

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

***TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİH
USULÜ, FESHE İTİRAZ VE FESHİN SONUÇLARI***

Yüksek Lisans Tezi

GİZEM SARIBAY

İstanbul, 2006

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

***TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİH
USULÜ, FESHE İTİRAZ VE FESHİN SONUÇLARI***

Yüksek Lisans Tezi

GİZEM SARIBAY

Danışman: DOÇ. DR. NURŞEN CANIKLIOĞLU

İstanbul, 2006

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
GİZEM SARIBAY'ın TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞ GÜVENCESİ
KAPSAMINDA FESİH USULÜ, FESHE İTİRAZ VE FESHİN SONUÇLARI adlı tez
çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 22.06.2006 tarih ve 2006-6/13 sayılı kararı ile
oluşturulan jüri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

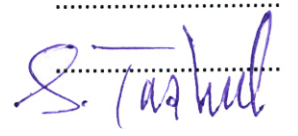
Tez Savunma Tarihi : 10.7.2006

1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. NURŞEN CANIKLIOĞLU

2) Jüri Üyesi : PROF. DR. ALİ GÜZEL

3) Jüri Üyesi : PROF. DR. SAVAŞ TAŞKENT





İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	vi
§ 1. GİRİŞ.....	8
I. Genel Olarak.....	8
II. İş Güvencesinin Önemi.....	11
III. Konunun Sınırlanması.....	13
IV. Konunun Sunulması.....	14

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ

§ 2. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI.....	15
I. Genel Olarak.....	15
II. Dar ve Geniş Anlamda İş Güvencesi.....	17
§ 3. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA KOŞULLARI.....	20
I. Genel Olarak.....	20
II. İşçinin İş Kanunu veya Basın İş Kanunu Kapsamında Olması.....	21
III. İş Sözleşmesini İşverenin Feshetmesi.....	22
IV. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışması.....	25
V. İşyerinde Otuz ve Daha Fazla İşçi Çalıştırılması.....	29
1. Genel Olarak.....	29
2. İşçi Sayısına Dahil Olanlar.....	33
3. İşçi Sayısını Tespit Zamanı.....	36
4. Otuz İşçi Koşulunun Yerindeliği.....	38
VI. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması.....	41
1. Genel Olarak.....	41
2. Kıdemlerin Birleştirilmesi.....	43
3. Kıdeme Dahil Süreler.....	46
4. Kıdem Koşuluna Yönelik İşverenin Kötüniyetli Davranışı.....	48
VII. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmaması.....	49
VIII. İşK. m. 18'deki Düzenlemenin Hukuki Niteliği.....	51

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE USUL VE FESHE İTİRAZ

§ 4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE USUL.....	58
I. Genel Olarak.....	58
II. Feshin Yapılma Zamanı.....	59
III. Feshin Yazılı Yapılması.....	61
1. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Feshinin Yazılı Olması....	61
2. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinin Yazılı Olması.....	61
3. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinin Yazılı Olması.....	63
III. Fesih Bildiriminde Sebep Gösterme Kuralı.....	66
IV. İşçinin Savunmasının Alınması.....	67
1. Genel Olarak.....	67
2. Savunmanın Biçimi ve Yöntemi.....	70
3. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinde Savunma Alma.....	71
V. Fesih Usulü Bakımından Haklı Fesih/Geçerli Fesih İlişkisi.....	72
§ 5. FESİH BİLDİRİMİNE İTİRAZ.....	76
I. Genel Olarak.....	76
II. İş Mahkemesinde Dava Açma.....	77
1. Dava Açma Hakkı.....	77
a) İşçinin Dava Açma Hakkı.....	77
b) Mirasçıların Dava Açma Hakkı.....	78
2. Davanın Konusu.....	79
3. Husumet.....	80
a) Genel Olarak.....	80
b) Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Husumet.....	81
c) Geçici İş İlişkisinde Husumet.....	87
d) Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklarda Husumet.....	88
4. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	89
a) Görevli Mahkeme.....	89

b) Yetkili Mahkeme.....	89
5. Dava Açma Süresi.....	91
a) Genel Olarak.....	91
b) Dava Açma Süresinin Niteliği	93
c) Dava Açma Süresinin Başlangıcı.....	94
aa) Sözlü Fesihlerde.....	94
bb) Haklı Nedenle ve Bildirim Öneli Verilerek Yapılan Fesihlerde.....	96
cc) Askı Süresinde Yapılmış Fesihlerde	99
dd) İleri Bir Tarihte Geçerli Olmak Üzere Yapılmış Fesihlerde.....	101
d) Dava Açma Süresinin Hesaplanması.....	103
6. İspat Yükü.....	104
a) Genel Olarak.....	104
b) İş Sözleşmesinin ve İşK. m. 18'deki Koşulların Varlığını İspat.....	105
c) Sözleşmenin Fesih Usulünde İspat.....	108
aa) Feshin Yazılı Olması ve Savunma Alma.....	108
bb) Fesih Sebebinin Geçerliliği.....	109
aaa) Genel Olarak.....	109
bbb) İşçinin Feshin Başka Bir Nedene Dayandığını İddia Etmesi.....	110
aaaa) Genel Olarak.....	110
bbbb) Sendikal Nedenle Fesihte İspat.....	112
7. Yargılama.....	113
a) Yargılama Usulü.....	113
b) Yargılama Süresi.....	114
c) Temyiz.....	117
d) Farklı Usule Tabi Taleplerin Aynı Davada Görülmesi.....	126
8. Özel Bir Durum: Bildirim Süresi İçinde Haklı Fesih	130

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FESHİN SONUÇLARI

§ 6. MAHKEMECE FESHİN GEÇERSİZ SAYILMASI VE SONUÇLARI.....	132
I. Mahkemenin Feshin Geçersizliğine Karar Vermesi.....	132
II. Feshin Geçersizliğine Karar Verilmesinin Anlamı.....	135
1. Özel Hukukta Geçersizlik Kavramı.....	135
2. İş Güvencesinde Feshin Geçersizliğinin Anlamı.....	138

3. Feshin Geçersizliğinin İşverene Seçimlik Bir Hak Vermesi.....	144
4. Feshin Geçersiz Kılınmasının Türk Ceza Kanunu Bakımından Sonuçları.....	147
§ 7. İŞÇİNİN ÇALIŞMAK İÇİN İŞVERENE BAŞVURMASI.....	149
I. Genel Olarak.....	149
II. Başvuru Süresi.....	150
III. Başvuru Usulü.....	152
IV. Başvurunun Sonuçları.....	154
1. Geçersiz Feshin Tüm Sonuçları ile Ortadan Kalkması.....	154
2. Dört Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi	155
3. İşçinin Çalıştırılmadığı Süre için Ücret ve Diğer Hakları.....	158
aa) Ücret ve Diğer Hakların İçeriği.....	158
bb) Ücret ve Diğer Hakların Miktarı.....	160
cc) Ücret ve Diğer Hakların Ödenmemesi ve Sonuçları.....	162
dd) Dört Ay Sınırlamasının Yerindeliği.....	165
4. İşveren Bakımından Bir Aylık İşe Başlatma Süresinin Başlaması.....	167
V. Başvurmamanın Sonuçları.....	168
1. Genel Olarak.....	168
2. İşçinin Başvuruda Bulunmasına Rağmen, Çağrıldıktan Sonra İşe Başlamaması.....	171
§ 8. İŞÇİNİN İŞVERENCE İŞE BAŞLATILMASI.....	174
I. Genel Olarak.....	174
II. Çalıştırılmayan Süreye İlişkin Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi.....	175
III. İhbar ve Kıdem Tazminatının Mahsup ve İadesi.....	176
IV. İşçinin Dava Sırasında Başka Bir İşte Çalışması.....	181
V. İşçinin Dava Sırasında İşsizlik Ödeneğinden Yararlanması.....	183
VI. Özel Bir Durum: Dava Sürerken İşçinin İşe Başlatılması.....	186
VII. İşe İade Davasının Konusuz Kalması.....	189
§ 9. İŞÇİNİN İŞVERENCE İŞE BAŞLATILMAMASI.....	195
I. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi	195
II. Çalıştırılmayan Süreye İlişkin Ücret ve Diğer Haklar.....	196
III. İş Güvencesi Tazminatı.....	197
1. Genel Olarak.....	197
2. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Kriterler.....	199

3. İş Güvencesi Tazminatında Faiz	201
IV. İşe Başlatmama Durumunda Kıdem, İhbar Tazminatları İle İzin Ücreti.....	203
§ 10. İŞE İADENİN PARASAL SONUÇLARININ İCRASI.....	205
I. İşe İade İlamının Parasal Hükümleri Bakımından Usuli Niteliği.....	205
II. İş Güvencesi Tazminatı ve Dört Aylık Ücretin Likit Olmaması.....	207
III. İş Güvencesi Tazminatı ve Dört Aylık Ücrete İlişkin Kararın İcrası.....	208
§ 11. SENDİKAL TAZMİNAT, KÖTÜNİYET, EŞİTLİĞE AYKIRILIK VE İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI İLİŞKİSİ.....	210
§ 12. GEÇERSİZ SEBEPLE FESHİN VERGİ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU YANSIMALARI.....	216
I. Çalıştırılmadığı Halde Ödenecek Ücretten Yapılacak Kesintiler.....	216
II. İş Güvencesi Tazminatından Yapılacak Kesintiler.....	219
§ 13. GEÇERSİZ FESHİN SONUÇLARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN MUTLAK EMREDİCİLİĞİ.....	224
§ 14. MAHKEMECE FESHİN GEÇERLİ SAYILMASI VE SONUÇLARI.....	228
§ 15. SONUÇ	229
KAYNAKÇA.....	235

KISALTMALAR

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AŞ.	: Anonim Şirket
A.Y.	: Anayasa
b.	: Bent
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CHP	: Cumhuriyet Halk Partisi
Dr.	: Doktor
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
g.	: Gün
GVK.	: Gelir Vergisi Kanunu
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILO	: International Labour Organisation
İHU	: İş Hukuku Uygulaması
İHSGHTMK	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
İnş.	: İnşaat
İSK	: İşsizlik Sigortası Kanunu
İşK.	: İş Kanunu
İşMahK.	: İş Mahkemeleri Kanunu
K.	: Karar
İŞKUR	: İş ve İşçi Bulma Kurumu
karş.	: Karşılaştırınız
KVK.	: Kurumlar Vergisi Kanunu
Ltd.	: Limited
m.	: Madde
MK.	: Türk Medeni Kanunu
No.	: Numara :
Prof.	: Profesör
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
San.	: Sanayi
sK.	: Sayılı Kanun
SenK.	: Sendikalar Kanunu
SSK.	: Sosyal Sigortalar Kanunu
Şti.	: Şirketi
t.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK.	: Türk Ceza Kanunu
Tic.	: Ticaret
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
Vb.	: ve benzeri
Vd.	: ve diğerleri
Vs.	: ve saire
Vol	: Volume
VUK.	: Vergi Usul Kanunu
Y9HD	: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

§1. GİRİŞ

I. Genel Olarak

19. yüzyılın ilk yarısına egemen olan iktisadi liberalizmin “Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” prensibi ile, işçi ve işveren taraflarına, devlet baskısından uzak tam bir sözleşme serbestisi içinde çalışma imkanı sağlanacağına inanılmaktaydı. Böylece bireysel güç ve çalışmalar en yüksek düzeye ulaşarak ekonomik hayat refaha kavuşacaktı¹. Hem işverenler hem işçiler bakımından iş ilişkisinin devamının temel ve dokunulmaz olduğunu kabul eden bu eğilim, taraflara tam bir serbesti tanımış ve hiçbir müdahaleyi benimsememiştir². İşçi ve işverenin diledikleri takdirde sözleşmeyi feshedebilecekleri esası ile kişi özgürlüğü ve tarafların eşitliği prensipleri anılan kuralın dayandığı temel felsefelerdi³. Çalışanın kiralanması şeklindeki işçi ve işveren ilişkisi, adeta işverenin arka arkaya hizmet satın aldığı ve işçinin de işgücünü sattığı bir alışverişe benzemekteydi⁴. 19. yüzyılda, iktisadi liberalizm ile sözleşme serbestisi anlayışının hakim olduğu bu sistem, iş güvencesi anlayışından tamamen uzaktı⁵.

İşçi ve işverenin sözleşme serbestisi üzerine kurulmuş olan liberalist sistemin ekonomik hayatı refaha kavuşturacağı düşünülmüştü. Bu sistem, sadece tarafların güçlerinin eşit olması halinde olumlu sonuç vereceği için⁶, zamanla bu beklenti tükenmiş ve menfaatler çatışması baş göstermiştir. Sözleşme serbestisinin taraflara sağladığı eşitlik, çoğu zaman biçimsellikten öteye de gitmemiştir. Bir iş bulabilme ve bulduğu işte tutunabilme arzusunda olan işçi, maddi bakımdan kendisinden çok daha üstün olan işverenin koşullarını kabul etmek zorunda olduğu

¹ ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, 18. bası, İstanbul 2005, 3-4 (İş Hukuku).

² GÜZEL Ali, Türkiye’de Feshe Karşı Korumanın Kıdem Tazminatı ve İşsizlik Sigortası ile İlişkileri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesince Düzenlenen Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, 1-4 Nisan 1997, 191 (Feshe Karşı Koruma); EGEMEN Erdal, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, İstanbul 2003, 82 (İş Güvencesi).

³ GÜZEL, Feshe Karşı Koruma, 196.

⁴ SCHMİDT Folke, Redundancy and Dismissal In Europe- (I), Labour Law in Europe with Special Reference to the Common Market, London 1962, 52.

⁵ ÇELİK Nuri, İşçinin Feshe Karşı Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Bu Hakkın Sözleşmelerle Sınırlandırılması Konusundaki Uygulamalar, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, 43 (Feshe Karşı Koruma); GÜZEL, Feshe Karşı Koruma, 191.

⁶ KOÇ Muzaffer, İş Güvencesi, 1. bası, Ocak 2005, 32.

gibi⁷, işten çıkartıldığında sadece mesleğini ifa etmekten değil, aynı zamanda geçim kaynağı olan ücretten de yoksun kalmıştır⁸. İşçi ile işveren arasındaki bu ekonomik ve sosyal durum farklılığı, sözleşme serbestisinin işçi lehine dönmesi sonucunu doğurmuş ve işçinin korunması zorunluluğu ortaya çıkmıştır⁹. Günümüz iş hukuklarındaki iş sözleşmeleri, 19. yüzyılın başındaki hizmetin kiralanması şeklindeki iş sözleşmelerinden oldukça farklıdır¹⁰.

Liberal devletten sosyal devlete geçişle birlikte, genel olarak emek gelirinden başka bir geliri olmayan işçinin, maddi gücü elinde tutan işverene karşı güçlenmesi için iş güvencesine yönelik yasal çalışmalar başlatılmıştır. Devletin müdahalesi sonucu, iş sözleşmesinin içeriği, Borçlar Hukukunun diğer sözleşmelerinden farklı bir anlam ve görünüm kazanmış, işin düzenlenmesi, işçi sağlığı ve güvenliği, ücretin güvencesi gibi konular nispi emredici kurallarla (sosyal kamu düzeni) düzenlenmiştir¹¹.

Sözleşme serbestisine sahip olan işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi her zaman mümkünken, işçinin işini yitirmesi anlamına gelen işverenin fesih hakkına sınırlamalar getirilmeye başlanmıştır. Bilinmelidir ki, çağdaş İş Hukuku, işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Sadece, işverenin işçiye işten çıkartırken, kanunun aradığı anlamda geçerli bir nedene dayanması zorunluluğunu ve bu nedenin biçim ve içerik açısından yargı denetimine tabi olacağını öngörmektedir¹².

Eskiden salt işçinin yaptığı iş ele alınırken artık yapılan işin, işçinin ve ailesinin yaşamı ve onun kişiliği ile yakın ilişkileri birlikte değerlendirilmektedir¹³. Batı ülkelerinde işten çıkartılan işçinin alıştığı hayat standardının düşmesi, işçinin iş ve hatta özel çevresini yitirmesi, işten çıkarılma serbestisine karşı çıkanların titizlikle üzerinde durduğu konulardır. Gerçekten de, geçerli bir neden olmaksızın iş sözleşmesi feshedilmiş olan işçi, evine ekmek götürememesinin yanında, ertesi gün arkadaşlarıyla bir çay içme toplantısına dahi gidemez, sosyal çevresini

⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 4

⁸ KUTAL Metin, İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 15 (İşçinin Feshe Karşı Korunması).

⁹ FORDE Micheal, Employment Law, 2. bası, Dublin 2001, 196 (Employment Law).

¹⁰ GÜZEL Ali, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, 176 (Intuitus Personae).

¹¹ GÜZEL, Intuitus Personae, 177.

¹² GÜZEL, Feshe Karşı Koruma, 196; aynı yazar, İş Güvencesi, 16 vd.

¹³ ÇELİK Nuri, İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 1. bası, İstanbul 2003/3, 9 (İş Güvencesi); GÜZEL, Feshe Karşı Koruma, 192.

yitirmek zorunda kalır¹⁴.

İş sözleşmesinin serbestçe sona erdirilebildiği bir sistem, işçinin her an işinden olma korkusu içinde çalışmasına, iş veriminin azalmasına ve huzursuzluklara yol açar. Çalışma özgürlüğü de, sözleşme yapma özgürlüğü gibi Anayasanın güvencesi altındadır (A.Y. m. 48).

İşçinin ve toplumun çıkarlarını koruyabilmek amacıyla işverenin fesih hakkı sınırlanırken, elbette işverenin menfaatleri de dikkate alınmalıdır. Bir işletme uzun süre verimsiz çalışamaz. İşverenin girişim özgürlüğü çerçevesinde kar elde etme hakkı da bulunmaktadır. Bu özgürlüklerin birbiri ile bağdaştırılması gerekmektedir¹⁵. İşçi dilediği zaman iş sözleşmesini feshedebiliyorsa işveren de işyerinin verimliliğinin sağlanması için işçileri işten çıkarabilmelidir¹⁶.

İktisadi liberalizmin dengesizliklere yol açtığını anlayan Batı Avrupa Ülkeleri, 19. yüzyılda iki çözüm bulmuşlardır. Bunlardan birincisi, kanun koyma yolu ile devletin çalışma hayatına müdahalesi, ikincisi çalışan ve çalıştıranların kendi kendilerine yardım hareketi içinde kuruluşlarını (sendikalarını) kurmalarıdır¹⁷.

Türkiye'ye baktığımızda kanun koyucu, yakın geçmişe kadar tarafların iş sözleşmesini herhangi bir nedene dayanmaksızın serbestçe feshedebilmelerine imkan tanımış, fesih hakkının kötüye kullanıldığı zamanlarda tazminat ödenmesini sağlayan hükümler öngörmüştü. İşe iade olanağı ise sadece işyeri sendika temsilcilerine tanınmıştı. 4773 sayılı İş Kanunu¹⁸ ve ardından 4857 sayılı İş Kanunu¹⁹, iş güvencesini hukukumuzda dahil etmiştir. Böylelikle ilk defa iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin, iş sözleşmesinin feshi geçersiz kabul edilmişse, işyeri sendika temsilcisi olmasa dahi, işine iade edilebilecektir.

¹⁴ TAŞKENT Savaş, Dünya'da ve Türkiye'de İş Güvencesi, Belediye-İş Yayınları, İstanbul 1992, 44-45.

¹⁵ KUTAL, İşçinin Feshe Karşı Korunması, 16.

¹⁶ KUTAL, İşçinin Feshe Karşı Korunması, 11; ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL Ali, İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 4, 2005, 159 vd. (Keyfilik Denetimi).

¹⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 5.

¹⁸ RG., 15.9.2002, S. 24847.

¹⁹ RG., 10.6.2003, S. 25134.

II. İş Güvencesinin Önemi

İşe iade imkanı, iş güvencesinden bahsedebilmenin olmazsa olmaz koşuludur. İş güvencesi ise iş hukukunun temel taşıdır. İş sözleşmesinde işçi sadece sözleşmenin tarafı değil, aynı zamanda da konusu olduğu için, iş sözleşmesinin yapılması kadar devamlılığı da yaşamsal bir değere sahiptir²⁰.

İş güvencesinin öneminin anlaşılması için iş güvencesi ile neyin amaçlandığının bilinmesi gerekmektedir. İş güvencesinin amaçları; işçilerin kişisel ve ekonomik nedenlerle işten çıkartılmasını güçleştirerek işçiyi dilediği gibi bireysel iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverene karşı korumak, konjonktürel dalgalanmalarda işletme içi geçişlere öncelik tanıyarak işten çıkarmalar yerine yumuşak bir personel politikası ile istihdamdaki devamlılığı sağlamak, bazı gruplara örneğin; sendika üyesi işçilere, temsilcilere, kıdemli, yaşlı, özürlü işçilere, hamile kadınlara özel güvence sağlamak, işten çıkartılan işçiler için doğacak sonuçların etkisini hafifletmek için gereken önlemleri almak olarak sayılabilecektir²¹.

İş güvencesi önlemlerinin olmadığı bir hukuk sisteminde, işçi kanuna, kendi iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine aykırı da olsa verilen talimatları yapmak zorunda kalmakta, aksi halde işinden olacağı korkusunu duymaktadır²².

İşçinin geçerli olmayan nedenlerle iş sözleşmelerinin feshine karşı korunduğu bir hukuk düzeninde, sadece bireysel hakların değil, kolektif hak ve özgürlüklerin de gerçek işlevini yerine getirdiği görülmektedir. İşçiler, ancak iş güvencesinin var olduğu bir hukuk düzeni içinde sendikalara üye olabilecek, yasal bir greve katılabilecek, toplu iş sözleşmesi özerkliğinden yararlanabilecektir²³.

İş güvencesi, “kayıt dışı ekonomi” nin, dolayısıyla kayıt içi ve kayıt dışı işçi çalıştıran işverenler arasındaki haksız rekabetin önlenmesine de yardımcı olmaktadır²⁴. Zira, kayıt dışı işçi çalıştıran işveren; Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirim yapmadan ve 506 sK.’na göre ödemesi

²⁰ GÜZEL, Keyfilik Denetimi, 173.

²¹ EGEMEN, İş Güvencesi, 82.

²² TAŞKENT Savaş, Bireysel İş Hukuku, EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, 2. bası, İstanbul 2005, 151.

²³ TAŞKENT Savaş, İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası’na Düzenlenen Yeni İş Yasası Semineri Notları, Çeşme 2003, 112 (Sona Erme); aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 151; SÜZEK Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar-İş Akdi), 2. bası, İstanbul 2005, 431 (İş Hukuku).

²⁴ TAŞKENT, Sona Erme, 112; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 151.

gereken primleri ödemedi işçi çalıştırmakta, asgari ücretin dahi altında ücret ödemektedir. Ayrıca bu işçilerin sendikal örgütlenmeleri de mümkün olmamaktadır. Böylelikle kayıt içi ve kayıt dışı işçi çalıştıran işverenin üretim maliyetleri arasında büyük farklar oluşmakta ve bu durum haksız rekabet oluşturmaktadır (TTK. m. 57/10). Bu yolla oluşan haksız rekabetin önlenmesi, kayıt dışı çalışan işçilerin işten atılma korkusundan bağımsız olarak sendikaya üye olabilmeleri, sigortalı olarak veya asgari ücretle çalışmaları ile mümkündür. Bu şekilde, kayıt içi ekonomi gerçeği yansıtabilecek ve devletin vergi gelirleri artacaktır²⁵.

İş güvencesi, İş Hukukunun işlerliğinin sağlanması için önemli bir etkidir. Örneğin, fazla çalışma, ücret, sigortalılığın tespiti davaları hep iş sözleşmesinin feshinden sonra açılmaktadır. İş güvencesinin bulunmadığı bir ortamda, her an işten çıkarılma tehdidi altındaki işçilerin kanundan veya sözleşmeden doğan haklarını talep etmeleri beklenemeyecektir²⁶.

İş güvencesinin işyerinde barışı ve düzeni oluşturacağı, verimi arttıracığı da belirtilmelidir. Zira, geçerli bir neden olmaksızın işten çıkarılamayacağını bilen işçi, işe dört elle sarılır, verimli bir şekilde çalışır²⁷.

İş güvencesi önlemlerinin zayıflığı, hem işçilerin durumunu zorlaştıracak hem de devletin “Sosyal Devlet” olma niteliğini engelleyecektir²⁸. Anayasanın 2. maddesinde belirtildiği üzere, “Türkiye Cumhuriyeti...sosyal bir hukuk devletidir”. Sosyal devlet, vatandaşların sosyal durumlarını iyileştirmeyi, onlara belirli bir yaşam düzeyi sağlamayı, onları sosyal güvenliğe kavuşturmayı kendisi için ödev bilen devlet anlayışıdır²⁹. İşçilerin feshe karşı korunmadığı bir devletin sosyal devlet olma vasfı bulunamayacaktır³⁰.

İş güvencesi sistemi, öncelikle işçinin işinin devamlılığını sağlayan, ancak işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmayıp sınırlayan, fesih halinde işçinin muhtaç ve mağdur olmasını önleyecek şekilde işçiye makul bir ödeme yapılmasını öngören ve taraflar arasında denge gözetken özelliklere sahip olmalıdır. Sonuç olarak, iş güvencesinin arka planında ekonomik,

²⁵ TAŞKENT, Sona Erme, 112; KUTAL, İşçinin Feshe Karşı Korunması, 21.

²⁶ TAŞKENT Savaş, İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Belediye İş Sendikası Yayını, Ankara 2002, 11 (Yeni Düzenleme); SÜZEK, İş Hukuku, 431.

²⁷ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 152; SÜZEK, İş Hukuku, 431.

²⁸ KOÇ, İş Güvencesi, 24.

²⁹ Sosyal devlet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZE Ayferi, Sosyal Devlet Sistemi, İstanbul 1976, 1 vd.; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku, 13. bası, Ankara 2004, 163-164.

³⁰ TAŞKENT, Dünya’da ve Türkiye’de İş Güvencesi, 46.

sosyal ve bireysel ihtiyaçlar yatmaktadır³¹. Bu nedenle iş güvencesi sistemi bu ihtiyaçları gözetmeli, ancak feshin bir ihtiyaç (ya da zorunluluk) olduğu durumları da göz ardı etmemelidir.

III. Konunun Sınırlanması

Bu yüksek lisans tezi, iş güvencesi kurumunu açıklamaya çalışmakla birlikte, iş güvencesini tüm boyutlarıyla ele alma iddiası taşımamaktadır. Zira, iş güvencesi çok geniş bir alanı ilgilendirmektedir. Özellikle iş güvencesinin temelinde yatan, feshin geçerli bir nedene dayandırılması ilkesi, geçerli nedenlerin neler olduğunun açıklığa kavuşturulmasını gerektirir ki, bu konu başlı başına bir başka çalışmanın konusunu oluşturabilir. Bunun gibi, geçerli neden kavramının haklı nedenle bağlantısının da kurulması, hangi durumların geçerli neden hangilerinin ise haklı neden oluşturduğunun irdelenmesi gerekir. Bu çalışmada, iş güvencesi kurumunun hukukumuzda getirmiş olduğu geçerli neden kavramı kapsama alınmamıştır.

Ayrıca, bireysel olarak işten çıkartılan işçilerin iş güvencesi üzerinde durulmaya çalışılmış, toplu işçi çıkarma prosedürüne ve iş güvencesinin kurum olarak İş Kanununa girmesinden önce var olan işyeri sendika temsilcilerinin güvencesine yer verilmemiştir.

İş güvencesi kapsamındaki işçinin, sözleşmesi feshedildiğinde İş Kanunumuzda işçiye iki olanağın tanındığı görülmektedir. Birincisi iş mahkemelerinde dava açma yolu, diğeri ise özel hakeme gitmedir. Bu alışma, işçinin dava açma yolunu seçmesi olasılığına göre kurgulanmış, özel hakem yolu ayırık tutulmuştur.

IV. Konunun Sunulması

“Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları” başlıklı bu alışma, İş Kanunundaki hükümler paralelinde giriş ve sonuç bölümleri dışında üç bölümden oluşmaktadır. İş Güvencesi başlıklı ilk bölümde, öncelikle iş güvencesi kavramı ve ardından bir işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması için gerekli olan koşullar açıklanmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda son olarak İşK. m. 18’deki düzenlemenin hukuki niteliği üzerinde durulmuş ve böylelikle bu bölümün ikinci bölümle bağlantısı kurulmak istenmiştir.

İkinci bölümün başlığı, “İş Sözleşmesinin Feshinde Usul ve Feshe İtiraz” dır. Bu

³¹ GöRMüş Ayhan, “İş Güvencesi”, İşG, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C. 6, S.1, 2004.

bölümün ilk paragrafında iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin uyması gereken usul, ikinci paragrafında ise işverenin yapmış olduğu bu fesih işlemine ilişkin olarak işçinin feshe itiraz (dava açma) olanağı üzerinde durulmuştur.

“Feshin Sonuçları” başlıklı üçüncü bölümde, öncelikle mahkemenin feshi geçersiz sayması kavramı açıklanmaya çalışılmış, ardından geçersiz sayılan bu feshin geçersizliğinin işlerlik kazanabilmesi için gerekli olan işçinin işe başlamak üzere işverene başvurusu ve buna bağlanan sonuçları irdelenmiştir. İşçinin tavrı ortaya konulduktan sonra işverenin iş ilişkisini devam ettirip ettirmeme kararı ve bu karara göre ortaya çıkacak parasal sonuçlar, iş güvencesi tazminatı ile bu bağlamda birbiriyle karıştırılan diğer tazminatların ilişkileri, geçersiz sebeple feshin vergi ve sosyal güvenlik hukuku yansımaları ile mutlak emredici niteliği üzerinde durulmuştur. Mahkemenin feshi geçersiz sayması kadar feshi geçerli sayması da mümkün olduğu için son olarak da feshin geçerli sayılması ve sonuçları açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM İŞ GÜVENCESİ

§ 2. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI

I. Genel Olarak

İşçilerin iş kazaları ve meslek hastalıklarından sonra, karşılaşılabileceği en ciddi tehlike işini kaybetmek olduğundan, iş hukukunun en önemli amaçlarından birisi, işçinin çalışmasının, yani iş sözleşmesinin devamlılığının güvence altına alınmasıdır³². İş ilişkisinin korunması bakımından modern iş hukukunun en etkili önlemi ise feshe karşı korumadır.

1950’li yıllarda ileri sürülmüş olan ve işçinin yaptığı işi üzerinde mülkiyet hakkına benzer bir hakkı olduğunu kabul eden düşünceye göre³³, koşullar ne olursa olsun, işçinin kusuruna dayanan nedenler dışında, işveren işçiyi işten çıkartamayacaktır³⁴. Ancak, iş mülkiyeti olarak adlandırılabilir olan bu hak, işletmenin faaliyetini sürdürmesine bağlıdır. Bu hak, zorunlu nedenlerle işletmenin faaliyetini durdurması, askıya alması, hatta işçinin zorunlu nedenlerle borcunu yerine getirmemesi hallerinde de (askerlik, seferberlik, analık) devam edecek, işçilerin tazminat ve işsizlik ödenekleriyle desteklenecektir³⁵. Elbette bu düşünce birçok

³² GÜZEL Ali, İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosunca Düzenlenen Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 19 (İş Güvencesi Yasa Tasarısı).

³³ Ünlü Fransız Hukukçusu Prof. Ripert, 1950’li yıllarda işçinin yaptığı iş üzerinde mülkiyet hakkına benzer bir hakkı olduğunu savunmuştur. Bu konuda bkz., GÜZEL Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 16 (İş Güvencesi).

³⁴ Japon Hukukunda da ilk olarak 1920’lerde baş gösteren bu eğilim, ikinci dünya savaşının ardından 1950’lerin ortalarında Japon İş Hukuku yapısına tam olarak işlemiştir. Ömür boyu iş ilişkisi ve iş güvencesi adını taşıyan sistem, Batı standartlarında bir yasal zorunluluk olmamakla birlikte, içtihat hukuku ile gelişmiş olan ve kökleri geçmişe dayanan adeta bir örf-adet hukukudur. Ömür boyu iş ilişkisinde, kolej ve üniversitelerin mezunlarını verdiği dönemde işe alınan işçiler, belirli bir deneme süresinin ardından emekliliklerine kadar çalışacakları işyerlerine girerler. İşçiler işverenlerine maaşları, terfileri ve sosyal hakları konusunda güvenirlir. Bu anlamda Japon bir işveren ile Batılı bir işverenin temel farkı, Batılı işverenin ortaklarını, Japon işverenin ise işçilerini düşünmesidir. Japon İş Hukuku ömür boyu iş ilişkisi anlayışından kısa sürede vazgeçmemiştir. İşverenin işyerinin devamlılığı için çalışması ve işçilerini ömür boyu istihdam etmesi bir tür şeref göstergesi olarak günümüze kadar gelmiştir. 1990’ların başında Japonya’nın büyük işverenlerinden birisi, finansal bir krize girmiş, bu krizi atlatması için işçilerini işten çıkarmasının kaçınılmaz olması üzerine intihar etmiş ve “eğer işçilerim işten çıkartılacaksa, ilk gitmesi gereken kişi benim” demiştir. Ancak şu da bir gerçek ki, gün geçtikte ve nüfus arttıkça Japonya’da da ömür boyu güvencenin eski şartlarıyla devamı konusunda büyük şüpheler bulunmakta ve güvencenin hayatın yarısına kadar olması önerilmektedir. Ancak, Japonlar, artık ayrılmaz bir parçaları olarak gördükleri ömür boyu iş garantisini veren bu sistemin en ufak bir değişikliğe uğramasının Japon İş Hukukunu tamamen değiştireceğini bilmekteler. SCHREGLE Johannes, Dismissal Protection in Japan, International Labour Review, Vol. 132, No. 4, 1993, 507 vd.

³⁵ DEMİR, İş Güvencesi Hukuku, 2. bası, İzmir 1999, 14 (İş Güvencesi).

itirazla karşılaşmıştır. İtirazları üç grupta incelemek mümkündür³⁶:

İlk itiraz, işletmenin de ekonomik risklere maruz kaldığından hareketle işverenin personel seçme, işe alma veya işten çıkararak personel sayısını istediği gibi düzenleme hakkına sahip olduğunun unutulmaması gerektiğidir.

İkinci itiraz, işçi ve işverenin eşit olduğu anlayışından yola çıkarak, nasıl işçi işi istediği zaman bırakabiliyorsa, işverenin de işçiyi her zaman işten çıkartmakta özgür olması gerektiğidir.

Üçüncü itiraz, işletmenin hesaplarında açık vermesi durumunda, işletmenin bu yükü kaldırmaya devam etmesinin onun iflasına yol açabileceği ve iflasa karşı koyabilmek için, işverenin işçileri işten çıkarma özgürlüğünün sürekli korunması gerektiğidir.

Kısaca özetlenmiş olan itirazlardan da anlaşılacağı üzere, mutlak iş güvencesini benimseyen model, işverenin girişim özgürlüğü ve yönetim yetkisi ile işçilerin işten çıkarılmalarına karşı korunması arasında belirli dengeyi sağlayamamaktadır³⁷. Böylelikle; pozitif hukukun benimsediği iş güvencesi kavramı, işçiye mutlak anlamı ile iş güvencesi hakkı tanımamıştır.

Yukarıda belirttiğimiz itirazlar da göz önünde tutularak çağdaş iş hukukunda, işverenin fesih hakkının elinden alınması değil, sınırlandırılması³⁸, işçi ile işveren arasındaki ilişkinin her ne pahasına olursa olsun sürdürülmesi değil, işçinin ancak belirli nedenlerin varlığı halinde işten çıkartılabilmesi amaçlanmıştır³⁹. Böyle bir amaca ulaşmak ise işverenin işçiyi çıkarırken ileri sürdüğü nedenin kanunun öngördüğü geçerli nedenlerle örtüşmesi ve bu nedenin yargıç denetiminden geçirilmesi ile mümkündür⁴⁰. Söz konusu nedenler yoksa ya da olmasına rağmen işveren tarafından ispat edilemiyorsa, işçi işine iade edilebilecek veya bu mümkün değilse tazminat ödenecektir⁴¹. Dolayısıyla iş güvencesi, “İşçinin Feshe Karşı Korunması” kapsamında yer alan, işçinin işini koruması amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan ve sadece işçinin

³⁶ DEMİR, İş Güvencesi, 14 vd.

³⁷ GÜZEL, İş Güvencesi, 16.

³⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, 561 (İş Hukuku).

³⁹ TAŞKENT, Sona Erme, 111; aynı yazar, Yeni Düzenleme, 9; aynı yazar, Dünya’da ve Türkiye’de İş Güvencesi, 39; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 150; DEMİRCİOĞLU Murat, Sorularla Yeni İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2003-42, İstanbul 2003, 78 (Yeni İş Yasası); DEMİR Fevzi, Dünya’da ve Türkiye’de İş Güvencesi, Belediye-İş Yayınları, İstanbul 1992, 29; EGEMEN, İş Güvencesi, 81.

⁴⁰ GÜZEL, İş Güvencesi, 17; UÇUM Mehmet, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, 1. bası, İstanbul 2003, 129 (Seminer Notları).

⁴¹ TAŞKENT, Sona Erme, 111.

kullanabileceği haklardan oluşan bir iş hukuku kurumudur⁴².

Ülkemizde, işverenin fesih hakkını sınırlamaya yönelik ilk yasama faaliyetini 1978 tarihli tasarı oluşturmaktadır. Ancak bu tasarı yasalaşamamıştır. İkinci hazırlık ise 1982 yılında yapılmış, bu tasarının da meclisten geçmesi mümkün olamamıştır. Yasal düzenlemeye gidilmesini zorunlu hale getiren gelişme ise, 1994 yılında 158 sayılı ILO Sözleşmesinin Türkiye tarafından onaylanması olmuştur. Ancak bu süreç de yaklaşık dokuz yıl sürmüş ve nihayet 2003 yılında önce 4773 ve ardından 4857 sayılı Kanunlar kabul edilmiştir⁴³.

Ancak, belirtelim ki, mevcut sistemimiz içinde işe iade hakkını koşulsuz içeren iş güvencesine sahip bir işçi grubu yoktur. Fesih geçersiz sayılarak işçiler işe iade edilse dahi, işveren işçiyi işe başlatmama olanağına sahiptir. 2821 sK. m. 30’da, işyeri sendika temsilcileri için gerçek anlamda bir işe iade olanağı mevcutken, 4773 sK. bu güvenceyi ortadan kaldırarak⁴⁴ temsilcileri de diğer işçilerin yararlanabildiği olanaktan yararlanır hale getirmiştir. Bunun isabetli olmadığı ise açıktır⁴⁵.

2. Dar ve Geniş Anlamda İş Güvencesi

İşverenin, iş sözleşmesini yeterli ve makul bir neden olmaksızın sona erdirmesinin engellenmesi ve mümkün olduğu kadar iş ilişkisinde sürekliliğin sağlanması, “dar anlamda iş güvencesi” olarak tanımlanmaktadır⁴⁶.

“Geniş anlamda iş güvencesi” ise, “İşverenin fesih hakkına kanun ve sözleşme ile getirilen tüm sınırlamalar ve feshin sonuçlarını ortadan kaldıran ya da hafifleten önlemler”

⁴² UÇUM, Seminer Notları, 128.

⁴³ EKONOMİ Münir, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi, Mart 2005, 23’te dn. 29 (Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi).

⁴⁴ “Fesih tarihinde yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanununun 4773 sayılı Yasa ile değişik 9. maddesi ile Sendikalar Kanununun 30. maddesi tamamen değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile ... davacının salt işyeri temsilcisi olmasının aktinin feshine engel olacağından söz etmek olanağı kalmamıştır”. Y9HD, 21.10.2004, E. 2004/6558, K. 2004/23719, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 4, 2005, 288.

⁴⁵ GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 23; EKMEKÇİ Ömer, Toplu İş Hukuku Açısından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 55-56 (Toplu İş Hukuku Açısından İş Güvencesi); UÇUM, Seminer Notları, 130.

⁴⁶ EKONOMİ Münir, Türkiye’de Feshe Karşı Korunmanın Kanun Yolu ile Düzenlenmesinin Sosyal ve İktisadi Sonuçları, Almanya’da ve Türkiye’de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985, 88 (Türkiye’de Feshe Karşı Korunma Semineri); TAŞKENT Savaş, İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), İstanbul 1991, 16; KUTAL, İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı, Mercek 2003, 4 (İş Güvencesi Kavramı); aynı yazar, İşçinin Feshe Karşı Korunması, 16; dar anlamda değil, gerçek anlamda iş güvencesi tabirini kullanan yazar, ULUCAN Devrim, Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, Prof. Dr. Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, cilt 2’den ayrı basım, İstanbul 1982, 183 (Çalışma Hakkı).

anlamına gelmektedir⁴⁷. Bildirim sürelerinden iş arama izinlerine, kıdem tazminatından işsizlik sigortasına tüm düzenlemeler bu kapsamda yer almaktadır⁴⁸.

Bildirim sürelerinin geniş anlamda iş güvencesinden sayılmasının sebebi, bu sürelerin feshin olumsuz sonuçlarını bertaraf etmeye yarayan özellikleridir. Buna göre, bildirim süresi boyunca işçi işine devam ederek beklemediği bir anda ücretinden yoksun kalmayacak, işçiye bildirim süresi içinde günde iki saatten az olmamak üzere ücretli iş arama süresi verilerek, yeni bir iş bulması için olanak yaratılacaktır⁴⁹.

İş sözleşmesinin askıya alınmasının geniş anlamda iş güvencesi içinde sayılması ise, belirli koşulların oluşması halinde, geçici bir süre sözleşmenin askıda kalmasının kararlaştırılarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin engellenmesi temeline dayanmaktadır⁵⁰.

Anayasamızın 53. maddesinde düzenlenmiş olan toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ve özerkliği de, geniş anlamda iş güvencesi araçlarından bir tanesi olarak sayılabilecektir. Bilindiği gibi, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere yapılır (TİSGLK m. 2). Fesih hakkından tümüyle vazgeçmemek kaydıyla, taraflar TİS’de fesih hakkını sınırlayan düzenlemeler yapabileceklerdir⁵¹. Bu noktada, kanunda öngörülen kötüniet ve sendikal tazminattan başka, toplu iş sözleşmelerinde, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı, iş sözleşmesini sendikal sebeplerle feshettiği durumlarda iki-beş yıllık ücret tutarında cezai şart ödeyeceğine ilişkin hükümlere sıklıkla yer veriliyordu. Böylelikle, maddi anlamda kanun niteliğinde olan toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı ile geniş anlamda iş güvencesinin sağlanması mümkün olmaktaydı. Ancak, Yargıtay işverenin fesih hakkına toplu iş sözleşmeleri ile sınırlama getirilmesi düşüncesine çok olumlu bakmadığı için ülkemizde bu anlamda iş güvencesinin işlediğini söylemek mümkün olmamaktadır⁵².

Türk İş Hukuku bakımından geniş ve dar anlamda iş güvencesi kavramlarını ele aldığımızda diyebiliriz ki, geniş anlamda iş güvencesi içinde sayılabilecek bir takım kurumlar yıllardan beri Türk Hukukunda mevcuttur. Dar anlamda iş güvencesi ise ancak 2003 yılında, 4773 sayılı İş Kanunundan sonra Türk Hukukunda yerini almıştır.

⁴⁷ EKONOMİ, Türkiye’de Feshe Karşı Korunma Semineri, 87; aynı yazar, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 22; DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 79; KUTAL, İşçinin Feshe Karşı Korunması, 15.

⁴⁸ KUTAL, İş Güvencesi Kavramı, 5; aynı yazar, İşçinin Feshe Karşı Korunması, 16.

⁴⁹ TAŞKENT, İş Güvencesi, 18.

⁵⁰ SÜZEK Sarper, İş Akdinin Askıya Alınması Genel Teorisi, Ankara 1989, 13 (Askı).

⁵¹ TAŞKENT, İş Güvencesi, 97.

⁵² EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 23.

§ 3. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

I. Genel Olarak

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, iş güvencesini açık bir biçimde düzenlememekle birlikte, feshe karşı korumanın kökeni olarak sayılabilir. 1949 tarihinde Türkiye tarafından onaylanan bu bildirge⁵³, herkesin çalışma ve işsizliğe karşı korunması hakkından söz etmektedir (m. 23). Türkiye'nin 1989 yılında onayladığı⁵⁴ 1961 Tarihli Avrupa Sosyal Şartı da, 1. maddesi ile çalışma hakkını düzenlemiştir⁵⁵.

İş güvencesinin uluslararası dayanağını oluşturarak, iş güvencesini açık bir biçimde düzenleyen sözleşme ise, 158 sayılı ILO Sözleşmesidir. 158 sayılı ILO Sözleşmesinin onaylanmasından sonra⁵⁶, Türk Hukukunun bu sözleşmeyle uyumlaştırılması gerekmiştir⁵⁷. Bu amaç doğrultusunda, önce 4773 sayılı Kanun, ardından da mevcut 4857 sayılı Kanun çıkarılmıştır.

158 sayılı Sözleşmenin temel özelliği, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde geçerli bir nedene dayanma zorunluluğunu getirmesidir (m. 4). Bunun sonucu olarak da, iş sözleşmesinin haksız yere feshedildiğine inanan işçiye itiraz olanağı tanımıştır (m. 8).

158 sayılı ILO Sözleşmesi m. 2 f. 2 bent a, b ve c'de sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılabilecek çalışanlar sayılmıştır. Bu hükme göre, belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler, süresi önceden ve makul olarak belirlenmiş deneme süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerden deneme süresi içinde bulunanlar ve süreksiz iş ilişkisi ile çalışan işçiler, kapsam dışında bırakılabilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu, 158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun olarak, m. 18'de feshin geçerli sebebe dayandırılması başlığı altında, iş güvencesine ilişkin hükümlerden (m. 19-21) yararlanmak için gereken şartları belirlemiştir. İşçi, iş sözleşmesinin türü, işyerinde çalışan işçi sayısı, kıdem ve kişi bakımından belirlenen koşullara sahip olmalıdır. Bu dört koşula ek olarak

⁵³ RG., 27.5.1949, S. 9119.

⁵⁴ RG., 4.7.1989, S. 20215 (3581 sayılı Onay Kanunu ile onaylanmıştır).

⁵⁵ ULUCAN Devrim, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara 1997, 159 (158 sayılı ILO Sözleşmesi) .

⁵⁶ TBMM, 158 sayılı Sözleşmenin onaylanmasını 9.6.1994 tarih ve 3999 sayılı Kanun ile uygun bulduktan sonra (RG. , 18.6.1994, S. 21964), Bakanlar Kurulu kendisine tanınan yetkiye dayanarak, 158 sayılı Sözleşmenin onaylanmasını 10.8.1994 tarihinde kararlaştırmıştır (RG., 12.10.1994, S. 22079).

⁵⁷ ULUCAN, 158 sayılı ILO Sözleşmesi, 160.

iki koşuldan daha söz etmek mümkündür. Bunlar, iş sözleşmesinin İş Kanununa veya Basın İş Kanununa tabi olması ile sözleşmenin işveren tarafından sona erdirilmesidir.

Bir işçinin iş güvencesinin kapsamına giriyor olup olmaması, iki noktada fark yaratacaktır. İlk olarak, işçinin iş güvencesi kapsamı içinde olması halinde sözleşmesinin feshinde geçerli bir neden aranacak, kapsam dışında kalan işçi için ise böyle bir nedene gerek bulunmayacaktır. İkinci olarak ise, iş sözleşmesi kötüniyetli olarak feshedilen kapsam dışındaki işçi, kötüniyet tazminatına başvurabilecekken, aynı kötüniyete maruz kalan işçi, yalnızca daha geniş koruyucu imkanlar sunan iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir⁵⁸.

II. İşçinin İş Kanunu veya Basın İş Kanunu Kapsamında Olması

İş güvencesinin uluslararası dayanağını oluşturan 158 sayılı ILO Sözleşmesinde, korumanın tüm ekonomik faaliyet alanlarında geçerli olacağı ifade edilmektedir (m. 2/1). Sözleşmenin 2. maddesinde ayrıca, maddede belirlenen kategorilerin birinde bulunan işçinin Sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının uygulama alanı dışında bırakılabileceği düzenlenmekte (f. 2), fakat yine aynı maddede iş güvencesi kapsamının fazla daraltılmaması bir temel ilke olarak benimsenmektedir. Bu doğrultuda sözleşmenin uygulanmasına ilişkin ilk raporda kapsam dışı bırakılan işçi kategorilerinin gerekçeleri ile birlikte belirtileceği, sonraki raporlarda ise kapsam dışında bırakılmış kişileri kapsam dışı bırakan mevzuat hükümleri ve uygulama hakkında, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin bu işçi kategorilerini de kapsaması için ne ölçüde etkili olduğu veya etkili olmada ne gibi önerilerde bulunduğu belirtilerek rapor verme yükümlülüğü düzenlenmiştir (m. 2/6).

4857 sayılı İş Kanununda ise, kural olarak sadece İş Kanunu anlamında işçi sayılan kişilerin kapsama alındığı görülmektedir. İş Kanunu kapsamı dışında kalan, örneğin kamu görevlisi olan ve kendi özel kanununda işçi olmadığı vurgulanan sözleşmeli personel ile deniz ve hava taşıma işlerinde çalışan işçiler, ayrıca Borçlar Kanununa tabi çalışanlar bu korumadan yararlanamayacaklardır. Bu durum, güvencenin kapsamını bir hayli daralttığı gibi 158 sayılı ILO Sözleşmesi hükümleriyle de bağdaşmamaktadır. 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna göre çalışan özel güvenlik görevlileri ise, iş sözleşmesi ile çalıştıkları için güvence hükümlerinden yararlanacaklardır.

İş Kanununun 116. maddesi, Basın İş Kanununun 6. maddesini değiştirerek, İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddelerinin kıyas yoluyla uygulanacağını belirtmiştir.

⁵⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 436.

Dolayısıyla, gazeteciler de iş güvencesi kapsamına alınmıştır. Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler için ise böyle bir değişiklik öngörülmemiştir⁵⁹.

Yapılan düzenlemeyle, gazetecilerin iş güvencesi kapsamına dahil edilmesi sağlanmışsa da, İş Kanunu kapsamına alınmayan diğer işçiler açısından durum çözümsüz kalmıştır. Öte yandan, gazetecilere İşK. m. 116/2'nin kıyas yoluyla uygulanmasının sağlanması suretiyle gazetecilerin kapsama alınması yasa yapma tekniğine uygun olmamıştır⁶⁰. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, sadece İş Kanunu ile Sendikalar Kanunda bazı değişiklikler yapmak yerine, Federal Almanya örneğinde olduğu gibi, iş güvencesini bağımsız bir kanun ile düzenleyerek, faaliyet alanı gerektirdiği takdirde özel düzenlemelere gitmek daha uygun olacaktır⁶¹. Bu sayede, hem özel iş kanunlarına tabi olanlar hem de iş kanununa tabi olmayanlar, yani bir iş sözleşmesi ile çalışan herkes güvenceden yararlanacak ve 158 sayılı ILO Sözleşmesine uyum sağlanacaktır⁶².

III. İş Sözleşmesini İşverenin Feshetmesi

İş Kanunu m. 18/1, "...işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren..." diyerek açıkça iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu demek oluyor ki sözleşmenin, tarafların ortak iradesiyle (ikale) veya işçinin istifası ile sona erdirilmiş olması halinde feshe karşı koruma hükümleri uygulanmayacaktır.

Fesih, karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın tek taraflı irade beyanıyla iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldıran, bozucu yenilik doğuran bir haktır⁶³.

⁵⁹ SÜZEK, İş Hukuku, 439.

⁶⁰ SOYER Polat, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 29 (Feshe Karşı Koruma); GÜZEL, İş Güvencesi, 21.

⁶¹ EKONOMİ Münir, Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Açısından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesince Düzenlenen Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, 85 (158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı); SOYER, Feshe Karşı Koruma, 29; ALP Mustafa, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvenliği Yasası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/I, 4 (Feshe Karşı Koruma).

⁶² SOYER, 158 sayılı Sözleşme, 291.

⁶³ OĞUZMAN Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 41-42 (Fesih); EKONOMİ Münir, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 1987, 166 (İş Hukuku); aynı yazar, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 18-19; ESENER, İş Hukuku, 222; TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 145; SÜZEK, İş Hukuku, 397.

Karşı tarafa yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı olduğu için, varmakla sonuçlarını doğurur⁶⁴.

İşçilerin, kıdem tazminatı ve/veya işsizlik ödeneği almak için işverenle anlaşması ile sözleşmenin sona ermesi durumunda açılacak işe iade davalarının reddi gerekmektedir⁶⁵. Zira, burada tarafların anlaşması bulunduğu için işverenin feshi değil, ikale (sona erdirmeye sözleşmesi) söz konusudur. Fesih tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran hukuki işlem olmasına karşın; ikale, birbirine uygun, karşılıklı irade ile meydana gelen bir anlaşmadır⁶⁶. Tarafların sözleşmenin sona ermesi konusunda ortak iradelerinin bulunması halinde, taraflardan biri durumu fesih olarak değerlendirse bile bunun bir önemi bulunmayacaktır. İşçinin kıdem tazminatı vs. almak maksadıyla işverenle anlaşması ve sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, işçi sözleşmeyi yaptığı sırada hata, hile, ikrah gibi iradeyi sakatlayan nedenlerin varlığını açıkça ortaya koymadıkça, işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmayacaktır⁶⁷. Belirtilmelidir ki, tarafları anlaşması ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda, işçinin işsizlik ödeneği ya da kıdem tazminatı alma olanağı kalmamaktadır. Bu sebeple, anlaşmanın var olup olmadığının dikkatli bir şekilde irdelenmesi gerekmektedir. Yargıtayın bir kararında haklı olarak belirttiği üzere, uzun süre çalışan işçinin işçilik haklarından vazgeçecek şekilde işyerinden ayrılması olağan sayılamayacaktır. Somut olaylara göre değerlendirme yapılarak, sözleşmenin işverence feshedildiğinin kabulü gerekmektedir⁶⁸. Yine Yargıtayın bir diğer kararına göre; işçi şu tarihte, ihbar ve kıdem tazminatının verilmesi halinde kurumunuzdan ayrılmak istiyorum şeklindeki dilekçesini vermiş; iki ay sonra, işveren işçinin sözleşmesini feshetmiş ve feshi işçinin işten ayrılmak istediğine dair dilekçesini esas alarak yaptığını bildirmişse, feshin işçinin isteminden çok sonra yapılması sebebiyle, feshin işçinin isteği üzerine gerçekleştiği söylenemeyecektir. İşveren feshin geçerli nedenle yapıldığını ispat

⁶⁴ EKONOMİ, İş Hukuku, 166; aynı yazar, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 18-19; ESENER Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, 222; SÜZEK, İş Hukuku, 397.

⁶⁵ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 32; ŞAHLANAN Fevzi, İş Güvencesinden Yararlanmada Feshin İşçi Tarafından Yapılması-Yardımcı İşlerin Alt İşverene Verilmesi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 312, Aralık 2005, 42 (Feshin İşçi Tarafından Yapılması).

⁶⁶ EKONOMİ, İş Hukuku, 162-163; SÜZEK, İş Hukuku, 395.

⁶⁷ ŞAHLANAN, İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 306, Haziran 2005, 42 (Davadan Feragat); ALPAGUT Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005, 245 (İş Güvencesi).

⁶⁸ Y9HD, 15.3.2004, E. 2003/16007, K. 2004/5076, AKI Erol/ALTINTAŞ H.Olcay/BAHÇIVANCILAR İbrahim, Uygulamada İş Güvencesi, 1. bası, İstanbul 2005, 22. Belirtilmelidir ki, işçinin daha iyi bir iş bulması ve o işe geçmek istemesi halinde, diğer işe derhal geçeceği için mevcut işverene ihbar tazminatı ödemek istememesi ve bu sebeple kıdem tazminatından, işsizlik sigortasından vazgeçmesi anlamına gelen ikale sözleşmesini yapması, hayatın olağan akışına aykırı kabul edilemeyecektir. Her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

edememişse, işverenin işçinin işe iade isteğini kabul etmesi gerekecektir⁶⁹.

Uygulamada sözleşmenin kim tarafından feshedildiğinin tespitinde karşılaşılan bir durum ise Yargıtay kararında haklı olarak şöyle ifade edilmiştir: “İşverence yapılan fesihten sonra davacıdan alınan ibraname ve kendisinin ayrılmak istediğine ilişkin dilekçesi, fesih iradesinin işverenden geldiği gerçeğini değiştirmeyecektir”⁷⁰. Böylelikle, işçinin işe iade davası açma hakkı olacak, şartları varsa kıdem tazminatı ve işsizlik ödeneği alabilecektir.

İşçinin iş sözleşmesinin şartlarında esaslı değişiklik yapılması üzerine, sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği hallerde de durum değişmeyecek, işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmayacaktır⁷¹. Zira İş Kanununun 22. maddesi, açık bir şekilde işçi ve işverenin ne şekilde bir yol izlemesi gerektiğini düzenlemiştir. Anılan maddeye göre, iş şartları esaslı şekilde değişen işçinin değişiklik önerisini reddetme hakkı vardır. Reddetmiş olduğu değişiklikler kendisini bağlamayacaktır. Bu durumda işveren sözleşmeyi feshederse, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshin geçerli bir nedenle yapıp yapılmadığına göre sorun çözümlenecektir. Buna karşılık, işçinin, çalışma koşullarında esaslı şekilde değişiklik nedeniyle sözleşmeyi feshetmesinin ardından, işe iade davası açma hakkı bulunmamaktadır⁷².

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine rağmen, Yargıtayın sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş olduğunu kabul ettiği bir durum bulunmaktadır. O da, sözleşmesi feshedilen işçinin ihbar tazminatını almadan evvel emekli olmak istemesidir. Yargıtay, fesihten sonra, bildirim öneli sırasında çalıştığı dönemde, işçinin yaşlılık aylığı almak üzere Kuruma başvurması halinde “sözleşmenin önel içinde işçi tarafından feshedildiğini” kabul etmekte ve işe iade davasını reddetmektedir. Bu Yargıtay içtihadına katılmak mümkün değildir⁷³. Böyle bir durumda sözleşmeyi işverenin feshettiğinin kabul edilmesi ve işe iade davasının

⁶⁹ Y9HD, 12.12.2005, E. 2005/35508, K. 2005/39328, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 9, 2006, 196.

⁷⁰ Y9HD, 7.4.2005, E. 2005/7700, K. 2005/12411, ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 354; aynı yönde Y9HD, 11.1.2005, E. 2004/9237, K. 2005/502, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 357-358.

⁷¹ İşçinin sözleşmesinin feshedilmeyip, görev yerinin değiştirilmesi halinde de, işe iade davası açma imkanı bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay, “...4857 sayılı Yasa’da düzenlenen iş güvencesi ve işe iade hükümlerinden faydalanmak ancak akdin feshi halinde mümkündür. Davacının naklen tayin edildiği işyerinde çalışırken önceki görev yerine iadesine karar verilmesi 4857 sayılı Kanun hükümleri uyarınca mümkün değildir”, demiştir. Y9HD, 10.1.2005, E. 2004/28269, K. 2005/13, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 713.

⁷² SOYER, Feshe Karşı Koruma, 33; ŞAHLANAN, Feshin İşçi Tarafından Yapılması, 42-43.

⁷³ TAŞKENT Savaş, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2006, 60 (2004 Yılı Kararları); ŞAHLANAN Fevzi, İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 310, Ekim 2005, 40 vd. (Emeklilik Başvurusu); SOYER, Feshe Karşı Koruma, 33.

sonuçlandırılması gerekmektedir⁷⁴.

IV. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışması

İş güvencesine ilişkin hükümlere esas olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi, iş güvencesinin uygulama alanı dışında bırakılabilecek durumları düzenlerken, belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili iş sözleşmelerinin iş güvencesinin uygulama alanı dışında bırakılabileceğini ifade etmiştir (m. 2, b. 2, a)

158 sayılı ILO Sözleşmesi, bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvenceler almanın taraf devletlerin yükümlülüğünde olduğunu belirtmiş (m. 2/3) ve 166 sayılı Tavsiye Kararı da bu konuda alınabilecek tedbirleri örneklemiştir (işin niteliği, işçilerin çıkarları, işin koşulları gibi).

4857 sayılı Kanun, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçileri, iş güvencesi kapsamı dışında bırakarak, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin ülkelere tanımış olduğu güvence kapsamı dışında bırakabilme imkanını kullanmıştır (m. 18).

Belirli süreli iş sözleşmeleri, haklı bir neden yoksa, süre sonuna kadar sona erdirilememekte, aksi halde sanki sözleşme devam ediyormuş gibi işçinin ücret hakkı ödenmektedir. Bu husus, feshe karşı koruma hükümlerine değil, işi kabulde temerrüde, BK m. 325'e dayanmaktadır⁷⁵. Belirli süreli sözleşmenin bu niteliği gereği zaten işçiye bir güvence sağlandığı için, bu sözleşmelerin iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmasında bir sakınca bulunmamaktadır⁷⁶.

Belirli süreli sözleşme yapma olanağı, objektif koşullara bağlanarak, sadece tarafların isteği ile işçinin iş güvencesinin dışında kalmasının önüne geçilmiştir. Bu bağlamda, İş Kanunu kapsamına giren işçiler bakımından tarafların sadece tarih vererek belirli süreli iş sözleşmesi yapmaları engellenmiş, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için işin süresinin belirli

⁷⁴ İşçinin fesihten sonra ihbar öneli içinde çalıştığı sırada emeklilik başvurusunda bulunması konusu, ileride ayrıntılı olarak inceleneceği için burada değinilmekle yetinilmiş ve tekrardan kaçılmıştır. Bkz. aşağıda § 8., VII.

⁷⁵ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 31; ŞAHLANAN, Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 157-158 (Sosyal Boyutu ile Feshe Karşı Koruma); TUNCAY Can, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren Dergisi, C. 17, S. 1, Ocak 2003, 7 (İş Güvencesi Yasası).

⁷⁶ TAŞKENT Savaş, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esaslar Konulu Tebliğin Tartışmaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 3 (İş Güvencesi Tartışmalar); SOYER, Feshe Karşı Koruma, 29.

olması⁷⁷, belli bir işin tamamlanması⁷⁸ veya belirli bir olgunun ortaya çıkması⁷⁹ gibi objektif koşulların varlığının aranacağı kabul edilmiştir. Ayrıca esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste belirli süreli iş sözleşmesinin yapılamayacağı; yapıldığı takdirde bunun belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı belirtilmiştir. Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır⁸⁰.

Öğretide, işçi ile işveren arasında belirli süreli sözleşmelerin yapılması koşullara dayalı olduğu için sözleşmenin belirli süreli olmasının bir güvence teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ancak, esaslı bir nedenin bulunması halinde, birden fazla üst üste zincirleme belirli süreli sözleşme yapıldığında da sözleşmenin belirli süreli olma özelliği korunmakta ve işçiler iş güvencesi kapsamı dışında kalmaktadır. Bu durumun yarattığı sakıncanın önlenmesi için Batı ülkelerinde olduğu gibi⁸¹ belirli süreli sözleşmelere bir sınır konulması gerektiği öne sürülmektedir⁸². Ancak öğretime bir diğer görüş, Almanya Hukukundaki durumu göstererek, feshe karşı koruma hükümleri ile istihdamı artırma önlemleri arasında bir çatışma olduğundan söz ederek, emek piyasasının düzenlenmesi için belirli süreli sözleşmelere bir sınır getirilmesinin tercih edilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁸³.

Uygulamada özellikle Özel Öğretim Kurumları Kanununa göre çalışan öğretmenler bakımından sorun yaşanmaktadır. 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa göre, özel okul öğretmenleriyle belirli süreli iş sözleşmesi yapılması zorunlu olduğu için (m. 32b/1), bu kişilerle zincirleme olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılsa dahi sözleşmeler belirsiz süreli iş

⁷⁷ İşin niteliği gereği ne kadar süreceğinin bilinmesi ya da bilinebilir olmasıdır. ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, 2. bası, İstanbul 2005, 55.

⁷⁸ Başlanmış bir işin veya başlanmış ancak bitirilememiş bir işin tamamlanmasıdır. ULUCAN, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 55.

⁷⁹ Belirli olgunun ne zaman ortaya çıkacağı iyi bilinmelidir. İş sözleşmesinin süresinin, gerçekleşeceği kesin olmakla birlikte ne zaman gerçekleşeceği tam olarak bilinmeyen bir olaya bağlanması halinde, sözleşme belirli süreli kabul edilemez. ULUCAN, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 55.

⁸⁰ Yargıtay önüne gelen bir olayı çözümlerken konuya bakış açısını özetlemiştir. Buna göre; özel bir okulda hizmetli olan kişi önceleri belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmıştır. Sözleşmesi sona erdikten sonra ise iki belirli süreli sözleşme ile çalışmıştır. Davacının yaptığı işin mahiyeti ve davacının konumu dikkate alındığında belirli süreli hizmet akdi ile çalışmasını gerektirir bir neden bulunmamaktadır. Bu sebeple devamlılık arz eden ve fakat özel bir bilgi ve yetenek gerektirmeyen temizlik işlerinde hizmet akdinin belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekmektedir. Y9HD. 18.02.2004, E. 2003/12750, K. 2004/2701, GÜNAY Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2005, 353 (Şerh 1); aynı yönde Y9HD, 28.12.2004, E. 2004/20378, K. 2004/29800, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 304.

⁸¹ Örneğin belirli süreli sözleşmeler için azami süre, Alman Hukukunda iki yıl, Fransız Hukukunda onsekiz aydır. GÜZEL, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esaslar Konulu Tebliğin Tartışmaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 10 (İş Güvencesi Tartışmalar).

⁸² GÜZEL, İş Güvencesi, 24-25; aynı yazar, İş Güvencesi Tartışmalar, 9-10.

⁸³ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 30.

sözleşmesine dönüşmemektedir⁸⁴.

Öğretide, bu tip sözleşmelerin yenilenmemesinin çoğunlukla geçerli nedenlere dayandığı, bu sebeple uygulamada önemli bir problem teşkil etmediği ifade edilmektedir. Ayrıca, teknik hukuk açısından uygun olmadığı vurgulanmakla birlikte, uzun yıllar belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan bu kanun kapsamındaki işçilerin, iş sözleşmelerinin feshi halinde, koşulları varsa Yüksek Mahkemece kıdem tazminatı alınabileceğine hükmedildiği için, bu durumun sorun olmaktan çıktığına değinilmektedir⁸⁵.

Gerçekten Yargıtaya göre, 625 sayılı Kanun gereğince zincirleme olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin sonuncusunun işverence yenilenmeyeceği bildirilerek sona erdirildiğinde, işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır⁸⁶. Kıdem tazminatı bakımından sorun çözülmekle birlikte, bu durumun iş güvencesine yansması da kaçınılmaz olarak gündeme gelmektedir⁸⁷. Zira, 625 sayılı Kanuna tabi çalışanlar yıllar yılı zincirleme belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışsalar dahi sözleşmelerinin belirsiz süreliye dönüştüğü kabul edilmeyecek, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, belirli süreli iş sözleşmelerine bir üst sınır konulması gerekmektedir⁸⁸.

Mevsimlik iş sözleşmelerinin ardı ardına yapılması halinde, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı, ardı ardına tekrarlanan sözleşmelerin sözleşme

⁸⁴ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında; “625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Hakkındaki Kanunun 32. maddesinde iş sözleşmelerinin en az bir yıl süreli olmak kaydıyla yapılacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla birer yıllık hizmet sözleşmelerinin yasa gereği yenilenmesi, bu tür sözleşmeleri süresi belirsiz hizmet akdine dönüştürmez” şeklinde hüküm kurarak iş güvencesinin özel okul öğretmenleri hakkında uygulanmayacağını neticesine varmamızı sağlamıştır. Y9HD. 17.02.2000, E. 1999/18875, K. 2000/1758, GÜNAY, Şerh 1, 358; aynı yönde bir kararda ise; “davacı 625 sayılı Kanuna göre çalışmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı amir hükmüdür. Belirsiz hale dönüşmez. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz”. Y9HD, 24.1.2005, E. 2004/28341, K. 2004/1165, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 337; Y9HD, 22.1.2004, E. 2003/23775, K. 2004/948, MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 570’te dn. 500.

⁸⁵ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 30.

⁸⁶ Y9HD, 14.3.1996, E. 1995/31366, K. 1996/5334, EKONOMİ Münir, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Emsal Kararları, Ankara 1998, 77.

⁸⁷ GÜZEL, İş Güvencesi, 26’da dn. 31.

⁸⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, 24-25; aynı yazar, İş Güvencesi Tartışmalar, 9-10. Aynı yönde olarak, kanuna bir hüküm koymak veya yargı kararları vermek suretiyle bu kişilerin de iş güvencesinden yararlanması gerektiğine ilişkin bkz. UÇUM Mehmet, İş Güvencesinin Kapsamı, Legal Hukuk Dergisi, Mart 2003, S.3, 578 (Kapsam) ; Şahlanan ise belirli süreli sözleşmelere azami bir süre konmasının ihtiyaçlara cevap vermeyeceğini ifade etmekte ve şöyle demektedir: “Kanunun mantığında belirli süreli sözleşme maalesef-tabii ILO’dan hareketle buraya geliniyor-hep işçi istismarına yol açan bir olay gibi değerlendiriliyor ve o amaçla kullanılıyor. Oysa belirli süreli sözleşmenin çok önemli bir başka fonksiyonu daha var; nitelikli eğitim vermiş, -deyim yerindeyse transfer ücreti ödenerek gelmiş bir işçinin belirli süre çalıştırılması amacıyla da yapılıyor, cezai şartlar falan o nedenle devreye giriyor. O bakımdan hem azami süre konulmasını paylaşmıyorum hem de kanundaki düzenlemeyi paylaşmıyorum”. ŞAHLANAN Fevzi, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esaslar, Tartışmalar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 30 (İş Güvencesi Tartışmalar).

tipinin belirli ya da belirsiz süreli olmasına göre farklılık gösterecektir.

Öğretide bir görüş tarafından, mevsimlik işlerde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri ardi ardına tekrarlandığı takdirde belirli süreli kalmaları⁸⁹ ve feshe karşı koruma hükümlerinin dışında bırakılarak işyerinde çalışan en az işçi sayısının hesabında dikkate alınmamaları gerektiği öne sürülmektedir⁹⁰.

Öğretide katıldığımız diğer görüş ise, mevsimlik iş sözleşmelerinin tek bir mevsim için yapılması halinde belirli süreli olabileceğini, mevsimlik bir işin her yıl yenilenerek yapılması halinde ise, baştan itibaren tek bir belirsiz süreli sözleşme olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu demektir ki, her mevsim sonu iş sözleşmesi sona ermeyecek, iş sözleşmesi bir dahaki mevsime dek askıda kalacaktır. Mevsim başında işçinin işe çağırılmaması halinde ise sözleşmenin sona erdirildiği kabul edilerek, belirsiz süreli iş sözleşmesi hükümleri gereği işçinin elinde bulunan imkanların mevsimlik işçide de bulunduğu kabul edilecektir⁹¹.

Yargıtay da yakın tarihli kararlarından birinde mevsimlik işçi sorununu son görüş doğrultusunda değerlendirmektedir. Konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararında “...*Mevsimlik ya da dönemsel çalışmada işin belirli süreli olduğundan söz edilemez. Zira 4857 sayılı Kanunun 11/1 maddesi, iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağını ifade etmektedir. Aynı maddede belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartların bulunması halinde sözleşmenin belirli süreli olacağı belirtilmiştir. Somut uyuşmazlıkta yapılan iş sürekli bir iştir. Sürekli yapılan işin belirli bir zaman diliminde yapılmaması, o işi belirli hale getirmez. Nitekim Dairemizin süreklilik kazanan uygulamasında, mevsimlik işlerde fesih tarihi, mevsimin bittiği tarih değil, sonraki başlangıç döneminde işe çağırılmama tarihi kabul edilmekte ve işçi lehine ihbar tazminatına karar verilmektedir. Davacı ile davalı arasındaki iş ilişkisi belirsiz sürelidir. Davacı iş güvencesi kapsamında kalmaktadır...*”⁹² sonucuna ulaşmıştır.

⁸⁹ EKONOMİ, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 87 ve burada dn. 27’de yazılı yazarlar.

⁹⁰ EKONOMİ, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 87.

⁹¹ SÜZEK, İş Hukuku, 216; ULUCAN, 4857 sayılı Kanuna Göre Sözleşme Türleri, Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, 63; ALPAGUT Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, 109-110.

⁹² Y9HD, 10.1.2005, E. 2004/21961, K. 2005/110, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 334-335.

V. İşyerinde Otuz ve Daha Fazla İşçi Çalıştırılması

1. Genel Olarak

İş güvencesine ilişkin hükümler, tüm işyerlerini kapsamamaktadır. Kanun koyucu, özellikle küçük işyerlerinin iş güvencesi hükümleri ile getirilen yükümlülükler bakımından zorluklarla karşılaşabileceğini göz önünde tutarak en az Kanunda öngörülen sayıda işçi çalıştıran işverenleri iş güvencesi hükümlerini uygulamakla bağlı tutmuştur. Buna göre bir işçinin iş güvencesi kapsamında olması için, çalıştığı işyerinde sanayi, ticaret ve basın işlerinde ise en az 30 işçi⁹³, İş Kanunu kapsamına alınan tarım işlerinde⁹⁴ ise en az 51 işçi⁹⁵ çalıştırılması gerekmektedir.

4773 sK.'da bir işverenin birden çok işyeri olması halinde bu işyerlerinin bir bütün olarak mı yoksa tek tek mi dikkate alınacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. 4857 sK.'nın hazırlanışı sırasında bu durum eleştiri konusu yapılmış ve Tasarıya, işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde bu işyerlerinde çalışan işçi sayılarının toplanacağı hükmü konulmuştur.

Öğreti, 4857 sayılı Kanun m. 18/4'te düzenlenmiş olan bu hükmü yerinde bulmuş; ancak, işyerlerinin bütün olarak kabulünün aynı işkolunda bulunma koşulunu arıyor olmasını haklı olarak eleştirmiştir⁹⁶. Zira, bu hükümle, korumadan yararlanacak kişiler sınırlanmış ve işkolu gibi bir uyumsuzluğun tespiti sorunu doğmuştur.

İşkolunun nasıl tespit edileceğine ilişkin kanunda bir hüküm bulunmadığı için, işveren bu işçinin çalıştığı yerin o işkolunda olmadığı savunmasını yaptığında, Sendikalar Kanunu

⁹³ 4773 sayılı Kanun döneminde 10 işçiydi. Bu demektir ki, 4857 sayılı Kanun işyerleri bakımından iş güvencesi kapsamını önemli ölçüde daraltmıştır.

⁹⁴ Tarımdan ve Ormandan sayılan işler “ Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman işlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelikte” gösterilmiştir (RG. 28.02.2004, 25387).

⁹⁵ Öğretide, tarım işlerinde 51 işçi çalışması koşulunun sadece tarım işçileri olarak değil, tarım işyeri ya da işletmesinde çalışan ve tarım işçisi niteliğine sahip olmayan muhasebeci, bekçi ve benzeri görevlerde çalışan kişilerin de toplanması suretiyle sağlandığının kabul edilmesinin gerektiği ifade edilmektedir. SOYER, Feshe Karşı Koruma, 39.

⁹⁶ GÜZEL, İş Güvencesi, 30-31; ÇELİK, İş Güvencesi, 19-20; aynı yazar, İş Hukuku, 200-201; SÜZEK, İş Hukuku, 438 dn.23; 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, 84 (Yeni İş Kanunu), aynı yazar, İş Güvencesi Kanun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek Nisan 2003/Ekim 2002 (Kapsam), 17; DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. bası, İzmir 2005, 187 (İş Hukuku); MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 566; KAPLAN SENYEN E. Tuncay, İş Hukuku, AKTAY A. Nizamettin/ARICI Kadir/KAPLAN SENYEN E. Tuncay, 1. bası, Ankara 2006, 183'te, dn. 32; EKMEKÇİ Ömer, 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Tarafından 25-29 Eylül 2002 Tarihlerinde Düzenlenen Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları, İstanbul 2002, 93-94 (Tasarı).

anlamında bir işkolu tespiti mi, yoksa kendine özgü başka bir tespit mi yapılacak; sorun, bekletici mesele mi olacak soruları ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu sebeplerle, öğreti tarafından bu kısıtlamanın çıkarılması gerektiği ifade edilmiş olsa da, hüküm bu haliyle kanunlaştırılmıştır⁹⁷. Yargıtay İşK. m. 18/4 c. 2 ile getirilen açık düzenleme uyarınca, aynı işkolu şartını aramaktadır⁹⁸.

Bankalarda olduğu gibi, bir işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri olduğu durumlarda, toplam sayı göz önüne alınarak az sayıda işçi çalıştıran yerlerde çalışan işçiler de iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır. Böylelikle, bir kısım işverenlerin iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak amacıyla işyerlerini kötüniyetli olarak bölme girişimleri önlenmiş olacaktır⁹⁹.

İşyerlerinin muvazaalı olarak, farklı işkollarına giriyormuş gibi bölündüğü iddiası halinde, öğretide bir kısım yazarlar, işkolu tespitinin bekletici mesele yapılarak işyerinin girdiği işkolunun tespitinin yapılacağını ve işyerinin muvazaalı olarak farklı iş kollarına bölündüğü tespit edilirse otuz işçi kriterinin toplama göre dikkate alınacağını ifade etmektedirler¹⁰⁰. Bu görüşe biz de katılmaktayız. Ancak, işkolu tespitinin bekletici mesele yapılması, mecburen davaların uzamasına ve sürüncemede kalmasına yol açacağı için daha da isabetli olarak “aynı işkolu” şartının kanundan çıkarılması gerekmektedir.

Diğer koşullar bir yana bırakılırsa, bir işverenin aynı iş kolunda bulunan işyerlerinde çalışan işçi sayıları toplandığında, her bir işyerinde kaç kişi çalıştığına bakılmaksızın, toplam işçi sayısının en az otuz olması, işverenin iş güvencesi hükümlerine tabi olması bakımından gerekli ve yeterlidir. Kanun bu işyerlerinin aynı bölge veya il hudutları içerisinde bulunması şartını aramamakta; aynı iş kolunda bulunmalarını yeterli saymaktadır¹⁰¹. Dolayısıyla işverenin bir

⁹⁷ Öğretide aynı işkolunda bulunma şartını uygun gören görüş için bkz. TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 155; SOYER Polat, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 275 (158 Sayılı Sözleşme); EKONOMİ, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 86.

⁹⁸ Y9HD, 11.12.2003, E. 2003/19269, K. 2003/20526 (Karar ve İncelemesi için bkz. CENTEL Tankut, İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 291, Mart 2004, 34vd.; Y9HD, 24.1.2005, E. 2004/30909, K. 2005/1536, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 308.

⁹⁹ TAŞKENT Savaş, Uluslararası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, 117 (Feshe Karşı Koruma); SÜZEK, İş Hukuku, 438; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 42.

¹⁰⁰ GÜZEL, İş Güvencesi, 30; EYRENCİ Öner, 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler için Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004, 32 (Yeni Düzenlemeler); GÜNAY Cevdet İlhan, İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, 3. bası, Ankara 2004, 456-457 (İş Hukuku).

¹⁰¹ Nitekim Yargıtay, “Otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri kavramının 4857 sayılı Kanunun 18/4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması

başka ilde bulunan işyerlerinde çalışan işçilerinin sayısı da göz önünde tutulacaktır. Buna karşılık, aynı işverene ait fakat farklı iş kollarında kurulu işyerleri bakımından m. 18/4 hükmü uygulanamayacaktır.

İşverene ait işyerlerinin aynı işkolunda olup olmadığı işyerlerindeki asıl işe göre belirlenecektir. Buna karşılık, işyerindeki otuz işçinin tespitinde işçilerin ne iş yaptığının önemi bulunmamaktadır. Yani, bir işyerinde otuzdan fazla çalışan varsa, bu sayının tespitinde o işyerinde çalışan tüm işçiler dikkate alınacaklardır. Örneğin, bir ayakkabı dükkanında muhasebe işlerine bakan kişi de tespitte göz önünde bulundurulacaktır. Ancak, birden çok işyerinin bütün olarak değerlendirilebilmesi için, işyerlerinin tamamının aynı işkolunda bulunması gerekmektedir. Elbette, bu durumda da işyerindeki işçinin ne iş yaptığının önemi bulunmamaktadır¹⁰².

Otuz işçi ölçütüne dahil olup olmama bağlamında üzerinde durulması gereken diğer bir nokta, iş sözleşmesinin feshi tarihinde, işveren aleyhinde devam etmekte olan işe iade davalarının bulunması olasılığıdır. Bu işçilerin dikkate alınması gerekip gerekmediği bir başka önemli sorun olarak ortaya çıkacaktır. Gerçekten, fesih tarihi itibarıyla işyerinde çalışan işçi sayısının otuzun altında bulunduğu, ancak devam eden işe iade davalarının işçi lehine sonuçlanarak, işçilerin işlerine iadesi şeklinde kesinleşmesi ile işyerinde çalışan işçi sayısının otuza yükseldiği durumlar söz konusu olabilecektir. Örneğin, işveren aleyhinde devam eden dört adet işe iade davasının bulunduğu ve işyerinde yirmisekiz işçinin çalıştığı varsayımında, iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin, otuz işçi ölçütü bakımından değerlendirilmeye alınıp alınmayacağı akla gelecektir. Aşağıda İşK. m. 21 ile ilgili olarak ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, işe iade ve ertesinde işçinin süresinde feshi ile iş sözleşmesi feshedilmemişçesine bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu çerçevede somut örnekte işe iade davası devam eden dört işçiden ikisinin işe iade isteminin reddedildiği, diğer ikisinin ise kabul edildiği durumda, bu iki işçinin iş sözleşmesi feshedilmemiş, yani devam ediyor sayılacaktır. Bu durumda iş sözleşmesi feshedilen son işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte işyerinde otuz işçi çalışıyor olacak, işçi iş güvencesinden yararlanacaktır.

Yargıtay TİS yetkisine ilişkin davalarda, yetki tespiti davasının sonucunu etkileyecek nitelikte olan işe iade davalarını bekletici mesele yapmaktadır. Konuya ilişkin bir kararında

halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenmesi gerekir, davalı işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin olduğu ve bu işyerlerinde çalışan işçilerin toplamının otuzdan fazla olduğu hal, uyumsuzluk dışıdır” şeklinde hüküm kurmuştur. GÜNAY, Şerh 1, 624.

¹⁰² ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 170.

“...davacı ile davalı sendikaların çoğunluk tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurmadan kısa bir süre önce iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin açtıkları feshin geçersizliği ve işe iade davalarının sayı bakımından yetki itiraz davasının sonucunu etkiler nitelikte oldukları dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda feshin geçersizliği ve işe iade davalarının sonuçlanıp kesinleşmeleri beklenerek hasıl olacak sonuca göre yetki itirazının sonuçlandırılması”nın zorunlu olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁰³.

Yargıtayın yetki tespiti davalarına ilişkin bu uygulamasının, devam eden işe iade davalarında da uygulanması ve fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bekletici mesele yapılması yerinde olacaktır.

2. İşçi Sayısına Dahil Olanlar

İş güvencesi hükümlerinin uygulanması için gerekli olan otuz işçi sayısının tespitinde kimlerin dikkate alınacağı önemli bir husustur. Bu açıdan, süresiz işte çalışan işçiler ile işyerinde çalışsalar dahi işverenin işçisi sayılmayanlar; yani, çıraklar, stajyerler, alt işverenin işçileri ile geçici iş ilişkisine dayalı çalışanlar sayıya dahil edilmeyeceklerdir¹⁰⁴. Fakat, öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, kanun kapsamına girmemek amacıyla muvazaalı olarak bir kısım işçiler alt işverenin işçisi olarak gösteriliyor ve bu durum sabitse, bu işçiler de toplama dahil edilecektir¹⁰⁵. Buna karşılık, alt işverenin işçileri ile geçici işçiler elbette kendi işverenlerinin işyerlerinde yapılan tespitte dikkate alınacaklardır.

İş güvencesi kapsamına girmese bile, işyerinde çalışan, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili, yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar ve altı aydan az kıdemi olan işçiler otuz işçinin tespitinde dikkate alınacaklardır¹⁰⁶.

Mevsimlik işçilerin bu sayıda dikkate alınıp alınmaması ise özellik taşımaktadır. Gerçekten mevsimlik işçiler işyerinin normal işleyişinde sürekli olarak ihtiyaç duyulan işçiler değildirler. Buna karşılık Kanunda mevsimlik işçiler için özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Nitekim bu nedenle öğretide, mevsimlik işçilerin bu sayının tespitinde dikkate

¹⁰³ Y9HD, 22.9.2004, E. 2004/24208, K. 2004/19650 (yayımlanmamış karar); aynı yönde, Y9HD, 24.2.2004, E. 2004/2822, K. 2004/3219, BİLGİLİ Abbas, İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, 2. bası, Adana 2005, 160 (İş Güvencesi).

¹⁰⁴ ÇELİK, İş Güvencesi, 20; SÜZEK, İş Hukuku, 439; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 41; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 182.

¹⁰⁵ TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 8; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 554.

¹⁰⁶ DEMİRCİOĞLU, Sorularla Yeni İş Yasası, 83.

alınacağı; zira buna ilişkin kanunda özel bir düzenleme olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁷. Bir kısım yazarlar bu kabule ek olarak, olması gerekenin, bunlar için özel bir düzenleme getirilerek mevsimlik işçilerin, işçi sayısının tespitinde dikkate alınmamaları olduğunu belirtmektedir¹⁰⁸.

İş güvencesinin amacı göz önüne alındığında, Kanunun, mevsimlik işlerde çalışanları otuz işçi tespitinde hariç tutmamış olması yerinde olmuştur. Zira, mevsimlik işçilerin otuz işçi sayısına dahil edilmesi, işyerinde çalışan işçi sayısına etki edecek, dolayısıyla da iş güvencesinden yararlanacak işçi sayısı artacaktır.

Alman Hukukunda, işçi sayısının hesabında kısmi süreli işçilerin tam süreli çalışan işçilerden farklı değerlendirildikleri, kısmi süreli çalışan işçilerin ancak çalışma süreleri belirli bir miktarı aşarsa dikkate alındıkları, aksi halde alınmadıkları görülmektedir¹⁰⁹. Kanunumuz ise kısmi süreli işçiler için, özel bir hüküm öngörmemiştir. Oysa İşK. m. 30'da elli sayısının hesabında kısmi süreli çalışanların tam süreliye dönüştürülerek uygulanmasını kabul etmiştir. Kanun koyucu, Alman Hukukundaki gibi bir hesaplama yapılmasını isteseydi, burada da aynı yolu izlerdi. Bu yüzden kısmi süreli çalışan işçilerin herhangi bir farklılık olmadan tam süreli çalışmış işçiler gibi, otuz işçi sayısının tespitinde dikkate alınacakları belirtilmelidir¹¹⁰.

O halde otuz işçi sayısının tespitinde, iş güvencesinin kapsamı dışında tutulmuş olsa dahi, işyerinde çalışan tüm işçiler, işçi sayısının tespitinde dikkate alınacaklardır¹¹¹. İşyerinde belirli veya belirsiz süreli ya da tam veya kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar¹¹², mevsimlik işlerde çalışanlar, fesih işlemi sırasında hasta, raporlu, izinli olan işçiler dikkate alınacak; işyerinde çalışmakla birlikte işçi sıfatı taşımayan; örneğin çırak¹¹³ ve stajyerler¹¹⁴ ile geçici

¹⁰⁷ ÇELİK, İş Güvencesi, 20; GÜZEL, İş Güvencesi, 31; SOYER, 158 sayılı Sözleşme, 292; aynı yazar Feshe Karşı Koruma, 40; ALPAGUT, İş Güvencesi, 212; ALP, Feshe Karşı Koruma, 9.

¹⁰⁸ EKONOMİ, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 87; ÇELİK, İş Güvencesi, 20; SOYER, 158 sayılı Sözleşme, 292.

¹⁰⁹ EKONOMİ Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C. 17, S: 2, Mart 2003, 4 (Hizmet Akdinin Feshi).

¹¹⁰ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 4; GÜZEL, İş Güvencesi, 31; ALP, Feshe Karşı Koruma, 9.

¹¹¹ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 4; ALP, Feshe Karşı Koruma, 9-10.

¹¹² “Uluslararası Çalışma Örgütünün, kısmi çalışmaya ilişkin 175 sayılı Sözleşme’inde, kısmi süreli işçilerin, örgütlenme, toplu pazarlık ve işçi temsilcisi olabilme haklarından tam gün çalışan işçiler gibi yararlanabilmeleri, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili hakların kısmi süreli işçiler bakımından da aynen uygulanması, işe almada ve istihdamda ayrımcılık yasağının bu işçiler bakımından da aynen geçerli olması ve salt kısmi süreli çalışmakta olmaları nedeniyle tam gün çalışan işçilere göre daha düşük ücret almalarının önüne geçilmesi, analık halinde koruma, sözleşmeye bağlanması yıllık izin ve hastalık izni konularında kısmi süreli işçilerle tam gün çalışan işçiler arasında ayırım yapılmamasının sağlanması hükme bağlanmıştır (m. 4-7)”. SOYER, 158 Sayılı Sözleşme, 275’ te dn. 20.

¹¹³ 3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanuna tabi olduklarından, İş Kanuna tabi değillerdir. Sadece İş Kanunun iş sağlığı, iş güvenliğine ilişkin 77 ve devamı maddeleri bunlar hakkında uygulanır.

işçiler hesaba katılmayacaklardır¹¹⁵. 26.6.2004'te yayımlanan 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna göre çalıştırılan özel güvenlik görevlileri de otuz işçi tespitinin hesabına dahildir¹¹⁶.

İşçi sayısının tespitinde, yurt dışında kurulmuş yabancı bir kuruluşun işçilerinin, o yabancı kuruluşun Türkiye'de sahibi olduğu işyerlerinde çalışan işçilerle birlikte ele alınıp alınamayacağı uygulamada önem kazanmış konulardandır. Örneğin, Fransa'da kurulmuş bir firma Türkiye'de bir şube açsa ve bu işyerinde otuzdan az işçi çalışsa, işçi sayısının tespitinde Fransa'da çalışanların da tespiti dahil olup olmayacağı hususu sorgulanmalıdır.

İşçi lehine yorum yaptığımızda, iş güvencesindeki otuz işçi ölçütünün amacının küçük işyerlerini korumak olması ve bu işyerinin aslında merkezi yurt dışında bulunan büyük bir şirket olması sebebiyle, yurt dışında bulunan yabancı şirket ile Türkiye'de bulunan işyerinin bir bütün olarak dikkate alınması gerektiği düşünülse bile, kanunların mülkiliği (ülkeselliği) ilkesi gereğince yurtdışında kurulmuş şirket ile Türkiye'deki şubenin birlikte dikkate alınamayacağını kabul etmekteyiz. Zira, devletin egemenlik alanı ülkesiyle sınırlıdır. Hukukun uygulama alanının da devletin ülkesi olması gerekmektedir. Ülkesellik ilkesine göre, kanunlar ülkenin sınırları içinde bulunan yerli veya yabancı herkese uygulanacaktır¹¹⁷. Burada önem arz eden husus, ülke içinde bulunma koşuludur. Yurtdışında bulunan şirket çalışanlarını Türk İş Hukukuna dahil etmek mümkün olamayacağı için yurt dışında bulunan şirket çalışanları, Türkiye'de bulunan şirket ile birlikte ele alınamayacaktır.

3. İşçi Sayısını Tespit Zamanı

Otuz işçi sayısının tespitinde hangi tarihin esas alınacağı cevaplanması gereken bir başka önemli konudur. Zira bu sayı sık sık değişiklik göstermekte, işyerinde çalışan sayısı işten çıkarılan ya da işe alınan işçi sayılarına bağlı olarak farklılık göstermektedir. Bu sayının çeşitli zamanlarda değişmesi ile işçi sayısının tespiti zamanı önem kazanmış, görüş farklılıkları

¹¹⁴ İş sözleşmesi ile çalışmazlar, işçi değillerdir. Buna karşılık işverenle iş sözleşmesi yapan stajyer işçi sıfatını kazanmış olduğundan sayının hesabında dikkate alınacaklardır. MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 567.

¹¹⁵ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 3-4; TAŞKENT, Sona Erme, 116; GÜZEL, İş Güvencesi, 31; ÇELİK, İş Güvencesi, 20; ŞAHLANAN, Kapsam, 17; SÜZEK, İş Hukuku, 439; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 14; UZUN Bekir, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul Ticaret Odası No: 2004-31, İstanbul 2004, 74; UÇUM, Seminer Notları, 135.

¹¹⁶ ŞAKAR Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, 6. bası, İstanbul 2005, 212.

¹¹⁷ AKİPEK Jale G./AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1, 5. bası, Ankara 2004, 82; GÖZLER Kemal, Hukukun Temel Kavramları, 1. bası, Bursa 2003, 70-71 (Temel Kavramlar); GÖZÜBÜYÜK Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 20. bası, Ankara 2004, 68-69 (Hukuka Giriş); BİLGE Necip, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları, 20. bası, Ankara 2005, 190 (Hukuk Başlangıcı).

oluşturmuştur.

Öğretide bir görüş, işçi sayısının tespitinde kural olarak fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısının dikkate alınması gerektiğini kabul etmekle birlikte, elbette işçiyi işverenin kötüniyetli uygulamalarıyla baş başa bırakarak işçiyi sadece fesih tarihindeki sonuçlarla bağlamanın doğru olmadığı kanaatindedir. Bu sebeple, feshin yapıldığı tarihe ek olarak, fesihten önceki ve olası gelişmeler sebebiyle ihtiyaç duyulacak olan işçi sayısına da bakılmasında yarar olacağı ifade edilmektedir. Bunun sonucunda, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçinin, işyerinin normal işleyebilmesi için işyerinde en az otuz işçinin çalışması gerektiğini veya bu niteliğin sözleşmenin feshi sırasında mevcut olduğunu ispat etmekle yükümlü olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, öncelikle fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısına bakılması gerekir. Bu sayı otuzun altında ise, o işyerinin normal olarak işleyebilmesi için gereken işçi sayısının gerçekten otuzun altında olup olmadığı tespit edilmelidir. Böylelikle, işçiye kanunda bulunmayan bir ispat yükünü yüklemekten ziyade, eğer ki o işyeri gerçekte otuzdan fazla işçi çalıştıracak bir yerse ve sadece fesih anı itibarıyla otuzun altında işçi çalıştırıyorsa, işçinin fesih tarihine bakıldığı için iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak olmasının önlenmiş olacağı ifade edilmektedir¹¹⁸.

Bu görüş taraftarlarına göre, işyerinde çalışan otuziki işçiden üçünün işten ayrıldığı sırada, işverenin işyerinde sırf o anda yirmidokuz işçi çalışıyor diye, işçilerin iş güvencesinden yararlanamayacağını ileri sürülebilmesi gerekir. İşyerinde çalışan işçi sayısı ölçütü açısından iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiğini ileri süren işçi bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olacaktır¹¹⁹. Belirtelim ki, bu görüşü savunan Güzel, "...fesih tarihinde işyerinde en az otuz işçi çalıştırılıyor ise, bir incelemeye gerek olmaksızın, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, işçi sayısı yönünden iş güvencesi kapsamına girdiğinin kabul edileceğini; fesih tarihinde işyerinde otuzdan az işçi çalıştırılması halinde ise, o işyerinin normal işleyebilmesi için otuz işçinin çalışmasının gerekip gerekmediği incelenerek sonuca varılacağını" ifade etmektedir¹²⁰. Dolayısıyla yazar, normal işleyiş ölçütünü sadece işyerinde o sırada otuzdan az işçi çalıştırılması haline özgülemektedir.

Öğretide diğer bir görüşe göre ise, Kanunda öngörülmeyen bir ispat külfetini işçiye yükleyerek, o işyerinin normal işleyebilmesi için gereken işçi sayısını işçinin ispatlaması

¹¹⁸ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 4; GÜZEL, İş Güvencesi, 32; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 42; ALPAGUT, İş Güvencesi, 211-212.

¹¹⁹ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 4; GÜZEL, İş Güvencesi, 32.

¹²⁰ GÜZEL, İş Güvencesi, 32.

gerektiğini kabul etmek yargılamanın kısa sürede bitirilmesi amacı bakımından yerinde görülemeyecektir. Bu sebeple, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte işyerinde çalışan işçi sayısına bakılarak bu ölçüt belirlenmelidir¹²¹.

Yargıtay da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde, fesih tarihi itibarıyla işyerinde çalışan işçilerin sayısının esas alınacağını kabul etmektedir¹²². Yeni tarihli kararlarından birinde durumu şu şekilde açıklamıştır: “*Dosyadaki SSK dönem bordroları, aylık prim ve hizmet cetvelinden iş akdinin feshi tarihinde işyerinde davacı dahil 8 kişinin çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işyerinde en az otuz ve daha fazla işçinin çalışması gerekir. Mahkemece belediyenin otuz işçi çalıştırabilecek kapasitede olduğu kanaati ile davanın kabulü doğru değildir*”¹²³.

Yukarıda yer verilen ilk görüşün işçi lehine yorum ilkesine uygun bulunduğu, Yargıtay kararı ile benzer olan diğer görüşün ise, işçiyi kanunda yer verilmeyen bir ispat külfetinden kurtardığı ve işe iade yargılamasının kısa sürede tamamlanmasına hizmet ettiği söylenebilecektir. Her iki görüşün doğru yanları bulunmakla birlikte, ilkinde işverenin “işletme hakkı” çerçevesindeki uygulamalarının kendi aleyhine sonuçlanabilecek olması ve ikincisinde de otuz işçi ölçütü bakımından işverenin kötüniyetli uygulamalarının göz ardı edilmesi söz konusu olabilecektir.

Bu durumda, bize göre mahkemece MK. m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı dikkate alınarak sonuca gidilmelidir. Mahkeme, işverenin işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını dolanmak maksadıyla otuzun altında işçi çalıştırmaması kaydıyla, Yargıtay kararı doğrultusunda, işletme gerekleri otuz ve daha fazla işçinin çalıştırılmasını gerektirdiği halde, fesih bildiriminin işçiye tebliğ edildiği tarihte işyerinde çalışan işçi sayısını dikkate almalıdır.

Örneğin işyerinde üretimin olağan olarak otuz ve daha fazla işçi çalıştırıldığı takdirde sürdürülebileceği bir hal söz konusu olduğunda, işverenin mevcut çalışanları yoğun tempoda çalıştırmak, onlara sürekli fazla mesai yaptırmak suretiyle işçi sayısını otuzun altında tuttuğu

¹²¹ TAŞKENT, Sona Erme, 116; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 154; SÜZEK, İş Hukuku, 439; ŞAKAR, 213; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 182; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 32; UÇUM, Seminer Notları, 134; aynı yazar, İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 4, 2004, 1304 (Sürenin Başlangıcı).

¹²² Y9HD, 24.1.2005, E. 2004/30909, K. 2005/1536, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 308; Y9HD, 26.1.2005, E. 2004/30907, K. 2005/1534, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 311.

¹²³ Y9HD, 5.7.2005, E. 2005/17838, K. 2005/23813, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 9, 2006, 266.

durumlarda, İşK. m. 18’de öngörülen koşulun karşılandığını kabul etmek yerinde olur kanaatindeyiz. Diğer taraftan, işyerinin, iş organizasyonunun büyüklüğü daha fazla üretimi sağlayabilecek kapasitede olduğu halde, işverenin ticari nedenlerden dolayı daha az üretimi hedeflemesi ve olağandan daha az olarak otuzun altında işçi çalıştırması gibi durumlarda otuz işçi ölçütünün sağlanmadığı kabul edilmelidir.

4. Otuz İşçi Koşulunun Yerindeliği

İş güvencesinden yararlanmak için gerekli olan 4773 sayılı Kanun döneminde on işçi çalıştıran, 4857 sayılı Kanun döneminde ise otuz işçi çalıştıran bir işyerinde çalışma koşulu, çeşitli itirazlarla karşı karşıya kalmış ve eleştiri konusu olmuştur.

158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2. maddesinin 5. paragrafı, işçilerin istihdam koşullarının özelliği veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü ya da niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, gerekli olduğu ölçüde, istihdam olunanlardan sınırlı bir kategorinin, üye devletlerin yetkili bir makamına veya uygun bir kuruluşuna, varsa, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra bu sözleşme hükümlerinin kapsamı dışına bırakılabileceğini düzenlemiştir. Bu sebeple, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin kriterleri dahilinde olduğu sürece iş güvencesinden yararlanmada işçi sayısı koşulu getirmek kural olarak bu sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır¹²⁴.

158 sayılı ILO Sözleşmesinin belirli ölçütlere dayalı istisnalar getirilmesine imkan tanınması ve ülke ihtiyaçları doğrultusunda düzenlemeler yapılabileceğini kabul etmesi sonucu, 4773 sayılı Kanun’da, ondan az sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Bu koşul, iş güvencesi hükümlerinin getirdiği yükü küçük işletmelerin, İş Kanunun kapsamında olmakla birlikte esnaf ve sanatkar işyerleri boyutundaki işyerlerinin kaldırabilmesinin güç olacağı ve güvence kapsamının genişlemesiyle sistemin istihdamda daralmaya yol açacağı gerekçeleri ile açıklanmaktaydı¹²⁵. Ayrıca, işçi ile işveren arasındaki sıkı ilişkilerle yürüyen küçük işyerlerinde başarı, uyumlu bir çalışma ile oluşabileceği için düzeni bozan işçilerin işten çıkarılmasının basit bir usulle yapılabilmesinin gerekeceği ifade edilmekteydi¹²⁶.

4773 sayılı Kanunun hazırlık döneminde bu sayı koşulunun Anayasanın eşitlik ilkesine

¹²⁴ GÜZEL, İş Güvencesi, 28.

¹²⁵ ÇELİK, İş Güvencesi, 17; ŞAHLANAN, Kapsam, 17; SÜZEK, İş Hukuku, 437; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 33; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 38.

¹²⁶ ÇELİK, İş Güvencesi, 17; SÜZEK, İş Hukuku, 437.

aykırılığı tartışılmış ve öğretilerde bu konudaki sıkıntılar dile getirilmiştir¹²⁷.

Öğretilerde bir görüş, sayı sınırlamasının ülkemiz koşullarına uygun olmadığını, işyerlerinin büyük çoğunluğunun on'un altında işçi çalıştırdığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesinin 3417 sayılı Kanunun on ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerden zorunlu tasarruf kesintisi yapılmasını düzenleyen 2. maddesini, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle iptal ettiğini hatırlatarak, on işçi ölçütüne (şimdi otuz) ilişkin yasal esasın da aynı sonuçla karşılaşması gerektiğini belirtmiştir¹²⁸.

Öğretilerde diğer bir görüş ise, küçük işyerlerinin sosyal ve ekonomik durumlarını büyük işletmelerle karşılaştırdığımızda on işçi ölçütünün objektif olduğunu ve eşitlik ilkesine ters düşmediğini ifade etmiştir¹²⁹. Aynı zamanda, işverenlerin kötüniyetli olarak on işçinin altında işçi çalıştırması ve sözleşmeyi feshetmesi halinde, işçinin dava açma ve tazminat isteme hakkı bulunduğu ifade edilerek Anayasa'daki çalışma hakkına da aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir¹³⁰.

4773 sayılı Kanun dönemindeki on işçi ölçütünün tartışmaları sürmesine ve Meclise sunulan tasarıda on işçi ölçütünün esas alınmasına rağmen, 4857 sayılı Kanun ile işçi sayısı koşulu otuza çıkarılmıştır. Sosyal Sigortalar Kurumu verilerine göre otuz işçi sınırı ülkemizde toplam 723.000 işyerinin 697.000'inde (%95) oluşmadığından, 4.886.881 SSK.'lı işçinin 3.490.000'unun (%70'inin) iş güvencesi kapsamı dışında kalmasına sebep olmaktadır¹³¹. Bu sebeple, bundan böyle küçük işletmelerin sosyal ve ekonomik durumlarının düşünülerek bu hükmün getirildiği artık savunulamayacaktır.

¹²⁷ TAŞKENT, Yeni Düzenleme, 33; ULUCAN Devrim, İş Güvencesinin Kapsamı ve Temel Kavramları, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, 2. bası, İstanbul 2003, 13; SOYER, 158 sayılı, 49-50, 274, 292; ŞAHLANAN, Yorumlar Tartışmalar, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 258 (Yorumlar ve Tartışmalar); ALP, Feshe Karşı Koruma, 7.

¹²⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, 28; bkz. ve karşı. EYRENCİ Öner, Akdin Feshinde Yargı Denetimi Sempozyumu, 28-29 Şubat 1992, Türk-İş Yayınları, No: 180, 137-138 (Yargı Denetimi).

¹²⁹ TAŞKENT, Yorumlar ve Tartışmalar, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 131 (Yorumlar ve Tartışmalar); ÇELİK, İş Güvencesi, 19; ŞAHLANAN, Kapsam, 17; KUTAL, Yorumlar ve Tartışmalar, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 54; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 569; BAŞTERZİ Süleyman, 4857 sayılı İş Kanuna Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 630 (İş Güvencesi).

¹³⁰ ÇELİK, İş Hukuku, 200.

¹³¹ ULUCAN Devrim, İş Güvencesi, Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2. bası, İstanbul 2003, 30 vd.; GÜZEL, İş Güvencesi, 28; EGEMEN, İş Güvencesi, 95; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 569 dn. 499.

Görüldüğü gibi, yasal olarak iş güvencesi getirilmekle birlikte, çalışanların büyük kısmı sistemin dışında bırakılmıştır. Daha da önemlisi, sistem dışında kalanlar büyük ölçüde kayıt dışı denilen sektörü ifade etmektedir. Türkiye’de, kayıtlı, yerleşmiş ve rasyonel ölçülere göre işletilen büyük işyerlerinde çalışan işçiler için zaten büyük sıkıntı bulunmamaktadır. Esas sıkıntının kayıt dışı sektörde olduğu bilinirken, bu sektörün güvence dışında kalıyor olması, hem işçileri mağdur edecek hem de iç piyasadaki rekabeti imkansız kılacaktır¹³².

İşçilerin büyük bir kısmının iş güvencesi kapsamı dışında kalmasına sebep olan otuz işçi koşulunun Anayasanın ikinci maddesinde düzenlenmiş bulunan sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz¹³³. Zira; sosyal devlet sosyal eşitsizlikleri gideren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti sağlayan devlettir. Aynı zamanda, Anayasanın 13. maddesinde yer alan temel hakların kısıtlanmasında “ölçülülük” ilkesine de aykırıdır¹³⁴.

Otuz işçi ölçütü, Türkiye koşullarında Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırıdır. İş güvencesinden yararlanabilmek için gerekli olan işyerindeki işçi sayısına ilişkin koşulun otuzun altına indirilmesi gerekmektedir¹³⁵. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu ölçütün Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmetmiş, henüz gerekçeli karar yayınlanmamıştır.

Sonuç olarak, otuz işçi koşulunun Anayasa’ya aykırılığı tartışılabilirse de, Türkiye koşullarında işçilerin büyük çoğunluğunu güvenceden yoksun bırakan otuz işçinin çalıştırıldığı bir işyerinde çalışma koşulunun, sınırlı bir kategorinin feshe karşı koruma kapsamı dışında bırakılabileceğini öngören 158 sayılı ILO Sözleşmesine aykırı olduğu da tartışmasızdır¹³⁶.

VI. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Bulunması

1. Genel Olarak

İş Kanunu m. 18’de, iş güvencesinden yararlanacak işçilerin en az altı aylık kıdeme sahip olması gerektiği belirtilmektedir. İşçinin feshe karşı korumadan yararlanabilmesi için

¹³² SOYER Polat, Yorumlar ve Tartışmalar, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, 48 (Yorumlar ve Tartışmalar); ŞAHLANAN, Yorumlar ve Tartışmalar, 258.

¹³³ ŞAKAR, 216.

¹³⁴ ÇELİK, İş Hukuku, 200; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 169.

¹³⁵ ULUCAN, İş Güvencesi, 30 vd.; TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 154; GÜZEL, İş Güvencesi, 28; ÇELİK, İş Hukuku, 198; SÜZEK, İş Hukuku, 438; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 33; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 569; ŞAHLANAN, Kapsam, 17; ŞAKAR, 215; EGEMEN, İş Güvencesi, 95.

¹³⁶ GÜZEL, İş Güvencesi, 28-29; SOYER, 158 sayılı Sözleşme, 292.

aranan en az altı aylık kıdem, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilmesi suretiyle hesap edilecektir (İşK. m. 18/4).

Öğretide bir görüş, işçilere belirli bir süre kıdem koşulunu doldurduktan sonra iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilme hükmü getirilmiş olmasıyla İşK m. 15'teki deneme amacının karıştırılmaması gerektiğini, zira deneme süresi içinde iki tarafın da herhangi bir koşula bağlı olmadan sözleşmeyi her an feshedebileceklerini, söz konusu süre içinde ise sözleşme altı aydan önce sona erdirilse dahi bildirim önellerine uyulması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak ilave etmiştir ki, kıdem koşulunun amacı, işçinin denenmesi ve işyerine bağlılığının, aidiyetinin sağlanmasıdır¹³⁷. Öğretide diğer bir görüş ise, deneme amacının deneme süreli iş sözleşmeleri için geçerli olup iş güvencesinde bulunmadığını, buradaki amacın işyerine yeni girmiş işçilerin işten çıkartılması durumunda işverenleri sıkıntıya sokmamak olduğunu ifade etmiştir¹³⁸.

Kıdemin başlangıcı, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin işe başladığı tarihtir¹³⁹. İşçinin işe hazır olarak bekleyip işverenin işe başlatmaması durumunda ise, işverenin işçiyi işe başlatabilecek olduğu ilk andan itibaren altı aylık minimum kıdem süresi işlemeye başlayacaktır. Burada, işçinin fiilen çalıştığı süreye değil, deneme süresi ve sözleşmenin askıda kaldığı süreler de dahil olmak üzere, işçinin işe başladığı tarihten itibaren geçen takvim süresine bakmak gerekecektir¹⁴⁰. İş ilişkisinin işçiden kaynaklanan nedenlerle geç başlaması halinde ise bu süre kıdemden sayılmayacaktır¹⁴¹. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmaksızın bir kere ya da zincirleme olarak yapılmışsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü için altı aylık kıdemin başlangıcı, işçinin belirli süreli sözleşme ile işe başladığı tarih olacaktır¹⁴².

Kıdem, kesintisiz olarak sürdürülen çalışmalarda, işçinin işe başladığı günden itibaren hesaplanan altıncı ayın son günü, son gün resmi ya da genel tatile rastlıyorsa, bu tatil gününün son günü dolacaktır¹⁴³. Burada kıdem koşulunun sağlanması için tatilden sonraki günü

¹³⁷ ULUCAN, İş Güvencesi, 28-29; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 34; ALPAGUT, İş Güvencesi, 206.

¹³⁸ TAŞKENT Savaş, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Genel Görüşme, III.Yılında Yeni İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005, 283; GÜZEL Ali, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Genel Görüşme, III. Yılında Yeni İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005, 285 (Genel Görüşme).

¹³⁹ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 5.

¹⁴⁰ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 5; TAŞKENT, Sona Erme, 117; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 155; GÜZEL, İş Güvencesi, 33; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 570.

¹⁴¹ ALPAGUT, İş Güvencesi, 206-207.

¹⁴² EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 5.

¹⁴³ DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 84.

beklemeye gerek olmayacak, tatilin son günü kıdem koşulu gerçekleşecektir. Aksi halde, kanunda altı ay olarak belirtilmiş olan koşul, altı ay ve bir güne uzatılmış olunacaktır.

İş güvencesi, İş Kanununun 15. maddesinde yer alan deneme süresi içinde iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde uygulanmayacaktır. Zira, deneme süresi içinde taraflar bildirim sürelerine uymaksızın ve tazminatsız sözleşmeyi sona erdirebileceklerdir¹⁴⁴. Kaldı ki, kıdem süresinin en fazla dört ay olabilmesi sebebiyle, kıdem koşulu doldurulamayacak olduğu için iş güvencesinin uygulanma olanağı zaten yoktur. Ancak, iş sözleşmesinde bir deneme süresi öngörülmüşse elbette bu süre de kıdemden sayılacaktır¹⁴⁵.

İşçinin feshe karşı korunmasına ilişkin koşullardan biri olan altı aylık kıdem koşulu, sonuç itibarıyla yerinde bir hükümdür. İş güvencesi hükümlerinin bulunduğu ülkelerde uygulanmakta olan bu koşul 158 sayılı ILO Sözleşmesi m. 2 b. 2-b'ye de uygunluk göstermektedir¹⁴⁶. Böylelikle İş Hukukunun işçiyi koruma amacı dışında, işverenlere, işçiyi işe ve işyerine uyumları bakımından tanıma fırsatı sağlanarak istihdamı artırma amacı da yerine getirilmiş olacaktır.

2. Kıdemlerin Birleştirilmesi

İş Kanunu m. 18/4'te, altı aylık sürenin hesabında aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirileceği belirtilmiş olmasına rağmen, aynı işyerinde “fasıllı çalışmada” geçen sürelerin kıdemin hesabında birleştirilip birleştirilmeyeceği hususu kanunda düzenlenmemiştir.

Öğretide aksi yönde görüş bulunmakla birlikte¹⁴⁷, işçinin kıdeminin birleştirilmesine ilişkin düzenleme bu konuda suskun kaldığı için, fasıllı çalışmaların birleştirilebileceğini kabul

¹⁴⁴ DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 84.

¹⁴⁵ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 5.

¹⁴⁶ Bu süre Almanya, Avusturya ve İtalya'da altı ay; İngiltere'de elliiki hafta (Yirmiden az işçi çalıştıran işyerlerinde iki yıl); Fransa'da ise iki yıldır. EKONOMİ, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 88-89; EYRENCİ, Yargı Denetimi, 132.

¹⁴⁷ Alpagut olması gereken hukuk bakımından fasılasız geçen sürelerin birleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bekleme süresinin ilk amacının deneme olduğunu ve uzun süre önce işe alınmış işçinin işe alınmasında tekrar denenmesi yönünde bir çıkarın varlığının ileri sürülebileceğini, ikinci amacın ise işyerine aidiyet olduğunu ve aidiyetin uzun fasıllı çalışmalarda güç olacağını belirtmektedir. Buna ilişkin olarak Alman Hukukunu örnek göstermektedir. Alman Hukukunda aynı işveren nezdinde geçirilen sürelerin birleştirilmesi için kesintisiz olma koşulunun arandığını, kesintisiz çalışma ile çalışmaların birbirini takip etmesi yanında sıkı nesnel bağlantının kabul edilebildiği kısa fasıllı çalışmaların da kastedildiğini ifade etmektedir. ALPAGUT, İş Güvencesi, 207-208 ve 207'de dn. 19.

eden görüşe katılmaktayız¹⁴⁸. Bu yönde bir görüş, işçinin işverenin bir diğer işyerine geçmesi, işverenin sözleşmeden kaynaklanan bir yetkisinden veya işçinin de onayladığı bir tasarrufundan doğuyorsa hizmet sürelerinin birleştirilebileceğini, burada iş sözleşmesinin sona ermiş olup olmadığına ve yeni bir sözleşmesinin varlığına bakılmaksızın sürelerin toplanarak kıdemin bulunacağını¹⁴⁹, bir diğer görüş ise işçi sayısı bakımından kapsamı irdelerken belirtilen aynı işkolunda çalışmış olma koşulunun burada bulunmaması sebebiyle, aynı işverenin farklı işkollarında bulunan işyerlerinde çalışılan sürelerin kıdem hesabında birleştirilmesi gerekeceğini ifade etmiştir¹⁵⁰. Yargıtay da aynı yöndeki kararları ile bu düşünce biçimini teyit etmektedir.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında “*davacı işçinin davalılara ait işyerinde iki dönem halinde çalışması söz konusu olup, Sosyal Sigortalar Kurumu hizmet dökümü belgesine göre çalıştığı süre 291 gün*” diyerek 6 aylık kıdem süresinin gerçekleştiğinin kabulünün gerektiğine hükmetmiştir¹⁵¹.

Aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilirken, işçinin çalışmış olduğu sözleşmenin niteliğinin önem taşıyıp taşımadığı akla gelebilecektir. Örneğin, işçinin iki aylık belirli süreli bir sözleşmeyle bir işverenin yanında çalışmasının ardından yeni bir iş için belirsiz süreli bir sözleşme ile çalışmaya başlaması ve belirsiz süreli sözleşme ile çalışmasının beşinci ayında sözleşmenin feshedilmesi halinde, bu işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı üzerinde durulmalıdır.

Bize göre, işçinin aynı işverenin işyerinde belirli süreli sözleşme ile çalışmış olduğu iki aylık süre ile daha sonraki beş ay birleştirilmelidir. Zira, İşK. m. 18/1’de, “...işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli sözleşmesini fesheden işveren...” demektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin feshedildiği sırada, işçinin belirsiz süreli sözleşme ile çalışıyor olması yeterli olacaktır. İşçinin iş güvencesinden yararlanmak için işyerinde altı aylık kıdeminin olmasının amacı işverenin işçiyi tanıması ve onunla çalışıp çalışamayacağını anlamasıdır. İşyerinde en az altı aylık kıdem şartının, sözleşmenin bir kısmında belirli süreli çalışma, bir kısmında da belirsiz süreli çalışma ile sağlandığının kabulü gereklidir.

¹⁴⁸ ÇELİK, İş Güvencesi, 21; aynı yazar, İş Hukuku, 202; GÜZEL, İş Güvencesi, 33; SÜZEK, İş Hukuku, 440; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 34; DEMİR, İş Hukuku, 188; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 183; DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 84; EGEMEN, İş Güvencesi, 94.

¹⁴⁹ UÇUM, Seminer Notları, 136

¹⁵⁰ DEMİR, İş Hukuku, 188; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 34.

¹⁵¹ Y9HD, 16.9.2003, E. 2003/15650, K. 2003/14623, Tekstil İşveren Dergisi, S. 289, Ocak 2004, 42; aynı yönde Y9HD, 12.1.2005, E. 2004/28186, K. 2005/562, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 303.

Önceki çalışma sürelerinin birleştirilebilmesi imkanının, önceki sözleşmenin sona erme nedenine göre değişip değişmeyeceği de sorgulanabilecektir. İşçi önceden haklı bir nedenle işten çıkartılmış olsa ya da sözleşmesini kendisi feshetmiş olsa da işçinin önceki çalışma sürelerinin kıdeminin hesabında dikkate alınıp alınmayacağının tespiti önem taşımaktadır.

Öğretide bir görüş, işçinin altı aylık kıdemi dolmadan önce sözleşmeyi feshetmesi ve daha sonra aynı işyerinde tekrar işe başlaması halinde, işçinin ikinci çalışmasına ilişkin olarak sözleşmesi feshedildiğinde, sözleşmeyi kendisinin feshettiği süredeki çalışmaları ile daha sonraki çalışma süresinin birleştirilmesinin istenemeyeceğini, iş sözleşmesini fesheden işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı bulunmadığını ifade etmektedir¹⁵².

Öğretide katıldığımız görüş ise, işçinin önceki sözleşmesi her ne sebeple sona ermiş olursa olsun altı aylık kıdemin hesaplanmasında işçinin önceden çalışmış olduğu sürelerin birleştirileceğini ifade etmektedir¹⁵³. Zira, İşK. m. 18/4, işçinin altı aylık kıdeminin, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilmesi suretiyle hesap edileceğini düzenlemiştir. Önceki sözleşmenin neden feshedildiğinden ziyade, işçinin orada çalışmış olmasının önemi bulunmaktadır. İş güvencesinden yararlanması söz konusu işçinin altı aylık kıdeme sahip olması şartının gerekçesi, işverenin işçiyi yakından tanıyıp deneme imkanı bulması, kendine uygun olmadığını düşündüğü işçiyi altı aydan evvel işten çıkarabilmesinin sağlanmasıdır.

İşçinin İş Kanunu kapsamında olan veya olmayan bir işyerinde çalışması, işverenin tanıyıp deneme imkanı bulması bakımından bir fark yaratmayacaktır. Bu demektir ki, belli bir süre kapsam dışı bir işyerinde çalışan işçi, aynı işverenin İş Kanunu kapsamında başka bir işyerine geçmişse, altı aylık kıdemin hesabında kapsam dışında geçen sürelerin de dikkate alınması gerekecektir¹⁵⁴. İş güvencesi kapsamında olma şartı koymadan belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan veya işveren vekili olan işçileri otuz işçi hesabında dikkate aldığımız gibi, burada da iş güvencesi kapsamında olmasa dahi aynı işverene ait işyerlerinde geçirilen süreler birleştirilecektir.

Aynı kabulün, işçinin bir dönem iş güvencesi kapsamında sayılmayan bir konumda,

¹⁵² UÇUM, Kapsam, 577.

¹⁵³ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 34; değişik görüş, işçi aynı işyerine tekrar girmişse, altı aylık yeni bir kıdem süresinin başlayacağı için bkz. EKMEKÇİ Ömer, Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, 1. bası, İstanbul 2005, 174 (Tebliğlerin Değerlendirilmesi).

¹⁵⁴ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 33.

ardından ise iş güvencesi kapsamında bir işçi olarak çalışması halinde de geçerli olup olmayacağı akla gelecektir. Örneğin işçinin üç ay iş güvencesi kapsamı dışında kalan işveren vekili olarak çalışmasının ardından aynı işverenin işyerinde üç ay daha ama bu defa bu sıfatı olmaksızın işçi olarak çalışması halinde sözleşmesi feshedilirse, diğer koşulları varsa iş güvencesinden yararlanmasının mümkün olup olmaması tartışılabilir. Bize göre, çalışılan sürelerin birleştirilmesi gerekir. Zira, önemli olan, iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçinin iş güvencesine dahil bir işçi olması ve kıdeminin en az altı ay devam etmesidir.

Gazeteciler bakımından ise durum farklılık arz etmektedir. Basın İş Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasında meslekte en az beş yıl çalışmış gazetecilere kıdem hakkının tanınacağı belirtilmiş olduğu için, işverenin işyerinde işçi olarak çalışıp ardından gazeteci olması halinde toplam sürenin altı ayı doldurduğu gerekçesiyle, iş güvencesinden yararlanabileceği söylenemeyecektir. Gazeteciler için altı aylık kıdemin tamamının Basın İş Kanunu anlamında işçi olarak geçirilmiş olması gerekmektedir¹⁵⁵.

3. Kıdeme Dahil Süreler

İş Kanunu m. 18/2 gereği, altı aylık kıdemin hesabında 66. maddede sayılan süreler de dikkate alınacaktır. 66. maddede sayılan süreler, çalışma süresi bakımından çalışılmış gibi kabul edilen süt verme izinleri, madenlerde çalışanlar için yer altına inip çıkma sırasında geçen süreler gibi sürelerdir. Günlük çalışılmış gibi sayılan hallerin altı aylık kıdemden sayılacağına şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu husus zaten açık olup ayrıca maddeye atıf yapılması anlamsızdır. Nitekim öğretide haklı olarak, bu hükmün işçinin altı aylık kıdemi bakımından bir öneminin olmadığı, kanun koyucunun amacı eğer askı sürelerinin altı aylık kıdemden sayılacağını belirtmek idiyse, 66. maddeden ziyade 55. maddeyi göstermesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁶.

18. maddede, askı sürelerine ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiş olduğu için işçinin tüm iş sözleşmesinin devam etmiş sayıldığı sürelerin kıdemden sayılması gerekmektedir¹⁵⁷. Zira, iş güvencesinden yararlanma bakımından önemli olan işyerine aidiyettir. Bu yönden askı nedenleri ve süresinin önemi yoktur. Ücretli veya ücretsiz izin verilmesi halinde de süre

¹⁵⁵ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 35.

¹⁵⁶ GÜZEL, İş Güvencesi, 34; ŞAHLANAN, Yeni İş Kanunu, 85; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 32; SÜZEK, İş Hukuku, 440.

¹⁵⁷ SÜZEK, İş Hukuku, 440; EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 5; GÜZEL, İş Güvencesi, 33; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 570.

işlemeye devam edecektir¹⁵⁸.

Grev ve lokavtta geçen sürelerle baktığımızda ise; Alman Hukukunda genel olarak bu gibi kesintilerin kıdemi etkilemeyeceği, zira önemli olanın iş sözleşmesinin devam etmesi ve işyerine aidiyet olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁹. Bu doğrultuda, grev ve lokavtta geçen sürelerin de dikkate alınması gerekecektir¹⁶⁰.

İşyerinin devri halinde, devralan işveren işyerini tüm hakları ve borçları ile bir bütün olarak devralmaktadır¹⁶¹. İşçi ile ilgisi bulunmayan işyeri devrinden işçi etkilenmeyecektir. İş Kanunu m. 6/2 gereği, işyerinin devrinde devralan işveren, hizmet süresi ile ilgili haklarda işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihe göre işlem yapmak zorundadır¹⁶². Ancak, işyeri devrinden önce, ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek sözleşmesi feshedilmiş ve işyeri devredilmişse, işçi devralan işyerinde çalışmaya başladığında önceki işveren yanında çalışmış olduğu dönem dikkate alınmayacaktır¹⁶³.

İş sözleşmesi feshedilen işçinin, bildirim müddetince çalıştığı sürenin altı aylık kıdemin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı konusu da önem taşımaktadır. Öğretide bir görüş, ihbar müddetince çalıştırılan işçinin kıdeminin altı aylık kıdemin hesabına katılacağını, ancak, ihbar tazminatı peşin verilerek fesih yapılmışsa, ihbar önelinin altı aylık kideden sayılmayacağını savunmakta ve burada, işverenin, işçiyi sırf iş güvencesinden yararlandırmamak için yapmış olduğu fesihlerin ayrı tutulacağını ifade etmektedir¹⁶⁴. Öğretide katıldığımız görüş ise, bildirim süreleri bakımından feshin yapıldığı zamandaki kıdemin süresine bakılması gerektiğini, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmada koşulun, fesihten evvel altı aylık kidede sahip olmak olduğunu, işçinin kıdemine bildirim süresi eklendiğinde kıdemin altı aya çıkmasının, işçinin iş güvencesi hükümleri bakımından süre koşulunu gerçekleştirmeyeceğini kabul etmektedir¹⁶⁵.

¹⁵⁸ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 5.

¹⁵⁹ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 36-37.

¹⁶⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 570; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 36-37.

¹⁶¹ İşyeri devri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.

¹⁶² SOYER, Feshe Karşı Koruma, 36; DEMİR, İş Hukuku, 188; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 188.

¹⁶³ DEMİR, İş Hukuku, 188; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 188.

¹⁶⁴ DEMİR, İş Hukuku, 188-189.

¹⁶⁵ ÇELİK, İş Hukuku, 202; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 33; ALPAGUT, İş Güvencesi, 208; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 174.

4. Kıdem Koşuluna Yönelik İşverenin Kötüniyetli Davranışı

İşverenin işletme hakkı çerçevesinde, işyeri ile uyum sağlayabilecek ve beklediği başarıyı gösterebilecek işçilerle çalışma özgürlüğü bulunmaktadır. Öte yandan, İş Kanununda işverene işçiyi işe almasından itibaren altı aylık bir süre tanımış ve bu süre zarfında herhangi bir geçerli neden göstermek zorunda olmaksızın işçinin iş sözleşmesini feshedilebilme olanağı tanınmıştır. İşverenin bu olanağı amacını aşacak şekilde kötüye kullanması halinde, durumun ne şekilde çözüme bağlanacağı önem arz edecektir.

Öğretide bir görüş, işverenin kötüniyetli olarak, yani işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek için, işçinin altı aylık kıdeminin dolmasına kısa bir süre kala sözleşmesini feshetmesi halinde de sonucun değişmeyeceğini ifade etmektedir. Zira, altı aydan az kıdemi olan işçinin iş güvencesi kapsamı dışında kalıyor olmasına rağmen, iş sözleşmesi kötüniyetle feshedilmişse, işçi İş Kanunu m. 17/6 gereği kötüniyet tazminatı alabilecek ve bu şekilde iş güvencesinden yararlanamayacak olmasına rağmen savunmasız kalmamış olacaktır¹⁶⁶.

Öğretide diğer bir görüş, sözleşmenin dürüstlük kuralına aykırı olarak sırf güvence hükümlerinden kurtulmak amacıyla feshedildiği hallerde, BK. m. 154¹⁶⁷ hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini, yani feshin bekleme süresi sanki tamamlanmış gibi iş güvencesi hükümleri bakımından değerlendirilebileceğini ifade etmiştir¹⁶⁸.

Öğretide katıldığımız görüş ise, feshe karşı koruma hukukunun temel prensibi gereği, işverenin bekleme süresi olan altı aylık süre içinde fesih konusunda serbest olduğunu, Yargıtayın da altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala yapılmış feshe ilişkin iade talebini reddettiği bir kararında¹⁶⁹ bu görüşü desteklediğini belirtmektedir. Ancak, altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala sırf işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek için yapılmış dürüstlük kurallarına aykırı bir fesih söz konusu olduğunda, feshin geçersizliğinin öne sürülebilmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹⁷⁰. Zira, burada işverenin sahip olduğu “iş

¹⁶⁶ MOLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 557; aynı yönde ALPAGUT, İş Güvencesi, 209.

¹⁶⁷ BK. m. 154: Şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir hareketle mâni olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur.

¹⁶⁸ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 37.

¹⁶⁹ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 37’de dn. 33’de gösterilen Yargıtay Kararı.

¹⁷⁰ TAŞKENT, Sona Erme, 117-118; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 155; GÜZEL, İş Güvencesi, 34; ÇELİK, İş Güvencesi, 22; SÜZEK, İş Hukuku, 441; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 174.

sözleşmesini fesih” hakkını kötüye kullanması söz konusudur¹⁷¹. Bir hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı, bu kişinin amacına ulaşmasının engellenmesidir. İlk görüşün ifade ettiği şekilde, işveren kötüniet tazminatıyla cezalandırıldığı takdirde, işveren iş güvencesi hükümlerinden kurtulmuş ve amacına ulaşmış olacaktır. Bu nedenle kötünietli yapılmış fesihlerde, feshe geçersiz feshin sonuçlarının bağlanması daha uygun olacaktır¹⁷².

VII. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak

İş güvencesi hükümlerinin işçi hakkında uygulanması için, işçinin otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinden birinde belirsiz süreli sözleşme ile çalışıp, en az altı aylık kıdemi olmasının yanında, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinden olmaması gerekmektedir (4857 sK. m. 18). Bu nitelikteki işveren vekillerinin işverene olan yakınlıkları nedeniyle, işverenin bu kişilerle çalışmak istememesi halinde iş sözleşmelerini feshederken geçerli bir nedene dayanmak zorunda olmamaları sağlanmıştır¹⁷³.

4773 sayılı Kanunla öngörülen işveren vekili kavramı “İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri” ile sınırlıydı (1475 sK. m. 13/A f. 1). Bilindiği gibi bu tanım 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 2’de düzenlenmiş olan işveren vekili tanımıdır.

Bunun sonucunda İş Kanundaki tanıma uygun nitelikteki işveren vekili, yani işletmenin sadece bir bölümünü sevk ve idare eden üst kademedeki yönetici ise, bu düzenlemeye göre işveren vekili olarak sayılmadığı için iş güvencesi kapsamındaydı. Öğretide bu durum eleştirilmişti. Zira işletme yönetiminde işverene çok yakın olan bazı üst düzey yöneticilerin işverenin güvenini sarsması halinde sözleşmelerinin feshinin daha kolay olması gerektiği, bu kişileri güvence kapsamına almanın sakınca doğuracağı ifade edilmişti¹⁷⁴. Nitekim, 4857 sayılı Kanunun hazırlanışı sırasında Bilim Komisyonunun sunduğu taslak kabul edilerek, bu sakınca giderilmiştir.

4857 sK.’da, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile

¹⁷¹ Hakkın kötüye kullanılması, kişinin hukuken sahip olduğu bir hakkı MK. m. 2 uyarınca, dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun şekilde kullanmaması anlamına gelmektedir. SÜZEK, İş Hukuku, 418.

¹⁷² SÜZEK, İş Hukuku, 441.

¹⁷³ KUTAL Metin, İş Güvencesi Yasası (4773), Türk İş Mevzuatına Girerken Bazı Yorum ve Düşünceler, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıncı Düzenlenen Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları, Marmaris 25-29 Eylül 2002, 23 (İş Güvencesi Yasası); ULUCAN, İş Güvencesinin Kapsamı, 11-12; ÇELİK, İş Güvencesi, 22-23; EKMEKÇİ, Tasarı, 93.

¹⁷⁴ KUTAL, İş Güvencesi Yasası, 23; ULUCAN, İş Güvencesinin Kapsamı, 11-12; ÇELİK, İş Güvencesi, 22-23; EKMEKÇİ, Tasarı, 93.

işyerinin bütünü sevk ve idare eden ve işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin iş güvencesi dışında bırakıldıkları ifade edilmiştir (m. 18/son). Dolayısıyla 4857 sK., kapsam dışında kalan işveren vekili kavramını genişletmiştir.

4857 sK.'na göre, işletmenin bütünü yöneten genel müdür ve yardımcıları¹⁷⁵ ile işyerinin bütünü yöneten ve kendisine işçi alma ve çıkarma yetkisi verilen işveren vekilleri, iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁷⁶.

Öğretide bir görüş, işveren vekillerinin işyerinin bütünü idare yanında, işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunmasa dahi olayın özelliğine göre iş güvencesi kapsamı dışında kalabileceğini belirtmektedir. Bu görüş, iş güvencesi kapsamında olmayan kişilerin işe iade talebinde bulunamamalarına rağmen, bu kişilere fesih bildirimine itiraz ve usulüne ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini ileri sürmektedir. İş güvencesi kapsamında olmayan kişilerin, bir ay içinde dava açarak iş mahkemesinde veya özel hakemde haklarını arayabileceklerini, ispat yükü işverende olmak üzere, davanın seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılacağını ve bir ay içinde kesin olarak karara bağlanacağını ifade etmektedir¹⁷⁷.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanacak kişiler, işyerinin bütünü yönetmekle birlikte, işçi alma ve çıkarma yetkisi olmayan (bankalarda şube müdürleri) veya kendilerine işçi alma ve çıkarma yetkisi verilen, ancak işyerinin bütünü yönetmeyen kişiler (insan kaynakları müdürleri)dir. Zira, kanun işveren vekilinin iş güvencesi kapsamı dışında olması için açıkça işverenin veya bir başka işveren vekilinin onayına bağlı olmadan doğrudan işçiye işe alma veya çıkarma yetkisine sahip olmayı aramaktadır (m.18 / son). Maddede “ve” bağlacı kullanılmıştır. İki şartın da birarada bulunması gerekmektedir. İşçiye işe alma ya da çıkarma için gereken hazırlık işlemlerini yapıyor olmak bile yetmemektedir¹⁷⁸. Nitekim, Yargıtay kararlarından

¹⁷⁵ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, “...Davacının genel müdür yardımcısı olarak işletmenin bütünü idare eden genel müdür yardımcısı olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenle davacı, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz” şeklinde hüküm kurmuştur. Y9HD, 25.1.2005, E. 2004/6980, K. 2005/1462, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 339-340. Yargıtay bir diğer kararında ise, “...4773 sayılı Kanunla değişik 1475 sayılı İş Kanunun döneminde iş sözleşmesi feshedilen, işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili niteliğinde olmayan genel müdür yardımcısı iş güvencesinden yararlanır” demiştir. Y9HD, 27.9.2004, E. 2004/5518, K. 2004/20018, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 341.

¹⁷⁶ Yargıtay bir kararında, davacı işçinin işyerinde görevinin “teknik başkan” olması, işyerinde işçi alma ve çıkarma vs. gibi görevleri olmaması sebebiyle işveren vekili sayılamayacağını ve işçi alma ile işten çıkarma yetkisi bulunmayan işveren vekilinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağını belirtmiştir. Y9HD, 27.12.2004, E. 2004/28934, K. 2004/29711, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 342-343.

¹⁷⁷ DEMİR, İş Hukuku, 191-194.

¹⁷⁸ TAŞKENT, Sona Erme, 118; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 156; GÜZEL, İş Güvencesi, 35; EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 6; ÇELİK, İş Hukuku, 200; SÜZEK, İş Hukuku, 442; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 43'te dn. 65; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 572; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 184.

birinde, “İşçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunmayan ve işyerinin bütünü sevk ve idare etmeyen işveren vekili iş güvencesi hükümlerinden yararlanır”¹⁷⁹ diyerek işveren vekilinin iş güvencesinin kapsamı dışında kalması için iki şartın bir arada bulunması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, iş güvencesi kapsamında olmayanların işe iade talebinde bulunamayacakları ancak, İşK. m. 20 bağlamındaki hükümlerden yararlanabilmeleri de mümkün değildir. Zira, muhakeme usulüne ilişkin hükümler iş güvencesi kapsamında bir bütündür ve iş güvencesi kapsamındaki ilişkilere uygulanabilecektir¹⁸⁰.

VIII. İşK. m. 18’deki Düzenlemenin Hukuki Niteliği

İşK m. 18’de düzenlenmiş hükümlerden işçinin fesih anında iş güvencesi kapsamında olması için kendisinin ve çalıştığı işyerinin taşınması gerekli koşulların değiştirilip değiştirilemeyeceği, Yargıtay’ın işe iade davalarının kamu düzeninden olduğuna ve fesih anında kapsama ilişkin bazı koşulların yerel mahkemece kendiliğinden incelenmesi gerektiğine ilişkin kararları ile önem kazanmıştır¹⁸¹.

Kamu düzenine ilişkin kurallar, aksi sözleşme ile kararlaştırılamayan, korunmasında büyük ölçüde toplum yararı olan emredici kurallardır. Emredici kurallar, kamu yararının korunması (birden fazla kadınla evlenmeyi yasaklayan MK hükmü gibi), genel ahlak ve adabın korunması (miras hukukunda, ahlaka aykırı şart ve mükellefiyetleri içeren vasiyetnamelerin iptal edileceği gibi) veya zayıf durumda bulunanların korunması (örneğin mümeyyiz durumda olmayan kişilerin işlemlerinin hüküm ifade etmeyeceği) amacını taşımaktadır¹⁸².

Kamu hukuku kapsamına giren kanunların hemen hemen hepsi esas itibarıyla uyulması zorunlu nitelik taşımaktadır. Buna karşılık, özel hukuk kurallarının çoğunluğu kişilerin irade serbestliğine dayanmaktadır. Ancak, bu alanda da emredici kurallar bulunmaktadır¹⁸³.

İş Hukukuna baktığımızda, İş Hukukunun özelliğine uygun olarak kamu düzeni ile ilgili ve emredici olan kurallar, diğer özel hukuk dallarından farklılık göstermektedir. Buna göre, taraflar Borçlar Kanunu anlamında bir emredici hukuk kuralına aykırı hüküm kararlaştıramamakta, aksi halde kararlaştırılan hüküm geçersiz sayılmaktayken, İş Hukuku

¹⁷⁹ Y9HD, 20.9.2004, E. 2004/5246, K. 2004/18891, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 343.

¹⁸⁰ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 43’te dn. 65.

¹⁸¹ Y9HD, 11.10.2004, E. 2004/15783, K. 2004/22807, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 738.

¹⁸² AKİPEK/AKINTÜRK, 114; BİLGE, Hukuk Başlangıcı, 61-62; GÖZÜBÜYÜK, Hukuka Giriş, 65; ÖZTAN Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 15. bası, Ankara 2004, 18-19.

¹⁸³ AKİPEK/AKINTÜRK, 114; BİLGE, Hukuk Başlangıcı, 61-62; GÖZÜBÜYÜK, Hukuka Giriş, 65.

çerçevesinde mutlak emredici olarak düzenlenmiş olan hükümlerin dışında, emredici bir hukuk kuralına işçi lehine olmak kaydıyla, aykırı hüküm düzenlenebilmektedir¹⁸⁴.

İş Hukuku ve diğer hukuk dallarında kullanılan emredicilik kavramının doğru şekilde anlaşılmasının sağlanması amacıyla İş Hukuku öğretisi; emredici hükümleri, mutlak emredici/kamu düzeni hükümleri ve nispi emredici /sosyal kamu düzeni hükümleri olmak üzere ikiye ayırmaktadır¹⁸⁵. Buna göre, mutlak emredici hükümlerin tarafların ortak iradeleriyle işçi lehine dahi olsa değiştirilmeleri mümkün değildir. Oysa nispi emredici hükümler, işçi lehine olarak her zaman değiştirilebilir¹⁸⁶. İş Hukukunda emredicilik, Anayasadaki güçsüzün korunmasını amaçlayan sosyal devlet ilkesi ile İş Hukukunun temelinde bulunan işçinin korunması ilkesi gereği daha çok işçi yararına ve işverene karşı olmaktadır¹⁸⁷.

Yargıtay bir kararında, İş Kanununa ait hükümlerin kural olarak, nispi emredici olduğunu belirterek, işçi lehine düzenlemeler yapılabilmesinin yolunu açmıştır. Söz konusu kararında “İş Kanununa ait hükümlerin, kural olarak, nispi emredici hükümler olduğu şüphe dışıdır. Şu anlamda ki, İş Kanununda öngörülen haklar, işçi için asgari olup bir taban teşkil eder, bu tabanın üstüne çıkılabilir lakin altına inilemez. Bir başka söyleyişle, kamu düzeninin sınırlayıcı etkisi, kural olarak, sadece işveren için söz konusudur”¹⁸⁸ şeklinde hüküm kurmuştur. Yargıtayın, esas olarak mutlak-nispi emredici hüküm ayrımını yapmaktan kaçındığını tespit etmekle birlikte, mutlak emredici hüküm olarak değerlendirilmesini istediği kurallar için zaman zaman emredici-buyurucu ifadelerini kullandığını görmekteyiz¹⁸⁹.

Yargıtay diğer bir kararında işe iade ile ilgili davaların kamu düzenine ilişkin olduğunu belirtmekte¹⁹⁰, başka bir kararında ise İşK m. 18’de düzenlenmiş olan fesih anında işyerinde otuz işçi çalışmasına ilişkin koşulu dava şartı¹⁹¹ olarak değerlendirmektedir¹⁹². Buradan

¹⁸⁴ EKONOMİ, İş Hukuku, 16-17; ESENER, İş Hukuku, 34 vd.

¹⁸⁵ ESENER, İş Hukuku, 36; SÜZEK, İş Hukuku, 28 vd.; ÇELİK, İş Hukuku, 19.

¹⁸⁶ ESENER, İş Hukuku, 35-36; ÇELİK, İş Hukuku, 19.

¹⁸⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 19.

¹⁸⁸ Y9HD, 10.4.1970, E. 1970/101, K. 1970/3487, ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6. bası, Ankara 1986, 21 (Şerh); aynı yönde Y9HD, 22.2.1969, E. 1969/1072, K. 1969/1806, ÇENBERCİ, Şerh, 17.

¹⁸⁹ EKONOMİ, İş Hukuku, 17’de dn. 59.

¹⁹⁰ Y9HD, 11.10.2004, E. 2004/15783, K. 2004/22807, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 738.

¹⁹¹ Dava Şartı, davanın esastan incelenebilmesi için varlığı ve yokluğu mutlaka gerekli olan şartlardır. Dava şartlarının bulunup bulunmadığı davada hakim tarafından resen gözetilir; taraflar bir dava şartının noksan olduğunda davanın görülmesine muvafakat etseler bile, hakim davayı usulden reddetmekle yükümlüdür. KURU Baki/ASLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, 16. bası, Ankara 2005, 303.

¹⁹² Yargıtay bu kararında aynen şu ifadelere yer vermektedir: “...davalı işyerinde otuz ve daha fazla işçi çalışıp çalışmadığı araştırılmış değildir. Mahkemece öncelikle fesih bildirim tarihi araştırılmalı, bu saptamadan sonra

hareketle, işe iade davalarının, fesih anındaki kapsama ilişkin koşullarının da emredici mi olduğu, mutlak ve nispi emredici ayrımında nerede yer alacağı çözümlenmesi gereken bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için fesih anında bulunması gereken işçi ve işyerine ilişkin koşulların, nispi veya mutlak emredici olarak değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira, işçi ile işveren, işçinin otuzdan az sayıda işçi çalıştıran bir işyerinde çalışması halinde, sayı koşulu bakımından iş güvencesi kapsamı dışında kalacak olan işçilerin, kanunun belirlediğinden daha az işçi çalıştıran işyerlerindeki işçiler olduğunu ya da altı aydan az kıdemi olan işçilerin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağını belirleyebilir. Bu anlaşma, işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi noktasında kilit rol oynayacaktır.

Kanunda, bir durum veya münasebet hakkında hüküm bulunmaması her zaman, doldurulması gereken bir boşluk olduğu anlamına gelmez. Bazen kanun koyucu o konuyu, düzenlemiş olduğu konu ile zıt durumda saymış olması sebebiyle, düzenleme dışı bırakmış olabilir. Bu sonuca aksi ile kanıt (mefhumu muhalif) yoluyla ulaşılabılır¹⁹³. İşK. m. 21/son, 21. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarının mutlak emredici olduğunu düzenlemiştir. Buna göre, mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararından sonra işçinin başvurusundan itibaren bir ay içinde işverenin işçiye işe başlatmasına, başlatmadığı takdirde, işçiye en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ve kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları ödemesine ilişkin hükümler, taraflar ne şekilde anlaşmış olursa olsun, kanunda düzenlenmiş olduğu şekilde ifa edilecektir. Ancak, kanunun hiçbir yerinde işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için, fesih anında işçi ve işyerinde bulunması gereken koşulların düzenlendiği bölümün mutlak emredici olduğuna ilişkin bir ibare veya atıf bulunmamaktadır. İş Hukukunda uygulanan ilkelerden bir tanesi olan “mefhumu muhalif” ilkesi, İşK m. 18’de sözü edilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih anında işçi ve işyerinde bulunması gereken koşullara uygulanmalıdır.¹⁹⁴ Kanunda tazminatlara ilişkin hükmün açıkça mutlak emredici olarak sayılmasına rağmen burada emredici nitelikte sınırlayıcı bir düzenleme bulunmadığı için bu hükümlerin nispi emredici olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

davanın süresinde açılıp açılmadığı belirlemeli, süresinde açılmamış ise bu nedenle reddine, davanın süresinde açıldığı anlaşılıyor ise, işyerinde otuz ve daha fazla işçi çalışıp çalışmadığı incelemesi yapılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalıdır”. Y9HD, 13.6.2005, E. 2005/14156, K. 2005/20913, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 8, 2005, 1683.

¹⁹³ AKİPEK/AKINTÜRK, 128-129; BİLGE, Hukuk Başlangıcı, 205.

¹⁹⁴ İş Hukukunda mefhumu muhalif ilkesinin uygulanacağına ilişkin bkz. SÜZEK, İş Hukuku, 24.

Öte yandan, emredici kuralların üçe ayrıldığı söylenebilecektir. Birincisi, kanunda açıkça değiştirilemeyeceğine dair bir ibarenin olduğu maddeler (İşK. m. 21/son) ikincisi, herhangi açık bir düzenleme olmamasına rağmen maddenin düzenleme şeklinden değiştirilemeyeceğinin anlaşıldığı hükümler, üçüncüsü ise kamu düzeni gereği herhangi bir ibare taşımasa da değiştirilemeyeceği kabul edilen hükümlerdir. İşK m. 18’de düzenlenmiş hükümlerden işçinin fesih anında iş güvencesi kapsamında olması için kendisinin ve çalıştığı işyerinin taşınması gerekli koşullara ilişkin hükümler, kanunda açıkça mutlak emredici olduğu düzenlenmiş hükümlerden değildir. Bu nedenle, sözü edilen hükümlerin kanunda herhangi açık bir düzenleme olmamasına rağmen maddenin düzenleme şeklinden değiştirilemeyeceğinin anlaşıldığı veya kamu düzeni gereği herhangi bir ibare taşımasa da değiştirilemeyeceği kabul edilen hükümlerden biri olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

İşçinin iş güvencesi kapsamında olması için belirli sayıda işçi çalıştıran bir işyerinde çalışması gerektiğine ilişkin düzenleme, yukarıda da belirttiğimiz gibi ,küçük işletmelerin iş güvencesine ilişkin usul ve esasları kaldırarak kadar kuvvetli olmadıkları düşünülerek kamu düzenini korumak için getirilmişti. 4773 sayılı Kanun on işçi ölçütünü kabul etmiş, öğretide bu sınırın bile çok olduğu iddia edilmiş ve bu konu tartışılmışken, 4857 sayılı Kanun, Kanunun hazırlık aşamasındaki tüm eleştirilere rağmen, işçi sayısı ölçütünü otuz olarak belirlemiştir. Görülmüştür ki bu ölçüt, küçük esnafı korumaktan çok öteye gitmiş ve Türkiye’deki işçilerin büyük çoğunluğunun iş güvencesi kapsamı dışında kalması sonucunu doğurmuştur¹⁹⁵. Bu çerçevede bakıldığında, otuz işçi ölçütünün, kamu düzenini sağlamak amacı taşıması olanaksızdır. Bu sebeple, işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için en az otuz işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışmasına ilişkin koşulun, Kanunda açıkça belirtilmese de kamu düzeni gerekçesiyle mutlak emredici nitelikte kabul edilmesi gereken hükümlerden biri olarak sayılamayacağını düşünmekteyiz.

Kıdem koşuluna baktığımızda, işverenlere belirli bir süre işçiyi tanıma ve onunla çalışma olanağı verilmesi suretiyle, bu süre zarfında istedikleri zaman işçiye geçerli bir sebep göstermeksizin iş sözleşmelerini feshetmeleri imkanını veren bu koşulun da otuz işçi ölçütünden bir farklılık taşımadığı görülecektir. İşveren işçi ile anlaşarak veya toplu iş sözleşmesine hüküm koymak suretiyle, altı aydan az kıdemi olan işçilerin de iş güvencesinden yararlanabileceğini kabul edebilmelidir. İşçinin altı aydan az kıdeminin olduğu ihtimalde de iş güvencesinden yararlanacağının kararlaştırılmış olması, işverenin korunmasını gerektirecek şekilde kamu düzenini sarsacak bir gelişme sayılamayacaktır. Bu hükümleri nispi emredici olarak kabul

¹⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. §3., IV., 4.

etmemiz sebebiyle işverenin işçi ile anlaşması veya toplu iş sözleşmesine hüküm konması halinde, Kanunda belirlenmiş olan ölçütlerin işçi yararına değiştirilebilmesi gerekecektir. Ancak bu ölçütler işçi aleyhine olarak değiştirilemeyecektir. Tabiki işverenin işçi ile böyle bir anlaşma yapmak zorunluluğu bulunmamaktadır.

İş güvencesi kapsamında kabul edilecek işçinin, belirsiz süreli sözleşme ile çalışması zorunluluğunun, 18. maddedeki, işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için işçi ve işverende bulunması gerekli koşullardan mutlak emredici kabul edilecek tek koşulu olduğunu düşünmekteyiz. Zira, işçi yararına dahi olsa, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş güvencesi kapsamına gireceğinden söz ettiğimizde, işverenin geçerli bir sebep göstermeksizin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işçi işe iade davası açacak ve iade edilecektir. Ancak, belirli süreli sözleşmelerin doğası gereği, sözleşmenin süresi boyunca işverenin işçiye bir taahhüdü ve zaten taraflar arasında sözleşmenin devamının asıl olduğuna ilişkin bir anlaşma bulunmaktadır. İşveren bu anlaşmaya aykırı olarak sözleşmeyi feshederse, sözleşme süresi boyunca işveren işçiye çalıştırmasa da işçiye bakiye süreye ilişkin ücretini ödeyecektir (BK. m. 325). Bu anlamda belirli süreli sözleşmelerin, geçerli veya geçersiz neden ayrımı gözetilmeksizin sona erdirilmesi durumunda işverenin ücret ödeme borcunun devam etmesi sebebiyle, iş güvencesi hükümlerinin belirli süreli sözleşmelere uygulanması, belirli süreli sözleşmenin doğasına aykırı olacaktır. Ancak, hukukumuzda belirli süreli sözleşmelere azami bir sınır getirilmemiş olduğu için, bize göre olması gereken hukuk bakımından, tarafların anlaşması suretiyle belirlemiş oldukları sayıdan fazla belirli süreli sözleşmenin yapılması durumunda, kanuna uygun olarak belirli süreli sözleşmenin yapılabilmesi için gerekli olan esaslı ve objektif nedenler bulunsa dahi, taraflar işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağını kararlaştırılabilmelidir.

İş güvencesinden yararlanacak işçilerin işveren vekili olmamasına ilişkin hüküm ise, işveren vekillerinin işverenle pazarlık imkanına sahip bulunmaları, işçi gibi güçsüz konumda olmamaları esasına dayanmaktadır. Bu kişiler, işverenle çok yakın çalıştıkları için her hangi bir anlaşmazlık durumunda, işverenin girişim özgürlüğü çerçevesinde, işverene sözleşmeyi geçerli bir neden olmaksızın sona erdirebilme olanağı tanınmıştır. Bu hüküm işverenin korunması amacını taşıdığı için, işveren, işveren vekili olan işçilerinin de iş güvencesinden yararlanmasını istiyorsa, bu mümkün olmalıdır.

Yukarıda yer verildiği üzere, öğreti ve Yargıtayın da genel kabulü gereği, mutlak emredici olan kurallar dışında, iş hukuku kuralları nispi emredicidir ve işçi lehine olmak kaydıyla değiştirilebilecektir. İşK. m. 18’de işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih anında işçi ve işyerine ilişkin olan koşullar mutlak emredici olarak değerlendirilir ve

hiçbir şekilde bu hükümlerin aksi kararlaştırılamazsa, iş güvencesi ile ulaşılmak istenen amaçtan ayrı düşülecektir. Zira, iş güvencesi, işçinin geçerli ve makul bir neden olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesinin önlenmesi suretiyle, işçinin korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaca ulaşmak için ilişkide üstün konuda olan işveren de gözetilmiş ve İşK. m. 18’de, işçinin iş güvencesinin kapsamına girmesi bir takım koşullara bağlanmıştır. İş sözleşmesinde ipleri elinde tutan işverenin bu ipleri gevşetip kanunun düzenlemiş olduğu asgari koruma koşullarını azalttığı ihtimalde, artık kanunun işvereni korumasının bir gereği kalmamaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, iş güvencesinin kapsamına ilişkin tüm hükümlerle değil, 18. maddede sözünü ettiğimiz hükümlerle ilgili olarak, işçinin iş güvencesine ilişkin hükümlerinden yararlanmasını işçi aleyhine değiştiren iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersizken, işçi lehine değiştiren hükümler geçerlidir¹⁹⁶.

İşK m. 18’de düzenlenmiş olan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih anında işçi ve işyerinde bulunması gereken koşulların ve işe iade davalarının hukuki niteliğinin kamu düzeninden olduğu kabul edilse dahi, uygulamada karşılaşılan sorunların halli bakımından önem taşıması sebebiyle, bu hükümlerin nispi emredici olarak değerlendirildiğinin Yargıtay kararları ile daha net bir şekilde açıklanması gerekmektedir. Nitekim yakın tarihli bir Yargıtay kararına göre, “ 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesine göre, iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu için işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerekir ancak Kanunun bu maddesi nispi emredici bir madde olup, taraflar her zaman işçi lehine bunun aksini kararlaştırabilirler...”¹⁹⁷. Bu demektir ki, bir işe iade davasında, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, İşK. m. 18’deki fesih anında işçi ve işyerinde bulunması gerekli koşulların varlığı resen araştırılacaktır. İşçi ve işveren önceden bu koşulların yokluğuna rağmen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağını kararlaştırmışlar ise, işçi davada bu hususu açıklayacak, anlaşma veya toplu iş sözleşmesini gösterecek, bu şekilde yasal koşullar oluşmasa dahi işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün olacaktır. Nitekim Alman Hukukunda da sözü edilen kanun hükümlerinin işçi yararına değiştirilebileceğinin, örneğin otuz işçiden az sayıda işçi çalıştıran bir işyerinde çalışan işçinin ya da altı aydan az kıdemi olan işçinin iş güvencesinden yararlanabileceğinin kararlaştırılabileceği ifade edilmektedir¹⁹⁸.

¹⁹⁶ EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 28; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 12-13.

¹⁹⁷ Y9HD, 26.5.2005, E. 2005/12317, K. 2005/19404, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 9, 2006, 275.

¹⁹⁸ HUECK A./NİPPERDEY H. C, Lehrbuch Kündigung des Arbeitsrechts, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt, a.M. 1963, 77-78, EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Karşısında İş Sözleşmesinin Feshi, 28’den naklen. Ayrıca belirtilmelidir

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE USUL VE FESHE İTİRAZ

§ 4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE USUL

I. Genel Olarak

4773 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimi ile sona erdirilmesinde herhangi bir sebep gösterme zorunluluğu yokken, derhal fesih bildirimi ile sözleşmenin sona erdirilmesinde haklı bir sebebin varlığı aranmaktaydı. Bununla birlikte, sorulmadıkça bu haklı nedenin ne olduğunun bildirilmesi zorunlu değildi. Bu kural, belirsiz süreli iş sözleşmesini serbestçe yapan işçi veya işverenin, sözleşmeyi istediği zaman sona erdirebilmesi yolundaki liberal düşünceye dayanmaktaydı¹⁹⁹. Haklı nedenle derhal fesih yapan tarafa, karşı tarafın fesih nedenini sorması halinde fesih yapan tarafın bunu açıklaması ve uyuşmazlık halinde, haklı nedenin varlığını ispat etmesi gerekmektedir²⁰⁰. Fesheden taraf, sözleşmeyi başka bir haklı nedenle feshetmiş de olsa ilk açıklamış olduğu fesih nedenini daha sonra değiştiremezdi²⁰¹.

1475 sayılı İş Kanununa iş güvencesi sistemini getiren 4773 sayılı Kanun ve ardından 4857 sayılı Kanun ile bildirim süresi tanıyarak yapılan fesihte karşı tarafın fesih nedenini bilmek istemesi ya da istememesi ayrımı olmadan, işverenin baştan itibaren fesih nedenini açık ve kesin şekilde yazılı olarak bildirmesi zorunluluğu getirilmiştir (4773 sK. m. 13/B, 4857 sK. m. 19). Böylelikle, işçilerin hem işten çıkarılma nedeni hakkında bilgi sahibi olması hem de açılacak davada ispat kolaylığı elde etmesi sağlanmıştır²⁰².

İş güvencesi kapsamında bulunan işçiye, iş güvencesi kapsamında tanınmış bir diğer imkan da, iş sözleşmesinin, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle bildirimli olarak feshedilmesi halinde, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatının verilecek olmasıdır.

ki, aynı yerde, Löwish'in kanunun öngördüğü sayıdan az işçinin çalıştırıldığı işyerlerinde toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesinden yararlanmaya ilişkin bir düzenleme getirilemeyeceği görüşünde olduğu ifade edilmiştir. Bu demektir ki, Almanya'da bu konu hakkında öğretide bir birlik olduğunu söylemek mümkün değildir. Löwish M., Kündigungsschutz, 8. Auflage, Heidelberg 2000, 527-528, EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Karşısında İş Sözleşmesinin Feshi, 28, dn. 49'dan naklen .

¹⁹⁹ ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 15. bası, İstanbul 2000, 161 (İş Hukuku 15. bası).

²⁰⁰ ÇELİK, İş Hukuku 15. bası, 184.

²⁰¹ Nitekim Yargıtay bir kararında durumu şu ifadelerle açıklamıştır: "... işveren fesih bildiriminde dayandığı sebeplerle bağlıdır. Yargılama sırasında bu bildirimin kapsamı dışında kalan başka bir sebebe dayanamaz". Y9HD, 18.03.1998, E. 1998/2611, K. 1998/5145, GÜNAY, Şerh 1, 642.

²⁰² DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 91.

İşçinin davranışı veya verimi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, fesihten önce işçinin savunmasının alınmamış olması, feshin usule aykırılıktan geçersiz olması sonucunu doğuracaktır (İşK. m. 19/2).

II. Feshin Yapılma Zamanı

158 sayılı ILO Sözleşmesinin uygulama esaslarını belirleyen 166 sayılı ILO Tavsiye Kararı, geçerli fesih için, işçinin davranışına dayalı fesihlerde, bu davranışın en az bir kere tekrar edilmesinden makul bir süre sonra, işçinin yetersizliğine dayalı fesih nedeninin olduğu halde ise, işverenin talimatı ve yazılı uyarısı ile makul bir süreden sonra işçinin yeterli derecede değişmemesi halinde fesih hakkının kullanılabileceğini belirtmiştir²⁰³.

İşK. m. 25'te düzenlenmiş olan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanan fesih hakkı ise, işverenin işçinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öğrendiği günden başlayarak altı işgünü geçtikten ve herhalde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamayacaktır (İşK. m. 26).

4857 sayılı Kanun, geçerli nedene dayalı fesihlerde, işverenin sözleşmeyi feshi için herhangi bir hak düşürücü veya zamanaşımı süresi düzenlememiştir. Öğretide katıldığımız görüş, m. 25/II bağlamında haklı nedenlere dayalı fesihlere ilişkin hak düşürücü sürenin, geçerli fesihlerde düzenlenmemiş olmasının yerinde olduğunu; zira, geçerli fesih nedenlerinin özelliklerinin ve uygulamadaki değişkenliğinin hak düşürücü süre gerektirecek nitelikte olmadığını ifade etmiştir²⁰⁴. Ancak, kanunda geçerli fesihler için herhangi bir süre sınırlaması düzenlenmemesine rağmen, işverenin ne kadar süre içinde fesih bildiriminde bulunabileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Öğretide bir görüş tarafından, işverenin geçerli fesih nedeninin ortaya çıkması halinde, BK m. 344'e dayalı olarak işverenin elinde bulunan iş sözleşmesini her zaman sona erdirme imkanının, işçinin sözleşmenin sona erdirilmeyeceği kanaatine ulaşacağı makul süreden sonra kullanılmayacağı ifade edilmektedir²⁰⁵. Aynı yönde bir başka görüş ise, burada çelişkili davranış yasağının uygulanması gerektiği, işverenin sözleşmenin sona erdirilmeyeceği yönünde işçide haklı bir güven oluşturma halinde bu güvene üstünlük tanınacağı, bunun aksi bir davranış MK.

²⁰³ GÜZEL, İş Güvencesi, 80; ÇELİK, İş Hukuku, 211.

²⁰⁴ ŞAHLANAN, Yorumlar ve Tartışmalar, 299; ÇELİK, İş Hukuku, 211.

²⁰⁵ GÜZEL, İş Güvencesi, 80; ÇELİK, İş Güvencesi, 36; aynı yazar, İş Hukuku, 211; benzer bir görüş ise, BK m. 344'ü anmaksızın, işverenin sözleşmeyi makul bir süreden sonra sona erdiremeyeceğini belirtmiştir. TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 160; SÜZEK, İş Hukuku, 468.

m. 2'ye aykırılık teşkil edeceği için, bu halde feshin geçersiz sayılacağı üzerinde durmuştur²⁰⁶.

BK. m. 344'de, muhik sebeplerden dolayı gerek işçinin gerek iş sahibinin, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit sözleşmeyi feshedebileceği, aynı zamanda ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaideleri noktasında iki taraftan birini artık sözleşmeyi icra etmemekte haklı gösteren her halin, muhik bir sebep teşkil edeceği ifade edilmektedir. Bize göre, BK. m. 344'de bir ihbara lüzum olmaksın tarafların her vakit sözleşmeyi feshedebilecekleri haklı sebeplere ilişkin bir düzenlemeden söz ediliyor olması sebebiyle, geçerli nedenle fesihlerde BK. m. 344'e gidilmeksizin, işverenin ne zaman fesih bildiriminde bulunabileceğine bakılmalıdır. Feshin yapılması için, zorunlu hale gelmesi gerekmektedir. Yargıtayın da kararlarıyla kabul etmiş olduğu “feshin son çare olması ilkesi” gereği, işveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmekten başka bir çözüm yolu kalmadığı takdirde işçinin sözleşmesini feshedecektir. Öte yandan, fesih için geçerli bir neden ortaya çıkmış ve belirli bir süre geçmesine rağmen, işveren sözleşmeyi feshetmemişse, artık o nedenin feshi zorunlu kılmış olduğu söylenemeyecektir. İşveren geçerli bir fesih nedeni bulursa dahi, feshi makul süre içinde yapmamışsa, artık feshin son çare olduğundan bahsedilemez ve feshin geçersiz kabul edilmesi gerekir.

O halde, işverenin, fesih nedeninin ortaya çıkmasından itibaren 166 sayılı ILO Tavsiye Kararında yer alan feshin makul sürede yapılması kriterinin ülkemize de uyarlanması uygun olacaktır²⁰⁷. Bu makul süre de, feshin zorunlu hale gelmiş olmasından itibaren ne kadar sürenin geçirilebileceğine ilişkin olarak her somut olaya göre farklılık gösterecek, yargıç objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde bu “makul süreyi” belirleyecektir²⁰⁸. Nitekim, Yargıtay da kararlarında aynı yönde hüküm kurmaktadır²⁰⁹.

III. Feshin Yazılı Yapılması

1. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Feshinin Yazılı Olması

İş Kanunu, bildirimlerin yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiğini, kendisine bildirim yapılan kişinin bildirimi imzalamaması halinde durumun o yerde tutanakla

²⁰⁶ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 56.

²⁰⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 210-211.

²⁰⁸ DEMİR, İş Hukuku, 186.

²⁰⁹ Somut olayın özelliklerine göre değişecek makul süre ölçütü yargıç tarafından belirlenmelidir. Yargıtay, “Tacize uğrayan işçinin eylül ayı sonunda gerçekleşen olayı ekim ayı ortasında işyerinde yapılan bir toplantıda amiri konumundaki kişiye bildirmiştir. Olayın niteliği dikkate alındığında makul sürede durumun işverene bildirildiği ortaya çıkmaktadır” şeklinde hüküm kurarak bize göre isabetli davranmıştır. Y9HD, 14.2.2005, E. 2005/1827, K. 2005/4204, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 511; aynı yönde, Y9HD, 27.1.2005, E. 2004/26072, K. 2005/2011, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 108'de dn. 197.

tespit edileceğini; ancak 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligatın anılan kanuna göre yapılacağını düzenlemektedir (4773 sK. m. 7, 4857 sK. m. 109).

İşK. m. 19’da ise, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak ve fesih sebebini açık ve kesin olarak bildireceği belirtilmiştir. Her iki kural da, bildirimlerin yazılı yapılmasını öngörmektedir; ancak, maddelerin lafzından anlaşıldığı üzere İşK. m. 109 genel bir hüküm olup, İş Kanunu kapsamında ilgiliye yapılması gereken tüm bildirimler için geçerlidir. İşK. m. 19 ise iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshini özel olarak düzenlemiştir. O halde, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler, İşK. m. 109’daki genel hükme tabi olacaktır.

İşK. m. 109’a ilişkin hükümet gerekçesinde, bildirimin yazılılığının, ispat araçlarından biri olduğu açıkça belirtilmiştir²¹⁰. Bu sebeple, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilere yapılan fesih bildirimlerinin yazılılığının ispat koşulu olması gerekmektedir.

2. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinin Yazılı Olması

İşK. m. 19/1, iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin işverence bildirimli feshinde hangi usule uyulması gerektiğini düzenlemiştir. Hükme göre, işveren fesih bildirimini yazılı yapmalı ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmelidir. Kural bu olmakla birlikte “iş ilişkisini sona erdiren fesih bildiriminin” yazılı olarak ve imza karşılığında yapılmasının, bir ispat koşulu mu yoksa geçerlilik koşulu mu olduğu, öğretide ciddi fikir ayrılıklarına sebep olmuştur. Zira, fesih bildiriminin yazılılığını geçerlilik koşulu olarak kabul ettiğimizde, eğer bildirim yazılı yapılmamışsa, bildirimin varlığı başkaca bir vasıta ile ispat edilemeyecektir.

Öğretide bir görüş, İşK. m. 19/1’e aykırılığın yaptırımının kanunda düzenlenmediğini, oysa bu hususun geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi halinde bu hükme aykırılığın feshi geçersiz kılacağını, dolayısıyla fesih bildiriminin yazılı olmasının bir ispat koşulu olduğunu ifade etmektedir²¹¹. Bu yönde bir görüş, işçiye sebebini hiç açıklanmaması veya bildirilen sebebini gerçeğe uygun olmaması halinde, işçinin sebebini belirtilmesini veya açık ve kesin şekilde ortaya konmasını isteyeceğini, fesih bildirimi sözlü yapılmışsa bunun yazılı yapılmasını talep edebileceğini belirtmektedir²¹².

Öğretide bizim de katıldığımız hakim görüş ise, m. 19/1’de düzenlenmiş olan yazılılık

²¹⁰ İşK m. 109’a ilişkin madde gerekçesi için bkz. UÇUM Mehmet/ÇAKMAKÇI Ramazan, Gerekçeli İş Kanunu, 1. bası, İstanbul 2003, 147 (İş Kanunu).

²¹¹ EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 52; DEMİRCİOĞLU Murat/CENTEL Tankut, İş Hukuku, 9. bası, İstanbul 2003, 169; GÜVEN Ercan/AYDIN Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004, 127 (İş Hukuku).

²¹² EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 13.

esasının diğer unsurlar ile birlikte ele alınması gerektiği için fesih bildiriminin yazılı olması kuralının geçerlilik koşulu olduğunu kabul etmektedir²¹³. Bunu destekleyen bir hüküm olarak da fesih bildirimine itiraz hakkının ve feshin geçersizliğine karar verilmesi sonucunun sadece gösterilen sebebin geçerli olmadığı değil, sebep göstermeme haline (m. 20/1, m. 21/1'e) de bağlanmış olmasına dikkat çekilmektedir²¹⁴. İşçinin sebebin belirtilmesi veya açık ve kesin şekilde ortaya konmasını istemesinin, fesih bildirimi sözlü yapılmışsa bunun yazılı yapılmasını talep etmesinin, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak, açık ve kesin şekilde ortaya koyması gerektiğini belirten 19. madde hükmü karşısında mümkün olmadığı belirtilmektedir²¹⁵. İşverenin yazılı bildirim yükümünü ihlal etmesine karşın, işçiye işverenden açıklama isteme şartı getirilmesinin, kısa olmasında yarar görülen süreci uzatacağı üzerinde de durulmaktadır²¹⁶.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, “...somut olayda işyerinde yapılan bir toplantı sırasında davacının (işçinin) işyerinin işletme müdürü ... ile tartışması sonucu işletme müdürü tarafından salondan çıkarıldığı bilahare personel müdürünün odasına götürüldüğü ve buradan ayrılarak işyerini terk ettiği ve koruma görevlisine davacının işe alınmamasının sözlü olarak bildirildiği anlaşılmakta olup bu durumda 4857 sayılı Kanunun 19. maddesindeki koşulları gerçekleşmeden davacının hizmet akdinin davalı işveren tarafından sona erdirildiğinin kabulü gerekir...Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine hükmedilmiştir²¹⁷” demek suretiyle, 19. maddenin geçerlilik koşulu olduğuna hükmetmiştir.

Yazılı bildirim şartı yalnız ihbar öneli kullandırılmak suretiyle yapılan fesihlerde değil,

²¹³ TAŞKENT, Yeni Düzenleme, 41; aynı yazar, Sona Erme, 121; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 161; ULUCAN, İş Güvencesi, 73; GÜZEL, İş Güvencesi, 88; ÇELİK, İş Hukuku, 208; aynı yazar, İş Güvencesi, 37-38; ŞAHLANAN, Yeni İş Kanunu, 85; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 56; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 567; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 34; TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 9; DEMİR Fevzi, İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanunun Başlıca Yenilikleri, Ankara 2003, 6 (İş Kanununun Başlıca Yenilikleri); KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 189; EKMEKÇİ Ömer, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004, 169 (İşe İade Davaları); ALPAGUT, İş Güvencesi, 236; ALP, Feshe Karşı Koruma, 17-18; SEVİMLİ Ahmet, 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2004, 23-24 (İşveren Feshi); UÇUM Mehmet, Yeni İş Kanunu Hükümlerine Göre İş Güvencesi, Legal Hukuk Dergisi, S. 6, Haziran 2003, 1395 (İş Güvencesi).

²¹⁴ ÇELİK, İş Hukuku, 209; aynı yazar, İş Güvencesi, 37.

²¹⁵ TAŞKENT, Sona Erme, 122; ÇELİK, İş Güvencesi, 38.

²¹⁶ TAŞKENT, Sona Erme, 122.

²¹⁷ Y9HD, 12.1.2005, E. 2004/12481, K. 2005/528, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 358; aynı yönde “Dosya içeriğine ve özellikle 1.12.2003 tarihinde iş sözleşmesi işverence sözlü olarak feshedildikten iki gün sonra yazılı fesih bildiriminde bulunulduğunun anlaşılmasına göre feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulüne karar verilmiş olması isabetlidir”. Y9HD, 13.2.2006, E. 2006/732, K. 2006/3458, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 9, 2006, 156.

ihbar öneline ait ücret peşin ödenmek suretiyle yapılan fesihlerde de geçerlidir²¹⁸. Zira, İş Kanununda süreli fesihlere ilişkin olarak, işverenin bildirim şartına uymamasının veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesinin, bu kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmadığı düzenlenmiştir (m. 17/5). Böylece bildirim sürelerine uyarak veya bu sürelerle ilişkin ücreti peşin ödeyerek iş güvencesi kapsamına giren işçilerin kapsam dışına çıkarılması da önlenmiştir. Aslında bu açık ifade olmasaydı da aynı sonuca ulaşılmasına bir engel bulunmamaktaydı²¹⁹. Zira, İşK. m. 18, iş güvencesinden yararlanmada kapsamı belirlerken, ihbar önelinde çalışarak veya peşin ödeme ile fesih farkı gözetmeden belirsiz süreli sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesinden yararlanacağını düzenlemiştir.

3. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinin Yazılı Olması

Türk İş Hukukunda iş güvencesini ilk olarak düzenleyen 4773 sayılı Kanunun çok kısa bir süre sonra yürürlükten kalkması ve ardından 4857 sayılı Kanunun kabulü ile öncekilere benzemekle birlikte birtakım farklı hükümler yürürlüğe girmiştir.

4857 sayılı Kanun dönemine baktığımız zaman, bildirimlerin yazılılığı kuralının 4773 sayılı Kanun döneminde korunduğu kadar kuvvetli şekilde korunmadığı görülmektedir. 4773 sayılı Kanun, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkin olan 17. maddenin IV. bendinde “İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 13, 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E maddeleri hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir” demek suretiyle fesihte usulü düzenleyen m. 13/B hükmünün haklı nedenle fesihler için de geçerli olduğunu ifade etmiştir. 4857 sayılı Kanunda ise, işverenin haklı nedenle feshinin düzenlendiği m. 25/son’da, “İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile (yani işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkına sahip olduğu hallerde) 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurulabilir” denilerek usulü düzenleyen 19. madde anılmamıştır.

Yazılılık kuralının işverenin sadece İş Kanununun bildirimli fesihlerinde mi yoksa haklı nedenle fesihlerinde de mi geçerlilik koşulu olarak kabul edileceği üzerinde durulması gereken bir sorundur.

İleri sürülen bir görüş, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkin 25. maddede, fesih

²¹⁸ ULUCAN, İş Güvencesi, 36; DEMİR, İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, 6; DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 78.

²¹⁹ ULUCAN, İş Güvencesi, 36.

usulü ile ilgili olarak iş güvencesinden önceki döneme göre farklı bir hükme yer verilmediği için, işverenin fesih bildiriminde bulunurken sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini belirtmesi gerektiğini, ancak bu nedenin somut olarak açıklanmasına ihtiyaç olmadığını, işçinin nedeni sorması halinde ise işverenin fesih nedenini açıklaması gerektiğini ifade etmektedir²²⁰.

İleri sürülen diğer bir görüş ise, İşK. m. 19/1 uyarınca, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak ve fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu görüş, İşK. m. 25/son'da, İşK. m. 19 anılmamışsa da, İşK. m. 19'da bildirimli ve derhal fesih ayrımının yapılmadığını, İşK. m. 25/son ve m. 20, m. 21 birlikte değerlendirildiğinde, İşK. m. 25 uyarınca işverence yapılacak haklı fesihlerde de fesih nedeninin belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İlave bir husus olarak da, m. 25/son'da, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkında, işçi İşK. m. 18, m. 20 ve m. 21 hükümleri çerçevesinde yargı yoluna gidilebilir hükmü neticesinde, bir fesih işleminin geçersiz sayılabilmesi için gösterilen sebebin geçerli olmaması yanında “sebepe göstermemiş olmanın” da yeterli görüleceğinin düzenlenmiş olduğunu belirtmektedir²²¹.

4857 sayılı Kanunun lafzı gereği, haklı nedenin yazılılığının ispat koşulu olması, yani haklı nedenlere dayalı fesihlerin işçiye sözlü yapılabilecek olması, fesih sırasında sunulan sebeple dava sırasında sunulan sebebin aynı olup olmadığını denetlemeyi güçleştirecektir. Böylelikle işverenin gösterdiği sebeple bağlı olması ilkesi kolaylıkla ihlal edilebilir. Hatta bazen hiç sebep gösterilmediği halde dava sırasında birçok neden gösterilmekte, işçinin fesih sırasında bir sebep gösterilmediğini ya da dava sırasında gösterilen sebebin asıl sebepten farklı olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Fesih sebebi açık ve kesin olarak gösterildiğindeyse, işçinin kendini savunma imkanı artarak, 4857 sayılı Kanunda özel bir önemi olan “yargılamanın kısa tutulması” esası gerçekleşmiş olacaktır²²².

İşçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışları neticesinde yapılacak haklı fesihlerde, geçerli nedenle yapılacak fesihlere göre daha hafif bir usulün kullanılıyor olması da hukuk mantığı ve genel adalet duygusuna aykırı gözükmemektedir. Bu bağlamda, işyerinde cinsel taciz gibi suçlamalarda iş sözleşmesini feshetmeyi düşünen işçiye fesih sırasında fesih nedeni açık ve kesin şekilde belirtilmeyecekken, çok daha hafif bir fesih nedeni karşısında işçiye yazılı olarak fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilecek olması anlaşılabilir²²³.

²²⁰ ÇELİK, İş Hukuku, 224-225; aynı yönde, ALPAGUT, İş Güvencesi, 238.

²²¹ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 180; ULUCAN, İş Güvencesi, 73-74; SÜZEK, İş Hukuku, 501, 531; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 56-57; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 567-568; EGEMEN, İş Güvencesi, 98.

²²² ULUCAN, İş Güvencesi, 74; aynı yazar, İş Güvencesinin Kapsamı, 33; UÇUM, İş Güvencesi, 1397.

²²³ SEVİMLİ, İşveren Feshi, 21.

İş Kanununun 25/son maddesinden, haklı nedenle fesihlerde usulün ne şekilde yapılacağını düzenleyen 19. maddenin çıkarılmış olmasına rağmen, İşK. m. 19/2’de yer alan işverenin 25/II’de gösterilen nedenlerle feshinde savunmanın alınmayacak olması hükmünün çıkarılmaması dikkat çekmektedir. Haklı nedenle fesihte 19. maddedeki usul uygulanmayacaksa, m. 19/2’de yer alan savunma alma zorunluluğunun, 19/2’nin son cümlesinde belirtildiği üzere, ahlak ve iyiniyete uymayan davranışlarla işverenin haklı nedenle feshinde uygulanmayacağına ilişkin hükmün niye hala kanunda yer aldığı çelişki yaratmaktadır. Kanun koyucu 25/son’a hüküm koymamak suretiyle haklı nedenle fesihlerde 19. maddedeki usulün uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak, m. 19/2’nin son cümlesinden de işverenin 25. maddenin II nolu bendi şartlarına uygun fesih hakkının saklı olduğunu çıkartmamıştır.

Haklı nedenle fesihlerde, sözleşme taraflar için katlanılmaz bir hale geldiği için, işvereni yazılı bildirim yapmaya zorlamak ilk bakışta uygun gözükme de, aşağıda anlatılacağı üzere²²⁴ fesih nedeninin haklı bir neden oluşturmadığı hallerde, fesih nedeni bir geçerli neden oluşturabilecek nitelikteyse, yargıç feshin geçerli nedenle yapılmış olup olmadığına bakmakta ve işverenler kimi zaman haklı nedenle fesih yapıyoruz diyerek usul kurallarına uymadan fesih yapmakta ve bu durum işverenlerce kötüye kullanılmaktadır.

4857 sayılı Kanun ile sözleşmenin feshinde usulü düzenleyen 19. maddenin kanundan çıkarılmış olmasına olumlu bakmasak da, kanun koyucunun 4857 sayılı Kanunda 19. maddeye bilinçli olarak yer vermemiş olduğunu düşünmekteyiz. İşK. m. 25/son hükmünde, 19. maddenin anılmamış olması sebebiyle, işverenin geçerli nedene dayanan fesihlerinde yazılılık kuralını geçerlilik koşulu, haklı nedene dayanan fesihlerinde ise ispat koşulu olarak kabul eden görüşe katılmaktayız²²⁵.

Ancak, bir kanun değişikliği ile haklı nedenle yapılan fesihlerde ve bildirimli fesihlerde tek bir usulün belirlenmesi gerekmektedir. İş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, fesih nedeni ne olursa olsun belirli bir usule uyması gerektiğini bilmeli, haklı ve bildirimli fesihlerde iki ayrı usulün uygulanıyor olmasından kaynaklanan eşitsizlik bu şekilde önlenmelidir. İşverenler ister haklı nedenle ister bildirimli olarak iş sözleşmesini feshetsinler, feshin yazılı yapılması gerekmektedir. İş Kanunumuzun 25. maddesi, “İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile (yani işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkına sahip olduğu hallerde) 18, 19, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurulabilir” şeklinde değiştirilmelidir. Böylece, haklı nedenle

²²⁴ Aşağıda, §4, VI.

²²⁵ SÜZEK, İş Hukuku, 530; ALPAGUT, İş Güvencesi, 237-238.

fesihlerde de 19. maddenin uygulanması sağlanacaktır. Kanun değişikliğinin yapılmasına kadar ise, tüm fesihlerde işverenlerin 19. maddedeki usullere uyarak sözleşmeyi feshetmeleri hem kendileri hem de işçiler açısından daha uygun olacaktır²²⁶.

IV. Fesih Bildiriminde Sebep Gösterme Kuralı

4857 sayılı Kanun'un 19/1. maddesi gereği, işveren fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Maddenin gerekçesinde, ilerde işçi tarafından açılacak bir davada, fesih bildiriminin yazılı yapılması ve fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesi, feshin geçerliliği ve geçersizliğinde ispat kolaylığı sağlayacaktır, denilmiştir²²⁷.

İşçinin iş ilişkisini sona erdiren sebebi bilme hakkı bulunmaktadır. Bu husus, işverene karşı dava açıp açmama kararı yönünden önem arz eder. Öyle ki, sebebin varlığı açıksa ve hukuka uygunsa, işçi dava yoluna gitmeyecektir. Fesih sebebinin açık ve kesin gösterilmesi kuralı, işverenin gösterdiği sebeple bağlı olması ilkesinin uygulanabilmesini sağlayan bir şarttır²²⁸. Bu bağlamda, fesih sırasında bir sebebe dayanmayan işverenin dava sırasında bir sebebe dayanması veya önceden bir sebebe dayansa dahi sonradan bu sebebi değiştirmesi mümkün değildir. Nitekim bir Yargıtay kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “...*Bu fesih yazısında, gerekçede belirtildiği gibi özelleştirme ve birleştirmeden söz edilmemiştir. Davalı yargılama aşamasında fesih sebebini değiştirmiştir. Davalı işveren ilk fesih sebepleri ile bağlıdır...Feshin geçersizliğine ve işe iadesine hükmedilmiştir*”²²⁹.

İşverenin açık ve kesin bir şekilde fesih nedenini bildirmesi zorunluluğu, işverenin genel ve belirsiz ifadelerde bulunarak sözleşmeyi feshetmesini mümkün kılmamaktadır. İşveren, işçinin davranışları veya yetersizliği ya da işletmenin gerekleri nedeniyle sözleşmeyi feshediyorsa, bu nedenleri anmakla kalmayıp ayrıntıya girmeden açıklaması gerekmektedir²³⁰.

Fesih nedeninin yazılı yapılmaması gibi fesih nedeninin gösterilmemesi de feshi geçersiz kıldığı için, fesih nedeninin açık ve kesin olarak ortaya konulması geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir²³¹. İşveren yazılı bildirimde fesih nedenini göstermemiş veya “açık ve kesin şekilde” belirtmemişse, bilahare mahkemede geçerli neden gösterse ve bunu ispatlarsa dahi,

²²⁶ SEVİMLİ, İşveren Feshi, 19; SÜZEK, İş Hukuku, 531; ALPAGUT, İş Güvencesi, 238.

²²⁷ 19. maddeye ilişkin gerekçe için bkz. UÇUM/ÇAKMAKÇI, İş Kanunu, 53.

²²⁸ UÇUM, İş Güvencesi, 1396.

²²⁹ Y9HD, 11.10.2004, E. 2004/10587, K. 2004/22804, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 364.

²³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, 469; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 568; UÇUM, İş Güvencesi, 1396-1397. Genel ifadelerle nedeni bildirmenin yeterli olduğu görüşü için bkz. EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 169.

²³¹ ÇELİK, İş Hukuku, 208-209; GÜZEL, İş Güvencesi, 88; SÜZEK, İş Hukuku, 469; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 57.

fesih geçersiz kabul edilecektir²³². Eğer işveren hiçbir sebep göstermeden işçinin iş sözleşmesini feshetmişse esasa ilişkin incelemeye girilmeden bu fesih işlemi geçersiz sayılacaktır.

Nitekim Yargıtay aynı yönde hüküm kurmaktadır. Bir kararında, “*Davacıya tebliğ edilen fesih bildiriminde...fesih nedeni olarak ‘görülen lüzum üzerine’ şeklinde bir açıklama yapılmış olup, yasada öngörülen şekle uygun bulunmadığından, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığına*”²³³ hükmetmiştir.

V. İşçinin Savunmasının Alınması

1. Genel Olarak

4857 sayılı Kanun “*Hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak işverenin 25. maddenin II numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır*” hükmüne yer vermiştir (m. 19/2).

Savunma alınmasını öngören hükmün amacı, işçiyi, sözleşmenin feshinden önce fesih nedeni olan davranış veya yetersizliklerinin gerekçesini bildirmek suretiyle işverenin fesih kararını etkileyebilme imkanına kavuşturmaktır²³⁴. Bu sayede, işçinin hakkındaki suçlamaları işverenle konuşarak öğrenmesi ve fesihten sonra dava açıp açmayacağına karar vermesi de sağlanmaktadır²³⁵.

Gerçek fesih nedeni ile fesihten önce işçinin savunmasının alındığı durumun aynı olması gerekmektedir. Aksi halde, örneğin, savunma işçinin davranışları ile ilgili bir konuya, fesih nedeni ise işçinin yetersizliğine ilişkin bir konuya ilişkin ise, savunma alma şartı gerçekleşmiş sayılmayacaktır²³⁶.

İşveren işçiye fesih nedenini açık ve kesin olarak gösterse ve mahkemede ispat etse dahi, işçinin savunması alınmadan yapılan fesihler, sırf savunmanın alınmamış olduğu gerekçesiyle, geçersiz olacaktır²³⁷. Yargıtay da bu yönde karar vermektedir²³⁸.

²³² ÇELİK, İş Güvencesi, 37-38; aynı yazar, İş Hukuku, 203; MOLLAMAHMUOĞLU, İş Hukuku, 568; UÇUM, İş Güvencesi, 1396.

²³³ Y9HD, 9.12.2004, E. 2004/11330, K. 2004/27375, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 377.

²³⁴ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 58.

²³⁵ ALP, Feshe Karşı Koruma, 18.

²³⁶ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 58.

²³⁷ TAŞKENT, Yeni Düzenleme, 42; aynı yazar, Sona Erme, 122; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 162; ULUCAN, İş Güvencesi, 75; EKONOMİ, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 97; aynı yazar, Hizmet Akdinin Feshi, 14; GÜZEL, İş Güvencesi, 85; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 35; SÜZEK, İş Hukuku, 470;

4857 sayılı Kanun m. 19/2’de; işverenin, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerden kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesinin feshi halinde şart koşulan savunma alma zorunluluğu, fesihden hemen önceki savunmadır. İşçiye çıkartmadan önce, daha önce verilmiş ihtar nedeniyle bir savunma alınmış olsa bile, işçiden fesih sebebiyle tekrar bir savunmanın alınması gerekecektir²³⁹. Bu demektir ki, olaylar temelinde, iç disiplin içinde bir savunma alınmış ve bu savunma feshe ilişkin değilse, savunma alma mükellefiyeti yerine getirilmiş sayılmayacaktır.

Ancak disiplin kurulu kararıyla yapılan fesihlerde, disiplin kurulu kararından önce savunmanın muhakkak alındığı ve disiplin kurulunda verilen savunmanın feshe götürecek şekilde ciddi bir süreç olduğunun işçi tarafından bilinmesi sebebiyle, disiplin kurulu kararıyla alınan savunmaların ardından fesih yapıldığında, savunma alma zorunluluğu yerine getirilmiş sayılacaktır.

İşK. m. 19/2, 158 Sayılı ILO Sözleşmesinin 7. maddesinin çevirisi olmakla beraber orijinal metinde “işyle ilgili nedenler” çeviride “verimi ile ilgili nedenler²⁴⁰” olarak ifade edilmiş²⁴¹, yani işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle fesihlerde, işçinin savunmasının alınmadan feshedilemeyeceği belirtilmiştir.

Öğretide, maddenin lafzına sadık kalarak, işçinin savunmasının alınacağı hallerin “işçinin davranışı veya verimi” ile ilgili hallerle sınırlı olduğu, işçinin yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle fesihte, savunmanın alınmayacağı ifade edilmektedir²⁴². Kanundaki “işçinin verimi ile ilgili nedenler” şeklindeki ifade, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin Fransızca metni de dikkate alınarak, daha geniş yorumlanmış, bu ifadenin “işçinin çalışması ile ilgili nedenler” olarak anlaşılmasının isabetli olacağı da ileri sürülmüştür²⁴³.

Ancak haklı olarak ifade edildiği üzere, işçinin verimi ile ilgili nedenler olarak ifade

SOYER, 158 sayılı, 284; DEMİR, İş Hukuku, 204; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 585; ALP, Feshe Karşı Koruma, 18; UÇUM, İş Güvencesi, 1398.

²³⁸ Y9HD, 23.4.2005, E. 2005/11075, K. 2005/14364, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 390; aynı yer, 84, dn. 128’de yer alan karar.

²³⁹ DEMİR, İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, 14; aynı yazar, Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 10, 2006, 487 (Geçerli Sebeple Fesih); BİLGİLİ, İş Güvencesi, 133.

²⁴⁰ “Verimlilik, yapılan işi en iyi ve doğru bir şekilde, en az kaynak tüketimi, en düşük maliyet ve en az israf ile gerçekleştirme kriteridir. İşçinin verimliliği, üretim ve zaman bakımından olmak üzere ikiye ayrılır”. DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 92

²⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 569.

²⁴² EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 14.

²⁴³ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 569.

edilen hüküm, “işçinin yeterliliğinden” kaynaklanan nedenleri geçerli neden sayan hükümle (m. 18/1) uyum sağlaması için, “işçinin yeterliliği” şeklinde değerlendirilmelidir²⁴⁴.

İş Kanunumuzun hükümlerinin oluşturulmasında esas alınan 158 sayılı ILO Sözleşmesi, “makul ölçülere göre işverenden savunma almanın beklenemeyeceği hallerde savunmanın aranmayacağını” düzenlemiştir (m. 7). 4857 sayılı İş Kanunumuz ise savunmanın alınmayacağı haller konusunda, 158 sayılı ILO Sözleşmesinden farklı bir yol izlemiştir.

Fesih bildirimi yapılmadan işçinin savunmasının alınması zorunluluğu, feshin işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlere dayandırılması halinde getirilmiş; işin, işyerinin ve işletmenin gerekleri ile ilgili fesihte ise savunma alma zorunluluğu öngörülmemiştir. İşin, işyerinin ve işletmenin gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerin işçiden bağımsız olması sebebiyle bu fesihlerde savunma alma şartının olmamasının yerindedir²⁴⁵.

Eski İş Kanununa 4773 sayılı Kanunla eklenen m. 13/B f. 2’deki “İşveren bakımından beklenemeyecek haller²⁴⁶ hariç olmak üzere” şeklindeki ifadeye yeni kanun m. 19/2’de yer verilmediği için, işveren işçinin iş sözleşmesini feshederken davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerden dolayı her halükarda işçinin savunmasını almak zorundadır. Özellikle fiili olanaksızlık ve bazı haklı fesih nedenleri düşünüldüğünde, bu hükmün yeniden kanuna getirilmesinin yerinde olacağı ifade edilmekteyse de²⁴⁷, maddenin hükümet gerekçesinde belirtildiği gibi içeriğinin nasıl belirleneceği çok tartışmalı olan böyle bir istisna hükmüne kanunda yer verilmemesi isabetli olmuştur²⁴⁸.

Belirtelim ki, öğretide her fesih durumunda savunma alınmasının en uygun çözüm olacağı da ayrıca ileri sürülmektedir²⁴⁹.

²⁴⁴ GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 35-36; aynı yazar, İş Güvencesi, 85; ÇELİK, İş Hukuku, 213; aynı yazar, İş Güvencesi, 39; SÜZEK, İş Hukuku, 470; ŞAHLANAN, Yeni İş Kanunu, 85; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 190; ALP, Feshe Karşı Koruma, 18.

²⁴⁵ ULUCAN, İş Güvencesi, 75; aynı yazar, İş Güvencesinin Kapsamı, 33; SÜZEK, İş Hukuku, 470.

²⁴⁶ Beklenemeyecek hallerin neler olduğu kanunun gerekçesinde, işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi haller olarak tanımlanmıştır. 4773 sayılı Kanuna İlişkin Gerekçe, İş Güvencesi, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, İnşaat Sanayi Yayınları No: 5, Ankara 2002, 20.

²⁴⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 244; SEVİMLİ, İşveren Feshi, 19-20.

²⁴⁸ TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 9; UÇUM, İş Güvencesi, 1395.

²⁴⁹ GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 36; yazar, 29. maddede toplu işçi çıkarma ile ilgili olarak düzenlenmiş olan işyeri sendika temsilcileri ile görüşme zorunluluğunun, işin, işyerinin ve işletmenin gerekleri ile ilgili nedenlerle yapılan ve 29. madde kapsamına girmeyen bireysel işçi çıkarmalara da yayılmasının isabetli olacağını ifade etmiştir, GÜZEL, İş Güvencesi, 85.

2. Savunmanın Biçimi ve Yöntemi

İşveren işçinin iş sözleşmesini feshettiğini bildirmeden önce; işçiye davranışı veya yeterliliği ile ilgili somut bir nedenden dolayı sözleşmesini feshetmeyi düşündüğünü açıklamalı ve buna ilişkin işçinin savunmasını almalıdır. Bu zorunluluk, ilgili maddenin lafzından anlaşılmaktadır.

Kanun açıkça “...savunması alınmadan ... feshedilemez” demektedir. Feshedilemez ifadesi, fesih bildiriminde bulunulamaz olarak anlaşılmalıdır. Bu şekilde yapılan yorum, süreli fesihler için önemli olacaktır. Zira süreli fesihte, sözleşme bildirimle birlikte feshedilmiş olur. Ancak, feshin sonuçlarını doğurma anı bildirim süresinin sonudur. İşte bu halde, fesih bildiriminden sonra feshin sonuçları henüz doğmasa dahi işçinin savunmasının alınması söz konusu olamaz. Fesih tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşir, ihbar öneli fesihlerde savunma önel bitiminde değil, fesih beyanından önce alınmalıdır²⁵⁰. Zira, sonuçlar sonradan doğacak olsa dahi, fesih yapılmıştır. Aksi halde, bundan sonra savunma almanın bir önemi kalmaz.

Savunmanın biçimi ve yöntemi hakkında kanunda bir düzenleme bulunmadığı için, savunmanın kanunun amacına uygun olarak alınmış olması yeterlidir. Savunmanın yazılı yapılması işverene kolaylık sağlayacağı için işverenin kendine göre geçerli saydığı fesih sebebini işçiye bildirmesi ve bu hususa ilişkin işçiden savunma istemesi yerinde olacaktır²⁵¹. İşveren, bu isteme cevap vermesi için işçiye makul bir süre vermeli, işçi buradaki süre içinde cevap vermediği takdirde, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacaksa, savunmanın istenmesi sırasında bu husus işveren tarafından kendisine açıklanmış olmalıdır²⁵². Savunmanın verilmesi gerekli olan makul sürenin olayın özelliğine göre birkaç gün ile bir ay arasında olabilmesi gerekmektedir.

İşçi eğitimi ve bilgi birikimi yönünden yazılı şekilde kendini savunma konusunda yeterli olmayabilir. Böyle bir durumda, savunmanın tutanağa geçirilmesi suretiyle sözlü de yapılabilmesine imkan verilmelidir²⁵³.

²⁵⁰ GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 35; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 58; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 569; DEMİR, İş Hukuku, 205; ÇANKAYA/GÜNAYGÖKTAŞ, 106.

²⁵¹ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 14; TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 162; aynı yazar, Sona Erme, 122; ULUCAN, İş Güvencesi, 75; DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 92; MOLLAMAHMUOĞLU, İş Hukuku, 569; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 58; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 190.

²⁵² EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 14; TAŞKENT, Sona Erme, 123; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 162; ULUCAN, İş Güvencesi, 75; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 35; DEMİR, İş Hukuku, 205; aynı yazar, Geçerli Sebeple Fesih, 487; GÜVEN/AYDIN, İş Hukuku, 128; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 107; BİLGİLİ, İş Güvencesi, 133.

²⁵³ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 14.

3. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinde Savunma Alma

İşverenin, iş sözleşmesini, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışlarından ötürü haklı nedenle feshetmesi halinde, işçinin savunmasını almasının zorunlu olmaması, öğretide haklı olarak uygun bulunmamıştır. Zira, işçinin hafif bir kusuru olduğu iddia edilen hallerde savunma almanın zorunlu tutulmasına karşılık, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık gibi daha ağır bir kusurun yüklendiği durumlarda işçiye kendini savunma imkanı vermenin zorunlu olmaması çelişkili bir durum yarattığı gibi hakkaniyete de aykırı bulunmaktadır²⁵⁴. İşçiye ahlak ve iyiniyete aykırı davrandığı, sözgelimi hırsızlık yaptığı ve bunun için de sözleşmesinin feshedileceği söylendiğinde, onun da kendini savunma hakkı olmalıdır. İşçinin bir şekilde o hırsızlığı yapmadığını ispatlaması ve inandırıcı olması mümkündür²⁵⁵.

İşçiye belirli hallerde savunma hakkının verilmemesinin uygulamada pek önem arz etmediği ifade edilmektedir. Buna ilişkin olarak, normalde büyük işyerlerinde m. 25/II'ye dayalı olarak yapılan fesihlerde işverenin bu yönetime başvurusunun haklılığını ispatlama açısından kendisine yarar sağlaması sebebiyle fesihten önce işçinin yazılı ifadesinin alındığı belirtilmektedir²⁵⁶. Ancak, kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, bazı büyük işletmelerin İşK. m. 25/II'ye dayalı fesihlerde savunma alıyor olmasını, olumlu bir davranış olarak kabul etmekle birlikte, kanunda yer alması gerekli bir düzenlemenin bulunmamasına gerekçe olarak kabul etmemekte ve kanundaki eksikliği bertaraf etmeye yeterli görmemekteyiz²⁵⁷.

Haklı nedenle fesihlerde yazılılık kısmında belirttiğimiz üzere, kanunda değişiklik yapılarak, haklı ve geçerli nedenle yapılan fesihlerde tek bir usulün benimsenmesi ve haklı nedenle fesihlerde de savunma almanın zorunlu hale getirilmesi hem işçiler hem de işverenler açısından daha uygun olacaktır²⁵⁸.

²⁵⁴ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 162; aynı yazar, Sona erme, 122; aynı yazar, Yeni Düzenleme, 42; ULUCAN, İş Güvencesi, 76; aynı yazar, İş Güvencesinin Kapsamı, 33; GÜZEL, İş Güvencesi, 86; SÜZEK, İş Hukuku, 530; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 570; SOYER, 158 sayılı Sözleşme, 293; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 190; EGEMEN, İş Güvencesi, 98; UZUN, Yeni İş Yasası Semineri, 82.

²⁵⁵ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 162; aynı yazar, Sona Erme, 122; ULUCAN, İş Güvencesi, 76.

²⁵⁶ ÇELİK, İş Hukuku, 213; aynı yazar, İş Güvencesi, 39.

²⁵⁷ GÜZEL, İş Güvencesi, 86; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 58'de dn. 30.

²⁵⁸ SEVİMLİ, İşveren Feshi, 19; SÜZEK, İş Hukuku, 531.

VI. Fesih Usulü Bakımından Haklı Fesih/Geçerli Fesih İlişkisi

İş sözleşmesinin İş Kanununun 25/2. maddesine göre feshedildiği durumlarda, işverenin haklı neden olarak gösterdiği sebep, aslında bir geçerli fesih nedeni ise yargılamanın hangi fesih usulüne göre yapılacağı önem taşıyacaktır. Yargıcın, talep olmasa da nedenin haklı değil geçerli bir neden olduğuna hükmedebilmesinin mümkün olup olmaması, İşK m. 26'da yer alan altı iş günlük sürenin²⁵⁹ ne derecede önem taşıyacağı ve 19. maddede yer alan usul kurallarının ne şekilde değerlendirileceği üzerinde durulmalıdır.

Yargıtay konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında, “...*Mahkemece, 25/2. madde gereğince sözleşmenin sona erdirilmesi hallerinde isnat edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26. maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi ve haklı neden olarak feshe neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin reddedilmesi*”nin²⁶⁰ gerekeceğine hükmetmiştir.

Bu karardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay, işçinin iş sözleşmesinin işverence ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık dolayısıyla haklı nedenle feshedilmesi durumunda, bu neden bir haklı fesih nedeni ağırlığında olmamasına karşın eğer geçerli bir fesih nedeni sayılabilirse, 26. maddedeki altı işgünlük hak düşürücü sürenin geçirilmiş olup olmadığına bakılmayacağına, makul bir süre içinde sözleşmenin feshedilmiş olmasının yeterli sayılacağına, işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini düşünerek 19. maddeye uymadan sözleşmeyi feshetmesinin, feshin usulden reddi anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir.

Öğretide bir görüş, yargının dava yükünün bu kadar yoğun olmasına rağmen, mahkemelerin “*haklılık*” denetimi yanında kendiliklerinden bir de “*geçerlilik*” denetimi yapmalarının anlaşılmasının güç olduğunu ifade etmektedir²⁶¹. Bu görüşe göre, Yargıtayın verdiği kararlarda, haklı neden olarak feshe neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmaması halinde bunun geçerli neden sayılıp sayılmayacağının araştırılmasını gerekli görmesi, mahkemelere “durumdan görev çıkarmak” işlevini yüklemektedir.

²⁵⁹ İşverenin, işçinin iş sözleşmesini, İş Kanunun 25/2. fıkrasında yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışları sebebiyle feshetmesi, İş Kanununun 26. maddesinde düzenlendiği üzere, bu tür davranışların öğrenilmesinden itibaren altı işgünlük hak düşürücü süreye tabidir.

²⁶⁰ Y9HD, 24.2.2004, E. 2003/22581, K. 2003/3229, ŞAHLANAN Fevzi, İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden Geçerli Neden İlişkisi, Tekstil İşveren Dergisi, S. 301, Ocak 2005, 37 vd.'de yer alan kararı (Haklı Neden-Geçerli Neden).

²⁶¹ TAŞKENT, 2004 Yılı Kararları, 76.

Haklı nedenle fesih yaptığını düşünen işverenin bildirdiği neden, haklı bir fesih nedeni değil de geçerli bir fesih nedeni olabilecek ağırlıktaysa, işveren tarafından yanlış değerlendirme yapıldığının kabul edilebilmesi veya hukuki tahvil yoluyla mahkeme tarafından geçerli neden olarak değerlendirilebilmesi mümkündür²⁶². İşverenin feshin haklı veya geçerli nedenle yapıldığına ilişkin beyanı bir hukuki nitelemedir. Bu nitelemeyi yapmak yargıcın görevi olduğu için (HUMK m. 76), fesih nedenine ilişkin tarafların nitelemesi yargıcı bağlamayacaktır²⁶³.

Yargıç haklı nedenle fesih değil, geçerli nedenle fesih vardır dediğinde ise feshin İşK. m. 19'daki fesih usulü ile İşK. m. 26'daki hak düşürücü süreye uygun olmasının gerekip gerekmediği sorunu önem kazanacaktır. Feshin geçerli bir fesih olup olmadığının incelenmesi yapıldığı için, İşK. m. 26'daki altı iş günlük hak düşürücü sürenin geçirilmiş olmasına bakılmayarak, geçerli nedenle fesihte dikkate alınan bildirimin makul bir süre içinde yapılmış olması yeterli olacaktır²⁶⁴.

İşK. m. 19 ile ilgili olarak ise, Yargıtayın konuya ilişkin vermiş olduğu yukarıda değinilen karara paralel olarak, m. 25/son'da iş güvencesine atıf yapılırken 19. madde anılmadığı için, İş Kanununun 25. maddesine göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde 19. maddedeki usul kurallarına uymamış olmanın, işe iade nedeni sayılamayacağı ifade edilmektedir²⁶⁵.

Haklı nedenle fesih yerine geçerli feshe ilişkin neden vardır denildiğinde, İşK. m. 18 ve devamı maddelerinin uygulanması gerekmektedir. Fesih bildiriminin yazılı, açık ve kesin olması ile işçinin savunmasının alınması birer geçerlilik koşuludur. Haklı nedenle fesih yaptığını söyleyen işverenlere 19. maddedeki geçerlilik koşullarının uygulanmayacağını kabul etmek, işverenlere hukuka aykırı bir kapının açılması anlamına gelecektir. Zira 19. maddedeki usule uymak istemeyen işveren, sözleşmeyi İşK. m. 25/II'ye göre haklı nedenle feshediyorum diyerek 19. maddeyi çiğneyebilecek, hal böyle olunca mahkemeler önce haklı nedenin ardından da geçerli nedenin varlığını araştırarak ve yargılamanın kısa sürede bitirilmesi mümkün olamayacaktır. Haklı nedenle yapılmış olduğu düşünülen feshin, geçerli nedenle yapılmış bir feshe dönüştüğü kabul edilse dahi, İşK. m. 19'daki usule uyulmamışsa feshin geçersiz sayılması

²⁶² SÜZEK, İş Hukuku, 533.

²⁶³ UÇUM Mehmet, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 80-81 (İşe İade Taleplerinde Sorunlar).

²⁶⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 533; UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 80-81.

²⁶⁵ ŞAHLANAN Fevzi, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2005, 112-113 (2003 Yılı Kararları); aynı yazar, Haklı Neden-Geçerli Neden, 37 vd.

gerekmektedir²⁶⁶.

Bu sorun, iş sözleşmesinin işverence haklı ve geçerli nedenle fesihlere ilişkin maddelerinde bir kanun değişikliği yapılarak tüm fesihlerin tek bir usule bağlandığının kabul edilmesiyle çözülecektir²⁶⁷.

§ 5. FESİH BİLDİRİMİNE İTİRAZ

I. Genel Olarak

158 sayılı ILO Sözleşmesinde, hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkının olduğu, işçinin hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmaması halinde, bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılacağı belirtilmektedir (m. 8).

Bu hükme uygun olarak, 4857 sK. fesih bildirimine itiraz ve usulü başlıklı maddede, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açılabilirliği ve toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşırca uyuşmazlığın aynı sürede özel hakeme götürülebileceği hükmüne yer verilmiştir (m. 20/1).

Maddenin başlığında itiraz ve usulü denilmesine rağmen, burada işçinin dava açma ve özel hakeme gitme hakkının düzenlenmiş olması, başlıkta kullanılan “itiraz” sözcüğünün teknik hukuk anlamında kullanılıp kullanılmadığı sorusunu akla getirmektedir.

Temel hukuka dayanan savunma imkanlarından olan itiraz; davalının, davacının ileri sürdüğü olguları veya dava sebebini inkar etmeyip, bir hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren olguları ileri sürmesi, durumu maddi hukuka ilişkin yeni olgulara ve hukuki sebeplere dayandırmasıdır²⁶⁸. Davalı, itiraz teşkil eden bir durumu ileri sürmemiş bile olsa, dava dosyasındaki bilgiden bu itirazın varlığı anlaşılıyorsa, hakim bu resen dikkate alması gerekmektedir²⁶⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere, teknik hukuk anlamında itiraz, dava açma imkanı değil,

²⁶⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 533; TAŞKENT, 2004 Yılı Kararları, 77; DEMİR, İş Hukuku, 206; UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 80-81.

²⁶⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 244; SEVİMLİ, İşveren Feshi, 19-20.

²⁶⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 372-373.

²⁶⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 372-373.

açılan davada davalının elinde bulunan bir savunma imkanı anlamına gelmektedir. Burada ise, karara karşı çıkma, karara itiraz etme adı altında bir dava açma veya özel hakeme gitme hakkından söz edilmektedir. Maddenin düzenlemesine sadık kalmak amacıyla bu çalışmada da fesih bildirimine itiraz ve usulü olarak yer verilen başlığın, “itiraz” yerine “dava açma hakkı” olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağı görüşündeyiz.

II. İş Mahkemesinde Dava Açma

1. Dava Açma Hakkı

a) İşçinin Dava Açma Hakkı

İş sözleşmesi feshedilen işçi veya işçinin yetki verdiği işçi sendikası²⁷⁰, fesih bildiriminden tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açma hakkına sahiptir²⁷¹. Burada dava açma hakkının münhasıran işçiye veya yetki verdiği sendikaya ait olması, iş sözleşmesinin niteliği gereğidir. İş sözleşmesinin diğer borç doğurucu sözleşmelerden önemli bir farkı, taraflar arasında yoğun ve kişisel bir bağımlılık ilişkisi kurmasıdır²⁷².

İşe iade davasında işçi öncelikle işe dönmeyi istemektedir. İş güvencesinin anlamı, iş ilişkisinin ayakta tutulmasıdır. Bu hak kişinin sağ olması şartına bağlı olduğundan mirasçılara geçmeyecektir. İşe iade haricinde kalan işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ile işverence işe başlatılmadığı takdirde kazanacağı tazminatın mirasçılarca alınıp alınmayacağını ise işçinin ölümünden önceki iradesi belirleyecektir²⁷³.

Ayrıca değinilmelidir ki, iki işçinin talep konuları aynı olsa dahi tek bir dava dilekçesi ile ikisinin birlikte tek bir işe iade davası açmaları halinde, bu dava mahkeme tarafından iki ayrı dava olarak görülecektir. Yargıtay, işe iade davalarının tek dilekçede açılmasının mümkün olmadığını şu ifadelerle açıklamıştır: *“Davacıların iş sözleşmelerinin fesih sebebi aynı olması dolayısıyla aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı olmasına rağmen, feshin geçersizliği ve işe iade davalarının her davacı için fesih nedeni, hizmet süresi, iş güvencesi kapsamında olup olmadığına ilişkin incelemeler, dava açma süresi gibi hususlar ayrı ayrı belirlendiği ve her işçinin kişisel özellikleri davada önem arz ettiği için, bu tür davaların birleştirilmesi doğru*

²⁷⁰ “Fesihten sonra bir aylık dava açma süresi içinde, üye olan işçi adına sendikaca açılan işe iade davasının incelenmesi gerekir”. Y9HD, 30.9.2004, E. 2004/4865, K. 2004/21086, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 740.

²⁷¹ ALPAGUT, İş Güvencesi, 240; GÜNAY, İş Hukuku, 465.

²⁷² ULUCAN, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 48; aynı yönde Güzel, işçi ile işveren arasındaki ilişkide, işçinin kaçınılmaz olarak şahsını yükümlülük altına sokması, kişiliğine bağlı unsurları işyerine taşıması sebebiyle bunların başkasına devrinin ya da işin üçüncü kişiler aracılığıyla yerine getirilmesinin söz konusu olamayacağını ifade etmiştir. GÜZEL, Intuitus Personae, 180.

²⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. §5., II., 1., b).

değildir”²⁷⁴

b) Mirasçıların Dava Açma Hakkı

İşe iade davası, esas olarak işçinin işe iadesini amaçladığı ve işçinin ölümünden sonra işe iade edilmesi mümkün olmadığı için, işçinin bu davayı açma hakkı mirasçılara geçmeyecektir²⁷⁵. Fakat, işçinin dava devam ederken ölmüş olması halinde, davanın hangi aşamasında ölmüş olduğuna göre mirasçıların elde edecekleri haklar değişecektir.

“İşçinin henüz işe iade davası açmadan ölmesi halinde”, mirasçıların murislerinin hakkına dayanarak işe iade davası açamayacakları, ancak fesihten ölüm tarihine kadar geçen sürede murislerinin çalıştırılmayan süreye ilişkin ücretini bir alacak davası açarak isteme imkanı olabileceği ifade edilmektedir. Bu davada feshin geçerli nedenle yapılmadığının iddia edileceği, bu iddia mahkemece haklı görüldüğünde, feshin baştan itibaren hükümsüz kalarak işçinin fesihten ölüm tarihine kadar çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını işverenin ödemek zorunda olacağı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, fesih geçersiz de kılınsa, işe başlatmamanın yaptırımı olan tazminat ödenmeyecektir. Zira, işçinin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olacaktır²⁷⁶.

Katıldığımız görüşe göre ise, işçinin dava açmadan ölmesi halinde, mirasçılar işe iade davası açamayacak, çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ile iş güvencesi tazminatı alamayacaklardır. Ancak ödenmemişse murislerinin ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer işçilik hakları için dava açabileceklerdir²⁷⁷.

“Açmış olduğu işe iade davası devam ederken işçinin ölümü halinde”, mirasçıların en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları için talepte bulunabilecekleri, tazminat talebinde bulunamayacakları ileri sürülmüştür²⁷⁸.

Tazminat istenemeyeceği hakkında ileri sürülen görüşle aynı fikirde olmakla birlikte, dört aylık çalıştırılmayan süre ücreti bakımından, başvuru koşulu gerçekleşmemiş olduğu için çalıştırılmayan süreye ilişkin ücretin verilemeyeceği görüşündeyiz. Kanunun ifadesi açıktır,

²⁷⁴ Y9HD, 30.1.2006, E. 2005/39008, K. 2006/1806, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 9, 2006, 174.

²⁷⁵ TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 11; UÇUM, Seminer Notları, 155.

²⁷⁶ UÇUM, Seminer Notları, 155-156.

²⁷⁷ EKMEKÇİ Ömer, 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, MESS Mercek Dergisi, Ekim 2002, Özel Sayı, 110 (Yargının Durumu); TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 11.

²⁷⁸ EKMEKÇİ Ömer, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, MESS Mercek Dergisi, Temmuz 2003, 136 (Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı); aynı yazar, Yargının Durumu, 110; TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 11; UÇUM, Seminer Notları, 156.

başvuru yoksa, geçerli feshin sonuçları işleyecektir. Mirasçılarının ne çalıştırılmadan geçen süre ücretini ne de tazminatı alma imkanı olmayacaktır. Mirasçılarının bu durumda feshin geçersizliğine bağlanan parasal hakları almalarının iş güvencesinin amacı ile de örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. İş güvencesi feshin geçersiz sayılması ve akabinde işçinin işe iadesi amacını taşımakta, tazminat amacı bulunmamaktadır.

İşe iade kararından sonra “işçinin işe iade başvurusu yapmadan veya başvuru yapmasına rağmen işverenin çağırabileceği bir aylık süre geçmeden ölmesi halinde” öğretide bir görüş, mirasçılarının işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını alabileceklerini ama tazminat talep edemeyeceklerini ifade etmektedir²⁷⁹. Başvurudan sonra işçinin ölmesi halinde bu görüşe katılmaktayız. Ancak ölüm başvurudan önce gerçekleşmişse, mirasçılarının çalıştırılmayan süre ücretini alamayacakları kanaatindeyiz.

“İşverenin işçiyi işe başlatmayacağını beyan ettikten veya bir aylık işe başlatma süresi bitikten sonra ölmesi halinde” ise mirasçılar işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ile iş güvencesi tazminatını alacaklardır²⁸⁰.

Bizce, işe iade davası bir bütünlük arz edip işçilerin geçerli bir neden olmadan sözleşmelerinin feshedilmesinin önlenmesini amaçlamaktadır. Buna göre, sözleşmesi feshedilen işçi, bir neden gösterilmeden veya geçerli bir neden olmadığını düşündüğü bir nedenle sözleşmesi feshedilmiş ise dava açacaktır. Çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret de iş güvencesine ilişkin bir hüküm olup, geçersiz feshin sonuçları arasında yer almaktadır. İş Kanunu m. 21/5 gereği, işçinin işe başlamak üzere başvuruda bulunmaması veya başvuru yapamadan ölmesi halinde fesih geçerli sayılacağı için, murislerin çalıştırılmayan süre ücreti ile iş güvencesi tazminatını alma imkanı kalmayacaktır.

2. Davanın Konusu

İş sözleşmesinin devamlılığını sağlayarak işçiyi korumayı hedefleyen iş güvencesi kurumu, kanuna göre geçerli nedene dayanmayan fesih işlemlerini bertaraf eden bir işleve sahiptir. Sözleşmesi feshedilen işçi, mahkemeye başvurarak geçerli nedene dayanmadığını düşündüğü bir fesih işleminin geçersizliğine karar verilmesini isteyebilir. Mahkemenin işçinin talebi yönünde vereceği karar, fesih işlemi hiç yapılmamışçasına bir etki doğurarak iş sözleşmesinin ayakta kalmasını sağlayacaktır. Bu bağlamda iş güvencesi kapsamındaki işçinin “iş sözleşmesinin feshi işlemi” işe iade davasının konusu oluşturacaktır. Davanın konusu tazminat değil, doğrudan feshin geçersiz sayılması ve işe iadedir. İşçinin işe iade istemiyorum

²⁷⁹ UÇUM, Seminer Notları, 156.

²⁸⁰ UÇUM, Seminer Notları, 156.

diyerek tazminat isteme hakkı bulunmamaktadır.

“Fesih bildirimine itiraz ve usulü” başlıklı İşK.’nın 20. maddesi, “iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile ...” (f. 1) işçinin bu davayı açabileceği şeklindeki düzenlemeyle, işe iade davasının konu bakımından sınırını açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre, davacı olan işçi, dava dilekçesinde, işverenin kendisini işten çıkardığı sırada herhangi bir sebep göstermediğini, göstermişse dahi gösterdiği sebebin geçerli olmadığını iddia edecektir.

Bu düzenleme, sözleşmenin feshi usulüne dair İşK. m. 19 ile uyum içindedir²⁸¹. 19. madde ile fesih bildirimine belirlilik kazandırılmıştır. İşe iade talebi ile karşı karşıya kalan yargıcın denetim alanı tarafların fesih bildirimini yaptığı sırada sunduğu sebep ile sınırlı olacaktır. Daha sonra geçerli bir sebep de olsa ilk fesih sebebi değiştirilemeyecektir. Yargıtay yerleşmiş içtihatlarıyla eskiden beri aynı yönde hüküm kurmaktadır²⁸². Yargıtayın yeni tarihli kararlarında da bu görüşünü devam ettirdiği görülmektedir²⁸³.

3. Husumet

a) Genel Olarak

İşe iade davasında husumetin iş sözleşmesinin tarafı olan işverene yöneltileceği açıktır²⁸⁴. Bir işe iade davasında davanın tarafı olarak gösterilmiş olan işveren, davada hasım gösterilemeyeceğini, zira davacı işçinin işverenin kendisi olmadığını iddia ediyorsa, bu durum yalnız sigortalı işe giriş bildirgesine bakıldıktan sonra değil, şahitler dinlendikten, davacının fiilen çalıştığı işyeri ve işyerinin sahibi araştırıldıktan ve tüm deliller değerlendirildikten sonra

²⁸¹ Bkz. yukarıda 19. madde ile ilgili açıklamalar (§4.).

²⁸² Y9HD, 25.2.1981, E. 1981/282, K. 1981/2820, EKONOMİ Münir, Karar ve İncelemesi için bkz. İHU, İş K. 16 (No. 5).

²⁸³ Y9HD, 9.12.2004, E. 2004/11367, K. 2004/27384, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 361-362; Y9HD, 11.10.2004, E. 2004/10587, K. 2004/22804, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 364-365.

²⁸⁴ Yargıtay 5283 sayılı Kanun çerçevesinde Sağlık Bakanlığı’na devredilen bir hastane işyeri ile ilgili olarak verdiği bir kararda, devirden hemen önce iş sözleşmesi feshedilen işçinin, feshi yapan devreden kurum aleyhine açtığı davayı husumet yokluğu nedeniyle reddetmiştir. Karara göre “Mahkemece davalı kurum aleyhine açılan işe iade davasının kabulüne karar verilmişse de, işyeri davalı Sağlık Bakanlığı’na devredilmiş olup, davacının davalı kurumda çalışabileceği bir işyeri bulunmamaktadır. Bu durumda, davanın işyerinin devredildiği Sağlık Bakanlığı aleyhine açılması gerekirken davalı kurum aleyhine açılmış olması doğru değildir”. Y9HD, 18.1.2006, E. 2005/38057, K. 2006/518, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 10, 2006, 676. Ancak bu kararın tüm işyeri devirlerine genellenmesi hukuken mümkün değildir. Çünkü iş sözleşmesi çerçevesinde işçi, işyerine değil işverene bağlıdır. İşçinin çalıştığı işyerinin devredilmesi, onun iş sözleşmesinin devralan işverene geçmesini sağlamayacaktır. Bu bakımdan söz konusu Yargıtay kararındaki devir bir kanun çerçevesi ile değil de bir özel hukuk işlemi çerçevesinde olsa idi, işe iade davasının sözleşmeyi fesheden devreden işverene açılması gerekecekti.

belirlenecektir²⁸⁵.

İşK. m. 2/1’de, gerçek ve tüzel kişi işverenler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların da işveren oldukları belirtildiği için tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara da işe iade davası açılabilir.

İşK. m. 2/4’te tanımlanmış olan işveren vekilleri, işveren adına hareket etmekte ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev almaktadırlar. Ancak, bu kişilerin yaptıkları işlemlerde hukuki sorumlulukları bulunmadığı bu işlemlerden işveren sorumlu olduğu için, işe iade davasında işveren vekillerine husumet yöneltilememektedir.

b) Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Husumet

Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denilmektedir²⁸⁶.

Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı kanundan ve sözleşmeden doğan yükümlülükler içinde bulunmasına rağmen alt işverenin işçileri sadece alt işverene bağımlıdır. Asıl işverenin, alt işverenin işçisi ile arasındaki sözleşmeyi fesih hakkı bulunmadığı gibi, mahkeme tarafından işe iade kararı verilmesi halinde işçiyi işe başlatma hakkı da yoktur. İşK. m. 2 gereği asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır. Niteliği gereği bu sorumluluk parasal haklara ilişkindir. Bu demektir ki, alt işveren işçisinin açacağı işe iade davası sonucunda hükme bağlanan iş güvencesi tazminatı ve işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret, alt işveren ve asıl işverenin müteselsil sorumluluğu altındadır²⁸⁷.

İşe iade davasında husumet iş sözleşmesinin tarafı olan işverene yöneltmek zorunda

²⁸⁵ Y9HD, 13.11.2003, E. 2003/18903, K. 2003/19184, BİLGİLİ, İş Güvencesi, 140.

²⁸⁶ Asıl işveren, alt işveren kavramı hakkında bkz. ESENER Turhan, İş Hukuku, 3. bası, Ankara 1978, 78 vd; TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 35 vd; aynı yazar, Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 2, 2004, 363 vd.; GÜZEL Ali, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 1, 2004, 37 vd.; EKONOMİ, İş Hukuku, 53; ÇELİK, İş Hukuku, 45vd.; ALPAGUT Gülsevil, 4857 sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Ankara 2004, 16vd. (Alt İşveren).

²⁸⁷ Y9HD, 15.9.2005, E. 2005/26212, K. 2005/30041, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 61-62; aynı yönde, Y9HD, 17.10.2005, E. 2005/31132, K. 2005/33747, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 9, 2006, 244.

olduğu için dava alt işverene karşı açılmalıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında haklı olarak işçiyi işe iade edecek olan işverenin alt işveren olması sebebiyle işe iade kararının asıl işveren aleyhine verilmesini doğru bulmamıştır²⁸⁸.

İşe iade davasının alt işverene açılması gerektiği konusunda bir şüphe bulunmamakla birlikte, bu davanın alt işverenle birlikte asıl işverene karşı da açılmasının gerekip gerekmediği meselesi önem taşımaktadır.

Öğretide bir görüş, işe iade davasının alt işveren ile birlikte asıl işverene de açılmasının zorunlu olmadığını, zira Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin işe iade davalarında iş güvencesi tazminatını ve işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretini miktar olarak belirtmeyip tespit hükmü olarak düzenlediğini belirtmektedir. Bu görüş, işe iadenin parasal sonuçlarının mahkeme kararlarında miktar olarak gösterilmiş olması halinde, asıl işverenin dava sonunda işçi lehine verilen parasal haklardan hükmen sorumlu olması için davada hasım gösterilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Ancak, Yargıtayın yerleşmiş içtihadı gereği hüküm miktar olarak belirtilmediği için, asıl işverenin davada hasım gösterilmesinin gerekmediğini, tespit niteliğindeki kararın cebri icra yolu ile takibinin mümkün olmadığını, işçinin haklarını almasının yeni bir alacak davası açmasına bağlı olduğunu, bu sebeple işe iade davasında önemli olanın alt işverenin hasım gösterilmesi olduğunu belirtmektedir²⁸⁹.

İşçinin işe iade davasında asıl işvereni de hasım göstermesinin zorunlu olmadığını ifade eden bu görüşe katılmaktayız. Ekleyelim ki, yargıç geçersiz feshin parasal sonuçlarını miktar olarak belirleseydi dahi, işçinin alt işverene ilamlı takip yoluyla başvurusu için yargıcın alacağın tahsiline karar vermesi gerekmekeydi. Kararda alacağın miktar olarak belirlenip tahsili yönünde hüküm kurulmaması halinde ise, işçi ilamsız takibe başvuracak, işverenin itirazı takibi durduracaktır. İşçi itirazın kaldırılması davası açtığında ise elindeki ilam İİK m. 68/a anlamında belge sayılacaktır. Yargıcın, alacağı miktar olarak belirlemediği durumda ise, işçinin ilamsız icraya başvurma veya alacak davası açma hakkı olacaktır. Buradaki ilamsız icranın, miktar belirlendiği takdirde gidilecek ilamsız icradan farkı, diğerinde miktar belirlenmiş olduğu için işçinin elindeki ilamın İİK m. 68/a anlamında belge sayılmasıdır. Miktar belirlenmeden hüküm kurulduğunda ise, itiraz yine takibi durduracak ama bu sefer işçi elinde İİK m. 68/a anlamında

²⁸⁸ Yargıtay, işçiyi işe iade edecek olan işverenin alt işveren olduğunu şu sözlerle ifade etmiştir: "...Ancak asıl işveren aleyhine işe iade kararı verilmesi doğru bulunmamıştır. Zira davacıyı işe iade edecek olan davacının çalıştığı işyerinin işvereni olan alt işverendir. Asıl işverenin kendi işyerinde işe başlatma mükellefiyeti olmadığı gibi alt işverene de davacıyı alt işverenin işyerinde işe başlatması için zorlama imkanı mevcut değildir". Y9HD, 15.3.2005, E. 2005/4783, K. 2005/8144, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 630; aynı yönde Y9HD, 16.12.2004, E. 2004/11757, K. 2004/28052, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 624 .

²⁸⁹ ŞAHLANAN Fevzi, Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, S. 300, Aralık 2004, 39 vd. (Alt İşveren); ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 35.

belge olmadığı için itirazın kaldırılması davasını değil, çok daha uzun süren itirazın iptali davasını açabilecektir. Sonuç olarak, Yargıtayın yerleşmiş içtihatları geçersiz feshin parasal sonuçlarının miktar olarak belirtilmeyeceği yönünde olduğu için, işçinin işe iade davasını alt işverene veya alt işverenle birlikte asıl işverene açması bir fark yaratmayacaktır.

Yargıtayın bu konuda dikkati çeken ve birbirinden farklı iki tip kararı bulunmaktadır.

Konuya ilişkin bir kararında, “*Asıl işveren alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Alt işverenin davaya dahili gerekir*” diyerek asıl işveren-alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğundan bahisle, asıl işverene açılan davanın alt işverene de yöneltilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁹⁰. Ancak, asıl işveren-alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır denildiği takdirde, alt işverene açılan davalarda, asıl işverenin de hasım gösterilmesi gerekecektir. Zorunlu dava arkadaşlığı, dava konusu olan hak birden fazla kişi arasında ortak olup da, bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde, tek bir karar verilmesi gereken hallerde bulunmaktadır²⁹¹ (HUMK m. 47). Burada dikkat edilmesi gereken husus, asıl işveren-alt işveren arasında geçersiz feshin parasal sonuçları bakımından müteselsil bir sorumluluğun olduğudur. Dava bir işe iade davasıdır. Alacak davası değildir. Bu sebeple, davanın muhakkak alt işverene açılması gerekmele birlikte, asıl işverene açılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak işçi dilerse davayı hem asıl hem alt işverene açabilir. Yani, asıl işveren alt işverenle birlikte geçersiz feshin parasal sonuçlarından sorumlu olduğu için işçi işe iade davasında feshin geçersizliği ve işe iade ile geçersiz feshin parasal sonuçları bakımından alt işvereni, sadece geçersiz feshin parasal sonuçları bakımından ise asıl işvereni hasım gösterebilecektir. Asıl işveren işçiyi işe iade etmek istese, işçi de kabul etse, arada yeni bir iş ilişkisi kurulmuş olacak ve alt işveren sorumluluktan kurtulamayacaktır. Alt işveren işçiyi işe başlatmazsa iş güvencesi tazminatı ödeyecektir. Bu demektir ki, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde zorunlu dava arkadaşlığı değil, ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır²⁹².

Yargıtay bir diğer kararında ise haklı olarak feshin geçersizliği ve işe iade davasında husumetin alt işveren yanında asıl işverene de yöneltilebileceğine karar vermekte, davada hem

²⁹⁰ Yargıtayın söz konusu kararına göre, “Dosya içeriğinden işyerinin taşeron Tam Sofra Organizasyon San. Tic. AŞ.’ye alt işveren olarak devredildiği adı geçen alt işveren ile davalı Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğü arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu anlaşıldığından dava dışı adı geçen alt işverenin davaya dahil edilip delillerin toplanması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir”. Y9HD, 11.7.2005, E. 2005/18089, K. 2005/24781, ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 1. bası, Ankara 2006, 65 (Üçlü İlişkiler).

²⁹¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 572.

²⁹² Dava konusu hak veya borç ortak ise (örneğin müteselsil borçlular), ortak bir işlem var ve birden fazla kişi lehine bir hak taahhüt edilmişse veya dava aynı sebepten doğmuşsa, bu kişiler davalarını birlikte açmak zorunda olmamalarına rağmen birlikte dava açmaları da mümkündür. Bu kişiler arasındaki ilişkiye ihtiyari dava arkadaşlığı denilmektedir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, 579-581.

asıl hem alt işveren davalı olarak gösterilmişse, işe iadeye ilişkin hükmün alt işveren hakkında kurulacağını, geçersiz feshin parasal sonuçlarından ise davalıların müştereken sorumlu olacağını belirtmektedir²⁹³. Ancak Yargıtay bu durumun, fesih anında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığına bağlı olduğunu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bitiminin ardından, işçinin asıl işvereni davada hasım gösteremeyeceğini ifade etmektedir²⁹⁴.

İşçinin davayı sadece alt işverene açtığı ihtimalde de, işçinin geçersiz feshin sonuçları bakımından hem asıl hem de alt işverene başvurma imkanı bulunmaktadır. Yani işçi iki işvereni için de ilamsız takip yapabilecek veya alacak davası açabilecektir. Hukukun genel ilkelerinden olan “hakkında dava açılmayan kişi aleyhine hüküm kurulmasının mümkün olmaması” kuralı ve buna ilişkin Yargıtay içtihatları²⁹⁵, işçinin hakkını asıl işverenden de talep edebilmesi için bizi işe iade davasının asıl işverene de açılması neticesine götürüyor gibi gözükse de, burada kanundan doğan bir sorumluluk söz konusudur. İşK m. 2 gereği, asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Bu sebeple, işe iade davasını sadece alt işverene açmış olan işçi, geçersiz feshin parasal sonuçlarını hem asıl hem alt işvereninden isteyebilecektir. Bu anlamda sadece alt işverene karşı açılmış bir işe iade davasında verilen karar, parasal hükümleri bakımından ileride asıl işveren bakımından da bağlayıcı olacaktır. Ancak bu bağlayıcılık teknik anlamda olmayıp, tespit anlamındadır. Açıkçası işçi işe iadenin parasal sonuçları bakımından ileride asıl işverene karşı yargı yollarına başvurduğunda, işçinin alt işverene açmış olduğu işe iade davasının geçersiz feshin parasal sonuçlarına ilişkin kısmı, asıl işveren bakımından da de bağlayıcı olacaktır.

Davanın sadece alt işverene açılmış olduğu ihtimalde, Medeni Usul Hukukunun önemli kurumlarından olan davanın ihbarı (HUMK m. 49-52) müessesesi ile davanın asıl işverene de ihbar edilmesi yoluna gidilebilecektir²⁹⁶. Böylelikle, alt işverenin işçiyi işe başlatmıyorum demesi halinde, iş güvencesi tazminatı ve işçinin çalıştırılmadığı süre ücretinden alt işverenle

²⁹³ Yargıtay sözü edilen kararında, “Davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğu ve davacı işçi davalı V. Gıda İnş. Sanayi Tic. Ltd. Şti.’nin işçisi olduğuna göre işe iadeye ilişkin hükmün bu davalı hakkında kurulması işe başlatmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ile davacının çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücretinin ise davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekir” şeklinde hüküm kurmuştur. Y9HD, 19.12.2005, E. 2005/36962, K. 2005/40027, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 10, 671-672.

²⁹⁴ Yargıtay tarafından belirtildiği üzere, “Taşeronluk sözleşmesi sona erdikten sonra iş sözleşmesi feshedilmiş işe işe iade davası asıl işveren hakkında açılamaz”. Y9HD, 17.2.2005, E. 2005/3257, K. 2005/4494, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 629-630.

²⁹⁵ “Hakkında dava açılmayan kişi aleyhine hüküm kurulması mümkün değildir”. Y9HD, 13.5.2004, E. 2004/469, K. 2004/11635, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 739.

²⁹⁶ Davanın ihbarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, 605 vd.

birlikte müteselsil sorumlu olan asıl işverenin davadan haberdar edilmesi sağlanmış olacaktır. Bu noktada davanın ihbar edilmemiş olmasına bir sonuç bağlanıp bağlanmayacağı üzerinde durulmalıdır. Davanın ihbarı müessesesinin usul hukuku ve maddi hukuk bakımından iki amacı bulunmaktadır. Usul hukuku bakımından amacı, dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişinin davaya katılarak davayı ihbar eden tarafa yardım etmesinin sağlanmasıdır. Maddi hukuk bakımından amacı ise, davayı ihbar eden tarafın, davayı kaybetmesi halinde üçüncü kişiye karşı açacağı rücu davasında hakkını daha emin biçimde ileri sürebilmesidir²⁹⁷. Davanın ihbarı müessesinin amaçlarına bakıldığında görülecektir ki, bu kurum ihbar edilen kişi değil, davaya taraf olan kişi yararınadır. Bu anlamda, alt işverenin işe iade davasını asıl işverene ihbar etmemesine bir sonuç bağlanamayacaktır. HUMK m. 49, "...davayı ihbar edebilir..." demekte, herhangi bir zorunluluk getirmemektedir. Burada denilebilir ki, işçi, işe iade davasında asıl işvereni davalı göstererek ulaşabileceği hukuki duruma, dava açmadan, ancak davanın ihbarı kurumunu işleterek ulaşabilecektir.

İşe iade davası açacak olan işçinin, asıl işveren-alt işveren olarak bildiği kişiler arasında nasıl bir ilişkinin olduğunu veya bu ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığını tespit edemediği zamanlarda, davada husumetin kime yöneltileceği önem taşıyacaktır. İşvereni olarak bildiği ve kendisine ücretini veren alt işverene husumet yöneltten işçi, arada muvazaa olduğunun tespit edilmesi halinde baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığının anlaşıldığı takdirde ise, muvazaanın varlığı düşüncesiyle dava sadece asıl işverene açılmışsa, alt işveren yönünden hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması riski bulunmaktadır. Bu noktada, işçinin dava açma süresini kaçırmaması davanın her iki işverene karşı birlikte açılmasıyla önlenilebilecektir²⁹⁸.

Belirtilmelidir ki, işçinin işe başlatılmadığı tarihte asıl işveren-alt işveren ilişkisi bitmişse, feshe bağlı parasal haklardan asıl işverenin sorumluluğu düşünülemeyecektir. Zira, işe iade kararı ve işçinin süresi içinde işe başlamak üzere işverene başvurusu halinde, kural olarak önceki fesih hiç yapılmamış gibi sayılmakta ve işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak kabul edilmektedir²⁹⁹.

Davanın alt işverene açılması gerekmeyle birlikte, asıl işveren-alt işveren arasında muvazaalı iş ilişkisinin olduğu durumlarda, yani aslında işçilerin asıl işverenin işçisi olmasına rağmen alt işverenin işçisi gibi gösterildiği hallerde işçiler baştan itibaren asıl işverenin işçisi

²⁹⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 605.

²⁹⁸ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 36.

²⁹⁹ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 41.

sayıldıkları için (İşK m. 2/son), husumet asıl işverene yöneltilecektir. Yargıtay aynı yöndeki bir kararında, “... Dosya içeriğine göre davacı gibi bir çok işçi davalı ... A.Ş. işçisi iken 2002 yılından başlayarak işçilik hizmeti teminine yönelik sözleşme yapılan taşeron işçisi olarak kayıtlarda gösterildikleri, işçilerin hangi taşeron işçisi olduklarını dahi bilmedikleri, asıl işverenin işçileri ile birlikte aynı üretim içinde çalıştıkları, asıl işverenin üye sendikasının Toplu İş Sözleşmesi yetkisini almaması için bu yollara başvurduğu, davalılar arasında muvazaalı işlem olduğu ve feshin sendikal nedenlerle gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Davalı ... A.Ş. gerçek ve asıl işveren olup, muvazaa olgusu nedeniyle diğer davalının işverenlik sıfatı bulunmadığına göre, kabul hükmünün davalı ... A.Ş. hakkında kurulması gerekir. Diğer davalı hakkındaki davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmelidir”³⁰⁰ diyerek husumetin sadece asıl işverene yöneltilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

c) Geçici İş İlişkisinde Husumet

İşverenin, iş sözleşmesine göre istihdam ettiği işçisini devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle geçici bir süre çalıştırılmak üzere başka bir işverene devretmesi halinde geçici iş ilişkisi kurulmaktadır. Bu ilişki sonucu, sürekli işverenle işçi arasındaki iş ilişkisi sona ermemekte, devam etmektedir. İşK. m. 7/1’de yer alan “Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber” ibaresi bu durumun kanıtıdır³⁰¹.

İşçi iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini geçici işverene (ödünç alan) karşı yerine getirecektir. Ancak işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hak ve yetkileri sürekli işverene aittir. Keza, geçici iş ilişkisi içerisinde iş sözleşmesi sürekli işveren tarafından sona

³⁰⁰ Y9HD, 21.2.2005, E. 2004/32690, K. 2005/5762, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 622; Yargıtay aynı yönde başka bir kararında da durumu şu şekilde açıklamıştır:

“Davalı üst birliğe ait SS 980 nolu Kavaklıdere Üzüm Satış Kooperatifinde Müdür olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin davalı işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve iş güvencesi tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, ‘davacının tüzel kişiliği olan, SS 980 nolu Kavaklıdere Üzüm Satış Kooperatifi çalışanı olduğu, davalı birliğin davalı sıfatı bulunmadığı’ gerekçesi ile davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacı, davalı Birlik tarafından işe alınmış ve en son olarak kararda geçen ve tüzel kişiliği olan SS 980 nolu Kavaklıdere Üzüm Satış Kooperatifine davalı tarafından müdür olarak atanmıştır. İş Sözleşmesi de burada çalışırken, davalı üst birlik tarafından feshedilmiştir. Somut bu maddi olgulara göre davacının görevlendirildiği Kooperatifin tüzel kişiliğinin olması, üst birlik olan davalının işvereni olduğu sıfatını kaldırmaz. Davalı üst birlik, davacının asıl işverenidir. Davanın esasına girilerek, feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Yazılı şekilde husumetten reddi hatalı bulunmuştur”, Y9HD, 7.3.2005, E. 2005/5124, K. 2005/7481, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 757; aynı yönde diğer bir karar için bkz. Y9HD, 21.2.2005, E. 2004/32666, K. 2005/5738, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, 2005, 694.

³⁰¹ SÜZEK, İş Hukuku, 231; ÇELİK, İş Hukuku, 94; AKYİĞİT Ercan, Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, 83 vd.; EKMEKÇİ Ömer, 4857 sayılı İş Kanununda Geçici İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 2, 2004, 372 (Geçici İş İlişkisi); ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 162.

erdirilen işçinin açacağı işe iade davasında husumet, sürekli işverene yöneltilecektir³⁰².

Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda geçici iş ilişkisi bulunan işyerlerinde yanlış hasma açılan davaların reddedilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmaktadır:

“Davacıyı işe alma, işten çıkarma, ücretini ödeme konusunda Denizli İl Özel İdare Müdürlüğünün yetkili olduğu, davalı bakanlık tarafından davacıya herhangi bir işçilik bedelin ödenmediği gibi, Bakanlığın İl Özel İdare Müdürlüğüne de herhangi bir işçilik bedeli ödemediği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının anılan kurumun işçisi olduğu, Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü emrinde geçici olarak görevlendirildiği sonucu ortaya çıkmaktadır...Davacı işçinin Denizli İl Özel İdaresi işçisi olduğu bilinmesine rağmen davalı Bayındırlık Bakanlığı hasım gösterilerek dava açılması mümkün değildir”³⁰³.

İşçinin açacağı feshin geçersizliği ve işe iade davasında, çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ile iş güvencesi tazminatından sürekli işveren sorumlu olacak, geçici işverenin sorumluluğu bulunmayacaktır³⁰⁴.

d) Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklarda Husumet

Kural olarak yalnız gerçek ve tüzel kişilerin taraf ehliyeti bulunmaktadır. Tüzel kişiliği olmayan topluluklar ile kurum ve kuruluşlara karşı açılan davalarda davanın konusu paradan başka bir şey ise, husumet bu yapıları oluşturan tüm gerçek kişilere (örneğin adi şirkette ortaklara/miras ortaklığında mirasçılara) karşı hep birlikte, davanın konusu para ise, müteselsil sorumluluk kuralları dahilinde bu kişilere dava açılabilir³⁰⁵.

SenK. m. 2’de, “...İşveren: İşçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarına denilir” şeklinde belirtilmiştir. Burada tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarına da kişilik tanınmasının sebebi bakanlıklar gibi tüzel kişiliği olmayan ve bu sebeple davada hasım gösterilme imkanı bulunmayan kamu kuruluşlarına da sorumluluk yüklemek ve davada hasım gösterilmelerini sağlamaktır.

İş Kanununa baktığımızda ise, tüzel kişiliği olmayan topluluklar eski kanun döneminde işveren olarak sayılmamaktaydı. İşK. m. 2/1’de, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da işveren olarak tanımlanmıştır. Bu sebeple, tüzel kişiliği olmayan topluluklar, işe iade davasında hasım gösterilebileceklerdir. Zira, bunun aksini kabul ettiğimizde, getirilen yeni hükmün hukuki

³⁰² EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, 376.

³⁰³ Y9HD, 10.1.2005, E. 2004/14466, K. 2005/422, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 277-278.

³⁰⁴ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 162; aksi kanaatte UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 79; aynı yazar, Seminer Notları, 161-162.

³⁰⁵ KURU/ASLAN /YILMAZ, 266-268.

bir etkisi olmadığı sonucuna varılacaktır. Ancak, tüzel kişiliği olmayan toplulukların da işe iade davasında husumete ehil sayılacak olmalarının uygulamada sıkıntı doğuracağı kanısındayız. Zira, dava neticelendiğinde, tüzel kişiliği olmayan topluluğa nasıl icra takibi yapılacağı, tebligatın hangi adrese yollanacağı, sürenin ne zaman başlayacağı, davayı kimin yürüteceği gibi sorunlar ortaya çıkacaktır.

4. Görevli ve Yetkili Mahkeme

a) Görevli Mahkeme

Görev, belirli bir davaya o yerdeki mahkemelerden hangisi tarafından bakılacağını belirtmektedir³⁰⁶. İşK.na göre, “iş sözleşmesi feshedilen işçi ... iş mahkemesinde dava açabilecektir” (m. 20/1). Kanunda bu hükme yer verilmemiş olsaydı da, İşMahK. m. 1 uyarınca, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıklar ile ilgili olarak genel görevli mahkeme olan iş mahkemeleri görevli olacaktır. İşMahK. m. 1 uyarınca, iş mahkemelerinin olmadığı yerlerde ise bu davalara, o yerde görevlendirilecek mahkeme bakacaktır³⁰⁷.

Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu kurala değinmiştir: Yargıtay’a göre, “*Somut olayda davanın açıldığı 19.6.2003 tarihinde Büyükçekmece İlçesi, İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde değildir. Bu nedenle Bakırköy İş Mahkemelerinin Büyükçekmece ilçesi ile ilgili yargı yetkisi, Büyükçekmece ilçesinin 5216 sayılı Kanunla İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırları içine alındığı 23.7.2004 tarihinden itibaren başlamıştır. Bu durumda anılan kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan söz konusu davaya Hakimler ve Savcılar Kurulunun yukarıda sözü edilen kararı uyarınca Büyükçekmece 1. Asliye (İş) Hukuk Mahkemesinin bakması gerekir*”³⁰⁸.

b) Yetkili Mahkeme

Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirlemektedir³⁰⁹. Yetkili mahkeme, İş Kanununun fesih bildirimine itiraz usulüne ilişkin 20. maddesinde bir düzenleme bulunmadığından genel düzenleme çerçevesinde tespit edilecektir.

³⁰⁶ KURU/ASLAN/YILMAZ, 129.

³⁰⁷ İş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesine açılan dava, “iş mahkemesi” sıfatıyla açılmalıdır. Ancak, iş mahkemesi sıfatıyla açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremeyecektir. Asliye hukuk mahkemesi ara kararı ile davaya iş mahkemesi sıfatıyla baktığını belirterek davaya devam edecektir. GÜNAY, İş Hukuku, 154.

³⁰⁸ Y9HD, 3.2.2005, E. 2005/1042, K. 2005/3099, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 752.

³⁰⁹ KURU/ASLAN/YILMAZ, 160.

İşMahK.'u m. 5'de, davanın hukuk usulündeki genel yetki kuralı olan dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı yer mahkemesinde bakılabileceği gibi; işçinin uyuşmazlık konusu işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabileceğini düzenlemiş ve bunlara aykırı sözleşmelerin muteber sayılamayacağını kabul etmiştir³¹⁰.

Yetkili mahkemenin tespitine ilişkin bir Yargıtay kararında bu husus açıklığa kavuşturulmuştur ve *“İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesine göre, iş mahkemelerinde açılacak dava açıldığı tarihte dava olunanın ikametgahı sayılan yer mahkemesinde (Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde) bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Somut olayda davacının çalıştığı işyeri Karapınar ilçesi yargı çevresine girmektedir. Bu nedenle Karapınar Asliye Hukuk (İş) mahkemesi davaya bakmaya yetkilidir. İşin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yetkisizlik kararı verilmesi hatalıdır”*³¹¹ sonucuna varılmıştır.

Tüzel kişi işverenlerde tüzel kişiliğin merkezinin olduğu yer ve tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlarda bu toplulukların merkezinin olduğu yer mahkemeleri işverenin ikametgahı mahkemesi kabul edilir. Dolayısıyla, davalı tüzel kişiliğin veya tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşun ikametgahı mahkemesi olan toplulukların merkezindeki yer mahkemesi yetkili mahkeme olacaktır³¹².

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinden doğan davalarda ise, HUMK m. 9/2'de yer alan, “davalının birden fazla olması durumunda, dava bunlardan birinin ikametgahı mahkemesinde açılabilir” hükmü gereği, asıl işveren ve alt işverenin kanundan doğan müşterek müteselsil sorumluluğu sebebiyle davalı birden fazla bulunmakta ve dava bu işverenlerden herhangi birinin ikametgahının olduğu yer mahkemesinde açılabilmektedir³¹³.

³¹⁰ Yargıtay bir kararında “...5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ‘İş mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri yer mahkemesinde de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz’. Öngörülen bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup, emredici kural olduğundan uyuşmazlığa bu yer mahkemeleri dışında başka mahkemede bakılamaz...” diyerek yetkiye ilişkin kuralların kamu düzeninden olduğunu yinelemiştir. (Y9HD, 10.1.2005, E. 2004/25289, K. 2005/114, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 736).

³¹¹ Y9HD, 3.3.2005, E. 2005/4075, K. 2005/7178, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 733; Yargıtay aynı yönde başka bir kararında, “... somut uyuşmazlıkta feshin geçersizliğini isteyen davacı işçinin, davalı işverenin Karadeniz Bölgesinde satış temsilcisi olarak işlerini yürüttüğü, bu bölgede merkez olarak Trabzon ilinin esas alındığı, başka bir anlatımla işin yapıldığı yerlerden olduğu anlaşılmaktadır. Dava işin yapıldığı yer mahkemesinde (Trabzon'da), yani yetkili mahkemede açıldığından işin esasına girilerek karar verilmesi gerekir...” diyerek hüküm kurmuştur. Y9HD, 14.3.2005, E. 2005/6024, K. 2005/8361, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 732.

³¹² UÇUM, Seminer Notları, 166.

³¹³ Y9HD, 28.4.2005, E. 2005/12685, K. 2005/14899, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 72-73.

5. Dava Açma Süresi

a) Genel Olarak

158 sayılı ILO Sözleşmesi, bir işçinin, hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmaması halinde, işçinin bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılacağını belirtmektedir (m. 8/3).

Öğretide, işyeri sendika temsilcileri için öngörülen “fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre içinde” iş mahkemesine başvurulmasına ilişkin düzenlemenin uygulamada sorun çıkarmayan bir süre olduğu ifade edilmek suretiyle, dava açmaya ilişkin sürenin bir ay olarak belirlenmesinin, genel feshe karşı koruma hükümleri yönünden de benimsenebileceği ifade edilmiş, 1992 yılında hazırlanan tasarıda da bu kural kabul edilmiştir³¹⁴.

İş Kanununda, “iş sözleşmesi feshedilen işçi, ... fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir” (m. 20/1) denilmek suretiyle Türk Hukukuna bir aylık dava açma süresi getirilmiştir. Bu süre 158 sayılı ILO Sözleşmesinde öngörülen “makul bir süre” olarak kabul edilmelidir³¹⁵.

İşçilerin işe iade davasını açmaları için belirlenmiş olan bir aylık sürenin, asıl işveren-alt işveren ilişkisi açısından irdelenmesinin uygulamada önem taşıdığı görülmektedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi içinde bulunan işçi, husumete ilişkin kısımda açıklandığı üzere³¹⁶, davasını alt işverene veya alt işverenle birlikte asıl işverene yöneltecektir. Ancak, asıl işveren-alt işveren arasında muvazaa olduğunun tespiti halinde, dava açma süresi alt işveren sıfatıyla sözleşmeyi fesheden kişinin fesih tarihinden değil, işçinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olması sebebiyle, asıl işverenin fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir aylık süreye bağlıdır. Nitekim Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, “Asıl-alt işveren arasında muvazaa bulunan bir durumda, alt işverenin sözleşmeyi feshettiğini bildirmesinin dava açma süresini başlatmayacağını, daha sonra bir tarihte, asıl işverenin işçiyi fiilen işe aldirmamasını, fesih tarihi olduğunu kabul etmiş ve dava açma süresinin, işçinin fiilen işe alınmadığı tarihte başladığına” hükmetmiştir³¹⁷.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa olmasına rağmen, alt işverenin işçisi olarak

³¹⁴ EKONOMİ, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 98; GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 37-38; aynı yazar, İş Güvencesi, 90.

³¹⁵ EKONOMİ, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 98; GÜZEL, İş Güvencesi, 90; aynı yazar, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 37-38; ÇELİK, İş Güvencesi, 41; aynı yazar, İş Hukuku, 213.

³¹⁶ Bkz., §5., 3., c).

³¹⁷ Y9HD, 8.7.2004, E. 2004/17097, K. 2004/17430, GÜNAY, Şerh 1, 652-653.

çalıştığını düşünen işçinin iş sözleşmesi feshedildiğinde, feshin geçersizliğine ilişkin davayı, işçinin alt işverene yöneltmesi sonucu uygulamada işçileri mağdur eden bir durum ortaya çıkmaktadır. Asıl işveren-alt işveren arasında muvazaa ortaya çıktığında, işçi baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağı için husumetin alt işverene değil asıl işverene yöneltilmesi gerekecektir. İşçinin bu durumdan habersiz olarak davayı alt işverene açması ve bir aylık dava açma süresinin geçmesi mümkün olduğu için, bu yanlış işçinin iş güvencesi hükümlerinden mahrum kalmasına neden olabilecektir³¹⁸.

Yargıtayın konuya ilişkin iki kararında iki farklı şekilde hüküm kurduğu görülmektedir.

Yargıtayın ilk kararında, *“Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi ve asıl işverenin işçisinin alt işverene devri sebebiyle aradaki ilişki baştan itibaren muvazaaya dayandığı için işçinin baştan itibaren asıl işverenin gerçek işçisi olduğuna, alt işveren olarak belirtilen işveren hakkında işe iadeye karar verilemeyeceğine, gerçek işveren yönünden ise bir aylık dava açma süresi gözetilmesi gerektiği”*³¹⁹ belirtilmiştir. Buna karşılık ikinci kararında Yargıtay işçi lehine yorum yapmış *“davanın yanlış hasım gösterilmek suretiyle açılması halinde davanın gerçek hasma yöneltmesi için davacı tarafa mehil verilmesi gerektiğini”*³²⁰ ifade etmiştir.

Kanaatimizce, işe iade davasında söz konusu olan bir aylık dava açma süresinin, İş Kanunu ve iş güvencesinin temel felsefesi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. İşçi, kural olarak ücretini ve sigortasını ödeyen, işle ilgili emir ile talimatları aldığı kişiyi işveren olarak bilmektedir. İşçinin asıl işveren-alt işveren arasında nasıl bir ilişkinin olduğunu her zaman tespit etmesi söz konusu olamayacaktır. Normal şartlar altında işçinin işvereni olarak gözüken ve işçinin kendi işvereni olarak bildiği kişiye karşı fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde davanın açılması gerekmektedir. Bu dava süresinde açılmış ve mahkeme devam ederken gerçek işverenin husumetin yöneltildiği kişi değil, bir başkası olduğu tespit edilmişse Yargıtayın yukarıda yer verilen kararında olduğu gibi işçiye davayı asıl davalıya yöneltebilmesi için mehil verilmesi uygun bir çözüm olacaktır. Aksi halde, muvazaaya dayanan ilişkinin muvazaanın taraflarına hak bahsetmesine göz yumulacaktır. Kaldı ki, iş güvencesi, işçinin en önemli hakları arasında olup, işçi lehine yorum esası üzerine kurulmuştur. Kendi hatasına dayanmayan sebeplerden dolayı gerçek işvereni bilememiş olan işçi için hak düşürücü sürenin geçmiş olduğunu kabul etmek, iş güvencesine getirilen hak düşürücü sürenin amacı dışında kullanılması anlamına gelecektir. Zira, işe iade davasının bir aylık hak düşürücü süre içinde açılması

³¹⁸ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 36-37.

³¹⁹ Y9HD, 12.12.2005, E. 2005/36137, K. 2005/39139, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 37.

³²⁰ Y9HD, 12.12.2005, E. 2005/34820, K. 2005/39197, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 37.

gerektiğine ilişkin düzenleme işçilerin mağdur olması için değil, bir an önce haklarına kavuşmalarının sağlanması için konulmuştur.

b) Dava Açma Süresinin Niteliği

Dava açma süresinin niteliğine ilişkin olarak verilen karar iş güvencesi sistemini temelden etkileyecek değerdedir. Zira, bu sürenin hak düşürücü süre olduğunun kabulü halinde, hak düşürücü sürenin durması veya kesilmesi mümkün olmadığı için, her ne suretle olursa olsun bu sürenin geçmesi halinde işçinin dava açma imkanı ortadan kalkmış sayılacak ve mahkeme sürenin geçmiş olduğunu resen dikkate alacaktır. Bu sürenin zamanaşımı süresi olduğunun kabul edilmesi halinde ise, zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi mümkün olabilecek ve taraflarca belirtilmedikçe mahkeme tarafından resen dikkate alınmayacak, böylece hak kaybı oluşmayacaktır³²¹.

İş Kanunu m. 20/1 gereğince, “iş sözleşmesi feshedilen işçi, ...fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir”. Öğretide bir görüş, kanunda “bir ay içinde dava açabilir” ifadesinin kullanılmış olması sebebiyle bu sürenin zamanaşımı süresi olduğu kanaati uyanıyorsa da, iş güvencesinin dayanağı olan 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 8/3. maddesinde, “...makul süre içinde yapılmadığı takdirde, işçinin bu hakkından vazgeçmiş” sayılacağına düzenlenmiş olması ve iş güvencesinin amacı düşünüldüğünde, bu sürenin hak düşürücü süre olarak kabulünün gerektiğini ifade etmektedir³²².

Öğretide diğer bir yazar ise bu sürenin hak düşürücü olduğuna katılmakla birlikte, yukarıda sözü edilen görüşe katılmadığını ifade etmektedir. Yazar, “bir ay içinde dava açabilir” ifadesinin yalnızca işçinin dava açmaya zorlanamayacağı ile ilgisi olduğunu, yoksa açabilir ifadesinin süreye ilişkin olarak anlaşılamayacağını ifade etmekte ve sürenin kısa tutulduğunu, kısa sürelerin kural olarak hak düşürücü olduğunu, işe iade davasının bir an önce bitirilmesinin işçi, işveren ve işletme için en hayırlısı olduğunu, bu sebeplerle dava açma süresine ilişkin bir aylık sürenin hak düşürücü olarak kabulünün gerektiğini belirtmiştir³²³.

Bizce dava açma süresi hak düşürücü bir süre olarak kabul edilmelidir³²⁴. Süresi içinde

³²¹ OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku, 4. bası, İstanbul 2005, 464.

³²² ALP, Feshe Karşı Koruma, 19.

³²³ ÖZEKES, İşe İade, 483.

³²⁴ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 14-15; TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 163; aynı yazar, Sona Erme, 123; GÜZEL, İş Güvencesi, 90; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 213; SÜZEK, İş Hukuku, 471; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 103; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 58-59; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 571; DEMİR, İş Güvencesi, 30; aynı yazar, İş Hukuku, 235; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 190; DEMİRCİOĞLU, 93; ALP, Feshe Karşı Koruma, 19; GÜNAY, İş Hukuku, 465; ÖZEKES, İşe İade, 483; UÇUM, Sürenin Başlangıcı, 1303vd.; aynı yazar, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 74.

dava açmayan veya özel hakeme başvurmayan işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir. Dava açma süresi, iş sözleşmesinin devamlılığını amaçlayan iş güvencesinin gerçekleşebilmesi için kısa tutulmuştur. Görülen o ki, bu süre içinde davanın açılmaması halinde hakkın telafisi olmayacak ve bu koşulun varlığı hakim tarafından resen gözetilecektir. Yargıtay da kararlarında bu sürenin hak düşürücü süre olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmektedir³²⁵.

c) Dava Açma Süresinin Başlangıcı

aa) Sözlü Fesihlerde

Fesih bildiriminin yazılı yapılması gerekmesine rağmen, işverenler her zaman kanuna uygun hareket etmemektedir. İşverenlerin sözlü fesih yapmaları halinde öğretide dava açma süresinin ne zaman başlayacağı farklı şekillerde değerlendirilmektedir. Bu farklılığın temelinde, dava açma süresinin “fesih bildiriminin tebliğinden itibaren” başlayacağının düzenlenmiş olması yatmaktadır.

Öğretide bir görüş, tebliği usul hukuku anlamında bir tebliğ olarak değerlendirip, işveren tarafından yazılı bir bildirim olmadan fesih gerçekleşmişse, işçi için kural olarak dava açma süresinin işlemeye başlamayacağını, ancak işçinin feshi öğrendiği açık şekilde belgelenabiliyorsa, fesih tarihi olarak o tarihin esas alınması gerektiğini belirtmektedir³²⁶.

Öğretide katıldığımız görüş ise, işverence yapılan fesih bildiriminin işçiye ulaştığı anın bir aylık dava açma süresinin başladığı gün olarak kabul edileceğini ifade etmektedir³²⁷.

Dava açma süresinin başlaması için gerekli olan bildirimin işçiye tebliği şartının İş Kanunun 19. maddesindeki işverenin fesih bildirimini yazılı yapmak zorunda olduğuna ilişkin düzenlemesi ile birlikte okunması gerektiğini düşünmekteyiz. Tebliğden söz edilmiş olması m.

³²⁵ “Bir aylık dava açma süresi hak düşürücü süre olup, resen dikkate alınması gerekir. **Rapor hak düşürücü süreyi kesmez.** Fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarih itibarıyla bir aylık dava açma süresi geçmiş olduğundan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, raporun bittiği tarihten itibaren dava açma süresinin başlatılarak işin esasına girilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. Y9HD, 3.10.2005, E. 2005/29661, K. 2005/32158, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 9, 2006, 289; aynı yönde, Y9HD, 21.5.2005, E. 2005/1765, K. 2005/5836, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 287.

³²⁶ ÖZEKES Muhammet, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 134 (İşe İade); DEMİR, İş Hukuku, 235; aynı yazar, Geçerli Sebep Fesih, 494; aynı yönde, ÇİL Şahin, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2004, 313 .

³²⁷ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 163; aynı yazar, Yeni Düzenleme, 44; ULUCAN, İş Güvencesi, 76; EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 55; ÇELİK, İş Güvencesi, 40; aynı yazar, İş Hukuku, 214; SÜZEK, İş Hukuku, 472; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 35; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 103; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 59; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2005, 588; TUNCAY, İşe İade, 535; aynı yazar, İş Güvencesi Yasası, 9; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunun Karşısında Yargı, 135; ALPAGUT, İş Güvencesi, 239; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 197; GÜNAY, İş Hukuku, 464-743; UZUN, Yeni İş Yasası Semineri, 83.

19'daki fesih bildiriminin yazılı olması gerektiği şeklindeki düzenlemenin gereğidir. Yukarıda açıklandığı üzere iş güvencesi kapsamında fesihlerin yazılılığı ispat değil, bir geçerlilik şartıdır³²⁸. Buradan hareketle işçinin iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, bunu yazılı olarak işçiye bildirmeli, yani tebliğ etmelidir. Teknik hukuk bakımından tebliğ, dava ile ilgili kişilerin davaya ilişkin bir işlemi öğrenebilmesi için, kural olarak PTT İdaresi tarafından yapılan bir belgeleme işlemidir³²⁹. Dava açma süresine ilişkin olarak, tebliğden itibaren bir aylık sürenin belirtilmiş olması ise usul hukuku anlamında tebliğ olarak değerlendirilmemelidir. İşveren işçinin iş sözleşmesini sözlü olarak feshetmişse de, bildirimden itibaren bir aylık dava açma süresi başlayacaktır.

Fesih tek taraflı bir irade beyanıdır ve yapılmakla tüm hukuki sonuçlarını doğurur. Feshin yazılı yapılmamış olmasının sonucu sadece feshin iş güvencesi bağlamında geçerli fesih sayılamayacağıdır, ancak dava açma süresini etkilemeyecektir. Aksi halde, yani, fesih bildiriminin yazılı yapılması beklendiği vakit, dava açma süresi çok uzayacak, yazılı bildirim yapılmadığı takdirde ise hiç başlamayacaktır, ki bunun kabulü mümkün değildir.

Yargıtay da bu kabulü destekler nitelikte olarak verdiği kararlarında, Yargıtayın eylemli fesih şeklinde ifade ettiği üzere işverenin feshi yazılı olarak yapmayıp sözlü olarak feshettiği durumlarda, dava açma süresinin sözlü olarak bildirildikten sonra başladığını kabul etmektedir³³⁰. Sözlü fesih tarihi her türlü yazılı veya sözlü delille ispatlanabilecektir.

Ayrıca belirtilmelidir ki, iş sözleşmesinin feshedildiğinin işçiye bildirilmesine rağmen bu bildirimi işçinin almaması ve almadığına ilişkin tutanak tutularak aynı gün noterden de fesih bildirimi gönderilmesi halinde, fesih iradesinin bildirimin yapılarak tutanağın tutulduğu gün yapılmış olması sebebiyle, dava açma süresi o tarihten itibaren başlayacaktır³³¹.

bb) Haklı Nedenle ve Bildirimli Öneli Verilerek Yapılan Fesihlerde

Dava açma süresinin başlangıcının, işverenin haklı nedenle veya bildirim öneli vererek yaptığı fesihlere göre değişip değişmeyeceği öğretide görüş farklılıklarına sebep olmuş konulardandır. İşverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak bildirimsiz feshetmesi halinde sorun bulunmamaktadır. Zira, işçinin sözleşmesi fesihle birlikte geriye dönüşü mümkün olmayacak şekilde sona erdirilmekte, bundan böyle işçinin işverenle ilişkisi kesilmektedir.

³²⁸ Bkz. §4., III., 2.

³²⁹ KURU/ASLAN/YILMAZ, 900-901.

³³⁰ Y9HD, 11.9.2003, E. 2003/14676, K. 2003/14287, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 197'de dn. 20.

³³¹ Y9HD, 15.9.2005, E. 2005/23353, K. 2005/30059, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 9, 2006, 273.

Yukarıda açıkladığımız üzere, kanunda tebliğ denmesine rağmen bu teknik anlamda bir tebliğ anlamına gelmemekte ve bildirim sözlü de olsa işçinin iş sözleşmesinin feshedildiğini öğrenmesinden itibaren dava açma süresi işlemeye başlamaktadır.

İşverenin işçinin iş sözleşmesini bildirimli fesihle sona erdirmesi halinde ise durum değişebilecektir. İşçi peşin ödeme yoluyla bildirim ücretini almadıysa, sözleşmesinin feshedildiğini öğrenmesine rağmen bildirim süresi boyunca çalışmaya devam edecektir. Bu durumda, bir aylık dava açma süresinin fesih bildiriminin işçiye tebliği tarihinden mi, yoksa sözleşmenin tamamen ortadan kalktığı yani işçinin işyerinden hukuken ve fiilen ayrıldığı tarihten itibaren mi başlayacağı konusu, üzerinde düşünmeye değerdir.

Öğretideki bir görüş, kanundaki düzenlemeye bağlı kalındığında, işçinin davayı ihbar süresinin sonunda değil, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde açmak zorunda olduğunun anlaşıldığını; fakat böyle bir sonucun isabetli olmayacağını, zira, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi devam ederken işçinin işveren aleyhine dava açmasının sorunlara yol açabileceğini ifade etmektedir. Bu sebeple, aynı görüş dava açma süresinin iş sözleşmesinin hukuken sona ereceği ihbar süresinin bitiminden itibaren; ihbar süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi halinde ise, Yargıtay içtihadı doğrultusunda, sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren başlaması gerektiğini belirtmektedir³³².

Öğretide aynı yöndeki diğer bir görüş ise, ülkemizde işe iade davalarının önel süresi içinde bitmesinin mümkün olmadığını, büyük şehirlerin merkezlerinden uzak yerlerde çalışan işçiler bakımından bildirim süresi boyunca günlük iki saat olan iş arama izninde işçinin iş aramasını ve avukata gitmesini beklemenin iş hukukunun işçiyi koruyucu amacıyla bağdaşmayacağını ve usul hukukuna göre dava açma hakkının sözleşmenin fiilen ve hukuken sona ermesinden sonra başlaması gerektiğini, bu sebeplerle, dava açma süresinin ihbar önelinin bitiminden itibaren bir ay olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir³³³.

Öğretide katıldığımız ve aynı zamanda hakim görüş³³⁴, fesih bildiriminin işçiye sözlü

³³² GÜZEL, İş Güvencesi, 90-91; feshin tüm sonuçlarıyla oluşmadan davanın açılmayacağı hakkında bkz. EKMEKÇİ, Tebliğlerin Değerlendirilmesi, 180; aynı yönde ve sözleşme devam ederken davanın açılmayacağı hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. UÇUM, Sürenin Başlangıcı, 1302 vd.; aynı yazar, Seminer Notları, 165; aynı yazar, İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları, Legal Hukuk Dergisi, S. 9, Eylül 2003, 2222 (Feshe İtiraz).

³³³ DEMİR, İş Hukuku, 234; aynı yazar, Geçerli Sebeple Fesih, 494.

³³⁴ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 163; aynı yazar, Yeni Düzenleme, 44; ULUCAN, İş Güvencesi, 76; EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 55; ÇELİK, İş Güvencesi, 40; aynı yazar, İş Hukuku, 214; SÜZEK, İş Hukuku, 472; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 35; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 103; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 59; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 588; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 197; GÜNAY, İş Hukuku, 464-743; TUNCAY, İşe İade, 535; aynı yazar, İş Güvencesi Yasası, 9; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunun Karşısında Yargı, 135; UZUN, Yeni İş Yasası Semineri, 83.

de olsa tebliği tarihini esas almaktadır. Dava açma süresinin başlangıcı, kanunda açıkça belirtildiği üzere fesih bildiriminin tebliği tarihidir, işçinin bildirim süresi boyunca çalıştırılması halinde, feshin hüküm doğuracağı tarih bildirim süresinin bitimi değildir. İhbar öneli içerisinde feshin geçersizliği mahkemece tespit edildiği takdirde, geçersiz bir neden veya sebepsiz yapılan fesih işlemi ortadan kalkacak ve iş sözleşmesi ara vermeksizin devam edecektir. Bu demektir ki, ihbar önelli fesihlerde dava açma süresi önel sonundan itibaren değil, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren başlayacaktır. Yargıtay da kararlarında bu görüş doğrultusunda hüküm kurmaktadır³³⁵.

Bildirim öneli verilerek yapılan fesihte, sözleşme bildirim süresinin sonuna kadar aynen devam eder. İşçi iş görme, işveren de ücret ödeme borcunu yerine getirmekle yükümlü olur. Feshin hukuki sonuçları bildirim önelinin sonunda devreye girer. Bu sebeple, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin devamı süresince, işçiden işveren aleyhine dava açmasını beklemek isabetli değil gibi gözükse de, sözleşmenin feshedilmesiyle işçi ile işveren arasındaki ilişki sona erdiği, işçinin yapmış olduğu feshi geri alması mümkün olmadığı için işçinin dava açma süresinin başladığı kabul edilmelidir. İşçinin ihbar öneli müddetince çalıştırılması, sözleşmesi sona eren işçi yerine bir kişinin alınması ya da yetiştirilmesi için işverene ve işçinin iş araması, aniden işsiz kalmaması için işçiye tanınmış bir müddettir. İş güvencesinde, “yargılamanın kısa sürede bitirilmesi” önemli ilkelerden olup, işçinin feshe karşı korunmasının temellerinden birini oluşturmaktadır. İş güvencesinin amacı, geçerli bir nedene dayanmadan işten çıkarılan işçinin en kısa zamanda işine dönmesinin sağlanmasıdır. İşçi de sözleşmesinin fesholdüğünü öğrenmesinden itibaren bir ay içinde dava açmalıdır ki, hakkına bir an önce kavuşsun veya durumu netlik kazansın.

Feshin yapılmakla sonuçlarını doğuracağı görüşünü destekleyen bir Yargıtay kararında, *“Dosya içeriğine, toplanan delillere göre, işverence tebliğ edilen fesih işlemi ile iş sözleşmesinin 1.10.2004 tarihinde ‘iş yoğunluğu değerlendirilmesi’ gerekçesi ile feshedildiği, akabinde iş sözleşmesinin 31.12.2004 tarihine kadar uzatıldığı ve feshin 31.12.2004 tarihinde gerçekleştiği anlaşılmaktadır. **Feshin 31.12.2004 tarihinde gerçekleşmesi, 1.10.2004 tarihindeki fesih bildirimini ortadan kaldırmaz...**Davalı işveren feshin geçerli nedene dayandığını kanıtlamış değildir. Mahkemece feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermesi yerindedir”*³³⁶ denilmek suretiyle dava açılması için fesih bildiriminin tebliğinin önemi vurgulanmıştır.

Öğretide bir görüş, davaların iki ay içinde sonuçlandırılması kuralı konarak, işine son

³³⁵ Y9HD, 11.12.2003, E. 2003/20424, K. 2003/20629. Karar ve incelemesi için bkz. TUNCAY, İşe İade, 533 vd.; Y9HD, 10.1.2005, E. 2004/22743, K. 2005/378, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 292.

³³⁶ Y9HD, 28.3.2005, E. 2005/7771, K. 2005/10084, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 381.

verilen işçiye bazı durumlarda işten daha ayrılmadan sıcağı sıcağına dava açma imkanının tanınmış olduğunu ifade etmiştir³³⁷. Bu demektir ki, iş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iade davası açacak, bildirim süresince çalışacak ve dava iki ay içinde sonuçlandırılınca, henüz bildirim süresi bitmemişse, işçi hala çalışıyor olduğu için işe iade kararı verilip işine döndüğünde, işçi ve işverenin düzeni bozulmadan, iş ilişkisi devam edecektir. Ancak Türk Hukuk uygulamasında bu beklentinin ne kadar yerinde olduğu tartışmaya açıktır. Zira, iş yükü böylesi ağırken, bildirim öneli içinde işe iade davasının sonuçlanması olağan değildir.

Davaların iki ay gibi bir sürede neticelenip, iş ilişkisinin kesintisiz devam edeceğinin mümkün olmasını güç görüyor olsak da, iş güvencesine ilişkin amaçların ve sonuçların bir an önce gerçekleşmesi için sözleşmenin sona erdirildiğinin işçiye tebliğinden itibaren bildirimli veya haklı fesih ayrımı olmadan dava açma süresinin işlemeye başladığı kabul edilmelidir.

cc) Askı Süresinde Yapılmış Fesihlerde

İşçinin ve işverenin kusuruna dayanmayan nedenlerle iş görme borcunun geçici olarak ifa edilemediği veya işverenin ifayı kabulünün geçici olarak imkansızlaştığı hallerde, bu durumun ortadan kalkmasına dek işçinin iş görme, işverenin ücret ödeme borcunun ve fesih hakkının ertelenmesine, iş sözleşmesinin askıya alınması denilmektedir³³⁸.

İş sözleşmesinin askıda olduğu (hastalık, ücretsiz izin dönemi, kısa süreli askerlik görevi, grev ve lokavt dönemi vb.) hallerde bir aylık dava açma süresinin ne zaman başlayacağı önem arz eden konulardandır. Askı süresi içinde işçiye iş sözleşmesinin feshedildiğinin bildirilmesi halinde işçinin dava açması için askı süresinin sonunu beklemesi mi gerekmektedir yoksa bildirimden itibaren bir ay içinde dava açması mı gerekecektir, soruları üzerinde durulmalıdır.

Öğretide ve Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin askıda bulunduğu bir durumda bu sözleşme bildirimli olarak feshedilebilecek, ancak bildirim süreleri askı süresinin dolmasından itibaren başlayacaktır. Buna karşın haklı nedenle bildirimsiz fesihlerde ise, sözleşmenin askıda bulunması fark yaratmaksızın fesih iradesi karşı tarafa ulaşmakla sözleşme sona erecektir³³⁹.

³³⁷ TUNCAY, İşe İade, 536.

³³⁸ SÜZEK, Askı, 13-15; aynı yazar, İş Hukuku, 373 vd; DOĞAN YENİSEY Kübra, Hizmet Akitlerinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (Hizmet Akitlerinin Değiştirilmesi), 81; askı kavramına ilişkin farklı tanımlar için bkz. MOLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 449-450.

³³⁹ EKONOMİ, İş Hukuku, 221-222; ESENER, İş Hukuku, 629; SÜZEK, Askı, 91.

Bu durumda “İş sözleşmesi feshedilen işçi,...fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir” hükmünün yorumunda, belirtilen esasın dikkate alınıp alınmayacağı önem arz edecektir. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, örneğin kısa süreli hastalık halinde, fesih işlemi hastalık dönemi içinde yapılmışsa, işçinin iş sözleşmesinin feshi, istirahat süresinin bittiği günün ertesinde geçerlilik kazanacak, bir aylık dava açma süresi, istirahat süresinin yani “askı döneminin bitimini izleyen günden” itibaren işlemeye başlayacaktır³⁴⁰.

Yargıtay verdiği kararlarda İşK. m. 20’deki bir aylık dava açma süresinin, iş sözleşmesi askıda olsa dahi fesih bildirimden itibaren işleyeceğini kabul etmektedir. Örneğin Yargıtayın 28.11.2005 günlü kararına³⁴¹ konu olayda, fesih bildirimi davacı işçiye raporlu olduğu dönemde ulaşmış, yerel mahkeme işçinin altı aylık kıdemi ve bir aylık dava açma süresi bakımından bildirim tarihini değil, raporlu dönemin bittiği tarihi nazara almıştır. Buna karşın Yargıtay yerinde olarak, m. 20/1’e göre fesih bildirimine itiraz davasının fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde açılması gerektiğini belirtmiştir. Zira dava açma süresinin işçiye bildirildiği tarih değil de yazılı olarak tebliğ edildiği tarihten itibaren başlayacağının kabul edilmesi durumunda, fesih bildirimi yapılmamış veya fesih bildirimi tebliğ edilmemişse, davacının bir aylık dava açma süresi hiçbir şekilde başlamayacaktır. Dava açma hakkı her zaman mümkün olacaktır; ancak, bu kabul edilemez. Yargıtay, İş Kanununun anılan hükmünü, sözlü ya da yazılı fesih iradesinin işçiye “ulaştığı” tarihten itibaren bir ay olarak hesaplamaktadır. Kaldı ki Yargıtay, kararlılık kazanan uygulamasına göre, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde de fesih iradesinin işçiye ulaştığı tarihi esas almaktadır. Yargıtayın yerinde olarak kurmuş olduğu bu sistem, iş sözleşmesinin askıya alınmış olduğu dönemlerde de aynı şekilde işleyecek ve işçiye sözleşmesinin feshedildiğinin bildirildiği tarih, dava açma süresinin başlangıcı olacak, dava açmak için askı döneminin bitimi beklenmeyecektir.

Kanunda yer verilen askı hallerinden başka, iş sözleşmesi kural olarak tarafların karşılıklı anlaşması ile de askıya alınabilecektir³⁴². Sona erme tarihi belli olmayan bu şekilde bir ücretsiz izin (askı) durumunda, iş sözleşmesinin ne zaman sona ermiş/feshedilmiş kabul edileceği üzerinde durulmalıdır. İşverenin, işçiye iş sözleşmesini feshettiğini bildirmemesine karşın, ücretsiz izin dönemi içinde işverenin işçiyi uzun süre işe çağırmaması, askı işleminin

³⁴⁰ UÇUM, Seminer Notları, 165; aynı yazar, Feshe İtiraz, 2222.

³⁴¹ Y9HD, 28.11.2005, E. 2005/34667, K. 2005/37461, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 10, 2006, 663-664.

³⁴² SÜZEK, İş Hukuku, 383; aynı yazar, Askı, 46-47; DOĞAN YENİSEY, Hizmet Akitlerinin Değiştirilmesi, 81; EYRENCİ Öner, Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, 2001, S. 5, 42-43 (Ücretsiz İzinler).

geçici olmasının gerekmesi sebebiyle, işverenin feshi olarak kabul edilmelidir³⁴³. Bu gibi hallerde, işçinin somut olayın özelliklerine göre, işveren tarafından işe çağırılması gereken makul sürede işe çağırılmaması halinde, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmiş olduğu kabul edilecek ve işçinin dava açma süresi başlayacaktır. İşverenin askı süresi bitmesine rağmen sürenin belirli olduğu hallerde işçiyi işe çağırılmaması halinde ise, işçinin işe başlatılmaması sözleşmesinin feshedildiği anlamına gelmekte³⁴⁴ ve işçi fesihten itibaren bir ay içinde dava açma imkanına sahip bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay bir kararında, “Askıya alma tarafların kabulü ile yapılmış ve askıdan sonra işverence işçi işe alınmamışsa işe iade davasını açma süresi askıya alma tarihinde değil, işverence askı süresi sonunda işe başlatılmadığı tarihte başlar”³⁴⁵ demiştir.

dd) İleri Bir Tarihte Geçerli Olmak Üzere Yapılmış Fesihlerde

Uygulamada işverenlerin, işçilerinin iş sözleşmelerini, ileri bir tarihte geçerli olmak üzere feshettikleri görülmektedir. Buna göre, iş sözleşmesi işverenin belirlediği tarihe kadar devam etmekte, o tarihten itibaren ise, sözleşme fesholmakta ve bildirim süreleri başlamaktadır. İşverenlerin, işçiye bu şekilde bildirim yapmaları halinde, dava açma süresinin sözleşmenin ileri bir tarihte feshedileceğinin bildirildiği tarihten itibaren mi yoksa fesih bildiriminden sonra mı başlayacağı üzerinde durulmalıdır.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, “...Dosyada mevcut belge ve bilgilere ve özellikle davacının imzasını taşıyan “Fesih Bildirimine” göre, davacının hizmet akdinin 14.12.2003 tarihi itibarıyla feshedildiğinin 4.11.2003 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Dava ise, 13.1.2004 tarihinde açılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesinde, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile fesih

³⁴³ SÜZEK, İş Hukuku, 385.

³⁴⁴ Y9HD, 30.9.1998, E. 1998/11114, K. 1998/13801, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1999, 15; Eyrenci bu durumda işverenin alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılacağı görüşündedir. EYRENCİ, Ücretsiz İzinler, 47-48.

³⁴⁵ Y9HD, 13.1.2005, E. 2005/282, K. 2005/1046, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 294-295; aynı yönde, “Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi davalı belediye tarafından tek taraflı olarak 14.4.2004 tarihinde askıya alınmıştır. Davalı işverence ibraz edilen kayıtlara göre, işyerinde, önceki yıllarda da bazı işçilerin iş sözleşmelerinin bir süre askıya alındığına dair bir uygulama bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı askı halinin uzun sürmesi üzerine 9.8.2004 tarihli ihtarname ile yedi gün içerisinde işe çağırılmasını ve uğradığı zararların karşılanmasını istemiş, davalı işveren 17.8.2004 tarihli cevabı ihtarname ile davacının talebini kabul etmediğini belirtmiştir.

İş Kanununda iş sözleşmesinin işverence tek taraflı olarak askıya alınabileceğini öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle işverenin sözleşmeyi tek taraflı olarak askıya alması Dairemizce fesih olarak kabul edilmektedir. Ancak somut olayda iş akdi işverence askıya alınmış, davacı bu askı süresince işe çağırılmayı beklemiş, işe çağırılmaması üzerine davalıya ihtarname göndererek iş başı yaptırılmasını istemiştir...askıya alma iradeleri birleşmiştir. Davalı işveren askıya almanın fesih olduğunu ve bu nedenle dava açma süresinin askıya alma tarihinden itibaren başlaması gerektiğini ileri sürmüş ve mahkemece davalının bu savunması yerinde görülmüş ise de, işverenin askıya alma olarak açıkladığı iradesi üzerine davacının işyerinde önceki uygulamaları da dikkate alarak beklediği ve çektiği ihtarnameden sonra iş sözleşmesinin sona erdiğini öğrendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda sözleşmenin davacının ihtarname ile işverene verdiği sürenin sonunda feshedildiğinin ve bu tarih itibarıyla davanın bir aylık sürenin sonunda açıldığının kabulü gerekir...” Y9HD, 20.12.2004, E. 2004/32205, K. 2004/28466, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 296-297.

bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir” denilmektedir. O halde, davanın süresinde açılıp açılmadığının tespitinde işçiye yapılan fesih bildiriminin tarihi nazara alınmalıdır. Buna göre, davanın bir aylık yasal süre içinde açılmadığı anlaşıldığından, bu nedenle reddi gerekirken, yazılı şekilde süresinde açıldığı kabul edilerek işin esasına girilmesi ve hüküm kurulması hatalıdır...”³⁴⁶, demiştir.

Yargıtay, iş sözleşmesinin 14.12.2003 tarihi itibarıyla feshedilmiş olduğunun bildirildiği 4.11.2003’den itibaren bir aylık süre içinde davanın açılması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtayın bu kararına katılmamızın mümkün olmadığını ifade etmemiz gerekmektedir. Zira, Yargıtay, bu kararıyla, fesih henüz gerçekleşmeden işçinin dava açmasının gerektiğini kabul etmekte ve kanuna aykırı düşmektedir. İşK m. 20/1, fesih bildiriminden bahsetmektedir. Oysa, olayda Yargıtayın fesih bildirimi olarak kabul ettiği bildirim, sözleşmenin ileri bir tarihten itibaren geçerli olmak üzere feshedilmiş olduğunun tebliğidir. Fesih, henüz yapılmamıştır. Olmayan bir fesih için işçinin dava açması da söz konusu olmayacaktır.

İleri bir tarihte geçerli olmak üzere yapılan fesihler ile bildirimli fesihlerde feshin hukuki sonuçları bildirimden sonraki bir tarihte başlayacağı için, dava açma süresinin başlangıcı bakımından ilk bakışta benzerlik gösterdikleri söylenebilecekse de arada önemli bir fark bulunmaktadır. Bildirimli fesihte kanun gereği, iş sözleşmesi bildirim süresinin sonunda sona ermekte ancak ortada “gerçekleşmiş” bir fesih bulunmaktadır. Sözleşmenin feshedildiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu sebeple, işçinin bildirim süresi içinde dava açması gerektiğinin kabul edileceğini, kanunun fesih bildiriminin tebliğini nazara aldığını ve bunun iş güvencesinin amacına da uygun olduğunu düşünmekteyiz. İleri bir tarihte geçerli olmak üzere yapılan fesihte ise, ortada henüz bir fesih bulunmadığı için, işçinin geçersiz bir fesih olduğunu iddia etmesi beklenemeyecek ve işçinin gerçek yani somut fesih bildiriminden itibaren dava açma süresi başlayacaktır.

b) Dava Açma Süresinin Hesaplanması

Bir aylık dava açma süresinin nasıl hesaplanacağı, ne İş Kanununun dava açma usulüne ilişkin 21. maddesinde ne de İşMahK.’da düzenlenmiştir. Bu sebeple, İşMahK. m. 15’de belirtildiği üzere, HUMK’a bakmamız gerekmektedir. Genel olarak dava açma süresinin düzenlendiği HUMK’un 161 ve 162. maddeleri, işe iade davasına ilişkin olarak da dava açma süresini belirlememizde yol gösterici olacaktır.

HUMK m. 161, sürenin gün olarak tâyin edilmiş olması halinde tefhim veya tebliğ

³⁴⁶ Y9HD, 8.7.2004, E. 2004/24391, K. 2004/23183, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 5, 2005, 306; aynı yönde, Y9HD, 8.7.2004, E. 2004/18502, K. 2004/18103, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 292

edildiği günün hesaba katılmadığını ve son günün tatil saatinde bittiğini, sürenin hafta veya ay olarak tâyin edilmiş olması halinde ise, sürenin başladığı güne son hafta veya ayda denk gelen günün tatil saatinde biteceğini düzenlemiştir. Sürenin ay nihayetine doğru başlayıp da bittiği ayın aynı günü yoksa süre bu ayın sonunda, bu suretle pazartesi günü başlamış olan süre devam eden haftanın pazartesi gününde ve ayın birinci günü başlayan süre devam eden ayın birinci gününde ve otuz bir Kânunuevvelde başlayan iki ay süre şubatın son gününde bitecektir.

Yargıtay bir kararında, sürelerin ay olarak belirtilmesi hallerinde hesaplamayı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 161/2 maddesi gereği “*sürelerin ay olarak tayin edildiği hallerde başladığı günü ayda karşılık gelen günün mesai saatinde biter*”³⁴⁷ hükmüne göre yapmak gerektiğini belirtmiştir.

HUMK m. 162’de ise, tatil günlerinin süreye dâhil olduğu, sürenin son günü tatile tesadüf ederse sürenin, tatilin ertesi günü son bulacağı hükmü yer almaktadır. İşe iade davasının görevli mahkemede açılması halinde bir aylık sürenin hesabı açısından nasıl bir yol izlenmesi gerektiği için de HUMK’a bakılması gerekecektir. Nitekim, Yargıtay konuya ilişkin bir davada bu yönde hüküm kurmuştur:

“...*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 193. maddesine göre görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren on gün içerisinde görevli mahkemeye başvurularak davaya devam olunabilir. Somut olayda, davacı işçinin dava dilekçesine görevsizlik kararını eklemek suretiyle hak düşürücü sürenin kesilmiş olduğundan açıkça söz etmesi HUMK’un anılan hükmü çerçevesinde görevli mahkemeye yapılan başvuru olarak değerlendirilmelidir*”³⁴⁸.

6. İspat Yüğü

a) Genel Olarak

Davanın sonucunu değiştirmede en önemli rolü ispat yükünün oynadığı kuşkusuzdur. Bu yol, dava açan kişi kadar davaya muhatap olan karşı taraf bakımından da önemlidir. Bilinmelidir ki, kendisine ispat yükü düşen taraf için bu bir yükümlölük (mükellefiyet) değil, sadece bir yüküdür (kölfttir). Kendisine ispat yükü düşen tarafın o olayı ispat edememesi halinde, karşı taraf (ve mahkeme) onu bu durumu ispat etmeye zorlayamayacak; olay, ispat edilememiş sayılacaktır. Örneğin, ispat yükü kendisine düşen ancak bu yükü yerine getiremeyen taraf, eğer davacı ise, davasını ispat edememiş olacak ve davası reddedilecektir³⁴⁹.

³⁴⁷ Y9HD, 25.4.2005, E. 2005/12289, K. 2005/ 14394, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 288.

³⁴⁸ Y9HD, 14.4.2005, E. 2005/11229, K. 2005/13350, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 730-731.

³⁴⁹ KURU/ASLAN/YILMAZ, 419.

Taraflar ispat yükünün kime düştüğünü dikkate almadan delillerini göstermişler ise hakim ispat yükünün kimde olduğunu araştırmaya gerek duymadan delilleri incelemesi gerekmektedir. Delillerin değerlendirilmesiyle dava hakkında hakim tam bir kanaate varamamış ise ispat yükünün kimde olduğu tespit edilecektir³⁵⁰.

Kural olarak, ilk önce ispat yükü mevcut durumdan kendi lehine haklar çıkarmak üzere dava açan kişiye, yani davacıya düşmektedir. Zira, Medeni Kanunumuza kaynak İsviçre Medeni Kanunu m. 8'e göre, bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran taraf, o vakıayı ispat etmelidir³⁵¹. MK m. 6'da da, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı maddi olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

b) İş Sözleşmesinin ve İşK. m. 18'deki Koşulların Varlığını İspat

İşe iade davası açan işçi, işverenle aralarında bir iş sözleşmesinin varlığını kendisi ispat edecektir³⁵². Zira, işçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesinin "yokluğunu" işverenin ispat etmesi mümkün değildir.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmiş olduğunu da bunları iddia eden işçinin ispat etmesi gerekecektir³⁵³. Kanunda dava açma süresinin fesih bildiriminden itibaren başlayacağı bildirilmiştir. Tebliğ ise yazılı olarak ispatı mümkün olan bir husustur. Yazılı olarak bir fesih yapılmadığı takdirde de her türlü delille ispatı mümkün olacaktır. Yargıtay bir kararında, "...Sözleşmenin davalı tarafından feshedildiğini iddia eden davacının bu iddiasını kanıtlaması gerekir"³⁵⁴ diyerek iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini işçinin ispatlayacağına hükmetmiştir.

İşçinin çalışmış olduğu yerin iş güvencesi kapsamında olduğunu kimin ispat edeceği konusunda ise farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, işyerinde otuz işçinin çalıştığını işçinin ispat edeceğini ifade etmektedir³⁵⁵. Öğretide katıldığımız görüş ise, işyerinde otuz ve üzerinde işçi çalıştığının değil, yirmidokuz ve altı işçi çalıştığının ispatlanacağını ve bunu işverenin yapacağını ifade etmektedir. Zira, işyerinde çalışan tüm kayıtlar işveren tarafından tutulmakta,

³⁵⁰ KURU/ASLAN/YILMAZ, 420.

³⁵¹ KURU/ASLAN/YILMAZ, 421.

³⁵² ALP, Feshe Karşı Koruma, 20; ÖZEKES MUHAMMET, İş Kanunun 20 ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama Ve İcra Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, 75. Yaşında Baki Kuruya Armağan, Ankara 2004, 490 (20 ve 21. Maddeler); KAR Bektaş, İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005, 1007 (İspat).

³⁵³ ALP, Feshe Karşı Koruma, 20; ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 490.

³⁵⁴ Y9HD, 30.12.2005, E. 2004/24866, K. 2005/1085, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 730.

³⁵⁵ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 4; aynı yazar, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 40; ALP, Feshe Karşı Koruma, 20; ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 490.

bu kayıtlara göre resmi makamlara vergi kesintisi ve bildirimi ile sigorta primi kesintisi yapılmakta ve işyerinde çalışan kişi sayısını en iyi işveren bilmektedir. Ancak işyerinde çalışan işçi sayısının daha düşük gösterilmesi halinde, aksi işçi tarafından her türlü delille ispatlanacaktır³⁵⁶.

İşyerinde çalışan işçi sayısını kimin ispat edeceği konusunda Almanya'da da görüş ayrılığı bulunmakta, ancak Alman Federal Mahkemesi ve öğretide çoğunluk ispat yükünün işçide olduğunu kabul etmektedir³⁵⁷.

İşçinin iş güvencesi kapsamında olmasına ilişkin koşulların varlığını ispat konusunda öğretide bir görüş ise, işçinin iş sözleşmesinin İş veya Basın İş Kanununa girdiğini, belirsiz süreli bir sözleşme olduğunu, işyerinde en az on (4773 sayılı Kanun döneminde) işçi çalıştığını ve asgari altı aylık kıdemi olduğunu işçinin ispatlayacağını belirtmekle birlikte, işçinin bu yönde göstereceği deliller ile aksini ispatlama yükünün işverene geçeceğini, bu yüzden, son şart olan işçinin yönetici konumundaki işveren vekili olduğu da dahil olmak üzere olumsuz, yani işçinin feshe karşı koruma kapsamına girmediği yönündeki vakıaları işverenin ispatlayacağını ifade etmektedir³⁵⁸.

Katıldığımız görüş ise, işçinin altı aylık kıdeminin işçi tarafından ispat edileceğini ifade etmektedir. İşçinin ispat için yazılı delil olarak Sosyal Sigortalar Kurumu sicil kaydını kullanacağını, Sosyal Sigortalar Kurumuna hizmetlerin eksik bildirilmesi ya da hiç bildirilmemesi halinde tanık ve diğer delillerin de ispat vasıtası olacağını belirtmektedir. İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmadığını ise işverenin ispat edeceğini, zira, normal olanın belirsiz süreli sözleşme ile çalışmak olduğunu, işverenin aksini iddia etmesi halinde ise ispat yükünün yer değiştireceğini ifade etmektedir³⁵⁹.

İşçinin İş veya Basın İş Kanununa tabi olmasının ispatının ise, işveren tarafından yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, normal olan işçinin İş Kanununa tabi olarak çalışmasıdır. İşveren, işe iade davası açmış olan işçinin İş veya Basın İş Kanunu kapsamına girmediğini iddia ediyorsa, bunu kendisi ispatlamalıdır.

Yargıtay iş sözleşmesinin işverence feshedildiği³⁶⁰, işyerinde çalışan işçi sayısının

³⁵⁶ ULUCAN, İş Güvencesi, 33; KAR, İspat, 1007.

³⁵⁷ EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 40'da dn. 70 ve burada adı geçen yazarlar.

³⁵⁸ ALP, Feshe Karşı Koruma, 20.

³⁵⁹ KAR, İspat Yükü, 1007.

³⁶⁰ Yargıtay “...Dosyada dava dilekçesine ekli olarak sunulduğu gibi davalının delilleri arasında ibraz ettiği 20.9.2004 günlü fesih sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmede akdın 20.9.2004 tarihinde karşılıklı anlaşma ve unsurlarında da mutabık kalınarak feshedildiği yazılıdır. Ancak, bu sözleşmede bulunan parafın davacıya ait olup

otuz³⁶¹, işçinin kıdem koşulunun altı ay³⁶² olduğu ve işveren vekilliği³⁶³ hususlarının açıklığa kavuşturulmaması halinde, mahkemece araştırılıp eksikliğin giderilmesi gerektiğine hükmetmekte, bunları adeta birer dava şartı gibi değerlendirmektedir. Bu demektir ki, Yargıtay, feshin geçersizliği ve işe iade davalarında eksikliklerin giderilmesi için yargıcın araştırma ilkesini kullanması gerektiği sonucuna varmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme Yargıçlarından bir Üye bu konuya ilişkin şu şekilde beyanda bulunmuştur: “...iş hukukunun hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri dikkate alındığında, işe iade davalarında kendiliğinden araştırma ilkesinin ağır bastığı görülür. Gerçekten, genel kural kapsamında iş sözleşmesi ile çalışma ve kanun ile işverene yüklenen feshin haklı veya geçerli nedenle gerçekleşmesi gibi, taraflarca hazırlama ilkesi kapsamında kalan olgular dışında, genelde kendiliğinden araştırma ilkesi söz konusudur”³⁶⁴.

Kural olarak, delillerin gösterilmesinde iki ilke bulunmaktadır. İlki, taraflarca getirilme ilkesidir. Buna göre, deliller taraflarca getirilir; hakim delillere kendiliğinden başvuramaz. İkincisi ise araştırma ilkesidir. Araştırma ilkesi, hakimin davanın ispatı için dava malzemesini teşkil eden vakıaları ve delilleri, taraflarla birlikte, kendisinin de görevinden ötürü toplayabilmesi anlamına gelmektedir. Bu ilke kamu düzenini ilgilendiren davalarda kullanılmaktadır³⁶⁵.

olmadığı anlaşılmamaktadır. Taraflara sorularak söz konusu fesih sözleşmesindeki imzanın davacıya ait olup olmadığı açıkça belirlenmeden eksik araştırma ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” diyerek hakimin bu hususları resen araştırması gerektiğini ifade etmiştir, Y9HD, 21.4.2005, E. 2005/10110, K. 2005/14008, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 354.

³⁶¹ İşçi sayısına ilişkin koşulun resen araştırılması gerektiğine ilişkin olarak Yargıtay, “Mahkemece fesih tarihinde fiilen işyerinde çalışan işçiler belirlenerek, otuz veya daha fazla işçi çalıştığı saptanması halinde işe iade kararı verilmelidir” şeklinde hüküm kurmuş, Y9HD, 26.1.2005, E. 2004/30907, K. 2005/1534, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 307; aynı yönde bir başka kararında ise “4857 sayılı Kanunun 18. maddesinde işyeri ve işletmede en az otuz işçi çalışması iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın temel koşuludur. Bu nedenle işyerinde SSK dönem bordroları ve fesih tarihindeki ücret bordroları mahkemece celbedilip sonuca göre karar verilmelidir” diyerek durumu ifade etmiştir, Y9HD, 24.2.2005, E. 2005/2227, K. 2005/6141, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 311.

³⁶² İşçinin kıdeminin altı ayı doldurduğunun resen araştırılması gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararında “...tarafların tanık ve diğer delilleri toplanıp davacının altı aylık kıdem koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği ve feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının açıkça belirlenmesi gerekirken mahkemenin eksik inceleme ile yazılı şekilde karar vermesi hatalıdır” denilmiştir, Y9HD, 26.1.2005, E. 2004/29376, K. 2005/1502, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 299; aynı yönde, Y9HD, 22.4.2004, E. 2004/3504, K. 2005/6628, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 300.

³⁶³ İş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşullarından biri olan işveren vekili olmama şartının yerel mahkeme aşamasında resen incelenmesi gerektiği bir Yargıtay kararında şu sözlerle ifade edilmiştir: “İşçi-işveren vekili ayrımının belirlenmesi bakımından İş Kanununun 2. maddesinde belirtilen unsurların tek tek irdelenmesi, ayrıca işletme-işyeri kavramlarının somut uyumsuzluk için araştırılması gerekir”, Y9HD, 5.10.2004, E. 2004/4886, K. 2004/18831, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 341; aynı yönde, Y9HD, 5.4.2005, E. 2005/1134, K. 2005/12174, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 339.

³⁶⁴ KAR, İspat Yüğü, 1011-1012.

³⁶⁵ ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM Kamil/ YILDIRIM DEREN Nevhis, Medeni Usul Hukuk Esasları, 5. bası, İstanbul 2005, 203; BECKER-EBERHARD, (Çev. Kamil Yıldırım), Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, (Der. Kamil Yıldırım), 2. bası, İstanbul 2001, 18-19.

Yargıtayın feshin geçersizliği ve işe iade davalarında araştırma ilkesini kullanması, işe iade davalarının kamu düzeninden olduğuna ve işe iade isteğinden ibraname ile feragatin mümkün olmadığına³⁶⁶ ilişkin kararları ile açıklanabilecektir³⁶⁷. Usul hukukuna göre; kamu düzenine ilişkin kurallar, mahkemece davanın her safhasında görülür ve mahkeme görevli olup olmadığını resen (kendiliğinden) inceler³⁶⁸.

Yargıtayın işe iade davalarını kamu düzeninden sayması, iş hukukunun temeli olan işçinin korunması ve iş güvencesi amacının bir neticesidir. Ancak, İşK. m. 18’de belirtilmiş olan işçi ve işyerine ilişkin koşulları adeta mutlak emredici yorumlamak anlamına gelen tarafların delil getirmelerinin yanında yargıcın görevinden ötürü delilleri toplayabildiği araştırma ilkesini zorunlu tutması, işçinin korunması ve iş güvencesi amaçları ile örtüşmemektedir. Zira, araştırma ilkesi vardır denildiğinde, yerel mahkemede işverenin koşulların oluşmadığına ilişkin bir itirazı olmadığı için sonuçlandırılan işe iade davası, Yargıtayın sözü edilen koşulların varlığının araştırılmadan hüküm kurulmasının hatalı olduğuna ilişkin kararları ile karşılaşmaktadır. Bu da, iş hukukunun işçiyi koruma ilkesine ve iş güvencesinin amacına uymayacaktır. Bu bağlamda, işverenin itirazı olmadığı hallerde, Yargıtayın mahkemece İşK. m. 18’de düzenlenmiş olan işçi ve işyerine ilişkin iş güvencesi koşullarının resen araştırılmasına ilişkin kararlarını³⁶⁹ değiştirmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtayın mahkemenin resen araştırma ilkesinin varlığını kabul etmediği ihtimalde, bu koşullara ilişkin olarak işçi ve işveren tarafından bir iddia bulunmazsa, bu koşulların var olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

c) Sözleşmenin Fesih Usulünde İspat

aa) Feshin Yazılı Olması ve Savunma Alma

İş Kanununun 20. maddesinde belirtildiği üzere, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile dava açabilecektir. Bu davada feshin geçerli bir sebebe dayandığını işveren ispatlayacaktır.

20. maddeyi destekler nitelikte olan 19. madde, fesih bildiriminin yazılı yapılması, fesih sebebinin açık ve kesin şekilde belirtilmesi ile işçinin hakkındaki iddialara karşı savunmasının alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu iki madde birlikte yorumlandığında, şekle ilişkin şartların varlığının işveren tarafından ispatlanacağı görülmektedir. Bu şartlar yukarıda ilgili bölümlerde

³⁶⁶ Y9HD, 23.12.2004, E. 2004/16670, K. 2004/29135, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 747.

³⁶⁷ Y9HD, 11.10.2004, E. 2004/15783, K. 2004/22807, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 738.

³⁶⁸ KURU/ASLAN/YILMAZ, 151.

³⁶⁹ Y9HD, 4.10.2004, E. 2004/21879, K. 2004/21304, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 305.

açıkladığımız üzere geçerlilik şartlarıdır³⁷⁰.

İşe iade davasında, feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükü altında olan işveren ilk olarak feshin şekil şartlarına uygun olarak yapıldığını, yani fesih bildirimi yaptığını, bu bildirimde açık ve kesin bir sebep sunduğunu yazılı fesih bildirimini ibraz etmek suretiyle ispatlayacaktır. Kanunun gerektirdiği durumlarda fesih bildiriminden önce işçinin savunmasının alınıp alınmadığını da işveren ispat edecektir³⁷¹. Zira, savunma alma da şekli koşullardandır ve işçinin savunma alınmadığını, yani bir şeyin “yokluğunu” ispat etmesi mümkün değildir.

bb) Fesih Sebebinin Geçerliliği

aaa) Genel Olarak

MK m. 6, genel olarak ispat yükünün kimde olacağını düzenlemiştir. Buna göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandığı olguların varlığını ispat etmesi gerekmektedir. Ancak istisnai hallerde, ispat yükü bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran tarafa değil, o vakıa aleyhine olan tarafa aittir. Bu istisnalar üç tanedir. Bunlar, normal durumun aksini iddia etme, kanuni ve fiili karineler ve kanunla özel olarak belirlenmiş durumlardır.

158 sayılı ILO Sözleşmesinde, ispat yükümü özel olarak düzenlenmiştir. Sözleşme, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde geçerli bir nedenin bulunup bulunmadığına ilişkin ispat yükü konusunda, sözleşmeyi onaylayan ülkelere iki seçenek sunmuştur (m. 9/2). Birincisi, geçerli bir nedenin bulunduğunu ispat yükünün işverene ait olmasıdır. Diğeri ise, bu sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen mercilerin taraflarca getirilen kanıtlar ve ulusal mevzuat ve uygulamaların öngördüğü usuller çerçevesinde son verme nedeni üzerinde bir sonuca varmaya yetkili kılınmalarıdır.

4773 ve 4857 sayılı İş Kanunlarında da iş güvencesinin etkinliğinin sağlanması amacıyla, 158 sayılı ILO Sözleşmeye uygun olarak ilk seçenek tercih edilmiş ve genel kuraldan vazgeçilerek ispat yükü yer değiştirmiş, feshin geçerli bir sebeple yapıldığının ispatı işverene yüklenmiştir (İşK. m. 20/1).

İş güvencesinden önceki dönemde işveren belirsiz süreli iş sözleşmelerini bildirim sürelerine uymak suretiyle her zaman sona erdirebiliyordu. Medeni Kanuna göre asıl olan

³⁷⁰ Bkz., §4.

³⁷¹ SUBAŞI İbrahim, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı ile Sendikal Tazminat İlişkisi (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 4, 2005, 194 (Sendikal Tazminat); ÖZDEMİR Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 296; KAR, İspat, 1008-1009; UÇUM, Seminer Notları, 166.

iyiniyet olduğu için de, işverenin kötüniyetli olduğunu iddia eden işçinin bunu ispat etmesi gerekiyordu. İş güvencesi sistemi ile fesih serbestisi ortadan kalktıktan sonra ise, işveren ancak geçerli bir nedenin varlığı halinde sözleşmeyi feshedebilecektir. İş ilişkisinin devamlılığının asıl olduğu iş güvencesi sisteminde, olağan durumun aksini iddia eden kişi işveren olduğu için geçerli nedenin bulunmadığının ispatı işverene yüklenmiş ve ispat yükü yerinde olarak yer değiştirmiştir³⁷².

Öğretide bir görüş³⁷³ kanunun ispat yükü konusunda kabul ettiği 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 9. maddesinin a fıkrası yerine, Fransız Hukukunda benimsenmiş olan b fıkrasının tercih edilmesinin daha isabetli olacağını ifade etmektedir. Bu durumda, feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı hususu, yargıcın tarafların sundukları delillere göre oluşacak kanaatine bırakılarak iki tarafın da ispat yükü bulunmayacaktır.

Bize göre, işçinin geçerli bir neden olmadan işten çıkartılmasının önlenmesi için getirilmiş olan iş güvencesi sisteminde, geçerli bir neden bulunduğunu ve bu sebeple sözleşmeyi feshettiğini ispatla yükümlü olacak kişi işveren olmalıdır. Zira, geçerli nedenin ispatını tarafların sunduğu delillere göre yargıcın kararına bıraktığımız vakit, işçinin geçerli bir neden olmadığına ilişkin delil sunması gerekecektir ki, olmayan bir şeyin ispatı mümkün değildir.

bbb) İşçinin Feshin Başka Bir Nedene Dayandığını İddia Etmesi

aaaa) Genel Olarak

4773 sayılı Kanunun Tasarısında, ispat yükünün işverende olduğu belirtilmekle beraber, işverenin sözleşmeyi başka sebepten feshettiğini iddia etmesi halinde, işçinin bu iddiasını ispatla yükümlü tutulacağı düzenlenmişti. Ancak, bu hüküm 4773 sayılı Kanunla yasalaşan metne alınmamıştı.

4857 sayılı Kanunda, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükünün işverene ait olduğu belirtildikten sonra, “İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür” (m. 20/2) denilerek 4773 sayılı Kanuna göre yeni bir düzenleme getirilmiştir.

³⁷² GÜZEL, İş Güvencesi, 95; SÜZEK, İş Hukuku, 477; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 564; ALPAGUT, ispat yükünün yer değiştirmiş olmasının, 158 Sayılı ILO Sözleşmesinin 9. maddesindeki esasa uygun düştüğünü ve Avrupa Birliğine üye ülkelerde (Almanya, İtalya, İsveç, Belçika, Portekiz, İngiltere) de genel olarak benimsenen bir kural olduğunu belirtmiştir. ALPAGUT Gülsevil, Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözümler Semineri 2001 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, 100 (Feshe Karşı Koruma).

³⁷³ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 589.

Öğretide bir görüş, işverenin iş sözleşmesinin feshi sırasında işçiye sunduğu sebebi mahkemede ispat etmesi durumunda, işçinin başka bir fesih nedeninin olduğunu iddia ve ispat etmesinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir³⁷⁴.

Öğretide diğer bir görüş ise, işverenin fesih nedeninin geçerliliğini ispatlaması halinde, işçinin başka bir sebep bulunduğunu iddia ve ispat etmesinin gereksiz olacağına ilişkin görüşün isabet derecesinin tartışmalı olduğunu ifade etmektedir³⁷⁵. İşverenin ileri sürüp ispatladığı bir sebebe karşı olarak, işçi de feshin aslında başka bir sebepten yapıldığını iddia ve ispat edebilecek, son aşamada yargıç delillere göre bir karara varabilecektir. Bununla birlikte, işverenin fesih sırasında geçerli bir sebep olarak bildirdiği nedenden farklı olarak, işçinin bir karşı iddia ileri sürmesi ve bunu ispat yükümü altında olması, işverenin ispat yükünün ortadan kalktığı anlamına gelmeyecektir. İşveren bu halde de iddiasını ispat etmelidir. İşçi de işveren de kendi iddialarını ispatlamaya çalışacak, mahkeme tarafların iddia ve savunmalarına göre bir sonuca varacaktır³⁷⁶.

Mahkeme önüne gelindiğinde, feshin geçerli bir sebeple yapıldığını iddia eden işveren ile başka bir sebeple yapıldığını iddia eden işçi, delillerini ortaya koyacaklardır. Yargıç, delillerin tümünü inceleyecek ve bir neticeye varacaktır. İşverenin feshin geçerli sebebe dayandığını mahkeme önünde ispatlaması ise, işçinin delillerinin yeterli olmadığı anlamına gelecektir.

Feshin işverence ispat edilememesi durumunda işçinin başka bir sebebin varlığını ispat etmesinin İş Kanunun 18. maddesinin 3. fıkrasının (a) ve (b)'deki temsilcilik veya sendikacılık faaliyetlerine ilişkin sebepler dışında diğer geçerli sebeplerin ispatı bakımından bir farkı bulunmamaktadır³⁷⁷.

İşçi, feshin işverenin sunduğu sebep dolayısıyla değil, başka bir sebeple feshedildiğine ilişkin gerçek fesih sebebini her türlü ispat aracıyla ispatlayabilecektir³⁷⁸. İşçi, işverenin Sosyal Sigortalar Kurumuna, İş Kurumuna, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Kurumuna yapmış olduğu bildirimleri delil olarak gösterebilecek, işyerinde çalışan kişilerin tanıklıklarına başvurulmasını talep edebilecektir³⁷⁹.

³⁷⁴ ÇELİK, İş Hukuku, 216-217; OKUR Zeki, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü, A. Can Tuncay'a Armağan, 762 (Sendikal Nedenle Fesih).

³⁷⁵ GÜZEL, İş Güvencesi, 97; ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 491.

³⁷⁶ UZUN, Yeni İş Yasası Semineri, 84.

³⁷⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 216-217.

³⁷⁸ ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 491-492; aynı yazar, İşe İade, 146; UÇUM, Seminer Notları, 167.

³⁷⁹ EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 40; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 95.

bbbb) Sendikal Nedenle Fesihte İspat

Yukarıda da belirtildiği üzere, İş Kanununa göre “...İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”³⁸⁰ (m. 20/2). İşçinin feshin başka nedene dayandığını iddia etmesi halinde, başka bir nedenin olduğunu ispat yükünün işçide olmasına ilişkin düzenlemenin, öğretide özellikle iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği hallerde yerinde olmadığı ifade edilmektedir³⁸¹. Öğretide bir görüş ise, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinin, fesih hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ve hukukta iyiniyetin asıl olması sebebiyle, kötünüyetin varlığını iddia edenin, yani işçinin, bunu ispat etmesinin genel hukuk ilkeleriyle uyumlu olduğunu belirtmektedir³⁸².

SenK. gereğince; Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanununa tabi işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçilerin sendika üyeliği ve sendikacılık faaliyetlerinden dolayı iş sözleşmesinin feshi iddiası ile açacakları davada ispat yükümlülüğü işverendedir (m. 31/7). Oysa, iş güvencesi kapsamı içinde olan işçilerin, sendikal nedenden ötürü işten çıkartılmaları halinde, ispat yükü işçidedir. Sendikal nedenden ötürü sözleşmesi feshedilen işçilerden iş güvencesi kapsamında olanlar için ispat yükünün işçide, iş güvencesi kapsamı dışında kalanlar için ise ispat yükünün işverende olması, iş güvencesinden yararlananlar ile yararlanmayanlar arasında farklılık yaratmakta, iş güvencesi kapsamı içinde kalanlar zor durumda bırakılmaktadır³⁸³.

Sendikal nedenle fesihte, iş güvencesi kapsamı içinde olanlar ile iş güvencesi dışında kalanlar arasında hiçbir haklı gerekçesi olmayan bu farklılığın Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu da söylenebilecektir. Bilindiği gibi, İşK. m. 5/1, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağını; İşK. m. 5/son ise, 20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçinin ispat etmekle yükümlü olduğunu, ancak, işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işverenin böyle bir ihlalin

³⁸⁰ Sendikal amaçla, iş sözleşmesinin fesholunduğu iddiasını ispat yükü davacı tarafa yani işçi tarafına aittir. Ancak, tanık ifadesi tek başına yeterli değildir. Y9HD, 9.3.2005, E. 2005/3551, K. 2005/7831, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 754.

³⁸¹ GÜZEL, İş Güvencesi, 96; “TBMM Genel Kurulu’nda söz konusu ibarenin madde metninden çıkarılması yönünde CHP milletvekilleri Oğuz Oyan ve arkadaşları tarafından verilen önerge kabul görmemiştir. Önerge gerekçesi şöyle açıklanmıştır: ‘Fıkranın ikinci cümlesine bakarsanız, işçi, feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdire, bu iddiasını ispatla yükümlüdür’ denilirken, işverene yüklenilen ispat yükümlülüğü işverenden alınıyor, işçiye yükleniyor ve madde işlemez hale geliyor. Bkz TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:22, Yasama Yılı:1, B: 13, 558”. GÜZEL, İş Güvencesi, 96’da dn. 229.

³⁸² ÖZDEMİR, 349.

³⁸³ GÜZEL, İş Güvencesi, 96-97; ÇELİK, İş Hukuku, 217; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 60; SÜZEK, İş Hukuku, 478; ÖZDEMİR, 349; SUBAŞI, Sendikal Tazminat, 196.

mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir.

İş güvencesi kapsamı dışında kalanlar ile kapsam içindekilerin sendikal nedenle fesihlerinde ispata ilişkin bu farklılık, İş Kanununun 20. maddesi ile 5. maddesinin birlikte değerlendirilmesi durumunda, sendikal nedenle fesihlerde ispat yükünün işçide olması problemine uygun bir çözüm bulunmuş olacaktır. Kural olarak mevcut durumun aksini iddia eden, yani sözleşmenin sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden işçinin, bu iddiasını ispatlaması gerekmektedir. Ancak, İşK. m. 5'te belirtildiği üzere, işçi böyle bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, ispat yükü yer değiştirir, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Eşit davranma ilkesine getirilen bu çözümün, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinin ispatında da kıyasen uygulanması uygun olacaktır³⁸⁴.

7. Yargılama

a) Yargılama Usulü

İş Mahkemeleri Kanunu, iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulünün uygulanacağını düzenlemişken, İş Kanunu, davaların bir an önce bitirilmesi amacıyla, iş sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlıkların seri muhakeme usulüne göre çözümleneceğini kabul etmiştir (m. 20/3).

Sözlü yargılama usulünün uygulandığı iş mahkemelerinde, cevap süreleri ilk duruşma gününe kadardır. Seri yargılama usulünde ise cevap süresi yedi günü ve replik ve düplik süreleri beş günü geçemez. Seri yargılama usulünde, yargıcın yargılamayı en yakın bir güne ertelemesi gerekir (HUMK m. 505), iki tarafın muvafakati dışında taraflara delillerini göstermeleri için ancak bir defa kesin süre verebilir (HUMK m. 504). Bu demektir ki, taraflar delillerini süresinde vermezler ise sonradan getirilen delilleri hakimın kabul zorunluluğu yoktur. Bu özellikle işverenlerin dikkat etmesi gereken bir kuraldır. Zira, ispat yükü kural olarak işverende olduğu için aksi halde hak kaybına yol açacaktır. Ancak, yeni elde edilen deliller elbette bu kapsamda olmayacaktır. Buradaki özel hükümler dışında (HUMK m. 501-506), yazılı yargılama usulü hakkındaki genel hükümler (HUMK m. 178 vd.), seri yargılama usulüne tabi işlerde de uygulanacaktır.

İşe iade davasına işçi bakımından basitliği sağlayan sözlü usulden ayrılarak usul hukukunda hemen hemen terk edilen bir yol olan seri yargılama usulünün getirilmesi, öğretide

³⁸⁴ OKUR Zeki, Sendikal Nedenle Fesih, 762-763; ÖZDEMİR, 349.

haklı olarak seri yargılama usulünün “seri” ifadesi dışında hiçbir serilik getirmediği şeklinde değerlendirilmekte³⁸⁵ ve bu usulün öngörölmüş olmasının hiçbir pratik yararının olmadığı ifade edilmektedir³⁸⁶.

b) Yargılama Süresi

İş Kanununda, feshin geçersiz sebeple yapıldığını iddia eden işçinin açtığı işe iade davası, iki ay içinde iş mahkemesince çözümlenecek (m. 20/3) ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay bir ay içinde uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlayacaktır. Böylece, davanın kısa sürede sonuçlanması hedeflenmekle birlikte, Yargıtayın denetimi ile de içtihat birliği sağlanmak istenmiştir³⁸⁷.

Öğretide bir görüş, iş mahkemesi kararlarına karşı Yüksek Mahkeme yolunun açık tutulması ve Yargıtayın bir ay içinde karar vermesi gerektiğine ilişkin düzenlemenin isabetli ve işlerliği temin edici olduğunu ileri sürmektedir. İşe iade davalarının kısa sürede sonuçlandırılmasının işçi kadar işverenin de menfaatine olduğunu, mahkemelerin bu sürelele uymalarını beklemenin iyimser bir beklenti olarak görölebilecek olmasına rağmen, TSGLK m. 60’da yorum davaları için düzenlenmiş olan iki aylık süre düzenlemesinin bu konuda örnek olacağını, oradaki iki aylık süreye de tam uyulmadığını, ancak bu davaların çok uzun bir süreye bırakılmadığını ve bu örneğin gözönünde tutulması gerektiğini belirtmektedir³⁸⁸.

Öte yandan Kanundaki bu düzenleme öğretide eleştirilmektedir. Buna göre, kanunda belirtilen bu süreler uygulamanın gerçekleriyle bağdaşmamakta, iş mahkemeleri ve Yargıtayın iş yükü gözönünde tutulduğunda bu sürelele uyulamamakta ve bu süreler doğrultusunda davanın karara çıkması neredeyse imkansız bulunmaktadır³⁸⁹. Sürelele ilişkin olarak ileri sürölen eleştirilerden biri de bu konuda önemli olanın çabuk karar vermenin mi yoksa doğru karar vermenin mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Gerçekten Kanunlara uygulanma kabiliyeti olmayan sürelele konulması ve yargı organlarının bu sürelele sanki hiç yokmuş gibi davranarak yargılamanın uzaması hukuka ve yargı organlarına duyulan güveni zedelemektedir³⁹⁰.

³⁸⁵ EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 137; GÜZEL, İş Güvencesi, 98.

³⁸⁶ ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 104.

³⁸⁷ TAŞKENT, Sona Erme, 123; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 163; ULUCAN, İş Güvencesi, 83.

³⁸⁸ EKONOMİ, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 98.

³⁸⁹ GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 39; aynı yazar, İş Güvencesi, 97; SÜZEK, İş Hukuku, 478; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 590.

³⁹⁰ ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 490; aynı yazar, İş İade, 144.

Belirtelim ki yukarıda ifade edildiği gibi, yargılama süresine ilişkin İşK. m. 20'deki düzenleme, Türk İş Hukuku mevzuatında ilk değildir. Özellikle Toplu İş Hukukuna dair 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarda bu şekilde sürelerle yer verilmiştir. Ancak iş mahkemelerinin iş yükü karşısında uygulamada bu davaların kanunda öngörülen sürelerde bitirilmesi mümkün olmamıştır. Örneğin yetki tespitine itiraz davalarının 2822 sayılı Kanun m. 15'te öngörülen sürede tamamlanamadığı, kanun koyucunun da bilgisi dahilindedir. Buna rağmen kanunda süreye ilişkin bir hüküm konulmasında amaç, mahkemeleri bu davalara daha duyarlı yaklaşmaya sevk etmekten daha önemli olarak, feshin geçersizliği halinde işçiye ödenecek çalıştırılmayan süre ücretinin sosyal gerekçelerle sınırlandırılmasında, buna süre yönünden bir dayanak oluşturmaktır. İşK. m. 20'dekinin aksine işe iade yargılaması hakkında belli bir süre öngörülmemiş olsaydı, geçersiz feshin sonuçları düzenlenirken çalıştırılmayan döneme ilişkin ücretin süre yönünden kısıtlanmasında, belirlenecek süre subjektif olarak tayin edilecekti. Bunun da kanun yapma tekniği ile bağdaşmadığı açıktır.

Sonuçta bu süre yargılamaya ilişkin bir süre olduğu için düzenleyici nitelikte olup, hak düşürücü nitelikte değildir. Mahkemenin bu süre geçtikten sonra vereceği karar elbette geçerlidir³⁹¹. Ancak süresinden sonra işlemin yapılmasında, düşük bir ihtimal de olsa hakimın kusuru bulunuyorsa, onun sorumluluğu doğabilecektir³⁹².

Bu noktada, kanunda düzenlenen sürelerle uyulmuyor olmasının, AİHS m. 6'da düzenlenmiş olan "Adil Yargılanma Hakkı" anlamında bir sorumluluk doğurup doğurmayacağı önem taşımaktadır. AİHS m. 6/1'de, "Herkesin, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahip olduğu" düzenlenmiştir.

Her olayın kendine has özellikleri olduğu için, yargılama süresinin makullüğünün tespitinde mutlak bir süre bulunmamaktadır. Mahkeme incelemeyi yaparken, üç kriter üzerinde durmalıdır. Bunlar, davanın karmaşıklığı, başvurucunun ve yetkili mercilerin tutumudur.

³⁹¹ "Nitekim 2822 sayılı TSGLK 12. maddesinin son fıkrasına göre, mahkeme bu itirazı 15 gün içinde sonuçlandırır. Mahkemece verilen karar...temyiz edilebilir. Yargıtayca bu talep, 15 gün içinde kesin karara bağlanır". Bu kanun kuralının mutlak şekilde bağlayıcı nitelikte yorumlanması doğru olmaz. Gerçekten kimi durumlarda yüzbinlerce işçiye ve çok sayıda sendikayı ilgilendiren tespitlere vaki itirazların 15 gün gibi kısa bir sürede sonuçlandırılmasının mümkün olmadığı, uygulamada sıkça görülmektedir. Gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesi için bilirkişi incelemesine gerek duyulan hallerde, yargılamanın uzunca bir süre devam etmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu bakımdan, anılan 12. maddede öngörülen sürelerin bir temenni biçiminde vaz olunduğunun kabulü, yasa koyucun amacına uygun düşecektir. HGK, 4.2.1998, 9/840-3 ABD 1998/3, 127-130. KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. bası, C. 5, Ankara 2001, 5454'te dn. 43b.

³⁹² KURU, C. 3, 5454; PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 2. bası, Ankara 2001, 167; GÜNAY, İş Hukuku, 465.

Davanın hukuki ve maddi tüm yönleri yargılamanın karmaşık olup olmadığının tespitinde önem taşımaktadır. Başvurucunun tutumu ile kastedilen, yargılamanın makul sürede bitirilmemesinde sorumluluğun başvurucuya değil, devlete ait olmasıdır. Yetkili mercilerin tutumu ise, devletin kendi idari ve yargısal organlarına atfedilebilecek gecikmelerden doğan sorumluluğudur. Yargılama makamları kendilerine düşen görevi yapmış olmalarına rağmen, yargıç açığı, siyasi ortam, milli hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı gibi nedenlerle yargılamanın makul bir süre içinde bitirilememesi halinde devletin sorumluluğu doğacaktır. Zira, devlet AİHS m. 6 gereklerinin yerine getirilmesini sağlayacak tüm tedbirleri almakla yükümlüdür³⁹³.

Bize göre, işe iade davaları için süre bakımından bu şekilde bir kayda yer verilmesinin gerekli değildir. Buna rağmen kanun koyucu böyle bir süre öngörüyorsa, süre aşıldığı takdirde devletin sorumluluğundan söz edilebilecektir. Ancak AİHS'in söz konusu hükmünde “makul” bir süreden bahsedildiği için işe iade davalarının dört aylık bu sürede tamamlanmamış olması, bize göre adil yargılanma hakkına hanel getirmeyecektir. İş mahkemesinde görülecek her davanın somut özelliklerinin diğerlerinden farklı olması ve yargılamanın sonuçlandırılmasında bir çok faktörün bulunması sebebiyle, işe iade davalarının yerel mahkemede iki ay Yargıtayda ise bir ayda tamamlanması ve davanın dört ayda bitirilmesi makul gözükmemektedir. Makul sürenin ne kadar olacağının tespiti için belirli bir incelemenin yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda mutlak bir sürenin “makul” olarak tespiti ve bu sürenin üzerinin adil yargılanma hakkına aykırı olduğunun kabul edilmesi doğru olmayacaktır. Her somut olayın özelliklerine göre, AİHS m. 6 çerçevesinde belirlenmiş olan kriterler değerlendirildikten sonra makul sürenin aşıldığı görülüyorsa devletin sorumluluğu doğacaktır.

c) Temyiz

İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesi; 5308 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile değiştirilmiş bulunmaktadır³⁹⁴. Sözü edilen değişiklik, 5328 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanununa paralel olarak yapılmıştır. Sözü edilen kanunla, Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması ve ilgili diğer hususlar düzenlenmiştir. Anılan Kanunun, Geçici 2. maddesinde, Adalet Bakanlığının, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren³⁹⁵ en geç iki yıl içinde 25'inci maddede öngörülen bölge adliye mahkemelerini kuracağı ve bunların kuruluşları,

³⁹³ İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 1. bası, İstanbul 2002, 356 vd.

³⁹⁴ RG., 18.3.2005, S. 25759.

³⁹⁵ Bu maddede yapılan değişiklik, 2.3.2005 tarih ve 5308 sK.'nın 3. maddesi uyarınca, “1.4.2005” tarihinde yürürlüğe girecek iken, anılan maddede 31.3.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi ile yapılan değişiklik ile “1.6.2005” tarihinde yürürlüğe girmiştir.

yargı çevreleri ve tüm yurttaki göreve başlayacakları tarihin, Resmi Gazetede ilan edileceği ifade edilmektedir. Sözü edilen mahkemelerin 1.6.2005’den itibaren iki yıl içinde kurulması öngörülmüş iken, halen bu yönde bir gelişme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesinde, sözü edilen Bölge Adliye Mahkemelerinin ve bunların kuruluşuna ilişkin kanuna paralel olarak yapılan değişiklik, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmamasına rağmen, Kanunun 8. maddesinde yapılan ve bu mahkemelerin kuruluş ve faaliyetine yönelik olarak yapılan değişiklikler de yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Buna göre, iş mahkemelerinden çıkan kararlara karşı istinaf ve temyiz yoluna gidilecektir.

Burada, Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması halinde, bu mahkemelerin işe iade davalarını ne şekilde etkileyeceği üzerinde durulması gerekmektedir. Zira, İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesinde, Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşuna ve işleyişine paralel değişiklikler yapılırken, işe iade davalarına ilişkin özel durumlar dikkate alınmamıştır. Bu nedenle, İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesiyle, 4857 sayılı Kanunun işe iade davasına ilişkin esasları düzenleyen bazı hükümleri arasında tam bir uyumun sağlanmadığı anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin olarak, İş Mahkemeleri Kanunun anılan hükmünde önemli eksiklikler bulunduğu görülmektedir.

Kanunun 8. maddesinde, değişiklikten önceki şeklinde, iş mahkemelerinin işe iade davasına ilişkin vereceği kararlar, iş mahkemesince verilen diğer kararlar gibi, kararın tefhiminden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilebilmekteydi. Anılan hükmünde değişiklik yapılırken, İstinaf Mahkemeleri dikkate alındığı için, yeni hükme göre, (İstinaf Mahkemeleri işlemeye başladığında) İş Mahkemelerinden verilen kararlara karşı doğrudan temyize gidilmesi mümkün olamayacaktır. Sözü edilen hükmün birinci fıkrasında, “İş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Şu kadar ki, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlar kesindir.” Hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır. Ancak, sözü edilen Mahkemeler henüz kurulmadığından ve faaliyet başlamadığından bu hükmün uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. 5308 sK. m. 1 ile değişik 8. maddenin ikinci fıkrasına göre, kanun yoluna ilişkin olarak, “İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüzüne karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür.” Daha sonra, üçüncü fıkrada ise, İstinaf Mahkemelerinin her türlü kararına karşı temyize gidilemeyeceği, “Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden

başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.” Biçiminde kaleme alınmıştır. Son olarak ise, kanun yoluna başvurulduktan sonra yargılamanın hangi süre içinde karar bağlanacağı, “Kanun yoluna başvuru kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayca iki ay içinde karara bağlanır.” Şeklinde ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, maddenin son fıkrasında, eski düzenlemeye olduğu gibi, Yargıtayın kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı bildirilmiştir.

Sözü edilen düzenlemelerin işe iade davalarının görülmesi bakımından nasıl bir etki yapacağının belirlenmesi gerekmektedir. Anılan hükmünde, davalar hakkında istinaf veya temyize gidilebilmesi, dava konusunun para ile ölçülüp ölçülmediğine ve para ile ölçülenin miktarının, öngörülenin altında olup olmadığına ilişkin kıstaslara bağlamıştır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere³⁹⁶, işe iade davasının konusu, esas itibarıyla, feshin geçersizliği ve işe iadedir. Yargılama döneminde çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ile iş güvencesi tazminatı, geçersiz feshin sonuçlarındandır. Bu demektir ki, işe iade davası para ile değerlendirilemeyen işler içinde yer almaktadır. Anılan hükmün birinci fıkrasında, İş Mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği, ancak, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlar kesin olduğu ifade edilmektedir.

İşe iade davaları, para ile değerlendirilemeyen davalardan olduğu için, bu davalara ilişkin yerel mahkeme kararları kesin değildir. Bu sebeple de, işe iade davalarına ilişkin kararlar için istinaf mahkemesine başvurulabilecektir. Ayrıca, anılan hükmün üçüncü fıkrasına göre, Bölge Adliye Mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilecektir. İş Mahkemeleri Kanunun incelediğimiz 8. maddenin, 1 ve 3. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde görülmektedir ki, işe iade davasının tarafları, iş mahkemesinin kararına karşı önce istinaf yoluna (İstinaf Mahkemelerine), ardından da temyize (Yargıtaya) gidebilecektir.

Burada işe iade davaları bakımından önem arzeden diğer bir hususa yer vermekte fayda görmekteyiz. İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesinde, iş mahkemesince verilen ve kanun yoluna başvuru kararlar, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtayca iki ay içinde karara bağlanacaktır (m. 8/4). Dolayısıyla, işe iade davasının tarafları, önce istinaf yoluna (Bölge Adliye Mahkemesine), ardından da temyize (Yargıtaya) başvurabilecektir. Böylece, işe iade davalarında yargılamaya ilişkin dört aylık süre, işçinin istinaf yoluna gidebileceği ihtimali ile

³⁹⁶ Bkz. §5., II, 2.

birlikte iki ay daha uzatarak altı aya çıkmış bulunmaktadır. Bu noktada bir tespitin yapılması gerekmektedir. İş Mahkemelerinden Yargıtaya giden kararlar kural olarak iki ay içinde karara bağlanacakken, işe iade davalarının bir an önce bitirilerek işçinin emek gelirin e mümkün olduğu kadar çabuk kavuşmasının sağlanması amacıyla³⁹⁷ iş güvencesine ilişkin kararların bir ay içinde kesin olarak karara bağlanacağı, İş Kanunun 20. maddesinde açıkça düzenlemiştir. Bu nedenle, Kanunun 8. maddesi uyarınca, Yargıtay diğer kararları 2 ay içinde karara başlayacak iken, İş Kanunun 20. maddesindeki özel düzenleme nedeniyle, işe iade davalarını 1 ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.

Bununla birlikte, İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesinde, İstina f Mahkemelerinin önüne gelen davaları iki ay içinde karara bağlayacağı yönünde değişiklik yapılırken, işe iade davalarının bir ay içinde sonuçlandırılması yönünde bir düzenleme getirmediği gibi, İş Kanunun 20. maddesinde de bu yönde bir değişikliğ e de yer verilmemiştir. Belirtilen nedenlerle, Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete başladığında, işe iade davaları, sözü edilen mahkemeler tarafından iki ay içinde sonuçlandırılacak ve böylece işe iade davalarına ilişkin yargılama süreci daha da uzayacaktır. İş Mahkemeleri Kanununda değişiklik yapılırken, işe iade davalarına ilişkin herhangi bir istisna hükmüne yer verilmemiş, bu davaların bir an öce bitirilmesine ilişkin amaç göz ardı etmiştir.

İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesinde yer alan, Bölge Adliye Mahkemelerinin kararını Yargıtay gibi iki aylık süre içinde vereceğine ilişkin düzenleme, istina f mahkemesinin daha alt bir mahkeme olması sebebiyle uygun gözükmemektedir. Sözü edilen sürenin, işe iade davalarına ilişkin olarak en fazla bir ay olarak uygulanması yerinde olacaktır. Bu nedenle, İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesinde veya 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinde, işe iade davalarının Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından da bir ay içinde sonuçlandırılacağı yönünde düzenleme yapılmalıdır.

İstina f mahkemelerinin faaliyete başlaması halinde, işe iade davalarının yargılama süresi (mevcut hüküm itibariyle) iki ay uzayacağı için, işçinin dava süresince çalıştırılmadığı için alacak olduğu en çok dört aya kadar ücret ölçütünün de değiştirilmesi zorunlu olacaktır. Zira, işçiye verilecek ödemenin dört ayla sınırlanmış olması, kural olarak işe iade davalarına ilişkin yargılama sürecinin dört ay olarak öngörölmüş olmasından kaynaklamaktadır. İstina f

³⁹⁷ Nitekim Yargıtay da aynı bir kararında konuya dikkat çekmiştir: "...iş a k d i n i n f e s h i n i n g e ç e r s i z l i ğ i n e i l i ş k i n o l a r a k a ç ı l a c a k b i r d a v a n ı n s e r i y a r g ı l a m a u s u l ü n e g ö r e k ı s a s ü r e i ç e r i s i n d e s o n u ç l a n d ı r ı l m a s ı d ü ş ü n c e s i i ş ç i n i n e m e k g e l i r i n d e n o l a n a k l a r ö l ç ü s ü n d e n e n k ı s a s ü r e y o k s u n k a l m a s ı i l k e s i n d e n d o ğ m u ş , b u n e d e n l e d e Y a r g ı t a y Ö z e l D a i r e s i n c e v e r i l e c e k k a r a r ı n k e s i n o l m a s ı a m a ç l a n m ı ş t ı r". YHGK, 1.12.2004, E. 2004/9-643, K. 2004/ 642, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 728.

Mahkemeleri faaliyete geçtiğinde, işe iade davalarına ilişkin yargılama süreci kural olarak en az altı ayı bulacaktır. Yukarıda açıkladığımız üzere, orta yolu bulmak amacıyla bu sürenin en çok bir yıl olarak belirlenmesi gerektiğini öneriyorsak da, bu önerinin onay bulmadığı ihtimalde, yargılama sürecine istinaf mahkemeleri de dahil edildiğinde kararın kesinleşmesine kadar altı aylık bir süre geçeceği için, dört ayın altı aya çıkartılması gerekmektedir. Bu da İşK. m. 21/3'te de bir değişiklik yapılması ile mümkün olacaktır. İstinaf Mahkemelerinin yargılama süresi işe iade davaları bakımından bir aya indirilecek olursa, bu durumda, yargılama süreci toplamda beş ay olacağından, İşK. m. 21'deki süre de buna uygun olarak beş ay olarak değiştirilecektir.

İş Mahkemeleri Kanunun 8. maddesinde değişiklik yapılmadan önceki dönemde anılan hükmün eski birinci fıkrasına göre, iş mahkemesinin işe iade davasına ilişkin vereceği kararlar, iş mahkemesince verilen diğer kararlar gibi, kararın tefhiminden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilebilmekteydi. Kanunda temyiz süresinin tefhimle başlayacağı ifade edildiğinden, uygulamada kısa kararın tefhiminden itibaren temyiz süresinin başlamış olduğu düşünülerek, süre tutum dilekçesinin verildiği görülmekteydi. Ancak, temyiz süresi taraflara gerekçeli kararın tefhimi, tefhim edilmediyse tebliğinden itibaren başlayacaktır. Tarafın, mahkemenin hangi gerekçeyle karar verdiğini bilmeden temyiz hakkını kullanması beklenemeyecektir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu sisteminde “süre tutum” kurumu bulunmamaktadır³⁹⁸. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu şekilde hüküm kurmuştur³⁹⁹. O halde, karar gerekçeli olarak açıklanmadıkça, temyiz süresi işlemeye başlamayacaktır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, Kanunun 8. maddesinde, Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin Kanun dikkate alınarak değişiklik yapılmış bulunmaktadır. Ancak, sözü edilen mahkemeler henüz kurulmadığı ve faaliyette girmediği halde, Kanunun anılan hükmündeki değişiklik yürürlüğe girmiştir. Sözü edilen mahkemelerin faaliyete başlamadığı halde, 8. maddede yapılan değişiklikle getirilen hükümler bunların faaliyette bulunmasına ilişkin olarak öngörülmüş bulunmaktadır. Anılan hükmün yeni şeklinde, Yargıtayın önüne gelen kararları iki ay içinde sonuçlandıracağına ve bu kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağına ilişkin düzenlemenin dışındaki diğer hükümler tamamen İstinaf Mahkemelerinin kuruluşuna ve faaliyette bulunmasına ilişkin olarak hazırlanmıştır. Anılan hükmün eski şeklinde yer alan, iş mahkemelerinin kararlarına karşı bunların tefhiminden itibaren sekiz gün içinde temyiz edileceğine ilişkin hüküm değişiklikle yürürlükten kaldırılmış, yerine, İş Mahkemelerinden verilecek kararların hangilerine karşı, hangi süre içinde istinaf mahkemelerine

³⁹⁸ ÖZEKES, İşe İade, 160.

³⁹⁹ YHGK, 1.10.2003, 13-581/527 (Manisa BD 2004/4, 153). ÖZEKES, İşe İade, 160.

başvurulabileceği ve sözü edilen mahkemelerin hangi kararlarını karşı hangi süre içinde Yargıtaya temyiz için başvurulabileceği düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümler yürürlükte olmasına rağmen, İstinaf mahkemeleri kurulmadığı ve faaliyette bulunmadığı için fiili olarak uygulanamamaktadır. Önceki hükümler de yürürlükten kaldırıldığı için, hukuki bakımdan, İş Mahkemelerinden verilen kararların hangi süre içinde temyizi için Yargıtaya başvurulacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, uygulamada halen eski dönemde olduğu gibi, kararların tefhiminden itibaren veya süre tutum dilekçesinin verilerek, tebliğden itibaren sekiz gün içinde temyiz başvurusu yapılmaktadır.

HUMK. m. 435, kural olarak temyiz incelemesinin duruşmasız yapılacağını ifade etmekte, kanunda sayılmış davaların ise duruşmalı yapılabileceğini belirtmektedir. Bu davalar arasında işe iade davaları yer almadığı için işe iade davalarının temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması mümkün olmamakta, inceleme dosya üzerinden yapılmaktadır. Nitekim uygulamada temyiz dilekçesinde duruşma isteminin bulunması halinde, bu talepler Yargıtay tarafından reddedilmektedir⁴⁰⁰.

İş mahkemelerinden Yargıtay’a giden işe iade davalarına ilişkin kararlar, 4857 sayılı Kanunun 20. maddesi uyarınca bir ay içinde (m. 20/3), bunun dışındaki kararlar ise, İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesine göre olarak iki ay içinde Yargıtay tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır (m.8/4). Yukarıda da belirttiğimiz gibi, temyiz edilen işe iade davalarına ilişkin kararların Yargıtay tarafından bir ay içinde sonuçlandırılmasına ilişkin düzenleme, sözü edilen davaların bir an önce bitirilerek işçinin emek gelirine mümkün olduğu kadar çabuk kavuşmasını amaçlamaktadır⁴⁰¹. Temyiz yolu açık olmasına rağmen, iş mahkemelerinde görülen diğer davalarda olduğu gibi, işe iade davalarına karşı da karar düzeltme yoluna başvurulamayacaktır (İşMahK. m. 8/son).

Yargıtayın işe iade davaları hakkındaki kararı kesin olacağından, Yargıtay, sözü edilen davalara ilişkin yerel mahkeme kararları hakkında iki şekilde karar verebilecektir. Birinci olarak, temyiz edilen kararları olduğu gibi kabul ederek, onayacaktır. Yargıtay, ikinci olarak ise, yerel mahkemenin kararını bozarak yeni bir hüküm oluşturacaktır. Yargıtayın, yerel mahkemenin

⁴⁰⁰ İşe iade davasının duruşmalı olarak yapılamayacağına ilişkin bir kararında Yargıtay, “...duruşmalı olarak temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinden yapılmasına...” şeklinde hüküm kurmuştur. BİLGİLİ, İş Güvencesi, 161.

⁴⁰¹ Yukarıda da aynen yer verdiğimiz karara göre “...iş akdinin feshinin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usulüne göre kısa süre içerisinde sonuçlandırılması düşüncesi işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünden en kısa süre yoksun kalması ilkesinden doğmuş, bu nedenle de Yargıtay Özel Dairesince verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır”. YHGK, 1.12.2004, E. 2004/9-643, K. 2004/ 642, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 728.

verdiği kararı bozması halinde, dosyayı ilgili mahkemeye göndermeyecek, bozduğu kısımlar hakkında kendisi doğrudan kesin olarak karar verecek⁴⁰², yeni bir hüküm kuracaktır.

Bununla birlikte, Yargıtay, her durumda, konuya ilişkin uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlamamaktadır. Zira, Yargıtay, dosyada eksiklerin bulunması halinde, dosyayı eksiklerin tamamlanması ve buna bağlı olarak uyuşmazlık hakkında yeni bir karar verilmesi için yerel mahkemeye geri göndermektedir.

Yargıtay, kesin karar verme sözü ile ne anlaşılması gerektiğini şu ifadelerle açıklamıştır: *“...kesin karar verme hususundan, Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğu, bunun için de direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Kanun koyucu burada açıkça, ‘Yargıtayca kesin olarak karara bağlanır’ demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır. O halde Özel Dairenin bozma kararına bu nedenle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır”*⁴⁰³.

Bu bağlamda önem arz eden husus, Yargıtayın sadece bozma ile mi yetineceği, yoksa yerel mahkeme gibi hüküm kurup kuramayacağı, örneğin dosyada herhangi bir eksikliğin olması halinde bunu tamamlayıp tamamlayamayacağıdır.

Öğretide bir görüş, kanunda kararın kesin olarak verilmesinden söz edilmesi sebebiyle Yargıtayın yerel mahkeme gibi hüküm kurduğunu böylece yeni bir yargılama ya da incelemeye ihtiyaç duyulmayacak şekilde verilmiş olan kararın, kanunun düzenlemesine uygun olduğunu ifade etmiştir. Ancak, kanundan kaynaklanan bu durumun Yargıtayı üst derece mahkemesinden çok, yerel mahkeme konumuna ittiğini, Yargıtayın dosyada bir eksiklik gördüğünde tamamlamak için tahkikat yapamayacak, dosyayı yerel mahkemeye gönderemeyecek olması sebebiyle, bunun sağlıklı karar vermesi imkanını azalttığını ve kesin olarak karar vermesine engel oluşturacağını belirtmiştir⁴⁰⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında durumu açıklığa kavuşturmuştur: *“...Türk Medeni Kanunun 1. maddesi uyarınca, yasanın sözünden çıkan anlam, özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Kanun hükmünün özünün araştırılması ise, onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar. Bu itibarla yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için İş Kanunu kuralının amacının (ratio legis) araştırılması gerekir. Şu hususta kuşku duyulmamak*

⁴⁰² GÜNAY, İş Hukuku, 645.

⁴⁰³ YHGK, 21.9.2005, E. 2005/9-475, K. 2005/511, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 9, 2006, 233.

⁴⁰⁴ ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 504; aynı yazar, İş İade, 161-162.

gerekmektedir; temyiz üzerine önüne gelen kararı inceleyen Özel Daire, dosya içeriğini kendisini sonuca götürecek mahiyette gördüğü takdirde kararını kesin olarak verecektir. Ancak, Özel Daire dosya içeriğini, kesin olarak karar vermeye yeterli bulmadığında eksikliklerin giderilmesi amacıyla hükmü bozarak giderilmesini yerel mahkemeden isteyebilecektir. Bir başka anlatımla, Yargıtay Özel Dairesinin bu uyuşmazlığı nihai olarak neticelendirebilmesi için, iş akdinin feshinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı olgusunun, dosya içeriğinden tam olarak anlaşılır olması gerekir. Madde ile kesin olarak karar vermeden amaçlanan, yerel mahkemenin dosyasının içeriğini Özel Daireyi karara götürecek nitelikte olmasıdır...Belirtilen nedenlerle, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda ikame edilmek istenen kanıtlar dosyaya yansıtılarak, sonrasında hüküm kurulmasında yasal zorunluluk vardır. Ancak maddede yer alan, ‘Yargıtay...kesin olarak karar verir’ kuralından hareketle uyuşmazlığın eksiklikler de içerse herhalükarda Yargıtay Özel Dairesince sonuçlandırılmasını beklemek doğru değildir...’’⁴⁰⁵.

Bu demektir ki, Yargıtayın geri çevirerek yerel mahkemeye gönderdiği dosyada deliller yeterince toplanmamışsa, Yargıtay Özel Dairesi bozma kararı vermektedir. Bu durum kanuna aykırı gibi görünse de adil yargılama hakkının sağlanması için gerekli olup kanunun amacına uygundur⁴⁰⁶.

Yukarıda sözü edilen kararda, Yargıtay, AİHS’nin 6. maddesi ile de bağlantı kurmakta ve kesin karar vermesi hususunu bu yönüyle de ele almaktadır:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi ile herkes, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını isteme hakkına sahiptir. İş Hukuku çerçevesinde hak ve yükümlülükler, maddede belirtilen ‘medeni hak ve yükümlülükler’ kapsamında ele alınmaktadır.

Benzer nitelikteki düzenlemelere; 2821 sayılı Sendikalar Kanununu 4. maddesi, 2822 sayılı TİSGLK’nun 3, 12, 15 ve 60. maddelerinde yer verilirken İş Hukukuna yön veren temel ilke ve düşüncelerden hareket edildiği...görölmüş...Yargıtayca kesin karara bağlanır, hükmü ile kanun koyucunun burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığının vurgulandığına işaret edilmiştir” denilmek suretiyle adil yargılanma hakkına bir aykırılığın bulunmadığı belirtilmiştir.

Yargıtayın bir ay içinde “kesin” olarak karar vereceğine ilişkin düzenleme, Yargıtayı ilk derece mahkemesi haline getirdiği için öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Oysa Yargıtay

⁴⁰⁵ YHGK, 1.12.2004, E. 2004/9-643, K. 2004/ 642, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 728-729.

⁴⁰⁶ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 214; ÖZEKES, İşe İade, 162.

bir yargılama mahkemesi değil, temyiz mahkemesidir. Temyiz mahkemesinde ilk derece mahkemesi kararları incelenir, yeni bir inceleme yapılmaz, yeni olaylar ileri sürülemez ve burada sadece ilk derece mahkemesinin kararının hukuka uygun olup olmadığına bakılarak olaylara kanunların doğru uygulanıp uygulanmadığının kontrolü yapılır⁴⁰⁷. Yargıtayın asli işlevini yerine getirmesi için değişiklikler yapılmasına ihtiyaç varken, davaları kısa sürede sonuçlandırmak amacıyla dahi olsa Yargıtayın iş yükünü arttırmak doğru olmayacaktır⁴⁰⁸.

Yargıtay uygulamada önüne gelen dosyanın eksik olduğunu tespit ettiğinde bunu ilk derece mahkemesine iade etmekte ise de, durumun kanun ile açıklığa kavuşturulması, yani Yargıtayın bir ay içinde kesin karar vermesine ilişkin düzenlemenin ortadan kaldırılması, böylece Yargıtayın asli işlevinin dışına çıkarılmasının önlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu durumda, yargılama süresi artabilecek, ancak dava tam olarak inceleneceği için daha adil olan karar, bu sakıncayı giderecektir.

d) Farklı Usule Tabi Taleplerin Aynı Davada Görülmesi

İşçinin, feshin geçersizliği ve işe iade talebine ilişkin dilekçesinde, terditli olarak kıdem, ihbar tazminatı ve fazla mesai gibi işçilik haklarını da isteyip isteyemeyeceği uygulamada bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Bu sorunun temelinde, iş mahkemelerinde sözlü usul uygulanırken (İşMahK. m. 7); işe iade davalarında, seri yargılama usulü uygulanacağının (m. 20/3) düzenlenmiş olması yatmaktadır.

Usul ekonomisi bakımından tartışmaya açık bir durum yarattığı kabul edilmekle birlikte, farklı usule tabi taleplerin aynı davada görülmesinin mümkün olmaması sebebiyle (işe iadeye ilişkin taleplerin İşK. m. 20/3 gereğince seri yargılama usulüne, diğer hakların ise İşMahK. m. 7 gereği sözlü yargılama usulüne tabi olduğu için) bu taleplerin aynı davada ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir⁴⁰⁹. Ayrı bir gerekçe olarak ise işçinin işe iade davasında, ihbar ve kıdem tazminatlarını istemesinin çelişki yaratacağı gösterilmektedir⁴¹⁰.

İşe iade davası ve diğer işçilik haklarına için iki ayrı dava açılması gerektiğini belirten bir başka görüş ise, işçilik haklarına ilişkin dava açmanın, işe iade talebinden feragat anlamına gelmediğini, bu davaların birinin diğerine bekletici mesele olmayacağını ifade etmektedir. Zira işe iade davası önce bittiğinde, işe iade davasının sonucuna göre ortaya çıkacak sorunun bu

⁴⁰⁷ GÜZEL, İş Güvencesi Tasarısı, 39-40.

⁴⁰⁸ EKMEKÇİ, Yargının Durumu, 107; EGEMEN, İş Güvencesi, 99; ÖZEKES, İşe İade, 504.

⁴⁰⁹ EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 76; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 137.

⁴¹⁰ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 169; EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 76.

hakların ödenip ödenmeyeceği ile ilgili değil, işçinin işe başlatılması halinde yapılan ödemelerin mahsubuna ilişkin bir sorun olup bu konuda da İşK. m. 21 gereği açık bir hükmün olduğunu belirtmektedir. İşçilik haklarına ilişkin davanın önce bitmesi halinde ise, feshe bağlı haklara ilişkin davanın konusuz kalacağını, ancak davanın açılmasına işveren sebep olduğu için, yargılama giderleri ve vekalet ücretinden işverenin sorumlu olacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, işe iade davasının feshe bağlı haklara ilişkin olarak bekletici mesele yapılırsa, feshin geçersizliğine karar verildiğinde bekletici mesele yapılan feshe bağlı haklar bakımından açılmış olan dava aleyhte sonuçlanmış gibi kabul edilecektir. Bunun sonucunda da, işçinin feshe bağlı hakları reddedilerek yargılama giderlerinden ve vekalet ücretinden sorumlu olması gerekecektir ki, bunun haksız olacağı açıktır⁴¹¹.

Yargıtay, işçi işe iade talebiyle birlikte diğer hakları da aynı dava içinde talep ettiğinde, işe iade davasının kanun koyucunun öngördüğü kısa süre içinde sonuçlanması amacının engellenmiş olacağı üzerinde durmaktadır. Feshin geçersizliği istenirken, feshin geçerli sayılması halinde hak kazanılacak tazminatların istenmesinin çelişki oluşturacağını ve farklı yargılama usullerine ait taleplerin aynı dava içinde görülemeyeceğini belirtmektedir. Bu sebeplerle davanın ayrılarak yargılama yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁴¹².

Öğretide Yargıtayın bu kararı esas itibariyle isabetli bulunmuş, her iki talebin aynı davada istenmesinin ayrıca ihbar-kıdem tazminatına esas kıdem belirlenmesi açısından da sakınca yarattığı belirtilmiştir. İşçi, işe iade davasını kazansa dahi işe başlamak için başvurmuş ama işveren işçiye işe almayacağını beyan etmişse, bu tarihin asıl fesih tarihi sayılacağı ve işçinin kıdeminin ona göre hesaplanacağı, ihbar tazminatının hesaplanmasında da aynı durumun söz konusu olacağı, ilk fesih ile mahkemenin kararından sonra kabul edilen asıl fesih tarihi arasında ihbar önelinin bir kademe ilerleyebileceği ve farklılık oluşabileceği, bu sebeplerle davanın ayrılarak hüküm kurulması gerektiği vurgulanmıştır⁴¹³.

⁴¹¹ UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 83.

⁴¹² Yargıtay işe iade davası ile işçilikten doğan davaların bir arada görülemeyeceğine ilişkin olarak şu şekilde hüküm kurmuştur: "...İşçinin işe iadeyle ilgili isteklerinin yanında işçilikten doğan diğer tazminat ve alacakların da istenmesi halinde, bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının kanun 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 birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır. Esasen işçinin açmış olduğu işe iade davasında ihbar ve kıdem tazminatlarının da talep edilmiş olması bir çelişkiyi oluşturur. Bir taraftan feshin geçersizliği ile işe iade talep edilirken, diğer yandan feshin sonucuna bağlı olan tazminatlarının istenmesi doğru olmaz. Somut olayda mahkemece davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi yanında ihbar tazminatının da hüküm altına alınması hatalıdır..." Y9HD, 11.9.2003, E. 2003/14994, K. 2003/14267, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 766-767; aynı yönde, Y9HD, 26.1.2005, E. 2004/28416, K. 2005/1498, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 742.

⁴¹³ KABAKCI Mahmut, İşe İade Davasında İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan İşçilik Haklarının Talep Edilmesi Karar İncelemesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 77, S. 4, 2003, 911-913 (İşçilik Hakları).

Öğretide haklı bulduğumuz görüş ise, farklı yargılama usullerine ilişkin taleplerin aynı davada ileri sürülemeyecek olmasına ilişkin kuralın, işe iadeye ilişkin talepler ile bunun dışında kalan taleplerin aynı davada ileri sürülememesi anlamına gelmediğini; zira, farklı yargılama usullerine giren taleplerin aynı davada ileri sürülememesine örnek olarak, adli ve idari yargı alanına giren taleplerin gösterilebileceğini, adli yargı içinde birbiri ile bağlantılı taleplerin aynı davada istenmesinin, hatta ayrı açılan davaların birleştirilmesinin (HUMK m. 44) mümkün olduğunu ifade etmektedir. Aynı dava içinde mahkemeye yöneltilen talepler farklı olmasına rağmen aynı yargı alanında ve görev bakımından aynı mahkemede görülen farklı taleplere farklı yargılama usulünün uygulanmasının yerinde olmayacağını, seri yargılama usulünün sözlü yargılama usulüne göre daha özel bir yargılama usulü olması sebebiyle yargılamanın tüm talepler bakımından seri yargılama usulüne göre yapılmasının gerektiğini, bu durumun usul ekonomisine uygun olduğu gibi, taleplerin temyiz mercilerinin de aynı olmasının varılan sonucu destekler nitelikte olduğunu belirtmektedir⁴¹⁴.

Taleplerin aynı davada ileri sürülmesinin yargılamanın kısa sürede bitirilmesine engel olacağına ilişkin Yargıtay gerekçesi haklı olmakla beraber, birden fazla talebi aynı davada isteyen işçinin hakları dikkate alındığında, işçinin davanın uzayacağını göze alarak davayı açmış olduğu, usul ekonomisinin daha az masraf ve daha az emek harcanması yönünün, yargılamanın kısa sürede bitirilmesi amacına göre daha ağır bastığı ve usul ekonomisinin her ne pahasına olursa olsun yargılamayı kısa sürede bitirmek anlamına gelmediği belirtilmelidir⁴¹⁵.

İşe iade davaları için konulmuş olan seri usulün çabukluğu sağlama amaçlı olduğu, İşMahK.'nın öngördüğü sözlü usulden ayrılmak anlamına gelmediği ve işe iade davalarında öngörülen sürelerle uyulmadığı için aslında işe iade davalarının da diğer davaların da aynı usulle yürütüldüğü üzerinde durulmalıdır⁴¹⁶.

Yargıtay, işe iade davasında işçilik alacaklarına ilişkin hakların da talep edilmesi durumunda, bu davaların ayrılması yönünde karar vermekle birlikte, işçilik alacağına ilişkin davanın işe iade davasına bekletici mesele yapılması gerektiğine hükmetmektedir⁴¹⁷.

⁴¹⁴ GÜZEL, İş Güvencesi, 98-99; ÖZEKES, 20. ve 21. Maddeler, 487- 488; aynı yazar, İşe İade, 139-141; DEMİR, İş Hukuku, 237.

⁴¹⁵ ÖZEKES, 20. ve 21. Maddeler, 487-488; GÜZEL, İş Güvencesi, 98-99; SÜZEK, İş Hukuku, 479.

⁴¹⁶ ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 104.

⁴¹⁷ Nitekim Yargıtay bir kararında, "Davacı dava dilekçesi ile, iş sözleşmesinin feshi nedeni ile feshin geçersizliği ve işe iade yanında yıllık ücretli izin alacağının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Mahkemece yıllık ücretli izin alacağı istemi tefrik edilerek bu dava dosyası üzerinde kabul edilmiştir. Feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile ilgili dava beklemeksizin karar verilmiştir. Oysa feshin geçersizliğine karar verilmesi ve davacının davalı işverence işe başlatılması halinde iş ilişkisi, kesintisiz devam etmiş sayılacaktır. İş ilişkisi devam ettiği sürece yıllık ücretli izin alacağı muaccel olamayacaktır. Zira izin alacağı ancak sözleşmenin sona ermesi halinde muaccel hale gelecektir.

İşe iade davası ve kıdem-ihbar tazminatı gibi işçilik alacaklarının ayrı ayrı davalar ile istenmesi gerektiği yönünde hüküm kuran Yargıtay kararına karşı olan bir görüş, kıdem-ihbar tazminatına ilişkin talep doğrultusunda verilen kesinleşmiş ilk kararın, işe iade davası için usul hukuku anlamında bir kesin hüküm sayılmasa dahi feshin geçerliliği konusunda kesin bir delil oluşturacağını, bunun da önemli bir sorun olduğunu ifade etmektedir⁴¹⁸. Kıdem-ihbar tazminatına ilişkin dava kesinleştiğinde, iş sözleşmesinin feshinin kesinleştiğini, bu sebeple işe iade kararının uygulanması imkanının ortadan kalktığını belirtmektedir⁴¹⁹.

Bize göre, bu konuda, uygulamada bir sıkıntı bulunmamaktadır. Zira, Yargıtay, yukarıdaki kararda da görüldüğü gibi, işçilik alacaklarına ilişkin davada işe iade davasının bekletici mesele olmasına karar vermektedir. Kaldı ki, bu talepler terditli olarak talep edilmektedir. İşe iade davasının talep kısmında, asıl olarak feshin geçersizliği ve buna bağlı sonuçlar, bu kabul edilmediğinde kıdem ve ihbar tazminatı gibi işçilik hakları, terditli olarak yer alacaktır. Ayrıca, işçinin feshin geçersizliğini ve sonuçlarını istediği dilekçesinde, işe iadede bağımsız olarak fazla çalışma gibi fesihden önce ödenmesi gerekip de ödenmemiş hakları objektif dava birleşmesi ile aynı dilekçede istemesi ve mahkemenin de bunları hüküm altına alması mümkündür⁴²⁰.

Yargıtayın çözümü, öğretide belirtildiği gibi iki ayrı dava açılmak suretiyle usul ekonomisine aykırılığın yanında, feshe bağlı işçilik alacaklarını alamamış olan işçinin, bu hakkına ulaşmasını da uzatmakta ve sıkıntılara sebep olmaktadır⁴²¹.

8. Özel Bir Durum: Bildirim Süresi İçinde Haklı Fesih

İş sözleşmesi bildirimli olarak feshedilen işçiye, ihbar öneline ilişkin ihbar tazminatı işveren tarafından peşin olarak ödenmediği hallerde, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi bildirim süresi boyunca aynen devam ediyor sayılacağı için, hem işçi hem de işveren öncelikle iş görme ve ücret ödeme borçlarını yerine getirmeye devam edecektir. Bu süre içinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesini gerektiren bir durum oluştuğunda ise, taraflar sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebileceklerdir. Bu anlamda, daha önce bildirimli fesih

Mahkemece işe iade davasının sonucunun bekletici mesele yapılmaması hatalıdır” şeklinde hüküm kurmuştur. Y9HD, 10.1.2005, E. 2004/29557, K. 2005/109, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 736.

⁴¹⁸ Karar ve incelemesi için bkz. ŞAHLANAN Fevzi, İşçinin Hem İşe İade, Hem de Kıdem-İhbar Tazminatı Davası Açmış Olması, Tekstil İşveren Dergisi, S. 313, Ocak 2006, 39 (Hem İşe İade-Hem Kıdem-İhbar Tazminatı).

⁴¹⁹ ŞAHLANAN, Hem İşe İade Hem Kıdem-İhbar Tazminatı, 39.

⁴²⁰ ÖZEKES, 20. ve 21. Maddeler, 486-487; GÜZEL, İş Güvencesi, 99; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 104-105; aynı yazar, Hem İşe İade Hem Kıdem-İhbar Tazminatı, 39; SÜZEK, İş Hukuku, 479; ÇELİK, İş Hukuku, 243; DEMİR, İş Hukuku, 236-237.

⁴²¹ ŞAHLANAN, Hem İşe İade Hem Kıdem-İhbar Tazminatı, 39.

hakkının kullanılmış olması, bildirim süresi içinde, haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasına engel oluşturmayacaktır⁴²². Yargıtay da kararlarında aynı yönde hüküm kurmaktadır⁴²³.

Bu noktada, bildirim süresi sırasında çalışmaya devam eden işçinin, bildirim süresi içinde sözleşmesinin haklı nedenle feshi halinde, işçinin ilk fesih bildirimine ilişkin olarak açmış olduğu işe iade davasının akıbetinin ne olacağı önem arz edecektir.

Yargıtay, yakın tarihli bir kararında durumu açıklığa kavuşturmuştur. Bu karara göre, fesih üzerine işe iade davası açan işçi, bildirim öneli içinde çalışmaktayken sözleşmesi haklı nedenle feshedilince, bu fesih için de bir işe iade davası açmıştır. Yerel mahkeme ilk fesih üzerine bir karar vermiş, Yargıtay ise ihbar öneli içindeki fesihle ilgili dava sonucu verilecek kararın temyiz incelemesi yapılan ilk feshe ilişkin davada da etkili olacağı için ihbar öneli içinde yapılan feshin ilk davada bekletici mesele olması gerektiğine hükmetmiştir⁴²⁴. Bu demektir ki, öncelikle ihbar öneli içinde yapılmış olan ve haklı nedenle yapıldığı ifade edilen feshe ilişkin dava sonuçlandırılacaktır. İşçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesine ilişkin dava neticesinde, feshin haklı nedenle yapıldığının ortaya çıkması halinde, işçinin önceden açmış olduğu işe iade davası konusuz kalacaktır. Zira, dava işçinin işe iadesini konu almaktadır. Ancak, dava konusu, sözleşmenin haklı nedenle feshedilmesiyle imkansız hale gelmiştir. Bir davanın esastan incelenebilmesi için gerekli olan şartlara dava şartı denilmektedir. Dava şartları, mahkemeye, taraflara ve dava konusuna ilişkin olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Dava konusuna ilişkin dava şartlarından bir tanesi, davacının davayı açmakta hukuki bir yararının bulunmasıdır. Bu bağlamda, davacı hakkına kavuşmak için, mahkemenin kararına muhtaç olmalıdır⁴²⁵. İşe iade davası açan işçinin ise, bu davayı açmakta hukuki yararı kalmamıştır. Fesih geçersiz sayılsa bile, haklı bir neden çıkmış olduğu için, işe iadesi artık mümkün değildir. Bu sebeple, işe iade davasının dava konusuna ilişkin dava şartlarından olan hukuki yarar (menfaat) eksikliği

⁴²² EKONOMİ, İş Hukuku, 170-171; NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, 170-171 (İş Hukuku); SÜZEK, İş Hukuku, 406-407; ÇELİK, İş Hukuku, 225; CENTEL Tankut, İhbar Öneli İçinde Haklı Nedenle İşten Çıkarma (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 289, Ocak 2004, 40 (İhbar Öneli İçinde Fesih).

⁴²³ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında “Dairemizin istikrar kazanan uygulamasına göre, işverence önel verilmeksizin ve ihbar tazminatı peşin ödenmeksizin yapılacak fesihler...önelli fesih gibi değerlendirilmektedir...Önel süresi içinde taraflarca başka nedenlerle gerçekleştirilecek fesih işlemleri geçerli sayılacaktır” şeklinde hüküm kurarak önel içinde fesih imkanının bulunduğu dikkat çekmiştir. Y9HD, 1.3.2004, E. 2003/13738, K. 2004/3888, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 1 2004, 118-119; aynı yönde, Y9HD, 11.3.2004, E. 2004/4474, K. 2004/4788, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 3, 2004, 1015-1017; aynı yönde farklı bir karar ve incelemesi için bkz., CENTEL, İhbar Öneli İçinde Fesih, 40-42.

⁴²⁴ Y9HD, 26.1.2006, E. 2005/34038, K. 2006/1467, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 9, 2006, 179.

⁴²⁵ KURU/ASLAN/YILMAZ, 303 vd.

nedeniyle, yargıç tarafından kendiliğinden reddedilmesi gerekecektir⁴²⁶.

Haklı nedenle feshe ilişkin işe iade davası neticesinde, feshin haklı nedenle yapılmamış olduğunun tespit edilmesi halinde ise, ilk feshe ilişkin dava görülmeye devam edilecek ve bu davanın neticesine göre, feshin geçerli veya geçersiz olduğu tespit edilip, sonuçları işletilecektir.

⁴²⁶ KURU, C. 3, 3021.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FESHİN SONUÇLARI

§ 6. MAHKEMECE FESHİN GEÇERSİZ SAYILMASI VE SONUÇLARI

I. Mahkemenin Feshin Geçersizliğine Karar Vermesi

İş Kanunumuzda, “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde...” (m. 21/1, c. 1) denilmektedir. Mahkeme veya özel hakem, feshin geçersizliğini tespit etmek için, tarafların getirdiği delillere göre tanık beyanlarına başvurur, uzmanlık gerektiren durumlarda bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılır⁴²⁷. Bu şekilde yürütülecek yargılama sonucunda yargıç, delillere göre işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı konusunda karar verir. Mahkemece feshin geçerli nedene dayandığı kanısına varıldığı takdirde, işçinin işe iade istemi reddedilir, yargılama konusu fesih işlemi kesinleşir. Buna karşılık mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılırsa feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine hükmedilir.

Kanunda, feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine bağlı olarak bazı parasal sonuçlara da yer verilmiştir (m. 21). Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere geçersiz fesih üzerine işe iade edilen işçinin yasal süresinde başvurusu ile yargılama döneminde çalıştırılmadığı dört ayla sınırlı ücrete ve işverence işe başlatılmadığı takdirde dört-sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatına hak kazanacağı mahkemece işe iade kararında tespit edilecektir. Burada tartışılması gereken nokta, işçinin dava açarken feshin geçersizliği ve işe iade yanında ayrıca söz konusu ücret ve tazminatı talep etmesine gerek olup olmadığıdır. Konu hakkında Yargıtayın yerleşik uygulamasına rağmen öğretide aksi yönde görüşler ileri sürülmüştür.

İleri sürülen bir görüş, işe iade davası devam ettiği sırada işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aya kadar ücretin ve diğer hakların işçiye verilmesinin ancak işçinin bunu mahkemeden talep etmesi halinde mümkün olacağı kanaatindedir. İş güvencesi tazminatı, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olduğu için, işe iade davasının iş güvencesi talebini de kapsadığını,

⁴²⁷ Bilirkişi incelemesi yaptırılmasının önemine dikkat çeken bir Yargıtay kararı şu şekilde hüküm kurmuştur: “...ilgili mahkeme dosyaları ile birlikte şirket kayıtları üzerinde **bilirkişi incelemesi** yaptırılarak işyerinin devamı için kadro azaltılmasının zorunlu neden haline gelip gelmediğinin irdelenip değerlendirilmesi gerekirken soyut ifadelerle feshin geçerli sebebe dayanmadığının kabulü suretiyle davacı isteklerinin yerinde görülmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.” Y9HD, 13.5.2004, E. 2004/650, K. 2004/11636, KAR, İspat, 1019; aynı yönde, Y9HD, 24.3.2005, E. 2005/5721, K. 2005/9919, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 429; aynı yönde Y9HD, 30.3.2005, E. 2005/8318, K. 2005/10990, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 425 .

ancak mahkemenin davacının talep ettiğinden fazlasına hükmedemeyeceğini, yani işçinin salt işe iadeyi talep ederek çalıştırılmadığı sürenin ücret alacağını talep etmemesine rağmen, hakim bu yönde kendiliğinden karar verme hakkının bulunmadığını ifade etmektedir⁴²⁸.

İşçinin, çalıştırılmadığı dört aylık döneme ilişkin ücreti ve diğer hakları elde etmesi için, iş güvencesi tazminatında olduğu gibi, işe iade davası açtığı sırada ayrıca talepte bulunması gerekmemektedir. İşçinin işe iade isteği, çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ile iş güvencesi tazminatını da içermektedir. Zira, iş güvencesi tazminatı ve çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret, iş güvencesi adı altında getirilmiş olan bir sistemin parçalarıdır⁴²⁹. Aynı zamanda, 21. maddenin son fıkrası “ilk üç fıkranın emredici olduğunu” vurgulamıştır. Bu sebeple, bu konular kamu düzenindendir ve kamu düzenine ilişkin konular, taraflarca talep olmasa da yargıç tarafından resen dikkate alınacaklardır⁴³⁰. Ayrıca belirtilmelidir ki, bu kabul, HUMK. m. 74’de düzenlenmiş olan “taleple bağıllık ilkesine” aykırı değildir. Zira, hukukun genel prensiplerinden olan “çoğun içinde azı da vardır” ilkesi çerçevesinde işe iadeyi talep eden bir işçinin, kanunda buna bağlanan hukuki sonuçları istemediği düşünülemeyecektir. İşe iade istemi, işe iadeye bağlanan sonuçları kapsamaktadır. Nitekim, Yargıtayın da talebin gerek olmadığına ilişkin yerleşik kararları bulunmaktadır⁴³¹.

İşçinin işe iade davasında çalıştırılmayan süre ücretine ilişkin bir talebi olmasa da, Yargıtayın bunun hüküm altına alınacağını kabul ettiği, ancak, çalıştırılmayan süre ücreti yerel mahkemece dört ayın altında bir süre olarak belirlenmişse, Yargıtayın durumu düzeltmek için davacının bu yönde bir temyiz talebine bulunması şartını aradığı⁴³² ve sözü edilen iki kararın birbiri ile çelişkili olduğunu ifade edilmektedir. Bu görüş tarafından, dört aylık ücret ve diğer

⁴²⁸ TUNCAY, İş Güvencesi, 60; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 63; EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 178; aynı yazar, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 136; aynı yazar, Tebliğlerin Değerlendirilmesi, 178; ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 485; aynı yazar, İşe İade, 136; UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 84.

⁴²⁹ GÜZEL, İş Güvencesi, 110; EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 76; SÜZEK, İş Hukuku, 487-488; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 105-106; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 598.

⁴³⁰ KILIÇOĞLU Mustafa, Soru-Cevap-Tartışma, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, 1. bası, İstanbul 2005, 218 (Soru-Cevap-Tartışma).

⁴³¹ “...İşçinin işe iade isteği, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ve en çok dört aya kadar boşa geçen süreye ait ücret taleplerini içerir. Bir başka anlatımla, iş güvencesi tazminatı ve boşa geçen süreye ait ücret istekleri olmasa dahi bu hususlar işe iadenin bir sonucu olup, mahkemece bu konuda da karar verilmelidir...”. Y9HD, 11.9.2003, E. 2003/14994, K. 2003/14267, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 710; aynı yönde, Y9HD, 31.1.2005, E. 2005/100, K. 2005/2354, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 651; aynı yönde, Y9HD, 10.1.2005, E. 2004/0173, K. 2005/178, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 698.

⁴³² Y9HD, 15.3.2004, E. 2004/5346, K. 2004/8553, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 3, 2004, 1012-1013.

haklar bakımından, ya her aşamada taleple bağıllık ilkesinin uygulanması ya da hiçbir aşamada uygulanmaması gerektiğine dikkat çekilmektedir⁴³³.

Belirtelim ki bu konuda Yargıtay kararlarında herhangi bir çelişki bulunmamaktadır. Zira, bu görüşün kendine dayanak olarak göstermiş olduğu kararda, “mahkemece boştaki geçen süre ücretinin üç ay ile sınırlanmış olması kararın kesinleşme tarihine göre doğru değilse de, davacı vekilinin temyizi süresinde olmadığından bu konunun bozma nedeni sayılmadığı” belirtilmiştir. Olayda taraflar kararı temyiz etmiş, ancak davacının temyizi süresinde olmadığı için, temyiz geçerli kabul edilmemiştir. Bu nedenle, karar sadece işveren tarafından temyiz edilmiş olduğu için, aleyhe bozma yasağı gereği Yargıtayın resen üç aylık süreyi dört ay olarak bozması söz konusu olamamıştır.

Aleyhe bozma yasağı ilkesine göre, bir hüküm, davanın taraflarından yalnız biri tarafından temyiz edilirse, Yargıtay temyiz edilen hükmü, temyiz eden tarafın aleyhine olarak bozamayacaktır. Ancak bir hüküm tarafların her ikisi tarafından da temyiz edilmişse, bu halde Yargıtay, hükmü temyiz eden taraf aleyhine bozabilir⁴³⁴. Söz konusu olayda, iki taraf da temyiz talebinde bulunuyor gibi gözükse de, davacının temyiz talebi süresinde olmadığı için, dava sadece taraflardan biri tarafından temyiz edilmiştir. Bu sebeple, yerel mahkemenin çalıştırılmayan süre ücretinde dört ayın altında bir süreye hükmetmesi halinde, Yargıtayın bu hatanın düzeltilmesi için davacının bu yönde bir temyiz talebinin bulunması şartını aradığını söylemek mümkün olamayacaktır. Nitekim, Yargıtayın diğer kararlarında, çalıştırılmayan süre ücreti dört aydan az bir süre için belirlendiği takdirde, bu hususun kendiliğinden nazara alındığı görülmektedir⁴³⁵.

Bu bağlamda, işe iade davasında talep konusu olmasına rağmen çalıştırılmayan süre ücretine ilişkin yerel mahkemece bir hüküm kurulmaması halinde, kararı temyiz etmemiş olan işçinin sonradan ayrı bir dava ile söz konusu ücret ve diğer hakları talep etmesi mümkün olmayacaktır⁴³⁶. Zira burada konusu, tarafları ve dava sebebi (vakıaları) aynı olan kesinleşmiş bir hüküm söz konusudur. Feshin geçersizliği ve işe iade davası açan işçi, bu davayı açmakla, işe başlatılması halinde ücret ve diğer haklarını, başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatını talep etmektedir. Ücret ve diğer hakların ayrı bir dava ile talep konusu olması halinde,

⁴³³ UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 84.

⁴³⁴ KURU/ASLAN/YILMAZ, 764.

⁴³⁵ “...Ayrıca iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti talep olmasa da resen dikkate alınmalıdır.” Y9HD, 9.3.2005, E. 2005/3909, K. 2005/7799, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 643.

⁴³⁶ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 268.

mahkemenin dava konusuna ilişkin dava şartlarından “kesin hükmün” varlığını kendiliğinden gözetmesi ve davayı esasa girmeden usulden reddetmesi gerekmektedir.

II. Feshin Geçersizliğine Karar Verilmesinin Anlamı

1. Özel Hukukta Geçersizlik Kavramı

Bir hukuki işlemin tarafların arzu ettikleri hukuki sonuçları doğurabilmesi için işlemin kanunun aradığı geçerlilik şartlarına uygun olması gerekmektedir. Bu şartları taşımayan hukuki işlemler geçersizlik müeyyidesi ile karşılaşmaktadır. Hukuki işlemlerin sakatlıkları ise ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, batıl işlemler (mutlak butlan) ve iptal edilebilen (nisbi butlan) işlemlerdir⁴³⁷.

Kanunda başkaca bir hükme yer verilmediği takdirde, hukuka (emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, şahsiyet haklarına) ve ahlaka aykırı olan sözleşmelerle yapıldığı sırada konusu imkansız olan sözleşmeler batıldır⁴³⁸.

Sözleşmenin butlan ile batıl olduğunu, sadece taraflar değil, yararı olan herkes ileri sürebilecek, taraflar ileri sürmeseler dahi yargıç tarafından varlıkları resen dikkate alınacaktır⁴³⁹. Sözleşmeyi hükümsüz kılmak için bir dava açmaya gerek olmadığı gibi bir beyana da ihtiyaç bulunmamaktadır; sözleşme kendiliğinden hükümsüzdür. Mutlak butlanda sözleşme ölü doğmuştur, geçersizdir. Ne karşı tarafın onayı ile ne belli süre suskun kalması ile batıl bir sözleşmenin canlanması mümkün değildir. Sözleşmenin muteber tarzda yeniden yapılması gereklidir⁴⁴⁰.

Mutlak butlanı ileri sürme ve mutlak butlan sebebiyle dava açma herhangi bir süreye bağlı değildir. Batıl sözleşmeye dayanan borcun ifa edilmiş olması da sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir⁴⁴¹.

⁴³⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku, 138; KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2004, 61 (Borçlar Hukuku); REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. bası, İstanbul 2006, 123-124 (Borçlar Hukuku).

⁴³⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku, 138; REİSOĞLU Borçlar Hukuku, 124.

⁴³⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku, 138; KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2004, 61 (Borçlar Hukuku); REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, 124.

⁴⁴⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku, 138; KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2004, 61 (Borçlar Hukuku); REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, 124.

⁴⁴¹ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku, 138; KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2004, 61 (Borçlar Hukuku); REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, 123-124; AKYİĞİT Ercan, Teori ve Uygulama

Sözleşmenin “geçersiz” veya “hükümsüz” olması, mutlak butlanla batıl olduğu anlamına gelmemektedir. Aslında “geçersiz”, “hükümsüz” sözleri teknik anlamda müeyyideyi değil, sonucu anlatmaktadır⁴⁴².

İptal edilebilen (nisbi butlan) hukuki işlemler ise, sözleşmenin geçerlilik unsurunun daha çok tarafların yararı için konulduğu hallerde söz konusu olan, kendiliğinden (ipso iure) hükümsüz olmayıp, fesih hakkına sahip kimse tarafından belirli bir süre ile sınırlı olmak kaydıyla iptal edilebilen işlemlerdir. Sözleşmenin kaderi hataya düşen tarafa bağlıdır. Hataya düşen taraf BK. m. 31’de gösterilen sürelerde sözleşmeyi iptal edebilir, bu süre içinde açık hatasına rağmen sözleşmeyi onayladığını bildirebilir veya sözleşmeyi iptal etmeyerek, dolaylı olarak onaylayabilir. Sözleşme iptal edilinceye kadar geçerlidir⁴⁴³.

İptalden önce sözleşmenin iptal edilerek geçersiz mi kılınacağı yoksa onaylanarak sağlık mı kazanacağı belli olmadığından, sözleşmenin durumu geçerli olmak ve geçersiz olmak arasında belirsizdir. Bu durum, iptalden önce sözleşmenin “askıda hükümsüz” olduğu ile ifade edilmektedir. Fesih hakkına sahip kimse işlemi iptal ettiği takdirde, işlem baştan itibaren (ex tunc) ve kesin olarak geçersiz olur. Ancak, hak sahibi işlemi süresi içinde feshetmez veya fesih hakkından vazgeçerse (icazet verirse), işlem baştan itibaren ve kesin olarak geçerli hale gelir. Sözleşme geçerli hale gelince, iptalini istemeye yetkili taraf da artık borç altına girer⁴⁴⁴.

İptal kabiliyeti adı verilen bu hükümsüzlük, çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁵. Bir kısmında iptal hakkı sahibi sözleşmeyle başlangıçtan beri bağlı değildir. Fakat kanunda öngörülen süre içinde hakkını kullanmaz veya henüz süre bitmeden sözleşmeyi onayladığını bildirirse, sözleşme muteber hale gelir. Bu iptal edilebilirlik haline “düzelebilir hükümsüzlük” denilmektedir. Sözleşmenin hata, hile, ikrah ile sakat olduğu hallerde, düzelebilir bir hükümsüzlük söz konusudur⁴⁴⁶. BK m. 31’e göre, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde kişi ses çıkartmazsa sözleşmeyi onaylamış sayılacaktır. Belirtilmelidir ki, işçinin bir yıl içinde iptal hakkını kullanmaması durumunda işçi baştan itibaren sözleşme ile bağlı sayılacaktır. Bu süre içinde iptal hakkını kullandığı takdirde ise, işlem kesin

Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, 39 (Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik).

⁴⁴² AKYOL, Borçlar Hukuku, 173.

⁴⁴³ TAŞKENT, İptal Nedenleri, 169 vd.

⁴⁴⁴ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, 63-64; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, 125.

⁴⁴⁵ İptal nedenleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKENT, İptal Nedenleri, 169 vd.

⁴⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, 40-46.

olarak hükümsüz hale gelecek, karşı taraf da sözleşmeyle bağlılıktan kurtulacaktır. İptal hakkı ilgili tarafından kullanılmadıkça, hakim hükümsüzlüğü resen dikkate alamayacaktır. İptal hakkı karşı tarafa yöneltilen tek taraflı bir beyanla kullanılır; dava açmak gerekmemektedir.

İptal kabiliyetinin diğer şekli ise, “bozulabilir geçerlilik” tir. Borçlar Kanunumuzun 21. maddesinde düzenlenmiş olan “gabin” hali bu tarz bir iptal edilebilirliktir⁴⁴⁷. BK m. 21’e göre, bir sözleşmede taraflar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, sözleşme eğer taraflardan birinin müzayaka altında bulunmasından (zor durumda bulunmasından) veya hiffetinden (hafifliğinden) yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle meydana getirilmiş ise mağdur sözleşmenin kurulmasından itibaren bir sene içinde sözleşmeyi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilecektir. Bu durumda, muteberlik şartının eksikliğine rağmen sözleşme baştan itibaren hüküm doğurur. Fakat iptal hakkı sahibi bu hakkını kullanarak, sözleşmeyi baştan beri kesin olarak hükümsüzleştirebilir. Bu halde de iptal hakkının sözleşmenin kurulmasından itibaren bir sene içinde kullanılması gerekmektedir. Hak düşürücü olan bu sürenin geçmesiyle iptal hakkını kullanma imkanı kalmayacaktır⁴⁴⁸.

2. İş Güvencesinde Feshin Geçersizliğinin Anlamı

İş Kanununa göre, işveren iş sözleşmesini feshederken geçerli bir sebep göstermezse veya gösterdiği sebep geçerli değilse durum mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilir ve mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verir (m. 21). Burada feshin geçersiz olacağından bahsedilmesinin sebebi 25. maddedeki haklı nedenle yapılan feshin hukuki sonuçları ile 21. maddedeki mahkeme veya hakem hükmünün ayırt edilmesini sağlayarak feshin kanuna aykırı olduğunu söylemektir⁴⁴⁹.

Mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesinin tam (mutlak) geçersizlik anlamına geldiğini ileri süren bir görüşe göre, işverene işçiye işe başlatmak ya da başlatmayıp tazminat ödemek üzere bir seçimlik hak tanınmakta ve işe iade halinde dört aylık (yargılama süresi kadar) bir ücretin verilmesi öngörülerek tüm hakların (kural olarak) işçiye kesintisiz ödenmesi sağlanmaktadır. Zira, böylece geçersizlik kısmi değil, tam geçersizliktir⁴⁵⁰. Görüldüğü gibi geçersizliğin mutlak olup olmaması ile kastedilen, feshin geçersizliğine karar verilmesiyle bunun

⁴⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKENT, İptal Nedenleri, 180-181; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, 46.

⁴⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, 48-50.

⁴⁴⁹ ÇELİK, İş Güvencesi, 44; aynı yazar, İş Hukuku, 219.

⁴⁵⁰ GÜNAY, İş Hukuku, 467.

hiç yapılmamışçasına hüküm doğurup doğurmaması anlamındadır. Buna karşılık bir başka görüş, 21. maddede düzenlenmiş olan geçersizliğin, mutlak anlamda bir geçersizlik olmadığını ileri sürmektedir. Çünkü mutlak anlamda geçersizlik kararı verildiği zaman, iş ilişkisinin baştan itibaren hiç kesilmemiş sayılacağını, bu halde ise işverenin işçiyi işe almak ve işçiye en çok dört aylık değil, çalıştırılmadığı tüm süreye ilişkin ücretini ve diğer haklarını eksiksiz olarak ödemek zorunda kalacağını hatırlatmaktadır⁴⁵¹. 21. maddede düzenlenmiş olan geçersizliğin işçiyi işe başlatıp başlatmamaya göre farklı hukuki sonuçlara bağlandığı belirtilmektedir⁴⁵².

Feshin geçersizliğinin, İşK m. 18 vd. düzenlemesi ile kanunun bir iptal kabiliyeti (nispi butlan) hali olarak düzenlemiş olduğu üzerinde ısrar bir görüş ise, Borçlar Hukukundaki iptal kabiliyetinin, ilgilinin irade beyanı veya dava yoluyla kullanılabildiği halde, iş güvencesinde sadece açılacak bir dava ile ileri sürülebilecek olduğunu, bu davada hakimın vereceği hükme kadar feshin bozucu şarta bağlı olarak askı durumunda bulunduğunu ifade etmektedir. Bu görüş, işçinin kanunun düzenlemiş olduğu bir aylık dava açma süresi içinde dava yoluyla iptal hakkını kullanmadığı takdirde, askıda geçerlilik halinin sona ereceğini ve kural olarak feshin baştan itibaren geçerli hale geleceğini belirtmiştir⁴⁵³.

Geçersizliğin mutlak anlamda bir geçersizlik olmadığını kabul eden bir diğer görüş ise, geçersizliğin niteliğini, işçinin işe başlatılıp başlatılmamasının değil, feshin geçersizliğine karar verilmesinden itibaren işçinin on işgünü içinde işe başlamak için başvuruda bulunup bulunmamasının belirleyeceğini ifade etmektedir. İşçinin kanunda öngörülen süre içinde işverene başvurmadığı takdirde feshin geçerli sayılacağını ve işverenin sadece geçerli feshin sonuçları ile sorumlu olacağını (İşK. m. 21/5), feshin geçersizliğinin işçinin başvurma anına kadar askıda sayılacağını belirtmektedir. Başvurudan sonra geçersizliğine karar verilen feshin, hükümsüz hale geleceğini ve iş sözleşmesinin hiç feshedilmemiş gibi olacağını, işçi süresi içinde işe başlamak için başvurmuş, ancak işveren işçiyi işe başlatmamış ise önceki feshin hükümsüz kabul edilerek işverenin işçiyi işe başlatmadığı anda sözleşmenin feshedilmiş olacağını ifade etmiştir⁴⁵⁴.

Bize göre, iş güvencesi kapsamında iş sözleşmesinin geçersizliğinin anlamı belirlenirken, İşK. m. 21 hükmü esas alınmakla birlikte Borçlar Hukuku genel ilkelerinin gözden

⁴⁵¹ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 16; SÜZEK, İş Hukuku, 481; ÇELİK, İş Hukuku, 219; aynı yazar, İş Güvencesi, 44; ŞAHLANAN, Kapsam, 19; ALP, Feshe Karşı Koruma, 23.

⁴⁵² SÜZEK, İş Hukuku, 481; EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 16; ÇELİK, İş Hukuku, 219.

⁴⁵³ ENGİN Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003, 29-30 (İşletme Gerekleri ile Fesih).

⁴⁵⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 591-592.

uzak tutulmaması gerekmektedir. Çünkü, İşK. m. 21'deki geçersizlik hali iş sözleşmesinin feshine ilişkin olmakla beraber, temelinde Borçlar Hukukundaki geçersizliğin özel bir görünümüdür.

İşK. m. 18-21 düzenlemesi çerçevesinde iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği görünüm olarak Borçlar Kanunu m. 21-31'deki nisbi butlana (iptal edilebilirlik) benzemekle birlikte, burada geçersizlik, sebepleri, süresi, usulü gibi yönleriyle çok daha farklı bir rejime bağlanmıştır. Bu haliyle İşK. m. 21'de, kendine özgü (sui generis) bir geçersizlik halinin düzenlendiği söylenebilecektir.

Öncelikle belirtelim ki, Borçlar Hukukundaki “mutlak butlan” ile İşK. m. 21'in bir ilgisinin bulunmamaktadır. Yukarıdaki görüşlerde iş sözleşmesinin feshinin mutlak geçersizliğinden söz edilmektedir. Bununla işe iade davası sonrasında verilen “feshin geçersizliği” kararının, işverenin feshini tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kaldırdığının, hiç yapılmamışçasına bir sonuç doğurduğunun kastedildiği anlaşılmaktadır. Buna karşın Borçlar Hukukunda, açıklanan anlamda mutlak geçersizlik diye bir kavram bulunmamakta, hukuki işlemlerin mutlak butlanı ile nisbi butlanı ayırımına yer verilmektedir. Bu ayırım ise, butlanın sonuçlarına ilişkin olmayıp, ilgili hukuki işlemin (sözleşmenin) özellikle BK m. 19-20'deki kanuni unsurlarını taşıyıp taşımadığı ya da m. 21-31'de düzenlenen irade fesadı halleri ile sakat olup olmadığıdır. Gerçekten bir hukuki işlem mutlak ya da nisbi butlan ile batıl olduğu takdirde⁴⁵⁵, ilgili işlem baştan itibaren tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkacaktır. Bu çerçevede, İşK. m. 21 düzenlemesi bakımından anılan kuraldan ayrılmayı gerektirir esaslı bir neden bulunmamaktadır.

Diğer taraftan İşK. m. 21'deki feshin geçersizliği kararı üzerine işverene tanınan işçiyi işe başlatıp başlatmama yetkisinin de, geçersizlik kararının feshin baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldırması sonucu ile bir ilgisi yoktur. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, mahkemenin kararı ve ertesinde işçinin işverene yasal süresinde başvurusu ile feshin geçersizliğine dair İşK m. 18-21'deki süreç tamamlanacak, Borçlar Hukukundaki gibi bu fesih hiç yapılmamışçasına bir sonuç ortaya çıkacaktır. Yoksa, işverene tanınan işçiyi başvurusu üzerine bir aylık süre zarfında işe başlatıp başlatmama yetkisinin feshin geçerliliği/geçersizliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Burada zaten var olan, ancak işçinin başvurusu tarihinden itibaren iş görme ve ücret ödeme borçları askıda bulunan iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilip

⁴⁵⁵ Nisbi butlan hallerinde ilgili tarafından BK m. 31'deki bir yıllık yasal süresinde ileri sürülmesi şartı ile.

feshedilmemesi durumu söz konusudur. Çünkü yargılama konusu feshin işçiye bildirildiği⁴⁵⁶ tarih ile işe iade davası sonrasında işçinin işe başlamak üzere işverene başvurduğu tarih arasında, ortada hukuken askıda dahi olsa var olan bir iş sözleşmesi bulunmamakta; ancak İşK. m. 21 düzenlemesi gereği mahkemenin feshin geçersizliğini tespiti üzerine işçinin başvurusu ile sözleşme hiç feshedilmemişçesine bir sonuç doğmaktadır. Bu çerçevede işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamasının feshin geçersizliği ile bir ilgisi bulunmamakta, tersine işçinin işe başlatılmaması, işverenin sözleşmeyi feshetmesi anlamına gelmektedir.

İşK. m. 21’de, Borçlar Hukukundaki nispi butlana benzeyen, ancak sebep, başvuru süresi ve usulü ile diğer hususlar bakımından kendine özgü kuralları bulunan bir geçersizlik (butlan) haline yer verilmiştir:

İşK. m. 18-21 düzenlemesinde, BK m. 21-31’deki hata, hile, ikrahtan farklı olarak, İşK m. 18’deki gerekçelere dayanmayan, m. 19’daki usule uygun yapılmayan fesih işlemlerinin geçersiz olduğu esasına yer verilmiştir. Aslında fesih işlemi bakımından İşK. m. 18 ve 19’daki hususlar, hata, hile ve ikrahtaki iradeyi fesada uğratma (sakat kılma) gibi bir sonuç doğurmamaktadır; genel hukuk kurallarına göre ortada geçerli bir hukuki işlem söz konusudur. Ancak, iş hukukundaki işçinin korunması ilkesi çerçevesinde ona işini koruma güvencesi sağlamak maksadıyla, işverenin geçerli olmayan nedenlerle işten çıkarmalarının önüne geçilmek istenmiştir. Bu çerçevede işveren, ancak kanunda sayılmış olan geçerli nedenlerden birine dayanarak sözleşmeyi feshedebilecektir, ancak bu nedenlerin ne işverenin ne de işçinin irade fesadı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Kısaca *iş güvencesinde sosyal gerekçeler ile kendine özgü bir geçersizlik hali yaratılmıştır*.

Buradaki geçersizlik (butlan), BK m. 19’daki “kanunun kati surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet... bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler (hukuki işlemler) muteberdir” şeklindeki düzenlemeye benzer biçimde, İşK. m. 18 ve 19’daki emredici kanun hükümlerine aykırılıktan doğmaktadır; ortada adeta mutlak butlan söz konusudur. Çünkü İşK. m. 18-21’de geçersizlik yaptırımına bağlanan, işverenin İşK. m. 18 ve 19’daki kurallara uymayan, açıkçası kanuna aykırı bir fesih bulunmaktadır. Bu bağlamda iş güvencesindeki *geçersizliğin nedeni bakımından* mutlak butlan niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Ancak, geçersizliğin ileri sürülme şekli ve süresi bakımından İşK. m. 21’in, Borçlar Hukukundaki mutlak butlan ile bir ilgisi yoktur.

⁴⁵⁶ Bildirimli fesihlerde bu sürenin dolduğu tarihten itibaren.

İş güvencesi kapsamında olsun olmasın, kural olarak işverenin fesih bildiriminde bulunmasıyla bozucu yenilik doğuran bir hukuki işlem olarak feshe bağlanan tüm hüküm ve sonuçlar gerçekleşir; iş sözleşmesi sona erer. Ancak, iş güvencesi kapsamındaki fesihlerin, nisbi butlana benzer biçimde kanunda öngörülen sürece uyularak baştan itibaren hükümsüz bırakılması mümkündür. Kanunda bu feshe karşı bir dava yolunun öngörülmesi onun hüküm ve sonuçlarını doğurmasını engellemeyecek, geciktirmeyecektir, ortada askıda hükümsüz bir işlem (fesih) söz konusu değildir. İşe iade yargılaması süresince, sona ermiş bir sözleşme söz konusudur, yargılamada sözleşmeyi sona erdiren feshin İşK. m. 18 ve 19'a uygunluğu araştırılmaktadır.

Görünüm itibariyle benzemekle birlikte işe iade yargılaması süresince ortada askıda dahi olsa bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu bakımdan öğretide işe iade konusu yapılan fesih işlemlerinde askıda bulunan bir iş sözleşmesinin varlığından⁴⁵⁷ söz edilmesi, teknik hukuk bakımından doğru olmayacaktır. Çünkü iş sözleşmesinin askıda bulunması sözleşmenin yokluğu ile ilgili olmayıp, var olan iş sözleşmesinde geçici bir süre için işçinin iş görme, işverenin de ücret ödeme borçlarının durdurulmasıdır. Nasıl ki Borçlar Hukukunda ortada BK. m. 21-31 çerçevesinde iptal edilebilir bir işlem söz konusu olduğunda, bu BK. m. 31'e göre ileri sürülene değin tüm hukuki sonuçlarını doğurmaktaysa, iş güvencesi kapsamında işverenin feshinde de İşK. m. 21 uyarınca mahkeme tarafından geçersizliğinin tespiti ve devamında işçinin başvuru anına kadar fesih geçerli bir fesih olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu anlamda BK. m. 31 ile İşK. m. 21'in farkı, İşK. m. 21'de geçersizliğin ancak bir mahkeme kararı ile tespit edilebilecek olmasıdır.

Burada son olarak iş güvencesi kapsamında feshin geçersizliğinin tam olarak anlaşılabilmesi için, Borçlar Hukukundaki iptal edilebilirlik ile İşK. m. 21 düzenlemesini kısaca karşılaştırmak yerinde olacaktır.

BK. m. 31 düzenlemesine göre “Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan sözleşme ile mülzem olmayan taraf bu sözleşmeyi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, sözleşmeye icazet verilmiş nazariyle bakılır. Bu mehil, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren cereyan eder”.

Görüldüğü gibi irade fesadı ile batıl olan bir hukuki işlemin geçersizliği bir yıllık süre içinde ileri sürülebildiği halde, İşK. m. 20 hükmüne göre işçi feshin geçersizliğini bir ay içinde

⁴⁵⁷ DEMİR, İş Hukuku, 245.

ileri sürebilecektir. Bu bir yıllık ve bir aylık sürelerle uyulmamasının sonucu, hukuki işlemin (feshin) geçerliliğinin kesinlik kazanması, artık tartışmasız hale gelmesidir. Her iki süre de hak düşürücü niteliktedir; sürenin geçtiği hakim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur⁴⁵⁸.

Süre açısından bu farklılığın yanında bir fark da geçersizliğin ileri sürülme şeklinde bulunmaktadır. BK. m. 31 düzenlemesine göre bu herhangi bir usule tabi değildir. Önemli olan ilgilinin sözleşme (işlem) ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirmesidir; irade açıklamasının muhatabına ulaşması yeterlidir. Buna karşın İşK. m. 21 düzenlemesinde özel bir usule yer verilmiştir. İşK. m. 18 çerçevesinde iş güvencesi kapsamında bulunan bir işçi, işverence iş sözleşmesinin geçerli neden bulunmaksızın feshedildiği bir durumda, geçersizliği herhangi bir şekilde değil, İşK. m. 20 düzenlemesi doğrultusunda fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde iş mahkemesinde açacağı bir davayla ileri sürebilecektir. Bundan sonra, mahkeme feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığını irdelenecektir. Yapılan yargılamada hakim feshin İşK. m. 18 anlamında geçerli nedene dayandığını tespit ettiği takdirde, fesih yapıldığı andan itibaren geçerli olmuş kabul edilecek, aksine geçerli nedenin bulunmadığı kanısına varıldığı takdirde feshin geçersizliği tespit olunarak işçi işe iade edilecektir. Ancak geçersizliğin hükümlerini doğurması için mahkemenin bu kararı dahi yeterli olmayıp son olarak, işçinin yasal süresi içinde işverene işe başlamak üzere başvuruda bulunması gerekecektir. İşçinin başvuruda bulunmaması, işe iade davası hiç açılmamışçasına feshin geçerli olduğu sonucunu doğuracaktır.

İşte bu süreç eksiksiz tamamlandığı takdirde, fesih BK. m. 31'deki gibi baştan itibaren hiç yapılmamış sayılacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi, daha sonraki aşamada işverenin başvuru üzerine işe başlatıp başlatmama yetkisinin feshin geçersizliği bakımından bir etkisi yoktur.

Aşağıda tekrar üzerinde durulacağı üzere işçinin çalıştırılmadığı döneme ilişkin hak ettiği ücretinin kanunda dört ay ile sınırlanmış olmasının hukuki sonuçları itibarıyla geçersizlik ile bir ilgisi bulunmamakta; düzenleme işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasında kanun koyucunun sosyal tercihini yansıtmaktadır. Böyle açık bir sınırlama olmasaydı, geçersizliğin olağan sonucu olarak işçi geçersiz fesih ile başvuru tarihi arasındaki tüm döneme ilişkin ücretine hak kazanacaktı.

⁴⁵⁸ OĞUZMAN, Borçlar Hukuku, 140; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, 110.

Sonuçta İşK. m. 21’de iş güvencesi kapsamında feshin geçersizliğine bağlanan özel sonuçların, yapmaya çalıştığımız tespitler ışığında genel hükümlerden farklı olarak ele alınması gerekmektedir. Kanun koyucunun böyle ayırık bir düzenlemeye gitmiş olması, iş sözleşmesinin diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olması sebebiyle yerinde olmuştur.

3. Feshin Geçersizliğinin İşverene Seçimlik Bir Hak Vermesi

Kanunda, işverene, işçiyi işe başlatmak ya da tazminat ödeyerek bu yükümlülükten kurtulmak imkanı verilmesi, öğretide bu durumun bir seçimlik hak olarak görülüp görülemeyeceği tartışmalarına neden olmuştur.

Öğretide bir görüş, 21. madde hükmünün, işverene, işçiyi işe başlatma konusunda zorunluluk yüklediği, seçimlik bir hak vermediği, tazminatın bu zorunluluğun yaptırımı olarak öngörüldüğü kanaatindedir. Buna göre, iş sözleşmesinin esas olarak bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olup, sözleşmeye aykırı davranıldığında borcun ifa yerine tazminat ödeme yükümüne dönüşmesi doğaldır. 21. maddedeki işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödenecek tazminatın hakim tarafından belirlenmesinin sebebi tazminatın başka bir davaya konu edilmeyerek usul ekonomisinin gözetilmesidir. Bu görüş doğrultusunda, işverene seçimlik bir hak tanınmış olsaydı, hak eşitliği gereği, işçiye de aynı hakkın tanınması gerekirdi⁴⁵⁹.

Bize göre, kanun işverene işçiyi işe başlatmak veya başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde bir seçimlik bir hak vermektedir⁴⁶⁰. Gerçekten 21. maddede, “... işveren işçiyi...işe başlatmak zorundadır...işe başlatmazsa, işçiye...tazminat ödemekle yükümlü olur” denmektedir. Kanun koyucunun maddeyi düzenlerken kullanmış olduğu “zorundadır” ifadesi işçiyi işe başlatmak hususunda işverene bir yükümlülük getirdiği izlenimini uyandırır da, maddenin tamamını okuduğumuzda, işverenin işçiyi işe başlatmadığı takdirde işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeyeceği görülmektedir. O halde, burada kanun koyucunun bilinçli olarak işverene seçimlik bir hak verdiğini ve Borçlar Hukukuna ilişkin yükümlülüklerle uygulanan yaptırımlardan kaçındığını kabul etmek gerekir. Kanun koyucu, iş güvencesinin amacı olan iş ilişkisinin devamlılığını sağlamak için iyiniyetli bir temennide bulunmuş ve “işveren işçiyi işe başlatmak zorundadır” demiştir. Yani, kuralı koymuştur. Ama hemen akabinde, işverenden zorla işçiyi çalıştırması istenemeyeceği için bir yaptırım getirmiş ve

⁴⁵⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 592-593.

⁴⁶⁰ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 16; aynı yazar, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 59; GÜZEL, İş Güvencesi, 106; ÇELİK, İş Güvencesi, 45; aynı yazar, İş Hukuku, 214; SÜZEK, İş Hukuku, 481; TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 10; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 135; ALPAGUT, İş Güvencesi, 246; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 261.

seçimlik bir hak öngörmüştür. Borçlar Hukukundaki yaptırımdan farklı olarak da sınırlayıcı davranmıştır. Belirtelim ki, burada amaç, işçinin korunması olduğu kadar işverenin de korunmasıdır. Seçimlik bir hak olmamış olsaydı, kanun koyucu “zorundadır” ifadesinin hemen akabinde yaptırımı düzenlemezdi. Bu durumda sorunun Borçlar Hukukunun genel hükümlerine göre çözümlenmesi gerekirdi. Bu anlamda da, BK m. 96 ve devamı maddeleri gereği, alacaklı borçludan zararını isteyebilir, bir şeyin yapılmasına müteallik borç borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilirdi. Ancak iş sözleşmesi borcun yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırım bakımından diğer sözleşmelerden farklıdır. Diğer sözleşmelerde, borçlu borcunu ifa etmiyorsa, bu borç başkasına ifa ettirilebilir, masrafı da borçludan alınabilir. Ancak, iş sözleşmesinde işverene işçiyi zorla çalıştırtması ya da işçinin istediği ifayı masrafı borçluya ait olmak üzere gördürmesi mümkün değildir. Bu sebeplerle, kanun koyucu burada genel hükümlerden ayrılarak işverene bir seçimlik hak tanımıştır. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir⁴⁶¹.

Borçlar Hukuku anlamında bir yüküm ve tazminat öngörülmüş olsaydı, işverenin işçiyi işe başlatmamasının yaptırımının daha ağır olacağını da belirtmek gerekir. Zira bu durumda, sözleşme baştan itibaren geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracak yani işçi geriye dönük tüm ücretini alacaktı. İşveren işçiyi işe başlatmadığı sürece alacaklı temerrüdünde olacaktı. Ama kanun koyucu burada bir sosyal tercih yapmış, bir sınır koymuş ve yargılamanın tamamı boyunca değil, yalnız dört aylık ücretin ve diğer hakların ödeneceğini öngörmüştür.

Öğretide işverene tanınmış olan seçim olanağının, iş güvencesini etkisiz hale getirdiği, aynı zamanda Anayasanın 49. maddedeki çalışma hakkını, demokratik toplum düzeninin gerekleri dışında, ölçüsüzce ve ilgili maddedeki sınırlama nedenlerine uymadan sınırlandığı, söz konusu düzenlemenin Anayasanın 13. maddesine de aykırı olduğu ifade edilmektedir⁴⁶².

Belirtilmelidir ki, işverene tanınan bu seçim hakkı 158 sayılı ILO Sözleşmesine uygundur. Zira, 158 sayılı ILO Sözleşmesi “Bu sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen merciler (iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız merciler) son verme işlemini haksız bulurlarsa ve son verme işlemini iptale ve/veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye

⁴⁶¹ Yargıtay bir kararında “...Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak yasa işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma ya da maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanımaktadır” şeklinde hüküm kurmuştur. Y9HD, 06.12.2004, E. 2004/28355, K. 2004/26161, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 4, 2005, 302.

⁴⁶² ŞAKAR, 223-224.

ulusal mevzuat veya uygulamalara göre yetkili değillerse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır” (m. 10) denmektedir.

Geçerli nedene dayanmayan feshin hukuki sonucu olarak işe iade veya tazminat ödenmesi noktasında iki hukuki sitem bulunmaktadır⁴⁶³.

Alman Hukukunun başlıca örneğini oluşturduğu ilk sistemde işe iade kuralıdır. Ancak yargıç, talep üzerine taraflar arasında iş ilişkisinin devamının mümkün olmadığına kanaat getirirse, işe iade yerine tazminata hükmedebilecektir. Mahkemenin işe iadeye hükmettiği durumda ise işverenin işçiyi işe alma hakkı bulunmamakta ve işveren alacaklı temerrüdüne düşerek geçerli fesih nedeni ortaya çıkıncaya kadar işçiyi çalıştırmak veya çalıştırmadan ücretini ödemek zorunda kalmaktadır⁴⁶⁴.

Fransız Hukukunun benimsediği ikinci sistemde de işe iade temel alınmakla birlikte, mahkeme aşamasında işçi ve işverene seçim hakkı tanınmakta, böylece uyuşmazlık mahkeme aşamasında son bularak iş ilişkisinin geleceği açıklığa kavuşturulmaktadır⁴⁶⁵.

1992 tarihli İş Güvencesi Yasa Taslağı ise, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunundan esinlenmiş ve feshin geçersizliği halinde işçinin işe iadesine karar verilecek olması ile birlikte, işe iadenin taraflar bakımından katlanılamaz olduğunun mahkeme tarafından tespiti halinde, işverenin oniki aylık ücret tutarında tazminat ödemeye mahkum olacağını kabul etmişti⁴⁶⁶.

Kanundaki bu düzenleme temelde bu esaslarla uyum içinde olmakla birlikte, seçim hakkının mahkemeye değil, işverene tanınmış olması bakımından farklılık taşımaktadır. Bu noktada öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamak noktasında bir seçim hakkı varsa, işçinin de aynı şekilde seçim hakkına sahip olması gerekmektedir. Kanunda, işçiye seçim hakkının tanınmamış olması işçinin hem çalışma hem de seçme özgürlüğünü sınırlamaktadır. İşçiye tazminattan vazgeçerek işe dönme ile işe dönmeyerek ücret ve tazminat talebi arasında seçim yapma hakkının tanınması uygun olacaktır⁴⁶⁷. Hatta, işçi

⁴⁶³ Bu sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALPAGUT, Feshe Karşı Koruma, 100 vd.

⁴⁶⁴ ALPAGUT, İş Güvencesi, 204-205.

⁴⁶⁵ GÜZEL, Genel Görüşme, 284-285; benzer yönde Alpagut, işçinin seçim hakkını inkar etmemekle birlikte işverenin seçim hakkının varlığı üzerinde durmuştur. ALPAGUT, İş Güvencesi, 204-205.

⁴⁶⁶ ÇELİK, İş Güvencesi, 44-45.

⁴⁶⁷ EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 37; ALP, Feshe Karşı Koruma, 27

ve işverenin mahkeme aşamasında işe iade konusunda ne istediklerini açıklamaları ve yargıca mevcut duruma göre bir değerlendirme yaparak, iş ilişkisinin yeniden tesisinin beklenemez olduğu hallerde sadece tazminata hükmedebilme yetkisinin tanınması daha uygun bir çözüm olacaktır⁴⁶⁸.

4. Feshin Geçersizliğinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Sonuçları:

İş sözleşmesinin feshinin ardından işe iade davası açan işçi, bu davayı kazandığı takdirde, başvurusu üzerine işverenin işe başlatma ya da başlatmama kararına göre, o işyerinde çalışmaya devam edecek ya da etmeyecektir. İş güvencesi kurumunun amacı tazminat veya işvereni cezalandırmak değil, işçinin geçerli neden olmaksızın işten çıkartılmasının önlenmesidir. Sözleşmesi geçerli bir neden olmadan feshedilen işçi, İş Kanununun kendisine tanıdığı işe iade davası neticesinde işine iade edilmek istemektedir. İş Kanununa ilişkin durum böyle olmakla beraber, geçerli olmayan nedenlerle iş sözleşmesini fesheden işverenin, TCK. anlamında bir sorumluluğunun doğup doğmayacağı önem taşıyacaktır.

Ceza Hukukunun temel ilkesi olan, “Suçta ve cezada kanunilik” ilkesi gereği, TCK’da bu konuya ilişkin bir suçun ve cezanın varlığı halinde işverenin ceza hukuku anlamında bir sorumluluğu olacaktır. TCK. m. 117’de, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali başlığı altında düzenlemiş olan suçun, işverenlerin yapmış oldukları geçersiz fesihleri de kapsayıp kapsamadığının irdelenmesi yararlı olacaktır.

TCK m. 117/1, “Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikayeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verileceğini” belirtmiştir. Bu fıkra, iş ve çalışma hürriyetinin engellenmesi suç sayılmıştır. Ancak bu suçun oluşması, suçu işleyen cebir veya tehdit kullanması ya da benzeri nitelikte bir hukuka aykırı davranışın bulunması şartına bağlanmıştır. İş sözleşmesini geçerli bir neden bulunmadan fesheden ve işe iade davası neticesinde yapmış olduğu fesih geçersiz sayılan işveren, hukuka aykırı bir davranışla, işçinin iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmesine rağmen, fiilinde suç unsurlarından biri olan cebir veya tehdit ya da

⁴⁶⁸ GÜZEL, İş Güvencesi, 105-106; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 65; aynı yönde ENGİN, Türk Hukukunda yargı kararı ile işverene takdir hakkı tanınmasının hukuk tekniğine aykırı olduğu ile birlikte, bunun iş güvencesinin amacı yönünden de uygun olmadığını ifade etmiştir. ENGİN, İşletme Gerekleri ile Fesih, 31-32. ÇELİK ise, yasal düzenlemedeki tercihin tartışılabilirliğini; ancak, yazarca (Engin tarafından) öne sürülen aksine, hukuk tekniğine bir aykırılığın ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. ÇELİK, İş Hukuku, 218, dn. 98c; DURAN Abdurrahman, Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunun 21. Maddesi “Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 3, 2004, 814 (21. Madde).

benzeri nitelikte hukuka aykırı bir davranış söz konusu olmadığı için, işverenin bu fıkra anlamında suçlu olduğu söylenemeyecektir.

TCK m. 117/2’de ise, kimsesizleri rızaları ile de olsa, sömürerek insan onuruna aykırı biçimde ve koşullar altında çalıştırmanın suç olduğu düzenlenmiştir. Bu fıkra sözleşmenin feshinden değil, kötü şartlarda da olsa sözleşmenin devamından bahsedilmektedir.

Üçüncü fıkra, ikinci fıkraya ilişkin olarak bir suç gösterilmişken, dördüncü fıkra ayrı bir suç tanımlanmıştır. TCK m. 117/4’te, cebir veya tehdit kullanılarak, işçi veya işverenlerin ücretlerini azaltıp çoğaltmak veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmaları kabulüne zorlamak ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olmak yaptırıma bağlamıştır. Cebir ve tehdit ile oluşan bu suçun da, işverenin eylemini karşılar nitelikte olmadığı açıktır. Dolayısıyla, işverenin işçileri geçerli olmayan nedenlerle işten çıkarması, TCK anlamında bir suç olarak tanımlanmamıştır. Bu nedenle iş sözleşmeleri geçerli bir neden olmadan feshedilen işçilerin ellerindeki tek imkan iş güvencesi kapsamında olmak koşuluyla, işe iade davasıdır.

§ 7. İŞÇİNİN ÇALIŞMAK İÇİN İŞVERENE BAŞVURMASI

I. Genel Olarak

Feshin geçersiz sayıldığına ilişkin kararın işçiye tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işe başlamak üzere işverene başvuruda bulunması gerekmektedir. İşçinin başvuruda bulunmaması halinde fesih geçerli bir fesih haline gelir (m. 21/5). Bu demektir ki, işe iade davası açan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması, işçinin işe başlamak üzere başvuruda bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla, işçinin işe iade değil, tazminat veya çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretini istemesi, kanunun aradığı anlamda bir başvuru olarak değerlendirilemeyecektir.

Öğretide, başvurunun geçerli olması, feshin geçersiz sayılmasına ilişkin karardan sonra işçinin işe başlamak istemesine bağlanmaktadır. İşçi işe iade değil, tazminat ve çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretini ister veya “işe iade başvurusunu geri alırsa”, işe başlamak üzere yapmış olduğu başvurunun, hiç yapılmamış sayılacağı ve işverenin yapmış olduğu feshin geçerli hale geleceği ifade edilmektedir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ DEMİR, İş Hukuku, 239; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 593; ALPAGUT, İş Güvencesi, 246; GÜVEN/AYDIN, İş Hukuku, 132; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 257-259.

İşçi işverene başvurarak, mahkemenin geçersizliğe dair kararını işler hale getirmektedir. Çünkü mahkemenin geçersizlik kararı tek başına feshin geçersizliği etkisini doğurmamakta, yukarıda belirtildiği gibi, fesih, işçinin süresinde işe başlama iradesini açıklamasıyla yani başvurusuyla (ex tunc olarak) baştan itibaren tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkmaktadır. İşverenin bir aylık yasal sürede işçiyi işe başlatmaması bu sonucu değiştirmeyecektir. Çünkü işverenin işe başlatmaması, işçinin işe başlama yönündeki irade açıklaması ile tekrar yürürlük kazanan iş sözleşmesinin ancak ileriye dönük-ex nunc olarak sonuç doğuracak şekilde feshi anlamına gelecektir.

Nitelik olarak bu irade açıklamasının (başvurunun) kurucu yenilik doğuran bir hukuki işlem olduğu söylenebilecektir. Çünkü mahkemece geçersizliğine karar verilen fesih işlemi, yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmuş, iş sözleşmesini sona erdirmiştir. İşçinin başvurusu, tek taraflı kurucu yenilik doğuran bir işlem olarak, işverenin kabulüne yani işçiyi işe başlatıp başlatmamasına bağlı değildir. Başvurunun yapılmadığı ihtimalinde, fesih geçerli bir fesih gibi sonuç doğuracak, adeta işçi hiç dava açmamış olacaktır. Başvuru yapıldığında ise, bununla feshin geçersizliği işlerlik kazanır ve kural olarak sözleşme hiç kesilmemiş sayılmasını sayılır⁴⁷⁰.

II. Başvuru Süresi

İş Kanunu m. 21/5'te belirtildiği üzere, işçinin geçersiz feshin sonuçlarından yararlanabilmesi için "kesinleşen" mahkeme veya özel hakem "kararının tebliğinden itibaren on işgünü" içinde işe başlamak için işverene başvurması gerekmektedir⁴⁷¹.

Kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on işgünü denildiği için, mahkeme veya özel hakem kararının kesinleşmesi ve bunun tebliğ edildiği tarih önem taşıyacaktır. Bu çerçevede kararın kesinleşmesini, temyiz edilip edilmemeye göre ikiye ayırmak gerekir. İş Mahkemeleri Kanununa göre, yerel iş mahkemesi nihai kararını tarafların yüzlerine karşı verdiği takdirde temyiz süresi, bu tarihten itibaren sekiz gündür (İşMahK. m. 8). Aksine söz konusu nihai karar taraflardan birinin yokluğunda verildiği takdirde, İşMahK. m. 15 gereği, bu kanunda bir açıklık

⁴⁷⁰ Bu bakımdan işe iade davasının devam ettiği dönemde iş sözleşmenin askıda bulunduğunu söylemek hatalı olacaktır. Çünkü yargılama konusu fesih geçerli bir nedene dayanmasa dahi, muhatabına ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurmuş, iş sözleşmesini sona erdirmiştir. İşe iade davası açılmış olması, geçerliliği tartışılan feshin hukuki sonuçlarının ortaya çıkmasına engel oluşturmayacaktır.

⁴⁷¹ 4773 sayılı Kanun döneminde bu süre m. 13/D'de düzenlendiği üzere altı işgünüydü. 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında da işçinin altı işgünü içinde işverene başvurması öngörülmüşken, daha sonra başvuru süresinin on işgünü olmasına karar verilmiştir. 21. maddeye ilişkin Hükümet Gerekçesi için bkz. UÇUM/ÇAKMAKÇI, İş Kanunu, 54.

olmadığı için HUMK’a gitmek gerekecektir. HUMK m. 393’e göre, süreler ilamın iki taraftan her birine verildiği tarihten itibaren başlayacağı için sekiz günlük temyiz süresi, gerekçeli kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar.

İş mahkemesinin işe iade ile ilgili kararı sekiz günlük süresinde taraflardan biri tarafından temyiz edildiği takdirde dava Yargıtaya intikal edecektir. İşe iade davaları ile ilgili Yargıtayın temyiz incelemesinin özelliği, vereceği kararın kesin olmasıdır (İşK. m. 20/3). Yargıtayca nasıl karar verilirse verilsin, buna karşı bir kanun yolu söz konusu değildir. Yüksek Mahkemenin kararı, işe iade kararının kesinleşmesi anlamına gelir. Bu karar sonrasında dosya yerel iş mahkemesine iade edilecek, iş mahkemesi de Yargıtay kararını taraflara tebliğ edecektir. İş mahkemesince Yargıtay kararının işçiye tebliğ edilmesi ile kanunda öngörülen “kesinleşen kararın işçiye tebliği” söz konusu olacağından, kararın işe iade yönünde kesinleşmiş olması şartıyla işçinin işverene başvuracağı on işgünlük süre, tebliğden sonraki gün itibariyle işlemeye başlar.

Karar, sekiz günlük sürede her iki tarafça da temyiz edilmediği takdirde ise, işe iade kararı kesinleşmiş olacaktır. Bu kesinleşmeyi takip eden süreçte, kararın kesinleştiği işçiye (ve işverene de) iş mahkemesi tarafından tebliğ edilecektir. İşçinin işverene başvurabileceği on işgünü süre, bu tebliğ gününden sonraki gün başlayacaktır. Mahkeme kararının ne zaman tebliğ edildiği dosya kayıtlarına veya başka herhangi bir şekilde tespit edilemiyorsa işçinin beyanına bakılmak suretiyle belirlenecektir⁴⁷².

Dava dosyasından işçinin kararı tebellüğ tarihine bakılacak ve bu tarihten itibaren on işgünü sayılacaktır. Sürenin hesabında tebliğin yapıldığı gün dikkate alınmayacak, ertesi günden itibaren onuncu günün dolduğu tarihte on işgünü süre bitecektir. Bir diğer husus da, son günün tatil gününe geldiği hallerde sürenin, tatilin ertesinde ilk işgününde sona ermiş kabul edilecektir (HUMK m. 161 ve m. 162).

Başvuru süresi niteliği itibariyle hak düşürücü bir süredir⁴⁷³. Maddede işçiye tebliğden itibaren on işgünü içinde başvuruda bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Tarafların iddia veya savunması olmasa dahi başvurunun süresinde yapıldığı hakim tarafından kendiliğinden nazara alınır. İşçi başvurmazsa başvuru ile elde edeceği imkanları kaybeder ve fesih geçerli hale gelir (m. 21/5).

⁴⁷² ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 257.

⁴⁷³ GÜZEL, İş Güvencesi, 110; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 257; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 593; DEMİR, İş Hukuku, 239.

Sürenin niteliği konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, sürenin kanunda “gün” olarak değil, “işgünü” olarak belirlenmiş olmasıdır. Bunun önemi, sürenin işgünü olarak belirlendiği hallerde resmi tatil günlerinin hesaba katılmayacak olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁷⁴.

İş Hukuku uygulamasında sürenin işgünü olarak tespit edildiği hallerde cumartesinin sürenin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı, cevaplanması gereken önemli bir sorudur. Kanunda, belirli bir işgünü içinde yapılması gereken işlemin noter, mahkeme gibi resmi mercilerin katılımı ile yapılabileceği hallerde cumartesi ve pazar günlerinin sürenin hesabında dikkate alınmaması gerekmekte; ancak bunun dışında kalan, somut örnekte olduğu gibi, ilgililerinin tek başına yapabildikleri ya da muhatabının da cumartesi günleri faaliyetini sürdürdüğü hallerde sadece kanun gereği hafta tatili günü sayılan pazar günü “işgünü”nün hesabında dikkate alınmayacaktır.

Bu açıklama ışığında denilebilir ki, işe iade kararı ertesinde işe başvuru şartı bakımından on işgünü hak düşürücü sürenin hesabında hafta tatili günü pazar dışında haftanın altı günü dikkate alınacaktır. Ancak, işçinin tatil günü yapmış olduğu başvuru, işverene ulaşmış olmak kaydıyla geçerli kabul edilmelidir⁴⁷⁵.

III. Başvuru Usulü

Kanunda işe iade kararının kesinleşmesi üzerine işçinin işverene başvuracağı düzenlenmiş, ancak bu başvuru için özel bir usul öngörülmemiştir. Bu bakımdan önemli olan işçinin işe başlama iradesinin işverene ulaşmasıdır. İşçi sözlü ya da yazılı olarak başvuruda bulunabilecektir⁴⁷⁶. İşçinin işe iade başvurusunu kendi işverenine; asıl-alt işveren ilişkisinde, alt işverene, geçici iş ilişkisinde, sürekli işverenine yöneltmesi gerekmektedir. Örneğin, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, işe iade yükümlülüğü alt işverene ait olup, asıl işverenin böyle bir sorumluluğu olmadığı için, asıl işverene yapılan iş başvurusu sonuç doğurmayacaktır⁴⁷⁷.

İşe iade yargılaması ertesinde iş güvencesine ilişkin sonuçların tümü işçinin işverene başvurması koşuluna bağlandığından, başvurunun yapıldığının ispatı çok önemli bir hale gelmiştir. İşçinin başvuruda bulunduğunu her türlü delille, tanıkla veya yazılı olarak ispat etmesi

⁴⁷⁴ OĞUZMAN Kemal, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C. 1, 4. bası, İstanbul 1987, 177.

⁴⁷⁵ DEMİR, İş Hukuku, 239; aynı yazar, Geçerli Sebeple Fesih, 495.

⁴⁷⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 593; DEMİR, İş Hukuku, 240.

⁴⁷⁷ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 37.

mümkündür. Ancak, işçinin işverene başvurusunu yazılı olarak ve özellikle de noter aracılığıyla ya da iadeli taahhütlü posta yoluyla yapması, ispat konusunda kolaylık sağlayacağı için daha uygun olacaktır. Unutulmamalıdır ki, işçinin işe başlama iradesinin kararın kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işverene “ulaşması” gerekmektedir. Bu bakımdan başvurunun bizzat değil de noter ya da posta vasıtasıyla yapıldığı hallerde, postada geçecek sürenin de dikkate alınması hayati önemi haizdir. Başvuru hususunda işçinin iradesi, söz konusu bildirimin noter ya da postaya verildiği tarihte değil, muhatabı işverene ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, postada yaşanacak gecikmeler hak kayıplarına sebep olabilecektir. Kararın kesinleşmesinden hemen sonra yapılacak başvuruların noter ya da posta yoluyla yapılmasında herhangi bir sakınca bulunmamakla birlikte, on işgünü sürenin dolmasına bir iki gün kaldığı hallerde başvurunun bizzat yapılması daha sağlıklı olacaktır⁴⁷⁸.

İşçinin başvurusunu noter aracılığıyla yapmamış olması halinde, işe başlamak üzere başvuruda bulunduğunu ispat etmesi zorlaşacak ve bu konuda işçi ile işveren arasında uyuşmazlıklar çıkabilecektir. Bu durumda işverenin, işçinin on işgünü içerisinde işe başlamak üzere başvurmadığı iddiasıyla iş mahkemesinde menfi tespit davası açması mümkün olacaktır⁴⁷⁹.

Bir noktanın altını çizmek gerekir ki, İşK. m. 21/5 çerçevesinde işçinin işverene başvurusunun, İş Kanunu çerçevesinde yapılacak bildirimlerin yazılı yapılmasını öngören 109. madde ile doğrudan ilişkilendirilmesi mümkün olmamakla birlikte, bu düzenlemedeki “Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir” hükmünün burada kıyasen uygulama alanı bulması mümkündür. Örneğin işçinin bizzat işyerine giderek başvurduğu durumlarda, başvurunun yapılmış olduğu burada hazırlanacak bir tutanakla tespit edildiği takdirde, işçi artık bir ispat sorunu yaşamayacaktır.

İşçi, işe başlamak istediğine ilişkin başvuruyu işverene doğrudan kendisi yapacaktır. Bu hususta üzerinde özellikle durulması gereken önemli nokta, işçinin bu başvuruyu vekil aracılığıyla yapıp yapamayacağıdır. Çünkü iş sözleşmesinin taraflarının ve özellikle de işçinin kişiliğinin ön planda olması ve işçinin işi bizzat görmekle yükümlü olması nedeniyle, işçinin işe başlamak üzere bizzat başvurması gerektiği ileri sürülebilir. İşçinin işe başlamak üzere başvurusu, HUMK m. 63⁴⁸⁰ ve BK’daki m. 388⁴⁸¹’deki temsil ve vekaletin yasaklandığı ya da

⁴⁷⁸ DEMİR, İş Hukuku, 240.

⁴⁷⁹ EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 139.

⁴⁸⁰ HUMK m. 63: Sarahaten mezuniyet verilmemişse vekil sulh olamaz ve aharı tahkim veya ibra ve davadan hiçbir suretle feragat veya hasmın davasını ve teklif olunan yemini kabul veya mahkûmünbihi kabız ve haczi fekkedemez. Yeminin kabul veya reddini beyan için salahiyet ancak yemin edecek kimse tarafından yemin teklif olunan meseleye ittıla kesbettikten sonra verilebilir.

sınırlandığı hükümlerde gösterilmemiştir. Bu sebeple, işe iade davasını vekil aracılığıyla yürütmüş olan işçinin, işe başlama iradesinin bizzat kendisi veya vekili tarafından yapılmasında hukuki bir engelin bulunmadığını söylemek hatalı olmayacaktır.

Öğretide, işçinin başvuru şartı yerine “işverenin çağrıda bulunma şartı”nın getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna gerekçe olarak ise, işçinin kesinleşen mahkeme kararının karşı tarafa zamanında tebliğ ettirilmesi için “tebligat masraflarının gecikmeden yatırması”nın gerekmesi ve on işgünü içinde noter vasıtasıyla başvuru yapıp, işçinin ikinci bir masraf yapması gösterilmiştir. İşverene, belli bir sürede, işçiye işe çağırma zorunluluğu getirildiği takdirde, başvuru zorunluluğu konusunda karşılaşılabilecek riskler işçinin üzerinden alınmakta böylece, iş hukukunun işçinin korunması amacına ve iş güvencesi felsefesine uygunluk sağlanmış olmaktadır⁴⁸².

IV. Başvurunun Sonuçları

1. Geçersiz Feshin Tüm Sonuçları ile Ortadan Kalkması

Daha önce de ifade edildiği gibi, işverenin işçinin iş sözleşmesini, fesih sebebini göstermeden ya da geçerli olmayan bir sebep göstererek feshettiğinin mahkemece tespit edilmesinden sonra, işçi işe başlamak üzere süresinde işverene başvurduğu takdirde, fesih geçersiz sayılır ve işverenin işçiye işe iade borcu doğar. Feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmesi, bir eda hükmü (bir şeyin yerine getirilmesi) olduğu için, ilamlı icra kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak işe iade etmemeye ilişkin olarak kanunda işverene seçim hakkı tanınmış olduğu için, ilamlı icranın konusu olan eda hükmü yerine getirilemez⁴⁸³.

İşverenin yapmış olduğu fesih beyanının geçersiz olmasının anlamı, iş ilişkisinin hiç kesintiye uğramaksızın devam etmiş sayılmasıdır. Böylelikle işçi, işveren tarafından çalıştırılmadığı söz konusu döneme ilişkin olarak, iş sözleşmesinden doğan geçmişe dönük tüm haklarını kazanmış olacaktır. Ancak 21. maddede feshin geçersiz sayılacağına ifade edilmiş

⁴⁸¹ BK m. 388: Vekalet akdinin şümulü mukavele ile sarahaten tespit edilmemiş ise, taalluk eylediği işin mahiyetine göre tayin edilir. Vekalet, vekilin takabbül eylediği işin yapılması için icabeden hukuki tasarrufları ifa salahiyetini şamildir. Hususi bir salahiyeti haiz olmadıkça vekil, dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, hibe edemez, bir gayrimenkulu temlik veya bir hak ile takyit edemez.

⁴⁸² DEMİR, İş Hukuku, 241; aynı yazar, Geçerli Sebep Fesih, 496-497.

⁴⁸³ ÖZEKES, İşe İade, 163.

olmasına rağmen maddeye iş sözleşmesinin hiç sona erdirilmemiş gibi devam etmesini sağlayan bir düzenleme konulmamıştır⁴⁸⁴.

2. Dört Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi

İşçinin işverence çalıştırılmadığı sürenin ne kadarının kıdem süresine ekleneceği hususu, iş sözleşmesinin ne zaman sona ermiş sayılacağına göre değişecektir.

Yargıtay konuya ilişkin bakışını şu ifadelerle açıklamıştır: “...İşe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmekle, iş ilişkisi kesintisiz devam eder. Davacının işverence işe başlatılmadığı tarihte iş ilişkisi sonlandığından, kıdem tazminatı hesabında bu tarihteki tavanın gözetilmesi, **kıdem tazminatına esas alınacak sürenin tespitinde ise feshi izleyen dört aylık sürenin dikkate alınması gerekir**”⁴⁸⁵.

Görüldüğü gibi Yargıtay feshin işverenin işçiye işe başlatmaması halinde gerçekleştiğini ifade etmektedir. Ancak, Yargıtayın kararı incelendiğinde, feshin işverenin işçiye işe başlatmadığı tarihte değil, işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün sona erdiği dört aylık çalıştırılmayan sürenin sonunda sona erdiği anlamı çıkmaktadır ki, öğretide bu hususa değinilmiştir⁴⁸⁶. Bu görüşe göre, işçinin feshin geçersiz sayılmasından itibaren ancak dört aylık ücretle sınırlı olarak çalıştırılmadığı sürenin ücretini isteyebilmesi, bunun iş sözleşmesinin en çok dört ay daha devam ettiği ve haklarının en fazla bu dört aylık süreyi daha kapsayacağı anlamına gelmektedir. Bu kabulün sadece karara konu olan ihbar-kıdem tazminatı meselelerinde değil, bireysel ve toplu iş hukukuna ilişkin pek çok konuda da tutarlı neticelere ulaşmaya vesile olacağı belirtilmektedir⁴⁸⁷.

Aynı doğrultuda başka bir görüş ise, yargılamanın uzamasının tek sebebinin işveren olmadığını, iki taraf menfaatleri arasında bir denge kurulması gerektiğini, dört aylık ücret ve diğer haklardan bahsedilmesi sebebiyle bu dört aylık sürenin işçilik haklarının söz konusu olduğu bir dönem olarak kabul edileceğini, dolayısıyla ihbar-kıdem tazminatı hesaplanacağı

⁴⁸⁴ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 16

⁴⁸⁵ Y9HD, 12.04.2005, E. 2004/18066, K. 2005/12952, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005, 1333-1334; aynı yönde, Y9HD, 28.04.2005, E. 2005/886, K. 2005/14880, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 720.

⁴⁸⁶ Y9HD, 6.12.2004, E. 2004/28355, K. 2004/2029. Karar ve incelemesi için bkz. ŞAHLANAN Fevzi, İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Dört Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 304, Nisan 2005, 44-45 (Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi).

⁴⁸⁷ ŞAHLANAN, Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi, 45; aynı yönde, SOYER, Feshe Karşı Koruma, 90.

zaman o dört aylık sürenin, işçilikte geçmiş süre olarak değerlendirilmesi gerektiğini, diğer sürelerin bu kapsamda olmayacağını ifade etmektedir. Dört aylık ücret tutarında tazminat denilmesinin daha uygun olacağını, böylelikle ne kadar sürenin işçilikte geçmiş süre olarak değerlendirileceğine ilişkin bir tartışmanın da çıkmayacağını belirtmektedir⁴⁸⁸.

Yargıtayın “feshin geçersizliğine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği” yönündeki ilk tespitine katılmaktayız. Ancak bu tespitten sonra yapılan açıklamalar ile varılan sonuç için aynı şekilde neticeye varmak mümkün olmayacaktır. Zira, Yargıtay mahkemece geçersiz sayılan fesih ile işe iade ertesinde işçinin başvurusu üzerine işverenin işçiyi işe başlatmayarak yaptığı kabul edilen fesih arasındaki dönemde iş ilişkisinin devam ettiğini kabul etmekte, ancak devamında bu süreyi işçinin kıdeminin hesabında dikkate alınması gereken bir hal olarak görmemektedir. Bunun gerekçesi olarak da işçinin çalıştırılmadığı dönemdeki “ücreti ve diğer hakları”nı dört ay ile sınırlayan İşK. m. 21/3 hükmünü göstermektedir. Daha açık bir deyişle bu görüşte, kanundaki sınırlamanın ücret ve diğer parasal hakların yanında işçinin kıdemi ile ilgili konular bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Yargıtayın içtihadının benimsendiği ihtimalde dört aylık sürenin dolduğu tarih ile işçinin işe başlatılmayarak iş sözleşmesinin feshedildiği tarih arasındaki dönemde iş sözleşmesinin akıbeti, üzerinde düşünmeye değer bir konudur.

İşçinin işe başlatılmaması, işveren tarafından yapılmış yeni bir fesih işlemi olarak yorumlanmalıdır⁴⁸⁹. İşverenin bir aylık süre içinde işçiyi işe başlatmamasının sözleşmenin işverence feshedildiği anlamına geldiğinin kabulü halinde, iş sözleşmesi o tarihe kadar hükümlerini doğuracaktır. Böylece, diğer haklar yönünden çalıştırılmayan bütün süre için kıdem-ihtar, yıllık ücretli izin, sair işçilik haklarının son duruma göre hesaplanıp ifası istenebilecektir. Aksi ihtimalde, iş sözleşmesinin işverenin geçersiz nedenle feshini takip eden ilk dört ayın bitiminde sona erdiği kabul edilecektir.

Belirtilmelidir ki, Yargıtayın bu kararı genel olarak işçinin kıdemi konusundaki uygulaması ile tutarlıdır. İş Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasında, “...işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeneceği öngörülmüştür...”. Bu düzenlemeden hareketle öğretilde katıldığımız bazı yazarlar kanunda fiili çalışma olgusundan ziyade işçinin işe

⁴⁸⁸ EKMEKÇİ Ömer, Soru-Cevap-Tartışma, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, 1. bası, İstanbul 2005, 213 (Soru-Cevap-Tartışma).

⁴⁸⁹ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 16-17; TAŞKENT, Sona Erme, 127; ULUCAN, İş Güvencesi, 85; GÜZEL, İş Güvencesi, 102; SÜZEK, İş Hukuku, 485; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 37; MOLLAMAMUTOĞLU, İş Hukuku, 595.

başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin taraflar arasında devam ettiği, sözleşmenin askıda bulunduğu süreler de dahil olmak üzere tüm sürelerin dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁹⁰. Ancak Yüksek Mahkeme, kıdem tazminatına dair istikrarlı bir biçimde verdiği kararlarda, kıdeme esas süre bakımından kısa süreli izinlerde olmasa da makul ölçüyü aştığı takdirde fiili çalışma olgusuna itibar etmekte, iş sözleşmesinin askıda bulunduğu zamanı kıdem süresi olarak dikkate almamaktadır⁴⁹¹. Yargıtay, yukarıda sözünü ettiğimiz kararında da iş sözleşmesinin feshinden işçinin işe başlatılmayarak mahkeme veya özel hakemce sözleşmeyi feshetmiş sayıldığı döneme kadar geçen sürede fiili çalışmanın olmayışından hareketle sözleşmenin adeta askı halinde bulunduğunu kabul etmekte ve sadece kanunda ücret ödeneceği öngörülen dört aylık süreyi çalışılmış gibi saymakta, kıdeme esas sürenin hesabında dikkate almaktadır.

İşK. m. 21’de, bu döneme dair ücretin en fazla dört aylık kısmının ödeneceği kabul edilmiştir. Ücretin bu şekilde dört ay ile sınırlanmasının iş sözleşmesinin devamı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Sosyal-iktisadi gereklerden dolayı işverenleri ağır bir külfetten kurtarmak amacıyla işçinin çalıştırılmadığı sürenin bir kısmının işveren tarafından karşılanması amaçlanmıştır⁴⁹². Mahkeme kararı üzerine işçinin işverene başvurusu ile sözleşme hiç feshedilmemişçesine bir durum ortaya çıktığından, bu dönem ile ilgili olarak olsa olsa işverenin alacaklı temerrüdünden bahsedilebilecektir. Çünkü bu dönemde işçinin iş görmemesinin nedeni işverenin geçersiz nedenle yaptığı fesihtir. Ortada alacaklı temerrüdü oluşturan bir hal söz konusu olduğundan BK. m. 325⁴⁹³ doğrultusunda işçi tüm süreyle ilgili ücret isteminde bulunabileceği halde kanun koyucu ücreti en fazla dört ay ile sınırlamıştır⁴⁹⁴. Ancak bu sınırlama sadece ücrete ilişkindir. Hem ücret ödenen dört ayda hem de bu dört aydan iş sözleşmesinin feshedildiği tarihe kadar ortada geçerli bir iş sözleşmesi vardır ve işçinin kıdeminin hesabında tüm süre dikkate alınmalıdır. Yargıtayın görüşünün aksine, söz konusu tazminatların ve yıllık ücretli izin alacağının hesabına çalıştırılmayan tüm sürenin dahil edilmesi, hesaplamanın işverenin işçiyi işe almayarak sözleşmeyi feshettiği tarihe göre yapılması gerekmektedir. Bu

⁴⁹⁰ ESENER, İş Hukuku, 249; EKONOMİ, İş Hukuku, 238; ÇELİK, İş Hukuku, 273; SÜZEK, İş Hukuku, 566; EYRENCİ, Ücretsiz İzinler, 46, NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 420. Aksi görüş, Şahlanan Fevzi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1979-1983, 102-106.

⁴⁹¹ YHGK, 16.11.1983, E. 1983/9-10671, K. 1983/1169. Karar ve Çelik’in incelemesi için bkz., İHU, İşK. m. 14, No: 30; aynı yönde, Y9HD, 9.5.2000, E. 2000/2827, K. 2000/6708, GÜNAY, Şerh 2, 2454.

⁴⁹² TAŞKENT, 2004 Yılı Kararları, 72-73; DEMİR, İş Hukuku, 245-246.

⁴⁹³ BK m. 325: İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur.

⁴⁹⁴ DEMİR, İş Hukuku, 245.

demektir ki, işe iade yargılaması sürecine ilişkin ücreti dört ay ile sınırlayan hüküm dar yorumlanmalı; işçinin kıdemine teşmil edilmemelidir⁴⁹⁵.

c) İşçinin Çalıştırılmadığı Süre İçin Ücret Ve Diğer Hakları

aa) Ücret ve Diğer Hakların İçeriği

İş sözleşmesi feshedilen işçi, feshin geçerli bir nedenle yapılmadığına inanıyorsa işe iade davası açar ve bu davanın sonucuna göre, sözleşmesi geçerli bir neden olmadan feshedilmiş işçilere işe iade davası döneminde yoksun kaldıkları ücreti telafi etmek amacı ile getirilmiş olan, işçinin kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar dönem için ücret ve diğer haklarını, alması mümkün olur. İşK. m. 21/3’de belirtilmiş olan “ücret ve diğer haklar” ile neyin kastedildiği görüş farklılıklarına göre değişebildiği için önem arz etmektedir.

“Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar” (m. 32/1) dır. Bilindiği gibi, İş Hukukunda ücret, temel/asıl ücret yanında geniş anlamda (giydirilmiş) ücret olarak ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda ücret, asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve parayla ölçülmesi mümkün kanundan ve sözleşmeden doğan (ayni ve nakdi) yan menfaatlerle birlikte hesaplanan ücrettir⁴⁹⁶. Kanunda aksi belirtilmedikçe ücret denildiğinde asıl (temel/genel) ücret kastedilmekte, geniş anlamda (giydirilmiş) ücret istisna olarak bulunmaktadır⁴⁹⁷.

İşçiye ödenecek dört aylık ücret, diğer haklardan da bahsedilmesi sebebiyle, işçinin sözleşmesi feshedilmeseydi, yani çalıştırsaydı alacağı “giydirilmiş ücret” olarak değerlendirilmelidir⁴⁹⁸. Nitekim Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında bu hususu açıkça

⁴⁹⁵ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 17; TAŞKENT, 2004 Yılı Kararları, 73; DEMİR, İş Hukuku, 245-246; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 150-151.

⁴⁹⁶ EKONOMİ, İş Hukuku, 130-131; ESENER, İş Hukuku, 165; CENTEL Tankut, Türk İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, 149 (Ücret); SÜZEK, İş Hukuku, 280; MOLLAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 371.

⁴⁹⁷ EKONOMİ, İş Hukuku, 130-131; ESENER, İş Hukuku, 164-166; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 215; ÇELİK, İş Hukuku, 130; SÜZEK, İş Hukuku, 280; CENTEL, Ücret, 58-63, GÜLER Mikdat, Türk İş Hukukunda Ücretin Korunması, İstanbul 2003 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 10 (Ücret).

⁴⁹⁸ TAŞKENT, Yeni Düzenleme, 48; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 166; EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 16; GÜZEL, İş Güvencesi, 112; SÜZEK, İş Hukuku, 488; ÇELİK, İş Güvencesi, 44; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 598; ALPAGUT, İş Güvencesi, 247; ALP, Feshe Karşı Koruma, 24; GÜLER, Ücret, 10; ÇALIK Şefik, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, 1. bası, İstanbul 2005, 195 (İş Güvencesi).

vurgulamaktadır⁴⁹⁹. İşçinin giydirilmiş ücretinin hesaplanması işçinin brüt ücreti üzerinden olacaktır⁵⁰⁰.

İşçinin fiilen çalışmasına bağlı olarak yapılan, örneğin ulaşım, yemek gibi yardımların parasal bedelinin İşK. m. 21/3'te sözü edilen diğer haklardan sayılamayacağı, ancak iş sözleşmesi ya da işyeri uygulamasından doğan ikramiye, giyim, yakacak gibi yardımların bu kapsama gireceği ifade edilmektedir⁵⁰¹. Kanaatimizce “diğer haklar” a bu şekilde bir ayırım getirmek uygun olmayacaktır. Zira, İş Kanunu m. 21/3, çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların verileceğini belirtmiş, herhangi bir sınırlama getirmemiş, aynı ya da nakdi yardım nitelenmesi yapmamıştır. Kaldı ki, işçilerinin işyeri dışına çıkmalarını engellemek, işyerinde yemek yemelerini sağlayarak verimlerini arttırmak vb. amaçlarla bazı işverenlerin işçilerin yemekhanede yemek yemelerini sağlamasına rağmen, bazı işverenler ise işçiler yemek yemeleri için para vb. vermektedir. Böylece, iki ayrı işçi grubu ortaya çıkmaktadır. “Diğer haklar” ı, sadece nakden ödenen kısım olarak kabul ettiğimizde, sözleşmesi feshedilen bir kısım işçi temel ücret ve yemek ücretini, bir kısım işçi ise sadece temel ücretini alacaktır. Bu da, işverenlerin yapmış olduğu farklı muamelenin faturasını işçiye kesmek anlamına gelecek ve eşitliğe aykırı olacaktır. İş sözleşmesini geçersiz sebeple fesheden işveren bu feshi yapmamış olsaydı, işçi çalıştırılacak, işyerinin servis aracını kullanacak, yemekhaneden yemek yiyecekti. Bilinmektedir ki, uygulamada işverenin mahkeme süresince işçiyi çalıştırmadığı dönem dört ayın çok üzerinde olmaktadır. Kanun bu süreyi dört ayla sınırlamış ve çalıştırılmadığı halde alacağı ücret ve “diğer hakları” işçinin alacağını söylemişse, artık diğer hakları da kanunda yer almayan bir şekilde bölmek, İş Hukukunun amacına ve iş güvencesi sistemine de aykırı olacaktır. Kıdem tazminatında para ile ölçülebilen aynı ve nakdi tüm yardımların dikkate alındığı gibi, burada da aynı kuralın uygulanması, yapılan nakdi yardımlar dahil tüm yardımların diğer haklardan sayılması gerekmektedir.

⁴⁹⁹ “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”. Y9HD, 1.12.2003, E. 2003/19181, K. 2003/19777, GÜNAY, Şerh 1, 677.

⁵⁰⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi çalıştırılmayan süre ücreti ve iş güvencesi tazminatının **brüt** olarak hesaplanması gerektiğine içtihat etmiştir. Y9HD, 9.10.2003, E. 2003/12544, K. 2004/16689, AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 173-174.

⁵⁰¹ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 267-268; DEMİR, İş Hukuku, 247.

bb) Ücret ve Diğer Hakların Miktarı

İşK. m. 21/3’de, açıkça belirtildiği üzere dört aya kadar süre, mahkemenin devamı süresince işçinin çalıştırılmamış olduğu süredir. İşçinin kıdemi veya bir ölçüte göre az veya çok değişmemektedir⁵⁰². Nitekim Yargıtay da kararlarında bu hususa değinmekte ve işçinin çalıştırılmadığı süre dört aydan fazla olduğunda hakimin takdiri ile dört aydan az süre ücretine ve diğer haklarına karar verilemeyeceği⁵⁰³ gibi dört aydan fazla ücretine ve diğer haklarına da hükmedilemeyeceğini belirtmektedir⁵⁰⁴.

Madde hükmündeki “en çok” ifadesinden anlaşılabileceği üzere dava ne kadar sürmüştü, işçi (dört aydan fazla olmamak kaydıyla) o kadar süre için çalıştırılmadığı dönemin ücretini alacaktır. Yerel mahkemece hükmün verildiği anda dört ay dolmamış ise, karar henüz kesinleşmediğinden mahkemenin ne kadarlık sürenin ücret ve diğer haklarına hükmedeceği önem taşıyacaktır. Zira, ücret ve diğer haklar bakımından, kanun, hüküm verildiği ana kadar değil, kararın kesinleşmesine kadar geçen süreyi esas almıştır (m. 21/3).

Bu demektir ki, dört ay henüz dolmamışsa yerel mahkeme ya hüküm veremeyecek ya da işçinin kararın kesinleşmesine dek çalıştırılmadığı en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını alma hakkı olduğunu belirtecektir⁵⁰⁵. Yerel mahkemenin dört aydan kısa bir sürede karara varması teknik hukuk bakımından mümkün olsa da ülkemiz şartlarında böyle bir olasılığın gerçekleşme ihtimalinin imkansız denecek kadar az olması sebebiyle, bu konuyu esas itibarıyla bir sorun olarak görmemekteyiz.

Bu bağlamda önem taşıyan bir diğer konu ise, işe iade davasının dört aydan fazla sürmüş olduğu durumda, işçinin işten çıkartılmasını takip eden dört aydan sonra ücretine zam

⁵⁰² EKONOMİ, Yeni İş Kanunun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 59; TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, 4. bası, İstanbul 2005, 195; GÜVEN/AYDIN, İş Hukuku, 132.

⁵⁰³ “4857 sayılı Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere 21/3. maddede boşta geçen süredeki ücret ve diğer hakların miktarı ile “en çok dört aya kadar ibaresi, davanın seri yargılama usulüne tabi olmasına rağmen uygulamada daha uzun sürmesi ihtimaline göre işçinin alabileceği en fazla miktarı göstermek için düzenlenmiş olup, hakime takdir yetkisi verilmesiyle ilgisi bulunmaktadır. Aksine düşünceyle, takdire dayanılarak çalıştırılmayan süre ücretinin iki ay ile sınırlaması hatalıdır”. Y9HD, 4.4.2005, E. 2005/9494, K. 2005/11813, ÇANKAYAGÜNAY/GÖKTAŞ, 640; aynı yönde, Y9HD, 9.2.2005, E. 2005/986, K. 2005/3703, ÇANKAYAGÜNAY/GÖKTAŞ, 644; aynı yönde, Y9HD, 13.6.2005, E. 2005/18367, K. 2005/21081, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 9, 2006, 263.

⁵⁰⁴ “Davacı fesih bildiriminin tebliğ tarihi ile kararın kesinleşmesine kadar geçen süre dört aydan fazla olsa da tespit edilecek boşta geçen süre ücreti miktarının azami sınırı dört ay olmalıdır”. Y9HD, 23.2.2005, E. 2004/ 27443, K. 2005/6072, ÇANKAYAGÜNAY/GÖKTAŞ, 643-644.

⁵⁰⁵ ÖZEKES, 20. ve 21. Maddeler, 501.

gelmişse hangi tarihteki ücretin esas alınacağı ve bu dört aylık sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağıdır.

Öğretide bir görüş, ücret ve diğer hakların muaccel olduğu yani işçinin işverene başvurduğu tarihteki ücreti üzerinden hesaplama yapılacağını belirtmektedir⁵⁰⁶. Öğretide katıldığımız görüş ise, kanunda işçinin “çalıştırılmadığı süre”den bahsedildiğini, işçinin çalıştırılmamasının, işçinin işine son verilmesinden itibaren başlayacağını; bu sebeple, işçinin ücret ve diğer haklarının verileceği sürenin, işçinin fiilen işten ayrıldığı tarihten itibaren başlayacağını ifade etmektedir. Bu bakımdan, dört aylık süre, işverenin işçiye işe başlatmama tarihinden önceki dört ay değil, fesihden itibaren işçinin fiilen çalıştırılmamış olduğu dört aydır⁵⁰⁷. Bu sebeple, fesihden itibaren “ilk dört aylık süre”de yürürlüğe giren zamlar söz konusu ücretin belirlenmesinde dikkate alınacaktır⁵⁰⁸. Aksi hal olan kesinleşme tarihindeki ücret esas alındığında haksız zenginleşme olacaktır⁵⁰⁹. Ancak, iş sözleşmesinin bildirimli feshedilmiş olması durumunda, ilk dört aylık süre, fesih bildiriminin davacıya ulaştığı değil, bildirim süresinin bittiği tarihten itibaren başlayacaktır⁵¹⁰. Çünkü kanunda bildirimden itibaren dört aylık süreden değil, çalıştırılmadığı süre için dört aydan bahsedilmektedir. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesi ile bildirim önellerinin kanundakinden fazla olarak kararlaştırılmış olması halinde, dört aylık süre, TİS’deki bildirim önellerine uyulmak suretiyle, bildirim önellerinden sonraki ilk dört aylık süredir.

cc) Ücret ve Diğer Hakların Ödenmemesi ve Sonuçları

Feshin geçersizliği kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak üzere başvuran işçinin hak ettiği çalıştırılmayan süre ücretine ilişkin olarak, önceleri bazı yerel mahkemeler dava tarihinden itibaren faize hükmetmekteydi⁵¹¹. Öğreti, yerel mahkemelerin bu

⁵⁰⁶ DEMİR, İş Hukuku, 247; TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 11.

⁵⁰⁷ TAŞKENT Savaş, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Genel Görüşme, Ankara 2006, 109 (2004 Yılı Kararları Genel Görüşme); ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 267; KILIÇOĞLU Mustafa, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, 234 (İş Kanunu Yorumu).

⁵⁰⁸ TAŞKENT 2004 Yılı Kararları Genel Görüşme, 109; ÖZEKES, İşe İade, 158; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 267; KABAKCI Mahmut, İşe İade Kararında İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinin Anlamı Karar İncelemesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, 2004, 671 (İşe İade); BİLGİLİ, İş Güvencesi, 184.

⁵⁰⁹ KABAKCI, İşe İade, 671.

⁵¹⁰ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 267.

⁵¹¹ Y9HD, 8.72003, E. 2003/12442, K. 2003/13123. Karar ve incelemesi için bkz. CENTEL Tankut, Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 286, Ekim 2003, 34 vd. (Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma)

şekildeki kararlarını eleştirmiştir.

Dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer haklar bakımından faizin, “hükmün kesinleştiği, en geç kesin hükmün işverene tebliğ edildiği tarihten itibaren” işlemeye başladığını ileri süren bir görüş, işçi süresinde işe başlamak üzere başvurduğu takdirde işe başlatılsa da başlatılmasa da ücret ve diğer haklarını alacak olması sebebiyle, işverenin kararının kesinleştiği tarihten itibaren bu ücreti ödemesi gerektiğini bileceğini ifade etmektedir. İşverenin bu meblağı ödemediği takdirde ise faizini vereceğini belirtmektedir. Bu görüş, faizin başlangıcı, işverenin işçiyi işe başlatma konusundaki kararına bırakıldığında, işçiyi işe başlatmak niyetinde olmayan işverenlerin bu konudaki kararlarını bildirmek için bir ayın sonunu bekleyeceklerine ve bunun işçinin aleyhine olacağına dikkat çekmiştir⁵¹².

Öğretide baskın olan görüş göre ise, faiz hükmün kesinleştiği veya en geç kesin hükmün işverene tebliğ edildiği tarihten değil, “işçinin işverene başvurmasından itibaren” başlayacaktır. Zira, işçinin işverene başvurmaması halinde, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılacak ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacaktır. Hükmün kesinleştiği ya da kesin hükmün işverene tebliğ edildiği tarihte, işçinin işe başlamak üzere işverene başvurup başvurmayacağı belli değildir, yani alacak muaccel olmamıştır. Ne zaman ki alacak muaccel olur, faiz de o tarihten itibaren işlemeye başlar⁵¹³. Belirtelim ki, Yargıtay da kararlarında bu yönde hüküm kurmaktadır⁵¹⁴.

Faizin muacceliyetini ikili bir ayırım ile ele alan bir görüş ise, öğretideki baskın görüşle bakış açısı anlamında temelde bir farklılık taşımamasına rağmen, dört aylık ücrete ilişkin muacceliyet ve buna bağlı faizin her durumda başvuru tarihinden itibaren başlamayacağını ifade etmektedir. İşçinin kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvuracağını, “işçinin bu yazılı başvurusu sırasında” mahkemece belirlenen çalıştırılmayan süreye ilişkin ücretini de talep etmesi halinde talep tarihinin; talep etmemiş olması halinde (işçinin işe başvurusundan itibaren otuz günün geçmesi ile işveren mütemerrit olacağı için) başvurudan sonraki otuzuncu günün faizin başlangıcı olacağını ifade etmiştir (BK

⁵¹² ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 510; aynı yazar, İşe İade, 168; aynı yönde TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 11; aynı yazar, İş Güvencesi, 60; DURAN, dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerektiğini ifade etmektedir. DURAN, 21. Madde, 811.

⁵¹³ GÜZEL, İş Güvencesi, 116-117; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 109-110; EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 177; CENTEL, Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma, 34; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 598; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 195-196; ALPAGUT, İş Güvencesi, 247; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 258; UÇUM, Seminer Notları, 171.

⁵¹⁴ Y9HD, 30.10.2003, E. 2003/18346, K. 2003/18347, ÇANKAYAGÜNAY/GÖKTAŞ, 707-708; Y9HD, 11.1.2005, E. 2004/32267, K. 2005/513, ÇANKAYAGÜNAY/GÖKTAŞ, 647.

m. 101)⁵¹⁵.

Konuyu iki şekilde değerlendirmiş olan bu görüşe tam anlamıyla katılmasak da, faizin başlangıcının tespiti bakımından işçinin işe başlamak üzere başvuruda bulunması sırasında en çok dört aylık ücretini talep etmiş olup olmamasına göre bir ayırımın yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. BK m. 101/1, borçlunun “mütemerrit sayılması için borcun muaccel olmasının yetmediğini, alacaklının ihtarının gerektiğini düzenlemiştir. BK’ nun 101. maddesinin 2. fıkrasında ise bu kuralın iki istisnası olduğu belirlenmiştir. Buna göre, tarafların anlaşmasıyla borcun ifa edileceği günün belirlenmiş olması halinde, o günün ifa yapılmaksızın sona ermesi veya sözleşmede tarafların ifa gününü belirleme hakkının olması halinde, bildirilen ifa tarihinde edimin yerine getirilmemesi, borçlunun ihtarla gerek olmaksızın mütemerrit olmasını sağlamaktadır. İşK. m. 21/3’teki “Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir” düzenlemesinin, BK. m. 101/2’de sözü edilen istisna hallerinden ikisi ile de örtüşmediği görülmektedir. Kaldı ki, Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu bir karara göre; ifa zamanının kanun ile belirlendiği hallerde (İşK. m. 21/3’de olduğu gibi) borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarına gerekmemektedir⁵¹⁶. Bu sebeple, İşK. m. 21/3 ile BK. m. 101 düzenlemelerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, işçinin başvurusu sırasında açıkça dört aylık ücretini de talep etmesi durumunda, öğretide baskın olan veya ikili ayırma giden görüş gibi işçinin başvurusundan itibaren faizin işlemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak işçinin başvuru sırasında herhangi bir talebinin bulunmaması halinde, dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer hakların işverenin işe başlatılıp başlatılmaması ile bir ilgisi bulunmadığı için, işverenin işçiye işe başlatabileceği otuz günlük sürenin beklenmesine gerek olmaksızın, işçinin alacağını istediğine ilişkin bir ihtarla bulunmasından itibaren faizin işlemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu bağlamda, işçi başvurusu sırasında en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarının ödenmesini talep etmişse, işçinin süresi içinde başvurmasıyla hak kazandığı en çok dört aylık ücret ve hakların, başvurduğu tarihten itibaren en geç yirmi gün içinde (mücbir sebepler dışında) ödenmemesi halinde, işçinin İşK.’nın 34. maddesi gereğince iş görme borcundan kaçınma hakkının olması gerektiğine⁵¹⁷, hatta işçinin ücretinin ödenmemesine ilişkin İşK. m. 24/e’ye dayanarak, iş sözleşmesini haklı sebeple feshedip kıdem tazminatını da alma hakkının

⁵¹⁵ AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 160.

⁵¹⁶ HGK, 8.1.1964, K. 12, REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, 320’de dn. 2.

⁵¹⁷ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 270.

bulunduğuna ilişkin görüşlere katılmaktayız⁵¹⁸. İşçinin bu şekilde bir haklı feshi, işverenin işe başlatma iradesini açıklamasından önceki bir zamanda dahi söz konusu olabilecektir. Örneğin başvuruya ilişkin ihtarnamede, işverene ayrıca dört aylık ücretin ödenmesi için bir tarih göstererek ihtarda bulunduysa, söz konusu ücret işverence ihtarda belirtilmiş olan günde de ödenmezse, işçi sözleşmeyi haklı nedenle bildirimsiz feshedebilecektir.

İşçinin çalıştırılmadığı süredeki kaybının telafisi amacını güden ücrete uygulanacak bu ödeme, niteliği gereği “ücret” olduğu için, İşK. m. 34/1 ile getirilen yeni hüküm uyarınca en yüksek mevduat faizidir⁵¹⁹.

Belirtilmelidir ki ortada bir “ücret” söz konusu olduğu için, bu hak BK. m. 126 uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır⁵²⁰.

dd) Dört Ay Sınırlamasının Yerindeliği

Yukarıda da belirtildiği gibi, teknik hukuk bakımından işverenin fesihten işe iade kararının kesinleşip işçinin başvuruda bulunduğu tarihe kadar olan tüm süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını işçiye ödemesi gerekmesine rağmen, kanunda bu duruma bir sınırlama getirilmiş ve dava dört aydan uzun sürse dahi, dava süresince işçinin çalıştırılmadığı ücret ve diğer haklarının en çok dört aya kadarının işçiye verileceği düzenlenmiştir (m. 21/3).

İşe iade davalarında işçinin çalıştırılmadığı sürenin “en çok dört aya” kadar kısmı için ücret ve diğer hakların işçiye ödeneceği hükmü, davaların dört ay gibi kısa bir sürede bitirilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, feshin geçersizliğine karar verilmesinin doğal sonucu olan iş ilişkisinin hiç kesilmemiş sayılması ve buna bağlı olarak işçiye çalıştırılmadığı tüm sürenin ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiği gerekçeleriyle öğretinin çoğunluğu tarafından haklı olarak eleştirilmektedir⁵²¹. Öğretide bir görüş, ücret alacağının dört ayla sınırlanmasına ilişkin m. 21/3’ün emredici nitelikte olması sebebiyle davalar dört aydan fazla sürmüş olsa dahi en çok dört aylık ücretin verilecek olmasının, dava sürecine ilişkin bir

⁵¹⁸ DEMİR, İş Hukuku, 246.

⁵¹⁹ EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 176; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 270; DURAN, 21. Madde, 811.

⁵²⁰ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 270; DEMİR, İş Hukuku, 247.

⁵²¹ TAŞKENT, Sona Erme, 126; aynı yazar, Yeni Düzenleme, 48; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 165; ULUCAN, İş Güvencesi, 84; GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 42; aynı yazar, İş Güvencesi, 111; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 37; SÜZEK, İş Hukuku, 487; ENGİN, İşletme Gerekleri ile Fesih, 30-31; BAŞTERZİ Süleyman, Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, ayrı bası, Ankara 2006, 83 (Türkiye’de Feshe Karşı Koruma); DURAN, 21. Madde, 812; UÇUM Mehmet, Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Toplantısı, İstanbul 2002, 218 (Toplu İş Hukukunda Feshe Karşı Koruma).

usul kuralı ile maddi hukuka ait bir hakkın sınırlanması anlamına geldiğini ve başarılı bir hukuk tekniği sayılamayacağını ifade etmiştir⁵²².

Öğretide tartışma yaratan bu düzenlemeyi kanun koyucunun getiriş amacı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kanunda yargılama süresinin dört ay içinde bitirileceği düzenlenmiş olduğu için⁵²³, bir diğer görüşe göre ise kanun koyucu davanın dört aylık sürede bitirilmemesi halinde bu uzamanın sadece işverenle ilgisi olmadığını düşündüğü ve işverenin korunması suretiyle menfaatler dengesinin sağlanması için, işçinin çalıştırılmadığı halde alacağı ücret ve diğer hakların dört ayla sınırlı kalacağını düzenlemiştir⁵²⁴.

Ülkemizde yargının işleyişi göz önüne alındığında dört aylık sınırlamanın yeterli olmadığı aşikardır⁵²⁵. Diğer taraftan dört aylık sınırlamanın olmadığı ihtimalde, uzun süre devam edecek işe iade davaları işverenleri ekonomik yönden zor durumda bırakacağı gibi, işverenin yeni işçi istihdam etmesinin de önü kapanmış olacaktır. Kanaatimizce işverenleri kendi ellerinde olmayan ve ne kadar süreceğine ilişkin ucu açık bir süre kadar işçiye ücret ödemek durumunda bırakmak hakkaniyete uygun gözükmemekle birlikte, yargılama konusu geçersiz feshin işveren tarafından yapılmış olması karşısında bu davaların gerçekte ne kadar sürede sonuçlanacağını tespit edilerek, tespit edilen süre kadar işçiye ücret ve diğer hakların ödeneceğinin belirlenmesi bir orta yol olacaktır. Görülen o ki, bu davalar bir yıldan evvel sonuçlanmamaktadır. O halde örneğin en çok bir yıllık ücret ve diğer hakların işçiye verilmesi, işçilerin mağduriyetinin

⁵²² ENGİN, İşletme Gerekleri ile Fesih, 30.

⁵²³ GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 42.

⁵²⁴ TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 10; SOYER, Feshe Karşı koruma, 61; EKMEKÇİ, Soru-Cevap-Tartışma, 213; bu hükmün düzenlenmesinde iki nedenin de etkili olduğu konusunda bkz. ALP, Feshe Karşı Koruma, 23-24.

⁵²⁵ Belirtilmelidir ki Bilim Komisyonunun hazırladığı taslakta da dört aylık ücret esası benimsenmiş bulunmaktaydı. İş Kanunu Tasarısı ve Hükümet Gerekçesi m. 21 için bkz. UÇUM/ÇAKMAKÇI, İş Kanunu, 55. Bilim Komisyonunda bulunan üyelerden birisi, kanunun hazırlık aşaması öncesinde, ülkemizin yargı gerçeği karşısında işe iade davalarının dört ay gibi kısa bir sürede tamamlanamayacağını bilgi dahilinde olduğunu, bu dört ayın, yargı organına işe iade davalarına daha duyarlı yaklaşarak kısa sürede tamamlanması için talimat niteliğinde sayılacağını ve mutlak olmadığını ifade etmiştir. EKONOMİ, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, 98. Bilim Komisyonundaki üyelerden bazılarının Kanunun yürürlüğünden sonraki yazılarından bu düzenlemeyi benimsemedikleri anlaşılmaktadır. TAŞKENT, Sona Erme, 126; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 165; ULUCAN, İş Güvencesi, 84; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 37; SÜZEK, İş Hukuku, 487. Ancak, taslağa bu çekincelerin konulmamış olduğunu görmekteyiz. Bu durumun Bilim Komisyonuna yetki veren Bakanlık yazısında vurgulanan, hazırlanacak taslağın oybirliği ile alınması kaygısından kaynaklandığını düşünüyoruz. Zira, işçi ve işveren konfederasyonları ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının 26 Haziran 2001 tarihinde imzaladıkları bir protokole, “Bilim Komisyonunun oybirliği ile alacağı kararların herhangi bir çekince ileri sürülmeden taraflarca kabul edilmiş sayılacağı, fakat bu konularda tarafların deklarasyon hakkının saklı kalacağı” ifade edilmiştir. EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 19.

önlenmesinin yanında, yargılama süresinin de en çok bir yıla uzatılması suretiyle Türkiye koşullarına uyumlu hale gelinecektir. Zira Kanunun 21. maddesinde, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edildiğinde feshin geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir. Buradan hareketle, örneğin işçiye çalıştırılmadığı en fazla bir yıla kadar ücret ve diğer hakların verilecek olması, dört aya kadar olan süreden daha uygundur⁵²⁶.

Bununla birlikte, 21. maddenin işvereni ağır parasal yük altında bırakmak istemediği ihtimalinde, işçinin en çok dört aylık ücreti kadar ücret ve diğer haklara değil, tazminata mahkum olacağının düzenlenmiş olmasının da uygun olabileceği ifade edilmelidir. Böylelikle, işçinin çalıştırılmadığı mahkeme süresince iş sözleşmesinin devam ettiğinin kabul edileceği tartışmasız olacak, bunun neticesinde yıllık ücretli izin, ihbar, kıdem tazminatı bakımından davanın tamamına ilişkin süre dikkate alınacak; ancak işçinin çalıştırılmadığı süre için alacağı ödeme en fazla dört ayla sınırlı ücreti kadar tazminat olacaktır⁵²⁷.

4. İşveren Bakımından Bir Aylık İşe Başlatma Süresinin Başlaması

İş Kanunu m. 21/1’de “...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” demektedir. Bu demek oluyor ki, işçinin işe başlamak üzere işverene başvurmasıyla, işveren için bir karar dönemi başlamaktadır. İşverenin iş güvencesi tazminatını ödememesi için, başvurudan itibaren bir ay içinde işçiye işe başlatmış olması gerekecektir. İşveren başvurudan itibaren bir aylık sürede dilediği gün işçiye işe başlatma ya da başlatmama iradesini bildirebilecektir.

İşçi, işverenin işe davetinin kendisine ulaştığı günden sonraki ilk işgünü işyerinde iş görmek üzere hazır bulunmalıdır. Önemli bir nokta işverenin işe davet yazısının (bildirimi) en geç bir ayın dolduğu son gün işçiye ulaşmasıdır. Bu durumda, işverenin niyetine bakılması gerekecektir. İşveren gerçekten işçiye işe başlatmak ister şekilde davranıyorsa, son gün ulaşmış olan davet geçerli olacak, geç bildirmeden dolayı işçi bir ay içinde işe başlatılamamış dahi olsa, bir ayın sonunda ücreti işlemiş olmak üzere, işverenin işçiye işe başlatma iradesi kabul edilecektir. Ancak, işverenin sırf iş güvencesi tazminatından kurtulmak amacıyla son gün işçiye işe davetinin söz konusu olduğunun anlaşıldığı durumlarda, işçi işe başlaması gereken günden

⁵²⁶ Herhangi bir süre sınırlamasının getirilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 35; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 194; UÇUM, Toplu İş Hukukunda Feshe Karşı Koruma, 218.

⁵²⁷ EKMEKÇİ, Soru-Cevap-Tartışma, 213.

sonraki günde işe gelir ve işveren, işçinin zamanında işe başlamadığı için işçiyi işe başlatmayacağını bildirirse, işveren işçiyi işe iade etmemiş sayılacak iş güvencesi tazminatı adı verilen, en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminatı ödemesi gerekecektir.

Uygulamada karşılaşılabilecek bir durum da, işe başlamak üzere başvuran işçiye, başvurudan itibaren bir ay içinde, işçiyi işe başlatmak istediğine ilişkin olumlu cevap veren işverenin, işçiyi söz konusu bir aylık süre geçtikten “sonraki bir tarihte” işe başlatacağını bildirmesidir. Bize göre, işveren bir ay içinde işçiyi işe başlatmamış olmasına rağmen tazminat ödemeyecektir. İş ilişkisi işverenin işçiyi işe başlatması gereken bir ayın bitiminde başlamış sayılarak, bu tarihten itibaren işçinin ücretinin ve diğer haklarının işlenmesi gerekecektir⁵²⁸.

IV. Başvurmamanın Sonuçları

1. Genel Olarak

4857 sayılı Kanun, iş güvencesi kurumunu ilk olarak düzenleyen 4773 sayılı Kanun ile hemen hemen aynı esasları kabul etmiştir. Ancak, başvurmamanın sonuçlarına ilişkin olarak 4773 sayılı Kanun ile eklenmiş 1475 sK. m. 13/D’de, işe iade kararından sonra işçinin işe başlamak üzere başvuruda bulunmaması durumunda feshin geçerli sayılacağı, m. 13/E’de ise 4857 sayılı Kanundan farklı olarak, işçinin dava sırasında yeni bir işe girmiş olması sebebiyle eski işine dönmek istememesi halinde, işçinin bu durumu altı işgünü içinde eski işverene yazılı olarak bildireceği ve iş sözleşmesinin işverence geçerli sebeple feshedilmiş sayılarak buna ilişkin hukuki sonuçların doğacağı düzenlenmiştir.

Öğretide, işçinin yeni işinde kalmak istemesi halinde, kanun koyucunun ayrı bir düzenleme getirmiş olmasının anlamlı olmadığı ifade edilmişti. Zira mahkeme kararından itibaren altı işgünü içinde işverene başvurmayan işçi için İşK m. 13/D’nin 4. fıkrası gereğince zaten aynı sonuç doğacak, yani fesih geçerli sayılacaktı⁵²⁹.

4857 sK.’da, 4773 sayılı Kanundaki 13/E maddesine benzer bir hüküm bulunmamaktadır. İşe iade kararının tebliği üzerine on işgünü içinde işçinin işverene başvurmaması durumunda “... işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur” (İşK. m. 21/5). Sözü edilen hukuki sonuçlar, işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğunun ortadan kalkması ve işçinin önceden ihbar-kıdem tazminatı ile İş Kanunundan doğan diğer haklarını almamış olması halinde bunları alacak

⁵²⁸ UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 86.

⁵²⁹ TAŞKENT, Yeni Düzenleme, 53; GÜZEL, İş Güvencesi Tasarısı, 43; ALP, Feshe Karşı Koruma, 27.

olmasıdır. Feshin geçerli bulunması haksız feshе bağlanan iki tazminatın doğumuna engel oluşturmayacaktır; bunlar İşK. m. 17 ve halen yürürlükte olan 1475 sayılı İşK. m. 14'te haksız feshin hukuki sonuçları olarak düzenlenmiştir⁵³⁰. Bu durumda işçi, işveren tarafından çalıştırılmadığı dönemin en fazla dört aylık kısmına ilişkin ücret ve diğer haklarını alamayacak, iş sözleşmesi ilk fesih tarihinde sona ermiş sayılacağı için önceden almış olduğu ihbar ve kıdem tazminatına ilişkin bir fark isteyemeyecektir⁵³¹. Öğretide haklı olarak geçerli olmayan nedenle yapılmış bir feshе maruz kalmış olan işçinin, başvuruda bulunmamış olmasının yaptırımının kanunda düzenlendiği şekliyle ağır neticeler doğurduğu ifade edilmektedir⁵³².

İsabetli bulduğumuz görüş, İşK. m. 21'in mevcut hali ile işçinin işe başlamak üzere işverene başvuruda bulunmaması halinde, işçinin en az dört en çok sekiz aylık iş güvencesi tazminatını isteyememesi gerekirken, en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını talep edebilmesi gerektiği kanaatindedir. Zira bu görüş işverenin işçiyi işe başlatmama hakkı olduğu gibi işçinin de işe başlamıyorum deme hakkının olması gerektiğini, işveren işçiyi işe başlatmadığı zaman tazminat ödeyeceğine göre, işçinin de işe başlamıyorum diyerek tazminat hakkından vazgeçebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, işçi çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakları alacak, ancak işe başlamayarak tazminat hakkından vazgeçtiği kabul edilerek dört-sekiz aylık tazminatı alamayacaktır⁵³³. Zira aksinin kabulü halinde işçi işe başlamaya mecbur tutulmuş olacaktır. İşverene iş ilişkisini devam ettirmek konusunda seçim hakkı tanıyan kanunun, işçiye seçim hakkı tanımamış olması, işçinin çalışma ve işyeri seçme özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır⁵³⁴. Bu sebeple İşK. m. 21'in değiştirilmesi suretiyle, işçiye de işe başlamak ya başlamamak konusunda bir seçim hakkı tanınması gerekmektedir.

Öğretide aynı yönde diğer bir görüş de bu düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindedir. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, sözleşmede bir kesinti olmamış sayılacağını, işverenin işçiyi işe başlatmadığı takdirde, yeni bir feshin meydana geldiğini ifade etmektedir. Nasıl işveren işçiyi işe başlatmadığında, sözleşme o tarihte feshedilmiş sayılıyorsa, işçinin de işine dönmek istemediği halde sözleşmenin işçi tarafından feshedildiğinin kabul edilmesi ve bu fesih tarihine göre de ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer

⁵³⁰ GÜZEL, İş Güvencesi, 110; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 138; GÜNAY, İş Hukuku, 470.

⁵³¹ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 17; TAŞKENT, Sona Erme, 128; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 168; GÜZEL, İş Güvencesi, 110.

⁵³² TAŞKENT, Sona Erme, 128; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 37; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 152.

⁵³³ EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 37; ALP, Feshе Karşı Koruma, 26-27.

⁵³⁴ ALP, Feshе Karşı Koruma, 26-27.

haklarının ödenmesi gerektiğini belirtmektedir⁵³⁵. Yazara göre “Böyle bir durumda, eski işyerine dönmek istemeyen, işe başlamayan işçiye, hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer haklarının yine bu tarihe göre ödenmesi çok daha adaletli bir çözüm olurdu”⁵³⁶.

İşçinin, işe başlamak üzere işverene başvurmasına rağmen, işveren işçiye henüz işe çağırmadan, işçinin başvurusunu geri alması durumunda, öğretide bir görüş işçinin hiç başvurmamış sayılarak feshin geçerli sayılması gerektiğini ifade etmektedir⁵³⁷. Bu yorum, her ne kadar işçi lehine olsa da başvurunun hukuki bir işlem olarak niteliği nazara alındığında, başvurunun geri alınmasını mümkün gören bu görüşe temkinli yaklaşılması gerekecektir. Zira, işçinin işe başlamak üzere işverene başvurusu, kurucu yenilik doğuran bir haktır. Başvurunun geçerli olması için işverenin kabulü gerekmediği gibi, işverenin işçiye işe başlatıp başlatmayacağına ilişkin beyanının da önemi bulunmamaktadır. İşçi başvurmakla doğrudan çalıştırılmadığı sürenin en fazla dört aylık kısmına hak kazanacak ve fesih kural olarak hiç yapılmamış sayılacaktır. Bundan sonra işçinin başvurusunu geri alması, ki bu işçinin işe başlamayacağı anlamına gelmektedir, işçinin feshi olarak kabul edilmelidir. Bu durumda işçi, önceden ihbar/kıdem almışsa bunları iade edecek ve sözleşme başvuru ile kurulmuş sayıldığı için işçi ihbar tazminatı da ödeyecektir.

2. İşçinin Başvuruda Bulunmasına Rağmen Çağrıldıktan Sonra İşe Başlamaması

İşçinin işe başlamak üzere işverene başvuruda bulunmasından sonra, işverenin onu işe çağırmasına rağmen, dava sırasında yeni bir işe girmesi veya herhangi bir sebeple, işçinin eski işine dönmemesi ihtimali mevcut kanunumuzda düzenlenmediği için, bu durum öğretide farklı şekillerde değerlendirilmektedir.

Öğretide, işçinin süresi içinde işe başlamaması halinde, işçinin en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları ile iş güvencesi tazminatını alamayacağı, sözleşmesi ilk fesih tarihinde son bulmuş sayılacağı için, dava sürecindeki bildirim süresine ait ücret veya kıdem tazminatlarına ilişkin bir fark da isteyemeyeceği ileri sürülmektedir⁵³⁸. İşçinin işe başlama başvurusundan sonra işverenin davetine rağmen işe başlamamasının işçinin mazeretsiz devamsızlığı suretiyle iş

⁵³⁵ TAŞKENT, Sona Erme, 128; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 168.

⁵³⁶ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, aynı yer.

⁵³⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 593; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 258; BİLGİLİ, İş Güvencesi, 195.

⁵³⁸ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 17; UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 88; BİLGİLİ, İş Güvencesi, 108; ayrıca Çelik, işçinin tazminat ve dört aylık ücreti ile diğer haklarını elde etmesi için, on işgünü içinde başvuruda bulunmasının yeterli olmayacağını, işverenin işe başlatma çağrısına uyarak işe dönmesi gerekeceğinin kuşkusuz olduğunu belirtmiştir. ÇELİK, İş Hukuku, 220

sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi veya işçinin eylemli fesih yaptığı sonucuna varılması halinde, işçinin hiç başvuru yapmamış olsaydı elde edecek olduğu feshe bağlı hakları, başvuru yapmasıyla kaybedeceği ve bunun çelişki yaratacağı belirtilmektedir⁵³⁹. Bu görüşe göre, işçinin en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını alması için, işverenin onu işe başlatıp başlatmaması önem taşımasına rağmen, işverenin işçiyi işe davet etmesi halinde, işçinin bu davete icabet etmesi gerekecektir⁵⁴⁰.

İşverenin işe başlatma isteğine rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin bu davranışı, başvuruda bulunmayan işçi gibi değerlendirilebilecektir. Ancak, işçinin istifası olarak görülmesi daha isabetli bir çözüm olacaktır. İşçinin daha önce peşin ücret ödemesi ve kıdem tazminatı almış olması halinde, bunları iade yükümlülüğü yanında usulsüz feshin sonuçlarından da sorumlu tutulması gerekmektedir⁵⁴¹. Zira, işçinin mahkeme süresince çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer hakları elde etmesi için tek koşul, kararın işçiye tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işe başlamak üzere işverene başvuruda bulunmasıdır. 21. maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, işveren işçiyi işe başlatsa da başlatmasa da, işçi çalıştırılmamış olduğu en çok dört aya kadar kısım için ücret ve diğer haklarını alacaktır⁵⁴². İşçi, işe başlamak üzere başvurduktan sonra işverenin işçiyi işe çağırması halinde, işçi işe başlamamışsa, dört aylık ücret ve diğer haklarını alacak; ancak işe başlamamakla sözleşmeyi kendisi feshetmiş olacağı için, iş güvencesi tazminatını alamayacak ve işverenin feshi neticesinde eğer ihbar ve/veya kıdem tazminatını almışsa, bunlar başvuru ile hak kazandığı dört aylık ücretten mahsup edilecek, ayrıca işçi bildirim şartına uymadan sözleşmeyi feshetmiş sayılacağı için işverene ihbar tazminatı da ödemek zorunda olacaktır.

Bu sonucun çok ağır olduğu açıktır. Feshin mahkemece geçersiz sayılmasından itibaren işçinin işe başvurmaması halinde olduğu gibi bu konuda da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu nedenlerle maddede değişiklik yapılması gerekmektedir. İşverenin işçiyi işe başlatmak ya da tazminat ödemek konusunda nasıl seçim hakkı varsa, işçiye de aynı şekilde seçim hakkı tanınmalı, işçinin de sözleşmeyi fesih hakkı olmalıdır. İşe başlamak istemeyen işçinin iş güvencesi tazminatını alamaması, ancak çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ile hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer haklarının bu tarihe göre ödenmesi iş

⁵³⁹ UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 88.

⁵⁴⁰ ÇELİK, İş Hukuku, 220; UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 88.

⁵⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 594.

⁵⁴² GÜZEL, İş Güvencesi, 116; ÇELİK, İş Güvencesi, 46.

hukukunun ve iş güvencesinin ruhuna uygun olacaktır⁵⁴³.

İşçinin başvuruda bulunmasının ardından işveren işçiyi işe davet eder, ancak işçi haklı bir mazereti sebebiyle işe başlayamazsa, durumun ne şekilde değerlendirileceği de önemlidir. İşçinin haklı nedene dayalı olarak işe başlayamaması halinde, işçinin haklı nedenle fesih yaptığının kabul edileceği ve işçinin o feshin sonuçlarına göre talep hakkına sahip olacağı ifade edilmekteyse de⁵⁴⁴, bize göre, öncelikle tespit edilmesi gerekli olan husus, işverenin işçiyi işe başlamak üzere çağırmasıyla iş güvencesi tazminatı ödemekten kurtulması ve iş ilişkisinin (fiilen) kurulmuş olmasıdır. İşçinin işe başlamasını engelleyen haklı neden geçici bir süre için ise, mazeret süresi boyunca, sözleşme askıda kalacak işveren ücret ödemeyecektir. Mazereti bittiğinde ise, işçi ve işverenin karşılıklı borçları işlemeye başlayacaktır. İşçinin işe başlamamasının geçici olmaması halinde ise, işçinin işe başlamasını engelleyen neden, İşK. m. 24 anlamında haklı bir nedense, işçi haklı fesih yapmış sayılacak, böylece kıdem tazminatını alacak, aksi halde alamayacaktır.

§ 8. İŞÇİNİN İŞVERENCE İŞE BAŞLATILMASI

I. Genel Olarak

İşçi, feshin geçersiz olduğuna ilişkin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurur ve işveren bir ay içinde işçiyi işe başlatırsa iş sözleşmesi hiç kesilmemiş sayılacak, iş güvencesi sisteminin amacı olan iş ilişkisinin devamlılığı gerçekleştirilmiş olacaktır. İşçinin bizzat iş görme ile işverenin ücret ödeme borcu ve tarafların iş ilişkisine bağlı diğer borçları doğacak, yani işçi fiilen işine dönecektir.

İşverenin işçiyi işe başlatması ile kastedilen, işçinin sözleşmesinin feshinden önce fiilen çalıştığı işe, tezgahına, masasına dönmesi veya o evsafda bir işe verilmesidir⁵⁴⁵. İşçinin eski işinden farklı ve daha düşük statüde bir işe başlatılmak istenmesi halinde, bu durum İşK. m. 22 çerçevesinde değerlendirilecek, işçinin bu işe başlaması gerekmeyecek ve işveren işçiyi işe başlatma yükümünü yerine getirmemiş sayılacaktır⁵⁴⁶. Nitekim Yargıtay bir kararında, “*Davalı*

⁵⁴³ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 168; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 37.

⁵⁴⁴ UÇUM Mehmet, Soru-Cevap-Tartışma, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 126 (Soru- Cevap-Tartışma).

⁵⁴⁵ GÜZEL, İş Güvencesi Tartışmalar, 6; GÜNAY, İş Hukuku, 467.

⁵⁴⁶ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 261; ÇALIK, İş Güvencesi, 192.

işveren, dava açıldıktan sonra davacıyı Adana'da bulunan işyerinde çalıştığı halde bu defa işçinin Ankara'da bulunan bir işyerinde işe başlamasını istemiştir. Davacı eski işyerine davet edilmiş değildir. Bu nedenle davacının bu davete icabet etmemiş olmasının işe iadeyi istemediği biçiminde yorumlanması hatalı olup, feshin geçersizliğine karar verilmesi...gerekmıştır..."⁵⁴⁷

demek suretiyle işverenin sırf işe başlattım diyerek, feshin geçerli olması neticesiyle sonuçlanacak kötünietli uygulamalarının önüne geçilmiştir. Bu bağlamda, işverenin sadece iş güvencesi tazminatından kurtulmak amacıyla işçiyi işe başlatacağını söyleyip, sonra da iş ilişkisinin gerektirdiği özen borcuna aykırı davranışlarda bulunması veya işçinin sözleşmeyi kendisinin feshetmesini sağlamaya çalışması halinde de gerçek bir işe başlatma iradesinin olmaması sebebiyle, işverenin işçiyi işe başlatma yükümünü yerine getirmediği kabul edilecektir⁵⁴⁸.

İşçinin işe iadesi ile kastedilen, gerçekten işçinin işe iade edilmiş olmasıdır. İşverenin işçiyi işe alacağına dair sadece bir beyanı veya davayı bertaraf etmek için işçiyi işe almış gibi görünmesi yeterli değildir⁵⁴⁹. İşverenin işçiyi işe başlatma yükümü, şarta bağlandığı takdirde, yerine getirilmiş sayılmayacaktır. Örneğin, işçiye fesih ile ödenmiş olan ihbar ve kıdem tazminatının iadesi veya benzeri şartların yerine getirilmesi koşuluyla işe iade edileceği beyan edilmişse, bu halde işçinin işe başlatılmış sayılması geçerli olmayacaktır⁵⁵⁰. Yargıtayın kararlarında bu noktanın gözden kaçmadığı görülmekte ve şarta bağlı işe başlatmanın kanunun aradığı anlamda bir işe başlatma sayılamayacağı ifade edilmektedir⁵⁵¹. Kanunun aradığı anlamda işe başlatma sayılmayan bir durum da, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olduğu bir durumda, işçiyi asıl işverenin işe başlatmasıdır. Zira, işçiyi işe alması gereken kişi, işçinin kendi

⁵⁴⁷ Y9HD, 3.6.2004, E. 2004/1080, K. 2004/13416, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 715.

⁵⁴⁸ UÇUM, İşe Taleplerinde Sorunlar, 87.

⁵⁴⁹ ÖZEKES, İşe İade, 151.

⁵⁵⁰ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 260.

⁵⁵¹ "Dosya içeriğine göre feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı anlaşılmaktadır. Esasen davalı işverenin işe iade davasından sonra davacıyı işe başlatmak istemesi ve bu nedenle ve cevap dilekçesinde davanın konusuz kaldığından söz etmesi de feshin geçerli nedene dayanmadığının işverence de kabul edildiğini göstermektedir. Davalı işveren davacının işe iade edildiğini savunmuş ise de ileri sürülen koşullar nedeniyle davacının işe başlamadığı dosyadan anlaşılmaktadır. ...Davalı işveren boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak davacıyı işe başlatmak istemiştir. Davacı 8.9.2003 günü işyerine gitmiş saat 16.00'ya kadar işyerinde çalışmadan bekletilmiş sonra işverenin söz konusu şartını duyunca ayrılmış ve bir daha işe gelmemiştir. Burada yasanın anladığı anlamda bir işe başlatmadan söz edilemez. Bu nedenle davacının işe başlatıldığından söz edilerek davanın konusu kalmadığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması hatalıdır...". Y9HD, 21.6.2004, E. 2004/3377, K. 2004/15404, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 716-717.

işverenidir. İş güvencesi tazminatından asıl işverenin alt işveren ile birlikte sorumlu olması, işçiyi alt işverenin işe alması zorunluluğunu bertaraf etmeyecektir⁵⁵².

İşe iade kararından sonra işçi, işe yeni girmiş biri gibi nitelendirilmeyecek, yani önceki ücretinden daha düşük bir ücret almayacak ve mahkeme süresince, maaşlara zam yapılmışsa, işe iade edilen işçinin de maaşına bu zam yansıtılacaktır⁵⁵³.

II. Çalıştırılmayan Süreye İlişkin Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi

İşçinin işe başlamak üzere işverene başvurmasıyla kural olarak iş ilişkisi hiç kesilmemiş olacaktır. Sözleşmesi geçerli bir neden olmadan feshedilmiş kişilere işe iade davası döneminde yoksun kaldıkları ücreti telafi etmek amacıyla, ücret ve diğer haklarını alma imkanı getirilmiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak irdelendiği üzere söz konusu haklar, İşK. m. 21’de işçinin başvurusunun bir sonucu olarak düzenlenmiştir; işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmaması ile bir ilgisi bulunmamaktadır⁵⁵⁴.

III. İhbar ve Kıdem Tazminatının Mahsubu ve İadesi

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesihle birlikte koşulları oluşmuşsa, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İşverenin peşin ödeme yapması halinde, mahkeme veya özel hakem feshi geçersiz kılar, işveren de işçiyi işe başlatırsa sözleşme kural olarak hiç feshedilmemiş gibi olacağı için, işçinin sözleşmenin feshine dayalı olarak peşinen almış olduğu ihbar ve/veya kıdem tazminatını işverene iade etmesi gerekecektir. Nitekim, bu iadenin ne şekilde olacağı 4773 ve 4857 sayılı Kanunlarda belirtilmiştir.

4773 sayılı Kanun ile değişik 1475 sK. m. 13/D’nin 3. fıkrası, bildirim süresine ait ücret peşin ödenmişse, bu tutarın yukarıdaki “hükümlere” göre yapılacak ödemedan mahsup edileceğini düzenlemiştir. Öğretide bu ifadenin yerinde olmadığı; zira yukarıdaki hükümler denildiğinde buna iş güvencesi tazminatının da dahil olduğu ve bildirim süresine/kıdem tazminatına ilişkin ödenen ücretin, iş güvencesi tazminatından da düşürülmesinin tazminatın niteliği ile bağdaşmayacağı, yukarıdaki hükümler yerine, ikinci fıkra veya yukarıdaki fıkra ibaresinin konulmasının (böylece kendisinden mahsup yapılacak ödemenin dört aylık ücret

⁵⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 38.

⁵⁵³ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 260.

⁵⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. §7., IV.

tutarındaki ödeme olmasının) daha uygun olacağı ifade edilmişti⁵⁵⁵. Nitekim, İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrası 4773 sayılı Kanundan farklı olarak, işçinin işe başlatılması halinde, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatının, “yukarıdaki fıkra” hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edileceğini düzenlemiştir. Bu demektir ki mahsup, iş güvencesi tazminatından değil, “işçiye ödenecek en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretinden ve diğer haklarından” yapılacaktır. Bilindiği üzere, işçi alacaklarında kural olarak takas yasaktır⁵⁵⁶. Ancak, İşK. m. 21/4 bu konuyu özel olarak düzenleyerek, istisna bir hüküm yaratmıştır. Bu hükme göre, işverenin, işçinin onayını almasına gerek olmaksızın tek taraflı olarak bu mahsubu yapması mümkündür.

İşçinin işe iade edilmeden evvel aldığı kıdem ve peşin ödenen ihbar tazminatını iade sırasında iadenin kapsamı önem arz eden meselelerdendir.

İşçinin başvurusu ile hak kazandığı dört aylık ücretin, işverence daha önce ödenen ihbar ve kıdem tazminatı için yapılan mahsup işleminde birbirini karşılamaması ihtimal dahilindedir. Eğer yapılan mahsup işlemi neticesinde işverenin bir bakiye alacağı kalmışsa, bunun işçi tarafından ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse hangi koşullarda ödeneceği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretide bir görüş, işçinin peşin olarak aldığı ihbar ve kıdem tazminatını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edeceğini, işçinin iade yükümünün iyiniyetli olması sebebiyle elinde kalan miktar ile sınırlı olduğunu ve işverenin iade talebinde bulunması en erken işçiyi işe başlattığı ve en geç ise bir aylık süreyi izleyen günden başlayacağı için bu meblağa ödeme tarihinden itibaren faiz işletilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir⁵⁵⁷. Bir diğer görüş de, işverenin işçiye peşin olarak ödemiş olduğu ihbar ve kıdem tazminatının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteneceğini kabul etmekle birlikte, kıdem ve ihbar tazminatını almasına rağmen, feshin geçersiz olduğu iddiasıyla dava açan işçinin iyiniyetli zenginleşen kabul edilemeyeceğini, işçinin iyiniyetli zenginleşen gibi elinde kaldığı ile değil, işverenin ödemiş

⁵⁵⁵ GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 42-43; TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 10-11; UÇUM, Toplu İş Hukukunda Feshe Karşı Koruma, 218-219.

⁵⁵⁶ BK m. 123/2: Nafaka ve **iş ücreti** gibi borçlunun ve ailesinin iâşesi için mutlak surette zaruri olup hususi mahiyeti itibariyle fiilen alacaklının eline verilmesi icap eden alacaklar, **takasa kabil olmayan alacaklardır**. BK m. 333: İşçi ücretinin tediyesi, işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulunduğu takdirde; **işçinin muvafakatı olmaksızın** iş sahibi ücreti kendi alacağı ile **mahsup edemez**. Şu kadar ki kasten iras edilen zararların tazmini için mahsup icrası daima caizdir.

⁵⁵⁷ UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 86.

olduğu meblağın tamamı ile sorumlu olduğunu ifade etmektedir⁵⁵⁸.

Sebepsiz zenginleşmede iade borcunun kapsamı, BK m. 63-64’de belirtildiği üzere, iade yükümlüsünün iyiniyetli olup olmamasına göre değişmektedir. İade borçlusunun iyiniyetli veya kötünietli olması ise, zenginleşme konusunun zenginleşenin malvarlığından çıkma anına ve iyiniyetli sayılıp sayılmaması ise MK m. 3 hükmüne göre belirlenmektedir. İade yükümlüsü iade edeceğini bilmiyor, bilmesi de gerekmiyorsa iyiniyetli sayılacaktır⁵⁵⁹.

BK m. 63/1’e göre iyiniyetli sebepsiz zenginleşen, iade zamanında elinde kalanla sorumlu olacaktır. Kötünietli sebepsiz zenginleşen ise, BK m. 63/2’ye göre, zenginleşme ortadan kalkmış veya azalmış olmasına rağmen zenginleşme değerini iade ile yükümlü olacaktır⁵⁶⁰. İşçinin iyiniyetli mi kötünietli mi sebepsiz zenginleşen olacağı, işçinin bu meblağı iade yükümü bakımından önem arz etmektedir.

Bize göre, iş sözleşmesi feshedilmiş ve kanuni hakkı olan ihbar/kıdem tazminatını almış olan işçinin, işe iade davası açması ve dava neticesinde feshin geçersiz sayılması ve işe iade edilmesi durumunda, işçinin önceden almış olduğu ihbar/kıdem tazminatı için sebepsiz zenginleşme kurumuna gidilmesine gerek bulunmamaktadır. İş Kanunu m. 21/5, işçinin işe başlatılması durumunda, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücretin ve kıdem tazminatının, çalıştırılmayan süreye ilişkin olarak verilecek ödemeden mahsup edileceğini düzenlemiştir. Özel kanun olan İş Kanununda bu yönde açık bir hüküm bulunmasına rağmen, genel kanun olan Borçlar Kanununa gitmenin ve ödemeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapmanın gereği bulunmamaktadır. Bu anlamda işçiyi iyiniyetli ya da kötünietli sebepsiz zenginleşen olarak tanımlayarak iyiniyetli kabul etmek ve iade anında elinde kalan ile sorumlu tutmak ya da işçinin kötünietli olduğu sonucuna varmak, kanuna aykırı olacaktır. Kaldı ki, iş sözleşmesi feshedilen işçinin feshin geçerli nedene dayanmadığı görüşü ile mahkemede işe iade davası açması, onun kötünietli olduğunu göstermemektedir. Çünkü ortada feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında bir kesinlik bulunmamakta, sadece işçinin geçerli neden bulunmadığı “kanısı” söz konusu olmaktadır. Geçerli nedenin bulunup bulunmadığının nihai takdir ve değerlendirilmesi hakkı mahkemenindir. Bu bakımdan işe iade davası açan işçinin işverenden aldığı ihbar ve kıdem tazminatını ileride iade edip etmeyeceğini bilmesinin mümkün olmaması sebebiyle kötüniet iddiası gerçekçi değildir. İşçi almış olduğu ödemenin tamamını

⁵⁵⁸ EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 180.

⁵⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, 779-780.

⁵⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, 780.

iade edecektir. Ancak bu iade kanundan kaynaklanmaktadır, işçinin iyi ya da kötünietli olması sonucuna bağlanması mümkün değildir.

Öğretide, işçinin ücret ve diğer haklarından mahsup yapılmasına rağmen bakiye kısmı ödeyememesi halinde, işe başladıktan sonra alacağı ücret ve diğer haklarından kanun dairesinde mahsuba tabi tutulmasının mümkün olduğu ifade edilmesine rağmen⁵⁶¹, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bunun ancak yasal yollardan yapılabileceğini, kanunun cevaz verdiği özel haller dışında bir yargı kararı olmadan işverenin tek taraflı iradesi ile bir kesintinin yapılmasının mümkün olamayacağını ifade etmektedir⁵⁶². İşK. m. 21/4'te, işçinin işe iade edilmeden evvel peşin olarak aldığı kıdem ve ihbar tazminatının, yukarıdaki fıkra hükmüne göre yapılacak ödemeden mahsup edileceği düzenlenmiştir. İşçinin fesihten sonra aldığı kıdem/ihbar tazminatının çalıştırılmadığı halde alacağı ücret ve diğer haklarından fazla olması halinde, bakiye kısmın, işçinin daha sonra kazanacak olduğu ücretten mahsup edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan işçi ücretinde takasa ilişkin Borçlar Kanunundaki özellikle 333. madde dikkate alınacaktır. Kural olarak işçilik alacaklarında takas yasaktır⁵⁶³. Bu nedenle öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, işçi kıdem tazminatını vermiyor veya veremiyorsa, işveren işçiyi işe başlatacak ve bakiyenin tahsili için dava ya da icra yoluna başvurabilecektir. İşçinin ücreti haczedildiğinde İşK. m. 35 uyarınca, ücretin saklı kısmı korunacaktır⁵⁶⁴.

İşverenin, işçinin fesih sebebiyle almış olduğu ihbar ve kıdem tazminatı iadesini, işe başlatma koşulu olarak ileri sürmesi mümkün değildir. İşverenin işçiyi işe başlatmasının tek koşulu, feshin geçersizliğinden itibaren işçinin on işgünü içinde işe başlamak üzere başvuruda bulunmasıdır⁵⁶⁵. İşveren böyle bir şart koymuş ve işçi iadeyi yapamamış olması sebebiyle işe başlatılmamış ise, işveren işçiyi işe başlatmamış olacak ve bunun sonuçlarına katlanacaktır⁵⁶⁶. İhbar ve/veya kıdem tazminatının işverene iade edilememesi, fesih bildirimini geçerli hale getirmeyecektir, işverene işçiyi işe başlatmama, daha düşük ücretle başlatma ya da eski işinden

⁵⁶¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 594; benzer yönde, Demir, özellikle haczedilecek malı olmayan işçilerin ücretleri üzerinden ¼ oranındaki kesintilerin doğrudan işverene tanınacak bir yetki ile işçiyi icra masraflarından ve vekalet ücretinden kurtararak işçi lehine olacağını ifade etmektedir. DEMİR, İş Hukuku, 241-242; Ekmekçi ise işverenin icra takibi yaparak, ¼ 'e bağlı olmaksızın işçinin ücretinden kesinti yapabileceğini belirtmektedir. EKMEKÇİ, Soru-Cevap-Tartışma, 212.

⁵⁶² YHGK, 18.12.1985, E. 1985/9-454, K. 1985/1073, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 271'de dn. 28.

⁵⁶³ BK m. 123/2 ve BK m. 333; bkz. §8., III.

⁵⁶⁴ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 166-167.

⁵⁶⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 594; UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 86.

⁵⁶⁶ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 270.

farklı ve durumunu ağırlaştıran başka bir işte çalıştırma hakkı vermeyecektir⁵⁶⁷. İşçinin bakiyeyi ödeyememesi doğruluk ve bağlılığa uymayan haklı bir fesih nedeni olarak da kabul edilemeyecektir⁵⁶⁸.

Daha önceden ödenen ihbar ve kıdem tazminatının mahsubu ile ilgili bir diğer sorun, buna faiz işletilip işletilmeyeceği ve işletilecekse faizin türü üzerinde yoğunlaşmaktadır. Öğretide, bu geri ödemenin faiziyle yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶⁹. Kural olarak BK m. 103⁵⁷⁰ gereği, her borç alacaklıya faizi ile birlikte ödenmelidir. Ancak öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, “işçinin peşin olarak aldığı paraları faizi ile geri verme yükümlülüğü vardır” denildiğinde, bu paraları kullanmış olan işçi işe başlamaktan çekinecek, bu da işe iade kurumunun işlevsiz kalması sonucunu doğuracaktır. İşverenin iş sözleşmesini geçersiz sebeple feshetmiş olduğu gerçeğinden yola çıkıldığında, kendisinin yaptığı ödemeyi geri alırken bir de faiz elde etmesi hakkaniyete aykırıdır. Madde hükmü gereği işçi peşin olarak aldığı ihbar ve kıdem tazminatını, işe başladığı zaman iade etmekle yükümlüdür. Faiz ise feri bir haktır; varlığı asıl alacağa bağlıdır. Dolayısıyla, işçi işe başladığı anda iade yükümüne gireceği için, iade anında faiz ödemek zorunda olmamalıdır. Faiz, işe başlayan işçinin kıdem tazminatını geri verememesi durumunda, işçinin işe başlamasından itibaren işleyecektir⁵⁷¹.

Mahsup işlemi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapıldığı takdirde dahi, zenginleşen ister iyiniyetli ister kötüniyetli olsun, kendisinden iade talep edilmeden önce temerrüde düşmüş olmayacak; ancak iade talebinde bulunmasından sonra temerrüt faizi işleyecektir⁵⁷².

İşçi önceden almış olduğu ihbar/kıdem tazminatını işe başlatıldığı zaman ödeyemezse, bu meblağa faiz, işçinin bunları aldığı tarihten itibaren işletilmeyecektir. Ancak, işçi işe başlatılmasından itibaren, önceden almış olduğu bu ödemeleri iade borcu altına girecek ve işçinin işe başlatılmasından sonra bir faizin işlemesi gerekecektir. Hangi tür faizin işleyeceği konusunda da öğretide görüş farklılıkları bulunmaktadır. Buna ilişkin olarak bir görüş, işçinin işe başlatıldıktan itibaren bakiye kısım için, alınan kıdem tazminatının, “mevduat faizi” ile birlikte

⁵⁶⁷ DEMİR, İş Hukuku, 242.

⁵⁶⁸ UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 86.

⁵⁶⁹ DEMİR, İş Hukuku, 241; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 594.

⁵⁷⁰ BK. m. 103: Bir miktar paranın tediyesinden temerrüt eden borçlu mukavele ile daha az bir faiz tâyin edilmiş olsa bile geçmiş günler için senevi yüzde beş hesabiyle faiz tediyesine mecburdur.

⁵⁷¹ TAŞKENT, Sona Erme, 127-128; aynı yazar, Yeni Düzenleme, 49-50; KILIÇOĞLU, İş Kanunu Yorumu, 233.

⁵⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, 794.

iadesinin yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁷³. Geri ödemenin tamamına baştan itibaren faiz işletilmesini gerektiğini ileri süren yazarlar ise ikiye ayrılmaktadır. Birinci ihtimalde, işçinin kıdem tazminatını iadesinde 1475 sayılı Kanunun m. 14/12 hükmünün kıyas yoluyla uygulanarak “mevduat faiziyle” yapılması gerektiği ifade edilmekte⁵⁷⁴; ikinci ihtimalde ise, eski İş Kanununun yürürlükteki m. 14/12 hükmünün kıyasen uygulanmayacağı, zira gecikme süresi için mevduata uygulanan en yüksek faizin, kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi haliyle sınırlı olduğu, burada işçinin kıdem tazminatının değil, kıdem tazminatı tutarında bir meblağın iade yükümünün söz konusu olduğu, bu sebeple gecikme faizinin kanuni faizden ibaret olması gerektiği belirtilmektedir⁵⁷⁵. Bizim de katıldığımız bu görüş Yargıtayın haksız işe girdi-çıktılarda işçinin kıdeminin tasfiyesine yönelik kıdem tazminatı ödemelerinin, ileri nihai kıdem tazminatı hesap edilirken yapılacak mahsup işleminde dikkate alınacak faiz uygulaması ile uyumludur⁵⁷⁶. Söz konusu kararlarda belirtildiği üzere işverenin söz konusu ödemeleri gerçek anlamda kıdem tazminatı niteliğinde bulunmadığından buna ne kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İşK. m. 14’teki faizin ne de ortada bir ücret söz konusu olmadığından İşK. m. 34/1’deki faizin uygulanması mümkün değildir. Bu bakımdan mahsup işlemine rağmen kalan bakiye için işletilecek faiz, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun çerçevesinde yasal faiz olmalıdır.

IV. İşçinin Dava Sırasında Başka Bir İşte Çalışması

İş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iade davası süresince geçim kaynağı olan ücretinden yoksun kalacaktır. Asgari ihtiyaçlarını karşılamak zorunda olduğu için dava sürerken bir iş arayacak ve bulabilirse çalışacaktır. İşçinin dava sırasında başka bir işte çalışması halinde, çalıştırılmadığı dönem için en çok dört aylık ücretini ve diğer haklarını alıp alamayacağı veya kazandığı miktarın çalıştırılmayan süreye ilişkin ücretten mahsup edilip edilmeyeceği konusunda öğreti ikiye ayrılmış durumdadır.

İleri sürülen görüşlerden biri, dört aylık ücretin tazminat olmayıp işçinin boşta geçirdiği süreler için telafi edici nitelik taşımasından ve işçinin boşta geçirmediği sürenin ücretine hükmedilmesinin mümkün olmamasından ötürü, işçinin başka işten kazandığı veya kazanmaktan

⁵⁷³ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 166-167.

⁵⁷⁴ DEMİR, İş Hukuku, 241.

⁵⁷⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 594.

⁵⁷⁶ Bu yolda karar için bkz. Y9HD, 10.6.2004, E. 2004/13716, K. 2004/14459, GÜNAY, Şerh 2, 2409-2410; aynı yönde, Y9HD, 5.6.2002, E. 2002/1348, K. 2002/9500, GÜNAY, Şerh 2, 2425-2426.

kasten feragat ettiği gelirin, bu dört aylık ücretten düşürülmesi (BK m. 325)⁵⁷⁷ gerektiği yönündedir⁵⁷⁸.

Katıldığımız görüş ise, işçinin dava süresince başka bir işte çalışmış olmasının, İşK. m. 21/3'te düzenlenmiş olan en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını almasına bir engel oluşturmadığı ve mahsup da yapılmaması gerektiği kanaatindedir⁵⁷⁹. Öğretide haklı bulduğumuz bu yazarlar, düşüncelerini farklı gerekçelere bağlamaktadır.

Bu görüş taraftarlarından bir kısmı, m. 21/3'te işçinin çalışmadığı değil “çalıştırılmadığı” süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretin ve diğer hakların verileceğinin düzenlenmiş olduğunu, bu sebeple dava sırasında işçinin başka bir yerde çalışmış olup olmasının bir öneminin bulunmadığını belirtmektedirler⁵⁸⁰.

Aynı yönde bir diğer yazar işçinin “çalıştırılmadığı süre ücretine” hükmedileceği için mahsuba karşı olduğunu belirtmekle birlikte, iş sözleşmesi feshedilen işçinin başka bir işte çalışmamasını beklemenin “işçinin çalışma hakkına müdahale” anlamına gelebileceğinden hareketle de mahsubun mümkün olmaması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁸¹.

Fikrini Alman Hukuku ile Türk Hukuku arasında bir karşılaştırma yaparak açıklayan bir görüşe göre ise; Alman Hukukunu esas alacak olursak, mahsubun yapılması gerekir şeklindeki eğilimin kabul edilmesi gerekir. Ancak Alman Hukukunda Türk Hukukundan farklı olarak işçiye boşta geçirdiği tüm süreye ilişkin ücreti ve diğer hakları ödenirken, bizde boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı kısmı verilmektedir. Bu sınırlı miktardan da indirim yapmak uygun olmayacaktır. İşK. m. 21/3'ün açık ifadesi BK m. 325'e gitmeyi engellemektedir⁵⁸². Belirtelim ki, Yargıtay da, işe iade davası sırasında işçinin yeni bir işte

⁵⁷⁷ BK m. 325: İş sahibi işi kabulde tereddüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur.

⁵⁷⁸ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 63; ŞAKAR, 222; EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 179'da dn.16; aynı yazar, Yargının Durumu, 108; aynı yazar, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 135-136; ALPAGUT, İş Güvencesi, 247.

⁵⁷⁹ EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 59; TAŞKENT, Yeni Düzenleme, 48; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 166; GÜZEL, İş Güvencesi Tartışmalar, 6; SÜZEK, İş Hukuku, 489; TUNCAY, İş Güvencesi, 61; DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 96; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 598; KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, 194; GÜNAY, İş Hukuku, 468; KILIÇOĞLU, İş Kanunu Yorumu, 234; BAŞTERZİ, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma, 84-85; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 267; BİLGİLİ, İş Güvencesi, 187.

⁵⁸⁰ TAŞKENT, Yeni Düzenleme, 48; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 166; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 598; DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 96.

⁵⁸¹ SÜZEK, İş Hukuku, 489.

⁵⁸² TUNCAY, İş Güvencesi, 61; aksi görüşte SOYER, Feshe Karşı Koruma, 63, dn. 158'de ise, işçiye ödenecek miktarın sınırlı olmasının mahsup yapılmasını engelleyen bir hukuki neden olmadığını ifade etmektedir.

çalışmasının feshin geçersizliği ve işe iadeyi etkileyen bir unsur olmadığını, kanunda bu sürenin boşta geçen süreden mahsup edileceğine dair bir kurala yer verilmediğini, bu sebeple de mahsubun yapılamayacağını kabul etmektedir⁵⁸³.

V. İşçinin Dava Sırasında İşsizlik Ödeneğinden Yararlanması

İşsizlik sigortası, işsizlik riskiyle karşılaşmış işçilerin bu nedenle yoksun kaldıkları ücretlerini geçici bir süre için kısmen de olsa tazmin ederek yaşamlarını sürdürebilmelerini ve en kısa zamanda istihdama tekrar kazandırılmalarını hedefleyen bir sosyal güvencedir⁵⁸⁴.

Sigortalının işsizlik ödeneğine ve diğer sigorta yardımlarına hak kazanabilmesi için 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu (İSK) m. 51’de belirtilen şartları taşıması gerekmektedir. Birincil koşul, işsizlik sigortası anlamında işsiz olmaktır. İSK m. 47/e’ye göre sigortalı işsiz, bu kanun kapsamına giren bir işyerinde iş sözleşmesine dayalı ve sigortalı olarak çalışırken bu kanunun ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle işini kaybeden ve Kuruma başvurarak çalışmaya hazır olduğunu bildiren kişidir. İSK m. 51/1 ve m. 51/1c bendi birlikte değerlendirildiğinde; iş sözleşmesi, süresi belli olsun veya olmasın sürenin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemeksizin 4857 sayılı Kanun m. 25’e göre⁵⁸⁵ işveren tarafından feshedilen işçiler, Kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirdikleri takdirde, iş sözleşmelerinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az altıyüz gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş ve işten ayrılmadan önceki son yüzyirmi gün içinde prim ödeyerek sürekli çalışmış olmaları kaydıyla, işsizlik ödeneği almaya hak kazanacaklardır. Bu şartları taşıyan işçi, işsizlik ödeneğinden yararlanmak için başvuruda bulunabilecek ve işe iade davası süresince işveren tarafından çalıştırılmadığı dönem için işsizlik ödeneğinden yararlanabilecektir.

Mahkemenin işçi lehine sonuçlanması neticesinde, işçinin çalıştırılmadığı dönemin dört aylık ücret ve diğer haklarını alması halinde ise, işçinin bu dört aylık dönem için önceden almış olduğu işsizlik ödeneğini iade etmesinin gerekip gerekmeyeceği konusunda Kanunumuzda bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁵⁸³ Y9HD, 6.2.2006, E. 2006/942, K. 2006/2409, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 9, 2006, 166.

⁵⁸⁴ GÜZEL Ali/OKUR Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. bası, İstanbul 2004, 436.

⁵⁸⁵ İSK m. 51’de, aslında 1475 sayılı İş Kanununun 17’nci maddesinin (I) ve (III) numaralı bentlerine atıf yapılmaktadır. Ancak, İş Kanununun Geçici 1. maddesinde, diğer mevzuatta 1475 sK’na yapılan atıfların bu Kanuna yapılmış sayılacağı belirtilmiş olduğu için, metinde 1475 sK’nun değil, 4857 sK’nun ilgili maddeleri gösterilmiştir.

İşçinin dava sürecinde işsizlik ödeneği almış olmasının, mahkemenin feshi geçersiz saymasından sonra işverenin söz konusu dönem için işçiye en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını ödemesine engel teşkil etmediği konusunda öğretide birlik olmasına rağmen⁵⁸⁶, alınan bu işsizlik ödeneğinin iadesi konusunda aynı birlik söz konusu değildir.

Öğretide, işsizlik ödeneği almanın koşulunun ücret almamak olması sebebiyle, işçinin işsizlik ödeneği almış olduğu dönem için sonradan ücret ve diğer haklarını almasının, işsizlik ödeneğinin alınma şartlarını ortadan kaldırdığı, bu sebeple de İŞKUR'un vermiş olduğu dört aylık işsizlik ödeneğini geri alabileceği belirtilmektedir⁵⁸⁷. Aynı yönde diğer bir görüş ise, İŞKUR'un kendinin bu ödeneği almasını değil de, çalıştırılmayan süreye ilişkin ücretin ödenmesi sırasında “işverenin” ödeyeceği tutardan işsizlik ödeneğini keserek bunu Kurum'a iade etmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁸⁸.

Bize göre, feshin geçersiz sayılarak o dönem için dört aylık ücret ve diğer hakları aldıktan sonra işçinin almış olduğu işsizlik ödeneğini iade etmesine gerek yoktur⁵⁸⁹. Maddede işçinin “çalıştırılmadığı” süreye ilişkin dört aylık ücretin ve diğer hakların hüküm altına alınacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla çalıştırılmamış olmak yeterlidir. İşçinin işsizlik sigortasından yararlanmış olması bir değişiklik yaratmayacaktır⁵⁹⁰. Hatta, İŞKUR'un ödemiş olduğu işsizlik ödeneğini geri alması yürürlükteki kurallar çerçevesinde mümkün değildir⁵⁹¹. İşsizlik ödeneğinin iade edilmeyeceği kanaatinde olan bir diğer görüş ise, 4447 sayılı Kanun'un 52/b maddesine göre, işsizlik ödeneğinin işsiz kalan işçiye verileceğini ve işsizlik ödeneği aldığı sürede gelir getirici bir işte çalıştığı veya herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı aldığı tespit edilen sigortalının, işsizlerin işsizlik ödeneklerinin kesileceğini, 4447 sK. m. 50'ye göre ise sigortalının kusurundan kaynaklandığı belirlenen fazla ödemelerin yasal faizi ile birlikte geri alınacağını, bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, işçiye işsizlik ödeneği vermiş olan İŞKUR'un, işçiden bu miktarı geri almasına imkan olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca, işsizlik

⁵⁸⁶ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 166; aynı yazar, Sona Erme, 126; GÜZEL, İş Güvencesi, 112; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 64; DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 96; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 139; aynı yönde BAŞTERZİ, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma, 84; BİLGİLİ, İş Güvencesi, 276.

⁵⁸⁷ EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 139; aynı yönde BAŞTERZİ, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma, 82; BİLGİLİ, İş Güvencesi, 276.

⁵⁸⁸ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 64; ALPAGUT, İş Güvencesi, 248.

⁵⁸⁹ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 166; aynı yazar, Sona Erme, 126; GÜZEL, İş Güvencesi, 112; aynı yazar, İş Güvencesi Tartışmalar, 7; DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 96; UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 90.

⁵⁹⁰ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 166; aynı yazar, Sona Erme, 126; GÜZEL, İş Güvencesi, 112; DEMİRCİOĞLU, Yeni İş Yasası, 96.

⁵⁹¹ GÜZEL, İş Güvencesi, 112.

ödeneğinin sigorta ilkesi çerçevesinde yapılan ve primler karşılığı ödenen bir teminat olduğunu, işçinin işsizlik ödeneğinin, işsiz kalma riskini sigortaladığını ve risk gerçekleştiğinde bu ödemenin yapılmasının sigortacılık ilkesinin “zorunlu bir sonucu” olduğunu belirtmektedir⁵⁹².

Burada işçinin kusuru bulunduğu söylenmesi kanaatimizce de mümkün değildir. İş sözleşmesi feshedilen işçi, ne kadar süreceği belirlenemeyen bir dava sürecine girmektedir. Davanın devam ettiği ve dört aydan arta kalan dönem için işçinin geriye dönük bir hakkı bulunmamaktadır. İşçinin aldığı işsizlik ödeneği çalıştırılmamış olduğu dönemde yaşamını sürdürmesine yardımcı olmuştur. Bu bağlamda, işsizlik ödeneğinin iade edilmesi gerekmediğine ilişkin olarak ifade edilmiş olan tüm gerekçelere katılmakla birlikte, son gerekçenin tartışmaya açık olduğunu düşünmekteyiz. Zira, işsizlik ödeneği, işçinin işsiz kalma riskini karşılamakla birlikte, kullanılmasında bir zorunluluk bulunmamaktadır. İşe iade davası açan işçinin, daha sonra çalıştırılmadığı döneme ilişkin olarak ücret ve diğer haklarını alacağı düşüncesiyle, işsizlik ödeneğinden yararlanmak istememesi mümkündür.

İşçinin dört aylık süre için işsizlik ödeneği alması halinde kanunumuzda açık bir hüküm olmadığı için farklı şekillerde değerlendirilme neticesinde çıkmış olan sorununun 4447 sayılı İSK’da değişiklik yapılarak açıklığa kavuşturulması daha uygun olacaktır⁵⁹³.

Son olarak belirtilmelidir ki, işsizlik ödeneği işçinin o dönemde işsiz bulunması şartına bağlandığı için, sözleşmesinin feshedilmesinin ardından işsizlik ödeneği almasına rağmen çalışmaya başlayan işçi, bu dönem için almış olduğu işsizlik ödeneğini iade edecektir⁵⁹⁴.

VI. Özel Bir Durum: Dava Sürerken İşçinin İşe Başlatılması

Feshin geçersizliği ve işe iade davası açan işçinin, dava devam etmekteyken işveren tarafından işe çağırılması üzerine eski işine dönmesi halinde, bu durumun açılmış olan işe iade davasını nasıl etkileyeceği uygulamada önem arz eden konulardan bir diğeridir.

Yargıtay dava sırasında işçinin işe dönmesinin, önceleri davayı konusuz bıraktığına, bu sebeple, işçinin işe iadesini hedef alan iş güvencesi tazminatını ve çalıştırılmadığı süreye ilişkin

⁵⁹² UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 90.

⁵⁹³ GÜZEL, İş Güvencesi Tartışmalar, 7; TUNCAY, İş Güvencesi, 61; aynı yazar, İş Güvencesi Yasası, 11-12.

⁵⁹⁴ “Davacının 16.9.2002-17.9.2002 tarihlerinde işbaşı yaptığı ve gelir elde ettiği anlaşılmaktadır. İşsizlik ödeneği 2.8.2002 tarihinden itibaren ödendiğine göre bu iki güne ilişkin işsizlik ödeneğinin davacı tarafından geri iade edilmesi gerekir”. Y9HD, 8.4.2004, E. 2003/16690, K. 2003/8331, BİLGİLİ, İş Güvencesi, 277.

ücret ve diğer haklarını alamayacağına hükmetmekteydi⁵⁹⁵. Yargıtayın bu kararları çeşitli yönlerden eleştirilmiş ve davanın tamamıyla konusuz kalmaması gerektiği belirtilmek suretiyle, mahkemenin yargılamayı sürdürüp, feshin geçersizliği ve çalıştırılmayan süreye ilişkin ücreti hüküm altına alması gerektiği ifade edilmişti⁵⁹⁶. Yargıtayın vardığı sonucun işverenlerin kötünietli uygulamalarına da zemin hazırlayabileceği, zira işe iade davası ile karşı karşıya kalan işverenin dava açılınca işçiyi göstermelik olarak işe alarak en azından bir süre için yaptırımdan kurtulduktan sonra işçinin sözleşmesini feshetme yollarını arayacağı belirtilmişti⁵⁹⁷.

Bir davanın konusuz kalması için, her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde bir hukuki yararının kalmaması gerekmektedir⁵⁹⁸. İşe iade davası sürerken işverenin işçiyi işe alması halinde, iş güvencesi tazminatı yönünden dava konusuz kalsa da, işe iadeye kadar geçen süre için kanunda öngörülen dört aya kadar ücret ve diğer haklar bakımından talep ve dava konusu devam etmektedir⁵⁹⁹. Bilinmektedir ki, fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Bildirim süresi içinde sözleşmeyi fesheden tarafın bu bildirimi tek taraflı olarak geri alması mümkün olmayacaktır⁶⁰⁰.

Fesih işlemi yapılmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Öte yandan, işverenin fesihten vazgeçtiğini belirtmesi ve işçinin işe geri dönmesini istemesi işçiyi bağlamaz. İşçinin de geri dönmeyi istemesi ihtimalinde ise, işçi ile işveren arasında yeni bir sözleşme yapılmış olacaktır. Bu yeni sözleşmenin yeni koşulları olabileceği gibi eski koşullarla devam edileceği de kararlaştırılabilecektir⁶⁰¹. İşe iade davası sırasında işçi işe başlatılmışsa, kural olarak işverenin

⁵⁹⁵ Y9HD, 8.7.2003, E. 2003/12444, K. 2003/13125. Karar metni ve farklı incelemeler için bkz. TAŞKENT Savaş, Boşta Geçen Sürenin Ücreti, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, C. 7, S. 3, 2004, 105 vd.; CENTEL Tankut, Boşta Kalınan Sürenin Ücreti, Tekstil İşveren Dergisi, S. 285, Eylül 2003, 36 vd.; TUNCAY, İş Güvencesi, 58vd.

⁵⁹⁶ TAŞKENT, Boşta Geçen Sürenin Ücreti, 110; GÜZEL, İş Güvencesi Tartışmalar, 19; CENTEL, Boşta Kalınan Sürenin Ücreti, 37-38; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 111; aynı yazar, İşe İade Davası Sürerken İşçinin İşe Başlatılması (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 302, Şubat 2005, 42 (Dava Sürerken İşe Başlatılma); SÜZEK, İş Hukuku, 484; TUNCAY, İş Güvencesi, 60; SÜZEK, İş Hukuku, 484; EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 174; ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 493; aynı yazar, İşe İade, 152.

⁵⁹⁷ TUNCAY, İş Güvencesi, 60.

⁵⁹⁸ KURU, C. 3, 3021.

⁵⁹⁹ GÜZEL, İş Güvencesi, 113; TAŞKENT, Boşta Geçen Sürenin Ücreti; SÜZEK, İş Hukuku, 484; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 60; ÇELİK, İş Hukuku, 221; ŞAHLANAN, Dava Sürerken İşe Başlatılma, 42; aynı yazar, 2003 Yılı Kararları, 111; TUNCAY, İş Güvencesi, 60; EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 174; ALPAGUT, İş Güvencesi, 242; ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 493; aynı yazar, İşe İade, 152.

⁶⁰⁰ “Fesih tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir eylemdir. Karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınamaz. Hizmet sözleşmesi geçerli bir nedene dayanılmadan feshedilen işçinin açtığı feshin geçersizliği ve işe iade davasından sonra işverence işe davet edilmesi yapılmış feshi ortadan kaldırmaz. Y9HD, 29.1.2004, E. 2004/499, K. 2004/1489, AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 143-144.

⁶⁰¹ TAŞKENT, Boşta Geçen Süre Ücreti, 108; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 60; CENTEL, Boşta Kalınan Sürenin Ücreti, 37-38; ÇELİK, İş Hukuku, 221; aksi yönde olan Alpaut ise, işe iade davası sırasında işçinin işe başlatılmasının yeni bir sözleşme olarak kabul edilmesinin, işçi aleyhine olabileceğini ifade etmektedir. Yeni

feshin geçersizliğini kabul ettiği sonucuna varılacak, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını alması için gerekli olan İşK. m. 21/5’te düzenlenen “işverene başvurma koşulu” işçi o yerde çalışmaya başladığı için yapılmış sayılacak ve işçi çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretine hak kazanmış olacaktır⁶⁰². Bu anlamda davanın konusuz kaldığından söz etmek mümkün değildir.

Öğretide bir görüş, işçinin dava sırasında işe alınmasının, Yargıtayın kabul ettiğinin aksine feshin geçersiz sayılmasını ortaya çıkarmayacağını, bu nedenle davaya devam edilerek, feshin geçerli olup olmadığı ve buna bağlı olan işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁰³. Ancak Yargıtayın örnek bazı kararlarının incelenmesinden, sırf işçinin işe başlatılmasını feshin geçersiz sayılması olarak kabul etmediğini görmekteyiz. Dava açıldıktan sonra işçinin işe çağırılması halinde, Yargıtay öğretinin eleştirileri doğrultusunda kararlarını değiştirmiş ve feshin karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınmayacağı ve bunun yeni bir sözleşme için icap sayılacağı gerekçesiyle, davanın konusuz kalmadığına⁶⁰⁴ ve “aksi ileri sürülmedikçe” geçerli sebebe dayanmayan feshin hukuki sonuçlarına hükmedileceğine karar vermektedir⁶⁰⁵. Yani Yargıtay, işveren işçiyi işe başlatırken, “seni işe başlatıyorum ama bu, önceden yapmış olduğum feshin geçersiz bir fesih olduğu anlamına gelmiyor” şeklinde bir ifade kullanmamışsa, feshin geçerli nedenle yapılmadığını ve

sözleşmenin doğal sonucunun feshedilen sözleşmeye ilişkin ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin gibi işçilik haklarının sıfırlanması olacağını, işverenin işçiyi işe davet etmesi ve işçinin işe başlamasının feshin geçersizliğinin işverence kabulü ve fesih beyanının geri alınması şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Fesih iradesinin yenilik doğurucu bir irade beyanı olup işverenin tek yanlı olarak geri almasının mümkün olmaması ile birlikte, tarafların karşılıklı rızası ile geri alınabileceğini, böylelikle eski iş ilişkisinin devam ederek işe alınma tarihine kadar geçen dört aylık ücret tutarı bakımından işçinin talep hakkının konusuz kalmayacağını ifade etmektedir. ALPAGUT, İş Güvencesi, 243.

⁶⁰² TAŞKENT, Boşta Geçen Sürenin Ücreti, 110.

⁶⁰³ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 60.

⁶⁰⁴ “Akdin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir eylem olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Davacı tarafından temyiz incelemesine konu işe iade ve tazminat davası açıldıktan sonra davalı işveren tarafından davacının işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için yeni bir icap niteliğinde bulunmaktadır. Bu davet fesi ortadan kaldırmaz. Bu nedenle dava şartlarının kalmadığını kabul ederek davanın reddedilmesi hatalıdır.” Y9HD, 29.1.2004, E. 2004/499, K. 2004/1489, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 5, 2005, 375-376; aynı yönde Y9HD, 29.1.2004, E. 2004/499, K. 2004/1489, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 4, 2005, 203.

⁶⁰⁵ Dava devam ederken işçinin işe başlatılmış olmasına ilişkin bir kararında Yargıtay, işverenin davaya sebep olmuş feshin geçerli nedenle yapılmış sayılıp sayılmayacağını şu sözlerle ifade etmiştir: “...dava devam ederken, davacının işe başlatılmış olması aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunun 21. maddesinin 3 ve 5. fıkralarına göre, boşta geçen süre ücreti, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Somut olayda, boşta geçen süre ücretine ilişkin bu şartların yargılama sırasında, davacının işe başlatılmasıyla, önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir. ...davacı işçi, açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir. ...Bu nedenle boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalıdır.” Y9HD, 2.2.2005, E. 2004/31715, K. 2005/2889, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 759-760; aynı yönde, Y9HD, 27.12.2004, E. 2004/32026, K. 2004/29584, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 763-764 .

işverenin de bu yönde düşündüğünü kabul etmektedir. Böylelikle işçi işe başlatılmakla işverene yapması gereken başvuruda bulunma zorunluluğunu da yerine getirmiş sayılmakta ve böylece işçi çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücreti ve diğer haklarını da alma hakkına kavuşmaktadır. İşveren işçiyi işe başlatırken, davaya konu feshin, geçersiz nedenle yapıldığını kabul etmediğini belirtmesi halinde, davaya devam olunarak feshin geçerli bir fesih olup olmadığı açıklığa kavuşturulacak, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını alıp alamayacağı belirlenecektir⁶⁰⁶.

Elbette, işçinin dava sırasında işe başlatılması sonucu alacağı en çok dört aya kadar ücretin hesaplanmasında, fesih tarihinden kararın kesinleşmesine kadar geçen süredeki değil, işçinin işe başlatıldığı tarihe kadar geçen süredeki ücret göz önünde tutulacaktır⁶⁰⁷.

VII. İşe İade Davasının Konusuz Kalması

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, işe iade davası devam ederken işçinin işe başlatılması, işe iade davasını konusuz bırakmamasına rağmen⁶⁰⁸, davanın konusuz kaldığının ileri sürülebileceği farklı durumlar söz konusu olabilecektir.

Bunlardan bir tanesi, işçinin işe davet edilmesi ancak açıkça işçinin bunu kabul etmemesi halidir. Bu durumda dava bakımından hukuki yararın kalmadığı ifade edilmelidir. Zira, davanın konusu işe iadedir ve iş güvencesi tazminatı ancak işçinin işverene başvurusu ve işverenin işe başlatmaması durumunda verilecektir⁶⁰⁹. Bu sebeple yargılama sırasında işverenin işe başlatma isteğine aralarında husumet doğduğu için işe başlamayacağını belirterek karşılık veren işçinin işe iade davasında davanın konusuz kalacağına ilişkin öğretici görüşüne ve Yargıtay kararına katılmaktayız⁶¹⁰. Aynı şekilde, işçinin ölümü halinde, işe iade edilecek bir kişi artık olmadığına göre işe iade davasının amacı olan işçinin işe iade edilme imkanı ortadan kalkacak ve işe iade davası konusuz kalacaktır⁶¹¹.

⁶⁰⁶ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 262.

⁶⁰⁷ SÜZEK, İş Hukuku, 484; EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 174.

⁶⁰⁸ Bkz. §8., VI.

⁶⁰⁹ ALPAGUT, İş Güvencesi, 243.

⁶¹⁰ ALPAGUT, İş Güvencesi, 243; Y9HD, 13.1.2005, E. 2004/33309, K. 2005/645, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 748; aynı yönde bir kararda “Başka bir işte çalışması nedeniyle davalıda işbaşı yapmayan, iş sözleşmesini de kendisi fesheden davacının boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının reddine ve sadece fesih tarihine (ilk fesih) kadar ki kıdem tazminatı isteğinin kabulüne karar vermek gerekir” denilmiştir. Y9HD, 26.2.2003, E. 2003/13386, K. 2004/3404, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 719.

⁶¹¹ ALPAGUT, İş Güvencesi, 244; ÖZEKES, İşe İade Davaları, 153; ayrıntılı bilgi için bkz. §5., 1., b).

Öğretide, işçi ölse de feshin geçersizliğini tespit etmenin yararlı olabileceği, zira böyle bir tespit yapılması halinde işçinin mirasçılarının sosyal güvenlik haklarının zayi olmasının önleneyeceği ifade edilmiştir. Örnek olarak da, “binsekizyüz” günde ölüm aylığına hak kazanacak olan işçinin “binyediyüzon” günü varken işten çıkartılması ve işe iade davası açmasından dört ay sonra ölümü halinde, “doksan” günlük eksiği mirasçılarının davaya devam edip, feshi geçersiz kıldırarak giderebilmeleri gösterilmiştir⁶¹².

Bu kaygının yerinde olduğu kabul edilmekle birlikte, İşK. m. 21/5’e uygun olduğu söylenemeyecektir. İş Hukukunda ve işe iade davalarında işçinin korunması esastır. Ancak unutulmamalıdır ki, söz konusu olayda doksan günlük bir tespitin yapılabilmesi için, işçinin çalıştırılmadığı süre ücretine hak kazanması gereklidir. Çalıştırılmayan süre ücretine ve bu sayede de o kadar dönem işçilik haklarına sahip olmak ise, işçinin mahkemenin kararı üzerine işverene başvurusu şartına bağlanmıştır. Kanun yoruma elverişli değildir; başvuru yoksa, hak da yoktur.

İşyerinin kapanması halinde de devam eden işe iade davasının akıbetinin ne olacağı önem taşımaktadır. Öğretide bir görüş, işe iade davasının konusuz kalacağını ifade etmektedir. Buna ilişkin olarak, işçinin işe iade edileceği bir işyerinin kalmamış olması sebebiyle işe iade kararının bir anlamının olmayacağını, ancak dava konusuz kalsa da hem yargılama giderleri hem de çalıştırılmayan süre ücreti için (işyerinin kapanma anına kadar ve dört ayı geçmemek şartıyla) davaya devam olunması gerektiğini ifade etmiştir⁶¹³.

İşçinin işe başlamak üzere işe başvurması durumunda, işverenin işçiyi işe başlatabileceği bir işyerinin olmaması, işçinin işe iadesine engel oluşturacaksa da, bu durum, işe başlamama tazminatının ödenmeyeceği anlamına gelmemelidir. İşK. 21, işverene “seçimlik bir hak” vermiştir: İşveren işçiyi işe başlatacak, işe başlatmaz ise iş güvencesi tazminatı ödeyecektir. İşe iade imkanının fiilen mümkün olmaması, diğer seçeneğin ortadan kalkması şeklinde değerlendirilemeyecektir. Bu bakımdan işveren işyerini kapamışsa, işe iade edilen işçiye iş güvencesi tazminatı ödenmelidir⁶¹⁴. İşyerinin mücbir sebeple kapanması dahi, haklı bir fesih nedeni değil, ancak bir geçerli fesih nedenidir. İşyerini kapamak isteyen işveren, işçilerin sözleşmelerini geçerli nedenle feshedebilir ancak bildirim ücretlerini verecektir. Bu şekilde

⁶¹² İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısında, Av. Mert Er Karagülle (185. sayfada) ve Av. Abdülhalim Eke (189. sayfada) bu görüşü ifade etmişlerdir.

⁶¹³ ÖZEKES, İşe İade Davaları, 153; aynı yönde ayrıntılı görüş için bkz. EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 137.

⁶¹⁴ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, 40; aynı yönde, TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 11.

bakıldığı vakit görülecektir ki, işverenin işyerini kapatması neticesinde işçilerin işe iade imkanından başka iş güvencesinden de mahrum bırakılmaları, işçilerin elinde olmayan bir durumun faturasının işçiye çıkartılmasıdır ve doğru değildir. Kaldı ki aksinin kabul edilmesi durumunda, davayı kaybedeceğini anlayan işverenler işyerlerini kapatacaklar ve sorumluluktan kurtulacaklardır. Bilinen o ki, işyerinin kapatılması zor bir prosedüre bağlanmamıştır. İşverenin işyerini kapatıp başka isimle diğer bir işyeri açması halinde bunun önüne geçmek mümkün olmayacaktır. Kötüye kullanılmaya çok elverişli olan bu durum, kanunun öngördüğü işe iade davalarına ilişkin korumayı da bertaraf etmiş olacaktır.

İşverenin işçiyi işe alabileceği ve işçiye uygun bir başka işyerinin varlığı halinde, işçinin işverenin diğer işyerinde işe başlatılmasının da mümkün olduğunu düşünmekteyiz. İşe iade davasında öncelik işçinin işine, masasına, tezgahına dönmesidir. Ancak, işyerinin kapanması halinde, işverenin farklı bir işyeri daha varsa, fesihte son çare ilkesinde uygulanan esasın burada kıyasen uygulanması gerekecektir⁶¹⁵. Elbette bu durum işçinin çalıştığı işi dururken başka bir işe verilmesinin mümkün olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak, işverenin işe iade davasını açan işçinin çalıştığı işyerinin kapanmasına rağmen işverenin işçinin çalışmasına uygun başka işyeri ve İşK. m. 22 anlamında işçinin kabulü varsa; işçi muhakkak “eski işine” iade edilmelidir, işyeri kapandıysa işveren iş güvencesi tazminatı ödeyecektir, şeklide dar bir yorum yapılmamalıdır.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında “...davacının davalının birçok mağazasında çalıştığı, en son çalıştığı mağazanın kapatıldığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedildiği, davalının mağazalar zinciri nedeniyle bir çok işyerinin bulunduğu, bir mağazasının kapatılması halinde çalışan işçilerin başka mağazalarda görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Somut bu olgulara göre salt bu mağazanın kapatılması yeterli değildir...davacının yasal sürede başvurusuna rağmen işverenin davacıyı süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının...dört aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesine...”⁶¹⁶ diyerek somut olayın özelliğini göz önünde bulundurmuş ve işverenin işyerinin kapatılmış olmasının, işçinin işverence işe başlatılmaması halinde işçiye ödenecek iş güvencesi tazminatına engel oluşturmayacağına karar vermiştir.

⁶¹⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı katılmış olduğu bir toplantıda, sözleşmelerin feshinde “fesihte son çare ilkesini” aradıklarını şu sözlerle açıklamıştır: “...idari kadrolar birleşti, orada bir çaycı iken üç çaycıya çıktı. Ben de o zaman diyorum ki işçiye önce imkan sağlayacaksın. Her zaman çaycı, çaycı olmaz meydancı da olur, temizlikçi de olur. Önce bunları sağlayacaksın”. ÇANKAYA Osman Güven, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısında, Soru-Cevap-Tartışma, 98.

⁶¹⁶ Y9HD, 26.1.2004, E. 2004/23173, K. 2004/1205, AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 106-107.

Son olarak üzerinde önemle durulması gereken konu, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshettikten sonra, işçiye ihbar müddetince çalıştırırken, işçinin yaşlılık aylığı almak üzere Kuruma başvurması üzerine “sözleşmenin önel içinde işçi tarafından feshedildiğini” kabul eden ve işe iade davasını reddeden Yargıtay kararının yerindeliğidir. Yargıtayın sözü edilen kararına katılmak mümkün değildir⁶¹⁷.

Yargıtay “*Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre ‘ihbar tazminatı ödenmeden işverence gerçekleştirilen fesihlerde, emeklilik aylığı bağlanması için, işçinin bağlı bulunduğu kuruma başvurması halinde, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Zira bu durumda ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesinin önel sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir...İşçi ihbar tazminatı ödenmeden aynı gün yaşlılık aylığı bağlanması için kuruma başvurmuştur. Olayda artık işverenin değil, işçinin feshi söz konusudur. Böyle olunca da davacı işçi feshin geçersizliğini ve işe iadesini isteyemez*”⁶¹⁸ şeklinde hüküm kurmuştur.

Yargıtayın bu içtihadı ihbar tazminatı peşin ödenmeksizin feshedilen iş sözleşmesinin, ihbar müddeti boyunca devam ettiğine ilişkin görüşünün yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu görüş şu ifadelerle açıklanmıştır: “*Dairemizin yerleşik ve kararlılık kazanan uygulamasına göre, işverence önel verilmeksizin ve ihbar tazminatı peşin ödenmeksizin yapılan fesihlerde, önel süresi içerisinde oluşacak artışlardan işçinin yararlanması gerekir. Bir başka anlatımla, bu tür fesihler önelli fesih gibi kabul edilmektedir. Böyle olunca da ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesi önel bitimine kadar devam edecektir. Ayrıca önel süresi içinde taraflarca başka nedenlerle gerçekleştirilecek fesih işlemleri geçerli sayılacaktır*”⁶¹⁹.

Fesihten sonra kuruma başvurmayı işçinin feshi olarak değerlendiren Yargıtay kararı hakkında, öğreti ve karşı oy yazan yargıçlar tarafından haklı olarak belirtildiği gibi, fesih bildiriminin sonuçları beklenmeden, nasıl tebliğden itibaren bir ay içinde işçinin dava açma hakkı başlıyorsa, aynı gün işçinin Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurma imkanı da başlamaktadır ve bu, işçinin feshi olarak kabul edilemeyecektir. Emeklilik bir sosyal güvenlik

⁶¹⁷ TAŞKENT, 2004 Yılı Kararları, 58-61; ŞAHLANAN Fevzi, İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S.310, Ekim 2005, 40 vd. (Emeklilik Başvurusu); SOYER, Feshe Karşı Koruma, 33.

⁶¹⁸ Y9HD, 21.4.2005, E. 2005/10722, K. 2005/14042. Karar ve incelemesi için bkz. ŞAHLANAN, Emeklilik Başvurusu, 40vd.; aynı yönde, Y9HD, 21.6.2004, E.2004/15842, K. 2004/15334, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004, 64; Y9HD, 13.1.2005, E. 2004/33862, K. 2005/973, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 358 vd.

⁶¹⁹ Y9HD, 1.3.2004, E. 2003/13738, K. 2004/3888, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 1 2004, 118-119.

hakkıdır. Fesih ise bozucu yenilik doğuran bir hak olup, hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmaktadır. İşverene yapılmış bir irade beyanı bulunmamakla birlikte, kuruma yapılan başvurunun fesih olarak yorumlanması da mümkün değildir. Muhatapları ve işlevleri farklı olan bu iki hak birbiri ile çatışmayacaktır. Kaldı ki, emekli olan işçinin işe iadesini engelleyen yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Yaşlılık aylığı alan işçinin mahkemece işe iadesine karar verilmesi halinde, işçinin sosyal güvenlik destek primi ödeyerek, sigortalı olup yeniden çalışmaya başlaması da mümkündür (506 sK. m. 63/B)⁶²⁰.

İşçi fesihten sonra, ancak ihbar tazminatını almadan, kuruma yaşlılık aylığı için başvurduğunda, sözleşmenin işverence değil, işçi tarafından feshedilmiş olduğunu kabul etmek hukuka uygun olmadığı gibi, sosyal gerçeklere de uygun değildir. Zira, dava sürecinde, işçinin ve ailesinin geçim kaynağı kesilmiştir, uygulamada davanın yasal süreler içinde bitmesi mümkün olmamakta, bununla birlikte davanın lehe sonuçlanıp sonuçlanmayacağı da bilinmemektedir. Bu şartlar altında, işçinin emekli olmasını engelleyerek böyle bir davaya kendini bağlamasını istemek hakkaniyete de uygun olmayacaktır⁶²¹.

Yargıtay, işverenin bildirimli feshinden sonra işçinin emeklilik başvurusu yapması halinde feshin, “işçinin feshi” olarak sayılmaması için, işçinin ihbar tazminatı almış olmasını gerekli görmektedir⁶²². Kararlarından birinde “İhbar tazminatı kısmen de olsa davacı emekli olmadan önce ödenmiştir. Fesih işverence bu kısmi ödeme ile gerçekleşmiştir. Davacının kalan kısmı ödenmeden emeklilik isteğinde bulunması, iş sözleşmesini kendisinin feshettiği anlamına gelmez”⁶²³ demek suretiyle tazminatın ödenmesiyle sözleşmenin sona ermiş sayılacağını ifade etmiştir.

İhbar önelli fesihte, ihbar tazminatının bir kısmı dahi ödense, sözleşmenin işverence feshedilmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararını yerinde bulmaktayız. Ancak, yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı, ihbar tazminatı hiç ödenmese dahi fesih bildirimiminin karşı tarafa yöneltilmesinden sonra işçinin emeklilik başvurusunda bulunması halinde sözleşmenin işverence feshedildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

⁶²⁰ TAŞKENT, 2004 Yılı Kararları, 60-61; ŞAHLANAN, Emeklilik Başvurusu, 40 vd.; Yargıtayın karara karşı oy yazan Yargıçlarının değerlendirmesi için bkz. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.7, 2005, 1319-1320.

⁶²¹ ŞAHLANAN, Emeklilik Başvurusu, 40 vd.; Yargıtayın karara karşı oy yazan Yargıçlarının değerlendirmesi için bkz. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005, 1319-1320.

⁶²² Y9HD, 13.2.2006, E. 2005/37555, K. 2006/3454, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 9, 2006, 160.

⁶²³ Y9HD, 7.2.2005, E. 2005/1607, K. 2005/3298, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 385-386.

§ 9. İŞÇİNİN İŞVERENCE İŞE BAŞLATILMAMASI

I. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

İşçi feshin geçersiz sayılması üzerine işverene işe başlamak üzere süresinde başvurur, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmaz ise, iş sözleşmesi, işverenin yapmış olduğu ilk fesih ile değil, işçinin işverence işe başlatılmadığı tarihte yapılmış sayılacaktır⁶²⁴. Kanun koyucu, işverene işçiyi işe başlatıp başlatmama konusunda seçimlik bir hak vermiştir. İşverene tanınan bu yetkinin, taraflar arasında işçinin başvurusundan itibaren zaten hukuken var olan sözleşmenin varlığı ile bir ilgisi yoktur, bu yetki sözleşmeyi sona erdirip erdirmemeye ilişkindir. Açıkçası işverenin bir aylık süresinde işçiyi işe başlatıp başlatmama konusundaki iradesi hukuken var olan sözleşmeyi devam ettirip ettirmeme kararıdır.

İşverenin işe başlatma iradesini açıklaması ile tarafların iş sözleşmesinden doğan iş görme ve ücret ödeme borçları muaccel hale gelmekte, bir aylık süre içinde işe başlatmama iradesini açıklaması ya da açıklamaksızın sürenin dolması ise, işverenin sözleşmeyi fesih iradesi sonucunu doğurmaktadır. Kanun koyucunun 21. maddede işverene tanıdığı seçimlik hak, bu düzenlemenin niteliği gereği, sonuçları itibariyle sözleşmeyi devam ettirme ya da feshetme yetkisi anlamındadır. İşverenin ortada “sözleşmeyi feshediyorum” gibi açık bir fesih iradesi söz konusu olmadığı halde onun işe başlamama yönündeki beyanı ya da kendisine tanınan bir aylık sürenin dolması, kanun gereği fesih iradesi olarak kabul edilmektedir.

İşverenin işe başlatmayarak yaptığı fesih, nitelik itibariyle ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandırır şekildedir. Çünkü ortada İşK. m. 25/II’de düzenlenen haklı nedenlere dayalı olarak yapılmış bir bildirimsiz fesih söz konusu olmadığı gibi İşK. m. 17’deki ihbar önellerine de uyulmamıştır. İşK. m. 21/4 hükmünde açıkça yer verilen “işe başlatılmayan işçiye (geçersiz fesihte) bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin olarak ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir” şeklindeki ifade ile de aynı durum tekrar edilmiştir.

Diğer bir nokta ise, işverenin işe başlatmayarak yaptığı bu feshin kötüniyetli olduğu, sendikal nedenlere dayandığı ya da İşK. m. 5’teki ayrımcılık yasağına aykırı olduğu iddia edilerek İşK. m. 5/6, İşK. m. 17/5 ve SenK. m. 31/6 düzenlemelerinde yer verilen tazminatların talep edilemeyecek olmasıdır. İşe iade sonucunda işçinin süresinde başvurusu üzerine işveren, bir aylık sürede işçiyi işe başlatmak zorundadır (İşK. m. 21/1). Ancak, bu mutlak değildir. Zira,

⁶²⁴ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 16; ULUCAN, İş Güvencesi, 85; TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 168; aynı yazar, Sona Erme, 127; GÜZEL, İş Güvencesi, 102, 114; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 37; ŞAHLANAN, Yeni İş Kanunu, 90; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 595.

İşK. m. 21/1, “zorundadır” ifadesinin hemen akabinde, işverenin işçiyi işe başlatmaması ihtimalini de düzenlemiş, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde, dört-sekiz aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatı ödeyeceğini ifade etmiştir. İşveren işçiyi işe başlatıp başlatmamakta özgürdür. İş sözleşmesinin tarafların güvenine dayanması ve kişisel ilişki kurması özelliği nedeniyle mahkeme kararı ile işverenin çalıştırmak istemediği bir kişiyi işe almak zorunda bırakılmaması gerektiği için⁶²⁵, işverene böyle bir seçim hakkının verilmiş olması yerindedir. İşe başlatmamanın sebebi ne olursa olsun bu feshin yaptırımı, İşK. m. 21’de yoruma yer bırakmayacak biçimde tespit edilmiştir. Kaldı ki, burada kanunda tanınan bir hakkın (işe başlatma ya da başlatmama) kullanımı söz konusudur ve yaptırımı da bellidir. Bu bakımdan işe iade sonucunda işverence işe başlatılmama suretiyle yapılan fesih ile işverenin işe başlatmamasının altında yatan neden(ler) anılan düzenlemelerde yer verilen kanuna aykırı amaçlar olsa dahi, bu feshin yaptırımı İşK. m. 21 de belirtildiği üzere, ilgili işçinin iş güvencesi tazminatıdır. İşK. m. 17/5’de öngörülen kötüniyet tazminatı, İşK. m. 5/6’daki eşitliğe aykırılık tazminatı veya SenK. m. 31/6’de öngörülen sendikal tazminat değildir.

II. Çalıştırılmayan Süreye İlişkin Ücret Ve Diğer Haklar

İş Kanunumuzun 21. maddesinin 3. fıkrası, mahkemece feshin geçersiz sayılması üzerine kararın kesinleşmesine dek işçinin çalıştırılmadığı süredeki en çok dört aylık ücret ve diğer hakların, işçiye ödeneceğini düzenlemiştir. İşçinin çalıştırılmadığı döneme ilişkin olarak ücret ve diğer hakları, işe başlamak üzere işverene başvurmakla doğrudan muaccel hale gelmektedir. Yukarıda “işçinin başvurusu” başlığı altında, İşK. m. 21’de işe iadeye bağlanan parasal sonuçların ilki olan dört ayla sınırlı ücret hakkında ayrıntılı bilgi verildiğinden burada tekrardan kaçınılacaktır⁶²⁶.

III. İş Güvencesi Tazminatı

1. Genel Olarak

İş Kanunu, işçinin işverene başvurusu üzerine, işverenin bir ay içinde işçiyi işe başlatmaması halinde, işverenin işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeyeceğini düzenlemiştir (m. 21/1)⁶²⁷. Ancak Sendikalar Kanununa göre, iş sözleşmesi sendika

⁶²⁵ FORDE, Employment Law, 179.

⁶²⁶ Ayrıntısı için bkz. §7., IV., 3.

⁶²⁷ 4773 sayılı Kanun Döneminde m. 13/D f. 1, altı-oniki aylık ücret tutarında tazminat ödeneceğini kabul etmişti.

üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı feshedilmişse, 21. maddenin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır (SendK. m. 31/6)⁶²⁸.

Feshin geçersizliğine rağmen işe başlatmamanın yaptırımını olarak böyle bir tazminatın öngörülmüş olması, mutlak işe iadenin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. İş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran bir sözleşme olması, diğer işgörme sözleşmelerinden farklı olarak bağımlılık unsuru taşıması ve bu çerçevede işçi ile işveren ilişkisinin salt güven ilişkisine dayanması sebebiyle böyle bir yaptırımın yerinde olduğu söylenebilir. Bu bakımdan iş güvencesi tazminatı, işveren bakımından adeta medeni bir cezadır⁶²⁹.

İşverenin bir aylık süre içinde işçiyi işe başlatmıyorum demesinin ardından yine bir aylık süre geçmeden, fikrini değiştirip işçiyi işe başlatacağını bildirmesi halinde, işverenin işçiyi işe başlatarak iş güvencesi tazminatından kurtulmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilecektir. Belirtilmelidir ki, kanunda işverenin işçiyi işe başlatması için tanınmış olan bir aylık süre, işverenin ses çıkartmaması halinde bir ay boyunca geçerliliğini korumaktadır. İşverenin işçiyi işe başlatmayacağına ilişkin beyanından itibaren o sürenin bir anlamı kalmayacaktır. İşveren işçiyi işe başlatmayacağını bildirmesi ile, sözleşmeyi feshetmiştir. Fesih yapılmakla tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. İşverenin daha sonradan işçiyi işe başlatacağını bildirmesinin bir anlamı bulunmamakta, bu teklif sadece yeni bir sözleşme için icap niteliği taşımaktadır. Bu durumda, işveren işçiye iş güvencesi tazminatını ödeyecek sonra dilerse işçiyi yine işe alabilecektir. Ancak bu sözleşme yeni bir sözleşme olacak ve şartları tarafların anlaşmasına göre eskisiyle aynı olabilecek veya farklılıklar arz edebilecektir.

İş güvencesi tazminatı, işçinin “temel/asıl brüt” ücreti üzerinden hesaplanacaktır⁶³⁰. Belirtelim ki, Yargıtay da bu yönde hüküm kurmaktadır⁶³¹. Ancak, öğretide ihbar ya da kıdem

⁶²⁸ “Sendikal nedenle fesih yoksa, tazminat miktarı bir yıllık ücret tutarında belirlenemez”. Y9HD, 31.5.2004, E. 2004/8165, K. 2004/132127, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 679.

⁶²⁹ Öğretide, iş güvencesi tazminatının “bir tür medeni ceza” olduğunu ifade etmiş olan bir yazar, haklı olarak, işçinin fesihten sonra yeni bir iş bulması halinde de, işçinin çalıştırılmayan süreye ilişkin ücretini alabilecek olmasını, görüşüne gerekçe olarak göstermiştir. GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 41.

⁶³⁰ ULUCAN, İş Güvencesi, 84-85; aynı yazar, İş Güvencesinin Kapsamı, 218; TAŞKENT, Yeni Düzenleme, 47; aynı yazar, Sona Erme, 126; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 167; EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 16; GÜZEL, İş Güvencesi, 108; ÇELİK, İş Güvencesi, 44; aynı yazar, İş Hukuku, 218; ŞAHLANAN, Kapsam, 19; SÜZEK, İş Hukuku, 486; TUNCAY, İş Güvencesi, 10; EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 37; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 62; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 596; GÜNAY, İş Hukuku, 467; GÜVEN/AYDIN, İş Hukuku, 132; SÜMER Haluk Hadi, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997, 121 (Sendikal Neden); ALP, Feshe Karşı Koruma, 24; BİLGİLİ, İş Güvencesi, 179; ÇALIK, İş Güvencesi, 195.

⁶³¹ “...Tazminat miktarı belirlenirken davacının **brüt** ücreti üzerinden hesaplama yapılmalı; **ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır**...”, Y9HD, 6.11.2003, E. 2003/18733, K. 2003/18729, ÇALIK, İş Güvencesi, 197; aynı yönde, “...Tazminat miktarı belirlenirken, davacının brüt ücreti üzerinden hesaplama

tazminatında olduğu gibi asıl ücret yanında para ile ölçülmesi mümkün diğer hakların da dikkate alınması gerektiği, bu çerçevede giydirilmiş ücretin nazara alınmasının işçinin korunması bakımından daha yerinde olacağı ifade edilmiştir⁶³². Yargıtay kararlarında, tazminat miktarının belirlenmesi sırasında, işçinin asıl ücreti üzerinden hesaplama yapılacak olmakla birlikte ücrete ilişkin bir niteleme daha yapılarak, “brüt” ücret ifadesi de kullanılmaktadır⁶³³. Brüt ücret, yasal kesintileri yapılmamış ücret iken, yasal kesintileri yapılmış ücret, net ücrettir⁶³⁴.

Sözü edilen bu tazminatın işçinin hangi tarihteki ücreti üzerinden hesaplanacağı konusunda, öğretide bir görüş, fesih tarihindeki değil, hükmün kesinleşmesine kadar olan “en son zamlı” çıplak brüt ücreti üzerinden yapılacağını ifade etmektedir⁶³⁵. Katıldığımız görüş ise, iş sözleşmesinin geçersiz kılınmasının ardından işçinin işe başlamak üzere başvurmasına rağmen “işverenin işçiyi işe başlatmayacağını tebliğ ettiği veya bir ayın neticesinde işçiyi işe başlatmayarak sözleşmenin feshedilmiş sayıldığı” tarihte işçinin alması gereken ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini belirtmektedir⁶³⁶. Çünkü bu tazminatın hak edildiği tarih, başvuru üzerine işçinin işe başlatılmadığı gündür. İşK. m. 21/1’de “İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye...ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur” denilmekle, hak etme tarihi açıkça düzenlenmiştir. Bu hükümde açık bir ifade bulunmamakta ise de, başlatmama üzerine tazminat ödenmesinden söz edildiğinden, işçi lehine yorum ilkesi çerçevesinde bu fesih tarihindeki son ücret düzeyinin dikkate alınması gerekmektedir.

2. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Kriterler

İşK. m. 21, iş güvencesi tazminatının, işçinin dört-sekiz aylık ücreti kadar olduğunu belirtmekle birlikte, bu miktarın belirlenmesinde hangi kriterlere bakılacağına ilişkin bir açıklama yapmamıştır.

4773 sayılı Kanunun gerekçesinde iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde, “iş sözleşmesinin sona erdirilme sebepleri” ile “işçinin kıdeminin” gözönünde bulundurulacağı

yapılmalıdır. Zira, **gelir vergisi ve damga vergisi davacıdadır**”. Y9HD, 9.10.2003, E. 2003/12544, K. 2003/16689, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 708-709.

⁶³² ULUCAN, İş Güvencesi, 85; GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 35; aynı yazar, İş Güvencesi, 108; aynı yazar, İş Güvencesi Tartışmalar, 7; SÜZEK, İş Hukuku, 486’da dn. 186’da Ulucan’ın eleştirisini haklı bulduğunu ifade etmiştir.

⁶³³ Y9HD, 6.11.2003, E. 2003/18733, K. 2003/18729, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004, 186.

⁶³⁴ KABAKCI, İşe İade, 670.

⁶³⁵ EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 174; aynı yazar, Tebliğlerin Değerlendirilmesi, 177.

⁶³⁶ DEMİR, İş Hukuku, 247; GÜZEL, İş Güvencesi, 108; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 160; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 265; KABAKCI, İşe İade, 672.

belirtilmişken, 4857 sayılı Kanunun gerekçesinde “iş sözleşmesinin sona erdirilme nedenleri” ve “işverenin işe başlatmama nedenlerinden” söz edilmiştir⁶³⁷. Öğretide bir görüş, 4857 sayılı Kanunun gerekçesinde belirtilen sebeplerin kriter olacağını⁶³⁸, diğer görüş, 4773 sayılı Kanunun gerekçesinde belirtilen kriterlerin dikkate alınacağını⁶³⁹ ifade etmektedir. Başka bir görüş ise, önceki görüşler gibi işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığını kriter olarak değerlendirmekte, ancak işverenin işçiyi işe başlatmama sebebi ile işçinin kıdemine kriter olarak kullanılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüş, mahkeme aşamasında işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmayacağını henüz belli olmaması sebebiyle, gelecekte meydana gelebilecek bir fiilin karşılığı olarak öngörülen tazminat miktarının belirlenmesinde, işe başlatmama sebeplerinin etkili olmaması gerektiğini ve aynı fesih nedeni ile iş sözleşmeleri sona erdirilen işçiler arasında salt kıdemlerine göre bir farklılık yapılmasının haklı bir nedeni olmadığını, hangi çalışma süresi için hangi miktar tazminata hükmedileceği sorununun çözülmesi gerektiğini belirtmiş ve salt işçinin kıdemini ölçü alan bir uygulama neticesinde aynı sebeple çıkarılan işçiler arasında farklılıklar olacağını, bunun da yerinde olmadığını, bu işçiler arasında zaten ihbar ve kıdem tazminatları açısından fark olduğunu ifade etmiştir⁶⁴⁰. Yargıtay bazı kararlarında işçinin kıdemine⁶⁴¹, bazılarında kıdem ve fesih sebebi gibi hususların⁶⁴², diğer bir kararında ise hizmet süresinin ve fesih şeklinin⁶⁴³ tazminat miktarının belirlenmesinde kriter olarak kullanılacağını ifade etmiştir. Yargıtay işçinin emekliliğe hak kazanmış bulunması nedenine dayanan bir kararda, işçinin kıdem-ihbar tazminatlarının ödenmiş olması sebebiyle tazminatın alt sınır olan dört aylık ücret tutarında belirlenmesine karar vermiştir⁶⁴⁴. Öğretide bu kararın, Yargıtayın her zaman tek ölçüt olarak kıdem kullanılmayacağını kabul ettiğini göstermesi bakımından önemi vurgulanmıştır⁶⁴⁵. Yargıtay kararlarında belirtilen ölçütler çerçevesinde her somut olayın özelliğine göre, kriterleri maddi vakıayı inceleyen yargıcın takdirine bağlamak en uygun çözüm olacak⁶⁴⁶, belirtilen kriterler yanında işçinin yaşının, aile

⁶³⁷ UÇUM/ÇAKMAKÇI, İş Kanunu, 55-56.

⁶³⁸ TAŞKENT, Sona Erme, 125.

⁶³⁹ SÜZEK, İş Hukuku, 486; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 197.

⁶⁴⁰ EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 175-176’da dn. 12; aynı yazar, Yargının Durumu, 108-109; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 106.

⁶⁴¹ Y9HD, 28.3.2005, E. 2005/8567, K. 2005/10353, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ 642; aynı yönde, Y9HD, 13.1.2005, E. 2004/26393, K. 2004/898, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 645-646.

⁶⁴² Y9HD, 27.12.2004, E. 2004/18351, K. 2004/29683, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 661-662; aynı yönde Y9HD, 7.6.2004, E. 2004/2149, K. 2004/14212, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 666.

⁶⁴³ Y9HD, 7.6.2004, E. 2004/3203, K. 2004/13824, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 666-667.

⁶⁴⁴ Y9HD, 10.11.2003, E. 2003/18919, K. 2003/18913, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 265’de dn. 18.

⁶⁴⁵ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 62’de dn. 151.

⁶⁴⁶ GÜZEL, İş Güvencesi, 109; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 107.

durumunun, ücretinin, yaptığı işin niteliği gibi hususların da dikkate alınması gerekecektir⁶⁴⁷. Kanaatimizce işverenin kötünियeti de tazminatın takdirinde dikkate alınmalıdır. İşe iade davası sonucunda işe başlatılan bir işçinin üç ay sonra gerçekte var olmayan bir sebebe dayanarak yeniden işine son verilmesi durumunda açılacak ikinci işe iade davasında tazminatın daha yüksek limitten belirlenmesi gerektiğini ifade eden görüşe katılmaktayız⁶⁴⁸.

İş güvencesi tazminatının miktarını belirlemek için kullanılacak kriterler farklı görüşlerce tartışılmakla birlikte, SendK. m. 31'e göre, sendikal neden varsa, iş güvencesi tazminatının miktarı bir yıllık ücretten az olamayacaktır. Nitekim Yargıtay kararlarında aynı yönde hüküm kurulmaktadır⁶⁴⁹. Ancak Medeni Usul Hukukunun "netice-i taleple bağıllık" ilkesi gereği davacının talebinin bir yıldan az olmak üzere bir miktar olarak talep edilmesi halinde, yargıç taleple bağılı kalacaktır⁶⁵⁰.

Bu bağlamda, ortaya konulması gereken bir diğer husus ise, Yargıtayın iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde esas olanın alt sınır olduğunu ve dört ayın üzerinde bir tazminat miktarının belirlenmesi için, yargıcın buna ilişkin gerekçeyi açıklaması gerektiğini kabul etmesidir⁶⁵¹. Öğretide bir görüş tarafından, Yargıtayın bu fikrinin yerinde olduğu⁶⁵², bir görüş tarafından ise alt limitin üstü için gerekçe belirtilmesi kabul ediliyorsa alt limitten hesaplanacak tazminatlarda da gerekçenin belirtilmesinin gerektiği ifade edilmiştir⁶⁵³. Ancak katıldığımız görüş, Yargıtayın bu tutumunun isabet derecesinin tartışmaya açık olduğunu kabul etmekte; kanunda, tazminatın kural olarak alt sınır üzerinden kararlaştırılmasına ilişkin yargıcın takdir hakkını sınırlayan bir kurala yer verilmemiş olması nedeniyle, mahkemenin tazminat miktarını üst sınırdan belirlemesi halinde gerekçesinin açıklanmasına ilişkin bir zorunluluğun bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁵⁴.

⁶⁴⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 222.

⁶⁴⁸ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 20.

⁶⁴⁹ "Feshin sendikal nedenle olduğunun kabulüne karar verilmesine rağmen tazminat miktarının altı aylık ücret tutarında belirlenmesi hatalıdır". Y9HD, 30.12.2004, E. 2004/17387, K. 2005/30098, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 657.

⁶⁵⁰ "2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 31/6'ya göre sendikal nedenle fesihlerde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilmesi gerekir ise de davacının talebinin göz önünde tutulması gerekmektedir". Y9HD, 29.7.2004, E. 2004/5523, K. 2004/19994, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 662.

⁶⁵¹ Y9HD, 1.12.2003, E. 19181, K. 19777, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 265'de dn. 19.

⁶⁵² EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 136; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 106.

⁶⁵³ BİLGİLİ, İş Güvencesi, 179.

⁶⁵⁴ GÜZEL, İş Güvencesi, 108,109, 114'de dn. 298; aynı yazar, İş Güvencesi Tartışmalar, 22.

3. İş Güvencesi Tazminatında Faiz

Önceleri yerel mahkemeler, çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve diğer haklarda olduğu gibi, iş güvencesi tazminatında da dava tarihinden itibaren faize hükmetmekteydi⁶⁵⁵. Ancak bilinmektedir ki, mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesinin ardından işe başlamak üzere işverene başvuran işçi, ancak işverenin bir ay içinde işe başlatmayacağını beyan etmesi veya bir ayın sonunda işçinin işe başlatılmaması halinde dört-sekiz aylık ücret tutarında tazminata hak kazanacaktır. Faiz ise işçinin hakkının muacceliyet kazandığı bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır⁶⁵⁶. Nitekim Yargıtay yerel mahkemelerin dava tarihinden itibaren faize hükmettikleri kararları bozmuş ve kararlarında işverenin işe başlatmayacağını bildirmesinden itibaren faize hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁵⁷.

Öğretide bir görüş, işverenin bir ay içinde işçiye işe başlatmadığı takdirde, tazminatın muaccel olacağını, tazminat alacağı bakımından faizin başlangıcının yani işverenin temerrüde düşürüldüğü tarihin, işçinin bu alacağının işverenden yazılı olarak talep edildiği ya da icra takibinin açıldığı gün olduğunu ifade etmiştir⁶⁵⁸.

İşK. m. 21/1'in "İşçiye başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye...ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur" şeklindeki açık düzenlemesi karşısında iş güvencesi tazminatının muacceliyet tarihinin, işverenin bir aylık yasal sürede işe başlatmama iradesini açıkladığı ya da bu sürenin dolduğu tarih olduğu açıktır. Ancak bir alacağa faiz işlemesi bakımından önemli olan tarih muacceliyet değil, temerrüt tarihidir (BK. m. 101). Daha önceden dört aylık ücrete ilişkin faiz konusunda ayrıntılı incelendiği üzere⁶⁵⁹, muacceliyet tarihinin kanun ile belirlendiği durumlarda borçlunun temerrüdü, ancak alacaklının bunu açıkça talep etmesi ile mümkün olabilmektedir. Bu bakımdan salt işverenin işe başlatmaması ile iş güvencesi tazminatının muaccel hale gelmesi, buna faiz işletilmesine imkan sağlamamaktadır.

⁶⁵⁵ Y9HD, 8.7.2003, E. 2003/12442, K. 2003/13123. Karar ve incelemesi için bkz. CENTEL, Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma, 34.

⁶⁵⁶ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 62; ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 110; CENTEL, Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma, 34; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 596; TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 11; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 137; ÖZEKES, İşe İade, 168.

⁶⁵⁷ "İş güvencesi tazminatı, işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin süresi içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olur. Bu tazminat için dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi doğru değildir...". Y9HD, 30.10.2003, E. 2003/18346, K. 2003/18347, ÇANKAYAGÜNAY/GÖKTAŞ, 707-708.

⁶⁵⁸ AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 160.

⁶⁵⁹ Bkz. §7., IV., 3., cc).

Ancak bu başvurunun muacceliyetten sonra olması şart değildir. Eğer işçi işe başvurusunda, ayrıca, işe başlatılmayarak ya da sürenin geçirilerek iş güvencesi tazminatının muaccel hale gelmesi şartıyla bunun ödenmesini de talep etmişse, muacceliyet tarihi ile temerrüt tarihi aynı olacağından faiz işlemeye başlayacaktır.

İşverenin işçiyi işe başlatmamasından itibaren ödenmediği takdirde işleyecek olan faiz, farklı bir hüküm bulunmadığı için 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun çerçevesinde yasal faizdir⁶⁶⁰. Nitekim Yargıtay da, iş güvencesi tazminatına yasal faizin uygulanacağına hükmetmektedir⁶⁶¹. Belirtilmelidir ki, iş güvencesi tazminatı niteliği gereği BK m. 125 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır⁶⁶². Bu, BK. m. 128'deki "Müruruzaman alacağın muaccel olduğu zamandan başlar..." hükmünün gereğidir. Bu bağlamda, faiz alacağının da aynı sürede zamanaşımına uğraması söz konusu olacaktır.

IV. İşe Başlatmama Durumunda Kıdem, İhbar Tazminatları ile İzin Ücreti

İşçinin sözleşmesi feshedilmiş olmasına rağmen, bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ilişkin ücret peşin ödenmemişse, fesih geçersiz sayılıp da işe iade kararı verilen ama işverence işe başlatılmayan işçiye, işe başlatılmama tarihine kadar doğmuş bulunan hakları "ayrıca" ödenecektir (m. 21/4). Bu bağlamda, işçi önceden kıdem tazminatı almamışsa, işe başlatılmama fesih sayıldığı için işçi kıdem tazminatına da hak kazanacaktır. İşK. m. 21/4'de ifade edilen "ayrıca ödeme" ile İşK. m. 21/3'den ayrı olarak ödeme kastedilmiştir⁶⁶³.

İş sözleşmesinin baştaki feshinden sonra işveren işçiye ihbar-kıdem tazminatı vermişse, fesih asıl olarak işverenin bir aylık yasal işe başlatma süresinde işverenin işe başlatmama iradesini işçiye bildirdiği ya da bu sürenin dolduğu tarihte işveren tarafından yapıldığından, ilk fesih tarihi ile işverenin işçiyi işe başlatmayarak yapmış olduğu fesih tarihi arasındaki dönemde iş sözleşmesi devam etmiş sayılarak işçinin fark kıdem-ihbar tazminatı ve diğer feshe bağlı hakları doğacak, bu son tarih esas alınarak işçi bunları ayrı bir dava ile talep edebilecektir⁶⁶⁴. Bu demektir ki, işçinin kıdemi geçersiz fesih ile işverenin işe başlatmayarak yaptığı fesih tarihi arasındaki dönem kadar artacak, geçersiz fesihten sonra yapılmış olan tazminat ödemelerinin

⁶⁶⁰ EKMEKÇİ, İşe İade Davaları, 177; ÇALIK, İş Güvencesi, 198.

⁶⁶¹ Y9HD, 10.2.2004, E. 2003/23396, K. 2004/1896, ÇALIK, İş Güvencesi, 197.

⁶⁶² ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 270; DEMİR, İş Hukuku, 247.

⁶⁶³ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 597.

⁶⁶⁴ EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi, 16-17; TAŞKENT, Sona Erme, 127; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 167-168; ULUCAN, İş Güvencesi, 85; GÜZEL, İş Güvencesi, 102; DEMİR, İş Hukuku, 244; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 154-155.

kıdem ve ücret yönü eksik kalacaktır. Zira, işçinin iki fesih arasındaki dönemde hem kıdemi artacak hem de ücreti artabilecektir. Yeni kıdeme göre ihbar dilimi değişebilecek veya işçinin yıllık ücretli izin bakımından eksik olan bir yıllık süresi dolmuş olabilecektir. İzin ücreti, işçinin son ücreti üzerinden verilecek ve işverenin işçiye işe başlatmayarak yaptığı fesih ile muaccel olacaktır (İşK. m. 59).

Nitekim Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, “...Davacının işverence işe başlatılmadığı 17.11.2003 tarihinde iş ilişkisi sonlandığından, kıdem tazminatı hesabında bu tarihteki tavanın gözetilmesi gerekir...Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi 24.4.2003 tarihinde feshedilmiş ve dört aylık süre 28.4.2004 tarihinde dolmuştur. Kıdem tazminatı bu süreye kadar hesaplanmalı, daha önce ödenen tutar indirilmek suretiyle bakiyesi hüküm altına alınmalıdır...İşyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 37/B maddesinde 2. yıl ücret artışı düzenlenmiş ve 1.7.2003 tarihinde işyerinde çalışan ve hizmet akdi devam eden işçilere, zam yapılacağı belirlenmiştir. Davacı işçiye daha önce ihbar tazminatı ödenmişse de, işe iade davası sonucunda önceki fesih geçersiz sayıldığından zammın yürürlüğe girdiği tarihte taraflar arasında iş ilişkisinin varlığının kabulü gerekir. Bu durumda davacının toplu iş sözleşmesinin anılan ücret artışından yararlandırılması suretiyle belirlenecek olan ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücreti fark istekleri hüküm altına alınmalıdır...”⁶⁶⁵ demiştir.

§10. İŞE İADENİN PARASAL SONUÇLARININ İCRASI

I. İşe İade İlamının Parasal Hükümleri Bakımından Usuli Niteliği

İşe iade davasında verilen ilam, iki tür hüküm içermektedir. Bunlar, feshin geçersizliği ile işe iade ve işe iadenin parasal sonuçlarıdır. İşe iade kararındaki parasal hükümler bakımından ilamın usuli niteliği konusunda, öğretici ikiye ayrılmış durumdadır. Feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine ilişkin kararın niteliği, geçersizliğin sonucu olarak hükmedilen iş güvencesi tazminatının ve çalıştırılmadığı halde ödenecek ücretin nasıl icra takibine konacağını belirleyecektir.

Usul hukukunda davalar, talep sonucuna göre, inşai, tespit veya eda davası olarak farklılık gösterirler. İnşai davalarda, dava neticesinde yeni bir iş ilişkisi yaratılmasına rağmen, işe

⁶⁶⁵ Y9HD, 12.4.2005, E. 2004/18066, K. 2005/1952, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 720-721.

iade davasında fesih geçersiz sayılarak işe iade veya feshin geçerli olduğuna karar verildiği, sonucunda yeni bir hukuki durum ortaya çıkmadığı için, işe iade davası bir inşai dava değildir⁶⁶⁶.

Yargıtay eda hükmü içeren ilk kararlarından sonra, feshin geçersizliğine karar verilmesinin iş güvencesi tazminatı ve çalıştırılmayan süreye ilişkin ücreti de kapsadığını, bunların feshin geçersizliği sonucuna bağlanmış tespit niteliğinde hükümler olduğunu ve tahsili yönünde hüküm altına alınamayacaklarını, yerleşik uygulama haline getirmiştir⁶⁶⁷. Öğretide bir görüş Yargıtayın bu şekilde hüküm kurmasını yerinde bulmakta ve iş mahkemesi yargıcının feshin geçersizliğini saptamasından sonra, işverenin ve işçinin karara karşı nasıl davranacağı belli olmadığı için iş güvencesi tazminatı ile çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret hakkında henüz bir netlik bulunmadığını belirtmektedir. Aynı görüş, yargıcın ücret ve tazminat alacaklarının tahsiline karar verebileceğinin kabul edildiği takdirde, peşinen işverenin işçiye işe başlatmayacağını kabullenilmiş olacağını, oysa bunu takdir hakkının işverende olduğunu, bu kabulün hukuka uygun olmadığını ifade etmektedir⁶⁶⁸. Bu görüş doğrultusunda, davayı niteliği itibarıyla bir tespit davası olarak kabul ettiğimizde, ilamsız icranın gereği olduğu üzere, işçi işverene ödeme emrini gönderecek, işveren dilerse buna itiraz edecek ve bundan sonra itiraz takibi durdurduğu için işçi itirazın iptali davası açabilecektir.

Elbette bu davanın kazanılması, işçinin elindeki tespit hükmünün, itirazın kaldırılmasında delil oluşturan İİK m. 68/1’de sayılan belgelerden kabul edilip edilmeyeceği ile yakından ilgilidir. Öğretide bir görüş, işçinin elindeki belgenin itirazın kaldırılması için yetkili belgelerden sayılacağını ama itirazın kaldırılması için yeterli bir belge olarak kabul edilemeyeceğini; zira aksi halde kötüniyetli işçinin, işe başlatılmış olmasına rağmen, elindeki belgeye dayanarak ilamlı takip yapmasının mümkün olacağını, işverenin itirazı üzerine de icra tetkik merciinde itirazın kaldırılmasını sağlayabileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, tespit hükmünün işçinin süresinde başvurusuna rağmen, işverence işe başlatılmamış olması şartına bağlı olduğunu, herhangi bir itiraz halinde, bunların icra tetkik merciinde görülemeyeceğini belirtmektedir. Tespit hükümlerinin ilamsız icrada itirazın kaldırılması yolunda kullanılabilmesi için, bu belgenin borçlunun kayıtsız şartsız borçlu olduğunu göstermesi gerektiğini, oysa işe iade davasında, mahkemenin belirli bir para konusunda borçluyu tespit etmekle birlikte bunu bir şarta bağladığı için, ilamın İİK m. 68 anlamında belge olmayacağını

⁶⁶⁶ ÖZEKES, İşe İade, 137.

⁶⁶⁷ Y9HD, 27.9.2004, E. 2004/5296, K. 2004/19974, ÇANKAYAGÜNAY/GÖKTAŞ, 689-690; aynı yönde, Y9HD, 30.9.2004, E. 2004/5337, K. 2004/21114, ÇANKAYAGÜNAY/GÖKTAŞ, 690-691.

⁶⁶⁸ CENTEL, Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma, 34-35.

belirtmektedir⁶⁶⁹.

Eda davaları bir şeyin yapılması, verilmesi, ödenmesi ya da bir şeyden kaçınılması gibi hususlara ilişkindir. İşe iade davasında davaya esas olan işe iadedir. Bu sebeple işe iade davası bir eda davasıdır. Feshin geçersizliğinin tespitinden sonra, işverene işçinin işe başlatılmasının emredilmesi ve işverenin işçiye işe başlatmaması halinde ödenecek tazminatın tespit edilmesi sebebiyle işe iade davasının bir tespit davası olduğu söylenebilir. Ancak, davaya asıl niteliğini kazandıran talep işe iade olduğu, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret bakımından da işçiye bir şeyin verilmesinin sağlandığı için, bu bir eda hükmüdür. Hükümde, sadece feshin geçersizliğinden bahsedilmiş olsaydı bunu bir tespit hükmü olarak kabul edilebilirdik. Ancak, feshin geçersizliğine ve işe iadesine denilmiş olduğu için, ikisi birlikte değerlendirilmeli ve davanın bir eda davası olduğu kabul edilmelidir⁶⁷⁰.

21. maddede kullanılan ifadelerin tespit hükmü niteliğinde olmadığı maddenin “amaçsal” ve “işçi lehine” yorumu yapıldığında da görülecektir. Hüküm, tespit niteliğinde kabul ettiğimizde, işçi ilamsız icra yoluna gitmek zorunda kalacak, işveren itiraz ettiği takdirde takip duracaktır. Oysa 21. maddede amaç, feshin geçersizliği ve işçinin işine iadesinin gerektiği hallerde işçinin işverence işe başlatılmamasının yaptırımı olan tazminatın tahsilini sağlamaktır. Hüküm, eda niteliğinde kabul ettiğimizde, işçi ilamlı icra yoluna gidilebilecek ve tazminatın tahsili daha kolay olacaktır⁶⁷¹.

II. İş Güvencesi Tazminatı ve Dört Aylık Ücretin Likit Olmaması

İş Güvencesi tazminatı ile çalıştırılmadığı halde ödenecek ücretin işe iade kararında süre olarak mı miktar olarak mı gösterileceği hususu, bunların icrasında başvurulacak yolun tespiti bakımından büyük önemi haizdir. Konu öğreti ve Yargıtay tarafından farklı değerlendirilmektedir.

Yargıtay konuya ilişkin önceki tarihli kararlarında, yerel mahkemenin, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek en çok dört aya kadar ücretin ve iş güvencesi tazminatının miktarını da belirleyeceğini ifade etmek suretiyle, bu hususların rakam olarak belirlenmesi gerektiğini kabul etmekteyken⁶⁷², yeni tarihli kararlarında bu içtihadından dönmüştür. Buna göre,

⁶⁶⁹ ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 507; aynı yazar, İşe İade, 165.

⁶⁷⁰ ÖZEKES, İşe İade, 137-138; aynı yönde GÜZEL, İş Güvencesi, 106-107.

⁶⁷¹ KABAKCI, İşe İade, 673-674.

⁶⁷² Y9HD, 8.7.2003, E. 2003/12442, K. 2003/3123, İstanbul Barosu Dergisi, Eylül 2003, C. 77, S. 3, 750-753

iş güvencesi tazminatı ile çalıştırılmadığı halde ödenecek ücretin süre olarak belirlenmesi yeterlidir, ayrıca rakam olarak belirlenmemelidir⁶⁷³.

Yargıtayın yapmış olduğu bu içtihat değişikliği öğretide haklı olarak eleştirilmiştir⁶⁷⁴. Zira, kararda rakam belirtilmemiş olduğu için, karar bir eda hükmü niteliği taşıyamamaktadır. Kaldı ki, bu tazminata hak kazanabilmek için işçinin işe iade istemi ile işverene başvurması, buna karşın işverenin işçiyi işe başlatmaması gerekmektedir. İcra müdürlükleri bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini bilemeyeceği için alacak belirlenemeyecek ve hüküm ilamlı takip konusu olamayacaktır. Hem iş güvencesi tazminatının hem de çalıştırılmayan süreye ilişkin ücretin ve diğer hakların miktar olarak belirtilmemesi maddenin hükmüne de aykırıdır. Bu husus, maddenin dördüncü fıkrasında işçinin işe geri alınması halinde peşin olarak yapılan bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatının, üçüncü fıkra hükümlerinde belirtilen en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklara ilişkin ödemedi kesileceği, ifadesinden anlaşılmaktadır. Mahsup yapılabilmesi için, mahsuba konu olacak miktarın belirli olması gerekmektedir⁶⁷⁵. Miktar olarak belirlemenin yargıya ikinci bir iş yükü yükleyebileceği ileri sürülse dahi, işe iade davaları zaten kanunda öngörülen sürelerde bitirilememekte, yargılama neticesinde işe başlatılmama halinde ödenecek miktarların ne olduğu önceden tespit edilmemiş olduğu için işçinin ikinci bir dava açmasını gerektiren bu uygulama, işçiyi davanın geç bitmesinden daha fazla mağdur etmektedir⁶⁷⁶. İşçinin ücretinin işe iade kararından sonra yükselmesine ise uygulamada pek sık rastlanmamakla birlikte, zam yapılması ihtimaline karşı, işçinin bu hakkını saklı tutarak, ücret artışlarından kaynaklanan fazla haklarını her zaman talep edebileceği belirtilmelidir. İşçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarının mahkeme tarafından belirleneceği hükmü ile de bunun miktar olarak belirlenmesi kastedilmektedir⁶⁷⁷.

⁶⁷³ “Feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatılmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, miktar belirtilmeksizin hüküm altına alınmalıdır”. Y9HD, 28.10.2004, E. 2004/7573, K. 2004/24476, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, 2005, 761.

⁶⁷⁴ ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 108-109; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 137; KABAKCI, İşe İade, 676-767; DURAN, 21. Madde, 810; BİLGİLİ, İş Güvencesi, 180.

⁶⁷⁵ EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, 137; DURAN, 21. Madde, 810.

⁶⁷⁶ ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 108-109.

⁶⁷⁷ ŞAHLANAN, 2003 Yılı Kararları, 108-109; KABAKCI, İşe İade, 676-767.

III. İş Güvencesi Tazminatı ve Dört Aylık Ücrete İlişkin Kararın İcrası

21. madde ve bu maddeye bağlı olarak mahkemenin vereceği alternatifli ve terditli şekilde kurulmuş hüküm, şarta bağlı karar verilemez kuralına uygun düşmemektedir⁶⁷⁸. Zira, mahkeme kararlarının davanın sonunda herhangi bir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde olması gerekmektedir⁶⁷⁹. İşe iade davasının usul hukukunda kabul görmüş olan seçimlik⁶⁸⁰ ve terditli davadan farklıdır. Terditli ve seçimlik davalarda, birden fazla da olsa önce biri olmazsa diğeri veya biri ya da diğeri şeklinde talepte bulunulmasına karşın, hüküm bunlardan biri veya en azından birinin icrasına elverişli şekilde verilmektedir. İşe iade davalarına baktığımızda ise, feshin geçersizliği ve işe iade ile çalıştırılmadığı süre için en fazla dört aya kadar ücret ve diğer haklar, işe iade edilmediği takdirde ise iş güvencesi tazminatı olmak üzere iki husus karara bağlanmaktadır. Bu kademeli hükmün, işçinin işe iadesine ilişkin kısmının eda niteliğinde olması, iade olmazsa ödenecek tazminata ilişkin kısmının ise tespit niteliğinde olması sebebiyle icra aşamasında sorun çıkmaktadır⁶⁸¹.

İşe iade davalarının hüküm kısmında, tek bir hüküm değil, işverenin seçimine bağlı iki sonuç bulunmaktadır. İşverenin işçiyi işe başlatması zorunluluğundan bahsedilmesine rağmen, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödeyecek olduğu tazminat da belirtilmiş olduğu için, hükmün işe iadeye ilişkin kısmının icrası söz konusu olmayacaktır. İş güvencesi tazminatı konusunda, katılmamıza rağmen Yargıtay artık yerleşmiş olarak miktar değil, süre olarak tazminata hükmedileceğine içtihat ettiği için ve tazminata ilişkin alacak likit olmayıp, hükümde alacağın tahsiline karar verilmediğinden, işçinin ilamlı icraya gitmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda, işçinin bu miktarın tespiti için ya ayrı bir dava açması ve bu davaya ilişkin ilam ile de ilamlı icraya gitmesi ya da işe iade davası sonrası doğrudan ilamsız icraya başvurması gerekecektir. Ancak, alacak ilamsız icraya konulduğunda, işverenin itirazı icrayı durduracak,

⁶⁷⁸ ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 497; GÜZEL, İş Güvencesi, 106.

⁶⁷⁹ “Bu sebeptendir ki, HUMK m. 389’da açıkça ‘Verilen karar ile iki tarafa tahmil bahşedilen vazife ve haklar şüphe ve tereddütü mucip olmayacak surette gayet sarıh ve açık yazılmalıdır’ denilmektedir. Şüphesiz, mahkeme, İş Kanunun 21. maddesindeki hakları açık ve tereddütsüz şekilde hükmüne geçirince bu maddenin gereğini belki yerine getirmiş olacaktır; ancak, Kanundaki düzenlemenin yargılama sistemi içerisinde sorun yaratacağını da göz ardı etmemek gerekir”, ÖZEKES, İşe İade, 154’te dn. 25.

⁶⁸⁰ Öğretide bir görüş, işe iade davasının seçimlik bir dava olduğunu ifade etmiştir. Bu görüş, seçimlik davalarda, seçim hakkının borçluda olduğunu, seçim hakkının alacaklıda olması halinde bunun, seçimlik dava olamayacağını belirtmiştir. İlave etmiştir ki, seçimlik davalarda hakim seçimlik haklardan sadece birine değil, her ikisine de hüküm verebilir. Nitekim işe iade davalarında hakim işe iadeye, olmazsa tazminata hükmetmektedir. Bu sebeple de şarta bağlı hüküm verilemez kuralına aykırılık bulunmamaktadır. PEKCANİTEZ Hakan, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Soru-Cevap-Tartışma, 194-195; Ekmekçi de bunun bir seçimlik dava olabileceğinin kabul edilebileceğini ifade etmekle birlikte, klasik bir seçimlik dava olmadığını ve tereddütleri olduğunu ifade etmiştir, EKMEKÇİ, Soru-Cevap-Tartışma, 208-209.

⁶⁸¹ ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 498-499; GÜZEL, İş Güvencesi, 107-108.

işçinin takibe devam edebilmesi için itirazın iptali davası açması gerekecektir. İşçinin işyerindeki ücreti işveren kayıtları ile belliyse, mahkeme kararıyla da ne kadar sürelik bir ücret alacağı bulunduğu belli olduğu için, meblağ doğru olarak hesaplanabilecek ve icra takibine konulduğunda, işverenin haklı bir nedeni olmadan ve gerekçesiz itiraz etmesi halinde, itirazın iptali sağlanabilecek, yargıç icra inkar tazminatına hükmedebilecektir. Ancak, işverenin hesap hatası gibi haklı bir itirazının olması durumunda, icra inkar tazminatı söz konusu olmayacaktır⁶⁸². Elbette tüm bunlar işçinin alacağına ulaşmasını geciktirecektir. Oysa Yargıtay, iş güvencesi tazminatının miktar olarak belirlenmesini ve bu miktarın tahsilini kabul etmiş olsaydı, işçinin elindeki ilamın likit olması sebebiyle, kararın ilamlı icraya konabileceğinden bahsedebilecektir.

§ 11. SENDİKAL TAZMİNAT, KÖTÜNİYET, EŞİTLİĞE AYKIRILIK VE İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI İLİŞKİSİ

4773 sayılı Kanun ile iş güvencesinin hukukumuzda girmesinden önce, belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanılarak feshedilmesi ve işçinin bunu ispatlaması halinde, ihbar önellerinin üç katı tutarında olmak üzere işverenin işçiye ödediği tazminata “kötüniyet tazminatı” denilmekteydi (1475 sayılı Kanun m. 13)⁶⁸³.

Sendikal nedenle ayırım yapma ve farklı işlemlerde bulunma ile işçinin bir sendikaya üye olması veya sendikal faaliyette bulunması nedeniyle işçinin sözleşmesinin feshedildiğinin kanıtlanması halinde ise, işveren “kötüniyet tazminatının özel bir şekli” olan “sendikal tazminat” ödemekteydi (SenK. m. 31/son)⁶⁸⁴. Sendikal tazminat kötüniyet tazminatından farklı olarak, sadece işçinin işine son verilmesi halinde değil, iş ilişkisinin devamı sırasında da talep edilebilecek bir tazminat niteliği taşımaktaydı⁶⁸⁵.

Kötüniyet ve sendikal tazminat, iş güvencesinin hukukumuzda girmesiyle eski kanun döneminde taşıdığı anlamdan uzaklaşarak, farklı bir hal almıştır. Bu farklılık, İşK. m. 21/1’de

⁶⁸² AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 157-158.

⁶⁸³ Kötüniyet tazminatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; ESENER, İş Hukuku, 231 vd.; EKONOMİ, İş Hukuku, 186 vd.; NARMANLIOĞLU Ünal, İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi (Karar İncelemesi), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 5, 2005, 243 (Sendikal Tazminat) .

⁶⁸⁴ Sendikal Tazminat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., NARMANLIOĞLU, Sendikal Tazminat, 243; EYRENCİ Öner, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, 131vd.; ŞAHLANAN Fevzi, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, 191 vd.

⁶⁸⁵ ŞAHLANAN, Sendikal Tazminat, 52.

tanımlanmış olan iş güvencesi tazminatından kaynaklanmaktadır. Feshin geçersiz kılınmasının ardından on işgünü içinde işe başlamak üzere başvuran işçi, işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmazsa, işveren işçiye işçinin en az dört ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında olan “iş güvencesi tazminatı” ödemek durumunda kalacaktır.

“İş güvencesi sistemi içerisinde kötüniet tazminatı” İşK. m. 17/6’da düzenlenmiş olduğu üzere, m. 18/1 uyarınca, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında ödenecek olan tazminattır. “İş güvencesi sistemi içerisinde sendikal tazminat” ise, SenK. m. 31’de tanımlanmıştır. Buna göre, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde, İş Kanunun 18, 19, 20, 21. maddeleri uygulanacaktır; ancak İş Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır. Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, iş ilişkisinin devamı içerisinde sendikal tazminatın talep edilebilmesi hala mümkünken, sözleşmesi sendikal nedenle vb. feshedilen işçinin talep edeceği tazminat sendikal tazminat değil, iş güvencesi tazminatı olacak, ancak bu tazminatın tutarı işçinin bir yıllık ücretinden az olmayacaktır⁶⁸⁶. İş güvencesi tazminatı, sendikal tazminattan farklı olarak İşK. m. 21’deki koşulların varlığı halinde talep edilebilecektir⁶⁸⁷. İş güvencesi koşullarını oluşturan işçi, İşK. m. 21’deki usule uygun davranmaz veya işveren işçiye işe başlatırsa, işçinin işe başlamak istemiyorum veya sadece tazminat istiyorum deme hakkı bulunmamaktadır. Bu sebeple, sendikal nedenle sözleşmesi feshedilen işçilerden iş güvencesi kapsamı içinde olanlar, iş güvencesi kapsamı dışında olanlara nazaran daha elverişsiz durumda kalmışlardır⁶⁸⁸. Her ne kadar işe iade kurumunun amacı işçinin işe devamının sağlanması olsa da, sendikal nedenle fesihlerde işçinin elinde olan tazminat imkanının iş güvencesi kapsamı içindeki işçinin de seçme özgürlüğü dahilinde bulunması gerekmektedir. İş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminat arasındaki önemli farklardan bir tanesi de, zamanaşımı konusudur. İş güvencesi tazminatı bir aylık hak düşürücü süreye bağlı olmasına rağmen, işe iade sisteminin olmadığı dönemdeki sendikal tazminat on yıllık zamanaşımına bağlıydı. Hatırlatılmalıdır ki, işe iade kararının kesinleşmesinden sonra yasal sürede işe başlama başvurusunda bulunan işçinin işe

⁶⁸⁶ “Sendika üyeliği nedeniyle fesihlerde iş güvencesi tazminatı olarak bir yıllık ücret tutarı belirlenmelidir. Ne var ki davacı talebi bunun altında ise **HUMK m. 74 gereği taleple bağlı olarak** ve bunun altında karar verilebilir”. Y9HD, 7.10.2004, E. 2004/21425, K. 2004/22545, AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 144-145.

⁶⁸⁷ NARMANLIOĞLU, Sendikal Tazminat, 248; SUBAŞI, Sendikal Tazminat, 200.

⁶⁸⁸ ÇİL Şahin, Sendikal Tazminat (Karar İncelemesi), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, 2005, 669.

başlatılmaması halinde ödenecek olan iş güvencesi tazminatı on yıllık zamanaşımı süresi içinde istenmelidir⁶⁸⁹.

İşK. m. 17/6 ve SenK. m. 31'den anlaşıldığı üzere, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin işe iade davası yerine sendikal tazminat veya kötüniyet tazminatı isteme hakkı bulunmamaktadır. İş güvencesi, kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminat işçinin tercihiyle bağlı haklardan değildir. Her birinin kazanılma koşulları kanunda gösterilmiştir⁶⁹⁰. Yargıtay da işe iade davasının konusunun sendikal tazminat ve kötüniyet tazminatı olamayacağını, işe iade davası ile sendikal tazminat ve kötüniyet tazminatının aynı davada yer alamayacağını, işçinin bu tazminatlardan birini seçme hakkının olmadığını belirtmektedir. Sözü edilen iki tür karar şu şekilde ifade bulunmaktadır:

“Davacı iş güvencesi hükümleri olan 4857 sayılı Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinden yararlanacağından bağımsız olarak sendikal tazminat talebinden yararlanamaz”⁶⁹¹ ve “4857 sayılı İş Kanunun 17/4. maddesi uyarınca işçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından, kötüniyet tazminatı isteminde bulunmayacaktır”⁶⁹².

Öğretide bir görüşe göre, bu noktada bir saptama yapılmalıdır. Buna göre, iş güvencesi kapsamındaki işçi için sendikal nedenle fesihte işe iade davası açılacak ve iş güvencesi tazminatı verilecek, ayrıca sendikal tazminat verilemeyecektir; ancak, işe iade davasının açılması için gereken bir aylık sürenin geçirilmiş olması sebebiyle davanın açılmamış olması veya dava açılmasına rağmen herhangi bir nedenle reddedilmesi durumunda sendikal tazminat davasının açılabilmesi gerekmektedir⁶⁹³.

Öğretide katıldığımız görüş tarafından belirtildiği üzere, işçi işe iade davası açma süresini geçirmiş olsa dahi, kötüniyet tazminatına başvuramayacaktır, buradaki hukuki yaptırım özel bir tazminattır ve bir tür medeni ceza niteliğindedir⁶⁹⁴. Kanaatimizce, hak düşürücü sürenin

⁶⁸⁹ BİLGİLİ, İş Güvencesi, 271.

⁶⁹⁰ NARMANLIOĞLU, Sendikal Tazminat, 249.

⁶⁹¹ Y9HD, 27.12.2004, E. 2004/20181, K. 2004/29411, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 607; aynı yönde, Y9HD, 31.1.2005, E. 2005/391, K. 2005/2724, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 609. Aksi yönde verilmiş bir karar ve eleştirisi için bkz. NARMANLIOĞLU, Sendikal Tazminat, 240 vd.

⁶⁹² Y9HD, 21.2.2005, E. 2004/14422, K. 2005/5811, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 611; aynı yönde, “Feshin geçersizliği ve işe iade istenmediği durumlarda iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilmiş sayılır ve kötüniyetten söz edilemez”. Y9HD, 4.4.2005, E. 2004/22168, K. 2005/11993, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 344.

⁶⁹³ SUBAŞI, Sendikal Tazminat, 200.

⁶⁹⁴ GÜZEL, İş Güvencesi Tartışmalar, 19-20.

kaçırılmış olması sebebiyle reddedilen davalar ile herhangi başka bir nedenle reddedilen davalar arasında bir ayrıma gitmek işçi lehine olmakla birlikte, iş güvencesi sistemi ile bağdaşmayacaktır. SenK. m. 31/son açıktır. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde, İş Kanunun 18, 19, 20 ve 21. madde hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca belirtilmiştir ki, bu tazminat, sendikal tazminatı ikame eder şekilde işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmayacaktır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, iş güvencesinin İş Kanunumuza getirilmesinden sonra sendikal tazminatın eski kanunda taşımış olduğu anlam değişmiştir. Sendikal tazminatın ayrı olarak istenmesi için, işçinin iş güvencesi kapsamı dışında olması gerekmektedir. Bu noktada, iş güvencesi kapsamındaki işçinin işe iade davası açmak için gerekli olan süreyi kaçırmaması ya da dava açılmasına rağmen davanın reddedilmesi, işçinin iş güvencesi kapsamında bir işçi olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Bu sebeple, o veya bu şartla, iş güvencesi kapsamına giren işçinin isteyebileceği tazminat, işe iade davası neticesinde alınabilen iş güvencesi tazminatıdır.

İş güvencesi kapsamına giren işçilerin, işe iade yerine kötüniet veya sendikal tazminat isteyememelerinin arkasında, işe iade müessesinin daha güçlü bir koruma sağlaması ve işçinin de mutlaka bu korumayı isteyeceği varsayımının bulunduğu görülmektedir⁶⁹⁵. Ancak bilinmektedir ki, kötünietli olarak veya sendikal nedenle iş sözleşmeleri feshedilmiş işçilerin açacakları dava neticesinde, fesih geçersiz kılınsa dahi, işçilerin işe dönmek istememeleri mümkündür. İş güvencesine tabi işçilere işe iade zorunluluğu, iş güvencesi dışında kalanlara ise tazminat hakkının tanınması, iş güvencesi kapsamında olmayanların kapsamda olanlar yanında daha elverişli hale getirildiği itirazı ile karşılaşabilecektir. Bu noktada, kanun değişikliği yapılarak işçiye işe iade veya tazminat isteme arasında bir seçim olanağının tanınması daha uygun olacaktır⁶⁹⁶. Böyle bir değişiklik ile iş güvencesi kapsamında bulunmakla birlikte işe iade istemeyen bir işçinin sözleşmesinin sendikal sebeple feshedilmesi durumunda, bu hukuka aykırı feshin yaptırımsız kalması önlenmiş olacaktır.

İş güvencesi kapsamı içindeki işçilerin, iş sözleşmelerinin feshi halinde iş güvencesi veya sendikal/kötüniet tazminatından birini seçme imkanları olmadığı kanunda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, iş güvencesi dışında kalanlar için bir açıklık bulunmaması sebebiyle işçinin sendikal veya kötüniet tazminatını seçme hakkının olup olmadığı akla gelecektir. 2821 sayılı Kanunun 31. maddesinde 4773 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik

⁶⁹⁵ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 66; benzer yönde Bilgili, iş güvencesinden yararlanan işçinin kötüniet tazminatının dışında tutulmasını, iş güvencesi ile getirilen avantajla kötüniet tazminatının dengelenmesi olarak yorumlamaktadır. BİLGİLİ, İş Güvencesi, 275.

⁶⁹⁶ SOYER, Feshe Karşı Koruma, 66; ALPAGUT, İş Güvencesi, 240; ÇİL, Sendikal Tazminat, 670.

öncesinde Yargıtay, sendikal nedenle yapılan feshin bir kötünietli fesih olduğunu ve işçinin bu iki tazminattan birini seçme hakkının varlığını kabul etmekteydi⁶⁹⁷. Ancak, öğretide bir görüş, işçinin kötüniet tazminatını istemesi halinde, sendikal nedenle yapılmış bir fesih olsa dahi hukuki nitelemeyi ve buna göre uygulanacak kanun hükmünün tespitini yargıcın yapacağını ve resen sendikal tazminata hükmedeceğini; ancak HUMK m. 74 uyarınca yargıcın istekten fazlasına hükmetmesinin mümkün olmaması sebebiyle, verilecek sendikal tazminatın kötüniet tazminatından fazla olamayacağını ifade etmekteydi⁶⁹⁸. 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, öğretide bir görüş işçinin bu iki tazminattan birini talep etme hakkının kalktığını ve Yargıtayın bu konudaki içtihadının, sendikaya üyelik nedeniyle fesihlerde, İşK. m. 13’de (şimdi 4857 sayılı Kanun m. 17’de) kötüniet tazminatını dışlayarak sendikal tazminatı kabul eder bir gelişme gösterdiğini ileri sürmektedir⁶⁹⁹.

Öğretide katıldığımız görüş ise, anılan değişikliğin sendikal tazminat yerine kötüniet tazminatını talep hakkını ortadan kaldırdığının söylenemeyeceğini; zira, bu yönde bir açık hükmün bulunmadığını, sendikal nedenle feshin de bir kötünietli fesih olduğundan yola çıkılarak, işçinin sendikal tazminat yerine kötüniet tazminatı isteyebileceğini ve bu kabulün özellikle ihbar önellerinin arttırılmış olduğu durumlarda önem taşıdığını ifade etmektedir⁷⁰⁰.

Son olarak da İşK. m. 5’de düzenlenmiş olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan tazminat ile iş güvencesi tazminatının aynı anda istenip istenemeyeceği meselesine değinilmelidir. İş Kanununun 5. maddesinde, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı düzenlenmiş; iş ilişkisinde veya “sona erme”sinde bu hükümlere aykırı davranıldığında işçiye dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminatın ödeneceği hükmü konulmuştur. İşe iade davası neticesinde işverenin işçiye işe başlatmaması olgusunun yaptırımı olan tazminat ile eşit davranma borcuna aykırılığın neticesi olan tazminat, koşulları itibariyle farklılıklar göstermektedir. Her iki tazminat farklı işlemlere yönelmiştir. İşK. m. 5’de öngörülen tazminat fesihte eşitlik ilkesine uymamayı yaptırıma bağlarken, İşK. m. 21’de düzenlenen iş güvencesi tazminatı ise, geçersiz feshe rağmen

⁶⁹⁷ Y9HD, 25.3.2004, E. 2003/16528, K. 2004/5827, ÇİL, Sendikal Tazminat, 671.

⁶⁹⁸ GÜZEL Ali, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1998, 165; GÜNAY, İş Hukuku, 777.

⁶⁹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 557 ve orada dn. 459.

⁷⁰⁰ ÇİL, Sendikal Tazminat, 672; aynı yönde, ŞAHLANAN, Sendikal Tazminat, 53. Ancak Yargıtay verdiği kararlarda ihbar tazminatını arttırılmış bildirim önelleri üzerinden kabul etmekle birlikte, kötüniet tazminatının arttırılmış bildirim önelleri üzerinden değil, kanundaki süreler üzerinden hesaplanacağını içtihat etmektedir. Bu içtihadın yerindeliği tartışmaya açıktır. Bu yönde bir karar için bkz. Y9HD, 25.12.2003, E. 2003/21909, K. 2003/22733, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 1, 2004, 133-134.

işverenin işçiyi işe başlatmamasını yaptırımı olarak düzenlenmiştir. İşK. m. 5, feshi eşitlik ilkesi bağlamında ele almakta, sadece bu yönünü yaptırımı bağlamaktadır. Ancak iş güvencesi tazminatı, geçerli nedene dayanmayan fesihle ilgilidir. Eşitlik ilkesine aykırı bir feshin, geçerli nedene dayanıyor olması ihtimal dahilindedir. Örneğin işletme, işyeri gerekleri ile ilgili fesihlerde, ortada geçerli bir neden bulunduğu halde, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde İşK. m. 5'deki yasaklara aykırı hareket edilmiş olabilir. Özetle İşK. m. 5 ve m. 21 aynı fesih işleminin farklı yönlerini yaptırımı bağlamaktadır. Bu nedenle, sendikal nedene dayalı olarak miktarı belirlense de, niteliği itibariyle tazminat olan iş güvencesi tazminatı ile eşit davranma borcuna aykırılıktan kaynaklanan tazminat ayrı ayrı istenebilecektir⁷⁰¹.

§ 12. GEÇERSİZ SEBEPLE FESHİN VERGİ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU YANSIMALARI

I. Çalıştırılmadığı Halde Ödenecek Ücretten Yapılacak Kesintiler

İşçinin mahkeme süresince çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını alacağı dönem için iş ve sigorta ilişkisinin devam etmesi ve bu ödemenin niteliği itibariyle “ücret” olması sebebiyle, öğretide bu ödemeye ilişkin sigorta primlerinin yatırılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁰². Nitekim Sosyal Sigortalar Kurumu, bir sendikanın kendilerine sormuş olduğu bir soruya ilişkin cevap yazısında, işçinin çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve diğer haklarından sigorta primlerinin kesileceğini ve bu sürenin sigortalılık süresinden sayılacağını kabul ettiklerini bildirmiştir⁷⁰³. Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü Sigorta Primleri Genel Dairesi Başkanlığı ise, işe iade kararı alan sigortalılar için prim belgelerinin verilmesi ve primlerin ödenmesi sürelerine ilişkin olarak 4.3.2005 tarih ve 16-330 Ek sayılı⁷⁰⁴ ve ardından iş sözleşmesi feshedilen sigortalıların işe iade edilmelerine ilişkin kararlar konulu, 27.4.2006 Tarih ve 16-370 Ek sayılı⁷⁰⁵ yeni bir Genelge yayımlamıştır. İkinci genelgenin, birinci ile çelişen hükümleri söz konusu olduğunda, ikinci genelge geçerli olacaktır

⁷⁰¹ ÇİL, Sendikal Tazminat, 677; ÇALIK, İş Güvencesi, 201-201.

⁷⁰² TUNCAY, İş Güvencesi, 60; DEMİR, İş Hukuku, 248; SÜZEK, İş Hukuku, 488; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 63'de dn. 159; EKMEKÇİ, Soru-Cevap-Tartışma, 213; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 268; UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 90.

⁷⁰³ Sosyal Sigortalar Kurumunun, Kamu-İş Sendikasının 1.7.2004 tarih ve 03/259 sayılı yazısına verdiği cevap yazısı: Kamu-İş Bülteni, Yıl: 7, S. 49, 2-3.

⁷⁰⁴ Bkz., <http://www.mevzuatplaza.com/yazi.asp?bolumno=4&yazino=16-330ek>, 27.4.2006; ayrıntılı bilgi için bkz. EKMEKÇİ Ömer, S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 4.3.2005 Tarih ve 16-330 sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005, 967 (Primlerin Ödenmesi).

⁷⁰⁵ Bkz., www.ssk.gov.tr.

(16-370 sayılı Ek Genelge, Başlık III). Ancak, iki genelgede de, işe başlatılsın veya başlatılmasın işçiye çalıştırılmadığı süre için ödenen en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarından iş kazaları ve meslek hastalıkları ile işsizlik sigortası primi de dahil olmak üzere tüm sigorta kollarına ait primlerin kesileceği ve bu sürelerin hizmetten sayılacağı düzenlenmiştir (16-330 Ek sayılı Genelge, Başlık II, 2.1/b, 16-370 Ek sayılı Genelge, Başlık II., 2.1/c).

İş sözleşmesinin feshedilmesinin ardından, işveren işçinin çıkış işlemini yaparak, durumu Bölge Müdürlüğü ve Türkiye İş Kurumu ile ilgili Sosyal Sigortalar Kurumu Müdürlüğüne bildirecektir⁷⁰⁶. İşçinin işe iadesine karar verildiğinde ise, Sosyal Sigortalar Kurumunun 16-330 Ek sayılı Genelgesinde işçi için yeni bir işe giriş bildirgesinin verilmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir. İşçinin işe başlatılması halinde, işçi baştan itibaren o işte çalışıyor kabul edildiğinden yeni işe giren bir işçi konumunda olmadığı için; işe başlatılmadığında ise, işverenin feshinin yine geçersiz olup işçi geriye doğru en fazla dört ay için işverenin işçisi olarak kabul edildiğinden, Kuruma yeni bir işe giriş bildirgesi verilmesine gerek olmaması, bu sebeple de genelgenin bu şekilde bir hüküm getirmesi yerinde olmuştur⁷⁰⁷. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 16-370 Ek sayılı Genelge, 16-330 Ek sayılı Genelgenin, bu genelgeye aykırı hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır (Başlık III) Yeni genelge ise işe giriş bildirgesi ile ilgili farklı bir düzenleme getirmemiştir. Bu sebeple herhangi bir değişikliğe gidilmesine gerek bulunmamaktadır.

Öğretide, sigorta prim belgelerinin verilmesi ve primlerin ödenmesine ilişkin olarak, Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığının 16-330 sayılı Genelgesinin önemli hukuki hatalar içerdiği ifade edilmiştir⁷⁰⁸. İşveren, çalıştırdığı sigortalıların sigorta primleri ve destek primi hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile bu primleri gösteren ve örneği yönetmelikte belirtilen asıl veya ek belgeleri ait olduğu ayı veya dönemi takip eden ayın sonuna kadar Kurum’a vermekle (506 sK. m. 79/1) ve ilgili primleri yine aynı şekilde, ait olduğu ayı izleyen ayın sonuna kadar Kurum’a ödemekle yükümlüdür (506 sK. m. 80/1)⁷⁰⁹. 16-330 sayılı Ek Genelgede, sözü edilen ücretlere ilişkin prim belgelerinin verilmesi ve primlerin ödenmesi için 506 sK. m. 79-80’de belirtilmiş olan bir aylık sürenin, mahkeme kararı temyiz edilmemiş ise “kararın kesinleştiği”, temyiz edilmiş ise Yargıtay “onama ilamının işveren veya vekiline tebliğ edildiği”, eğer Yargıtay onama ilamı taraflara tebliğ edilmemiş ya da edilememiş

⁷⁰⁶ DURAN, 21. Madde, 811.

⁷⁰⁷ EKMEKÇİ, Primlerin Ödenmesi, 967.

⁷⁰⁸ EKMEKÇİ, Primlerin Ödenmesi, 967.

⁷⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL/OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, 179; TUNCAY Can/EKMEKÇİ Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. bası, İstanbul 2005, 241 vd.

ise “mahkemenin kalemine intikal ettiği” tarihten itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Aksi halde, idari para cezası ve gecikme zammı uygulanacaktır⁷¹⁰.

Genelge, işçinin bu alacağa hak kazanması için on işgünü içinde işe başlamak üzere işverene başvurması gerektiği ve aksi halde feshin geçerli bir fesih olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağı gerçeğini göz ardı ettiği, bu alacağın sanki işe iade davası dışında geriye doğru herhangi bir ücret alacağıymış gibi düzenlendiği için eleştirilmiştir. Bu sebeple, prim belgelerinin verilmesi ve primlerin ödenmesinde genelgede düzenlenmiş olan dönemlerin değil, “işçinin işe başladığı tarihin veya işverenin işe başlatma iradesinin ortaya çıktığı tarihin esas alınması” ve bu tarihi izleyen ayın sonuna kadar primlerin ödenmesi halinde idari para cezası ve gecikme zammının uygulanmaması gerektiği, Kurumun 16-330 Ek sayılı Genelgesinin bu yolda bir değişikliğe ihtiyaç duyduğu belirtilmiştir⁷¹¹. Nitekim 16-370 Ek sayılı Genelgenin çıkartılma sebebi de işverenlerin önceki genelgedeki süreleri yetersiz bulmalarıdır (Başlık I). 16-370 Ek sayılı Genelge, geriye yönelik olarak sonradan düzenlenmesi gereken aylık prim ve hizmet belgelerinin; kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının işçiye tebliğ edildiği tarihten itibaren⁷¹² (tebliğ edilen gün hariç) onuncu işgününün içinde bulunduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar verilmesi ve muhteviyatı prim tutarlarının da aynı süre içinde ödenmesi halinde idari para cezası ve gecikme zammının uygulanmayacağını düzenlemiştir (Başlık II, 2.2/3)⁷¹³.

En fazla dört aylık ücret ve diğer haklardan niteliği itibarıyla “ücret” olmaları dolayısıyla damga⁷¹⁴ ve gelir vergisi kesilecektir⁷¹⁵. Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü de, çalıştırılmayan süreye ilişkin en çok dört aylık ücret ve diğer hakların GVK’nın 25/1. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve söz konusu ödemenin ücret kabul edilerek

⁷¹⁰ Bkz., <http://www.mevzuatplaza.com/yazi.asp?bolumno=4&yazino=16-330ek>, 27.4.2006.

⁷¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz; EKMEKÇİ, Primlerin Ödenmesi, 971; bkz. ve karşı. TUNCAY, İş Güvencesi, 60; aynı yönde, SÜZEK, İş Hukuku, 488; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 63’te dn. 159; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 268. .

⁷¹² Bu şekilde işlem yapılabilmesi için kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının işçiye tebliğ edildiği tarihin muteber bir belge ile kanıtlanması işverenden istenecektir (16-370 sayılı Genelge, Başlık II, 2.2/4)

⁷¹³ İşyerinin özel sektöre veya resmi sektöre bağlı olmasına ilişkin farklılık için bkz. 16-370 sayılı Ek Genelge, Başlık II, 2.2/5,6).

⁷¹⁴ 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli 1 sayılı tablonun makbuzlar ve diğer kağıtlar başlıklı IV-1-I bendinde yer alan; “maaş, ücret, gündelik, huzur hakkı, aidat, ihtisas zammı, ikramiye, yemek ve mesken bedeli, harcırah, tazminat vesaire gibi her ne ad altında olursa olsun hizmet karşılığı alınan paralar için verilen makbuzlar ile bu paralar nakden ödenmeyerek kişiler için açılmış veya açılacak cari hesaplara nakledildiği veya emir ve havaalelerine tediye olunduğu takdirde nakli ve tediye temin eden kağıtlar” binde 6 oranında damga vergisine tabidirler.

⁷¹⁵ Damga vergisinin kesileceğine ilişkin bkz. DEMİR, İş Hukuku, 248; ÇALIK, İş Güvencesi, 197; RESUL Kurt, İş Kanunun İş Güvencesi Hükümleri Kapsamında Ödenen Ücret ve Tazminatların Değerlendirilmesi, Legal Mali Hukuk Dergisi, , Yıl: 1, S. 2, Şubat 2005, 344; gelir vergisinin kesileceğine ilişkin bkz. DEMİR, İş Hukuku, 248; TUNCAY, İş Güvencesi, 60; ÇALIK, İş Güvencesi, 197; RESUL, 344.

aynı kanunun 61, 94, 103 ve 104. maddelerine göre “gelir vergisi”ne tabi olması ve ayrıca yapılan ödemelerde “damga vergisi” kesilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷¹⁶.

Belirtilmelidir ki, safi kazancın tespit edilmesi için, işle ilgili olmak şartıyla, mukavelenameye veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar; ziyan ve tazminatların giderleri, kazançtan indirilebilecektir (GVK. m. 40/3). Bu durumda işverenler, 4857 sK.’nın 21. maddesinde yapılan düzenlemeye uygun olarak çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücreti, kazancın tespitinde, indirilecek gider unsuru olarak gösterecektir⁷¹⁷.

II. İş Güvencesi Tazminatından Yapılacak Kesintiler

İşverenin feshin geçersiz kılınmasına rağmen işçiyi işe başlatmamasına ilişkin olarak düzenlenmiş olan dört-sekiz ay arasındaki ödeme, niteliği itibariyle “ücret değil bir tazminat” olduğu için, prim kesintisine tabi değildir⁷¹⁸. Nitekim, 16-370 Ek sayılı Genelge de, daha önce 16-330 Ek sayılı Genelgede de belirtildiği gibi, iş güvencesi tazminatının, niteliği itibariyle ücret sayılabilecek bir kazanç durumunda olmaması, esasen işe başlatılmayan sigortalının, başlatılmaması nedeniyle sigortalılık vasfının da kalmaması, ödenecek paraların işçiyi himaye gayesine ve işverene işe başlatmama nedeniyle verilen bir medeni ceza niteliğinde olması nedenleriyle, prime tabi tutulmayacaktır.

İş güvencesi tazminatının gelir vergisine tabi olup olmadığı ve özellikle kim tarafından ödeneceği ise prim ödenmesinde olduğu kadar açık değildir. Yargıtay, iş güvencesi tazminatının davacı işçinin brüt ücreti üzerinden belirlenmesi gerektiğini, zira gelir ve damga vergisinin davacı işçide olduğunu ifade etmektedir⁷¹⁹.

Ankara 1. Vergi Mahkemesi ise, iş güvencesi tazminatının gelir vergisi kesintisine tabi olmadığına karar vermiş, Ankara Bölge İdare Mahkemesi bu kararı onamıştır⁷²⁰. Öğretide bu karar esas alınmak suretiyle, iş güvencesi tazminatından gelir vergisinin kesilmeyeceği, ancak damga vergisinin kesileceği ifade edilmiştir⁷²¹. Aynı yönde düşünen bir diğer yazar ise, GVK’nun 61. maddesinde ücretin tanımı yapılırken hizmet karşılığı olması gerektiğinin açıkça

⁷¹⁶ Maliye Bakanlığının Kamu-İş Sendikasının 1.7.2004 Tarih ve 03/259 sayılı yazısına verdiği cevap yazısı: Kamu-İş Bülteni, Yıl: 7, S. 49, 2-3.

⁷¹⁷ RESUL, 344.

⁷¹⁸ EKMEKÇİ Ömer/UÇUM Mehmet, İş Güvencesi Tazminatı Gelir Vergisi Kesintisine Tabi Midir?, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 9, 2006, 43 (Gelir Vergisi Kesintisi).

⁷¹⁹ Y9HD, 9.10.2003, E. 2003/12544, K. 2003/16689, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 708-709.

⁷²⁰ Bölge İdare Mahkemesi, 28.10.2004, E. 2004/3086, K. 2004/3572, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, 2005, 855-856.

⁷²¹ AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 159, 179; DEMİR, İş Hukuku, 248.

ortaya konduğunu, işverenin işçiyi işe başlatmamasının yaptırımını olan iş güvencesi tazminatının ise hizmet karşılığı olmadığını, tazminat olduğunu, bu sebeple, bu ödemenin gelir vergisi kapsamında değerlendirilmesinin ve stopaja tabi tutulmasının söz konusu olmadığını belirtmiştir⁷²².

Bize göre, iki farklı yönde olan kararlardan hangisinin kabul edileceğinin belirlenmesi için GVK.'ya gitmek gerekecektir. 193 sayılı GVK., gerçek kişilerin gelirlerinin gelir vergisine tabi olduğu belirtilerek, gelirin bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarı olduğu ifade edilmiştir (m. 1). Ancak ekonomik ve sosyal şartların göz önünde tutulması neticesinde GVK.'da çeşitli muafiyet ve istisnalara yer verilmiş olup, tazminat ve yardımlar konusundaki istisnalar, GVK. m. 25'te düzenlenmiştir. Buna göre, "Ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik nedeniyle verilen tazminat ve yardımlar, muhtaç olanlara belli bir süre ya da heyet kaydı ile yapılan yardımlar, emekli, dul ikramiyeleri, çocuk zamları, evlenme ve doğum nedeniyle yapılan yardımlar, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından sigortalılara yapılan ödemeler ve nafakalar, kıdem tazminatının" gelir vergisinden istisnadır.

Sözü edilen bu tazminatlardan, iş güvencesi tazminatına benzerlik gösterdiği söylenebilecek tek tazminat, işsizlik tazminatıdır. Nitekim, iş güvencesi tazminatının işçinin işe başlatılmaması halinde ödendiği yani GVK.'nın "işsizlik nedeniyle tazminat" sınıfında bulunduğu iddiasıyla gelir vergisi kesintisine tabi olmadığı ifade edilmiştir⁷²³. Ancak, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda belirtildiği üzere işsizlik tazminatı, "Devletin, çalışabilir nüfus formasyonuna uygun iş sağlama taahhüdünün yerine getirilememesi halinde, kanunla kurulmuş sosyal güvenlik örgütüne ve özel yasaya dayanılarak yapılacak ödeme"dir⁷²⁴. İş güvencesi tazminatı, sosyal güvenlik örgütüne ve özel kanuna dayanılarak yapılacak bir ödeme olmadığı, işverenin işçiyi işe başlatmamasının karşılığı olarak ödendiği için, iş güvencesi tazminatının bu kapsama alınması mümkün değildir.

Maddenin açık hükmüne göre, her türlü tazminat ve yardımlar değil, sadece sayılan tazminat ve yardımlar gelir vergisinden istisna edilmiş olup, vergiden istisna edilen ödemeler de kapsam ve niteliği itibarıyla "sınırlı sayı prensibi" ile sayılmıştır. Bu düzenlemede iş güvencesi tazminatı yer almamaktadır. Genişletici bir yorumla iş güvencesi tazminatının da gelir

⁷²² RESUL, 345-346.

⁷²³ BİLGİLİ, İş Güvencesi, 179.

⁷²⁴ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 14.1.1994, E. 1993/143, K. 1994/1, EKMEKÇİ, Gelir Vergisi Kesintisi, 45.

vergisinden muaf tutulması, verginin yasallığı ilkesi ile bağdaşmayacaktır⁷²⁵. Bu konuda bir husus da, kıdem tazminatının gelir vergisinden muaf kalemler arasında sayılmasıdır. Bilindiği üzere, bu iki tazminat hukuki nitelikleri, işlevleri ve hak kazanma koşulları bakımından tamamen farklıdır. Kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birbiri ile bir ilgisi olmadığı için ve kıdem tazminatının gelir vergisinden muaf olacak kalemlerin içinde açıkça sayılmış olması sebebiyle, kıdem tazminatından gelir vergisi kesilmeyecek, ancak bunun iş güvencesi tazminatına bir etkisi bulunmayacaktır⁷²⁶.

Sonuç olarak; iş güvencesi tazminatı, niteliği itibarıyla GVK.'nın 25. maddesi uyarınca gelir vergisinden müstesna yardım ve tazminatlar arasındaki, ne m. 25/1'de belirtilen işsizlik sebebiyle verilen bir tazminat niteliğinde sayılabildiği ne de m. 25/7'de belirtilen kıdem tazminatı yerine geçtiği için, ihbar, kötüniet ve sendikal tazminatlarda olduğu gibi “gelir vergisine” tabi olacaktır⁷²⁷.

Ayrıca Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü de iş güvencesi tazminatının GVK. m. 25/1 kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve söz konusu ödemenin ücret kabul edilerek aynı kanunun 61, 94, 103 ve 104. maddelerine göre “gelir vergisi”ne tabi olduğunu ve ayrıca yapılan ödemelerde “damga vergisi” kesilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷²⁸.

İş güvencesi tazminatından gelir ve damga vergisinin kesileceğine ilişkin tespitten sonra, bu kesintinin kim tarafından yapılacağını da netleştirmek gerekecektir.

Yukarıda sözü edildiği üzere Yargıtayın bir kararında, gelir ve damga vergisinin yükümlüsünün davacı işçi olduğu sonucuna varılmıştır⁷²⁹. Bu demektir ki, işveren işçiye brüt ücreti üzerinden hesaplamak suretiyle iş güvencesi tazminatını ödeyecek, işçi de aldığı bu ödemeden gelir ve damga vergisini yatıracaktır. Yargıtay, yakın tarihli bir başka kararda ise “şayet davalıya yapılan ödemeler sırasında yasal kesintiler yapılmışsa,...Mahkemece bilirkişi

⁷²⁵ Vergilerin yasallığı ilkesi, bir yandan vergilerin genel objektif düzenleyici işlemlere konulmasını, öte yandan da bireysel sübjektif nitelikteki vergi tarh ve tahsil işlemlerinin vergi yasalarına uygun ve doğru yapılmasını sağlamaktadır. ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, 12. bası, Ankara 2005, 39-40.

⁷²⁶ EKMEKÇİ, Gelir Vergisi Kesintisi, 45-46.

⁷²⁷ EKMEKÇİ, Gelir Vergisi Kesintisi, 43-45; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 266; aynı yönde, UÇUM, İşe İade Taleplerinde Sorunlar, 89; ÇALIK, İş Güvencesi, 197.

⁷²⁸ Maliye Bakanlığının Kamu-İş Sendikasının 1.7.2004 tarih ve 03/259 sayılı yazısına verdiği cevap yazısı: Kamu-İş Bülteni, Yıl: 7, S. 49, 2-3; iş güvencesi tazminatından damga vergisi kesileceği görüşünde bir yazar için bkz. RESUL, 346-347.

⁷²⁹ Y9HD, 9.10.2003, E. 2003/12544, K. 2003/16689, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 708-709.

tarafından hesaplanan brüt tutarlardan işverence net olarak ödendiği savunulan miktarın indirilmesi suretiyle bakiye alacağa hükmedilmesinin hatalı” olduğunu ifade etmiştir⁷³⁰.

Burada tespit edilmesi gereken husus, vergi mükellefi ve vergi sorumlusunun kim olduğudur. Vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek veya tüzel kişi, vergi borçlusu (mükellefi/yükümlüsü)’dur (VUK. m. 8/1). Vergi sorumlusu ise, verginin ödenmesi bakımından alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir⁷³¹ (VUK. m. 8/2). İşveren, hizmet erbabına nakden veya hesaben ödenen ücretler ile GVK. m. 61’de yazılı olup ücret sayılan ödemelerden verginin oranı ve hesaplamasına ilişkin usul ve esaslara göre gelir vergisi tevkifatı yapmak zorundadır (GVK. m. 94). İşveren, işçiye vereceği iş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesintisi yapacak, yapmış olduğu kesintiyi beyan edecek ve tahakkuk eden vergiyi beyanname verilen ayın 23. günü akşamına kadar ödeyecektir (GVK. m. 98). Bu demektir ki, iş güvencesi tazminatına ilişkin gelir vergisinde vergi yükümlüsü işçi, vergi sorumlusu ise işverendir. İşveren kaynakta kesinti yapma yükümlülüğü nedeniyle vergileri kesip ödemeyi net olarak yapacaktır. Aksi halde vergi kurumlarına karşı sorumlu olacaktır⁷³². Nitekim, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 25.11.2004 günlü kararı da aynı yöndedir⁷³³.

Son olarak, işverenin ödemiş olduğu iş güvencesi tazminatının kanuni defterlere gider olarak işlenmesi meselesine değinilmelidir. Çalıştırılmadığı halde ödenecek ücretten yapılacak kesintiler başlığı altında belirttiğimiz üzere, işle ilgili olmak şartıyla, mukavelenameye veya ilama veya Kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatların kanuni defterlere gider olarak işlenebilecektir (GVK. m. 40/3). Kurumlar vergisi mükellefleri elde etmiş oldukları safi kurum kazancının tespitinde Gelir Vergisi Kanunundaki ticari kazanç hükümleri uygulanacağı için, onlar da faaliyetleri ile ilgili olarak ödemek zorunda kaldıkları zarar, ziyan ve tazminatları kanuni defterlere gider olarak yazabileceklerdir (KVK. m. 13/II)⁷³⁴. GVK.’na göre, her türlü para cezaları ve vergi cezaları ile teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatların gider olarak indirilmesi mümkün değildir (m. 41/5). İş güvencesi tazminatı ise işverenin, işçinin işe iadesine ilişkin mahkeme veya özel hakem kararına uymamasından ve işçiye işe başlatmamasından

⁷³⁰ Y9HD, 13.9.2005, E. 2005/20426, K. 2005/26679, EKMEKÇİ, Gelir Vergisi Kesintisi, 46’ da dn. 6.

⁷³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, 75-76.

⁷³² Ayrıntılı bilgi için bkz. EKMEKÇİ, Gelir Vergisi Kesintisi, 47.

⁷³³ Y12HD, 25.11.2004, E. 2004/19463, K. 2004/24329, EKMEKÇİ, Gelir Vergisi Kesintisi, 47-48.

⁷³⁴ RESUL, 346.

kaynaklandığı için, teşebbüs sahibinin suçundan kaynaklanan ödemeler arasında yer almak suretiyle, iş güvencesi tazminatı gidere işlenemeyecektir⁷³⁵.

§ 13. GEÇERSİZ FESHİN SONUÇLARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN EMREDİCİLİĞİ

İş Kanununun 21. maddesinin son fıkrasına göre, bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyecek, aksi yönde sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır. Bu demektir ki, mahkemece veya özel hakem tarafından geçerli sebebe dayanmadığı için feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin süresi içinde işe başlatılması veya tazminat ödenmesine ilişkin hükümler ile, işçinin çalıştırılmadığı süre için mahkemece belirlenecek en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarına ilişkin düzenlemeler (21. maddenin ilk üç fıkrası hükümleri) mutlak emredicidir. Bu konuda, işçi lehine veya aleyhine sözleşme hükümlerinin değiştirilme imkanı bulunmamaktadır.

İşK. m. 21/son'a ilişkin gerekçede de "Maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle arttırılmaması için, bunların değiştirilmeyeceği vurgulanmıştır" denilerek bu hükümlerin aksinin kararlaştırılması halinde bunların geçersiz feshin hukuki sonuçlarıyla sınırlı olduğu da belirtilmiştir. İşK. m. 21/son'da düzenlenen mutlak emredicilik, sadece iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde uygulanacağı gibi, iş güvencesi kapsamında da sadece geçersiz feshin sonuçlarında söz konusu olacaktır⁷³⁶.

Öğretide haklı olarak, geçersiz feshin sonuçlarına ilişkin İşK. m. 21/son'un düzenlenmesi sırasında, İş Hukuku kurallarının sosyal kamu düzeni özelliğinin gözetilmesi ve bu hükümlerin mutlak emredici olarak düzenlenmemesi gerektiği ifade edilmiştir⁷³⁷. İşçinin kanunla korunması, sözleşmenin zayıf tarafı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak, İş Hukukunun görevi işvereni, kendisine rağmen korumak değildir. İşverenin belirli vasıflara sahip personel istihdam ederken, bu konuda işçi lehine düzenlemeler yaparak, işçileri kendi işyerine çekmek istemesi mümkün olmalıdır. Bunu yasaklayarak, işverenin bireysel sözleşme yapma özgürlüğü kısıtlanmaktadır⁷³⁸. Özellikle bu hükümlerin, toplu iş sözleşmeleri ile işçi yararına arttırılmasının

⁷³⁵ RESUL, 346.

⁷³⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 539.

⁷³⁷ GÜZEL, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 43; SÜZEK, İş Hukuku, 538; aynı yönde, DURAN, 21. Madde, 814.

⁷³⁸ UÇUM, Feshe İtiraz, 2230.

önünün kesilmesi için hiçbir şekilde değiştirilemeyecekleri vurgulanmıştır⁷³⁹. Düzenlemenin toplu iş sözleşmesi özerkliğine de aykırı olduğuna şüphe bulunmamaktadır⁷⁴⁰.

Öğretide bir görüş, bu hükmün tazminatların sınırını belirleyerek ve iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile aksine sözleşme imkanını ortadan kaldırarak Anayasanın 48 ve 53. maddesinde ifade edilen sözleşme hak ve özgürlüklerini sınırladığını, Anayasanın 48 ve 53. maddelerinin işçilerle işverenlere, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını, çalışma koşullarını iş sözleşmeleri ile düzenleme olanağını verdiğini, netice itibariyle bu hükmün güçsüzlerin güçlüler tarafından ezilmesine ve adaletsiz uygulamaların ortaya çıkmasına yol açacağını ifade etmektedir⁷⁴¹.

İşçinin iş ilişkisinin devamı sırasında veya işine son verilirken ibraname veya sulhname ile işe iade davası açmayacağına, bu haktan vazgeçtiğine dair imzalatılan belgelerin de kanunun açık hükmü karşısında (4857 sayılı Kanun m. 21/son) bir geçerliliği bulunmamaktadır⁷⁴². Aynı zamanda, öğretide böyle bir feragatin “Herkes ... yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” diyen Anayasa hükmü (A.Y. m. 36/1) ile de bağdaşmayacağı belirtilmiştir⁷⁴³. Nitekim, Yargıtay da bu yönde hüküm kurmaktadır⁷⁴⁴. Fesih yapıldıktan ve işçinin işe iade davası açmasından sonra yani dava devam ederken davadan feragat etmesi ise mümkündür⁷⁴⁵. Yargıtay tarafından da işe iade davası açıldıktan sonra işçinin

⁷³⁹ TAŞKENT, Yeni Düzenleme, 50; aynı yazar, Sona Erme, 128; ÇELİK, İş Güvencesi, 47; EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku Açısından İş Güvencesi, 59.

⁷⁴⁰ GÜZEL, İş Güvencesi, 118; aynı yazar, İş Güvencesi Tartışmalar, 8; aynı yazar, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, 43; SÜZEK, İş Hukuku, 538; UÇUM, Feshe İtiraz, 2230.

⁷⁴¹ ŞAKAR, 223-224; aynı zamanda belirtilmelidir ki; anılan düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla CHP tarafından Anayasa mahkemesine iptal davası açılmıştır. İptal gerekçesinde, “Madde 21/6’nın getirdiği bu düzenlemenin Anayasa’nın 48 ve 53. maddelerinde ifade edilen hak ve özgürlükleri, söz konusu maddelerdeki sınırlandırma nedenlerine uymadan, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı biçimde ve ölçüsüzce sınırlandırdığı ortadadır...Anayasa’nın 13’üncü; Anayasa’nın çeşitli maddeleriyle bağdaşmadığından hukuk devleti, Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çeliştiği için Anayasa’nın 2. ve 11. maddelerine aykırı düşmektedir...”, denilmiştir. GÜZEL, İş Güvencesi, 118’de dn. 312.

⁷⁴² EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 29; TAŞKENT, 2004 Yılı Kararları, 64; TUNCAY, İşe İade, 536; ŞAHLANAN, Davadan Feragat, 42; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 163-164; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 190.

⁷⁴³ TAŞKENT, 2004 Yılı Kararları, 64.

⁷⁴⁴ “...tarafarca fesih tarihinde düzenlenen 14.6.2004 tarihli protokolün 2. maddesinde davacının 4857 sayılı Kanunun 17 ila 21. maddelerinden kaynaklanan bütün talep ve dava haklarından feragat ettiği belirtilmiştir. İşçinin feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davasını açma hakkı, anılan yasanın 2. maddesi son fıkrasına göre yasa ile getirilen bu hakkın değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir...”. Y9HD, 27.12.2004, E. 2004/32713, K. 2005/1005, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 748-749.

⁷⁴⁵ EKONOMİ, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi, 29; TAŞKENT, 2004 Yılı Kararları, 64; ŞAHLANAN, Davadan Feragat, 42; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 164; ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 493.

davasından feragatinin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir⁷⁴⁶. İş sözleşmesinin feshine tazminatları ödendiği takdirde muvafakat ettiğini yazılı olarak belirten işçinin, daha sonra, çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve haklarını ve bundan doğan ihbar ve kıdem tazminatı farklarını istemesi mümkün değildir⁷⁴⁷.

Bu noktada tespit edilmesi gereken bir husus da fesih yapıldıktan ve henüz işçinin bir aylık dava açma süresi geçmeden ve işçi dava da açmadan, işe iade davasından feragat edip edemeyeceğidir. Öğretide haklı olarak, fesihten sonra bir aylık dava açma süresi içinde işçinin davadan feragat etmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁷⁴⁸. Yargıtay aynı yönde olarak bir kararında fesihten sonra da olsa işe iade davası açılmamadan işçinin davadan feragat edemeyeceğine hükmetmiştir⁷⁴⁹.

Belirtilmelidir ki, geçersiz fesih halinde cezai şart öngören düzenlemeler de, İşK. m. 21/son gereği butlan (batıl) sayılacaktır⁷⁵⁰. Nitekim Yargıtay da kararlarında bu hususa değinmektedir⁷⁵¹. Yargıtay yakın tarihli bir kararında durumu şu şekilde ifade etmiştir: *“...mahkemece, Toplu İş Sözleşmesinin 29. maddesinde fesih sonucuna bağlanan ve cezai şart niteliğinde olan üç yıllık giydirilmiş ücret tutarındaki iş güvencesi tazminatının işe başlatılmama tazminatı olarak hüküm altına alınması hatalıdır. Zira, ...işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın, işçinin çıplak brüt ücretinin en az altı en çok bir yıllık ücreti tutarında olması gerektiği...aksinin kararlaştırılamayacağı...belirtilmiştir...bu hüküm emredici bir hukuk kuralıdır...yasal sınırlar içinde aylık çıplak brüt ücreti üzerinden hesaplanmalı...”*⁷⁵².

⁷⁴⁶ “Davacı iş sözleşmesinin davalı işverence haksız ve geçerli bir neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine, işe iadesine, iş güvencesi tazminatı ve boшта geçen süre için ücret alacağının tahsiline karar verilmesini istemiştir. ...Mahkemece verilen hüküm davalı vekili tarafından temyiz edildikten sonra davacı ...tarihli dilekçesi ile davasından feragat ettiğini belirttiğinden bu konuda bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir”. Y9HD, 8.7.2003, E. 2003/12446, K. 2003/13127. ÖZEKES, 20 ve 21. Maddeler, 493’te dn. 29; aynı yönde, Y9HD, 24.1.2005, E. 2004/21811, K. 2005/1192, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 734-735.

⁷⁴⁷ Y9HD, 7.7.2004, E. 2004/10742, K. 2004/16542, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 655.

⁷⁴⁸ GÜZEL, İş Güvencesi Tartışmalar, 6.

⁷⁴⁹ Yargıtay sözü edilen kararda, “...fesihten sonra düzenlenen “sulh ve ibraname” başlıklı belgede hizmet akdinin feshinde usul ve yasaya aykırı bir davranışın olmadığı kabul edilmekle yetinilmiştir. Ancak iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragat etmek geçerli değildir” şeklinde hüküm kurmuştur. Y9HD, 23.12.2004, E. 2004/16670, K. 2004/29135, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 349-350.

⁷⁵⁰ EKMEKÇİ, Yargının Durumu, 111.

⁷⁵¹ “Toplu iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden imzalanmış ve feshe karşı bir güvence kapsamında cezai şart maddesi düzenlenmiştir. Davacı 4857 sayılı Yasa ile getirilen iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. Daha önce imzalanan TİS’deki cezai şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından, önemi kalmamıştır. Feshin geçersizliği ve işe iade istemi süresinde ileri sürülmediği ve istenmediği takdirde, fesih geçerli hale gelecektir. Bu durumda geçersizlik şartlarına bağlı TİS hükmündeki tazminat istenemeyecektir”. Y9HD, 6.6.2005, E. 2005/29686, K. 2005/20409, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2006, 59-60.

⁷⁵² Y9HD, 19.1.2004, E. 2003/21992, K. 2004/258, AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 171-172.

§ 14. MAHKEMECE FESHİN GEÇERLİ SAYILMASI VE SONUÇLARI

Mahkeme veya özel hakem, işverenin yapmış olduğu feshin geçerli bir nedene dayandığına hükmeder ya da mahkeme veya özel hakemin feshin geçersizliğine karar vermesine rağmen işçi, kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılacak ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacaktır (İşK. m.21/5). Buna göre, İşK. m. 21’de düzenlenmiş olan işçinin çalıştırılmadığı dönem için en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları ile, işe başlatılmadığı takdirde hak edeceği tazminatı alma imkanı bulunmamaktadır. İşçiye, yargılama konusu yapılan geçerli fesihte bildirim süresi kullandırılmamış ise, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı ile iş sözleşmesinin devamı süresinde hak etmiş olup da almamışsa yıllık ücretli izin vb. haklarını ödenmiş ise bu ödemeler baki kalacak, ödeme yapılmamış ise işçinin ayrı bir dava açmak suretiyle bunu talep etmesi mümkün olacaktır.

§ 15. SONUÇ

4773 ve ardından 4857 sayılı İş Kanununun en büyük reformlarından biri olan iş güvencesi kurumu, üç yılı bulan uygulamanın ardından temel esaslar bakımından iş hukukumuzda yerleşmiştir. İş güvencesi kurumunun getirilmesiyle, işçiler geçerli olmayan nedenlerle iş sözleşmelerinin feshine karşı bir işe iade kalkanı ile donanmış, emeğinden başka kazancı olmayan işçilerin geleceğe eskisinden daha güvenli bakabilmeleri sağlanmıştır.

İşçinin sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır. İşçinin davranışı veya verimi nedeni ile sözleşmenin feshedilmesi durumunda, işverenin fesihten önce işçinin savunmasını alması gerekmektedir. Fesih sebebi işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanıyorsa, işverenin savunma alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bildirimli fesihlerde durum böyle olmakla birlikte, İş Kanununun işverenin haklı nedenle feshini düzenleyen 25. maddesinde, 19. maddenin sayılmamış olması sebebiyle, haklı nedenle yapılan fesihlerde yazılılık ve savunma alma şartlarına uyulmamaktadır. Fesih bildirimlerinde birlik sağlanmamakta, işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini düşünen işverenler bildirimini yazılı yapmamalarına rağmen, fesih nedeninin mahkeme aşamasında haklı neden değil, geçerli neden niteliğinde olduğunun anlaşılması halinde, Yargıtay geçerli nedenle fesihlerdeki 19. maddeye uyulmamasını usule aykırılık olarak görmemekte, deyim yerindeyse işverenlere açık bir şekilde usulsüzlük yapma imkanı tanımaktadır. İşçinin daha hafif bir kusuru olduğu iddia edilen hallerde savunma almanın zorunlu tutulmasına karşılık, ahlak ve iyiniyet kuralına aykırılık gibi daha ağır bir kusurun

yüklendiği durumlarda işçiye kendini savunma imkanı vermenin zorunlu olmaması çelişkili olmakla beraber hakkaniyete de aykırıdır. İşverenlerin ister haklı nedenle ister bildirimli olarak iş sözleşmesini feshetmeleri durumunda yapmaları gerekenin ne olduğunu net bir şekilde bilecekleri tek bir usulün belirlenmesi gerekmektedir. Kanun değişikliğinin yapılmasına kadar ise, işverenlerin tüm fesihlerde 19. maddedeki usullere uyarak sözleşmeyi feshetmeleri hem kendileri hem de işçiler açısından daha uygun olacaktır.

İşçi, açacağı feshin geçersizliği ve işe iade davasında, işverenin fesih nedenini yazılı olarak, açık ve kesin şekilde göstermediğini veya göstermiş olduğu nedenin geçerli bir neden olarak sayılamayacağını iddia edecek ve işe iade edilmesini isteyecektir. İşçinin işe iade istemeyerek tazminat isteme hakkı bulunmamaktadır. Sözleşmesi feshedilen işçi, davayı kendi işverenine karşı açmalıdır. Özellikle asıl işveren-alt işveren arasında husumetin bulunması durumunda husumetin kime yöneltileceği noktasında uygulamada sorunlar söz konusu olmaktadır.

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde bu davayı açmalıdır. Dava açma süresinin, fesih bildiriminin tebliğinden mi yoksa, feshin sonuçlarının doğmasından sonra mı başlayacağı da, öğretide tartışma konusu olmuş konulardandır. Eylemli fesihlerde ve ileri bir tarihte geçerli olmak üzere yapılmış fesihlerde durumun önemi açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

İş Kanunu, işe iade davasında feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükünü işverene vermiştir. İşçinin feshin işverenin açıkladığından başka bir nedene dayandığını iddia etmesi halinde, ispat yükü yer değiştirmektedir. Bu konu, özellikle fesih nedeninin sendikal nedene dayanması durumunda, iş güvencesi kapsamı içinde ve iş güvencesi kapsamı dışında olanlar arasında bir eşitsizlik doğurmaktadır.

İşe iade davasında işçi bakımından basitliği sağlayan sözlü usulden ayrılarak usul hukukunda hemen hemen terk edilen bir yol olan seri yargılama usulünün benimsenmesi, yargılamayı hızlandırmamıştır. Aynı zamanda, Yargıtay, bu davada fesihten doğan işçilik alacaklarının da istenemeyeceğine, zira bu iki hakkın farklı yargılama usullerine tabi olduğuna ve çelişki yarattığına hükmetmiş, Yargıtayın bu hakkın elde edilmesi için yeni bir davanın açılması yönündeki kararları, yargıya ikinci bir iş yüklemiştir. Oysa, işçinin feshin geçersizliğini ve buna bağlı olarak sonuçlarını istediği dilekçesinde işe iadede bağımsız olarak fazla çalışma gibi fesihten önce ödenmesi gerekip de ödenmemiş haklarını talep etmesi ve mahkemenin de bunu hüküm altına alması mümkündür.

İş Kanunu, işçinin açmış olduğu işe iade davasının yerel mahkeme tarafından iki ay içinde görüleceğini, Yargıtayın ise bir ay içinde kesin olarak karar vereceğini düzenlemiştir. Bu şekilde, Yargıtayın ilk derece mahkemesi haline getirildiği görülmektedir. Oysa Yargıtay, bir yargılama mahkemesi değil, temyiz mahkemesidir. Temyiz mahkemesi, sadece ilk derece mahkemesinin kararının hukuka uygun olup olmadığını incelemektedir. Yargıtayın asli işlevini yerine getirmesi için değişiklikler yapılmasına ihtiyaç varken, davaların kısa sürede sonuçlandırılması amacıyla dahi olsa Yargıtayın iş yükünü arttırmak doğru değildir. Yargıtayın iki ay içinde kesin karar vermesine ilişkin düzenlemenin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Yargıtay yerinde olarak kendisine gelen dosyada bir eksiklik bulunması halinde bunu ilk derece mahkemesine iade etmekte, böylece asli işlevinin dışına çıkmamaktadır. Yargılama süresi artmakla birlikte, dava tam olarak incelenemediği için daha adil olan karar, bu sakıncayı örtmektedir.

İş Kanunu feshin geçerli nedenle yapıldığını işverenin ispat edeceğini düzenlemekle birlikte, feshin başka bir nedenle örneğin sendikal nedenle yapıldığını işçinin ispatlayacağını belirtmiştir. SenK. m. 31/7 gereğince; Deniz İş, Basın İş, Borçlar Kanununa tabi işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçilerin sendika üyeliği ve sendikacılık faaliyetlerinden dolayı iş sözleşmelerinin feshi iddiası ile açacakları davada ispat yükümlülüğü işverendedir. Oysa, iş güvencesi kapsamı içinde olan işçilerin, sendikal nedenle işten çıkartılmaları halinde, fesih nedeninin sendikal neden olduğunu ispat yükü işçidedir. Bu durumun iş güvencesinden yararlananlar ile yararlanmayanlar arasında farklılık yarattığına ve böylece kapsam içinde kalanların güç duruma düşürüldüğüne şüphe bulunmamaktadır. İş Kanununun 20. maddesi ile 5. maddesinin birlikte okunması durumunda sendikal nedenle fesihlerde ispat yükünün işçide olması problemine uygun bir çözüm bulunmuş olacaktır. İşK. m. 5'te belirtildiği üzere, işçi böyle bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Eşit davranma ilkesine getirilen bu çözümün, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinin ispatında da kıyasen uygulanması uygun olacaktır.

İşverenin fesih bildiriminde bulunması sırasında bir neden göstermemesi veya göstermiş olduğu nedenin kanunda tanımlanmış olan geçerli veya haklı nedenlerden sayılmaması halinde işverenin öncelikle işçiyi işine iade etmesinin gerektiği, etmediği takdirde ise işçiye dört-sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödemek zorunda kaldığı iş güvencesi sistemimizde, nasıl işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamak noktasında bir seçim hakkı varsa, işçinin de aynı şekilde seçim hakkına sahip olması gerekmektedir. Kanunda işçiye seçim hakkının tanınmamış olması işçinin hem çalışma hem de seçme özgürlüğünü sınırlamaktadır.

Aynı zamanda, iş güvencesine tabi işçilere işe iade zorunluluğu, iş güvencesi dışında kalanlara ise tazminat hakkının tanınması, sendikal nedenle sözleşmesi feshedilen işçilerden iş güvencesi kapsamı içinde olanların, kapsam dışında olanlara nazaran elverişsiz durumda kalmalarına sebep olmuştur. İşçiye tazminattan vazgeçerek işe dönme veya işe dönmeyerek tazminat talebi arasında seçim yapma hakkının tanınması gerekmektedir. Hatta, işçi ve işverenin mahkeme aşamasında işe iade konusunda ne istediklerini açıklamaları ve yargıca mevcut duruma göre bir değerlendirme yaparak, iş ilişkisinin yeniden tesisinin beklenemez olduğu hallerde sadece tazminata hükmedebilme yetkisinin verilmesi daha uygun bir çözüm olacaktır. Böyle bir değişiklikte, işçiler genel anlamda istemedikleri halde hakları yanmasın diye eski işlerine dönmek zorunda kalmayacaklar ve iş güvencesi kapsamında bulunmakla birlikte işe iade istemeyen bir işçinin sözleşmesinin sendikal sebeple feshedilmesi durumunda, bu hukuksuz feshin yaptırımsız kalması önlenmiş olacaktır.

Mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi durumunda işçi, kararın kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde işe başlamak üzere işverene başvurmak zorundadır. Başvurmadığı durumda fesih baştan itibaren geçerli bir fesih gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracak, başvurusu ise, feshi kural olarak hiç yapılmamış gibi kılacaktır. Böylelikle iş sözleşmesi baştan itibaren ayağa kalkacak ve işçi çalıştırılmadığı dönemin en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını kazanacaktır. Başvurunun tek taraflı kurucu yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle, bundan sonra işçinin işverenin işe davetine rağmen işe başlamaması, sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği anlamına gelecektir. Kanun hükmü gereği bize göre durum böyle olmakla birlikte, öğretide farklı görüşler bulunmakta ve işçinin başvuruyu geri alabileceği, böylece başvurunun hiç yapılmamış sayılacağı ifade edilmektedir. Bu noktada, işverenin işçiyi işe başlatmak ya da tazminat ödemek konusunda nasıl seçim hakkı varsa, işçiye de aynı şekilde seçim hakkının tanınması, işçinin de sözleşmeyi fesih hakkının olması gereği yine baş göstermektedir. İşe başlamak istemeyen işçinin işe başlamak istemeyerek iş güvencesi tazminatını ve çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını alması, bununla birlikte hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer haklarının bu tarihe göre ödenmesi iş hukukunun ve iş güvencesinin ruhuna uygun olacaktır.

İşçinin başvurusuna rağmen işverenin başvurudan itibaren bir ay içinde işçiyi işe başlatmaması halinde ise, işveren işçiye dört-sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemek durumunda kalacaktır.

İşe iade davası sırasında işçinin yeni bir işte çalışmasının feshin geçersizliği ve işe iadeyi etkileyen bir unsur olmadığı ve kanunda bu sürenin işçinin çalıştırılmadığı süreden

mahsup edileceğine dair bir kurala yer verilmediği öğretide haklı olarak savunulmaktayken, durum Yargıtayın mahsup yapılamayacağına ilişkin kararı ile netlik kazanmıştır.

İşçinin dört aylık süre içinde işsizlik ödeneği alması halinde de kanunumuzda açık bir hüküm olmadığı için bu paranın iadesine gerek bulunmadığını düşünmekteyiz. Ancak öğretide yapılan farklı değerlendirmelerin ortadan kalkması için, 4447 sayılı İSK’da değişiklik yapılması uygun olacaktır.

Ülkemizde yargının işleyişi göz önüne alındığında işçinin çalıştırılmadığı süre için dört aylık ücret ve diğer haklara ilişkin sınırlamanın yeterli olmadığı aşikardır. Diğer taraftan dört aylık sınırlamanın olmadığı ihtimalde, uzun süre devam edecek işe iade davaları işverenleri ekonomik yönden zor durumda bırakacağı gibi, işverenin yeni işçi istihdam etmesinin de önü kapanmış olacaktır. Kanaatimizce işverenleri kendi ellerinde olmayan ve ne kadar süreceğine ilişkin ucu açık bir süre kadar işçiye ücret ödemek durumunda bırakmak hakkaniyete uygun gözükmemekle birlikte, yargılama konusu geçersiz feshin işveren tarafından yapılmış olması karşısında bu davaların gerçekte ne kadar sürede sonuçlanacağını tespit edilerek, tespit edilen süre kadar işçiye ücret ve diğer hakların ödeneceğinin belirlenmesi bir orta yol olacaktır. Böylelikle yargılama süresinin de Türkiye koşullarıyla uyumlu hale gelmesi sağlanacaktır. Görülen o ki, bu davalar bir yıldan evvel sonuçlanmamaktadır. O halde örneğin en çok bir yıllık ücret ve diğer hakların işçiye verilmesi, işçilerin mağduriyetinin önlenmesi bakımından çözüm olabilecektir.

Feshin geçersizliği kararından sonra, dört aydan fazla sürmüş olan yargılama süresinin sadece dört aya kadar kısmının işçilik süresinden sayılacağına ilişkin Yargıtay görüşünün değiştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. İşçinin işe başlatılmaması, işveren tarafından yapılmış yeni bir fesih işlemi olarak yorumlanmalıdır. İşverenin bir aylık süre içinde işçiye işe başlatmamasının sözleşmenin işverence feshedildiği anlamına geldiğinin kabulü halinde, iş sözleşmesi o tarihe kadar hükümlerini doğuracaktır. Böylece, diğer haklar yönünden çalıştırılmayan bütün süre için kıdem-ihbar, yıllık ücretli izin, sair işçilik haklarının son duruma göre hesaplanıp ifası istenebilecektir. Aksi ihtimalde, iş sözleşmesinin işverenin geçersiz nedenle feshini takip eden ilk dört ayın bitiminde sona erdiği kabul edilecektir. İşe iade yargılaması sürecine ilişkin ücreti dört ay ile sınırlayan hüküm dar yorumlanmalı, işçinin kıdemine teşmil edilmemelidir.

Yargıtay geçersiz feshin parasal sonuçlarına ilişkin ilk kararlarında, alacakların miktar olarak tespiti yönünde hüküm kurmuş olmasına rağmen, bugün yerleşik içtihatlarıyla bu hakların süre olarak belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu sebeple de işe iade davası lehlerine

sonuçlanan işçiler, bu davanın kazandırdıklarını elde etmek için ikinci bir dava açmak zorunda kalmaktadırlar. Oysa Yargıtay, iş güvencesi tazminatının miktar olarak belirlenmesini ve bu miktarın tahsilini kabul etmiş olsaydı, işçinin elindeki ilamın likit olması sebebiyle, kararın ilamlı icraya konulabileceğinden bahsedilebilecek, işçi işe iade davasından sonra bir de alacak davası ile uğraşmak zorunda kalmayacaktır.

Belirtilmelidir ki, feshin geçersiz sayılması üzerine, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödeyeceği iş güvencesi tazminatı, kötüniet ve sendikal tazminat kavramlarını önemli ölçüde değiştirmiştir. Buna göre, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin işe iade davası açmayarak, sadece kötüniet veya sendikal tazminat isteme hakkı bulunmamaktadır.

Son olarak, İşK. m. 21/son'un geçersiz feshin parasal sonuçlarını mutlak emredici yerine, İş Hukuku kurallarının sosyal kamu düzeni özelliğini gözeterek nispi emredici olarak düzenlemiş olması gerektiğini düşünmekteyiz. İşçinin kanunla korunması, sözleşmenin zayıf tarafı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak, İş Kanununun görevi, işvereni kendisine rağmen korumak değildir. İşverenin belirli vasıflara sahip personel istihdam ederken, bu konuda işçi lehine düzenlemeler yaparak, işçileri kendi işyerine çekmek istemesine izin verilmelidir. Bunu yasaklayarak, işverenin bireysel sözleşme yapma özgürlüğü kısıtlanmıştır. Özellikle de bu hükümlerin toplu iş sözleşmeleri ile işçi yararına arttırılmasının önünün kesilmesi için hiçbir şekilde değiştirilemeyecekleri vurgulanmış, toplu iş sözleşmesi özerkliği çiğnenmiştir.

KAYNAKÇA

- AKI Erol/ALTINTAŞ H. Olcay/BAHÇIVANCILAR İbrahim:** Uygulamada İş Güvencesi, 1. bası, İstanbul 2005.
- AKİPEK Jale G./AKINTÜRK Turgut:** Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1, 5. bası, Ankara 2004.
- AKYİĞİT Ercan:** Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990 (Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik).
- AKYİĞİT Ercan:** Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995.
- ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM Kamil/YILDIRIM DEREN Nevhis:** Medeni Usul Hukuk Esasları, 5. bası, İstanbul, 2005.
- ALP Mustafa:** İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvenliği Yasası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1 (Feshe Karşı Koruma) .
- ALPAGUT Gülsevil:** İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005 (İş Güvencesi).
- ALPAGUT Gülsevil:** Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözümler Semineri 2001 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002 (Feshe Karşı Koruma).
- ALPAGUT Gülsevil:** 4857 sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Ankara 2004 (Alt İşveren).
- ALPAGUT Gülsevil:** Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Doktora Tezi, TUHİS Yayını, Ankara 1998.
- BAŞTERZİ Süleyman:** Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, ayrı bası, Ankara 2006 (Türkiye’de Feshe Karşı Koruma).
- BAŞTERZİ Süleyman:** 4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 623-651 (İş Güvencesi).
- BECKER-EBERHARD:** (Çev. Kamil Yıldırım), Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, (Der. Kamil Yıldırım), 2. bası, İstanbul 2001.
- BİLGE Necip:** Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 20. bası, Ankara 2005 (Hukuk Başlangıcı).
- BİLGİLİ Abbas:** İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, 2. bası, Adana 2005 (İş Güvencesi).
- BOZKURT H. Argun:** İş Yargılaması Usul Hukuku, 2. bası, Ankara 2003.
- CENTEL Tankut:** İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 291, Mart 2004.
- CENTEL Tankut:** İhbar Öneli İçinde Haklı Nedenle İşten Çıkarma (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 289, Ocak 2004 (İhbar Öneli İçinde Fesih).
- CENTEL Tankut:** Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 286, Ekim 2003 (Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma).

- CENTEL Tankut:** Boşta Kalınan Süresin Ücreti, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, S. 285, Eylül 2003.
- CENTEL Tankut:** Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları, Mercek Dergisi, Nisan 2003, 17 Mart 2003 MESS İş Güvencesi Konuşması, İstanbul, 2003.
- CENTEL Tankut:** İş Güvencesi Tek Başına Çözüm mü?, Mercek 2002.
- CENTEL Tankut:** İş Hukuku, c. 1, Bireysel İş Hukuku, 2. bası, İstanbul 1994.
- CENTEL Tankut:** Türk İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988 (Ücret).
- ÇALIK Şefik:** İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, 1. bası, İstanbul 2005 (İş Güvencesi).
- ÇANKAYA Osman Güven/ ÇİL Şahin:** İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006 (Üçlü İlişkiler).
- ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin:** Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 1. bası, Ankara 2005.
- ÇELİK Nuri:** İş Hukuku Dersleri, 18. bası, İstanbul 2005 (İş Hukuku).
- ÇELİK Nuri:** İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 1. bası, İstanbul 2003/3.
- ÇELİK Nuri:** İş Hukuku, 15. bası, İstanbul 2000 (İş Hukuku, 15. bası).
- ÇELİK Nuri:** Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Bu Hakkın Sözleşmelerle Sınırlandırılması Konusundaki Uygulamalar, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997 (Feshe Karşı Koruma).
- ÇELİK Nuri:** İşçinin Feshe Karşı Korunması, Ord. Prof. Reşat Kaynar’a Armağan, İİTİA Siyasal Fakültesi Yayını, İstanbul 1981.
- ÇELİK Nuri:** İstirahatli Geçen Sürenin Kıdemden Sayılıp Sayılmaması, İş Hukuku Uygulaması “İHU”, Karar ve İncelemeleri, İşK. m. 14, No: 30.
- ÇENBERCİ Mustafa:** İş Kanunu Şerhi, 6. bası, Ankara 1986 (Şerh).
- ÇİL Şahin:** 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2004 (Şerh).
- ÇİL Şahin:** Sendikal Tazminat (Karar İncelemesi), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi S. 6, 2005.
- DEMİR Fevzi:** İş Hukuku ve Uygulaması, 4. bası, İzmir 2005 (İş Hukuku).
- DEMİR Fevzi:** Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 10, 2006 (Geçerli Sebep Fesih).
- DEMİR Fevzi:** İş Güvencesi ve 4857 Sayılı Kanunun Başlıca Yenilikleri, TES-İŞ Sendikası, Ankara 2003 (İş Kanununun Başlıca Yenilikleri).
- DEMİR Fevzi:** Dünya’da ve Türkiye’de İş Güvencesi, Belediye-İş Yayınları, İstanbul 1992.
- DEMİR Fevzi:** İş Güvencesi Hukuku, 2. bası, İzmir 1999 (İş Güvencesi).
- DEMİRCİOĞLU Murat:** Sorularla Yeni İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2003-42, İstanbul 2003 (Yeni İş Yasası).
- DEMİRCİOĞLU Murat/CENTEL Tankut:** İş Hukuku, 9. bası, İstanbul 2003.
- DOĞAN YENİSEY Kübra:** Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna

İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (Hizmet Akitlerinin Değiştirilmesi).

DOĞAN YENİSEY Kübra: İşverene Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001.

DURAN Abdurrahman: Yargıtay Kararları Doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanununun 21 maddesi "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 3, 2004 (21. madde).

EGEMEN Erdal: Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, İstanbul 2003 (İş Güvencesi).

EKMEKÇİ Ömer: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004 (İşe İade Davaları).

EKMEKÇİ Ömer: Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, 1. bası, İstanbul 2005 (Tebliğlerin Değerlendirilmesi).

EKMEKÇİ Ömer: Soru-Cevap-Tartışma, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, 1. bası, İstanbul 2005 (Soru-Cevap-Tartışma).

EKMEKÇİ Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, MESS Mercek Dergisi, Temmuz 2003 (Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı).

EKMEKÇİ Ömer: 4473 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu Ve Ortaya Çıkabilecek Sorunları Üzerine, MESS Mercek Dergisi, Özel Sayı, Ekim 2002 (Yargının Durumu).

EKMEKÇİ Ömer: S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 4.3.2004 Tarih ve 16-330 sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005 (Primlerin Ödenmesi).

EKMEKÇİ Ömer: 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Tarafından 25-29 Eylül 2002 Tarihlerinde Düzenlenen Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları, İstanbul 2002 (Tasarı).

EKMEKÇİ Ömer: 4857 Sayılı İş Kanununda Geçici İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 2, 2004 (Geçici İş İlişkisi).

EKMEKÇİ Ömer: Toplu İş Hukuku Açısından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001 (Toplu İş Hukuku Açısından İş Güvencesi)

EKMEKÇİ Ömer/UÇUM Mehmet: İş Güvencesi Tazminatı Gelir Vergisi Kesintisine Tabi Midir?, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 9, 2006 (Gelir Vergisi Kesintisi).

EKONOMİ Münir: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C. 17, S. 2, Mart 2003 (Hizmet Akdinin Feshi).

- EKONOMİ Münir:** Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi, Mart 2005 (Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi).
- EKONOMİ Münir:** Genel Değerlendirme, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (Genel Değerlendirme).
- EKONOMİ Münir:** Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Açısından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesince Düzenlenen Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997 (158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı).
- EKONOMİ Münir:** İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, 1987 (İş Hukuku).
- EKONOMİ Münir:** Türkiye’de Feshe Karşı Korunmanın Kanun Yolu ile Düzenlenmesinin Sosyal ve İktisadi Sonuçları, Almanya’da ve Türkiye’de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985 (Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Semineri).
- EKONOMİ Münir:** Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Emsal Kararları, Ankara 1998.
- ENGİN Murat:** İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, 1. bası, İstanbul 2003 (İşletme Gerekleri ile Fesih).
- ESENER Turhan:** İş Hukuku, Ankara 1978.
- EYRENCİ Öner:** 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler için Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004 (Yeni Düzenlemeler).
- EYRENCİ Öner:** Akdin Feshinde Yargı Denetimi Sempozyumu, 28-29 Şubat 1992, Türk-İş Yayınları, No: 180 (Yargı Denetimi).
- EYRENCİ Öner:** Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, 2001, S. 5 (Ücretsiz İzinler).
- EYRENCİ Öner:** Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984.
- FORDE Michael:** Employment Law, 2. bası, Dublin 2001.
- GÖRMÜŞ Ayhan:** “İş Güvencesi”, İŞGÜÇ, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C. 6, S. 1, 2004.
- GÖZE Ayferi,** Sosyal Devlet Sistemi, İstanbul 1976.
- GÖZLER Kemal:** Hukukun Temel Kavramları, 1. bası, Bursa 2003 (Temel Kavramlar).
- GÖZÜBÜYÜK Şeref:** Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 20. bası, Ankara 2004 (Hukuka Giriş).
- GÖZÜBÜYÜK Şeref:** Anayasa Hukuku, 13.bası, Ankara 2004.
- GÜLER Mikdat:** Türk İş Hukukunda Ücretin Korunması, İstanbul 2003 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Ücret).
- GÜLER Mikdat:** Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 5, 2005.
- GÜNAY Cevdet İlhan:** İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, 3. bası, Ankara 2004 (İş Hukuku).
- GÜNAY Cevdet İlhan:** Şerhli İş Kanunu, C. 1-2, Ankara 2005 (Şerh 1, Şerh, 2).
- GÜVEN Ercan /AYDIN Ufuk:** Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004 (İş Hukuku).

- GÜZEL Ali:** İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004 (İş Güvencesi).
- GÜZEL Ali:** İş Güvencesine İlişkin Yasal Esaslar Konulu Tebliğin Tartışmaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, ayrı basım, İstanbul 2004 (İş Güvencesi Tartışmalar).
- GÜZEL Ali:** İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosunca Düzenlenen Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001 (İş Güvencesi Yasa Tasarısı).
- GÜZEL Ali:** İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Genel Görüşme, III. Yılında Yeni İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005 (Genel Görüşme).
- GÜZEL Ali:** Türkiye’de Feshe Karşı Korumanın Kıdem Tazminatı ve İşsizlik Sigortası İle İlişkileri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesince Düzenlenen Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, 1-4 Nisan 1997 (Feshe Karşı Koruma).
- GÜZEL Ali:** İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi, (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 4, 2005.
- GÜZEL Ali:** İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşven İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 1, 2004.
- GÜZEL Ali:** Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996 (Intuitus Personae).
- GÜZEL Ali:** Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1998.
- GÜZEL Ali:** İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.
- GÜZEL Ali/OKUR Ali Rıza:** Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. bası, İstanbul 2004.
- İNCEOĞLU Sibel:** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 1. bası, İstanbul 2002.
- KABAKCI Mahmut:** İşe İade Davasında İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan İşçilik Haklarının Talep Edilmesi Karar İncelemesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 77, S. 4, 2003 (İşçilik Hakları).
- KABAKCI Mahmut:** İşe İade Kararında İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinin Anlamı, Karar İncelemesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, 2004 (İşe İade).
- KAPLAN SENYEN E. Tuncay:** AKTAY A. Nizamettin/ARICI Kadir/KAPLAN SENYEN E. Tuncay, İş Hukuku, 1. bası, Ankara 2006.
- KAR Bektaş:** İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005 (İspat).
- KILIÇOĞLU Ahmet:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2004 (Borçlar Hukuku).
- KILIÇOĞLU Mustafa:** İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005 (İş Kanunu Yorumu).

KILIÇOĞLU Mustafa: Soru-Cevap-Tartışma, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, 1. bası, İstanbul 2005 (Soru-Cevap-Tartışma).

KOÇ Muzaffer: İş Güvencesi, 1. bası, Ocak 2005.

KURT Resul: İş Kanunun İş Güvencesi Hükümleri Kapsamında Ödenen Ücret ve Tazminatların Değerlendirilmesi, Legal Mali Hukuk Dergisi, , Yıl: 1, S. 2, Şubat 2005 .

KURU Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. bası, C. 2, C. 3 ve C. 5, Ankara 2001.

KURU Baki/ASLAN Ramazan/YILMAZ Ejder: Medeni Usul Hukuku, 16. bası, Ankara 2005.

KUTAL Metin: İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları, Galatasaray Üniversitesi / İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (İşçinin Feshe Karşı Korunması).

KUTAL Metin: Yorumlar ve Tartışmalar, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (Yorumlar ve Tartışmalar).

KUTAL Metin: İş Güvencesi Yasası (4773), Türk İş Mevzuatına Girerken Bazı Yorum ve Düşünceler, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları, 25-29 Eylül Marmaris 2002 (İş Güvencesi Yasası).

KUTAL Metin: İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı, Mercek 2003 (İş Güvencesi Kavramı).

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005.

NARMANLIOĞLU Ünal: İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi (Karar İncelemesi), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 5, 2005 (Sendikal Tazminat) .

NARMANLIOĞLU Ünal: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısında Sunulan Tebliğ, İstanbul 2002 (Feshe Karşı Koruma).

NARMANLIOĞLU Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3. bası, İzmir 1998 (İş Hukuku).

OĞUZMAN Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin feshi, İstanbul 1955 (Fesih).

OĞUZMAN Kemal: Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C. 1, 4. bası, İstanbul 1987.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku, Genel hükümler, 4. bası, İstanbul 2005 (Borçlar Hukuku).

OKUR Zeki: İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005 (Sendikal Nedenle Fesih).

ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami: Vergi Hukuku, 12. bası, Ankara 2005.

ÖZDEMİR Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.

ÖZEKES Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005 (İşe İade).

ÖZEKES Muhammet: İş Kanunun 20 ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama Ve İcra Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, 75. Yaşında Baki Kuruya Armağan, Ankara 2004 (20 ve 21. Maddeler).

ÖZTAN Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 15. bası, Ankara 2004.

PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz /ÖZEKES Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 2. bası, Ankara 2001.

REİSOĞLU Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. bası, İstanbul 2006 (Borçlar Hukuku).

SEVİMLİ Ahmet: 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2004 (İşveren Feshi).

SCHMİDT Folke: Redundancy and Dismissal In Europe- (I), Labour Law In Europe With Special Reference to the Common Market, London 1962.

SCHREGLE Johannes: Dismissal Protection In Japan, International Labour Review, Vol. 132, No: 4, 1993 .

SOYER Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005 (Feshe Karşı Koruma)

SOYER Polat: 158 sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (158 Sayılı Sözleşme).

SOYER Polat: Yorumlar ve Tartışmalar, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (Yorumlar ve Tartışmalar).

SUBAŞI İbrahim: İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı ile Sendikal Tazminat İlişkisi (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 4, 2005.

SÜMER Haluk Hadi: İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, 7. bası, Konya 2000 (Sendikal Neden).

SÜZEK Sarper: İş Hukuku (Genel Esaslar-İş Akdi), 2. bası, İstanbul 2005.

SÜZEK Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 (Askı).

ŞAHLANAN Fevzi: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003 Yılı Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 2003, Ankara 2005 (2003 Yılı Kararları).

ŞAHLANAN Fevzi: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esaslar, Tartışmalar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004 (İş Güvencesi Tartışmalar).

- 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 (Yeni İş Kanunu).
- ŞAHLANAN Fevzi:** Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (Sosyal Boyutu ile Feshe Karşı Koruma).
- ŞAHLANAN Fevzi:** Yorumlar ve Tartışmalar, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (Yorumlar ve Tartışmalar).
- ŞAHLANAN Fevzi:** İşçinin Hem İşe İade, Hem de Kıdem-İhbar Tazminatı Davası Açmış Olması (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 313, Ocak 2006 (Hem İşe İade-Hem Kıdem-İhbar Tazminatı).
- ŞAHLANAN Fevzi:** İş Güvencesinden Yararlanmada Feshin İşçi Tarafından Yapılması-Yardımcı İşlerin Alt İşverene Verilmesi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 312, Aralık 2005 (Feshin İşçi Tarafından Yapılması).
- ŞAHLANAN Fevzi:** İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 310, Ekim 2005 (Emeklilik Başvurusu).
- ŞAHLANAN Fevzi:** İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 306, Haziran 2005 (Davadan Feragat).
- ŞAHLANAN Fevzi:** İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Dört Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 304, Nisan 2005 (Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi).
- ŞAHLANAN Fevzi:** İşe İade Davası Sürerken İşçinin İşe Başlatılması (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 302, Şubat 2005 (Dava Sürerken İşe Başlatılma).
- ŞAHLANAN Fevzi:** İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden-Geçerli Neden İlişkisi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 301, Ocak 2005 (Haklı Neden-Geçerli Neden).
- ŞAHLANAN Fevzi:** Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 300, Aralık 2004 (Alt İşveren).
- ŞAHLANAN Fevzi:** İş Güvencesi Kanun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek Dergisi, Nisan 2003/Ekim 2002 (Kapsam).
- ŞAHLANAN Fevzi:** Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995.
- ŞAHLANAN Fevzi:** Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1979-1983.
- ŞAKAR Müjdat:** İş Hukuku Uygulaması, 6. bası, İstanbul 2005.
- TAŞKENT Savaş:** Bireysel İş Hukuku, EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, 2. bası, İstanbul 2005.
- TAŞKENT Savaş:** Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2006 (2004 Yılı Kararları).
- TAŞKENT Savaş:** Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Genel Görüşme, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2006 (2004 Yılı Kararları Genel Görüşme).

- TAŞKENT Savaş:** İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Genel Görüşme, III.Yılında Yeni İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005.
- TAŞKENT Savaş:** Boşta Geçen Sürenin Ücreti, (Karar İncelemesi) Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C. 7, S. 3, 2004.
- TAŞKENT Savaş:** Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 2, 2004.
- TAŞKENT Savaş:** İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na Düzenlenen Yeni İş Yasası Semineri Notları, Çeşme 2003 (Sona Erme).
- TAŞKENT Savaş:** Savaş, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esaslar Konulu Tebliğin Tartışmaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, ayrı basım, İstanbul 2004 (İş Güvencesi Tartışmalar).
- TAŞKENT Savaş:** Uluslararası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (Feshe Karşı Korunma).
- TAŞKENT Savaş:** Yorumlar ve Tartışmalar, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (Yorumlar Tartışmalar).
- TAŞKENT Savaş:** İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Belediye-İş Sendikası Yayını, Ankara 2002 (Yeni Düzenleme) .
- TAŞKENT Savaş:** Dünyada ve Türkiye'de İş Güvencesi, Belediye-İş Yayınları, İstanbul 1992.
- TAŞKENT Savaş:** İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), İstanbul 1991.
- TAŞKENT Savaş:** İş Güvencesinin Çalışma Hayatındaki Önemi ve Mevcut Düzenlemenin Yarattığı Sorunlar, Akdin Feshinde Yargı Denetimi Sempozyumu, Türk İş Yayınları No: 80; Ankara 1992.
- TAŞKENT Savaş:** İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri, Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, c. 2, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Yayını, İstanbul 1982 (İptal Nedenleri).
- TUNCAY Can:** İşe İade, Karar İncelemesi, Legal İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 2, 2004 (İşe İade).
- TUNCAY Can:** İş Güvencesi, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, C. 18, S. 2, Mart 2004 (İş Güvencesi).
- TUNCAY Can:** İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor?, Çimento İşveren Dergisi, C. 17, S. 1, Ocak 2003 (İş Güvencesi Yasası).
- TUNCAY Can/EKMEKÇİ Ömer:** Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. bası, İstanbul 2005 (Sosyal Güvenlik Hukuku).
- TUNÇOMAĞ Kenan / CENTEL Tankut:** İş Hukukunun Esasları, 4. bası, İstanbul 2005.
- UÇUM Mehmet:** İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005 (İşe İade Taleplerinde Sorunlar).

- UÇUM Mehmet:** Soru-Cevap-Tartışma, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005 (Soru-Cevap-Tartışma).
- UÇUM Mehmet:** İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 4, 2004 (Sürenin Başlangıcı).
- UÇUM Mehmet:** İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları, Legal Hukuk Dergisi, S. 9, Eylül 2003 (Feshe İtiraz).
- UÇUM Mehmet:** Yeni İş Kanunun Hükümlerine Göre İş Güvencesi, Legal Hukuk Dergisi, S. 6, Haziran 2003(İş Güvencesi).
- UÇUM Mehmet:** İş Güvencesinin Kapsamı, Legal Hukuk Dergisi, S. 3, Mart 2003 (Kapsam).
- UÇUM Mehmet:** Yeni İş Kanunu Seminer Notları, 1. bası, İstanbul 2003 (Seminer Notları).
- UÇUM Mehmet:** Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısında Sunulan Tebliğ, İstanbul 2002 (Toplu İş Hukukunda Feshe Karşı Koruma).
- UÇUM Mehmet/ÇAKMAKÇI Ramazan:** Gerekçeli İş Kanunu, 1. bası, 2003 (İş Kanunu).
- ULUCAN Devrim:** İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2. bası, İstanbul 2003.
- ULUCAN Devrim:** İş Güvencesinin Kapsamı ve Temel Kavramları, Galatasaray Üniversitesi / İstanbul Barosu, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, 2. bası, İstanbul 2003 (İş Güvencesinin Kapsamı).
- ULUCAN Devrim:** 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara 1997 (158 sayılı ILO Sözleşmesi).
- ULUCAN Devrim:** 4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003 (Öneriler).
- ULUCAN Devrim:** Bireysel İş Hukuku, EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, 2. bası, İstanbul 2005.
- ULUCAN Devrim:** Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, Prof. Dr. Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, c. 2'den ayrı basım, İstanbul 1982 (Çalışma Hakkı).
- UZUN Bekir:** Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul Ticaret Odası Yayınları No: 2004-31, İstanbul 2004.
- 4773 sayılı Kanuna İlişkin Gerekçe, İş Güvencesi, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, İnşaat Sanayi Yayınları No: 5, Ankara 2002.
- Kamu-İş Bülteni, Yıl: 7, S. 49.
- MESS, Akıllı Kitap, İş Güvencesi, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, 2003.
- TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı 1, B: 76 c: 13, 2003.