²⁸

Uygulamada ve öğretide bu sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bir aylık sürenin geçmesinden sonra fesih işlemine itiraz edilmesi mümkün değildir. Bu süre geçtikten sonra dava açılması veya özel hakeme başvurulması halinde itiraz merciinin bu durumu resen göz önüne alarak yapılan başvuruyu reddetmesi gerekir.³²⁹ Ancak işçi, bu süre geçtikten sonra ihbar ve kıdem tazminatı haklarını isteyebileceği gibi koşulları varsa maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunabilir.³³⁰

Öğretide bir aylık itiraz süresinin ne zaman başlayacağı konusunda farklı fikirler ortaya atılmıştır. Bu konuda bir görüşe göre iş yaşamının olağan koşullarında, bildirim süresi içinde işverene bağlı olarak çalışmaya devam eden işçinin, işverene karşı dava açması oldukça zordur. Kaldı ki, özellikle bildirim sürelerinin bir aylık dava açma süresinden uzun olduğu durumlarda henüz iş ilişkisi ortadan kalkmadığı için usul hükümlerine göre işçinin işe iade talep hakkı da bulunmamaktadır. Ayrıca işçinin açtığı davada yukarıda da değinildiği üzere işçi sayısının belirlenmesinde ve yargılama ve icra aşamasında çeşitli sorunlar ile karşılaşılacaktır. Bu nedenle itiraz süresinin, fesih işleminin bildirim sürelerinin kullandırılması suretiyle yapıldığı durumlarda, bildirim süresinin bittiği; bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle yapılan fesihlerde ise iş sözleşmesinin sona erdiği tarih esas alınarak hesap edilmesi gerekir.³³¹ Bu konuda bir başka görüş ise yukarıda dile getirilen düşünceleri haklı bulmakla beraber, Kanunun emredici hükümlerini yok sayarak bir takım yorum yollarına başvurmanın yanlış olacağını belirtmektedir.³³² Yargıtay ve öğretide geniş bir kesim ise itiraz süresinin fesih bildiriminin tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağını

³²⁷ Alman hukukunda işçinin üç haftalık hak düşürücü süre içinde iş mahkemesine başvurması gerekir. İtalyan hukukunda işçi işten çıkarıldığı tarihten veya feshin ihbar sebebinin kendisine bildirilmesinden itibaren atmış gün içinde feshe itiraz etmek zorundadır. (Demir, 1999, s.137 – 140.)

³²⁸ Ömer Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, **Mercek**, Temmuz 2003, s.135; A. Can Tuncay, “İşe İade” **Legal – İSGHD**, Sayı.2, 2004a, s.534 – 535; Çelik, 2003, s.40; Güzel, 2004, s.90; Güzel, 2001, s.38.

³²⁹ Y9HD, 06.06.2005, E.2005/14296 – K.2005/20281, **Legal – İSGHD**, Sayı.8 s.1701 – 1702; Aynı yönde, Y9HD, 11.12.2003, E.2003/20424 – K.2003/20629, **İşveren Dergisi**, Şubat 2004, s.15.

³³⁰ Demir, 2003a, s.148; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.587.

³³¹ Demir, 2003a, s.148; Uçum, 2004, s.1306 – 1307; Güzel, 2004, s.90 – 91; Demir, 2006, s.493 – 494.

³³² Tuncay, 2004a, s.533 – 536; Şahlanan, 2005a, s.155 – 156.

savunmaktadır.³³³ İşçinin fesih bildirimi almaktan imtina ettiği durumlarda, bu hal bir tutanakla tespit edilmiş ise dava açma süresinin hesabında tutanak tarihinin esas alınması gerekir.³³⁴

Fesih bildiriminin tebliğ edilmeyip tefhim edildiği (sözle bildirildiği) durumlarda ise bu sürenin nasıl hesap edileceği tartışmalıdır. Bu konuda bir görüşe göre itiraz süresinin tefhimle başlaması gerekir.³³⁵ Başka bir görüş ise böyle bir durumda hak düşürücü sürenin işlemeye başlamayacağı ve işverenin hak düşürücü sürenin geçtiği yolundaki savunmalarının dinlenmeyeceğini belirtmektedir.³³⁶ Yargıtay ise bu konuda vermiş olduğu bir kararında, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapıldığı durumlarda, bu tarihin esas alınması gerektiğini belirtmiştir.³³⁷

Bir aylık sürenin hesabı genel hükümler uyarınca yapılır. Daha açık bir ifade ile fesih bildirimi hangi tarihte yapılmışsa gelecek ayın aynı günü mesai bitiminde süre sona ermektedir.³³⁸ İş sözleşmesinin askıda olduğu durumlarda ise itiraz süresi askı süresinin bitimini izleyen günden başlamalıdır.³³⁹

3.1.2. Muhakeme Usulü, Davanın Tarafları ve İspat Yükü

3.1.2.1. Muhakeme Usulü

İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine göre iş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. (İ.M.K. m.7/I) Bu muhakeme usulü özel kanunlarda atıf yapıldığı zaman kullanılan özel bir yargılama biçimi olup yazılı muhakeme usulünden ayrılan yönleri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 473 – 491. maddelerinde

³³³ 11.12.2003, E.2003/20424 – K.2003/20629, **Legal – İSGHD**, Sayı:2, s.648 – 649; Aynı yönde, Y9HD, 08.07.2004, E.2004/24391 – K.2004/23183, **Legal – İSGHD**, Sayı:5, s.306; Aynı görüşte, Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.139; İncirlioğlu, **a.g.e.**, s.88; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.588; Sümer, **a.g.e.**, s.89; Uzun, **a.g.e.**, s.83; Eyrenci, 2004a, s.35; Çelik, 2004, s.210; Alp, **a.g.e.**, s.19; Güzel, 2004, s.90 – 91; Süzek, 2005a, s.471; Soyer, 2005, s.59.

³³⁴ Y9HD, 21.03.2005, E.2005/7361 – K.2005/9084, Kar, **a.g.e.**, s.1022.

³³⁵ Uçum, 2003, s.165.

³³⁶ Ancak yazara göre bunun çerçevesini de şüphesiz iyiniyet kurallarının çizmesi gerekir. İşverenin fesih bildirimini tefhim etmiş olduğu durumlarda işçi, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa (resmi şikâyet işlemi gibi) bu tarihin esas alınması gerekir. (Muhammet Özekes, “İş Kanununun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı** (Birinci Baskı. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları:55, 2004), s.483.)

³³⁷ Y9HD, Tarih: bilinmiyor, E.2005/1765 – K.2005/5836, Kar, **a.g.e.**, s.1021 – 1022.

³³⁸ Y9HD, 25.04.2005, E. 2005/12289 – K.2005/14394, Çankaya – Günay- Gökteş, **a.g.e.**, s.288.

³³⁹ Y9HD, 13.01.2005, E.2005/282 – K.2005/1046, Çankaya – Günay – Gökteş, **a.g.e.**, s.294 – 295.

belirtilmiştir.³⁴⁰ İş Kanununun 20. maddesi işe iade istemiyle açılacak davalarda seri muhakeme usulünün kullanılacağı belirterek iş mahkemelerinde kullanılmakta olan muhakeme usulünden ayrı bir usul benimsemiştir.³⁴¹ (İş K. m.20/III)

İş Kanununun bu hükmü ile işe iade davalarında farklı bir muhakeme usulü öngörmesi öğretide eleştirilmiş ve bu durumun uygulamada bazı sorunlara yol açacağı belirtilmiştir.³⁴² Bu sorunlardan en önemlisi işe iade istemiyle açılan davaların farklı taleplerle birlikte açılması halinde bu taleplerin aynı davada birlikte görülüp görülemeyeceği hususudur. Bir görüşe göre farklı muhakeme usulüne tabi olan taleplerin aynı davada görülmesi mümkün değildir. Bu nedenle işçinin işe iade davası ile birlikte fazla çalışma ücreti, kıdem ve ihbar tazminatı gibi haklarını talep etmesi olanaklı değildir.³⁴³ Bu konuda başka bir görüş ise işe iade davasının işe iadeden bağımsız taleplerle birlikte açılabileceğini belirtmektedir. Bu görüşü savunanlara göre farklı muhakeme usulüne ilişkin davaların ayrı yürütülmesine ilişkin hükümden anlaşılması gereken yargılama alanlarının farklı olduğu durumlarda (adli – idari yargı gibi) davaların ayrı görülmesidir. Birbiriyle bağlantılı taleplerin aynı davada istenmesi veya davaların sonradan birleştirilmesi kural olarak mümkündür. Kaldı ki, bu taleplerin temyizi mercileri bile aynıdır. Ayrıca kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin davalar ayrı

³⁴⁰ Sözlü yargılama usulünde yazı yazmayı bilenler davayı yazılı olarak, yazı yazmayı bilmeyenler ise sözlü olarak açabilir. Dava dilekçesinin içeriği kural olarak yazılı yargılama usulünün aynıdır. Sözlü yargılama usulünde belirli bir cevap süresi bulunmayıp davalı ilk itirazları da dâhil olmak üzere bütün itirazlarını ilk oturumda sözlü olarak bildirebilir. Sözlü yargılama usulünde replik ve düplik lahiyalarının verilmesine gerek yoktur. Bu yargılama biçiminde davayı ve savunmayı genişletme yasağı bulunmamaktadır. Ancak yazılı yargılama usulünden farklı olarak davayı değiştirme yasağının başlangıcı davacının iddialarını ilk oturumda tutanağa geçirmesinden sonra başlamaktadır. Kural olarak tarafların delillerini ilk oturumda göstermeleri gerekmektedir. Lakin tarafların ilk oturumda delil göstermemesi halinde hâkim taraflara delil göstermeleri için belirli bir süre verip ikinci bir oturum günü belirler. Hâkim gerekli incelemeleri yaptıktan sonra ikinci veya ikinci oturumda kararını verir. Verilen kararı taraflar sekiz gün içinde temyiz edebilirler. Yargıtay’ın verdiği karara karşı karar düzeltme yoluna gidilemez. (Kuru – Arslan – Yılmaz, 1999, s.437 – 443.)

³⁴¹ Yazılı yargılama usulünün biraz daha çabuklaştırılmış hali olan seri yargılama usulü üç temel noktada yazılı yargılama usulünden ayrılmaktadır. Seri yargılama usulünde dava dilekçesine cevap süresi yedi, replik ve düplik süreleri ise beş gündür. Hâkim davayı en yakın güne ertelemek zorundadır. Ayrıca hâkim taraflara delil göstermeleri için ancak bir kereye mahsus olmak üzere kesin süre verir. Ancak iki tarafın muvafakat etmesi bu kuralın istisnasıdır. (Muhammet Özokes, “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe Aide Davaları ve Uygulama Sorunları”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı)** (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005) s.144; Kuru – Arslan – Yılmaz, 1999, s.699 – 700; Güzel, 2004, s.98; Alp, **a.g.e.**, s.21; Uçum, 2003, s.166 – 167; Uzun, **a.g.e.**, s.84 – 85.)

³⁴² Öğretide, kanunun bu hükmünün ne anlama geldiği bilinmeden konulduğu ve yasanın hazırlanışı sırasında usul hukukçuların görüşünün alınmamasının birçok soruna yol açtığı belirtilmektedir. (Güzel, 2004, s.98; Şahlanan, 2003a, s.89.)

³⁴³ Ömer Ekmekçi, “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Legal – İSGHD**, Sayı.1, 2004, s.169 – 171; Çelik, 2004, s.213.

ayrı açılrsa dahi kıdem ve ihbar tazminatı konusunda karar verecek olan mahkemenin, karar verebilmesi için işe iade davasının sonuçlanmasını beklemesi ve bu davayı bekletici mesele yapması gerekir. Böyle bir durumda, işe iade davasının olumlu bir şekilde sonuçlanması halinde kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin davada işçi vekâlet ücreti ve mahkeme masraflarını ödemek zorunda kalır ki, bu da adil değildir. Tüm bu hususların usul ekonomisi ile bağdaştığını söylemek de mümkün değildir. Bu nedenle talepler farklı bile olsa aynı yargılama kolunda ve görev bakımından aynı mahkemede olan bu taleplerin, daha özel bir yargılama usulü olan seri muhakeme usulüne göre muhakeme edilerek karara bağlanması gerekir.³⁴⁴

Bu konuda Yargıtay ise farklı yargılama usulüne tabi olan davaların aynı davada görülmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Kıdem ve ihbar tazminatına ait taleplerin işe iade davası ile birlikte istenmesi de, bu talepler birbiriyle çeliştiği için mümkün değildir.³⁴⁵

İş Kanununun 20. maddesinin aynı fıkrası uyarınca işe iade talebiyle açılan davaların iki ay içerisinde sonuçlandırılması ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay'ın kararını bir ay içerisinde kesin olarak vermesi gerekir. (İş K. m.20/III) Ancak uygulamada sadece tebligat için geçen süreler dikkate alındığında dahi yargılamanın bu kadar kısa süre içerisinde bitirilmesi çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Bu nedenle öğretide, kanunlara uygulama olanağı bulunmayan bu tür süreler koymasının vatandaşın yargıya olan güvenini azaltacağı belirtilmiştir.³⁴⁶

İş Kanununun bu hükmü özel hakemler için de bağlayıcı olup hakemlerin önlerine gelen uyuşmazlığı iki ay içinde karara bağlaması gerekir. Ayrıca özel hakem kararlarının temyiz edilmesi halinde de Yargıtay'ın kararını bir aylık süre içinde vermesi gerekir.³⁴⁷

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında verdiği karar kesin olduğu için yerel mahkemenin bu karara karşı direnme hakkı

³⁴⁴ Mehmet Uçum, “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı)**. (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005a), s.82 – 83; Güzel, 2004, s.98 – 101; Özekes, 2004, s.485 – 488; Özekes, 2005, s.138 – 142; Süzek, 2005a, s.478 – 479.

³⁴⁵ Y9HD, 23.06.2005, E.2004/32218 – K.2005/22714, **Çimento İşveren Dergisi**, Kasım 2005, s.42 – 43; Aynı yönde, Y9HD, 11.09.2003, E.2003/14994 – K.2003/14267, **Legal – İSGHD**, Sayı.1 s.224 – 225.

³⁴⁶ Güzel, 2004, s.97 – 98; Özekes, 2005, s.144. Ekmekçi, 2002b, s.106 – 107. Taşkent, 2003, s.124 – 125; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.129.

³⁴⁷ Demir, 2003a, s.149; Uçum, 2003, s.149; Akyiğit, 2004, s.121.

bulunmamaktadır. İş Kanununun bu hükmü, önüne gelen davada Yargıtay' âdeta ilk derece mahkemesi gibi davranmak zorunda bırakmakta ve Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinin yerine geçerek davayı karara bağlamaktadır. Ancak Yargıtay dosyada bazı eksikliklerin olması halinde, kesin karar verme yetkisine aykırı görünse bile, eksik incelemenin giderilmesi için dosyayı bozarak ilk derece mahkemesine iade etmektedir.³⁴⁸ Ayrıca iş mahkemelerinde görülen diğer davalar gibi işe iade davalarında verilen kararlara karşı da karar düzeltme yoluna gitme imkânı bulunmaktadır. (İMK. 8/III)

3.1.2.2. Davanın Tarafları

İş sözleşmesi feshedilen işçi iş mahkemesinde dava açma hakkına sahiptir. Bu hak münhasıran işçinin kendisi tarafından kullanılır. Bununla birlikte Sendikalar Kanunu uyarınca işçinin üyesi olduğu sendikanın da işçiyi temsilen işe iade davası açması mümkündür.³⁴⁹

İşçinin ölümü halinde ise mirasçıların talep haklarını davanın sonucunu dikkatte alarak incelemek gerekir:³⁵⁰

- ❖ İş sözleşmesinin feshinden sonra ancak henüz bir aylık dava açma süresi geçmeden ve dava açılmadan işçinin ölümü halinde, mirasçıların işe iade davası açmaları mümkün değildir. Bununla birlikte mirasçıların fesihten ölüm tarihine kadar murisin (miras bırakan) boşta geçirdiği süreye ilişkin ücret ve diğer hakları için bir alacak davası açabileceklerini gözetmek gerekir.
- ❖ Aynı şekilde murisin fesihten sonra bir ay içinde işe iade davasını açmış ise, mirasçılar davaya ancak ölüme kadar boşta geçen sürede doğmuş ücret ve diğer hakları için devam edebilirler.
- ❖ Murisin açtığı davanın sonuçlanmış ancak karar kesinleştikten sonra murisin işe iade başvuru yapmadan veya işe iade başvurusunu yapmakla birlikte işverenin işçiyi işe başlatmak için kullanabileceği bir aylık süre geçmeden muris ölmüş ise, yine mirasçılar kararın sadece boşta geçen sürelerle doğmuş ücret ve diğer

³⁴⁸ YHGK, 20.10.2004, E.2004/9-510 – K.2004/557, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.304, Nisan 2005, s.45 – 46; YHGK, 20.09.2005, E.2005/9-475 – K.2005/511, **Legal – İSGHD**, Sayı.9 s.233 - 235.

³⁴⁹ Uçum, 2003, s.155; Çankaya – Günay – Gökteş, **a.g.e.**, s.202.

³⁵⁰ Uçum, 2003, s.155 – 158.

haklara ilişkin kısmı konusunda talep hakkına sahip olacaktır. Tazminat talep edemeyeceklerdir.

- ❖ Murisin açtığı davanın kesinleşmiş, işe iade başvurusunda bulunmuş ve işveren bir aylık süre içerisinde işe başlatmamış ise artık kararda yer alan tazminat murisin malvarlığı kapsamına girdiğinden, mirasçılarının ücret ve diğer haklarla birlikte tazminat hakkını da işverenden talep etme hakları bulunmaktadır.

İşe iade davasının karşı tarafı gerçek ve tüzel kişi olan işverendir. Şayet işyerinde asıl işveren – alt işveren ilişkisi söz konusu ise, bu durumu yine farklı olasılıkları göz önüne alarak incelemek gerekir:³⁵¹

- ❖ Asıl işveren – alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı ileri sürülüyorsa, davanın hem asıl hem alt işverene karşı açılması gerekir. Bu durumda Yargıtay sadece asıl işverene karşı açılan davanın husumet yokluğu sebebiyle reddine karar vermiştir. Bu durumda işe iade yükümlülüğü alt işverene aittir. Asıl işveren işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işvereninde işe almamasından kaynaklanan işe iade tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden alt işverenle birlikte sorumludur.
- ❖ Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı hallerde davanın gerçek işverene karşı açılması gerekir. Davanın bu iddialarla birlikte alt işverene açılması halinde işe iade davası husumet yokluğu sebebiyle reddedilmektedir. Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu hallerde işe iade hükmü sadece gerçek işveren aleyhine kurulmalıdır.

3.1.2.3. İspat Yükü

Medeni Kanunun 6. maddesine göre taraflardan her biri iddiasını ve savunmasına dayanak yaptığı olguların varlığını ve doğruluğunu ispatlamak zorundadır. Tarafların iddialarını kanıtlayamaması hakkın yokluğunu gösterdiğinden iddianın ve savunmanın reddi sonucunu doğurur. Ancak kural bu olmakla beraber bu kuralı tersine çeviren bazı istisnai haller bulunmaktadır. Bu istisnalar dürüstlük ilkesinden,

³⁵¹ Çankaya – Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**. (Ankara, Yetkin Yayınları, 2006), s.34 – 37.

hakkanıyetten, kanuni karınelerden ve doğrudan doğruya kanundan kaynaklanabilmektedir.³⁵²

Sözü edilen istisnalardan biri de İş Kanununda bulunur. İş Kanununa göre feshin geçerli sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiğı takdirde bu iddiasını ispatla yükümlüdür.³⁵³ (İş K. m.20/III)

İş Kanununun bu hükmü kaynağını 158 sayılı ILO sözleşmesinden almakta³⁵⁴ ve benzer düzenlemelere pek çok batı ülkesinde de rastlanmaktadır.³⁵⁵ Maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere İş Kanunu ispat yükünü işçiden alarak işverene vermiştir. Esasen bu düzenlemenin iş güvencesi sistemi ile uyumlu olduğu söylenebilir. Çünkü asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesinin devamı olduğu için bunu kesintiye uğratan işverenin bu işleminin nedenini de ortaya koyması gereklidir.³⁵⁶

Bir görüşe göre muhakeme sırasında öncelikli olarak işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamında bir işyerinde çalıştığını ve işverenin fesih bildirimde bulunduğunu ispat etmesi gerekir. İşçinin bu koşulların varlığını kanıtlamasından sonra ispat yükü işverene geçer.³⁵⁷ Ancak Yargıtay'ın bu görüşün aksine kararlar verdiği gözlenmektedir. Yüksek Mahkeme pek çok kararında bu konunun yeterince aydınlatılmadan hüküm verilmesini bir bozma sebebi olarak görmüş ve dosyayı eksikliklerin giderilmesi amacıyla mahkemesine geri göndermiştir. Bu sebeple Yargıtay'ın bu hususu mahkemece resen aydınlatılması gereken, kamu düzeniyle alakalı bir konu olarak gördüğü söylenebilir.³⁵⁸

³⁵² Turgut Akıntürk, **Medeni Hukuk**. (Genişletilmiş Dokuzuncu Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003a), s.96 – 98.

³⁵³ İş Kanununun bu hükmü 4773 sayılı Kanunda ve 4857 Sayılı Kanunun Hükümet ve Bilim Komisyonu tasarısında bulunmayıp Meclis görüşmeleri sırasında kanuna eklenmiştir. (Çelik, 2003, s.43.)

³⁵⁴ 158 sayılı ILO sözleşmesinin 9/II maddesine göre işçinin son verme işlemine ilişkin ispat yükünü tek başına üstlenmemesi gerekir. Bunun için akit devlet ispat yükünü ya tek başına işverene yüklemeli ya da iki taraf arasında paylaşmalıdır. (Güzel, 2001, s.37; Metin Kutal, “İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı”, **Mercek**, Ekim 2003, s.8; Devrim Ulucan, “158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumunu Semineri” **ILO Normları ve Türk İş Hukuku (İş Hukuku Milli Komitesi 20. Yıl Kutlama Semineri)** (Ankara. 1997b), s.163 – 164.)

³⁵⁵ Alman ve İtalyan hukukunda işveren feshin geçerli bir nedenle yapıldığını ispatlamak zorundadır. Fransız hukukunda ise ispat yükü işçi ve işveren arasında paylaştırılmış durumdadır. Bu ülkede hâkim tarafların sağladığı deliller ve gerekli gördüğü soruşturmada son bir kanaate varacaktır. Yeterli delil bulunmadığı hallerde doğan kuşkular ise işçi lehine değerlendirilecektir. İngiliz Hukukunda ise ispat yükü işçiye aittir. (Demir, 1999, s.138 – 145; Lordoğlu, **a.g.e.**, s.35.)

³⁵⁶ Süzek, 2005a, s.477; Güzel, 2004, s.85.

³⁵⁷ Alp, **a.g.e.**, s.20; Özkes, 2005, s.145 – 146; Ekonomi, 2003, s.3 – 4.

³⁵⁸ Y9HD, 13.06.2005, E.2005/14156 – K.2005/20913, **Legal – İSGHD**, Sayı.8 s.1683 – 1684; Y9HD, 11.10.2004, E.2004/15783 – 2004/22807, Kar, **a.g.e.**, s.1013; Y9HD, 26.01.2005, E.2004/30907

İşverenin muhakeme sırasında öncelikle usulü şartları yerine getirdiğini ispatlaması gerekir. Zira önceki bölümlerde de değinildiği üzere gerek Yargıtay gerek öğreti bu şartları geçerlilik koşulu olarak kabul etmekte ve bu şartların yerine getirilmemesi halinde iş sözleşmesinin feshini geçersiz saymaktadır. İşveren, şekli şartların varlığını ispat ettikten sonra fesih sebebinin geçerli olduğunu işçinin özlük dosyası, işyeri kayıtları, sigorta kayıtları, tutanaklar, tanıklar, keşif, bilirkişi incelemesi yemin vb. her türlü delil ile ispat etmelidir.³⁵⁹ Yargıtay fesih işleminin geçerli sebebe dayandığının sadece tanık beyanına dayanılarak yapılamayacağını belirtmektedir.³⁶⁰ Ayrıca Yüksek Mahkemeye göre işçinin yetersizliğinden dolayı yapılacak fesih işlemlerinde teknik bilirkişi incelemesi yapılarak konunun aydınlatılması gerekir.³⁶¹

İşveren, fesih nedeninin varlığını ispat edemez ise işçinin başkaca bir hususun varlığını ispat etmesine gerek yoktur. Bu durumda fesih işlemi geçersiz sayılır. İşverenin dayandığı fesih nedenini inandırıcı bir şekilde ortaya koyması halinde ise işveren ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır.³⁶² Bu durumda işçi feshin başka bir nedene dayandığını ispatlamak suretiyle fesih işlemini geçersiz kılma hakkına sahiptir. (İş K. m.20/III) Bu konu özellikle feshin sendikal nedenlerden ötürü yapıldığı durumlarda büyük önem kazanmaktadır. Sendikalar Kanunu uyarınca feshin sendikal nedenlerle yapıldığı hallerde işçi bir yıllık ücretinden az olmamak kaydıyla tazminata hak kazanabilir. Bu nedenle açılacak davada ispat yükü işverene aittir. (S.K. m.31/VI – VII) Oysa iş güvencesi kapsamında yer alan işçilerin açacakları davada sendikal tazminat talep etmesi halinde iş sözleşmesinin sendikal nedenlerden ötürü feshedildiğini ispat etmesi gerekir. Bu durumda iki işçi grubu arasında gereksiz bir ayrım ortaya çıkarıldığı ve iş güvencesi hükümlerinin kapsamında yer alan işçilerin diğer işçilere göre daha olumsuz bir duruma düşürüldüğü söylenebilir.³⁶³

İş Kanununun ispat konusundaki düzenlemeleri genel olarak olumlu bulunmaktadır. Ancak öğretide ispat yükünün belli bir bütünlük oluşturduğu belirtilerek İş Kanununun ispat yükünü parçalara bölüp önce işverene daha sonra işçiye tanınması

– 2005/1534, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.307; Y9HD, 22.03.2005, E.2005/4776 – 2005/9440, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.319; Aynı görüşte, Özdemir, **a.g.e.**, s.294.

³⁵⁹ Uçum, 2003, s.166 – 167; Kar, **a.g.e.**, s.1014 – 1020.

³⁶⁰ Y9HD, 18.12.2003, E.2003/22315 – K.2003/22148, **İşveren Dergisi**, Haziran 2004, s.19 – 20.

³⁶¹ Y9HD, 24.06.2004, E.2004/3740 – K.2004/15625, **İşveren Dergisi**, Kasım 2004, s.27 – 28.

³⁶² Uçum, 2003, s.166.

³⁶³ İbrahim Subaşı, “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı İle Sendikal Tazminat İlişkisi”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.4, s.194 – 195; Çelik, 2004, s.212 – 213; Güzel, 2004, s.96; Süzek, 2005a, s.478.

eleştirilmiştir. Bu nedenle ispat yükünün her iki tarafa verilerek hâkimin iki tarafın sunduğu delillere göre karar vermesi hukukumuz açısından daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.³⁶⁴

3.2. Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları

İş güvencesi hukukunun en önemli unsurlarından birisi de geçerli bir nedene dayanmayan fesih işlemine uygulanacak yaptırımdır. İş güvencesini sağlamak için fesih hakkını sınırlamak ne kadar önemliyse buna uygulanacak yaptırımın niteliği de o kadar önemlidir. 158 sayılı ILO Sözleşmesi geçersiz sebeple yapılan feshilere uygulanacak yaptırım yöntemleri konusunda akit devletlere üç ayrı seçenek sunmuştur.³⁶⁵ Bunlardan ilkinde, fesih geçersizliğine karar verildiğinde iş ilişkisi hiç kesintiye uğramamış gibi devam eder ve bunun bir sonucu olarak işçi fesih tarihinden işe iade edildiği tarihe kadar çalıştırılmadığı sürelerle ilişkin ücretini talep etme hakkına sahip olur. Ancak işçinin işine dönmesinin uygulanabilir olmadığı durumlarda iş sözleşmesinin sona ermesine ve işçinin uygun bir tazminat almasına karar verilebilir.³⁶⁶ Sözleşmenin belirttiği ikinci yöntemde, feshin geçerli sebebe dayanmadığının tespit edilmesi durumunda, yeni bir iş sözleşmesi yapılmasına veya bunun mümkün olmaması halinde uygun bir tazminat ödenmesine karar verilir.³⁶⁷ Sözleşmenin sunduğu son yöntemde ise feshin geçersizliğinin kabulü halinde sadece bir tazminat ödenmesine veya eşdeğerde bir hakkın sağlanmasına karar verilir. Ancak görüldüğü üzere bu yöntemlerin hiçbirinin mutlak anlamda iş güvencesi sağladığı söylenemez. Üç modelde de işverenin mali yükü

³⁶⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.588; Güzel, 2004, s.97.

³⁶⁵ 158 sayılı ILO sözleşmesinin 10. maddesine göre “Bu sözleşme'nin 8 inci maddesinde belirtilen merciler son verme işlemi haksız bulurlarsa ve son verme işlemi iptale veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değillerse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır.” (Kutal, 2002b, s.8; Ulucan, 2002, s.164.)

³⁶⁶ Bu model Alman hukukunda uygulanmaktadır. Almanya'da Feshe Karşı Koruma Yasasına göre, fesih sosyal açıdan haksız kabul edildiği durumlarda iş ilişkisinin fesih ihbarı yapılmamış gibi devam ettiği düşünülür ve işçi işine iade edilir. Ancak hâkim, işçinin veya işverenin talebi halinde işe iade yerine tazminat ödenmesine hükmedebilir. İşçi ve işveren bu talebi gerekçesini de bildirmek şartıyla İstinaf Mahkemelerinin son celsesinden önceki bir tarihe kadar yapabilir. (Alpagut, 2002, s.100 – 101; Ekonomi, 1997, s.99-100; Güzel, 2001, s.41 – 42.)

³⁶⁷ Fransız hukuku bu modeli benimsemiştir. Fransa'da hâkim feshin gerçek ve ciddi bir nedene dayanmadığını tespit ettiğinde işçinin yeniden işe alınması yolunda taraflara bir teklif götürür. Bu teklifi işçi ve işveren kabul edip etmekte serbesttir. Tarafların teklifi kabul etmeleri halinde işçi işine aynı ücret ve koşullarda iade edilir. Ancak fesih geçersiz sayılmadığından bu yeni bir iş sözleşmesi anlamına gelir. Bu nedenle tarafların çalışılmayan süreye ilişkin olarak ücret talep etme hakları bulunmaz. Taraflardan birinin teklifi reddetmesi halinde ise hâkim tazminat hükmeder. (Alpagut, 2002, s.102 – 103; Demir, 1999, s.145 – 146.)

göze alması halinde işçiyi işten çıkarması mümkündür. Nitekim Alman hukukunda işe iade edilen işçilerin ancak %1,7'sinin işine döndüğü belirtilmektedir. Tüm bunlar gözönüne alındığında iş güvencesi hukukunun daha çok tazminat hukukuna döndüğü söylenebilir.³⁶⁸

Ülkemiz, 158 sayılı Sözleşmenin sunduğu bu üç seçenek içinden ilkinin benimsemiştir. İş Kanununun 21. maddesine göre yetkili mercii, işçiyi talebinde haklı görürse feshin geçersizliğine karar verir. Bu durumda fesih işleminin baştan beri hükümsüz olduğu kabul edilir. Davanın kabulü halinde mahkeme, öncelikle işçinin işine iadesine karar verir. Ayrıca mahkemenin işverenin işçiyi işe geri almama ihtimalini de düşünerek işçinin en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminata hükmetmesi gerekir.³⁶⁹ Kanun işçiye bu sonuçlardan sadece birini talep etme hakkını vermediği gibi bu konuda mahkemeye de seçimlik bir hak tanımamıştır. Bu nedenle işçinin sadece tazminat talep etme hakkı bulunmadığı gibi mahkemenin de işçiyi işine iade etmeyerek sadece tazminata karar verme yetkisi bulunmamaktadır.³⁷⁰ Ayrıca mahkemenin, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenmesine karar vermesi gerekir. (İş K. m.21/I – III)

İşçinin ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız bu sonuçları elde etmesi için kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurması gerekir.³⁷¹ (İş K. m.21/V) Bu süre hak düşürücü süre olup hesabında tatil günleri, ulusal bayramlar gibi iş günü sayılmayan günler dikkate alınmaz.³⁷² İş Kanununda başvurunun şekli konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide ispat kolaylığı sağlanması açısından bunun noter aracılığıyla veya iadeli

³⁶⁸ Güzel, 2004, s.102 – 103; Preis, **a.g.e.**, s.,27; Tuncay, 2003, s.10.

³⁶⁹ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre mahkemenin, uyuşmazlığı dava sonunda tereddüde yer vermeyecek şekilde sonuçlandırması gerekir. Oysa İş Kanununun bu düzenlemesi neticesinde mahkemenin vereceği karar iki aşamalı olup işçinin zamanında başvurusu halinde işverene seçimlik bir hak tanınmaktadır. Bu düzenleme, kademeli veya seçimlik davalara benzetilse bile bu tür davalarda talep birden fazla olup (biri olmazsa öteki veya biri ya da öteki biçimde) verilen hüküm bu taleplerden en az birinin icrasına yol açacak şekilde taktır. Ne var ki İş Kanununun 21. maddesi uyarınca verilen kararda talep değil mahkemenin kararı kademelidir. Bu nedenle İş Kanununun bu düzenlemesinin, yargılama hukukunda geçerli olan “şarta bağlı hüküm verilemez” ilkesine aykırı olduğu belirtilmektedir. (Özekes, 2005, s.153 – 160.)

³⁷⁰ Öğretide, İş Kanununun Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde olduğu üzere taraflara veya hâkime bu konuda seçimlik bir hak tanınmaması önemli bir eksiklik olarak nitelendirilmektedir. (Taşkent, 2003, s.128; Ekmekçi, 2004, s.178 – 179; Tuncay, 2003, s.10; Şen, 2003, s.772.)

³⁷¹ 4773 Sayılı Kanunda bu süre altı iş günü olarak öngörülmüştür.

³⁷² Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.158, Demir, 2003b, s.20.

taahhütlü bir mektupla yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca işçinin sözlü olarak yapacağı başvurularda, başvuruyu şahitlerin huzurunda yapmasında fayda olacaktır.³⁷³

İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise işverence yapılmış olan fesih işlemi geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Daha açık bir ifade ile işçinin İş Kanununun öngördüğü süre içinde işverene başvurmaması halinde işçinin iş sözleşmesi ilk fesih tarihinde sona ermiş sayılır ve işçi kendisine ödenecek dört aya kadar olan ücret hakkını ve diğer haklarını kaybeder. Bu durumda işveren sadece -ilk fesih tarihi itibarıyla hesaplanacak olan- ödemediği ihbar ve kıdem tazminatı ile işçinin İş Kanunundan kaynaklanan sair haklarını (ücret, ikramiye yıllık izin v.b.) ödemekle yükümlü olur.³⁷⁴

İş Kanununun 21. maddesinin ilk üç fıkrasında yer alan hükümler mutlak emredici olup, bu hükümlerin sözleşmeler ile değiştirilmesi mümkün değildir. Bu kuralın aksine yapılan sözleşme hükümleri geçersizdir. (İş K. m.21/VI) İş Kanununun bu düzenlemesi, serbest toplu pazarlık sistemi içerisinde bu hakların işçi lehine arttırılmasının önünü tıkamıştır. Örneğin geçersiz fesih halinde işçiye bir yıllık ücreti üzerinden bir tazminat veya işçinin dört ayı aşan tüm boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinin ve diğer haklarının ödeneceği yönündeki iş veya toplu iş sözleşmesi hükümleri İş Kanununun bu düzenlemesi sebebiyle geçersiz sayılmaktadır. Bu nedenle bu hükmün toplu iş sözleşmesinin özerkliğine aykırı olduğu belirtilmektedir.³⁷⁵ Ayrıca bu hüküm uyarınca işçinin bu haktan feragat ettiğine dair yapılan sözleşmelerin hiçbir geçerliliği bulunmamaktadır.³⁷⁶ İş Kanununun bu fıkrasının iptali istemiyle Anayasa Mahkemesinde dava açılmış ancak Yüksek Mahkeme söz konusu istemin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Söz konusu karar bu çalışmanın yapılmış olduğu tarihte Resmi Gazete’de ve Mahkemenin web sitesinde yayınlanmamıştır.

³⁷³ Günay, 2005b, s.197.

³⁷⁴ Güzel, 2004, s.109 – 110; Sümer, **a.g.e.**, s.97, Demir, 2003b, s.20; Taşkent, 2003, s.128; Ekmekçi, 2003, s. 136, 138; Süzek, 2005a, s.481 – 482.

³⁷⁵ Ekmekçi, 2002b, s.110 – 111; Güzel, 2004, s.117 – 118; Subaşı, **a.g.e.**, s.197; Tuncay, 2003, s.12.

³⁷⁶ Y9HD, 27.12.2004, E.2004/32713 – K.2005/1005, Fevzi Şahlanan, “İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği” **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.306, Haziran 2005, s.41 – 42.

3.2.1. İşe Başlatma veya Tazminat Ödeme

3.2.1.1. İşe Başlatma

Yukarıda da belirtildiği üzere feshin geçersiz sayılması halinde kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işçinin işverene başvurarak işe iade talebinde bulunması gerekir. İşçinin başvurusu üzerine işveren, işçiyi bir ay içerisinde iş koşullarını değiştirmeden eski işine başlatmak mecburiyetindedir.³⁷⁷ Ayrıca işçinin işine başlatılması halinde mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının işçiye ödenmesi gerekir.(İş K.21/III)

İşçinin işe başlatılması durumunda fesih işlemi mutlak anlamda hükümsüzlük ifade eder ve işverenle işçi arasındaki iş ilişkisi hiç kesilmemiş sayılır.³⁷⁸ Bu nedenle işçinin dava süresince çalıştırılmadığı günlerin kıdemine dâhil edilmesi gerekir.³⁷⁹ Ancak Yargıtay, dava daha uzun sürse bile sadece dört aylık çalıştırılmayan sürenin işçinin kıdemine eklenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle dört ayı geçen sürelerin yıllık izin, kıdem ve ihbar tazminatı hesabında dikkate alınmaması gerekir.³⁸⁰

İş Kanununa göre işçinin işine başlatılması halinde, işçiye peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatı, işçinin kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarından mahsup edilir. (İş K. m.21/IV) Mahsup işlemi gerçekleştirildikten sonra işçinin bakiye borcu kalması halinde, işverenin bakiye kısmı, İş Kanununun 35. maddesi hükümlerini gözönüne alarak işçinin ücretinden kesmesi mümkündür.³⁸¹

İşçinin mahsup işlemi gerçekleştirildikten sonra işverene bakiye borcu kalması halinde ödemesi gereken miktara faiz uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi

³⁷⁷ Ancak önceki bölümde belirtildiği üzere işverenin burada mutlak anlamda bir mecburiyeti olmayıp bir seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle İş Kanununun bu hükmünün mutlak anlamda bir geçersizlik getirdiği söylenmez. (Ekonomi, 2003, s.16.)

³⁷⁸ Abdurrahman Duran, “Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanununun 21. Maddesi “Geçersiz Sebep”le Yapılan Feshin Sonuçları” ” **Legal – İSGHD**, Sayı.3, s.812; Ekonomi, 2003, s.16; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.132; Süzek, 2005a, s.482; Alp, **a.g.e.**, s.26 – 27.

³⁷⁹ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.595.

³⁸⁰ Y9HD, 06.12.2004, E.2004/28355 – K.04/2029, Fevzi Şahlanan, “İşe İade Kararının Uygulanması Durumunda 4 Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.304, Nisan 2005e, s.43 – 45; Aynı yönde, Y9HD, 10.10.2005, E.2005/2277 – K.2005/32779, **Legal – İSGHD**, Sayı.9 s.290 – 291.

³⁸¹ Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.157; Aksi görüşte, Uçum ise usulüne uygun bir mahkeme kararı olmadan veya kesinleşmiş olmadan işçinin ücretinin kesilemeyeceğini belirtmektedir. (Uçum, 2005a, s.86 – 87.)

gerekir. Bilindiği üzere faiz niteliği itibariyle feri (ikincil) bir hak olup, faiz borcunun varlığı ve devamı her şeyden önce asıl alacak hakkının varlığına ve devamına bağlıdır. Böyle bir durumda işverenin alacak hakkı işçinin işe başlaması ile doğmaktadır. Bu nedenle bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatının işçinin işe başladığı anda ödenmesi halinde bu borca faiz yürütülmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak işe başlayan işçinin ödemesi gereken miktarı işe başlangıç tarihinde ödeyememesi halinde bu borca faiz yürütülebilecektir. Ancak böyle bir durumda işçinin peşin olarak aldığı paraları faizi ile birlikte ödemeye zorlanması işine başlamaktan kaçınmasına yol açabilecektir. Ayrıca geçersiz fesih nedeni ile işçinin işine son veren işverenin yaptığı ödemeyi faizi ile geri alması adalet duygusuna uygun düşmemektedir. Bu nedenle işçinin bakiye borcu kalması halinde bu miktara faiz uygulanmaması daha yerinde olacaktır.³⁸²

İşçinin ödeyeceği faiz miktarı konusunda ise farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu konuda bir görüşe göre kıdem ve peşin alınan ihbar sürelerine ilişkin ücretin zamanında ödenmemesi halinde 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde yer alan düzenlemenin kıyas yoluyla bu maddeye uygulanması ve işçinin zamanında ödeyemediği bu borcunu en yüksek mevduat faiziyle birlikte işverene ödemesi gerekir.³⁸³ Bu konuda bir başka görüş ise 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin kıyasen uygulanmayacağını ve bu hükmün sadece bu madde ile sınırlı olduğunu belirterek işçinin zamanında ödeyemediği borca kanuni faizin uygulanacağını belirtmektedir.³⁸⁴

Son olarak belirtmek gerekir ki, işveren işçiyi işe başlatmayı kıdem ve ihbar tazminatının iade edilmesine bağlayamayacağı gibi bu tazminatın ödenmemesi de mahkemenin vermiş olduğu kararı ortadan kaldırarak feshi geçerli hale getirmez. Ayrıca bu durum geçerli bir fesih nedeni olarak da kabul edilemez.³⁸⁵

3.2.1.2.Tazminat Ödeme

4857 sayılı Kanununa göre kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on gün içinde işe başlamak üzere işverene başvuran işçiyi, işveren bir ay içerisinde işine

³⁸² Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.142 – 143; Taşkent, 2003, s.127 – 128.

³⁸³ Demir, 2003a, s.151.

³⁸⁴ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.594.

³⁸⁵ Demir, 2003b, s.22; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.594; Uçum, 2005a, s.86; Aksi görüşte, Taşkent ise işçinin aldığı parayı iade etmemesinin işveren açısından bir “geçerli sebep” sayılabileceğini belirtmektedir. (Taşkent, 2003, s.127 – 128.)

başlatmaz ise bu yeni bir fesih işlemi sayılır. Bu durumda işveren işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olur.³⁸⁶ (İş K. m.21/I) Uygulamada bu tazminata “iş güvencesi tazminatı” veya “işe iade tazminatı” denmektedir. Biz bu kavramlardan iş güvencesi tazminatını kullanmayı tercih ediyoruz.

İşçinin iş güvencesi tazminatına hak kazanabilmesi için ayrı bir talebi olmasına gerek bulunmamaktadır. Yargıtay’a göre işe iade talebi, işe başlatmama halinde ödenmesi gereken tazminat talebini de içermektedir.³⁸⁷

İş güvencesi tazminatının kural olarak alt sınır üzerinden belirlenmesi gerekir. Mahkemenin alt sınırın üzerinde veya üst sınırdan bir tazminata hükmedebilmesi için ağırlaştırıcı sebeplerin olması ve bunların kararda açık ve gerekçeli bir şekilde belirtilmesi gerekir.³⁸⁸ İş Kanununun gerekçesinde iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin ve işverenin işçiye işe başlatmamasının ağırlaştırıcı neden olarak gözönüne alınabileceğini belirtilmektedir.³⁸⁹ Öğreti ise işçinin yaşı, kıdemi, aile durumu, ücreti, yaptığı işin özelliği, işyeri şartları, davanın akışı vb. hususları ağırlaştırıcı nedenler arasında saymaktadır.³⁹⁰ Bu konuda Yargıtay ise birçok kararında, işçinin kıdeminin ve fesih nedeninin ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edileceğini belirtmektedir.³⁹¹ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre kıdemin bir ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmemesi gerekir. İş sözleşmesi sona erdirilen işçiler arasında salt kıdeme dayanarak bir ayırım yaratmanın haklı bir nedeni bulunmamaktadır. Ayrıca Mahkeme kararını

³⁸⁶ Benzeri düzenlemelere birçok batılı ülkede de rastlanmaktadır. Fransız hukukunda işçinin işine iade edilmemesi halinde işçiye altı aylık ücretinden az olmamak kaydıyla bir tazminat ödenir. Tazminatın hesabında işçinin uğradığı kayıplar ve işverenin kusuru göz önüne alınır. İtalyan hukukunda işçinin işe iadesinin gerçekleşmesi halinde, işçiye on beş aylık ücreti tutarında bir tazminat ödenir. Alman hukukunda ise işçinin işe iade edilmemesi halinde ödenecek tazminat miktarı yaşa göre belirlenmektedir. Feshe Karşı Koruma Yasasına göre tazminat miktarının işçinin on iki aylık ücretini geçmesi mümkün değildir. Ancak bu miktarın elli yaşını dolduran ve onbeş yıllık kıdemi olan işçiler bakımından bu miktar on beş; elli beş yaşını doldurmuş ve yirmi yıllık kıdeme sahip olan işçiler bakımından ise on sekiz aylık ücrete kadar artırılması mümkündür. Emeklilik hakkını doldurmuş işçilerin ise bu hükümden yararlanma imkânları bulunmayıp en fazla oniki aylık ücretleri tutarında bir tazminata hak kazanabilirler. (Alpagut, 2002, s. 100 – 104, Güzel, 2001, s.41 – 42; Lordoğlu, a.g.e., s.37.)

³⁸⁷ Y9HD, 11.09.2003, E.2003/14994 – K.2003/14267, **Legal – İSGHD**, Sayı.1 s.178; Aynı yönde, Y9HD, 13.05.2004, E.32004/733 – K.2004/11649, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.4 s.244 – 245.

³⁸⁸ Y9HD, 13.05.2004, E.2004/733 – K.2004/11649, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.4 s.244 – 245; Aynı yönde, Y9HD, 11.12.2003, E.2003/20229 – K.2003/20605, **Legal – İSGHD**, Sayı.2 s.649 – 650.

³⁸⁹ 4773 gerekçesinde hizmet sözleşmesinin sona erdirilme sebepleri ve işçinin kıdeminin ağırlaştırıcı nedenler arasında sayılabileceği belirtilmiştir. (Ekmekçi, 2004, s.175 – 176.)

³⁹⁰ Çelik, 2004, s.216; İncirlioğlu, a.g.e., s.89; Erkul – Karaca, a.g.e., s.159.

³⁹¹ Y9HD, 19.09.2005, E.2005/6478 – K.2005/30513, **Legal – İSGHD**, Sayı.9 s.284 – 285; Aynı yönde, Y9HD, 23.06.2005, E.2005/18507 – K.2005/22533, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.7 s.196 – 197; Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında ise sekiz 4 yıllık kıdemin tazminatın üst sınırdan belirlenmesi için yeterli görmemiştir. Y9HD, 06.11.2003, E.2003/18733 – K.2003/18729 **Çimento İşveren**, Ocak 2004, s.46.

verdiği aşamada işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmayacağı henüz belli olmadığı için işe başlatmamanın bir ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Bu sebeple ağırlaştırıcı neden olarak sadece işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığı, daha açık bir ifade ile fesih nedeni dikkate alınmalıdır.³⁹² Örneğin işverenin işçiyi İş Kanunun 18. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve geçerli sebep oluşturmayacağı belirtilen nedenler ile işten çıkardığı durumlarda tazminat miktarının üst sınırdan hesaplanması gerekir.

Yargıtay’a göre iş güvencesi tazminatı feshin geçersizliğine bağlı tespit niteliğinde bir hükümdür. Bu nedenle tazminatın süre olarak belirlenmesi yeterli olup miktarın rakamsal olarak gösterilmesine gerek bulunmamaktadır.³⁹³ Ayrıca aynı sebeple tazminat miktarının tahsili yönünde hüküm kurulması da doğru değildir.³⁹⁴

Kanununda açıkça “ücret” deyimini kullanılması sebebiyle iş güvencesi tazminatının işçinin aldığı çıplak ücret üzerinden hesaplanması gerekir.³⁹⁵ Ancak öğretide iş güvencesi tazminatının hesaplanmasında işçiye sağlanacak yan menfaatlerin göz önüne alınmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir.³⁹⁶ Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, iş güvencesi tazminatının hesaplanmasında işçinin fesih tarihindeki ücreti değil hükmün kesinleşmesi tarihindeki ücreti nazara alınır.³⁹⁷

İş güvencesi tazminatının gelir vergisine tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda bir görüşe göre işe iade edilmeme halinde işçinin alacağı miktarın kanunda açıkça tazminat olarak belirlenmesi nedeniyle işçinin alacağı bu miktardan gelir vergisi kesintisi yapılmaması gerekir.³⁹⁸ Bu konuda bir başka görüş ise yapılacak ödemelerin gelir vergisine tabi olduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre gelir Vergisi Kanununun 25. maddesinde gelir vergisinden muaf olan haller sınırlı bir şekilde sayılmış olup bu haller arasında sayılmayan ödemelerin gelir vergisine tabi olması gerekir. Bu nedenle iş güvencesi tazminatından gelir vergisi alınmalıdır. Uygulamada ise bu iki çözüm

³⁹² Ekmekçi, 2004, s.175 – 176; Ekmekçi, 2003, s.109.

³⁹³ Y9HD, 11.02.2004, E.2004/1018 – K.2004/2013, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.3 s.185; Aynı yönde, Y9HD, 15.03.2004, E.2004/5346 – K.2004/8553, **Legal – İSGHD** Sayı.3 s.1012 – 1013.

³⁹⁴ Y9HD, 16.09.2003, E.2003/15784 – K.2003/14563, **Legal – İSGHD**, Sayı.1 s.216 – 217; Aynı yönde, Y9HD, 08.07.2003, E.2003/12442 – K.2003/13123, **Legal – İSGHD**, Sayı.1 s.230 – 232.

³⁹⁵ Y9HD, 06.11.2003, E.2003/18733 – K.2003/18729, **Legal – İSGHD**, Sayı.1 s.186 – 187; Aksi görüşte, Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.159.

³⁹⁶ Güzel, 2004, s.108; Ulucan, 2003a, s. 85.

³⁹⁷ Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.132; Uzun, **a.g.e.**, s.90; Ekmekçi, 2004, s.174; Uçum, 2003, s.139.

³⁹⁸ Abdullah Kahraman, “İş Sözleşmesinde Fesih Geçersiz Sayılması Sonucunda Yapılan Ödemelerin Mali Hukuk ve Sosyal Sigortalar Açısından Analizi” **Kamu – İş**, Cilt 8, Sayı:3/2005, s.207 – 209.

yolunun birlikte uygulandığı gözlemlenmektedir.³⁹⁹ Maliye Bakanlığı iş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesintisinin yapılması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu konuda önüne gelen uyuşmazlığı, Ankara Bölge İdare Mahkemesi aksi yönde sonuçlandırmış ve bu ödemelerin gelir vergisine tabi olmadığını belirtmiştir.⁴⁰⁰

İş güvencesi tazminatı işçinin işe başlatılmadığı tarih itibariyle doğar ve talep edilebilir hale gelir. Bu nedenle bu tazminata bu tarihten sonra faiz uygulanması gerekir. İşe iade tazminatına dava tarihinden itibaren faiz uygulanması usul ve yasaya aykırıdır.⁴⁰¹

Son olarak belirtmek gerekir ki, işverenin işçiyi işe almaması durumunda işçinin kıdem ve ihbar tazminatını ödemesi gerekir. Bu durumda işçinin dava süresince çalıştırılmadığı günlerin kıdemine dâhil edilerek işçinin kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi gerekmektedir.⁴⁰² Ancak Yargıtay, dava daha uzun sürse bile sadece dört aylık çalıştırılmayan sürenin işçinin kıdemine eklenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle dört ayı geçen sürelerin yıllık izin, kıdem ve ihbar tazminatı hesabında dikkate alınmaması gerekir.⁴⁰³ Bu durumu “hakkaniyet” ve “işçiyi koruma ilkesi” ile bağdaştırmak mümkün değildir.

3.2.2. Dört Aya Kadar Ücretin Ödenmesi

İş Kanununa göre işçinin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının kendisine tebliğinin ardından on işgünü içinde işverene başvurması halinde işverenin kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını ödemesi gerekmektedir. (İş K.m.21/IV) İşverenin bu yükümlülüğü yerine getirmesi sadece hak düşürücü süre içinde işçinin başvurusu koşuluna bağlanmıştır. Bu nedenle işveren kendisine başvuran işçiyi ister işe başlatmış ister başlatmamış olsun, mahkeme kararının kesinleşmesine kadar

³⁹⁹ Ömer Ekmekçi – Mehmet Uçum, “İş Güvencesi Tazminatı Gelir Vergisi Kesintisine Tabi Midir?” **Legal – İSGHD**, Sayı.9, 2005. s.41 – 48; Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.266.

⁴⁰⁰ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 28.10.2004, E.2004/3086 –K.2004/3572, **Legal – İSGHD**, Sayı.6, s.855 – 856.

⁴⁰¹ Y9HD,1.02.2004, E.2003/23396 – K.2004/1896, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.3, s.188 – 189.

⁴⁰² Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.595.

⁴⁰³ Y9HD, 06.12.2004, E.2004/28355 – K.04/2029, Fevzi Şahlanan, “İşe İade Kararının Uygulanması Durumunda 4 Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi” **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.304, Nisan 2005, s.43 – 45; Aynı yönde; Y9HD, 12.04.2005, E.2004/18066 – K.2005/12952, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.6, s.266 – 268.

çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret hakkını işçiye ödemek zorundadır.⁴⁰⁴

Mahkemenin dört aylık ücrete hükmetmesi için işçinin talebinin gerekip gerekmediği konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre taleple bağlılık ilkesi gereği, işçinin bir talebi olmadan mahkemenin bu konuda karar vermesi mümkün değildir.⁴⁰⁵ Bu nedenle mahkemenin talep olmayan durumlarda bu tazminata hükmetmemesi gerekir. Bu konuda Yargıtay'ın da katıldığı bir başka görüş ise işe iade isteminin dört aya kadar çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret talebini içerdiği belirtilerek, talep olmasa bile mahkemenin buna resen karar vermek zorunda olduğunu belirtmektedir.⁴⁰⁶

Yargılama devam ederken işçinin işveren tarafından işe iade edilmesi halinde bu durumun yargılamayı nasıl etkileyeceği daha açık bir ifade ile böyle bir durumda mahkemenin dört aylık çalıştırılmayan süreye ait ücrete hükmedip hükmedemeyeceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu konuda Yargıtay ilk kararlarında işe iade davası devam ederken işverenin işçiye işine başlatmasının davayı konusuz bıraktığını ve bu durumda davacının çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret isteği hakkında karar verilmesine yer olmadığını belirtmiştir.⁴⁰⁷ Ancak Yargıtay'ın bu görüşü öğretide isabetli bulunmamıştır. Bu görüşü göre, davadaki taleplerden birinin bir nedenle konusuz kalması diğerinin de konusuz kalmasını gerektirmez. Bu durumda davanın devam etmesinde işçinin hukuki yararı bulunmaktadır. Aksi takdirde işçi menfaat kaybına uğramaktadır. Bu nedenle mahkemenin davayı devam ettirerek sonuca bağlaması gerekir.⁴⁰⁸ Yüksek Mahkeme muhtemelen bu eleştirileri de göz önüne alarak bu konudaki içtihadını sonraki kararlarında değiştirmiş ve yargılama aşamasında işçinin işine geri dönmesi halinde feshin geçersizliğine ve boшта geçen sürelerle ilişkin ücrete karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ Demir, 2003a, s.150; İncirlioğlu, **a.g.e.**, s.90; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.597; Çelik, 2004, s.215; Güzel, 2004, s.116.

⁴⁰⁵ Uçum, 2003, s.158; Ekmekçi, 2004, s.178; Özkes, 2005, s.136; Soyer, 2005, s.63.

⁴⁰⁶ Y9HD, 11.09.2003, E.2003/14994 – K.2003/14267, **Legal – İSGHD**, Sayı.1, s.178; Aynı yönde, Y9HD, 13.05.2004, E.32004/733 – K.2004/11649, **Çalışma ve Toplum**, Sayı:4, s.244 – 245; Aynı görüşte, Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.598; Uzun, **a.g.e.**, s.86.

⁴⁰⁷ Y9HD, 08.07.2003, E.2003/12444 – K.2003/13125, Fevzi Şahlanan, “İşe İade Davası Sürerken İşçinin İşe Başlatılması” **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.302, Şubat 2005b, s.41 – 42.

⁴⁰⁸ Süzek, 2005a, s.483 – 484; Ekmekçi, 2004, s.172 – 174; Özkes, 2005, s.151 – 153; Şahlanan, 2005b, s.42; Tuncay, 2004b, s.60.

⁴⁰⁹ Aynı yönde; Y9HD, 12.09.2005, E.2005/22600 – K.2005/29567, **Legal – İSGHD**, Sayı.9 s.280 – 281; Aynı yönde, Y9HD, 02.02.2005, E.2004/31715 – K.2005/2889, **Legal – İSGHD**, Sayı.6, s.723 – 724.

İş Kanunu uyarınca ücretin işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin olarak ve en çok dört aya kadar verilmesi gerekir. Davanın daha kısa sürmesi halinde hükmedilecek ücret bu süre nazara alınarak belirlenmelidir.⁴¹⁰ Ancak iş yargısının bugünkü iş yükü göz önüne alındığında bu davaların daha uzun sürdüğü gözlemlenmektedir. Bu nedenle kanunun bu hükmünün ne derece isabetli olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu konu iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin en zayıf noktasını oluşturur. Feshin geçersiz olmasının doğal sonucu işçinin işe iade davası süresince meydana gelen tüm hak ve alacaklarını almasıdır. Bu nedenle işçinin dava süresince yoksun kaldığı tüm ücret alacağını alması düzenlemenin amacına daha uygun olacaktır.⁴¹¹

Kanun işçinin “çalıştırılmadığı” süreden bahsettiği için işçinin, dava süresince bir işte çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın bu ücreti alması gerekir.⁴¹² Hatta işçi bu süre zarfında işsizlik ödeneğinden faydalansa bile bu ücreti alabilecektir.⁴¹³ İşçinin bu süre zarfında işsizlik ödeneğinden faydalanması halinde ise bu ödeneğin işçiden geri alınıp alınmayacağı konusunda İş Kanununda ve 4447 sayılı Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda bir görüşe göre işsizlik ödeneğinden faydalanabilmenin temel koşullarından birinin gelir getirici bir işte çalışmamasıdır. Bu nedenle dava sonunda dört aylık ücretini almaya hak kazanan işçinin, İş Kurumundan almış olduğu işsizlik ödeneğini, Kuruma iade etmesi gerekir.⁴¹⁴ Bu konuda başka bir görüş ise işsizlik ödeneğinin alınmasında işçinin kusurunun olmadığını ve ödemelerin eş zamanlı kabul edilemeyeceğini ifade ederek işçinin bu ödeneği Kuruma ödemesinin gerekli olmadığını savunmaktadır.⁴¹⁵

⁴¹⁰ Y9HD, 23.02.2005, E.2004/27433 – K.2005/6072, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.643 – 644.

⁴¹¹ Güzel, 2004, s.111; Ulucan, 2003a, s.84; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.141; Taşkent, 2003, s.47.

⁴¹² Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.141 - 142; Taşkent, 2003, s.126; Taşkent, 2002a, s.48; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.597; Uzun, **a.g.e.**, s.87; Süzek, 2005a, s.489; Tuncay, 2004b, s.61; Ancak öğretilde kimi yazarlar ise dört aylık ücrete hükmederken mahkemenin Alman hukukunda olduğu üzere davacının bir işte çalışıp çalışmadığı araştırarak bu süre zarfında başka bir işten elde ettiği veya uygun işi yapmaktan kasten ve kötüniyetle kaçındığı ücretlerin, hükmedilecek olan dört aylık ücretten mahsup edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre işçiye dört aylık süre için verilecek bu miktar bir tazminat değil işçinin boşta geçen süreye ilişkin ücret kaybını karşılamak için verilen bir miktardır. Bu nedenle işçinin sözleşme feshedilmeseydi, elde edemeyecek olduğu bir miktara kavuşmasını sağlamak, düzenlemenin getiriliş amacıyla bağdaşmamaktadır. (Ekmekçi, 2003, s.135 – 136; Soyer, 2005, s.63.)

⁴¹³ Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.141 - 142; Taşkent, 2003, s.126.

⁴¹⁴ Tuncay, 2004b, s.61; Ekmekçi, 2003, s.139; Soyer, 2005, s.64.

⁴¹⁵ Güzel, 2004, s.112; Uçum, 2005a, s.90 – 93.

Yargıtay işçiye kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için verilecek ücret tutarının kesin ve rakamsal olarak belirlenmesini hatalı bulmaktadır.⁴¹⁶ Ayrıca Yüksek Mahkeme bu hükmün bir tespit hükmü niteliğinde olduğunu ve bu nedenle tahsili yolunda hüküm kurulmaması gerektiğini de belirtmektedir.⁴¹⁷

İş Kanunu, mahkemenin hükmedeceği en çok dört aya kadar doğmuş bulunan miktarı “ücret ve diğer hakları” şeklinde belirtmiştir. Bu nedenle bu miktarın hesabında işçinin brüt yani giydirilmiş ücretinin hesaba alınması gerekir. Daha açık bir ifade ile bu ücretin hesabında işçiye sağlanan ikramiye ve diğer haklar göz önüne alınmalıdır.⁴¹⁸ Ayrıca Kanunda açıkça ücret deyimi kullanıldığı için bu miktardan gelir vergisi ve sigorta primi gibi yasal kesintilerin yapılması gerekecektir.⁴¹⁹ Ödenecek sigorta primlerine herhangi bir gecikme faizi uygulanıp uygulanmayacağı ve işverene herhangi bir idari para cezası tahakkuk ettirilip ettirilmeyeceği hususu ise Sosyal Sigortalar Kurumunun 04.03.2004 tarih ve 16 – 330 Ek Sayılı genelgesi⁴²⁰ ile aydınlığa kavuşturulmuştur. Söz konusu genelgeye göre işe iade davaları sonucunda hükmedilen geriye doğru dört aya kadar olan ücret, prim kesintilerine tabi olup, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile işsizlik sigortası da dâhil olmak üzere tüm sigorta dallarına ait primlerin (emekli ise sosyal güvenlik destek priminin) Kuruma ödenmesi gerekir. Prim belgelerinin Mahkeme kararının temyiz edilmemesi durumunda kararın kesinleştiği; temyiz edilmesi halinde Yargıtay onama ilamının işveren veya vekiline tebliğ edildiği; Yargıtay onama ilamı taraflara tebliğ edilmemiş/edilememiş ise Yargıtay onama ilamının kararı vermiş olan mahkemenin kalemine intikal ettiği tarihi takip eden ayın sonuna kadar Kuruma verilmesi ve belgelerde kayıtlı sigorta primlerinin aynı süre içerisinde Kuruma ödenmesi gerekir. Bu süre içerisinde yapılması durumunda işverene idari para cezası ve gecikme zammı uygulanmayacaktır. Bu yükümlülüklerin,

⁴¹⁶ Y9HD, 11.02.2004, E.2004/1018 – K.2004/2013, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.3 s.185; Aynı yönde Y9HD, 20.11.2003, E.2003/19348 – K.2003/19644, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.2 s.148 – 149.

⁴¹⁷ Y9HD, 23.12.2004, E.2004/15563 – K.2004/29254, Çankaya – Günay – Göktaş, **a.g.e.**, s.699 – 670. Özkes ise, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin verilen hükmün bir eda hükmü olduğunu ve bu nedenle ilamlı icraya konulmasının mümkün olduğunu savunmaktadır.(Özkes, **a.g.e.**, s.504 – 509.)

⁴¹⁸ Y9HD, 01.12.2003, E.2003/19181 – K.2003/19777, **Legal – İSGHD**, Sayı.2 s.670 – 671.

⁴¹⁹ Centel, 2003b, s.44 – 45; Tuncay, 2004b, s.60; Kahraman, **a.g.e.**, s.214.

⁴²⁰ Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2004 Tarih ve 16 – 330 Sayılı Genelgesi için bkz: http://www.alomaliye.com/ssk_genelgesi_16_330.htm (29.11.2005)

zamanında yerine getirilmemesi halinde ise işveren gecikme zammı ve idari para cezası ödemek zorundadır.⁴²¹

İşçinin bu alacağının ne zaman muaccel hale geleceği ve hangi tarihten itibaren faiz uygulanacağı konusunda ise öğretide farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu konuda bir görüşe göre, işçinin bu alacağının hükmün kesinleştiği veya en geç kesinleşen kararın işverene tebliğ edildiği tarihten itibaren muaccel hale gelmesi gerekir. Zira işveren bu ücretin ödenmesi gerektiğini kararın kesinleştiği andan itibaren bilmektedir. Bu nedenle alacağa bu tarihten itibaren faiz uygulanması gerekir.⁴²² Bu konuda Yargıtay’ında iştirak ettiği bir başka görüş ise, bu alacağın işçinin işverene başvuruda bulunduğu tarihte muaccel hale geleceğini ve bu nedenle bu tarihten itibaren faiz yürütülmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴²³

4. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMI DIŞINDA SONUÇLARI

4.1. Fesih Bildirimine İtiraz

İş güvencesi hükümleri kapsamı dışında yer alan işçilerin işe iade davası açma hakları bulunmamaktadır. Ancak bu işçiler feshin usulsüz veya kötüniyetli yapıldığı hallerde, işverenden ihbar ve kötüniyet tazminatı talep etme hakkına sahiptirler.

Bu taleplere ilişkin açılacak davalar iş mahkemelerinin görev alanı içine girdiği için davanın, yetkili iş mahkemesinde açılması gerekir. 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesine göre işçi, davayı, davalının yani işverenin ikametgâhında açabileceği gibi davanın, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili yer mahkemesinde de açılması mümkündür. Öngörülen bu düzenleme kamu düzenine ilişkin olup sözleşmeler ile aksinin kararlaştırılması mümkün değildir.⁴²⁴

Kötüniyet ve ihbar tazminatına ilişkin olarak açılan davalar İş Mahkemeleri Kanununa göre şifai yargılama usulüne göre görülür. Bu davalarda ispat yükü işçiye ait olup işçinin iddialarını inandırıcı bir şekilde ortaya koyması gerekir. İşçinin iddiasını

⁴²¹ Genelge hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: Ömer Ekmekçi, “S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2004 Tarih ve 16 – 330 Sayılı Genelgesi Üzerine” **Legal – İSGHD**, Sayı.7, s.966 – 972.

⁴²² Özkes, 2005, s.168; Güzel, 2004, s.117.

⁴²³ Y9HD, 10.02.2004, E.2003/23396 – K.2004/1896, **Legal – İSGHD**, Sayı.4 s.1423 – 1424; Aynı yönde, Y9HD, 06.11.2003, E.2003/18733 – K.2003/18729, **Legal – İSGHD**, Sayı.1 s.186 – 187; Çelik, 2004, s.216; Demir, 2003a, s.149; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.598; Duran, **a.g.e.**, s.811; Soyer, 2005, s.62.

⁴²⁴ Bozkurt, **a.g.e.**, s.265 – 271.

işyeri ve sigorta kayıtları, tutanaklar, tanık beyanları, bilirkişi incelemesi, yemin vb. her türlü yasal delil ile kanıtlaması mümkündür.⁴²⁵

İhbar veya kötüniet tazminatı istenen davaların açılması herhangi bir hak düşürücü süreye bağlanmamıştır. Ancak bu talepler Borçlar Kanununun 125. maddesi uyarınca tazminat niteliği taşıdığından on yıllık zamanaşımı süresine tabidirler. Bu nedenle bu sürenin geçmesi davanın açılmasına engel teşkil etmese bile davalı tarafın bu durumu ilk itiraz olarak öne sürmesi halinde mahkemenin davayı süre aşımı nedeniyle reddetmesi gerekir.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki, iş güvencesi hükümleri dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshedilmesi halinde Sendikalar Kanununun 31. maddesi uyarınca İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21. maddeleri uygulanır. Ancak bu durumda tazminat miktarı işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz. Ayrıca bu işçilerin açacakları davada ispat yükümlüğü işverene aittir. (SK. M.31/VI – VII)

4.2. İhbar Tazminatı

Belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen tarafın bu işlemi bildirim sürelerine uyarak yapması gerekir. Fesih işleminin bildirim süresi verilmeksizin veya eksik verilerek yapılması ya da peşin ödemeyle fesihte bildirim sürelerine ilişkin ücretin eksik ödenmesi veya hiç ödenmemesi halinde fesih işlemi usulsüz sayılır. Bu durumda, iş sözleşmesini usulsüz olarak sona erdiren tarafın, karşı tarafa bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında bir tazminat ödemesi gerekir.(İş K. m.17/IV) Uygulamada bu tazminata “ihbar tazminatı” adı verilir.⁴²⁶

İhbar tazminatı sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinin bildirim süresine uyulmadan sona erdirilmesi halinde söz konusu olur. Belirli süreli iş sözleşmeleri ihbar gerekmeksizin vade bitiminde kendiliğinden sona ereceği için bu tür sözleşmelerde ihbar tazminatının talep edilmesi mümkün değildir.⁴²⁷ Ancak belirli süreli iş

⁴²⁵ Bozkurt, **a.g.e.**, s.433.; Akyiğit, 2003, s.180.

⁴²⁶ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.549; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.160; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.129; Şen, 2004, s.78.

⁴²⁷ Y9HD, 09.12.2002, E.2002/8670 – K.2002/23433, Tankut Centel, “Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi ve İhbar Tazminatı” **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı.280, Nisan 2003d, s.34 – 36; Aynı yönde, Y9HD, 12.04.2005, E.2004/18480 – K.2005/12960, **Legal – İSGHD**, Sayı.8 s.1735 – 1736.

sözleşmelerinin ardı ardına yapılarak belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğü hallerde, işçinin işverenden ihbar tazminatı talep etme hakkı bulunmaktadır.⁴²⁸

İş Kanununun 17. maddesi ihbar tazminatını sadece işverenin değil bildirim koşuluna uymayan tarafın ödemesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu nedenle usulsüz fesihle bulunan işverenin ihbar tazminatını ödemesi gerektiği gibi işçinin de bu kurala uymaması halinde ihbar tazminatı ödemesi gerekir.⁴²⁹

Önemle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesini kendisi feshetmiş olan tarafın bu tazminata hak kazanması mümkün değildir.⁴³⁰ Bu nedenle iş sözleşmesini haklı nedenle dahi olsa feshetmiş olan tarafın bu nedeni ileri sürerek ihbar tazminatından yararlanma olanağı bulunmamaktadır.⁴³¹

İhbar tazminatı giydirilmiş brüt ücret üzerinden hesaplanır.⁴³² Tazminatın hesabında işçiye ödenen ve devamlılık arz eden hak ve menfaatlerin nazara alınması gerekir.⁴³³ Tazminatının hesaplanmasında işçinin iş sözleşmesinin bozulduğu tarihteki son günlük ücreti esas alınır.⁴³⁴ Ayrıca ihbar tazminatının talep edilebilmesi, on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.⁴³⁵

İhbar tazminatı götürü nitelikte bir tazminat olup talep edilebilmesi için bir zararın doğmuş olmasına ihtiyaç yoktur. Bu nedenle iş sözleşmesi usulsüz olarak feshedilmiş işçi çok kısa süre içinde iş bulmuş olsa bile bu tazminata hak kazanabilecektir.⁴³⁶ Ayrıca taraflardan birinin iş sözleşmesinin usulsüz olarak feshedilmesi nedeniyle ayrıca bir zararı oluşmuşsa bu zararı Borçlar Kanunundaki hükümlere dayanarak talep etmesi mümkündür.⁴³⁷

⁴²⁸ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.540.

⁴²⁹ Demircioğlu – Centel, **a.g.e.**, s.173; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.539; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.134; Narmanlıoğlu, 1994, s.274; Çenberci, **a.g.e.**, s.341 – 342.

⁴³⁰ Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.129; Demircioğlu – Centel, **a.g.e.**, s.173; Çenberci, **a.g.e.**, s.342.

⁴³¹ Y9HD, 12.05.2005, E.2004/26368 – K.2005/16337, **Legal – İSGHD**, Sayı.7, s.1257 – 1258.

⁴³² Y9HD, 07.04.2005, E.2004/19570 – K.2005/12466, **Çalışma ve Toplum**, Sayı.6, s.286; Aynı yönde, Y9HD, 06.04.2000, E.2000/1088 – K.2000/4866, Günay, 2005a, s.471.

⁴³³ Y9HD, 10.10.1995, E.1995/10234 – K.1995/31488, Günay, 2005a, s.697 – 698.

⁴³⁴ Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.160; Süzek, 2005a, s.415.

⁴³⁵ Y9HD, 10.04.1996, E.1995/35212 – K.1996/7921, Günay, 2005a, s.542; Aynı görüşte, Çelik, 2004, s.188; Demir, 2003a, s.143; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.135; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.129.

⁴³⁶ Çelik, 2004, s.188; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.543; Demir, 2003a, s.143; Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.135; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.129; Narmanlıoğlu, 1994, s.271; Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.192.

⁴³⁷ Demir, 2003a, s.144; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.160; Sümer, **a.g.e.**, s.89; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.543 – 544.; Süzek, 2005a, s. 417 – 418.

İhbar tazminatına daha önce temerrüde düşürülme söz konusu değilse dava tarihinden itibaren yasal faiz yürütülür. Ancak borçlunun daha önce temerrüde düşürülmüş olması halinde bu tarih gözönüne alınır.⁴³⁸

Bildirim süresinin sözleşmeler ile artırıldığı durumlarda ihbar tazminatını kanuni sürelerle göre mi yoksa artırılan sürelerle göre mi hesaplanacağı öğretide tartışma konusudur. Bu konuda Yargıtay, artırılan bildirim sürelerinin sadece işverenin ödeyeceği ihbar tazminatı miktarının hesaplanmasında uygulama alanı bulacağını, işçi yönünden ise, kanuni sürelerin dikkate alınacağını belirtmektedir.⁴³⁹ Ancak öğretide, özellikle 1475 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerin ardından⁴⁴⁰ Yargıtay'ın bu görüşünü daha fazla sürdüremeyeceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre Yeni İş Kanununun açık düzenlemesi karşısında tazminatın hesabında artırılmış olan bildirim süreleri gözönüne alınmalıdır.⁴⁴¹

İhbar tazminatı miktarının sözleşmeler ile doğrudan artırılıp artırılamayacağı da öğretide tartışmalıdır. Bu konuda kimi yazarlar kanun hükmünün nispi emredici olduğundan hareketle, işçi yararına olmak ve işçiyi daha kötü koşula düşürmemek kaydı ile ihbar tazminatı miktarının doğrudan artırılabilceğini belirtmektedirler.⁴⁴² Bu konuda bir başka görüş ise kanunun ihbar tazminatının hesaplanmasını bildirim sürelerine tabi kıldığını ve bu nedenle bildirim süreleri artırılmadan tazminat miktarının artırılamayacağını savunmaktadır.⁴⁴³

4.3. Kötüniyet Tazminatı

Medeni Kanunun 2. maddesi hakların dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmasını öngörmüştür. Kuşkusuz iş sözleşmesi fesih hakkının da bu çerçevede kullanılması gerekir. Ancak bu genel hükümle yetinmeyen İş Kanunu, fesih hakkının dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılmasını ayrı bir yaptırım olarak

⁴³⁸ Y9HD, 12.05.2005, E.2004/27630 – K.2005/16431, **Legal – İSGHD**, Sayı.7 s.1256 – 1257; Aynı yönde, Y9HD, 20.06.2005, E.2004/32011 – K.2005/22000, **Legal – İSGHD**, Sayı.9 s.243 – 244.

⁴³⁹ Y9HD, 30.04.2002, E2001/20615 – K.2002/6928, **Kamu-İş**, Cilt.7, Sayı.3/2004, s.76; Kararın incelemesi ve bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz: Şen, 2004, s.75 – 90; Aynı yönde, Y9HD, 29.09.1998, E.11002 –K.1998/13716, Günay, 2005a, s.502.

⁴⁴⁰ 1475 sayılı Kanunun 13. maddesinde ihbar tazminatının miktarı hesaplanırken bildirim süresine ilişkin ücret denilmeyip “yukarıda yazılan önellere” ifadesi kullanılmıştır. Ancak 4773 sayılı Kanunla bu ifade yerini “bildirim süresine ilişkin ücret tutarında” ifadesine, 4857 sayılı Yeni İş Kanununda ise daha yalın olarak “bildirim süresine ilişkin ücret” ifadesine bırakmıştır.

⁴⁴¹ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.542 – 543; Süzek, 2005a, s. 416; Demir, 2003a, s.144.

⁴⁴² Süzek, 2005a, s. 416; Çelik, 2004, s.188.

⁴⁴³ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.543.

düzenlemiştir.⁴⁴⁴ 4857 sayılı İş Kanununa göre, Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddesi uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, kötünietli olarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemesi gerekir. (İş K. m.17/VI)

Hangi durumun kötüniet teşkil edeceği konusunda ise 4857 sayılı İş Kanunu, örnekleme sistemini terk etmiş ve bu konuyu somut olayın özelliklerine göre hâkimin takdir hakkına bırakmıştır. Zaten fesih hakkının işveren tarafından kötüye kullanıldığı durumları tek tek saymak da mümkün değildir. Bu nedenle fesih hakkının kötüye kullanılmasının dayandığı ölçütlerin belirlenmesi gerekir. Öğretide bu konuda “meşru menfaatinin bulunması”, “karşı tarafa zarar verme kastının bulunması”, “feshi ihbar hakkının işletme yararı dışında kullanılması”, “objektif iyiniyet kurallarına aykırı kullanılması” gibi ölçütlere dayanılmaktadır. Türk Hukukunda egemen olan ölçüt ise objektif iyiniyet kurallarına aykırılıktır. Buna göre fesih hakkını kullanan işverenin, bu hakkını kullanırken kişisel durumundan bağımsız, aynı durum ve koşullar içinde bulunan dürüst, namuslu ve makul bir işverenin davranacağı şekilde davranması gerekir. İşverenin fesih hakkını kullanmasına yol açan meşru nedenlerin olması halinde fesih hakkı kötüye kullanılmamış sayılır. Meşru sebepler ise sözleşmeyi derhal son vermeye yeter ağırlıkta olmayan, yani haklı neden teşkil etmeyen, işletmeden veya işçinin hafif geçimsizliği, mesleki yetersizliği, verimsizliğinden kaynaklanan sebepler olarak tanımlanabilir.⁴⁴⁵ Uygulamada Yüksek Mahkeme, hamile kalan bayan işçinin işten çıkarılması⁴⁴⁶, işçinin işveren aleyhine dava açması⁴⁴⁷, işçinin işvereni aleyhine şikâyetle bulunması⁴⁴⁸, işçinin sendikaya üye olması⁴⁴⁹ hallerini kötünietli fesih olarak değerlendirmişken; kıdem tazminatı artışından kısa bir süre önce iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesini⁴⁵⁰, işyerinde modernizasyona gidilmesi nedeniyle işçi sayısında azaltılmaya gidilmesini⁴⁵¹, ekonomik krize dayanan işten çıkartmaları⁴⁵² kötünietli fesih olarak kabul etmemiştir.

⁴⁴⁴ Narmanlıoğlu, 1994, s.280 – 281; Şahlanan, 2002, s.150.

⁴⁴⁵ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.549 – 552; Süzek, 2005a, s.421 – 425; Süzek, 1976, s.74 – 131.

⁴⁴⁶ Y9HD, 28.04.2005, E.2004/25538 – K.2005/14932, **Legal – İSGHD**, Sayı.7, s.1291 – 1292.

⁴⁴⁷ Y9HD, 12.02.1998, E.1997/20965 – K.1998/1427, Günay, 2001, s.752 – 753.

⁴⁴⁸ Y9HD, 30.09.2004, E.2004/4860 – K.2004/21081, **Legal – İSGHD**, Sayı.5, s.302 – 303.

⁴⁴⁹ YHGK, 05.05.1982, E.19/38 – K.1982/459, Günay, 2001, s.727 – 728.

⁴⁵⁰ Y9HD, 18.01.2000, E.1999/17262 – K.2000/124, Günay, 2001, s.734 – 735.

⁴⁵¹ Y9HD, 02.02.2000, E.1999/18564 – K.2000/830, Günay, 2001, s.733.

⁴⁵² Y9HD, 14.05.1996, E.1996/1165 – K.1996/10100, Günay, 2005a, s.541.

Kötüniyet tazminatından iş güvencesi hükümlerinin kapsamına girmeyen işçiler ve işveren vekilleri faydalanır.⁴⁵³ Kanunda kötüniyet tazminatı sadece işveren tarafından ödenecek bir tazminat olarak nitelendiği için bu tazminatın işçi tarafından işverene ödenip ödenmeyeceğine ilişkin önceki dönemde yaşanan tartışmaların bir anlamı kalmamıştır.⁴⁵⁴ Ancak işçinin iş sözleşmesini dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde feshetmesi halinde işverenin genel hükümler uyarınca tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır.⁴⁵⁵

İşverenin fesih hakkını kötüye kullanmış olduğu hallerde bu durumu kanıtlama yükümlülüğü işçiye aittir. İşçinin somut olaylarla kötüniyetin varlığını kanıtlaması gerekir. Aksi takdirde fesih işlemi meşru sebebe dayanılarak yapıldığı kabul edilir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olur.⁴⁵⁶

Kötüniyet tazminatı işçinin zararına bağlı olmayan götürü nitelikte bir tazminattır.⁴⁵⁷ Tazminatın hesabında işçinin ücretinin yanı sıra İş Kanununun 32. maddesinin ilk fıkrasınca uyarınca işçiye ödenen hak ve menfaatlerin gözöüne alınması gerekir.⁴⁵⁸ (İş K.m.17/VII) Tazminat Borçlar Kanundaki on yıllık zamanaşımı süresine tabi olup işçinin işverenin yanında çalışmaya devam ettiği süre içinde zamanaşımı işlemeyiz.⁴⁵⁹ Ayrıca Yargıtay içtihatları uyarınca bildirim sürelerinin artırılması halinde miktarın artırılan kanuni bildirim sürelerine göre hesap edilmesi gerekir.⁴⁶⁰

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, İş Kanunundaki yeni düzenleme uyarınca feshin hem kötüniyetli hem de usulsüz olarak yapıldığı hallerde, işçi bu iki tazminata birlikte hak kazanır. 4857 sayılı İş Kanunu açık hükmüyle 1475 sayılı Kanun zamanında yer alan tartışmaları ortadan kaldırmıştır.⁴⁶¹

Son olarak, işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenlerden dolayı feshedilmesi halinde işverence ödenecek tazminat miktarı Sendikalar Kanunu uyarınca işçinin bir

⁴⁵³ Demir, 2003a, s.145; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.550. Şahlanan, 2003a, s.82 – 83; Narmanlıoğlu, 2005, s.244.

⁴⁵⁴ Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.136; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.553; Demircioğlu – Centel; **a.g.e.**, s.173- 174; Taşkent, 2003, s.111.

⁴⁵⁵ Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.130; Taşkent, 2003, s.111; Süzek, 2005a, s.420 – 421.

⁴⁵⁶ Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.162; Akyiğit, 2003, s.180; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.554; Demir, 2003a, s.146; Bozkurt, **a.g.e.**, s.433; Süzek, 2005a, s.429; Çemberci, **a.g.e.**, s.357.

⁴⁵⁷ Güven – Aydın, **a.g.e.**, s.135; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.554; Süzek, 2005a, s.419 – 420.

⁴⁵⁸ Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.162; Sümer, **a.g.e.**, s.98; Tunçomağ – Centel, **a.g.e.**, s.193; Akyiğit, 2003, s.179.

⁴⁵⁹ Akyiğit, 2003, s.180.

⁴⁶⁰ Y9HD, 25.12.2003, E.2003/21909 – K2003/22733, **Legal – İSGHD**, Sayı.2 s.636 – 637.

⁴⁶¹ Şahlanan, 2003a, s.82 – 83; Erkul – Karaca, **a.g.e.**, s.162; Sümer, **a.g.e.**, s.98; Akyiğit, 2003, s.179; Demir, 2003a, s.146; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.555 – 556; Şahlanan, 2003b, s.16.

yıllık ücretinden az olamayacağı gibi böyle bir durumda ayrıca kötüniet tazminatına hükmedilmez. Feshin sendikal nedenlerden ötürü yapıldığı durumlarda ispat yükümlülüğü işverene aittir.⁴⁶²

⁴⁶² Eyrenci – Taşkent – Ulucan, **a.g.e.**, s.130; Demir, 2003a, s.147 – 148; Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.556 – 558.

SONUÇ

Sürelî fesih, belirsiz sürelî iş sözleşmesini belirli bir süreye riayet etmek kaydıyla bu sürenin sonunda sona erdiren tek taraflı irade beyanıdır. Belirsiz sürelî iş sözleşmelerinin niteliğinden doğan bu hak, esas itibarıyla kişi özgürlüğünü koruma düşüncesine dayanır. İş hukukunun eşit olmayan taraflar arasındaki ilişkileri düzenlemesi nedeniyle günümüz hukuk anlayışı iş sözleşmesinin sürelî feshini işçi ve işveren açısından simetrik olarak düzenlememektedir. Çağdaş hukuk sistemlerinde zaman içerisinde işverenin fesih hakkını kullanması bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Uluslararası hukukta ise ILO, 158 sayılı “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme”yi kabul ederek bu konudaki genel prensipleri ortaya koymuştur.

Ülkemizde işverenin fesih hakkının sınırlanması yolundaki adımlar çağdaş hukuk sistemlerinden oldukça geç atılmıştır. Bu konuda yapılan bir çok tartışmanın ardından 2002 yılında 4773 sayılı Kanunla “iş güvencesi” kavramı mevzuatımıza dâhil edilmiş ve iş sözleşmesinin sürelî feshinde işverenler için önemli sınırlamalar getirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu da bu değişiklikleri bazı istisnalar dışında benimsemiştir.

Şüphesiz getirilen bu değişikliklerin en önemlisini iş güvencesi kapsamı içinde yer alan işçilerin iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olması oluşturmaktadır. Çalışmada bu sebeplerin bir bölümünü oluşturan “işçiden kaynaklanan geçerli fesih sebepleri” incelenmiştir.

İş sözleşmesinin feshine neden olan geçerli fesih sebeplerinin ilkinin “işçinin yetersizliğinden kaynaklanan” sebepler oluşturmaktadır. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerini, işçinin kişisel özellikleri ve yeteneklerinin üstlendiği görevi normal olarak yerine getirmesini engelleyen ve iş yapma kapasitesinde eksikliklere yol açan sebepler şeklinde tanımlamak mümkündür. İş sözleşmesinin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerden dolayı feshi şu esaslara göre yapılmaktadır:

- ❖ İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerin iş sözleşmesinin feshine yol açabilmesi için süreklilik arz etmesi gerekir. Kısa süreli yetersizlikler bir fesih nedeni olarak kabul edilmemelidir.
- ❖ İşçinin yetersizliğinden dolayı yapılacak fesih işlemlerinde, fesih son çare olarak düşünülmelidir. Bu nedenle işçinin değişebilir nitelikteki yetersizliklerinden dolayı yapılacak fesih işlemlerinden önce işçiye ihtar verilmeli ve işçinin davranışını değiştirmesi için belirli bir süre beklenmelidir.
- ❖ İşçinin yaşlılık veya yaşlılık aylığına hak kazanması ancak işletmeden veya işçinin davranışları ya da yetersizliğinden kaynaklanan bir başka fesih nedeninin olması halinde mümkündür.
- ❖ İşçinin hastalığı ise hukukumuzda yabancı hukuk sistemlerinden oldukça farklı esaslar çerçevesinde düzenlenmiştir. İş Kanununda işçinin uzun süreli hastalık hali işçinin bu durumda bir kusuru bulunup bulunmadığına bakılmaksızın derhal fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak İş Kanununun bu düzenlemesini haklı bulmanın imkânı yoktur. Bu nedenle öğretide pek çok yazarın belirttiği üzere burada kusur durumuna göre bir ayrıma gidilerek işçinin uzun süreli ve kusuruna dayanmayan hastalık halinin bir geçerli fesih sebebi sayılması daha yerinde olacaktır. Ayrıca işçinin hastalığı nedeniyle işine sık sık devamsızlıkta bulunması ya da hastalığının işinin yapılmasına engel olması halinde bu durum işyerinde olumsuzluklara yol açıyorsa geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmelidir.
- ❖ İş Kanununda işçinin mesleki ve fiziki yetersizliğinin fesih nedeni olarak kabul edilmesi ve bunun ispatının işverene bırakılması günümüzde performans değerlendirme sistemlerinin önemini büyük ölçüde arttırmıştır. Bu nedenle iş güvencesi kapsamında yer alan işyerlerinin yasal açıdan savunulabilir bir performans değerlendirme sistemi kurması büyük önem taşımaktadır.

İş sözleşmesinin feshine neden olan geçerli fesih sebeplerinin ikincisini “işçinin davranışlarından kaynaklanan” sebepler oluşturmaktadır. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebepleri iş sözleşmesinin derhal feshine yol açacak kadar ağır olmayan ancak işverenden iş ilişkisinin devamının normal ölçüler içinde

beklenemeyeceği sebeplerdir. İş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerden dolayı feshinde şu esaslara dikkat edilmesi gerekir:

- ❖ İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebeplerinin feshe neden olabilmesi için işyerinde bir olumsuzluğa yol açması gerekir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışının, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumunun işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine olumsuz bir etki yapmadığı sürece fesih sebebi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.
- ❖ İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerden dolayı yapılacak fesih işlemlerinden önce işçiye ihtar verilmesi gerekir. İhtara rağmen işçinin tutumunu değiştirmemesi halinde fesih işlemine başvurulmalıdır.
- ❖ Yabancı hukuk sistemlerinde iş sözleşmesinin feshinde haklı – geçerli sebep ayrımının temelini güven temelinin çökmesi ve iş ilişkisini sürdürmenin katlanılamayacak hale gelmesi ile açıklamak mümkündür. Buna göre işçinin davranışının işverenle arasındaki güven ilişkisini temelinden çökertmiş olduğu durumlarda feshin haklı nedene dayandığı kabul edilir. Buna karşılık işçinin davranışının işin normal işleyişini bozduğu, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkilediği ve bu nedenle işverenden iş ilişkisinin devamının normal ölçüler içinde beklenemeyeceği hallerde fesih geçerli sebebe dayanır.
- ❖ Türk hukukunda da bu ayrımın yapılmasında güven temelinin çökmesi ve iş ilişkisini sürdürmenin katlanılamayacak olması kriterinden yararlanılabilir. Ancak İş Kanununun haklı fesih sebeplerini ayrıntılı olarak saymasından dolayı kimi durumlarda bu kıstasın kullanılma imkânı bulunmamaktadır. Bu tür durumlarda hâkim somut olayın koşullarının madde belirtilen durumlara uygun olması halinde iş sözleşmesinin haklı sebeple feshine karar vermek zorundadır. Olayın derhal fesih şartları taşımaması halinde ise; hâkim, durumun iş ilişkisini olumsuz yönde etkileyip etkilemediğine ve işverenden iş ilişkisinin devamının normal ölçüler içinde beklenip beklenemeyeceğini gözönüne alarak feshin geçerli sebep teşkil edip etmediğine karar verecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, hâkimin bu tür durumlarda devamsızlığın bir haklı nedene dayanıp dayanmadığını yahut zararın doğmasında işçinin kusuru bulunup bulunmadığını değerlendirme hakkı bulunmaktadır.

İş Kanununun süreli fesih usulüne ve sonuçlarına ilişkin getirmiş olduğu hükümler incelendiğinde ise getirilmiş olan esasların 158 sayılı ILO sözleşmesine uygun olduğu söylenebilir. Ancak sistemin kendi içinde bazı eksiklikleri ve sorunları olduğunu yadsımak da mümkün değildir:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iş güvencesi hükümleri kapsamının otuz kişi üzerinde işçi çalıştıran işyerleri ile sınırlı tutulması ülke gerçekleri ile bağdaşmamaktadır. Zira istatistiksel verilere bakıldığında bu sayının ülkemizde kayıt altında çalışan işçilerin yaklaşık %50'sini iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bıraktığı görülmektedir. Bu durum 158 sayılı ILO sözleşmesine ve düzenlemenin amacına aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle bu sayının daha makul bir sayıya çekilmesi gerekmektedir.

İş Kanununda iş güvencesi ve süreli fesih ile ilgili düzenleme yapılırken sistemin yargılama ve icra hukuku sistemi ile uyumu göz ardı edilmiştir. Bu durum muhakeme aşamasında ve hükmün icrası aşamasında gereksiz sorunların çıkmasına yol açmaktadır. Özellikle dava açma süresinin fesih bildirim tarihinden başlatılması, yargılamada seri muhakeme usulünün öngörülmüş olması ve hâkimin kademeli bir karar vermek zorunda bırakılmış olması nedeniyle gereksiz tereddütler ve tartışmalar yaşanmaktadır. Bu nedenle dava açma süresinin fesih tarihinden başlatılması, muhakeme usulü olarak iş mahkemelerinde uygulanmakta olan şifai yargılama usulüne dönülmesi ve hâkime veya taraflara işe iade ya da tazminata karar verme konusunda takdir hakkı tanınması bu konudaki tereddütleri ve gereksiz tartışmaları ortadan kaldıracaktır.

4857 sayılı İş Kanununda yer alan düzenlemenin bir başka zayıf noktasını da dava süresinin dört ay olarak öngörülerek işçiye sadece bu süre zarfından meydana gelebilecek hakları isteme olanağı tanınmış olmasıdır. Bu durumun ülke gerçekleri ile örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. Zira bugün işe iade davalarının dört ayda kesin karara bağlanması çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Bu nedenle işçi dava daha uzun sürse bile sadece dört aylık ücretini almakta ve maddi açıdan önemli bir kayba uğramaktadır. Ayrıca Yargıtay'ın dava daha uzun sürse bile sadece dört aylık çalıştırılmayan süreye ilişkin olan kısmın, işçinin kıdemine dâhil edilmesi yönündeki kararları da işçiye bu süre zarfında sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakmaktadır. Bu nedenle bu hususun da değiştirilerek işçinin dava süresince yoksun kaldığı tüm haklardan faydalanmasına imkân tanınması daha yerinde bir yaklaşım tarzı olacaktır.

Kanunda bulunan bu aksaklıklara Yargıtay'ın eklediği bir başka bir durum ise işverenin haklı sebeple yapmış olduğu ancak daha sonra mahkemece bu sebebin geçerli sebep kabul edildiği durumlarda 19. maddede yazılan fesih usulünün uygulanmasını gerek görmemesidir. Bu durum ileride bazı kötüniyetli işverenlerin fesih işlemini bu prosedürden kaçmak amacıyla 25. maddeye dayanmasına yol açabilecektir.

İşçiden kaynaklanan geçerli fesih sebepleri ile haklı fesih sebepleri arasında küçük farkların bulunması nedeniyle iki fesih türünü birbirinden ayırmak her zaman kolay olmamaktadır. Ancak düzenlemelerin yürürlüğe girdiği 2003 yılından itibaren konuya ilişkin bazı hususlar netleşmiştir. Yargıtay'ın bu konudaki üç yıllık uygulamasına bakıldığında konuya ilişkin getirmiş olduğu ölçütlerin yerinde olduğu ve çağdaş hukuk sistemleri ile örtüştüğü söylenebilir. Ancak İş Kanununun 25. maddesinin çağdaş hukuk sistemlerinde geçerli fesih nedeni olarak kabul edilen kimi durumları haklı fesih sebebi olarak kabul etmesi ülkemizdeki düzenlemenin bir eksikliğidir.

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshi, 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki uygulama esas alınarak sürdürülmektedir. İş güvencesi hükümleri kapsamı dışında kalan işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işverenin, geçerli bir fesih sebebine dayanmasına gerek yoktur. Bu kapsamda yer alan işçilerin işe iade davası açma hakları bulunmamakla birlikte feshin usulsüz ve kötüniyetli olarak yapıldığı durumlarda ihbar ve kötüniyet tazminatı talep edebilirler.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR:

Akçakaya, Erol. **Gerekçeli İş Kanunu**. Birinci Baskı. Ankara: Adil Yayınevi, 2004.

Akıntürk, Turgut. **Medeni Hukuk**. Genişletilmiş Dokuzuncu Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, 2003a.

_____. **Borçlar Hukuku**. Gözden Geçirilmiş Dokuzuncu Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, 2003b.

Akyiğit, Ercan. **Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku**. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.

Aydın, Ufuk. **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**. Birinci Baskı. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları No:53, 2002.

Bilgili, Abbas. **İş Güvencesi Hukuku**. 1. Baskı. Adana: Karahan Kitabevi, 2004.

Çankaya., Günay., Göktaş. **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**. Birinci Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

Çankaya, Osman Güven ve Çil, Şahin. **İş Hukukuna Üçlü İlişkiler**. Birinci Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**. Yenilenmiş 17. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2004.

Çelik, Nuri. **İş Güvencesi**. 1. Baskı. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2003.

Çenberci, Mustafa. **İş Kanunu Şerhi**. Ankara: 1978.

Demir, Fevzi. **İş Güvencesi Hukuku**. 2. Baskı. İzmir: Barış Yayınları, 1999.

Demir, Fevzi. **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**. Yeniden Düzenlenmiş Üçüncü Baskı. İzmir: 2003a.

Demir, Fevzi. **İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanunun Başlıca Yenilikleri**. Ankara: Tes-İş Sendikası Eğitim Yayınları, 2003b.

Demircioğlu, Murat ve Centel, Tankut. **İş Hukuku**. 9. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, 2004.

Disk. **İşçiler ve Sendika Temsilcileri İçin Kılavuz Kitap İş Güvencesi – Performans Değerlendirmesi**. İstanbul: Birleşik Metal İş Yayınları, 2003.

Engin, Murat. **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi**. 1. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, 2003.

Erkul, İhsan ve Karaca, Nuray Gökcek. **4857 Sayılı İş Kanunu Ve Uygulaması**. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2004.

Eyrenci., Taşkent., Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**. Birinci Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.

Günay, Cevdet İlhan. **Şerhli İş Kanunu Cilt No:1,2,3**. Genişletilmiş İkinci Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.

Günay, Cevdet İlhan. **İş Kanunu Şerhi Cilt No:1,2**. Birinci Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005a.

Güven, Ercan ve Aydın, Ufuk. **Bireysel İş Hukuku**. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2004.

İşıkılı, Alpaslan. **İş Hukuku**. 5. Baskı. Ankara: İmaj Yayınları, 2004.

İncirlioğlu, Lütfi. **Sorulu Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması**. Birinci Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.

Kılıçoğlu, Mustafa. **4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**. Ankara: Ayhan Yayıncılık, 2005a.

Kuru, Baki., Arslan, Ramazan., Yılmaz, Ejder. **Medeni Usul Hukuku**. Değiştirilmiş 11. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 1999.

_____. **İcra ve İflas Hukuku**. Değiştirilmiş 13. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.

MESS. **Akıllı Kitap**. [yy]: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayınları, 2003.

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku**. Gözden Geçirilmiş 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku -Ferdî İş İlişkileri-**. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. İzmir: Barış Yayınları, 1994.

Odaman, Serkan. **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları Ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**. Ankara: Kamu-İş Yayınları 2003a.

Oğuzman, Kemal. **Hizmet “İş” Akdinin Feshi**. İstanbul: 1955.

Özdemir, Erdem. **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**. Birinci Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2006.

Sümer, Haluk Hadi. **İş Hukuku**. 9. Baskı. Konya: Mimoza Basın, Yayın Dağıtım AŞ, 2003.

Süzek, Sarper. **İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**. Ankara: 1976.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**. 2. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, 2005a.

Taşkent, Savaş. **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**. Ankara: Belediye İş Sendikası Yayınları, 2002a.

Treu, Tiziano. **Labour Law and Industrial Relations in Italy**. Kluwer, 1998.

Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut. **İş Hukukunun Esasları**. 3. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, 2003.

Türk Dil Kurumu. **Türkçe Sözlük**.

Türk Dil Kurumu. **İmla Kılavuzu**.

Uçum, Mehmet. **Yeni İş Kanunu Semineri Notları**. 1. Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003.

Ulucan, Devrim. **İş Güvencesi**. 2. Baskı. [yy]: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşvereneleri Sendikası Yayınları, 2003a.

Uzun, Bekir. **Yeni İş Yasası Semineri**. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları Yayın No:2004–31, 2004.

Yelekçi, Mustafa. **İş Kanunu Şerhi**. Olgaç Matbaası, 1997.

SEMİNERLER – TEBLİĞLER

Alpagut, Gülsevil. “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı 18 – 19 Mayıs 2001)**. Birinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002.

Blomeyer, Wolfgang. “Almanya’da Feshe Karşı Korumanın Ekonomik ve Sosyal Sonuçları”, **Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri (6 – 7 Nisan 1997)**. İstanbul: Alkım Kitabevi, 1997.

Centel, Tankut. **4857 Sayılı İş Kanunu Konferans Notları (02 Temmuz 2003)**. İstanbul. Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası, 2003a.

_____. **İş Güvencesi Kanunu Konferans Notları (19 Şubat 2003)** İstanbul. Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası, 2003b.

Çelik, Nuri. “Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Bu Hakkın Sözleşmeler İle Sınırlandırılması Konusundaki Uygulamalar”, **Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri (6 – 7 Nisan 1997)**. İstanbul: Alkım Kitabevi, 1997.

Egemen, Erdal. “Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi”, **Yeni İş Yasası Sempozyumu (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı:2)**. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003.

Ekmekçi, Ömer. “26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine”, **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları (25 – 29 Eylül 2002 Marmaris)**. [yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002a.

Ekonomi, Münir. “Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı” **Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri (6 – 7 Nisan 1997)**. İstanbul: Alkım Kitabevi, 1997.

_____. “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi” **Çimento İşveren Dergisi Özel Eki** Cilt. 17 Sayı.2 Mart 2003.

Erkut, Halil. “Verimlilik Ölçme Sistemleri ve Kişisel Performans Belirleme Kriterleri”, **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları (25 – 29 Eylül 2002 Marmaris)**. [yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002.

Güzel, Ali. “İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimleri Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi (Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı)**. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2001.

_____. “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, **İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri 28 – 29 Mayıs 2004 (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı)**. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2004.

Kutal, Metin. “İş Güvencesi Yasası (4773) Türk İş Mevzuatına Girerken Bazı Yorum ve Düşünceler”, **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları (25 – 29 Eylül 2002 Marmaris)**. [yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002a.

_____. “İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi Ve Sosyal Boyutları”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı**

Toplantısı 18 – 19 Mayıs 2001). Birinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002b.

Lordoğlu, Kuvvet. “AB Ülkelerinde İş Güvencesi Sistemi ve Üzerine Yorumlar.”, **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları(25 – 29 Eylül 2002 Marmaris).** [yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002.

Narmanlıoğlu, Ünal. “Toplu İş Sözleşmesinin Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı 18 – 19 Mayıs 2001).** Birinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002.

Özekeş, Muhammet. “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe Aide Davaları ve Uygulama Sorunları”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı).** İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.

Preis, Ulrich. “Almanya’da İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri (6 – 7 Nisan 1997).** İstanbul: Alkım Kitabevi, 1997.

Soyer, Polat. “158 Sayılı İLO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı 18 – 19 Mayıs 2001).** Birinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002.

_____. “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal İş**

Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı). İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.

Şahlanan, Fevzi. “ Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı 18 – 19 Mayıs 2001).** Birinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002.

_____. “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Kanun Fesih Türleri”, **4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları (12 – 13 Temmuz 2003 Kuru Otel/ Bolu).** Ankara: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, 2003a.

_____. “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 2003.** Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayınları, 2005a.

Taşkent, Savaş. “Uluslararası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı 18 – 19 Mayıs 2001).** Birinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002b.

_____. “İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi”, **Yeni İş Yasası Seminer Notları (25 – 29 Haziran 2003 Çeşme).** [yy] Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2003.

Uçum, Mehmet. “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı).** İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005a.

Ulucan, Devrim. “İş Güvencesinin Kapsamı ve Temel Kavramlar”, **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri. (14 Mart 2003/Ortaköy)**. İkinci Baskı. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003b.

_____. “158 Sayılı İLO Sözleşmesi ve Türkiye’nin Uyumu” **İLO Normları ve Türk İş Hukuku (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 20. Yıl Kutlama Semineri)**. Ankara: 1997b.

MAKALELER

Aktay, Nizamettin. “4773 Sayılı Yeni İş Güvencesi Kanunu ve Getirdiği Yeni Düzenlemeler.”, **Kamu – İş Dergisi** Cilt.7, Sayı.2/2003.

Alp, Mustafa. “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt.5, Sayı.1, 2003.

Alpagut, Günsevil “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı – Geçerli Sebep Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi.” **Sicil İş Hukuku Dergisi** Sayı.2, Mart 2006.

Başterzi, Süleyman. “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi” **Can Tuncay’a Armağan**. İstanbul: Legal Yayınları, 2005.

Centel, Tankut. “Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları”, **Mercek** Ekim 2003c.

Demir, Fevzi. “Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.10, 2006.

Duran, Abdurrahman. “Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanununun 21. Maddesi “Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları” ” **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.3, 2004.

Ekmekçi, Ömer. “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, **Mercek** Ekim 2002b.

_____. “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, **Mercek** Temmuz 2003.

_____. “S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2004 Tarih ve 16 – 330 Sayılı Genelgesi Üzerine” **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.7, 2005a.

Ekmekçi, Ömer ve Uçum, Mehmet. “İş Güvencesi Tazminatı Gelir Vergisi Kesintisine Tabi Midir?” **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.9, 2005.

Ertürk, Şükran. “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt.4, Sayı.2, 2002.

Eyrenci, Öner. “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.1, 2004a.

Günay, Cevdet İlhan. “Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi” **Can Tuncay’a Armağan** İstanbul: Legal Yayınları, 2005b.

Güzel, Ali. “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları” **Can Tuncay’a Armağan**. İstanbul: Legal Yayınları, 2005.

Kahraman, Abdullah. “İş Sözleşmesinde Fesih Geçersiz Sayılması Sonucunda Yapılan Ödemelerin Mali Hukuk ve Sosyal Sigortalar Açısından Analizi” **Kamu İş Dergisi** Cilt 8, Sayı.3/2005.

Kar, Bektaş. “İş Güvencesinde İspat Yüğü ve Deliller”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.7, 2005.

Kılıçoğlu, Mustafa. “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Yorumu” **Can Tuncay’a Armağan**. İstanbul: Legal Yayınları, 2005b.

Kutal, Metin. “İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı”, **Mercek** Ekim 2003.

Nicolle, Richard., Bennett, Rebbecca. “İngiliz Hukukuna Göre İş Sözleşmesinin Feshi” **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.6, 2005.

Petrol-İş. “İşverenin İş Sonlandırması: İşten Çıkarma Üzerine Tartışma” **Sendikal Notlar** Aralık 2001.

Odaman, Serkan. “Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep – Haklı Sebep Ayırımı” **Kamil Turhan’a Armağan**. Ankara: Kamu – İş Yayınları, 2003b.

_____. “4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin; Yapmakla Görevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi** Cilt.19 Sayı.1–2 Ağustos-Kasım/2004a.

_____. “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.274, Ekim 2002.

_____. “İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları” **Çimento İşveren Dergisi** Cilt:18, Sayı.2, Mart 2004b.

Okur, Zeki. “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi” **Kamu – İş Dergisi** Cilt 8, Sayı:2/2005.

Özekeş, Muhammet. “İş Kanununun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Baki. Kuru Armağanı**. Birinci Baskı. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları:55, 2004.

Songu, Sezgi Öktem. “Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları” **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.3, 2004.

Süzek, Sarper. “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçersiz Fesih” **Can Tuncay’a Armağan** İstanbul: Legal Yayınları, 2005b.

Şahlanan, Fevzi. “İş Güvencesi Kanunun Kapsamı ve Yasal Süreç”, **Mercek** Ekim 2003b.

Uçum, Mehmet. “İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.4, 2004.

Ulucan, Devrim. “Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler”, **Kamu – İş Dergisi** Haziran 1997a.

Ünal, Ayşe. “AB’de Belirli Süreli Çalışma” **Kamu – İş Dergisi** Cilt.8, Sayı.1/2005.

Taşkent, Savaş. “İş Güvencesi Hükümlerinin Gemi Adamlarına Uygulanması” **Can Tuncay’a Armağan**. İstanbul: Legal Yayınları, 2005.

Tuncay, A. Can. “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor.”, **Çimento İşveren Dergisi** C.17, Sayı.1, Ocak 2003.

Yücel, Müjgan. “İş Güvencesinin Kapsamında Özel Hakem Şartı”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.4, 2004.

KARAR İNCELEMELERİ

Akyiğit, Ercan. “İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi” **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi** Cilt.19 Sayı.1 – 2 Ağustos-Kasım/2004.

Centel, Tankut. “Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi ve İhbar Tazminatı” **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.280, Nisan 2003d.

_____. “İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı”, **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.291, Mart 2004a.

_____. “İhbar Öneli İçinde Haklı Nedenle İşten Çıkarma” **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.289, Ocak 2004b.

Ekmekçi, Ömer. “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.1, 2004.

Eyrenci, Öner. “Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum** Sayı.1, s.97 – 103. 2004b.

Narmanlıoğlu, Ünal. “İş Güvencesi Hükümlerinin Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.5, 2005.

Şahlanan, Fevzi. “İşe İade Davası Sürerken İşçinin İşe Başlatılması” **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.302, Şubat 2005b.

_____. “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden Geçerli Neden İlişkisi” **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.301, Ocak 2005c.

_____. “İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu” **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.303, Mart 2005d.

_____. “İşe İade Kararının Uygulanması Durumunda 4 Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi.” **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.304. Nisan 2005e.

_____. “İşe İade Davasını Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği” **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.306, Haziran 2005f.

_____. “İşyerinde Sigara İçme Nedeniyle Haklı Fesih” **Tekstil İşveren Dergisi** Sayı.307, Temmuz 2005g.

Subaşı, İbrahim. “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı İle Sendikal Tazminat İlişkisi”, **Çalışma ve Toplum** Sayı.4, 2005.

Şen, Murat. “4773 Sayılı Kanununa Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade” **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt. VII, Sayı. 3–4, Aralık 2003.

_____. “Bildirimli Fesihte İhbar Önelllerinin Toplu İş Sözleşmesiyle Arttırılması Durumunda İhbar Tazminatı”, **Kamu – İş Dergisi** Cilt.7 Sayı.3/2004.

Tuncay. A. Can. “İşe İade”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi** Sayı.2, 2004a.

_____. “İş Güvencesi” **Çimento İşveren** Cilt.18 Sayı.2/2004, Mart 2004b.

Uçum, Mehmet. “Fesih Nedeninin Hukuki Niteliği ve Usul Hükümleri”, **Can Tuncay’a Armağan**. İstanbul: Legal Yayınları, 2005b.

Ulucan, Devrim. “Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum** Sayı.3, 2004.