



**T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANADİLİM DALI**

**4857 SAYILI (YENİ) İŞ YASASI'NA GÖRE
İŞ GÜVENCESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

SEFA UYAN

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Yüksel METİN

ISPARTA-2006

T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZLİ YÜKSEK LİSANS
TEZ SAVUNMASI VE SÖZLÜ SINAV TUTANAĞI

İLGİ: Enstitü Yönetim Kurulu'nun 02.02.2006 Tarih, 175/ 3-a Sayılı Kararı.

Kamu Yönetimi Anabilim Dalında ders dönemine ait Eğitim-Öğretim programını başarı ile tamamlayan **0230203217** numaralı **Sefa UYAN**'ın hazırladığı **“4857 Sayılı (Yeni) İş Yasası’na Göre İş Güvencesi”** başlıklı TEZLİ YÜKSEK LİSANS TEZİ ile ilgili TEZ SAVUNMASI ve SÖZLÜ SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin **25.** md. si uyarınca **15.02.2006 Çarşamba** günü saat **14.00**'de yapılmış; sorulan sorular ve alınan cevaplar sonunda adayın tez savunmasının KABULÜNE / REDDİNE / DÜZELTME SÜRESİ VERİLMESİNE, OYBİRLİĞİYLE / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

SINAV JÜRİSİ

BAŞKAN

ÜYE

ÜYE

ÖZET

İş Hukuku bağımsız bir hukuk dalı olduğundan beridir, amaçları arasındaki en önemli kurum, iş güvencesi kurumudur.

İş güvencesinin sağlanması çeşitli ülkelerde farklı hukuki yollarla sağlanmaktadır. Bu çalışmamızda iş güvencesi kavramı, doğuşu, uygulanış şekilleri, gerek diğer ülke uygulamaları ve gerekse ülkemizdeki uygulamaları incelenmeye çalışılmıştır.

Öncelikle konunun kavranması açısından mukayeseli hukuktan yararlanmak gerektiği de göz önüne alınarak Avrupa ülkeleri örnekleri incelenmiştir.

Yine iş hukukunun uluslar arası kaynaklarından ILO (Uluslar arası Çalışma Örgütü) belgelerinden iş güvencesi ile ilgili olan ve özellikle mevzuatımızda 4857 sayılı yasanın yapımında esas alınan 158 sayılı Sözleşme hükümleri incelenmiş, Avrupa Konseyi belgeleri ile Avrupa Birliği yönergelerine de değinilmiştir.

Konumuzun kavranabilmesi açısından halen kıdem tazminatı ile ilgili maddesi yürürlükte olan 1475 sayılı eski İş Yasası ve bunu değiştiren 4773 sayılı yasanın iş güvencesi ile ilgili hükümleri incelenmiştir. Zira iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerimizle ilgili olarak yeni hükümler hemen hemen eski yasayla benzerlik göstermekte olup, bu yasa dönemindeki öğreti ve uygulama geçerliliğini halen korumaktadır. Bu nedenle çalışmamızda eski yasa dönemindeki uygulama ve öğretideki görüşlere de yer verilmiştir.

Tezimizin esas inceleme konusu olan 4857 sayılı yeni İş Kanunumuzun iş güvencesi konusunda getirdiği yeni sistem, 17, 18, 19, 20, 21, 22 ve 29.maddeler çerçevesinde öğreti ve Yargıtay kararları da tartışılarak incelenmiştir.

Geniş anlamda iş güvencesi kapsamında görülen, kanundaki askı halleri, yeniden işe alma kurumları ise inceleme konusu yapılmamıştır.

Yapılan inceleme ile yeni yasamızdaki iş güvencesinin getirdikleri, uygulama ve öğretideki görüşlere göre eleştirel olarak incelenmiş ve sonuç kısmında önerilerimize de yer verilmiştir.

SUMMARY

The Guarantee of Employment is not only an independent part of the labour law but also one of its aims.

The Guarantee of Employment is provided in different ways in the world. In this respect, it is aimed in this study to discuss the concept of the suarantee of Employment, its birth and how it is applied in our country and in other countries.

In order to comprehend the subject better, examples of European countries are identified with benefits of the comprehensive law.

Also documents from international resources (İLO) about labour law have been identified. Furthermore, the act no. 4857 which is based on the act no. 158 have been discussed and European council documents and European Union instructions have been mentioned too.

We also discussed the act no. 1475 which was the old labour law, but its article about “seperation pay” is stil in force. The act no. 4773 which is the new law and its articles about the suarantee of employment have also been identified.

Comparing the new law with the old done, it must be said that the new law has very close similarities with the old one in terms of the protection of employers who are not under the guarantee of employment. Therefore views and opinions according to this subject have been argued.

Nobody can ignore the fact that the main subject of this thesis is to identify the new labour law; that is the act no. 4857, and the new system which it brought to the guarantee of employment. The articles 17,18,19,20,21,22,29 and the decisions of the Supreme Court have also been discussed in this study.

It must be said that after being dismissed turning back to one;s old position which in general terms is seen as a subject of guarantee of employment hasn’t been discussed in this study.

As a result, it is obvious that in this thesis we criticized and discussed the new law and the guarantee of employment. At the end we added our suggestions too.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
SUMMARY	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	2
İŞ GÜVENCESİ VE TARİHİ SÜREÇ	2
I. İŞ GÜVENCESİ	2
A. Genel Olarak	2
B. Dar Anlamda İş güvencesi	2
C. Geniş Anlamda İş Güvencesi	3
D. İş Güvencesinin Sağlanması Gerekliği	4
II. TARİHİ GELİŞİM	8
A. Liberal Dönem	8
B. Sosyal Devlet Anlayışı (Müdahaleci Dönem)	10
C. Çağdaş Neo- Liberal Dönem	13
III. ÇEŞİTLİ ÜLKELERDEKİ İŞ GÜVENCESİ UYGULAMALARI	14
A. Almanya	14
B. Fransa	16
C. İngiltere	18
D. İspanya	20
E. İtalya	21
F. Belçika	23
IV. TÜRKİYE'DE TARİHİ GELİŞİM	24
A. Cumhuriyetten Önceki Dönem	24
B. Cumhuriyet Dönemi	25
V. İŞ GÜVENCESİNİN ULUSLARARASI KAYNAKLARI	31
A. Genel Olarak	31
B. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Belgeleri	31
C. Avrupa Konseyi Belgeleri	34
İKİNCİ BÖLÜM	39
TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞ GÜVENCESİ DÜZENLEMELERİ	39
I. ANAYASA'DA İŞ GÜVENCESİ	39
A. Anayasanın Çalışma Yaşamına İlişkin İlke ve Kuralları	39

B. Anayasal Tanımının Hukuki Sonuçları	42
II. BORÇLAR KANUNU VE İŞ GÜVENCESİ	45
III. 1475 SAYILI ESKİ İŞ KANUNU VE İŞ GÜVENCESİ.....	46
A. 4773 Sayılı Yasa Öncesi Dönem.....	46
1. İş Akdinin Feshi Kavramı.....	46
2. İş Akdinin Fesih Türleri.....	51
a. Bildirimli Fesih (Sürelî Fesih Bildirimi - Feshi İhbarla Fesih)	51
i. Tanımı ve Özellikleri	51
ii. İhbar Tazminatı	55
iii. Kötü Niyet Tazminatı	56
iv. Tarafların Ayrıca Tazminat İsteme Hakkı	61
b. Haklı Sebeple Fesih Hakkı (Bildirimsiz Fesih-Derhal Fesih).....	61
i. Tanımı ve Özellikleri	61
ii. Haklı Sebeple Fesih Hakkının Kullanılabileceği Süre	63
iii. İş Kanununa Göre Bildirimsiz Fesih Sebepleri.....	64
iv. Haklı Bir Fesih Nedeni Bulunmamasının Neticeleri	65
v. Haklı Sebeple Fesih Hakkı ve Kötüye Kullanma	68
vi. İş Kanununun 17. maddesinin Yeniden Düzenlenmesi Zorunluluğu	72
vii. Haklı Sebeple Fesihte İspat Yükü.....	73
c. İş Kanununun Akdî Feshine İlişkin Hükümlerinin Niteliği	74
B. 4773 Sayılı Kanun Sonrası Dönem	75
1. Feshin Geçerli Bir Sebebe Dayandırılması.....	77
2. Sözleşmenin Feshinde Usul	78
3. Fesih Bildirimine İtiraz ve Usul.....	79
4. Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları	79
5. İş Kanununun 17. Maddesi Uyarınca Yapılan Fesihlerin Denetimi	82
6. Toplu İşçi Çıkarmada Usul.....	82
IV. 2821 SAYILI SENDİKALAR KANUNUNDA İŞ GÜVENCESİ.....	83
A. 4773 Sayılı Yasa Öncesi Dönem.....	83
1. İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi.....	83
2. Sendika Yöneticilerinin Güvencesi.....	85
3. Sendikal Tazminat	87
B. 4773 Sayılı Yasa Sonrası Dönem, Bireysel Sendika Özgürlüğü ve İşyeri Sendika Temsilcilerine İlişkin Koruma.....	90
V. 4857 SAYILI YASA VE İŞ GÜVENCESİ	91
A. Genel Olarak.....	91
B. İyi Niyet Kurallarına Uygun, Kötü Niyetli, Geçerli-Geçersiz ve Haklı-Haksız Fesih Ayrımı	95
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	98
4857 SAYILI YASAYA GÖRE İŞ GÜVENCESİ.....	98
I. İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH DIŞINDA SONA ERDİREN DURUMLAR.....	98
A. Tarafların Anlaşması	98
B. Ölüm	98
1. İşçinin Ölümü.....	98
2. İşverenin Ölümü	99
C. Belirli Sürenin Bitimi	99
1. Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi.....	99
2. Sözleşmenin Yenilenmesi	99

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİHLE SONLANDIRILMASI	100
A. Süreli Fesih Bildirimi ile Sözleşmenin Sona Erdirilmesi.....	100
1. Uygulama Yeri ve Hükümü	100
2. İşçi ve İşverenin Sözleşmeyi Feshine İlişkin Ortak Hükümler	100
3. Fesih Bildirimi Süreleri	101
a. İş Kanunundaki Süreler	101
b. Akdi Bildirim Süreleri	103
c. Bildirim Süresinin İşlemesini Engelleyen Haller	104
d. Beyan Edilen Feshin, Bildirim Süresi İçindeki Hükümleri	105
B. Bildirim Süresine Ait Ücretin Peşin Ödenmesi	107
C. Süreli Fesih Hakkının Usulsüz Kullanımı ve Yaptırımı	109
1. Usulsüz Fesih Kavramı	109
2. Usulsüz Feshin Hükümü	110
3. İhbar Tazminatı	111
D. İş Güvencesi Hükümleri Kapsamı Dışındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshi	114
1. Feshi Geçerli Bir Sebebe Dayandırma Zorunluluğunun Olmaması	114
2. Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması	115
a. Genel Olarak	115
b. Kötüye Kullanılan Feshin Hükümü	119
c. Kötü Niyet Tazminatı	119
d. Hukuki Niteliği	120
e. Talep Edebilme Koşulları	120
f. Miktarı	121
g. İhbar Tazminatı ile İlişkisi	122
h. Sendikal Tazminat ile İlişkisi	123
1. İş Güvencesinden Yararlanamayan İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi Bakımından İşverenin Süreli Fesih Hakkının Sınırlandırılması	125
III. İŞ GÜVENCESİ.....	127
A. İş Güvencesinin Kapsamı	127
1. Ortak Hükümler	127
2. İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasının Koşulları	128
a. İşyerinde Otuz ve Daha Fazla İşçi Çalıştırılması	128
b. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması	132
c. İşçinin Belirsiz Süreli İş Akdi ile Çalışması	133
d. İşçinin Belirli Konumda İşveren Vekili Olmaması	134
B. Geçerli Fesih Nedenleri	135
1. Geçerli Fesih Kavramı	135
2. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih	137
a. İşletme Gerekleri Kavramı	137
b. Ekonomik Güçlükler	138
c. Verimlilik ve Rekabet Gerekleri	139
d. Teknolojik Değişimler	140
e. İşçinin Çalışma Olanığının Kalmaması ve İşgücü Fazlasının Ortaya Çıkması	140
f. Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi	142
3. İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Fesih	144
a. İşçinin Yetersizliği	144
i. İşçinin Fiziki Yetersizliği (İşçinin Hastalığı, Yaşlılığı ve Emekliliği)	145
ii. İşçinin Mesleki Yetersizliği	148
b. İşçinin Davranışları	150
i. Geçerli Feshe Neden Olan Davranışlar ile Haklı Fesih Nedenleri Ayrımı	150
ii. İşçinin Davranışlarına Dayanan Geçerli Fesih Nedenleri	153
a. İşçinin İşvereni Yanıltması	153
b. İşçinin İşveren Aleyhine Sözler Sarf Etmesi	154
c. İşçinin Geçimsizliği	154
d. İşçinin Bağlılığının Yeterli Olmaması	155
e. İşçinin Devamsızlığı, Geç Gelmesi ve İşe Yeterli İlgi Göstermemesi	156
f. İşçinin Görevini Yerine Getirmekte Yetersizliği	157

g. İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi	158
h. Diğer Haller	158
C. Geçerli Fesih Nedenlerinin Bulunmaması	159
1. Yasada Yer Alan Nedenler	159
2. İşletme Gereklerinin ya da İşçinin Yetersizliğinin veya Davranışlarının Bulunmaması	160
D. İş Akdinin Feshinde Usul	162
1. Feshin Yapılma Süresi	162
2. Fesih Bildiriminin Yazılı Yapılması	162
3. Fesih Nedeninin Açık ve Kesin Bir Şekilde Belirtilmesi	163
4. İşçinin Savunmasının Alınması	164
E. Fesih Bildirimine İtiraz ve Usulü	165
1. Dava Açma Süresi	165
2. Uyuşmazlığın Özel Hakem Tarafından Çözülmesi	166
a. İşçi ve İşverenin Anlaşmasıyla Özel Hakeme Gidilmesi	167
b. Toplu İş Sözleşmesinde Hakem Koşulunun Yer Alması	168
3. İspat Yükü	172
4. Yargılama Usulü	174
F. Geçersiz Feshin Sonuçları	175
1. Yargı Organının Feshin Geçersizliğine Karar Vermesi	175
2. İşçinin İşverene Başvuruda Bulunması	177
3. İşverence İşçinin İşe Başlatılması	177
a. Fesih Bildiriminin Geçersiz Sayılması ve Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi	177
b. Peşin Ödenen Bildirim Süresine Ait Ücret İle Kıdem Tazminatının Mahsubu	178
c. Dava Sürerken İşçinin İşe Başlatılması	179
4. İşverence İşçinin İşe Başlatılmaması	180
a. İş Akdinin İşe Başlatılmamayla Sona Ermesi, İhbar ve Kıdem Tazminatı Ödenmesi	180
b. İş Güvencesi Tazminatı	181
c. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi	183
5. İşçinin Dava Sürerken Başka İşte Çalışması	185
6. Geçersiz Feshin Sonuçlarına İlişkin Hükümlerin Mutlak Emredici Niteliği	186
G. İş Akdinin Sendikal Nedenle Feshi	186
1. Sendika Üyeliği veya Sendikal Faaliyet Nedeniyle Fesih	186
2. İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Akdinin Feshi	188
H. Toplu İşçi Çıkarma	189
I. Değişiklik Feshi	193
 SONUÇ VE ÖNERİLER	 198
 KAYNAKÇA	 202
 ÖZGEÇMİŞ	 209

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
ATÜHFD	Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
B	Baskı, bası
BİK	Basın İş Kanunu
BK	Borçlar Kanunu
Bkz	Bakınız
C	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	Çeviren
ÇT	Çalışma ve Toplum Dergisi
D	Dergi
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	Deniz İş Kanunu
dn	Dip Not
EİK	Eski İş Kanunu (1475)
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu dergisi
İHD	İş Hukuku Dergisi
İHSGHD	Legal İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İHU	İş Hukuku Uygulaması, Kararlar ve İncelemeleri, İstanbul
İİK	İcra İflas kanunu
İK	İş Kanunu (4857)
ILO	International Labour Organisation
İMİK	İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	Kitap
KGSK	Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu
Kşz.	Karşılaştırınız
m.	madde
MESS	Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	Medeni Kanun
RG	Resmi Gazete
S	sayı
s	sayfa
SK	Sendikalar Kanunu
SSK	Sosyal Sigortalar Kanunu (Kurumu)
Tekstil İşveren D.	Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Dergisi, İstanbul

TSGLK	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi Ankara
TÜTİS	Türk Ulaştırma Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ankara
Tüz.	Tüzük
Uy. Mah.	Uyuşmazlık Mahkemesi
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı ve diğerleri
Y	Yargıtay
Yasa	Yasa Hukuk Dergisi
YD	Yargıtay Dergisi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
Yön.	Yönetmelik

GİRİŞ

İki tarafa sürekli borç yükleyen hizmet akdi (iş sözleşmesi) yapısı itibariyle dayanaksızdır. Sözleşmedeki ediminin niteliği gereği kişisel bağımlılığı aslanan ve diğer tarafa nazaran ekonomik olarak daha güçsüz konumdaki işçinin, genellikle tek geçim kaynağı olan işinin devamlılığını sağlamak, modern toplumların ve modern iş hukukun kaçınılmaz amaçları arasında yer almıştır.

Türk İş hukukunda da uzun zamandır beklenen iş güvencesi, önce 4773 sayılı yasayla kısa bir süre yürürlükte kalmış ve ardından 4857 sayılı yasa ile tamamen Türk İş hukuku sistemine girmiş bulunmaktadır.

Bu incelemede, Türkiye'nin onayladığı uluslar arası sözleşmelerin ve AB sürecinde mevzuat uyumlaştırma çabalarının gereği olarak uzun çalışmalar sonunda hazırlanarak yasalaşan ve beraberinde iş güvencesi kurumunu da getiren 4857 sayılı İş Yasasının güvence hükümleri irdelenmeye çalışılmıştır.

Yeni yasanın özellikle iş güvencesi açısından getirdiklerini tespit edebilmek için, 1475 sayılı eski İş Yasası uygulamaları, esinlendiği 158 sayılı ILO sözleşmesi hükümleri, diğer ülke uygulamaları incelenmiş ve genel olarak karşılaştırmalı yöntem benimsenmiştir.

İncelemenin birinci bölümünde, iş güvencesi kavramının doğuşu, tarihsel gelişimi, Avrupa ülkelerindeki uygulamaları ve uluslar arası belgelerdeki yeri incelenerek kavramın içi doldurulmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde Türk hukuk mevzuatında iş güvencesini düzenleyen Anayasa ve Borçlar Kanunu hükümleri genel olarak incelendikten sonra, 1475 sayılı eski İş Kanununun iş akdinin feshi ve sınırlamalarını içeren 13. (bildirim süreli fesih) ve 17. (haklı nedenle fesih) maddeler bağlamında işverenin fesih hakları ve sınırlaması incelenmiştir. Bu noktada iş güvencesinin yasal yolla sağlanmadığı, fesih serbestisinin geçerli olduğu sistemlerde, fesih hakkının kötüye kullanılması teorisiyle sınırlanması incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde yine eski iş yasasına kısa bir süre için de olsa iş güvencesi hükümleri getiren 4773 sayılı yasa ile getirilen değişiklikler de ayrı başlık olarak ele alınmıştır.

Son bölümde, 4857 sayılı yasanın belirsiz süreli iş akitlerinin ihbar öneli feshini düzenleyen 17. maddesi ile iş güvencesi hükümleri de denilen 18,19,20,21. maddeleri öğreti ve uygulamadaki görüşler de verilmek suretiyle incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca yakın ilgisi nedeniyle 22. maddede düzenlenen değişiklik feshi ve 29. maddede düzenlenen toplu çıkarma konusu da tezde inceleme fırsatı bulunmuştur.

Tezin amacı, iş güvencesi kavramına verilebilecek anlam ile yeni yasanın bu kavramı ne kadar doldurabildiğini tespit etmek, uluslar arası standartlar ve ülkemiz açısından yeni iş yasasının getirdiklerini, olumlu ve olumsuz yanlarını uygulama ve öğretinin de görüşleriyle tespit ederek ve genelde mukayeseli ve eleştirel bir yaklaşımla öneriler getirmek ve bu önerilerin gerek uygulama ve gerekse yapılacak kanunlarda (de lege feranda) yararlar sağlayabilmesidir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ VE TARİHİ SÜREÇ

I. İŞ GÜVENCESİ

A. Genel Olarak

İş güvencesinin değişik tanımları mevcuttur. Ancak genel olarak bu tanımların ortak yanı, işçinin işinin güvence altına alınmasıdır.¹

Sözleşme hukuku bakımından karşılıklı iki tarafa borç yükleyen iş sözleşmesi, özelliği itibarıyla dayanıksızdır. Onun bu dayanıksız özelliği gereği her an feshedilebilir olması, işçinin genelde tek geçim kaynağı olan işini kaybetmesine yol açabilmektedir. Sözleşme hukuku açısından eşit kabul edilen tarafların, sosyal ve ekonomik açıdan eşit olmadıkları dikkate alındığında, sözleşmenin güçsüz tarafının korunması ihtiyacı doğmuş ve iş hukukuyla birlikte iş güvencesi kavramı da ortaya çıkmıştır.

Özellikle modern iş hukukunda iş güvencesi, işçinin iş ilişkisinin devamlılığının korunması ve buna bağlı olarak gelirden sürekliliğin sağlanması anlamına gelmektedir. Günümüzde iş ilişkisinde tarafları eşit kabul eden geleneksel anlayış giderek terk edilmekte ve işçinin iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle son bulması riskine karşı işçiyi işverenden daha çok koruma altına almaktadır.²

İş güvencesi, sadece işverenin fesih serbestisinin haklı ve geçerli sebeplerin varlığı halinde sınırlandırılması ile değil, aynı zamanda haklı ve geçerli sebepler olmadan yapılmış fesihlere bağlanan hukuki, idari ve cezai sonuçlarla da sağlanmaya çalışılmıştır.

B. Dar Anlamda İş güvencesi

Dar anlamda iş güvencesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin sınırlanması ve iş akdinin sürekliliğinin sağlanmasını ifade eder.

¹ BİLGİLİ, Abbas, *İş Güvencesi Hukuku*, Karahan Kitabevi, Adana 2004, s.1

² SÜZEK, Sarper, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi*, Savaş yayınları, Ankara 1989, s. 3–4 (Askıya Alınma)

İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması³, işçinin işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı korunması ve iş ilişkisine süreklilik kazandırmak⁴, işçinin feshe karşı korunması⁵, makul bir sebep olmadan işçinin sözleşmesine son verilememesi⁶, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması suretiyle işçinin feshe karşı korunması ve bu suretle iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması⁷, iş sözleşmesinin işveren tarafından ancak kanunda gösterilen sebeplerin varlığı halinde feshedilebilmesi; yani işverenin fesih hakkının sınırlandırılması⁸, işverenin iş sözleşmesini feshi sırasında geçerli bir nedene dayanması, bunun bağımsız bir mercii önünde dava edilebilmesi, ispat yükünün esas itibariyle işverene ait olması, sonuçta geçerli bir nedene dayanmayan feshin işçinin işini koruması bakımından bazı sonuçlar doğurması⁹ şeklinde yapılan tanımlamaların özünde fesih hakkının sınırlanması ve iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması vurgulanmıştır.

Doktrinde bu şekilde tanımlanan iş güvencesine dar anlamda iş güvencesi denilmektedir.

C. Geniş Anlamda İş Güvencesi

Geniş kelimesi sözlük anlamında dar'ı da içine alan bir kavramdır. İş güvencesinin yukarıda tanımlanan ve iş sözleşmesinin feshini sınırlayan ve iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması amacının yanında, işten çıkarmanın sonucunda doğan zararların telafi edilmesi yönündeki önlemleri de kapsadığı¹⁰ savunulmaktadır.

Hizmet sözleşmesinin feshe karşı korunması, işçinin sahip olduğu işi koruyabilmesi, keyfi olarak son verilmesinin önlenmesi, en azından zorlaştırılmasıdır. Şöyle ki; feshe karşı korunma, işçinin hiçbir şekilde işinden çıkarılmaması anlamında değil, işten çıkarma hakkının olabildiğince kötüye

³ TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, Belediye İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara 2002, s. 9

⁴ EKONOMİ, Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003 Özel Eki, s.1

⁵ ULUCAN, Devrim, **İş Güvencesi**, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası yayını, s.5

⁶ ŞAKAR, Müjdat, **İş Hukuku Uygulaması**, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 5.Baskı, İstanbul 2003, s.221

⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.548,549

⁸ EYRENCİ, Öner, "4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/1, s.31

⁹ KUTAL, Metin, "İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı" Mercek Dergisi, Nisan 2003, s.4

¹⁰ ALP, Mustafa, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1, s.1

kullanılmasının önlenmesi ve bu durumun işçi için söz konusu olabilecek olumsuz sonuçlarını en aza indirebilecek önlemlerin alınmasıdır.¹¹

Hiçbir ülkede mutlak anlamda, istenen düzeyde işçinin feshe karşı korunduğu söylenemez. Bu da eşyanın doğası gereğidir. Zira işyerinde meydana gelen, işverenin önlemesi imkânı bulunmayan zorlayıcı bir sebeple üretimin durması halinde ya da işçinin şahsında meydana gelen nedenlerden dolayı işçi ile işveren arasındaki ilişki her zaman bozulabilir.¹²

Gerçekten de iş güvencesinin ana amacı, işçinin işinin korunmasıdır. Özellikle iş akdinin feshinin geçerli ve haklı nedenler dışında sınırlandırılması yanında, bazen gerçekleşen feshe bağlanan tazminatlar da feshi sınırlama görevini yerine getirmekte ve en azından işçi açısından feshe dayalı olarak gerçekleşecek zararları giderici işlev üstlenmektedir.

Dolayısıyla geniş anlamda iş güvencesi, sadece iş akdinin feshini sınırlayan önlemleri değil, feshin gerçekleşmesi halinde oluşabilecek zararların giderilmesine yönelik önlemleri de kapsamaktadır.

Bazı yazarlar, bu genişliği biraz daha yayarak, belirli koşullarda işinden ayrılmak zorunda kalan yahut bir özrü nedeniyle istihdam edilmeme fırsat eşitliğine sahip olmayan kimselere istihdam önceliği tanınması; bu kimselerle iş akdi yapma zorunluluğu getirilmesini de iş güvencesi kavramı içinde görmektedirler.¹³ Böylece iş güvencesi; feshe karşı korunma, fesih sonrası zararları giderme ve hizmet akdi yapma zorunluluğu gibi işlevleri içinde barındırabilmektedir.

D. İş Güvencesinin Sağlanmasının Gerekliliği

Çoğu kez ücretinden başka geliri olmayan işçinin işini yitirmesi sonucu içine düşebileceği ekonomik sorun, iş akdinin işçi tarafından feshedilmesi nedeni ile yeni işçi bulma güçlüğü içine düşen işverenin uğrayacağı zarardan çok daha büyük

¹¹ DEMİR, Fevzi, **Çalışma Hakkının Korunması** (İş Güvencesi), İstanbul 1986, s. 72,73

SÜZEK, Sarper, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Kazancı Yayınları, Ankara 1976,s.29

¹² TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi**, İstanbul 1991, s.13

¹³ KURTBEK, Sibel, **İş Güvencesi (Feshe Karşı Korunma ve Hizmet Yapma Zorunluluğu)**, Yüksek Lisans Tezi, ESKİŞEHİR, 1997,s.4.

boyuttur. Bu sebeple işçinin her şeyden önce sosyal nedenlerle feshe karşı korunması gerekmektedir.¹⁴

Öte yandan, iş akdinde işçinin kişisel bağımlılığının bir unsur olarak yer alması, bu sözleşmenin feshine hâkim olacak ilkeleri de etkilemekte, işverenin fesih hakkının, yasa koyucu tarafından belirli oranda sınırlandırılmasını haklı kılmaktadır. Belirsiz süreli iş akdinde taraflara bildirimli fesih hakkının tanınmasının sebebi, her iki tarafın kişilik haklarının korunması, diğer bir deyişle akdi kölelik ilişkisinin yaratılmasının önlenmesi amacıdır. Ancak iş ilişkisinde kişilik haklarından vazgeçmek anlamında, taraflar arasında bir eşitlik söz konusu değildir. Çünkü işverenin kişisel bağımlılığı altına girmekle kişilik haklarından asıl vazgeçen taraf işçidir. Bu olgu, işçiye tâbi olduğu bağımlılıktan kurtulması amacıyla iş akdinin feshinde daha fazla serbesti tanınmasını, buna karşılık işverenin fesih hakkının belirli ölçüde sınırlandırılmasını gerekli kılmaktadır.¹⁵

Türk iş hukuku öğretisinde, ülkemizde yeterli bir iş güvencesi bulunmadığı ve bu hususta yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu konusunda bir görüş birliğinin varlığı gözlenmektedir.¹⁶ Ülkemizde olduğu gibi, işverene geniş bir şekilde iş akdini fesih imkânının tanındığı hukuki ortamlarda, feshe karşı korunmuş olmayan işçinin işini kaybetmemek için katlanmak zorunda kaldığı sıkıntılar, hak ve adalet duygularını incitecek boyuttur. Her şeyden önce, işletmenin kârını yükseltme veya en azından belirli bir düzeyde tutma kaygısında olan işveren, ekonomik açıdan bir

¹⁴ SÜZEK, Sarper, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Kamu-İş 2002, (Fesih Hakkının Sınırlandırılması) s.74.

¹⁵ SÜZEK, “Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, s.74

¹⁶ SÜZEK, “Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, s. 73, SÜZEK, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s. 29 vd., s. 91 vd., ESENER, Turhan, **İş Hukuku**, Ankara 1975, s. 231, EKONOMİ, Münir, “Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı”, Almanya’da ve Türkiye’de Feshe Karşı Korunma Semineri, İstanbul 1997, (158 Sayılı ILO Sözleşmesi,) s. 81 vd., ÇELİK Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, 15. Bası, İstanbul 2000, s. 161 vd., NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri**, İzmir 1998, s. 385 vd., ULUCAN, Devrim, “Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, II, İstanbul 1982(Çalışma Hakkı), s. 187, 189-190, GÜZEL, Ali, “Türkiye’de Feshe Karşı Korunmanın Kıdem Tazminatı Ve İşsizlik Sigortası İle İlişkileri”, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, s.192 vd., DEMİR, Fevzi, **İş Güvencesi Hukuku**, İzmir 1999, s. 33 vd. SÜMER, Haluk Hadi, **İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması**(Sendikal Nedenlerle Fesih), Konya 1997, s. 5 vd., TUNÇOMAĞ, K.-CENTEL, T, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 1999, s. 186, SOYER, Polat, “158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı korunması”, (158 Sayılı Sözleşme), İstanbul 2002, s. 272-273, TUĞ, A.-BAŞBUĞ, A, **İş Güvencesiz İş Hukuku**, 2. Baskı, Öz İplik – İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara 1992, s. 48 vd.

sıkıntıyla karşılaştığında aklına gelen ilk önlem, işyerindeki işçi sayısını azaltmaktır.¹⁷

İşverenin hukuka aykırı talimatlarına işçinin uyma mükellefiyeti olmamasına rağmen,¹⁸ uygulamada, yönetim hakkını hukuka aykırı bir biçimde kullanan işverenin hukuka aykırı emirlerine işçinin uymaması, iş güvencesinin getirilmediği hukuk düzenlerinde, sıkça görülen işten çıkarma sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemizde iş güvencesinin bulunmaması dolayısıyla, işçi, yasaya, toplu iş sözleşmesine veya iş akdine aykırı olarak da verilmiş olsa, kendisine verilen talimata uymak zorunda kalmaktadır.¹⁹ İşveren, işçiden görevi dışında bir iş görmesini istediğinde, sözleşmeye aykırı şekilde işyerini değiştirdiğinde veya işçiyi yasal çalışma sürelerinden fazla çalıştırıp bazen bu fazla çalışmasının karşılığını vermediğinde işçi, işinden olmayı göze alamadığı için bunlara ses çıkaramamaktadır.²⁰

Bazı işyerlerinde, sadece sendikal nedenlerle işçi çıkarıldığı da bilinmektedir. Özellikle sendikaya üye olan işçilerin iş akitlerinin feshedilmesi, o işyerinde çalışan işçilerin sendikaya üye olmaya çekinmelerine sebebiyet vermekte ve sendikal örgütlenmeyi zayıflatmaktadır.²¹

Bazı işverenler, fesih özgürlüğünü, grev hakkını kullanan veya toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olan işçilere karşı kullanmakta, grevden veya toplu iş sözleşmesinin bağtlanmasıyla sonra fesih yoluna gideceklerini açıkça belirterek, işçilerin söz konusu haklarını kullanırken duraksamalarına sebep olmaktadır. Böyle olunca da, hiçbir sebep göstermeden iş akdini feshetme özgürlüğü ile yasalarla güvence altına alınan çalışma, grev, toplu iş sözleşmesi yapma ve sendikaya üye olma gibi işçi hakları çatışmakta ve bu durum pek çok sosyal olumsuzluklara sebebiyet vermektedir.²²

Yasal bir greve katılan işçi, grev süresince iş akdinin feshedilemeyeceğini bilmektedir. Grev süresince iş akdinin askıda olması, grev sırasında bildirilen feshin

¹⁷ TAŞKENT, s.26-27.

¹⁸ SÜZEK, s. 87

¹⁹ TAŞKENT, s.26

²⁰ TAŞKENT, s.26

²¹ TAŞKENT, s.26.

²² ULUCAN, Devrim, "İş Güvencesi ve Fesih Özgürlüğü", İş ve Hukuk Dergisi, 1991, sayı.219, (Fesih Özgürlüğü I)

sonuçlarını bir süre için askıya almakta, grev sona erdikten sonra işlemeye başlayan bildirim süreleri dolduğunda iş akdi sona ermektedir.²³ İşçi grev sonrasında ilişkinin mutlaka sona ereceğini bildiğine göre, grev, onun için hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Aynı şekilde, uzun mücadelelerden sonra toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işçi, bildirim sürelerine uyularak işten çıkartıldığında, toplu iş sözleşmesi de onun için anlamsız hale gelecektir. Görüldüğü gibi, fesih özgürlüğünün sözünü ettiğimiz hallerde kullanılması, Anayasa ile güvence altına alınan bazı hak ve özgürlüklerden işçinin yararlanmasını engellemektedir.²⁴

Sürekli olarak işini yitirme endişesi içinde olan, geleceğinden güven duymayan ve yasaların kendilerine tanıdığı olanaklardan yararlanamayan işçilerin varlığı, sosyal açıdan da zararlıdır. Böyle bir güvensizlik ortamında ne gerçek anlamda çalışma barışı sağlanabilir, ne de huzursuz işçiden verim alınabilir, işsizlerin toplumda yarattığı bunalıma bir de çalışanların verimsizliğinin getirdiği sıkıntılar eklenmiş olur.²⁵

İş güvencesinin sağlanması, esas olarak iki yoldan gerçekleşir. Bunlardan birincisi, kendi kendine yardım mekanizmasının oluşturduğu korumadır. Bu usulde iş güvencesi, sosyal tarafların oluşturduğu toplu iş sözleşmelerinde kabul edilen hükümlerle sağlanır.²⁶ İş güvencesinin sağlanmasının ikinci yolu da, devletin doğrudan doğruya yasama yoluyla, bunu sağlamaya yönelik hükümleri düzenlemesidir.

İş akdinin işveren tarafından yapılan feshine ilişkin sınırlamalar, 1914–1917 yıllarından başlayarak kanunlara girmiş, İkinci Dünya Savaşının bitimine kadar bu hususta belirli bir gelişme kaydedilmiştir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu (Kündigungsschutzgesetz) 1951 yılında yürürlüğe girmiş ve sanayileşmiş ülkelerde işçilerin işverenler tarafından yapılan fesihlere karşı korunması ile toplu işçi çıkarmaları kapsamak üzere yürürlüğe konulan kanunların ilk örneklerinden birisini

²³ SÜZEK, Askıya Alınma, s.89–96

²⁴ ULUCAN, Fesih Özgürlüğü I, s.14.

²⁵ TAŞKENT, s. 27.

²⁶ Ancak, düşük sendikalaşma oranı ve güçsüz sendikaların sağladığı toplu iş sözleşmesi hükümleri ile iş güvencesinin sağlanamayacağı açıktır. Ülkemizde de toplu pazarlık sisteminin kuruluşundan bu yana geçen sürede, iş güvencesine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin fazlaca etkili olmadığı görülmüştür. Bunda, toplu iş sözleşmesi hükümleri ile kendilerine haklı fesihle ilgili birtakım etkilerin verildiği disiplin kurullarına ilişkin olarak Yargıtay kararlarındaki istikrarsızlığın yanı sıra, işçilerin işyeri yönetimine katılmalarının ülkemizde henüz kabul edilmemesi de etkili olmuştur.

oluşturmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (International Labour Organisation-ILO) 1963 yılında kabul ettiği 119 sayılı Tavsiye Kararı üzerine Avrupa ülkelerinde işçinin feshe karşı korunmasını düzenleyen kanunlar hızla artmıştır. 119 sayılı tavsiye kararından sonra 1982 yılında kabul edilen ve Türkiye'nin 1994 yılında onayladığı²⁷ 158 sayılı ILO Sözleşmesi, etkili bir iş güvencesinin modern iş hukukundaki yöntemini belirleyen en temel metinlerden birisini oluşturmaktadır.

II. TARİHİ GELİŞİM

İş Güvencesi konusunda sosyal politikanın tarihsel gelişimine bakıldığında, birbirinden kesin çizgilerle ayrılan farklı ekonomik, sosyal ve ahlaki değerlere yaslanan iki anlayışın varlığına tanık olunmuştur. Bunlardan ilki liberal devlet anlayışı, diğeri sosyal devlet anlayışıdır.²⁸ Ancak 1980' li yılların başından itibaren yeni bilişim ve iletişim tekniklerinin toplumsal yaşama girmesiyle başlayan, tek kutuplu dünya düzenine geçişle birlikte neo- liberal diyebileceğimiz üçüncü bir dönem başlamıştır.²⁹

A. Liberal Dönem

Bu dönem ekonomik liberalizme hatırı sayılır bir saygınlık sağlayan Fransız Devrimi ile başlayıp, ülkelere göre farklılıklar gösterse de 19. yüzyıl ortalarına kadar sürer.³⁰

Sanayi Devrimi Avrupa ülkelerinde mevcut üretim biçiminin değişmesine onun yerine çağımızın üretim biçimi olan fabrika üretiminin egemen olmasını sağlamıştır, işyerleri büyüyerek işletme biçimine dönüşmüşlerdir. Bu yeni üretim tarzı karşısında geleneksel üretim araçları terk edilerek seri halinde ve yığın üretim tarzı egemen olmuştur. Bu değişim üretim faaliyetinin en önemli unsuru olan insan hayatını alt-üst etmiştir. Çünkü yeni üretim düzeni karşısında rekabet edemeyen, faaliyetini geleneksel biçimde sürdüren küçük işyeri sahipleri işyerlerini kapatmak zorunda kalmışlardır. O zamana kadar bağımsız çalışmakta olan esnaf ve sanatkarların çoğu

²⁷ Bkz. Kanun Tarih ve Sayısı: 9 Haziran 1994 / 3999, Resmi Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 18 Haziran 1994 / 21964, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 10 Ağustos 1994 / 94-5971, Resmi Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 12 Ekim 1994 / 22079

²⁸ GÜZEL Ali, **İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri Ve Hizmet Akitlerine Etkisi**, İstanbul, 1987, s.1

²⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.25

³⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.23

başka bir kimsenin hizmetinde işçi olarak çalışmaya başlayarak bağımsızlıklarını yitirmişlerdir.³¹ Günümüz anlamda İşçi-işveren ilişkileri bu sayede doğmuştur.

Bu dönemde ekonomik ve sosyal hayata liberal düşünce hâkimdi.

Fransız Devriminin getirdiği liberal düşünce kişilerin birlikler ve benzeri örgütler kurmasını engellemiş; bireyin kendi iradesini en iyi kendisinin yansıtabileceği ve bu nedenle kişilerin birleşerek oluşturduğu örgütlerin bunu ideal anlamda gerçekleştiremeyeceği ilkesinden hareket etmiştir.³²

Ekonomik ve sosyal hayata egemen olan liberal düşünce hukuk hayatında da liberal hukuk anlayışının gelişmesine yol açmıştır. Bu anlayışın yarattığı hukuki çerçeve içinde bireyin sahip olduğu mallar üzerinde sınırsız tasarruf yetkisi vardır. Ticaret ve sanayi özgürlüğü garanti altındadır. Herkesin bireysel çıkarı toplumun çıkarını oluşturmaktadır. Özel mülkiyete ve sözleşme özgürlüğüne sınır tanımayan doğal hukuk anlayışı ekonomik faaliyetin de temelini oluşturmaktadır.³³

Bireysel hürriyetlerin ön planda kabul edildiği liberal hukuk sisteminde esas; taraf iradelerinin serbest bir ortamda istedikleri sözleşmeleri yapabilmeleri ve hiçbir şekilde sınırlandırılmamalarıdır. Sözleşmenin tarafları hür ve serbest iradeleri ile karşılıklı eşit haklara sahip olarak diledikleri sözleşmeyi yapabilirler, devlet de dâhil olmak üzere herhangi bir kurum bu düzene müdahale etmemelidir. Çünkü hür, serbest ve eşit rekabet ortamında ekonomik ve sosyal hayata yönelik faaliyetlerde kendiliğinden bir denge vardır, bu sisteme dışarıdan gelecek müdahale ekonomik ve sosyal hayattaki dengeyi bozacaktır.

İktisadi liberalizmin ortaya koyduğu “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” kuralının uygulanması ile bireysel güç ve çalışmaların en yüksek düzeye ulaşılacağına, bunu sağlamak için de işçi işveren taraflarının devlet baskısından uzak, tam bir sözleşme serbestisi içinde ücret ve öteki çalışma koşullarını kararlaştırmaları isteniyordu.³⁴

³¹ ÇELİK Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 3

³² GÜVEN Ercan, AYDIN Ufuk, **İş Hukuku Dersleri**, Eskişehir 1995, s. 2

³³ DEMİR, Fevzi, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması** (İş Güvencesi), İstanbul 1986, s.14

³⁴ ÇELİK, s. 3,4

Bu dönemin özelliği bireysel özgürlüklerin ön plana çıkmasıdır. Sözleşme özgürlüğü bağlamında da, sözleşmelerin tarafların özgür iradeleri kurulması gibi, sonlandırılması da özgür iradeleri ile her zaman mümkündür.

Nitekim sözleşmeyi feshi ihbar hakkı 19. yüzyılda işçinin korunması amacıyla tanınmıştır. Böylece kölelik müessesenin akit yoluyla tekrar doğumunun önüne geçilmek istenmiştir. Ancak bir zamanlar işçiler yararına tanınmış bu hak, 20. yüzyılda işçinin aleyhine işleyen bir müessese haline gelmiştir.³⁵

B. Sosyal Devlet Anlayışı (Müdahaleci Dönem)

Çalışma ilişkilerinde tam bir serbestlik öngören liberal düşünce devletin olaylara müdahale etmesini uzun süre engellemiştir. 19. yüzyılın sonlarına doğru oluşan fakirlik, sömürünün büyük boyutlara varması, insanlık onuru ile bağdaşmayan acı sonuçlar karşısında devlet ekonomik ve sosyal hayata dolayısıyla çalışma hayatına müdahale etmek zorunda kalmıştır. Giderek klasik devlet anlayışından uzaklaşmış, sosyal bakımdan himayeye muhtaç kesimleri korumayı esas alan "Sosyal Devlet" kavramı kabul edilmeye başlanmıştır.³⁶ Sosyal Devlet veya Refah Devleti (welfare state) kavramı, devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören anlayışı ifade etmektedir.³⁷

Sosyal devlet müdahalelerinde, korumak ihtiyacı duyduğu kitlenin insan haysiyetine yaraşır bir hayat sürdürebilmesi için alınması gereken tedbirleri gerçekleştirmek için araçlar geliştirmiştir. Sosyal devlet bu konuda önceliği liberalizmden en çok zarar gören işçi sınıfına vermiştir.

Bunun için iki yol izlenmiştir. Birincisi kanun koyma yolu ile devletin çalışma hayatına müdahalesi, ikincisi çalışan ve çalıştıranların kendi kendilerine yardım hareketi içinde kuruluşlarını (sendika) kurmalarıdır.³⁸

Çalışan ve çalıştıranların kendi kendilerine yardım hareketleri oldukça ağır bir gelişme içinde bulunduğu çalışanlarla çalıştıranlar arasındaki hukuki ilişkileri toplum düzenini bozmayacak ve taraflar arasında barışı sağlayacak şekilde düzenlenebilmesi

³⁵ ZERDEREN, Ufuk, **Dünyada ve Türkiye’de İş Güvencesi** (Yüksek Lisans tezi) , İstanbul 2002, s.4

³⁶ GÜVEN, AYDIN, s. 2

³⁷ ÖZBUDUN Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 1990, s. 103

³⁸ ÇELİK, s. 5

için devletin yasa koyma yoluyla müdahalesi kaçınılmaz duruma gelmişti. Devletin çalışma yaşamına müdahalesinin ilk belirtileri İngiltere'de daha sonra da tüm Avrupa'da görülmüş, özellikle kadın ve çocuk işçilere yönelik olarak gerçekleşmiştir.³⁹

Kanun koyucunun bu yoldaki çalışmaları sonunda da işçilerin korunması için işverenlere cezai yaptırımli borç ve sorumluluklar yükleyen ve emredici kuralları kapsayan iş mevzuatı ortaya çıkmıştır.

Bununla da kalmamış iş hukuku gelişmesi sürerek, işverence tek taraflı hazırlanıp işçiye dayatılmış kötü çalışma koşulları, işçileri işverenlere ve devlete karşı uzun süren mücadelelere zorlamış, "sendikalaşma yasaklarının" kalkması ile işçiler işverenlerin karşısına güçlü olarak çıkabilmek için sendikalaşma olanağı bulmuşlardır. Buna "İşçilerin kendi kendilerine yardımı" adı verilmektedir. Gerçekten ücret karşılığında başkasına bağımlı olarak çalışan işçilerin mesleki yararlarını ortak güçleri ile daha kolaylıkla sağlayabilecekleri ve koruyabilecekleri düşüncesi onların mesleki teşekküller kurmalarını, ekonomik bakımdan güçlü işverenler karşısında kendi mesleki teşekküllerinde toplanmalarını gerektirmiştir.⁴⁰

Bu dönemde çalışma koşulları artık bireysel hizmet sözleşmeleri içinde ve her bir işçi için değil; tam tersine işçi sendikaları ve işveren sendikaları (veya işveren) arasında yapılmış sözleşmelerle (toplu iş sözleşmeleri) saptanmaya başlamıştır.⁴¹

Tüm bu değişimlerden iş güvencesi de nasibini almış; hizmet akdinin sona erdirilmesine ilişkin olan ve mutlak irade özgürlüğüne dayanan kuralların köklü bir değişikliğe uğramasına neden olmuş, iş ilişkilerinde sürekliliği sağlama düşüncesi istihdam politikasına egemen olmaya başlamıştır.

Bu yöndeki eğilim 19.yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkmaya başlamıştır. Demokratik düzenlere geçiş, devletin ekonomik yaşama müdahalesi, bireylerin ekonomik ve hukuki güvenliklerinin korunması ile istihdam politikasını yönlendiren temel etkenler olmuştur. İstihdam güvencesine ilişkin istemler ekonomik ve sosyal ilişkilerde süreklilik sağlanması yolundaki çok daha genel bir politikanın içinde yer almaktadır. Kuşkusuz bu genel politikanın içinde istihdam

³⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.24

⁴⁰ ÇELİK, s.5,

⁴¹ TUNÇOMAĞ, Kenan, **İş Hukuku**, İstanbul, 1984, s.28,29

politikasının önemli ve ayrı bir yeri vardır. Çünkü belirtilen politikayla izlenen amaç, işçinin güvenliğini, onurunu kişiliğini korumaktır. Görülüyor ki, eskiden olduğu gibi işçinin yaptığı iş, bir meta olarak değil, işçinin ve ailesinin yaşamı ve onun kişiliği ile yakın bağları göz önünde tutularak değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmenin işçi için anlam ifade edebilmesi sözleşme özgürlüğüne getirilecek sınırlamalara bağlıdır. Özellikle iş ilişkisinin kaynağını oluşturan hizmet akdinin feshinde işverene tam bir serbestlik tanınmaması, işçinin işini koruyabilmesinin temel koşuludur. Tam istihdamı sağlamaya yönelik genel politikası yanında; iş hukuku doğal olarak işçiye işinde devamlılık sağlamak amacıyla birbiriyle sistematik bağlantı içinde bulunan bazı hukuki kurumlar oluşturmak zorunda kalmıştır. Bu kurumlar ise, işçinin işyerinde yaptığı çalışma üzerinde bir hakka sahip bulunduğu yolundaki düşüncelere dayandırılmıştır.⁴²

Modern endüstri toplumu içerisinde işçi için en önemli tehlikelerden birisi işsiz kalmaktır.

İş akdi, sözleşme ilişkisinin sürekliliği konusunda kendisini diğer karşılıklı borç yükleyen akitlerden ayıran özellikler taşımaktadır. Taraflar arasında iş akdi ile oluşan hukuki ilişki oldukça dayanıksız hassas bir nitelik gösterir, iş akdinin dayanıksızlığı hem dış etkenlerden, hem de onun bünyesinde yer alan sözleşme serbestliği ilkesinden kaynaklanır.⁴³

İstihdam güvencesi ve kazanç güvencesi sosyal devleti koruma kapsamına giren değerlerdir. İşçinin bu değerlerinin zarara uğraması halinde bu zararı gidermek veya zararın doğması halinde bu zararı gidermek veya zararın doğmasını engellemek için gerekli tedbirleri almak sosyal devletin temel görevlerindendir. Sosyal devlet, bir zarar meydana gelmesi halinde, yani işçinin işsiz kalması durumunda, doğan bu zarar işsizlik sigortası aracılığıyla giderir. Sosyal devlet, zararın meydana gelmesini engelleme yani işçinin işsiz kalmasını önleme işlevini yasal düzenleme ile hizmet akitlerini sona erdirebilme yetkisini sınırlandırarak gerçekleştirir.

Görülmektedir ki iş güvencesinin sağlanması ve bu amaçla işsizlik sigortasının getirilmesi veya hizmet akitlerinin sona erdirilmesinin sınırlandırılması sosyal devlet

⁴² GÜZEL Ali, *İşverenin Değişmesi, İşyeri Devrinin Hizmet Akitlerine Etkisi*, İstanbul 1987, s.2, 3

⁴³ SÜZEK, (Askıya Alınma), s. 3

olmanın bir gereğidir. Tedbirler devleti olan sosyal devletin en önemli fonksiyonu tehlikelerin meydana gelmesini engellemektir. İşçinin işsiz kalmasını önlemek de en önemli iş güvencesi aracıdır.⁴⁴

C. Çağdaş Neo- Liberal Dönem

Günümüzde bilişim ve iletişim tekniklerinin toplumsal yaşama girmesi, Sovyetler Birliği'nin dağılmasını takiben tek kutuplu bir dünya düzenine geçişle, birlikte neo-liberal görüşlerin dünya ölçeğinde egemen konuma gelmiştir. Ekonominin ve uluslar arası rekabetin küreselleşmesi yönünde gelişen sürecin, iş hukuku tarihinde önemli bir etabı oluşturduğu ve devletin eskisine nazaran yeni dönemi karakterize edemeyecek ölçüde müdahale yoğunluğunu kaybedeceği⁴⁵ ileri sürülmektedir.

Bu anlayışa göre henüz başında olunan bu yeni düzende, uluslar arası rekabetin getirdiği zorlukların, ulusal işletmelerin yoğunlaşan “esnekleşme” talepleri doğrultusunda, iş güvencesi yönünden ileri düzeyde olduğu ülkelerde dahi sosyal mevzuatın sosyal amacından geri gidişlere devletin zorlandığı görülmektedir. Buna göre Fransa’da 1986 tarihli bir kanunla, ekonomik nedenlerle fesihlerde alınması gereken idari izinler kaldırılmış, 1987 tarihli bir kanunla, kadınların gece çalıştırılmayacağına ilişkin yasak, belirli şartlar altında serbest bırakılmış⁴⁶, haftalık çalışma süresi yerine sözleşmelerle yıllık çalışma süresi tespit edilmiştir.

Bu yeni dönemin toplumu tek bir boyuta; ekonomiye indirgeyen “yeni dünya düzeni” karşısında sosyal mevzuat, zamanla yerini işletmenin ekonomik isterlerini ön plana alan akdi bir hukuka bırakacak gibidir. Ancak yine de burada neo-liberal görüşlerden çok, bilişim ve iletişim alanındaki yeni teknolojilerin iş hukukunda bireysel iş sözleşmelerini yeniden önemli hale getirdiği söylenebilir. Ancak iş hukukunun kurum ve kurallarının bu dönemde “bireyselleşme” esasında değişim ve dönüşüm geçirecekleri anlaşılmaktadır. Bu dönemle birlikte “küreselleşme” olgusu karşısında klasik endüstri ilişkilerinde değişken ve yeni kavramların ortaya çıkmaktadır. “Bilgi toplumu”nun yeni işçi tipi olarak “bilgi işçisi”nin ihtiyaçlarına klasik endüstri ilişkileri içinde ve Toplu İş hukuku düzenlemeleri ile cevap

⁴⁴ SÜZEK, (Askıya Alınma), s.3

⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.25–27

⁴⁶ JAVILLIER, s.104–105, alıntı yapan MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 26

bulunamayacağı; bireysel pazarlık ve bireysel hizmet akitleri ve diğer esneklik uygulamaları ile çözüm getirilebileceği vurgulanmaktadır.⁴⁷

III. ÇEŞİTLİ ÜLKELERDEKİ İŞ GÜVENCESİ UYGULAMALARI

A. Almanya

Alman hukukunda işçi özel bir yasa ile feshe karşı korunmuş bulunmaktadır. Buna göre, ancak kanunda tespit edilmiş bulunan belirli sebeplerin gerçekleşmesi halinde iş akdinin feshi ihbarla sona erdirilmesi mümkündür. İhbar önellerine uyulması, işverenin işçiyi istediği zaman işten çıkarabilmesi için tek başına kâfi değildir. Feshi ihbarın sosyal yönden haklı bulunması gerekir.⁴⁸

"Feshe Karşı Korunma Yasası"nın 1. paragrafına göre, olağan fesih "sosyal açıdan adaletli" olmalıdır.⁴⁹ Olağan fesih kabul edilebilir belirli nedenlere dayanmıyorsa, sosyal açıdan haklı sayılmaz. İşçinin şahsından kaynaklanan nedenler, işçinin davranışından kaynaklanan nedenler ve işçilerin işyerinde çalıştırılmalarını olanaksız kılacak şekilde işyeri gereklerinden kaynaklanan sebepler, sosyal açıdan haklı nedenler olarak adı geçen yasada gösterilmiştir.⁵⁰ Bu sebeplere dayanmayan fesihler geçersizdir; diğer bir deyimle, iş akdinin taraflar arasında devam ettiği kabul edilir.⁵¹

İşçinin iş sözleşmesi işyeri gereklerinden dolayı feshedildiğinde, işveren işçinin seçiminde sosyal hususları yeterli ölçüde göz önünde tutmakla da yükümlüdür; yoksa fesih sosyal bakımdan haklı görülmez ve geçersiz sayılır.⁵²

İş sözleşmesi sona erdirilen işçi, feshin sosyal bakımdan haksız olduğu inancında ise, yapılan feshin geçersiz sayılması amacıyla bir tespit davası açabilir. Fesih için yasada öngörülen nedenlerin gerçekleşmiş olduğunu ispat yükü işverendedir.⁵³ Mahkeme feshin sosyal yönden haksızlığını kararlaştırırsa, feshi ihbar

⁴⁷ DPT 8. Beş yıllık Kalkınma Planı, **Küreselleşme Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, yayın no:2544, Ankara 2000, s.87 vd. , <http://ekutup.dpt.gov.tr/dunya/oik560.pdf>

⁴⁸ SÜZEK, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s. 33–34

⁴⁹ PREİS, s. 25, ULUCAN, Devrim, "Alman Hukukunda Feshe Karşı Korunmanın Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler", İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 239 'dan alıntı

⁵⁰ ULUCAN, Devrim, "Alman hukukunda Fesih", s.239

⁵¹ SÜZEK, **Fesih Hakkının Kötüye kullanılması**, s.34

⁵² TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi** (İşçinin Feshe Karşı korunması), İstanbul, 1991 s.38

⁵³ TTAŞKENT, **İş Güvencesi**, s.39

yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılır; iş akdi feshi ihbar hiç yapılmamış gibi devam ediyor kabul edilir.⁵⁴ Bununla birlikte, hukuka aykırı biçimde sözleşmesi feshedilen işçi, iş ilişkisinin devamı yerine tazminat isteme hakkına da sahiptir.⁵⁵

Ağırlaşan rekabet koşulları, değişen istihdam piyasası ve yapısal hale gelen işsizlik iş hukukunun işçiyi koruyucu klasik görünümünün değişmesine yol açmıştır. Sosyal devlet ilkesi sosyo-ekonomik ilişkilerde eskisi kadar belirleyici rol oynama özelliğini kaybetmeye başlamıştır.

İşçiyi feshe karşı koruma yasalarında yaşanmakta olan yumuşama çabaları bağlamında bu alanda en katı ve sınırlayıcı düzenlemelere sahip olan Almanya'da 25 Ağustos 1969 tarihli Feshe Karşı Koruma Yasası'nda 1995 tarihinde yapılan değişikle olağan fesih sınırlamalarının uygulanabilmesi için gerekli olan işçi sayısı 5'ten, 10'a çıkarılmıştır.

Ayrıca 25 Eylül 1996 tarihli değişikle işyeri gereklerinden kaynaklanan fesihlerde teknik ve işyeri koşulları gerektiriyorsa sosyal seçime gidilemeyeceği yolundaki hüküm değiştirilmiş ve bunun yerine işçinin kendi özelliklerini esas alan nedenler ön plana çıkarılmıştır.

Başka bir ifade ile getirilen yani düzenleme ile işyeri gereklerinden kaynaklanan işçi çıkarma işlemlerinde sadece işyeri gerekleri değil, işçinin bilgi düzeyi, yetenekleri ve üretkenliği, dengeli personel yapısı, işletme çıkarlarına uygunluğu ele alınacak ve bu niteliklere sahip işçiler sosyal seçime tabi olmayacakları için fesih işlemleri kapsamına girmeyeceklerdir.⁵⁶

Almanya'da günümüze kadar, feshe karşı koruma hukukunun şekillenmesinde, çok sık sosyo-politik çatışmalar olmuştur. Piyasa ekonomisiyle ilgilenen bazı yazarlar, Feshe Karşı Koruma Hukuku'nun Almanya'da ki artan işsizliği teşvik ettiği görüşündedirler.

Almanya'da, Feshe Karşı Koruma Hukuku'nun liberalleşmesinden istihdam politikasına yönelik teşvik bekleyen bir akım vardır. Kanun koyucu, 1 Ekim 1996 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere İş Hukuku'na İlişkin İstihdamı Teşvik Kanunu

⁵⁴ SÜZEK, *Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, s.37

⁵⁵ TAŞKENT, *İş Güvencesi*, s.39

⁵⁶ “Türk Hukukunda Değişim ve Arayışlar” 2001, TÜHİS (Mayıs-Ağustos), Cilt 16, 17sayı 1–6 s.19

ile Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun uygulama alanını daralttığı ve mevcut durumun korunması olmaksızın belirli süreli hizmet akitlerinin sona ermesini kolaylaştırdığı için şu anda Feshe Karşı Koruma Hukuku Almanya'da bir dönüm noktasında bulunmaktadır. Bu Kanunun, yürürlüğe girmesinden altı ay sonra dahi, iş piyasasında halen istihdam politikasına ilişkin kalıcı olumlu etkileri olmamıştır.

1997 Şubat'ında, 4,8 milyon işçi sayısı, Almanya'nın kurulmasından bu yana en yüksek işsizlik miktarına ulaşıldı. Bu nedenle, Almanya'da ki istihdam politikasına ilişkin inişin henüz tamamlanmadığından söz edilebilir.⁵⁷

Almanya'da en son 1 Ocak 2004 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Feshe Karşı Korunma Yasası'nda geçerli nedenle işçi çıkartabilmek için, 1999 yılından işletmelerde çalışan asgari işçi sayısı 5'e düşürülmüş iken son yapılan değişiklikle tekrar 10'a yükseltilmiştir. Böylece iş güvencesinden en az 6 aylık kıdemi olan ve 10'un üzerinde işçi çalıştıran işyerlerinde işçiler yararlanabilecektir. Yine 2009 yılı başına kadar geçici işçilerin azami sınırı 5 olarak tespit edilmiştir.⁵⁸ Bu tür değişiklikler genelde Almanya'da istihdam politikalarıyla, artan işsizlikle yakından ilgilidir.

B. Fransa⁵⁹

Fransız İş Kanununa göre, işveren işine son vermek istediği işçiyi önceden bir görüşme yapmak üzere çağırmak zorundadır. 30 Aralık 1986 tarihli yasa uyarınca, kural olarak çağrı taahhütlü mektupla yapılır.

Çağrı yazısında görüşme konusunun bildirilmesi gerekir. İşçi bu görüşmeye işyerinde çalışan işçilerden biri ile gelebilir. Görüşmede, işveren işçiye fesih nedenini veya nedenlerini bildirir; işçi de kendini savunur. Sözleşme, en az bir gün olan düşünme süresinin bitmesinden sonra sona erdirilebilir. Fesih bildirimi mutlaka yazılı şekilde olmalıdır.

⁵⁷ PREIS, Ulrich, (1997) "Federal Almanya'da Feshe Karşı Koruma Hukuku" (Çev. Nurşen Caniklioğlu) Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri,(6-7 Nisan 1997) İstanbul Alkım Yayınevi, s.26

⁵⁸ TANTEKİN Damla Ömür, "Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli ve Haklı Nedenle Feshinde 4857 Sayılı İş Yasası Hükümlerinin 158 Sayılı İlo Sözleşmesi ve Fransız Mevzuatı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", 2004, www.turkhukuk sitesi.com/makale_136.htm

⁵⁹ TAŞKENT, **İş Güvencesi**, s.40-42, DEMİR, Fevzi, **İş Güvencesi Hukuku**, İzmir 1999, s.141-147, SÜZEK, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s.44-52

Yasal formaliteye uyulmaması, fesih işleminde hakkın kötüye kullanıldığının öne sürülebilmesi için yeterli sayılır. Ancak fesih belirttiğimiz usule uygun olarak kullanılmış olmasa bile, gerçek ve ciddi nedenlerden kaynaklanmış ise, 13 Temmuz 1973 tarihli yasaya göre, yargıç fesih işleminin yeniden yapılmasına ve işverenin işçiye en çok bir aylık ücreti tutarında tazminat ödemesine karar verebilir. Ancak bunun için, işçinin ondan fazla işçi çalıştıran bir işyerinde en az iki yıldır çalışıyor olması gerekir.

30 Aralık 1986 tarihli yasa, feshin işçinin disipline aykırı bir davranışından veya ekonomik nedenlerden dolayı yapılması halinde, fesih bildiriminde buna ilişkin nedenlerin de belirtilmesini öngörmektedir. Bunun dışındaki fesihlerde, işveren, ancak işçinin yazılı olarak talep etmesi üzerine, gerçek ve ciddi fesih nedenlerini bildirmekle yükümlü tutulmuştur.

"Gerçek ve ciddi" fesih nedenlerinin neler olacağı yasa da belirtilmemiş, bunun takdiri yargıca bırakılmıştır.

13 Temmuz 1973 tarihli yasa, hukuka aykırı bir feshin varlığı halinde, işçinin işe iadesini öngörmemiştir. Buna göre, en az on bir işçinin çalıştığı bir işyerinde, kıdemi iki yılı aşan bir işçi söz konusu olduğunda, işten çıkarma gerçek ve ciddi bir sebebe dayanmıyorsa, yargıç işçinin kazanılmış hakları ile birlikte işe iadesini önerebilir. Taraflardan birinin bu öneriyi kabul etmemesi halinde, yargıç işçiye son altı aylık ücretinden az olmamak üzere bir tazminat ödenmesine karar verir.

Ekonomik nedenlere dayalı fesihlerde işveren, 3 Ocak 1975 tarihli yasa uyarınca, kararını idari makama bildirmek ve bu makamın iznini almak zorundadır. Burada bireysel bir işten çıkarma söz konusu ise, idari makam gösterilen ekonomik nedenin gerçekten var olup olmadığını araştırır. Bunun yanında konunun ayrıca işyeri (işçi) kurulunda da görüşülmesi gerekir.

Yukarıda belirtilen usul kurallarına uyulmamasının belirli yaptırımları vardır. İşveren ceza sorumluluğu yanında, idari makamdan izin almaksızın uyguladığı işçi çıkarmalarda, fesih hakkını kötüye kullandığı için, belli bir tazminat ödemekle yükümlü olur. İşçinin yasadan ve sözleşmeden doğan diğer hakları saklıdır. İşyeri kurulu üyeleri, işyeri işçi temsilcileri ile sendika temsilcileri, görevlerini herhangi bir ayrımla karşılaşmaksızın veya keyfi bir fesih tehlikesi altında bulunmaksızın

serbestçe yapabilmeleri bakımından, feshe karşı özel bir biçimde korunmuş durumdadırlar.

İşçinin iş sözleşmesinin derhal feshi, ancak ağır bir kusurunun varlığında söz konusu olabilir. Bunun için uyulması gereken yöntem süreli fesihle aynıdır.

C. İngiltere

Anglosakson Hukuk sistemine dâhil olan İngiliz Hukukunda işçi-işveren ilişkileri, başlıca üç kaynak tarafından düzenlenmektedirler. Bunlar örf ve adet hukuku (common law), özellikle 1963 yılından itibaren meydana getirilen kanunlar ve Roma Antlaşmasıdır.

1963 yılına kadar büyük ölçüde örf ve adet hukukuna dayanan İngiliz İş Hukukunda, 1963 yılında Hizmet Akitleri Kanunu kabul edilmiş, bu kanunla hizmet akitlerinin feshedilebilmesi için uyulması gerekli asgari ihbar önellere düzenlenmiştir. İş güvencesinin sağlanması amacıyla feshe karşı korunma alanında en önemli gelişme ise, 1971 tarihli Endüstriyel İlişkiler Kanununda feshe karşı korunma kavramının ILO'nun 119 sayılı tavsiye kararından yaralanılarak ele alınması olmuştur; bu kanun ile hizmet akdinin feshedilebilmesi için sebebe dayanma zorunluluğu getirilmiştir. Bu kanunun dışında, iş güvencesine ve hizmet akitlerine ilişkin bazı kanunlar, 1978 tarihli İstihdamı Koruma Kanunu bünyesinde birleştirilmiştir. Keza, 1988 tarihli İş Kanunu da iş güvencesi alanında bugün geçerli olan diğer bir kanundur.⁶⁰

İngiliz Hukukunda, eğer işçi işten çıkarılmasının haklı görülebilecek bir nedene dayanmadığını iddia ve ispat ederse, işverene karşı belirli taleplerde bulunabilir. Özellikle işverenin doğruluk ve güven kurallarına aykırı olarak sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda, fesih hukuka aykırı sayılır. Buna karşılık işveren iş ilişkisini, işçinin mesleki yeteneksizliği, davranışları, ekonomik durumun zorunlu kıldığı ölçüde işgücünü azaltmak gibi sebeplerle ortadan kaldırdığını ispat ederse, fesih haklı kabul edilir.⁶¹

⁶⁰ ALPAGUT, Gülsevil, “İngiliz Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, Marmara Üniversitesi İş Hukuku Dergisi, C.2. 1992, sayı 1–4, s. 30–31

⁶¹ TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi**, s. 46

Hukuka aykırı olarak sözleşmesi feshedilen işçi için üç olanak söz konusudur. İşçi eski işinde çalışmaya devam etmek isteyebilir. Bu durumda iş ilişkisi hiç bozulmamış sayılır. Feshin haklı bir nedene dayanmadığını saptamış olan mahkeme önce bu yolun açık olup olmadığını araştırır. Eğer işçinin eski işinde çalışmasını sürdürmesi pratik olarak mümkün değilse, mahkeme ona eski işyerinde kendisine uygun başka bir iş verilmesini kararlaştırabilir. İşverenin verilen karara tam olarak uymaması durumunda, mahkeme işvereni işçiye 6250 İngiliz Sterlini'ne kadar varan bir tazminat ödemeye mahkûm edebilir. Yargıç bunun dışında, ayrı bir tazminata dahi hükmedebilir.⁶²

İstihdamı Koruma Kanunu, ihtiyaç fazlalığı nedeniyle işgücü azaltma yoluna gidecek işverenlere bazı yükümlülükler getirmiştir.

Bunlardan birincisi; işverenin yetkili sendika temsilcileri ile görüşmesi, onların görüşünü almasıdır. İşveren, yapacağı bu görüşmede gerek işgücü azaltması, gerekse bu azaltmanın işçi üzerindeki sonuçlarının mümkün olduğunca hafifletilmesine ilişkin alınabilecek tedbirler konusunda sendikaların önerilerini almak zorundadır. Kanun, işverene bireysel azaltmalarda bu görüşmeyi, " mümkün olan en kısa zamanda" yapma yükümü getirmiştir. Toplu işgücü azaltması diyebileceğimiz on veya daha fazla işçinin hizmet sözleşmesine son verildiği durumlarda ise, 99/3 maddeyle asgari süreler getirilmiştir.⁶³

Buna göre, işverenin, 30 günlük veya daha kısa bir süre içinde 10–99 işçinin iş akdini feshetmesi durumunda en az 30 gün, 100 veya daha fazla işçinin 90 günlük veya daha kısa bir süre içinde iş akitlerini feshetmesi durumunda en az 90 gün önceden yetkili sendikalarla görüşmeye başlaması gerekir. İşveren, görüşmelere başlarken, ayrıca sendika temsilcisine yazılı olarak işgücü azaltmanın nedenlerini, ihtiyaç fazlasına konu teşkil eden işçi sayısı ve niteliklerini, işletmede istihdam edilen toplam işçi sayısını, feshe uğrayacak işçilerin tespitinde önerilen yöntemi ve fesihlerin yürürlüğe gireceği dönemi içeren bilgileri vermek zorundadır.

Toplu işçi çıkarma durumunda, işverene kanunla getirilen ikinci bir ödev ise, durumdan Çalışma Bakanlığı'nın ilgili dairesini haberdar etme gereğidir. Bu bilgi,

⁶² TAŞKENT, s.46–47

⁶³ ALPAGUT, s. 36

ilgili dairelere işten çıkarmaları önlemek veya asgari hadde indirmek üzere yerel makamlarla gerekli incelemelerde bulunarak işgücü azaltma isteklerinin işyerinin nakli ya da planlama ihtiyaçlarından kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti için verilmektedir. Daireye verilecek bilgiler ile sendikalara verilecek bilgiler aynıdır.⁶⁴

İstihdamı Koruma Kanunu'nda sendikal özgürlük de düzenlenmiş; sendikal faaliyet ve sendika üyeliği nedeni ile gerçekleştirilen fesihler, haksız fesih olarak nitelendirilmiştir. Kanunun 58. maddesine göre, işverenin işçiyi bağımsız bir sendikaya üye olması veya üye olmayı düşünmesi nedenleriyle işten çıkarması haksız fesih teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra yine aynı maddede işçinin çalışma saatleri dışında veya içinde (işverenle yapılmış bir anlaşmaya dayanarak veya işverenin rızası ile) sendikal faaliyetlere katılması nedeni ile hizmet sözleşmesinin feshi de haksız fesih olarak kabul edilmiştir.

İstihdamı Koruma Kanunu'nun feshe karşı koruma bakımından özel olarak düzenlediği bir diğer durum hamilelik ve analık nedeniyle fesihtir. Kanunun 60. maddesinde, bir yıldan fazla sürekli olarak çalışmış kadın işçinin kural olarak hamileliği veya bununla bağlantılı diğer bir nedenden ötürü işten çıkarılması, haksız fesih olarak kabul edilmiştir.⁶⁵

D. İspanya

İspanya Hukuku'nda fesih işleminin nedenleri ile birlikte yazılı bir şekilde yapılması gerekliliği vardır. Eğer fesih objektif bir nedene dayandırılıyorsa geçerli sayılır. İşçinin yeteneksiz olması ve bu sebeple işini tam olarak yapamaması veya teknolojik bir değişikliğe uyum sağlayamaması gibi sebepler haklı neden sayılmaktadır.

Eğer fesih haklı bir nedene dayanmıyorsa işveren ya işçiyi geri alır; ya da işçiye her çalışma yılı için 45 günlük ancak en fazla 42 aylık ücreti tutarında tazminat öder.

İşçi temsilcileri, hamile ve emzikli kadın işçiler feshe karşı özel olarak korunmuşlardır.⁶⁶

⁶⁴ ALPAGUT, s.37

⁶⁵ ALPAGUT, s.38-39

⁶⁶ TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi**, Hazar Yayınları, İstanbul 1991, s.48

E. İtalya

İtalya'da iş güvencesinin korunması bakımından ileri hükümleri kapsayan 15 Temmuz 1966 tarihli kanundan önceki devrede işverenin feshi ihbar hakkı kanunla sınırlandırılmış değildi. Belirsiz süreli iş akitlerinde işveren ihbar önellerine uymak suretiyle hizmet sözleşmesini geçerli olarak feshedebiliyordu. Feshi ihbar sebeplerinin denetimi akdin feshinden sonra hakkın kötüye kullanılması teorisinin uygulanmasıyla mümkün olabiliyordu.

15 Temmuz 1966 tarihli Kanunun (norme sui licenziamenti individuali) yürürlüğe girmesiyle durum tamamen değişmiş; yargıcı feshi ihbar hakkı üzerinde çok geniş bir denetim olanağı sağlanmıştır. Feshi ihbar hakkının sınırlandırılmasında bir reform niteliğinde bulunan 1966 tarihli kanunla İtalyan Hukuku bu konuda işçiyi feshe karşı en çok koruyan hukuk sistemleri arasında yer almıştır.⁶⁷

15 Temmuz 1966 tarih ve 604 sayılı yasaya göre süreli fesih haklı bir sebebe dayandırılmak zorundadır. Eğer fesih işçinin hizmet sözleşmesini önemli ölçüde ihlal etmesinden veya işyeri gereklerinden kaynaklanıyorsa böyle bir nedenin bulunduğu kabul edilir. İşçinin hizmet sözleşmesini önemli ölçüde ihlal etmesi, öğretide feshi subjektif açıdan haklı kılan bir neden olarak kabul edilmektedir. İşçinin politik veya dini inançları ya da sendikal faaliyetleri nedeniyle yapılan fesihler geçersiz sayılır.

Tüm bunlar İtalyan hukukunda da bulunan "hakların kötüye kullanılamayacağı" yolundaki genel ilkenin somutlaştığının bir göstergesidir. 1966 tarihli yasanın kapsamına giren işçilerin feshi için özel bir yöntem öngörülmüştür. Buna göre öncelikle fesih bildiriminin yazılı olması gerekmektedir. Bununla birlikte işçinin talebi durumunda işveren fesih nedenlerini yine yazılı olarak bildirmek zorundadır.⁶⁸

Alman Hukuku'ndaki gibi İtalyan Hukuku'nda da ispat yükü ters çevrilmiştir. 1966 tarihli kanunun 5. maddesine göre işveren feshi ihbarın haklı bir neden ya da haklı bir saikle yapıldığını ispat edecektir.⁶⁹

⁶⁷ SÜZEK, *Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, s.41

⁶⁸ TAŞKENT, *İş Güvencesi*, s.43

⁶⁹ SÜZEK, s.42

Ancak, tüm bu şekil kuralları derhal fesih durumları için söz konusudur. Toplu işten çıkarma uygulamaları bunun kapsamı dışındadır. Yapılan feshin hukuka aykırı olmasının belirlenmesi durumunda mahkemenin kararı üzerine, işveren işçiyi tekrar işe almakla yükümlüdür.⁷⁰

Burada bir noktaya dikkat çekmek gerekmektedir. Keyfi olarak işten atılan işçi, sermayesi olmayan ve üretim araçlarına sahip bulunmayan bir işçi maddi durumunu nasıl koruyacaktır? O işçi için eve ekmek götürmek en önemli sorundur. İşten atılan işçi belki de arkadaşlarının içine bile çıkamayacak, onların yüzüne bakamayacak ve psikolojik baskılar altında kalacaktır. İtalyan mahkemeleri tarafından verilen bir karar bu durumu şöyle ifade etmektedir: "Sebepsiz olarak işten atılan işçi, çevresini ve sosyal ortamını kaybeder. Bu açıdan bu derece geniş bir yetki işverenlere tanınmaz. Bu sebeple işçinin işe iadesi gerekir." Herhalde, işçinin maddi ve manevi haklarının korunması göz önüne alındığında, keyfi feshlerin bu maddeye uymadığı görülmektedir.⁷¹

15 Temmuz 1966 tarih ve 604 sayılı bu yasanın bazı kısımları, 20 Mayıs 1970 tarih ve 300 sayılı yasa ile değiştirilmiştir. Buna göre; 604 sayılı yasaya göre işçi sayısı 35'i aşan bir işveren eğer işçiyi tekrar işe almak istemiyorsa, en az beş en çok on aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemek zorundaydı. 300 sayılı yasaya göre ise 15' ten fazla işçi çalıştırılan endüstri ve ticaret işletmelerinde sadece işe iadeyi öngörmekte ve işverene tazminat ödeme yolu ile işçiyi işe almama hakkını vermemektedir. İşverenin mahkemenin kararına rağmen işçiyi işe almaması durumunda, mahkemenin karar tarihinden, işçiyi tekrar işe alıncaya kadar geçecek süreye ilişkin ücretleri işçiye ödemek zorunda kalacaktır. Bu ücretlere ilaveten işçi en az beş aylık ücreti tutarında tazminat isteme hakkına da sahiptir.⁷²

İtalyan Hukuku'nda işletme kurulu üyeleri ile işçi temsilcilerinin iş akitleri üyesi bulundukları mahalli sendikanın onayı alınmaksızın feshedilemez. Anlaşmazlık durumunda bir hakem kurulu sorunu çözümler. Hakem kurulu feshin geçersiz ve hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmediğini kararlaştırabileceği gibi, fesihten

⁷⁰ TAŞKENT, s.43

⁷¹ TAŞKENT, Savaş, "Dünya'da ve Türkiye'de İş Güvencesi" konulu panel, İzmir 1991, Belediye İş Yayınları, **İş Güvencesi**, s.46

⁷² TAŞKENT, **İş Güvencesi**, s.44

doğan kanuni haklar dışında kurul üyesi ya da temsilcinin 5 ila 8 aylık ücreti tutarında özel bir tazminat ödenmesi şartıyla feshe izin verebilir.⁷³

F. Belçika

Belçika Hukukunda feshi ihbar konusunda akit serbestisi ilkesi geçerlidir. Taraflar ihbar önellerine uymak şartıyla belirsiz süreli hizmet akitlerine her zaman son verebilirler.⁷⁴

Eğer sözleşme işveren tarafından fesih edilirse, feshin geçerli olabilmesi, fesih bildiriminin yazılı olarak taahhütlü mektupla yapılmasına bağlıdır.⁷⁵

Ancak feshin geçerliliği için bir sebebe dayanması veya resmi bir makamın onayına gerek yoktur.⁷⁶

Fesih bildirim süresi işveren için 28 gün, işçi için 14 gündür. Ancak aynı işletmede aralıksız olarak yirmi yıl çalışmış işçi için bu süreler iki katına çıkmaktadır. İşçi veya işveren tarafı önemli bir nedenin varlığı halinde hizmet sözleşmesini derhal fesih yolu ile feshedebilirler. Fesih nedeninin önemli bir neden olmadığı ortaya çıkarsa fesih için talepte bulunan taraf tazminat ödemeye mahkum edilir. İşveren işçiye zarar vermek amacıyla veya işçinin kanuni bir hakkını kullanması nedeniyle fesih hakkını kullanacak olursa, fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olur. Burada önemli olan kıstas işverenin fesih hakkını ne amaçla kullandığıdır. Ancak işverenin sorumluluğu için zarar kastının bulunduğu ispatı oldukça güçtür.⁷⁷

Belçika'da işverenin fesih hakkı daha çok toplu sözleşmelerle sınırlandırılmaktadır. Belçika'da işçiyi feshe karşı korumada daha çok bu yöntem gelişmiştir. Toplu iş sözleşmelerinde hizmet sözleşmesinin feshi halinde yüklü bir fesih tazminatı ödeneceği öngörülmekte; böylece işverenin fesih serbestisi geniş ölçüde kısıtlanmaktadır.⁷⁸

⁷³ SÜZEK, **Feshin Kötüye Kullanılması**, s.42

⁷⁴ SÜZEK, age, s.52

⁷⁵ TAŞKENT, **İş Güvencesi**, s.41

⁷⁶ KAPLAN, Emine Tuncay, **İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Ankara, 1987, s.82

⁷⁷ KAPLAN, age, s.99

⁷⁸ SÜZEK, age, s.54

Ayrıca belirli durumlardaki işçiler feshe karşı özel olarak korunurlar. İşveren kadın işçinin sözleşmesini onun hamile olduğunu öğrendiği tarihten itibaren doğum izninin bitimine kadar feshedemez. Ancak işveren ispat yükü kendisine ait olmak üzere haklı bir nedene dayanarak sözleşmeyi feshedebilir. İşçinin askerlik veya sivil savunma hizmeti nedeniyle de işveren sözleşmeyi feshedemez. İşveren, sendika yöneticileri veya temsilcilerinin iş akitlerini, görevlerini yapmaları ile ilgili bir nedenden dolayı feshedemez. Eğer işveren sendika temsilcisinin işini haklı bir nedene dayanarak feshetmek istiyorsa öncelikle sendikanın onayını almak zorundadır. Bunu yapmaması durumunda işveren mahkeme tarafından işçiye tazminat ödemeye mahkûm edilir. Fesihten doğan tazminat hakları da saklı kalır.⁷⁹

IV. TÜRKİYE’DE TARİHİ GELİŞİM.

Türkiye’de İş hukukunun gelişmesi diğer ülkelere nazaran daha geç olmuştur. Zira iş hukukunun gelişmesi sanayinin gelişmesi ve işçi sayısının artmasına bağlıdır. Ülkemizde, Avrupa’dakine benzer sanayinin kurulması çok geç olmuştur.

Osmanlı İmparatorluğu’nun son zamanlarında ve hatta Cumhuriyetin başlarında, çalışma hayatının genellikle tezgâh ve el işlerine dayanması ve çok sayıda işçinin çalışmasını gerektiren seri üretime dayanan sanayileşmenin türlü nedenlerle başlayamamış olması, İş Hukukunun da gelişmesini engellemiştir.⁸⁰

A. Cumhuriyetten Önceki Dönem⁸¹

Osmanlı döneminde çalışma ilişkilerinin düzenlenmesinde esnaf kuruluşları tarafından oluşturulan kurallar belirleyici rol oynamışlardır. Bu kuruluşlarda çıraklık, kalfalık, ustalık biçiminde hiyerarşik bir ilerleme söz konusu idi. Loncaların yönetim ve işleyişinde oldukça demokratik esaslar geçerliydi. Ayrıca kurulan bir “Orta Sandığı” yaşlılık, hastalık, sakatlık ve ölüm gibi hallerde lonca mensuplarına ve geride kalanlarına yardım götürmekteydi.

Osmanlı İmparatorluğunda Tanzimat döneminde, çalışma yaşamına ilişkin mevzuatın öngörülmeğe başlandığı görülmektedir. Bu dönemde çıkarılan 1865 tarihli Dilaver Paşa nizamnamesi ve 1869 tarihli Maadin Nizamnamesinde esas itibarıyla

⁷⁹ TAŞKENT, **İş Güvencesi**, s.45

⁸⁰ ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 17. Bası, Beta yayınevi, İstanbul, 2004, s.5

⁸¹ SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s.10

Madenlerde çalışan işçilerin ücretleri, iş süreleri ile sağlık ve güvenliklerine ilişkin bazı kurallar öngörülmüştür. 1877 yılında yürürlüğe konan Mecelle'nin kira sözleşmesini düzenleyen 2. kitabında İş ilişkilerine de yer verilmiştir. Mecelle'de işçi ve işveren taraflara sözleşme serbestisi içinde ilişkilerini düzenleyebilme olanağı tanınmış, emredici nitelikte kurallar öngörülmemiştir.

Kurtuluş Savaşı devam ederken 1921 yılında Büyük Millet Meclisi tarafından 151 sayılı Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin hukukuna müteallik kanun çıkarılmıştır. Uygulama alanı Ereğli Havzası ile sınırlandırılan bu yasa bölgede çalışan maden işçilerini, en az çalışma yaşı, asgari ücret, iş süreleri, işçi sağlığı gibi konularda koruyucu nitelikte kurallar getiriyor, iş kazası halinde tazminat ve ceza yaptırımına ilişkin hükümler öngörüyordu.

B. Cumhuriyet Dönemi⁸²

Cumhuriyetin ilanından sonra kabul edilen 1924 Anayasası toplanma ve dernek kurma hakkını tanımıştır. Ancak 4 Mart 1925'de Takriri Sükûn Kanunu ile karşı karşıya kalınmıştır. Bu kanun dernek kurma veya mesleki olarak örgütlenme olanağını ortadan kaldırmıştır.

Yine 1924 yılında doğrudan iş hukuku ile ilgili bulunan Hafta Tatili Kanunu ile 1926 yılında Borçlar Kanunu çıkarılmıştır.

Sanayi gelişmelerinin sonucu olarak, İş hukuku alanında daha önce çıkarılmış Hafta Tatili Kanunu ile 1929 yılında çıkarılan Umumi Hıfzısıhha Kanununa karşın, çalışma hayatına ilişkin çeşitli genel hükümleri düzenleyecek ve uygulanmakta olan devletçilik ilkelerine uygun bir çalışma düzeni kuracak genel bir iş kanununu çıkarılması zorunluluğu duyulmuştur. Borçlar Kanunu çalışma hayatına ilişkin hükümleri de kapsamına rağmen liberal nitelikleri ağır basan bir kanun olduğundan yetersiz görülüyordu. Nitekim 3008 sayılı yasa 1936 tarihinde kanunlaşmış ve 15.6.1937 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak bu yasada o günün şartları ve gerekleri gereği grev ve lokavt yasağı söz konusudur. Ayrıca bu yasada bedenen ve fikren çalışma ayrımı getirilmiş ve fikren çalışanlar yasa kapsamında

⁸² ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, s.8–13, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku** Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.33–37, SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, s.12–14

görülmemişlerdir. Yine kapsam bakımından yasanın en az 10 işçi çalıştıran işyerleri için uygulanacağı kuralı getirilmiştir.

İkinci Dünya Savaşından sonra Türkiye'nin Birleşmiş Milletler Teşkilatına girmesiyle, demokratik devlet olma yolundaki çabaları, sosyal adalet gereklerine ve demokratik esaslara uygun kanunların çıkarılması ortamını yaratmıştır. 3008 sayılı yasanın uygulanmasıyla görevli İktisat Vekâletine bağlı olarak kurulan İş dairesinin yerini 1945 yılında Çalışma Bakanlığı almıştır. Ayrı bir bakanlığın kurulması ile bu dönemde İş hukuku ile ilgili birçok kanunun uygulamaya konulması sağlanmıştır. 1947 yılında 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanunun, 1952 yılında 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 1954 yılında 6379 sayılı Deniz İş kanunu örnek gösterilebilir.

1961 Anayasası Türk İş Hukukunda tarihi bir dönemi ifade eder. Anayasa 2. maddesinde, devleti "sosyal devlet" olarak nitelemiştir. Bu madde gerekçesinde de "sosyal devlet"i çalışma ve sosyal adalet ilkelerine dayanan bir devlet olarak tanımladıktan sonra, iktisaden zayıf olanları, özellikle işçi ve müstahdemleri, her türlü dar gelirli ve yoksul kimseleri himaye etmeyi görevleri arasında göstermiş ve böylece demokrasi anlayışına, ekonomik ve sosyal bir derinlik kazandırmıştır,

1961 Anayasası, "Temel Haklar ve Ödevler" başlığı taşıyan ikinci kısmın üçüncü bölümünü, "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" e ayırmıştır. Böylece temel haklar kategorisinde kabul ettiği sosyal ve ekonomik haklar arasında da modern İş Hukukunun temel ilkelerine yer vermiştir. "V. Çalışma İle İlgili Hükümler" başlığı altında sırasıyla; çalışma hakkı ve ödevi (md.42), çalışma şartları (md.43), dinlenme hakkı (md.44), ücrette adalet sağlanması (md.45), sendika kurma hakkı (md.46), toplu sözleşme ve grev hakkı (md.47) kenar başlıkları altında düzenlediği ayrıntılı hükümlerle yer vermiştir. Bu şekilde 1961 Anayasası ile toplu iş hukuku alanında o zamana kadar suç sayılan grev ve yine o zamana kadar mevzuatta gerçek hukuksal kimliği ve anlamıyla yer bulamayan toplu sözleşme hakkı (Borçlar Kanununda 116. maddede "umumi mukavele" başlığı altında sosyolojik olarak yürürlüğe girememiş bir toplu sözleşme hakkı işçi ve işverenlere tanınmıştı) tanınmıştır. Yine sendika kurma hakkı yanında genel olarak bireysel iş hukukunun birçok kavramı (çalışma hakkı, özel olarak korunması gereken çocuk, genç ve

kadınların çalışma şartları, ücretli hafta ve bayram tatili, yıllık ücretli izin hakları, ücrette adalet) anayasal temel sosyal haklar olarak tanınmıştır. Böylece modern iş hukukunun bu önemli düzenlemeleri, anayasal koruma altında kurumsal nitelik kazanmışlardır.

Yeni Anayasa'nın espi ve esaslarına uygun olarak hazırlanan ve kısa zamanda yasalaşan iş mevzuatı arasında 15 Temmuz 1963 tarihli ve 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile aynı tarihli ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu özel bir öneme sahiptirler. Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde (özellikle ILO'nun 98 sayılı sözleşmesi) öngörülen modern bir sendika ve toplu iş sözleşmesi düzeninin kurulmasına olanak veren esasları içeren bu iki kanundan 274 sayılı Kanun, 5018 sayılı Kanunu; 275 sayılı Kanun ise 3008 sayılı Kanunun grev ve lokavt yasaklarına, zorunlu uzlaştırma ve tahkime ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. İş hukukunun toplu iş ilişkileri alanındaki bu gelişimi 17 Temmuz 1964 tarihinde kabul edilen ve sosyal güvenlik alanında reform niteliğinde olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu takip etmiştir. İşçi ve işverenlerin sendikal haklarını düzenleyen 274 sayılı Sendikalar Kanunu yanında, Anayasa'nın 46. maddesi gereğince ilk defa işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti personelinin sendikal haklarını düzenleyen bir kanuni metin olarak 8 Haziran 1965 tarihli ve 624 sayılı Kanun da yeni anayasal dönemdeki gelişmelerde özel bir yere sahiptir.

1961 Anayasası döneminde bireysel iş ilişkileri alanında da önemli gelişmelere tanık olunmuştur. Nitekim 20 Nisan 1967 tarihli 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile 7283 sayılı Kanunla değişik 6379 sayılı Deniz İş Kanunu yürürlükten kaldırılmış; bu gelişmeyi takiben bireysel iş ilişkilerinin temel ve genel kanunu olan 3008 sayılı İş Kanunu yerine anayasal sosyal devlet ilkesi ve anayasal esaslara uygun, ekonomik, teknik ve sosyal yönden sürekli gelişen toplumsal yaşamın bir parçası olarak çalışma yaşamının gereklerine cevap verebilecek yeni bir iş kanunu hazırlanması yönündeki çalışmalar da hızlanmış ve sonuç olarak 28 Temmuz 1967 tarihinde, 3008 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 931 sayılı yeni İş Kanunu kabul edilmiştir. İki yıldan fazla bir süre yürürlükte kalan bu kanunun, Anayasa Mahkemesi'nin 14 Mayıs 1970 tarih ve E.1967-40, K.1970-26 sayılı kararı ile şekil yönünden Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi üzerine birkaç hüküm dışında içeriği aynı olan yeni bir iş kanunu; 1475 sayılı İş Kanunu, 25 Ağustos 1971

tarihinde kabul edilmiştir. Bilahare müteaddit değişikliklere maruz kalan 1475 sayılı Kanun, otuz yıldan fazla bir süre yürürlükte kalarak iş ilişkilerini düzenlemiştir.

1961 Anayasası ile tüm toplumsal alanlarda olduğu gibi iş hukuku alanında da başlayan çok olumlu gelişmeler, tehlikeli siyasal kamplaşma ve ardından patlak veren anarşik ortam nedeniyle durmuş, hatta geriye gidişler söz konusu olmuştur. Nitekim bazı hükümleri, Anayasa Mahkemesi tarafından 9 Şubat 1972 tarih ve E. 1970/48, K. 1972/3 sayılı kararı ile iptal edilmekle birlikte 29 Temmuz 1970 tarihli ve 1317 sayılı Kanunla, 274 sayılı Sendikalar Kanununda önemli değişiklikler yapılmış; henüz tasarı halinde iken bu kanuna tepki olarak ortaya çıkan 15-16 Haziran olayları ile anarşik ortam daha da ağır bir trende girmiştir. Bu ve benzeri olumsuz gelişmelerden etkilenen birçokları, sosyal uyanışın ekonomik gelişimin önüne geçtiği düşüncesiyle 1961 Anayasası ile ülkenin yönetilemeyeceği iddiasında bulunuyorlardı ki çok geçmeden Anayasa'da 30 Haziran 1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanunla, temel hak ve özgürlükleri ve bu arada sendikal hakları (md.46) da kısıtlayan çok önemli bir değişiklik yapıldı. Esasen bu tarihten önce 13 Mayıs 1971'de kabul edilen 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun, sıkıyönetim komutanına tanıdığı yetkilerle (md.3'ün özellikle (f) ve (g) fıkraları) sendikal hakların kullanılmasına, tabiatıyla sıkıyönetim dönemi ile sınırlı olmak üzere (anarşi nedeniyle sürekli sıkıyönetim uygulaması söz konusuydu), kısıtlamalar getirilmiş bulunuyordu.

Anarşi ve terör ortamının, kamu düzenini yıkacak ölçülere varmasını takiben gelen 12 Eylül 1980 askeri darbesi ertesinde oluşturulan ve yasama ve yürütme yetkilerini elinde toplayan Milli Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılan bildirilerle her türlü sendikal faaliyetler durdurulmuş, bu nedenle de 10 Ekim 1980 tarihli ve 2316 tarihli Faaliyetleri Durdurulan Sendika, Federasyon ve Konfederasyonlara Kayyım Tayini Hakkında Kanun ile 24 Aralık 1980 tarihli ve 2364 sayılı Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Sosyal Zorunluluk Hallerinde Yürürlüğe Konulması Hakkında Kanun kabul edilerek, olağan rejim ihdas edilene kadar, çalışma yaşamında düzen sağlanmak istenmiştir.

Danışma Meclisi tarafından hazırlanan ve Milli Güvenlik Konseyi tarafından son şekli verilerek onaylanan 1982 Anayasası, 7 Kasım 1982'de yapılan halk

oylamasında kabul edilerek 2709 kanun sayısı ile yürürlüğe girmek suretiyle iş hukukumuzun gelişim çizgisi bakımından, tıpkı 1961 Anayasası gibi, ancak farklı bir espri ve anlayışın eseri olan yeni bir dönemi başlatmıştır.

Çoğunluğun iktidarını özgürlükçü ve çoğulcu bir toplum anlayışı ile sınırlamaya yönelik 1961 Anayasası'na karşılık, özgürlükler ve haklar düzenini sınırlayarak devlet otoritesine öncelik veren 1982 Anayasası, bu esprisine uygun bir şekilde iş hukukuna ilişkin ilkeleri bakımından da özgürlükleri sınırlayıcı bir içeriğe sahip olarak toplumun karşısına çıktı. Sistematığı 1961 Anayasası ile hemen hemen aynı olmak üzere, "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde "V. Çalışma ile ilgili hükümler" kenar başlığı altında sırasıyla; çalışma hakkı ve ödevi (md.49), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (md.50), sendika kurma hakkı (md.51), sendikal faaliyet (md.52); "VI. Toplu iş sözleşmesi, grev hakkı ve lokavt" kenar başlığı altında ise toplu iş sözleşmesi hakkı (md.53), grev hakkı ve lokavt (md.54) ayrıntılı hükümlerle yer almaktadır. "VII. Ücrette adalet sağlanması" kenar başlığı altında 55. maddede ücret adaleti ve asgari ücret, "X. Sosyal güvenlik hakları" kenar başlığı altında da "Sosyal güvenlik hakkı'na (md.60), "Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenlere (md.61), "Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları" na (md.62) ilişkin hükümler bulunmaktadır. Anayasa'nın vazettiği bu esaslara bakıldığında, önce kısa hükümlerle hakları tanımladığı, ardından da ayrıntılı sınırlayıcı hükümler getirdiği; lokavtı hak olarak tanımak suretiyle, sosyal devletin güçsüzlerden yana olma niteliği ile çelişen bir başka özelliğinin daha ortaya çıktığı yönündeki eleştirilerin giderek genel kabul görmesi, işçi sendikalarının tepkileri ve zamanla daha liberal, demokratik bir siyasal ortamın oluşması sonucunda 49. maddede değişiklik yapılarak devletin sadece çalışanları değil işsizleri de koruyucu tedbirler alması görevleri arasına sokulmuş; aynı maddede devletin, çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma görevi ifade edilmekle birlikte işçi ve işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirleri almasını öngören hüküm metinden çıkarılmış (3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun); sendika kurma hakkını çalışanlar bakımından işçilere münhasır olarak tanıyan ve düzenleyen 51. madde değiştirilmiş; "işçiler" yerine "çalışanlar" ifadesine yer verilerek maddede buna göre düzenlemeye gidilmiş (3 Ekim 2001 tarihli ve 4709

sayılı Kanun); sendikal faaliyete ilişkin 52. madde kaldırılmış (23 Temmuz 1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun); 53. maddeye kamu görevlilerinin toplu görüşme hakları eklenmiş ve düzenlenmiş (23 Temmuz 1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun); madde 55'te asgari ücretin tespitinde "çalışanların geçim şartları"nın da göz önünde bulundurulacağı şeklinde değişiklik yapılmıştır (3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun).

Yeni Anayasa'nın, öncekinden farklı espi ve esasları nedeniyle iş ilişkilerini düzenleyen mevzuatın da değiştirilmesi gereği duyulmuş ve toplu iş ilişkileri alanında 274 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5 Mayıs 1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran aynı tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu kabul edilmiştir. Bu iki kanunda da Anayasa'daki değişikliklere paralel olarak demokratik hukuk devletin çalışma yaşamının gereklerine uygun yönde önemli değişiklikler yapılmıştır. Kamuda işçi statüsü dışında çalışanların sendika ve toplu görüşme haklarını düzenleyen 25 Haziran 2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun kabulü, bu bağlamda 1982 Anayasası döneminin en önemli sosyal mevzuat gelişmelerindendir.

Bireysel iş ilişkileri, siyasal gelişmelerden, toplu iş ilişkilerine göre daha az etkilenen ve bu nedenle de nispeten istikrarlı bir İş Hukuku alanını ifade ettiğinden, iş kanunlarında başlangıçta topyekûn bir değişikliğe tanık olmadığımız bu dönemde en önemli gelişme, kamuoyunda "İş Güvencesi Yasası" olarak tanınan ve ağırlıklı olarak da 1475 sayılı İş Kanununda değişiklik yapan 9 Ağustos 2002 tarihli ve 4773 sayılı Kanun olmuştur.⁸³ Kanun, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda da değişiklik yapmıştır. Ancak, bilahare, iş güvencesi yanında esnekleşme taleplerini de yanıtlayacak yeni bir iş kanununa gereksinim duyulduğu yönündeki talepler semeresini vererek 22 Mayıs 2003 tarihinde yeni bir iş kanunu; 4857 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir. 1475 sayılı İş Kanununu, kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi dışında yürürlükten kaldıran ve 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren bu yeni Kanun, 4773 sayılı Kanunla kabul edilen iş güvencesi sistemini geniş ölçüde

⁸³ RG. 15 Ağustos 2002, sayı 24847

korumakla birlikte eski İş Kanununa göre asıl olarak işin düzenlenmesi konusunda esnekleşmeye olanak veren hükümleriyle dikkati çekmekte; uygulanması bakımından da tüzük ve bir dizi yönetmeliğin çıkarılması gerekmektedir. 4857 sayılı yeni İş Kanunu, Türk İş Hukuku tarihinde kabul edilen dördüncü iş kanunu olarak 1982 Anayasası döneminin bireysel iş ilişkileri bağlamında çalışma yaşamı alanındaki en önemli mevzuat gelişmesini ifade eder.

1982 Anayasası döneminin sosyal güvenlik alanındaki en önemli gelişmesi ise kuşkusuz, uzun yıllar tartışılan ve eksikliği çok ciddi olarak hissedilen bir sigorta dalının; işsizlik sigortasının 25 Temmuz 1999 tarihli ve 4447 sayılı Kanunla⁸⁴ sosyal sigorta sistemine dâhil edilmesidir.

V. İŞ GÜVENCESİNİN ULUSLARARASI KAYNAKLARI

A. Genel Olarak

Uluslararası sözleşmeler, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmasının bir kanun tarafından uygun bulunması ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması ile "bağlayıcılık" ve "gerek uluslararası hukuk ve gerekse iç hukuk bakımından geçerlilik" kazanır.

Bu noktada uluslararası sözleşme artık "kanun hükmünde" sayıldığı için iç hukuk üzerinde "doğrudan etki" doğurmakta, ayrıca bir iç hukuk işlemine gerek bulunmamaktadır.

Dolayısıyla gerek yürütme gerekse yargı organları, Anayasa'da öngörülen usule uygun olarak yürürlüğe giren ve kanun gücünde olan uluslararası sözleşmeler ile kanun gibi bağlıdırlar.⁸⁵

B. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Belgeleri

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), yeryüzünde evrensel ve sürekli bir barışın ancak sosyal adalet ilkesinin gerçekleşmesi durumunda mümkün olabileceği inancıyla, çalışma ve yaşama koşullarının iyileştirilmesini sağlamak amacı ile 1919 yılında kurulmuştur.⁸⁶

⁸⁴ RG 8 Eylül 1999, sayı 23810

⁸⁵ SÜMER, Haluk Hadi, **İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması**, Mimoza Yayınları, Konya 1997, s.89 vd.

⁸⁶ TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi**, s.51

Uluslararası Çalışma Örgütü, üyesi bulunan devletler ve uluslararası kuruluşlar tarafından kullanılmak üzere çalışma yaşamına ilişkin en az (minimum) koşulları içeren düzenlemeler hazırlar. Bunlar sözleşme ve tavsiye biçimini alarak Uluslararası Çalışma Konferansında kabul edilir. Kabul edilen sözleşmeler üye devletler tarafından yetkili yasama organına götürülür. Bu organlar sözleşmeleri onaylayıp yürürlüğe koymakta serbesttirler.⁸⁷

1970'li yılların başlarında birçok Batı ülkesinde birbirinin peşi sıra yürürlüğe giren yasalar işçileri feshe karşı korumaya, onlara iş güvencesi sağlamaya çalışmıştır.

Konunun önemi 1980'li yılların başında ILO tarafından da kabul edilmiş ve bir sözleşme ile (ILO No: 158) bu konuda uluslararası normlar belirlenmiştir.⁸⁸

158 sayılı Sözleşme, Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı Uluslararası Çalışma Bürosu Yönetim Kurulunca 2 Haziran 1982 tarihinde 356 lehte, 9 aleyhte ve 54 çekimser oyla kabul edilmiştir. Türkiye, sözleşmeyi 9.6.1994 tarihinde 3999 sayılı Kanunla onaylamıştır.⁸⁹

158 sayılı ILO sözleşmesine göre, işçinin hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshedilebilmesi için geçerli bir neden gereklidir. Geçerli neden, işçinin ciddi davranış bozukluğu veya yetenek ve kapasitesinin yetmemesi veya işletmenin yapısal ve teknolojik bir değişim geçirmesi veya krizde olmasıdır.⁹⁰

İşverenin geçerli nedenler bulunmaksızın hizmet sözleşmesini feshi halinde uygulanabilecek (üye devletlerce iç hukuklarında kabul edilebilecek) yaptırımlardan biri olarak sözleşme (md. 10), ilgili merciiin feshin geçersizliğine karar verebileceğinin esas alındığı bir düzenleme yapılabileceğini kabul etmektedir. Feshin geçersizliğine karar verilmesiyle iş ilişkisi hiç kesilmemiş gibi devam etmiş olacak, bunun sonucu olarak işçi işinde çalışmaya başlayacak ve fesih tarihinden işe başladığı tarihe kadar ücretlerini talep etme hakkını kazanacaktır. İlgili mercii, fesih bildiriminin geçersizliğine ve işçinin işe iadesi konusunda iç hukuka göre yetkili

⁸⁷ TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi**, Hazar Yayınları, İstanbul 1991, s.54

⁸⁸ KUTAL, Metin, "İş Hukukun İktisadi ve Sosyal Etkileri Üzerine Bazı Düşünceler", Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları, Ankara 1993, s.201

⁸⁹ SÜMER, **Sendikal Nedenler**, s.21

⁹⁰ KOÇ, Yıldırım, **158 Sayılı ILO Sözleşmesine Göre İş Güvencesi**, TÜRKİŞ yayınları, 2002

kılınmamışsa ve bu yöndeki bir kararı uygulanabilir bulmazsa, yeterli bir tazminat veya uygun kabul edilen bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınmalıdır.

Görülüyor ki sözleşme, geçerli nedene dayanmayan feshin sonuçları konusunda, birbirinden kesin çizgilerle ayrılan farklı seçenekler sunmaktadır. Üye devletlerin kendi iç hukuklarında, bu seçeneklerden birini veya birkaçını benimsemeleri halinde sözleşme ile uyum sağlanmış olacaktır.⁹¹

Genel hatları ile özetleyecek olursak 158 sayılı ILO sözleşmesi aşağıdaki hususları ortaya koymuştur:

—Sözleşme genel kural olarak, işçinin kapasitesine, işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilmemesi hükmünü getirmiş; bunun yanı sıra son verme için geçerli neden teşkil etmeyecek bazı durumları ise özellikle belirtmiştir.⁹² (Geçerli neden oluşturmayan hususlar sözleşmenin 5. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; sendika üyeliği, işçi temsilciliği, işvereni şikâyet etmek, ayrımcılık, doğum ve hastalık gibi nedenler geçerli işten çıkarma nedeni sayılmamaktadır.)⁹³

—Sözleşmede yer alan bir genel ilke de işçiye işine son verilmesinin nedeni olarak gösterilen nedene karşı savunma olanağı vermesidir.

—İşverenin işçinin hizmet sözleşmesini geçerli bir nedene dayanarak feshederken makul bir bildirim süresi vermek zorunda olması veya onun yerine bir tazminat ödemekle yükümlü olması da Sözleşmenin düzenlemeleri arasındadır.

—Sözleşme hizmet ilişkisine son verilen işçinin bir takım haklara sahip olmasını da düzenlemiştir. Buna göre işçiye, miktarı işçinin hizmet süresine ve ücret miktarına göre belirlenen kıdem tazminatı ödenecektir.

—Sözleşmeye göre işçinin işine ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle son vermek isteyen işveren, ilgili işçi temsilcilerine, düşünülen son verme

⁹¹ GÜZEL, Ali, “İş Hukukuna İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi” , Türk İş hukukun Güncel sorunları, Temmuz Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, s.40–41

⁹² BAYRAM, Fuat, **Türk İş Hukuku Normlarının ILO Normları Açısından Değerlendirilmesi** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, 1998, s.86–87

⁹³ GÜNERİ, O.Nejat, **İş Güvencesi**, Ankara 2001, Tüba İş ve İşçi Çalışma Bülteni, Sayı 1350, s.5

işleminin nedenlerini, bu işlemten etkilenecek işçi sayısını, süresini ve gerekli tüm bilgileri sağlamakla yükümlüdür.⁹⁴

158 sayılı ILO sözleşmesinin onaylanması ile Türk çalışma mevzuatında revizyon yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bunun iki nedeni vardır. Birincisi, Türk Çalışma mevzuatında değişiklik yapmak uluslararası hukuk yükümlülüğünün gereğidir. İkincisi ise; bu duruma bağlı olarak Türkiye'de artık emek kesimi bu hakkın bilincine varmıştır ve bu hakkı yasal olarak talep etme sürecine girmiştir.

Yasa koyucu bütün bu gelişmelerin aksine, Türk Çalışma Mevzuatı'nda ciddi bir değişiklik yapmaksızın kısmi değişiklikler yaparak 158 sayılı sözleşmeyi iç mevzuatla uyumlu hale getirmeye çalışmasına rağmen, ILO' nun da baskısıyla, 4773 sayılı yasa ile 1475 sayılı yasada iş güvencesine ilişkin değişiklik yapılmış ve ardından 4857 sayılı yasa ile bu uyum sağlanabilmiştir.

Son olarak bir noktaya dikkat çekmek gerekmektedir. 158 sayılı sözleşme az sayıda devlet tarafından onaylanmıştır. Fakat çok sayıda ülkede, Avrupa Birliği ülkelerinin hemen hepsinde ILO sözleşmeleri ile bağlantılı olmaksızın iş güvencesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

İş güvencesinin uygulandığı bu ülkelerde koruyucu hükümler bütün işçileri kapsar şekilde kabul edilmekte, kişilere göre uygulama alanı değişik ölçütlere, ülkenin ekonomik ve sosyal şartlarına göre sınırlı tutulmaktadır.⁹⁵

C. Avrupa Konseyi Belgeleri

1949 yılında kurulan Avrupa Konseyi, üye devletlerin insan haklarına ve temel özgürlüklere saygılı olmalarını sağlamayı amaç edinmiştir.

Türkiye bilindiği üzere Avrupa Konseyi'nin kurucu üyelerinden biri olarak Konseyin en önemli antlaşmalarını imzalamıştır. Türkiye'nin imzaladığı, iş hukuku açısından önem taşıyan antlaşmalar arasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özellikle zorla/zorunlu çalışma yasağını düzenleyen 4. madde, sendika özgürlüğünü

⁹⁴ BAYRAM, age, s.88,-89

⁹⁵ EKONOMİ, Münir, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli komitesi 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, ILO Normları ve Türk İş hukuku, Ankara 1997, s.180

düzenleyen 11. madde, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa İkamet Sözleşmesi ve Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi sayılabilir.⁹⁶

Avrupa Sosyal Şartı, 18 Ekim 1961 tarihinde İtalya'nın Torino şehrinde imzalanmıştır. Şartın yürürlüğe girebilmesi için gerekli beş devletin onaylamasından sonra 26.02.1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye de bu devletler arasındadır. Sözleşmeyi 16.06.1989 tarih ve 3581 sayılı kanunla onaylamıştır. Ancak toplam 38 maddeden oluşan Avrupa Şartının 2, 3, 5, 6, 8 ve 15. maddeleri ile 4. maddenin 1, 2 ve 4. fıkraları ile 7. maddenin de 1, 2, 7 ve 10. fıkralarına çekince koymuştur. Bununla birlikte çekince koyulan maddelerin daha sonra kabulüne Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.⁹⁷

Avrupa Konseyi'nin gerçekleştirdiği uluslararası bir sözleşme niteliğindeki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi salt temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamakta; kişisel ve siyasal haklarla sınırlı bulunmaktadır.

Buna karşılık Avrupa Sosyal Şartı, diğer adıyla Avrupa Sosyal Sözleşmesi ekonomik ve toplumsal hakları güvence altına almayı amaçlamaktadır⁹⁸.

Sözleşmenin amacı giriş kısmında belirtilmiştir; "Hiç bir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiğini göz önüne alarak; uygun kuruluş ve faaliyetlerle kent ve kırsal nüfusun, yaşam düzeyini geliştirmek ve refahını yükseltmek için her türlü ortak çabada..." bulunmaktadır.

Avrupa Konseyi, Sözleşme ile hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ekonomik ve sosyal bakımdan eksiklerini tamamlamayı, hem de üye devletlerle ekonomik ve sosyal hakları güvence altına almayı amaçlamıştır.⁹⁹

İş güvencesi sadece sebepsiz işten çıkarmalara karşı bir güvence değil, insanın kişiliği ile çok yakından ilgili, dolayısıyla insan haklarına hizmet eden bir konudur. Böyle olduğu içindir ki, 1949 yılında onayladığımız "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 23. maddesinde herkesin çalışma ve işsizliğe karşı

⁹⁶ HEPER. Altan, **Avrupa İş hukuku ve Türkiye**, Avrupa Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s.1

⁹⁷ SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, s.79

⁹⁸ TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi**, s.49

⁹⁹ SÜMER, Hadi, **Sendikal Nedenler**, s.17

korunmaya haklı olduğu vurgulanmış ve yine aynı maddede sendika özgürlüğü güvence altına alınmıştır.¹⁰⁰

Ayrıca 1989 yılında onayladığımız Avrupa Sosyal Şartı'nın "Çalışma Hakkı" başlıklı 1. maddesi işçinin genel olarak feshe karşı korunması açısından önemlidir. Söz konusu hükme göre; "Sözleşmeci taraflar çalışma hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere... Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin bir biçimde... korumayı üstlenirler". Hükümde geçen "koruma" ibaresi iş güvencesini ifade eder.¹⁰¹

D. Avrupa Birliği Belgeleri

Avrupa Birliği'ni kurmak amacıyla 25.3.1957 tarihinde Roma'da imzalanan ve sonradan Avrupa Tek Senedi (1986), Maastricht (1992) ve Amsterdam (1997) Andlaşmaları ile değişikliğe uğrayan Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşmasının (Avrupa Birliği Andlaşması) birçok maddelerinde (m.48–51, 117 vd.) iş hukukuna (sosyal politikaya) ilişkin kurallar yer almaktadır.¹⁰²

Bunun gibi 9.12.1989 tarihinde öngörülen, Avrupa Birliği Sosyal Şartı, iş ve sosyal güvenliğe ilişkin hükümleri kapsamaktadır.¹⁰³

Roma Antlaşmasının 117. maddesi üye devletleri, işçilerin yaşama ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve eşitlenmesiyle yükümlü kılmıştır.¹⁰⁴

Avrupa Birliği'nin kurucu belgelerinden biri olan Roma Antlaşması'nda, sendika üyeliğinin korunmasına ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Avrupa Birliği'nin kuruluşu, Avrupa Ekonomik Topluluğu olarak başlamış ve buna bağlı olarak Topluluğun ekonomik ve siyasi yönü ağır basmıştır. Avrupa Birliği düzenlemelerinde işçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunmasını düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Avrupa Birliği'nin iş güvencesine ilişkin düzenlemeleri toplu işçi çıkarma ve işyerinin devri ile sınırlıdır.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Friedrich Ebert Vakfı Ekonomi Forumu, **İş Güvencesi Yasa Taslağının Muhtemel Ekonomik Ve Sosyal Etkileri**, FES, yayınları, İstanbul 1992, s.10

¹⁰¹ SÜMER, Hadi, **Sendikal Nedenler**, s.18

¹⁰² HEPER, Altan, **Avrupa İş Hukuku**, s.46 vd.

¹⁰³ ALP, Mustafa, **Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları Ve Türk İş Hukuku**, DEÜHFD, 2004, s.1.vd.

¹⁰⁴ TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi**, s.50

¹⁰⁵ SÜMER, Hadi, **Sendikal Nedenler**, s.25

Avrupa Birliği tarafından kabul edilen birçok yönerge bulunmaktadır. Bunların başlıcaları:

—17.2.1975 tarih ve 75/120 sayılı Toplu İşçi Çıkarmalarda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması,

—20.10.1980 tarih ve 80/987 sayılı İşverenin Ödeme Aczi Halinde İşçinin Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması,

—14.2.1977 gün ve 77/187 sayılı İşletmenin Tümüyle veya Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması adlı yönergeler¹⁰⁶ ile

—89/391 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği hakkında Yönerge,

—93/104 sayılı İş Sürelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönerge,

—94/33 sayılı Genç İşçilerin korunması Hakkında Yönerge,

—97/81 sayılı Kısmi Süreli Çalışanlar hakkında yönerge,

—98/59 sayılı Toplu İşçi Çıkarmalar hakkında Yönerge,

—99/70 sayılı Belirli Süreli İş Akitleri hakkında Yönerge,

—2001/23 sayılı İşletmenin Devri halinde İşçi Alacaklarının Korunması Hakkında Yönerge sayılabilir.¹⁰⁷

17.2.1975 tarih ve 75/120 sayılı Toplu İşçi Çıkarmalarda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması adlı Avrupa Birliği Yönergesinde, toplu işçi çıkarma kavramı tanımlanmış ve sayı yönünden bir ölçü verilmiştir. Buna göre, 30 günlük bir zaman dilimi içinde;

—20'den fazla ve 100'den az işçi çalışıyorsa en az 10,

—En az 100 ve en fazla 300 işçi çalışıyorsa, en az %10,

—En az 300 işçi çalışıyorsa en az 30 işçinin işten çıkarılması toplu işten çıkarma olarak tanımlanacaktır.

¹⁰⁶ “Türk Hukukunda Değişim Konuları ve Arayışlar”, TÜHİS (Mayıs-Ağustos) 2001, Cilt.16–17, Sayı 1–6, s.19

¹⁰⁷ SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, s.81

Aynı Yönergeye göre üye devletler, toplu işçi çıkarma için yukarıdaki tanım yerine, işyerinde çalışan işçi sayısından bağımsız olarak 90 günlük bir süre içinde en az 20 işçinin işten çıkarılması, biçimindeki bir tanımı da esas alabilirler.¹⁰⁸

Yönerge ile toplu işçi çıkarma izne bağlanmamış, ancak 30 gün önceden yetkili mercie haber verme ve işçi temsilcileriyle görüşme yapılması şartı getirilmiştir.

14.2.1977 gün ve 77/187 sayılı "İşletmenin Tümüyle veya Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması" adlı yönerge ile işyeri sahibinin değişmesi nedeni ile ekonomik bütünlük içinde yer alan iş ilişkilerinde devamlılığın güvence altına alınması amaçlanmıştır.¹⁰⁹

Bir işyerinin devri, sırf devir nedeniyle ne devreden ne de devralan için bir fesih sebebi sayılır. Yönergenin bu hükmü, ekonomik, teknik ve organizasyon nedenleri ile istihdam alanında değişiklikler olması hallerinde fesiHLere engel değildir. Yönerge, işyerinin devriyle işçilerin durumunun kötüleşmesini önlemek istemektedir. Devir nedeniyle fesih yasağı, Yönergenin emredici bir hükmü olup, değiştirilmesi, tarafların iradesi dışında tutulmuştur.¹¹⁰

¹⁰⁸ GÜZEL, Ali , “İş güvencesine ilişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, Türk İş Hukukun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, Sempozyum, İstanbul Barosu 2001, s.44 (İş Güvencesi s. 19–49)

¹⁰⁹ “Türk Hukukunda Değişim Konuları ve Arayışlar”, TÜHİS (Mayıs-Ağustos) 2001, Cilt.16–17, Sayı 1–6, s.19

¹¹⁰ HEPER, Altan, **Avrupa İş Hukuku**, s.210

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞ GÜVENCESİ DÜZENLEMELERİ

I. ANAYASA'DA İŞ GÜVENCESİ

A. Anayasanın Çalışma Yaşamına İlişkin İlke ve Kuralları

İş hukukunda da resmi kaynakların başında ve tüm kaynakların üstünde anayasa yer alır. Anayasanın bu niteliği 1982 anayasasının 11. maddesinde öngörülmüştür. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlığını taşıyan bu maddeye göre "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır".

1924 Anayasasında klasik kişi hak ve özgürlükleri yer almasına karşın sosyal haklara ilişkin düzenlemeler bulunmamaktaydı. Sosyal hukuk devleti ilkesi ilk kez 1961 Anayasası ile benimsenmiş ve bu anayasanın "iktisadi ve sosyal haklar ve ödevler" bölümünde iş hukuku ile ilgili temel esaslar öngörülmüştür.

1982 Anayasasının 2. maddesinde de Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde (m. 49 vd.) ise çalışma yaşamı ile ilgili birçok hükme yer verilmiştir. Ayrıca, yine anayasada öngörülen kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümler (m. 17 vd.) de iş hukukunda belirli bir etki alanına sahiptir.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi, 5. maddede geniş bir anlatımını bulmuştur. Bu maddeye göre "Devletin temel amaç ve görevleri... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır". Gerçekten sosyal devlet, herkes için insanlık onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlamak amacına yönelik devlettir. Bu amacı gerçekleştirmek için sosyal devlet, milli gelirin adalete uygun bir biçimde dağılmasını sağlamak, ekonomik ve sosyal farklılıkları gidererek toplumsal dengeyi kurmak, toplumdaki güçsüzleri ve yardıma ihtiyacı olanları korumak ve bu yönde gerekli önlemleri almakla görevlidir.¹¹¹ Sosyal

¹¹¹ Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz. AYM, 26.10.1988, 19/33,AMKD, 1989, S. 24, s. 451. AYM, 23.5.1972, 2/28, AMKD, 1973, S. 10, s. 412. AYM, 18.3.1976, 198/18, AMKD, 977, S. 14, s. 106.

devlet, toplumdaki bireylerin gerçek anlamda 6zg6r olmasını engelleyen sosyal ve ekonomik baskıları ortadan kaldırarak, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri için gerekli koşulları ve ortamı hazırlayacaktır.¹¹²

Sosyal devletin kendisini en geniş ve etkili biçimde duyurduğu alanların başında çalışma ilişkileri gelir. 6nk6 işverenin karşısında ekonomik ve kişisel y6nden bağımlı olan işçiyi korumak, bu bağımlılığı azaltarak bunlar arasında sosyal dengeyi kurmak iş hukukunun başlıca işlevini oluşturur.

Sosyal haklar genellikle yukarıda belirtilen hedeflerin gerçekleştirilmesi amacıyla devletin olumlu bir edimini gerektiriyor, onu bir yapma, m6dahale borcu altına sokuyorsa (pozitif stat6 hakları) da, Anayasa, sosyal devlet ilkesini gerçekleştirme 6devini sadece devlete bırakmış değildir. Anayasa, 6zg6r sendika, toplu iş s6zleşmesi ve grev haklarını g6vence altına almak suretiyle sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesinde çalışma yaşamının taraflarına da hukuki olanak tanımıştır. B6ylece, işçi ile işveren arasında bireysel d6zeyde mevcut olan fiili eşitsizlik, bu haklarla kollektif d6zeyde dengelenerek, sosyal devlet amacı, devlet m6dahalesi dışında 6zg6r sendikacılık, serbest toplu pazarlık ve toplu iş s6zleşmeleri yoluyla gerçekleşme şansına sahip kılınmıştır.¹¹³ Bu itibarla, sosyal hakların, sendika, toplu iş s6zleşmesi, grev hakları gibi bir b6l6m6, tıpkı klasik haklar gibi devlete olumlu bir edim değil, olumsuz bir edim y6kleyen "negatif stat6 hakları"dır.¹¹⁴

Sosyal hakların ayırıcı 6l6t6n6, devletin olumlu bir edim y6k6m6 altına girip girmemesinde değil, bu hakların amacıyla aramak uygun olur. Sosyal haklar, devletin ister olumlu ister olumsuz edimini gerektirsinler, sosyal adaleti sağlamaya, sosyal eşitsizlikleri azaltmaya, toplum içinde ekonomik bakımdan g6s6z ve yardıma ihtiyaı olanları korumaya y6nelik haklardır.

Anayasanın 49 vd. maddelerinde çalışma yaşamına ve iş hukukuna ilişkin sosyal (ve ekonomik) haklar 6ng6r6lm6çt6r. Gerçekten bu maddelerde esas itibariyle çalışmanın herkesin hakkı ve 6devi olduğu, devletin çalışanların yaşam d6zeyini

¹¹² Sosyal devlet hakkında bkz. Burdeau, 463 vd, 483 vd. 6ZBUDUN, 103 vd. BALTA, 113. S6ZEK, **İş G6venliği**, 16–17. TEZİÇ, **Temel Haklar**, 28. SAğLAM, **G6ncel Sorunlar**, 29–30, (S6ZEK Sarper **İş Hukuku** s.41–42 den, naklen)

¹¹³ SAğLAM, **G6ncel Sorunlar**, 29–30, S6ZEK, Sarper, **İş Hukuku**, s.42 den naklen

¹¹⁴ 6ZBUDUN, Erg6n, s.111–112, S6ZEK, Sarper, **İş Hukuku**, s.42 den naklen

yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları koruyacağı, işsizliği önlemeye elverişli bir ekonomik ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alacağı (m. 49), kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı, küçükler, kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma koşulları bakımından özel olarak korunacağı, çalışanların dinlenme haklarına sahip olduğu (m. 50), çalışanların ve işverenlerin önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilecekleri, bunlara serbestçe üye olup, üyelikten ayrılacakları, işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının yasayla düzenleneceği (m. 51), işçiler ve işverenlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma koşullarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip bulundukları, kamu görevlilerinin kuracakları sendikalar ve üst kuruluşların idare ile toplu görüşme yapabilecekleri (m. 53), işçilerin toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde grev hakkına sahip bulundukları, işverenlerin lokavta başvurmasının yasayla düzenleneceği (m. 54), çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli önlemlerin alınacağı, asgari ücretin belirlenmesinde çalışanların geçim koşulları ile ülkenin ekonomik durumunun da göz önünde bulundurulacağı (m. 55), herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu (m. 60) hükme bağlanmıştır. Anayasanın sendikal faaliyetler konusunda bazı sınırlamalar getiren 52. maddesi 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı yasayla tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasanın sosyal haklara ilişkin hükümleri sadece çalışma yaşamı ile ilgili olanlardan ibaret değildir. Anayasada eğitim ve öğrenim hakkı (m. 42), sağlık ve çevre hakkı (m. 56), konut hakkı (m. 57) gibi herkesi ilgilendiren diğer sosyal haklar da öngörülmüştür.

Anayasada çalışma yaşamını ilgilendiren ekonomik haklar da yer almıştır. Bunlar, mülkiyet hakkı (m. 35), herkesin dilediği alanda çalışma, sözleşme ve özel girişim (sanayi ve ticaret) özgürlüğü (m. 48), işverenlerin sendika kurma (m. 51) ve lokavt (m. 54) haklarıdır.

Anayasanın iş hukuku ile ilgili kuralları sadece sosyal ve ekonomik haklardan ibaret değildir. Ayrıca, ikinci bölümde düzenlenen kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümler de çalışma yaşamı ile belirli oranda ilgilidirler. Eşitlik ilkesi (m. 10), yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile kişi dokunulmazlığı (m. 17), angarya yasağı (m. 18), özel yaşamın korunması (m. 20),

haberleşme özgürlüğü (m. 22), düşünce ve kanaat özgürlüğü (m. 25–26) gibi anayasal hükümler işçi-işveren ilişkilerinde de uygulama alanı bulurlar.¹¹⁵

B. Anayasal Tanımanın Hukuki Sonuçları

İş hukuku ile ilgili ilke ve kuralların anayasal güvence altına alınmasının, bunlara anayasal güç kazandırılmasının birçok hukuki sonuçları vardır. Anılan ilke ve kurallar anayasanın 11. maddesi uyarınca tüm çalışma yaşamında ve işçi-işveren ilişkilerinde etkilerini güçlü bir biçimde duyururlar.

Sosyal haklar, devletin olumlu bir edimini gerektirip gerektirmediklerine göre program hükümler ve kişilere doğrudan haklar tanıyan hükümler olmak üzere birbirinden ayrılır. Anayasanın örneğin, işsizliğin önlenmesi, sosyal güvenliğin sağlanması gibi program hükümleri, devletin olumlu bir edimini gerektirip, yasama organına uymak zorunda olduğu direktifleri veren ve yol gösteren hükümlerdir. Yasama organı, anayasanın çalışma yaşamına ilişkin program hükümleri doğrultusunda yasal düzenlemeleri yapmak ve kurumları oluşturmak ödevi altındadır. Anayasanın çalışma yaşamına ilişkin program hükümleri gösterdikleri hedefler açısından siyasal iktidarları bağlayıcı nitelik taşımalarına karşın bunların yerine getiriliş ölçüsü, Anayasanın 65. maddesi uyarınca bu görevlerin amaçlarına uygun önceliklerin gözetilmesine ve mali kaynakların yeterliliğine bağlanmıştır.¹¹⁶

Buna karşılık, Anayasada, sendika, toplu iş sözleşmesi, grev, ücretli tatil hakkı gibi devletin olumlu bir edimini gerektirmeyen, kişilere açık haklar tanıyan sosyal haklar da vardır. Bunlar, devlete verilen ödev ve direktifler değil, doğrudan kişilere veya sosyal gruplara tanınan haklar niteliğindedir. Olumlu edim gerektirmeyen bu gibi haklar Anayasanın 65. maddesinin etki alanı dışında kalırlar.¹¹⁷

Bunun gibi, anayasanın ilke ve kurallarının üstünlüğü, tüm resmi veya özel iş hukuku kaynaklarının anayasaya uygun bulunması zorunluluğu yaratır. İş yasaları

¹¹⁵ Kişi hak ve özgürlüklerinin işçi-işveren ilişkisine yansımaları konusunda somut örnekler için bkz. CENTEL, 10–11, SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, s.44.den naklen.

¹¹⁶ Anayasanın program hükümleri ve bu hükümlerin siyasal iktidarları bağlayıcılığı konusunda bkz. ONAR, 498-499, 503-506. KAPANI, 122-124. ÖZBUDUN, 112-114. TANÖR, 359 vd, 372 vd.. TEZİÇ, **Temel Haklar**, 38. SÜZEK, **İş Güvenliği**, 52-59, SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, s. 44 naklen

¹¹⁷ Bkz. PRETOT, 194–195. KAPANI, 124. ÖZBUDUN, 113. SÜZEK, **İş Güvenliği**, 46 vd. sı, SÜZEK naklen

hükümlerinin anayasaya aykırı olması halinde, bu hükümler ya anayasada belirtilen bazı organların (m. 150) iptal davası açması (soyut norm denetimi) veya görülmekte olan bir dava esnasında, yargıcın resen veya taraflardan birinin bu yönde ileri sürdüğü itirazı ciddi bularak konuyu Anayasa Mahkemesine sevk etmesi (AY 152) sonucunda (somut norm denetimi) iptal edilirler. Aynı şekilde, iş hukukuna ilişkin tüzük ve yönetmeliklerin anayasaya (ve yasalara) aykırı olmaları halinde, bunların Danıştay’ca iptali yoluna gidilir. Özel iş hukuku kaynakları yani toplu iş sözleşmeleri, iş akitleri ve diğer hukuki işlemler de anayasaya aykırı oldukları takdirde, emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılırlar (BK 19–20)¹¹⁸

Ayrıca, tüm resmi ve özel iş hukuku kaynaklarının anayasanın ilke ve kuralları ışığında yorumlanması gerekir. Başka bir deyişle, anayasa ilke ve kurallarının diğer bir işlevi işçi-işveren ilişkilerinde birer yorum ölçüsü olarak görev yapmalarıdır.

Anayasanın 49. maddesinin 2. fıkrasında Devlete bazı özel görevler yüklenmiştir: "Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri almakla görevlidir."

Anayasa burada, çalışmayı salt bir soyut hak olarak kişilere tanımakla kalmamış, bu hakkın fiilen de kullanılabilmesini ve ortadan kaldırılmasını sağlamak üzere tedbirler almayı Devlete bir görev olarak vermiştir. Devletin, çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemek amacıyla ekonomiye müdahale etmesini öngörmüştür. Bu hüküm, bir yandan ekonominin büsbütün piyasa güç ve koşullarına terk edilemeyeceğini vurgularken, öte yandan da Devletin zayıfı korumak yönünde sosyal karakterli bir aktif görev üstlenmesini emretmektedir. Devletin, ekonomik hayata bu sosyal amaçlı müdahale yetki ve görevi, esasen Anayasanın "Sosyal devlet ilkesi"ni düzenleyen ikinci; "çalışma ve sözleşme hürriyeti"ni düzenleyen 48 inci ve "kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı"nı tanıyan 17 nci maddelerinde de kendisini göstermektedir. Anayasa bir bütün olarak ele alındığında hem çalışmayı herkes için bir hak olarak tanımlamış, hem de bu hakkın

¹¹⁸ SÜZEK, *İş Güvenliği*, 50–52

fiilen kullanılmasını teminen Devleti görevli kılmış ve hem de çalışmanın desteklenmesi ve işsizliğin önlenmesi suretiyle çalışmayı güvence altına almayı amaçlamıştır.¹¹⁹

Anayasa çalışma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak iş güvencesine 48 inci maddede de yer vermiştir. "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlığını taşıyan bu maddede, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve karlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin Devlet tarafından alınacağı yazılıdır. Burada bir yandan özel girişim özgürlüğü temel bir hak olarak belirlenirken, öte yandan da bu hakkın "milli ekonominin gerekleri", "sosyal amaçlar", "güvenlik ve karlılık" içinde kullanılabilmesi amaç olarak konulmaktadır.¹²⁰

Sonuç olarak, Türkiye'de gerek 1961 Anayasası ve gerekse 1982 Anayasası bir bütün olarak çalışma hakkını ve iş güvencesini ana ilkeler ve temel haklar olarak benimsemiştir.

Bunun yanında "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz", hükmünü taşıyan Anayasamızın 90/son fıkrasına eklenen (Ek cümle: 5170 – 7.5.2004 / m.7) "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır", cümlesi, temel hak ve özgürlükler açısından ve özellikle de çalışma yaşamına ilişkin temel hak ve özgürlükler açısından büyük önem arz etmektedir. Böylelikle temel hak niteliğindeki çalışma yaşamına ilişkin usulüne uygun onaylanmış andlaşmalar, mevzuatın bir parçası haline gelmiş ve mevzuat içinde de aynı konuda farklı hükümler düzenleyen kanunlar karşısında, milletlerarası andlaşma hükümlerine öncelik tanınmıştır.

¹¹⁹ ILO Sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı ve İş Güvencesi, Genel-İş Belgeler Dizisi:2, Ankara Şubat 1993, s.106–107

¹²⁰ Genel-İş, age, s.107

II. BORÇLAR KANUNU VE İŞ GÜVENCESİ

1926 yılında kabul edilen Türk Borçlar Kanunu "Onuncu Bab"ında "Hizmet Akdi" başlığı altında 313–354. maddeleri arasında hizmet sözleşmesini düzenlemektedir.

Daha sonra, 1936 yılında yürürlüğe giren 3008 sayılı İş Kanunu ile 1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu'nda ve nihayet 4857 sayılı yeni İş Kanununda söz konusu hükümlerin yeniden düzenlendiği görülmektedir.¹²¹ Ancak İş Kanunları Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi hükümlerini yürürlükten kaldırmış değildir. İş Kanunlarının kapsamı dışında kalan hizmet akitlerine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağı gibi, İş Kanunlarında düzenlenmeyen konularda da Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri ve genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹²²

BK. md. 343'e göre; taraflar sözleşmede belli bir süre zarfında bildirimli fesih yapılamayacağı yolunda anlaşabilirler. Bu sürenin işveren için belli bir sınırı yoktur. Ancak söz konusu süre işçi bakımından on seneden fazla veya ömür boyu olursa, on seneden sonra sözleşme her zaman işçi tarafından bir ay önce feshi ihbarda bulunmak suretiyle ve tazminatsız olarak sona erdirilebilir. Bu hükmün amacı taraflar arasında eşitlik sağlamak değil, işçiyi korumak ve iş güvencesi sağlamaktır.¹²³

Borçlar Kanunu'nun 340. maddesine göre süresiz hizmet akitleri gerek işveren, gerekse işçi tarafından bir haftalık -veya iki haftalık- feshi ihbar suretiyle her zaman feshedilebilmekte, bunun için herhangi bir tazminat ödenmesi gerekmemektedir.

Bu hükümden anlaşılmaktadır ki büyük ölçüde sözleşme serbestisi ilkesine dayanan Borçlar Kanunu' muz, işverenin iş sözleşmesine son verebilmesi için, onun bir ya da iki hafta önceden bildirimde bulunmasını yeterli görmüştür.¹²⁴

BK. 344. maddeye göre muhik sebeplerin varlığı halinde gerek işçi, gerekse işveren bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit hizmet sözleşmesini

¹²¹ TAŞKENT, s 58

¹²² ÇELİK, s 59

¹²³ KAPLAN, s. 77

¹²⁴ TAŞKENT, s. 58

feshedebilmektedir.¹²⁵ BK. md. 344 haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen bir maddedir. Bu maddede taraflardan birini akdi yerine getirmemekte haklı gösteren ve özellikle ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan her halin fesih hakkını doğuracağı ifade edilmektedir.

BK. 345. maddeye göre ise muhik sebep halinde feshe imkân verilmekle birlikte, fesheden tarafın tam bir tazminat ödemesi de hükme bağlanmıştır.

III. 1475 SAYILI ESKİ İŞ KANUNU VE İŞ GÜVENCESİ

1475 Sayılı İş Kanunu 1971 yılından, 4857 sayılı yeni İş Kanunun yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihine kadar 30 yılı aşkın bir süre yürürlükte kalmış ve halen kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi yürürlükte dir.

Bu 30 yılı aşkın sürede birçok değişiklikler geçirmiş, ancak 15.3.2003–10.6.2003 tarihleri arasında yürürlükte kalan 4773 sayılı yasayla geçirdiği iş güvencesine ilişkin değişiklik dışında, yasal ve dar anlamda gerçek bir iş güvencesi sağlamamıştır. Bu nedenle 1475 sayılı yasa 4773 sayılı yasa öncesi ve sonrası olarak incelenecektir.

A. 4773 Sayılı Yasa Öncesi Dönem

1. İş Akdinin Feshi Kavramı

İş sözleşmesinin feshi, işçi veya işverenin, tek taraflı bir irade beyanında bulunması suretiyle aralarında var olan sözleşmenin sona ermesini sağlayan bir hukuki işlemdir. Taraflardan birinin, sözleşmeyi derhal ya da belirli bir sürenin geçmesiyle sona erdiren ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanına "fesih bildirimi" denir. Yalnız bir tarafın irade beyanında bulunması ile hukuki sonuç doğurduğu için, fesih tek taraflı bir hukuki işlemdir; "fesih"ten beklenen sonucun doğması için karşı tarafın kabulüne gerek yoktur.¹²⁶

Fesih bildiriminde bulunma hakkı kural olarak her iki tarafa da tanınmıştır. Bu hakkın kullanılması, taraflar arasında var olan hukuki ilişkiyi sona erdirmek suretiyle bozduğu için fesih bildiriminde bulunma hakkı, "bozucu yenilik doğuran

¹²⁵ REİSOĞLU, Seza, "Türk Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması ile İlgili düzenlemeler ve İş Mahkemeleri Uygulamaları", Almanya'da ve Türkiye'de fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, Derleyen ŞEMSETTİN KIRAL, Basisen eğitim ve Kültür yayınları, İstanbul 1985, No:5, s.59,

¹²⁶ ÇELİK, s. 158. CENTEL, s. 170–171. EKONOMİ, s. 166–167. ÇENBERCİ, s. 232–233. ESENER, s. 222, NARMANLIOĞLU, s. 259

haklar" arasında yer alır.¹²⁷ Fesih beyanı, diğer yenilik doğuran haklar gibi, karşı tarafın bağlı bulunduğu bir hukuki ilişkiyi etkilediği için belirli ve açık biçimde yapılmalıdır.¹²⁸ Bu hususta yapılan teklif ya da soru şeklindeki beyanlar fesih bildirimi sayılamaz.¹²⁹ Bununla beraber sözleşmenin sona ermiş sayılması için mutlaka "fesih" sözcüğünün kullanılması gerekli değildir; taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini açıkça ortaya koyan bir davranışı ile de fesih yapılmış sayılır. Olayın özelliğine ve koşullara göre fesih niyetinin yeterli derecede açıklandığı, güven teorisi gereği muhatabın bu davranışı "fesih" olarak anlaması beklenen durumlarda, fesih beyanı vardır. Örneğin, işçi işini terk edip gitmişse fesih yapılmış sayılmalıdır.¹³⁰

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1989 yılında verdiği bir kararında, ücret zammını yetersiz bulan bir işçinin bu ücretle çalışamayacağını işverene bildirmesi ve bu durumun tutulan tutanakla ve tutanakta imzası bulunan tanıkların beyanlarıyla saptanması halinde iş akdinin İş Kanununun 13. maddesi uyarınca işçi tarafından feshedilmiş sayılacağı sonucuna varmıştır.¹³¹

Oysa Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına konu olan olayda, işçinin işveren ile yaptığı bir görüşme sırasında, ücretinin artırılması amacına yönelmiş olarak ve pazarlık gayesi ile söylemiş olduğu sözler mevcuttur. Olayda işçinin iş akdini feshetme niyetinin açık ve belirgin bir biçimde meydana geldiğini söylemek oldukça zordur. Ücretin arttırılmasına yönelik bir görüşmenin süregelişi içerisinde taraflardan birinin kastını aşan bir sözü istem dışı olarak sarf etmesi her zaman mümkündür.¹³² Kişinin iradesi ile beyan ettiği söz arasında uyumsuzluk varsa, bu iradeye yüklenecek anlam ve bu anlama bağlanacak hukuki sonucun doğması bakımından doğruluk ve güven kurallarına müracaat etmek gerekir. Karara konu olan olayda, ücret zammına ilişkin olarak yaptığı pazarlığı kuvvetlendirme maksadı ile hareket eden işçinin karşısında bulunan işverenin, işçinin ağzından çıkan ifadenin gerçekte fesih amacıyla değil, ücretin arttırılması maksadını taşıdığını, doğruluk ve güven kuralları gereğince biliyor ya da bilebilecek durumda olması beklenir. Bu

¹²⁷ ÇELİK, s. 158. CENTEL, s. 170. KAPLAN, s. 5. EKONOMİ, s. 167. ÇENBERCİ, s. 232-233

¹²⁸ ÇELİK, s. 158. CENTEL, s. 170-171. TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 183 vd, EKONOMİ, s. 167.

¹²⁹ ÇELİK, s. 158.

¹³⁰ ÇELİK, s. 159. SÜZEK, **Yargıtay Kararları 1989**, s. 47. EKONOMİ, s. 167.

¹³¹ YHGK, 31.5.1989, 9-312/400 ve GÜZEL' in incelemesi, İHU, İş K. 7 (No.2).

¹³² Kararın eleştirisi ve ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, **Yargıtay Kararları 1989**, s. 46-49.

durumda, işçinin kastını aşar biçimde, söylediği sözlere, iş akdini feshettiği yönünde hukuksal sonuçlar bağlamak doğruluk ve güven kuralları ile bağdaşmamaktadır. Nitekim işçi, olaydan sonra işyerinden ayrılmayarak çalışma yerine dönmüş; işverenin sözlü istifasının kabul edildiğine dair yazısı üzerine istifa etmediğini sözlü olarak ve noter aracılığı ile bildirmiş; diğer bir deyişle sözleşmeyi feshetme yönünde bir iradesinin olmadığını davranışlarıyla desteklemiştir.

Kaldı ki, doğruluk ve güven kuralları gereğince sözleşmeye son verme amacı güdüldüğünün anlaşılması mümkün olmayan kuşku ve kararsızlık durumlarında da, doğruluk ve güven kuralları ile çatışmadıkça, uyuşmazlığın işçi yararına çözülmesi, yani olayımızda işçinin istifa etmediği sonucuna varılması, iş hukukunun "işçi lehine yorum" yönteminin bir gereğidir. Öte yandan, iş akdini hangi tarafça feshedildiğinin açıkça belirlenemediği hallerde, işçi lehine olan çözümün tercih edilmesi, İş Kanununun sözleşmenin feshine ilişkin kurallarının amacına daha uygun olacaktır.¹³³

Fesih bildirimi kural olarak şarta bağlı tutulamaz.¹³⁴ Bununla birlikte, doktrinde savunulan bir görüşe göre, özellikle belirsiz süreli iş akitlerinin bildirimli fesih ile sona erdirilmesi hallerinde, şartın yerine getirilmesi karşı tarafın arzu ve iradesine bırakılmış ve karşı taraf da bunu derhal yerine getirmemişse, o takdirde şartlı fesih bildirimi geçerli sayılmalıdır. Bu görüşe göre örneğin, işçinin işverene "gelecek ödeme gününde ücrete zam yapmadığınız takdirde, fesih bildirimi o günden itibaren geçerli olacaktır"¹³⁵ diyerek feshi geciktirici bir şarta bağlaması mümkündür.¹³⁶ Kanımızca da, feshi ihbarın şarta bağlanması, şartın gerçekleşmesinin muhatabın iradesine bırakıldığı, bir başka deyişle feshi ihbarın pasif iradi şarta bağlı tutulduğu, dolayısıyla muhatabın hukuki durumu açısından bir belirsizlik oluşturmayan hallerle sınırlı olmak üzere kabul edilmelidir.¹³⁷

Fesih bildiriminin hükümlerini doğurma anı konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Borçlar Hukuku esaslarına göre yenilik doğuran bir irade beyanı, ancak karşı tarafa varma anından itibaren hukuki sonuç doğurur. İş

¹³³ SÜZEK, *Yargıtay Kararları 1989*, s. 48-49.

¹³⁴ ESENER, Turhan, *İş Hukuku*, Ankara 1975, s. 219. SÜZEK, *Fesih*, s. 106. ÇELİK, s. 159. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, s. 157.

¹³⁵ ÇELİK, s. 159, dn 9

¹³⁶ ÇELİK, s. 159

¹³⁷ SİRMEN, Lale, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara 1992, s. 113

Kanununda düzenlenen hizmet akitleri açısından, bu görüşü benimseyen yazarlar olduğu gibi¹³⁸, bu konuda esas itibariyle bildirimin karşı tarafça öğrenildiği anın esas alınması gerektiğini ileri süren yazarlar da¹³⁹ vardır. Ancak fesih bildiriminin "varma" anı ile "öğrenilme" anı, uygulamada genellikle birleşmektedir. Nitekim işçinin hastalığı, işe devamsızlığı, işlediği bir suç nedeniyle cezaevinde olması ya da çalışmasını engelleyen hallerin varlığı gibi nedenlerden dolayı işyerinde bulunmadığı hallerin dışında, işçi veya işveren tarafından fesih bildiriminin olağan olarak yapıldığı yer işyeridir. Bu durumda varma ve öğrenme aynı zamana rastladığından¹⁴⁰, fesih bildiriminin hükümlerini doğuracağı anın tartışılması pratik açıdan değer taşımayacaktır. Fesih bildiriminin varma anı ile öğrenildiği anın farklı olması halinde ise, kanımızca da feshi ihbar karşı tarafa varma anından itibaren hükümlerini doğurmaya başlar.¹⁴¹ Nitekim İş Kanununun 13. maddesinde "bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak" feshin hükümlerini doğuracağı belirtilmiştir. "Bildirme" muhataptan çok beyan sahibini esas alan bir ölçüt olduğundan, bu ifade de, öğrenmeden çok varma anının esas alındığını gösteren bir anlama sahiptir. "Varma anı" ölçütü, aynı zamanda sağladığı ispat kolaylığı bakımından da tercih edilmelidir. Zira muhatabın öğrenmekten kaçınması ihtimali karşısında beyanın karşı tarafa ulaşması, ispat edilmesi kolay ve objektif bir olgudur.¹⁴²

Fesih bildiriminin muhataba varma anından itibaren hüküm doğurmasının sonucu olarak, varmış bildirimden artık dönülemez. Ancak genel hükümlere göre, bildirim henüz varmadan veya varmakla birlikte karşı taraf öğrenmeden fesih beyanında bulunan kişinin bundan dönmesi mümkündür (BK m. 9).¹⁴³

İş Kanununun 7. maddesinde, bildirimlerin yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiği; muhatabın bildirimi imzalamaktan kaçınması halinde durumun o yerde tutanakla tespit olunacağı belirtilmektedir. Doktrinde çoğunlukta olan ve bizim

¹³⁸ ÇELİK, s. 160, EKONOMİ, Münir, *İş Hukuku-Ferdi İş Hukuku*, Cilt.1, 1984, s. 167

¹³⁹ OĞUZMAN, M. Kemal, *Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi*, İstanbul 1955, s. 174, ÇENBERCİ, Mustafa, *İş Kanunu Şerhi*, 6. Bası, Ankara 1986, s. 239

¹⁴⁰ OĞUZMAN, s. 175. ÇELİK, s. 160.

¹⁴¹ SÜZEK, *Fesih*, s. 107. ÇELİK, s. 160. EKONOMİ, s. 167. ESENER, s. 226.

¹⁴² SÜZEK, *Fesih* s. 107

¹⁴³ ÇELİK, s. 160. OĞUZMAN, s. 194, ESENER, s. 226.

de katıldığımız görüşe göre, söz konusu maddede öngörülen şekil geçerlilik değil ispat şartıdır, buna göre, yazılı olmayan fesih bildirimi de geçerli sayılmalıdır.¹⁴⁴

İş akdini fesih hakkı, kavram olarak, biri "bildirimsiz fesih" (haklı sebeple fesih) diğeri "bildirimli fesih" (feshi ihbarla fesih) olarak isimlendirilen iki ayrı fesih türünü kapsar. Bozucu yenilik doğuran hakların ortak özelliklerine sahip olmalarına rağmen, haklı sebeple fesih ile bildirimli fesih birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılan iki hukuki müessesedir. Öncelikle, iki fesih türünün karşılamayı amaçladığı ihtiyaçlar birbirinden tamamen farklıdır.¹⁴⁵ Bildirimli fesih hakkının amacı, kişi özgürlüğü bakımından belirsiz süreli bir akitle sınırsız bir süre bağlanmasının önlenmesi olduğu halde, haklı nedenle fesih hakkının amacı akdin süresi belirli ya da belirsiz olsun, dürüstlük kurallarına göre akdin devamına zorlanamayacak olan tarafa bu bağdan kendisini kurtarma olanağının sağlanmasıdır. Ayrıca haklı sebeple fesih hakkının doğması için mutlaka haklı bir sebep bulunması gerektiği halde bildirimli fesih hakkının doğumu için herhangi bir haklı sebep aranmaz. Diğer taraftan, haklı sebeple fesih hakkı ile sona erdirmeye, şartları olduğu takdirde hem belirli süreli iş akitlerinde hem de belirsiz süreli iş akitlerinde söz konusu olabilirken, bildirimli fesih hakkı kural olarak¹⁴⁶ sadece belirsiz süreli iş akitlerinde söz konusu olabilir. Son olarak, bildirimli fesihte, akdin "belirli bir ihbar önelinin sonunda sona erdirileceği" beyan edilirken, haklı sebeple fesihte akit fesih beyanının karşı tarafa ulaşması ile sona erer.¹⁴⁷

¹⁴⁴ EKONOMİ, s. 168. , ESENER, s. 224. , TUNÇOMAĞ, K.-CENTEL, T., **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 1999, s. 184, ÇELİK, s. 158.

¹⁴⁵SÜZEK, **Fesih**, s. 14, 16–17, 27, ÇELİK, Nuri, "İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlanması", Kamu-İş Dergisi, Cilt. 4, S. 2, Haziran 1997, (İşverenin Fesih Hakkı) , s.219–220, ATABEK, Reşat, **İş Akdinin Feshi**, İstanbul 1938, s. 36. EKONOMİ, s. 169, 194. ÇENBERCİ, s. 286–287, 526, ESENER, s. 220,237.

¹⁴⁶ Borçlar Kanunu 343. maddesine göre, bir hizmet akdi bir tarafın ömrü boyunca ya da on yıldan fazla bir süre öngörülerek yapılmışsa, söz konusu akit işçi tarafından on yıl geçtikten sonra her zaman, işveren tarafından ise bir aylık bildirim öneli verilerek feshedilebilir. Bu düzenlemenin amacı kişilik haklarının korunmasıdır. EKONOMİ, Münir, s. 164–165, 169

¹⁴⁷SÜZEK, **Fesih**, s.14–15.

2. İş Akdinin Fesih Türleri

a. Bildirimli Fesih (Sürelili Fesih Bildirimi - Feshi İhbarla Fesih)

i. Tanımı ve Özellikleri

Kural olarak belirsiz süreli iş akitleri için söz konusu olan bildirimli fesih, iş akdini belirli bir sürenin geçmesi ile sona erdiren bir irade beyanıdır.¹⁴⁸ Belirsiz süreli iş akitleri, işçi veya işveren tarafından, kanunda işçinin aynı işyerindeki veya aynı işverene bağlı olarak değişik işyerlerindeki çalışma süresine göre öngörülen bildirim önellerine uymak suretiyle her zaman feshedilebilir.¹⁴⁹

Konuyu düzenleyen İş Kanununun 13/A maddesinde önce, "süresi belirli olmayan hizmet akitlerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir" denmekle bu konudaki esasa yer verilmiş, izleyen fıkrada ise işçinin kıdemine göre artarak değişen bildirim önelleri öngörülmüştür. Yasadaki bildirim süreleri, işçinin işyerindeki çalışma süresine (kıdemine) göre artacak şekilde, iki ile sekiz hafta arasında değişmektedir. Kanuna göre fesih bildirimi süresi, işi altı aydan daha az sürmüş olan işçi için iki, altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için dört, bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için altı, üç yıldan fazla sürmüş olan işçi için sekiz haftadır. İşçinin o işyerinde çalıştığı sürenin başlangıcı, işçinin fiilen işe başladığı ya da fiilen çalışmaya başlamamış olsa dahi işini işverenin emrine sunduğu gündür.¹⁵⁰ Söz konusu sürelerin hesabında fesih bildiriminin yapıldığı gün dikkate alınmaz.¹⁵¹ Süreler fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hesaplanır.¹⁵²

İş akdinin askıya alındığı durumlarda feshi ihbar süreleri, askıda kalma süresince işlemez.¹⁵³ Nitekim Yargıtay'ın işçinin raporlu olduğu süre içerisinde işverenin fesih bildiriminde bulunduğu durumlar hakkında vermiş olduğu

¹⁴⁸ OĞUZMAN, **Fesih**, s. 173. EKONOMİ, s. 169, NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I**, İzmir 1998, s. 262.

¹⁴⁹ SÜZEK, **Fesih**, s. 27. NARMANLIOĞLU, s. 263 vd. ÇELİK, s. 161 vd. EKONOMİ, s. 169 vd. ESENER, s. 223. OĞUZMAN, s. 167vd.

¹⁵⁰ SÜZEK, **Fesih**, s. 166

¹⁵¹ EKONOMİ, s. 170

¹⁵² NARMANLIOĞLU, s. 274. SÜZEK, **Fesih**, s. 166

¹⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, **Askıya Alınma**, s. 95–97. EKONOMİ, s. 221–222. ÇELİK, s. 166

kararlarında da, rapor süresi içerisinde yapılan fesih bildiriminin hukuki sonuç doğurmayacağı sonucuna varılmıştır.¹⁵⁴

Kanundaki süreler asgari olup sözleşmelerle artırılabilir (İş K. m. 13/B). Buna karşılık kanundaki bildirim sürelerini azaltan ya da ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçerli değildir; bu tür hükümlerin yerine kanundaki bildirim sürelerinin uygulanması gerekir.¹⁵⁵

Sözleşmelerle, işçi ve işveren açısından farklı bildirim önellerinin belirlenip belirlenemeyeceği hususunda İş Kanununda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak Borçlar Kanununda işverenler ve işçiler için farklı bildirim süresinin kararlaştırılmayacağı hükme bağlanmıştır (B.K. m. 340/son). Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, Borçlar Kanununun söz konusu emredici hükmü iş kanunları açısından da geçerli olup, taraflardan biri yararına bildirim önellerinin arttırılmasını öngören sözleşme hükümleri geçerli değildir. Bu görüş taraftarlarına göre, iki taraf bakımından eşitliğe aykırı bir şekilde yapılan arttırmaya ilişkin sözleşme hükümlerinin yerine kanuni bildirim önellerinin uygulanması gerekmektedir.¹⁵⁶

Buna karşılık, diğer görüş, Borçlar Kanununda yer alan eşitlik prensibinin İş Hukukunda mutlak olarak uygulanmaması gerektiğini, sözleşme ile arttırılan bildirim önelleri işçi lehine olduğu takdirde bu arttırmanın geçerli olacağını savunmaktadır.¹⁵⁷ Kanımızca da eşitlik mutlak olarak değil, işçinin işverenden daha kötü bir duruma düşürülmemesi olarak ele alınmalı ve sözleşme ile bildirim önellerinin artırılmasının öngörüldüğü hallerde, eşitliğin işçi yararına bozulmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

İşçi veya işveren tarafından yapılan fesih bildiriminin karşı tarafa varmasından itibaren bildirim süresinin sonuna kadar geçen sürede tarafların hak ve borçlarında değişiklik olmaz. Bildirim süresi içinde, tarafların aralarında var olan sözleşmeden doğan iş görme ve ücret ödeme, sadakat ve gözetme gibi tüm hak ve

¹⁵⁴ YHGK, 10.10.1990, E. 1990/9-32, K. 1990/467, Y9HD, 27.5.1993, E. 1992/14793, K. 1993/9275, Y9HD, 6.12.1994, E. 1994/11216, K. 1994/17284, Y9HD, 23.12.1997, E. 1997/18547, K.1997/22278

¹⁵⁵ NARMANLIOĞLU, s. 271.

¹⁵⁶ ATABEK, s. 60-61, OĞUZMAN, s. 191 vd

¹⁵⁷ ATABEK, s. 63-64, ÇELİK, s. 167, EKONOMİ, s. 170, ESENER, s. 221, KAPLAN, s. 55, NARMANLIOĞLU, s. 272, dn. 73

borçlar devam eder.¹⁵⁸ Hizmet akdinin devam ettiği bu süre içerisinde işçi ve işveren hakkında mevzuat hükümleri de uygulanır; ancak bu husustaki özel hükümler saklıdır. Örneğin İş Kanununun 56. maddesinin 2. fıkrasında bildirim süreleri ile yıllık ücretli izin sürelerinin iç içe giremeyeceği belirtildiğinden, işveren işçiye hak ettiği yıllık iznini bildirim süreleri içinde kullandırılamaz.¹⁵⁹

Bildirim sürelerine uyarak hizmet akdinin feshedilmiş bulunması, bu süre içinde tarafların bildirimsiz fesih haklarını kullanmalarına engel teşkil etmez. Bildirim süresi işlemekteyken bildirimsiz feshe yol açan bir nedenin (haklı fesih nedeninin) ortaya çıkması halinde taraflar bu sebebe dayanarak akdi bildirimsiz fesih ile sona erdirebilirler.¹⁶⁰

Akdi fesheden tarafın kim olduğuna bakılmaksızın¹⁶¹, bildirim süresi içerisinde işveren, işçinin yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini çalışma saatleri içerisinde ve ücret kesintisi yapmadan vermek zorundadır. Doktrinde, işçinin iş arama izin hakkını kullanabilmesi için bu yönde talepte bulunması gerektiğini ileri süren yazarlar da vardır.¹⁶² Ancak İş Kanununun yeni iş arama iznini düzenleyen 19. maddesinde işverene, böyle bir istek şartından bahsedilmeksizin, yeni bir iş bulmak durumunda olan işçiye1 bildirim önelleri süresince, iş saatleri içinde ve günde iki saatten az olmamak üzere, ücret kesintisi yapmaksızın iş arama izni verme zorunluluğu getirilmiştir.¹⁶³ İşçi isterse izin saatlerini birleştirerek topluca kullanabilir. Ancak iş arama saatlerini topluca kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden önceki günlere rastlatmak ve durumu işverene bildirmek zorundadır.

Kanun, işverene bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle işçiye derhal işten çıkarabilme imkânı getirmiştir (İş K. 13/C,II). Burada teknik anlamda bir "bildirimsiz fesih" söz konusu değildir. İşveren bildirim önellerine ait ücreti peşin olarak ödemek suretiyle iş akdini feshettiğinde, bildirim süresi işçinin çalıştığı

¹⁵⁸EKONOMİ, s. 170, ÇELİK, s. 169, OĞUZMAN, s. 194, NARMANLIOĞLU, s. 275. TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 185

¹⁵⁹ EKONOMİ, s. 170, NARMANLIOĞLU, s. 276, dn. 89

¹⁶⁰EKONOMİ, s. 170, OĞUZMAN, s. 194, NARMANLIOĞLU, s. 275–276. ÇELİK, s. 169, dn.41, TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 186

¹⁶¹ ÇELİK, s.169, ESENER, s. 222, EKONOMİ, s. 172, NARMANLIOĞLU, s. 277, TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 186

¹⁶² OĞUZMAN, s. 195

¹⁶³ EKONOMİ, s. 172–174.

sürenin hesabında göz önünde tutulmalıdır. Ancak Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, bildirim süresine ait ücretin peşin olarak ödenmesi "bildirimsiz fesih" olarak yorumlanmış ve bu şekilde yapılan feshin bildirim süresi ile hükümlerini ortadan kaldırdığı sonucuna varılmıştır.¹⁶⁴ Bu görüş, bildirim süresinin hesaba katılmaması, bu süre içinde kazanılacak ikramiye, kıdem tazminatı, toplu sözleşme zammı gibi haklardan işçinin yoksun bırakılması anlamına gelir. İşverene tanınan bir seçeneğin işçi zararına kullanılabileceğini kabul etmek ve bu durumu işçinin korunması ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.¹⁶⁵ Bu nedenle işçi, bildirim öneli içinde çalıştırılmış olsaydı sözleşmeler ve yasa gereğince kazanacağı hakları, iş akdini bildirim öneline ait ücreti peşinen ödemek suretiyle sona erdiren işverenden talep edebilmelidir. Bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin olarak ödenmesi halinde yapılacak hesaplamada işçinin son brüt ücreti esas alınır.¹⁶⁶

İş Kanunumuzun 13. maddesinde, işçi ve işverene, sözleşmenin feshinden önce durumun karşı tarafa bildirilmesinin dışında, haklı görülebilecek bir nedene dayanmak, hatta sebep göstermek gibi bir yükümlülük getirilmiş değildir.

İşverenin 13. maddeye aykırı davranışı, yalnızca bildirim önellerine ilişkin ücret tutarına eşit olan ihbar tazminatı ile bu tutarın üç katı kadar olan kötü niyet tazminatına ya da Sendikalar Kanununun 31. maddesinin son fıkrasında öngörülen koşullar oluşmuşsa, kötü niyet tazminatının özel bir şekli olarak işçiye bir yıllık ücretinden az olmamak üzere bir tazminat ödenmesine sebep olmaktadır.¹⁶⁷

¹⁶⁴ "ihbar tazminatının peşin ödenmesi ile akdin sona erdiği ve ihbar öneli içinde gerçekleşecek haklardan yararlanmak için bu konuda hizmet akdinde veya Toplu İş Sözleşmesinde açık hüküm bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Fesih tarihi itibarıyla işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesinde bu hususta açık bir düzenlemeye yer verilmiş olmadığından davacı işçinin önel içinde yürürlüğe giren ücret zammından yararlanması mümkün değildir." Y9HD, 13.3.2001, E. 2000/19901, K. 2001/3852, Çimento işveren Dergisi, Mayıs 2001. Ayrıca bkz. ÇENBERCİ, 343–344, 348–350. Yazara göre bu görüş yerinde olmakla beraber, bildirim önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmesi suretiyle akdi sona erdiren işverenin, işçinin işçilik haklarından kurtulmak için bu yola gidip gitmediğinin incelenmesi gerekir. Bu hak "afakî iyi niyet kurallarına uygun şekilde" kullanılmalıdır.

¹⁶⁵ ÇELİK, s. 170. EKONOMİ, s. 178–182. KAPLAN, s. 62 vd, OĞUZMAN, s. 200, NARMANLIOĞLU, s. 279 vd, SÜZEK, **Yargıtay 1998**, s. 85

¹⁶⁶ Yarg. TD, 3.2.1955, E. 82, K. 851, SELÇUKİ, Sabih, **İlmi Ve Kazai İçtihatlarla İş Kanunu**, 2. Bası, İstanbul 1971 (ÇELİK, s. 171, dn.47ç'den naklen).

¹⁶⁷ Ayrıca, iş akdi İş Kanununun 13. maddesine dayanılarak feshedilen işçi, İş Kanununun 14.maddesinde öngörülen diğer koşulların da bulunması kaydıyla kıdem tazminatına hak kazanacaktır

ii. İhbar Tazminatı

İhbar tazminatı, taraflardan birinin karşı tarafa hiç bir süre tanımadan fesihte bulunmasının yanı sıra, bu süreler eksik tanındığı zaman da ödenmesi gereken ve hukuki niteliği itibarı ile de "ücret" değil, "tazminat" olan bir müeyyidedir. Bu niteliği dolayısıyla on yıllık zamanaşımına tabidir. İş Kanununun 13. maddesinin C bendinde ihbar tazminatı, zarar karşılığı olarak düzenlenmemiş, bildirim şartına gerektiği gibi uyulmasını sağlamak amacıyla özel bir tazminat olarak kabul edilmiştir.¹⁶⁸

İhbar tazminatına hükmedilebilmesi için, bildirim sürelerine uyulmaksızın ilişkiye son verildiğinin ispatı yeterlidir; ayrıca bir zararın ispat edilmesine gerek yoktur. Çünkü kanun, zararla bağlı olmaksızın kesin ve maktu şekilde verilecek tazminat miktarını belirlemiştir.¹⁶⁹ Kanuna aykırı bir şekilde işten çıkarılan işçi, kısa sürede iş bulmuş veya işçinin işini terk etmesi üzerine işveren derhal bir işçi bulmuş olsa dahi ihbar tazminatı tam olarak istenebilecektir.¹⁷⁰

İhbar tazminatı, işçinin fesih bildirimine ilişkin gün sayısı ile bir günlük brüt ücretinin çarpılması suretiyle hesaplanır.¹⁷¹ İhbar tazminatının hesaplanmasında kıdem tazminatında olduğu gibi, temel ücrete ek olarak işçiye sağlanmış olan para ve parayla ölçülmesi mümkün iş akdinden veya toplu iş sözleşmesinden yahut kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur.

İş akdinin bildirim önellerine uyulmadan feshedildiği hallerde, iş akdi usulsüz bir şekilde sona erdirilen taraf ihbar tazminatını aşan bir zararın varlığını iddia ediyorsa, fazla zararını ispat etmek kaydıyla genel hükümlere göre ayrıca tazminat isteyebilir (İş K. 13/C-son). Bunun dışında İş Kanununun 14. maddesinde öngörülen şartların oluşması halinde kıdem tazminatını da talep edebilir.

¹⁶⁸ EKONOMİ, s. 184, ÇELİK, s. 173

¹⁶⁹ EKONOMİ, s. 184, ÇELİK, s. 171, ESENER, s. 229, SÜZEK, **Fesih**, s. 109

¹⁷⁰ OĞUZMAN, s.276, ESENER, s. 229, NARMANLIOĞLU, s. 299, ÇELİK, s. 172

¹⁷¹ ÇELİK, s. 170, Yargıtay'ın kanımızca isabetli kararlarına göre de ihbar tazminatı brüt ücret üzerinden hesaplanır. Y9HD, 30.11.1998, E. 14272/1998, K. 16876/1998, İşveren, Nisan 1999, s. 16. Y9HD, 1.11.1999, E. 1999/16223, K. 1999/16478, YKD, Haziran 2000, s. 1888. Bununla birlikte söz konusu tazminatın hesabında devamlılık gösteren ödemelerin göz önünde tutulması gerektiğinden devamlılık niteliği olmayan temettü ikramiyesi ile jestiyon primi dikkate alınmaz. (Y9HD, 4.3.1998, E. 1998/564, K. 1998/3399, TÜHİS, Ağustos 1998, s.48) Anılan kararların incelemesi için bkz. SÜZEK, **Yargıtay 1998**, s. 90

İhbar tazminatı miktarı sözleşmelerle artırılabilir.¹⁷² Yargıtay ise, ihbar tazminatı miktarının sözleşmelerle artırılmayacağını, zira madde hükmünün kamu düzeni ile ilişkili olup sözleşmelerle artırılabilirlik hususun sadece fesih bildirimi sürelerinde olduğunu kabul etmiştir.¹⁷³ Oysa İş K. m.13/C de, sürelerin artırılmasına ilişkin olan m. 13/B bendi gibi nispi emredici nitelikte olup tazminat miktarını bildirim sürelerini artırarak yükselten tarafların doğrudan doğruya miktarı da artırabilecekleri kabul edilmelidir.¹⁷⁴ Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında İş Kanununun 13. maddesinin işçi lehine değiştirilebilen nispi emredici nitelikte olduğunu ortaya koymuştur.¹⁷⁵ Yüksek Mahkeme'ye göre, bildirim önellere sözleşmelerle arttırıldığı hallerde, işçinin bu önellere uymaksızın iş akdini feshetmesi halinde işverenin talep edeceği ihbar tazminatı yasal bildirim süresi üzerinden hesaplanır.¹⁷⁶ Kanımızca, İş Kanununun 13/B maddesi hükmü gereğince sözleşmeler ile bildirim önellere artırılmasında tarafların mutlak şekli eşitliği değil, İş Hukukuna hâkim olan işçinin korunması ilkesine dayalı olarak işçi yararına farklılığa cevap veren anlamda maddi eşitlik olduğu kabul edilmelidir.¹⁷⁷

iii. Kötü Niyet Tazminatı

İş K m.13/C' nin üçüncü fıkrasında düzenlenen kötü niyet tazminatı, fesih hakkı yönünden, MK m.2'deki "hakkın kötüye kullanılması"nın özel bir yaptırımıdır. Medeni Kanunun tüm hukuk düzeni için geçerli olan "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını yasa korumaz" (MK m.2/II) yolundaki genel hükmünün varlığına

¹⁷² EKONOMİ, s. 184

¹⁷³ Y.9HD, 12.1.1981, E.1980/15645, K. 1981/63 ve GÜZEL'in incelemesi, İHU, İK.13 (No.12).

¹⁷⁴ ÇELİK, s. 174, NARMANLIOĞLU, s. 294, KAPLAN, s. 69 vd, CENTEL, s. 191–192.

¹⁷⁵ Y9HD, 23.11.1993, E. 1993/5065, K. 1993/16839, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1994, s. 25–26

¹⁷⁶ Yargıtay'a göre iş hukukunun işçiyi koruma ilkesi gereği önellere işçi lehine artırılabilirse de işveren lehine artırılamaz: Y9HD, 4.3.1998, E. 1998/564, K. 1998/399, TÜHİS, Ağustos 1998, s. 48. Ayrıca kararın incelemesi için bkz. SÜZEK, **Yargıtay 1998**, s. 84.

¹⁷⁷ "İş Kanunun 13. maddesinde akdin feshinde öngörülen bildirim sürelerinin artırılabilirliği yönü açıktır. Ancak bu artırma işveren için söz konusu olup işçi yönünden geçerli olamaz. Bu itibarla bildirim şartına uymayan işçi, İş Kanununda düzenlenen sürelerle ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorunda olup, toplu iş sözleşmesi ile artırılan sürelerle ilişkin ücret tutarıyla sorumlu değildir." Y9HD, 7.10.1985, E. 1985/6513, K. 1985/3139 ve kararın haklı eleştirisi için bkz. EKONOMİ, İHU, İK. 13 (No. 25). Yazara göre ihbar süreleri işçi ve işveren için eşit olarak artırıldığı takdirde, işçi toplu iş sözleşmesinde öngörülen bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür. Kşz. OĞUZMAN, s. 191–192: Yazara göre İş Kanununda öngörülen bildirim süreleri taraflar yönünden aynı olmak üzere artırılabilir. İşçi ve işveren için farklı süreler belirlenmesinin kararlaştırılması geçersizdir. Bu şekilde kararlaştırılan sürelerin yerine kanundaki süreler uygulanır

rağmen, işverenin fesih hakkını kötüye kullanması durumunda dahi feshin geçersiz sayılması ve işçinin işine iadesi söz konusu değildir (İş K. m. 13/C-III).¹⁷⁸

Kötü niyet tazminatı, sadece işveren aleyhinde düzenlenmiştir.¹⁷⁹ İşveren, bildirimli fesih hakkını kötüye kullanan işçinin bu hareketi ile kendisine verdiği zararın tazminini ancak genel hükümlere göre talep edebilecektir.¹⁸⁰

Kötü niyet tazminatı bildirim önellerine ait ücretin üç katı tutarındadır (İş K. 13/C-III).¹⁸¹ Bilindiği gibi, teknik anlamda tazminat, bir zarar karşılığında ve zararın miktarına göre ödenir. Oysa 1475 sayılı Eski İş Yasasında söz konusu tazminatın miktarı kesin ve götürü bir şekilde belirlenmiştir. Öyle ki, işverenin bildirimli fesih hakkını kötüye kullanmış olması durumunda işçi hiçbir zarara uğramış olmasa dahi bildirim öneline ait ücretin üç katı tutarındaki tazminatı talep edebilecektir.¹⁸² İşverenin fesih hakkını kötüye kullanması halinde, götürü bir tazminatı ödemekle yükümlü kılınması, iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliğine uygundur. Kanun koyucunun bu şekilde götürü bir tazminat belirlemekteki amacı, işvereni fesih hakkını kötüye kullanmaktan kaçınmaya zorlamaktır. Bir başka deyişle, her ne kadar kanunda "tazminat" olarak isimlendirilmekteyse de, fesih hakkının kötüye kullanılması halinde işveren tarafından ödenmesi gereken para bir "medeni ceza" olarak nitelendirilmelidir.¹⁸³ Bununla beraber işçi, fesih hakkının kötüye kullanılması sonucunda kötü niyet tazminatını aşan bir zarara uğradığını iddia ediyorsa, bunu ispatlamak zorundadır (İş K. m. 13/C-son).

Kendisine karşı fesih hakkının kötüye kullanıldığını ileri süren taraf, iş mevzuatımızda ispat konusunda özel bir hüküm bulunmayışı karşısında, genel hükümler uyarınca bu iddiasını ispat ile yükümlüdür (MK m. 6) ve özellikle aslolan

¹⁷⁸ Fesih hakkının kötüye kullanılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, **Fesih**

¹⁷⁹ ESENER, s. 232, SÜZEK, **Fesih**, s.1 61, TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 191. ÇELİK, s. 175 vd.

¹⁸⁰ SÜZEK, **Fesih**, s. 161

¹⁸¹ Ancak yasa koyucu, işçinin sendikaya üye olup olmamasından veya işçi kuruluşlarının faaliyetine katılmasından dolayı işine son verilmesi durumu ile ilgili olarak 2882 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinin son fıkrasında daha ağır bir tazminat hükmü getirmiş ve hükmedilecek kötü niyet tazminatının işçinin bir yıllık ücretinden daha az olamayacağını hükme bağlamıştır. Anılan maddede, bu hükme göre tazminata hükmedildiği durumlarda ayrıca kötü niyet tazminatının söz konusu olmayacağı açıkça belirtilmektedir.

¹⁸² SÜZEK, **Fesih**, s. 156–157.

¹⁸³ SÜZEK, **Fesih**, s. 162–163, OĞUZMAN, **Fesih**, s. 282–283, ÇENBERCİ, s. 351

iyi niyettir.¹⁸⁴ Bir başka deyişle, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını işçi ispatlamak zorundadır.¹⁸⁵ İşçinin kusurlu olmadığını kanıtlaması fesih hakkının kötüye kullanıldığına hükmedilebilmesi için yeterli değildir, işverenin iyi niyet kurallarına aykırı hareket ettiği işçi tarafından ayrıca ispat edilmelidir.¹⁸⁶ İşçinin sendika üyesi ya da işyeri temsilcisi olması da başlı başına iş akdinin kötü niyetle feshedildiğini göstermek bakımından yeterli olmayıp işe son vermenin bu sebeplerden birine dayandığının işçi tarafından ispat edilmesi gerekir.¹⁸⁷ Bildirimli feshin iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılması kamu düzeniyle ilgili olduğundan, yargıç dosyada mevcut bilgileri re'sen dikkate alarak işçi tarafından ileri sürülmesine ve ispat edilmesine bakmaksızın işverenin fesih hakkını kötüye kullandığına hükmedebilir; işçi işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını davanın her aşamasında ileri sürebilir.¹⁸⁸

Bazı Avrupa Birliği ülkelerinin hukuk düzenlerinde ispat yükü tersine çevrilmiştir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanununun geçerlilik alanında feshin kanuna uygun bulunduğunu izah ve ispat yükü işverene aittir.¹⁸⁹

İtalyan hukukunda ise, 15 Temmuz 1966 tarihli kanunla her feshin haklı bir nedene dayandırılması zorunluluğu getirilmiştir ve Alman Hukukunda olduğu gibi bildirimli feshin kanuna uygunluğunu işveren ispatlamak zorundadır.¹⁹⁰

¹⁸⁴ ÇENBERCİ, s. 356–357, DEMİR, s. 157–158. SÜZEK, İHU, Sen. K. 19 (No.9), s. 5. Son anılan yazara göre, MK'nın 6. maddesi hükmü kanıt yükü sorununu tam olarak çözümleyebilmiş değildir, iş akdinin işveren tarafından kötü niyetli olarak feshedildiğinin işçi tarafından kanıtlanması gerekliliği, temelini MK'nın 3. maddesi hükmünde bulmaktadır. Bu hükme göre, fesih hakkını kullanan işverenin kural olarak iyi niyetli olduğu kabul edilmeli, aksinin kanıtlanması işçiden istenmelidir.

¹⁸⁵ İş sözleşmesinin kötü niyetle bozulduğunu ispat etmek yükümlülüğü davacıya (işçiye) aittir. Bu konuda davacıdan delilleri sorulup toplanmak, incelenmek ve varılacak sonuca göre karar verilmek gerekir.": Y9HD, 17.4.1973, E. 23722, K. 11498, ÇENBERCİ, s.356–357, dn. 144'ten naklen. "...Disiplin kurulu üyeleri arasında meydana gelen tartışma feshin kötü niyete dayandığını göstermez. ... Akdin kötü niyetle feshedildiğinin ispat yükü davacı işçiye ait olup, somut olayda davacı bu iddiasını kanıtlamış değildir.": Y9HD, 10.10.2000, E. 2000/8667, K. 2000/13602, Çimento işveren Dergisi, Ocak 2001, s. 55, OĞUZMAN, **Fesih**, s. 283–284. SÜZEK, **Fesih**, s. 199, EKONOMİ, s. 188, NARMANLIOĞLU, s. 306. Bu konu hakkında Yargıtay kararları için bkz. NARMANLIOĞLU, s. 306–309

¹⁸⁶ SÜZEK, **Fesih**, s. 199, ESENER, s. 223.

¹⁸⁷ SÜZEK, **Fesih**, s. 199, ESENER, s. 318, OĞUZMAN, s. 283.

¹⁸⁸ SÜZEK, **Fesih**, s. 200

¹⁸⁹ Preis, s. 33, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu, kapsamı bakımından iki önemli ölçüt getirmiştir. §23 Abs 1 Satz 2 KSchG hükmüne göre yasa, on işçiden (1995 tarihli yasa ile beşten ona çıkartılmıştır) fazla eleman çalıştıran işyerleri ile aynı işyerinde veya işletmede aralıksız altı aydan fazla iş ilişkisi sürmüş olan işçiler bakımından (§ 1 Abs 1 KSch G) uygulama alanı bulacaktır. ULUCAN, "Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler", Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 236'dan naklen. Ayrıca bkz. SÜZEK, **Fesih**, s. 37, s. 200. DEMİR, Fevzi, **İş Güvencesi Hukuku**, İzmir 1999, s. 137–138

İngiliz hukukunda da 1971 tarihli istihdamı Koruma Kanununun kapsamına giren işçiler bakımından iş akdinin feshedilmesine dair herhangi bir ihtilaf durumunun varlığında işçi sadece akde işveren tarafından son verildiğini ispat edecektir, işveren ise feshin kanunda belirtilen nedenlere dayandığını ispat etmekle mükelleftir; aksi takdirde fesih hukuka aykırı sayılır.¹⁹¹

Fransa'da 13 Temmuz 1973 tarihli reform kanunundan sonra, işverenin bildirimli fesih hakkını kullanması için mutlaka gerçek ve ciddi bir nedenin varlığı aranmaktadır. Daha evvel iş akdinin kötüye kullanıldığını iddia eden işçi "actori incumbit probatio " (ispat davacıya düşer) kuralına göre bu iddiasını ispat etmekle yükümlü iken¹⁹², 1973 tarihli kanun ispat yükü konusunda bir yenilik getirmiştir. Buna göre işveren tarafından ileri sürülen feshi ihbar nedeninin gerçek ve ciddi olup olmadığı yargıç tarafından gerekli gördüğü soruşturma ve tarafların sağladığı deliller dikkate alınarak takdir edilecektir; diğer bir deyişle, feshi ihbar sebebinin hukuka uygunluğu konusundaki ispat yükü taraflar arasında paylaştırılmıştır.¹⁹³ Yargıcın yapacağı soruşturma ve kendisine sunulan deliller ışığında bir sonuca varamaması halinde 2 Ağustos 1989 gün ve 89-549 sayılı yasa ile getirilen "şüphe, işçi yararına yorumlanır" kuralı dikkate alınacaktır.¹⁹⁴

Hukukumuzda iş akdi kötü niyetle feshedilmiş olan işçinin, işverenin kötü niyetini ispat etmesindeki güçlük ortadadır. Bu durum Türk hukuk doktrininde haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁹⁵ Türk Hukukunda da feshi ihbarı kanunla sınırlandıran sisteme geçildiği takdirde, işveren tarafından yazılı şekilde ihbar zorunluluğunun bir

¹⁹⁰ SÜZEK, **Fesih**, s. 42,200, TAŞKENT, s. 43, DEMİR, s. 140

¹⁹¹ TAŞKENT, s. 46. ALPAGUT, s. 35, Kanunun 54. maddesinde feshe karşı korumanın ilk basamağı olarak kanuni sınırlamalar saklı olmak üzere "her işçinin haksız surette işten çıkarılmama" hakkının varlığı vurgulanmıştır. Kanunun kapsamına giren işçiler bakımından işverenin fesih hakkı, belirli nedenlerin varlığına tabi tutularak keyfi fesihler önlenmek istenmiştir. ALPAGUT, s. 34'ten naklen

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, **Fesih**, s. 48-49.

¹⁹³ SÜZEK, Sarper, "Ekonomik Zorunluluk Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Sendikal Tazminat", İHU, 1979/III, Sen. K. 19 (No.9), s. 5

¹⁹⁴ DEMİR, Fevzi, s. 141, 145

¹⁹⁵ Oğuzman'a göre, işçi tarafından belirtilen olaylar feshin sendikal nedenlerle yapıldığı ihtimalini artırıyorsa, işverenin feshi ihbarın başka bir nedene dayandığını ispatlayamaması halinde fesih hakkının kötüye kullanıldığına hükmedilmesi gerekmektedir. Bkz. OĞUZMAN, s. 283-284. Çenberci'ye göre ise, kötü niyetin ispatı hususunda yargıçların Anayasa'nın "hâkimler... vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" şeklindeki 138/1. maddesinin özellikle uygulamaları ve bu konuda sert ve katı usul kurallarını uygulamaktan kaçınmaları gerekmektedir Bkz. ÇENBERCİ, s. 357. SÜZEK, **Fesih**, s. 201-202. ESENER, s. 232-234

geçerlik şartı olarak kabul edilmesi,¹⁹⁶ işletme yararına uygun bir feshi ihbar sebebi bildirme zorunluluğunun yüklenmesi ve sebep gösterilmeksizin yapılan işten çıkarmaların kanuna aykırı ve geçersiz sayılması işçiye nispi bir ispat kolaylığı sağlamış olacaktır.¹⁹⁷

İşveren tarafından bildirilen sebebin ve işletme yararının gerçekte var olup olmadığı mahkemeler tarafından denetlenebilmeli ve yargıcın hükmünde fesih nedenini göstermesi gerektiği kanunda öngörülmelidir. Ayrıca işçinin belirli objektif olayları ya da bunlar arasındaki kronolojik bağlantıyı ispatlaması karine olarak kabul edilerek ispat yükü hafifletilmelidir.¹⁹⁸

Fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddia edildiği bir durumda ayrıca bildirim sürelerine uyulmaması da söz konusu ise, ayrı amaçlara yönelik ve farklı nitelikteki hukuki yaptırımlar olarak, hem ihbar tazminatının hem de kötü niyet tazminatının istenmesi mümkündür.¹⁹⁹ Gerçekten, ihbar tazminatı İş Kanununun 13. maddesinde öngörülen bildirim önellerine uyulmasını sağlamak amacıyla getirildiği halde kötü niyet tazminatı işverenin fesih hakkını kullanırken objektif iyi niyet kurallarına aykırı davranmasını önlemek için öngörülmüş bir yaptırımdır. Yargıtay'ın doktrin tarafından isabetli bulunmayan kararlarına²⁰⁰ göre ise, kötü niyet tazminatı, hukuki niteliği itibarı ile ihbar tazminatının vasıflı şeklinden ibarettir ve ihbar tazminatı kötü niyet tazminatının içindedir; bu nedenle kötü niyet tazminatına hükmedildiği takdirde ihbar tazminatına karar verilemez.

Kötü niyet tazminatının hesaplanmasında da, ihbar tazminatında olduğu gibi temel ücretin yanında ek ödemelerin tümü hesaba katılacaktır.²⁰¹ Ayrıca, iş akdine kötü niyetle son verilen taraf, İş Kanununun 14. maddesinde öngörülen koşulların oluşması halinde karşı taraftan kıdem tazminatı da talep edebilecektir.

¹⁹⁶ SÜZEK, Fesih, s. 106.

¹⁹⁷ SÜZEK, Fesih, s. 201–202

¹⁹⁸ SÜZEK, Fesih, s. 202.

¹⁹⁹ ÇELİK, s. 177; EKONOMİ, s. 189; SÜZEK, Yargıtay 1989, s. 51–52, SÜZEK, Yargıtay 1998, s. 95; EKONOMİ, İHU, İK. 13 (No. 21); EYRENCİ, İHU, İK. 13 (No. 11).

²⁰⁰ Örneğin bkz. Y9HD, 11.3.1998, E. 1998/2357, K. 1998/4701, Tekstil İşveren, Temmuz 1998, s. 20 Kararın haklı eleştirisi için bkz. SÜZEK, Yargıtay 1998, s. 95–96. Y9HD, 152.1984, E. 1984/705, K. 1984/1250 ve haklı eleştirisi için bkz. Ekonomi, İHU, İK. 13 (No. 21). YHGK, 24.1.1979, E. 1978/9586, K. 1979/55 ve haklı eleştirisi için bkz. Eyrenci, İHU, İK 13 (No. 11). Aksi yönde bkz. ÇENBERCİ, s. 352

²⁰¹ EKONOMİ, s.188

iv. Tarafların Ayrıca Tazminat İsteme Hakkı

İş Kanunu m. 13/C-son'da tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklı tutulmuştur. Bu hükme göre, iş akdini usulsüz olarak fesheden kimse karşı tarafın uğradığı zarar ve ziyarı da tazmin etmekle yükümlüdür.²⁰²

Hükümde tazminatın niteliği konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, anılan fıkradaki tazminat sözcüğünün maddi ve manevi tazminatı kapsayacağını, bu konularda genel hükümlerin ve manevi tazminatın takdirinde de Borçlar Kanununun 49. maddesindeki esasın uygulanacağını hükme bağlamıştır.²⁰³ Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir başka kararında da, İş Kanununun 13. maddesinin nispi emredici olma niteliği dikkate alınarak, hizmet akdinin haksız feshi durumunda yasada öngörülen ihbar ve kötü niyet tazminatlarının dışında tazminat ödenmesinin taraflarca kararlaştırılması ve anılan maddede öngörülen hakların kapsamının işçi yararına olarak hizmet akitleri ve toplu iş sözleşmeleri ile genişletilmesinin mümkün olacağı hükme bağlanmıştır.²⁰⁴

b. Haklı Sebep Fesih Hakkı (Bildirimsiz Fesih-Derhal Fesih)

i. Tanımı ve Özellikleri

Bildirimsiz fesih, belirli ya da belirsiz süreli sürekli hizmet akitlerinin işçi ya da işveren tarafından haklı bir sebebe dayanılarak derhal sona erdirilmesidir.²⁰⁵ Bu tür feshe kanunda "bildirimsiz fesih" denmekle, onun bir süreye bağlı olarak önceden bildirilmesi gerekmeden, bir başka deyişle, irade beyanının karşı tarafa ulaşması üzerine bir sürenin geçmesi beklenmeksizin akdin derhal sona ereceği anlatılmaktadır.

Bildirimsiz fesih dayanağını, objektif iyi niyet kurallarında bulmaktadır.²⁰⁶ Gerçekten, hizmet akitlerinin devamı sırasında ortaya çıkan bazı sebepler taraflardan biri için iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmekte ise, o tarafın sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmesini talep etmek, objektif iyi niyet kuralları ile de

²⁰² EKONOMİ, s.185-186; ÇELİK, s.174; SÜZEK, Fesih, s.170-174

²⁰³ YHGK, 17.6.1972, E. 1971/9-173, K. 665 ve YHGK. 15.4.1972, E. 971/9-452, K. 250 sayılı kararları. ÇELİK, s.174; SÜZEK, Fesih, s. 174

²⁰⁴ YHGK, 16.9.1981, E. 1981/9-453, K.1981/596 ve göz önünde bulundurduğu ölçütler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, s. 174-175

²⁰⁵ SÜZEK, Fesih, s. 16; EKONOMİ, s. 194.

²⁰⁶ NARMANLIOĞLU, s. 314; OĞUZMAN, s. 35

bağdaşmaz.²⁰⁷ İşte bildirimsiz fesih hakkı, objektif iyi niyet kuralları gereğince artık akde devam etmeye zorlanamayacak olan tarafa, iş akdini, bildirim önellerini dahi beklemeksizin derhal sona erdirmeye imkânını verir.²⁰⁸ Diğer bir deyişle, bildirimsiz fesih, karşı tarafın çekilmez hal veya davranışı dolayısıyla zor durumda kalan tarafı kurtarma işlevine sahiptir.²⁰⁹

Bildirimsiz fesih beyanının geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Fesih iradesini belirten bir beyanın karşı tarafa yöneltilmesiyle birlikte bildirimsiz fesih hakkı kullanılmış olur. Doktrindeki baskın görüşe göre, hizmet akdinin bildirimsiz feshi için, haklı sebep kendisi açısından var olan tarafın, akdi sona erdirmek için yaptığı irade beyanında, haklı bir nedene dayanıldığının belirtilmesi gerekli olmakla birlikte, bu nedenin somut olarak açıklanması zorunlu değildir.²¹⁰ Ancak, karşı taraf sorduğunda akdi feshedenin haklı fesih nedenini açıklaması ve uyuşmazlık halinde bu haklı nedenin varlığını ispat etmesi gerekir.²¹¹

Yargıtay ise, fesihte dayanak yapılan sebebin bildirimde belirtilmesi gerektiği, aksi halde feshin geçerli olmayacağı yönünde kararlar vermiştir. Gerçekten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 25 Şubat 1981 tarih, 1981/282 esas ve 1981/2820 sayılı kararına göre işçi, haklı bir sebeple hizmet akdini feshettiğinde, dayandığı sebeplerin akdi feshetmek hakkı verip vermeyeceği incelenerek sonuca varılmalıdır; akit feshedilirken bildirilmeyen bir sebep, feshe dayanak alınamaz.²¹² Haklı sebeple iş akdini fesheden tarafın dayandığı sebebi fesih beyanında belirtmesi gerekliliği, doktrinde Tunçomağ tarafından da savunulmuştur.²¹³

Kanımızca da, fesih beyanında haklı bir sebep gösteren taraf, gösterdiği bu sebeple bağlıdır. Kendisine karşı söz konusu fesih nedeniyle açılacak davada, sonradan ortaya çıkan veya daha önceden mevcut olmakla birlikte fesih beyanı sırasında belirtmediği bir başka sebebe dayanamaz. Ancak, ispat kolaylığı ve objektif

²⁰⁷ OĞUZMAN, s. 36; EKONOMİ, s. 194; SÜZEK, Fesih, s. 16. Hatta iş ilişkisi kurulmadan mevcut olan fakat taraflardan birinin bilmediği ve akdin devamı sırasında ortaya çıkan bir sebep de akdin devamını karşı taraf için katlanılmaz hale getirebilir: SÜZEK, Fesih, s. 16; OĞUZMAN, s. 46

²⁰⁸ SÜZEK, Fesih, s. 16–17; OĞUZMAN, s. 33, 36; ESENER, s. 219, 235

²⁰⁹ NARMANLIOĞLU, s. 315; OĞUZMAN, s. 37

²¹⁰ NARMANLIOĞLU, s. 318; OĞUZMAN, s.121; EKONOMİ, s. 194–195. ÇELİK, s. 184; ÇENBERCİ, s. 358; ATABEK, s. 123–124

²¹¹ ÇELİK, s.184; ATABEK, s.124; EKONOMİ, s. 195; NARMANLIOĞLU, s.319

²¹² EKONOMİ 'nin incelemesi için bkz. İHU, iş K. 16 (No. 5)

²¹³ TUNÇOMAĞ-CENTEL, s.204

iyi niyet kuralları gereği hizmet akdini haklı nedenle derhal fesheden tarafın bunun sebebini de bildirmesi lazımdır. Aksi takdirde bilahare bunu genişletmesi her zaman mümkün olacaktır.

Fesih beyanında birden çok haklı sebebe dayanılabilir. Uyuşmazlık halinde fesheden tarafın, gösterdiği sebeplerden sadece birinin gerçekleştiğini ispat etmesi halinde feshin haklı olduğu ve fesihten beklenen sonucun doğduğu kabul edilir.²¹⁴

Kanunda belirtilen fesih nedenlerinden birinin oluşması, akdi kendiliğinden sona erdirmez; akdin sona ermesi için, kendisi için haklı fesih sebebi doğmuş olan tarafın, kanunda belirtilen süre içerisinde fesih beyanında bulunması gerekmektedir. Haklı sebep çok açık olsa, hiç kimsenin katlanamayacağı kadar ağır bir durum yaratsa bile, lehine haklı fesih sebebi doğan taraf bu sebebe dayalı olarak fesih beyanında bulunmadıkça akit sona ermez. İşçi veya işveren haklı sebeple fesih hakkını kullanıp kullanmamakta, bir başka deyişle, akdi sona erdirip erdirmemekte serbesttirler.²¹⁵ Bu husus, İş Kanunun 16. ve 17. maddelerinin lafzından da anlaşılmaktadır.

ii. Haklı Sebeple Fesih Hakkının Kullanılabileceği Süre

İş Kanunumuzun 16. ve 17. maddelerinde, "ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı altında düzenlenen durumlarda, kendisi lehine haklı fesih sebebi doğmuş olan tarafın fesih beyanında bulunabileceği süre sınırlanmıştır. Ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı bir davranışın öğrenilmesinden ve bu olayın üzerinden uzun bir süre geçmesinden sonra, lehine haklı fesih nedeni doğan tarafın bu olaya dayanarak akde son vermek istemesini kanun, kamu düzeni, ahlak ve iyi niyet kuralları bakımından haklı saymamaktadır.²¹⁶

Anılan Kanunun, akdi fesih hakkının kullanılabileceği süreyi düzenleyen 18. maddesine göre, "16 ve 17. maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan akdi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği günden başlayarak altı işgünü geçtikten ve her halde fiilin vukuundan itibaren bir sene sonra kullanılamaz."

²¹⁴ NARMANLIOĞLU, s.319. OĞUZMAN, s.120–121

²¹⁵ ÇELİK, s.184. NARMANLIOĞLU, s.317–318

²¹⁶ ÇELİK, s.206

İş Kanunun 18. maddesinde öngörülen altı günlük süre, işçi veya işverenin karşı tarafın ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışını öğrendiği, bir başka deyişle fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren başlar. Ancak fiilin ya da failin öğrenilmesi her halde, fiilin meydana geliş tarihinden itibaren bir yıl içinde olmalıdır.²¹⁷ Ancak haklı nedenin varlığının tespit edilmesi bir soruşturmayı gerekli kılıyorsa altı günlük süre soruşturmanın bitiminden itibaren başlayacaktır; hakkında resmi işlem yapılan bir olayda sonucun alınmasına kadar altı günlük süre işlemez.²¹⁸ İşçilerin işi yavaşlatma ve üretimi düşürmeleri gibi süregelen eylemleri söz konusu olduğunda da, altı günlük süre hesabı, bunların sona erdiği tarihten itibaren başlatılmalıdır.²¹⁹

Kanunun belirlediği söz konusu süreler hak düşürücüdür.²²⁰ Bu yüzden öngörülen sürelerin herhangi bir şekilde kesilmesi ya da durması söz konusu olmadığı gibi, taraflar arasında ihtilaf doğması halinde süreler hâkim tarafından re'sen göz önüne alınacaklardır.²²¹

iii. İş Kanununa Göre Bildirimsiz Fesih Sebepleri

Genel olarak haklı sebep, dürüstlük kuralları gereğince iş sözleşmesinin taraflarından birine, sözleşmeyi sürdürmeme hakkı veren bir durum olarak tanımlanabilir. Buna göre "muhik sebep, akde devamı objektif hüsnüniyet icabı talep edilmez hale koyan bir hukuki hadisedir".²²²

İş Kanunumuzda, haklı nedenle fesih nedenlerini işçi ve işveren açısından ayrı ayrı düzenlenmiş; işçinin bildirimsiz fesih hakkına ilişkin 16. ve işverenin bildirimsiz fesih hakkına ilişkin 17. maddelerinde fesih nedenleri "sağlık nedenleri", "ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" ve "zorlayıcı nedenler" olarak üç grupta toplanmıştır. İş Kanununun 16. ve 17. maddelerinin ikinci bentlerinde ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sayılırken bir sınırlama yapılmamış, bazı haller örnek olarak sayılmıştır. Burada sayılan hallerin dışında

²¹⁷ EKONOMİ, s.214; NARMANLIOĞLU, s.321; ÇELİK, s.206

²¹⁸ EKONOMİ, s.215; ÇELİK, s.206; OĞUZMAN, s.113

²¹⁹ ÇELİK, s.206.

²²⁰ NARMANLIOĞLU, s.320-321; EKONOMİ, s.215; OĞUZMAN, s.114; ESENER, s.242; ÇELİK, s. 207; Öngörülen sürelerin zamanaşımı süresi olduğu görüşü için bkz. ATABEK, s.167

²²¹ NARMANLIOĞLU, s.321; EKONOMİ, s.215; OĞUZMAN, s.114; ESENER, s.242; ÇELİK, s. 207

²²² NARMANLIOĞLU, s.326,327

kalan ancak bu hallere benzer nitelik gösteren sebeplerle de iş akdinin Borçlar Kanununun 344. maddesine²²³ dayanarak feshi mümkündür.²²⁴

iv. Haklı Bir Fesih Nedeni Bulunmamasının Neticeleri

Hukukumuzda haklı bir sebeple hizmet akdi derhal feshedildiği takdirde, gerçekte böyle bir sebep bulunmamakta veya ileri sürülen bu sebebin varlığı ispatlanamamakta ise, yapılan fesih işlemi geçersiz sayılmamakta, ancak haksız fesih niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Haksız fesih halinde ödenecek tazminat bakımından, akdin usulsüz feshine (ihbar önellerine uyulmadan yapılan feshe) ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.²²⁵ Haksız feshe uygulanacak sonuçların saptanması bakımından işçi ile işveren arasında var olan iş akdinin belirli süreli olup olmaması hususu önem taşımaktadır.

Taraflar arasındaki akit belirsiz süreli bir hizmet akdi ise, akdi sona erdirmek konusundaki irade beyanı, bildirimli fesih olarak kabul edilmekte, ancak bu sürelerle uyulmadığı için usulsüz (haksız) feshe ilişkin bütün hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

Yargıtay, belirli süreli iş akitlerinin devamı sırasında akdin süresinin sona ermesinden önce, işveren tarafından haklı bir sebep bulunmaksızın sona erdirilmesi hallerine ilişkin olarak verdiği bazı kararlarında²²⁶, hizmet sözleşmesinin haksız şekilde feshedildiğinin ve buna bağlı olarak da işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Belirli süreli iş akitlerinin, haklı bir neden olmaksızın süresinden önce sona erdirilmesinin hukuki açıdan nitelendirilmesi ve sonuçları iş hukuku öğretisinde farklı görüşlere yol açmıştır.²²⁷

Öğretide baskın görüş tarafından, belirli süreli iş akitlerinde ortada haklı bir fesih nedeninin bulunmaması halinde sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı bulunmadığı

²²³ Anılan hüküm şu şekildedir: "Muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerek iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir. Ezcümle ahlâka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder. Bu gibi hallerin mevcudiyetini hâkim takdir eder. Fakat işçinin kendi kusuru olmaksızın duçar olduğu nispeten kısa bir hastalığı yahut kısa müddetli bir askeri mükellefiyeti ifa etmesi, muhik sebep olarak kabul edilmez."

²²⁴ SÜZEK, Fesih, s.17; OĞUZMAN, s.43-44; ATABEK, s.116-117; Aksi görüş ÇELİK, s.185; EKONOMİ, s.196.

²²⁵ ÇELİK, s.184; SÜZEK, Fesih, s.38; EKONOMİ, s.195-196, ATABEK, s.92; ESENER, s.237; KAPLAN, s.166-167

²²⁶ Y9HD, 18.3.1998,2611/5145 sayılı kararın eleştirisi için bkz. SÜZEK, Yargıtay 1998, s.71 vd.

²²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, Yargıtay 1998, s. 71-79.

ve bu tür akitlerde haklı bir fesih nedenine dayanmayan feshin geçersiz sayılacağı savunulmaktadır. Çünkü belirli süreli iş akitlerinde taraflar iş ilişkisinin belirli bir süre devam etmesini, diğer bir deyişle belirlenen süre kadar o akitle bağlı kalmayı kendi özgür iradeleriyle kararlaştırmışlardır. Geçersiz bir fesih bildirimi ise, iş akdini sona erdirmeyeceği için, işveren işçi tarafından sunulan işgörme edimini kabul etmek zorundadır. Bu edimi kabul etmeyen işveren açısından ise, Borçlar Kanununun işverenin temerrüdünü düzenleyen 325. maddesi uygulanma alanı bulacaktır.²²⁸

Diğer bir görüşe göre ise, doktrinde baskın olan söz konusu görüşün ileri sürdüğü çözüm, İş Kanunu karşısında uygun olmayan bir nitelik taşımakta ve işçiyi birtakım işçilik haklarından mahrum bırakmaktadır. Anılan görüş, Yargıtay tarafından belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin haklı bir sebep olmaksızın işten uzaklaştırılmasının "fesih" olarak kabul edilmesini isabetli olarak nitelendirmekte, bu fesihle sözleşmenin sona ereceğini ve işçinin ücret değil fakat tazminat hakkının doğacağını²²⁹ ve haksız feshe dayalı olarak kıdem tazminatının da istenebileceği savunmaktadır.²³⁰

Kanımızca da, belirli süreli iş akdinin süresinin bitiminden önce işverence haklı bir neden olmaksızın sona erdirilmesi halinde, işverenin Borçlar Kanununun 325. maddesi uyarınca alacaklı temerrüdüne düştüğünün ve sözleşmenin belirli süresinin sonuna kadar ödemesi gereken ücreti işçiye ödemekle yükümlü sayılması gerektiğinin kabulü, mevcut mevzuatımıza uygun düşmektedir.

Ancak, Süzek tarafından haklı olarak belirtildiği gibi²³¹, belirli süreli iş akdinin haksız şekilde feshedilmesinin hukuki sonucunu düzenleyen bir hükme İş Kanunumuzda yer verilmiş olmaması karşısında, kural olarak²³² genel hükümlere başvurmak gerekmektedir. Genel hükümlerde ise bu konu Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin bölümünün 325. maddesinde yer almıştır. Anılan hükme göre

²²⁸ SÜZEK, Yargıtay 1989, s.45; SÜZEK, Yargıtay 1998; s.72-73, SÜZEK, Askıya Alınma, s.118. TUNÇOMAĞ-CENTEL, s.106 vd. ÇELİK, s.133-134. SÜMER, s.3 vd. Kars. OĞUZMAN, s.143 vd. Yazara göre, böyle bir durumda işçiye iş vermekten kaçınan ve işçinin iş görme borcunu yerine getirmesine engel olan işveren kusursuz imkânsızlık yaratmaktadır

²²⁹ NARMANLIOĞLU, Yargıtay 1996, s.104-106. Y9HD, 26.2.1996, E.1995/26332, K. 1996/2570 sayılı kararın incelemesi için bkz. NARMANLIOĞLU, Yargıtay 1996, s.95-96

²³⁰ EKONOMİ, s.233, ÇELİK, s. 222-223, NARMANLIOĞLU, işverence Haksız Fesih, s.392 vd.

²³¹ SÜZEK, Yargıtay 1998, s. 74-75.

²³² Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, 41 vd. Aynı yazar, İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması, 132 vd

"iş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir." Maddedeki açıklık karşısında yorum yoluyla burada temerrüt değil de haksız feshin söz konusu olduğunu ve ücret yerine de tazminat alacağının doğduğunu savunmak güçtür. Öte yandan, tarafların özgür iradeleriyle aralarında var olan iş ilişkisinin belirli bir süre devam etmesini kararlaştırdıkları belirli süreli iş akitlerinde, tarafların haklı bir neden olmaksızın akdi her zaman feshedebileceklerini kabul etmek, sözleşmenin belirli süreli olmayıp belirsiz süreli olduğu iddiasını gündeme getirebilir;²³³ diğer bir deyişle böyle bir imkânın kabul edilmesi, akdin belirli süreli olma özelliği ile bağdaşmaz. Bu çerçevede, belirli süreli iş akdinde eğer haklı bir fesih nedeni doğmamışsa, işveren lehine bozucu yenilik doğuran fesih hakkının doğduğundan bahsetmek mümkün olmamalıdır. Kendisi açısından böyle bir hak doğmayan işverenin, bu şekilde yaptığı fesih beyanı sonrasında alacaklının temerrüdüne düştüğünün kabul edilmesi, bozucu yenilik doğuran hakların teorik temeline de uygundur.²³⁴ Fakat bütün bu açıklamalara rağmen iş hukuku, medeni hukuk ve borçlar hukukundan bağımsız bir hukuk dalı olduğu için, iş yasalarında boşluk bulunan hallerde genel hükümlerin uygulama alanı bulması, genel hükümlerde yer alan ilgili kuralların iş hukukunun özel karakterine, ilke ve gereklerine uygun düştüğü ölçüde söz konusu olabilecektir. Ortaya çıkan bir soruna ilişkin olarak İş Kanununda bir kural bulunmuyor ve genel hüküm de uygulanamıyor ise ya da yasanın getirdiği çözüm şekli tatmin edici kabul edilmiyor ve ihtiyaçlara cevap vermiyorsa, böyle bir örtülü boşluk yargıç tarafından hukuk yaratılması yoluyla doldurulacaktır.²³⁵ Zira BK 325'te yer alan hükmün uygulanması halinde işçinin kıdem tazminatından yoksun kalması veya hükme göre ücretten yapılacak indirimlerin varlığının "işçiyi koruma ilkesine aykırılık teşkil etmesi, öte yandan hukukumuzda kıdem tazminatına hak kazanılabilecek durumlar arasında belirli süreli iş akitlerini sona erdiren bazı hallerin de bulunması karşısında BK 325 hükmünün çelişki yarattığı ileri sürülebilecektir.²³⁶ Bu durumda, Yargıtay'ın örtülü

²³³ G. Couturier, Droit du Travail, I, Les relations individuelles de travail, Paris 1994, 136 vd. (SÜZEK, Yargıtay 1998, s.74-75'ten naklen.)

²³⁴ L.L'Hui15er, La notion du droit formateur en droit privé suisse, Geneve 1947, s.61 vd, 75, özellikle s. 182-183 ve bu sayfalarda belirtilen yazarlar-(SÜZEK, Yargıtay 1998, s.75'ten naklen)

²³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, **İş Hukukunun Genel Esasları**, Ankara,1998, s. 41 vd; Aynı yazar, "İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması", Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s.132 vd

²³⁶ NARMANLIOĞLU, Yargıtay 1996, s.96,106; SÜZEK, Yargıtay 1998, s.77-78.

bir boşluk durumunun varlığını kabul ederek ortaya çıkan boşluğu hukuk yaratmak suretiyle doldurması ve bunu yaparken de belirli süreli iş akdini süresinin bitmesinden önce işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın sona erdirmesini haksız fesih olarak nitelendirmesi ve buna ilişkin hukuki sonuçları bağlaması söz konusu olabilir.²³⁷

v. Haklı Sebeple Fesih Hakkı ve Kötüye Kullanma

Haklı bir sebebe dayanarak iş akdinin feshedilmesi halinde fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsetmenin mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde ve yargı kararlarında birbirinden farklı görüşler mevcuttur.

Yargıtay'ımız İş Kanununun 17. maddesine ilişkin olarak verdiği değişik tarihli pek çok kararında her hak gibi haklı nedenle fesih hakkının da objektif iyi niyet kurallarına uygun şekilde kullanılması gerektiğini kabul etmiştir. Yargıtay'a göre, devamsızlık nedenine dayanan haklı sebeple fesih hakkının doğmuş olduğu hallerde bile işveren bu hakkını iyi niyet kurallarına uygun bir şekilde kullanmalıdır.²³⁸ Yüksek Mahkeme haklı sebeple fesih hakkını kötüye kullandığını kabul ettiği işverene karşı işçiyi koruyucu yönde bir eğilim göstermiştir.

Yüksek Mahkeme'nin iş görme borcunu yerine getiren fakat yerine getirdiği edimin karşılığı olan işçilik haklarını bir süredir alamayan bir işçinin BK m. 81'de öngörülen ödemelik defini ileri sürerek işe gelmemesi ve bu şekilde işe devamsızlığı nedeniyle, işveren tarafından hizmet akdinin İK. 17/II' de öngörülen haklı nedenle feshi yoluna gidilmesini iyi niyet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaştırmanın mümkün olmadığını belirten görüşünü destekleyen Ulucan ise bu şekilde yapılan feshi "haksız ve kötü niyetli" olarak nitelemektedir.²³⁹ Yine Yargıtay'ın bir kararında benzer şekilde, uzun bir süreden beri işyerinde çalışan ve doğum yaptığı bilinen bir işçinin doğum yaptıktan sonra 6 haftalık dinlenme süresinin bitimini izleyen iki iş günü üst üste işe gelmemiş olması nedeniyle

²³⁷ SÜZEK, Yargıtay 1998, s.79.

²³⁸ ÇENBERCİ, s.580-581.

²³⁹ Y9HD, 31.3.1986, E. 986/2492, K 986/3578 ve incelemesi için bkz. ULUCAN, İHU, İK.17(No.20)

feshedilmesinin doğruluk kurallarına aykırı olduğu yönündeki bir görüşü de Taşkent tarafından desteklenmiştir.²⁴⁰

Kanımızca, Yargıtay'ın pek çok kararında, haksız fesih ile fesih hakkının kötüye kullanılması kavramları birbirine karıştırılmaktadır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasını haksız fesihten ayırmak için fesih hakkının doğmuş olup olmadığı araştırılmalıdır. Fesih hakkı doğmamış olduğu halde akit feshedilmişse haksız bir fesih söz konusu olacaktır. Haksız fesih halinde bir hak ve bunun kullanılması söz konusu olmayacağına göre bir hakkın kötüye kullanılmasından söz etmek de mümkün değildir.²⁴¹ Fesih hakkının doğduğu, ancak objektif iyi niyet kurallarına uygun bir şekilde kullanılmadığı takdirde fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilebilecektir.

Hâlbuki çoğu Yargıtay kararında²⁴², her ne kadar haklı sebeple fesih hakkının objektif iyi niyet kurallarına uygun şekilde kullanılmadığı sonucuna varılıyorsa da gerçekte bu olaylarda haksız fesih olduğunu söylemek mümkündür. Zira haklı nedenle fesih hakkının doğumu için sadece iki gün işe devamsızlık yeterli değildir; ayrıca işe gelmemenin izinsiz olması ya da haklı bir nedene dayanmaması gerekir. İşçi açısından işe gelmemenin haklı olduğu hallerde²⁴³ işveren açısından fesih hakkının doğduğu da kabul edilemez. Doğmayan bir hakkın kötüye kullanılması ise mümkün değildir.²⁴⁴

Doktrinde fesih hakkının kötüye kullanılması daha çok bildirimli fesih hakkı çerçevesinde incelenmiştir. Buna karşılık Çenberci, her hak gibi haklı sebeple fesih hakkının da objektif iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanılması gerektiğini ileri sürmekte ve İş Kanununun 17. maddesinin 2. fıkrasının (h) alt bendinde düzenlenen

²⁴⁰ Y9HD, 5.3.1981, E. 645, K. 3076 ve incelemesi için bkz. TAŞKENT, İHU, İK.17 (No.14). Yazara göre, kural olarak, işçi devamsızlığın haklı nedenini işçiye bildirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, bazı durumlarda işverenin, işçinin işe devamsızlığının nedenini araştırması yine doğruluk kuralının bir gereğidir. Aynı yönde bkz. EKONOMİ, s.211; SÜZEK, Askıya Alma, s.55; ÇENBERCİ, s.585

²⁴¹ SÜZEK, Fesih, s.22; OĞUZMAN, s.282

²⁴² Örneğin Y9HD, 23.1.1976, E. 1091, K. 2609 sayılı karar ve incelemesi için bkz. ULUCAN, İHU, İK. 17, (No. 4).

²⁴³ İşçinin işe gelmemesi haklı bir nedene dayanıyorsa işverenin akdi devamsızlık hükmüne göre feshetme hakkı doğmaz. Bkz. EKONOMİ, s.210; ÇELİK, s.197; NARMANLIOĞLU, s.369; SÜZEK, Askıya Alma, s. 54; işçinin işe gelmemesinin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı her bir olayda ayrı ayrı değerlendirilir. İşçinin iyi niyet kurallarına göre işe gelmemesinin nedenini işverene bildirmesinin beklenemeyeceği, aksine, işverenin işçinin işe gelmemesinin sebebini araştırmasının gerektiği hallerde, işverenin fesih hakkının doğacağı da kabul edilemez. Bkz. EKONOMİ, s.210–211;

²⁴⁴ SÜZEK, Fesih, s.22

ve işçinin işe devamsızlığı nedeniyle işverene iş akdini bildirimsiz olarak (haklı nedenle) feshetme hakkını veren düzenlemenin uygulanmasında objektif iyi niyet kuralına başvurulma ihtimalinin oldukça fazla olduğunu belirtmektedir.²⁴⁵

Ekonomi de haklı nedenle fesih hakkının kötüye kullanılabileceğini kabul eden yazarlardandır. Yazara göre, fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin hükmün 13. maddede yer alması ve tazminat miktarının da bildirim sürelerine göre belirlenmesi, İş Kanununun 16. ve 17. maddelerindeki haklı nedenle fesih hallerinde iyi niyet kurallarına aykırı hareket edilmesi durumunda, Medeni Kanununun 2. maddesindeki objektif iyi niyet kurallarının dikkate alınacağını haklı göstermektedir. Ancak bununla beraber, İş Kanununun 13 maddesinin C bendinin 3. fıkrasında "genel olarak" hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığı "diğer durumlarda" ifadesi çok geniş bir yoruma müsait bulunduğundan, bu hükmün hangi tür hizmet akdi ve fesih olursa olsun uygulanacağını iddia etmek de olanaklıdır.²⁴⁶

Esener'e göre ise, işveren bakımından fesih için haklı bir sebebin oluşmuş olması halinde, fesih hakkının bu sebebe dayanarak kullanan işverenin fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilemez.²⁴⁷

Doktrinde Süzek tarafından savunulan görüşe göre ise, haklı sebeple fesih hakkının kötüye kullanılması mümkün değildir. Yazara göre, işverene haklı sebeple fesih hakkının tanınmasının nedeni, ortaya çıkan katlanılmaz durum dolayısıyla iş akdine devamın kendisi açısından objektif iyi niyet kuralları gereği beklenememesi olduğundan, haklı sebep, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı bir davranışından kaynaklanmakta ise, işveren lehine haklı fesih nedenini yaratan işçinin kendisi kötü niyetlidir. Kusurlu hareketleriyle kendisi aleyhine fesih nedeni yaratan ve iyi niyet kurallarına uygun davranmayan işçinin, işverenin feshi kötüye kullandığını ileri sürememesi gerekir. Zira hukukun genel ilkelerine göre hiç kimse kendi kusuruna dayanarak bir hak iddia edemez.²⁴⁸ Aynı şekilde, İş Kanununun 17. maddesinin I. ve III. bentlerinde işverene haklı fesih yetkisi veren sağlık sebepleri ile

²⁴⁵ ÇENBERCİ, s.580–581; Yazara göre Yargıtay, özellikle kıdemli işçileri korumak maksadıyla, işverenin işine son vermek için fırsat kolladığı bir işçisini, sadece devamsızlık etmiş olması nedeniyle işten çıkarmasına karşı korumak için objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde içtihadını oluşturmuştur

²⁴⁶ EKONOMİ, s.187.

²⁴⁷ ESENER, s.228. Yazara göre bildirimsiz fesih sebebinin gerçekleşmesi ile hizmet akdinin taraflar açısından çekilmez hale geldiğinin kabul edilmesi gerekir.

²⁴⁸ SÜZEK, Fesih, s.23–25.

zorlayıcı sebeplerin ortaya çıktığı hallerde ise (İş K. 17/1.a dışında) her ne kadar işçinin iyi niyete aykırı bir davranışı söz konusu değilse de, ortaya çıkan şartlar dolayısıyla, objektif iyi niyet kuralları gereği işverenden akdi ilişkiyi sürdürmesi beklenemeyeceğinden, böyle bir durumda da haklı sebeple fesih hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürmek güçtür.²⁴⁹

Ancak kanımızca kanunun bu maddesinin(17/II) ihbar ve kıdem tazminatı ve özellikle de kötü niyet tazminatına ilişkin maddelerinin dolanılmasında yani kanuna karşı hile yaratılmasında kullanılması da mümkündür. Özellikle Süzek'in ulaştığı sonucu kabul etmek gerekirse, gerçekte hiçbir haklı neden olmadığı ancak yasada sayılan haklı nedenler sebep gösterilerek derhal fesih hallerinde ne olacaktır? Sayın Süzek'in yorumuna göre, ortada haksız bir fesih olduğu tespit edilecek, ancak işçinin işe iadesi mümkün olmayacak ve işçi sadece belirsiz süreli iş akdi ile çalışıyorsa ihbar ve şartları varsa kıdem tazminatı alabilecektir. Oysa işveren hiçbir haklı neden bildirmeden iş akdini 13. maddeye göre sonlandırmış olsa, işçi ihbar ve kıdem tazminatı yanında, ispatladığı takdirde kötü niyet tazminatına da hak kazanacaktı. Görüleceği üzere, Sayın Süzek'in 16 ve 17. maddeye göre derhal fesih bildirimlerinin, ancak haksız fesih olduğunun tespit edilebileceği ve ortada gerçek bir fesih olmadığından (Fesih haksız olduğundan), bunun kötüye kullanılamayacağı yönünde vardığı sonuç, genel hükümlere göre varılan bir sonuç olup, iş hukukunun işçiyi koruyucu hükümlerine aykırıdır. Yine bu durumda Sayın Süzek'in iş hukukunda yoruma ilişkin çizgisinde, genel hükümlerin yeterli olmadığı veya iş hukukunun işçiyi koruyucu bünyesine uygun olmadığı hallerde örtülü kanun boşluğunun doğacağı kabul edilmelidir. Buna göre özellikle bu fesih hakkının, kanunu dolanmak ve özellikle kötü niyet tazminatı ve sendikal tazminat nedenlerini bertaraf etmek için kullandığının tespit edildiği hallerde, mahkemece yapılan feshin haksızlığı tespit olunmakla birlikte, işçinin işinden çıkarılmakla fiili (de facto) feshin gerçekleştiği (süresi belirsiz akitler açısından 13.madde) kabul edilerek, kötü niyet ya da sendikal tazminata karar verilmelidir. Belirli süreli iş akitlerinde de, aynı sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Zira bu akitler belirli bir sürenin sonunda zaten

²⁴⁹ SÜZEK, Fesih, s.24; Yazara göre, işverenin fesih hakkını kullanmasında haklı fesih nedeninin yanında işçinin sendikal faaliyetlere katılması gibi herhangi bir sebep de etkili olsa dahi, artık bu etkenin ne olduğuna bakılmamalıdır. Ortada haklı bir fesih nedeni varken başka bir nedenin gerçek etken olduğunun ispatlanması pek mümkün değildir.

sona ereceğinden, haksız feshin tespiti halinde, BK 325. madde uygulanmalı, ihbar tazminatı olmamakla birlikte şartları oluşmuşsa kıdem tazminatına hükmedilmeli, yine BK 345 delaletiyle maddi-manevi tazminat talebinde bulunabilmelidir.

vi. İş Kanununun 17. maddesinin Yeniden Düzenlenmesi Zorunluluğu

Sözleşme ilişkisini katlanılmaz hale sokan bir haklı fesih nedeni doğacağına işverene haklı sebeple derhal feshetme yetkisinin tanınmasının gerekli olduğuna şüphe yoktur. Yukarıda da belirtildiği gibi işverene haklı sebeple derhal fesih imkânının getirilmesinin sebebi, ortaya çıkan katlanılmaz durum dolayısıyla iş akdine devamın objektif iyi niyet kuralları gereğince kendisinden beklenememesidir. Ancak acaba İş Kanununun 17. maddesinin özellikle II. bendinde sayılan hallerin tümünde objektif iyi niyetli bir kişinin akde devam etmesinin kendisinden beklenemez hale geldiğini söylemek mümkün müdür?

Kanımızca, anılan hükümde öngörülen hallerden bir kısmı, işverene kolaylıkla fesih serbestisi sağlayan esnek ve geniş bir nitelik taşımaktadır. Bu özelliği nedeniyle de iş güvencesi ilkesine ters düştüğüne kuşku yoktur. Örneğin, işçinin kastı veya ihmali yüzünden²⁵⁰ makineleri, tesisatı ya da başka eşya ve maddeleri on günlük ücreti tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasar ve kayba uğratması (İK. 17II.h) işverene işçiyi derhal işten çıkarma yetkisi vermektedir. Böyle bir nedenle iş akdi feshedilen işçi, sebep olduğu on günlük zarardan ötürü belki çok büyük bir meblağ tutarındaki kıdem tazminatından yoksun kalabilmektedir. Yine, kıdemli bir işçinin iki gün üst üste işe gelmemesi nedeniyle (İK. 17/II. f), iş akdi işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilebilecek, yıllarca verdiği emeklerinin karşılığı olan kıdem tazminatından ve bunun yanında ihbar önellere ve ihbar tazminatından yararlanması da söz konusu olamayacaktır. Bu konuda verilebilecek örnekleri artırmak mümkündür.²⁵¹

Şüphesiz, işçinin kusurlu davranışı ile işverene verdiği zararın bir karşılığı olmalıdır.²⁵² Ancak hukukun genel ilkelerine uygun olarak kusurla yaptırım arasında bir dengenin kurulması gereklidir. Bu bakımdan İş Kanununun 17. maddesinin

²⁵⁰ İş Kanununun 17. maddesinin II. bendinin (h) alt bendinde kasıt ve ihmal kavramlarının yerine "istek" ve "savsama" kullanılmıştır.

²⁵¹ SÜZEK, Fesih, s.26

²⁵² SÜZEK, Fesih, s.26

yeniden düzenlenmesi, bazı hükümlerin bu maddeden çıkarılması hakkaniyet uyarınca gereklidir. Süzek'in de haklı olarak belirttiği gibi, maddede sayılan haklı fesih sebeplerinden bir kısmının İş Kanununun 13. maddesi kapsamında düzenlenmesi ve işçiyi ihbar önelleri veya ihbar ve kıdem tazminatı haklarından mahrum bırakmayan meşru bildirimli fesih sebepleri arasında sayılması iş güvencesinin sağlanması ve işçinin korunması ilkelerine daha uygun olacaktır.²⁵³ Öte yandan, İş Kanununun 17. maddesinde yer alacak haklı fesih sebepleri sınırlandırıcı bir şekilde düzenlenmeli, benzer sebeplerle işverene derhal fesih hakkı tanınmamalıdır. Yine bu madde kapsamındaki bazı fesih halleri de esneklikten kurtarılacak sınırları kesin hale getirilmelidir.

vii. Haklı Sebeple Fesihte İspat Yükü

İş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde ispat yükü, fesih bildiriminde bulunan tarafa aittir.²⁵⁴ İş mevzuatımızda iş akdinin feshinde kanıt yükünün kime düşeceği hususunda özel bir hüküm bulunmadığı için bu konuda genel kanıt yükü kurallarına başvurulması gerekir. Genel olarak kabul edildiğine göre normal ve olağan bir durumun aksini iddia eden, istisnai bir duruma dayanan tarafın bunu kanıtlaması gerekir.²⁵⁵ Bu durumda iş akdinin bildirimsiz feshinde kanıt yükü iş ilişkisinin derhal sona erdirilmesi için karşı tarafın haklı bir fesih nedeni yarattığını, yani istisnai bir durumun varlığını ileri süren tarafa düşer. Bu itibarla, iş sözleşmesinin bildirimsiz feshinde kanıt yükü sözleşmeyi haklı bir nedenle fesheden taraftadır.²⁵⁶

Yargıtay'ımızın yerleşmiş görüşüne göre de, iş akdini bildirimsiz fesheden taraf feshin haklı nedenle yapıldığını kanıtlamakla yükümlüdür.²⁵⁷

²⁵³ SÜZEK, Fesih, s.25–26; SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.74–75; SOYER, 158 Sayılı Sözleşme, s.282; Meşru fesih sebepleri bir haklı fesih sebebi teşkil edecek ağırlıkta bulunmamakla birlikte İşverene feshi ihbar önellerine uyararak belirsiz süreli iş akdine son verme olanağını sağlayan sebeplerdir. SÜZEK, Fesih, s. 111 'den naklen. Haklı sebep ve meşru sebep ayrımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, Fesih, s. 110–114.

²⁵⁴ KAPLAN, s.170; SÜZEK, Yargıtay 1998, s.113; SÜZEK, Yargıtay 1989, s.53; SÜZEK, Askıya Alma, s.43; EKONOMİ, s.195; ÇELİK, s.184

²⁵⁵ UMAR-YILMAZ, **İspat Yükü**, 2. Bası, İstanbul 1980, s.45 ve 109; POSTACIOĞLU, İlhan, E, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6.Bası, İstanbul 1975, s.537; KURU, Baki -ARSLAN, Ramazan-YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 8. Bası, Ankara 1996, s.343–344

²⁵⁶ SÜZEK, Yargıtay 1998, s.113; SÜZEK, Yargıtay 1989, s.53; SÜZEK, Askıya Alma, s.43 ve özellikle dn. 79

²⁵⁷ Y.9HD, 18.9.1970, E. 7240, K. 8825 ve Y9HD, 21.2.1974, E. 5351, K. 3955 sayılı kararlar için bkz. ÇENBERCİ, s. 556–557. Y9HD, 7.11.1989, 6459/9590, Kamu-İş, Ocak 1990, s.8 ve incelemesi

c. İş Kanununun Akdin Feshine İlişkin Hükümlerinin Niteliği

Görüldüğü üzere, hukukumuzda belirsiz süreli iş akitleri, haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde taraflarca derhal sona erdirilebileceği gibi (İş K. 16–17), herhangi bir haklı nedenin bulunmaması halinde de bildirim önellerine uymak koşuluyla bildirimli fesih yoluyla her zaman sona erdirilebilir (İş K. 13). Belirsiz süreli iş akilllerinde fesih bildiriminde bulunan taraf, feshin geçerliliği için herhangi bir fesih nedeni göstermek zorunda değildir.

Anılan hükümlerin belirttiğimiz özelliği ile işverene mutlak ve sınırsız bir fesih hakkı tanıdığı, belirli fesih nedenlerinin varlığını aramadığı ve haklı nedenle fesih hakkının kullanıldığı fakat gerçekte haklı fesih nedenlerinin bulunmadığı veya bunların ispat edilemediği durumlarda işçinin işe iadesini öngörmediği anlaşılmaktadır.²⁵⁸ Ülkemizde bildirimli fesih hakkının herhangi bir nedene dayalı olmaksızın serbestçe kullanılabilmesi, işyerine iade yaptırımının getirilmemiş olması,²⁵⁹ fesih hakkının kötüye kullanıldığının ispat yükünün işçiye ait olması gibi sebeplerle gerçek anlamda iş güvencesi bulunmamaktadır. İş akdinin feshinden dolayı işçi tarafından talep edilebilecek tazminatlar ise ancak iş akdinin feshini dolaylı olarak güçleştirebilmektedirler.

Oysa işçinin işverene karşı kişisel bağımlılığını iş akdinin bir unsuru olarak kabul eden çağdaş iş hukuku, fesih bildirimi hakkından yararlanmada tarafları eşit kabul eden geleneksel anlayıştan giderek uzaklaşmaktadır. Taraflar arasında var olan eşitsizlik, bir yandan işçiye iş akdinin feshinde daha fazla serbesti tanınmasını, diğer yandan işverenin fesih bildirimi hakkının belirli bir ölçüde sınırlandırılmasını gerekli kılmaktadır.²⁶⁰

için bkz. SÜZEK, Yargıtay 1989, s. 52; Y9HD, 2.11.1998, E.1998/13711, K.1998/15477, İşveren, Mayıs 1999, s.17–18, incelemesi için bkz. SÜZEK, Yargıtay 1998, s.113

²⁵⁸ DEMİR, s.151–153; TAŞKENT, İş Güvencesi, s.60.

²⁵⁹ Her ne kadar 4773 sayılı yasa ve ardından 4857 sayılı yasa ile iş güvencesi hükümleri getirildi ise de aşağıda inceleneceği üzere bu güvence çok az bir işçi kesimini (mutlu azınlığı) kapsadığından, yukarıda anlatılanlar kapsam dışında kalan işçiler için halen geçerliliğini sürdürmektedir.

²⁶⁰ SÜZEK, Askıya Alma, s.10; SÜZEK, Sarper, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu -İş 2002, Cilt.6 S.4, s.74.

B. 4773 Sayılı Kanun²⁶¹ Sonrası Dönem

İş güvencesi konusunda daha evvel hazırlanan yasa tasarıları kanunlaşmamış, ancak en son öğretim üyelerinden oluşan dokuz kişilik bir bilim kurulu tarafından 158 sayılı Sözleşmeye uyum yasası oluşturması bakımından hazırlanan “İş Kanunu ile Sendikalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Tasarısı”, 18 Şubat 2002 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilmiş; Mecliste üzerinde yapılan görüşmelerden sonra, 9 Ağustos 2002 tarihinde "İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (4773 sayılı Yasa) olarak kabul edilmiştir. Yasanın yürürlüğe giriş tarihi, 13. maddesinde "15 Mart 2003" olarak belirlenmiştir.

İsminden de anlaşılacağı üzere, söz konusu yasa, iş güvencesini sağlayan ayrı bir kanun değildir. Sadece Sendikalar Kanunu, İş Kanunu ve Basın İş Kanununun akdin feshi ile ilgili bazı hükümlerinde değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Bu durumda, hem özel iş yasalarına tabi olanlar, hem de kendilerine 1475 sayılı İş Kanunu ve Basın İş Kanununu hükümleri uygulanmayanlar, getirilmek istenen güvencenin kapsamı dışında bırakılmaktadır.²⁶² Öte yandan, İş Kanununun 5. maddesinde gösterilen istisnalar arasında yer alan tarım işleri, 4773 sayılı Yasanın 1. maddesinde İş Kanununun 6. maddesine eklenen bir bent ile İş Kanunu kapsamına alınmıştır. Ancak, yine 4773 sayılı Yasanın 11. maddesi ile İş Kanununun 5. maddesinin 2. bendinde değişiklik yapılarak tüm tarım işleri değil, fakat "50'den az işçi çalıştırılan (50 dâhil) tarım işlerinin yapıldığı işyerleri", istisna kapsamında bırakılmıştır.

4773 sayılı Yasa, iş güvencesi hükümlerinin uygulanma alanını "on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan" işçilerle sınırlandırmıştır.²⁶³

²⁶¹ RG. 15.8.2002, sayı:24847

²⁶² SOYER, Polat, 158 sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, s. 291. Oysa 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında Sözleşmenin tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet akdi ile çalışanlara uygulanacağı belirtilmektedir.

²⁶³ SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.77

Bir başka söyleyişle, kendilerine İş Kanunu ve Basın İş Kanunu uygulanmayanlar ile bu kanunların uygulama alanına girmekle birlikte on kişiden daha az işçinin çalıştırıldığı işyerlerinde çalışan veya on kişiden çok işçinin çalıştırıldığı işyerlerinde çalıştırılıyor olmakla birlikte altı aydan daha az kıdemi olan işçiler²⁶⁴, 4773 sayılı yasa ile getirilen iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacaktır. Bunun yanında, "işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili" de anılan yasanın iş güvencesine ilişkin hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmaktadır.²⁶⁵

İşçi sayısı ve işçinin işyerindeki kıdem süresi esas alınarak, feshin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin uygulanma alanının daraltılması, 158 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. ve 5. bentleriyle herhangi bir uyumsuzluk yaratmamaktadır. Ancak, feshe karşı korumanın geçerlilik alanının sınırlandırılması, her ülkenin ekonomik ve sosyal koşulları tarafından etkilenen hukuk politikasının temel bir sorunudur. Yasada, ondan daha az sayıda işçinin çalıştırıldığı işyerlerinin kapsam dışı bırakılmış olması, ülkemizde çok sayıda işçiyi iş güvencesinden yoksun bırakma sonucunu doğurabilecektir.²⁶⁶ Ülkemizde 1–9 işçinin çalıştığı işyerlerinin ve bu işyerlerinde çalışan işçilerin sayısı dikkate alındığında, 158 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesinin 5. bendinde "sınırlı bir işçi kategorisinin" kapsam dışı bırakılabileceği şeklinde düzenlenen istisnanın, 4773 sayılı Yasa'da İş Kanununa 13/A maddesi olarak getirilen hükümle önemli ölçüde genişletildiği anlaşılmaktadır. Bu durum, ülkemizdeki işçilerin büyük bir çoğunluğunun yasa ile getirilen iş güvencesinden yoksun kalmasına neden olmaktadır.

Söz konusu yasa, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshini düzenlemektedir. Ülkemizde, öğreti tarafından da benimsenen yerleşmiş yargı kararlarına göre, objektif (geçerli) bir neden bulunmadıkça birbirini izleyen belirli

²⁶⁴ 4773 sayılı Yasanın 13/A maddesinin son fıkrasına göre, "işçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir."

²⁶⁵ Güvence dışında kalan kapsamı içine girdikleri yasaya göre 4773 den önceki uygulamalara tabi olacaklardır.

²⁶⁶ GÜZEL, Yasa Tasarı'nın Değerlendirilmesi, s. 27, SOYER, 158 sayılı Sözleşme, s.292. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 2000 yılı istatistiklerine göre, Ocak 2001 itibariyle Türkiye'de on veya daha fazla işçi çalıştıran işyeri sayısı, toplam 627.869 işyeri içinde sadece 68.693; 1–9 arasında işçi çalıştıran işyeri sayısı ise 559.176'dır. 1–9 işçi çalıştıran bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı ise, 1.262.077'dir. Bkz. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı istatistikleri 2000,126. (SİRMEN Vedia, Türk İş hukukunda İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Ankara 2002, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezinden naklen)

sürelî iş akitlerinin yapılması, sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılmasını oluşturur. Böyle bir durumda ayrı ayrı belirli süreli iş akitleri değil, başlangıçtan itibaren bir tek belirsiz süreli iş akitinin var olduğu kabul edilmekte olduğundan, bu şekilde zincirleme belirli süreli iş akitlerinin bulunduğu hallerde de feshe karşı korumaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.²⁶⁷

Yasayla işverenin fesih hakkına getirilen sınırlamalar, şunlardır

1. Feshin Geçerli Bir Sebebe Dayandırılması

4773 sayılı Yasa, belirsiz süreli iş akitlerinin işçi veya işveren tarafından tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilebileceğini düzenleyen İş Kanununun 13. maddesinde herhangi bir değişiklik getirmemektedir. Uygulamada yerleşmiş bulunan bildirim süreleri, aynen muhafaza edilmiştir.²⁶⁸ Ancak, anılan hükme eklenmek üzere öngörülen 13/A maddesi, "Feshin Geçerli Bir Nedene Dayandırılması" başlığını taşımaktadır (4773 sayılı Yasanın 2. maddesi). Buna göre, "On veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili niteliğinde olmayan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akitini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır" (m. 13/A-1).

Görüldüğü gibi, yasanın uygulanma alanı içine giren işyerleri bakımından, bildirimli fesih hakkını hakkın kötüye kullanılması teorisiyle sınırlandıran sistem bırakılarak, bildirimli fesih hakkını kanunla sınırlandıran sisteme geçilmiş ve geçerli bildirimli fesih nedenleri arasında da işletme yararı ölçütü kullanılmıştır.²⁶⁹ Bir yandan işçi feshe karşı korunmaya çalışılırken, öte yandan işletme varlığının tehlikeye düşmesine yol açabilecek önlemlerden kaçınılmaya çalışılarak, taraf menfaatleri arasında en uygun denge kurulmak istenmiştir. Bu çerçevede, işletmenin ekonomik ve teknik gerekleri ile işçinin davranışları ya da mesleki yetersizliği

²⁶⁷ 158 sayılı Sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrası, "bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınmalıdır" hükmüne rağmen, bu konuda bir düzenleme getirilmemesi eleştirilmiştir.

²⁶⁸ Anılan hükümle, bildirim sürelerini düzenleyen hükmün nispi emredici olma niteliğinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Söz konusu sürelerin asgari olup sözleşmelerle artırılabilceği, yeni düzenlemede de açıkça belirtilmektedir.

²⁶⁹ İş güvencesinin sağlanması amacıyla başvuru hukuki sistemlerin tahlil ve karşılaştırması için bkz. SÜZEK, Fesih, s. 54 vd.

halinde bildirimli feshin yapılmasında işletme yararının bulunduğu kabul edilmektedir.

Yasada yer alan geçerli fesih nedenleri arasında belirtilen "işçinin davranışları", İş K. m. 17/II uyarınca haklı neden oluşturmayan, bununla birlikte, iş akdinin İş Kanununun 13. maddesine göre feshedilmesi yönünden geçerli bir neden sayılması olanaklı olabilecek davranışlardır.²⁷⁰ Yeni düzenlemede, bu şekilde "işçinin davranışları" haklı fesih nedeni sayılmayan "geçerli" fesih nedenleri arasında gösterilirken, 13. maddede değişiklik yapılırken 17. maddenin yeniden düzenlenmemiş olması, işçinin davranışları nedeniyle gerçekleştirilecek fesihlerin, çoğu kez İş K.m. 17/II hükmüne dayandırılmasına sebebiyet verebilecektir

158 sayılı Sözleşmenin 5. ve 6. maddelerinde olduğu gibi, 4773 sayılı Yasa da hangi hallerin geçerli bir neden oluşturmayacağını göstermektedir (4773 sayılı Yasanın 2. maddesi ile getirilen İş K. m. 13/A, II).

2. Sözleşmenin Feshinde Usul

Yasanın 2. maddesi ile İş Kanununa 13/B olarak eklenen madde, "Akdin feshinde usul" başlığını taşımaktadır. Buna göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Aynı hükmün ikinci fıkrasında, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir sebepten dolayı yapılacak fesihten önce işçinin savunmasının alınması gerektiği belirtilmektedir.²⁷¹ Anılan hükümde, işverenin İş K. m. 17/II ye göre yapacağı fesihler saklı tutulmuştur. Ancak, işçinin savunmasını alma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren hakkında ne tür bir yaptırım uygulanacağına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen 13. maddenin D bendinde ise, sadece "fesih bildiriminde sebep gösterilmediği" veya "gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı" hallerde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmektedir.

²⁷⁰ EKONOMİ, Münir, "Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı korunması Bakımından 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı", Türkiye’de ve Almanya’da Feshe Karşı Korunma Semineri, İstanbul 1997, s.96. Aynı yönde GÜZEL, Ali, "İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", Türk İş hukukun Güncel Sorunları, 2001 Temmuz Toplantısı, İstanbul 2001, s 32.

²⁷¹ SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.78; GÜZEL, Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, s.35.

3. Fesih Bildirimine İtiraz ve Usul

Feshe karşı işçinin korunması, işverenin dayandığı fesih nedenlerinin yargıç denetimine tabi tutulmasını gerekli ve zorunlu kılmaktadır. 4473 sayılı Yasa ile İş Kanununa eklenen 13/C maddesine göre, "hizmet akdi 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. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür."²⁷²

Anılan hükme göre, dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Eğer hüküm temyiz edilirse, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

13/C maddesinin 2. fıkrasında ise, 158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun olarak, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükünün işverene ait olduğu düzenlenmiştir.²⁷³

4. Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları

Kanunla İş Kanununa 13/D olarak eklenen maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki düzenlemeye göre, "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az altı aylık ve en çok bir yıllık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme, feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

²⁷² 4773 sayılı Yasa tasarısının gerekçesinde, toplu iş sözleşmesi taraflarının öngörmesi halinde veya tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın özel hakeme götürülebileceğinin düzenlenmesinin sebebi, iş mahkemelerinin çok fazla olan dava yükü olarak gösterilmiştir. Anılan düzenlemenin eleştirisi için bkz. GÜZEL, Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 38–39; SOYER, "158 Sayılı Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler", Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu, 2001 Yılı Toplantısı, s. 293–294

²⁷³ İş güvencesinin sağlanması bakımından hakkın kötüye kullanılması teorisinin uygulandığı sistemlerle, fesih hakkını yasalarla sınırlandıran sistemler arasındaki en önemli fark, ispat yükü ve işçinin işyerine iadesi konularında ortaya çıkmaktadır. Fesih hakkını kanunla sınırlandıran istemlerde, bildirimli fesih nedeninin kanuna uygun bulunduğunu işveren ispat etmek durumundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, Fesih, s.56 vd.

İşçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları kendisine ödenir."

İş Kanununa eklenen 13/D maddesinin 4. fıkrasına göre, işçi kesinleşen iş mahkemesi kararının tebliği tarihinden itibaren altı iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak durumundadır. İşçi bu süre içinde işverene başvurmazsa yapılan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.²⁷⁴

Anılan hükümlerin mutlak emredici nitelikte oldukları da kanunda tasrih edilmektedir.(13/D-son).

Görüldüğü gibi, mahkemeye değişik seçeneklere göre karar verme yetkisi tanınmamaktadır. Ancak işverenin işçiyi fiilen çalıştırmakla yükümlü olamayacağı, dolaylı bir biçimde kabul edilmiş olmaktadır. İşverenin fesih hakkının kanunlarla sınırlandırılmasının kabul edildiği hukuk sistemlerinde, feshin geçerli nedenlere dayanmadığının mahkemece tespit edilmesinden sonra işçinin işyerine dönmesi imkânı getirilmiştir.²⁷⁵ Bildirimli feshin geçersiz kabul edilmesi halinde işçinin işyerine dönebilmesi doğaldır. Bunun nedeni de, geçerli bir nedene dayanmayan bildirimli feshin iş akdi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmemesi; işçi ile işveren arasındaki iş akdinin yürürlükte kalmasıdır. Bir başka deyişle, burada geçerli bir sebebi bulunmayan işverenin, bozucu yenilik doğuran bir hak olan bildirimli fesih hakkı da bulunmamakta; işveren fesih beyanında bulunsun bile bu fesih, "geçersiz" olduğu için hüküm ve sonuç meydana getirmemektedir. Kanuna aykırı bildirimli feshin geçersiz bulunduğu, böylece iş akdinin tarafları arasında devam ettiği kabul edilmektedir. Bu sistemlerde tazminat yaptırımı da bulunmakla birlikte, bu yaptırım işe iade yaptırımı yanında getirilmiş tali bir yaptırım olma niteliği taşımaktadır. Örneğin Alman hukukunda işçinin işyerine dönmek istememesi, İtalyan hukukunda işçinin işyerine dönmesinin mümkün bulunmaması, işe iade yerine tazminata hükmedilmesini gerektiren sınırlı hallerdir. Buna karşılık,

²⁷⁴ GÜZEL, böyle bir düzenleme yerine, işçinin işe başlamaması yönündeki davranışlarının hukuki sonuçlarına katlanacağını, yani ücret ve diğer haklarından yoksun kalacağını öngören bir düzenleme getirilmesinin daha yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz. GÜZEL, Ali, "İş Güvencesine İlişkin Temel ilke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları, 2001 Temmuz Toplantısı, İstanbul 2001,(Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi), s.43.

²⁷⁵ İş güvencesinin yasalarla sağlandığı hukuk sistemleri ile hakkın kötüye kullanılması teorisinin uygulandığı hukuk sistemlerinin karşılaştırması için bkz. SÜZEK, Kötüye kullanma, s.54 vd. 193 vd.

işverenin iş akdini fesih hakkının kanunla sınırlanmadığı, hakkın kötüye kullanılması teorisinin bildirimli fesih hakkının sınırlandırılmasında araç olarak kullanıldığı sistemlerde, işe iade imkânı bulunmamakta, işçi ancak uğradığı zarar karşılığında tazminat elde edebilmektedir.

4773 sayılı Kanun ile İş Kanununa 13/D maddesi olarak eklenen hükümde de, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edildiğinde feshin geçersiz sayılacağı açıkça öngörülmüş, işverenin, geçersizliğin tespitinden itibaren bir ay içerisinde işçiye işe başlatmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Buna karşın, aynı hükümde, başvurusu üzerine işçiye işe başlatmak istemeyen işverenin, işçiye en az altı ay, en çok bir yıllık tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir. Hükme göre, feshin geçersizliğini tespit eden mahkeme, söz konusu tazminat miktarını da belirleyecektir. Burada öngörülen tazminat, bildirimli fesih hakkını kanunla sınırlandıran sistemin uygulandığı diğer hukuk düzenlerinden farklı olarak, tali ya da istisnai nitelikteki bir tazminat olarak değil, adeta işverene seçimlik bir hak tanır tarzda düzenlenmiştir. Yani, geçersiz nedenle işten çıkarılan işçi işe devam etmek istediği halde, işveren tazminat ödemeyi tercih ediyorsa, bu tercihle bağlı olup tazminatını alarak işinden ayrılmak zorunda kalacağı gibi, geçersizliği tespit eden mahkeme de, işçinin işe devamı konusunda işvereni zorlama imkânına sahip değildir. İşçiye yeniden işe başlatma ya da hükmedilen tazminatı ödeme arasında seçim yapma inisiyatifi işverene bırakılmıştır.

Diğer yandan, geçersiz bir fesihden sonra, işçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş olan ücret ve diğer haklarının kendisine ödeneceğinin 13/D'nin 2. fıkrasında öngörülmüş olması, geçersizlik yaptırımının doğal sonuçlarına aykırılık teşkil etmektedir. Zira geçersiz fesih bildirimi, işçi ile işveren arasındaki iş akdinin varlığına hiçbir etkide bulunmayacağından, iş akdi devam eden işçinin, geçersiz fesih bildiriminden itibaren doğan tüm işçilik haklarını işverenden talep edebilmesi gerekmektedir.²⁷⁶

²⁷⁶ GÜZEL, Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, s.42. Yazara göre, bu düzenlemede 13/C maddesinde öngörülen yargılama sürelerinin esas alınması muhtemeldir. Ancak öngörülen sürelerde davaların sonuçlanabilmesi olanaklı değildir. Öte yandan anılan yazarın bizim de katıldığımız görüşüne göre, fesih bildiriminin hüküm doğurduğu andan işe başlama tarihine kadar geçen sürede, işçinin ücret ve diğer alacaklarının verilmesi, geçersiz feshin doğal sonucu olmalıdır.

5. İş Kanununun 17. Maddesi Uyarınca Yapılan Fesihlerin Denetimi

4773 sayılı Yasada, İş Kanununun 17. maddesi uyarınca işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı da güvence getirilmiş ve iş akdinin İş Kanununun 17. maddesinin I, II ve III. bentlerine göre işveren tarafından bildirimsiz olarak feshedilmesi halinde de işçinin İş Kanununun 13. maddesinde yer alacak yukarıda belirtilen iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı öngörülmüştür (4773 sayılı Yasa'nın 4. maddesi)²⁷⁷

6. Toplu İşçi Çıkarmada Usul

İş Kanununun 24. maddesini değiştiren 4773 sayılı Yasanın 5. maddesinde, toplu işçi çıkarmalarda durumun en az otuz gün önce işyeri sendika temsilcilerine veya işçi temsilcilerine yazılı olarak bildirileceği, bunlarla bu konuda görüşmeler yapılacağı ve durumun ayrıca aynı süre içinde Bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna da bildirileceği hükme bağlanmıştır. Anılan hükme göre, işverenin yapacağı yazılı bildirimde, düşünülen işçi çıkarmaların sebepleri, bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları ve işe son verme işlemlerinin ne kadarlık bir zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur (m. 5/2).

Toplu işçi çıkarmada usulü düzenleyen böyle bir hükümle, öngörülen yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde yapılan feshin geçerli bir fesih niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda, herhangi bir düzenleme getirilmiş değildir.²⁷⁸ 1475 sayılı İş Kanununun 4773 sayılı Kanunun 6. maddesiyle değişik 98. maddesine göre, İş Kanununun 24. maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren veya vekiline para cezası verilecektir. Nitekim Yargıtay Hukuk Dairesinin bu hususta verdiği kararlarında, cezai hükme dayanarak, işverenin bu bildirim yükümlülüğüne uymamasını salt bu nedenle geçersiz fesih saymadığı gibi, yasada açık fesih bildirimlerinin bu 30 günlük bildirim süresinden başlayacağı hükmünü dahi görmezlikten gelerek, fesih bildirimlerini, işçiye yapılan bildirim tarihinden kabul ettiği görülmektedir.

²⁷⁷ SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.78

²⁷⁸ 4773 sayılı Yasa'nın 5. maddesine ilişkin eleştirisi için bkz. GÜZEL, Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 46-48.

IV. 2821 SAYILI SENDİKALAR KANUNUNDA İŞ GÜVENCESİ

A. 4773 Sayılı Yasa Öncesi Dönem

1. İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi²⁷⁹

Hukukumuzda işçiye gerçek anlamda iş güvencesini getiren tek hüküm, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30. maddesinde "işyeri Sendika Temsilcilerinin Teminatı" başlığı altındaki düzenlemedir.²⁸⁰ Kendilerine işyerinde sendika adına hareket etme, sendikayı temsil etme görev ve yetkisi verilen işyeri sendika temsilcileri, üstlendikleri görev gereği işyerinde sendikal faaliyetlere öncülük eden, işçilerin şikâyetlerini çözümlmek, hak ve menfaatlerini korumak için uğraşan ve bu nedenle göze batan kişilerdir. Bu kişilerin işlerini kaybetme riski altında olmaları, görevlerini serbestçe yapabilmeleri açısından sakıncalar taşır. Sendikalar Kanununun 30. maddesi bu düşüncelerle temsilciler için özel bir güvence getirmiştir. Anılan hükme göre, "İşveren işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akıllarını haklı bir neden bulunmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez." Maddede aranan haklı sebebin olayda var olup olmadığı, özellikle İş Kanununun 17. maddesi göz önüne alınarak yargıç tarafından takdir edilecektir; ancak bu tek ölçüt değildir.²⁸¹

İşyeri sendika temsilcisini koruyan bu hükmün amacı, iş akdinin temsilcilik süresince her ne olursa olsun feshedilememesi değil, temsilcilerin iş akdinin haklı (uygun, makul) bir neden olmaksızın sendika özgürlüğünü zedeler biçimde, keyfi olarak sona erdirilmesinin önlenmesidir. Yasaya göre, yapılan feshin sebebinin haklı olup olmadığı, temsilcinin veya üyesi olduğu sendikanın fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açıldığı takdirde hâkim tarafından incelenecektir (SK m.30). Buradaki bir aylık süre, hak düşürücü süre olup yargıç tarafından re'sen dikkate alınır.²⁸² Fesih için haklı bir sebebinin olduğunu işveren ispat edecektir. İşveren fesih bildiriminde açıkladığı sebeple bağlı olup bunu

²⁷⁹ İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, SÜMER, Sendikal Nedenlerle Fesih, s. 130 vd.

²⁸⁰ 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30. maddesi hükmü, 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı Kanununun 9. maddesi ile değiştirilmiştir, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş akdinin işveren tarafından feshine ilişkin yeni düzenleme, aşağıda 4773 sayılı Kanunla ilgili kısımda ele alınmaktadır

²⁸¹ TAŞKENT, s. 79; ÇELİK, s. 337; TUNÇOMAĞ-CENTEL, s.300

²⁸² DEMİR, s. 198

dava sırasında değiştiremez; daha önce belirtmediği başka sebeplere dayanamaz. Mahkemenin seri yargılama usulüne göre iki ay içinde verdiği işe iade kararı kesindir. Ancak Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında belirttiği gibi, işe iade kararı dışında, ücret ve diğer hakların ödenmesine ilişkin mahkeme kararlarının kesin olması söz konusu değildir.²⁸³ Mahkeme fesih sebebini haklı bulursa, feshin geçerliliği mahkeme tarafından onaylanmış olur. Buna karşılık, mahkeme, temsilcinin işine iade edilmesine karar verirse, fesih geçersiz sayılarak iş akdi hiç bozulmamış kabul edilir. Ancak bunun için, işe iade kararı kendisine tebliğ edilen işçinin, tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işe başlamak üzere işverene başvurması gerekir. Temsilci altı işgünü içinde başvuruda bulunmadığı takdirde, işverenin onu işe başlatma yükümlülüğü ortadan kalkar; işçiye ücret veya başka bir ödeme yapılması söz konusu olmaz.²⁸⁴ Mahkemenin kararı kesin olmakla birlikte, işçinin kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları saklıdır (SK m. 30/II).

Söz konusu maddeye göre, temsilcinin işe iadesine karar verilirse, fesih geçersiz sayılarak, iş gördürülmemiş olsa bile, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak ve yeniden temsilciliğe atanma durumu da dâhil olmak üzere, ücreti ve diğer bütün hakları ödenecektir(m. 30/I).²⁸⁵ Hükmün karşıt anlamından temsilcilik süresinin bitiminde bu hakların artık ödenmeyeceği ve askıda bulunan akdin sona ermiş olacağı sonucu çıkarılmaktadır.²⁸⁶ Yargıtay da bir kararında, mahkemece feshin geçersiz sayılarak işe iadeye karar verilmesi, fakat işveren tarafından işe başlatılmaması üzerine, temsilcinin işten çıkarıldığı tarihten itibaren temsilcilik süresinin devamınca ücret ve diğer haklarını isteyebileceği, ancak temsilcilik görevinin sona ermesinden sonra bu istekte bulunamayacağı sonucuna varmıştır.²⁸⁷ Oysa hükümdeki işe iade kararı ile feshin geçersiz sayılacağına ilişkin açıklık karşısında, işçinin altı işgünü içerisinde işe başlaması halinde işverence yapılan feshin ortadan kalkmış olacağı, akdin sona ermesi için yeni bir fesih beyanının aranması gerektiği kabul edilmelidir.²⁸⁸

²⁸³ Y9HD, 2.4.1985, E. 1985/3203, K. 1985/3548, YKD, Şubat 1986, s. 223–224

²⁸⁴ TAŞKENT, s. 81; ÇELİK, s. 337 vd

²⁸⁵ ÇELİK, s. 337

²⁸⁶ TAŞKENT, s. 82.

²⁸⁷ Y9HD, 4.11.1994, E. 1994/11120, K. 1994/15310 sayılı kararın incelemesi için bkz. EKONOMİ, Yargıtay 1994, s.86–87

²⁸⁸ ÇELİK, s. 338

2. Sendika Yöneticilerinin Güvencesi

Sendikalar Kanununun "İşçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin teminatı" başlığını taşıyan 29. maddesi, işvereni, sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçileri, bu görevlerinin belirli nedenlerle son bulması durumunda yeniden işe almakla zorunlu tutmuştur. Söz konusu madde, Sendikalar Kanununun 9. maddesinin 7. fıkrası uyarınca "yönetici" sıfatı taşıyan denetleme kurulu üyelerini kapsamına almadığı halde²⁸⁹, öğretide denetleme kurulu üyelerinin de kapsama girdiği görüşünde olan yazarlar vardır.²⁹⁰

Sendikalar Kanununun 29. maddesi hükmü gereğince, yeniden ve zorunlu olarak işe alınabilmek için, işçinin sendika veya konfederasyon yönetim kurulu veya başkanlığında görev alarak kendi isteği ile işyerinden ayrılmış olması ve bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya çekilmek suretiyle son bulması tarihinden itibaren üç ay içinde işverene başvurması gerekmektedir. Yeniden işe alınmak üzere başvuran işçi, söz konusu görevi ile ilgili olarak hüküm giymemiş olmalıdır. Bu koşulları taşıyarak işe alınmak üzere kendisine başvuran işçileri işveren, gerekli koşulları hazırlayarak, bir ay içinde "eski işine veya eski işine uygun diğer bir işe" diğer isteklilere nazaran öncelik tanıyarak almak zorundadır (SK m. 29/1). İşçinin yeniden işe alınması işyerinde boş bir yerin bulunmasına bağlı tutulamaz.²⁹¹ Maddenin amacı, görevi sona eren yöneticinin tekrar işe alınmasıdır.

İşverenin yasada belirtilen yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımının ne olacağı belirtilmemiştir. Yargıtay, bu soruna ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda, "...işe alınmamış olmanın cezasal yaptırım yanında hukuki sorumluluğun da işe alınmamak suretiyle işsiz kalan işçinin tekrar bir iş bulabileceği süre içindeki ücret alacağı karşılığı tazminat olmak gerekir"²⁹² diyerek yasada açıkça belirtilen cezai yaptırımın yanında hukuksal sorumluluğun da söz konusu olduğunu kabul etmiş; ancak aynı konuda verdiği daha sonraki bir kararında ise, "...yasa

²⁸⁹ EKONOMİ, 105, dn.127; ÇELİK, s. 324-325; SÜZEK, Askıya Alınma, s. 59, dn. 4; TAŞKENT, s. 86; DEMİR, s. 217

²⁹⁰ TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 266-267. Yazarlar, Sendikalar Kanununun 9. maddesinde yer alan yönetici tanımında, denetleme kurulu üyelerinin de yer almasına dayanmaktadır.

²⁹¹ EKONOMİ, s.106; TAŞKENT, s. 86 vd, Aksi Yönde Demir, s.227

²⁹² Yargıtay 9. HD, 22.9.1981 T. ve E.7370, K.10691, karar ve bunu inceleyen EYRENCİ'nin eleştirileri için bkz. İHU, Sen K. 20 (No. 15)

koyucu cezai müeyyide öngörmüş, fakat başka bir müeyyide öngörmemiştir..." görüşünü öne sürmüştür. Yerel mahkemenin bu karara karşı direnmesi üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "...işveren bu suretle yasal yükümlülük altına sokulmuştur, işverenin bu yükümlülüklerine aykırı davranması kural olarak işçiye tazminat davası hakkını verir" gerekçesi ile dairenin önceki kararı doğrultusunda görüş bildirmiştir.²⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verdiği bir başka kararın gerekçesi ise şu şekildedir: "...Önce şu husus özellikle açıklanmalıdır ki, işçilerin sendika yöneticiliğine serbestçe seçilmelerinde ve seçilmeyi istemelerinde kamu yararı vardır. Bu yararı koruyucu tedbirlerin yasa koyucu tarafından alınmaması, giderek kamu düzenini etkileyici sonuçlar doğurabilir. İşte bu sebeptendir ki, 2821 sayılı Yasa 29. maddeye aykırı hareketi cezai yaptırıma bağlamıştır. Diğer taraftan sadece bu yaptırım, yasa koyucunun istediği teminatın uygulamada işlemlerini sağlayacak nitelikte sayılamaz. Zira cezai yaptırımın niteliğini kendi menfaat dengesi açısından değerlendiren işveren bu cezai yaptırıma razı olarak işçiye işe almayabilir. Yasa koyucu bir hususu güvence altına alma amacını güdüyorsa, o güvencenin tam anlamıyla işlemlerini sağlayacak düzenlemeyi de getirmek istediğini gözeterek yasa hükümlerini yorumlamak gerekir. Öyleyse teminatın tam işlerliği için cezai yaptırımın yanında hukuki yaptırımın da öngörüldüğünün kabulü zorunluluğu doğmaktadır. Yasa koyucunun amacına uygun düşen bu yorum tarzı, madde metnine ilave olunan "zorundadır" sözcüğüne de tam anlamıyla uygun düşmektedir."²⁹⁴

Sözünü ettiğimiz maddenin niteliğini iyi bir şekilde ortaya koyan bu karar, güvencenin tam işlerliği bakımından, cezai yaptırım yanında yalnızca hukuki yaptırımın parasal gereklerine işaretle yetinmesi nedeniyle eksiktir. Yasa koyucunun madde ile amaçladığı güvencenin bütünüyle gerçekleşmesi, Ekonomi'nin öne sürdüğü ve öğretide desteklenen görüşün yargı organlarınca da benimsenmesine bağlıdır. Böyle bir durumda, işçinin işverene açacağı, aynen ifa davası sonucunda verilecek hükmün işverenin kabul beyanı yerine geçeceği ve bu yolla işçi ile işveren arasında iş akdi ilişkisinin kurulmuş olacağı fikri kabul edildiğinde, yöneticiye getirilmek istenen güvence sağlanmış olur.

²⁹³ Yargıtay HGK, 21.3.1984 T. ve E. 9-875, K. 283; BERKSUN, A- EŞMELİOĞLU, İ, **Açıklamalı, Gerekçeli- İctihatlı Sendikalar Kanunu**, Ankara 1989, s. 496-497

²⁹⁴ Yargıtay HGK, 14.10.1987 T. ve E. 9-313, K. 728, BERKSUN-EŞMELİOĞLU, s. 506.

3. Sendikal Tazminat

Türkiye’de sendikal nedenle işten çıkarma yasağı 1947 yılından beri mevcuttur. 20.02.1947 gün ve 5018 sayılı işçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun'un 9. maddesi şöyledir: "Hiçbir kimse, herhangi bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya ve yahut üyelikten çekilmeye veya çekilmemeye zorlanamaz."

15.07.1963 tarih ve 274 sayılı Sendikalar Yasası'nın 19. maddesi şöyledir: "İşçilerin işe alınmaları; sendikalara girmemeleri, muayyen bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veyahut belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri şartına bağlı tutulamaz. Hizmet akitlerine bu hükme aykırı şartlar konulamaz. Bunun gibi, işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında; işçi alınmasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesi, ücreti, ikramiyesi ve primleri, sosyal yardım hakları ve disiplin hükümlerinin uygulanması ve sair hususlara ilişkin hükümlerin tatbiki ve ya çalıştırmaya son verilmesi bakımından bir ayırım yapamaz."²⁹⁵

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda işçilerin sendikal nedenlerle iş akitlerinin feshi ağır bir müeyyideye bağlanmıştır²⁹⁶ ve hükmedilecek kötü niyet tazminatının işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacağını öngörmüş olan 274 sayılı Kanundaki hükme bazı değişikliklerle yeniden yer vermiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu 31. maddede işçinin sendika ile ilgili faaliyetlerde bulunması nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshi halinde hükmedilecek tazminatın, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olamayacağı hükme bağlanmıştır.²⁹⁷

Bu tazminat bir hususi ceza (peine privee) niteliğindedir. Sendikalar Kanunu'nun bu hükmü sadece İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na tabi olanlara değil, diğer kanunlara tabi işçilere de uygulanır.²⁹⁸

²⁹⁵ KOÇ, Yıldırım, "158 Sayılı ILO Sözleşmesine Göre İş Güvencesi", TÜRK-İŞ Yayınları, 2002, s.1

²⁹⁶ BAYRAM, Fuat, s. 91

²⁹⁷ KAPLAN, E, Tuncay, s.104

²⁹⁸ OĞUZMAN, Kemal, s. 28

Sendikalar Kanunu 31.madde olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğünü düzenlemektedir. İşçi açısından; işe almada, iş ilişkisinin devamında ve iş ilişkisine son vermede işverenin sendikalı ve sendikasız işçi arasında ayırım yapmamasını öngören bir düzenlemedir. İşçilerin iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde sendikal faaliyette bulunmaları durumunda işten çıkarılmalarını engellemeyi amaçlamaktadır.²⁹⁹

Sendikal tazminatın belirlenmesinde, işçinin brüt çıplak ücreti esas alınacaktır. Bir diğer ifade ile işçiye asıl ücretinin dışında sağlanan para ve para ile ölçülmesi mümkün yararlar tazminatın miktarının hesaplanmasında göz önünde bulundurulamaz.

Bunun yanı sıra sendikal tazminatın hesaplanmasında işçinin son ücreti dikkate alınır. Dolayısıyla mahkemenin, olay tarihinden geriye doğru bir yıl içinde ödenen ücret miktarına göre değil, ileriye dönük olarak bir yıl daha çalışsaydı alacağı ücrete göre bu tazminatı hesaplaması gerekir.³⁰⁰

Toplu İş Sözleşmesi'ne akdin sendikal sebeplerle feshedilmesi halinde yukarıda anılan tazminattan daha yüksek bir tazminat ödenmesine ilişkin bir hüküm konmuşsa, toplu iş sözleşmesinin bu hükmünün uygulanması gerekir.

Yargıtay da aşağıdaki kararında bu görüşe paralel bir görüş belirtmektedir;

"Mahkeme, davacının sendikal faaliyetlerden dolayı işten çıkarıldığını kabul etmiştir. Öbür yandan, toplu iş sözleşmesinin 6. maddesi hükümlerine göre davalı işveren, böyle bir durumda, işten çıkarılan işçinin iki yıllık ücreti tutarında tazminat ödemek zorundadır. Toplu iş sözleşmesine 274 sayılı (yeni 2821 sayılı) Kanun'un 19.(yeni 31.) maddesinde öngörülen tazminattan daha fazla hak bahşeden hükmün konulmasına kanuni ve hukuki bir engel yoktur. Zira anılan maddenin buyuruculuğu, mutlak olmayıp nispi niteliktedir ve bu yönden işçi yararına aşılması mümkündür." (Y. 9. HD. 22.12.1969, E. 10072, K. 11806).

²⁹⁹ KAYA, Pir Ali, "Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri", TÜHİS Yayını, Ankara 1999, s. 4

³⁰⁰ SÜMER, H.Hadi, **Sendikal Nedenler**, s.121-122

Ancak toplu iş sözleşmesine bu yoldan bir hüküm konmuş ve işçiye sözleşmeden doğan tazminat ödenmişse, ayrıca kanuna dayanılarak ikinci bir defa sendikacılık tazminatına hükmedilemez.³⁰¹

İşçinin sendikal tazminata hak kazanabilmesi için, sözleşmenin işveren tarafından sendikal nedenlerle feshedilmiş olması gerekir. İşçinin sözleşmesini feshetmiş olması halinde, Sendikalar Kanunu md. 31/5'de öngörülen sendikal tazminatı talep edebilme hakkı yoktur. Zira Sendikalar Kanunu'nda, sendikal tazminat, sendikal nedenlerle işveren tarafından yapılan fesihler açısından özel nitelikli bir kötü niyet tazminatıdır.

Belirtmek gerekir ki, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından İş K. md. 17'de sayılan sebeplere dayanılarak feshedilmesi ve fesih sebebinin işveren tarafından ispat edilmesi, sözleşme süresinin dolması ve sözleşmenin taraflarının anlaşması ile sona ermesi halinde de, sendikal tazminat uygulama alanı bulamaz. Bu nedenle sözleşme süresi dolan işçi hizmet sözleşmesinin sendikal nedenlerle yenilenmediğini ileri sürmek suretiyle sendikal tazminat isteyemez. Bunun gibi mevsimlik işçilerin hizmet sözleşmelerinin mevsim sonunda sona ermesi halinde, sözleşmesi sona eren işçilerin sendika üyesi olması, sendikal tazminat hakkı vermez.³⁰²

Hizmet sözleşmesinin genel olarak kötü niyetli feshi veya sendikal nedenle feshiyle karşılaşan tarafın yukarıda değinilen tazminat dışında ayrıca maddi-manevi tazminat istemesi mümkündür.³⁰³

Unutulmaması gerekir ki; 2821 sayılı Sen K. md. 31'de ifade edilen düzenlemeler, işverenin hizmet ilişkisini sona erdirmesini yasaklayıcı bir düzenleme değil, sadece caydırıcı bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

³⁰¹ SÜZEK, s. 179–180.

³⁰² SÜMER, Sendikal Nedenler, s.117

³⁰³ AKYİĞİT, “Ercan, İhbar Tazminatı - Kötü niyet Tazminatı İlişkisi – Kötü niyet Tazminatının İhbar Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı” Y.9.HD 14.03.1996, E.1996/3635, K.1996/5426 Karar incelemesi. TÜHİS (Mayıs-Ağustos) 1997, Cilt.14, Sayı.2–3, s. 41

B. 4773 Sayılı Yasa Sonrası Dönem, Bireysel Sendika Özgürlüğü ve İşyeri Sendika Temsilcilerine İlişkin Koruma

4773 sayılı Yasanın 10. ve 11 maddelerinde, işçilerin ve işyeri sendika temsilcilerinin sendikal haklarının güvencelerini düzenleyen Sendikalar Kanununun 30. ve 31. maddelerine değişiklik getiren kurallar yer almaktadır. Yasanın 9. maddesi ile 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30. maddesinde yapılan değişiklikle, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş akdinin işveren tarafından feshinde iş Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı, temsilcinin iş akdinin sırf temsilcilik faaliyeti nedeniyle feshedilmesi halinde, EİK. m. 13/D uyarınca kendisine en az bir yıllık ücreti tutarında tazminat ödeneceği, temsilcinin yazılı rızası bulunmadıkça çalıştığı işyerinin ya da iş koşullarının işveren tarafından tek yanlı olarak esaslı bir tarzda değiştirilemeyeceği ve koşullara uymadan yapılan değişikliğin geçersiz sayılacağı hükme bağlanmıştır.³⁰⁴ Sendikalar Kanununun, sendikaya üye olup olmama özgürlüğünün teminatını düzenleyen 31. maddesinin 6. fıkrasında da, İş Kanununun değişik 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E maddeleriyle uyum getiren bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi, 4773 sayılı yasayla, on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı ay kıdemi olan işçiler için feshe karşı korumada geleneksel hakkın kötüye kullanılması teorisinden yararlanan sistem bırakılmakta, fesih hakkını kanunla sınırlandıran bir sisteme geçilerek, belirsiz süreli iş akitlerinde bildirimli fesih hakkının kendiliğinden doğduğu anlayışı terk edilmekte, haklı nedenle fesih hakkının doğumunda olduğu gibi belirli (geçerli) nedenlerin varlığı aranmakta, bu nedenlerin var olduğunu diğer sistemden farklı olarak işverenin ispatlaması gerekmekte, aksi takdirde işveren, işçiyi geri almak ya da işçiye mahkeme tarafından saptanacak (altı ay-bir yıllık ücreti tutarında) bir tazminat ile işçinin çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını ve

³⁰⁴ İşyeri sendika temsilcileri, hâlihazırda, 4773 sayılı Yasa ile getirilen iş güvencesinden çok daha ileri bir korumaya sahiptirler. Hukukumuzda gerçek anlamda iş güvencesine sahip tek işçi grubu, işyeri sendika temsilcileridir, işverenin haksız feshi söz konusu olduğu takdirde işe iade edilebilen tek kategori, işyeri sendika temsilcileri iken, yeni yasayla, söz konusu koruma kaldırılmış, adeta iş güvencesi bakımından geri adım atılmıştır. Aynı yönde bkz. SOYER, 158 Sayılı Sözleşme, s.292. İşyeri sendika temsilcilerinin ve genel olarak işçilerin sendikal nedenlerle feshe karşı özel olarak korunması gereği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÜMER, Sendikal Nedenlerle Fesih, özellikle s.10-14.

koşulları varsa, ihbar tazminatını ödemek zorunda bırakılmaktadır. Bundan başka söz konusu güvenceler işçinin iş aklının EİK. 17'ye aykırı olarak haksız feshedilmesi halinde de aynen uygulanacaktır.³⁰⁵

Söz konusu yasa, yukarıda belirttiğimiz eksiklerine rağmen, modern iş hukukunun en temel amaçları arasında bulunan işçiye iş güvencesi sağlanması yönünde ülkemizde atılmış önemli bir adımdır. Ancak aynı tespit işyeri sendika temsilcileri için söz konusu değildir. Zira işyeri sendika temsilcileri için bir geriye gidiş söz konusudur. Anılı madde ile işyeri sendika temsilcileri de, iş güvencesi hükmüne alınan işçilerle aynı statüye geri çekilmektedir. Böylece gerçek anlamda iş güvencesine sahip işyeri sendika temsilcilerinin, işyerlerine iadeleri işverenin inisiyatifine bırakılmış olmaktadır. Oysaki sendika temsilcileri, işçi işveren arasında ilişkilerde aracı olan, işçinin haklarını işverene karşı savunan pozisyonda olması nedeniyle işverenle en çok karşı karşıya kalandır ve en çok korumaya muhtaç olandır. ILO Sözleşmeleri asgari sınırları belirler, bundan öte getirilmiş hakların korunması ve de sendika temsilcilerinin öncelikle korunmasını gerekir. 4773 sayılı yasa sendika temsilcileri açısından kabul edilemez bir durum yaratmıştır.

V. 4857SAYILI YASA VE İŞ GÜVENCESİ

A.Genel Olarak

Hukukumuzda ilk önce 9.8.2002 tarihli ve 4773 sayılı yasa daha sonra da 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ile iş güvencesi sistemi getirilmeden önce işçilerin iş akitlerinin feshine karşı yeterince korunduğunu söyleyebilmek mümkün değildi. Türk iş hukuku öğretisinde de ülkemizde yeterli bir iş güvencesinin bulunmadığı ve bu hususta bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu konusunda bir görüş birliğinin varlığı gözlenmekteydi.³⁰⁶

4857 sayılı İş Kanunu (ve 4773 sayılı yasa) yürürlüğe girmeden süreli fesih hakkının kullanılmasında serbesti ilkesi geçerliydi ve işveren tüm işçilerin iş aklını herhangi bir neden göstermek zorunda bulunmaksızın istediği zaman bildirim sürelerine uymak suretiyle feshedebiliyordu. Söz konusu fesih bir hakkın kötüye kullanılması veya haksız fesih de oluştursa, geçerli bir fesih olarak kabul ediliyor,

³⁰⁵ SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 78–79.

³⁰⁶ SÜZEK, 1. Bası, s. 518 ve dn. l'de belirtilen yazarlar

tazminat yükümlülüğü doğurmakla birlikte iş ilişkisini sona erdiriyor ve işçinin işyerine iadesine ilişkin bir hüküm yasada yer almıyordu. Ayrıca, işverence yapılan feshin bir hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunu ispat yükü de işçiye aitti.

Aşağıda görüleceği gibi 4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesi sistemini getirmiş (m. 18 vd.), iş güvencesinin kapsamına giren hukuki ilişkiler açısından fesih serbestîsi ilkesini kaldırmış, süreli fesih hakkının doğumunu yasada belirtilen geçerli nedenlerin varlığına bağlamış, bu nedenleri ispat yükünü işverene yüklemiş, söz konusu nedenler gerçekleşmemişse işçinin işe iadesini veya özel bir tazminatın (iş güvencesi tazminatı) ve boşta geçen sürelerle ilişkin olarak işçinin en çok dört aya kadar ücretinin ödenmesini öngörmüştür. Buna karşılık, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçiler bakımından yukarıda açıkladığımız fesih serbestîsi çerçevesinde süreli fesihlere ilişkin esaslar geçerlidir.

Gerçekten, işçinin geleceğine güven duyması, sürekli olarak işini kaybetme ve dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan ücretinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması, modern iş hukukunun en temel amaçları arasında yer alır.³⁰⁷ Belirsiz süreli iş akıllarında süreli fesih hakkının işveren tarafından herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın kullanılabilmesi işçileri işlerinin sürekliliği konusunda büyük bir güvensizlikle karşı karşıya bırakır. Süreli fesih Hakkı konusunda taraflar arasında mevcut bulunan eşitlik ilkesi günümüzde yerini işçinin korunması fikrine bırakmıştır. İşçinin iş akdini feshetmesi ile işveren iş için yeni bir işçi bulma güçlüğü içine düşerse bir zarara uğrayabilir. Ancak bu zarar genellikle ücretinden başka bir geliri olmayan işçinin işini yitirmesi sonucu içine düşebileceği ekonomik güçlük ile kıyaslanamaz. Bu itibarla işçinin her şeyden önce sosyal nedenlerle feshe karşı korunması gerekmektedir.

Daha önce de görüldüğü gibi, iş hukukunun etkinliğinin diğer deyimle iş mevzuatı kurallarının fiilen yaşama geçirilebilmesinin sağlanmasında en önemli etkenlerden biri de iş güvencesinin varlığıdır. İş güvencesinin bulunmadığı bir hukuki ortamda, işten çıkarılma endişesi taşıyan işçilerin yasadan veya sözleşmeden doğan haklarını talep konusunda tereddüde düşmeleri mümkündür. Nitekim uygulamada yaygın bir şekilde görüldüğü gibi yıllar içinde ödenmeyen işçi

³⁰⁷ DURAND, s.17; SÜZEK, Fesih, s. 1, 29 vd; TAŞKENT, İş Güvencesi, s.10(SÜZEK 2.bası naklen)

alacaklarının, örneğin fazla çalışma, yıllık ücretli izin vb. hakların ancak iş akdinin sona ermesinden sonra feshe ilişkin tazminat davaları ile birlikte istenebilmesi veya sigortalılığın tespiti davalarının iş ilişkisi sona erdikten sonra açılabilmesi bu gözlemi doğrulamaktadır.³⁰⁸

Bunun gibi, işçilerin sadece bireysel haklardan değil toplu iş hukukunun sağladığı olanaklardan diğer deyimle sendika üyeliği, toplu iş sözleşmesi ve grev gibi anayasa ile de güvence altına alınmış olan haklarından gerçek anlamda yararlanabilmesi ancak iş güvencesinin var olduğu bir hukuki ortam içinde mümkün olabilir. İşçiler, iş güvencesinin varlığı halinde iş akdinin feshi endişesi duymaksızın sendikalara üye olabilirler, yasal bir greve katılabilirler ve bazı işyerlerinde görüldüğü gibi toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra toplu işten çıkarmalar söz konusu olmaz.³⁰⁹

Diğer yandan, iş güvencesi işyerinde verimin ve üretim kalitesinin artmasına ve çalışma barışının kurulmasına yardımcı olur. Gerçekten, geçerli bir neden olmaksızın işten çıkarılmayacağına güveni içinde çalışan işçi, bu güvence nedeniyle daha huzurlu ve verimli çalışır. Bu yolla işçi işletmesi ile bütünleşecek, çatışan menfaatlerin yerini menfaat ortaklığı alacak ve işyerinde gerçek bir çalışma barışı kurulabilecektir.³¹⁰

Önemle belirtelim ki, iş güvencesi kavramı işyerinden işçi çıkarılamaması anlamını taşımaz. İşçinin işini korumasının taşıdığı öneme karşılık işletme gereklerinin göz önünde tutulması zorunluluğu da ihmal edilemez. İşletmenin ekonomik ve mali zorunlulukları, modern teknolojinin gereklerine uyulanması, daha verimli ve rasyonel çalıştırılması ile işletmenin düzeninin ve disiplininin sağlanması, işçinin yetersizliği ve davranışları işçi çıkarmayı gerekli kılabilir. Bu nedenle, iş akitlerinin feshini çok güçleştiren, katı bir iş güvencesi sisteminin kabul edilmesi de isabetli sayılamaz.³¹¹

³⁰⁸ TAŞKENT, İş Güvencesi, s.11

³⁰⁹ SÜZEK, Fesih, s. 1, 131 vd., 140 vd; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 131

³¹⁰ İş güvencesi kavramının önemi ve yararları konusunda geniş bilgi için bkz. TAŞKENT, İş Güvencesi, s.11 vd; ULUCAN, İş Güvencesi, s.22–23.

³¹¹ SÜZEK, Fesih, s.1–2, 31; ÇELİK, İş Güvencesi, s.9 vd; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.130. ENGİN, E. Murat, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi** (İşletme Gerekleri),Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s.26, 28.

O halde, bu konuda amaç iş güvencesinin sağlanması ile işletme gereklerini uyumlu bir denge içinde birleştirmek olmalıdır. Başka bir anlatımla, işçilerin anayasal çalışma hakkı (AY 49) ile işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü (AY 48) ölçülülük (oransallık) ilkesi çerçevesinde dengelenmelidir.³¹²

Modern iş hukukunda işçinin işinin sürekliliğini korumak için başvurulacak yöntem iş güvencesi hükümleri değildir. İşyerinin devrinde iş akdinin yeni işverenle aynen devam etmesi veya belirli durumlarda iş akdinin askıya alınması³¹³ ya da işverene tekrar iş akdi yapma zorunluluğunun getirilmesi de işin sürekliliğini sağlamaya yönelik hukuki yöntemlerdir. Ancak iş güvencesi hükümleri işçinin işinin sürekliliğinin korunmasında en önemli ve etkili hukuki teknikleri oluşturur.

Başta Avrupa Birliği ülkeleri olmak üzere birçok ülke hukukunda iş güvencesine ilişkin düzenlemeler getirildiği³¹⁴ gibi Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ülkemiz tarafından da onaylanmış bulunan Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi de bu konuyu düzenlemektedir.³¹⁵

158 sayılı ILO sözleşmesinin 1994 yılında ülkemiz tarafından onaylanmasıyla bu sözleşmeye uygun olarak yasal değişikliklerin yapılması gereği ortaya çıkmıştır. 158 sayılı sözleşmeye uyum sağlamayı temel alan ve dokuz kişilik öğretim üyelerinden oluşan bir bilim kurulunca hazırlanan taslak 9.8.2002 tarihli ve 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması

³¹² İş güvencesinin anayasal ilkeler açısından değerlendirilmesi için bkz. ULUCAN, İş Güvencesi, s. 23–24; ENGİN, İşletme Gerekleri, s.26–28. Buna karşılık İş Kanunu ile getirilen düzenlemeyle iş güvencesinden çok "işletme güvencesinin" esas alındığı görüşü için bkz. GÜZEL, İş Güvencesi, s.19–20, 140. Ayrıca iş hukukunda ölçülülük ilkesi konusunda geniş bilgi için bkz. Cornesse, s.1 vd. özellikle iş güvencesi açısından bkz. s. 266 vd. Gea- KessJer. 569 vd. (SÜZEK, İş **Hukuku**, 2. bası naklen)

³¹³ SÜZEK, Askı, s. 4 vd, 13 vd; TAŞKENT, İş Güvencesi, s. 10; EYRENCİ, Öner, "4857 Sayılı İş kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme", İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 31 (Yeni Düzenlemeler)

³¹⁴ İş güvencesi konusunda yabancı ülkelerde getirilen düzenlemeler için SÜZEK, Fesih, s. 33 vd. GÜZEL, İş Güvencesi, s. 36 vd., 45 vd., 61 vd., 83 vd., 103 vd. DEMİR, İş Güvencesi, s. 98 vd., 117 vd., 136 vd., 186 vd.; ALPAGUT, Gülsevil, "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshi Karşı Korunması Semineri, İstanbul 2002, (Feshe Karşı), s. 85 vd. SÜMER. Haluk Hadi, "İşçinin Toplu İşten Çıkarmalar Karşısında Korunması", Konya 2002, (Toplu Çıkarma), s.50 vd

³¹⁵ 158 sayılı ILO sözleşmesi hakkında bkz. KUTAL, Metin, "İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı", Mercek Dergisi, Nisan 2003(Uluslararası Dayanak), s. 5 vd. ULUCAN, İş Güvencesi, s. 7 vd.; TAŞKENT, İş Güvencesi, s. 22 vd; SOYER, 158 sayılı, s. 269 vd. SÜZEK, s. 15–20 vd. ve orada anılan yazarlar

Hakkında Kanun olarak kabul edilmiştir. Daha sonra 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanununda 4773 sayılı yasanın iş güvencesine ilişkin hükümleri bazı değişikliklerle yer almıştır. Böylece hukukumuzda işçinin feshe karşı korunmasında - iş güvencesinin kapsamına girenler bakımından- hakkın kötüye kullanılması teorisi bırakılmış, iş güvencesi konusunda önemli bir adım atılmıştır.

B. İyi Niyet Kurallarına Uygun, Kötü Niyetli, Geçerli-Geçersiz ve Hakkı-Haksız Fesih Ayrımı

İş güvencesinin kapsamı dışındaki iş ilişkilerinde işverenin süreli fesih hakkının doğumu için yukarıda da görüldüğü gibi iş akdinin belirsiz süreli olması yeterlidir. Bu iş ilişkilerinde İş Kanununun 17. maddesi uyarınca fesih serbestisi ilkesi geçerli olup, işveren iş akdini herhangi bir neden göstermek zorunda bulunmaksızın istediği zaman bildirim sürelerine uymak suretiyle feshedebilir. Söz konusu fesih bir hakkın kötüye kullanılması da oluştursa geçerli bir fesihtir, iş akdini sona erdirir. İşçi bu feshe karşı sadece yasada öngörülen tazminatları talep edebilir.³¹⁶

Hukuk sistemimizde iş güvencesinin kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde işverenin süreli fesih hakkına getirilen sınır geleneksel hakkın kötüye kullanılması teorisiidir. Hakkın kötüye kullanılmasının ölçütü olarak da objektif iyi niyet kurallarına aykırılık esas alınır. Daha önce görüldüğü gibi gerek öğretide gerek yargı kararlarında, işletmenin veya işyerinin ekonomik ve teknik gereklerinin ya da işçinin yetersizliğinin, verimsizliğinin veya davranışlarının zorunlu kıldığı işten çıkarmalar objektif iyi niyet kurallarına uygun fesihler olarak nitelendirilmektedir.

Buna karşılık, modern iş hukukunda hakkın kötüye kullanılması teorisinin diğer deyimle medeni hukuk araçlarının işçileri feshe karşı yeterince korumadıkları görülmüş ve iş güvencesini sağlamak amacıyla işverenin süreli fesih hakkını yasayla sınırlayan sistemler geliştirilmiştir. Başka bir anlatımla, bu sistemde belirsiz süreli iş akitlerinde süreli fesih hakkı kendiliğinden doğmamakta, bu hakkın doğumu yasada belirtilen nedenlerin varlığına bağlanmaktadır. Bu sistemde bir hakkın kötüye kullanılması değil yasaya aykırı fesih söz konusudur. Yasada yer alan geçerli nedenlerin bulunmaması halinde işverence yapılan fesih bildirimi geçersiz

³¹⁶ SÜZEK, Fesih, s.27 vd.

sayılmakta, diğer deyişle bozucu yenilik doğuran hak hüküm ve sonuç doğurmamakta, taraflar arasındaki iş ilişkisi aynen devam etmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da işçinin işyerine iadesi, daha doğru bir ifadeyle devam eden akdi ilişki nedeniyle işverenin işçinin iş görme edimini kabul etmesi ve işçinin çalıştırılmadığı boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekmektedir.³¹⁷

Sürelî fesih hakkını yasayla sınırlandıran diğer deyimle iş güvencesi sistemine geçmiş bulunan ülkelerde, işverence yapılan sürelî feshi geçerli kılan yasal nedenlerin de genellikle işletme gerekleri ile işçinin yetersizliği ve davranışları olduğu görülmektedir. Başka bir deyimle, salt nedenler açısından bakıldığında, objektif iyi niyet kurallarına uygun, bir hakkın kötüye kullanılması oluşturmeyen fesih nedenleri ile iş güvencesi getiren sistemlerdeki geçerli fesih nedenlerinin genellikle örtüştüğü gözlenmektedir.³¹⁸ Aradaki fark, bu nedenlerin birinci sistemde fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının, ikinci sistemde ise yapılan feshin geçerli olup olmadığının ölçütünü oluşturmalarıdır.³¹⁹ İş güvencesinin kabul edildiği sistemlerde ispat yükü yer değiştirmekte, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü daha sonra görüleceği gibi bu sistemin niteliği gereği işverene ait bulunmaktadır.

Hukuk sistemimizde iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde, sürelî fesih hakkının doğumu, geçerli diğer deyişle "işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından" ya da "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan" nedenlere dayandırılmış (İK 18/1) ve bunu ispat yükü de kural olarak işverene yüklenmiştir (İK 20/2). Buna karşılık, geçerli nedenlere dayanmayan feshin yaptırımını konusunda İş Kanununda tam anlamıyla yukarıda açıkladığımız geçersiz fesihlerin hukuki sonuçlarının doğduğu söylenemez. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Buna karşılık haklı nedenle derhal fesih hakkı tamamen farklı nedenlere dayanır. İş akdinin taraflarından birisi için dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisine devam çekilmez (katlanılmaz) hale gelmişse, diğer deyimle İş Kanununun 24. ve 25.

³¹⁷ SÜZEK, Fesih, s.58 vd.

³¹⁸ SÜZEK, 1. Bası, s. 610–611. ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 18. KŞZ. ALP, Mustafa, "İşçinin Feshe Karşı Korunması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1, (Feshe Karşı,) s. 12 vd.

³¹⁹ Her iki sistemde özdeş olan bu nedenlerin tek başlık olarak "işletme yararı" ölçütü altında birleştirilmesi önerisi için ENGİN, İşletme Gerekleri, s.18–19

maddelerinde yer alan haklı fesih nedenleri ortaya çıkmışsa, lehine fesih hakkı doğan taraf bildirim sürelerini beklemeksizin iş akdini haklı nedenle derhal feshedebilir. Söz konusu nedenler olmaksızın sözleşme feshedilmişse bir haksız fesih ortaya çıkar.

Fesih hakkının kötüye kullanılmasını geçersiz ve haksız fesihten ayıran yön, birinci halde fesih hakkının doğmuş bulunmasına karşın objektif iyi niyet kurallarına aykırı biçimde kullanılmış olması, diğer durumlarda ise fesih hakkı doğmadığı halde bu hakkın kullanılmasıdır.³²⁰

Buna karşılık, geçerli fesih ile haklı nedenle fesih arasında, fesih hakkının doğabilmesi için yasada belirtilen nedenlerin ortaya çıkmasının zorunlu olması açısından benzerlik bulunmaktadır. Ancak bu nedenler arasında aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği gibi ağırlık farkı vardır.

İş Kanununun 18. maddesinde belirtilen geçerli nedenler, 25. maddede sayılan haklı neden derecesine ulaşmayan, o ölçüde ağır olmayan nedenler olup, süreli fesih bildirimine hak kazandırır. İşveren bildirim sürelerine uymak ve koşulları varsa kıdem tazminatı ödemek suretiyle işçinin iş akdini feshedebilir. Oysa İş Kanununun 25. maddesinde öngörülen haklı fesih nedenleri ortaya çıkmışsa, işveren bildirim sürelerini beklemeksizin ve duruma göre (İK 25/II' de sayılan hallerde) kıdem tazminatı da ödemedi iş akdini derhal sona erdirebilir.

Hukukumuzda işverenin belirsiz süreli iş akitlerinde geçersiz veya haksız fesih yapması halinde, aynı hukuki sonuçlar doğar. Diğer deyimle haksız feshe uğrayan işçiler de iş güvencesi hükümlerinden yararlanırlar (İK 25/son). Aynı şekilde, haklı bir fesih nedeninin varlığını, fesih hakkının kötüye kullanılmasından farklı olarak, geçerli fesihlerde olduğu gibi işveren ispatlamak durumundadır.

³²⁰ SÜZEK, Fesih, s. 155

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4857 SAYILI YASAYA GÖRE İŞ GÜVENCESİ

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH DIŞINDA SONA ERDİREN DURUMLAR

A. Tarafların Anlaşması

Taraflar, iş sözleşmesini anlaşma ile her zaman sona erdirebilirler. Sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli yapılmış olmasının anlaşma ile sözleşmeyi sona erdirmeye etkisi yoktur. Sözleşmeyi sona erdiren anlaşma açık olabileceği gibi örtülü de olabilir.³²¹ Örneğin, işçinin bir tartışma sonucu işverene işi bırakmak istediğini ve çalışma evrakının verilmesini, işverenin de buna memnun olduğunu yazılı olarak bildirmesi halinde sözleşme tarafların örtülü anlaşması ile sona erer. Aynı şekilde, kamu kesiminde işçi kadrosundaki bir kimsenin kendi rızası ile işveren tarafından memur kadrosuna geçirilmesi halinde de örtülü bir anlaşma ile iş sözleşmesi sona ermiş olmaktadır.³²² Bu durumlarda taraflar sözleşmenin derhal veya belirli bir süre sonra sona ereceğini kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmenin sona ermesine ilişkin anlaşmada sona erme zamanı ile ilgili olarak herhangi bir hüküm yoksa anlaşmanın yapıldığı gün sözleşmenin sona ermiş olduğu kabul edilir³²³.

B. Ölüm

1. İşçinin Ölümü

İş sözleşmesi işçinin ölümü ile sona erer (BK. m. 347/1). Mirasçılarının ya da işverenin ayrıca sözleşmenin feshi bildiriminde bulunmalarına gerek yoktur. İşçinin ölümü kanundan doğan kendiliğinden bir sona erme nedenidir. Ancak sözleşmenin fesih yolu ile sona ermesinin hukukî sonuçlarından olan kıdem tazminatı hakkı, işçinin ölümü halinde ortadan kalkmamakta, mirasçılarının geçmektedir (1475 sayılı İş K, yürürlükteki m. 14).³²⁴

³²¹ ATABEK, Reşat, **İş Akdinin Feshi**, İstanbul 1938, s. 33.

³²² SAYMEN, Ferit Hakkı, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, 1954, s.540–541.

³²³ AYDIN, Ufuk; “İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi”, Çimento İşveren D, Mayıs 2004, s. 4–9.

³²⁴ ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s.170

2. İşverenin Ölümü

İşverenin gerçek kişi olması durumunda iş sözleşmesi kural olarak sona ermez ve sözleşmeden doğan hak ve borçlar işverenin mirasçılarına geçer. Mirasçıların veya işçinin iş sözleşmesini devam ettirmek istememesi halinde sözleşme ancak normal şekilde, yani sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda gösterilen koşullara uygun olarak sona erdirilebilir. Kanun bu kuralın istisnasını da koymuş ve sözleşmenin işverenin şahsının göz önünde tutularak yapılmış olması halinde, işverenin ölümü ile sona ereceğini belirtmiştir (BK. m. 347/II). Bu durumda, sözleşmenin süresi belirli dahi olsa sözleşme yine sona erer. Ancak sözleşmenin sürenin bitiminden önce sona ermesi halinde işçinin zarara uğraması olasıdır. Burada Kanun, işçinin zarara uğraması halinde, işverenin mirasçılarından hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir (BK. m. 347/III).³²⁵

C. Belirli Sürenin Bitimi

1. Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi

İş Kanununda (m. 11/I) belirtildiği üzere, belirli süreli iş sözleşmesi, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılan bir sözleşmedir.³²⁶ Zaman ve tarih olarak belirtilen belirli süreli iş sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, sürenin geçmesi ile kendiliğinden sona erer. Ayrıca, taraflardan birinin fesih bildiriminde bulunmasına gerek yoktur (BK. m. 338). Bunun gibi, sözleşme yukarıdaki unsurların gerçekleşmesiyle son bulur.

2. Sözleşmenin Yenilenmesi

Sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına karşın işçi çalışmaya devam eder, işveren de buna ses çıkarmazsa sözleşme aynı süre fakat en çok bir yıl için yenilenmiş sayılır (BK. m. 339/I).³²⁷ Örneğin, sekiz ay süreli bir iş sözleşmesinin süresi bitmekle birlikte, işçinin çalışmaya işverenin de çalıştırmaya devam etmesi halinde sözleşme tekrar sekiz ay için, buna karşılık sözleşme üç yıl için yapılmış ise sadece bir yıl için yenilenmiş sayılır. Bu hüküm, 4857 sayılı İş Kanununun belirli

³²⁵ ÇELİK, s.171

³²⁶ ÇELİK, s.171

³²⁷ ALPAGUT, Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, doktora tezi, TÜHİS yayını, Ankara 1998, s. 164 vd

sürelî iş sözleşmesine ilişkin 11. maddesi karşısında, gün, ay, yıl olarak yapılan esaslı nedene dayalı belirli süreli iş sözleşmeleri için uygulanmaya devam edecektir.³²⁸

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİHLE SONLANDIRILMASI

A. Sürelî Fesih Bildirimi ile Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

1. Uygulama Yeri ve Hükümü

Sürelî fesih bildirimi, kural olarak, belirsiz süreli sürekli iş sözleşmelerinde söz konusudur. Ancak Borçlar Kanununda düzenlenen bir halde, istisnaen, belirli süreli iş sözleşmesi de bu yolla sona erdirilebilir. Belirli süreli iş sözleşmesinin ömür boyunca veya on seneden fazla bir süre için yapılması halinde, işçi on sene geçtikten sonra her zaman, bir aylık süre vererek sözleşmeyi feshettiğini işverene bildirebilir (BK. m. 343). Kanun güçsüz olan işçinin kişilik haklarını korumak amacıyla belirtilen hükümü koymuştur.³²⁹ Bunun İş Kanunu uygulamasında da geçerli olduğu kuşkusuzdur.³³⁰

Sürelî fesih bildirimi, belirsiz süreli iş sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesiyle sona erdiren bir irade beyanıdır.³³¹ Ancak, bildirim süresi içinde haklı bir fesih nedeni ortaya çıkarsa sürenin sonu beklenmeden sözleşme derhal feshedilebilir.³³²

2. İşçi ve İşverenin Sözleşmeyi Feshine İlişkin Ortak Hükümler

İş Kanununun yeniden düzenlenen 17. maddesinde, eskisinde A, B, C olarak sıralanan bent harfleri kaldırılmak ve bazı deyimler değiştirilmek³³³ suretiyle eski düzenlemeye tekrar yer verilmiş, maddeye yeni bir fıkra eklenmiş, kötü niyet tazminatına ilişkin fıkra sonraki maddelere uygun şekilde kapsamı daraltılarak kabul edilmiştir.

³²⁸ ÇELİK, **İş Hukuku Dersleri**, 16. Bası, 164; ULUCAN, Devrim, “4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri”, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıca Düzenlenen “Yeni İş Yasası” konulu Seminer yayını, İstanbul 2003, s.35–65. (İş Sözleşmesi Türleri), s. 54; ALPAGUT, Belirli Sürelî İş Sözleşmesi, s.89; DEMİR, Fevzi, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 3. bası, İzmir 2003, (İş Hukuku), s.29;

³²⁹ OUĞUZMAN, Kemal, **Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi**, İstanbul 1955 (Fesih), s.161

³³⁰ ÇELİK, 17. Bası, s.177

³³¹ EKONOMİ, Münir, **İş Hukuku**, Cilt 1 Ferdi İş hukuku, 3. Bası İstanbul 1984, ; (Ekonomi I), s.169

³³² Y.9.HD, 10.10.2003, E. 2003/4302 K. 2003/16781, TÜHİS, Kasım 2003, s. 47–48

³³³ İsabetli bir şekilde "önel" yerine "süre", "bildirme" yerine "bildirim" sözcükleri kullanılmıştır. Bu deyimler konusunda bkz. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, s.157–158

Maddenin yeni şeklinde, fesih bildirimi süreleri eskisinde olduğu gibi 2, 4, 6, 8 hafta olarak aynen korunmuş, bu sürelerin artırılabilceği hükmü ile ihbar tazminatına ve bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin hükümlere yeniden yer verilmiştir. Maddeye eklenen bir fıkra, işverenin bildirim şartına uymamasının veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesinin, feshin geçerli sebebe dayalı olarak yapılmasına, bunun şekline ve usulüne, buna itiraza ve geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarına ilişkin 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin işlemesine engel olmayacağı belirtilmiştir.

Kanunun 17. maddesine getirilen önemli bir hüküm (son f.) kötü niyet tazminatının kapsamı ile ilgilidir. Bununla bu tazminatın iş güvencesi kapsamı dışında kalanlara uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Şu halde, bu durumdakilere iş güvencesinin hukuki yaptırımı olarak 21. maddede öngörülen tazminatın yerini kötü niyet tazminatı almış olmaktadır. Kötü niyet tazminatının miktarı eski düzenlemede olduğu gibi, bildirim süresine ait ücretin üç katı tutandır. Maddenin aynı fıkrasında fesih için bildirim şartına da uyulmamasının ayrıca ihbar tazminatı ödenmesini gerektireceği belirtilmiştir. Kötü niyet tazminatı, işçi ve işverenin iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimiyle sona erdirmelerine ilişkin ortak hükümlerin açıklanmasından sonra, aşağıda, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçilerle ilgili kısımda ele alınmaktadır.

3. Fesih Bildirimi Süreleri

a. İş Kanunundaki Süreler

İş Kanunu, işçinin çalışmış olduğu sürelere göre bildirimden sonra sözleşmenin sona ermesine kadar geçecek süreleri göstermiş bulunmaktadır (m. 17).³³⁴ İş Kanunu, işçinin işyerinde kıdemi arttıkça fesih bildirimi sürelerinin de uzun olması esasını kabul etmiştir. Kanuna göre, fesih bildirimi süresi, işi altı aydan az sürmüş olan işçi için iki, işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için dört, işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için altı, işi üç yıldan fazla sürmüş olan işçi için sekiz haftadır. Süreler fesih bildiriminin karşı tarafa varmasından

³³⁴ Mevsimlik işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde de fesih bildirimi süresi verilir. Ancak askı süresi içinde bildirim süresi işlemez (Y. 9. HD, 6.6.1988, E. 988/4305 K. 988/6231, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 1989, 19-20)

başlayarak hesap olunur. Haftaların hesaplanmasında, İş Kanununda başka bir hükme yer verilmediğine göre, Borçlar Kanunundaki hükmün uygulanması gerekir (BK. m. 76, b. 2).³³⁵ Buna göre de, haftanın hangi gününde fesih bildirimi yapılmışsa son haftanın aynı gününde sözleşme sona erecektir.³³⁶

Yargıtay'a göre, işveren işçinin raporlu olduğu süre içinde fesih bildiriminde bulunmuşsa fesih bildirimi rapor süresi içinde hukuki sonuç doğurmaz ve ancak rapor süresinin bitiminde fesih gerçekleşmiş olur.³³⁷ Bunun sonucu olarak, raporlu olduğu dönemde iş sözleşmesi feshedilen işçinin, sözleşmenin askıda kaldığı süre içinde yürürlüğe giren toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerekir.³³⁸ Buna karşılık, Yargıtay, doğum izni bitiminde kadın işçinin emzirme izni kullanmaya başlamasından önce yapılan ve işçi tarafından tebellüğden imtina edilen bir fesihte, kendisine vizite kâğıdı verilmeyen işçi rapor alsa da, iş sözleşmesinin emzirme izninden önce sona erdiğinin kabulü gerektiği sonucuna varmıştır.³³⁹

Yargıtay'a göre, iş sözleşmesi tarafların anlaşması ile bildirim süresinin geçmesi beklenmeksizin her zaman sona erdirilebilir. Bu anlaşma açık ya da örtülü olabilir.³⁴⁰ Bu nedenle, rapor süresi içinde yukarıda belirtilen şekilde fesih bildiriminin hukuki sonuç doğurmaması durumu ile ilgili olarak, işçinin rapor döneminde fesih işlemini kabul etmesi, bildirim süresine ait ücreti ve kıdem tazminatını alması ve işvereni ibra etmesi halinde de fesih gerçekleşmiş olur.³⁴¹

Uyulması gereken bildirim süresi, işçinin işyerindeki çalışma süresine göre değiştiğinden, çalışma süresinin hesap edilmesi önem kazanmaktadır. İş sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren değil de işçinin fiilen işe başladığı tarihten fesih bildiriminin diğer tarafa vardığı tarihe (öğrenme teorisine göre öğrenme

³³⁵ SAYMEN, Ferit Hakkı, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, 19, s.556.

³³⁶ GÜNAY, Cevdet İlhan, **Şerhli İş Kanunu**, 2. Bası, Cilt.1, Yetkin yayınevi Ankara 2001, s. 334; AKYİĞİT, Ercan, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara 2001, s.308.

³³⁷ Y HGK, 10.10.1990, E. 1990/9-322 K. 1990/467, TÜHİS, Kasım 1990, s. 16; Y 9.HD, 23.12.1997, E. 1997/18547 K. 1997/22278, Tekstil İşveren D, Şubat 1998, s. 19-20

³³⁸ Y. 9 HD, 27.5.1993, E. 1992/14793 K. 1993/9275, Çimento İşveren D, Temmuz 1993, s. 29; 6.12.1994, E. 1994/11216 K. 1994/17284, Çimento İşveren D, Ocak 1995,s. 44-45; aynı nedenle, işçinin yükselen kıdem tazminatı tavanından yararlandırılması gerektiğine ilişkin olarak, 22.10.1998, E. 1998/12883 K. 1998/15074, TÜHİS, Şubat-Mayıs 1999, s. 75-76

³³⁹ Y. 9. HD, 22.1.1991, E. 12877 K. 402, Tekstil İşveren, D, Haziran 1991, s.18-19 ve bu karara ilişkin YHGK, 8.5.1991, E. 991/9-148 K. 991/245, Tekstil İşveren D, Kasım 1991, s.19-20.

³⁴⁰ Y. 9. HD, 21.2.1994, E. 1994/2473 K. 1994/2638, YKD, Kasım 1994, s.1772-1773

³⁴¹ Y. 9. HD, 25.1.1999, E. 1998/18894 K. 1999/247, Çimento İşveren. D, Mart 1999, s. 29; 25.6.1998, E. 1998/9391 K. 1998/19859, Tekstil İşveren. D, Mayıs 2000, s. 20

tarihine) kadar deneme süresi, askı süreleri dâhil olmak üzere geçen sürenin, bildirim süresine esas alınacak çalışma süresi olarak kabulü uygun düşer. Ancak mevsimlik işlerde, yılın çalışılmadan geçirilen süreleri, Yargıtay'ın mevsimlik işçilerin kıdem tazminatına ilişkin olarak kabul ettiği ilkeler doğrultusunda, dikkate alınamayacaktır. Ayrıca, uygulanacak bildirim süresinin tespitinde işçinin çalışma süresi bulunurken çalıştığı bildirim süresi de dikkate alınmayacaktır.³⁴²

b. Akdi Bildirim Süreleri

Kanuni bildirim süreleri, taraflar sözleşme ile bildirim süreleri kararlaştırmamışlarsa veya kararlaştırdıkları süreler hukuken geçerli değilse uygulama alanı bulurlar³⁴³. İş Kanununa göre, toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile kanundaki asgari sürelerin üzerinde olmak kaydıyla bildirim süreleri belirlenebilir. Bununla birlikte B.K. md.340/son fıkra uyarınca işçi ve işveren bakımından farklı bildirim süreleri belirlenemez. Buna göre, sözleşmelerle tespit edilen bildirim süreleri, her iki taraf için aynı olmak zorundadır; aksi halde geçersiz olur. Oysa mehz İsviçre Borçlar Kanununa göre, taraflar için farklı bildirim süreleri kararlaştırılması halinde uzun olan müddet her iki tarafa da uygulanır; işverenin ekonomik nedenlerle sözleşmeyi feshi halinde, anlaşmayla veya tip iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle işçiler lehine daha kısa bildirim süresi tespit edilebilir (İBK. Md.335 a).³⁴⁴

Hukukumuzda B.K. md.340/son fıkra hükmünün nasıl yorumlanması gerektiği tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, bu hüküm, taraflar arasında eşitliği götüğünden, değişik bildirim süreleri kararlaştırılması batıldır.³⁴⁵ Bir diğer görüşe göre ise, bu hüküm, işçiyi koruma amacıyla vazedildiğinden, işçi yararına olmak kaydıyla, taraflar için farklı bildirim süreleri kararlaştırılması hukuken geçerlidir. Bu ikinci görüş açısından, bildirim sürelerinin işveren bakımından daha uzun tutulması suretiyle farklı bildirim süreleri tespiti, işçi yararınadır.³⁴⁶ Yargıtay'ın

³⁴² MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **Hizmet Sözleşmesi, Kuruluş, İçerik, Sona Erme**, Ankara 1995, s.183

³⁴³ OĞUZMAN, Kemal, **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri**, Cilt.1, 4. Bası, İstanbul 1987, s.188

³⁴⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.520

³⁴⁵ OĞUZMAN, K, age, s. 191–192; SAYMEN, age. s.558

³⁴⁶ ÇENBERCİ, M, **İş Kanunu Şerhi**, 5. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1984, s.243; ÇELİK, Nuri, age,s.180, SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 2. Bası, s.405; KAPLAN E.T., "Fesih Bildirim Önelllerinin Sözleşme ile Değiştirilebilmesi", Türk Kamu Sen, C.1, Haziran 1988, Sayı.4, s.8-9.

da görüşü bu yöndedir.³⁴⁷ Kanaatimizce de bu hükmün, lafzını esas alarak, İş Kanununa tabi iş sözleşmelerine uygulanabilirliği savunulamaz. Çünkü İş Hukuku, taraflar arasında biçimsel bir eşitlik anlayışına elverir bir hukuk değildir; İş Hukukunun temel postulatı, tarafların maddi anlamda eşit olmadıklarıdır. Bu nedenle, İş Hukukuna aktarılabilecek hükümler, taraflar arasında daima maddi eşitliği sağlama esasında yoruma tabi tutulmak zorundadır. Şu halde kanuni bildirim sürelerinin sadece işverenin feshi bakımından artırılması ya da her iki taraf için de artırılabilmekle birlikte işveren yönünden daha uzun bir sürenin kararlaştırılması mümkündür. Yargıtay'a göre, kanuni bildirim sürelerinin üzerinde bildirim süresi belirlenmesi, sadece işveren yönünden (onun süreli fesih hakkını kullanması bakımından) geçerli olabilir; işçi yönünden kanuni bildirim süreleri uygulanmak zorundadır; bu süreler arttırılamaz.³⁴⁸

Basın İş Kanununda işveren için öngörülen bildirim süresinin, gazeteciye göre daha uzun tutulmuş olması da, öğreti ve yargı tarafından itibar edilen bu ikinci görüşün, İş Hukukunun pozitif kaynaklarınca doğrulandığını göstermektedir.

Kanunen belirlenmiş bildirim süreleri gibi sözleşmeyle belirlenmiş bildirim süreleri de bölünerek uygulanamaz

c. Bildirim Süresinin İşlemesini Engelleyen Haller

Fesih bildiriminin diğer tarafa varmasıyla birlikte bildirim süresi işlemeye başlarsa da bazı hallerde işlemeye başlamayacağı gibi işlemekte olan süre de durur. İş sözleşmesinin askıda kabul edildiği bu hallerden bir kısmında bildirim süresinin işlemeyeceği İş Kanunu md.31/f.3 ve md.59/f.2'de açıkça belirtilmekte; diğer bir kısmında ise askının niteliğinden hareketle aynı sonuca varılmaktadır.

İş Kanunu md.31/f.3'e göre, muvazzaf askerlik görevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle silâh altına alınan veya kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işten ayrılan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılması için beklenmesi gereken süre içinde taraflardan biri süreli fesihte bulunmuşsa, bildirim süresi, bekleme süresinin bitiminden sonra işlemeye başlar.

³⁴⁷ Y. 9. HD. 23.11.1993, E. 1993/9065, K. 1993/16893

³⁴⁸ Y. 9. HD. 7.10.1985, E.1985/6513, K. 1985/9139, TÜHİS Arşivi

İş Kanunu md.59/f.2'ye göre de, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde 17. maddede belirtilen bildirim süresi, yıllık izin süreleriyle iç içe giremez. Bu nedenle, bildirim süresi, yıllık izin süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlar.³⁴⁹

İş Kanunu md.25/I, b alt bendinden sonra gelen fıkrada öngörüldüğü şekilde hastalık ve kaza ile gebelik ve doğum gibi hallerde, işverenin feshi bildiriminde bulunması halinde bildirim süresi işlemez; bu fıkradaki haller, bildirim süresini takiben ortaya çıkmışsa, işlemekte olan bildirim süresi kesilir; işçinin tekrar iş başı yapmasıyla; yani istirahat veya izin süresinin bitimiyle birlikte bildirim süresi de yeniden işlemeye başlar.³⁵⁰ Bununla birlikte bu fıkrada hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi askı halleri esasen bildirim sürelerini aşan belirli bir süre devamsızlığa yol açtıkları takdirde haklı neden oluşturacaklarından, işveren, devamsızlığın haklı neden oluşturan bir süreye erişmesi halinde haklı nedenle fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilir.

Kanuni greve katılanlar ile grev sırasında çalışmayı arzu etmekle birlikte işveren tarafından çalıştırılmayanların ve kanuni lokavta uğramış işçilerin grev ve lokavt boyunca iş sözleşmeleri askıda kalır (2822 sayılı Kanun, md.42); bu süre zarfında iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshi halinde bildirim süresi, grev ve lokavt sona erinceye kadar işlemez.³⁵¹

d. Beyan Edilen Feshin, Bildirim Süresi İçindeki Hükümleri

Usulünce bildirilen fesih beyanı, bildirim süresi içinde tarafların hak ve borçlarını etkilemez. İş sözleşmesi, bildirim süresi içinde, önceden olduğu gibi hükümlerini doğurmaya devam eder. Her iki taraf, sözleşmeden doğan borçlarını, fesih olmamışçasına, ifa ile yükümlüdürler. Bu nedenle bildirim süresi içinde taraflardan birinin borca aykırılığı, diğer tarafa haklı nedenle sözleşmeyi derhal fesih imkânı verir.³⁵² Ayrıca haklı neden oluşturan bir olayın bildirim süresi içinde vukuu halinde de hak sahibi taraf, fesih hakkını kullanabilir. Ancak haklı nedenle fesih hakkı doğan taraf, hak düşürücü özel süreye riayetle bildirim süresi içinde bu hakkını

³⁴⁹ Y. 9. HD. 10.9.1991, E.1991/6326,K.1991/11536.

³⁵⁰ YHGK. 10.10.1990, E. 1990/9-322, K. 1990/467 (GÜNAY, C.İlhan, s.381)

³⁵¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.522

³⁵² EKONOMİ, s.170; ÇENBERCİ, s.242

kullanmalıdır; bildirim süresinin dolmasıyla sözleşme sona ermiş olacağından, haklı nedenle fesih hakkı bilahare kullanılamaz.³⁵³

Fesih bildiriminin bozucu yenilik doğuran niteliği nedeniyle, tarafların anlaşması dışında, fesih bildiriminde bulunan taraf bildirimin varmasından sonra artık tek taraflı olarak bundan dönemez.

Fesih bildiriminin karşı tarafa varmasından bildirim süresinin bitimine kadar iş sözleşmesi taraflarının hak ve borçlarında bir değişiklik olmaz. İşçi eskisi gibi işini görür, işveren de ücreti ödemeye devam eder. Ancak ister işçi ister işveren fesih bildiriminde bulunsun bildirim süresi içinde işveren işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini çalışma saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermek zorundadır. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse izin saatlerini birleştirerek topluca kullanabilir. Bu takdirde işçi bunu işten ayrılacağı günden önceki günlere rastlatmak ve durumu işverene bildirmek zorundadır (İş K. m. 27/I)57. İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırır o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir (m. 27/II). İşveren iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder. (m. 27/III).³⁵⁴

Belirli süreli iş sözleşmelerinde veya belirsiz süreli olmakla beraber peşin ücret ödenmesi suretiyle fesih halinde ya da belirsiz süreli iş sözleşmesinin usulsüz feshi halinde bu hak söz konusu olmaz.³⁵⁵ Çünkü bu hak, süreli fesih beyanının, bildirim süresi içindeki bir hükmü olarak bildirim süresinin uygulanması şartıyla doğar.

Usulüne uygun bir süreli fesih, bildirim süresinin dolmasıyla birlikte hukuken geçerli bir şekilde iş sözleşmesini sona erdirmiş olur.

Feshi hakkının usulüne uygun olarak kullanımı sonunda iş sözleşmesinin sona ermesi, diğer taraf için bir zarara neden olsa da, bu zararın tazmini talep edilemez. Sözgelimi, işverenin fesih halinde işçinin işsiz kalması veya işçinin feshi halinde işverenin işçi temin edememesi ve işe ara vermek zorunda kalması suretiyle karşılaştıkları zarar, diğer taraftan istenemez. Zira bildirim süresi esasen tarafları

³⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.522

³⁵⁴ ÇELİK, s.183

³⁵⁵ OĞUZMAN, s.195

sürpriz bir feshin muhtemel zararlarına karşı önlem alabilmeleri için tanınmış bir süredir; bu süre içinde işçi, yeni iş arama iznini kullanarak iş aramak, işveren de, ihtiyacı varsa yeni bir işçi temin etmek için fırsat bulmuş olurlar.³⁵⁶

Bildirim süresinin dolmasıyla, fesihle bulunan işçi, bu nedenle, işverene hiç bir vecibe altında bulunmaksızın işyerini terk eder. Buna karşılık fesihle bulunan işveren ise, iş sözleşmesinin sona ermesiyle, kanunda öngörülen kimi ödeme ve işlemleri yapmakla yükümlü olur. (kıdem tazminatı, çalışma belgesi vs.).

B. Bildirim Süresine Ait Ücretin Peşin Ödenmesi

Kanun, işverene bildirim süresine ait ücreti peşin vererek işçiyi derhal çıkarabilme olanağını tanımıştır (İş K. m. 17/V). Ancak bu durumda dahi bildirim süresi işçinin çalıştığı sürenin hesabında göz önünde tutulmalıdır. Yargıtay ise yıllardan beri işverenin işçinin ücretini peşin ödeyerek sözleşmeyi feshettiğini bildirmesiyle sözleşmenin derhal sona ereceği yolundaki aksi görüşü³⁵⁷ benimsemiştir.³⁵⁸ Bu görüş bildirim süresinin hesaba katılmaması, bu süre içinde kazanılacak ikramiye, kıdem tazminatı, toplu sözleşme zammı yıllık ücretli izin gibi haklardan işçinin yoksun bırakılması ve böylece sadece işverene tanınan bir seçeneğin işçinin zararına kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Bunu kabul etme ve işçinin korunması ilkesiyle bağdaştırma olanağı yoktur.³⁵⁹

Yargıtay, eski görüşünü kural olarak sürdürmekle birlikte buna bazı istisnalar tanımaktadır. Yargıtay'a göre, işveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vererek iş sözleşmesini feshederse, işçi bildirim süresi içinde gerçekleşecek olan yeni haklar nedeniyle istekte bulunamaz. Ancak, fesihle işverenin bildirim süresi içinde doğacak yeni haklardan işçiyi yararlandırmamak amacıyla hareket ettiği anlaşılırsa, o takdirde işçi bu süre içinde gerçekleşen haklara göre istekte bulunabilir.³⁶⁰ Ayrıca,

³⁵⁶ MOLLAMUHMUTOĞLU, s.525

³⁵⁷ ÇENBERCİ, s. 259, 307, 308. Yazar bu görüşte olmakla beraber, işverenin işçilik haklarını ödemekten kurtulmak için anılan hükümden yararlanma yoluna gittiğinin kabulü ile "afakî iyi niyet esaslarından ve İK m. 13/son'da öngörülen tazminat hükmünden hareket edilerek bir çözüm yoluna" ulaşmanın mümkün olacağı görüşündedir.

³⁵⁸ Y.9.HD 25.1.2000, E. 1999/17281 K. 2000/325, Kamu-İş Bilgi Bülteni, Kasım-Aralık 2000, s. 4; 11.4.2000, E. 2000/2616 K. 2000/5001, TÜHİS, Kasım 2000-Şubat 2001, s.77-79; 25.1.2001, E. 2000/16671 K. 2001/1258, YKD, Ağustos 2001, s.1187-1188

³⁵⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 534-535;

³⁶⁰ Y.9. HD, 8.4.1991, E. 1990/4473 K. 1991/7311, YKD, Temmuz 1991, s. 1028-1030; 2.1.1999, E. 1999/12252 K. 1999/16507, Tekstil İşveren D, Şubat 2000, 17; 25.1.2000 E. 1999/19781 K.

Yargıtay, işverenin fesih için herhangi bir sebep ve saik gösterememesine dayanarak fesihten bir gün sonra imzalanan ve yürürlüğü geriye götürülen toplu iş sözleşmesinden işçinin yararlanması gerektiğini kabul etmiştir.³⁶¹ Bunun gibi, Yargıtay’a göre, fesih bildirim süresi bütünlük gösterdiğinden, bu süre kullanılmaya başlandıktan sonra yarıda kesilerek geri kalan kısım ihbar tazminatı olarak ödense dahi, bu durumda işveren yasal bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklardan sorumludur.³⁶² Bundan başka, Yargıtay’ca, peşin ödeme yapılmaksızın yapılan fesihte bildirim süresi içinde işçi lehine oluşacak artışlardan işçinin yararlanması gerektiği sonucuna varılmıştır.³⁶³

Bildirim süresine ilişkin ücretin işverence peşin ödenerek işçinin derhal çıkarılabilmesine ilişkin yasal düzenlemenin her iki taraf için de yararlı olduğu öne sürülmektedir. Gerçekten, kendisine sözleşmenin feshedildiği bildirilen bir işçinin çalışmayı bildirim süreleri içinde sürdürmeye zorlanması halinde bu işçinin, işsiz kalabileceğini düşünerek moral bozukluğu içinde bulunması nedeniyle işe bağlılığının ve veriminin azalması, hatta iş güvenliğini tehlikeye düşürücü davranışlarda bulunması olasıdır. Kanunun işverene sağladığı bu olanağın işverence kullanılması işçi için de yararlı sayılmakta, çalışacağı süreye ilişkin ücretini peşin olarak alan işçinin daha rahat olarak iş arayabileceği söylenmektedir. Ancak bu yarar bildirim süresi içinde kazanılacak hakları kaybetme pahasına kabul edilemez.³⁶⁴ Yargıtay’ın belirtilen içtihadı karşısında sendikalar haklı olarak sözleşmelerde yer almış olan bu hükümlerden başka, bildirim süresine giren hakların ödenmesi yolundaki düzenlemeleri toplu sözleşmelere sokmaya çalışmaktadırlar. Buna karşı Yargıtay, peşin ödeme ile fesih durumunda, önceleri, fesih bildirim sürelerinin hizmet süresine eklenmesine ve bu süre içinde gerçekleşecek hakların ihbar, kıdem

2000/325, İşveren D, Şubat 2000, 15; ancak bildirim süresine ait ücretin peşin değil taksitler halinde ödenmesi durumunda bildirim süresi içinde ücret zammı yapılmışsa bu zamdan sözleşmesi feshedilen işçi de yararlanır (YHGK, 3.2.1999, E. 1999/9–35 K. 1999/54 ve 5.5.1999, E. 1999/9–258 K. 1999/276, Tekstil İşveren D, Nisan 1999, s. 21–22 ve Temmuz 1999, s. 21–22).

³⁶¹ Y. 9. HD, 30.4.1992, E. 1992/16845 K. 1992/4784, İşveren. D, Aralık 1993, s. 18.

³⁶² Y. 9. HD, 7.2.1991, E. 9563 K. 1348, Tekstil İşveren. D, Ağustos 1991, s. 18 ve bu kararla ilgili YHGK, 25.9.1991, E. 1991/9–338 K. 1991/426, YKD, Ekim 1992, s. 1521–1523; Y.9.HD, 16.2.1993, E. 1992/13194 K. 1993/2492, Tekstil İşveren. D, Eylül-Ekim 1993; Yargıtay, işçinin yasal bildirim süresinin bitimini beklemeden işyerinden ayrılması halinde de, bildirim süresinin bölünemezliği nedeniyle, işverene tüm bildirim süresi için ihbar tazminatı ödemesi gerektiği görüşündedir (Y. 9.HD, 1.3.1994, E. 1994/3926 K. 1994/3119, Tekstil İşveren D, Temmuz-Ağustos 1994, Kararlar eki).

³⁶³ Y. 9. HD, 1.3.2004, E. 2003/13738 K. 2004/3488, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.118–119.

³⁶⁴ ÇELİK, s.185

tazminatlarına yansıtılacağına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçersiz olduğuna hükmetmiş³⁶⁵, ancak daha sonra bu görüşünü değiştirerek olumlu yönde, isabetli kararlar vermiştir.³⁶⁶

Bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin olarak ödenmesi halinde yapılacak hesaplamada işçinin son brüt ücreti esas alınır ve 32. maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur (m. 17/son). Peşin ödemenin Gelir Vergisi Kanununun 25. maddesinde öngörülen işten çıkma ya da işsizlik sebebiyle verilen tazminat olarak kabulü mümkün bulunmadığından, aynı kanunun 94. maddesi uyarınca gelir vergisi kesintisine tabi tutulması gerekir.³⁶⁷

C. Süreli Fesih Hakkının Usulsüz Kullanımı ve Yaptırımı

1. Usulsüz Fesih Kavramı

Fesih beyanında bulunan tarafın, hiç uygulamamak veya kısmen uygulamak suretiyle Kanunda veya sözleşmede öngörülen bildirim sürelerine uymaksızın iş sözleşmesini feshetmesine usulsüz fesih adı verilir.

İşverenin peşin ücret ödeyerek sözleşmeyi feshedeceği beyanına karşılık bildirim sürelerine ilişkin ücretlerini işçiye peşin ödememesi veya eksik ödemesi de usulsüz fesih kavramı içinde yer almakla birlikte³⁶⁸ münhasıran işverene tanınmış bu fesih imkânını, işveren tarafından süreli fesih hakkının kullanılması başlığı altında incelenmesi daha uygundur.³⁶⁹

Peşin ücret ödemeye fesih, işverence kuralına uygun yapılmamışsa, usulsüz feshin olacağı gibi, işçiye yeni iş arama izninin kullandırılmamış olması halinde de usulsüz fesih söze konudur, zira bu durumda da bildirim süresi usulünce uygulanmamış olmaktadır. Yine Toplu iş sözleşmesinde veya sözleşmede fesih için

³⁶⁵ YHGK, 8.5.1991, E. 1991/9–148 K. 1991/245, Tekstil İşveren D, Kasım 1991, s. 19–20

³⁶⁶ Y.9.HD, 13.3.2001, E. 2000/19901 K. 2001/3852, Çimento İşveren D, Mayıs 2001, 51. Kararda iş sözleşmesiyle yapılan kararlaştırmalar da geçerli sayılmaktadır; peşin ödemenin toplu iş sözleşmesiyle artırılmış bildirim süresine göre hesabı gerekir. Y.9.HD, 1.4.2003, E. 2002/21541 K. 2003/5474, İşveren. D, Haziran 2003, s. 20–21

³⁶⁷ DANIŞTAY 3. D, 27.1.1993, E. 1992/1706 K. 1993/478 ve Ö. Eyrenci' nin incelemesi, İHD, Ocak-Mart 1993, s. 94–100

³⁶⁸ SÜZEK, s.446.

³⁶⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.525

özel bir usul öngörülmüşse, buna uyulmadan yapılan fesih de usulsüz olarak kabul edilmelidir.³⁷⁰

4857 sayılı İş K. md.17/f.4'te ihbar tazminatının, 1475 sayılı İş Kanunu md. 13/14' de olduğu gibi bildirim şartına uymayan tarafın ödemesi gereken bir tazminat olarak öngörüldüğü; bu madde bağlamında "bildirim şartı" tabiriyle, bildirim sürelerine uyulmasının; peşin ödeme söz konusu ise ücretin peşin ve eksiksiz ödenmesinin kastedildiği ve bu durumda usulsüz feshin, kanunen bildirim sürelerine uymama veya ücretin peşin ödenmemesi veya eksik ödenmesi haliyle sınırlı bir kavram olarak kabul edilebileceği de söylenebilir. Ayrıca yeni İş Kanununun, eski Kanundan farklı bir şekilde, yeni iş arama iznini vermeyen, eksik kullandıran işvereni, o süreye ilişkin ücretini işçisine ödemekle yükümlü tutan, şayet işçi izin esnasında çalıştırılmışsa, çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten çalıştığı sürenin ücretinin yüzde yüz zamlı ödeneceğini öngören hükümlere yer verdiği (md.27); buna göre işverenin yeni iş arama iznine ilişkin kurallara aykırı davranışının usulsüz fesih kapsamı dışında, ayrı yaptırımlara bağlı bir usulsüzlük oluşturduğu düşünülebilir. Bu kabule göre de yeni iş arama izni kullandırılmayan, eksik kullandırılan veya izin esnasında çalıştırılan işçinin, md.27'de öngörülen ücreti talep edebileceği ve ayrıca md.24/bent II hükümlerine göre iş sözleşmesini derhal fesih hakkı bulunduğu; buna karşılık usulsüz fesih nedeniyle işverenden ihbar tazminatı isteyemeyeceği sonucuna varılabilir.³⁷¹

2. Usulsüz Feshin Hükümü

Usulsüz fesih, usulüne uygun bir fesih gibi iş sözleşmesini sona erdirir. Lakin işverenin usulsüz feshi halinde, iş ilişkisi fiilen ortadan kalkmakla birlikte iş sözleşmesi sona ermeyip, usule uygun bir fesih yapılmışçasına bildirim süresinin bitimine kadar devam eder. Bu itibarla, bildirim süresi, işçinin kıdemine dâhil olduğu gibi, bildirim süresi içinde doğacak işçilik haklarından da yararlanır; bildirim süresine uyulmuş olsaydı gerçekleşecek tüm haklarını talep edebilir.³⁷²

Usulsüz feshin, geçerli bir fesih gibi iş sözleşmesini sona erdirmesine karşın, fesihte bulunan taraf için hukuki yaptırımlar söze konu olur. Bunların başında ihbar

³⁷⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.525–526

³⁷¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.526

³⁷² Y.9.HD 11.12.1966. E.252; K. 1236 (ÇENBERCİ, s.247).

tazminatı (İş K. md.17/f.4) gelir. Buna karşılık, feshin iptali dava edilemez; buna imkân veren bir hüküm mevzuatta yer almamaktadır.³⁷³

Yeni iş Kanununda, eski İş Kanunu md.13/son fıkra hükmü gibi tarafların ayrıca tazminat isteme haklarının saklı olduğunu belirten bir hükme yer verilmemiş olmakla beraber usulsüz fesih nedeniyle maruz kalınan zararın, genel hükümlere göre tazmini talebinde bulunulabileceği açıktır.

3. İhbar Tazminatı

İş K. md.17/f.4'e göre "Bildirim şartına uymayan taraf bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır".Usulsüz fesih halinde, fesihte bulunan işçi veya işverenin, feshe maruz kalan diğer tarafa, bu Kanun hükmüne göre ödemekle yükümlü olduğu tazminata uygulamada ve öğretide "ihbar tazminatı" adı verilmektedir. Bir tanıma göre, ihbar tazminatı, fesihte bulunan tarafın, bildirim sürelerine uymaması halinde ödenmesi gereken, miktarı kanunla belirlenmiş bir para tutarıdır.³⁷⁴ Bir başka tanıma göre de, ihbar tazminatı, süresi belirli olmayan sürekli iş sözleşmelerinin bildirim şartına uyulmadan feshi hallerinde, şarta uymamış tarafın, diğer tarafa ödemek zorunda olduğu, bildirim sürelerini karşılayan ücret tutarındaki bir paradır.³⁷⁵

İhbar tazminatını, usulsüz fesih yapan taraf ödemekle yükümlüdür. Bu, işveren olabileceği gibi işçi de olabilir. Sözgelimi, fesih beyanı olarak nitelenmesine imkân veren koşullarda işyerini terk eden veya bildirim süresinin dolmasını beklemeden işyerinden ayrılan işçi, usulsüz fesihte bulunmuş olur ve bu nedenle de işverene ihbar tazminatı ödeme yükümü altına girer.

İhbar tazminatı, brüt ücret üzerinden hesaplanır, davacının işveren olması durumu değiştirmez.³⁷⁶ Öğretide ileri sürüldüğü üzere, ihbar tazminatının doğumu için fesih bildirimi süresine uyulmadan sözleşmenin derhal yada daha kısa sürede feshedilmiş olduğunun ispatı gerekir, ayrıca zararın ispatı zorunluluğu yoktur. Çünkü Kanun ihbar tazminatını kesin ve maktu olarak belirlemiştir. Kanuna aykırı olarak,

³⁷³ YHGK. 17.02.1993, E. 1992/9-730, K. 1993/64 (GÜNAY, C.İ, s. 377-378)

³⁷⁴ NARMANLIOĞLU, Ünal, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri*, C.1, İzmir 1998, s.287

³⁷⁵ USTA Osman, *İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları*, Ankara, 1998, s.787

³⁷⁶ Y. 9. HD, 30.11.1998, E. 1998/14272 K. 1998/16876, İşveren D, Nisan 1999, s. 16; 1.11.1999, E. 1999/16223 K. 1999/16478, aynı dergi, Aralık 1999, s.17

işten çıkarılan işçi kısa sürede bir iş bulmuş veya işçinin işini terk etmesi üzerine işveren derhal bir işçi bulmuş olsa dahi, ihbar tazminatı tam olarak istenebilecektir.³⁷⁷ Yargıtay'ın vardığı sonuç da bu esaslara uygundur.

İş Kanununun 17; maddesinde tazminat sözcüğüne yer verilmesi karşısında ihbar tazminatlarına on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı açıktır.³⁷⁸ Kıdem tazminatında olduğu gibi, ihbar tazminatının hesaplanmasında, temel (çıplak) ücrete ek olarak, işçiye sağlanmış olan para ve parayla ölçülmesi mümkün iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden yahut kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur (1475 sayılı İş K. m. 14/XI ve 4857 sayılı İş K. 17/son). Yargıtay'ca belirtildiğine göre, ihbar ve kıdem tazminatının hesabına esas olan ücret kavramına, iş karşılığında para veya ayın olarak yapılan ve arızî olmayan her türlü ödemeler ile prim veya yıllık ikramiyeler girer.³⁷⁹ İhbar tazminatı, işçinin fesih bildirim süresine ilişkin gün sayısı ile kıdem tazminatına esas tutulan (giydirilmiş) bir günlük ücretinin çarpılması suretiyle hesaplanır.³⁸⁰ İhbar tazminatı için faiz temerrüt tarihinden itibaren yürütülür.³⁸¹ Ancak, Yargıtay'a göre, davalının dava tarihinden önce temerrüde düşürüldüğünün belirlenememesi halinde bu tazminat için dava tarihinden itibaren yasal faize karar vermek gerekir, bu konu da kıdem tazminatında olduğu gibi mevduata uygulanan en yüksek faize hükmedilemez.³⁸² Ne var ki, ihbar tazminatı fark alacağının toplu iş sözleşmesinden kaynaklanması halinde, 2822 sayılı Kanunun 61. maddesinde öngörülen en yüksek işletme kredisi faizinin yürütülmesi gerekir.³⁸³

İhbar tazminatı miktarının sözleşmelerle artırılıp artırılamayacağı uygulamada önem kazanmıştır. Yargıtay, ihbar tazminatı miktarının sözleşmelerle

³⁷⁷ SÜZEK, *İş Hukuku*, 2. bası, s.448

³⁷⁸ 9. HD, 6.7.1995, E. 1995/6649 K. 1995/23470, Çimento İşveren D, Eylül 1995, s. 27; YHGK, 15.10.1997, E. 1997/9-568 K. 1997/806, Tekstil İşveren D, Aralık 1997, s.18-19

³⁷⁹ 15.9.1957, 13/10 s. lı YİBK na yollama yapan Y. 9. HD. 12.5.1976, E.1976/10296 K. 1976/13518, YKD, Nisan 1977, s. 517-518; yıllara göre değişik miktarlarda verilen jestiyon primi ihbar tazminatı hesabına dâhil edilemez (Y. 9. HD, 4.3.1998, E. 1998/564 K. 1998/3399, TÜHİS, Ağustos 1998, s. 48)

³⁸⁰ Y.9. HD, 15.9.1987, E. 987/8223 K. 987/7862, Tekstil İşveren D, Aralık 1987, s. 15-16;

³⁸¹ YHGK, 12.6.1991, E. 991/9-287 K. 991/349, Tekstil İşveren D, Ocak-Mart 1992, Y.Kararları, s.2

³⁸² Y 9. HD, 14.10.1993, E. 1993/4588 K. 1993/4626, İşveren. D, Nisan 1994, s. 18; 24.4.1996, E. 1995/35251 K. 1996/9441, Tekstil İşveren D, Eylül 1996, s. 17; 17.3.1997, E. 1996/21966 K. 1997/5242, Tekstil İşveren D, Ekim 1997, s. 14-15; 17.12.1998, E. 1998/17978 K. 1998/18370, İşveren. D, Nisan 1999, s. 17-18; Yargıtay'ın görüşünde GÜNAY, C. İlhan, "İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması", Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, C.6 2002, S.4, s.111-112.

³⁸³ Y.9. HD, 11.3.1997, E. 1997/3866 K. 1997/4816, Tekstil İşveren D, Temmuz 1997, s. 13-14.

artırılamayacağı, zira madde hükmünün kamu düzeni ile ilgili olup sözleşmelerle artırılabilir hususun sadece fesih bildirimi sürelerinden ibaret bulunduğu görüşünü kabul etmiştir.³⁸⁴ Bu görüşe katılmak olanaksızdır. İş Kanununun ihbar tazminatı hükmünün, sürelerin artırılabilmesine ilişkin üçüncü fıkrası gibi nispi emredici nitelikte olduğu ve tazminat miktarını bildirim sürelerini artırarak yükselten tarafların doğrudan doğruya miktarı da artırabilecekleri kabul edilmelidir.³⁸⁵ Yargıtay da, bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi konusuna ilişkin bir kararında, süreli feshe ilişkin maddenin mutlak emredici nitelikte olmadığını, işçi yararına sözleşmelerle değiştirilebilen nispi emredici nitelikte bulunduğunu açıkça belirtmiştir.³⁸⁶ Ne var ki Yargıtay'a göre, işverenin ihbar tazminatı istemesi halinde yasal bildirim süresi üzerinden ihbar tazminatı hesaplanır.³⁸⁷

İhbar tazminatının hukuki niteliği üzerinde görüş birliği yoktur. Yargı kararlarında "işsizlik tazminatı"³⁸⁸; "öğretide" götürü tazminat"³⁸⁹; işçi bakımından "ücret", işveren bakımından "kanundan doğan tazminat"³⁹⁰; bildirim süresini tanımaya zorlama amacı taşıyan bir "medeni ceza"³⁹¹; bildirim şartına gerektiği şekilde uyulmasını sağlamak amacı yanında diğer taraf için bir zarar doğabileceği de göz önüne alınarak kabul edilen "çift karakterli özel bir tazminat"³⁹² olarak nitelendirildiği görülmektedir.

İhbar tazminatının, teknik anlamda bir tazminat olmadığı bellidir; usulsüz fesihte bulunan tarafın, bu tazminatı ödeme yükümü, kusur ve zararın mevcudiyetine bağlı değildir. Diğer bir anlatımla, fesihte bulunan tarafın kusurlu olup olmaması önem taşımadığı gibi, diğer tarafın, feshin usulsüzlüğünden doğan bir zarara maruz

³⁸⁴ Y. 9. HD, 12.1.1980, E. 1980/15645 K. 1981/63 ve A. GÜZEL'in incelemesi, İHU, İK.13 (No. 12)

³⁸⁵ GÜZEL, anılan inceleme ve orada gösterilen kaynaklar; ayrıca NARMANLIOĞLU I, s. 294; KAPLAN, Fesih Hakkı, s. 69 vd; SÜZEK, İş Hukuku 2, s. 449; DEMİR, İş Hukuku, s. 144; aksi görüş MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s. 531

³⁸⁶ Y.9. HD, 23.11.1993, E. 1993/5065 K. 1993/16893, Çimento İşveren D, Ocak 1994, s. 25–26; 29.9.1998, E. 1998/11002 K. 1998/13716, Ekonomi, 1998 Yılı Emsal Kararları, s. 16–17;

³⁸⁷ Y. 9. HD, 4.3.1998, E. 1998/564 K. 1998/3399, TÜHİS, Ağustos 1998, s. 48; 30.4.2002, E. 2001/20615 K. 2002/6928

³⁸⁸ Y. 9. HD. 31.12.1965, 10578/10295 (ORHANER, s. 379); Y. 9. HD. 6.5.1986, E. 1986/3589, K. 1986/4642

³⁸⁹ Sözleşmeyle belirlenen cezai şarta benzer nitelikte kanunla belirlenmiş götürü bir tazminat (OĞUZMAN, s. 276; NARMANLIOĞLU, aynı yer; SÜZEK, s. 448).

³⁹⁰ SAYMEN, s. 606

³⁹¹ ÇENBERCİ, s. 254–255

³⁹² EKONOMİ, s.183–184.

kalması ve bunu da ispat etmesi aranmaz.³⁹³ Kanuna göre, bildirim şartına uymamak; yani bildirim süresine uymamak, ihbar tazminatının talep edilebilmesi için gerekli ve yeterli bir koşuldur.

İhbar tazminatı, miktarı, maktu, sabit bir ödemedir; tazminat ve cezai şartta olduğu gibi yargıç, indirimde bulunamaz. Bu ve yukarıdaki nitelikleri dikkate alındığında ihbar tazminatının, kanundan doğan götürü bir tazminat olarak nitelenmesi yanlış olmaz.³⁹⁴

İşverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin anlaşmalar 1475 sayılı İş Kanununda iş güvencesi düzenlemelerinin bulunmaması nedeniyle toplu iş sözleşmeleri ile işverenin fesih hakkının sınırlandırılması yolu önem kazanmış bulunmaktaydı. Yürürlükteki İş Kanununda iş güvencesi hükümlerine yer verildiğinden eski uygulamanın aynı şekilde sürdürülmesi beklenemez. Ayrıca, geçersiz bir sebeple yapılan feshin sonuçlarına ilişkin yasal hükümlerin sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ve aksi yöndeki hükümlerin geçersiz sayılacağı düzenlemesi (m. 2 1/son) karşısında, feshin geçersizliği halinde ödenecek tazminat, ücret ve diğer haklara ilişkin yasal sınırlamaları aşan, cezaî şart da dâhil, her türlü kararlaştırma engellenmiş bulunmaktadır.³⁹⁵

D. İş Güvencesi Hükümleri Kapsamı Dışındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshi

1. Feshi Geçerli Bir Sebebe Dayandırma Zorunluluğunun Olmaması

İş Kanunundaki iş güvencesine ilişkin düzenlemede bazı işyerleri ve işçiler kapsam dışı bırakılmışlardır (m. 18). Bu işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde, iş güvencesi hükümleri kapsamındakiler için öngörülen, feshin işverence geçerli bir sebebe dayandırılması zorunluluğu yoktur. Böylece, 1475 sayılı Kanunda bütün işçiler için söz konusu olduğu gibi, 4857 sayılı Kanuna göre de, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışındakiler ile sınırlı olarak, belirsiz süreli iş sözleşmesinin tarafı olan işçi ve işveren sözleşmeyi sebep göstermeden serbestçe feshetme olanağına sahiptirler. Bu serbestlik, sözleşmenin sona erdirilme zamanının

³⁹³NARMANLIOĞLU, s.292. Ancak, süreli feshe ilişkin hükümlere uymaksızın sözleşmenin feshedilmesinin kusurlu bir davranış olduğunda kuşku yoktur (EKONOMİ, s.183)

³⁹⁴MOLLAMAHMUTOĞLU, s.528

³⁹⁵ÇELİK, 17. Bası, s.189

seçilmesini olduğu kadar fesih sebebinin belirlenip belirlenmemesini de kapsar. Sözleşmeyi serbestçe fesih olanağı, işveren yönünden, sadece fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda tazminat ödenmesini öngören hükümle (m. 17/VI) sınırlıdır.³⁹⁶

2. Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması

a. Genel Olarak

Hukukumuzda göre, iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından süreli fesih yoluyla feshi için işveren herhangi bir neden göstermek zorunda değildir; işveren, işçinin iş sözleşmesini, bildirim süresine uyarak veya peşin ücret ödeme yoluyla bir neden göstermeksizin her zaman feshedebilir. Çünkü hukukumuzda iş güvencesi dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshini düzenleyen kurallar (md.17), bu konuda taraflara bir serbesti tanımakta; tıpkı işçi gibi işvereni de, fesihte bulunurken bir nedene dayanmak, dayandığı nedeni bildirmekle yükümlü tutmamaktadır. Bunun tek ayrığı, iş güvencesinden yararlanmamakla birlikte md.18/son fıkra hükmü nedeniyle 20. madde hükümlerinden yararlanmaları söze konu olan işveren vekillerinin iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla fesih halidir. Kanun, md.18/son fıkrada, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında iş güvencesine ilişkin maddelerden 18, 19, 21. maddeler ile md.25/son fıkra hükmünün uygulanmayacağını belirtmesine karşın 20. maddeyi ifade etmediğinden, sözleşmesi feshedilen işveren vekili bu madde hükümlerine göre, fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya nedenin geçerli olmadığı iddiasıyla fesih bildirimini tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilir; feshin bir nedene dayandığını işveren ispatla yükümlüdür.³⁹⁷ İsaletle belirtildiği gibi³⁹⁸ md.20 hükümlerinden yararlanmaları mümkün olsa dahi belirtilen işveren vekillerinin iş sözleşmelerinin feshinde işverenin, md.18 bağlamında geçerli bir neden gösterme zorunluluğu yoktur; zira fesih için geçerli fesih nedenini öngören md.18 hükümlerinden, aynı maddenin son fıkrası uyarınca bu işveren vekilleri yararlanamazlar. Bununla birlikte işverenin

³⁹⁶ ÇELİK, 17. Bası, s.189

³⁹⁷ Aynı yönde DEMİR, s 129. Bir görüşe göre 20. madde, gözden kaçtığı için 18. maddenin son fıkrasında yer almamıştır (ÇELİK, s 195, dipnot 52)

³⁹⁸ DEMİR, s. 130.

göstereceği sebebin iş sözleşmesinin iyi niyetle feshi için gereken "meşru sebeplerden olması gerektiği açıktır.

Yargı kararlarında da isabetli bir şekilde süreli fesihte, fesih serbestisi ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmektedir.³⁹⁹ Şu anlamdaki, belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmakla tarafların sahip olduğu süreli fesih hakkının kullanımı, işverenin iş güvencesinden yararlanan işçinin iş sözleşmesini feshi hariç, bir takım nedenlerin varlığına bağlı tutulmamıştır. Bununla birlikte, süreli fesih hakkının kullanımına, diğer tüm haklarda olduğu gibi, hakkın kötüye kullanılması teorisine başvurularak, özü itibariyle bir sınırlama getirilmiştir. Ancak, süreli fesih hakkının işçi tarafından kullanımı daima kişi özgürlüğü bağlamında değerlendirildiğinden, hakkın kötüye kullanılması teorisine kanun, işverenin süreli fesih hakkını kullanımı bakımından başvurmaktadır; işveren, süreli fesih hakkını kötüye kullanamaz (M.K. md.2); aksi halde kanunda öngörülen özel bir yaptırım (İş K. md.17/f.6'ya göre kötü niyet tazminatı veya koşulları varsa 4773 sayılı Kanunla değişik 2821 Sen. K. md.31/f.7'ye göre sendikal tazminat) ile karşılaşmış olur.

4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce eski İş Kanunu md.13'te hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak işçinin "sendikaya üye olması", "şikayete başvurması" gibi nedenlerle işten çıkarılması gösteriliyor ve "genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlar" ifadesine yer veriliyordu. 13. maddenin 4773 sayılı Kanunla değiştirilen metninde olduğu gibi 4857 sayılı yeni İş Kanunu md.17'de "... İşçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda ..." denilerek örnek verilmeksizin genel bir ifadeyle yetinilmiş olmaktadır. Elbette, süreli fesih hakkının işveren tarafından kötüye kullanıldığı durumları tek tek saymak mümkün değildir; gerek de yoktur. Bu bakımdan yapılması gereken, süreli fesih hakkının kötüye kullanılmasının kriterini saptamaktır ki bu husus da öğreti ve yargıya düşmektedir.

Öğretide, işverenin süreli fesihte "meşru menfaatinin bulunmaması", "karşı tarafa zarar verme kastının bulunması", "feshi ihbar hakkının işletme yararı dışında

³⁹⁹ Y. 9. HD. 24.9.1992, E. 1992/3164, K.1992/10375

kullanılması", "objektif iyi niyet kurallarına aykırı kullanılması" gibi kriterlere dayanıldığı görülmektedir.⁴⁰⁰

Türk Hukukunda öğreti ve yargıya egemen olan görüş, "objektif iyi niyet kuralına aykırılık" ölçütü yönündedir.⁴⁰¹ Bu ölçüt bağlamında süreli fesih, meşru kabul edilen nedenlere dayanmalıdır. Buna göre, meşru nedenlere dayandığı takdirde işveren süreli fesih hakkını kötüye kullanmamış olur. Meşru neden (motif legitime) ise, kavram olarak, sözleşmeye derhal son vermeye yeter ağırlıkta olmayan, yani haklı neden (juste motif) teşkil etmeyen ama fesih hakkının iyi niyetle kullanımını mümkün kılan nedenlerdir.⁴⁰² İşverenin süreli fesih hakkı yönünden, işletmenin içinde bulunduğu "mali, teknik, iktisadi zaruretlar" meşru neden teşkil ederler⁴⁰³. "İşçinin hafif geçimsizliği, verimsizliği, mesleki yetersizliği" de işveren yönünden meşru nedenlerden sayılmaktadır. Şu halde bu nedenler, işletmenin iyi işlemesinin önünde sıkıntı yaratan ve bu bakımdan da işçinin işten çıkarılmasına hukuken gerek oluşturan bir takım durumlardır.

İşveren yönünden süreli fesih hakkının kullanımının Türk Hukukunda genel olarak "işletmenin ekonomik zaruretları"ne dayandırıldığı da söylenebilir. Gerçekten de 4773 sayılı Kanundan önce İş Kanunu md.24'ü değiştiren 1975 tarihli ve 1927 sayılı Kanunun 2. maddesine ilişkin hükümet gerekçesinde, süreli feshi düzenleyen md.13'ün işveren tarafından işletmenin ekonomik zaruretları nedeniyle kullanılabileceği, uygulamada bu amacın dışına çıkıldığı belirtilmekteydi⁴⁰⁴. Öğretiye göre bu tür nedenler, işçinin kişiliği ve davranışı ile ilgisi bulunmayan⁴⁰⁵, işletmeye ilişkin, işletmenin zorunluluklarından doğan nedenler; yani genel bir ifadeyle "ekonomik nedenler"dir. İşletmeye ilişkin bu yapısal veya konjonktürel neden, işverenin fesih hakkının kullanımında genel olarak meşru neden oluşturur.⁴⁰⁶ "Siparişlerin azalması", "işletme için gerekli kredinin alınamaması", "uygulanan üretim tekniğinin değiştirilmesi", "verimli olmayan bir birimin kaldırılması" gibi durumlar, ekonomik nedenler bağlamında yer alırlar.

⁴⁰⁰ Bu ölçütler ve eleştirisi için bkz. SÜZEK, Kötüye Kullanma, s. 74

⁴⁰¹ SÜZEK, s. 90

⁴⁰² SÜZEK, s. 11

⁴⁰³ SÜZEK, aynı yer; OĞUZMAN, s. 159; SAYMEN, s.550

⁴⁰⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, "Hizmet Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ekonomik Sebeplerle Feshi", Kamu-İş D. , C.1, Ocak 1988, S.3, s. 17

⁴⁰⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.539

⁴⁰⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.539

Türk Hukukunda, iş güvencesi dışındaki işçiler bakımından işveren süreli fesih hakkını kullanırken sebep göstermek zorunda olmadığından, sözleşmelerle öngörüldükleri takdirde yukarıda meşru neden olarak sayılan haller, süreli fesih hakkını sınırlayıcı rol oynarlar. Nitekim bir Yargıtay kararında, süreli fesih serbestîsinin sınırlandırılabilceğı belirtildikten sonra işverenin makul ve meşru nedenler halinde iş sözleşmesini feshedebileceğini, aksi halde kıdem tazminatının iki misli çıkış tazminatı ödemekle yükümlü olacağını öngören toplu iş sözleşmesi hükmü, işverenin fesih serbestîsini sınırlayıcı bir hüküm olarak değerlendirmiştir.⁴⁰⁷

Yukarıdan beri söylediklerimizi toparlayacak olursak, süreli fesih hakkı da, diğer haklar gibi objektif iyi niyet kurallarına uygun kullanılmak zorundadır. Bu hakkın iyi niyetle kullanılıp kullanılmadığı ise, süreli feshin nedenine bakılarak saptanabilir. Zira işveren, açığa vurmak, ispat etmek zorunda bulunmasa da iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin iş sözleşmesinin süreli feshinde de bir neden vardır; fesih (resiliation), tek taraflı bir hukuki işlem olarak muhakkak bir nedene dayanır. İşte uyuşmazlık halinde işçi, feshin meşru bir nedene dayanmadığını ispat ederse, süreli fesih hakkı kötüye kullanılmış demektir. Kanun sadece, işçinin feshin sendikal nedene dayandığı iddiasıyla açacağı davada işvereni ispatla yükümlü tutmaktadır (4773 sayılı Kanunla değişik 2821 sayılı K.md.31/f.7). Bu ayırık duruma, iş güvencesinden yararlanmamakla birlikte md.18/son fıkrada 20. madde belirtilmediğinden bu madde hükümlerinden yararlanmaları söze konu olan işveren vekillerinin iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla feshi halinde işverenin feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümünde bulunmasını da eklemeliyiz.

Yukarıda da değindiğimiz üzere kanun, süreli feshi, işçi yönünden kişi özgürlüğü bağlamında değerlendirdiğinden, süreli fesih hakkının kötüye kullanımını, işveren yönünden öngörerek düzenlemekle yetinmekte ise de, işçinin de süreli fesih hakkını kötüye kullanması mümkündür. Fakat bu, pek nadir hallerde söze konu olabilir; çünkü işçinin salt özgürlüğüne kavuşma ya da iş değiştirme arzusu, sözleşmenin, onun tarafından feshinde meşru bir neden oluşturmaya yeterlidir. Bu

⁴⁰⁷ Yarg. 9.HD. 24.09.1992,E.1992/3164,K.1992/10375 (MOLLAMAHMUTOĞLU, aynı yer)

nadir hallerde kötü niyeti sabit olduğu takdirde, uygulanacak yaptırımlar genel hükümlere (M.K, md.2, B.K. md.41/f2) göre belirlenir⁴⁰⁸.

b. Kötüye Kullanılan Feshin Hükümü

Sürelî fesih hakkının işveren tarafından kötüye kullanılması halinde de iş sözleşmesi, feshin bildirimi ile sona erer; bu bakımdan iyi niyetle fesihten bir farkı yoktur. Çünkü iş mevzuatı, kötü niyetle yapılan feshin hükümsüz olduğu yönünde bir kural içermemektedir. Yargıtay kararlarında da feshin iptali ile işe iade yönündeki talepler, iş mevzuatında buna imkân veren düzenlemeler bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir.⁴⁰⁹ Genel hükümlerden de feshin hükümsüz olduğu yönünde sonuç çıkarılamaz. Buna karşılık, kötü niyetinin sabit olması halinde işveren yaptırım olarak, işçiye duruma göre, İş Kanunu md.17/f.6'da (kötü niyet tazminatı) veya Sendikalar Kanunu md.31/f.7'de öngörülen tazminatı (sendikal tazminat) ödemekle yükümlü olur.

c. Kötü Niyet Tazminatı

İş K. md.17/f.6'ya göre, "...iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin (bu süredeki ücretinin) üç katı tutarında tazminat ödenir."

Bu fıkra, süreli fesih hakkının kötüye kullanımının yaptırımı olarak öngörülen tazminata öğreti ve uygulamada "kötü niyet tazminatı" adı verilir.

Eski İş Kanununda 4773 sayılı Kanunla değişiklikten önce kötü niyet tazminatını öngören md.13/bent C, f.3 hükmündeki "... ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlar" ifadesi dikkate alınarak, kötü niyet tazminatının, sadece işveren yönünden değil işçi yönünden de söz konusu olabileceği öğretide ileri sürülebiliyordu. Hatta bu görüşe göre, fıkradaki "genel olarak" iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanıldığı "diğer durumlarda" ifadesi çok geniş bir yoruma elverişli olduğundan, hükmün; iş sözleşmesinin ve feshin türüne bakılmaksızın uygulanabileceği de söylenebilirdi.⁴¹⁰ Bu görüşe karşılık,

⁴⁰⁸ SÜZEK, Kötüye Kullanma, s.156; TUNÇOMAĞ, K - CENTEL, T, **İş Hukukunun Esasları**, B.3, İstanbul 2003, s.188

⁴⁰⁹ YHGK. 17.2.1993, E.1992/9-730, K.1993/ 64; Yarg. 9. HD. 18.1.1996, E. 1995/37868, K. 1996/360 (GÜNAY, s. 379 ve 513).

⁴¹⁰ EKONOMİ, s. 187 ve dipnot 431

lâfzî bir yorumun bu görüşü doğrulayabileceği; ancak, fıkarda verilen örneklerin, işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanıldığı en önemli halleri gösterdikleri ve bu bakımdan da demonstratif bir değer taşıdıkları kadar, bütünü itibariyle fıkranın hangi yönde yorumlanması gerektiğine de işaret eder nitelikte oldukları ve ayrıca kanun koyucu, kötü niyet tazminatını her iki yan için öngörmüş olsaydı, bu örnekleri verme gereği duymaz "hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda" ifadesiyle yetinirdi görüşüyle, kötü niyet tazminatının sadece işveren için söz konusu olabileceği açıktır. 1475 sayılı Kanun döneminde 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklik bu tereddüt ve tartışmalara son vermiş; kötü niyet tazminatının, münhasıran işveren için öngörüldüğünü "... işçilerin hizmet akdinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye... tazminat ödenir." ifadesiyle yeterince ortaya koymuş; 4857 sayılı yeni İş Kanunu da md.7/f.6'da aynı ifadeye yer vermek suretiyle yeni uygulama bakımından tereddüde mahal bırakmamıştır.⁴¹¹

d. Hukuki Niteliği

Kötü niyet tazminatı da, ihbar tazminatı gibi zarar kavramından bağımsız, maktu, götürü nitelikte bir tazminattır; işveren tarafından süreli fesih hakkının kötü niyetle kullanıldığının hukuken sabit olması, işçinin bu tazminata hak kazanması için yeterlidir; fesih nedeniyle bir zarara uğradığını, zararın miktarını ispat gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu niteliğiyle, hukuki ve teknik anlamda bir tazminat kabul edilemeyeceği malumdur. Nitekim öğreti, niteliği ve fonksiyonu bakımından benzer tazminat için Fransız öğretisinde de yapılan değerlendirmeye paralel olarak kötü niyet tazminatını, hukuken "medeni ceza" veya "hususî ceza" (peine privée) şeklinde nitelemektedir.⁴¹²

e. Talep Edebilme Koşulları

Kötü niyet tazminatı talep edebilmek iki koşula bağlıdır; iş güvencesinden yararlanmayan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından kötü niyetle (veya haksız) feshi ve işçinin kötü niyeti somut bir olay göstererek ispat etmesi.

Kötü niyet tazminatı, iş güvencesinden yararlanmayan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından kötü niyetle feshinin hukuksal yaptırımıdır. Bu

⁴¹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s.541

⁴¹² Y.9. HD. 11.10.1993, E.1993/4256, K.1993/14374; aynı daire, 14.2.1995, E. 1995/2585, K. 1995/3572.(MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 542)

nedenle, iş güvencesinden yararlanan işçilerle, iş güvencesinden yararlanmamakla beraber belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçiler için kötü niyet tazminatından bahsedilemez.

Haksız fesih bahsinde de belirttiğimiz üzere, belirsiz süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haksız feshedilen iş güvencesinden yararlanmayan işçi de kötü niyet tazminatı talep edebilir.

Kötü niyet tazminatından yararlanabilmesi için işçinin, işverenin fesih hakkını kötü niyetle kullanmış olduğunu ispat etmesi gerekir. Bunun için işverenin kötü niyetini gösteren somut bir olayı ortaya koymak ve onu ispat etmek zorundadır.⁴¹³ İşçi, böyle bir olayın mevcudiyetini ispat edememişse kötü niyet tazminatına hükmedilemez.⁴¹⁴

İşverenin, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği beyanına karşılık salt haklı nedenin varlığını ispat edememesi kötü niyet tazminatını gerektirmez; feshin haklı bir nedene dayanmadan yapılmış olması yanında ayrıca işverenin fesih hakkını kötü niyetle kullandığı da sabit olmalıdır.⁴¹⁵

f. Miktarı

Kötü niyet tazminatının miktarı, Kanuna göre "... bildirim süresinin (bildirim süresine ait ücretin) üç katı tutarı ..." dır. (md.17/f.6). Şu halde kötü niyet tazminatının miktarı, ihbar tazminatının üç katı tutarında olup, gerek hesaplanması gerek faiz ve zamanaşımı daha önce ihbar tazminatında belirttiğimiz esaslara göredir.

Yargıtay'a göre, bildirim sürelerinin sözleşmelerle artırılması halinde, kötü niyet tazminatının miktarının, artırılan sürelerle göre değil kanuni bildirim sürelerine göre hesap edilmesi gerekir⁴¹⁶. Yargıtay'ın eski İş Kanununun 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metinde kötü niyet tazminatını "A bendinde yazılı önellere ait

⁴¹³ Y.9. HD. 11.10.1993, E.1993/4256, K.1993/14374; aynı daire, 14.2.1995, E. 1995/2585, K. 1995/3572.(MOLLAMAHMUTOĞLU, s.543)

⁴¹⁴ Y. 9. HD. 28.12.1995, E.1995/24548, K.1995/36714 (GÜNAY, s. 515).

⁴¹⁵ YHGK.15.4.1977, E.1975/9-1057 K.1977/379 (KILIÇOĞLU, Mustafa, **Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları**, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.s. 286-287). Karara konu olayda işveren, işyerindeki kanunsuz greve katıldığı gerekçesiyle işçinin hizmet sözleşmesini feshetmiş; ancak greve katıldığını mahkemede ispat edememiştir. Yargıtay, bu durumda işverenin, işçinin işine haklı neden olmadan son verdiğini, ancak, kanunsuz grevin bir maddi vakıa olarak da mevcudiyeti karşısında kötü niyetle hareket ettiğinin de söylenemeyeceğini; bu nedenle de kötü niyet tazminatına hükmedilmesinin yanlış olduğunu vurgulamaktadır

⁴¹⁶ Y. 9. HD. 23.9.1997, E. 1997/9751, K.1997/16252 (KILIÇOĞLU, s. 307).

ücretlerin üç katı tutarı" olarak gösteren hükmünü dikkate alarak vardığı bu görüş, yeni düzenleme karşısında artık önemini kaybetmiştir. Zira 1475 sayılı eski İş Kanununu değiştiren 4773 sayılı Kanun gibi 4857 sayılı yeni İş Kanunu da kanuni bildirim sürelerini amaçlamaksızın yalın olarak "bildirim süresi" ifadesini kullanmaktadır. Buna göre bildirim sürelerinin sözleşmelerle artırılması halinde, kötü niyet tazminatının, artırılan sürelerle ilişkin ücretlerin üç katı tutarı olarak hesap edilmesi gerekecektir.⁴¹⁷

g. İhbar Tazminatı ile İlişkisi

Kötü niyet tazminatını öngören İş K. md.17/f.6'ya göre "Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat (ihbar tazminatı) ödenmesini gerektirir. Eski İş Kanunu md.13'te 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle de benzer bir hükme yer verilmişti. Böylece, 4773 sayılı Kanunla değişikliği takiben artık Yargıtay'ın, öğretinin bu konudaki haklı eleştirilerine karşın, kötü niyet tazminatına hükmedilecek hallerde ayrıca, usulsüz fesih nedeniyle koşulları bulunsa bile, ihbar tazminatına hükmedilemeyeceği; zira kötü niyet tazminatının, hukuki niteliği bakımından, ihbar tazminatının vasıflı şeklinden ibaret olduğu yönündeki görüşünün⁴¹⁸ Kanunun açık hükmü karşısında yeni uygulamada esas alınamayacağı malumdur. Bu durumda, işverenin, hem süreli fesih hakkını kötüye kullandığının, hem de usulsüz fesih yaptığının sabit olduğu hallerde talep halinde her iki tazminata da ayrı ayrı hükmetmek Kanun hükmünün gereğidir. Öğreti tarafından, vurgulandığı gibi, amaç ve nitelikleri bakımından bu tazminatlar yekdiğerinden tamamen farklıdır; ihbar tazminatı, tarafların, belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshi için öngörülen şartlara gerektiği şekilde uymalarını sağlamak amacıyla getirilmiş bir yaptırım iken, kötü niyet tazminatı, işverenin süreli fesih hakkını sosyal amacından saptırmak suretiyle veya diğer tarafa zarar vermek kastıyla kullanmasının bir yaptırımıdır.⁴¹⁹ Bu nedenle, öğretiye göre Kanun değişikliğinden önce de, işverenin hem süreli fesih hakkını kötüye kullandığının, hem de bildirim süresine uymadığının sabit olduğu bir fesihte bulunması halinde,

⁴¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.543

⁴¹⁸ Yargıtay'ın bu konudaki pek çok kararına örnek olarak; Yarg. 9. HD. 20.4.1970, 1884/3558 (Yargıtay Kararları, TÜHİS, Kamu-İş, Türk Kamu-Sen, 1989, s. 37); Y.9. HD. 21.11.1997, E. 1997/16098, K. 1997/19509 (GÜNAY, s. 390–391).

⁴¹⁹ EKONOMİ, "Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi", Kamu-İş, Ekim 1998, s. 16.

kötü niyet tazminatı yanında ayrıca ihbar tazminatına da hükmetmek gerekmektedir.⁴²⁰

h. Sendikal Tazminat ile İlişkisi

İşverenin, Sendikalar Kanununun 4773 sayılı Kanunla değişik md.31/f.7 hükmüne göre, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanununa tabi işçilerle tarım işçileri ve 4857 sayılı İş Kanununa tabi olmakla birlikte iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı feshi iddiasıyla açacakları davalarda, iddianın sabit olması halinde işçiye ödenecek tazminat miktarı, aynı maddenin altıncı fıkrası hükmü esas alınarak belirlenir. Bu altıncı fıkra göre ise, tazminatın miktarı, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz.

Değişiklikten önce 31. maddenin son fıkrasında yer verilen bu tazminat, öğretide ve uygulamada "sendikal tazminat" adı verilen tazminattır.

"Sendikaya üye olup olmama hürriyetinin teminatı" başlığı altında bireysel sendika özgürlüğüne ilişkin teminatlar içeren 31. maddenin 3. fıkrasına göre, "İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle, sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikaya üye işçiler arasında... çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz." Aynı maddenin 25.5.1988 tarihli ve 3449 sayılı Kanunla değişik 5. fıkrasına göre de "İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmalarını, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz ...". İşte sendikal tazminat, işverenin bu hükümlere aykırı olarak işçileri arasında ayırım yapması ve/veya işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi halinde uygulanan bir hukuksal yaptırımdır.

Değişiklikten önce md.3 l/son fıkra, sendikal tazminata hükmedilmesi halinde ayrıca kötü niyet tazminatı uygulanamayacağını amirdi. 274 sayılı eski Sendikalar Kanunu zamanında öğreti ve yargının kabul ettiği bu çözüm, bu son fıkra hükmü ile kanun hükmü haline getirilmişti⁴²¹. Şimdiki hükümde böyle bir ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte yedinci fıkradaki "İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır" ifadesi karşısında eskiden olduğu gibi, sendikal

⁴²⁰ SAYMEN, s. 609; OĞUZMAN, s. 283; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.189; ÇELİK, I7.Bası, s. 177; NARMANLIOĞLU, s. 313; EKONOMİ, s. 189;

⁴²¹ TUĞ, Adnan, **Sendikalar Hukuku**, 2. B, Ankara 1992, s. 195.

tazminat yanında ayrıca kötü niyet tazminatına hükmedilemeyeceği açıktır. Esasen, eski İş Kanunu md.13'ün metninde kötü niyetli feshe örnek olarak verilen "İşçinin sendikaya üye olması... gibi sebeplerle işten çıkartılması hallerinde..." ifadesine 4773 sayılı Kanunla yapılan değişikliği takiben 13. maddenin yeni metninde yer verilmemesi, sendikaya üye olma nedeniyle işten çıkarılma halinde İş Kanunu md.13 ile Sendikalar Kanunu md.31'deki tazminatlar bakımından işçinin, sendikaya üyelik nedeniyle fesih halinde sahip olduğu iki tazminattan dilediği birini talep hakkını ortadan kaldırmış⁴²²; sendikaya üye olma nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçi için tazminat talebi, Sendikalar Kanunu md.31'e münhasır kılınmıştır. 4857 sayılı yeni İş Kanunu bakımından durum değişmemiş; İş Kanunu md.17 ile Sendikalar Kanunu md.31 arasındaki ilişki, 4773 sayılı Kanunla değişik eski İş Kanunu md.13 ile Sendikalar Kanununun, yine 4773 sayılı Kanunla değişik 31. maddesi arasındaki ilişkinin aynıdır. Bu nedenle, 4773 sayılı Kanunla 31. maddeye son fıkra olarak eklenen "İşçinin, iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır" cümlesi, 4773 sayılı Kanunla değişik eski İş Kanunu md.13'te olduğu gibi yeni İş Kanunu md.17'de öngörülen kötü niyet tazminatı dışındaki haklar bakımından hüküm ifade eder.

Sendikal tazminat, asgari miktarı itibariyle, götürü bir tazminattır; yargıç, işçinin, en az bir yıllık ücretleri tutarında olmak üzere bu tazminata hükmeder. Bir yıllık ücretlerin üzerinde bir miktarın belirlenmesi yargıcın takdirindedir. Sendikal tazminat, zararın mevcudiyeti ve miktarı ile ispatı gibi teknik anlamda tazminatın koşullarını içermemekle birlikte yargıç, işçinin bir yıllık ücretleri tutarının üzerinde bir miktar olarak tespit ederken genel hükümleri (B.K. md.43/f.1) dikkate alacaktır.

4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, sendikal tazminat talebi ile açılan davalarda ispat yükümlülüğü işverene bırakılmıştır; böylece, önceden yargı

⁴²² Önceki düzenlemelere göre sendikaya üye olduğu için işten çıkarılan işçi dilerse İş K.md.13'e göre kötü niyet tazminatı; dilerse Send. K.md.31'e göre sendikal tazminat talep edebiliyordu. Kanun, sendikal tazminata hükmedilmesi halinde ayrıca kötü niyet tazminatına hükmedilemeyeceğini amir olduğundan Yargıtay, ikisini birden talep eden işçi için, çoğun içinde azın da bulunduğu kuralım uygulayarak fazla olana hükmedilmesi gerektiği yönünde görüş bildiriyordu (Y. 9. HD. 22.6.1989, E.1989/2846, K.1989/5844). Sendikalar Kanunu md.31'de 3449 sayılı Kanunla 1988'de yapılan değişikliği takiben Yargıtay'ın bu konudaki içtihadının, sendikaya üyelik nedeniyle fesihlerde, İş K.md.13'de kötü niyet tazminatını dışlayarak sendikal tazminatı kabul eder bir gelişme gösterdiğine tanık olunmaktadır (Birçok karara örnek olarak, Y. 9. HD.22.1.1990, E. 1989/8620, K. 1989/310 (Kamu-İş Yargıtay Kararları, 1990-1995, s. 439-440)

kararlarında⁴²³ ispatla yükümlü tutulan işçi yerine işveren, feshin, sendikal nedene dayanmadığını ispat edemediği takdirde tazminat ödemekle yükümlüdür.

Sendikal tazminata esas alınacak ücret, işçinin en son çıplak brüt ücretidir⁴²⁴. Zamanaşımı da, diğer tazminatlar da olduğu gibi on yıldır⁴²⁵.

1. İş Güvencesinden Yararlanamayan İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi Bakımından İşverenin Süreli Fesih Hakkının Sınırlandırılması

İş Kanunu md.18/son fıkra uyarınca 20. madde hükümlerinden faydalanan işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işçi alma ve çıkarma yetkisini haiz işyerinin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri hariç iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından herhangi bir neden gösterme zorunluluğu olmaksızın her zaman feshedilebilmesi; kanunun süreli fesih hakkının sınırlandırılmasında, hakkın kötüye kullanılması teorisiyle yetinmesi ve kural olarak ispat yükünü de işçiye bırakması karşısında işverenin, işçinin iş sözleşmesini keyfi, indi, subjektif nedenlerle fesih olanağı bulduğu açıktır.

İşverenin süreli fesih hakkını tamamen elinden alacak toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükümleri geçersiz olmakla beraber⁴²⁶ kullanılmasını sınırlandıran sözleşme hükümleri hukuken geçerlidir.⁴²⁷ Zira İş K. md.17 hükümleri, mutlak emredici nitelik taşımadıklarından işçi yararına olmak kaydıyla sözleşmelerle değiştirilebilirler.⁴²⁸

Sözleşmelerle işverenin süreli fesih hakkının kullanılmasına getirilen sınırlamaların başında, işçinin, makul ve meşru nedenlerin varlığı halinde işten çıkarılabileceğine ilişkin düzenlemeler gelmektedir. İşverenin, işletmenin iktisadi,

⁴²³ Örn.9.HD. 24.11.1999, E.1999/14887, K.1999/17913 (Yargıtay 1999 Emsal Kararları, Kamu-İş, s. 320-321)

⁴²⁴ USTA, s.956

⁴²⁵ Y. 9. HD. 20.5.1996, E.1995/36676, K.1996/10780 (KILIÇOĞLU, Sendikalar Hukuku s.226-227)

⁴²⁶ Bir kararda, 1475 sayılı K.md.17/bent II ve emekliliği dolan işçinin hizmet sözleşmesinin feshi halleri hariç olmak üzere işverenin hiç bir surette işçi çıkartamayacağını öngören toplu iş sözleşmesi eki protokolü, "...İş Hukukunun temel ilkesine göre işverenin hizmet akdinin fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde sözleşmeye hüküm konulamaz. Pozitif hukukumuz meşru ve makul sebeplerin bulunması halinde... İşveren işçinin işine son verebilir" gerekçesiyle geçersiz kabul edilmiştir (Y. 9. HD.19.3.1998, E.1998/3090, K.1998/5572, Çim. İşveren D, C.12, S.3, Mayıs 1998, s.39-40). Aynı mahiyette Y. 9. HD. 19.6.1996, E.1996/1783, K.1996/14013.

⁴²⁷ Y. 9. HD. 24.9.1992, E.1992/3164, K.1992/10375

⁴²⁸ Y. 9. HD. 23.11.1993, E.1993/5065, K.1993/16893.

mali ve teknik zaruretlere, işçinin verimsizliği, hafif geçimsizliği gibi meşru nedenlerden birinin varlığı halinde işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği şeklindeki toplu iş sözleşmesi hükümleri geçerlidir. Nitekim Yargıtay'a göre "13. maddeye göre fesihte, feshi ihbar serbestisi ilkesi mevcuttur. Ancak ferdi iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleriyle bu fesih serbestisini sınırlandıran hükümler getirilebilir... sözleşmenin 6. maddesinde; fabrika idaresinin, kanuni olmayan sebeplerden dolayı hizmet akdini feshettiği takdirde hak edilen kıdem tazminatının iki mislini çıkış tazminatı olarak ödemeyi kabul ettiği yazılıdır. Buradaki kanuni olmayan sebepler, sözlerinden haklı fesih sebepleri değil, makul ve meşru olmayan sebepler amaçlanmıştır. Buna göre, işveren makul ve meşru sebepler olmadan İş Kanununun 13. maddesine göre iş akdini feshettiği takdirde buradaki tazminatı ödeyecektir".⁴²⁹ Buna karşılık emekliliğe hak kazanmalarına üç yıl veya daha az kalmış işçilerin, bu sürelerini doldurana kadar işten çıkarılamayacaklarını öngören toplu iş sözleşmesi hükmü Yargıtay'ca eski İş K. md.13'e aykırı kabul edilerek makul ve meşru nedenlerle yapıldığı takdirde feshin geçerli olduğu belirtilmiştir.⁴³⁰

İşverenin süreli fesih hakkının sınırlandırılmasının bir yöntemi de, feshin disiplin kurulu kararına göre yapılabileceği yönünde toplu iş sözleşmelerine hüküm konulmasıdır. Bununla birlikte Yargıtay'a göre süreli fesih hakkının kullanımı bakımından bu yöntem geçerli kabul edilemez, çünkü "... ortada işverenin haklı olarak hizmet akdinin feshini gerektirecek "disiplin olayı" kapsamına giren bir durum yoksa fesih işleminin disiplin kurulundan geçirilmesi anlamsız ve yersiz olduğu kabul edilmelidir. İş Hukukunda disiplin kurulu, disiplin cezaları, yani disiplin olayları için oluşturulur. Bu gibi hallerde kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışlarının disiplin kurulundan geçirilmesi işçinin haksız, yersiz şekilde işten çıkarılmasını önlemek ve böylece işverene göre zayıf durumda bulunan işçinin haklarını koruma amacı güdülmektedir. Şayet fesih, disiplin kurulu kararına istinaden yapılmışsa, disiplin kurulu kararının iptali için iş mahkemesinde iptal davası açılmaz; zira iş mevzuatı buna olanak veren bir hüküm içermemektedir."⁴³¹ Disiplin kurulu kararına dayanmayan feshin de, toplu iş sözleşmesinde geçersizlik ve işe iade gibi bir yaptırım öngörülmüş olsa bile, geçersiz sayılarak işçinin işine iadesine, aynı

⁴²⁹ Y. 9. HD. 24.9.1992, E. 1992/3164, K. 1992/10375

⁴³⁰ Y. 9. HD. 20.6.1996, E.1996/3126. K.1996/14104

⁴³¹ YHGK. 17.2.1992, E, 1992/9-730, K.1993/64 (Kamu-İş Yargıtay Kararları, s. 123).

nedenle yani, iş mevzuatı buna olanak veren bir hüküm içermediği için, karar verilemez.⁴³² Bu durumda kanun ve sözleşmelerle öngörülmüş tazminatlar ve/veya cezai şart niteliğindeki ödemeler talep edilebilecektir. Ancak feshin salt disiplin kurulu kararı olmadan yapılması, işverenin kötü niyetli olduğuna karine kabul edilemeyeceğinden, kötü niyeti ispat edilmiş olmadıkça kötü niyet tazminatına hükmedilemeyecektir. Zira bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi özel koşulları, oluşumu ve diğer yönleri bakımından genel kaniya göre iyi niyet kurallarına uygun bir davranışı, bir düzenleme ile kötü niyetli kabul edilemeyeceği gibi bunun aksi de olamaz⁴³³. Esasen Yargıtay'a göre, fesih için makul ve meşru nedeni var ise, disiplin kurulu kararı olmaksızın işverenin iş sözleşmesini feshi, hukuka aykırı olmayıp, bu durumda, öngörülmüşse cezai şartta hükmedilemez; aksi halde kamu düzenine aykırı olarak İş K. md.13'te ifade edilen fesih hakkı ortadan kaldırılmış olur.⁴³⁴

İşverenin süreli fesih hakkını sözleşmelerle sınırlamaya yönelik bir diğer yöntem ise işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanması veya kanun ya da sözleşmeyle öngörülen usule aykırı kullanması halinde, "iş güvencesi tazminatı", "kötü niyet tazminatı", "işsizlik tazminatı", "boşta geçen süreler tazminatı"⁴³⁵ gibi adlar altında bir tazminat ödeyeceğinin kararlaştırılmasıdır. Bu tür tazminatlar, hukuki mahiyetleri itibariyle cezai şart olduklarından, B.K. md.161'e göre fahiş görüldüğü takdirde yargıç tarafından düşürülebilirler.⁴³⁶

III. İŞ GÜVENCESİ

A. İş Güvencesinin Kapsamı

1. Ortak Hükümler

İş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerine esas itibariyle İş Kanununun 18 vd. maddeleri uygulanır. Ancak bu ilişkilere, iş güvencesinin kapsamı dışında

⁴³² Bu konudaki yargı kararları, fesih disiplin kurulu kararına dayansın ya da dayanmasın, toplu iş sözleşmesi işe iadeyi öngörsün ya da öngörmesin, tüm işe iade taleplerini, iş mevzuatında öngörülmediği gerekçesiyle (2822 sayılı Kanun md.30 değiştirilmeden Önceki metne göre işyeri sendika temsilcileri hariç) kategorik olarak reddetmektedir.

⁴³³ Y. 9. HD. 15.10.1985, E. 1985/7070, K. 1985/9454 (GÜNAY, s. 572).

⁴³⁴ Y. 9. HD. 5.12.1997, E. 1997/17144, K. 1997/20380 (GÜNAY, s. 390).

⁴³⁵ Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bu ad altında bir tazminat, fesih halinde işsiz kalınabilecek günlere karşılık götürü bir miktardan ibaret olup, belirli süreli iş sözleşmelerinde vaktinden önce fesih halinde kalan süre için B.K.md.325'e göre talep edilebilecek "boşta geçen süreler tazminatı"ndan farklıdır. Bu sonuncusu, alacaklı temerrüdü bağlamında, ilki ise cezai şart niteliğinde bir tazminattır

⁴³⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.548

kalanlara uygulanan İş Kanununun 17. maddesi de -kötü niyet tazminatına ilişkin hüküm (İK 17/6) dışında- uygulama alanı bulur. Başka bir anlatımla, iş güvencesinin kapsamına giren işçilerin iş akitlerinin feshinde de işveren bildirim sürelerine (2-8 hafta) uymak zorunda kalacak, bu süreler sözleşmelerle artırılabilir, söz konusu sürelerle ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş akdi işveren tarafından derhal feshedilebilecektir. İş Kanununun 17. maddesinin 6. fıkrasında da iş güvencesinin kapsamına giren işçiler bakımından işverenin bildirim süresine uymamasının veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesinin bu yasanın iş güvencesine ilişkin 18, 19, 20 ve 21. maddeleri hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağı öngörülmüştür.

Aradaki fark, iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçilerin sözleşmelerinin süreli feshi için geçerli nedenlerin varlığının aranmaması, buna karşılık kapsama girenlerin sözleşmelerinin feshinin geçerli bir nedene (İK 18/1) dayandırılmasının zorunlu olmasıdır. Bunun gibi, kapsam dışında kalanlar fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddiasıyla kötü niyet tazminatı isteyebilecekleri (İK 17/6) halde, kapsam içindekiler daha koruyucu nitelikteki aşağıda inceleyeceğimiz iş güvencesi hükümlerinden (İK 18 vd.) yararlanabileceklerdir.

İK 17 hükümleri ortak kurallar olarak iş güvencesinin kapsamına girenlere de uygulanacağı gibi ayrıca bu kuralların ihlali halinde söz konusu işçiler iş güvencesi hükümlerinin yanında koşullar varsa ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı alabileceklerdir.⁴³⁷

2. İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasının Koşulları

a. İşyerinde Otuz ve Daha Fazla İşçi Çalıştırılması

İş Kanununun "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlığını taşıyan 18. maddesi aynı zamanda iş güvencesine ilişkin hükümlerin kapsamını da belirlemektedir. Anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır". Aynı maddenin 4. fıkrasına göre de "İşverenin aynı

⁴³⁷ SÜZEK, *İş Hukuku*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s. 436

işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir". Görüldüğü gibi, yirmi dokuz veya daha az işçi çalıştıran işyerlerindeki işçiler iş güvencesi hükümlerinin dışında kalırlar.

Gerek bilim kurulu taslağında gerek 4773 sayılı yasada (m. 2) iş güvencesinin kapsamının belirlenmesinde isabetli olarak on işçi ölçütü esas alınmışken, bu ölçüt 4857 sayılı İş Kanunu ile değiştirilmiş ve otuz işçi ölçütü benimsenmiştir.

Genel olarak değerlendirildiğinde, belirli sayıdan az işçi çalıştıran işyerlerinin iş güvencesi dışında tutulması, ekonomik gücü az olan küçük işletmelerin iş güvencesinin getirdiği yükü, pahalı ve uzun süreli bir fesih usulünü kaldıramayacağı düşüncesine dayanır. Aynı şekilde, işçi ile işveren arasındaki yakın kişisel ilişkilerin niteliği gereği ön plana çıktığı ve işin başarısının uyumlu bir çalışma ortamını gerekli kıldığı, küçük işyerlerinde bu koşullara uymayan işçilerin daha basit bir usule uyularak işten çıkarılmasının uygun olacağı kabul edilmektedir.⁴³⁸

Bunun gibi, her ne kadar 158 sayılı ILO sözleşmesinin 2. maddesinin 1. bendinde bu sözleşmenin "tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara" uygulanacağı belirtilmişse de, aynı maddenin 5. bendinde "işletme büyüklüğü" ve "özel istihdam şartları" göz önünde tutularak kurala istisnalar getirilebileceği öngörülmüştür.

Ne var ki, İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında esas alınan otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyeri ölçütü ile ülkemiz açısından çok sayıda işyeri kapsam dışında bırakılarak iş güvencesinden yararlanabilecek işçi sayısı önemli ölçüde azaltılmıştır. Otuz işçi ölçütünün getirilmesiyle, küçük işyerlerinde iş güvencesinin uygulanmamasının yukarıda belirttiğimiz haklı gerekçeleri hukukumuz açısından geçerliliğini yitirmiştir. Daha önce 4773 sayılı yasada yer alan on işçi çalıştırma ölçütü dahi öğretilde eleştiri konusu olmuşken,⁴³⁹ 4857 sayılı yasada bu ölçütün öngörülmesi iş güvencesi sistemine ve güdülen amaca ters düşmüştür.⁴⁴⁰

⁴³⁸ ÇELİK, Nuri, **İş Güvencesi**, İstanbul 2003, s.17; EYRENCİ, Öner, "4857 Sayılı İş kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme", İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 33.(Yeni Düzenlemeler); ŞAHLANAN Fevzi, "İş Güvencesi Kanununun Kapsamı ve Genel Süreç", Mercek D. Nisan 2003 (Kapsam,) s.17

⁴³⁹ TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**(İş Güvencesi),Ankara 2002, s. 32–33; ULUCAN, Devrim, **İş Güvencesi**, İstanbul, s. 33, SOYER, Polat, "158 sayılı ILO Sözleşmesi

İş güvencesi sistemini uygulayan ülkelerin bir kısmında bu konuda bir sınırlama getirilmeksizin tüm işçiler feshe karşı korunmuş, bir kısmında ise öngörülen ölçüt ülkemizdeki istisna ile kıyaslanamayacak kadar düşük tutulmuştur. Örneğin Fransa'da 11, Almanya ve Avusturya'da 5, İtalya'da sınaî ve ticari işletmelerde 15 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri iş güvencesinin kapsamına girerken, İsveç'te hiçbir sınırlama getirilmeksizin tüm işçiler bu güvenden yararlanırlar.⁴⁴¹ Kanımıza göre ülkemizde de İş Kanununda yapılacak değişiklikle 4773 sayılı yasadaki on işçi ölçütünün tekrar kabul edilmesi uygun olacaktır.

Esasen, iş güvencesinden yararlanma hakkını otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerindeki işçilerle sınırlandıran İş Kanunu hükmü anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır. İş Kanununda otuz veya daha fazla işçi çalıştırma ölçütünün getirilmesi sonucunda ülkemizdeki işyerlerinin yaklaşık % 90'ından fazlası ve işçilerin de yaklaşık yarısı iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalmaktadır.⁴⁴² İş Kanununun söz konusu hükmünün bu kadar çok sayıda işyerini ve işçi kitlesini kapsam dışında bırakması anayasanın 10. maddesinde güvence altına alınan kişilerin kanun önünde eşitliği temel hakkını haksız bir şekilde sınırlama niteliği taşır.⁴⁴³

İş Kanununun 18. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bir işyerinde otuzdan az işçi çalışsa da işverenin bu işyeri ile birlikte aynı işkolundaki diğer işyeri veya işyerlerinde çalıştırdığı işçi sayısının toplamı otuz veya daha fazla ise bu işyerlerinde iş güvencesi hükümleri uygulanır.⁴⁴⁴ Bu hükümle bazı işverenlerin sırf iş

Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,(158 sayılı), İstanbul 2002, s. 292. ALP, Mustafa, “İşçinin Feshe Karşı Korunması” (Feshe Karşı), DEÜFHD 2004, s. 7

⁴⁴⁰ ÇELİK, s.198. GÜZEL, Ali, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş sözleşmesi Grev ve Lokavt Semineri,(İş Güvencesi.), İstanbul 2004, s. 20, 140–141. EYRENCİ Ö.-TAŞKENT-D.ULUCAN, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s.133

⁴⁴¹ ALPAGUT, Gülsevil, “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal Ve Uluslar Arası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 2002, (Feshe Karşı), s.85–86. ULUCAN, İş Güvencesi, s. 30.

⁴⁴² Bu konudaki rakamlar için bkz. ÇELİK, s.198; ULUCAN, İş Güvencesi, s.34; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 28; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 556.

⁴⁴³ ÇELİK, s. 198; GÜZEL, İş Güvencesi, s.28-29; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s. 33; ULUCAN, İş Güvencesi, s.30 vd., 34; UÇUM, Mehmet, **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, İstanbul 2003, s 134. Karşı görüşte, MOLLAMAHMUTOĞLU, 556.

⁴⁴⁴ Aynı yönde, Y9HD, 10.11.2003, 18919/18913, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s.681–683.

Y9HD, 11.12.2003, 19269/20526 ve CENTEL'in incelemesi, Tekstil İşveren D, Mart 2004, s. 34–36.

güvencesinin kapsamına girmekten kaçınmak amacıyla işçilerini her işyerinde otuzdan az işçi çalıştırmak suretiyle bölmelerinin önlenmesi amaçlanmıştır.

Bunun yanında yasa söz konusu işyerlerinin aynı il sınırları içerisinde bulunmasını aramamış "aynı işkolunda" bulunmalarını gerekli görmüştür. O halde, aynı işverene ait işyerleri aynı il sınırları içinde de olsa, aynı işkolunda iseler toplam işçi sayısının saptanmasında göz önünde tutulmazlar.⁴⁴⁵

4857 sayılı İş Kanunu ile 50'den fazla işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri veya işletmeleri yasanın kapsamına alındığından (m. 4/b) bu işçiler de iş güvencesi hükümlerinden yararlanırlar. Buna karşılık, 50'den az işçinin çalıştırıldığı tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanununun kapsamı dışında kaldığından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılsa da bunlara iş güvencesi hükümleri uygulanmaz.

Ayrıca İş Kanununun 116. maddesi ile Basın İş Kanununun 6. maddesi değiştirilmiş ve İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Böylece gazeteciler de İş Kanunundaki koşullarla iş güvencesi kapsamına alınmışlardır. Buna karşılık, Deniz İş Kanunun kapsamındaki işçiler hakkında henüz böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Otuz işçi sayısının saptanmasında belirli veya belirsiz süreli ya da tam veya kısmi süreli, mevsimlik iş akdi ile çalışanlar, hastalık, izin vb. nedenlerle iş akdi askıda olanlar da dikkate alınır.⁴⁴⁶ Buna karşılık, İş Kanununun kapsamı dışında yer alan ve işçi sıfatı taşımayan çırak ve stajyerlerle süreksiz işlerde çalışanlar (İK 10), alt işverenin işçileri ve geçici (ödünç) iş ilişkisine göre geçici işveren yanında çalışanlar otuz işçi sayısının saptanmasında hesaba katılmazlar.⁴⁴⁷ Kuşkusuz, alt işverenin işçileri ve geçici işçi sağlayan işverenle iş akitleri devam eden geçici işçiler kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde dikkate alınırlar ve işçi sayısı koşulunun gerçekleşmesi halinde iş güvencesinden yararlanırlar.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.438

⁴⁴⁶ ÇELİK, s.198–199; EKONOMİ, *İş Güvencesi*, s.4; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.134.

⁴⁴⁷ ÇELİK, 198. SOYER, 158 Sayılı, s.292; GÜZEL, *İş Güvencesi*, s.31; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.134; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.554–555.

⁴⁴⁸ SÜZEK, s. 439

Otuz işçi sayısının saptanmasında, işçinin iş akdinin feshedildiği tarihte o işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmalıdır.⁴⁴⁹ Ancak, işyerinde çalışan işçi sayısını otuzun altına düşürmek amacıyla işveren muvazaalı bir işlemle işçilerinin bir kısmını alt işveren işçisi olarak gösterirse veya bu amaçla herhangi bir kanuna karşı hile yoluna başvurursa işçi iş güvencesi kapsamına girebilir.⁴⁵⁰

b. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası gereğince en az altı aylık kıdeme sahip olan işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir.⁴⁵¹ Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise "İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir". İş akdinde bir deneme süresi kabul edilmişse kuşkusuz bu deneme süresi de işçinin altı aylık kıdeminden sayılır.

İş Kanununun 18. maddesinin 2. fıkrasında, altı aylık kıdemin hesabında bu yasanın 66. maddesindeki sürelerin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Oysaki söz konusu 66. maddede yeraltına inip çıkma, çocuk emzirme süreleri gibi günlük çalışma süresinden sayılan haller düzenlenmiştir. Bu sürelerin günlük iş süresinden sayılmasının işçinin altı aylık kıdeminin belirlenmesi açısından bir önemi yoktur.⁴⁵² Nitekim bilim kurulu taslağında böyle bir hüküm yer almıyordu. Eğer yasa koyucunun amacı iş akdinin askıda kaldığı sürelerin altı aylık kıdem süresinden sayılması idiye, bu yollamanın 66. maddeye değil yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılan süreleri düzenleyen (ve sınırlamalar getiren) 55. maddeye yapılması daha uygun olurdu. İş Kanununun 18. maddesinde böyle bir yollama ve sınırlama yer almadığına göre tüm askı sürelerinin diğer deyimle işçinin fiilen çalıştığı günlerin değil, iş akdinin devam süresinin altı aylık kıdem süresinin belirlenmesinde hesaba katılması gerekir.⁴⁵³

⁴⁴⁹ EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s. 134

⁴⁵⁰ EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s. 32; GÜNAY, Cevdet İlhan, **İş Hukuku**, B.3, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004, s.456-457

⁴⁵¹ Y.9.HD, 8.7.2003, 12505/13186, İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s.229-230, Y9HD, 26.1.2004, 1303/1157, İşveren D., Haziran 2004, 17-18 (SÜZEK, s.439)

⁴⁵² ŞAHLANAN, Fevzi, "4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri", 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, s. 85, EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s.32

⁴⁵³ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.5; GÜZEL, İş Güvencesi, s.33; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.134-135; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 556-557.

İşçi işverenin işyerinde veya işyerlerinde aralıklı çalışmış olabilir. Yasada bu sürenin sürekli olması yönünde bir düzenleme yer almadığından ve İK 18/1'de sadece işçinin kıdeminden söz edildiğinden, kıdemin hesaplanmasında aralıklı çalışmaların birleştirilmesi uygun olur.⁴⁵⁴

İşçinin iş güvencesinin dışında kaldığı altı aylık süre içinde, işveren işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırırsa da, henüz altı aylık kıdemi olmayan işçinin iş akdini İK 18 vd. yer alan koşullara ve usule tabi olmaksızın İK 17'ye göre sona erdirebilir. Bu durumda iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçi olayın özelliğine göre fesih hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürerek kötü niyet (koşulları varsa ihbar) tazminatı isteyebilir.

Ancak işveren işçinin sırf iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla altı ayın dolmasından kısa bir süre önce iş akdini feshederse, işçi öğretideki bir görüşe göre kötü niyet tazminatı (İK 17/6) talep edebilir.⁴⁵⁵ Her ne kadar yukarıda belirttiğimiz gibi altı aylık süre içinde iyi niyet kurallarına aykırı herhangi bir nedenle sözleşme sona erdirilirse kötü niyet tazminatı ödenmesi gerekirse de, bu olayda iyi niyet kurallarına aykırılık diğer fesih nedenlerinden farklı bir biçimde işçinin iş güvencesinden yararlanmasını engellemek biçiminde ortaya çıkmaktadır. Genel olarak hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı hakkını kötüye kullanan kişinin bununla amaçladığı sonucu elde edememesidir. Bu durumda öğretide ileri sürüldüğü gibi kötü niyet tazminatı ile yetinilirse işveren (işçiyi iş güvencesinden yararlandırmamak) amacına ulaşmış olacaktır. Bu nedenle söz konusu durumlarda işverence yapılan feshe iş güvencesinin diğer deyişle geçersiz feshin sonuçlarını bağlamak hem hakkın kötüye kullanılması teorisine hem de yasanın iş güvencesi getiren hükümlerinin amacına daha uygun düşer.⁴⁵⁶

c. İşçinin Belirsiz Süreli İş Akdi ile Çalışması

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin geçerli bir nedene dayanmak zorunda olduğu belirtilmektedir. O

⁴⁵⁴ SÜZEK, s.440; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 33.

⁴⁵⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.557

⁴⁵⁶ SÜZEK, s. 441

halde, belirli süreli iş akdine göre çalışan işçiler hakkında iş güvencesi hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir.

Yargıtay tarafından da belirli süreli sözleşmeyle çalıştığı anlaşılan işçinin işe iade hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı yönünde kararlar verilmiştir.⁴⁵⁷ Ancak bu kararlarda, belirli süreli iş akitleri art arda zincirleme yapıldığı halde belirsiz süreli sözleşmeye dönüşüp dönüşmedikleri, yürürlük tarihi açısından olaya 4857 sayılı yasanın zincirleme sözleşmelere ilişkin 11/2. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmadığı görülmektedir.

Uygulamada kimi işverenler iş güvencesi hükümlerinden kaçınmanın hukuki aracı olarak belirli süreli iş akdi yapma, geçici iş ilişkisi kurma veya alt işverene iş verme gibi yöntemlere başvurabilirler.⁴⁵⁸ Bu nedenle, İş Kanununun 11. maddesine belirli süreli iş akdinin kurulmasının koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği, belirli süreli sözleşmelerin zincirleme yapıp yapılmadığı, yasanın geçici iş ilişkisine veya alt işverene ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığı yargı organı tarafından titizlikle değerlendirilmeli ve iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak için ortaya çıkabilecek muvazaalı uygulamaların önüne geçilmelidir.⁴⁵⁹

d. İşçinin Belirli Konumda İşveren Vekili Olmaması

İş Kanununun 18. maddesinin son fıkrası gereğince "İşletmenin 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 vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz". Bu hüküm ile işverene, onun güvenine sahip olması gereken belirli konumdaki işveren vekillerinin iş akitlerini, bu güvenin sarsıldığı durumlarda bir neden gösterme zorunda olmaksızın İK 17'ye göre sona erdirebilme olanağı sağlanmak istenmiştir.⁴⁶⁰ İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şeyden önce işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri ve yardımcılarıdır. O halde, işletmenin

⁴⁵⁷ Y.9.HD, 20.11.2003, 19338/19593. İşveren D., Aralık 2003, s.22–23, Y.9.HD. 23.10.2003, 18234/17604, Çimento İşveren D., Ocak 2004, s.45–46

⁴⁵⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, s.23

⁴⁵⁹ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 23–26, 141.

⁴⁶⁰ ULUCAN, İş Güvencesi, s.27

tümünü yöneten genel müdürlerle bunların yardımcıları iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılmışlardır.⁴⁶¹

Bundan başka, işletmenin bütününü yönetmemekle birlikte işyerinin bütününü yöneten ve işçiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri de iş güvencesinden yararlanamazlar. Burada bir kümülatif koşul söz konusu olup, işveren vekilinin kapsam dışında kalması için hem işyerinin tümünü yönetmesi hem de işe alma ve işten çıkarma yetkisinin bulunması gerekir. Bu nedenle örneğin işyerinin (banka şubesinin) tümünü yöneten banka müdürünün veya bir fabrika müdürünün kendi inisiyatifi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa iş güvencesi hükümlerinin kapsamındadır. Aynı şekilde, işçi alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan örneğin bir insan kaynakları veya personel müdürü işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanır.⁴⁶²

B. Geçerli Fesih Nedenleri

1. Geçerli Fesih Kavramı

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında belirsiz süreli iş akdinin süreli feshinde işverenin geçerli bir nedene dayanması gerektiği öngörülmüş ve bu nedenlerin neler olduğu açıklanmıştır. Böylece feshe karşı korumada hakkın kötüye kullanılması tekniği bırakılmakta, işverenin süreli fesih hakkı yasayla sınırlandırılmaktadır.⁴⁶³

Anılan maddeye göre "belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır". Görüldüğü gibi, iş güvencesinin kapsamı dışında kalanların sözleşmelerinin işverence süreli feshinde İK 17 uyarınca herhangi bir geçerli nedenin belirtilmesi gerekmediği -bu nedenler hakkın kötüye kullanıldığının iddia edilmesi halinde mahkeme sürecinde tartışılacağı- halde, iş güvencesinin kapsamındakilerin sözleşmesinin süreli feshinin İK 18/1 'de öngörülen geçerli nedenlere dayandırılması gerekir. Ayrıca işveren bu

⁴⁶¹ SÜZEK, s.442

⁴⁶² EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.135; EKONOMİ, İş Güvencesi s. 6; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 35; GÜNAY, s. 459.

⁴⁶³ SÜZEK, s. 443

fesih nedenlerini yapacağı yazılı bildirimde açık ve kesin olarak belirtmek zorundadır (İK 19/1).

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında yer alan geçerli fesih nedenleri diğer deyimle kısaca işletme gerekleri olarak özetleyebileceğimiz işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri ile işçiye ilişkin nedenler olarak nitelendirebileceğimiz işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler esas itibarıyla 158 sayılı ILO sözleşmesinin 4. maddesinden alınmıştır. Aynı şekilde, Avrupa Birliği ülkelerinde kabul edilen iş güvencesi sistemlerinde de geçerli fesih nedenleri bu iki temel nedene dayanır.⁴⁶⁴

Geçerli neden kavramı yasanın gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre "Geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı 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".

Yukarıda görüldüğü gibi, objektif, iyi niyet kurallarına uygun, bir hakkın kötüye kullanılması oluşturmayan süreli fesih nedenleri ile iş güvencesi sistemlerinin ve İş Kanununun getirdiği geçerli fesih nedenleri arasında genellikle bir özdeşlik bulunmakta, bu nedenler örtüşmektedir.⁴⁶⁵ Bu itibarla, hukuki sonuçları açısından değil de salt nedenler açısından yaklaşıldığında, daha önce iş akdini fesih hakkının kötüye kullanılması ile ilgili Yargıtay kararları ile açıklanan görüşler geniş ölçüde geçerli fesih nedenleri konusunda da ışık tutacak niteliktedir.

Buna karşılık, haklı fesih nedenleri ile geçerli fesih nedenleri arasında önemli ağırlık farkı bulunmaktadır. İş Kanununun 24. ve 25. maddelerinde düzenlenmiş bulunan haklı fesih nedenleri, iş ilişkisine devamı taraflardan biri için dürüstlük kuralları gereği çekilmez hale getiren nedenler olduğu halde, geçerli nedenler, İK

⁴⁶⁴ SÜZEK, Fesih, s. 33 vd; ALPAGUT, Feshe Karşı, s.88 vd.

⁴⁶⁵ ENGİN, E.Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi (İşletme Gerekleri), Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s.70–71; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.559.

25'de sayılan ve derhal feshi olanaklı kılan haklı neden derecesine ulaşmayan fakat süreli feshe olanak tanıyan hallerdir. Bunlar, yasanın gerekçesinde belirtildiği gibi işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden makul ölçüler içinde beklenemeyeceği nedenlerdir. Geçerli fesih nedenleri ile haklı fesih nedenleri arasındaki farklar, İK 25 hükümleriyle de karşılaştırılması yapılmak suretiyle, öğretinin de katkılarıyla yargı organı tarafından belirlenecektir.⁴⁶⁶

2. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih

a. İşletme Gerekleri Kavramı

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işveren belirsiz süreli iş akdini "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe" dayanarak feshedebilir. Görüldüğü gibi, İK 18/1'de iş akdinin işletme gerekleri nedeniyle feshedilebileceği öngörülmüş ancak bu kavram yasada açıklığa kavuşturulmamıştır. İşletme gerekleri nedeniyle fesih, işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan, ekonomik güçlüklerle, verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde işçinin (işçilerin) işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısıyla çalışmaya devam olanağının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlasının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır.⁴⁶⁷ Geçerli bir feshin söz konusu olması için belirtilen işletme gerekleriyle, işverence yapılan fesih arasında bir illiyet bağı bulunmalı, diğer deyimle fesih başka nedenlerle değil bu nedenlerle yapılmış olmalıdır.⁴⁶⁸

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme anayasal temelini sözleşme ve girişim özgürlüğünde (AY 48) bulan işverenin işletmesi ile ilgili konular hakkında karar verme hak ve özgürlüğünden kaynaklanır. Ancak, aynı hükümde iş akdinin feshi "geçerli bir sebebe" dayandırılmak suretiyle işverenin girişimci olarak karar özgürlüğü ile işçilerin işlerini koruma hakları yani anayasal çalışma hakkı (AY 49) arasında bir denge kurulmuştur.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ SÜZEK, s. 444

⁴⁶⁷ ULUCAN, İş Güvencesi, s. 58 vd; ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 35–36.

⁴⁶⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 69.

⁴⁶⁹ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 75; ENGİN, İşletme Gerekleri, s.48 vd., 51 vd, 60 vd; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 58-60

İş Kanununun uygulanması bakımından yasanın gerekçesinde işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler konusunda örnekler verilmiştir. Gerekçede bu nedenler ikiye ayrılmakta, "sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebepler" işyeri dışından kaynaklanan nedenler olarak gösterilmektedir. Buna karşılık yine gerekçeye göre "yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması" işyeri içi nedenlerdir.⁴⁷⁰

b. Ekonomik Güçlükler

Her şeyden önce, işletmenin ekonomik güçlüklerle karşı karşıya bulunması geçerli bir fesih nedeni oluşturur.⁴⁷¹ İşletmenin faaliyetinde önemli ve devamlı düşüş, ciroda ve siparişlerde sürekli azalma, finansman ve bütçe veya üretim açığı, müşteri çevresi kaybı, işyerinin durumunu olumsuz etkileyen ekonomik kriz vb. ekonomik güçlükler süreli feshi geçerli kılan işletme gerekleri arasında sayılabilir. Bu nedenlerin ortaya çıkmasıyla işverenin işyerinde üretimi eskisi gibi sürdürme olanağının kalmaması örneğin üretimin düşürülmesi, işyerinin bir bölümünün kapatılması nedeniyle işgücünün yeniden yapılandırılması gereği ve bunların sonucunda bir işgücü fazlası ortaya çıkmış olmalıdır. Kuşkusuz ekonomik güçlükler sonucunda işverenin işyerini kapatmak zorunda kalması da geçerli bir fesih nedeni oluşturur.

Buna karşılık, işletmenin satışlarında, cirosunda veya karında geçici bir düşüş, işyerinin faaliyet ve üretiminde hafif bir azalma gibi geçici ekonomik güçlükler geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bunun gibi üretimin azalması işçinin gördüğü işi olumsuz etkilemelidir. Üretimin kısılmasına rağmen işçinin gördüğü iş aynı düzeyde görülmeye devam ediyorsa işyerinde bu işçiye hala ihtiyaç var demektir.⁴⁷²

Öte yandan, ülkede baş gösteren genel ekonomik kriz, işyerinde her zaman geçerli bir fesih nedeninin oluşması için yeterli değildir. Bunun için genel ekonomik

⁴⁷⁰ SÜZEK, s.445

⁴⁷¹ ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 52; SÜZEK, Fesih, s. 115vd.; GÜZEL, İş Güvencesi, s.69.

⁴⁷² SÜZEK, s.446

kriz, söz konusu işletmeyi doğrudan olumsuz yönde etkilemeli, satışlarda, siparişlerde ve karlarda azalmaya yol açmalı, üretimin eskisi gibi sürdürülmesi olanağı ortadan kalkmalı, bunun sonucunda işyerinde işgücü fazlası meydana gelmelidir. Ekonomik krizden bu yönde etkilenmemiş olmasına karşın ekonomik kriz bahane edilerek işyerinden işçi çıkarılması geçerli sayılamaz. Genel ekonomik krizlerde işyerinde kısa çalışma (İK 65) uygulamasının da yapılması gerekir.

Yargıtay da ekonomik güçlüğü varlığı halinde yapılan süreli fesihleri (toplu işçi çıkarmaları) geçerli kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre "Davalı işveren, kendi bütçelerinin yatırım bütçesi içerisindeki payının giderek azalmış olması, inşa edilerek işletmeye açılan sulamaların % 88 oranında faydalananlara devredilmiş olması, iş makinelerinin eski ve ekonomik ömrünü bitirmiş olmaları, emanet işlerinin maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle önceki yıllara oranla uygulamanın azalması, mevcut işçi sayılarının ihtiyaçtan fazla olmasının iş verimini azaltıp maliyeti artırması gibi nedenlerle, hizmet akitlerinin ihbar ve kıdem tazminatları ödenmek suretiyle 20.6.2003 tarihi itibarıyla feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi isteğinde bulunmuştur. Davalı kamu kuruluşu bütçe yetersizliği, işçi fazlalığı, maliyetlerin yüksek oluşu gibi ekonomik nedenlerle 53 yaşını doldurmuş ve emeklilik hakkını kazanmış işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yoluna giderek genel bir uygulama yapmıştır. İşten çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alındığı da iddia ve ispat edilmiş olmadığından ve kamu kurumlarında ihtiyaçtan fazla işçi çalıştırıldığı da bilinen bir gerçek olduğundan fesih için geçerli sebep bulunduğu kabul edilmelidir".⁴⁷³

c. Verimlilik ve Rekabet Gereklere

İşveren, işletmesini ekonomik bakımdan istediği yönde, en verimli, rekabet edebilir ve etkin üretim tarzını sağlayacak şekilde düzenlemek yetkisine sahiptir. Gerçekten, kötü giden ekonomik durum iş akitlerinin geçerli nedenle feshine yol açabileceği gibi gerçek bir ekonomik güçlük söz konusu olmaksızın, işveren verimli çalışmak, rekabet yeteneğini korumak ve artırmak amacıyla işletmesini yeniden yapılandırmak (reorganizasyon) isteyebilir. Bu amaçla yapılan yeniden yapılandırma

⁴⁷³ Y9HD, 29.1.2004, 23159/1418, TÜHİS, Mayıs 2004, s. 54–55. Aynı yönde, Y9HD, 23.10.2003, 18090/17878, İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 188–190.

sonucunda işyerinde işçinin (işçilerin) çalışma olanağının ortadan kalkması ve iş akdinin geçerli olarak feshedilmesi mümkündür.⁴⁷⁴

İşletmede verimliliğin, kalitenin artırılması ve rekabet yeteneğinin korunması düşüncesi işvereni değişik kararlar almaya yöneltebilir.⁴⁷⁵ İşveren bu amaçla üretimini kısıabilir, üretim konusunu, yöntemlerini ve tekniklerini değiştirebilir, işletmesini küçültebilir, işletmenin fazla verimli olmayan faaliyetlerine son verebilir, bölümlerini veya üretim bandını kapatabilir, üretimin çeşitliliğini azaltarak belirli mal veya hizmetlerin üretiminde yoğunlaşabilir, iş akışını yeniden yapılandırabilir. Alınan bu önlemler sonucunda işçi sayısının ihtiyaçtan fazla hale gelmesi durumunda son çare olarak iş akitlerini süreli fesih yoluyla sona erdirebilir.

Belirtelim ki, işletme, verimli ve karlı çalışıyorsa veya bir reorganizasyon ihtiyacı söz konusu değilse işverenin ücretlerden tasarruf ederek sırf maliyetleri düşürmek amacıyla iş akitlerini feshetmesi geçerli sayılamaz.⁴⁷⁶

d. Teknolojik Değişimler

İşletmede uygulanan teknolojik değişimler de süreli feshi geçerli kılan diğer nedenlerdir. İşletmede teknolojik değişimlerin uygulama alanına geçirilmesi gelecekteki gelişmelere uyum gösterilmesi, piyasaya yeniden uyarlanma ve rekabet edebilirliği sürdürebilme amacını taşır. Üretim süreçlerinin yeni teknolojik gelişmelere ve tüketici taleplerine uygun hale getirilmesi, modern makine ve üretim araçlarının devreye sokulması, bilgisayar, tele çalışma ve robot sistemlerinin kabulü işyerinde bazı işlerin ortadan kaldırılmasına, bu işlerde çalışan işçilerin çalışma olanağının kalmamasına, buna karşılık yeni teknolojiye uyum sağlayabilecek yeni (vasıflı) işçilerin istihdamına yol açar.⁴⁷⁷

e. İşçinin Çalışma Olanağının Kalmaması ve İşgücü Fazlasının Ortaya Çıkması

İşverenin işletme gerekleri nedeniyle geçerli bir fesih yapabilmesinin diğer koşulu ekonomik nedenler veya teknolojik değişimler sonucunda işyerinde işçinin

⁴⁷⁴ SÜZEK, Fesih, s. 115; ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 53, 82 vd.

⁴⁷⁵ ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 53–56; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 69–70.

⁴⁷⁶ SÜZEK, s.447

⁴⁷⁷ ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 52–53

(işçilerin) işinin ortadan kalkması ve çalışmaya devam olanağının kalmamasıdır.⁴⁷⁸ İşçinin işyerinde çalışma olanağının kalmaması ile süreli fesih arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. Örneğin üretimi düşürme kararı nedeniyle bir üretim bölümünün kapatılması sonucunda işçinin işinin ortadan kalkması ve işyerinde daha az işçiye ihtiyaç duyulması geçerli fesih nedenidir.

Buna karşılık, işletme sürekli zarar ediyor olsa da işveren aynı nitelik ve oranda üretime devam ediyor ve işgücü ihtiyacı aynı kalıyorsa işletme gereği ortaya çıkmaz ve sözleşmenin feshi geçersiz sayılır.⁴⁷⁹ Öte yandan, işveren işyerinin bir bölümünü kapatmış, ancak aynı faaliyeti diğer bir bölümde veya diğer bir işyerinde sürdürmeye başlamışsa, aynı nitelik ve sayıda işçi ihtiyacı devam ettiği takdirde geçerli fesih nedeni hemen doğmaz. İşveren bu durumda değişiklik feshi (İK 22) yoluna gitmeli, işinin veya işyerinin değiştirilmesini kabul eden işçileri çalıştırmaya devam etmelidir.⁴⁸⁰

O halde, işverenin işyerinde uyguladığı yapısal veya teknolojik değişim sonucunda işçinin işyerinde çalışma olanağı kalmamış, başka şekilde istihdamı mümkün olmayan bir işgücü fazlası ortaya çıkmışsa ve işyerine yeni işçi alınması söz konusu değilse, işveren geçerli olarak söz konusu işçilerin iş akitlerini süreli fesih yoluyla sona erdirebilir. Başka bir deyimle, işletme gerekleri ile feshin amacı; işyerindeki işçi sayısının, işgücü ihtiyacına uyarlanmasıdır.⁴⁸¹

Nitekim Yargıtay da feshin geçerli olup olmadığını değerlendirirken işyerinde işgücü fazlasının oluşup oluşmadığının araştırılmasını gerekli görmektedir. Yüksek mahkemeye göre "Özelleştirme kapsamında bulunan davalı şirketin Bakanlar Kurulu kararları doğrultusunda yaptığı norm kadro çalışması ve bu çalışma sonucunda tespit edilen personel fazlalığı nedeniyle emekliliğe hak kazanan davacının hizmet akdini feshetmesinde geçerli sebep bulunduğu kabul edilmelidir... İşletmesel kararın keyfi olduğunun kabulü isabetli değildir".⁴⁸²

⁴⁷⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 62–63; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 58, 60–61, 67; ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 35–37, 77 vd.

⁴⁷⁹ ENGİN, "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin, Yargıtay Karar Değerlendirmesi," (Ücretsiz İzin) Legal yayıncılık, İHSGHD, Nisan–Haziran 2004, s. 538

⁴⁸⁰ ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 78.

⁴⁸¹ ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 36–37, 49–50; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 61

⁴⁸² Y9HD, 4.12.2003, 19328/20055, İHSGHD, Nisan–Haziran 2004, s. 664–665. Aynı yönde,

Buna karşılık yüksek mahkeme bir başka kararında isabetli olarak sadece işletmenin karının önceki yıla göre azalmasının geçerli bir fesih nedeni oluşturmayacağı ve işyerinde işgücü fazlasının ortaya çıkmadığı gerekçeleriyle iş akdinin feshinin geçersizliğini kararlaştırmıştır. Söz konusu karara göre "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; fesih tarihinde davalının henüz zarar etmediği, 2003 yılı ilk 6 ay karının önceki yıla göre azaldığı, bu azalmanın nedenlerinden birinin de kredi alacaklarının taksitlendirilmesi ve bir kısmından vazgeçilmesi olduğu, davalı işverenin istihdam fazlası personel olduğunu savunmasına karşı yönetim kurulunun fesih tarihine yakın tarihte alınan karar ile kendi bünyesindeki iştiraklerine personel alınmasına karar verildiği, davacının konumu gereği çalıştığı kadro ve yaptığı işte hizmetine ihtiyaç duyulduğu bu olgulara göre, feshin işletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayanmadığı, davacının verimsizliğinin ileri sürülmediği anlaşıldığından feshin geçersizliği ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekir".⁴⁸³

Belirtelim ki, bazı durumlarda işyerindeki işçi sayısı aynı kalmış ancak işin nitelik değiştirmesi sonucunda bazı işçilerin çalışma olanağı ortadan kalkmış olabilir. Örneğin, işveren teknolojik değişime uyarak çelik üretimi yerine kompozit (karma) maddelerin üretimine geçebilir. Böylece işçi sayısı değişmese bile farklı vasıflarda işçi ihtiyacı ortaya çıkabilir. Aynı şekilde, iç piyasaya üretim yapan bir işletme geniş ölçüde ihracata geçme kararı alırsa, yabancı dil bilen çalışanlara ihtiyaç duyabilir. Bu gibi durumlarda ihtiyaç duyulan işçi sayısı değişmediği halde yeni iş tanımına uymayan işçilerin iş akdi geçerli nedenle feshedilebilir ve bu işçilerin yerine farklı vasıflara sahip yeni işçi alınabilir.⁴⁸⁴

f. Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi

İşverenin geçerli bir fesih yapabilmesi için yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi yeterli değildir. Bundan başka, iş güvencesi kapsamındaki hukuki ilişkilerde, süreli feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulması ve bunların yetersizliği halinde feshin son çare olarak uygulanması gerekir.⁴⁸⁵ Diğer deyimle,

Y9HD, 23.10.2003, 18090/17878. İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 188–190. Y9HD, 18.12.2003, 20076/22156, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 640–641.

⁴⁸³ Y9HD, 10.11.2003, 18919/18913, ÇT, 2004/1, s. 155–157. Aynı yönde, Y9HD, 29.12.2003, 23204/22988, İşveren D., Şubat 2004, s. 16–18.

⁴⁸⁴ ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 77–78.

⁴⁸⁵ GÜZEL, İş Güvencesi, s.75 vd.; ÇELİK, s.204; ULUCAN, İş Güvencesi, s.43 vd.; TAŞKENT, İş Güvencesi, s.37; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.563, 565; ENGİN, İşletme Gerekleri, s.60-65, 90 vd.

fesihle ulaşılmak istenen sonuca, ölçülük ilkesi uyarınca, sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılır.⁴⁸⁶

İş Kanununda feshin son çare olması ilkesi açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşılık, bu ilke yasanın gerekçesinde yer almıştır. Yasanın gerekçesine göre "Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yapılırken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır".

İşyerinde işletme gerekleri nedeniyle süreli feshi önleyebilecek daha hafif önlemler konusunda birçok örnek verilebilir.⁴⁸⁷ Her şeyden önce, işçinin aynı işyerinde bir başka işte veya işletmenin diğer bir işyerinde çalıştırılması mümkünse yapılan fesih geçersizdir.⁴⁸⁸ Bunun gibi, işyerinde sürekli ve uzun zamandan beri fazla çalışma yapılıyorsa, önce fazla çalışma uygulamasından vazgeçilmeli, buna rağmen işgücü fazlası söz konusu ise işçi çıkarmaya gidilmelidir.⁴⁸⁹ Bundan başka, işçilerin onayı ile işyerindeki çalışma sürelerinin (ve ücretlerin) düşürülmesi de iş akitlerinin feshinin alternatifini oluşturabilir. Aynı şekilde, işçilerin onayı alınarak bir süre ücretsiz izne çıkarılmaları da yine fesihten önce son çare olarak başvurulabilecek bir diğer önlemdir. Öte yandan, olayın özelliğine göre meslek içi eğitime tabi tutulmak suretiyle işçiye yeni teknolojiye uyum sağlayabilecek yetenek kazandırılması, bu eğitimin makul bir sürede tamamlanabilmesi, aşırı pahalı olmaması ve işçiye gerekli vasıfları kazandırabilecek nitelik taşıması koşuluyla feshi önleyen diğer bir önlem olarak görülebilir.

Buna karşılık, son çare olarak işverenden ancak uygulanabilir nitelikte, izlediği amaca uygun önlemler alması beklenebilir. Aynı şekilde, işverenden işçiye yeni istihdam olanağı yaratması talep edilemez.⁴⁹⁰

Feshe alternatif olarak alınabilecek örneğin işçinin işyerinde başka işte çalıştırılması, iş sürelerinin kısaltılarak daha az ücret ödenmesi, ücretsiz izin uygulaması gibi son çare niteliğindeki önlemler genellikle aynı zamanda işçi

⁴⁸⁶ SÜZEK, s.450

⁴⁸⁷ ENGİN, İşletme Gerekleri, s.92 vd; GÜZEL, İş Güvencesi, s.68, 76; EKONOMİ, İş Güvencesi, s.11; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 43–44; ÇELİK, s.204.

⁴⁸⁸ SÜZEK, s.450

⁴⁸⁹ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.11; ENGİN, İşletme Gerekleri, s.92–93.

⁴⁹⁰ ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 67, 92.

aleyhine çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelir. Başka bir deyişle, anılan önlemler İş Kanununun değişiklik feshine ilişkin 22. maddesi uyarınca işverenin yazılı önerisi üzerine işçinin yazılı onayı ile uygulama alanına geçirilebilir. Bu konudaki önerileri kabul edilmeyen işveren daha sonra görüleceği gibi değişiklik feshi yapmak ve değişikliğin geçerli nedeni olduğunu ispatlamak durumundadır. Aksi takdirde işçi geçersiz feshin hukuki sonuçlarından yararlanır (İK22, 18 vd.).

Yargıtay da verdiği kararlarla feshin son çare olması ilkesini benimsemekte ve fesih dışı daha hafif önlemlerin alınıp alınmadığını denetlemektedir. Yüksek mahkemeye göre "Davalı işveren talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanmıştır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmak, iş zamana yayılmalı, kısaca fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmıştır".⁴⁹¹ Aynı şekilde Yargıtay'ın bir başka kararına göre de "Akdin feshi başvurulacak son çaredir. Davacının, işverenin diğer işyerlerinde çalıştırılması mümkün ise fesih yoluna başvurulması doğru değildir".⁴⁹²

3. İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Fesih

a. İşçinin Yetersizliği

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre işveren, iş akdini işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşverenin süreli fesih hakkını kullanmasını geçerli kılan işçinin yetersizliği ve davranışları, İş Kanununun 25. maddesi uyarınca haklı nedenle derhal feshi neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir.⁴⁹³ Yasanın gerekçesine göre de "İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli

⁴⁹¹ Y9HD, 8.7.2003, 12442/13123 ve CENTEL'in İncelemesi, Tekstil İşveren D, Ekim 2003, s.32–35. Aynı doğrultuda, Y9HD, 29.12.2003, 23204/22988. İşveren, Şubat 2004, s. 16–17. Y9HD, 27.10.2003, 18257/17985, Tekstil İşveren D, Ocak 2004, s.43.

⁴⁹² Y9HD, 11.12.2003, 20222/20604, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 650–651

⁴⁹³ ULUCAN, İş Güvencesi, s. 45; TUNCAY, İş Güvencesi, s.6.

sebepler 25 inci maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir".

İş Kanununun 25. maddesine göre işveren lehine bir haklı (derhal) fesih nedeni ortaya çıkmışsa, işveren bu hakkını kullanmayıp İK 17 vd. hükümleri uyarınca bildirim sürelerine uymak suretiyle süreli fesihte bulunabilir. Buna karşılık İş Kanununun 18. maddesinde düzenlenen geçerli (süreli) fesih nedenleri, haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılması için yeterli olmayacak, işverenin bu yöndeki davranışı bir haksız fesih oluşturacaktır.⁴⁹⁴

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında her şeyden önce işçinin yeterliliğinden (yetersizliğinden) kaynaklanan nedenlerin geçerli neden oluşturduğu hükme bağlanmıştır. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenlerin neler olabileceği İş Kanununun gerekçesinde sayılmıştır. Buna göre "Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma; ise yoğunlaşmasının 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 fesihlerle, emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir". Bu örneklerden de görüleceği gibi geçerli feshe neden olan işçinin yetersizliğini fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Belirtelim ki, fiziki veya mesleki yetersizliğin söz konusu olduğu hallerde geçerli nedenle süreli fesih hakkının doğumu için işçinin kusurunun varlığı gerekli değildir.⁴⁹⁵

i. İşçinin Fiziki Yetersizliği (İşçinin Hastalığı, Yaşlılığı ve Emekliliği)

İşçinin fiziki yetersizliği iş akdinin feshini makul ölçüler içinde gerekli kılıyorsa geçerli bir fesih nedenidir. Bununla beraber işçinin fiziki yetersizliği tek başına geçerli bir neden olmayıp söz konusu yetersizliğin yukarıda belirtildiği gibi işyerinin normal işleyişini bozması ve iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engellemesi gerekir. Başka bir deyimle işçinin yetersizliği ile yapmakta

⁴⁹⁴ SÜZEK s.452

⁴⁹⁵ SÜZEK, s.452

olduğu iş arasında bir illiyet bağının kurulması zorunludur.⁴⁹⁶ Bu konudaki yetersizlik esas itibarıyla işçinin hastalığı veya kazaya uğraması nedeniyle ortaya çıkar.⁴⁹⁷

Hastalık veya kaza nedeniyle uzun süren ise devamsızlık kural olarak bir geçerli fesih nedenidir. Bu konuda İş Kanununda bir düzenleme getirilmiştir. Anılan yasanın 18. maddesinin f fıkrası uyarınca "Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık" geçerli bir neden oluşturmaz. Adı geçen hükme göre ise "(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar".⁴⁹⁸

Daha sonra ayrıntılı olarak görüleceği gibi işçinin "kendi kastı", "derli toplu olmayan yaşayışı" veya "içkiye düşkünlüğü" (İK 25/1, a) dışında herhangi bir nedenle hastalanması veya kazaya uğraması halinde, işyerine devamsızlığı İş Kanununun 17. maddesinde öngörülen bildirim sürelerini altı hafta aşarsa işveren lehine haklı nedenle fesih hakkı doğar. İş Kanununun 18. maddesinin f fıkrasında da geçerli nedenle fesih hakkının doğumunun da aynı devamsızlık süresine bağlanmasıyla, sadece haklı nedenle fesih hakkının kullanılabilmesi için değil süreli fesih hakkının kullanılabilmesi için de aynı sürenin geçmesi gerekecektir. İşçinin hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlığı belirtilen askı süresini aşmıyorsa işverence yapılan süreli fesih geçersiz sayılır.⁴⁹⁹ Bu durumda anılan süreler dolduktan sonra işveren süreli fesih yerine haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanmayı tercih edebilir.

Buna karşılık, işçinin sık sık hastalanması konusunda uzun süren hastalıktan farklı olarak İş Kanununda bir düzenleme bulunmadığından sık sık hastalanma iş

⁴⁹⁶ GÜZEL, İş Güvencesi, 44-45

⁴⁹⁷ ULUCAN, İş Güvencesi, s.48; GÜZEL, İş Güvencesi, s.50 vd

⁴⁹⁸ SÜZEK, s.453

⁴⁹⁹ EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.137-138. Buna karşılık süreli fesih hakkının kullanılabilmesi için belirtilen sürelerin geçmesinin beklenmeyeceği, hastalığın altı hafta sürmesinin yeterli olduğu görüşü için bkz. EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 9

görme ediminin gerektiği şekilde ifa edilmesini devamlı olarak olumsuz etkiliyor, işyerinin normal işleyişini bozuyorsa, işveren geçerli olarak süreli fesih hakkını kullanabilir.⁵⁰⁰ Bu hakkın doğup doğmadığını olayın özelliğini göz önünde tutarak yargıç belirleyecektir.

Belirtelim ki, hastalık nedeniyle uzun süreli devamsızlık yapmamakla veya sık sık hastalanmamakla birlikte işçinin sağlık durumu belirli bir (ağır) işte çalışmasına olanak tanımaz. Bu durumda işveren gözetme borcu gereği işyerinde işçiye sağlık durumuna uygun bir iş vermek zorundadır. Ancak işyerinde bu nitelikte bir işin bulunmaması veya sağlık durumuna uygun işte işçinin çalışmayı kabul etmemesi halinde işveren geçerli fesih hakkını kullanabilir.⁵⁰¹

Nitekim Yargıtayın bir kararında bu konuda şu ifadelere yer verilmiştir: "Davacı işçi davalıya ait işyerinde çalışırken kalp rahatsızlığından dolayı ağır işlerde çalıştırılmaması şeklindeki doktor raporunu işverene ibraz ederek hafif işlerde çalıştırılmasını istemiş davalı işveren işyerinin ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığı bir yer olduğunu bildirmek suretiyle disiplin kurulu kararı doğrultusunda sözleşmenin feshi yoluna gitmiştir... işçinin devamsızlığı da yoktur... Davacının... hafif işlerde çalışabileceği konusunda mahkemece araştırma ve inceleme de yapılmış değildir... Açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre ihbar tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalıdır".⁵⁰² Her ne kadar bu karar iş güvencesi hükümleri yürürlüğe girmeden verilmişse de, kanımıza göre bugün için de geçerlidir. Yapılan feshin geçerli sayılabilmesi için kararda belirtildiği gibi, bu durumdaki işçinin işyerinde daha hafif işlerde çalıştırılabilme olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir.⁵⁰³

Gerek iş hukuku öğretisi⁵⁰⁴ gerek Yargıtay kararlarına⁵⁰⁵ göre yaşlılık veya yaşlılık aylığına hak kazanmış olmak tek başına geçerli bir fesih nedeni sayılmaz. Çünkü yaşlılığın etkisi kişiden kişiye çok değişir. Yaşlılık ancak işçinin verimini

⁵⁰⁰ SÜZEK, s.453

⁵⁰¹ ULUCAN, İş Güvencesi, s.48

⁵⁰² Y9HD, 4.5.1999, 4497/8393, EKONOMİ, **1999 Yılı Emsal Kararları**, Ankara 2002, s.186–187

⁵⁰³ ULUCAN, İş Güvencesi, s. 48.

⁵⁰⁴ SÜZEK, Fesih, s.127; EKONOMİ, İş Güvencesi, s.9; ULUCAN, İş Güvencesi, S.49.

⁵⁰⁵ Y9HD, 11.12.2003. 20222/20604, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s.650–651. Y9HD, 27.10.2003, 18257/17985, TÜHİS, Kasım 2003,44–46; Y9HD, 10.11.2003, 18926/18920, İşveren D, Aralık 2003, s. 21–22; Y9HD, 15.4.2004, 6141/7644, İHSGHD, Temmuz-Eylül 2004, s.1006–1007. Y9HD, 19.1.2004, 22196/261, Tekstil İşveren D, Ağustos 2004, s. 36–37

ciddi bir biçimde olumsuz etkiliyor, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesine engel oluştuyorsa geçerli bir fesih nedeni olabilir. Bununla beraber, bu hak da işverenin işçiyi gözetme borcuna ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde kullanılmalı, yaşlılık nedeniyle iş veriminde belirli bir azalma olan işyerine yıllarını vermiş kıdemli bir işçinin, iş akdine son verilmesi geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmemelidir.⁵⁰⁶ En azından bu işçinin yaşlılık aylığına hak kazanması beklenmelidir.

Bunun gibi işyerinde işçi çıkarmayı zorunlu kılan işletme gerekleri söz konusu ise, bu nedene dayanarak iş akitleri feshedilirken öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin seçilmesi mümkündür. Nitekim yukarıda anılan Yargıtay kararlarında salt emekliliğin geçerli fesih nedeni olmadığı, mevzuatımızda iş akdi ile çalışan bir kişi için çalışma yaşı üst sınırı olmadığı belirtilmiş, ancak işverence ileri sürülen işletme gerekleri ve işgücü ihtiyaç fazlası bulunmadığı için yapılan fesihler geçersiz sayılmıştır. Görüldüğü gibi, kural olarak işçinin yaşlılığı veya yaşlılık aylığına hak kazanması feshin geçerli olup olmadığı konusunda tek başına bir anlam ifade etmemekte, geçerli fesih nedeni olarak ayrıca işçinin fiziki veya mesleki yetersizliğinin veya işletme gereklerinin varlığı gerekmektedir.⁵⁰⁷

ii. İşçinin Mesleki Yetersizliği

İşçinin mesleki yetersizliği kural olarak geçerli fesih nedenidir. İş Kanununun gerekçesinde de belirtildiği gibi işçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışması iş akdinin feshi için geçerli bir neden sayılmalıdır. İşçinin yapacağı işin gerektirdiği niteliklere veya eğitime ya da diplomaya sahip olması bu konuda yeterli değildir, çalışmasında bu niteliklere uygun verimi ve performansı da göstermesi gerekir.⁵⁰⁸

İşçi belirli bir işi görme konusunda gerekli mesleki niteliklere sahip olmakla birlikte gerektiği kadar çalışmıyorsa veya dinamizm, inisiyatif kullanma, çabuk karar alma vb. konularda eksiklikler gösteriyorsa mesleki yetersizliğe dayanan geçerli fesih nedenleri ortaya çıkabilir. Aynı şekilde, işçinin yaptığı işe yatkın olmaması, mesleğe uyum yetersizliği, işe yoğunlaşmasının ve dikkatinin azalması, aynı çalışma

⁵⁰⁶ SÜZEK, Fesih, s.127.

⁵⁰⁷ SÜZEK,455

⁵⁰⁸ SÜZEK, Fesih, s.126; EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 8; UÇUM, İş Güvencesi, s.1392–1393.

temposunu sürdürememesi, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği gibi haller mesleki yetersizliğe diğer deyişle verim ve performans eksikliğine dayanan geçerli fesih nedenleridir.⁵⁰⁹

İşçinin mesleki yeterliliğinin statik bir biçimde değerlendirilmemesi gerekir. İşyerinde uygulanacak bilimsel ve teknolojik değişimlere ve yeni yöntemlere uyarlanma yeteneğine sahip bulunmayan işçinin sözleşmesinin süreli feshi geçerlidir.⁵¹⁰

Yargıtay geçerli bir fesih nedeninin doğması için, işçinin aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü göstermesi ve bunun sürekli olması gerektiğini karara bağlamaktadır. Yüksek mahkemeye göre "Davalı işveren; ısıtıl işlem sanayi fırın işçisi olarak 2.1.2001 den beri çalışan davacının son bir yıldır diğer çalışanlara göre verimsiz çalışıp fırını çok fazla atıl bıraktığından 14.4.2003 günlü ihtarla uyarıldığını... Yazılı savunması alınarak üretimi % 11,9 değerinde düşürmesi nedeniyle kıdem, ihbar tazminatı ödeyerek 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesine göre geçerli nedenle feshettiğini savunmuştur... Mahkemece uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak; yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun arızı mi, yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. madde içeriğinde değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır".⁵¹¹

Yukarıda belirtilen geçerli fesih nedenlerine işçinin mesleğini yürütebilmesi için gerekli resmi izni kaybetmesi de eklenmelidir. Örneğin, yabancı işçinin çalışma izninin kaldırılması veya şoförün ehliyetinin alınması ya da pilotun uçuş lisansının uzatılmaması iş akdinin süreli feshinde geçerli neden oluşturur.⁵¹²

⁵⁰⁹ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.9; SÜZEK, Fesih, s.126-127; CENTEL, Geçerli Neden, s.11-12; MOLLAMAHMUTOĞLU, 561

⁵¹⁰ SÜZEK, Fesih, s.126-127.

⁵¹¹ Y.9HD, 24.6.2004, 3740/15625, Çimento İşveren D, Eylül 2004, s. 63-64.

⁵¹² ULUCAN, İş Güvencesi, s. 49-50; EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 10

b. İşçinin Davranışları

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işçinin davranışları da geçerli bir süreli feshe neden olabilir. İK 25'de derhal fesih için öngörülen nedenler kadar ağır olmamakla birlikte işin normal yürüyüşünü ve işyerindeki uyumu olumsuz etkileyen işçinin davranışları geçerli fesih nedenleridir. Yasanın gerekçesinde de ifade edildiği gibi "İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler". Kuşkusuz geçerli fesih nedenleri her şeyden önce işçinin iş akdine aykırı davranışlarından kaynaklanır. Ancak, sözleşmenin süreli feshine olanak tanıyan nedenler işçinin sadece iş akdine veya iş görme borcuna aykırı davranışları ile sınırlı değildir. Onun davranışı bir akde aykırılık oluşturmada da aşağıda belirteceğimiz koşulları taşıyorsa geçerli bir feshe neden olabilir.⁵¹³

İş Kanununun gerekçesinde geçerli bir feshe neden olabilecek işçinin davranışları konusunda örnekler verilmiştir. Yasanın gerekçesine göre: "İşverene 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" geçerli fesih nedenleridir. Kuşkusuz, işçinin davranışlarına dayanan geçerli fesih nedenlerini sınırlı bir şekilde saymak mümkün değildir.⁵¹⁴ Yargıç olayın özelliğine göre işçinin davranışının işin normal işleyişini veya işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyip etkilemediğini kararlaştıracaktır.

i. Geçerli Feshe Neden Olan Davranışlar ile Haklı Fesih Nedenleri Ayrımı

İşçinin geçerli bir feshe neden olabilecek davranışları İş Kanununun 25. maddesinde öngörülen ve derhal fesih hakkı tanıyan haklı nedenlerden farklıdır. Ne

⁵¹³ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.10; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 50–52; GÜZEL, İş Güvencesi, s.54

⁵¹⁴ SÜZEK, s.457

var ki, yasanın gerekçesinde yer alan ve geçerli fesih nedeni olarak gösterilen örneğin "arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak" İK 25/II, e' de yer alan haklı fesih nedeniyle örtüşür. Aralarında ağırlık farkı bulunan geçerli (sürelî) fesih nedenleriyle İş Kanununun 25. maddesinde öngörülen bazı haklı fesih nedenlerini birbirinden ayırmak güçlük arz etmektedir.

Bu konuda İş Kanununun gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: "Kanunun 25 inci maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak; maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacaktır". Yargıç aradaki ağırlık farkını göz önünde tutarak her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında ölçülülük ilkesine uygun olarak bir oransızlık olmamasına dikkat edecektir.⁵¹⁵

Bu sorunun çözümünü kolaylaştırmak için İş Kanununun 25. maddesinin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Söz konusu maddede yapılacak değişikliklerle iki fesih türüne yol açan nedenler arasındaki farklar belirgin hale getirilmeli, İK 25 'de öngörülmüş bazı hükümler yeniden düzenlenerek ve iş güvencesi amacı da gözetilerek bu fesih türleri arasında uyum sağlanmalıdır.⁵¹⁶

Kanımıza göre, iş akdinin feshinde geçerli nedenlerle haklı nedenler arasındaki farklılık, bu sözleşmede taraflar arasında bulunması gereken güven ilişkisinin sarsılması veya güven temelının çökmesi ile açıklanabilir. Daha önce görüldüğü gibi, sürekli borç ilişkilerinin, bu arada iş akdinin ortak özelliği taraflar arasında sıkı bir kişisel güven ilişkisi kurmasıdır. Taraflar sadece o andaki değil ileride de sürecek edimlerin ifa edileceğine, belirli davranışların devam edeceğine güvenerek iş ilişkisi kurarlar. Bu nedenle, sürekli borç ilişkileri kuran iş akdi taraflar arasında sıkı, güçlü bir güven ilişkisi yaratır. İş akdinin tarafları karşılıklı olarak bir güven havası içinde borç ilişkisini sürdürmek durumundadırlar. Bu sıkı güven ilişkisi

⁵¹⁵ SÜZEK, Fesih, 26.

⁵¹⁶ SÜZEK, Fesih, s. 25–26; SOYER, 158 Sayılı, s. 293; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 40–41; ÇELİK, s. 203; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 27–28, 37–38; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s.34.

taraplardan birinin davranışı yüzünden sarsılır veya çökerse diğer tarafın artık iş ilişkisini sürdürmesi beklenemez.⁵¹⁷

Taraflardan birinin (işçinin) ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışı sonucunda iş ilişkisine devam diğer taraf (işveren) için dürüstlük kuralları gereği çekilmez hale gelmişse diğer deyimle bu ilişkide bulunması gereken güven temeli çökmüşse iş akdini haklı nedenle derhal fesih hakkı doğar. İş Kanununun 24 ve 25. maddelerinin II. bentleri bu durumu düzenlemektedir.

Buna karşılık işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta bulunmamakta, iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve bu nedenle işverenden iş ilişkisine devamı makul ölçüler içinde beklenemiyorsa İK 18/1 uyarınca geçerli fesih hakkı doğar. Başka bir deyimle, taraflar arasındaki güven temeli henüz çökmemiş ama işçinin davranışı iş ilişkisinde bulunması gereken güveni işverenden ilişkiye devamı beklenemeyecek ölçüde sarsmış ise süreli fesih hakkı kullanılabilir. Fransız iş hukuku öğretisi ve yargı kararlarında haklı olarak geçerli bir fesih için işverenin işçiye güveninin sarsıldığı iddiasının tek başına yeterli olmayacağı, buna karşılık güvenin sarsıldığıнын objektif ve doğrulanabilir olgularla kanıtlanması halinde işveren lehine süreli fesih hakkının doğacağı kabul edilmektedir.⁵¹⁸

Geçerli feshe neden olan işçi davranışları ile haklı fesih nedenlerinin ayrılmasında işçinin kusurunun derecesi de bir ölçüt oluşturur.⁵¹⁹ İşçinin ağır kusurlu davranışları kural olarak işveren lehine haklı nedenle derhal fesih hakkının doğumuna yol açar. Buna karşılık, ağır kusur derecesine ulaşmayan işçinin kusurlu davranışlarına dayanarak işveren geçerli fesih hakkını kullanabilir. İşçinin kusurlu olup olmadığının veya kusurunun derecesinin belirlenmesinde işçinin vasıflarından ve bilgisinden beklenebilecek özen derecesi de önem taşır.

İşverenin süreli fesih hakkını kullanabilmesi için kural olarak işçinin kusurunun ihmale dayanması yeterlidir. Bununla beraber, objektif olarak işverenin güvenini sarsacak boyutlara ulaşmayan ve işyerinin işleyişini ve uyumunu olumsuz

⁵¹⁷ SÜZEK, Askı, s. 37

⁵¹⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 46, SÜZEK, Fesih, s. 130 ve dn. 214.

⁵¹⁹ SÜZEK, s.459

etkilemeyen işçinin hafif kusurlu davranışları geçerli bir feshe neden olmamalıdır. Bu gibi davranışlar, belki uyarma, kınama gibi daha hafif yaptırımlara tabi tutulabilir.⁵²⁰ Aynı şekilde, işçinin davranışı objektif olarak işverenin güvenini sarsacak nitelikte olmakla birlikte, işveren davranışları ile bunun üzerinde durmadığını göstermiş, örneğin işçiyi terfi ettirmiş veya ücretine zam yapmışsa daha sonra bu nedene dayanarak iş akdini geçerli olarak feshedemez.

Gerçekten, sürekli borç ilişkileri yaratan iş akdinde tarafların her türlü hafif kusuru fesih hakkının doğumuna yol açmamalıdır. Çünkü sürekli bir borç ilişkisine giren kişi, devam edip giden bu süreç içinde işin niteliği gereği ortaya çıkabilecek bazı zorluk ve engelleri, ufak tefek aksaklıkları göze almalıdır.⁵²¹ Bu tür hafif kusurlar ne işyerinin işleyişini olumsuz etkilerler ne de iş ilişkisine devamı makul olarak beklenemeyecek hale getirirler. Örneğin, işçinin alışkanlık haline getirmeksizin çok seyrek olarak işe geç kalması, geçerli bir fesih nedeni sayılamaz. Aynı şekilde Fransız yüksek mahkemesi bir süper market kasiyerinin bir kez meyve veya bir parça peynir yemesini ya da bir kez sadece birkaç santim (kuruş) fark edecek şekilde hesabı yuvarlayarak almasını geçerli bir fesih nedeni olarak kabul etmemiştir.⁵²²

ii. İşçinin Davranışlarına Dayanan Geçerli Fesih Nedenleri

a. İşçinin İşvereni Yanıltması

İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinin a fıkrası uyarınca iş akdinin yapıldığı sırada işçinin bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya koşullar kendisinde bulunmadığı halde bunların bulunduğunu ileri sürerek işvereni yanıltması haklı nedenle derhal fesih nedenidir. İşçi görüşmeler esnasında işvereni yanıltmışsa ve bu durum işyerinin işleyişini olumsuz etkiliyorsa geçerli fesih nedeni doğmuş olur. Örneğin, çok iyi derecede yabancı dil bildiğini söyleyerek işe giren ancak bu dili orta düzeyde bildiği anlaşılan işçinin işvereni yanıltması, bu dilin ileri derecede bilinmesini gerektiren bir işyerinde haklı nedenle derhal, buna karşılık

⁵²⁰ UÇUM, İş Güvencesi, s.1389

⁵²¹ SÜZEK, Askı, s. 38.

⁵²² SÜZEK, s. 459

bu düzeyde bilgi gerektirmeyen bir işyerinde işlerin belirli ölçüde aksamasına neden oluyorsa geçerli süreli fesih nedeni sayılabilir.⁵²³

b. İşçinin İşveren Aleyhine Sözler Sarf Etmesi

İK 25/II, b gereğince işçinin, işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması ya da asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması haklı nedenle derhal fesih nedenidir. İşçinin bu ağırlıkta olmamakla birlikte sürekli işveren aleyhine sözler söylemesi ve eleştiriler yapması işyerinde bulunması gereken uyumu olumsuz yönde etkiliyorsa ve işverenden bu durum karşısında iş ilişkisini sürdürmesi makul ölçüler içinde beklenemezse geçerli fesih hakkı doğar.⁵²⁴

Nitekim Fransız yüksek mahkemesine göre işçinin işyeri yönetimi ile işbirliğini reddetmesi ve sistematik olarak yönetim aleyhine sözler söylemesi objektif olarak işverenin güvenini kaybetmesine neden olacak nitelikteyse geçerli fesih nedeni oluşturur.⁵²⁵ Ancak kuşkusuz işçinin yönetime yapıcı bazı eleştiri ve uyarılarda bulunması veya herhangi bir konuda düşünce özgürlüğünü kullanması bu nitelikte sayılamaz. Buna karşılık, tamamen farklı ekonomik görüşlere ve işletmecilik anlayışına sahip bulunması nedeniyle işverenle anlaşamayan üst düzey yöneticisi işçinin iş akdine son verilmesi geçerli bir fesih olarak değerlendirilmelidir.⁵²⁶

c. İşçinin Geçimsizliği

İşçinin işverene veya onun ailesi üyelerinden birine ya da işverenin başka bir işçisine sataşması derhal fesih nedenidir (İK 25/11, d). Buna karşılık bir sataşma diğer deyimle dövmeye ve hakaret söz konusu olmaksızın işçinin, yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi "amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi" davranışlarda bulunması geçerli bir feshe dayanak oluşturabilir. Gerçekten işçinin işverenle, işveren vekilleriyle veya diğer

⁵²³ UÇUM, İş Güvencesi, s. 1390–1391

⁵²⁴ SÜZEK, s.460

⁵²⁵ SÜZEK, s.460

⁵²⁶ SÜZEK, Fesih, s. 129–130.

işçilerle geçimsizliği işyerinin normal işleyişine zarar veriyorsa işveren süreli fesih hakkını kullanabilir.⁵²⁷

Bununla beraber, Fransız yüksek mahkeme kararlarında belirtildiği gibi fesih hakkının doğumu için geçimsizliğin söz konusu işçiden kaynaklanması, onun az çok sürekli bir özelliği olarak ortaya çıkmış bulunması gerekir.⁵²⁸ Bunun gibi, işçiler arasındaki geçimsizliğe işverenin tutumu neden olmuşsa süreli fesih geçersizdir. İşverenin kendisine verdiği emir ve talimata uygun davrandığı için işçilerle anlaşmazlığa düşen şantiye şefinin işine geçimsizlik nedeniyle son verilmesinde durum böyledir.⁵²⁹

d. İşçinin Bağlılığının Yeterli Olmaması

İşverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları, diğer deyimle sadakat borcunu ihlal etmesi bir haklı fesih nedeni oluşturur. İşçinin sadakatsizlik düzeyine ulaşmayan, yetersiz bir bağlılık düzeyinde kalan, iş ilişkisinde bulunması gereken güven temelini çökertmeyen buna karşılık objektif olarak değerlendirildiğinde işverenin güvenini sarsacak davranışları ise geçerli fesih nedenidir.

Örneğin Alman Federal Mahkemesine göre, işçinin iş akdinden doğan tüm yükümlülüklerini yerine getirmesi ve rakip işletmelerde rekabet edecek biçimde çalışmaması koşuluyla bir yan işte çalışması geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilemez. Ancak yan iş yapılmamasında işverenin menfaati varsa ve işçi işverenden izin almaksızın bu işi yapıyorsa, işçinin bu davranışı gösterdiği bağlılığın yetersizliği nedeniyle geçerli bir süreli fesih nedeni oluşturur.⁵³⁰

İş hukuku öğretisinde haklı olarak, yasanın gerekçesinde geçerli fesih nedenleri arasında sayılan işçinin "arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması"nın bir sadakatsizlik göstergesi diğer deyimle haklı nedenle derhal fesih nedeni olduğu ileri sürülmektedir.⁵³¹ Daha önce belirtildiği gibi İş Kanununun 25. maddesi yeniden

⁵²⁷ SÜZEK, Fesih, s.129-131, GÜZEL, İş Güvencesi, s. 47

⁵²⁸ SÜZEK, Fesih, s.129-130 ve orada belirtilen kararlar.

⁵²⁹ SÜZEK, Fesih, s.130-131

⁵³⁰ ULUCAN, İş Güvencesi, s. 55.

⁵³¹ SOYER, 158 Sayılı, s.293, GÜZEL, İş Güvencesi, s.40, ÇELİK, s.203, MOLLAMAHMUTOĞLU, s.566, UÇUM, İş Güvencesi, s.1387.

düzenlenerek haklı fesihle geçerli fesih arasındaki farkların belirgin hale getirilmesi uygun olacaktır.

e. İşçinin Devamsızlığı, Geç Gelmesi ve İşe Yeterli İlgi Göstermemesi

İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinin g fıkrası gereğince işçinin izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü ya da bir ayda üç işgünü işe devam etmemesi halinde işveren haklı nedenle derhal iş akdini feshedebilir. İşçi bu hükümde öngörülen limitleri aşmaksızın devamsızlıkta bulunuyor örneğin her ay düzenli olarak birbirini izlemeyen iki işgünü işe gelmiyorsa İK 25/11, g uyarınca derhal fesih hakkı doğmaz ancak işveren İK 18/1 'e göre işçinin davranışına dayanan geçerli fesih hakkını kullanabilir.

Bunun gibi kıdemli bir işçinin haklı bir nedene (özre) dayanmasa bile bir kez ardı ardına iki işgünü işe devamsızlığının derhal fesih hakkının doğumuna (İK 25/11, g) ve yıllar süren emeğinin karşılığı olan kıdem tazminatı hakkından yoksun kalmasına (EİK 14/1) yol açması adalet ve hakkaniyet duygusunu zorlamaktadır.⁵³² Bu gibi durumlarda, yapılacak yasa değişikliğinde işverence yapılan feshin olayın özelliğine göre bir haklı fesih değil, işçiyi tazminat haklarından yoksun bırakmayan bir geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

İş Kanununun gerekçesinde de belirtildiği gibi işçinin sık sık işe geç gelmesi İK 18/1'e göre iş akdinin geçerli feshine yol açabilecek bir davranıştır.⁵³³

Aynı şekilde, işçinin izin almaksızın sık sık iş süresinin bitiminden önce işten ayrılması da geçerli fesih nedeni sayılır. Buna karşılık Fransız Yüksek Mahkemesince de kararlaştırıldığı gibi işçinin iş süresinin bitiminden bir kaç dakika önce düş almak için işi bırakması geçerli bir feshе dayanak yapılamaz.⁵³⁴ Ancak işçinin bu tutumunun da süreklilik kazanmaması gerekir.⁵³⁵

Diğer yandan, işçinin işyerinde süreklilik kazanan ve işe olan ilgisinin ve sorumluluk duygusunun yetersizliğini gösteren davranışları da geçerli feshе neden olabilir. Yasanın gerekçesinde yer alan işçinin işyerinde iş akışını durduracak şekilde

⁵³² SÜZEK, Fesih, s.25

⁵³³ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 56; EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 28; SÜZEK, Fesih, s.128

⁵³⁴ SÜZEK, Fesih, s.128–129, dn. 206

⁵³⁵ SÜZEK, s.463

uzun telefon görüşmeleri yapması, işini aksatarak işyerinde dolaşması, devamlı esas çalışma yerinin dışında bulunması, iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkiye girmesi ve uzun sohbetlerde bulunması bu gibi davranışlara örnek olarak gösterilebilir.⁵³⁶

f. İşçinin Görevini Yerine Getirmekte Yetersizliği

İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinin h fıkrası gereğince işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi bir haklı fesih nedenidir. Buna karşılık, yasanın gerekçesinde işçinin "işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine" getirmesi geçerli fesih nedeni olarak gösterilmiştir. İşçi aşağıda görüleceği gibi hatırlatmaya (uyarıya) rağmen, görevini hiç yerine getirmemişse işveren haklı nedenle derhal, eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirirse süreli fesih hakkını kullanabilir.⁵³⁷

Yargıtay, işçinin görevini yerine getirmemesi ile ilgili olarak verdiği bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: "İşverenin 22.9.2003 günlü yazısı ile; hizmet akdinin 4857 sayılı İş Yasasının 25/2 maddesinin e ve h fıkraları gereğince tazminatsız feshinin gerektiğini ancak kıdemi ve sosyal konumu nedeniyle tazminatsız fesih hakkından vazgeçerek aynı yasanın 17 ve 18. maddelerine göre kıdem ihbar tazminatını ödeyerek feshedildiğini davacıya bildirdiği uyuşmazlık konusu değildir... davacının asli görevlerinden olan eğitim semineri vermek görevini önce yapmayacağını bildirmesi, işverenin ihtar niteliğindeki yazısından sonra bu semineri vermeye itiraz etmemesine rağmen seminer için duyurusu yapılan tarihten iki gün önce... Rapor aldığı... ve bu konularla ilgili savunması istendiğinde savunma yerine raporunu yeniden ibraz ile yetinmesi; profesyonellik, çağdaş çalışma ilkeleri... ile bağdaşmaz. Bu durum 4857 sayılı İş Yasasının 18/1. maddesinde sözü edilen ve işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir sebeptir".⁵³⁸ Uyuşmazlık konusu olayda işçinin ilk önce eğitim görevini yerine getirmekten kaçındığı, yapılan ihtar (uyarı) üzerine de -kararın tümü okunduğunda anlaşıldığı üzere güçlü bir olasılıkla- sırf bu görevden kaçabilmek için rapor aldığı görülmektedir. Bu durumda işveren İK 25/II, h uyarınca sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilirdi. İşveren, işçiyi korumak,

⁵³⁶ SÜZEK, s.463

⁵³⁷ ULUCAN, İş Güvencesi, s.37-38, 51; GÜZEL, İş Güvencesi, s.56; SÜZEK, Fesih, s.128

⁵³⁸ Y9HD, 3.3.2004. 1389/4190, İHSGHD, Temmuz-Eylül 2004, s.1029-1030

tazminat haklarından yoksun bırakmamak için İK 18/1 uyarınca işçinin davranışına dayanan geçerli bir fesih yapmıştır.

g. İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi

İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinin 1 fıkrasına göre işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işverenin makinelerini, tesisatını veya başka eşya ve maddelerini otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması haklı nedenle derhal fesih nedenidir. Buna karşılık işçinin işverene kusuruyla verdiği zarar otuz günlük ücretinin tutarından az ise, işveren derhal fesih hakkını kullanamaz ancak İK 18/1 "e göre süreli fesih hakkını kullanma olanağına sahiptir. Kuşkusuz işin gereği olarak işçinin işverene verdiği bazı küçük zararlar, sıkça tekrarlanmaması koşuluyla geçerli bir feshe dayanak oluşturmaz.⁵³⁹

h. Diğer Haller

Yukarıda uygulamada en çok ortaya çıkabilecek işçinin davranışlarına dayanan geçerli fesih nedenleri ele alınmıştır. Çalışma yaşamında meydana gelebilecek tüm geçerli fesih nedenlerini burada sistematize etmek ve tüketmek mümkün değildir. Yukarıda belirtilen nedenlere işçinin davranışlarına dayanan diğer geçerli fesih nedenlerini eklemek mümkündür. Örneğin işveren, işveren vekilleri ve işçiler hakkında işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde dedikodu yapmak, diğer işçilerden sürekli borç istemek, işverenin kapısını dinlemek, işyerinde iş güvenliğini tehlikeye (İK 25/11, 1) düşürme de işverenin yönetim hakkına dayanarak işyerinin belirli bölümlerinde koyduğu sigara içme yasağına uymamak, işveren tarafından verilen, sağlanan eğitimlere katılmamak, yeni iş yöntemlerini öğrenmekten kaçınmak, diğer işçilere cinsel taciz niteliğinde (İK 25/II, c) olmamakla birlikte uygunsuz sayılabilecek davranışlarda bulunmak, müşterilere saygısız ve nezaketsiz davranmak, kötü şakalar yapmak, müşterilerin haklı şikâyetlerine yol açmak, işverenin haberi olmadan işveren vekilinin eşinin aynı konuda bir şirket kurması, işçi ile işveren ilişkisinin işin niteliği gereği karşılıklı sıkı bir güveni gerektirmesi halinde işçinin işverenden habersiz yeni bir iş araması⁵⁴⁰ vb. haller olayın özelliğine göre işin normal işleyişini veya işyerindeki uyumu olumsuz etkiliyor, objektif bir

⁵³⁹ SÜZEK, s.461

⁵⁴⁰ SÜZEK, Fesih, s.128 vd; Güzel, İş Güvencesi, s. 57–58.

değerlendirme sonucunda işverenin güvenini sarsacak nitelikte olup, iş ilişkisinin sürdürülmesini makul ölçüler içinde beklenemez kılıyorsa geçerli fesih nedeni sayılırlar.⁵⁴¹

C. Geçerli Fesih Nedenlerinin Bulunmaması

1. Yasada Yer Alan Nedenler

İş Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasında 158 sayılı uluslararası çalışma sözleşmesinin 5 ve 6. maddelerine hemen hemen paralel şekilde süreli fesih için geçerli bir neden oluşturmayan haller sayılmıştır. Adı geçen fıkra göre;

- 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, nedeniyle işverence iş akdi feshedildiği takdirde yapılan fesih geçersiz sayılır.

Görüldüğü gibi uygulamada en çok rastlanan ve işçinin önemli hak ve özgürlükleri ile ilgili geçersiz fesih nedenleri yasada açıkça öngörülmüştür. Yasanın gerekçesinde de bu konuda şu anlatıma yer verilmiştir: "Maddede ayrıca özellikle fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar da tek tek ve ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır. Böylece iş yasaları ile özellikle güvence altına alınmış olan bazı hak ve özgürlükler hiçbir şekilde fesih için geçerli bir sebep oluşturamayacaklardır. Bu konu yoruma yer vermeyecek bir biçimde hükme bağlanmıştır." Her şeyden önce

⁵⁴¹ SÜZEK, s.465

belirtelim ki, fesih hakkının kötüye kullanılması oluşturan nedenlerle süreli fesih nedenleri paralellik gösterdiğinden fesih hakkının kötüye kullanılması konusunda anlatılanlar bu konuda da geçerlidir.⁵⁴²

Kuşkusuz geçersiz fesih nedenleri İş Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasında sayılanlarla sınırlı değildir. Ancak süreli feshi geçersiz kılan nedenlerin eksiksiz olarak saptanması da mümkün değildir. Yasada belirtilen haller, benzer olaylar için örnek oluşturacaktır. Geçersiz fesih nedenleri iş ilişkileri içinde ortaya çıkacak ve işveren tarafından ileri sürülen nedenlerin İK 18/1'de yer alan koşullara uygun olup olmadığı yargı organı tarafından değerlendirilecektir.

Bununla beraber, taşıdığı önem nedeniyle işçinin özel yaşamının geçerli bir fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağı üzerinde durulmalıdır. Yasanın gerekçesinde bu konuda şu anlatıma yer verilmiştir: "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". O halde, işçinin özel yaşamı işin normal işleyişini ve işyerindeki uyumu olumsuz etkilemediği takdirde geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmemelidir.⁵⁴³ Buna karşılık, Fransız yüksek mahkemesi tarafından, evli ve çocuk babası bir şefin, işyerinde çalışan genç bir kadın işçi ile ilişki kurması işyerinin düzenini ihlal edici nitelikte bulunduğundan yapılan fesih bir hakkın kötüye kullanılması (geçersiz) sayılmamıştır.⁵⁴⁴

Öte yandan, işçi ile işveren arasında anlaşmazlığa yol açan olay işverenin ahlak veya hukuk dışı taleplerinin sonucu ise, örneğin işveren işçiye muhasebe defterlerinde usulsüzlük yapmasını veya fazla çalışmaya ilişkin yasal tavanın üzerinde çalışmasını önermişse, bu önerilerin reddi üzerine iş akdinin feshi geçersiz sayılmalıdır.⁵⁴⁵

2. İşletme Gereklerinin ya da İşçinin Yetersizliğinin veya Davranışlarının Bulunmaması

Yukarda belirtilen yasada yer alan geçersiz fesih nedenlerinin (İK 18/3) varlığı halinde işverence yapılan feshin geçersiz sayılacağı kuşkusuzdur. Ancak

⁵⁴² SÜZEK, Fesih, s. 131 vd, 139 vd, 146 vd.

⁵⁴³ SÜZEK, Fesih, s. 150–152; GÜZEL, s.48, 58

⁵⁴⁴ SÜZEK, Fesih, s.151.

⁵⁴⁵ SÜZEK, Fesih, s.130

geçersiz fesih nedenleri bu hallerle sınırlı olmadığı gibi işverence ileri sürülen daha önce gördüğümüz fesih nedenlerinin gerçek olmaması halinde de geçersiz bir fesih ortaya çıkar. Başka bir anlatımla, iş akdini fesheden işveren İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında yer alan işletme gereklerini ya da işçinin yetersizliğini veya davranışlarını ileri sürmüş ama bu nedenler gerçekte mevcut değilse, işveren tarafından gerçek niyetini gizlemek amacıyla bir bahane olarak kullanılmışsa yapılan fesih geçersizdir.⁵⁴⁶

Esasen feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir (İK 20/2). Bildirdiği fesih nedeninin varlığını ispatlayamazsa işveren geçersiz fesih yapmış duruma düşer. Nitekim Yargıtay birçok kararında işletme gereğinin veya işçinin verimsizliğinin varlığının işverence ispatlanamaması nedeniyle feshin geçersizliği sonucuna varmıştır.⁵⁴⁷

Sadece anılan nedenlerin bulunmaması halinde değil, işyerinde işgücü fazlalığının ortaya çıkmaması⁵⁴⁸, feshin son çare olmaması diğer deyişle fesihe ulaşmak istenen sonuca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşılabilmesinin mümkün olması halinde de işverence yapılan süreli fesih geçersizdir.

Kimi işverenler daha ucuz emek bulmak amacıyla işçilerin iş akitlerini feshetmek isteyebilirler. Ülkemizin emek piyasasının koşulları, büyük bir emek arzı fazlasının söz konusu olması nedeniyle buna olanak tanıyacak niteliktedir. Bazı işverenler bu ortamdan yararlanarak yüksek ücretle çalışan ve toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçilerin sözleşmesini feshetmek, yerlerine asgari ücretle yeni işçi almak isteyebilirler.

Yukarıda belirttiğimiz koşullar söz konusu değilse, işletme verimli ve karlı çalışıyorsa, rekabet yeteneği tehlikede değilse, teknolojik zorunluluklar yoksa işverenin sadece işçi ücretlerinden tasarruf etmek, bu yolla maliyeti düşürmek amacıyla iş akitlerini sona erdirmesi geçerli sayılamaz.⁵⁴⁹ Nitekim Yargıtay da bir

⁵⁴⁶ SÜZEK, Fesih, s.128–129.

⁵⁴⁷ Y9HD, 8.9.2003, 1323/1525, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 676–679; Y9HD, 29.12.2003, 23204/22988, İşveren D, Şubat 2004, s.16–18

⁵⁴⁸ Y9HD, 29.12.2003, 23204/22988, İşveren D, Şubat 2004, s. 16–18

⁵⁴⁹ SÜZEK, Fesih, s. 116–117; ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 55, 66 ve bu yazarlar tarafından belirtilen Fransız yüksek mahkemesi kararları.

kararında bu konuda şu anlatıma yer vermiştir: "Davalı çalıştırdığı bu işçilerin okulun tatil olduğu aylar içinde aylıklarının ödenmesinin kendisine fazla yük getirdiğini ileri sürerek daha az ücret ödeyeceği işçileri çalıştırmak amacı ile mevcut işçilerin sözleşmelerinin feshedildiğini savunmuştur. Bu savunma 4857 sayılı İş Kanununun ilgili hükümlerinde yer alan geçerli sebep olarak kabul edilemez".⁵⁵⁰

D. İş Akdinin Feshinde Usul

1. Feshin Yapılma Süresi

Geçerli bir fesih nedeninin doğması halinde işverenin hangi süre içinde sözleşmeyi feshedebileceği konusunda İş Kanununda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Geçerli fesih nedenlerinin farklı özellikler taşıması nedeniyle haklı nedenle fesih hakkının kullanılması konusunda İK 26/1'de öngörülmüş olan hak düşümü süresinin (altı işgünü) geçerli fesihler için getirilmemiş olması isabetlidir. Süreli fesihlerde, fesih bildiriminin geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasından itibaren iyi niyet kurallarına göre makul bir süre içinde yapılması uygun olacaktır.⁵⁵¹

2. Fesih Bildiriminin Yazılı Yapılması

İş Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasına göre "İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak... zorundadır". İşçinin, yazılı fesih bildirimini imza karşılığı almaktan kaçınması halinde durum tutanakla tespit edilir (İK 109).

İş hukuku öğretisinde belirtildiği gibi fesih bildiriminin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik koşuludur.⁵⁵² Çünkü İş Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasında sadece bildirimin yazılı olması değil ayrıca fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu da getirilmiştir. Fesih nedeninin "açık ve kesin" bir biçimde belirtilmesi ise ancak yazılı şekil yoluyla gerçekleştirilebilir. O halde fesih bildirimi yazılı şekilde değil de sözlü yapılmışsa başka herhangi bir araştırmaya gidilmeksizin geçersiz sayılacaktır.

⁵⁵⁰ Y9HD. 11.12.2003, 19269/20526 ve CENTEL'in incelemesi. Tekstil İşveren D, Mart 2004, s. 34–36

⁵⁵¹ ÇELİK, s. 202; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.138, Geçerli fesih yapılmadan önce işçiye bir uyarının yapılması yapılmaması konusunda bkz. ÇELİK, s. 201; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 54, 56; SOYER, 158 Sayılı, s. 281; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.562–563.

⁵⁵² ÇELİK, s. 208–209; ULUCAN, İş Güvencesi, s.73; TAŞKENT, İş Güvencesi, s. 41, EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s.34; TUNCAY, İş Güvencesi, s. 9; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 88; DEMİR, s.128, MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 567; EKMEKÇİ, Ömer, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 169

Belirtelim ki, fesih bildiriminin yazılı yapılmasının bir geçerlilik koşulu olması iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkileri bakımından söz konusudur. Buna karşılık daha önce de görüldüğü gibi iş güvencesinin kapsamına girmeyen süreli fesih bildirimlerinde yazılı şekil bir geçerlilik koşulu niteliği taşımaz.⁵⁵³

3. Fesih Nedeninin Açık ve Kesin Bir Şekilde Belirtilmesi

İş Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasına göre "İşveren... fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır". 1475 sayılı İş Kanunu döneminde tüm işçiler bakımından süreli fesihte bulunan işveren fesih nedenini bildirmekle yükümlü değildi. İşçi açacağı dava süreci içinde bu nedeni öğrenebiliyordu. Oysa İK 19/1 uyarınca iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde işveren yazılı olarak yapacağı fesih bildiriminde fesih nedenini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır.

İşveren işçiye bildirdiği fesih nedeni ile bağlıdır, bunu sonradan değiştiremez. Bundan başka, İK 19/1'de fesih nedeninin "açık ve kesin" bir şekilde belirtilmesi yükümlülüğü getirildiğinden kanımıza göre işveren çok genel ve muğlak ifadelerle yetinemez. İşçiden kaynaklanan nedenler söz konusu olduğunda sadece işçinin yetersizliği veya davranışları nedeniyle sözleşmenin feshedildiğinin belirtilmesi yeterli değildir. İşçinin hangi açıdan yetersiz olduğu veya hangi davranışlarının süreli feshine yol açtığı yazılı bildirimde yer almalıdır. Aynı şekilde, her ne kadar işletme ve işin gereğine dayanan işten çıkarmalarda feshin ekonomik nedenlerinin ayrıntılı bir biçimde bildirilmesi gerekmezse de, bu durumda da çok genel ifadelerle (örneğin ekonomik neden, işletme gereği gibi) yetinilmemeli, feshin hangi ekonomik gerekçeyle yapıldığı açıklanmalıdır.⁵⁵⁴ Çünkü fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması gibi fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi de bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir. İş Kanununun 20. ve 21. maddelerinin birinci fıkralarında süreli fesih bildiriminde "fesih nedeninin gösterilmemesi", "fesih nedeninin geçerli olmaması" ile eşdeğerde tutulmakta ve sırf nedenin belirtilmemesi feshi geçersiz hale getirmektedir.⁵⁵⁵

⁵⁵³ SÜZEK, s.468

⁵⁵⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 568; UÇUM, İş Güvencesi, s. 1396-1397

⁵⁵⁵ ÇELİK, s. 208-209; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 88. Aynı yönde. Y9HD, 11.9.2003, 14676/14287, GÜZEL, İş Güvencesi, s. 88-89, dn. 205. Y9HD, 27.10.2003, 18040/18119, TÜHİS, Kasım, 2003, s. 37-38.

4. İşçinin Savunmasının Alınması

158 sayılı ILO sözleşmesinin 7. maddesine uygun olarak getirilen İş Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Yasanın gerekçesine göre de "Belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir... Kuşkusuz, İş Kanunu m. 26 ncı (25.) maddesinin (II) numaralı bendindeki şartlar gerçekleşmiş ise, işveren buna göre bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecektir".

Görüldüğü gibi, İş Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrasında işçinin savunmasının alınması zorunluluğu feshin işçinin davranışına ve verimine dayandırılması halinde getirilmiş, işletme veya işin gereklerine dayanıldığında böyle bir yükümlülük öngörülmemiştir. Esasen, işçiden kaynaklanmayan, onunla bir ilgisi bulunmayan, işletme gereği fesihlerde işçinin kendisini savunması mümkün olmadığı gibi bunun bir anlamı da yoktur. Buna karşılık işverenin İş Kanununun 25. maddesinin II. bendine dayanarak yaptığı haklı nedenle derhal fesihlerde işçinin savunmasının alınmayacağını öngören İş Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesini isabetli bulmak mümkün değildir.⁵⁵⁶

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında işçinin davranışından veya yeterliliğinden kaynaklanan nedenler geçerli neden olarak kabul edildiği halde İK 19/2'de feshin işçinin davranışına veya verimine dayandırılması halinde savunmanın alınmasının gerekli olduğu hükme bağlanmıştır. Maddede "yeterlilik" yerine "verimlilik" kavramı getirildiğinden, hükmün lafzı verimsizlik dışında kalan yetersizlik hallerinde savunmanın alınmasına gerek bulunmadığı gibi bir sonuca ulaşmaya⁵⁵⁷ müsait görünmektedir. 158 sayılı ILO sözleşmesinin orijinal Fransızca metninde (m. 7), fesih işçinin davranışına veya çalışmasına/işine (travail) ilişkin nedenlere dayandığı takdirde savunmanın alınacağı öngörülmüştür. Buna göre, işçinin çalışmasını tüm mesleki veya fiziki yetersizlikler olumsuz yönde

⁵⁵⁶ SÜZEK, s.470

⁵⁵⁷ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.14

etkileyebileceğinden ve İK 18/1 ile 19/2 arasında uyum sağlanabilmesi için İK 19/2'de yer alan işçinin "verimi" sözcüğünü işçinin "yeterliliği" olarak anlamak daha uygun olacaktır.⁵⁵⁸

Savunmanın şekli ve yöntemi konusunda yasada bir hüküm getirilmemiş, amaca uygun olmak koşuluyla uygulamaya bırakılmıştır. Bununla beraber, işçinin savunmasını aldığını kanıtlamak durumunda olan işverenin işçiden yazılı bir savunma alması, ispat kolaylığı sağlayacağından uygun olacaktır. İşçiye fesih nedeni açıkça yazılı olarak bildirilmeli, savunma için makul bir süre tanınmalı ve bu süre içinde yazılı savunmasını vermediği takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hatırlatılmalıdır.⁵⁵⁹

İşçinin savunmasının alınmaması, salt bu nedenle süreli feshin geçersizliği sonucunu doğurur.⁵⁶⁰ Yargıtay bir kararında, davacının şahsi dosyasının tetkikinden, fesihten önce davacının savunmasının alınmadığının anlaşılması yanında işçinin iddia edildiği gibi randımsız çalıştığının ispat edilememesi ve iş kazası geçiren işçinin işletmeye karşı dava açması nedeniyle işten çıkarıldığı gerekçelerine dayanarak yapılan feshin geçersizliğine hükmetmiştir.⁵⁶¹ Bu üç gerekçeden her biri yani işçinin savunmasının alınmamış olması (İK 19/2) veya randımsız (verimsiz) çalışmanın kanıtlanamaması (İK 18/1) ya da işçinin dava hakkını kullanması (İK 18/3, c) tek başına yeterli bir geçersiz fesih nedeni oluşturur.⁵⁶²

E. Fesih Bildirimine İtiraz ve Usulü

1. Dava Açma Süresi

İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir". Kuşkusuz işçi anılan hükümde belirtilen nedenlerin yanında yukarıda görüldüğü gibi fesih bildiriminin yazılı yapılmamış, fesih nedeni

⁵⁵⁸ ÇELİK, s.209, SÜZEK, s.470

⁵⁵⁹ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.14; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s. 139; GÜZEL, İş Güvencesi, s.85.

⁵⁶⁰ TAŞKENT, İş Güvencesi, s. 42; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 75; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s.35; EKONOMİ, İş Güvencesi, s.14; GÜZEL, İş Güvencesi, s.85.

⁵⁶¹ Y9HD, 8.9.2003, 19529/20591, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 676-679.

⁵⁶² SÜZEK, 471

bildirilmemiş (İK 19/1) veya savunmasının alınmamış olması (İK 19/2) nedenlerine dayanarak da dava açarak feshin geçersizliği nedeniyle işe iadesini talep edebilir.

İK 20/1 gereğince bir aylık dava açma süresi fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlar. Başka bir deyişle, işverence yapılan yazılı fesih bildiriminin işçiye ulaştığı an bir aylık hak düşümü süresinin işlemeye başladığı tarihtir. İşveren iş akdini bildirim sürelerine uyarak feshetmişse, işçi davayı iş akdinin sona ermesi tarihi olan bildirim sürelerinin sonunda değil, feshin kendisine bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde açmak zorundadır. İş güvencesine ilişkin amaçların ve sonuçların bir an önce gerçekleşmesi için dava açma süresi kısa tutulmuştur. Bu süre geçirildikten sonra dava açılmaz ve yapılan fesih geçerli bir feshin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.⁵⁶³

Nitekim Yargıtay a göre de "Davacıya fesih 25.4.2003 tarihinde bildirilmiş olup, dava 4.7.2003 tarihinde açılmıştır. Anılan maddede düzenlenen süre hak düşürücü süre olup, mahkemece re'sen nazara alınmalıdır. Madde hükmüne göre, fesih tarihinin değil, feshin bildirildiği tarihin esas alınması gerektiği açıktır. Buna göre davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı"dır.⁵⁶⁴

2. Uyuşmazlığın Özel Hakem Tarafından Çözülmesi

İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür". Yasanın gerekçesinin bu konuya ilişkin hükmüne göre de "İş mahkemelerinin çok fazla olan dava yükü göz önünde tutularak, toplu iş sözleşmesi taraflarının öngörmesi veya işçi ile işverenin anlaşması durumunda, uyuşmazlığın özel hakeme götürüleceği kabul edilmiştir". İK 20/son'da özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmasına rağmen bu yönetmelik henüz çıkarılmamıştır.⁵⁶⁵

⁵⁶³ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.14-15; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.139; MOLLAMAH-MUTOĞLU, s.571

⁵⁶⁴ Y9HD, 11.12.2003, 20424/20629 ve TUNCAY'ın incelemesi, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s.533-536, Ayrıca bkz. Y9HD, 20.9.2004, 4385/19461, YKD, Kasım 2004, s. 1690-1691

⁵⁶⁵ SÜZEK, s.472

a. İşçi ve İşverenin Anlaşmasıyla Özel Hakeme Gidilmesi

İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre işçi fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabileceği gibi işçi ile işveren anlaşılırsa uyuşmazlık aynı süre içinde özel hakeme (tahkime) götürülür. Kuşkusuz tarafların özel hakeme gitme konusunda anlaşmaları halinde artık iş mahkemesi yolu kapalıdır. Uyuşmazlık özel hakem tarafından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516 vd. maddeleri uyarınca çözülür. 158 sayılı ILO sözleşmesinin 8. maddesinin 1. fıkrasında da, iş akdinin geçerli bir nedene dayanmaksızın feshedildiği kanısında olan işçinin iş mahkemesine ya da (işverenle anlaşarak) bir özel hakem kuruluna veya hakeme başvurabileceği hükme bağlanmıştır.

İK 20/1'in açık düzenlemesi karşısında işçi ile işveren anlaşarak fesih bildirimi tarihinden itibaren bir ay içinde uyuşmazlığı özel hakeme götürebilirler. Ancak hükümde iş akdi feshedilen işçinin başvurabileceği yollar düzenlendiğine göre, sözleşmenin feshedilmediği dönemde yani iş akdi yapılırken veya sözleşmenin devamı süresince fesih halinde özel hakeme gidilmesinin kararlaştırılması geçersiz sayılmalıdır. Başka bir deyimle, iş ilişkisi kurulurken veya devam ederken ekonomik bakımdan güçsüz ve bağımlı olan işçinin böyle bir koşulu kural olarak serbest iradesi ile kabul ettiği söylenemez. Aynı nedenle özel hakem koşulunun iç yönetmelikte belirtilmesi de geçerli sayılamaz. O halde uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesi ancak iş akdinin fesih bildiriminin tebliğinden sonraki bir ay içinde işçi ve işveren tarafından kararlaştırılırsa geçerli olur.⁵⁶⁶

Yukarıda belirtildiği şekilde kararlaştırılan özel hakem koşulu sadece iş akdinin feshinin geçerli olup olmadığı ve bunun hukuki sonuçları yani iş güvencesi konusunda geçerlidir. Bu konular dışındaki uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir. Yargıtay bir kararında şu anlatıma yer vermiştir: "4857 sayılı Kanun ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşa geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında kalan iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır... Somut olayda hakem kurulu feshin geçersizliği ve sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı ile

⁵⁶⁶ EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.140; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 94-95

sözleşmeden doğan ücret alacağına da karar vermiştir. Belirtilen bu düzenlemeler karşısında, hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerekir".⁵⁶⁷

b. Toplu İş Sözleşmesinde Hakem Koşulunun Yer Alması

İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa... uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür". İşçi ve işverenin iş aklının feshinden sonra anlaşmak suretiyle bu konudaki uyuşmazlığı özel hakeme götürebilecekleri hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, bu konuda özel hakem koşulunun toplu iş sözleşmesinde yer alması öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Söz konusu koşulun toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden mi, borç doğurucu hükümlerinden mi sayılacağı, işçiyi bağlayıp bağlamayacağı, İK 20/1'in anılan hükmünün anayasaya aykırı bulunup bulunmadığı öğretide tartışma konusu olmaktadır.

Her şeyden önce belirtelim ki, iş güvencesi hükümlerinin düzenlenmesinde esas alınan 158 sayılı ILO Sözleşmesinde işçinin (işverenle anlaşarak) özel hakeme gidebileceği öngörülmüş, ancak toplu iş sözleşmesine bu konuda özel hakem koşulunun konulabileceğine ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Aynı şekilde Fransız ve Alman hukuk sistemlerinde de bu yönde bir düzenleme olmayıp işçinin iş mahkemesinde dava açma hakkı engellenmemiştir.⁵⁶⁸

Bunun gibi, Yargıtay'ın bugüne kadarki yerleşmiş içtihadı da isabetli olarak toplu iş sözleşmesindeki tahkim koşulunun işçiyi bağlamayacağı ve işçinin bu koşula rağmen kişisel hakları için iş mahkemesine başvurabileceği yönündedir. Yüksek mahkemeye göre "Toplu iş sözleşmesindeki tahkim şartı, sendika ile işverenin karşılıklı hak ve borçları sebebiyle sadece kendilerini ilgilendirir... Hukuk Genel Kurulunun 10.11.1965 günlü ve 643/405 sayılı kararında da belirtildiği gibi iki kuruluş (sendika) arasında kabul edilen tahkim şartı, kişisel hakkını isteyen işçiyi bağlamaz. Bu görüş, işçi haklarında gözetilen kamu düzeni düşüncesinden kaynağını alır. Öte yandan hakem kararlarının Yargıtay'ca incelenmesi sırasında göz önünde

⁵⁶⁷ Y9HD, 22.3.2004, 5846/5621 ve AKYİĞİT'in incelemesi, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, s. 106–123.

⁵⁶⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, s.93–94

tutulabilecek bozma sebepleri HUMK'nun 533 üncü maddesinde sayılan yönlerle münhasırdır. Hâlbuki İş Kanunu büyük bir kısmı itibarıyla kamu düzeni hükümlerini kapsamaktadır. İşçi kuruluşu ile işveren arasında kararlaştırılan tahkim şartının işçi haklarına teşmili, hakemlerce verilecek kararların Yargıtay'ca denetiminin sınırlarını daraltır".⁵⁶⁹

İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer alan toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa iş güvencesine ilişkin uyuşmazlığın özel hakeme götürüleceğini öngören hükmün toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden⁵⁷⁰ mi yoksa borç doğurucu hükümlerinden⁵⁷¹ mi olduğu öğretide tartışma konusu olmuştur. Kanımıza göre bu görüşlerden herhangi birinin benimsenmesi İK 20/1'in açık hükmü karşısında hukuki sonucu değiştirecek nitelikte değildir. Çünkü anılan hükümde toplu iş sözleşmesinde özel hakem koşulu varsa iş güvencesine ilişkin uyuşmazlığın, aynen tarafların bu konuda anlaşmalarında olduğu gibi, özel hakeme götürüleceği açık ve kesin olarak hüküm altına alınmıştır.⁵⁷²

Toplu iş sözleşmesinde bu yönde hüküm varsa, iş güvencesi konusunda özel hakeme gitme zorunluluğu, özel hakem koşulunun şu veya bu hukuki nitelikte olmasıyla ilgili bulunmayıp, yasanın açık ve bağlayıcı hükmünden kaynaklanmaktadır. Başka bir deyimle, yukarıda belirtildiği gibi Yargıtay kararları ile engellendiği için sözleşmeyle gerçekleştirilemeyen sonuca bu kez kanuna hüküm konulmak yoluyla ulaşılmak istenmiştir.⁵⁷³

Bu nedenle yasada bir kez böyle bağlayıcı açık bir hüküm yer alınca, kanımıza göre önemli olan yön bu hükmün anayasaya uygun olup olmadığının saptanması, anayasaya uygun bulunduğu sonucuna varılırsa, olması gereken hukuk

⁵⁶⁹ Y9HD, 1.6.1970, 4846/5796 ve SAĞLAM'ın incelemesi, İHU, TSGLK. 1, No. 2. Aynı yönde, YHGK, 10.11.1965, 643-D-9/405, ORHANER, I, 108-112. Y9HD, 27.1.1966, 10014/538, (SÜZEK, s.474 naklen)

⁵⁷⁰ Bu konudaki özel hakem koşulunun toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden olduğu görüşü için bkz. ÇELİK, s.211; TAŞKENT, Savaş, "İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi"; Yeni İş Yasası Semineri, Toprak İşveren D, İstanbul 2003, s.124.

⁵⁷¹ Bu konudaki özel hakem koşulunun toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinden olduğu görüşü için bkz. ULUCAN, İş Güvencesi, s.77; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s. 36; EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 15, 27.

⁵⁷² SÜZEK, s.474

⁵⁷³ SÜZEK, s. 474

(de lege feranda) açısından değerlendirilip yasa değişikliğine gidilmesinin uygun olup olmayacağını belirlenmesidir.⁵⁷⁴

İş hukuku öğretisinde İK 20/1'de yer alan "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa... uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" kuralının anayasaya uygunluğu, Anayasanın 125. maddesine getirilen hükümle, genel olarak tahkim olanağını sağlayan düzenlemelerin, kamu hizmetleri ile ilgili olsalar bile artık anayasaya aykırılığından söz edilemeyeceği gerekçesine dayandırılmaktadır.⁵⁷⁵ Anayasanın anılan hükmüne göre "Kamu hizmetleri ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir".

Bu gerekçeye rağmen İK 20/1'de kurala bağlanmış olan hükmün anayasaya aykırı olduğu⁵⁷⁶ görüşündeyiz.⁵⁷⁷ Çünkü her şeyden önce kamu hizmetleri ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi ile toplu iş sözleşmelerine iş güvencesinden doğan uyuşmazlıklar konusunda tahkim koşulu konulması arasında önemli bir farklılık vardır. İmtiyaz sözleşmelerine özel hakeme gitme hükmünü devlet kuruluşu kendi iradesi ile getirirken, İK 20/1'in anılan hükmünde iş güvencesinde tahkim koşulu işçinin kendi kişisel iradesi ile değil sendikanın iradesi ile konulmaktadır.

İş güvencesine ilişkin uyuşmazlıklarda işçinin kendi özgür iradesiyle, iş akdinin feshinden sonra işverenle anlaşarak özel hakeme gidebileceği yukarıda görülmüştü. Buna karşılık, işçinin kendi iradesi olmaksızın sendikanın bağittadığı toplu iş sözleşmesiyle bağımsız yargıya gitme ve hak arama özgürlüğünün elinden yasa hükmüyle alınması anayasal sorunları gündeme getirir.⁵⁷⁸

Hak arama özgürlüğü, kişinin anayasal güvence altına alınmış, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı, başkasına devredilemez bir korunma hakkı niteliğinde temel hak ve özgürlüğüdür. Bu nedenle de iş mahkemesine başvurmadan vazgeçip özel hakeme

⁵⁷⁴ SÜZEK, s.475

⁵⁷⁵ ÇELİK, s. 210-211

⁵⁷⁶ SAĞLAM, İHU, TSGLK. 1, No. 2, GÜZEL, İş Güvencesi, s. 92-93, 142-143, ŞAHLANAN, 4857 Sayılı, s. 87.

⁵⁷⁷ SÜZEK, s.475

⁵⁷⁸ SÜZEK, s. 475

gitme yetkisi sadece kendisine aittir, bu hakkını üyesi olduğu sendikaya devretmesi mümkün değildir.⁵⁷⁹

Anayasanın, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını öngören 9. maddesi hükmü temel hak ve özgürlüklerin yargı yoluyla korunmasını güvence altına alır. İK 20/1'in toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa özel hakeme gitmeyi zorunlu tutan kuralı, işçinin iradesi dışında bağımsız yargıya gitmesini, diğer deyişle temel hak ve özgürlüğünün korunmasını engeller.⁵⁸⁰

Diğer yandan, Anayasanın 36. maddesi uyarınca "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasındaki hüküm, işçinin iradesi dışında yargısal başvuru yollarını kapatmakta, iş mahkemelerinin ve Yargıtay'ın önünde hak arama olanağını kaldırmakta, bu yargı mercilerinin denetiminden yoksun bırakmakta ve Anayasanın 36. maddesine aykırı olarak işçiyi özel hakem önünde hak aramaya zorlamaktadır. Aynı şekilde, İK 20/1 'de yer alan hüküm, işçiyi doğal yargıcından (kanuni hâkim güvencesinden) yoksun bırakmakla, hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını öngören Anayasanın 37. maddesine de aykırı düşer.⁵⁸¹

Bunun gibi, Anayasanın 53. maddesine göre işçiler ve işverenler "Çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler". Buna karşılık iş akdi feshedildikten sonra işçinin hangi yargı yoluna başvuracağı konusundaki düzenleme "çalışma şartları" ile ilgili değildir. Başka bir deyimle uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesine ilişkin hüküm tarafların toplu iş sözleşmesiyle düzenleme yetkisinin dışında kalır. Dolayısıyla anayasaya göre toplu iş sözleşmesiyle düzenlenemeyecek bir konunun İK 20/1 hükmüyle yasa kuralı haline getirilmesinin Anayasanın 53. maddesine uygunluğu tartışılabilir niteliktedir.⁵⁸²

⁵⁷⁹ ULUCAN, İş Güvencesi, s. 78; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s.36.

⁵⁸⁰ ŞAHLANAN, 4857 Sayılı, s.87.

⁵⁸¹ ULUCAN, İş Güvencesi, s.79; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 92; ŞAHLANAN, 4857 Sayılı, s.87; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s.36; TUNCAY, İş Güvencesi, s. 9

⁵⁸² ŞAHLANAN, 4857 Sayılı, s. 87, SAĞLAM, İHU, TSGLK. 1, No. 2. ULUCAN, İş Güvencesi, s.79

Belirtilen nedenlerle İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa... uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" hükmünün anayasaya aykırılık taşımaktadır. Esasen 4857 sayılı İş Kanununun Anayasa Mahkemesinde iptali istenen maddeleri arasında bu hüküm de yer almaktadır. Buna karşılık İK 20/1 'de öngörülmüş olan tarafların anlaşmasıyla uyuşmazlığın -iş aklının feshinden sonra- özel hakeme götürüleceğine ilişkin hüküm anayasaya uygundur. Eğer söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı sayılmazsa, yukarıda belirtilen sakıncalar nedeniyle yapılacak değişikliklerle yasadaki çıkarılmalıdır. Esasen yukarıda da belirtildiği gibi İş Kanununun iş güvencesi hükümlerinin düzenlenmesinde geniş ölçüde kaynak oluşturmuş olan 158 sayılı ILO Sözleşmesinde de böyle bir hüküm yer almamaktadır.⁵⁸³

3. İspat Yükü

İş Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrası gereğince "Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür". Görülüyor ki, İK 20/2'de iş güvencesinin temel unsurlarından birini oluşturan, ispat yükünün yer değiştirmesi, diğer deyimle feshin geçerli bir nedene dayandığının ispatı yükünün işverene yüklenmesi hükmüne yer verilmiştir.⁵⁸⁴ Yasa koyucu isabetli olarak ispat yükü konusunda 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 9. maddesinin 2. bendinin a fıkrasına uygun bir düzenleme getirmiştir.

Esasen bu düzenleme yasanın getirdiği iş güvencesi sistemiyle uyumludur. Belirsiz süreli iş akitlerinin bildirim sürelerine uyulmak suretiyle her zaman sona erdirilebildiği bir sistemde asıl olan fesih serbestisi (ve Medeni Kanuna göre asıl olan iyi niyet) olduğundan, işverenin kötü niyetini ispat yükü işçiye düşer. Buna karşılık fesih bildirimi hakkının kullanılabilmesini ancak geçerli yasal nedenlerin varlığına bağlayan iş güvencesi sisteminde asıl olan iş ilişkisinin devamı olduğundan, geçerli

⁵⁸³ SÜZEK, s.477

⁵⁸⁴ İşverenin hangi hususları ispatlayacağı ve tutulması gereken kayıtlar konusunda bkz. EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 8, ÇELİK, s.207, ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 75, ALP, Sona Erme, s. 96. Ayrıca işverenin performans değerlendirmesini mahkemeye sunması gerektiğini kabul eden iş mahkemesi kararını onayan Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 8.9.2003, 19529/20591, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 676-679

bir fesih nedeninin oluştuğunu yani olağan durumun aksini iddia eden işveren (İK 25'de de olduğu gibi) ispat yükü altındadır.⁵⁸⁵

Yargıtay isabetli olarak sadece işverenin yanında çalışanların tanıklığına dayanarak iş akdinin feshinin geçerli olduğunun ispatlanamayacağına hükmetmiştir. Yüksek mahkemeye göre "İşveren aşçı olan davacının müşterilerden yemeklerle ilgili gelen şikâyetler üzerine ve arkadaşlarıyla tartışmaya girdiğinden savunması alınarak ve kıdem, ihbar tazminatı ödenerek geçerli sebebe dayanarak iş sözleşmesinin feshedildiği sendikaya üye olmasından haberi olmadığını savunmuştur. Davalı işveren, davacı hakkında şikâyet olduğuna, görevini yapmadığına, geçimsiz olduğuna ilişkin bir belge ibraz etmediği gibi... tamamı işverenin yanında çalışan davalı tanıklarının soyut beyanlarına dayanılarak davanın reddi hatalıdır".⁵⁸⁶

Her ne kadar feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükü işverene aitse de İK 20/2 uyarınca işçi feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Özellikle İş Kanununun 21. maddesindeki en az dört en fazla sekiz aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatını değil de, Sendikalar Kanununun 31/6. maddesinde yer alan en az bir yıllık ücret tutarında sendikal tazminatı almak isteyen işçi, işverenin işten çıkarmasını örneğin işletme gereklerine dayandığını ispat edememesi (İK 18/1) ile yetinmeyecek, feshin sendika üyeliğine veya sendikal faaliyetine (İK 18/3, a) dayandığını ispatlamak zorunda kalacaktır.⁵⁸⁷

Oysaki iş güvencesinin kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde işçinin iş akdinin feshi nedeniyle sendikal tazminat talep etmesi halinde SK 31/7 gereğince ispat yükümlülüğü işverendedir. Bu durumda iş güvencesinin kapsamında olan işçiler ispat yükü açısından sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde, kapsam dışında kalanlara göre daha güç duruma düşürülmüşlerdir. Yasanın bu düzenlemesini benimseyebilme olanağı yoktur. Yapılacak yasa değişikliği ile bu aksaklığın giderilmesi gerekir.⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ SÜZEK, s.477

⁵⁸⁶ Y9HD, 18.12.2003, 20315/22148, İşveren D, Haziran 2004, s. 19–20.

⁵⁸⁷ ÇELİK, s.212–213. Bu düzenlemenin haklı eleştirisi için bkz. GÜZEL, İş Güvencesi, s. 96–97

⁵⁸⁸ SÜZEK, 478

4. Yargılama Usulü

İş Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir". Yasanın bu hükme ilişkin gerekçesine göre "Feshin geçersizliğine ilişkin davanın seri muhakeme usulüne göre kısa sürede sonuçlanması amaçlanmış, ancak bir içtihat birliği sağlanabilmesi için de Yargıtay'ın denetimine yer verilmiştir".⁵⁸⁹ Yasanın anılan hükmüne karşın iş mahkemelerinin ve Yargıtay'ın dava yükü göz önünde tutulduğunda feshin geçersizliğine ilişkin davaların belirtilen sürelerde sonuçlandırılması güç görünmektedir.⁵⁹⁰

Bu durumda, iş hukuku öğretisinde işçinin iş güvencesine yani işe iadeye dair taleplerinin İK 20/3 uyarınca seri yargılama usulüne, bunun dışında kalan ihbar, kıdem tazminatı ve diğer alacak hakları konusundaki isteklerinin ise İş Mahkemeleri Kanununa göre sözlü yargılama usulüne tabi olacağı (m.7), bu nedenle de söz konusu taleplerin aynı davada görülmesinin mümkün bulunmadığı⁵⁹¹ ileri sürülmüştür. Yargıtay'a göre de "Kanunun işçinin işe iadesiyle ilgili iş güvencesi hükümlerinde ivedi olarak yargılama yapılması öngörülmüş ve yargılamanın seri yargılama usulüne göre yapılacağı kurala bağlanmıştır... Ancak, işçinin işe iadesiyle ilgili isteklerin yanında işçilikten doğan diğer tazminat ve alacakların da istenmesi halinde, bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının yasa koyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iade ile birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır... Somut olayda mahkemece davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi yanında ihbar tazminatının da hüküm altına alınması hatalıdır".⁵⁹²

Oysaki öğretilde belirtildiği gibi farklı yargılama usullerine ilişkin taleplerin aynı davada görülemeyeceğinden anlaşılması gereken, farklı yargılama alanlarına

⁵⁸⁹ Seri yargılama usulünün amaçlanan sürati sağlayamayacağı görüşü için bkz. EKMEKÇİ, İade Davaları, s. 169–170, GÜZEL, İş Güvencesi, s. 98.

⁵⁹⁰ EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s. 139, MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 572.

⁵⁹¹ EKMEKÇİ, İade Davaları, s.169 vd

⁵⁹² Y9HD, 11.9.2003. 14994/14267, YKD, Nisan 2004, s.546–548.

örneğin adli yargı ile idari yargı alanına giren iki farklı talebin aynı davada birleştirilememesidir. Adli yargı içinde birbiriyle bağlantılı taleplerin aynı davada istenmesi, hatta davalar ayrı ayrı açılmışsa, davaların birleştirilmesi (HUMK 44) kural olarak mümkündür. Bu durum usul ekonomisine de uygundur. Tartışma konusu olayda farklı taleplerin temyiz mercii de aynıdır. Öte yandan, aynı dava içinde mahkemeye yöneltilen talepler farklı olsa da, aynı yargı alanında, görev bakımından aynı mahkemede görülen farklı taleplere farklı yargılama usulleri uygulanamaz. Söz konusu talepler bakımından aynı mahkeme yani iş mahkemesi görevli bulunduğu ve İK 20/3'de yer alan seri yargılama usulü sözlü yargılama usulüne göre daha özel bir yargılama usulü olduğundan, yargılamanın tüm talepler için seri yargılama usulüne göre yapılması gerekir. Bu itibarla, kıdem, ihbar tazminatları ve diğer işçilik alacaklarının, işe iade davası ile birlikte gerek terditli talep olarak gerek objektif dava birleşmesi şeklinde aynı davada, aynı dava dilekçesinde istenebilmesine olanak tanınmalıdır.⁵⁹³

F. Geçersiz Feshin Sonuçları

1. Yargı Organının Feshin Geçersizliğine Karar Vermesi

İşçi işverence yapılan süreli feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iadesini talep ettiğinde mahkemece fesih nedeninin geçerli olduğu sonucuna varılabilir. Bu takdirde aynı zamanda İş Kanununun 17. maddesi uyarınca usulüne uygun bir fesih yapılmışsa, işçi bir yıldan fazla çalışmış olmak koşuluyla sadece kıdem tazminatına (EİK 14), buna karşılık usulsüz fesih yapılmışsa ihbar (İK 17/4) ve kıdem tazminatına hak kazanır.

Yargıç feshin geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna vardığı takdirde olaya İş Kanununun 21. maddesi uygulanacaktır. Adı geçen maddenin ilk üç fıkrasına göre "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek

⁵⁹³ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 98 vd

tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir".

Görüldüğü gibi. İş Kanununun 21. maddesine göre mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverene işçiye işe iade veya tazminat ödeme seçeneklerinden birini seçme hakkı tanınmıştır.⁵⁹⁴ Bu durumda, işverenin işçiye işe başlatmak yerine tazminat ödemeyi tercih edeceği daha baskın bir olasılık olduğundan yasanın tazminat yaptırımına ağırlık tanıdığı söylenebilir.⁵⁹⁵

Buna karşılık, işçi mahkemeden fesih nedeninin geçerli olmadığını öne sürerek işe iadesini isteyecektir. İşçiye seçim hakkı diğer deyimle işe iade yerine en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminat (iş güvencesi tazminatı) talep etme olanağı tanınmamıştır. Bu konudaki seçim hakkı, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde işverene aittir.⁵⁹⁶ İşçinin baştan iadede vazgeçip bunun yerine tazminat talebinde bulunabilmesi işverenin elinden bu seçim hakkını almak anlamına gelir.⁵⁹⁷

Aynı şekilde, mahkeme de geçerli bu nedenle fesih yapılmadığı sonucuna varırsa, işe iade yerine sadece tazminata hükmedemez. Yargıç öncelikle işçinin işe iadesine karar verecektir. Bundan sonra, kararda, iadenin işverence kabul edilmemesi halinde, işçinin en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında mahkemece takdir edilecek iş güvencesi tazminatının işverence ödeneceği yer alacaktır. Ayrıca, işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar ücreti ve diğer haklarıyla ilgili hükme de kararda yer verilecektir.⁵⁹⁸

Her ne kadar İş Kanununun 21. maddesinde işverence yapılan feshin geçersizliğinden söz ediliyorsa da, mahkemece bu konuda verilen kararın mutlak anlamda bir geçersizlik olduğu söylenemez.⁵⁹⁹ Çünkü geçersizlik yaptırımında, işverence yapılan geçersiz fesih yani bozucu yenilik doğuran hak iş akdi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmez, iş ilişkisi taraflar arasında baştan itibaren aynen devam eder. Bu durumda geçersizlik kararının kesinleşmesi ile birlikte, iş

⁵⁹⁴ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 105–108, 144–145.

⁵⁹⁵ SÜZEK, 1. Bası, s.614–615; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 20, 106.

⁵⁹⁶ ÇELİK, s.214; EKMEKÇİ, İade Davaları, s.178

⁵⁹⁷ SÜZEK, s.480

⁵⁹⁸ TUNCAY, İş Güvencesi, s.10; EKMEKÇİ, İade Davaları, s.179

⁵⁹⁹ SÜZEK, 1. Bası, s. 614–615; ÇELİK, s. 214; EKONOMİ, İş Güvencesi, s.16; GÜNAY, s.466

ilişkisi aynen devam ettiğinden işveren işçiyi işe almak ve işçiye tazminat değil boşa geçen süreye ilişkin tüm ücretini ve diğer haklarını eksiksiz olarak ödemek durumundadır. Başka bir deyimle, yargıç hükmünde fesih bildiriminin geçersizliği nedeniyle iş akdinin sona ermediğini ve tarafların sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek zorunda olduklarını kararlaştırır.⁶⁰⁰

Oysaki İş Kanununun 21. maddesinde getirilen düzenlemede, işveren işçiyi derhal değil bir ay içinde işe başlatmak zorunda tutulmakta, işe başlatıp başlatmama konusunda işverene seçim hakkı tanınmakta, işe başlatmadığı takdirde tazminat borcu ile yükümlü tutulmakta ve işçinin tüm boşa geçen sürelerle ilişkin ücreti ve diğer hakları değil, bunun en çok dört aylık kısmı işçiye ödenmektedir.⁶⁰¹

2. İşçinin İşverene Başvuruda Bulunması

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçi "kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur" (İK 21/5). Feshin geçerli nedene dayanmadığı konusunda kesinleşen mahkeme kararına rağmen işçinin süresi içinde işe başlamak için işverene başvurmamasına geçerli feshin hukuki sonuçları bağlandığından bu durumda işçi yukarıda belirtildiği gibi sadece koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanır. Buna karşılık İK 21/1 ve 3'de yer alan iş güvencesi tazminatı ile en çok dört aya kadar boşa kaldığı sürelerle ilişkin ücretini talep edemez.⁶⁰²

3. İşverence İşçinin İşe Başlatılması

a. Fesih Bildiriminin Geçersiz Sayılması ve Boşa Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi

İşveren işçiyi işe başlatmayı seçerse, bu durumda İK 21/3'de kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye sadece en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretinin ve diğer haklarının ödeneceği hükme bağlanmış olmasına

⁶⁰⁰ SÜZEK, Fesih, s. 58

⁶⁰¹ SÜZEK, s.481

⁶⁰² Aynı yönde, Y9HD, 8.7.2003, 12444/13125, İşveren, Temmuz 2003, s. 17-18.

rağmen, işveren tarafından yapılmış olan fesih bildiriminin geçersiz bulunduğu, iş akdinin taraflar arasında hiç feshedilmemiş gibi sayılması gerektiği sonucuna varılabilir.⁶⁰³ Yukarıda da belirtildiği gibi mutlak anlamda bir geçersizlikte, geçersizlik kararının kesinleşmesi ne kadar uzamış olursa olsun işçinin tüm boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinin ve işçilik haklarının ödenmesi gerekirdi. Bununla beraber, işçi işverence işe başlatıldığında, iş akdinin taraflar arasında yeniden kurulmadığını, taraflar arasında esasen var olan iş akdinin kesilme olmaksızın devam ettiğini ancak bu durumda işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin tüm ücreti ve diğer haklarını talep edilebilmesine yasayla belirli bir sınırlama getirildiğini kabul etmek uygun olacaktır.⁶⁰⁴

O halde geçersiz bir fesih yapan işveren, yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi işçiye ister işe başlatmış ister başlatmamış olsun, çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretini ve diğer haklarını ödeyecektir (İK 21/3).

b. Peşin Ödenen Bildirim Süresine Ait Ücret İle Kıdem Tazminatının Mahsubu

İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrası gereğince "İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir". Hükümde "yukarıdaki fıkra" ifadesine yer verildiğine göre mahsubun 3. fıkrada yer alan işçiye ödenecek en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretinden ve diğer haklarından yapılması gerekir.

Gerçekten, işveren süreli fesih hakkını kullanırken, bildirim sürelerine uymak yerine bu sürelerle ilişkin ücreti peşin vermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmiş (İK 17/5) ve işçinin hak ettiği kıdem tazminatını (EİK 14) ödemiş olabilir. Ancak yapılan fesih yargı organı tarafından geçersiz sayılıp, işçi işveren tarafından işe başlatıldığında yukarıda da belirtildiği gibi iş akdinin taraflar arasında aynen devam ettiği kabul edilince bir fesih söz konusu olmadığından yapılan bu ödemeler hukuki

⁶⁰³ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.16.

⁶⁰⁴ SÜZEK, s.482

dayanaktan yoksun kalır. Bu nedenle de adı geçen ödemelerin işverene iadesi, işçiye ödenecek boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinden mahsubu gerekir.⁶⁰⁵

c. Dava Sürerken İşçinin İşe Başlatılması

İşçinin feshin geçerli nedene dayanmaması nedeniyle işe iade davası sürerken işverence işe başlatılması halinde boşta geçen sürelerle ilişkin en çok dört aylık ücretini isteyip isteyemeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Yargıtay böyle bir durumda boşta geçen süreye ilişkin ücret isteği hakkında karar verilmesine yer olmadığını hüküm altına almıştır. Yüksek mahkemeye göre: "İşçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Gerçekten yasanın 13/D (şimdi 21) maddesi 'geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları' başlığını taşımaktadır. Geçersiz sebep bulunduğu karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı yoktur. Somut olayda, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davacının ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmalıdır".⁶⁰⁶

Yargıtay'ın, feshin geçersizliğine karar verilmeden, işçinin boşta geçen süreye ilişkin ücretinin ödenmesinin kararlaştırılmayacağı yolundaki görüşü isabetlidir. Ancak yüksek mahkemenin dava sürerken işçinin işe başlatılmasıyla davanın konusunun kalmadığı ve ücret alacağı hakkında karar verilmesine yer olmadığı şeklindeki görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü bir davanın konusuz kaldığından söz edebilmek için her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hiçbir hukuki yararı kalmamış olmalıdır. Davacının taleplerinden birinin herhangi bir nedenle konusuz kalması diğerinin de kalmasını gerektirmez. Davaya devam edilerek esas hakkında karar verilmesi gerekir.⁶⁰⁷

Dava konusu olayda her ne kadar işçinin işe iadeyi talep açısından bir hukuki yararı kalmamışsa da, sözleşmenin feshi nedeniyle boşta geçirdiği sürelerle ilişkin ücret talebi konusunda bu davanın devamında hukuki yararı olduğu açıktır. Bu nedenle, davaya devam edilerek, feshin geçerli olup olmadığı ve buna bağlı olarak işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin ücret talebi konusunda karar verilmesi zorunludur.

⁶⁰⁵ Aynı yönde, Y9HD, 15.10.2003. 16116/17101, İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s.197

⁶⁰⁶ Y9HD, 8.7.2003, 12444/13125 ve kararın TUNCAY tarafından eleştirisi

⁶⁰⁷ KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6.Bası, İstanbul 2001, Cilt III, s. 3021

Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz çözüm şeklinin kabulü halinde işveren işçiye işe geri çağırmak suretiyle işçinin dava açarak talep ettiği boşta geçen süreye ilişkin ücretini ortadan kaldıracaktır, işçilerin bu ücretlerini ödemekten kendi iradesiyle kurtulabilir.⁶⁰⁸

Nitekim yüksek mahkeme daha sonraki bir kararında, İK 21 'de yer alan haklar talep edilerek işe iade davası açıldıktan sonra işçinin işverence işe davet edilmesi halinde davanın konusunun kalmaması nedeniyle reddedilmesini -farklı gerekçeyle de olsa- kabul etmemiş, feshin geçersizliğine ve boşta geçen sürelerle ilişkin ücretin ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁰⁹

Kuşkusuz, bu durumda mahkemece hükmedilecek en çok dört aya kadar ücret miktarının hesaplanmasında, fesih tarihinden kararın kesinleşmesine kadar süredeki değil, işçinin işe başladığı tarihe kadar geçen süredeki ücreti göz önünde tutulacaktır. Bunun gibi, işveren tarafından işçiye bildirim süresine ilişkin ücret peşin ödenmişse ve/veya kıdem tazminatı verilmişse bunların ödenecek boşta geçen sürelerle ilişkin ücretten mahsubu gerekir (İK 21/4).

4. İşverence İşçinin İşe Başlatılmaması

a. İş Akdinin İşe Başlatılmamayla Sona Ermesi, İhbar ve Kıdem Tazminatı Ödenmesi

İş Kanununun 21. maddesine göre yargı organı tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçiye bir ay içinde işe başlatmayan işveren iş akdini feshetmiş olur. Yargı kararıyla feshin geçersiz sayılması nedeniyle sözleşme ilişkisi kesilmeksizin taraflar arasında devam ettiğinden, iş akdi bir aylık işe başlatma süresinin dolması tarihinde veya bu süre içinde işverenin işçiye işe başlatmamaya yönelik irade açıklamasıyla feshedilmiş olur. Başka bir deyişle iş akdi, başta geçersiz fesih yapıldığında değil işçinin işe başlatılmaması tarihinde sona erer.⁶¹⁰

İşçiye bildirim sürelerine ilişkin ücret peşin ödenmişse ve kıdem tazminatı verilmişse bunlar işe başlatılmayan işçide kalacaktır. Buna karşılık İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrasına göre "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş

⁶⁰⁸ SÜZEK, s.484

⁶⁰⁹ Y9HD, 29.1.2004, 499/1489.TÜHİS. Mayıs 2004, s.49-50

⁶¹⁰ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.16; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 85; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s. 37, ŞAHLANAN, 4857 Sayılı, s. 90; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.577.

veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir". Aynı şekilde, işçinin işe başlatılmamasıyla iş akdi işverence feshedilmiş olduğundan işçiye ödenmeyen kıdem tazminatının da ödenmesi gerekir. İşçinin bu hakları daha önce ödenmişse, geçersiz sayılan fesih ile işe başlatılmama tarihi arasında geçen sürede iş akdi devam ettiğinden diğer deyişle işçinin kıdeminden sayıldığından söz konusu sürenin getireceği farkların da işçiye ayrıca ödenmesi gerekecektir.⁶¹¹

b. İş Güvencesi Tazminatı

Yargı kararıyla geçersiz bir fesihte bulunduğu saptanan işveren işçiye başvurusu üzerine işe başlatmazsa iş güvencesi tazminatı ödemek zorunda kalır. İş Kanununun 21. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre "İşçiye başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler". Belirtelim ki feshin işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı (SK 31/6) ya da işyeri sendika temsilciliği nedeniyle (SK 30/2) yapılması halinde hükmedilecek iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz.

Mahkemenin iş güvencesi tazminatına hükmedebilmesi için işçinin işe iadesini istemiş olması yeterlidir, ayrıca bu tazminatı talep etmiş bulunması gerekmez.⁶¹² Çünkü bu tazminat işçinin işe iade talebinin işverence kabul edilmemesinin bir sonucudur. Nitekim İK 21/2'de de mahkemenin feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminatın miktarını da belirleyeceği açıkça öngörülmüştür.⁶¹³ Bununla beraber

⁶¹¹ EKONOMİ, İş Güvencesi, s.16-17; TAŞKENT, Sona Erme, s. 127; GÜZEL, İş Güvencesi, s.102; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s. 37-38; ULUCAN, İş Güvencesi, s.85; MOLLAMAHMUTOĞ-LU, s. 578

⁶¹² Güzel, İş Güvencesi, s.108. Aynı yönde, Y9HD, 11.9.2003, 14994/14267, YKD, Nisan 2004, s. 546-548; Y9HD, 8.7.2004, 17868/17365, İHSGHD, Ekim-Aralık 2004, s. 1416-1417

⁶¹³ EKMEKÇİ, İade Davaları, 178. Aynı yönde, Y9HD, 11.9.2003, 14994/14267, İHSGHD, s.224-226

belirtelim ki Yargıtay iş güvencesi tazminatının süre (ay) itibarıyla belirlenmesini istemekte, miktar (rakamsal) olarak saptanmasını uygun görmemektedir.⁶¹⁴

İş Kanununda sadece ihbar tazminatı (İK 17/son) ile kıdem tazminatının (EİK 14/11) para veya parayla ölçülmesi mümkün menfaatler de göz önünde tutularak hesaplanacağı hükme bağlandığından iş hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında iş güvencesi tazminatının çıplak ücret üzerinden hesaplanacağı kabul edilmektedir.⁶¹⁵

Yargı organının iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde takdir hakkını kullanırken hangi ölçütlere başvuracağı konusunda yasada bir düzenleme yoktur. Kanımıza göre yasanın gerekçesinde de yer alan "iş sözleşmesinin sona erdirilmesi sebeplerinin" diğer deyimle iş akdini feshederken işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığını göz önünde tutması uygun olacaktır. Bunun yanında işçinin işyerindeki kıdemi de tazminatın saptanmasında bir ölçüt olarak düşünülebilir.⁶¹⁶ Yargıç bu ölçütleri ve her olayın özelliğini göz önünde tutarak bir sonuca varacaktır.

Yargıtay iş güvencesi tazminatının üst sınır üzerinden belirlenmesini uygun görmemektedir. Yüksek mahkemeye göre "İşe başlatılmama tazminatının üst sınırı olan 8 aylık ücret tutarında ve miktar belirtilerek hüküm altına alınması hatalıdır. Zira alt sınırdan uzaklaşıldığı takdirde bunun nedenleri açıklanmalı ve gerekçelendirilmelidir".⁶¹⁷

Yüksek mahkemenin bir kararında iş güvencesi tazminatının miktarı takdir edilirken fesih nedeni ve şekli göz önünde tutulmuştur. Bu kararda, sözleşmesi feshedilen işçinin emekliliğe hak kazanmış olması ve fesih yapılırken tazminatlarının ödenmiş olması nedeniyle işe başlatılmama halinde ödenecek tazminatın dört aylık ücret tutarında olması gerektiğine hükmedilmiştir.⁶¹⁸ Yüksek mahkeme diğer birçok

⁶¹⁴ Y9HD, 15.3.2004, 5346/8553, İHSGHD, Temmuz-Eylül 2004, s. 1012-1013. Y9HD, 20.11.2003, 19348/19644, İHSGHD, Temmuz-Eylül 2004, s. 1058-1059. Y9HD, 24.6.2004, 3740/15625, İHSGHD, Çimento İşveren D, Eylül 2004, s.63-64.

⁶¹⁵ TAŞKENT, İş Güvencesi, s.47; ÇELİK, s. 214; EKONOMİ, İş Güvencesi, s.17; TUNCAY, İş Güvencesi, s.10; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.578. Aynı yönde, 1.12.2003, 19181/19777, İHSGHD, s.670-671

⁶¹⁶ SÜZEK, s.486

⁶¹⁷ Y9HD, 19.1.2004, 22196/261, Tekstil İşveren D, Ağustos 2004, s. 36-37. Aynı yönde, Y9HD, 20.11.2003, 19348/19644, İHSGHD, Temmuz-Eylül 2004, s.1058-1059

⁶¹⁸ Y9HD, 10.11.2003, 18919/18913, Çalışma ve Toplum D (ÇT), 2004/1, s. 155-157.

kararlarında ise işçinin kıdemini göz önünde tutarak tazminatın belirlenmesi yoluna gitmiştir.⁶¹⁹

İş güvencesi tazminatı geçersiz fesih tarihinde değil, işe iade kararı alan işçinin işverence işe başlatılmaması tarihinde doğduğundan yani muaccel olduğundan faizin bu tarihten itibaren işletilmesi gerekir.⁶²⁰ Aynı nedenle miktarının da bu tarih itibarıyla ulaşan ücretinden hesaplanması gerekir.

c. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi

Yargı organından iş akdinin feshinin geçersizliği yönünde karar alan işçi işe başlatılmadığı takdirde iş güvencesi tazminatına hak kazanacağı gibi ayrıca işe başlatılsın veya başlatılmasın boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinin ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmını da isteyebilir. Bu konuyu düzenleyen İş Kanununun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir".

Görüldüğü gibi, dava daha uzun sürmüş olsa da işçiye tüm boşta geçen sürelerle ilişkin ücreti ve hakları değil bunun en çok dört aya kadar doğmuş bulunan kısmı ödenecektir. Dört aylık sürenin öngörülmesinde işçinin iş mahkemesine dava açma süresi (İK 20/1) ile dava süresi (İK 20/3) esas alınmıştır. Ne var ki, ülkemizdeki uygulama ve dava yükü göz önünde tutulduğunda iş güvencesine ilişkin davaların bu süre içinde tamamlanmasının genellikle mümkün olamayacağı söylenebilir. Bu nedenle, yukarıda da belirtildiği gibi feshin geçersiz sayılması sonucunda iş ilişkisi taraflar arasında hiç kesilmeksizin devam ettiğine göre, yasada işçiye sadece dört aylık değil tüm boşta geçen süreye ilişkin ücretinin ve haklarının ödeneceğine ilişkin bir hükmün yer alması daha uygun olurdu.⁶²¹

⁶¹⁹ Y9HD, 6.11.2003, 18733/18729, Çimento İşveren D, Ocak 2004, s.46, Y9HD, 11.12.2003, 20229/20605, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 649–650, Y9HD, 15.10.2003, 16616/17101, İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 197–198. Y9HD, 11.12.2003, 20205/20627, İşveren D, Ocak 2004, s.19–20.

⁶²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.578; UÇUM, s. 170. Aynı yönde, Y9HD, 8.7.2003, s. 12442/13123, Tekstil İşveren D, Ekim 2003, s. 32-33. Y9HD, 16.9.2003, 15784/14563, İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 216-219; Y9HD, 10.2.2004, 23396/1896, İHSGHD, Ekim-Aralık 2004, 1424-1425

⁶²¹ SÜZEK, 1. Bası, s.614; GÜZEL, İş Güvencesi, s.116; TAŞKENT, Sona Erme, s.126; ULUCAN, İş Güvencesi, s.84; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s.37; ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 30–31

Her ne kadar iş hukuku öğretisinde taleple bağlılık kuralı gereği mahkemece dört aya kadar ücret tutarına hükmedilebilmesi için işçinin bu yolda talepte bulunması gerekeceği ileri sürülüyorsa da Yargıtay isabetli olarak söz konusu ücretin hüküm altına alınması için iş güvencesi tazminatında olduğu gibi bu konuda da talep zorunluluğunu aramamaktadır. Yüksek mahkemeye göre: "İşçinin işe iade isteği, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ve en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret taleplerini de içerir. Bir başka anlatımla, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri olmasa dahi bu hususlar işe iadenin sonucu olup, mahkemece bu konularda da karar verilmelidir".⁶²²

İşçiye ödenmesi gereken ücret, sözleşmesi feshedilmeyip çalıştırılıyorsa ödenecek olan ücret olduğundan ve geçersizlik kararı ile iş ilişkisinin hukuken devam ettiği kabul edildiğinden, iş güvencesi tazminatından farklı olarak geniş anlamda yani giydirilmiş ücret olmak gerekir.⁶²³ Yargıtay'a göre de "Feshin geçersizliğinin kabulü halinde işçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların kendisine ödeneceği düzenlenmiştir. Dosya içeriğinden davacının ikramiye ve yemek ücreti haklarının olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu hakları nazara almadan brüt çıplak ücret üzerinden karar vermesi ve miktar belirlemesi hatalıdır".⁶²⁴ Diğer yandan yüksek mahkeme, iş güvencesi tazminatında olduğu gibi boşta geçen süreye ilişkin ücretin süre itibarıyla saptanması ile yetinilmesini, miktar olarak belirlenmemesi gerektiğini kararlaştırmaktadır.⁶²⁵

Yargıtay'a göre boşta geçen süreye ilişkin ücretler işçinin işverene başvurusu ile muacceliyet kazandığından, faizin başlangıcı dava tarihi değil işçinin işverene başvurduğu tarihtir.⁶²⁶ İş akdinin feshi geçersiz sayıldığında, işçi işverence işe başlatılsın veya başlatılmasın kendisine en çok dört aya kadar ücret ödeneceğinden bu ücret üzerinden sosyal sigorta priminin kesilmesi gerekir. Buna karşılık, söz

⁶²² Y9HD, 11.9.2003, 14994/14267. YKD, Nisan 2004, s. 546–548; Y9HD, 8.7.2004, 17868/17365, İHSGHD, Ekim-Aralık 2004, s.1416–1417. Aynı yönde, GÜZEL, İş Güvencesi, s.110.

⁶²³ EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.142.

⁶²⁴ Y9HD, 1.12.2003, 19181/19777, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 670–671.

⁶²⁵ 179) Y9HD, 15.3.2004, 5346/8553, İHSGHD, Temmuz-Eylül 2004, s. 1012–1013, Y9HD, 22.3.2004, 5846/5621, ÇT. 2004/1, s. 101–103. Y9HD, 20.11.2003, 19348/19644, İHSGHD, Temmuz-Eylül 2004, s.1058–1059

⁶²⁶ Y9HD, 16.9.2003, 15784/14563, İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s.216–218. , Y9HD, 6.11.2003, 18733/18729, Ocak-Mart 2004, s. 186–187

konusu ücret, hak edilmesi feshin mahkemece geçersiz sayılmasına bağlı bir alacak olduğundan, sosyal sigorta primine baştan itibaren gecikme zammı uygulanması uygun olmaz.⁶²⁷

Diğer yandan, iş akdi feshedilen işçi işsizlik sigortasından yararlanmış olabilir. Fesih mahkemece geçersiz sayılıp işçinin en çok dört aya kadar ücrete hak kazanması işsizlik sigortası hükümleri ile çelişir. Çünkü işsizlik ödeneği işsiz kalan işçiye verilir ve bu ödeneği alan kişinin gelir getirici bir işte çalışmaması (ücret almaması) gerekir (m. 52/b). Aksi takdirde ödeneği kesilir ve yapılan ödemelerin Türkiye İş Kurumuna iadesi gerekir. Bu nedenle, bir düzenleme yapılarak bu konuda İşsizlik Sigortası Kanunu hükümleriyle İş Kanununun iş güvencesi kurallarının uyumunun sağlanması uygun olacaktır.⁶²⁸

5. İşçinin Dava Sürerken Başka İşte Çalışması

İş akdi feshedildiği için iade davası açan işçi dava sürerken başka bir iş bulup çalışırsa ve mahkeme de feshin geçersizliğine ve en çok dört aylık ücret tutarının ödenmesine hükmederse, iş hukuku öğretisindeki bir görüşe göre işçinin başka işten kazandığı miktarın bu dört aylık ücretten düşülmesi gerekir.⁶²⁹ Diğer görüşe göre ise, İK 21/3'de işçinin çalışmadığı değil, işveren tarafından çalıştırılmadığı süreden söz edildiğine göre, dava sırasında işçi başka bir yerde çalışsın veya çalışmasın bu parayı alacaktır.⁶³⁰

Feshin geçersizliğine hükmedilmesi halinde işçiye boşta geçen sürenin tümüne ilişkin ücreti değil bu sürenin en çok dört aylık kısmı için ücreti ve hakları ödenmektedir. Böyle sınırlı bir alacak hakkından bir de indirim yapılması gerektiğine ilişkin bir yorum her şeyden önce adalete ve işçinin korunması ilkesine uygun düşmez. Kaldı ki İK 21/3'ün mutlak ve açık ifadesi de bu yönde bir yoruma ve mahsup hükmünü düzenleyen Borçlar Kanununun 325. maddesine başvurulmasına olanak tanımamaktadır. Hükümde herhangi bir istisnaya yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olarak "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir" denilmiştir. Yasa

⁶²⁷ TUNCAY, Karar İncelemesi, s.60

⁶²⁸ SÜZEK, s.489

⁶²⁹ EKMEKÇİ, İade Davaları, s. 179, dn. 16.

⁶³⁰ EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.142

koyucu bir mahsup işlemini gerekli görseydi, bunu hükümde belirtme yoluna giderdi. Ayrıca mahsubun yapılması iş akdi feshedilen ve başka bir işte çalışmaması beklenemeyecek işçinin çalışma hakkına dolaylı yönden bir baskı anlamı da taşıyabilir.

Dava sürerken başka bir işte çalışan işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmazsa, İş Kanununun 21. maddesinin 5. fıkrası gereğince yapılmış olan fesih geçerli sayılır ve daha önce açıkladığımız hukuki sonuçlar doğar.⁶³¹

6. Geçersiz Feshin Sonuçlarına İlişkin Hükümlerin Mutlak Emredici Niteliği

İş Kanununun 21. maddesinin son fıkrası uyarınca "Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir". Ayrıca yasanın bu konudaki gerekçe hükmüne göre de "Maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılmaması için, bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır". Görüldüğü gibi, İş Kanununun 21. maddesinin ilk üç fıkrası mutlak emredici hale getirilmiş, tarafların sözleşme serbestisi sınırlandırılmış, işçi lehine de olsa adı geçen hükümlerin değiştirilmesi yasaklanmıştır. Bu durumda toplu iş sözleşmesiyle veya iş akdiyle örneğin iş güvencesi tazminatı sözleşmeyle artırılamayacak, dört-sekiz aylık ücret tutarındaki tazminat sözgelimi bir yıllık ücret tutarına çıkarılamayacaktır.⁶³²

G. İş Akdinin Sendikal Nedenle Feshi

1. Sendika Üyeliği veya Sendikal Faaliyet Nedeniyle Fesih

Sendikalar Kanununun 31. maddesine göre "Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanununun 18. 19. 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz". O halde iş güvencesinin kapsamına giren işçinin iş akdinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyete katılması nedeniyle feshedilmesi⁶³³ halinde yukarıda incelenen İş

⁶³¹ SÜZEK, s.489

⁶³² SÜZEK, s.490

⁶³³ SÜZEK, Fesih, 132. vd, 140 vd.

Kanununun iş güvencesine ilişkin tüm kuralları aynen uygulanacaktır. Sadece İş Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan geçersiz fesihten sonra işçinin başvurusu üzerine işverence işe başlatılmayan işçiye ödenecek olan iş güvencesi (sendikal) tazminatı işçinin 4–8 aylık ücreti tutarında değil, bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır. Böylece SK 31/6 ile geçersiz feshin sendikal nedenle yapılmasına daha ağır bir yaptırım getirilmiştir. Hatırlatalım ki, iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde en az bir yıllık ücreti tutarındaki bu tazminatı talep edebilmek için işçi İK 20/2 uyarınca feshin sendikal nedenlerle yapıldığını ispat yükümlülüğü altındadır.

Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "Dosya içindeki bilgi ve belgelerden; davalı işverenin... Kanuna getirilen iş güvencesine ilişkin hükümleri bertaraf etmek amacıyla işçilere belirli süreli iş sözleşmelerini imzalatmaya çalıştığı izlenimi edinilmekte, işçilerin bu durumu kabul etmemesi üzerine davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçilerin 17.3.2003 tarihinde sendikaya üye oldukları görülmektedir. Keza davalı işveren temsilcisi tarafından sendika üyeliğinden çekilme konusunda baskılar yapıldığı, işçilerin kabul etmemesi üzerine bu kez 25.3.2003 tarihinde iş sözleşmelerinin feshi yoluna gidildiği anlaşılmaktadır... Yukarıdaki açıklamalara göre, mahkemece işveren tarafından yapılan feshin sendikal nedene dayandığı gerekçesiyle işçinin işe iadesine ve işe iade kararına rağmen işverence işe başlatılmaması durumunda bir yıllık ücreti tutarında tazminata ve yine boşa geçen süre ile ilgili ücretin kabulüne karar verilmesi...2821 sayılı Yasanın 31/6. maddesi hükümleri uyarınca isabetlidir"⁶³⁴

Sendikalar Kanununun 31. maddesinin son fıkrasında "İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır" denilmiştir. Kuşkusuz iş akdi sendikal nedenle feshedilen işçi sadece İş Kanununun iş güvencesi hükümlerinden (İK 18–21) ve SK 31/6'dan yararlanmaz, koşulları varsa örneğin ihbar (İK 17/4) ve/veya kıdem tazminatı (EİK 14) da talep edebilir.

⁶³⁴ Y9HD, 8.7.2003, 12442/13123 ve CENTEL'in incelemesi, Tekstil İşveren D, Ekim 2003, s.32–35, ŞEN'in incelemesi, ATÜHFD, 2003, s.757–774.

2. İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Akdinin Feshi

Sendikalar Kanununun 30. maddesinin ilk iki fıkrası gereğince "İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir". Görülüyor ki, işyeri sendika temsilcilerinin⁶³⁵ iş akitlerinin feshinde de yukarıda açıkladığımız İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bununla beraber, İK 21/1'de yer alan işçinin 4–8 aylık ücreti tutarındaki iş güvencesi tazminatı temsilcinin en az bir yıllık ücretinden az olamayacaktır.

Her ne kadar iş hukuku öğretisinde SK 30/1 'de "İş Kanununun ilgili hükümleri" nin uygulanacağını belirtilmesi nedeniyle "otuz işçi" ve "altı aylık kıdem" ölçütlerinin (İK 18/1) temsilciler için de aranacağı ileri sürülüyorsa⁶³⁶ da kanımıza göre temsilciler bu koşulları taşımasalar dahi İş Kanunundaki iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler. Bir kez, Sendikalar Kanununun 30. maddesinin 1. fıkrasında SK 31/6'dan farklı olarak uygulanacak İş Kanunu hükümleri (18, 19, 20 ve 21) şeklinde teker teker sayılarak belirtilmemiş "İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır" denilmekle yetinilmiştir. Başka bir deyimle, iş güvencesinin kapsamını sınırlayan İş Kanununun 18. maddesinin (1. fıkrasının) belirtilmesinden kaçınılmıştır. "İlgili hükümler" terimini, yaptıkları görev nedeniyle iş akdinin feshi konusunda en fazla risk altında bulunan temsilciler lehine yorumlamak ve temsilcilere, İK'nun iş güvencesi konusundaki sınırlayıcı hükümlerinin değil daha ziyade koruyucu kurallarının uygulanacağı şeklinde anlamak gerekir.⁶³⁷

Bunun gibi, sınırlayıcı kapsam hükümlerinin temsilcileri de bağlayacağı görüşü kabul edilirse, kapsam dışında kalan temsilcilerin iş güvencesinin uygulama alanına giren düz işçiler kadar bile güvenceye sahip olamayacakları sonucuna varılır ki, böyle bir yorum, temsilcilere -belirli bir oranda bile olsa- iş güvencesi getirmeyi öngören Sendikalar Kanununun amacına aykırı düşer. Bu nedenlerle, işyerindeki işçi sayısı ve kıdem koşulları dikkate alınmaksızın işyeri sendika temsilcilerinin İş

⁶³⁵ SÜZEK, s.491

⁶³⁶ TAŞKENT, İş Güvencesi, s.65; TUNCAY, A. CAN, İş Güvencesi, s. 16.

⁶³⁷ SÜZEK, s.492

Kanununun iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılması gerektiği kanısını taşıyoruz.⁶³⁸

Sendikalar Kanunun 31. maddesi işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesini eski düzenlemeye göre geriye götürmüş, güçsüzleştirmiş bulunmaktadır.⁶³⁹ 4773 sayılı yasadan önce iş akitleri haklı bir neden olmadan feshedilen işyeri sendika temsilcileri için gerçek anlamda bir işe iade olanağı söz konusu⁶⁴⁰ iken yeni düzenlemede işveren temsilciyi işe başlatmak veya tazminat ödemek konusunda bir seçim hakkına sahip bulunmaktadır. Sadece SK 30/2 uyarınca ödenecek tazminat temsilcinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır. Bu durumda işveren tazminatını vermek suretiyle temsilcinin işini sona erdirebilecektir. Oysa görevleri arasında işçilerin hak ve menfaatlerini gözetmek, iş yasaları ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma koşullarının uygulanmasına yardımcı olmak (SK 35) da bulunan temsilcilerin işverenle anlaşmazlığa düşme ve işten çıkarılma olasılıkları diğer işçilere göre daha yüksektir. Yapılacak yasa değişikliğiyle temsilcilerin iş akdinin geçersiz veya haksız feshi halinde, yapılan feshin iş ilişkisi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç yaratmamasını, temsilcinin işe iadesini öngören eski düzenlemenin getirilmesi uygun olacaktır.⁶⁴¹

Buna karşılık Sendikalar Kanununun 30. maddesinin son fıkrasında işverenin iş akdini feshetmek yerine işyeri sendika temsilcisinin çalışma koşullarını esaslı bir şekilde aleyhe değiştirmesini ve böylece temsilciyi sözleşmeyi feshe zorlamasını önlemeye yönelik isabetli bir hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre "işveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır".⁶⁴²

H. Toplu İşçi Çıkarma

Toplu işçi çıkarmalar genellikle 158 sayılı uluslararası çalışma sözleşmesinin 13 ve 14. maddeleri ile Avrupa Birliğinin 75/129 ve 98/59 sayılı yönergelerindeki

⁶³⁸ ULUCAN, İş Güvencesi, s.93; SÜZEK, s.492

⁶³⁹ Bu düzenlemeyi eleştiren yazarlar için bkz. SÜZEK, 1. Bası, s. 618; GÜZEL, İş Güvencesi, s.134–135, 145; TAŞKENT, İş Güvencesi, s. 64; SOYER, 158 Sayılı, s. 292; TUNCAY, İş Güvencesi, s. 16; ALP, Feshe Karşı, s. 33; Buna karşılık düzenlemenin isabetli olduğu görüşü için bkz. ÇELİK, s. 369–370.

⁶⁴⁰ SÜZEK, s.492

⁶⁴¹ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 133–134; ALPAGUT, Feshe Karşı, s. 108.

⁶⁴² SÜZEK, s.493

ölçütler esas alınmak suretiyle İş Kanununun 29. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin ilk iki fıkrasına göre "İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir. İşyerinde çalışan işçi sayısı;

— 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin,

— 101 ile 300 arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin,

— 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, işine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte ve farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır".

Görüldüğü gibi, bir toplu işçi çıkarmadan söz edilebilmesi için işyerinden İK 29/2'de belirtilen oranlarda İş Kanununun 17. maddesi uyarınca işçi çıkarılması gerekir. Bu sayıda işçi bir defada veya farklı tarihlerde de olsa bir aylık süre içinde işten çıkarılmış olmalıdır. Bu sayının altında işçinin işine son verilmişse, yapılan fesihiere İş Kanununun 29. maddesi uygulanmaz. Öte yandan "Mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarma bu işlerin niteliğine bağlı olarak yapılıyorsa, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz" (İK 29/7).

İş Kanununun 29. maddesinin 1. fıkrası uyarınca toplu işçi çıkarmada geçerli fesih nedenleri, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme gerekleridir. Toplu işçi çıkarma nedenleri ile İş Kanununun 18. maddesinde belirtilen işletme, işyeri ve işin gerekleri arasında geniş ölçüde özdeşlik bulunmaktadır. Bu gereklere uygun olarak yapılmayan fesihler geçersiz sayılır. İş akdinin feshini geçerli kılan işletme gereklerinin neler olduğu yukarıda ele alındığından burada bunlara yer verilmeyecektir. Aynı şekilde kuşkusuz toplu işçi çıkarmalarda da iş güvencesi kapsamındaki işçilere yine yukarıda incelenen İş Kanununun iş güvencesine ilişkin m. 18 vd. aynen uygulanır. Bu hususu açıklayan İK 29/son'a göre "İşveren toplu işçi çıkarılmasına ilişkin hükümleri 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz; aksi halde işçi bu maddelere göre

dava açabilir".⁶⁴³ Ancak toplu işçi çıkarmalarda işveren bu hükümler dışında ayrıca aşağıda belirtilecek yükümlülöklere de uymak zorundadır.

İşverenin toplu işçi çıkarmadan otuz gün önce işyeri sendika temsilcilerine, Bölge Müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna yapacağı bildirimde İK 29/3 uyarınca "işçi çıkarmanın sebepleri, bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur".

İşveren bildirimde bulunduktan sonra işyeri sendika temsilcileri ile bu konu hakkında görüşme yapmak zorundadır. İK 29/4 gereğince "Bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları ele alınır. Görüşmelerin sonunda, toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenlenir". İşyeri sendika temsilcileri ile yapılan toplantıda bir sonuca ulaşılması ve bir karar verilmesi zorunluluğı yoktur. Toplantı bir bilgi verme ve danışma toplantısı niteliğı taşımaktadır.⁶⁴⁴

İş Kanununun 29. maddesinin 5. fıkrasına göre "Fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini Bölge Müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğurur". Bu hüküm uyarınca İK 17'de yer alan işçinin kıdemine göre iki haftadan sekiz haftaya kadar değışen bildirim süreleri bölge müdürlüğüne yapılan bildirim tarihinden otuz gün geçtikten sonra işlemeye başlayacaktır.⁶⁴⁵ Bu otuz günlük sürenin bitiminden sonra işverence bildirim süresine ait ücret peşin ödenmek suretiyle iş akdi sona erdirilebilir. Otuz günlük süre dolmadan peşin ödeme yoluna gitmişse fesih otuz günün sonunda hüküm ve sonuç doğurur.

İş Kanununun 29. maddesinin 6. fıkrasında getirilmiş bulunan işyerinin kapatılmasına ilişkin hükme göre "İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı

⁶⁴³ Toplu işçi çıkarmanın geçerli nedene dayanmadığı ileri sürölerek açılan işe iade davalarına ilişkin bazı Yargıtay kararları için bkz. Y9HD, 23.10.2003. 18090/17878, İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s.88-190. Y9HD, 29.12.2003. 23204/22988. İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s.633-635

⁶⁴⁴ SÜZEK, s.494

⁶⁴⁵ ÇELİK, s.248; ULUCAN, İş Güvencesi, s.90; ŞAHLANAN, Kapsam, s. 20; GÜZEL, İş Güvencesi, s.127; ENGİN, İşletme Gerekleri, 117. Buna karşılık otuz günlük süre içinde bildirim sürelerinin işleyeceği görüşü için bkz. TUNCAY, İş Güvencesi, s.14-15. EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.146

surette faaliyete son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili Bölge Müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilan etmekle yükümlüdür". Görüldüğü gibi, işyerinin kapatılması halinde işverenin bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirimde bulunma zorunluluğu olmasına karşın işyeri sendika temsilcilerine herhangi bir bildirimde bulunma ve onlarla görüşme yapma yükümlülüğü yoktur. Kuşkusuz işyerini kapatan işveren de İş Kanununun 17. maddesi uyarınca süreli fesih bildiriminde bulunmak veya peşin ödeme yapmak ve işçilerin hak edilmiş kıdem tazminatlarını ödemek zorundadır.

İş Kanununun 100. maddesine göre "Bu Kanunun 29 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak işçi çıkaran işveren veya işveren vekiline işten çıkardığı her işçi için iki yüz milyon lira para cezası verilir". Bu nedenle, örneğin gerekli yerlere bildirimlerde bulunmayan, işyeri sendika temsilcileri ile toplantı yapmayan, otuz günlük süreyi beklemeden işçi çıkaran işveren toplu işçi çıkarmaya konu olan işçi sayısı kadar yukarıda belirtilen idari para cezası ödemek zorunda kalır.⁶⁴⁶

Toplu işçi çıkarmanın işverene yüklediği bir yükümlülük de belirli koşulların varlığı halinde işten çıkardığı işçilerle, yeniden iş akdi kurmak zorunda olmasıdır. İK 29/6'ya göre "İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikte iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır".

Bu hüküm, işyerinin kapatılmasını düzenleyen fıkra ve onu izleyen bir cümle olarak yer alması nedeniyle ilk bakışta yeniden işe alma zorunluluğunun sadece işyerinin kapatılması haline özgü olacağı gibi bir izlenim yaratabilirse de, tüm toplu işçi çıkarma hallerinde uygulanması gereken bir kural olarak kabul edilmelidir.⁶⁴⁷ Çünkü hükümde, "toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren" denilmek suretiyle sadece işyerinin kapatılması nedeniyle değil tüm toplu işçi çıkarmalarda yeniden işe alma yükümlülüğü getirilmiştir.

İşverenin söz konusu yükümlülüğünün doğması için işyerine altı ay içinde yeniden işçi almak istemesi ve işçi alma ihtiyacının aynı nitelikte işler için doğmuş bulunması gerekir. Farklı nitelikte işler için işçi alınacaksa bu yükümlülük doğmaz.

⁶⁴⁶ İşverenin toplu işçi çıkarmada yasal usule uymaması halinde yapılan feshin hüküm ve sonuç doğurmaması gerektiği görüşü için bkz. ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 121-123

⁶⁴⁷ SÜZEK, s. 495

I. Değişiklik Feshi

4857 sayılı İş Kanununun 1475 sayılı yasaya göre getirdiği önemli yeniliklerden biri de Alman İşçileri Feshe Karşı Koruma Kanununda (§2) yer alan değişiklik feshine benzer bir düzenlemenin⁶⁴⁸ hukuk sistemimize girmiş olmasıdır. Bunu düzenleyen İş Kanununun 22. maddesine göre "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ile 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir".

Bu düzenleme getirilmeden önce 1475 sayılı İş Kanunu döneminde işveren işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yaptığında, işçi iş akdini haklı nedenle feshedebiliyor, kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte sözleşmeyi kendisi feshettiği için ihbar tazminatını talep edemiyordu. Daha doğru bir deyimle, işçi ya aleyhine değişen çalışma koşullarını kabul etmek ya da iş akdini feshetmek zorunda kalıyordu. 4857 sayılı İş Kanununda getirilen hükümle işçinin çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde işveren ya bu değişikliği yapmamak veya iş akdini feshetmek zorunda kalmakta, böylece işçi sadece kıdem tazminatı değil sözleşmenin işverence feshine bağlanan bütün hakları isteyebilmek olanağına kavuşmaktadır.

Yasanın değişiklik feshine ilişkin gerekçesinde "Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır" denilmiştir. Gerçekten hükümde, işverenin geçerli nedenleri olsa da, ilk aşamada iş akdinin sona erdirilmesi değil çalışma koşullarında değişiklik yapılarak sözleşmenin devam etmesi amaçlanmaktadır. Diğer bir deyimle iş akdinin geçerli bir nedenle işverence feshinin mümkün olduğu bir durumda,

⁶⁴⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, s.118 vd; ENGİN, İşletme Gerekleri, s.99

çalışma koşullarında esaslı değişiklik yoluyla sözleşmenin sona ermesi engellenmeye çalışılmaktadır.

İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenen değişiklik feshi hükümlerinin uygulanabilmesi için işverence tek taraflı olarak yapılan değişikliğin işçinin aleyhine ve esaslı olması gerekir.⁶⁴⁹ Çalışma koşullarında işçinin yararına değişiklik yapılması halinde de kural olarak İK 22 uygulanmaz.⁶⁵⁰ Bununla beraber belirtelim ki, daha yüksek değerdeki her iş işçinin yararına olmayabilir. İstisnai olarak ortaya çıkabilecek olmakla birlikte, yüksek değerdeki iş çalışma koşullarını ağırlaştırıyor veya daha fazla sorumluluk yüklüyorsa bu durum da İK 22 anlamında esaslı değişiklik oluşturabilir ve işçi bu işte çalışmaya zorlanamaz.⁶⁵¹

Çalışma koşullarının esaslı değiştirilmesi konusunda örnek vermek gerekirse Yargıtay, işçinin dokuma tezgâhından alınıp tuvalet işleri ile görevlendirilmesini, temizlik işine verilmesini, çalıştığı kısımdan daha ağır, daha zor ve tehlikeli işte çalıştırılmak istenmesini, çalışmanın geceye kaydırılmasını, hafta sonlarında çalışmak zorunda bırakılmasını, isteği dışında başka bir yere naklini, işyerinin İstanbul'dan Ankara'ya nakledilmesini, yeni işyerine geliş gidişlerin ağır maddi yükler getirmesini esaslı değişiklik olarak kabul etmiştir.⁶⁵²

Değişiklik feshi iş güvencesi sisteminin temel esaslarından birini oluşturan feshin son çare olması ilkesine uygun düşer. Daha önce görüldüğü gibi bu ilkeye göre, işveren süreli fesihle bulunmadan önce, mümkünse feshe göre daha hafif bir önlem olan çalışma koşullarında esaslı değişiklik yoluyla iş akdini ayakta tutmalıdır. Değişiklik feshine ilişkin İK 22 ile bu ilke yaşama geçirilmektedir.⁶⁵³

İş Kanununun 22. maddesinde öngörülen usule göre, iş akdiyle veya iç yönetmelik ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmak isteyen işveren değişiklik önerisini işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapacaktır. Yazılı olarak bildirilmeyen değişiklik önerisi işçiye bağlamaz.

⁶⁴⁹ SÜZEK, s.497

⁶⁵⁰ Bu yöndeki bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK, 3.5.1975, 9–76/478, İşveren D, Mart 1976, s. 23–25

⁶⁵¹ EKONOMİ, s.118–119.

⁶⁵² Bu kararlar için sırasıyla bkz. Y9HD, 8.9.1987, 6812/7383, Tekstil İşveren D, Aralık 1987, s.17–18. Y9HD, 6.6.1983. 3193/5109, TÜHİS, Eylül 1983, s. 23; Y9HD. 7.6.1984, 5509/6255, Tekstil İşveren D, Mart 1986, s. 16, Y9HD, 3.7.1996, 3709/15314, Tekstil İşveren D, Kasım 1996, s.16–17,

⁶⁵³ ENGİN, Esaslı Değişiklik, s.322–323

İşçi değişiklik önerisini altı işgünü içinde yazılı olarak kabul ederse iş ilişkisi işverenin önerisine uygun yeni çalışma koşullarıyla devam eder. Buna karşılık işçinin öneriyi reddi açık olabileceği gibi zımnen de olabilir. İK 22'ye göre işçi altı işgünü içinde öneriyi yazılı olarak kabul etmezse, işçinin bu suskunluğu öneriyi reddettiği anlamına gelir.⁶⁵⁴

Yaptığı değişiklik önerisi reddedilen işveren iki seçenekle karşı karşıyadır. İşveren ya çalışma koşullarında değişiklik yapmaktan vazgeçecek ve sözleşme eski koşullarda devam edecek ya da değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayacak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş akdini feshedecektir. Bu durumda işveren işçiye koşulları varsa kıdem tazminatı ve bildirim süresine uymazsa ihbar tazminatı ödeyecektir.

İşveren tarafından yapılan fesih üzerine, bu aşamada İK 18'in kapsamına girenler bakımından iş güvencesi hükümleri devreye girecek ve işçi iş güvencesi hükümleri (m. 18–21) uyarınca feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davası açabilecektir. Bu durumda işveren İK 18/1'e göre feshin, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden ya da işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir nedene dayandığını ispatlamak zorunda kalacaktır. Bu itibarla, işveren çalışma koşullarında değişiklik önerisini yaparken temelde, bu değişikliği gerektiren geçerli bir fesih nedenine dayanmak durumundadır.⁶⁵⁵ Geçerli neden mevcutsa, koşulları varsa işçi ihbar ve kıdem tazminatı alır, aksi takdirde daha önce incelediğimiz geçersiz feshin hukuki sonuçları (İK 21) doğar.⁶⁵⁶

İşveren işçiye çalışma koşullarında esaslı değişiklik önerisinde bulunmuş, işçi bunu kabul etmemişse, buna karşılık işveren İK 22 uyarınca iş akdini feshetmezse taraflar arasında iş akdi aynen devam eder. İşverenin buna rağmen çalışma koşullarını tek taraflı olarak değiştirmesi, iş akdinin ihlali, bu sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi anlamına gelir ve bunun hukuki sonuçları uygulanır. Daha doğru bir ifadeyle, işveren hangi konuda tek taraflı değişiklik yapmışsa, buna ilişkin yaptırımlar ortaya çıkar. Örneğin, işveren işçinin ücretinde tek taraflı indirim yapmışsa işçi daha önce görüldüğü üzere ücretinin ödenmesini mevduata uygulanan

⁶⁵⁴ SÜZEK, s.497

⁶⁵⁵ EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.95

⁶⁵⁶ Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 26.1.2004,23105/1204 ve ALPAGUT'un incelemesi, Çimento İşveren D, Eylül 2004, s. 52–62.

en yüksek faizle birlikte talep edebilir veya işini görmekten kaçınabilir (İK 34) ya da İK 24/II, e uyarınca iş akdini haklı nedenle feshedebilir.

Buna karşılık işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik önerisi, işçinin isteği dışında örneğin başka bir yere veya başka bir kente nakli şeklinde ortaya çıkmış olabilir. İşveren bu değişikliği kabul etmeyen işçinin sözleşmesini feshetmez ama nakletmek istediği yere gitmeyen işçiyi işyerine de kabul etmezse, iş akdi işveren tarafından feshedilmiş sayılır⁶⁵⁷ ve işçi İK 17–21 madde hükümleri uyarınca dava açabilir.⁶⁵⁸

İş Kanununun 22. maddesinde yer alan değişiklik feshi hükümleri sadece iş güvencesinin kapsamına giren işçilere değil, iş güvencesinin uygulama alanı dışında kalan iş ilişkilerinde de uygulanır.⁶⁵⁹ Gerçi İK 22/1'de yer alan işverenin feshin "geçerli bir nedene dayandığını yazılı olarak açıklaması" hükmünün, fesih nedeninin açıklanmasını gerektirmeyen iş güvencesinin kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde uygulanması söz konusu olamaz. Ancak kapsam dışında kalanların bu hükmün koruyuculuğu dışında bırakılması da düşünülemez. Bir kez, 22. maddede herhangi bir istisna öngörülmemiş, değişiklik feshinin sadece otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanacağı yönünde bir sınırlama getirilmemiştir. Bunun gibi, iş güvencesi hükümlerinin kapsamına girmeyen işçilerin rızaları olmaksızın çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılmasının tabi olacağı hükümler konusunda İş Kanununda ayrı bir düzenleme de yer almamıştır.

Bu nedenle, işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak istemesi halinde yukarıda açıkladığımız İK 22'de öngörülen usul -geçerli nedenin yazılı olarak açıklanması dışında- iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçiler için de aynen uygulanmalı, iş akdinin işverence feshedilmesi halinde ise İK 18–21 değil, İş Kanununun 22. maddesinde de belirtildiği gibi İK 17'de yer alan hükümler uygulama alanına girmelidir. Böylelikle bu işçiler de çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesi halinde iş akitlerini feshetmek zorunda kalmayacaklar, bu değişikliği kabul etmezlerse ve sözleşmeleri işveren tarafından feshedilirse koşulları varsa İK

⁶⁵⁷ ÇELİK, s.193

⁶⁵⁸ SÜZEK, s.498

⁶⁵⁹ ÇELİK, s.193; Kşz. ENGİN, Esaslı Değişiklik, s.324–325

17'ye göre ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, kötü niyet tazminatı, maddi ve manevi tazminat talep edebileceklerdir.

İş Kanununun 22. maddesinin son fıkrasında ise tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilecekleri ancak çalışma koşullarındaki değişikliğin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükmü, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılabilmesi için, 1475 sayılı yasa döneminde olduğu gibi işverenin değişiklik önerisini sözlü olarak yapmasının işçinin de bunu sözlü olarak hatta zımnen kabul etmesinin yeterli olacağı şeklinde yorumlamamak gerekir. Bu takdirde İK 22/son hükmü İK 22/1'de getirilmiş olan değişiklik feshi hükmü ile çelişir, onu anlamsız hale getirir. İK 22/son, İK 22/1 'i teyit eden bir düzenleme olarak yorumlanmalı, çalışma koşullarında tarafların anlaşmasıyla esaslı bir değişikliğe gidilebileceği ancak bunun için İK 22/1'de öngörülen usule uyulması gerektiği kabul edilmelidir. Söz konusu değişiklik esaslı nitelik taşımıyorsa, bu takdirde işverenin sözlü önerisi işçi tarafından sözlü olarak veya zımnen kabul edilebilir.⁶⁶⁰

⁶⁶⁰ SÜZEK, s.499

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çalışmamızda İş Güvencesi kavramını, dar anlamda ve işverenin fesih hakkının sınırlandırılması kapsamında incelemeye çalıştık. Ulaşılan tüm hukuki sonuçların burada tekrarı mümkün değildir. Bu anlamda önemli gördüğümüz sonuçlara ve önerilerimize aşağıda yer verilmiştir.

İş Güvencesini sağlayan hukuki kurumlar olarak, işveren değişikliğinde iş akdinin devamının sağlanması, askıya alınma ve işverenin fesih hakkının sınırlandırılması gibi kurumlar bulunmaktadır.

Fesih hakkının sınırlandırılması ise bu kurumlar içinde en önemli yeri tutar. Fesih hakkının sınırlandırılmasında uygulanan başlıca sistemler olarak, kanunla sınırlama, hakkın kötüye kullanılması ve sözleşme sistemleri şeklinde sayılabilir.

Türk İş hukukunda, 4773 sayılı yasa ve nihayet 4857 sayılı yasaya gelinceye kadar fesih hakkının sınırlandırılmasında hakkın kötüye kullanılması sistemi tercih edilmiştir. Zira 1475 sayılı yasa döneminde ve hala iş güvencesine girmeyenler bakımından 4857 sayılı Yasa döneminde de, işverenin bildirimli fesih hakkını kullanırken herhangi bir sebep bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşverenin bildirimli fesih hakkını kötüye kullandığı hallerde, bu feshin geçersizliği ve işe iade olanağı bulunmamaktadır. Ancak işçiye ispatlaması halinde kanunca öngörülen kötü niyet tazminatı ya da sendikal tazminat ödenebilmektedir. Bu durum ise gerçek anlamda iş güvencesini sağlayan bir kurum olmaktan ziyade, iş akdinin feshinin sonuçlarını hafifleten yaptırımlardır. Yine tespitlere göre 4857 sayılı yasanın iş güvencesi kapsamına işyerlerinin %90'ı ve işçilerin yarısından çoğu girememektedir. Bu da hala eski sistemin geçerliliğini ve yaygınlığını göstermesi bakımından önemlidir. Bu itibarla eski sistemin hala yaygınlığı göz önüne alınarak, kapsama girmeyen işçiler bakımından fesih hakkının kötüye kullanılmasında ispat yükünün, güvence kapsamındaki işçilerde olduğu gibi işverene yüklenmesi için yasal düzenleme yapılmalıdır. Yine yapılacak bir kanun değişikliği ile iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı işyerleri açısından en azından 4773 sayılı yasayla getirilen 10 işçi kıstasına dönülmesi gerekmektedir.

4857 sayılı yasa ile güvence kapsamındaki işçilerin iş akitlerinin feshinde geçerli neden gösterme zorunluluğu getirilmiş ve ispat yükü de işverene

yüklenmiştir. Geçerli nedenler olarak işçinin davranışları ve yetersizliğine ilişkin olarak kanun gerekçesinde ifade edilen sebeplerle, haklı feshe imkân tanıyan 25. maddesindeki sebepler arasında çok yumuşak bir çizgi vardır ve aynı sebep haklı nedenle feshi de gerektirebilecek durumdadır. Özellikle işçinin davranışlarına ilişkin geçerli nedenlerde kıstas; güvenin çökmesi ve sarsılması ile açıklanmaktadır. Bu kıstaslara göre 25. maddenin özellikle işçinin davranışla ilgili geçerli fesih nedenlerinden ayıracak kesinlikte ve ağırlıkta yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

4857 sayılı yasa da haklı nedenlerle feshi düzenleyen 25/son gereği iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaklar için 19. maddenin dâhil edilmemesi, yani yazılı feshin geçerlilik şartı olması, fesih sebebinin açık ve kesin olması ve savunma alınmasına ilişkin zorunluluğun aranmaması ve yine 19. maddede de aynı şekilde 25. maddenin istisna edilmesi doğru bulunmamıştır. Haklı fesih neticeleri itibariyle, bildirimli feshe göre işçi açısından daha ağır yaptırımlar getirmektedir. Daha ağır yaptırımlarda ise üstelik en kutsal savunma hakkı dahi verilmeden işçinin iş akdinin feshine imkân tanınması adil olmamış, evleviyet ilkesine de ters düşmüştür. Kaldı ki bu hükmün kanunu dolanmak isteyen kötü niyetli işverenlerce kullanılması da pek muhtemeldir. Bu durumda geçerli fesih sebeplerine rağmen, işverenin haklı nedenle fesih sebeplerine dayanarak, 19. maddede öngörülen zorunlulukları dolanması mümkündür. Bu açıdan 19. madde hükmü zorunluluklarına evleviyetle 25. madde uygulamasında uyulması gerekir. Ancak bu husus yasa değişikliği ile mümkündür.

4857 sayılı yasa ile gerçek anlamda iş güvencesi gelmemiştir. Geçersiz feshin sonuçlarında da görüldüğü üzere, feshin geçerli sebeplere dayanmadığı tespit edildiğinde, işçinin işe başlaması ya da güvence tazminatlarının ödenmesi tamamen işverenin tercihinin bırakılmıştır. İşveren ya işçiye işe başlatıp, güvence tazminatından kurtulacak ya da tazminatı ödeyip işe başlatmayacaktır. Aynı hak işçiye ise tanınmamıştır. Bu bağlamda işçiye de aynı imkânın getirilmesi, işi ya da tazminatı seçme şansı tanınmalıdır.

Yine bu anlamda boşa geçen ücretlerinin dört aya kadar olanının ödenmesi adil olmadığı gibi, süreye bağlanması da hukuki değildir. Ülkemizde yargılama koşulları ve işlerin yoğunluğu ve yargının yavaşlığı dikkate alındığında, davaların yıllarca sürebileceği söylenebilir. Kaldı ki ispat hakkının da işverende bulunması,

onun davayı uzatmaya özendirici bir durumdur. Hâlbuki boшта geçen ücretlerinin tamamına hükmedilmiş olsa, işveren ispat yükü de kendisinde olduğundan ve tüm verilerde kendi yedinde bulunduğundan davayı biran önce bitirmek isteyecek ve kasıtlı uzatmalara da meydan verilmeyecektir. Boшта geçen ücretlerin tamamının ödenmesinin hüküm altına alınması, birçok kötüye kullanmaları önleyecektir. Bu itibarla, mutlaka bir yasa değişikliği yoluyla bunun düzenlenmesi gerekmektedir.

Gerçek anlamda iş güvencesi, değişiklikler öncesi 2821 sayılı yasanın 30. maddesinde düzenlenen işyeri sendika temsilcilerine tanınan işe dönüş imkânıdır. Yeni yasa ile bu anlamda iş güvencesi getirilmemiş, üstelik 4773 sayılı yasayla işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesi de 4857 sayılı yasadaki düzenlemeye bağlanarak, geriye dönüş yaşanmıştır. Bu husus bireysel sendika özgürlüğüne aykırıdır ve sendikal örgütlenme özgürlüğüne ket vurmuştur. Zira işyeri sendika temsilcileri korunmaya en çok muhtaç olandır ve bu hususta mutlaka yeni hazırlanan Sendikalar yasasında tekrar eski düzenlemeye dönülmelidir.

İş güvencesi kapsamı dışında olanlar için iş akdinin feshinde kötü niyet tazminatı ya da sendikal tazminat mümkün iken, güvence kapsamında olanlar bu haktan faydalanamamaktadırlar. Yine güvence kapsamında olanlar için 21. maddedeki boшта geçen ücretlerin ve tazminat miktarının sözleşmelerle değiştirilmesi yasağı getirilmiştir. Bu durumda iş güvencesi kapsamında olanların durumları, kapsam dışındakilere göre daha uygunsuz hale getirilmiştir. Kapsam dışında olan bir işçi, ispatlayabilirse ihbar ve kıdem tazminatı yanında kötü niyet tazminatı ya da sendikal tazminat alabilecektir. Ancak aynı durumda iş güvencesinden yararlanan işçi, fesih geçersiz sayılırsa en çok dört aylık boшта geçen ücreti ve 4–8 ay arası ücreti tutarında güvence tazminatı ya da sendikal nedenlerle fesih halinde 1 yıllık ücreti tutarında güvence tazminatı alabilecektir. Üstelik bu hakkı ise tamamen işverenin tercihine bırakılmıştır. Uygulamada işveren hüküm altına alınan tazminatlar yüksek ise işçiyi tekrar başlatarak güvence tazminatından kurtulmakta ve sadece boшта geçen 4 aylık ücreti ödemektedir. Aradan kısa bir süre sonra ise işçinin iş akdi tekrar feshedilmektedir. Böyle bir durumda ise yasanın gerçek bir koruma sağlamadığı ve işçinin tekrar aynı yargısal süreci takip etmekte tereddüt ettiği görülmektedir. Bu anlamda en azından boшта geçen süre ücretlerinin 4 ayla sınırlandırılması hükmünden vazgeçilmeli ve boшта geçen tüm süre ücretlerinin ödeneceği hususunda yasal

düzenleme yapılmalıdır. Yine aynı şekilde işçiye de geçersiz feshin sonuçları bakımından güvence tazminatlarını ya da işe iadeyi seçmesi hususunda tercih hakkı veren yasal düzenleme yapılmalıdır.

Ayrıca sendikal nedenlerle fesih halinde güvenceden yararlanmayanlar için Sendikalar Kanununun 31. maddesine göre ispat yükü işverende olmasına rağmen, güvence kapsamındakiler için ispat yükünün işçiye yüklenmesi uygun olmamıştır. Bu hususun da yasal bir değişiklikle düzeltilmesi gerekmektedir.

Genel olarak ise yasada eleştirilen yönlerin düzeltilmesi ve özellikle de güvence kapsamının genişletilmesi halinde ILO standartlarına ve Avrupa Birliği yönergelerine uygun, daha önemlisi ülkemiz şartlarına uygun bir yasaya kavuşulmuş olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, E., “İhbar Tazminatı - Kötü niyet Tazminatı İlişkisi – Kötü niyet Tazminatının İhbar Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı.” Y.9. HD. 14.03.1996, E.1996/3635, K.1996/5426, Karar incelemesi, **TÜHİS** (Mayıs-Ağustos)1997, Cilt.14, Sayı.2–3.
- AKYİĞİT, E., **İş Kanunu Şerhi**, Seçkin yayıncılık, Ankara 2001
- ALP, M., “İşçinin Feshe Karşı Korunması”, (İş Güvencesi Yasası), **DEÜHFD**, İzmir 2003, S.1, s. 1–40(Feshe Karşı,)
- ALP, M., “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, **DEÜHFD**, İzmir 2004, S.1, s.1–41 (Temel Haklar)
- ALPAGUT, G., “İngiliz Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **Marmara Üniversitesi İş Hukuku Dergisi**, C.2. 1992, S. 1–4,
- ALPAGUT, G., “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshi Karşı Korunması Semineri, **İstanbul Barosu yayını**, İstanbul 2002, s.79–117 (Feshe Karşı)
- ALPAGUT, G., **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Doktora Tezi**, TÜHİS yayını, Ankara 1998
- ATABEK, R., **İş Akdinin Feshi**, İstanbul 1938
- AYDIN, U., “İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi”, **Çimento İşveren D**, Mayıs 2004, s. 4–9.
- BAYRAM, F., **Türk İş Hukuku Normlarının ILO Normları Açısından Değerlendirilmesi** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, 1998,
- BERKSUN, A., İ.EŞMELİOĞLU, **Açıklamalı, Gerekçeli- İçtihatlı Sendikalar Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1989
- BİLGİLİ, A., **İş Güvencesi Hukuku**, Karahan Kitabevi, Adana 2004
- ÇELİK, N., **İş Hukuku Dersleri**, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000
- ÇELİK, N., “İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması”, **Kamu-İş D.**, Cilt. 4, S. 2, Haziran 1997, s. 219–230 (Sözleşmelerle Sınırlandırılma)
- ÇELİK, N., **İş Güvencesi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2003,
- ÇELİK, N., **İş Hukuku Dersleri**, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2003
- ÇELİK, N., **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004
- ÇENBERCİ, M., **İş Kanunu Şerhi**, 5. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1984
- ÇENBERCİ, M., **İş Kanunu Şerhi**, 6. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1986,
- DEMİR, F., **İş Güvencesi Hukuku**, Barış Yayınları, İzmir 1999
- DEMİR, F., **İş Hukuku ve Uygulaması**, 3. Bası, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2003, (İş Hukuku),
- DPT 8. Beş yıllık Kalkınma Planı, Küreselleşme Özel İhtisas Komisyonu Raporu, yayın no:2544, Ankara 2000, s.87 vd. , <http://ekutup.dpt.gov.tr/dunya/oik560.pdf>

- EKMEKÇİ, Ö., “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **İHSGHD**, Ocak-Mart 2004, s. 165-181
- EKONOMİ, M., "Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi", **Kamu-İş D.**, Ekim 1988, s. 3-16
- EKONOMİ, M., “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, **Çimento İşveren Dergisi**, Mart 2003 Özel Eki, s.1-40
- EKONOMİ, M., **İş Hukuku, Cilt 1 Ferdi İş Hukuku**, 3. Bası , İTÜ yayını, İstanbul 1984
- EKONOMİ, M., Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 sayılı ILO sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı”, Almanya’da ve Türkiye’de Feshe Karşı Korunma Semineri, **Alkım Yayınları**, İstanbul 1997, s. 81-106 (158 Sayılı ILO Sözleşmesi,)
- ENGİN, E. M., “İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin, Yargıtay Karar Değerlendirmesi,” (Ücretsiz İzin), Legal yayıncılık, **İHSGHD**, Nisan –Haziran 2004, s. 537-544
- ENGİN, E., **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi** (İşletme Gerekleri),Beta Yayınevi, İstanbul 2003,
- ESENER, T., **İş Hukuku**, Ankara 1975.
- EYRENCİ Ö., S.,TAŞKENT, D., ULUCAN, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004
- EYRENCİ, Ö., “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme”, **İHSGHD**, Ocak-Mart 2004, s. 15-56 (Yeni Düzenlemeler)
- Friedrich Ebert Vakfı Ekonomi Forumu, **İş Güvencesi Yasa Taslağının Muhtemel Ekonomik Ve Sosyal Etkileri**, FES yayınları, İstanbul 1992
- GÜNAY, C. İ., “İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması”, **Kamu-İş D.**, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, C.6, 2002, S.4, s.105-131
- GÜNAY, C. İ., **İş Hukuku**, 3. Bası , Yetkin Yayınevi, Ankara 2004
- GÜNAY, C. İ., **Şerhli İş Kanunu**, 2. Bası, Cilt.1, Yetkin yayınevi Ankara 2001
- GÜNERİ, O.N., “İş Güvencesi”, Ankara 2001, **Tüba İş ve İşçi Çalışma Bülteni**, Sayı 1350
- GÜVEN E., AYDIN U., **İş Hukuku Dersleri**, Eskişehir 1995
- GÜZEL, A., **İşverenin Değişmesi, İşyeri Devrinin Hizmet Akitlerine Etkisi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1987
- GÜZEL, A., “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş sözleşmesi Grev ve Lokavt Semineri,**İstanbul Barosu Yayını**, (İş Güvencesi.), İstanbul Eylül 2004, s.15-145.
- GÜZEL, A., “İş Hukukuna İlişkin Temel İlke Ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi” , Türk İş Hukukun Güncel Sorunları, 2001 Temmuz Toplantısı, **İstanbul Barosu Yayını**, İstanbul 2001, s.19-49 (Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi),
- GÜZEL, A., “Türkiye’de Feshe Karşı Korunmanın Kıdem Tazminatı Ve İşsizlik Sigortası İle İlişkileri”, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, **Alkım Yayınları** , s.191-213 (Feshe Karşı Korunma)

- HEPER, A., **Avrupa İş Hukuku ve Türkiye**, Avrupa Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Beta Yayınları, İstanbul 1997
- ILO Sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı ve İş Güvencesi**: Genel-İş Sendikası Yayını, Ankara, 1993
- KAPLAN, E. T., **İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1987
- KAPLAN, E.T., "Fesih Bildirim Önelllerinin Sözleşme ile Değiştirilebilmesi", **Türk Kamu Sen**, C.1, Haziran 1988, Sayı.4
- KAYA, P. A., "Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri", **TÜHİS** Yayını, Ankara 1999, s. 4
- KILIÇOĞLU, M., **Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları**, Turhan Kitabevi, Ankara 1999
- KOÇ, Yıldırım, "158 Sayılı ILO Sözleşmesine Göre İş Güvencesi", **TÜRK-İŞ Yayınları**, Ankara 2002
- KURTBEK, S., **İş Güvencesi (Feshe Karşı Korunma ve Hizmet yapma Zorunluluğu)**, Yüksek Lisans Tezi, ESKİŞEHİR, 1997
- KURU, B., R., ARSLAN, E., YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku**, 8. Bası, Ankara 1996
- KURU, B., **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6.Bası, İstanbul 2001
- KUTAL, M., "İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı", **Mercek Dergisi**, Nisan 2003, s.4-9 (Uluslararası)
- KUTAL, M., "İş Hukukun İktisadi ve Sosyal Etkileri Üzerine Bazı Düşünceler", **Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları**, Ankara 1993
- MOLLAMAHMUTOĞLU, H., "Hizmet Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ekonomik Sebeplerle Feshi", **Kamu-İş D**, C.1, Ocak 1988, S.3
- MOLLAMAHMUTOĞLU, H., **Hizmet Sözleşmesi, Kuruluş, İçerik, Sona Erme**, Ankara 1995
- MOLLAMAHMUTOĞLU, H., **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004
- NARMANLIOĞLU, Ü., **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1998
- OĞUZMAN, K., **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri**, Cilt.1, 4. Bası, İstanbul 1987
- OĞUZMAN, K., **Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına göre Hizmet Akdinin Feshi**, İstanbul 1955 (Fesih),
- ÖZBUDUN, E., **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 1990
- POSTACIOĞLU, İ., E, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6.Bası, İstanbul 1975
- PREİS, U., (1997) "Federal Almanya'da Feshe Karşı Koruma Hukuku" (Çev. Nurşen Caniklioğlu) Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri,(6-7 Nisan 1997) İstanbul, **Alkım Yayınevi**, s.26
- REİSOĞLU, S., "Türk Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması ile İlgili düzenlemeler ve İş Mahkemeleri Uygulamaları", Almanya'da ve Türkiye'de fesih ve İşçinin Feshe

Karşı Korunması, Derleyen ŞEMSETTİN KIRAL, **Basisen Eğitim ve Kültür yayınları**, İstanbul 1985, No:5, s.57–63

RG. 8 Eylül 1999, sayı 23810

RG. 15 Ağustos 2002, sayı 24847

RG. 15.8.2002, sayı:24847

SAYMEN, F. H., **Türk İş Hukuku**, İstanbul, 1954

SELÇUKİ, S., **İlmi Ve Kazai İçtihatlarla İş Kanunu**, 2. Bası, İstanbul 1971

SİRMEN, L., **Türk Özel hukukunda Şart**, Ankara 1992

SİRMEN, V., **Türk İş hukukunda İş akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, Ankara 2002, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

SOYER, M. P., “Yargıtay’ın Yıllık Ücretli İzin Hakkına İlişkin İki Kararı Üzerine Bazı Düşünceler”, **İHD**, Ekim-Aralık 1992, 563–565. (Karar İncelemesi)

SOYER, M. P., “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, **İHSGHD**, Temmuz-Eylül 2004, 797–808. (Fazla Saatler)

SOYER, P., “158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, **İstanbul Barosu Yayını**, İstanbul 2002, 269–294. (158 Sayılı)

SÜMER, H. H., “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1997, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi Yayını**, İstanbul 1999, 91–153. (Değerlendirme 1997)

SÜMER, H.H., **İş Hukuku**, B.7, Mimoza Yayınları, Konya 2000

SÜMER, H.H., **İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması**, Mimoza Yayınları, Konya 1997

SÜMER, H.H., **İşçinin Toplu İşten Çıkarmalar Karşısında Korunması**, Konya 2002. (Toplu Çıkarma)

SÜZEK, S., **İş Güvenliği Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara 1985. (İş Güvenliği)

SÜZEK, S., “Ekonomik Zorunluluk Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Sendikal Tazminat”, **İHU**, 1979/III, Sen. K. 19 (No.9)

SÜZEK, S., “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, **Kamu-İş**, 2002, S.4, 73–94. (Feshin Sınırlandırılması)

SÜZEK, S., “İş Akdinin Türleri”, **Mercek**, Nisan 2001, 17–35. (Akdin Türleri)

SÜZEK, S., “İş Hukuku Yaptırımları”, **İHD**, Nisan-Haziran 1993, 165–183. (Yaptırımlar)

SÜZEK, S., “İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, **Kamu-İş Yayını**, Ankara 1993, 129–137. (Düzenleme Boşlukları)

SÜZEK, S., Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, **Kamu-İş Yayını**, Ankara 2003, 1–57. (Değerlendirme 2001)

- SÜZEK, S., “Ekonomik Zorunluluk Nedeniyle Fesih ve Sendikal Tazminat”, **İHU**, S.K.19, No.9.
- SÜZEK, S., “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi Semineri, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi Yayını**, İstanbul 1991, 39–81. (Değerlendirme 1989)
- SÜZEK, S., “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1998, **MESS Yayını**, İstanbul 2000 (Değerlendirme 1998)
- SÜZEK, S., **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Kazancı Yayınları, Ankara 1976, (Fesih) (Kötüye Kullanma)
- SÜZEK, S., **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Savaş yayınları, Ankara 1989, (Askıya Alınma-Askı)
- SÜZEK, S., **İş Hukuku**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005
- SÜZEK, S., **İş Hukuku, Genel Esaslar-İş Akdi**, İstanbul 2002. (1. Bası)
- ŞAHLANAN, F., “4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri”, 4857 Sayılı Yeni İş Kanununu Değerlendirme Konferans Notları, **Türk-İş Yayınları**, Ankara 2003, 66–94. (4857 Sayılı)
- ŞAHLANAN, F., “İş Güvencesi Kanunu’nun Kapsamı ve Yasal Süreç”, **Mercek**, Nisan 2003, 15–20. (Kapsam)
- ŞAKAR, M., **Basın İş Hukuku**, İstanbul 2002.
- ŞAKAR, M., **İş Hukuku Uygulaması**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 5.Baskı, İstanbul 2003
- TANTEKİN D.Ö., “Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli ve Haklı Nedenle Feshinde 4857 Sayılı İş Yasası Hükümlerinin 158 Sayılı İlo Sözleşmesi ve Fransız Mevzuatı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, 2004, www.turkhukuk sitesi.com /makale_136.htm
- TAŞKENT, S., **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, Belediye İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara 2002 (İş Güvencesi)
- TAŞKENT, S., “Alt İşveren”, **İHSGHD**, Nisan-Haziran 2004, 363–366. (Alt İşveren)
- TAŞKENT, S., **İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı korunması)**, Hazar Yayınları, İstanbul 1991
- TAŞKENT, S., “İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Yeni İş Yasası, **Toprak İşveren D**, İstanbul 2003, 104–131. (Sona Erme)
- TAŞKENT, S., “Mevsim ve Kampanya İşleri”, **İBD**, Kasım-Aralık 1976, s. 37–54. (Mevsim İşleri)
- TEZİÇ, E., **Anayasa Hukuku**, B.9, İstanbul 2004.
- TUĞ, A., A., BAŞBUĞ, **İş Güvencesiz İş Hukuku**, 2. Baskı, Öz İplik – İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara 1992
- TUĞ, A., **Sendikalar Hukuku**, 2. B, Ankara 1992

- TUNCAY, A. C., “İş Güvencesi” , **Çimento İşveren D.**, Mart 2004, 58–61. (Karar İncelemesi)
- TUNCAY, A. C., “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor”, **Çimento İşveren D.**, Ocak 2003, 3–18. (İş Güvencesi)
- TUNÇOMAĞ, K., T. CENTEL, **İş Hukukunun Esasları**, B.3, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.
- TUNÇOMAĞ, K., T. CENTEL, T. **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayınevi, İstanbul 1999
- TUNÇOMAĞ, K., “Hizmet İlişkisinden Doğan Manevi Tazminat İstekleri ve Yargıtay Kararları”, **TÜTİS**, Mart 1984, 2–10. (Manevi Tazminat)
- TUNÇOMAĞ, K., **İş Hukuku**, C.I, B.4, Beta Yayınevi, İstanbul 1986.
- TUNÇOMAĞ, K., **İş Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1984
- TUNÇOMAĞ, K., **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, B.5, İstanbul 1990. (Sosyal Sigortalar)
- TUNÇOMAĞ, K., **Türk Borçlar Hukuku**, C.I, Genel Hükümler, B.6, Beta yayınevi, İstanbul 1976. (Borçlar, I)
- TUNÇOMAĞ, K., **Türk Borçlar Hukuku**, C.II, Özel Borç İlişkileri, B.3, Beta Yayınevi, İstanbul 1977. (Borçlar, II)
- UÇUM, M. , “İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar”, **İHSGHD**, Ekim-Aralık 2004, 1301–1318. (Sürenin Başlangıcı)
- UÇUM, M., “Yeni İş Kanunu Hükümlerine Göre İş Güvencesi”, **Legal H.D.**, Haziran 2003, s. 1385–1400. (İş Güvencesi)
- UÇUM, M., **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003
- ULUCAN, D., “4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri”, **Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası’nca Düzenlenen “Yeni İş Yasası” Konulu Seminer Yayını**, İstanbul 2003, s.35–65. (İş Sözleşmesi Türleri),
- ULUCAN, D., “AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri”, **Mercek**, Temmuz 2003. 60–66. (AB Ülkelerinde)
- ULUCAN, D., “Alman Hukukunda Feshe Karşı Korunmanın Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997
- ULUCAN, D., “Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, C. II, İstanbul 1982, **İÜSBF**, s.187 vd.(Çalışma Hakkı)
- ULUCAN, D., “Çalışma Hayatında Esneklik”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, **TÜHİS**, Ankara 1998, s. 525–541. (Esneklik)
- ULUCAN, D., “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1996, İstanbul 1998, s. 9–32. (Değerlendirme 1996)
- ULUCAN, D., “Haklı Ekonomik Nedenlere Dayanmayan İşyeri Kapama Kararının Yasa Dışı Lokavt Sayılması”, **İHU**, TSGLK.17, No.2 ve No.5.

- ULUCAN, D., “İş Güvencesi ve Fesih Özgürlüğü”, **İş ve Hukuk Dergisi**, 1991, S. 219, (Fesih Özgürlüğü I)
- ULUCAN, D., **Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği**, İstanbul 1981.
- ULUCAN, D., “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, **KAMU-İŞ** Ankara 2000, s. 191–202. (Eşitlik İlkesi)
- ULUCAN, D., ”Maastricht Antlaşmasından Sonra Birliğin Sosyal Politikaları ve Geleceği”, Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, **Çimento İşveren D.**,Ankara 1997, s.49–62. (Maastricht)
- USTA, O., **İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları**, Feryal Matbaası, Ankara, 1998
- ZERDEREN, U., **Dünyada ve Türkiye’de İş Güvencesi** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi) , İstanbul 2002

ÖZGEÇMİŞ**Kişisel Bilgiler :**

Adı Soyadı : Sefa UYAN
Doğum Yeri : ISPARTA
Doğum yılı : 1966
Medeni Hali : Evli

Eğitim Durumu :

Lise : 1980–1984 Bursa Işıklar Askeri Lisesi
Lisans : 1984–1988 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans :

Yabancı Diller Düzeyi :

1- Almanca : Orta
2-İngilizce : Orta

İş Deneyimi :

1990 yılından itibaren Isparta Barosuna kayıtlı serbest Avukat ve halen devam ediyor.