

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

GEÇERLİ FESİH VE İŞE İADE DAVALARINDA USUL

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan

HÜSEYİN ORKUN ALSULU

Tez Danışmanı

PROF. DR. AZİZ CAN TUNCAY

İSTANBUL, 2009

ÖZET

GEÇERLİ FESİH VE İŞE İADE DAVALARINDA USUL

Hazırlayan : Hüseyin Orkun Alsulu

Programın Adı : Özel Hukuk

Tez Danışmanı : Prof. Dr. A. Can Tuncay

11/09/2009, 177 Sayfa

Tez çalışmamızın konusunu, “Geçerli Fesih ve İşe İade Davalarında Usul” oluşturmaktadır. Uluslararası 158 Sayılı ILO Sözleşmesi’nin 1994 yılında kabul edilmesinden sonra, mevzuatımızda sözleşmenin yükümlülüğü nedeniyle, iş güvencesi açısından yeni düzenlemeler yapma gereği doğmuştur. Feshe karşı koruma açısından, ilk olarak 4773 sayılı Kanun ve sonrasında 4857 sayılı Kanun ile düzenlemeler yapılmıştır.

Tezimizin birinci bölümünde, iş güvencesi kurumunun ardından, feshe karşı korumanın en esaslı unsuru olan işverenin “*Geçerli Bir Sebebe Dayanma Zorunluluğu*” kavramı ve koşulları *işçiye ilişkin ve işyerine ilişkin fesih sebepleri* olmak üzere iki ana başlık halinde incelenmiştir. Daha sonra *Geçerli Sebep Oluşturmayacak Nedenlere* ve kanunda yer almasa da öğretilerde ve Yargıtay uygulamalarında feshin geçerli sayılabilmesi için dikkate alınan *Feshin Son Çare Olma İlkesi* üzerinde durulmuştur.

Tezimizin ikinci bölümünde, geçerli feshe itiraz incelenmiştir. Öncelikle işveren tarafından gerçekleştirilecek olan fesih işlemi uyulması gereken şekil ve esaslar anlatılmıştır. Daha sonra geçerli nedenle feshe itiraz kapsamında, uygulamadaki ismiyle *İşe İade Davası’nın, Mahkemede ve tarafların fesihten sonra anlaşmaları şartıyla Özel Hakemde* ne şekilde görülebileceği, esas ve usul açısından, Yargıtay uygulamaları ve öğretisi dikkate alınarak anlatılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, işe iade kararının sonuçlarına değinilmiştir. Feshin geçerliliği veya geçersizliği ve bu kararlara bağlanan parasal sonuçlar üzerinde durulmuştur. Son olarak da iade kararı sonrasında uygulamadaki takip hukuku ve sorunları incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Güvencesi, İşe İade, Geçerli Nedenle Fesih, Feshe İtiraz.

ABSTRACT
PROCEDURE IN CURRENT SUIT FOR ANNULMENT AND
REEMPLOYMENT LAWSUIT

Prepared by : Hüseyin Orkun Alsulu
Name of the Program : Private Law
Thesis Advisor : Prof. Dr. A. Can Tuncay

“Procedure in Current Suit for Annulment and Reemployment Lawsuit” composes the subject of our thesis study. After the admission of International numbered 158 ILO Agreement in 1994, because of the obligation of agreement in our legislation, the necessity of doing new regulation in terms of labor-job protection emerged. Regulations that are firstly with 4773 numbered Law and after 4857 numbered Law were done in terms of protection against annulment.

In the first part of the thesis, after the job security establishment, term and conditions of employer’s “*Necessity of Dependence to A Valid Reason*” that is the most essential component to protect against annulment have been analyzed in two main topics that are *annulment reasons related to employee and annulment reasons related to workplace*. After that, *causes that do not generate valid reason and principle of annulment of being last resort* that does not have a part in the law but is considered in the doctrine and the applications of the High Court of Appeal in order to validate the annulment were emphasized.

In the second part of the thesis, challenge to the valid annulment has been analyzed. At first, binding form and basis in the annulment that will be actualized by employer are explained. After that, in the content of the challenge to the annulment with valid reason, it is explained that how can the *reemployment lawsuit*, named such as in the application, see in *Special Referee* in terms of its principle and procedure, considering the applications of the High Court of Appeal and the doctrine.

In the third part, the results of reemployment decision were mentioned. Validity or invalidity of annulment and financial results bound to this decision were emphasized. Lastly, it was tried to analyze that the code for quashing and its problem in application after the decision of restitution. **Key Words:** Labor-Job Protection, Reemployment, Annulment with Valid Reason, Challenge to Annulment.

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------|-----|
| ÖZET..... | I |
| ABSTRACT..... | II |
| İÇİNDEKİLER..... | III |
| KISALTMALAR..... | VI |
| GİRİŞ..... | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ

| | |
|----------------------------------------------------------------|-----------|
| § I. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI | 6 |
| 1. Dar Anlamda İş Güvencesi..... | 8 |
| 2. Geniş Anlamda İş Güvencesi..... | 8 |
| § II. GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ..... | 11 |
| A. Genel Olarak..... | 11 |
| B. İşçiden Kaynaklanan Nedenler..... | 12 |
| 1. Yetersizliği..... | 12 |
| 2. Davranışları..... | 20 |
| C. İşletme/İşyeri/İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenler..... | 22 |
| 1. İşyeri Dışı Sebepler..... | 24 |
| 2. İşyeri İçi Sebepler..... | 24 |
| § III. GEÇERLİ SEBEP OLUŞTURMAYACAK NEDENLER..... | 33 |
| § IV. FESHİN SON ÇARE OLMA İLKESİ..... | 36 |

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİNDE

USUL VE FESHE İTİRAZ(İŞE İADE DAVASI)

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| § I. SÖZLEŞMENİN FESHİNDE USUL..... | 40 |
| A. Feshin Yapılma Süresi | 40 |
| B. Feshin Yazılı Yapılması..... | 41 |
| C. Fesih Nedeninin Gösterilmesi..... | 43 |
| D. İşçinin Savunmasının Alınması..... | 44 |
| E. Fesih Usulü Açısından Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması İle Geçerli Ve Haklı Fesih Ayrımları..... | 47 |
| § II. GEÇERLİ NEDENLE FESHE İTİRAZ(İŞE İADE DAVASI)..... | 50 |
| A. Genel Olarak..... | 50 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Mahkemede..... | 52 |
| 1. Davacı Sıfatı..... | 52 |
| a. İşçi..... | 52 |
| b. İşçinin Ölümü Halinde..... | 53 |
| aa. Dava Açılmadan İşçinin Ölümü..... | 53 |
| bb. Dava Devam Ederken İşçinin Ölümü | 54 |
| cc. Karardan Sonra Başvurudan Önce İşçinin Ölümü | 55 |
| dd. İşçinin Başvurudan Sonra Ölümü..... | 55 |
| 2. Davalı Sıfatı..... | 57 |
| a. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi Bakımından..... | 57 |
| b. Geçici İş İlişkisi Bakımından..... | 60 |
| c. İşyerinin Devri Bakımından..... | 61 |
| 3. Davanın Konusu..... | 62 |
| 4. Davanın Niteliği..... | 64 |
| 5. Görevli ve Yetkili Mahkeme..... | 68 |
| 6. Davanın Açılması..... | 70 |
| 7. Yargılama Usulü..... | 72 |
| 8. İspat Yükü..... | 74 |
| 9. Yargılama Süresi..... | 83 |
| 10. Temyiz..... | 91 |
| a. İş Mahkemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklik Öncesi ve Sonrası Dönemin Değerlendirilmesi..... | 91 |
| b. İşe İade Davalarında Yargıtay'ın Kesin Olarak Karar Vermesinden Anlaşılması Gerekenler..... | 94 |
| 11. Farklı Usule Tabi Taleplerin Aynı Davada Görülmesi Sorunu..... | 97 |
| C. Hakemde..... | 104 |
| 1. Hakem(Tahkim) Kaydının Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu..... | 105 |
| 2. Tahkim Sözleşmesi..... | 112 |
| 3. Tarafların Anlaşması Koşulu..... | 113 |
| a. İş Sözleşmesinin Kurulması Veya Devamı Sırasında Özel Hakem Şartının Kararlaştırılması..... | 114 |
| b. İş Sözleşmesi Sona Ermesinden Sonra Özel Hakem Şartının Kararlaştırılması..... | 116 |

| | |
|---------------------------------------------------|-----|
| 4. Özel Hakem Kaydının Şekli | 117 |
| 5. Özel Hakemin Görev Alanı..... | 118 |
| 6. Özel Hakem Kararlarına Karşı Yasa Yolları..... | 119 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARI VE KARARIN İCRASINDAKİ USUL

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| § I. İŞE İADENİN SONUÇLARI..... | 123 |
| A. Mahkemece Feshin Geçerli Sayılması..... | 123 |
| B. Mahkemece Feshin Geçersizliği Ve İşe İade..... | 124 |
| 1. İşçinin İşe Başlamak İçin İşverene Başvuru Usulü..... | 127 |
| 2. İşçinin İşverence İşe Başlatılması..... | 132 |
| a. Genel Olarak..... | 132 |
| b. Mahsup Yükümü..... | 135 |
| aa. Kıdem Ve İhbar Tazminatı Açısından..... | 135 |
| bb. Fesihden Sonra Başka Yerde Çalışma..... | 136 |
| aaa. Başka İşten Elde Edilen Ücretle Mahsup Edilmesi Görüşü..... | 137 |
| bbb. Başka İşten Elde Edilen Ücretin 4 Aylık Ücreti Etkilemeyeceği Görüşü..... | 138 |
| 3. Dava Devam Ederken İşçinin İşe Başlatılması Sorunu..... | 140 |
| 4. İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması..... | 142 |
| a. İş Güvencesi Tazminatı..... | 144 |
| b. Kıdem Ve İhbar Tazminatı İle İzin Ücreti..... | 147 |
| 5. Boşta Geçen Süreye İlişkin Ücret ve Diğer Hakları..... | 149 |
| 6. Hükümün Mutlak Emrediciliği..... | 153 |
| § II. İŞE İADE KARARININ İCRASI..... | 156 |
| A. Genel Olarak..... | 156 |
| B. İşe İade Edilmeme Halinde Ödenecek Tazminat Bakımından..... | 158 |
| C. İşe İade Edilinceye Kadar Geçen Süre İçin Ödenmesi Gereken Ücret Bakımından..... | 160 |
| SONUÇ..... | 161 |
| KAYNAKÇA..... | 169 |

KISALTMALAR

| | |
|---------------|---------------------------------------------------------------------|
| a.g.e. | : Adı geçen eser |
| a.g.m. | : Adı geçen makale |
| AİHS. | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| AY. | : Anayasa |
| AYM. | : Anayasa Mahkemesi |
| b. | : Bent |
| BK. | : Borçlar Kanunu |
| bkz. | : Bakınız |
| c. | : Cümle |
| C. | : Cilt |
| dn. | : Dipnot |
| E. | : Esas |
| f. | : Fıkra |
| GVK. | : Gelir Vergisi Kanunu |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| HGK. | : Hukuk Genel Kurulu |
| HUMK. | : Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu |
| ILO | : International Labour Organization |
| İİK. | : İcra ve İflas Kanunu |
| İşK. | : İş Kanunu |
| İşMahK. | : İş Mahkemeleri Kanunu |
| K. | : Karar |
| Kamu-İş | : Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası |
| Legal İHSGHD. | : Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi |
| MK. | : Medeni Kanun |
| m. | : Madde |
| Müd. | : Müdürlük |
| MÜHF-HAD | : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırması Dergisi |
| RG. | : Resmi Gazete |
| S. | : Sayı |

| | |
|----------|-------------------------------------------------|
| sK. | : Sayılı Kanun |
| S.S.K. | : Sosyal Sigortalar Kurumu |
| T.B.M.M. | : Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| TİS. | : Toplu İş Sözleşmesi |
| TİSGLK. | :Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu |
| TTSİSD | : Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası Dergisi |
| vd. | : Ve devamı |
| Yarg. | : Yargıtay |

GİRİŞ

İş sözleşmeleri işçi ile işveren arasında gerçekleşen sözleşmeler olup bu sözleşmelerin sona erdirilme biçimlerinden birisi de, fesih yoluyla sözleşmelere son verilmesidir. Söz konusu sözleşmenin taraflarından birisini ekonomik açıdan güçlü işveren, diğerini ise güçsüz konumdaki işçilerin oluşturması, feshin doğurduğu sosyal sonuçlar bakımından büyük farklılık ve dengesizlikler yaratmaktadır. Bu nedenden ötürü iş ilişkilerinin sürekliliğinin güvence altına alınması açısından, yasakoyucu tarafından zaman içerisinde işçileri koruyucu birtakım önlemlerin alınması yoluna gidilmiştir.

Ekonomik açıdan güçlü konumdaki işveren, iş güvencesi öncesindeki 19. yüzyıl liberal ekonomi döneminde, sözleşme serbestisi kapsamında, işçi ile aralarında kurdukları sözleşmeyi herhangi bir neden belirtmeden ve rahatlıkla sona erdirebilmekteydi. Tarihsel süreçte işçi-işveren arasındaki ekonomik ve sosyal durum farklılığı, sözleşme serbestisinin işçi lehine dönmesi sonucunu doğurmuş ve işçinin korunması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu değişiklikler, işçilere sağlanan bir ayrıcalık olmayıp, temel hak ve özgürlükler sonucunda ortaya çıkmış düzenlemelerdir.

Liberal devletten sosyal devlete geçişle birlikte, ekonomik açıdan üstün durumdaki işverene karşı işçilerin çalışma haklarının güçlendirilmesi için sosyal devlet gereği iş güvencesi kapsamında düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. İşverenlerin herhangi bir neden belirtmeden işçileri işten çıkartmalarının önlemesi için iş güvencesi hükümleri devreye girmiştir. Sözleşme serbestisi kapsamında çalışan güçsüz işçiler, devletin müdahalesi sonucunda iş güvencesi sistemi kapsamına alınmış ve çalışma hakları iş güvencesi yasaları ile güçlendirilmiştir.

İş güvencesi sistemi öncesinde işverenlerin herhangi bir neden göstermeden işçileri işten çıkartabilmesi durumu devlet tarafından engellenerek emek gelirlerinden başka gelirleri olmayan işçilerin maddi açıdan güçlü konumdaki işveren karşısında ezilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bunun için 158 sayılı Uluslararası “Hizmet İlişkilerine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme” doğrultusunda düzenleme yapma yoluna gidilmiş, bu düzenlemeler kapsamında *İş Güvencesi* kavramı mevzuatımıza girmiştir.

Ülkemiz, 1994 yılında ILO Sözleşmesini onaylamış¹ ve böylece mevzuatını sözleşmede öngörülen esaslara uygun hale getirme yükümlülüğü altına girmiştir². Bu kapsamda çalışma hayatı açısından önemli işlemlere sahip olan iş güvencesi hükümleri içeren ilk düzenleme, 09.08.2002 tarihli 4773 sayılı Kanun³ ile 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen hükümlerle, 15 Mart 2003'ten itibaren yürürlüğe girmiştir. Daha sonra bu düzenlemeye birkaç noktada yapılan değişiklik ile yeni İş Kanunu olan 4857 sayılı Kanun 10.06.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu düzenlemelerle yasamıza giren iş güvencesi hükümleri, işçiler için işveren tarafından “*Geçerli Bir Sebep*” ileri sürülmeden işten çıkarılmayacağı kuralını getirmiştir(İşK. m. 18). İş güvencesi hükümlerine göre, bir işçinin geçerli bir sebep olmadan veya bir sebep ileri sürülmeksizin işveren tarafından işten çıkartılması durumunda, işçinin fesihden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içerisinde başvurması şartı ile mahkemece(veya özel hakemce) işe iade edilebilmesi hususunda karar verilebilecektir. İşverenin işçiyi karara rağmen işe iade etmemesi halindeyse bunun karşılığı olan tazminatı ödemek zorunda kalacaktır.

Mevzuatımıza giren iş güvencesi hükümleri ile işçinin feshe karşı korunması ve işine devamlılığı sağlanırken, işverenin de fesih hakkı ortadan kaldırılmayıp yasal düzenlemeler ile sınırlamalara gidilmiştir. İşçinin, işe iadesini veya geçersiz fesih halinde işçinin muhtaç ve mağdur olmasını önleyecek şekilde ona makul bir ödeme yapılmasını öngören bu düzenlemeler ile işçi-işveren arasındaki ekonomik güç dengesi kurulmaya çalışılmıştır.

¹ 09.06.1994 tarih ve 3999 sayılı “Hizmet ilişkisine işveren tarafından son verilmesi hakkında 158 sayılı sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğu kanun”: RG. 18.06.1994, S. 21964.

² ILO sözleşmesinin kabulünden sonra bunun doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığı doktrinde incelenmiştir. Buna göre, “ILO Sözleşmelerinin özellikleri göz önünde tutulduğunda doğrudan uygulanabilirliğin ancak istisnai durumlarda söz konusu olduğu görülür. Çünkü bu sözleşmeler çoğu kez düzenlendikleri konularda genel, soyut, program hükmü niteliğindedir. Bu sözleşmelerin değişik ülkelerin ekonomik ve sosyal yapılarına uyum sağlayabilmeleri için esnek nitelikteki genel kurallardan oluşturulmuştur. İstisna nitelikteki kuralların belirlenmesi ise, iç hukuk düzenine bırakılmış ve üye ülkelere seçenekler sunan kurallar öngörülmüştür. Bu tür sözleşme hükümlerinin yargı organlarımız tarafından doğrudan uygulanmaları nitelikleri itibariyle mümkün değildir. Bu nedenle yürürlükteki iş hukuku kurallarının bunlarla uyumlu hale getirilmesini zorunlu kılmaktadır.”: **SÜZEK, Sarper, İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2008, 86.

³ İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun: RG. 15.8.2002, S. 24847.

İşe iade talebi, işe iade edilmeme durumunda onun alternatifi olan iş güvencesi tazminatını da içermektedir(İşK. m. 21). O nedenle, asıl talep olarak feshin geçersizliği nedeniyle işe iadenin talep edilmesi yeterlidir. İşçi işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren bir aylık başvuru süresi içerisinde işe iade için işverene başvurur. İşe iade kararından sonra işçinin başvuru üzerine işveren, bir ay içerisinde işçiyi tekrar işe alabilir ya da işçiyi işe başlatmayarak işçinin en az 4 aylık ve en çok 8 aylık ücreti tutarında mahkemenin(veya özel hakemin) belirleyeceği tazminata ve işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin en çok 4 aylık ücretini ve diğer alacaklarını ödemeyi seçebilir. İşverenin bu şekilde bir seçimlik hakkı olması öğreti de tartışmalara neden olmuştur. Çalışmamızda bu konuya detaylı olarak yer vermeye çalışacağız.

Konunun Sınırlandırılması

İş Hukukumuzda, bir süre önce giren, iş güvencesine ilişkin bu kanuni düzenlemeler ile özellikle tezimizin ağırlıklı konusunu oluşturan “*İşe İade Davaları*’nda” ortaya çıkan uyuşmazlıklardaki çeşitli uygulama ve usul sorunlarına ve bu kapsamda Yargıtay içtihatlarına yer verilecektir. İşe iade davası, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle yapılması ilkesinden doğduğu için, iş güvencesi kurumuna da bu yönüyle değinilecek olup, haklı nedenle fesih kurumuna yer verilmeyecektir.

İş Kanunu’nun 18.–21. madde hükümleri kapsamında, bireysel olarak işten çıkartılan işçilerin, iş güvencesi kurumu ile işe iade edilebilmesi iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan ilki, işçinin feshin geçersizliği ve işe iadesi amacıyla mahkemede dava açabilmesi; bir diğeri ise aynı nedenlerle özel hakeme gidebilmesidir. Çalışmamızda işe iade usulü açısından işçiye tanınmış olan her iki feshe itiraz usulüne de yer verilmiştir.

İşe iade kararını, mahkemeden(veya özel hakemden) alan işçi, süresi içerisinde işverene işe iade için başvurması gerekir. Bu başvuru üzerine işveren kendisine kanun tarafından verilmiş seçimlik hakkını kullanarak işçiyi işe başlatmaz ise, işçiye iş güvencesine ilişkin tazminat ve boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer alacaklarını ödemek yükümlülüğü altına girecektir.

İşe iade davası sonrasında, bu tazminat ve ücret alacaklarına ilişkin takip hukuku açısından bir takım usul ve uygulama sorunları doğabilmektedir. Bu sorunlara da Yargıtay uygulamaları ve öğreti görüşleri çerçevesinde değinilmiştir.

Konunun Sunulması

“Geçerli Fesih ve İşe İade Davalarında Usul” başlıklı bu çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. İş güvencesi başlıklı ilk bölümde, iş güvencesi kavramı, tarihçesi ve hukukumuzda girişi ve ardından İşK. m. 18 kapsamında geçerli fesih kavramı, nedenleri, geçerli sebep oluşturmayacak halleri ve feshin son çare olması ilkesine değinilmiştir.

İkinci bölümde, iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin uyması gerekli olan usule değinilmiştir. Sonrasında işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmesi üzerine işçinin bu feshe karşı iş mahkemesinde dava açabilmesi, davanın tarafları, niteliği, konusu, görev ve yetkisi, yargılama usulü, ispat yükü, yargılama süresi, temyizi ve doktrinde tartışmalı bir konu olan farklı usule tabi taleplerin işe iade davasında talep edilebilmesi sorunu üzerinde durulmuştur. İşçinin bir diğer seçeneği olarak da uyuşmazlığı özel hakeme götürebilmesi prosedürü ve aşamaları ile özel hakem kaydının Anayasa’ya aykırılığı sorunu incelenmeye çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçerliliği veya geçersizliği kararı verilmesi, feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrasında işçinin işverene başvurması gereği ile işverenin işçiyi işe başlatma veya başlatmama yönünde seçimlik hakkını kullanması usullerine değinilmiştir. İşverenin işe iade kararına rağmen işçiyi işe iade etmediğinde ortaya bir takım parasal sonuçlar çıkmaktadır. İş güvencesi tazminatı, boşta geçen süre ücreti ve işçinin diğer hakları gibi bu parasal sonuçların vergi hukuku ile ilişkisi, son olarak da işe iade kararının icrası, bu karardan doğan parasal sonuçların takip hukuku prosedürü ve uygulama sorunları, doktrin ve yargı kararları esas alınarak incelenmiştir. Sonuç bölümünde ise, konu hakkında genel bir değerlendirme ile kanaatimize yer verilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
İŞ GÜVENCESİ
§ I. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI

Çalışma hayatında işçi açısından, iş kazası ve meslek hastalığından sonra en büyük risk, işini kaybetmesidir. İş ilişkisinin sona ermesi halinde, ücret gelirinden mahrum kalacak olan işçinin feshe karşı korunmaya ihtiyacı vardır. Günümüz İş Hukuku'nda, iş ilişkisindeki sürekliliğin sağlanması ve işçinin herhangi bir neden olmadan işten çıkartılmasına karşı en önemli önlem, feshe karşı koruma kapsamında iş güvencesi sistemidir⁴.

İş ilişkisinin sürekliliğini sağlamaktan kasıt, işçinin ne suretle olursa olsun işten çıkarılamaması anlamına gelmemelidir. İşçi yasadaki iş güvencesi hükümleri kapsamındaki belirli nedenlerin varlığında işten çıkarılabilecektir. Yani kanun tarafından işçi, iş güvencesi sistemi ile yasadaki sayılı nedenlerin mevcut olmadığı durumlarda işveren tarafından herhangi bir neden olmadan işten çıkartılmasına karşı korunmaya çalışılmıştır⁵.

İş ilişkisinin korunması bakımından, günümüz İş Hukuku'nun en önemli işlevi işçinin feshe karşı korunmasıdır. Bu korumanın hem hukuken hem de ekonomik açıdan en uygun şekilde uygulanabilmesi, işverenin fesih hakkının elinden alınması ile değil, bu hakkın yasadaki gösterilen nedenler doğrultusunda sınırlanması ile sağlanabilir⁶.

İşveren tarafından işçinin iş akdi, geçerli bir neden *işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep dışında* başka bir nedenden ötürü feshedilmesi durumunda, iş ilişkisinin sürdürülmesi amacını güden iş güvencesi hükümlerine göre, yargı yolu ile işçi işine iade edilir. Ayrıca bu uygulama işçiyi iade kararına rağmen yeniden işe başlatmayan işverenin, bir kısım parasal hakları işçiye ödemekle yükümlü tutulmasını

⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası. Ankara 2008, 703.

⁵ EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2006, 160.

⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, 703.

da gerektirmektedir. Bu durumda feshin geçerli nedene dayalı olarak yapıldığının ispatı da işverene düşecektir⁷.

4773 sayılı Kanun ve 4857 sayılı İş Kanunu ile iş güvencesi kapsamına giren işçilerin⁸ feshine karşı korunmasında, geleneksel hakkın kötüye kullanılması teorisinden yararlanan sistem bırakılmış ve işverenin bir neden göstermeden bildirimli fesih ile iş sözleşmesini feshetmesi engellenmiştir⁹.

İş Hukuku mevzuatımızda(1475 sK.), 15 Mart 2003 tarihine kadar iş güvencesi konusunda herhangi bir hüküm mevcut değildi. Bunun tek istisnası, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen işyeri sendika temsilcisi için getirilen iş güvencesi olup, işyeri sendika temsilcilerine işe iade davası açma hakkı tanınmıştı¹⁰.

4773 sayılı yasa ile bu istisnai ve oldukça güçlü güvence ortadan kaldırılarak temsilciler de genel iş güvencesi hükümlerine tabi tutulmuş, dolayısıyla sendika işyeri temsilcileri için getirilen imtiyazlı duruma son verilmiştir. Ancak bu durum öğretilerde eleştiri konusu olmuştur¹¹.

⁷ **BİLGİLİ, Abbas**, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*, 2. Bası, İstanbul 2005, 2.

⁸ İşveren tarafından geçerli nedenle fesihte işçilerin iş güvencesinden yararlanabilmesi için İşK. m.18'de sayılmış olan ön şartların bulunması gerekir. Bu şartlar:

a) İş Sözleşmesinin belirsiz süreli yapılmış olması, b) İş sözleşmesinin İşveren tarafından feshedilmiş olması, c) İşverenin işyerlerinde en az otuz işçi çalıştırma zorunluluğu, d) İşçinin işverene ait işyerlerinde en az altı aylık kademinin bulunma zorunluluğu, e) İşveren vekili olunmamasıdır.

⁹ **ÇANKAYA, Osman Güven/GÜNAY, Cevdet İlhan/GÖKTAŞ, Seracettin**, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*, Ankara 2006, 2.Bası, 70.

¹⁰ "İşçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözmek, işçi ve işveren arasındaki işbirliği ve çalışma ahengi ile çalışma barışını devam ettirmek, işçilerin hak ve menfaatlerini gözetmek, İş Kanunları ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmak", şeklinde 2811 sayılı Sendikalar Kanunu'nun m.35'deki işyeri sendika temsilcilerinin görevleri dikkate alındığında sürekli işverenle karşı karşıya gelebileceklerdir. Bu nedenle bu görevi yapan temsilcilerin korunması lazımdır. Bu korumanın temeli de "İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 Sayılı ILO Sözleşmesi'nde bulunmaktadır. Bu sözleşme, Türkiye tarafından, 25.11.1992 tarihli ve 3845 sayılı Kanunla kabul edilmiştir.": **ODAMAN, Serkan**, *Fransız Hukukunda ve 2821 Sayılı Kanunda Yapılması Öngörülen Değişiklik Çerçevesinde Türk Hukukunda İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 566; **UÇUM, Mehmet**, *4773 Sayılı Yasa Çerçevesinde İşyeri Sendika Temsilciliği Ve Toplu İşçi Çıkarma*, Legal İHSGHD, S.4, C.1, İstanbul 2003, 849; **ERTÜRK, Şükran**, *İşyeri Sendika Temsilcisi Ve Güvencesi*, Legal İHSGHD, S.13. C.4, İstanbul 2007, 1-34.

¹¹ **GÜZEL, Ali**, *İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi (Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı)*, İstanbul 2001, 23; **EKMEKÇİ, Ömer**, *Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi*, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi-Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İstanbul 2001, 55-56.

Doktrinde çalışma hakkının korunması anlamında da kullanılan “iş güvencesi” kavramı temelde, geçimini emeği ile sağlayan bağımlı çalışanların, haklı bir neden olmaksızın, işveren tarafından iş sözleşmesine son verilmesi durumunda, işverenin fesih işlemini sınırlayan veya engelleyen, iş sözleşmesi ilişkisini hukuksal bir boyuta çeken, iş sözleşmesinin işçi açısından dayanıksız niteliğini bertaraf eden ve iş ilişkisine süreklilik kazandıran, koruyucu yönü ağır basan normatif düzenlemeleri içermektedir¹².

İş güvencesinin başka bir tanımında, kapsam bakımından dar ve geniş anlamda iş güvencesi olmak üzere iki farklı anlam taşır şekilde nitelendirilmiştir¹³.

A. Dar Anlamda İş Güvencesi

Dar anlamda iş güvencesi işçinin feshe karşı korunmasıdır¹⁴. Bu koruma işverenin fesih hakkının geçerli bir sebep gösterme koşulu ile sınırlaması anlamına gelir. Bu durumda hizmet akdinin işveren tarafından feshi yargı denetimine tabi olur. İşverenden geçerli bir sebep göstermesi ve gösterdiği bu sebebi ispatlaması beklenir. Geçerli sebebin olmaması durumunda da işçiyi işe iade veya işçiye tazminat ödenmesi şeklinde bir güvence sağlanır¹⁵.

B. Geniş Anlamda İş Güvencesi

Geniş anlamda iş güvencesi, işçinin herhangi bir neden ileri sürülmesizden işten çıkartılmasını engelleyen veya işini kaybetmesinden dolayı uğradığı zararı, riski hafifletmeye, telafi etmeye yönelik tüm önlemlere “*geniş anlamda iş güvencesi*” adı verilir. Örneğin, bildirimde bulunma bu tür bir güvencedir. İş ilişkisinin sona ermesine bağlı olarak yapılan kıdem tazminatı ödemesi veya işsizlik ödenekleri de aynı şekilde geniş anlamda bir iş güvencesidir¹⁶.

¹² KAR, Bektaş, *İş Güvencesi Kavramı*, Legal İHSGHD, C.2, S.6, İstanbul 2005, 560.

¹³ KAR, 560.

¹⁴ KUTAL, Metin, *İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi Ve Sosyal Boyutları*, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 16.

¹⁵ KUTAL, *İşçinin Feshe Karşı Korunması*, 16; ALP Mustafa, *İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, C.5, İzmir 2003,1.

¹⁶ KUTAL, *İşçinin Feshe Karşı Korunması*, 16.

Türk İş Hukuku bakımından bu iki kavramı değerlendirdiğimizde diyebiliriz ki, geniş anlamda iş güvencesi yıllardan beri Türk Hukukunda mevcuttur. Bildirim önelleri, iş arama izni, kıdem tazminatı ve bunlara son yıllarda eklenen işsizlik sigortasını örnek verebiliriz. Bu nedenle Türk İş Hukuku'nda geniş anlamda iş güvencesi bakımından getirilmesi gereken fazla bir şey yokken, aynı şeyi dar anlamda iş güvencesi için söyleyemeyiz¹⁷. Bu eksiklik, dar anlamda iş güvencesi hükümlerinin yoğunlukta bulunduğu 158 sayılı Sözleşmenin 1994 yılında kabulü sonrasında düzenlenen önce 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası ve sonrasında 4857 sayılı yeni İş Kanun'umuz ile giderilmiştir.

İşçinin feshe karşı korunmasının uluslararası dayanağı, 22 Haziran 1982 tarih ve 158 sayılı “*Hizmet İlişkisinin İşveren Tarafından Feshi Hakkındaki Sözleşmesi*”nin kabulü ile uluslararası mevzuata girmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü, 1982 yılında 158 sayılı sözleşmeyi kabul ederken daha çok dar anlamda iş güvencesi üzerinde yoğunlaşmış, bu güvencenin feshe karşı koruması yönüne ağırlık vermişlerdir¹⁸.

Türkiye, iş güvencesi kurumunu düzenleyen ILO Sözleşmesini, 9 Haziran 1994 yılında onaylanmıştır. ILO Sözleşmesi kapsamında iş güvencesi kurumu ise ilk defa 15 Mart 2003 tarihinde uygulamaya koyulan 4773 sayılı¹⁹ kanun ile değişik 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E maddeleri ile mevzuatımıza girmiştir. İş güvencesinin bu hükümlerinin yerini, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu aynı esaslara tabi 18. 19. 20. 21. ve 29. madde hükümlerine bırakmıştır. Türk İş Hukuku'na bu kavramın girmesi ile köklü değişiklikler meydana gelmiş ve geçersiz fesihlere karşı işçileri korumak amacıyla bu sayede yeni düzenlemelere gidilmiştir²⁰.

¹⁷**TOPAL, Güneş**, *İş Kanunu'na Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih Ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması*, Ankara 2008, 88.

¹⁸**KUTAL**, *İşçinin Feshe Karşı Korunması*, 16–17.

¹⁹ 09 Ağustos 2002 tarihli 4773 sayılı İş Kanunu “Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlar ile Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” adı ile kabul edilmişti.

²⁰ **SOYER, Polat**, *Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Uygulama Sorunları*, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları - Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 27–28; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 705; **EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN**, 163; **KAR**, *İş Güvencesi Kavramı*, 561.

İş güvencesine ilişkin hükümler mevzuatımıza alınmış olsa da, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2. maddesi²¹ ile tam uyumlu hale getirilmiş olduğu söylenemez. İş Kanunu'na getirilen iş güvencesi hükümlerinin, güvence kapsamı İşK. m.18'de sayılanlar haricinde, Basın İş Kanunu'na tabi olanlara kıyasen de olsa uygulanması kabul edilmiş²², ancak Deniz İş(Gemi adamları)^{23,24} ve Borçlar Kanunu'na göre çalışan işçiler, feshе karşı korunma şemsiyesi dışında bırakılmıştır²⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nun, iş güvencesi sistemini İşK. m.18 vd. maddelerinin getirmesi ile birlikte işverenin *fesih serbestisi* ortadan kaldırılmıştır. Süreli fesih hakkının doğumu yasada belirtilen *geçerli nedenlerin* varlığına bağlanmış ve bu nedenleri ispat yükü *işverene* yüklenmiştir. Söz konusu nedenler gerçekleşmemişse işçinin *işe iadesini* veya *özel bir tazminatın(iş güvencesi tazminatı)* ve boşta geçen sürelerle ilişkin olarak işçinin *en çok dört aya kadar ücretinin* ödenmesi kabul edilmiştir²⁶.

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için fesih serbestisi çerçevesinde süreli fesihlere(İş. K.m.17) ilişkin esaslar geçerliliğini korur.

²¹ 158 sayılı ILO Sözleşmesi m. 2: “tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olanlara” uygulanacağı kuralına(ILO m. 2/I), “işletme büyüklüğü” ve “özel istihdam şartları” dikkate alınarak o ülkenin yetkili makamı veya uygun bir kuruluşu tarafından, varsa, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra istisna getirilmesi gerektiği hükmü(ILO m. 2/V)”.

²² ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 180.

²³ “ILO Sözleşmelerinin doğrudan(iç hukukta yasal bir düzenleme olmadan) uygulanması mümkün değildir. ILO Anayasası da üye devletlere hazırlanan bir Sözleşmeyi (Kanuna Dönüştürmek üzere) ilgili makama (T.B.M.M.) sunma yükümünü vermekte; doğrudan uygulama talep etmemektedir (ILO AY. m. 19/V-b). Bu şekilde iş güvencesine ilişkin bir yasal düzenleme 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda yapılmadığı için bu kanuna göre çalışanlara 158 sayılı ILO Sözleşmesinin uygulanması söz konusu değildir.”:TAŞKENT, Savaş, *İş Güvencesi Hükümlerinin Gemi Adamlarına Uygulanması*, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 587- 594; Karşı görüş için bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 29.

²⁴ “...Davacı davalıya ait işyerinde 854 sayılı Deniz İş Kanununa göre hizmet akdiyle çalışmıştır. Anılan yasa 4857 sayılı yasadaki işe iade ile ilgili hükümler yer almamıştır. Buna rağmen ILO Sözleşmelerine dayanarak yazılı şekilde tazminatın ödenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” : Yarg. 9. HD, 06.06.2005, E. 2005/12948, K. 2005/20465: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 434.

²⁵ GÜZEL, Ali, *İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi*, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri 28–29 Mayıs 2004, İstanbul 2004, 22.

²⁶ SÜZEK, 486.

§ II. GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ

A. Genel Olarak

İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesini, İşK. m. 17' e göre bildirimli olarak fesheden işveren ; “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır”(İşK. m.18). Yasada yer alan bu zorunluluk, yeni yasa ile mevzuatımıza girmiş olan iş güvencesi kapsamında bir düzenlemedir.

4773 sayılı Yasa ile İş Kanunu'nda ilk kez düzenlenmiş olan “Geçerli Fesih” kavramı, daha sonra bu kanunun iş güvencesine ilişkin hükümlerindeki bazı değişiklikleriyle birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almıştır. Bu dönemde de işçi ile işveren arasında en çok uyuşmazlığın ortaya çıktığı ve İş Mahkemeleri'nin en fazla meşgul olduğu konulardan birisi olmuştur²⁷.

4857 sayılı Yasa ile düzenlenen 18. maddenin 1. Fıkrası(Geçerli sebep kavramı), 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'nin 4. maddesinin birebir çevirisi niteliğiyle mevzuatımıza girmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçiden ve işyerinden kaynaklanan geçerli sebepler açıklamamış olup, kanunun gerekçesinde, geniş kapsamlı bir kavram olan geçerli sebebe, objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılarak bazı örneklerle ortaya koyulmaya çalışılmıştır²⁸. İşK. m.18/I' de soyut olarak belirtilen geçerli nedenlerin kapsamı, öğretinin katkısı ve yargı kararlarıyla, zaman içinde daha da netleşmektedir²⁹.

Geçerli neden kavramı, 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanmamış olup, kanunun gerekçesinde belirtildiği gibi, İşK.m. 25 anlamında haklı nedenle fesih düzeyine ulaşmayan, ancak iş sözleşmesinin işveren tarafından feshini makul ve mazur gösteren objektif bir olgudur³⁰. Yani, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren tarafından

²⁷ ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi C. I, Ankara 2004, 254.

²⁸ 4857 Sayılı İşK. m. 18 gerekçesi, <http://www.iskanunu.com/icerik/icerik/gerekceli-is-kanunu-metni.html#20> (Ziyaret Tarihi 06.06.2008); “4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde verilen örnekler Alman Federal İş Mahkemesinin kararlarından seçilmiştir, bu kararların pozitif dayanağını oluşturan pozitif düzenleme ise 158 sayılı Sözleşme metninden çok farklı bir mahiyette olup “feshi sosyal yönden haklı kılan nedenler” şeklinde temel bir ölçüt içermektedir.”:GÜZEL, İş Güvencesi, 41.

²⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 167; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008, 197.

³⁰ AKYİĞİT, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Bası, C.I, Ankara 2008, 831.

önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmektedir³¹.

Geçerli feshe neden olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirilmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir³².

İşK. m. 18’de bildirimli fesihlerle ilgili olarak işverene sebep gösterme zorunluluğu getirilmiş olup, bu sebeplerin neler olabileceği açık bir şekilde belirtilmemiş, genel ifadelerle sayılmıştır. Bunlar;

1. İşçinin yeterliliğinden kaynaklanan nedenler (yasada yeterliliğinden ifadesi kullanılsa da bunu yetersizlik olarak anlamak gerekir),
2. İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler,
3. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir.

Kanun’un bu üç şekilde sıraladığı geçerli nedenleri aşağıda öncelikle “*İşçiden Kaynaklanan Nedenler*” başlığı altında işçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle sözleşmesinin feshini, sonrasında da “*İşletme/İşyeri/İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenler*” başlığı altından da işletmeden kaynaklan nedenlerle işçinin sözleşmesinin feshini ve tüm bu nedenlerin geçerli sayılmasının koşullarını anlatmaya çalışacağız.

B. İşçiden Kaynaklanan Nedenler

1. Yetersizliği

İş Kanunu’nun 18. maddesinin 1. fıkrasında, “İşçinin yeterliliğinden” (yetersizliğinden)³³ kaynaklanan nedenlerin geçerli fesih nedenini oluşturduğu ifade edilmiştir. İş Kanunu’nun gerekçesinde de konuya ilişkin örnekler verilmiştir.

³¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 167.

³² SÜZEK, 505; AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN(SENYEN), Tuncay. *İş Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2007, 185.

³³ “Yetersizlik kavramı ile anlatılmak istenen, işçinin şahsi yetenek ve niteliklerinin iş görme borcunu yeterli bir şekilde ifası için uygun olmamasıdır. Kural olarak yetersizlik, işçinin iradesine bağlı gerçekleşmez. İşçinin subjektif bir değerlendirmesine dayalı yetersizliği, geçerli bir fesih nedeni oluşturmaz. Yetersizliğin, geçerli bir fesih nedeni oluşturabilmesi için, objektif bir niteliğe sahip olması, dışa yansımaları ve de denetlenebilir olması gerekir. Bu nedenle, yetersizlik nedenine dayalı fesih için,

İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler: 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde işçinin yetersizliğine ilişkin, "Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmama, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma³⁴, halleri örnek olarak verilmiştir.

İşveren tarafından, işçinin iş akdinin feshedilmesindeki en önemli sebeplerden birisi, işçinin aynı ve benzeri işi görenlerden daha az *verimle* çalışmasıdır. İşçinin verimsizliğinde kusurlu olup olmadığı aranmamaktadır. İşçiden beklenen, onun niteliklerinde bir işçinin üstlendiği işteki normal verimi göstermesidir. İş güvencesi sistemi bu şekilde işçiyi feshe karşı korumanın yanında, işletmedeki organizasyonu ve emeğin daha rasyonel biçimde kullanılmasını da sağlamaktadır³⁵.

Verimin değerlendirilmesinde işçinin izlenmesi, verimliliğinin ölçülmesi ve üstlendiği işten elde ettiği sonuca bakılması gerekmektedir³⁶. İşçinin yetersizliğinde göz önünde bulundurulması gereken iki ayrım vardır. Bunlar; işçinin *fiziki yetersizliği* ve *mesleki yetersizliği* halleridir.

İşçinin hastalanmasından dolayı fiziki *bir yetersizlik* oluşabilir. Bu da üstlenmiş olduğu işteki verimini düşürebilir. İşçinin hastalanmasından dolayı ortaya çıkan bu verimsizliği, işyerinin normal işleyişini bozuyorsa ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine engel oluyorsa, geçerli nedenle iş akdi işveren tarafından feshedilir³⁷. Böyle bir durumda işçinin yetersizliği ile yapmakta olduğu iş arasında *illiyet bağının* kurulması zorunludur³⁸.

yetersizliğin tespitinde objektif ölçülerin esas alınması ve değerlendirmenin de saydam bir şekilde yapılması gerekir.”: KARA, 59.

³⁴ AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 2. Bası, 185; SÜMER, Haluk Hadi, *İş Hukuku Uygulamaları*, Genişletilmiş 3. Bası, Konya 2009, 173; 4857 sayılı İşK.'nın gerekçesi için bkz. www.iskanunu.com/icerik/icerik/gerekeceli-is-kanunu-metni.html (Ziyaret Tarihi 18.04.2009).

³⁵ EKONOMİ, Münir, *Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi*, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, S. 2, C. 17, İstanbul 2003, 8; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 73.

³⁶ EKONOMİ, 8.

³⁷ SÜZEK, Sarper, *İşçinin Yetersizliği Veya Davranışları Nedeniyle Geçersiz Feshi*, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 570; Aynı yazar, 507-508; "Federal İş Mah. Gen. Kur. Alm. MK. 626.

İşçinin sık sık kısa süreli hastalanması ve bu nedenden dolayı devamlı olmamakla birlikte işe gelememesi, hastalığı veya rahatsızlığı sebebiyle işe geç gelmesi, zihni ve fiziki güç kaybı sonucunda işe yoğunlaşamaması, aynı çalışma temposunu sürdürememesi, devam arz eden dikkatsizliği gibi durumlarda işçinin iş görme edimini gerektiği şekilde yerine getiremediği gözlemlenebilir. İşyerinin olağan akışının bozulduğu bu gibi makul sebeplerin olduğu durumlarda, işveren işçinin *fiziki yetersizliği* gerekçesi ile iş akdini geçerli nedenle feshedebilir³⁹.

İş sözleşmesinin feshinde, işçinin gelecekte de hastalanacağı objektif olaylara göre öngörülebilir ve devam edecek *sık sık kısa süreli hastalanma*⁴⁰ durumunun işyeri ile ilgili önemli aksaklıklara veya ekonomik kayıplara sebebiyet verebileceğinin anlaşıldığı; işverenin iş sözleşmesini feshetmedeki menfaatinin, işçiyi çalıştırmaya devam etme menfaatinden fazla olabileceği bu gibi durumlarda, işçinin daha hafif bir işe yerleştirilme imkânı da yoksa geçerli nedenle fesih koşullarının oluştuğunu söyleyebiliriz⁴¹.

İşçinin uzun süreli hastalığı durumunda ise, işçinin, İşK. m. 25/I-a' deki "*kendi kasti*", "*derli toplu olmayan yaşayışı*" veya "*içkiye düşkünlüğü*" dışında herhangi bir nedenle hastalanması veya kazaya uğraması sonucundaki işyerine devamsızlığının, işçinin işyerindeki çalışmasına göre İşK. m.17'deki bildirim sürelerini altı hafta aşması halinde(doğum halinde buna sekiz hafta daha eklenir) işveren lehine *haklı nedenle fesih* hakkı doğar (İş. K. m. 25/I-b).

İşveren lehine haklı nedenle fesih hakkını doğuran sağlık sebepleri ile geçerli nedenle fesih hakkını doğuran sağlık sebepleri birbirlerinden farklıdır.

maddesine ilişkin 1 numaralı ve 615. maddesine ilişkin 77 numaralı kararlarına göre; eğer işçi hastalıktan dolayı sadece part-time çalışabilecek durumdaysa işverenin part-time çalıştırması gerekecektir. İş sözleşmesi hastalık nedeniyle feshedilemez.”: **KILIÇOĞLU, Mustafa**, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun 18. Maddesinin Yorumu, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 474.

³⁸ **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 44-45.

³⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 726.

⁴⁰ "*Kısa süreli hastalıktan* kasıt, hastalığın her defasında İş Kanunu'nun 17. maddesinde öngörülen bildirim sürelerini altı hafta aşmayan hastalıktır.”: **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, *İş Kanunu Şerhi*, 540.

⁴¹ “İşçinin sık sık hastalanması durumunda, işçinin devamsızlığının toplam süresi, İşK. m.17'deki bildirim sürelerini altı hafta geçtikten sonra işveren tarafından geçerli nedene dayanarak fesih yetkisi doğacaktır.”: Aynı yazarlar, *İş Güvencesi Hukuku*, İstanbul 2007, 359; **SÜZEK**, *İşçinin Yetersizliği*, 571-572.

Haklı nedenle derhal fesih için işçinin öncelikle devamsızlığında kusurlu olması gerekir⁴². Geçerli bir fesih sebebi olarak sağlık sebeplerinin varlığında ise, kural olarak işçinin kusuru aranmamaktadır. Ancak işçi kusurlu olmasa bile, hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işçinin işyerindeki çalışma süresine göre İşK. m. 17'deki bildirim sürelerini altı hafta aşması durumunda işveren lehine İşK. m.25/I-b hükmü gereğince haklı nedene dayalı derhal fesih hakkı kullanılabilir(İşK.m.25/I-b). İş Kanunu m.18/f'deki geçerli nedenle fesih hakkının doğumu da aynı süreye bağlanmıştır. Bu nedenle anılan sürelerin dolması durumunda işveren haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilir⁴³.

Kanaatimizce işçinin kendi kastı ve kusurundan kaynaklanmayan nedenlerle hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde iş devamsızlığında kanunda belirtilen sürelerin aşılması halinde, işverenin geçerli nedenle fesih hakkının doğduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır.

İşçinin yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli feshinde öğretide tartışılmış olan bir diğer konu da, *İşçinin belirli bir yaşa gelmesi ve yaşlılık aylığına hak kazanmasıdır*. Bu durumun salt geçerli nedenle fesih sebebi olarak kabul edilmeyeceği hususu, 166 sayılı ILO Tavsiye Kararı ve Alman Hukuku, yargı kararları ve doktrininde de ifade edilmiştir⁴⁴. Alman Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da bu şekilde değerlendirilmekte ve Yargıtay'ın⁴⁵ uygulamasına göre de tek başına fesih nedeni sayılmamaktadır.

⁴² KARA, 31.

⁴³ SÜZEK, 508–509; Aynı yazar, *İşçinin Yetersizliği*, 571; aynı görüş için bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 170; “Sürelili fesih hakkının kullanılabilmesi için belirtilen sürelerin geçmesinin beklenemeyeceği, hastalığın altı hafta sürmesinin yeterli olduğu” görüşü için bkz. EKONOMİ, 9.

⁴⁴ TUNCAY, A. Can, *Geçerli Nedenle İş Sözleşmesi'nin Feshi ve İşe İade Davaları*, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği(TÜSİAD)- İş Kanunu Toplantı Dizisi-IV 14 Haziran 2007, İstanbul 2007, 22.

⁴⁵ “...4857 Sayılı İş Kanunu'nda ve gerekçesinde salt emekliliği kazanma fesih için geçerli bir neden olarak düzenlenmemiştir. Davalı işveren fesih için işletmenin işyerinin veya işin gereklerine dayanmadığı gibi işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir neden belirtmemiştir. Feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşıldığından mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi yerinde bulunmuştur.”: Yarg. 9. HD, 19.01.2004 E. 2003/22196, K. 2004/261: KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 348; Yarg. 9. HD, 11.12.2003, E. 2003/20222, K. 2003/20604, Yarg. 9. HD, 10.11.2003, E. 2003/18926, K. 2003/18920, Yarg. 9. HD, 15.04.2004, E. 2004/6141, K. 2004/7644, Yarg. 9. HD, 19.01.2004, E. 2004/22196, K. 2004/261: SÜZEK, *İşçinin Yetersizliği*, 571–572; Yarg. 9. HD, 13.12.2004, E. 2004/28790, K. 2004/27501: ÇELİK, Çağrı, *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Sürelili Feshi Ve Sonuçlar*, Ankara 2007, 70.

Alman Hukuku'nda ilke olarak belli bir yaşa ulaşmış olma ya da yaşlılık aylığına hak kazanmış olma geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesinde ya da işyeri iç yönetmeliğinde bu yönde genel ve objektif bir hüküm yer alıyorsa bu hükme göre işçi çıkarılabilir. Ayrıca bireysel iş sözleşmesinde böyle bir hükmün yer alması durumunda da feshin emeklilik yaşı olan 65 yaşın doldurulmasına kadar ertelendiği kabul edilir ya da böyle bir şart sözleşmenin feshinden önce 3 yıl veya daha önce kararlaştırılmışsa geçerlidir⁴⁶.

Türk Hukuku'nda da, işyerinde bu yönde öteden beri yapılan objektif ve genel bir uygulama(Personel yönetmeliğinde tüm çalışanlara uygulanacak "60 yaşını dolduran ve emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirileceği" yolundaki hüküm) varsa yaş veya emeklilik geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilir⁴⁷. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin görüşü de bu yöndedir⁴⁸.

Aynı Yönetmelikte ayrıca "*işçinin verimliliğine bakılarak*" veya "*işçinin performansı değerlendirilerek*" devamında yarar görülenler hakkında karar verileceği yolunda bir hüküm bulunuyorsa, bu durumda sadece "*emeklilik yaşına*" gelmiş olma fesihleri geçerli kılmaz. "*Verimlilik*" ve "*performans*" ile ilgili geçerli sebebin de ayrıca işveren tarafından ispatlanması gerekir⁴⁹.

Nitekim Yargıtay kararında, Personel Yönetmeliğinde "*emekliliğe hak kazananların*" iş sözleşmelerinin feshedilmesinin öngörülmesiyle birlikte, aynı Yönetmelikte "*performans durumları göz önünde tutularak devamında yarar görülenlerin hizmet akıtları devam edilir*" hükmü gereğince, performans düşüklüğü işverence ispatlanamayan işçinin işten çıkarılması geçerli sayılmamıştır⁵⁰.

⁴⁶ TUNCAY, *İşe İade Davaları*, 22.

⁴⁷ TUNCAY, *İşe İade Davaları*, 21; EKONOMİ, 9-10.

⁴⁸ Yarg. 9. HD, 08.05.2006, E. 2006/1080, K. 2006/12947; Aynı yönde Yarg. 9. HD, 08.05.2006, E. 2006/1686, K. 2006/12904: TUNCAY, *İşe İade Davaları*, 21; "...Dairemizin uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş personelin işten çıkarılacağına ilişkin hükmün objektif ve genel olarak uygulanması geçerli neden kabul edilmekte ise de, somut olayda; davacının işe girdiği tarihte Yönetmelikte bu anlamda bir hüküm bulunmadığı gibi, Yönetmelikte sonradan yapılan bu değişikliğin davacı tarafından kabul edildiğine dair yazılı bir belge sunulmamıştır...": Yarg. 9. HD, 27.03.2006, E. 2006/5584, K. 2006/7867: ÇELİK Ç. dn. 56, 72.

⁴⁹ DEMİR, *Fevzi, Geçerli Sebeplerle Fesih Kavramı Ve Uygulama*, Legal İHSGHD, S.10, C. 3, İstanbul 2006, 81.

⁵⁰ Yarg. 9. HD, 19.01.2004, E. 2003/22196, K. 2004/261; Aynı yönde Yarg. 9. HD, 22.01.2004, E. 2003/23815, K. 2004/950: DEMİR, *Geçerli Sebeplerle Fesih*, 476.

İşyerinde bir işçinin, ileri yaşından dolayı iş görme borcunu gerektiği gibi yerine getiremediği, aynı veya daha ileri yaştaki işçilere göre işin görülmesinde yetersizliği, çalışma gücünde azalma ve verimsizliğinin görüldüğü hallerde geçerli neden oluşabileceği için işveren tarafında iş akdi feshedilebilir⁵¹. İşverenin, ileri yaştaki işçiden emek alınamayacağını ve artık onun emeğine ihtiyaç duyulmadığını ispatlaması gerekir⁵².

Genel ve objektif düzenlemeler, işyeri içi yönetmeliği şeklinde olabileceği gibi toplu iş sözleşmesi şeklinde de olabilir. Bizim de katıldığımız *TUNCAY*’ın görüşüne göre; bu konudaki düzenlemelerin bireysel iş sözleşmesine konulan şartlar ile gerçekleşmesi mümkün değildir. Bireysel sözleşmedeki böyle bir şart geçersiz kabul edilir⁵³.

İşçinin *mesleki yetersizliği* ise, İş Kanunu’nun gerekçesinde de belirtildiği gibi işçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az *verimli* çalışması iş akdinin feshi için geçerli bir neden sayılmalıdır. İşçinin yapabileceği işin gerektirdiği niteliklere veya eğitime ya da diplomaya sahip olması bu konuda yeterli değildir. Çalışmasında bu niteliklere uygun verim ve performansı göstermesi gerekir⁵⁴.

İşçinin iş görme edimini ifa etmesi sırasında, gerekli olan ifa kabiliyetini kaybetmesi durumu da mesleki yetersizlik nedeni olarak ifade edilir. İşveren tarafından bu durumda iş akdi geçerli nedenle feshedilebilir. Örneğin, şoför olan işçinin ehliyeti alınarak araç kullanılmasının yasaklanması veya sık sık kaza yapması, görme, duyma

⁵¹ **EKONOMİ**, 9.

⁵² “... Anılan madde ve yönetmeliğin 11.02. e maddesinin üçüncü fıkrası birlikte nazara alındığında, 9000 prim ödeme günü ya da yaş sınırını tamamlayan bir işçinin hizmet akdinin feshedilebilmesi için, neden hizmetinin devamında fayda görülmediğinin kanıtlanması, bir başka deyişle işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir sebebin de bulunması gerekir. İşverenin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan somut bir nedeni bulunmadığı gibi, davacının yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan bir nedene de dayanmamıştır. Bu nedenlerle, feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir.”: Yarg. 9. HD, 22.01.2004, E. 2003/23815, K. 2004/950: www.kazanci.com.

⁵³ **TUNCAY**, *İşe İade Davaları*, 21.

⁵⁴ “İşçi belirli bir işi görme konusunda gerekli mesleki niteliğe sahip olmakla birlikte gerektiği kadar çalışmıyorsa veya dinamizm, inisiyatif kullanma, çabuk karar alma vb. konularda eksiklikler gösteriyorsa mesleki yetersizliğe dayanan geçerli fesih nedenleri ortaya çıkabilir. Aynı şekilde, işçinin yaptığı işe yatkın olmaması, mesleğe uyum yetersizliği, işe yoğunlaşmasının ve dikkatinin azalması, aynı çalışma temposunu sürdürememesi, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği gibi haller mesleki yetersizliği diğer deyişle verim ve performans eksikliğine dayanan geçerli fesih nedenleridir.”: **SÜZEK**, *İşçinin Yetersizliği*, 573; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 726; **EKONOMİ**, 9; **UÇUM, Mehmet**, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*, Legal Yayıncılık Seminerler Serisi:1, İstanbul 2003, 146 vd.

gibi yetilerinin kaybolması, bir mesleğin uygulanabilmesi için zorunlu olan resmi izin veya lisansın kaldırılması gibi durumlarda işveren iş akdini geçerli nedenle feshedebilir⁵⁵.

İşçinin işi görmesi için bazı becerileri zamanla kazanması ve kendini geliştirmesi gerekirken, işçinin bunu yapamayacağının ortaya çıkması da yeterlilikten kaynaklı fesih sebebini oluşturur. İşçinin işi için yabancı dile hakim olmaması veya işyerindeki bilgisayar programını kullanmayı öğrenememesi gibi haller, mesleki yetersizliğe örnek olarak verilebilir⁵⁶.

Bu şekildeki bir mesleki yetersizlikten dolayı, işçinin iş akdi feshedilmeden önce işveren tarafından işçinin başka bir işe naklinin mümkün olup olmadığının da araştırılması gerekir. İşçi başka bir işte çalışamayacak durumda ise iş akdi feshedilir⁵⁷.

Bir başka geçerli fesih nedeni oluşturan yeterlilik ölçütü, **performans değerlendirmesidir**. Performans değerlendirmesi, İşçinin performansının gösterdiği niteliklerden daha düşük olması durumunun tespitidir. Performans, işçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyidir. Yani, iş sürecinde yer alan emeğin boyutunu göstermektedir⁵⁸. Genel olarak yılda en az bir defa yapılan performans değerlendirmelerinde, öncelikle çalışanın görev tanımı belirlenmeli, işçinin özelliklerine ve yeteneklerine bakılmalıdır. Bunlarla beraber işe uygun olmasının ve performansının değerlendirilebilmesi için bir standardın belirlenmesi gerekmektedir⁵⁹.

Performans kriterleri, “her işyerinin özelliğine göre” işyerinin ihtiyaçları ve işyerinde yapılan işler dikkate alınarak işyeri yönetimi tarafından belirlenir. İşçilerden yerine getirmeleri beklenen iş, doğru, açık ve anlaşılır bir biçimde yazılı olarak hazırlanır ve çalışanlara işe başladıkları gün imza karşılığı verilir. İşçinin “verimsizliğine” dayalı fesihlerde ispat yükümlülüğü işverene ait olduğu için işveren açısından bu çok önemlidir. İşverenin bu ispat yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için,

⁵⁵ **ENGİN, Murat.** *İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları*, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 03-04.06.2006 günlü Toplantı Tebliğ ve Tartışmaları: Yayın Sıra No: 099, S. 2007/10, İstanbul 2007, 166; **KARA**, 65.

⁵⁶ **KARA**, 64.

⁵⁷ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 340; **EKONOMİ**, 10.

⁵⁸ **BİLGİLİ**, 67-68.

⁵⁹ **DEMİR**, *Geçerli Sebeple Fesih*, 476.

işçinin performansına ilişkin ölçümleme sisteminin yeterli açıklığı taşıyarak belgelenmesi gerekir⁶⁰.

Performans esas olarak işçiye bağlıdır ve bunun ölçülmesinde iki yöntem üzerinde durulur. Öncelikle, ölçümde objektif bir sonuca ulaşabilmek için tüm çalışma ve üretim koşullarının bir ve aynı olduğu varsayılır. *Birinci yöntem*e göre, tek işçinin, iş süreci eşit zaman dilimlerine ayrılarak, dilimler arasında bir karşılaştırma yapılabilir. *İkinci yöntemde* ise, bir ve aynı çalışma koşullarında yer alan işçiler arasında karşılaştırma yapılır⁶¹.

Bu şekilde bir değerlendirme sonrasında işçide performans eksikliği tespit edilirse, işveren tarafından iş akdi performans eksikliği gerekçesi ile feshedilir. İşverenin, iş akdini geçerli nedenle feshi sonucunu hâkim değerlendirirken, sadece bu performans ölçme sistemini değil, benzer işi yapanlar arasında değerlendirildiğinde daha az verimli olduğunun tespiti şartlarının da gerçekleşmesi koşuluna bakacaktır⁶².

Yargıtay bazı kıstaslarla performans düşüklüğü nedeniyle geçerli fesih denetiminin nasıl yapılması gerektiğini ortaya koymuştur⁶³. İşverenin, işçisinin performansını değerlendirmesi sırasındaki, değerlendirirken kullandığı ölçütlerine ve performans eksikliğine nasıl ulaşabildiği noktasında, mahkemeye yeterli açıklıkta bilgi ve belge ibraz etmesi, bu hususu ispatlayabilmesi açısından önemlidir⁶⁴.

Uygulamada işverenin, dava ihtimaline karşı bu durumun varlığını kolaylıkla ispatlayabilmesi için işçiye birkaç ihtarda bulunduğu görülür. Yargıtay kararlarında da işçinin ne şekilde performansının düşük olduğu, daha somaki süreçte kendisinden ne

⁶⁰ DEMİR, *Geçerli Sebep Fesih*, 476.

⁶¹ BİLGİLİ, 68.

⁶² GÜNAY, Cevdet İlhan, *Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi*, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 190.

⁶³ “Davacının verimliliğinin tespiti teknik bilirkişi yoluyla mümkündür. Çelişkili tamk anlatımlarına göre hüküm kurulması hatalıdır. Mahkemece uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak; yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun arızı mi, yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. madde içeriğinde değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.”: Yarg. 9. HD, 24.06.2004, E. 2004/3740, K.2004/15625: KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 345.

⁶⁴ Ankara 5. İş Mah. 08.09.2003–1323/1525 sayılı kararına göre: “İşçinin randımsız çalıştığından bahisle iş akdini fesheden işveren, işçinin performansına ilişkin ölçümleme sistemini yeterli açıklıkta mahkemeye ibraz etmeli ve bu durumu belgelemelidir.”: AKYİĞİT, 833.

beklendiği, beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinin neler olacağına açıklanmasını içerir ihtar çekilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁶⁵.

Ayrıca mahkeme, sadece işveren tarafından sunulan delillerle yetinmeyerek, işverenin dayanak yaptığı olguların doğru olup olmadığını teknik bilirkişiler aracılığı ile objektif biçimde denetleyecektir⁶⁶.

2. Davranışları

Davranıştan kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinde, daha çok işçiye yüklenen sebeplerle borcun ihlali söz konusudur. Genellikle işçinin iş akdine ilişkin ifa etmesi gereken ana edim veya yan edim yükümlülüklerini kusurlu davranışları sonucunda ihlal ettiği görülür⁶⁷.

İşçinin verim düşüklüğü, yeterliliğinden veya davranışından kaynaklanan bir fesih nedenini de oluşturabilir. İşçinin bir işi gereği gibi yerine getirmek istediği halde yerine getirememesi durumunda, *yeterlilikten kaynaklanan fesih nedeni*; işçinin o işi yerine getirmesi için gerekli yeteneğe ve niteliklere sahip olmasına rağmen, bunu kendi arzusu veya kusuru ile yerine getirmediği veya beklenenin altında ifa ettiği hallerde, *davranışından kaynaklanan fesih nedeni* ortaya çıkacaktır. Bu iki fesih nedeni iradilik özellikleri açısından birbirlerinden ayrılmaktadırlar⁶⁸.

İşK. m. 18'in gerekçesinde işçinin davranışları nedeniyle fesih nedenlerine baktığımızda, İşK.'nin 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler kadar ağır olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunur⁶⁹.

⁶⁵ "...2004 yılında işe giren davacı işçi, 2005 yılı sonlarında ve 2006 yılı ortalarında performans değerlendirilmesine tabi tutulmuştur. Davacı işçiye işe girdiğinde, objektif olarak belirlenen ölçütlere göre performans değerlendirilmesine tabi tutulacağına dair bir tebliğ yapılmadığı gibi, 2005 yılı sonundaki değerlendirme davacıya tebliğ edilmemiş ve performansının düşük olduğu ihtar edilmemiştir. Davacının ne şekilde performansının düşük olduğu, daha somaki süreçte kendisinden ne beklendiği, beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinin neler olacağı açıklanmamıştır. Somut bu maddi olgulara göre davalı işverenin gerçekleştirdiği fesih, geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır." Yarg. 9. HD, 18.3.2008, E. 2007/27584, K. 2008/5327, www.kazanci.com.

⁶⁶ ÖZDEMİR, Erdem, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü*, İstanbul 2006, 301.

⁶⁷ ALPAGUT, Gülsevil, *III. Yılında İş Yasası*, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 216.

⁶⁸ ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası, 216.

⁶⁹ ERKUL, İlhan/KARACA GÖKÇEK, Nuray, *4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması*, Eskişehir 2004, 155.

Bunlara örnek olarak, “işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek” gibi haller verilebilir⁷⁰.

Kanunun gerekçesinde işçinin davranışına ilişkin olarak verilen örneklerden başka, özel amaçlarla işyerinde internet kullanmak; özel amaçlı işyerinin fotokopisi, faks, scanner gibi araç ve gereçlerini kullanmak; izin almadan amirlerinin veya iş arkadaşlarının özel, kişisel evrakını karıştırmak; bilgisayarını kullanmak; iş arkadaşlarını duygusal, psikolojik davranışlarla rahatsız etmek(mobbing); istirahat raporlarını vaktinde işverene ulaştırmamak; çalışma saatlerinde işiyle alakasız konularla meşgul olmak; iş arkadaşlarını gereksiz yere meşgul ederek işlerini aksatmak; sigara içme yasağını ihlal etmek gibi nedenler de bu kapsamda geçerli nedenler arasında gösterilmelidir⁷¹.

İşçinin gerekçede belirtilen hatalı davranışları dışında, işçinin iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterleri hükümlerine uymayan davranışları da geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi için yeterli olabilecektir⁷².

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep oluşturarak, feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan

⁷⁰ 4857 sayılı İş Kanunu m. 18 gerekçesi, <http://www.iskanunu.com/icerik/icerik/gerekceli-is-kanunu-metni.html#20> (Ziyaret Tarihi 11.06.2008); DEMİRCİOĞLU, A. Murat/CENTEL, Tankut, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2007, 174; SÜMER, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, 12. Bası, Konya 2006, 101; AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 2.Bası, 185; SÜMER, *İş Hukuku Uygulamaları*, 173.

⁷¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, 725.

⁷² İNCİROĞLU, Lütfi, *Soru-Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması Yeni 4857 sayılı İş Yasası*, Güncellenmiş 3.Bası, İstanbul 2005, 88.

onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yaratmıyorsa geçerli sebep sayılamaz⁷³.

İşçinin davranışlarından dolayı iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedilebilmesi için İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, işçiden savunma alınması şarttır⁷⁴. İşçinin davranışları ve verimiyle ilgili bir olgunun geçerli sebep gösterildiği hallerde, işçiden bu konuda savunma alınmasının bir zorunluluk ve bu durumun feshin geçerlilik koşulu niteliğinde olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁷⁵.

İşverenin, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini ispatlayabilmesi, işyerinde hazırlıklı, tutarlı ve donanımlı bir insan kaynakları yönetiminin kurulması ile daha sağlıklı gerçekleşebilir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenlerinin ispatı sürecinde, işyerinde ya da işletmede işçilere verilen ihtar cezalarının doğru uygulanması, kayıtların düzenli biçimde tutulması açısından insan kaynakları uzmanlarının işyerinde veya işletmede bulunması çok büyük önem taşımaktadır⁷⁶.

C. İşletme/İşyeri/İşin Gerekerinden Kaynaklanan Nedenler

İşverenin, iş sözleşmesini, İş Kanunu'nun 18. maddesinde, “*İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshedebileceği*”, belirtilmiştir. Ancak bunların neler olduğu konusunda bir kıstas verilmemiştir.

Fransız Hukuku'nda, feshin “*gerçek ve ciddi*” nedenlere dayanması aranırken, ekonomik nedenli fesihler ayrı bir bölümde düzenlenmiştir. Bu ekonomik nedenlerin

⁷³ **AKYİĞİT**, 833; 4857 sayılı İş Kanunu m. 18 gerekçesi, <http://www.iskanunu.com/icerik/icerik/gerekceli-is-kanunu-metni.html#20> (Ziyaret Tarihi 11.06.2008); **SÜMER**, *İş Hukuku Uygulamaları*, 173–174; Bu konudaki bir karar için bkz. Yarg. 9. HD, 24.09.2007, E.14004, K.27730: **SÜMER**, *İş Hukuku Uygulamalar*, dn. 27, 174.

⁷⁴ “işçinin davranışları ve verimiyle ilgili bir olgunun geçerli sebep gösterildiği hallerde işçinin bu konuda savunmasının alınmasının bir zorunluluk olduğu ve feshin geçerlilik koşulu niteliği taşıdığı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir: **AKYİĞİT**, 841.

⁷⁵ “...4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. İşverenin sözü edilen kanunun, 25 inci maddesinin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklı olmak şartı ile hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Somut olayda davalı işveren davacının savunmasını almadığı gibi, hizmetine ihtiyacı olmadığını da kanıtlamış değildir. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı bulunmuştur...” Yarg. 9. HD, 31.01.2005, E. 2004/33744, K.2005/2727: www.kazanci.com.

⁷⁶ **ÖZDEMİR**, *İspat Yükü*, 302.

neler olduğu ise açıkça hüküm altına alınmıştır. Fransız İş Kanunu'na göre, ekonomik nedenlerle fesih, ekonomik güçlükler ve teknolojik değişimlere bağlı olarak çalışma olanağının ortadan kalkması, işin nitelik değiştirmesi ya da iş sözleşmesinde esaslı değişiklik sonucu yapılan fesihtir⁷⁷.

Alman Hukuku'nda işletme gereklerinden kaynaklanan fesih ise, “*acil işletme gerekleri*” ile sınırlanmıştır. İşletme gereklerinin acil olması ile ölçülülük ilkesi ifade edilir. Makul bir bakış açısıyla her iki tarafın çıkarlarının değerlendirilmesi sonucunda feshin gerçekten lüzumlu, adil ve uygun görünmesi gerekir. İşveren de ortaya çıkan bu durumu teknik ve organizasyona ilişkin ekonomik bakımdan fesih dışı başka tedbirlerle karşılayamıyorsa, feshi geçerli kılacak acil işletme gereklerinin varlığından söz edilebilir. Diğer bir kısım hukuk sistemlerinde bu kavram “*Ultima Ratio*”(feshin son çare olma ilkesi) ile ifade edilir. İlke gereği, feshin ekonomik nedenlerden ötürü kaçınılmaz olduğu bu durumda işverenin kural olarak işçiye en az zarar verecek çözüm yolunu tercih etmesi gerekmektedir⁷⁸.

Her iki hukuk sisteminde de, işletme gerekleri ile feshin amacı, işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanmasıdır. İşletme gerekleri nedeniyle fesih için, yasada sayılı hallerle veya belirli objektif nedenlerle işçinin çalışma olanağının ortadan kalkmış olması aranır. Ayrıca işletmeyi ve işyerini etkileyen objektif nedenlerin, belirli bir işçi veya işçi grubunun istihdamını, bütünüyle ve sürekli olarak engellemesi gerekir⁷⁹.

İşçinin istihdamının devamını engelleyen objektif durum ile fesih arasında nedensellik ilişkisi bulunmalı, aksi halde işverenin objektif nedene dayanmayan işgücü azaltması kararı geçerli bir fesih nedeni oluşturmayacaktır⁸⁰.

Türk Hukuku'nda, işletme gerekleri ile fesih, ekonomik nitelikli belirli objektif nedenlerle işçinin çalışma olanağının ortadan kalkması ve bunun sonucunda işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına göre uyarlanması olarak tanımlanır⁸¹.

⁷⁷ ENGİN, *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi*, İstanbul 2003, 35.

⁷⁸ ALPAGUT, **Gülsevil**, *Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması*, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, 1. Bası, İstanbul 2002, 93.

⁷⁹ ENGİN, *İşletme Gerekleri İle Fesih*, 35–36.

⁸⁰ ENGİN, *İşletme Gerekleri İle Fesih*, 36.

⁸¹ ENGİN, *İşletme Gerekleri İle Fesih*, 36; ENGİN, *İspat Sorunları*, 164; ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, 83.

İşletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, Alman Hukuku'ndan uyarlandığı şekliyle yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi; *işyeri içi nedenler* ve *işyeri dışı nedenler* olarak iki yönden değerlendirilmiştir⁸². Yapılan bu ayırım, fesih nedeninin ayrıntılı ve sistematik olarak belirlenmesi bakımından tercih edilmiştir⁸³.

1. İşyeri Dışı Sebepler

Bunlar, sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı; ülkede yaşanan ekonomik kriz; piyasada genel durgunluk; dış pazar kaybı; ham madde sıkıntısı gibi sebeplerdir. Bütün bu sebeplerin işyerinde işin sürdürülmesini olanaksız hale getirmesi gerekir⁸⁴.

İspat yükü altında olan işverenin, işyeri dışından kaynaklanan bu sebeplerin varlığını her türlü delille ortaya koyabilmesi mümkündür. İşveren, ülkede veya sektörde yaşanan ekonomik krizi, durgunluğu, satış ve talep azalmasını; Devlet İstatistik Enstitüsü, Merkez Bankası, Ticaret Odaları gibi kurumların verileriyle ispatlayabilecektir. Ancak, işçi çıkartabilmek için ülkede veya sektörde ekonomik sorunların ortaya konulması yeterli değildir. Bu sorunların işletmeye etkisi de işveren tarafından somut biçimde kanıtlanmalıdır. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur⁸⁵.

2. İşyeri İçi Sebepler

Bunlara örnek olarak yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler gösterilebilir⁸⁶. Sayılan bu sebepler kanunla sınırlandırılmamış olduğu için genişletilebilir.

⁸² “Alman federal Mahkemesinin 1978 yılında verdiği bir kararla bu ikili ayırım kabul edilmiştir.”: **ENGİN**, *İşletme Gerekleri İle Fesih*, 36.

⁸³ **ALPAGUT**, *III. Yılında İş Yasası*, 221.

⁸⁴ “Hükümet gerekçesinde, işyeri dışından kaynaklanan sebepleri, işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi ölçütünü getirmiştir ki bu ağır bir ölçüttür. İş yerinde işin sürdürülmesinin rasyonel olmaması ölçütü menfaatler dengesine uygun ve daha adil olacağı düşüncesindeyiz”: **KILIÇOĞLU**, **Mustafa**, *18. Maddesinin Yorumu*, 462.

⁸⁵ **ÖZDEMİR**, *İspat Yükü*, 303; Yarg. 9. HD, 07.05.2004, 837/12071: Aynı yazar, 303.

⁸⁶ “ Dosya içeriğine göre davalı kurum sektörde oluşan yoğun rekabet, yönetsel ve yapısal değişiklikler, teknolojik değişiklikler ve nitelikli, ileri teknoloji kullanan personele gereksinimi gibi nedenler ileri sürmektedir. Emsal davalarda işyerinde inceleme yapan bilirkişi kurulu tarafından düzenlenen raporda;

İşveren tarafından, sadece bu nedenlerin ortaya konulması yeterli olmayıp, ayrıca bunların işçinin iş sözleşmesinin feshini zorunlu kıldığını da kanıtlaması gerekir. Yargıtay'ın da bu konudaki görüşü bu yöndedir⁸⁷.

Hâkimi en çok uğraştıracak fesih sebepleri bu türden olanlardır. Bu sebeplerin mevcut olduğu bir olayda, özellikle hâkimin somut olayı daha iyi incelemesi, keşif yapması, ekonomist ve endüstri mühendislerinden sadece işletmenin/işyerinin ekonomik yapısı ile ilgili durumunu netleştirecek bilgi alması, ancak nihai kararı kendisinin vermesi gerekir⁸⁸.

İşveren, işletmenin ekonomik durumunu, başta işletmenin bilânçosu olmak üzere ticari defter ve kayıtlara, vergi beyannameleri gibi belgelere dayanarak ileri sürebilecektir. Ancak bu konuda büyük bir sorunla karşılaşmaktadır. Ülkemizde birçok işletmenin kayıtlarının gerçek durumu yansıtmadığı, yüksek vergi yükünden kaçınmak için sürekli işletmenin zararda gösterildiği bilinen bir gerçektir. Bu şekilde işletme kayıtlarında sürekli zarar gösteren bir işveren, kolaylıkla ekonomik nedenleri ileri sürerek keyfi biçimde işçi çıkarma yoluna gidebilecektir⁸⁹.

Dikkate alınması gereken nokta, sadece işletmenin ekonomik durumunu gösteren kayıtlara bağlı kalınmayarak, işletmenin istihdam politikasının da bununla birlikte araştırılmasıdır. Yargıtay kararlarında da, işletmenin mali durumunu gösteren kayıtların bu esas dikkate alınarak özel bir denetime tabi tuttuğu görülmektedir⁹⁰.

Şirket bilançolarının her yıl zarar gösterildiği ve şirkette istihdam edilen işçilerin sayısının da değişmediği bir işyerinde işveren, ekonomik nedenleri ileri sürerek fazla istihdam nedeniyle işçi çıkarmaması gerekmektedir. Şayet şirket zarardaysa bu ölçüde istihdam bulundurması gerekir. Bu nedene dayanarak istediği zaman işçi çıkaramamalıdır. Öncelikle işveren işletmenin ekonomik durumu ile istihdam gücünü

yeni teknoloji ürünlerini kullanan davalı kurumun, bakım ve onarım gibi asıl işleri için nitelikli teknisyene ihtiyacı olduğu, davacı gibi ortaokul mezunu olan yardımcı teknik ve hizmet elemanlarına ihtiyacı kalmadığı belirtilmiştir. Bilirkişi heyetince yapılan saptama işletmenin ve işyerinin gereklerine dayalı geçerli bir nedendir. Mahkemece işe iade isteğinin reddine karar verilmemesi hatalı olmuştur.”: Yarg. 9. HD, 23.01.2006, 39126/940: **SÜMER**, *İş Hukuku Uygulamaları*, dn. 30, 174–175.

⁸⁷ **ÖZDEMİR**, *İspat Yükü*, 303; Yarg. 9. HD, 06.12.2004, 11759/26275: Aynı yazar, 304.

⁸⁸ **KILIÇOĞLU, Mustafa**, 18. Maddesinin Yorumu, 462.

⁸⁹ **ÖZDEMİR**, *İspat Yükü*, 304.

⁹⁰ Yarg. 9. HD, 15.12.2003, 19696/21888: **ÖZDEMİR**, *İspat Yükü*, 304.

değerlendirmelidir. Bu değerlendirme sonucunda fazla istihdam olduğu ortaya çıkar ise işveren fesihden kaçınma yolları ve bu konudaki alternatif çözümleri uygulayıp uygulayamayacağını değerlendirmeli son olarak da feshin son çare olduğu kanısına vardığında istihdam gücünde eksiltme yoluna gidebilmelidir.

Her ne kadar bu iki ayırım(işyeri içi ve dışı nedenler), Alman Hukuku'nda olduğu gibi yasamızın gerekçesine girmiş olsa da birçok konuda birbirine geçmiş şekliyle karşımıza çıkmaktadır. Örneğin sürümün gerilemesi ve hammadde yokluğu işletme dışı sebepler iken; bunlara dayanılarak belirli bölümlerin kapatılması, üretim sürecinin değiştirilmesi işletme içi sebepler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle de ayırımın ne kadar amacına hizmet ettiği sorgulanmaktadır.

ENGİN, bu olguların ayırt edilmesinin son derece güç olduğunu ve yararsız kaldığını ileri sürmektedir. İşletme gerekleri için işverenin iradesi esas alınarak sınıflandırmaya gidilmelidir. İşverenin iradesi dışında gerçekleşen işletme risklerinin yol açtığı ifayı kabul engellerini ise, “*bağlı işveren kararı*” ile ve işverenin ekonomik takdirlerine dayanan yeniden yapılanma tedbirlerini de, “*kurucu işveren kararı*” olarak iki gruba ayrılmasının gerekliliği üzerinde durmuştur. Türk Hukuku bakımından bu ayırımın daha isabetli olacağı görüşünü savunmaktadır⁹¹,

İşverenin, Anayasa'nın girişim özgürlüğüne(AY.m.48) dayandığı kabul edilen “*işletmesel kararları*” mevcuttur. Bu açıdan işveren hangi maddi kaynaklarla nasıl bir organizasyon ve işgücü yapısı ile işletme hedeflerini izleyeceğine serbestçe karar verebilmektedir⁹². Bu kararların doğruluğunun denetimi ise ancak hâkimin yapacağı keyfilik denetimiyle sınırlıdır⁹³.

Öğretideki baskın görüşe göre, işletme tarafından belirlenmiş olan amaç, kural olarak mahkemenin denetleyebileceği bir konu değildir. Mahkemenin, bu kararları

⁹¹ **ENGİN**, *İşletme Gerekleri İle Fesih*, 38, “Olağanüstü denebilecek ifayı kabul engellerine tepki olarak verilen bağlı işveren kararlarının aksine, burada söz konusu olan işverenin işletmesel karar özgürlüğü ve işletici kimliği ile aldığı işletme verimliliğine yönelik, henüz gerçekleşmemiş ancak muhtemel riskleri dikkate alarak yaptığı geleceğe yönelik işletme planlarını ve işverenin ekonomik kararlarını kapsar.”:ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 91.

⁹² Yargıtay, bu görüşe ters düşen kararları ile sosyal seçim ölçütlerini dikkate almıştır: Yarg. 9. HD, 13.03.2006,E.2006/2894, K.2006/6224, Yarg. 9.HD, 05.06.2006, E.2006/14130,K.2006/16085: **ÇELİK, Nuri**, *İş Hukuku Dersleri*, 21. Bası, İstanbul 2008, 224

⁹³ **ALPAGUT**, *III. Yılında İş Yasası*, 222.

sadece işverenin keyfi işe son vermesi veya yasayı ya da sözleşmeyi açıkça ihlal etmesi halinde denetleyebilmesi gerekir⁹⁴.

Yargıtay'a göre; İşletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması, bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır⁹⁵.

İşveren tarafından, feshin son çare olarak uygulandığının kanıtlanamadığı durumlarda, feshin geçersizliğine karar verilebilecektir. Aynı zamanda işverenin ekonomik ve işletmesel nedenler dışında bir saikle fesihte bulunması, AY. m. 48 gereğince işletmesel karar özgürlüğünün sosyal amacından sapması, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. İşletmesel karar özgürlüğünün kötüye kullanıldığı iddia edildiği durumlarda da yargı denetimi söz konusudur⁹⁶.

Bağlı işveren kararlarında feshin geçerli nedene dayandığının değerlendirilmesinde, işverenin ortaya çıkan işletme riskinin geçici değil, sürekli bir engel yarattığını ispatlaması gerekir⁹⁷.

İşveren, ülkede meydana gelen ekonomik kriz veya olağanüstü bir halin işyerini veya işletmeyi doğrudan ve olumsuz etkilediğini ispatlamalıdır. İşverenin sözleşmeyi işyeri dışından kaynaklan nedenlerle feshinde, sadece ülkede ekonomik kriz olduğu şeklinde soyut bir beyan ileri sürmesi fesih için geçerli bir neden değildir. İşveren, bu durumun satışta ve siparişlerde azalmaya yol açtığını, bu nedenle üretimi kısmak zorunda kaldığını maddi delillerle ortaya koymalıdır. Ayrıca işyerinin bir bölümünün veya bazı üretim bantlarının bu nedenlerden dolayı kapatılmasıyla faaliyetlerinin bir

⁹⁴ **ENGİN**, *İşletme Gereklere İle Fesih*, 74; **EKMEKÇİ, Ömer**, *Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, Legal İHSGHD, S.1, C.1, İstanbul 2004, 167; **ÇELİK**, 224.

⁹⁵ Yarg. 9. HD, 6.10.2008, E. 2008/30271, K. 2008/25206: www.kazanci.com.

⁹⁶ "İşverenin işletmesel kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, sözleşmesi feshedilen işçinin aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, işverenin işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde kendisini bağlayan kurallara uyup uymadığı somut olarak araştırılmalıdır. Bunun için de, çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme veya işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar ile fesihten öncesini ve sonrasını gösteren işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren ssk bildireleri getirilmeli; işyerinden bilirkişiler aracılığı ile keşif yapılarak feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.": Yarg. 9.HD,06.10.2008, E.2008/30271, K.2008/25206: www.kazanci.com; **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 94.

⁹⁷ **ENGİN**, *İşletme Gereklere İle Fesih*, 72.

bölümünün tamamen durdurulduğunu, bunun sonucunda işgücü fazlasının ortaya çıktığının delillerini mahkemeye sunması gerekir⁹⁸.

Kanaatimizce de, bu ayrımın(işletme içi-dışı nedenler) tek başına soyut olarak açıklanması yeterli değildir. Hâkim tarafından keyfilik denetimi ile karşı karşıya kalabilecek olan işveren, işletmesel bir kararı ile feshi gerçekleştirdiğinde, bunun neden hizmet akdinin feshini gerekli kıldığını somut delilleriyle ortaya koymalıdır. Bu kararın makul, ölçülü olduğunu ve fesihden önce alabileceği tedbirler olup olmadığını ispat etmesi gerekir. Yani feshin son çare olarak uygulandığı mahkemede açık bir şekilde kanıtlanmalıdır.

Yargıtay konuya ilişkin kararlarında, işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmeden önce bazı tedbirlerle işçiyi o işyerinde/işletmede istihdam edebilmesi mümkünse, feshin geçerli olmadığını belirtir. İşverenin, bir sebebe dayalı olarak işçiyi işten çıkarmadan önce bazı önlemler alması gerekir. Örneğin, masrafları ve fazla çalışmaları kısarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirerek veya işçiyi kendisine ait bir başka birime kaydırarak, meslek içi eğitim vererek ya da onu bir başkasına ödünç vermeyi teklif ederek işte tutmaya çalışmalıdır. Tüm bu önlemlere rağmen işçi bu önlemleri kabul etmiyorsa veya işçinin hizmetine artık gerek duyulmuyorsa ve çalışması işletme açısından anlamsız hale gelmiş ise, *feshin son çare olması ilkesi* gözetilerek işine son verilir⁹⁹.

Yargıtay'ın feshin son çare olup olmadığı konusunda getirmiş olduğu ölçütler genel olarak isabetli olsalar da, bizim de katıldığımız görüşe göre; söz konusu ölçütlerin her somut olay bakımından aynı şekilde uygulanmaması gerekir¹⁰⁰.

⁹⁸ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 93.

⁹⁹ “Hatta işyeri/işletme gereğine girmekten çok işçiden kaynaklanana giren sağlık problemi halinde de işçinin başka bir departmanda istihdamının mümkünliğünün araştırılması istenmektedir.”: Yarg. 9. HD, 06.03.2006, E. 2006/3213, K. 2006/5521: **AKYİĞİT**, 842.

¹⁰⁰ “...feshin son çare olması ilkesinin sınırını işletmesel amaç çizer. Beklenmezlik esasının gereği olarak, işverenden ancak işletmesel amacı boşa çıkarmayan ve amaca ulaşmak için fesihle aynı ölçüde elverişli olan tedbirleri alması beklenebilir. Buna karşılık, işverenden aşırı masraflı veya işletmesel karar özgürlüğüne müdahale teşkil eder taleplerde bulunulmamalıdır, işçiye iş yaratması beklenmemelidir”: **ENGİN, Murat**, *İşletme Gereklere İle Fesih ve Ücretsiz İzin*, Legal İHSGHD, S.2. C.1, İstanbul 2004, 91-92.

Ayrıca işçinin kusurlu bir davranışının bulunduğu durumlarda, sözleşmenin feshinden önce ihtarda bulunulması geçerli bir fesih için dikkat edilmesi gereken *ultima ratio* bağlamında bir tedbirdir. Ancak, işçinin kusurlu davranışı, güven ilişkisini bozacak ağırlıkta ise, işverenden feshe en son çare olarak başvurulması beklenemez. Bu güven ilişkisini bozacak ağırlıktaki olay veya davranışın, koşullarına göre, haklı neden oluşturabileceğinin de unutulmaması gerekir¹⁰¹.

İşletme gereklerine dayalı feshin geçerliliğinin değerlendirilmesinde ilk kıstas, işverence ileri sürülen işletmesel kararın fesih anında mevcut olmasıdır. Örneğin talep ve siparişlerin azalması nedeniyle işçi azaltılmasına gidecek olan işverenin alacağı işletmesel karar veya bu konuda uygulayacağı somut çalışmaların eş zamanlı gerçekleşmiş olduğu konusunda makul verilerin bulunması gerekir¹⁰².

Bir diğer kıstas ise, işletmesel karar sonucu işyerinde somut işçi bakımından istihdam olanağının kalmamasıdır. Bu nedenle, işletmesel karar gereği fesih zorunlu hale gelir. İşletmesel karar sonucunda işçinin çalıştığı bölümün tamamıyla kapatılması veya yaptığı işin o işçinin yeterliliği bakımından önemli ölçüde değişmesi durumunda geçerli nedenle feshin koşulları oluşabilecektir¹⁰³.

İşverenin aldığı işletmesel kararlar ile fesih arasında nedensellik bağının kurulabileceği durumlarda işyeri/işletme bakımından işgücü fazlalığı ortaya çıkar. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında, işletmesel karar ile alınan tedbirlerin işgücü fazlalığını ortaya çıkarması yolundaki ispat yükünü işverene yüklemektedir¹⁰⁴. Bu nedenle yargı aşamasında işveren, işletmesel kararlardan hangi işlerin etkilendiğini, işlerin ne derece azaltıldığını ve işgücünün ne oranda etkilendiğini ispatla yükümlüdür.

¹⁰¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, 731.

¹⁰² ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası, 223; "...Davacının iş sözleşmesinin "işyerinde yeniden, siparişlerin azlığı ve genel ekonomik nedenler" gerekçe gösterilerek feshedildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır, işyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. Fesihten yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapatılmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira fesih bildirimimin yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.." Yarg. 9. HD, 25.12.2006, E. 2006/27396 K. 2006/34577: www.kazanci.com; AKYİĞİT, 845.

¹⁰³ ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası, 223.

¹⁰⁴ "...Gerekirse işyerinde keşifte yapılarak bilirkişi vasıtasıyla inceleme yapılmasını ve işin kaç işçi ile yapılabileceği ve işçi fazlalığı bulunup bulunulmadığının tespiti" gerektiği belirtilmektedir. Yarg. 9. HD, 31.03.2005, E. 2005/8519 K. 2005/11751: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, I. Bası, 424.

İşverenin sözleşmeyi, personel fazlalığı gerekçesiyle feshetmesi halinde, gerçekten o işçinin emeğine ihtiyacının kalmadığını ispat etmelidir. Bu aşamada “*norm kadro*” uygulamasına geçilmesi gerekçe gösterilebilir¹⁰⁵. Norm kadro olgusuna sadık kalınarak bu aşamada yeni personel alımına gidilmemesi ve işçinin başka bir bölümde çalışmasının da anlamsız olduğunun kanıtlanması gerekir. Yargıtay da bu yönde bir uygulama içindedir¹⁰⁶.

Talep ve sipariş azalması ve ülkede yaşanan ekonomik krizin(işyerini de etkilemesi kaydıyla) işyeri dışından kaynaklanan bir geçerli sebep sayılması mümkündür¹⁰⁷. Yeni teknoloji kullanımı sonucu nitelikli teknisyene ihtiyaç duyan işverenin ilkökul mezunu olup yardımcı teknik ve hizmet elemanı işçiyi işten çıkarması da işletmenin ve işyerinin gereklerine dayalı bir geçerli fesih olarak kabul edilmiştir¹⁰⁸.

İşverenin, işçinin çalıştığı birimdeki işleri ihale yoluyla tümünden alt işverene vermesi halinde, eğer işçiyi işverenin başka bir bölümde de çalıştırması mümkün değilse, geçerli bir fesih sebebi ortaya çıkacaktır. Benzer şekilde alt işverenin işçisinin, asıl işverenden alınan işlerinden birinin sonlandırılması sonucunda, alt işveren

¹⁰⁵ “ Özelleştirme kapsamındaki bir kuruluşun norm kadro tespiti yaptırıp fazlalık personelden emekliliği gelenlerin sözleşmesini feshetmesi geçerli görülmüştür.” Yarg. 9. HD, 04.12.2003, E. 2003/19328, K. 2003/20055: **AKYİĞİT**, 844.

¹⁰⁶ “Somut olayda iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının saptanması açısından norm kadro uygulaması ve yeniden yapılandırma kararının bulunması yeterli değildir. Mahkemece, işverenin almış olduğu yeniden yapılandırma kararı doğrultusunda diğer işçileri çıkarıp çıkarmadığı, yeni işçi alıp almadığı, alınan işçilerin davacı ile aynı konumda olup olmadığı, farklılık var ise nedeni araştırılmalı, bu konuda taraf delilleri toplanmalı, davacının bu konuda bildirdiği tanıklar dinlenmeli, gerekirse işyerinde yeniden yapılandırma ve personel istihdamı konusunda uzman bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak bu hususlar açıklığa kavuşturmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.”: Yarg. 9. HD, 14.02.2005, E. 2004/28938, K. 2005/4129: www.kazanci.com; Aynı kararın incelemesi için bkz. **ŞAHLANAN**, TTSİSD, S. 306, 46.

¹⁰⁷ “Davalı işveren talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanmıştır. Belirtmek gerekir ki; söz konusu Yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmıştır.”: Yarg. 9. HD, 08.07.2003, E. 2003/12442, K. 2003/13123: www.kazanci.com.

¹⁰⁸ “Dosya içeriğine göre davalı kurum, sektörde oluşan yoğun rekabet, yönetsel ve yapısal değişiklikler, teknolojik gelişmeler ve nitelikli, ileri teknoloji kullanan personele gereksinimi gibi nedenler ileri sürmektedir. Emsal davalarda bilirkişi kurulunca yapılan inceleme sonunda, yeni teknoloji ürünlerini kullanan davalı kurumun, bakım ve onarım gibi asli işleri için nitelikli teknisyene ihtiyacı olduğu, davacı gibi ilkökul mezunu olan yardımcı teknik ve hizmet elemanlarına ihtiyacı kalmadığı belirtilmiştir. Bilirkişi heyetince yapılan saptama işletmenin ve işyerinin gereklerine dayalı geçerli bir nedendir.”: Yarg. 9. HD, 12.12.2005, E. 2005/35048 K. 2005/39314: www.kazanci.com; Aynı karar için bkz. **AKYİĞİT**, 844.

tarafından sözleşmesinin feshedilmesi geçerli nedene dayalı fesih sayılır, ancak feshin son çare olduğu ortaya konulmalıdır¹⁰⁹.

İşçinin çalıştığı bölümün kapatılması¹¹⁰ veya şirket birleşimi sonucu kendi pozisyonuna ihtiyaç kalınmaması¹¹¹ halleri de feshin son çare olması ilkesine uyulduğu durumunda geçerli bir fesih nedeni olarak sayılabilecektir.

İşveren, doğrudan kendi girişimi ile gözetim borcuna uygun olarak yapmak zorunda kaldığı fesih işlemleri kapsamında, işyeri için gerekli gördüğü işçilerin dışında kalanlar arasında da bir kısım işçiyi işten çıkarmak zorundaysa, emekliliğe hak kazanmış olma, aile durumu ve bakmakla yükümlü olduğu kişileri de dikkate alarak işçiler arasında bir seçim yapmalıdır. Bunu yaparken işverenden beklenen, gözetim borcu gereği adil, ölçülü ve işin gereğine uygun davranması ve işçilerin işten çıkartılmaları halinde çıkarmadan *en az zarar görecekler* seçilmelidir. Bu konuda yapılan seçime *sosyal seçim* denilir. Bu seçim yasadan kaynaklanan bir zorunluluk değildir, doğrudan işverenin gözetim borcundan kaynaklanan ve kendisine daha geniş

¹⁰⁹ “Mahkemece davacının iş sözleşmesi feshedilmeden önce feshin son çare olduğu ilkesinin gözönünde bulundurulmadığı gerekçesi ile işe iade isteği kabul edilmiş ise de, davalının alt işveren olduğu ve bu gibi durumlarda çalıştırılacak işçi sayısının genellikle asıl işverence önceden belirlendiği hususu dikkate alınmadığı gibi, davalı şirketin aynı il ya da başka illerde işyerinin olup olmadığı da araştırılmış değildir. Davalı şirketin aynı il veya diğer illerde başka işyerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan ve davalı şirketin Genel Hizmetler Sözleşmesi kapsamında üstlendiği diğer işlerde davacı işçinin nasıl değerlendirilebileceği açıkça ortaya konulmadan feshin son çare olduğu ilkesinin uygulanmadığının kabulü doğru değildir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”: Yarg. 9. HD, 13.02.2006, E. 2005/37239, K. 2006/3456: www.kazanci.com; Aynı karar için bkz **AKYİĞİT**, 844.

¹¹⁰ “..4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre bölüm kapatılması nedeniyle toplu işçi çıkarmaya giden davalının daha sonra 29.11.2004 tarihli olağanüstü Genel Kurul Kararı ile işyerini tamamen kapattığı anlaşıldığından, feshin geçerli sebeple olduğunun kabulü gerekirken hukukçu bilirkişinin yetersiz raporuna dayanılan davanın kabulü hatalıdır.”: Yarg. 9. HD, 28.9.2005, E. 2005/811 K. 2005/31498: www.kazanci.com.

¹¹¹ “..Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi, davalı şirketin birleşme dolayısıyla yaşamış olduğu organizasyonel değişiklikten ötürü halen yapmakta olduğu pozisyona ihtiyaç kalmamasından ötürü fesholunmuştur. Fesih sebebi açıktır. A. ve A. Şirketlerinin birleşmesinden sonra Network Uygulama Departman müdürü davacının TT-TİM İletişim Hizmetleri A.Ş.'de çalıştırıldığı tartışmasıdır. Davalı şirketin ihtiyacı bir kişiliktir. O göreve de başkası getirilmiştir. Davacı geçici olarak Genel Müdürlük Danışmanlık Ofisinde istihdam edilmiştir. Üst düzey yönetici olan davacıya uygun bir iş bulunamayınca 9 ay sonra sözleşmesi son çare olarak feshedilmiş, bu eylem durum organizasyon şemasıyla da kanıtlanmıştır. Fesih geçerli sebeple olmuştur.”: Yarg. 9. HD, 02.05.2005, E. 2005/11207 K. 2005/15432: www.kazanci.com; Aynı karar için bkz. **AKYİĞİT**, 845.

bir değerlendirme hakkı veren bir seçim imkânıdır¹¹². Ancak bu yönde yasal düzenlemenin bulunduğu ülkelerde dahi uygulama sıkıntısı çekilen bu konunun Türk Hukuku bakımında uygulanma kabiliyeti yoktur. Yargıtay da bu görüşünü 2006 yılı sonu itibariyle terk etmiştir¹¹³.

Yargıtay'ın sosyal seçim kriteri hakkındaki görüşünden vazgeçtikten sonra *objektif seçim kriterini* benimsediği görülmektedir. Yargıtay'ın görüşünü savunan öğretideki bir görüşe göre, işverenlerin birden fazla işçinin iş sözleşmesinin feshettiği durumlarda, bu fesihler için bazı objektif kriterlere göre seçim yapmaları gerekir. Bu objektif kriterler, işçinin verimi veya kıdemi gibi özellikleri içerebilir. Ancak genel anlamda bir objektif seçim kriterinin kabulü de, fesih hakkını güçleştirmesi bakımından isabetli bir uygulama değildir¹¹⁴.

Özetlemek gerekirse, iş güvencesi sisteminde işletme gerekleri ile feshin amacı, işyerindeki işçi sayısını işgücü ihtiyacına uyarlamasıdır. Yargı denetiminin konusu da, işletmesel karar sonucunda işçinin çalışma olanağının gerçekten ortadan kalkıp kalkmadığının denetimidir. İşverenlerin sahip oldukları girişim özgürlüğü kapsamında işçilerin herhangi bir neden ileri sürülmeksizin işten çıkartılmalarının önlenmesi için, işveren tarafından sosyal ve objektif bir takım seçim kriterlerinin dikkate alınması sonrasında uygulanan fesihlerin de yargı denetimine tabi tutulması gerektiği kanısındayız¹¹⁵.

¹¹² **ULUCAN, Devrim**, *İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması Ve Yargıtay'ın Yaklaşımı*, Legal İHSGHD, S.14, C.4, İstanbul 2007, 506–507.

¹¹³ “Ayrıca, çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.”: Yarg. 9. HD, 15.5.2006, E. 2006/10807, K.2006/13509; Aynı yöndeki başka bir karar: Yarg. 9. HD, 03.04.2006, E. 2006/4878 K. 2006/8253: www.kazanci.com; Aynı yöndeki karar için bkz. Yarg. 9. HD, 19.09.2005, 28125/30446: **ALPAGUT, Gülsevil**, *Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi Ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik*, Bankacılar Dergisi, S.65, İstanbul 2008, 96.

¹¹⁴ “Yüksek Mahkeme bilirkişi raporunun işverenin tek taraflı ibraz ettiği kayıtlara dayandığı, Ticaret sicili, vergi ve SSK kayıtlarının incelenmediği, ekonomik nedenin geçici olup olmadığının değerlendirilmediğinin incelenmediğini belirttikten sonra, ayrıca çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığının incelenmesi gerektiği vurgusuyla kararın bozulmasına hükmetmiştir.”: Yarg.9.HD, 11.12.2006,E.25167, K. 32359:**ALPAGUT**, *Yargıtay Kararları*, 97.

¹¹⁵ **ENGİN**, *İşletme Gerekleri İle Fesih*, 539.

§ III. GEÇERLİ SEBEP OLUŞTURMAYACAK NEDENLER

İş Kanunu'nun 18. maddesinde ayrıca, fesih için geçerli sebep oluşturmayacak haller düzenlenmiştir. İş Kanunu ile güvence altına alınan bazı hak ve özgürlükler, işveren tarafında geçerli nedenle fesih olarak ileri sürülemeyecektir. 158 sayılı ILO Sözleşmesinde de(m.5,6) yer alan bu sebepler, İş Kanunumuzun 18/III. maddesinde sıralanmıştır¹¹⁶.

Maddeye göre, fesih için geçerli neden oluşturmayan durumlar;

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

İş Kanunu'nun m.25/I-b' ye göre "işçinin kendi kusuruna dayanmayan hastalık, kaza gibi hallerden dolayı, işe gelememesi yasada belirtilen (İşK. m.17) bildirim süresini altı hafta aşmış ise – doğum halinde buna sekiz hafta daha eklenir- işveren iş sözleşmesini derhal fesih hakkına sahip olur. Yani, maddede öngörülen bekleme süresi içinde işçinin işine geçici devamsızlığı, İşK. m.18/III-f bendi gereğince geçerli bir fesih nedeni oluşturmayacak iken, bu sürenin aşılmış olması halinde işverenin iş sözleşmesini İşK.m.25/I-b' ye göre derhal fesih hakkına sahip olabilecektir¹¹⁷.

¹¹⁶ AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/ KAPLAN(SENYEN), Tuncay, *İş Hukuku*, Ankara 2006, 187; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 170; MOLLAMAHMUTOĞLU, 743.

¹¹⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 170; AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 187; "4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasının f bendinde, hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresi içinde işe geçici devamsızlık nedeni ile feshin geçerli bir neden oluşturmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bekleme süresinin sonunda işverenin devamsızlık nedeni ile 25/1.b maddesi uyarınca bildirimsiz fesih hakkı doğar. Bekleme süresi anılan madde uyarınca, ihbar öneline ilaveten 6 haftalık süredir. Bu sürenin başlangıcı işçinin rahatsızlığı nedeni

İş Kanunumuzdaki bu düzenleme 158 sayılı ILO sözleşmesinin 6. maddesi ile uyumlu değildir. Bu hükümde, sadece söz konusu “F” fıkrasındaki hastalık veya kaza(kendi kusurundan kaynaklanmayan) durumu değil, işçinin kendi kusurundan meydana gelen hastalık veya kaza nedeniyle de geçici devamsızlığının, geçerli bir neden olarak kabul edilemeyeceği hükme bağlanmıştır¹¹⁸.

Bir işveren, İşK. 18/III. maddesinde sayılmış fesih için geçerli neden oluşturmayacak nedenlere dayanarak, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedemez. Aksi halde işveren, İşK. m.21 ve Sendikalar Kanunu'nun m.30 ve 31'deki yaptırımlarla karşı karşıya kalır¹¹⁹.

Başka bir konu da, *emeklilik yaşına gelmiş olmanın* geçerli bir neden oluşturup oluşturmayacağı sorunudur. Bu konuda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. ILO'nun 166 sayılı “*İşverenin Girişimiyle İş İlişkisinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiye*” Kararında, kural olarak emekliliğe hak kazanmanın fesih için geçerli bir neden oluşturmayacağının istisnasının kabulünü ülkelerin iç mevzuatı veya uygulamasının oluşturacağı ifade edilmiştir¹²⁰.

Yargıtay'a göre işçinin salt emeklilik yaşına gelmiş olması geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmemektedir. Ancak işçinin yaşından kaynaklanan yetersizliğinden dolayı işveren tarafından sözleşmesi feshedilebilir. Bunun için işçi performans değerlendirmesine tabi tutulmalı ve bunun sonucunda ortaya çıkan verimsizliğine göre fesih işlemi yapılmalıdır.

Yargıtay'ın kabul ettiği bir başka durumda işyeri yönetmeliğinde emeklilik yaşına gelen bir işçinin geçerli nedenle feshinin söz konusu olmasıdır.

Yargıtay'a göre, “... *Salt emeklilik fesih için geçerli bir neden olamaz. Emekliliğin fesih için geçerli bir neden teşkil edeceğine dair bir kurala(yasamızda) yer verilmiş değildir*”¹²¹. Yargıtay'a göre bu gibi durumlarda, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayanıyorsa ya da işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan

ile sevk aldığı, kısaca devamsızlığın sağlık nedeni ile başladığı tarihten itibaren başlar”:Yarg. 9.HD. T.23.02.2009, E. 2008/11561, K.2009/3191, www.kazanci.com.

¹¹⁸ AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 188.

¹¹⁹ ÇELİK, 227.

¹²⁰ AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 188; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 171.

¹²¹ Yarg. 9. HD, 27.10.2003, E. 2003/18257 K. 2003/17985: EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 171.

bir neden varsa iş sözleşmesi feshedilebilir¹²². Buna karşılık Dairenin bir başka kararında emeklilik koşulunu sağlayanların işyeri yönetmeliğine göre objektif ve genel bir uygulamaya göre feshedilmesi halini geçerli bir fesih olarak kabul etmiştir¹²³.

Kanaatimize göre, işçinin salt emeklilik yaşına gelmiş olması, tek başına geçerli bir neden olarak görülmemelidir. Ancak işçinin yaşının getirdiği verimlilik, performans düşüklüğünün tespiti veya teknolojik gelişmelere meslek içi eğitim verildiği halde uyum sağlayamayacağı tespit edildiğinde, işyeri yönetmeliğine göre objektif ve genel bir uygulamanın bulunduğu durumlarda, işçiden kaynaklanan veya işyeri/işletmeden kaynaklı geçerli fesih nedenlerinden biri ile iş sözleşmesi sona erdirilebilecektir.

¹²² “Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin 7200 prim ödeme gününü doldurmuş olması ve emekliliğe hak kazanması nedeniyle Personel Yönetmeliğinin 11,2.e maddesi uyarınca feshedildiği sabittir. Ancak aynı maddede "performans durumları göz önünde tutularak devamında yarar görülenlerin hizmet akitleri devam ettirilir" hükmüne de yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu yönetmelik 4857 Sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce çıkarılmıştır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda ve gerekçesinde salt emekliliği kazanma fesih için geçerli bir neden olarak düzenlenmemiştir. Davalı işveren fesih için işletmenin işyerinin veya işin gereklerine dayanmadığı gibi işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir neden de belirtmemiştir. Feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşıldığından mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi yerinde bulunmuştur.”: Yarg. 9. HD, 19.01.2004, E. 2003/22196 K. 2004/261: www.kazanci.com; Karar için bkz. Aynı yer.

¹²³ “..Dairemizin uygulamasına göre işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir.”: Yarg. 9. HD, 27.11.2006, E. 2006/22889, 2006/31255: AKYİĞİT, 927; “Dairemiz uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesi'nde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler, objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Somut olayda Bölge Müdürleri ve daha üst düzey yöneticilerden emekliliğe hak kazanıp da halen çalışmakta olan personel bulunduğu ileri sürülmüş ise de, Bölge Müdürü ve daha üst düzeydeki yöneticilerin konumları gereği söz konusu uygulamanın dışında tutulması işletme yönetimi ve menfaatleri açısından olağan karşılanmalıdır. Başka bir anlatımla üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkartılmaması uygulamanın "objektif ve genel" olma özelliğini bertaraf edemez. Bu nedenle davalı işverenin Personel Yönetmeliği ve Toplu İş Sözleşmesi'nde yer alan hükmü üst düzey yöneticiler dışında kalan tüm personel için objektif ve genel uygulanıp uygulanmadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının kabulü gerekir.”: Yarg. 9.HD, 21.07.2008, E. 2008/21499, K. 2008/2666, TTSİSD, s.354, İstanbul 2009,s.3-4.

§ IV. FESHİN SON ÇARE OLMA İLKESİ (*ULTİMA RATIO*)

Ultima Ratio, Latince bir deyim olup, anlam itibariyle, düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare, son önlem anlamına gelmektedir¹²⁴.

Söz konusu deyim iş güvencesi açısından ele alındığında, işverenin fesih işlemine son çare olarak başvurması, bu yola başvurmadan önce, iş sözleşmesinin devamlılığının sağlamaya çalışması ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik tüm önlemlerin alması anlamına gelmektedir¹²⁵.

Şayet belirli bir fesih nedeni olmasına karşın, işçinin işyerinde çalışma olanağının bulunduğu durumlarda, geçerli nedenle fesih işlemi ile işçinin işyerindeki işi arasında illiyet bağı kurulmamış sayılacağından, fesih işlemi en son çare olarak düşünülmemiş olacaktır. Bu da feshin geçersizliği anlamına gelir¹²⁶.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında, “...*Davacının işverenin diğer işyerinde çalıştırılması mümkün ise, fesih yoluna başvurulması doğru değildir*” demiştir¹²⁷.

Başka bir kararda ise, “*İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan iş gücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir nedenin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ayrıca fesih son çare olmalıdır*” denilmek suretiyle fesih son çare olma ilkesi üzerine vurgu yapılmıştır¹²⁸.

¹²⁴ GÜZEL, Ali, *İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde (Ultima Raito) Son Çare İlkesi ve Uygulama Esasları*, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 61.

¹²⁵ GÜZEL, *Ultima Raito*, 61.

¹²⁶ Aynı yer; MOLLAMAHMUTOĞLU, 735; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 97-98.

¹²⁷ Yarg. 9.HD, 11.12.2003, E.2003/20222, K.2003/20604: EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 169.

¹²⁸ Yarg. 9. HD, 12.01.2005, E. 2004/12373, K. 2005/522: ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2005, 239; Benzer bir karara göre: “işveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. İşletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.”: Yarg. 9. HD,, 16.12.2004, E. 2004/ 27003, K. 2004/27998: karar için bkz. Çalışma ve Toplum Hukuk Dergisi, S. 2005/I <http://www.calismatoplum.org/sayi4/karar.htm> (Ziyaret Tarihi 21.08.2008).

İşverenin, işçiyi bir başka işyerinde çalıştırma yükümlülüğü, işçinin çalıştığı işyeri veya işletme ile sınırlı olarak düşünülmesi gerekir. Çünkü; feshe karşı koruma hukuku ile ilgili kurallar, işyeri ya da daha çok işletme ölçeğinde uygulama alanı bulur(İşK.m.18/I; m. 18/IV). İşverene yüklenen bu yükümlülüğün, şirketler topluluğu veya holdinglerdeki, iş sözleşmesi tarafı olmayan bir başka işverene yüklenilmesi beklenmemelidir. Böyle bir durum sadece aksi kararlaştırılmış olması halinde ya da zaman zaman topluluğun farklı bölümlerinde çalışmış olması koşulunda uygulama alanı bulabilir¹²⁹.

Ultima ratio ilkesinin de bir sınırı vardır. Bunun sınırını, işletmesel amaç oluşturur. İşveren ancak işletmesel amacı göz ardı etmeyen; bu amaca ulaşmak için fesih işlemiyle aynı düzeyde elverişli olan bir önlem alması beklenebilir. Yani, işverenden işletmesel karar verme özgürlüğünü sınırlayacak ya da kaldıracak, işletmeye gereksiz yere masraf oluşturacak veya zarar verecek uygulamalarda bulunması beklenemez¹³⁰. İşverenden işçiye iş imkânı sağlaması veya yeni bir kadro tahsis etmesi de beklenmemelidir¹³¹.

Ayrıca boş bir kadro varsa, işçinin bu boş yer için aranan niteliklere sahip olup olmadığına bakılması gerekir. Bir Alman Federal İş Mahkemesi kararın da, işverenin boş kadro için işçide aradığı niteliklerin de bir işletmesel karar olduğuna ve ancak açıkça keyfi ve mantığa aykırı bir durumda denetime tabi tutulacağı belirtilir¹³².

İş Kanun’umuzda değinilmemiş olsa da, iş güvencesi sisteminin özü niteliğinde bir ilke olan ve Yargıtay’ın¹³³ da emsal kararlarında uygulama bulduğu şekliyle, Türk

¹²⁹ SOYER, 52.

¹³⁰ ENGİN, *İşletme Gereklere İle Fesih*, 91–92; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 169.

¹³¹ ENGİN, *İşletme Gereklere İle Fesih*, 92.

¹³² *Alman Federal İş Mahkemesinin 24.6.2004 tarihli kararı*: “İşçinin işten çıkarılmayıp işyerinde başka bir işte çalıştırılması, hem işçi hem de işveren açısından objektif olarak mümkün ve beklenebilir olmalıdır. Bunun anlamı, işçinin, boş olan kadro ile ilgili işte çalışabilecek ehliyet ve yeteneklere sahip bulunmasıdır. Boş olan kadrodaki işin ifası belirli bir kişisel nitelik ya da mesleki beceri gerektiriyorsa, işverenin bu işte çalıştıracağı işçide hangi şartları arayacağı tamamen işletmesel bir karardır ve sadece açık bir mantıksızlık halinde yargısal denetime tabi tutulabilir”: SOYER, 53.

¹³³ “.4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen iş güvencesinin en önemli nedenlerinden biri feshin en son çare olarak düşünülmesidir. İşyeri dışından kaynaklanan talep ve sipariş azalması alacakların taksitlendirilmesinin ve bir kısmından vazgeçilmesi gibi nedenler varken öncelikle temsil ve tanıtma giderleri, temsil edenlere ayrılan telefon ücretleri ve bu gibi benzeri giderlerde tasarrufa gidilmeli, fesih son çare olmalıdır. Somut olayda davalı Birlik bu tür uygulamalara başvurmamış, aksine giderleri arttırıcı ve yeni personel istihdamı kararları almıştır. Somut bu olgulara göre, işverence gerçekleştirilen feshin,

Hukukuna 158 sayılı ILO sözleşmesini kabul etmemiz sayesinde giren, Feshin Son Çare Olması (*Ultima Ratio*) ilkesinin farklı kullanım biçimleri mevcuttur. Bu ilke hem işçiden hem de işletmeden kaynaklanan nedenlerde uygulama alanı bulur. Bunlara örnek vermek gerekirse, 4857 sayılı İş Kanun’umuzda bulunan “*Çalışma koşullarında değişiklik*” (İŞK. m.22), “*Kısa çalışma*” (İŞK. m. 65) düzenlemelerine yer verilmiştir. Ayrıca, “*Ücretsiz İzin*”¹³⁴, fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin işinin veya işyerinin değiştirilmesi, işçiye mesleki eğitim verilmesi gibi uygulamalar da, işverenin son çare ilkesine uygun olarak, fesihden önce kullanabileceği önlemlerden bazılarıdır¹³⁵.

Yargıtay bir kararında, işverenin işletmesel kararı ile fesih hakkının sınırını şu şekilde belirtmiştir: “*Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir... Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşılmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez*”¹³⁶ şeklindedir.

Fesihden başka bir yola başvurmak, örneğin işçinin nakli, iş türü değişikliği, çalışma süresinin değiştirilmesi ve ücretsiz izin uygulaması gibi son çare niteliğindeki önlemler genellikle aynı zamanda işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelir. Yani, bu önlemler, İŞK. m.22 uyarınca işverenin yazılı önerisi üzerine işçinin yazılı onayı ile uygulama bulabilecektir. Yazılı önerileri kabul edilmeyen işveren, değişiklik feshi yapmak ve değişikliğin geçerli nedeni olduğunu ispatlamak

geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmıştır.” Yarg. 9. HD, 27.10.2003, E. 2003/18257 K. 2003/17985: **GÜZEL**, *Ultima Ratio*, 75.

¹³⁴ “Fesih yerine geçebilecek daha hafif tedbirler işletmesel kararın niteliğine ve amacına göre farklılaşır. Örneğin, ekonomik güçlükler ve diğer umulmayan haller nedeniyle işverenin geçici bir süre için işçinin edimini kabul edemeyerek temerrüde düştüğü hallerde işveren doğrudan feshe gidemeyeceği için, temerrüdü sona erdirmenin tek yolu olarak tarafların karşılıklı rızasıyla ortaya çıkan bu iradi askı durumu uygulamada ücretsiz izin olarak adlandırılmaktadır.

Ücretsiz izin hukuki niteliği itibarıyla aynı zamanda çalışma koşullarında esaslı değişikliktir ve esaslı değişiklik usulüne tabidir (İŞK. m.22). İşçileri ücretsiz izine çıkarmak isteyen işveren işçilerin yazılı rızalarını aramalıdır. İşverenin yazılı önerisine altı iş günü içinde yine yazılı olarak olumlu cevap vermeyen işçi öneriyi reddetmiş sayılacaktır. İşçilerin yazılı ve açık rıza göstermemesi halinde işletme gereği ortaya çıkacak ve işveren ancak bu durumda geçerli fesih yoluna gidebilecektir.

İşçiler İŞK. m. 22’ye göre geçersiz fesih iddiasıyla dava açabileceklerdir. Bu durumda mahkeme, geçici ifayı kabul engelini varlığını ve önerilen ücretsiz izin süresinin somut olayın koşullarına uygun olup olmadığını denetleyerek işletme gereğinin doğru olup olmadığını tespit edecektir.”: **ENGİN**, *Ücretsiz İzin*, 541,543; **GÜMBÜŞOĞLU, Rıza**, *İşletme Gereklere, Ücretsiz İzin, Çalışma Koşullarında Değişiklik Ve Sözleşmenin Feshi (Karar İncelemesi)*, Legal İHSGHD, S.12. C.3, İstanbul 2006, 1414-1423.

¹³⁵ **ÇELİK**, 220; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, 169.

¹³⁶ Yarg. 9. HD, 16.12.2004, E. 2004/27003 K. 2004/27998: **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, 170.

durumunda kalacaktır. Aksi halde işçi geçersiz feshin hukuki sonuçlarından yararlanabilecektir (İşK. m.22,m.18 vd.)¹³⁷.

İşverenin işletmenin yararını da dikkate alması, işletmeye gereksiz masraf getirecek ve işletmeye zarar verecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Feshin son çare olmasının sınırını, işverenin işletmenin yararını gözeterek karar verme özgürlüğü belirler(AY. m. 48:“Girişim Özgürlüğü”)¹³⁸. Ayrıca işçinin davranışları, iş ilişkisinin devamlılığı açısından en önemli neden olan taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldırmışsa, sözleşmenin feshi açısından son çare ilkesine başvurmaya gerek kalmayacaktır¹³⁹.

¹³⁷ ŞEN, Murat, *İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik*, Ankara 2005, 226; Bu konu ile ilgili bkz. ALPAGUT, Gülsevil, *İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu Ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları*, Legal İHSGHD, S.9, C.3, İstanbul 2006, 50–64.

¹³⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 169.

¹³⁹ AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 2.Bası, 187.

İKİNCİ BÖLÜM
İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİNDE
USUL VE FESHE İTİRAZ(İŞE İADE DAVASI)
§ I. SÖZLEŞMENİN FESHİNDE USUL

A. Feshin Yapılma Süresi

4857 sayılı İş Kanunumuzda, geçerli bir fesih nedeninin doğması halinde işverenin hangi süre içinde sözleşmeyi feshedebileceği konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak bundan, işverenin geçerli sebep sayılacak bir olguya dayanarak(iş ilişkisi devam ettiği sürece) sözleşmeyi hiçbir sınırlama olmadan her zaman feshedebileceğinin de anlaşılması gerekir¹⁴⁰.

Öğreti¹⁴¹ ve uygulamada¹⁴², süreli fesihlerde, geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasından itibaren, iyi niyet kurallarına(MK. m.2) ve BK. m.344 kapsamında “*makul bir süre*” içinde feshin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

SOYER’ e göre, işverenin geçerli nedenle fesih hakkını(BK. m.344 anlamında) makul bir süre içerisinde kullanması gerekir. Özellikle işçinin davranışından veya yetersizliğinden kaynaklı bir geçerli fesih nedeninin gerçekleşmesinden bir süre sonra ortadan kalkmış olduğu bir durumda, işveren işçisine karşı süre gelen tutumu ile feshe başvurmayacağı yönünde haklı bir güven oluşturmuşsa, artık bu güvene itibar edilmesi gerekir. İşverenin makul süreyi aşan aksi yöndeki bir tutumu, MK. m.2 gereğince hukukten korunmamalıdır¹⁴³.

¹⁴⁰ AKYİĞİT, 846.

¹⁴¹ 158 sayılı Sözleşme’nin uygulama esasını belirleyen 166 sayılı ILO Tavsiyesine göre; “İşçinin davranışlarının fesih için geçerli bir neden oluşturabilmesi için bunun en az bir defa tekrarlanması, ancak bundan sonra geçecek makul bir süre içerisinde fesih hakkının kullanılması öngörülmektedir. İşinin yetersizliğine dayalı fesih halinde ise, işverenin talimatı ve yazılı uyarısı üzerine makul bir sürenin geçmesine rağmen işçinin tutumunda yeterli bir değişikliğin olmaması aranacaktır”:GÜZEL, *İş Güvencesi*, 80; SOYER, 56; SÜZEK, 551.

¹⁴² “...4857 sayılı Kanunu’nun 26.maddesinde düzenlenen 6 iş günlük hak düşürücü süre, aynı yasanın 25.maddesindeki koşulların bulunması halinde uygulanacak olup, yasanın 18 vd. Maddelerinde düzenlenen geçerli fesih hallerinde uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. "Geçerli fesih nedeni" bulunması halinde işverenin eylemi öğrendikten sonra makul süre içinde fesih hakkını kullanmış olması yeterlidir.”: Yarg. 9.HD, 27.01.2005, E. 2004/26072, K. 2005/2011 : www.kazanci.com; Aynı karar için bkz. AKYİĞİT, 846.

¹⁴³ SOYER,56; “Fesih 3 yıl veya 1 yıl öncesinde yaşanmış bir olayın geçerli fesih nedeni sayılamayacağı benimsenmiştir”: Yarg. 9. HD, 19.06.2006, E. 2006/13432, K. 2006/17770: AKYİĞİT, 846.

B. Feshin Yazılı Yapılması

İş sözleşmesinin feshinde şekil ve usul, yasanın 19. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre işveren, fesih bildirimini yazılı ve fesih sebebini de açık ve kesin olarak bildirmesi gerekir¹⁴⁴. Yargıtay da “açık ve kesin sebep gösterme zorunluluğunu” fesih işleminin geçerlilik koşulu olduğunu sık sık belirtmiştir¹⁴⁵.

İşverenin fesih sırasında gösterdiği sebebe bağlı olması gerekmeseydi, yargılama sırasında ortaya çıkan feshi haklı veya geçerli kılacak her hangi bir meşru, makul veya ciddi bir sebebin varlığını ileri sürerek feshi geçerli kılabilirdi. Bu durumda, fesih sırasında sebebinin açık ve kesin olarak gösterilme yükümlülüğünün bir anlamı kalmazdı¹⁴⁶.

İş Kanunu’na ilişkin bildirimlerin “yazılı olarak imza karşılığında” yapılması gerekir. İşçinin yazılı fesih bildirimini imza karşılığı almaktan kaçındığı durumlarda bu bir tutanak ile tespit edilir (İşK.m.109)¹⁴⁷.

İşK. m. 109’un gerekçesinde, yazılı bildirimün ispat şartı olduğu belirtilmiştir. Bu madde genel bir hüküm niteliğinde olup, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için sözleşmelerin bildirimli feshinin(İşK.m.19), yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesini gerektirmesi nedeniyle ayrılmaktadır. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için, ispat koşulu niteliğindeki İşK. m.109 genel hükmü uygulanır¹⁴⁸.

¹⁴⁴ **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, 199; “İşçi veya işveren tarafından yapılan olağan ve olağanüstü fesih ancak yazılı şekilde yapılırsa geçerlidir (§ 623 BGB). Sözlü yapılan fesih, iş ilişkisinin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Bu durumda, fesih yapan taraf, feshin geçerliliğini istiyorsa, yazılı şekilde fesih iradesini tekrar açıklamalıdır. Şekil şartı, sadece kanıt yönünden problemleri gidermekle kalmaz (kanıt fonksiyonu) ayrıca işçiyi düşünmeden yaptığı fesihlerden de korur (uyarı fonksiyon). Yapılan fesih şüphe bırakmayacak şekilde açık olmalıdır“: **LAÇİNER, Vedat**, *Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları*, <http://www.turkishweekly.net/turkce/makale.php?id=117> (Ziyaret Tarihi 26.05.2008).

¹⁴⁵ Yarg. 9. HD, 27.09.2004, E. 2004/5522, K. 2004/19993: **UÇUM, Mehmet**, *İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması*, A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 389–390.

¹⁴⁶ **UÇUM**, *Hukuki Niteliği*, 389.

¹⁴⁷ “Fesih bildirimini, işçiye tebliğ edilmelidir. İşçinin bunu kabul etmemesi halinde, İşK. m.109 uyarınca durum tanık huzurunda tutanakla tespit edilebilir. Bu tutanakta, işçinin fesih bildirimini almaktan veya bildirimini imzalamaktan kaçındığının, tanık tarafından beyan edilmesi ve imzalanması gerekmektedir. Fesih bildirimini iadeli taahhütlü posta ile işçinin adresine gönderilebilir veya noter aracılığıyla da tebligat yapılabilir.”: **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 89; **ERTÜRK, Şükran**, *4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 245.

¹⁴⁸ **SARIBAY**, 84–85.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin feshinde İşK. m.19'daki unsurların bulunmasının gerekliliği işçiler açısından büyük bir güvence sağlamaktadır. İşverenin yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde fesih nedenini bildirmesi halinde, yargı aşamasında, işveren fesih bildiriminde bulunduğu nedenle bağlı olacak ve fesih nedenini sonradan değiştiremeyecektir¹⁴⁹.

İş Kanunu'nda belirtilen yazılı şekil şartının geçerlilik mi yoksa ispat şartı mı olduğu konusunda görüş birliği yoktur. Bizimde katıldığımız çoğunluk görüşü bunun bir geçerlilik şartı olduğu yönündedir¹⁵⁰. Görüşe göre; İşK.m.19/I hükmünde sadece bildirim yazılı olması değil, fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu da arandığından, yazınlık esas diğer unsurlarla birlikte ele alınarak bu esasın geçerlilik koşulu olarak anlaşılması ve buna aykırılığın geçersiz fesih sayılmasının (İşK.m.21) doğru olacağı yönündedir¹⁵¹.

Kanunun sonraki hükümlerinde(İşK.m.20/I), fesih sebebinin gösterilmemesi halinde de, geçersiz feshin sonuçlarının doğacak olması bu görüşü destekler niteliktedir¹⁵². Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü de bu doğrultudadır¹⁵³. İspat şartı olduğunu savunan aksi görüşe göre; işverence dayanılan geçerli bir neden olduğu ve bu neden işçiye açıkça bildirildiği halde, sırf fesih bildirimini yazılı yapılmadığı için işlemin geçersizliği gibi bir ağır sonucun kabulünün uygun olamayacağı yönündedir¹⁵⁴.

¹⁴⁹ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,106.

¹⁵⁰ SOYER, 56; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 171; ÇELİK, 229; AKTAY/ARICI/KAPLAN (SENYEN), 189; SÜZEK, 552; GÜZEL, *İş Güvencesi*, 88, MOLLAMAHMUTOĞLU, 744; DEMİR, Fevzi. *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Yeniden Düzenlenmiş 3. Bası. İzmir 2003, 128; SEVİMLİ, Ahmet, *İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı*, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, S. 2, C. 17, İstanbul 2003, 14–15.

¹⁵¹ GÜZEL, *İş Güvencesi*, 88; ŞEN, Murat, *İşçinin Verimsizliğine Dayalı Geçerli Nedenle Fesihlerde Fesih Bildiriminin Şekli, Süresi ve İspatı*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3–4, Erzincan Aralık 2006, 377.

¹⁵² ÇELİK, 229.

¹⁵³ “Dosya kapsamına göre davalı işverence fesih bildirimini yazılı olarak yapılmamıştır. Davalı işveren, cevap dilekçesinde feshi davacının yetersizliğine dayandırmış olup, açıkladığı bu fesih nedenine bağlıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesine göre feshin yazılı olarak yapılması ve fesih nedeninin açık ve kesin biçimde belirtilmesi, ayrıca işçinin verimsizliğine dayanılması halinde fesihden önce savunmasının alınması gerekir. Davalının yasada belirtilen şekil koşuluna uymadan fesih bildiriminde bulunmuş olması nedeniyle feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine dair mahkemece verilen karar yerindedir.”: Yarg. 9. HD, 03.02.2005, E. 2005/1084, K. 2005/3101: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, *1. Bası*, 368–369.

¹⁵⁴ Yazar iyi niyet kurallarına dayanarak maddeyi yorumlamıştır. “..İşçi sebebi açık ve kesin şekilde görebilmek ve savunma alınması gereken hallerde durumu her yönüyle bilerek inceleyebilmek için sebebin yazılı olarak verilmesini istediğinde, işveren, iyi niyet kurallarının gereği olarak işçiye sebebi yazılı şekilde bildirmekle yükümlüdür.” :EKONOMİ, 13.

C. Fesih Nedeninin Gösterilmesi

İşveren fesih bildiriminde bulunurken, fesih iradesini, açık ve kesin olarak orta koymalıdır. Yani bu beyan ile işçi, sözleşme ilişkisinin sona erdirildiğini yanlış anlaşılmağa yer vermeyecek şekilde açık ve net olarak anlamalıdır¹⁵⁵.

Fesih beyanı, karşı tarafa ulaşması gerekli, yenilik doğurucu, tek taraflı bir irade beyanıdır. Muhatabın herhangi bir etkisine gerek olmaksızın tek taraflı olarak sözleşme ilişkisini sona erdirir. Ayrıca fesih bildiriminde, iş ilişkisinin ne zaman sona erdireceği yeteri kadar açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Belirtelim ki, yenilik doğuran bir hak olan fesih bildirimi, geciktirici ve bozucu şarta bağılı olarak yapılamaz¹⁵⁶.

Kanaatimize göre, İşK. m. 19/I maddesi, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için bir geçerlilik şartı niteliğindedir. Ancak işçinin davranışları ve yetersizliği nedeniyle tutulmuş tutanaklar bulunması; birkaç kez uyarılması ve savunmasının alınmış olmasına rağmen aynı tutum ve davranışlarını sergilemeye devam etmesi halinde, açık bir şekilde iş ilişkisinin çekilmez bir hale geldiği durumlarda, fesih bildiriminin şekil açısından geçersizliği itirazında bulunulması, dürüstlük kuralına (MK. m. 2) aykırı olarak, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edecektir.

¹⁵⁵ “4857 Sayılı Kanunu’nun 19. maddesine göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Davacıya tebliğ edilen fesih bildiriminde savunmasının da alındığı belirtilmekle birlikte fesih nedeni olarak "görülen lüzum üzerine" şeklinde bir açıklama yapılmış olup, yasada öngörülen şekle uygun bulunmadığından, fesih geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.”: Yarg. 9. HD, 5.5.2004, E. 2004/11330, K. 2004/27375: **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 57.

¹⁵⁶ Örnek vermek gerekirse, “Gelecekte işletme yeteri kadar iş almazsa”, “İşçinin çalışmalarından işveren hoşnut olmazsa” vb. için bkz: **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 51–52; Aksi görüş göre; yenilik doğurucu hakların şarta bağlanmaması ilksinin temelinde muhatabın hukuki belirsizlik içinde bırakılmaması düşüncesi vardır. Böyle bir tehlikenin mevcut olmadığı durumda doktrindeki hâkim görüşe göre, şarta bağılı bir yenilik doğuran hak kullanımının geçerli olacağı kabul edilmektedir. Kuralın istisnasını, *iradi bir şarta bağılı* fesih bildirimi teşkil etmektedir. Bu feshite, gerçekleşmesi tamamen muhatabın iradesine bağılı bir şart söz konusudur. Bu duruma örnek vermek gerekirse “Feshin, işçinin ertesi gün işe gelmemesi halinde geçerlilik kazanacağına dair bir şart” geçerlidir. Aynı yazarlar, 55–56.

D. İşçinin Savunmasının Alınması

4857 sayılı Kanun'un 19/II. maddesi, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin, “işten çıkarılmadan önce veya işten çıkarma anında izlenecek prosedür” başlığını taşıyan 7. maddesine uygun olarak, işçiye savunma hakkını tanımıştır¹⁵⁷.

İşK. m. 19/II' de; “*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*”¹⁵⁸. Buna karşılık 25. Maddenin (II) numaralı bendine göre, yani işçinin dürüstlük kuralına aykırı davranması durumlarında fesih için işçiden savunma alma zorunluluğu yoktur. Hatta sadece m. 25/II'ye dayanılarak yapılan fesihlerde değil, aynı maddenin (I), (III), (IV) numaralı bentleri uyarınca yapılan fesihlerde de savunma alınması zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁵⁹.

İşverenin, fesih bildirimini yapmadan önce işçinin savunmasının alınması zorunluluğu, “*o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili*” nedenlere dayalı olarak yapılan fesihler için getirilmiş olup, işverene, işletme, işyeri veya işin gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde böyle bir zorunluluk yüklenmemiştir. Dolayısıyla işçiden kaynaklanmayan onun iradesi dışı oluşan nedenlerden dolayı işçinin savunmasının alınmasının bir anlamı olmayacaktır¹⁶⁰.

İşK. m. 19/II' deki “*işçinin verimi*” ifadesini, İşK. m. 18/I geçerli fesih nedenleri ile uyum sağlaması açısından işçinin yeterliliği (veya yetersizliği) anlamında kabul edilmelidir¹⁶¹. 158 sayılı Sözleşmenin 7. maddesinin Fransızca metninde “işiyile ilgili nedenler” çeviride “verimi ile ilgili nedenler” olarak ifade edilmiştir.

¹⁵⁷ SOYER, Polat, *158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler*, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 283.

¹⁵⁸ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 199.

¹⁵⁹ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 106.

¹⁶⁰ TUNCAY, A. Can, *İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor*, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, S. 1, C.17, İstanbul 2003, 8.

¹⁶¹ GÜZEL, *İş Güvencesi Yasa Tasarısı*, 35–36; Aynı görüşteki yazarlar için bkz. SÜZEK, 553–554; ÇELİK, 231; ALP, 18; MOLLAMAHMUTOĞLU, 747; AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 190.

MOLLAMAHMUTOĞLU na göre, Fransızca metinden çevirisi yapılan, İşK. m.19/II' deki "işçinin verimi ile ilgili nedenler" ifadesi, daha geniş anlamda değerlendirilerek, "işçinin çalışmasıyla ilgili nedenler" şeklinde anlaşılması gerekir¹⁶².

Ancak *EKONOMİ*' ye göre, sözleşmenin işletme, işyeri veya işin gereklerine dayalı bir sebeple ya da verim hariç olmak üzere işçinin yeterliliğine dayalı olan feshinde, işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur. Yazar bu düşüncesi ile verimliliği, İşK. m. 18/I kapsamında yeterlilik şeklinde ifade edilmesi gerektiğini belirten yazarlardan ayrılmıştır¹⁶³.

Kanaatimizce, İşK. m. 19/II' deki "verimlilik" ifadesini, yeterlilik olarak anlamamız ve bu şekliyle İşK. m.18/I ile birlikte değerlendirmemiz gerekir. Bu durumda işçinin yeterliliğinden ya da davranışlarından kaynaklanan bir nedenden dolayı da savunmasının alınması gerektiğini düşünüyoruz. Yani iş sözleşmesinin, işçinin yeterliliğinden ya da davranışlarından dolayı geçerli nedenle feshinden önce, işçinin savunmasının alınmadığı durumlarda, yapılan fesih geçersiz sayılmalıdır. İşçinin savunmasının alınması bu açıdan bir geçerlilik şartıdır^{164,165}.

Ayrıca her fesih nedeninde, işçinin savunmasının alınmasının çağdaş iş güvencesi sistemine daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Zira İşK. m. 19/II' de işçinin savunmasının alınmasına bir istisna getirilmiş olup, işverenin İşK. m.25/II' ye uygun fesih hakkını saklı tutulmuştur. Ancak özellikle geçerli neden gibi hafif kusura nazaran daha ağır bir kusur halini içeren işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde de işçinin savunmasının alınması gerektiğini düşünmekteyiz¹⁶⁶.

¹⁶² **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 747.

¹⁶³ **EKONOMİ**, 14.

¹⁶⁴ **SOYER**, 57; "İşçinin iş sözleşmesi savunma alınmadan feshedilmesi halinde feshin geçersizliğine karar vermek icap eder" : **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 748.

¹⁶⁵ "...İşçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için savunmasının alınması şartı yasada ayrıca düzenlenmiştir. Yasanın belirtilen amir hükmü nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde bu şekil ve usul şartlarına uyulmaması, feshin geçersizliği sonucunu doğurur.": Yarg. 9. HD, 27.12.2004, 14041/29656; Aynı yönde Yarg. 9. HD, 22.11.2004, 13515/25835: **BİLGİLİ**, 135-136.

¹⁶⁶ **GÜZEL**, *İş Güvencesi Yasa Tasarısı*, 36; "Öğretide isabetle vurgulandığı gibi, örneğin, hırsızlık yaptığı ve bu nedenle iş sözleşmesinin İşK. m. 25/II uyarınca feshedildiği işçiye bildirildiğinde, işçinin kendisini savunarak ve inandırıcı delillerle hırsızlık yapmadığını ispatlaması söz konusu olabilecektir." : Aynı yazar, *İş Güvencesi*, 86.

İşverenin, fesih bildiriminden önce işçinin savunmasını almasındaki amaç; işverenin bu yöndeki kanaatini değiştirebilecek, fesih için geçerli bir nedenin var olmadığını işverene ifade edebilme işlevini görmektir¹⁶⁷. Başka bir ifade ile fesihten önce fesih nedeni olan davranış veya verimi ile ilgili gerekçeleri bilmek suretiyle işverenin verecek olduğu kararı etkileme imkânına sahip olmasını sağlamaktır¹⁶⁸. İşçinin, ne ile suçlandığını işverenden öğrenmesi ve fesih işleminden sonra dava açıp açmayacağına karar vermesi açısından da büyük önem arz etmektedir¹⁶⁹.

İşçinin savunmasının şekil ve yöntemi konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. İş güvencesinin amacına uygun olarak, savunmanın şekil ve usulü uygulama ile şekillenmeye bırakılmıştır. Buna göre, işçinin savunmasını almak zorunda olan ve bunu kanıtlama yükümlülüğünde olan işverenin, işçiden yazılı bir savunma alması, yargılama aşamasında kendisine ispat kolaylığı sağlayacaktır. İşçiye fesih nedenini açıkça yazılı olarak bildirmeli ve savunma için de işçiye makul bir süre tanınmalıdır¹⁷⁰. Bu süre zarfında bir savunma yapmaması halinde bu hakkından vazgeçmiş sayılacağı da bildirilmesi gerekmektedir¹⁷¹.

Ayrıca Kanun “savunma alınmadan feshedilemez” dediği için ve süreli fesihlerde, sözleşme bildirimle birlikte feshedilmiş olduğundan, fesih bildirimde bulunmadan önce işçinin savunmasının alınması gerekmektedir. İşçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle sözleşmesinin feshinde savunmasının alınması geçerlilik koşuludur¹⁷². Savunmanın alınmamış olduğu durumlarda Yargıtay başka bir araştırmaya gerek görmeden işe iadeye karar vermektedir¹⁷³. Fesih bildiriminden sonra, ihbar öneli içinde alınan savunmaların da geçerliliği olmayacaktır¹⁷⁴.

¹⁶⁷ ALP, 18.

¹⁶⁸ SOYER, 58.

¹⁶⁹ ALP, 18.

¹⁷⁰ “...Davacıya savunmasını vermesi için uygun bir süre verilmemiştir. Ayrıca “performans düşüklüğü ve işe yoğunlaşmama” nedeni ile ilgili bir ölçüt yok. Davacıdan başka alanlarda yararlanma ile ilgili bir girişim yapıldığı yönünde bir belge de yok. Kaldı ki, olayda sendikalaşma girişimi olduğu anlaşılıyor. Mahkememizce, dosya bir bütün olarak değerlendirildiğinde, davacının işe iadesine karar verilmesi gerekmiştir” şeklindeki hükmü Yargıtay onamıştır. Yarg. 9. HD, 25.10.2004, 7515/23857: **BİLGİLİ**, 133–134; **EKONOMİ**, 14; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, 173; **ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ**, 110; **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 80.

¹⁷¹ SÜZEK, 554.

¹⁷² İNCİROĞLU, 93.

¹⁷³ “...işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir...İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce

E. Fesih Usulü Açısından Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması İle Geçerli Ve Haklı Fesih Ayrımları

İş güvencesine tabi olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesinde, İşK. m. 17 uyarınca *fesih serbestisi* ilkesi geçerli olup; işverenin iş akdini herhangi bir neden göstermeden istediği zaman bildirim sürelerine uymak koşulu ile feshedebilmesine olanak sağlar. Söz konusu fesih hakkın kötüye kullanılması şeklinde de olsa geçerli bir fesih olarak iş akdini sona erdirir. İşçi bu feshe karşı sadece bazı tazminatları(kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat, koşulları oluşmuşsa ihbar ve kıdem tazminatı ile maddi, manevi tazminatları) talep edebilir¹⁷⁵.

Hukuk sistemimizde, iş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde, işverenin süreli fesih hakkına getirilen tek sınır, hakkın kötüye kullanılmasının ölçütü olan *objektif iyi niyet kurallarına* aykırılıktır. İş sözleşmesinin feshi hakkı MK. m. 2 uyarınca dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılmalıdır. Aksi halde fesih hakkı kötüye kullanılmış olacaktır. Bu tür bir feshe karşı yasa *kötüniyet tazminatı* düzenlemiştir(İşK. m. 17/VI)¹⁷⁶. Objektif iyi niyet kurallarına uygun fesihler olarak, öğreti ve yargı kararlarında da kabul edildiği üzere, işyerinin ekonomik ve teknik gereklerinin ya da işçinin yetersizliğinin, verimsizliğinin veya davranışlarının zorunlu kıldığı işten çıkarmalar gösterilebilir¹⁷⁷.

alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermektен vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildiriyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.”: Yarg. 9.HD, 21.4.2008, E.2007/30777,K.2008/9219: www.kazanci.com.

¹⁷⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, 748; SOYER, 58.

¹⁷⁵ SÜZEK, 489.

¹⁷⁶ “İş güvencesi sisteminde kötüniyet tazminatı” İşK.m.17/VI’ da düzenlenmiş olduğu üzere; m. 18/I uyarınca, bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21. Maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sonra erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında ödenecek olan tazminattır.”: SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, 278; “Kötüniyet tazminatı ihbar tazminatının üç katı olarak öngörülmüştür. Söz konusu kötüniyet tazminatına esas olan ücret, geniş anlamda ücret olup, söz konusu ücretin hesabında paradan başka, parayla ölçülebilir diğer çıkarlar da göz önünde tutulur(İşK. m. 17/VII)” : TOPAL, 216.

¹⁷⁷ SÜZEK, 489.

Günümüz İş Hukuku'nda, hakkın kötüye kullanılması teorisiyle işçilerin feshe karşı yeterince korunmadığı görülmüş ve iş güvencesini sağlamak amacıyla işverenin süreli fesih hakkını *yasayla sınırlayan sistemler* getirilmiştir. Fesih hakkının kötüye kullanılması ölçütü, *İş Güvencesi Sistemi'nin* getirilmesi ile *yasaya aykırı fesih* ölçütü olarak değişmiştir.

Bu iki sistem arasındaki fark, birinci sistemde objektif iyiniyet kurallarına göre fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılması; ikinci sistemde(iş güvencesi sisteminde) ise, yapılan feshin yasa hükmü gereği geçerli olup olmadığı kıstasına bakılıyor olmasıdır. Hukuk sistemimizde iş güvencesi kapsamına giren iş ilişkilerinde, süreli fesih hakkının doğumu geçerli(İŞK. m. 18/I) nedenlere dayandırılmıştır. Bunun ispat yükü de işverene yüklenmiştir(İŞK. m. 20/II). Kötüniyet tazminatının istenebileceği haller ise, kanunda somut olarak sayılmamıştır. Kanaatimizce kötüniyetle yapılabilecek fesihler her somut olayın özelliğine göre değişebileceğinden, bu durumun tespiti, toplanacak olan delillere göre hâkimin takdir hakkına bırakılmasını isabetli buluyoruz.

Uygulamada kötüniyet tazminatı, genellikle bildirim önellerine uyulmaksızın yapılan ve ihbar tazminatına hak kazandıran fesihlerde söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, işverenin hizmet sözleşmesini bildirim sürelerine uygun olarak feshettiği hallerde de fesih hakkının kötüye kullanılması mümkündür¹⁷⁸. Kötüniyetli feshin saptanmasında dikkate alınacak olan objektif iyiniyet kurallarına göre, kişisel görüş ve düşüncelerden bağımsız olarak aynı durum ve koşullar içinde bulunan dürüst, namuslu ve makul bir işverenin nasıl davranması gerektiği ile yapılan fesihler kıyaslanmalıdır¹⁷⁹.

Buna karşılık *haklı nedenle derhal fesih hakkı* tamamen farklı nedenlere dayanır. İŞK. 24. ve 25. maddelerinde sıralanan haklı fesih nedenlerinin ortaya çıkmasıyla, iş ilişkisinin devamı, taraflardan(işçi-işveren) birisi için dürüstlük kuralı gereği *çekilmez(kullanılmaz) hale* gelmişse, lehine fesih hakkı doğan taraf, *bildirim sürelerini beklemez* iş akdini haklı nedenle derhal feshedebilir. Bu nedenler olmadan yapılan fesih, *haksız fesih* olarak nitelendirilir.

¹⁷⁸ TOPAL, 217.

¹⁷⁹ “Başka işçinin işverene karşı açtığı davada işveren aleyhine şahitlik yapan işçinin işten çıkarılması kötüniyet tazminatı gerektirir.”: Yarg. 9. HD, 22.05.2002, E. 2002/874, K. 2002/8770: TOPAL, 217.

Fesih hakkının kötüye kullanılmasını, geçerli nedenle fesih ve haklı nedenle fesihten ayıran önemli bir nokta vardır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında, *fesih hakkı doğmuş* bulunmasına karşın *objektif iyi niyet kurallarına* aykırı biçimde kullanılmıştır. Geçerli nedenle ve haklı nedenle yapılan fesihtelerde, *fesih hakkı doğmadığı* halde bu haklar kullanılmıştır¹⁸⁰.

Fesih hakkının doğabilmesi için, geçerli nedenle fesih ile haklı nedenle fesih arasında, yasada belirtilen nedenlerin ortaya çıkma zorunluluğu açısından benzerlikler bulunmaktadır. İşK.m.18’de belirtilen geçerli nedenler, İşK. m.25’ de sayılan haklı nedenlerin ağırlık derecesine ulaşamayan nedenler olup, *sürekli fesih bildirimine* hak kazandırır¹⁸¹. İşveren bildirim sürelerine uymak ve koşulları varsa kıdem tazminatı ödemek suretiyle iş akdini feshedebilir. İşK.m. 25’ de öngörülen haklı fesih nedenlerinin ortaya çıkması durumunda ise, işveren bildirim sürelerini beklemezsiniz (İşK. m. 25/II’ de sayılan hallerde kıdem tazminatı da ödemedi) iş akdini *derhal* sona erdirebilir¹⁸².

Feshin haklı nedenlere dayanmadığı iddiasında olan işçiler, İşK. m. 25/son gereğince aynen geçerli feshite itirazda (İşK. 18. 19 ve 20. maddelerinde) olduğu gibi yargı yoluna gidebileceklerdir. Uygulamada fesih sebebinin haklı fesih sebebi olması durumunda; işe iade istemi reddedilebilecek ancak feshin niteliği ortaya konulacaktır. Yargı mercii tarafından feshin geçerli fesih sebebi olduğunun belirlenmesi durumunda ise, işçinin kıdem ve ihbar tazminatı hakkı olduğu gösterilebilir¹⁸³.

İspat yükü açısından fesihter arasındaki ayırmada; feshin haklı nedene dayanmadığı veya geçerli nedenle yapılmadığı iddiası ile açılan işe iade davalarında

¹⁸⁰ SÜZEK, 490.

¹⁸¹ “Davranışa bağlı geçerli fesih nedenleri ile derhal feshite olanak vermiş fesih sebeplerini birbirinden ayırmak oldukça zordur. Ayırımın, gerçekleştirilmesinde beklenmezlik kriteri esas alınmalıdır. Buna göre, işçinin belirli bir davranışı, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüde beklenemeyecek ağırlıkta ise geçerli nedenden; ahlak ve iyi niyet kuralları bakımından beklenemeyecek ağırlıkta ise haklı nedenden söz edilmelidir. Bunun yanında İşK. m. 18’ de hangi nedenlerin geçerli fesih sebebi olamayacağına emredici bir şekilde olması ve haklı nedenle fesih sebeplerinin yasada sınırlı sayılması, ayırmada gözetilmesi gereken ölçütleri veren noktalar. Aynı zamanda davranıştan kaynaklı geçerli fesih sebeplerinde, yetersizlik nedeninden kaynaklı geçerli fesih nedenlerinin aksine, işçinin kusuru aranır. İşçinin iradesi dışında gerçekleşen nedenler, davranıştan kaynaklı feshite olanak vermez.”: **KARA, Ethem, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi Ve Sonuçları**, 2. Bası, Ankara 2008, 67–68.

¹⁸² SÜZEK, 491.

¹⁸³ **KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi**, C. I, İstanbul 2008, 1406

ispat yükü işverene aittir. Fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye ödenecek kötüniyet tazminatı açısından ispat yükü işçiye ait olacaktır¹⁸⁴.

Ş II. GEÇERLİ NEDENLE FESHE İTİRAZ (İŞE İADE DAVASI)

A. Genel Olarak

“4857 sayılı İşK. m. 20/I’ de “fesih bildirimine itiraz ve usulü” başlıklı maddede, “iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği¹⁸⁵ veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde İş Mahkemesi’nde dava açabileceği gibi ve toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa¹⁸⁶ veya taraflar anlaşırse uyuşmazlığın aynı sürede özel hakeme götürülebilecektir”(İşK. m.20/I).

Maddenin ikinci fıkrası; bu davada, feshin geçerli bir sebebe dayandığının ispatının işverene ait olduğu, ancak işçinin feshin başka bir sebebe dayandığı iddiasını ileri sürdüğü hallerde ispat yükü yer değiştirerek işçiye geçecektir (İşK. m.20/II).

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, işçinin açacağı bu dava seri yargılama usulü ile görülecek ve mahkeme tarafından iki ay içerisinde sonuçlandırılması; mahkemenin vereceği kararın temyizi halinde ise, Yargıtay’ın bir ay içerisinde kesin kararını vermesi gerekir (İşK. m.20/III).

Maddenin son fıkrasında düzenlenen; özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği ibaresi, Anayasa Mahkemesi’nin 2003/66 Esas 2005/72 Karar 19.10.2005 günlü kararı ile Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir (İşK. m.20/IV). Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, Hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem

¹⁸⁴ SÜZEK, 491.

¹⁸⁵ “Fesih bildiriminde sebep gösterilmemesi doğrudan işe iade sebebidir(İşK. m. 20/I). Yargıcın bu durumda bir başka araştırmaya gitmesine gerek yoktur. İlk oturumda davayı bitirmesi gerekir. Aynı zamanda, fesih sebebinin genel ifadelerle belirtilmesi işverenin sebep göstermemesinin hukuki sonuçlarına bağlanır”: KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, *İş Kanunu Şerhi*, 1403.

¹⁸⁶ “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” deyimi Anayasa Mahkemesinin 2003/66 Esas 2005/72 Karar 19.10.2005 günlü kararı ile Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline, oy birliği ile birinci fıkranın son tümcesinin “taraflar anlaşırse, uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptali isteminin reddine oy çoğunluğu ile karar verildi.

kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için zorunludur. Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığından iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafında “*toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa*” ibaresinin de iptal edilmiş olması, kanaatimce doğru bir karardır. Belirtmek gerekir ki, toplu iş sözleşmesine getirilen özel hakeme gitme hükmü, normatif niteliğe kavuşarak sendika üyesi işçiyi bağlar hale gelecektir. İşK.’nın 20. Maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi emredici nitelikte bir ifadedir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesindeki özel hakem kaydı yasa hükmü gibi bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak bu durum A.Y. m. 36 anlamında işçinin hak arama özgürlüğünü sınırlandırması nedeniyle iptali gerekmiştir¹⁸⁷.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin, işveren tarafından geçerli bir neden olmadan feshedilmesi durumunda, doğrudan feshin geçersizliği ortaya çıkmamaktadır. Bunun için, işçinin İşK. m. 20/I’ de belirtilen süre içerisinde görevli mahkemede dava açarak ya da sözleşmede kararlaştırılmışsa aynı süre içinde hakeme başvurarak feshin geçersizliği yönünde karar alması gerekmektedir. Ayrıca alınan işe iade kararının tefhim veya tebliğ edilmesinden sonra İşK. m. 21’de belirtilen sürede, işçi işe iade için işverene müracaat etmelidir (İşK. m.18, 20, 21)¹⁸⁸.

158 sayılı ILO Sözleşmesinin 8. maddesinde, belirsiz süreli hizmet ilişkisinin haksız bir şekilde son verildiği kanısında olan bir işçi, İş Mahkemesi’nde, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci önünde itirazda bulunma hakkına sahiptir. İşçinin, hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı “*makul bir süre*”¹⁸⁹ içerisinde itiraz etmemesi halinde, bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır (m.8/III).

¹⁸⁷ TUNCAY, *İşe İade Davaları*, 27; Karşı görüş için bkz. ÇELİK, 232; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 252–254.

¹⁸⁸ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 221.

¹⁸⁹ “Alman Hukuku’nda, işçi, fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren üç hafta içinde İş Mahkemesi’nde feshin iptalini talep etme hakkına sahiptir(Feshe Karşı Koruma Yasası m. 4). Fransız Hukuku’nda ise, fesih işlemine karşı işçinin İş Mahkemesi’nde dava açma hakkı söz konusudur. Ekonomik nedenle yapılan fesihlerde temsil kabiliyetine sahip bir sendika da, işçiye durumu bildirmek ve işçinin 15 gün içinde buna muhalif kalmaması koşuluyla, işçinin vekâleti olmadan dava açma sıfatına sahip bulunmaktadır.”: GÜZEL, *İş Güvencesi*, 89–90.

Feshe karşı işçinin korunması, yani iş güvencesinde, işverenin dayandığı fesih nedenlerinin denetime tabi tutulmasının gerekliliği ve zorunluluğu, 158 sayılı Sözleşmenin 8. ve 9. maddelerinde belirtilir. Sözleşmenin, 9. maddesi yargı denetiminin esaslarını düzenlemiştir¹⁹⁰.

Madde metni başlığında(İşK. m.20), “itiraz ve usulü” denilmesine rağmen, madde işçinin dava açma ve özel hakeme gitmesini düzenler. Burada kullanılan “itiraz” terimi, teknik hukuk terimi¹⁹¹ anlamında kullanılmamış olup, karara karşı çıkma, karara itiraz etme adı görünümünde, bir dava açma veya özel hakeme gitme anlamını ifade eder (İşK. m.20/I)¹⁹².

Ayrıca belirsiz süreli iş sözleşmesi işveren tarafından İşK. m. 25/I,II,III hükümlerindeki haklı nedene dayalı olarak ihbar süresi verilmeksizin derhal feshedildiğinde, işçi feshin anılan maddedeki nedenlere uygun olmadığı gerekçesi ile İşK. 18. 20. ve 21. madde hükümleri çerçevesinde işveren aleyhine dava açabilir (İşK. m.25/son).

B. Mahkemede

1. Davacı Sıfatı

a. İşçi

İşe iade davası, iş sözleşmesi feshedilen işçi tarafından açılabileceği gibi üyesi bulunduğu işçi sendikası tarafından da, fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde açılır. Kural olarak bu hak, işçinin münhasıran kendisi tarafından kullanılacaktır. İstisnası ise; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 32/III. maddesi gereği sendikanın, üyesi işçiyi temsilen işe iade davasını açabilmesidir¹⁹³.

Kanun tarafından üyeleri adına dava açmak için sendikalara kanuni bir temsil yetkisi verilmiştir. Sendikalar, üyesi bulunan işçiden özel bir yetki almadan da dava

¹⁹⁰ GÜZEL, *İş Güvencesi Yasa Tasarısı*, 37.

¹⁹¹ “Temel hukuktaki savunma imkânlarından bir olan itiraz; davalının, davacının ileri sürdüğü olguları veya dava sebebini inkâr etmeyip, bir hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren olguları ileri sürmesi, durumu maddi hukuka ilişkin yeni olgulara ve hukuki sebeplere dayandırmasını ifade etmektedir. Davada, davalı itiraz teşkil eden bir durumu ileri sürmemiş bile olsa, dava dosyasından bu bilgilerden itiraz anlaşılıyorsa, bunu hâkim resen dikkate alacaktır. Yani teknik anlamda itiraz, açılan davada davalının elinde bulunan bir savunma imkânı anlamındadır.”: SARIBAY, 101.

¹⁹² Aynı yer.

¹⁹³ ALPAGUT, *III. Yılında İş Yasası*, 240.

açabileceklerdir. Ancak davanın her aşamasında işçi, bu temsil yetkisini geri alabilme imkânına sahiptir¹⁹⁴. Uygulamada sendikalar üyelerinden yetki belgesi alarak dava açabilmektedir. Bu uygulama işe iade davası için de geçerli olacaktır¹⁹⁵.

İş sözleşmesi feshedilen iki işçi, tek bir dava dilekçesi ile işe iade davası açtığı durumlarda, bu dava mahkeme tarafından ayrılacak ve iki dava olarak görülecektir¹⁹⁶. Yargıtay'ında konuya ilişkin uygulamaları bu yöndedir¹⁹⁷.

b. Davacı İşçinin Ölümü Halinde

İşe iade davası, işçinin haksız nedenle yapıldığına inandığı fesih yüzünden işine tekrar dönmek amacıyla, açılan bir davadır. Bu nedenle, işçinin ölümünden sonra işe iade edilmesi hakkı olamayacağı için, kişinin hayatında ve kural olarak da kişiye bağlı olarak kullanılan bir haktır. Bunun istisnası ise, işçinin dava devam ederken ölmüş olması halindedir, Ölüm olayının hangi aşamada gerçekleştiğine göre mirasçıların elde edeceği haklar değişkenlik gösterir. Bu nedenle işçinin ölümü tarihine göre konunun dört değişik ihtimalde incelenmesi gerekir¹⁹⁸.

aa. Davaya Açılmadan İşçinin Ölümü

Mirasçıların, murisin hakkına dayanarak işe iade davası açması mümkün değildir. Ancak mirasçılar, fesihten ölüm tarihine kadarki murislerinin boşta geçirdiği süreye ilişkin ücret ile diğer mali hakları için alacak davası açma imkânına sahiptirler. Fesihten itibaren bir ay içinde açılması gereken bu davada davacı fesih bildiriminde geçerli bir neden gösterilmediğini veya gösterilen sebebin geçerli olmadığını iddia edilecektir. Mahkeme tarafından bu iddianın haklı olduğu görüldüğünde, sözleşme geçerli nedenle feshedilmediği için işçinin işe iadesine karar verilir. İşçiye fesihten

¹⁹⁴ UÇUM, *Seminer Notları*, 155.

¹⁹⁵ SARIBAY, 101.

¹⁹⁶ SARIBAY, 103.

¹⁹⁷ “..Belirtmek gerekir ki, davacılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Feshin geçersizliği ve işe iade istekli davalarda fesih nedenlerinin, kıdemlerinin, ücretlerinin, görevlerinin her işçi açısından ayrı ayrı değerlendirilmesinde hukuki yarar vardır. Ayrıca feshin geçersizliğinin sonucu olan ve tespit niteliğindeki işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin her işçi açısından ayrı ayrı belirlenmesi, kararın infazındaki tereddütleri giderecektir... Mahkemece davaların birleştirilmesi ve tek hüküm fıkrası ile işe iadelerine karar verilmesi hatalıdır.” :Yarg. 9. HD, 20.6.2005, E. 2005/24320, K.2005/26514: www.kazanci.com; Aynı karar için bkz. SARIBAY, 103.

¹⁹⁸ UÇUM, *Seminer Notları*, 155; SARIBAY,103; GÖKÇE, Erdal, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davası*, İstanbul 2008, 87.

sonra kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekir. Bu süreçte ölen işçi için işveren fesihden ölüm tarihine kadarki boşta geçen süreye ilişkin en çok dört aylık ücreti ve diğer mali haklarını mirasçılara ödemek zorunda kalacaktır. Ancak işçinin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona ereceğinden, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olan tazminat ödenmeyecektir¹⁹⁹.

Katıldığımız diğer görüşe göre; işçinin dava açmadan ölmesi halinde, işe iade davasının münhasıran şahsa bağlı bir hak olduğundan mirasçılarının bu davayı ve tazminat davasını açamayacaklardır. Sadece murislerine ödenmemesi durumunda ihbar ve kıdem tazminatı ve diğer işçilik hakları için dava açabileceklerdir²⁰⁰.

bb. Dava Devam Ederken İşçinin Ölümü

Mirasçıların, en çok dört aya kadar çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ile diğer işçilik haklarını talep edebileceği, iş güvencesi tazminatı talebinde bulunamayacakları kabul edilir²⁰¹. Tazminat talebinde bulunamayacakları görüşüne katılmakla birlikte, çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretin de talep edilemeyeceği kanısındayız. Zira işverene başvuru şartı gerçekleşmediği için geçerli bir feshin sonuçları ortaya çıkacaktır.

Yargıtay bir kararında, devam eden işe iade yargılaması sırasında ölen murisin işverene başvuru imkânı kalmadığı ve işe iade için işverene başvurması şartına bağlı olduğundan, mirasçıların en çok dört aya kadar ücret ile diğer hakları almasını hatalı bulmuştur²⁰².

¹⁹⁹ UÇUM, *Seminer Notları*, 155–156; ÇELİK Ç. 113.

²⁰⁰ TUNCAY, *İş Güvencesi Yasası*, 11.

²⁰¹ TUNCAY, *İş Güvencesi Yasası*, 11; EKMEKÇİ, Ömer, *Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları*, Mercek Dergisi, Temmuz, İstanbul 2003, 136; UÇUM, *Seminer Notları*, 156

²⁰² “Davacı işçi, yargılama sırasında ölmüş olduğuna göre, işe başlamak için işverene başvurması imkânsız hale gelmiştir. Bu nedenle ölen işçilerin mirasçıları yönünden boşa geçen en çok dört aylık ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması hatalıdır.

Öte yandan işe iade davaları nitelikleri itibariyle tespit davası olduğundan ve mirasçılar yönünden feshin geçersizliğine karar verilmesinde hukuki yarar bulunması nedeniyle feshin geçersizliğine ilişkin talebin konusuz kaldığı kabul edilmez. Ayrıca, asıl talep feshin geçersizliği olduğuna göre yargılama gider ve vekâlet ücreti yönünden feshin geçersizliğine karar verildiğinde, dava kabul edilmiş gibi hüküm kurulmalıdır”: Yarg. 9. HD, 6.11.2006, E. 2006/20109, K. 2006/29326; TUNCAY, *İşe İade Davaları*, 30; Aynı karar için bkz. SARIBAY, 104–105; Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Yarg. 9. HD, 30.10.2006, 19624/28700; AKYİĞİT, 941–942.

Yargıtay'ın bu kararındaki karşı oy yazısına katılan *TUNCAY* a göre, boşta geçen ücret vs. hakların ödenmesinin işverenin işe başlatma ya da başlatmamasına bağlı olmadığına ve dolayısıyla bu hakkın ölen davacının halefi olan mirasçılara ödenmesi gerekir²⁰³.

İşçinin, işe iade kararı sonucunda, işverene başvurması zorunludur ve başvurmaması halinde, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır (İşK. m. 21/V). Bu kuraldan hareketle, her ne kadar karşı oy yazısındaki ve öğretilerdeki boşta geçen ücret vs. hakların işverenin işe başlatıp başlatmamasına bağlı olmadığı görüşüne katılsak da, bu ücretlerin geçersiz bir fesih sonucu ödenmesi gerekmektedir. İşe iade kararından sonra, işe iade başvurusunu işverene beyan edmeden işçinin ölmesi halinde, sözleşmenin feshinin geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bundan dolayı boşta geçen süreye dair ücret ve diğer hakları da mirasçıların alamamaları gerektiği kanısındayız.

cc. Karardan Sonra Başvurudan Önce İşçinin Ölümü

Başvurudan önce ölümün gerçekleşmesi halinde boştan geçen süreye ilişkin ücreti mirasçıların alamaması gerektiğini ancak başvurudan sonra bu ücreti alabileceğini düşünmekteyiz. Bir görüşe göre mirasçılar, çalıştırılmayan süreye ilişkin en çok dört aylık ücreti ve diğer haklarını alabilecek, fakat iş güvencesi tazminatı talep edemeyecektir²⁰⁴.

dd. İşçinin Başvurudan Sonra Ölümü

Bu durumda, kesinleşen işe iade kararında yer alan tazminat hakkı mirasın malvarlığına dâhil olduğu için, işçinin ölümünden sonra, mirasçıların çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ile birlikte tazminat almaya hak kazanırlar²⁰⁵.

Kanaatimize göre, *iii.* ve *iv.* maddelerindeki, İşK. m. 21/V' deki kesinleşen mahkeme ve özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde, işverene işe başlamak için başvuru zorunluluğunun gerçekleştiği hallerde, işçinin alacağı iş

²⁰³ Yarg. 9. HD, 6.11.2006, E. 2006/20109, K. 2006/29326: *TUNCAY, İşe İade Davaları*, 30.

²⁰⁴ *UÇUM, Seminer Notları*, 156; *SARIBAY*, 105; *GÖKÇE*, 87; *ÇELİK Ç.* 113–114.

²⁰⁵ *UÇUM, Seminer Notları*, 156; *SARIBAY*, 105; *GÖKÇE*, 87–88; *ÇELİK Ç.* 114.

güvencesi tazminatı, boшта gecen süreye ilişkin ücret ve diğer işçilik hakları mirasçılara verilmelidir²⁰⁶. İşe iade kararı sonucunda, işçinin ölmüş olması sebebiyle, işverenin işçiyi işe başlatma gibi bir durumu olamayacağı için bu haklar işçinin mirasçılarının malvarlığına geçer.

Mirasçıların bu davayı takip ederken ve talep haklarını kullanırken dikkat etmeleri gereken mali sorumluluklar doğurabilecek hususlar bulunur. Buna göre, iş sözleşmesi işçinin ölümü ile kendiliğinden sona ermesi nedeniyle işverenin ihbar süresine ait ücreti peşin ödemiş olduğu durumlarda, bu ihbar süresine ait ücretleri mahsup ve iade borcu altına girerler. Peşin ödenmemişse bu ihbar öneline ait ücretin talep hakkını kaybederler. Yukarıda incelediğimiz feshin geçersizliği sonucunu doğuran durumlarda, iş sözleşmesi işçinin ölümü ile sona ereceği kabul edilir. Bu durumda mirasçıların dava açmaları veya davaya devam etmeleri mali sonuçları bakımından yükümlülükler doğurabilir²⁰⁷.

Örneğin murisin kıdemine göre 6 haftalık bir ihbar süresine sahip olduğu bir durumda, işveren de süre vermeden ihbar bildirimini peşin ödemek suretiyle sözleşmesini feshetmişse, mirasçıların murisin boшта geçen sürede doğmuş ücret ve diğer haklarını talep ederken, en az altı haftalık ücretin üzerinde bir talep hakkı doğduğu durumlarda davayı açmaları gerekir. Aksi halde mirasçıların, işveren tarafından peşin ödenen bildirim süresine ait ücretten, çalıştırılmayan süreye ilişkin ücreti mahsup etmek suretiyle geriye kalanı işverene iade etmeleri gerekir²⁰⁸.

İşe iade davası, iş sözleşmesinin tarafı olan işveren aleyhine açılmalıdır, aksi halde davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilir²⁰⁹. Feshe uğramış iş sözleşmesinin tarafı olan gerçek veya tüzel kişi işverenler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da, İşK. m. 2/I' de belirtildiği üzere işveren sayıldıkları için, işe

²⁰⁶ “4857 sayılı İş Kanununun 21.maddesinin 3.ve 5.fıkralarına göre, işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklar, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Somut olayda, davacının işe başlatılması suretiyle feshin geçersizliği kabul edilmiş olduğundan, davacı işçinin çalıştırılmadığı süre ücreti ve diğer haklara ilişkin anılan şartların yargılama sırasında, önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir. Buna göre davacı içinin çalıştırılmadığı süre ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınmamış olması doğru değildir.”: Yarg. 9.HD, 21.3.2006, E. 2006/3835, K. 2006/7127: www.kazanci.com.

²⁰⁷ UÇUM, *Seminer Notları*, 157.

²⁰⁸ UÇUM, *Seminer Notları*, 157.

²⁰⁹ GÖKÇE, 89; SARIBAY, 110.

iade davasında husumete ehildirler²¹⁰. Fesih yetkisini işveren vekili(işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselerdir) kullanmış olsa bile husumet işverene yöneltilmesi gerekir²¹¹.

2. Davalı Sıfatı

İşe iade davasında işten çıkarılmış olan bir işçi davalı sıfatıyla işverenine karşı dava açacaktır. Ancak çalışma hayatında bir işçinin işvereni değişkenlik gösterebilecektir. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi, bir işçinin asıl işvereni, alt işvereni olabileceği gibi, geçici olarak bir başka işvereni de olabilmektedir. Aynı zamanda işçinin çalıştığı işyeri bir başka işverene de devredilebilmektedir. Tüm bu durumlarda davalı olan işverenin işe iade davasındaki davalı sıfatını inceleyeceğiz.

a. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi Bakımından

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet ücretine ilişkin yardımcı işlerde 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 iş yerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir(İşK.m.2/VI).

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu iş sözleşmelerinde, alt işverenin işçilerinin işe iade davasını kendi işverenlerine(alt işverene) yönelmeleri gerekmektedir²¹². Mahkemece feshin geçerli bir nedene dayanmadığı tespit edildiğinde, işe iade kararını alt işveren aleyhine hükmeder.

İşK.m.2/VI uyarınca gerek iş sözleşmesinin devamı sırasında, gerekse sona ermesine bağlı işçilik haklarından asıl işveren, alt işverenle birlikte müteselsil sorumludur²¹³.

²¹⁰ ÇELİK Ç. 114.

²¹¹ UÇUM, *Seminer Notları*, 161; SARIBAY, 111.

²¹² EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN, 42-45.

²¹³ “Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt

Öğreti ve uygulamada, alt işverenin işçisinin açacağı işe iade davasında, hükme bağlanan iş güvencesi tazminatı ve işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret alacağı bakımından her iki işverenin müteselsil sorumluluğu vardır ve asıl işverenin dava sonunda işçi lehine verilen parasal haklardan hükmen sorumluluğu davada hasım gösterilmesi şartına bağlı olduğu görüşü savunulmuştur²¹⁴.

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre²¹⁵, feshin geçersizliğine karar verildiği durumlarda, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödenmesi öngörülen iş güvencesi tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı süre için öngörülen boşta geçen süre ücretinin likit olarak belirlenmesi gerektiğine ve kaç aylık ücret olacağı şeklinde bir tespit hükmü vermesinin yeterli olacağına karar verilir. Bu durumda alt işverenin işçisinin açtığı işe iade davasında asıl işverenin hasım gösterilip gösterilmemesi asıl işverenin sorumluluğu açısından hukuki durumda bir farklılık yaratmayacaktır. Yargıtay kararlarına göre verilen tespit niteliğindeki işe iade davasının parasal sonuçlarından asıl işverenin de sorumlu tutulabilmesi alt işveren tarafından ödenmeyen parasal hakların tahsili için yeni bir alacak davasında hasım gösterilmesi şartına bağlıdır²¹⁶.

UÇUM un görüşüne göre; işe iade davasının parasal sonuçları açısından asıl işverenin de sorumlu olduğu için, davanın alt işverenin yanında “*mali sorumlu*” sıfatıyla asıl işverene karşı açılması mümkün olmalıdır. İşe iade davasının, iş sözleşmesini fesih hakkına sahip olan işverene yöneltilmesi gerektiğinden, alt işverenin işçisinin asıl işverene dava açması söz konusu değildir. Bu kuralın bir istisnası vardır. Bu da, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu durumlardır. Asıl işverenin, alt

işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatili, yıllık izin, ikramiye, pirim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müsterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.” Yarg. 9. HD, 18.2.2008, E. 2007/24560, K. 2008/186: www.kazanci.com.

²¹⁴ **ALPAGUT**, *III. Yılında İş Yasası*, 240; “Alt-asıl işveren ilişkisinde, 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 işverenle birlikte sorumludur. Bu hüküm gereği davalı asıl işveren, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücret alacağından davalı alt işverenle birlikte sorumludur. Bu nedenle asıl işveren olan davalı E. T. P. Y. A Ş hakkında husumetten ret kararı verilmesi hatalıdır”: Yarg. 9. HD, 18.6.2007, 9610/19487: www.kazanci.com; **ŞAHLANAN, Fevzi**, *Alt İşverenin İşçisinin İşe İade Davası(Karar İncelemesi)*, TTSİSD, S.300, İstanbul Aralık 2004, 40.

²¹⁵ Yarg. 9. HD, 8.7.2004, E.2004/17098, K.2004/17431: **ŞAHLANAN**, *Alt İşveren*, 39–41.

²¹⁶ **ŞAHLANAN**, *Alt İşveren*, 41.

işverenle işçisi arasındaki sözleşmeye müdahale hakkı yoktur. Dolayısıyla işe iade kararı verildiğinde işçiyi işe alma hakkına da sahip değildir. Aynı şekilde işe iade talepli davanın alt işverenle birlikte asıl işverene karşı yöneltilmesi de söz konusu değildir²¹⁷.

Yargıtay yalnızca asıl işverene karşı açılan işe iade davalarını, husumet yokluğundan reddetmektedir. Dava sonunda işe iade yükümlülüğü alt işverene aittir. Asıl işveren, işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurduğu halde alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe iade tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden alt işveren ile birlikte sorumlu olur²¹⁸. Davada Husumetin alt işverene ve parasal sorumlu olarak da asıl işverene yöneltilmesi, en kısa zamanda çözümü sağlama amacı güden usul ekonomisi ilkesine uygun düşeceği kanısındayız²¹⁹.

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu durumlarda, öncelikle bu muvazaa iddiası araştırılmalıdır. Daha sonra bu muvazaanın tespit edilmesi halinde de alt işveren bakımından dava, husumet yönünden reddedilmelidir²²⁰. Yargıtay konuya ilişkin son kararlarında, muvazaa iddiasının varlığında iddianın yanlış hasıma yöneltildiği durumlarda davacıya davayı gerçek hasıma yöneltmek üzere mehil verilmesi gerektiği ve davanın husumet nedeniyle reddinin yasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir²²¹.

Açılan davada muvazaa iddiası varsa, tek başına asıl işverene karşı (gerçek işveren) sıfatıyla dava açılabileceği gibi, hem asıl işverene (gerçek işveren sıfatıyla) hem de alt işverene (kaydi işveren sıfatıyla) karşı husumet yöneltilmelidir.

²¹⁷ UÇUM, *Seminer Notları*, 162–163.

²¹⁸ ÇELİK Ç. 114.

²¹⁹ UÇUM, *Seminer Notları*, 163.

²²⁰ Yarg. 9. HD, 14.04.2005, E. 2005/8465 K. 2005/13371: TUNCAY, *İşe İade Davaları*, 32; Benzer bir karar, “Dava, feshin geçersizliği ve işe iade talebine ilişkindir. 4857 sayılı Kanuna göre, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınıp çalıştırılmaya devam edilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz. Daha önce o işyerinde çalıştırılan işçi ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde alt işveren asıl işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığının kabulü ile alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması gerekir. Somut olayda, davacı dava dışı şirkette çalışırken taşeronluk sözleşmesi sonucu davalı şirket tarafından çalıştırılmaya devam edilmiştir. Bu durumda asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının kabulü gerekir. Ancak davacı, dava dışı şirketin işçisi olduğundan davalı şirket aleyhine açılan davanın reddi gerekir.” :Yarg. 9.HD, 27.2.2006, E. 2006/2371 K. 2006/4767: www.kazanci.com.

²²¹ “Davacının "B... Derneği"ni davalı olarak göstermek isterken işvereni olduğu düşüncesiyle davalı B... A.Ş. hakkında dava açtığı anlaşılmaktadır. Bu durum husumet tevcihinde yanılğı kabul edilmeli ve davacıya gerçek hasıma davayı yöneltmesi için mehil verilmelidir.”: Yarg. 9. HD, 2.6.2008, E. 2008/17085, K. 2008/13656: www.kazanci.com.

Yasaya aykırı olan, alt işveren uygulamasının²²² mevcudiyetinde, aynı şekilde muvazaalı işveren ilişkisindeki gibi alt işverenin işçilerinin, baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağından, aynı uygulama ile husumet işverene karşı yöneltilir²²³.

b. Geçici İş İlişkisi Bakımından

Geçici iş ilişkisi²²⁴ içinde çalışan işçinin, iş sözleşmesinin feshi halinde, husumetin yöneltileceği kişi açısından kural olarak, iş sözleşmesinin tarafı olan işçinin sürekli işverene(ödünç veren) karşı yöneltilmesi, işçiyi geçici olarak devralan işverene (ödünç alan) karşı yöneltilmemesi gerekir²²⁵.

İşçi ile geçici işvereni arasında bağımsız bir sözleşme kurulmamaktadır. İş sözleşmesinin tarafı olan sürekli işverendir. İşçi sürekli işvereni ile arasındaki sözleşmeden kaynaklanan edimlerini, geçici işverene karşı yerine getireceği yasa açıkça hüküm altına alınmıştır(İşK.m.7/I).

İş sözleşmenin feshinde dayanılan nedenler geçici iş ilişkisinden kaynaklansa da, fesih hakkı sözleşmenin tarafı olan sürekli işverene aittir. Bu nedenle, işçinin açacağı işe iade davasında husumet, sürekli işverene yöneltilecektir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında, geçici iş ilişkisi bulunan iş yerlerinde çıkan uyuşmazlıklarda, husumetin yanlış işverene yöneltilmesi sonucunda davalar reddedilmektedir²²⁶.

Bir görüşe göre, sürekli işverene karşı açılan davada, geçici işveren, sadece mali sorumlu sıfatıyla sorumlu gösterilebilecektir. Geçici işveren yasa gereği boşa geçen

²²² *Alt işveren uygulaması*, asıl işin yasaya aykırı olarak bölünüp alt işverene verilmesi halidir(İşK.m.2/VII).

²²³ **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, 79.

²²⁴ İşverenin iş sözleşmesine göre istihdam ettiği işçisini devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle geçici bir süre çalıştırmak üzere başka bir işverene devretmesi halinde geçici iş ilişkisi kurulmaktadır. Bu ilişki sonucu, sürekli işverenle işçi arasında iş ilişkisi sona ermemekte, devam etmektedir (İş. K.m.7/I).

²²⁵ **UÇUM**, *Seminer Notları*, 162.

²²⁶ “Davacının Denizli İl Özel İdare Müdürlüğünün işçisi olup, Bayındırlık ve İskân Müdürlüğü emrinde geçici olarak görevlendirildiği, davalı bakanlık tarafından davacı işçiye herhangi bir ücret ödenmediği gibi, Bakanlığın İl Özel İdare Müdürlüğüne de her hangi bir işçilik bedeli ödenmediği, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı işçinin Denizli İl Özel İdaresi işçisi olduğu bilinmesine rağmen davalı Bayındırlık Bakanlığı hasım gösterilerek dava açılması da mümkün değildir. Bu itibarla, mahkemenin öncelikle husumet konusunu tartışmadan davanın kabulüne karar vermesi hatalı olup bozma nedenidir.”: Yarg. 9. HD, 01.11.2004, E. 2004/15592, K.2004/24687: **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 1141; Bu yönde farklı karar için bkz. Yarg. 9.HD, 10.1.2005, E.2004/14466, K.2005/422: **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, *1. Bası*, 277–278.

süreye ilişkin en fazla dört aylık ücretin ödenmemesinden sorumlu olup, geçici iş sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadığı sürece işe başlatmama tazminatından sorumlu değildir²²⁷.

c. İşyerinin Devri Bakımından

İş Kanun'umuzun, işyerinin devrini düzenleyen 6. maddesinin 5. fıkrasında, devreden veya devralan işverenin iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedilemeyeceği ve devrin işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm ve Yargıtay'ın²²⁸ uygulamalarına göre de, ne devreden işveren ile devralan işveren, ne de işçi yönünden başlı başına işyerinin devri geçerli bir fesih nedeni oluşturmaz²²⁹.

İşyerinin devri tarihinden önce işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş ise, işçinin iş sözleşmesi, işe iade davası sonunda verilecek karar kesinleşinceye kadar askıda sayıldığından, işyerinin devrinden sonra açılacak işe iade davası, işyerinin devriyle askıdaki sözleşmeleri de devraldığı kabul edilen devralan işverene yöneltilmelidir.

İşe iade davası açılmasından sonra işyerinin devredilmesi halinde, her ne kadar davanın açıldığında davanın tarafı iş sözleşmesini fesih işlemi gerçekleştiren devreden işveren olsa da, işe iade kararının kesinleşmesi üzerine kararı uygulayacak olan devralan işverendir. Dolayısıyla işe iade kararının icrası devreden işverenden talep olunacaktır. Devreden işverenin işe iade davasında taraf olmaması bu sonucu değiştirmemelidir. Zira kararın kesinleşmesiyle devreden işverenin feshi geçersiz sayılacak ve sanki hiç fesih yapmamış gibi iş sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla devreden işverene geçtiği kabul olunur²³⁰.

Feshin geçersizliği kararı sonrasında, işçiyi işe başlatacak olan devralan işverendir. İşçinin süresi içerisinde, devralan işverene işe başlatması için başvurması gerekir. Devralan işveren işçiyi işe iade almaması üzerine iş sözleşmesi o tarihte devralan işveren tarafından feshedilmiş sayılacak ve bu sebeple doğacak boşa geçen

²²⁷ UÇUM, *İşe İade Talepleri*, 79.

²²⁸ Yarg. 9. HD, 26.2.2007, E. 2007/3150, K. 2007/5231: www.kazanci.com.

²²⁹ AYKAN, Ömer Yiğit, *Avrupa Birliği Ve Türk Hukukunda İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Kazanılmış Haklarının Korunması*, Legal İHSGHD, S.12, C.3, İstanbul 2006, 1277.

²³⁰ AYKAN, 1277.

süre ücreti, tazminat borcu ve geçersiz fesih nedeniyle ödenmesi gereken ihbar ve kıdem tazminatlarından devralan işveren sorumlu olur²³¹.

Boşta geçen süre ücreti, kararın kesinleşmesinden itibaren işçi işe alınsın veya alınmasın, işçinin işverene başvurusu üzerine muaccel olur. Bu nedenle devir bu başvurudan önce gerçekleşmiş ise boşta geçen süre ücretinden sadece devralan işveren sorumludur. İşyeri devri, işçinin işverene başvurusundan sonra devredilmiş ise bu ücretten her iki işveren sorumlu olacaktır. Ayrıca öğretideki bir görüşe göre, işe iade davası sırasında işyerinin devri halinde davanın işyerini devralan işverene ihbar edilmesi gerekir²³².

3. Davanın Konusu

İş güvencesine tabi bir işçi, iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanmadığını düşündüğü fesih işleminin geçersizliğine karar vermesi için mahkemeye başvurabilecektir. Mahkeme feshin geçerli nedene dayanmadığına karar vermesi durumunda, iş sözleşmesi ayakta kalmaya devam edecek ve fesih işlemi baştan beri hiç yapılmamış sayılacaktır.

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin geçersizliği iddiası ile açılan işe iade davasının konusu, feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade olacaktır. İşe iade kararı sonucunda işçi, işe dönmek yerine, kararda belirlenen iş güvencesi tazminatı ve boşta kalınan süre için en çok dört aylık ücreti tutarında tazminatını almak konusunda bir seçimlik hakka sahip değildir²³³.

İş güvencesi hükümleri kapsamına giren bir işçinin işe iade yerine kötüniyet tazminatı talep edebilmesi mümkün değildir. Kötüniyet tazminatı İşK. m. 17/VII'e göre iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için söz konusu olabilecektir.

Şüphesiz işe iade müessesesi, iş güvencesi kapsamında daha güçlü bir koruma rejimi sağlayacağı için işçinin de mutlaka işe iadeyi talep edeceği varsayımından hareketle düzenlenmiştir. Bu durumdaki bir işçinin işe dönmeme olasılığını yasakoyucu

²³¹ AYKAN, 1277.

²³² AYKAN, 1277.

²³³ ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası, 239.

dikkate almamıştır. Bu nedenle de iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin işe iade yerine kötüniet tazminatı isteme olanağı ve seçimlik bir hakkı bulunmamaktadır²³⁴.

Sen. K. m.31/V-2'e göre sendikal nedenle yapılan fesihlerde, İşK. m. 18 vd. hükümlerinin uygulanacağı belirtilmek suretiyle, sadece işe iade davası açılabileceği düzenlenmiştir. Bu iki durumda da benzer şekilde, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sadece kötüniet tazminatı veya sendikal tazminat talep edememeleri, işe iadeyi talep etme gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır²³⁵.

Doktrindeki katıldığımız görüşe²³⁶ göre, işveren tarafından kötü niyetli veya sendikal nedenlere dayanan fesihlerde, işçinin eski işine dönmek istememesi olasılığı yüksek bir ihtimaldir. Bu sebepten ki, işçi işe iade davasını kazandığı durumlar da dahi işine dönmek istemeyebileceği büyük bir ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle yasakoyucu tarafından bu ihtimal göz önüne alınarak yeni bir düzenlemeye gidilmesi gerekir.

Bir görüşe göre, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin devamı beklenemez ölçüde zedelendiği durumlarda, işçinin işe iade yerine tazminatı tercih etmekte haklı olduğu savunulmaktadır. Alman Hukukunda da benzer şekilde, feshin geçersizliğine karar verildiği durumlarda, işçi veya işveren tarafından, iş ilişkisine devam edilemeyeceğinin mahkemeye ispatlanması koşuluyla, sözleşmenin sona erdirilmesi ve tazminata hükmedilmesi istenebilecektir²³⁷. Bu şekilde işçiye veya işverene, bazı koşulları ispatlamak suretiyle işe iade yerine tazminat alabilme seçimlik hakkı tanınmıştır. Hukukumuzda da bu şekilde bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı görüşündeyiz²³⁸.

²³⁴ **SOYER**, 66; Aynı görüş için bkz. **ÇELİK, Nuri İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar Ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar**, Legal İHSGHD, C.4, S.14, İstanbul 2007, 490; **NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi(Karar İncelemesi)**, Legal İHSGHD, C.2, S.5, İstanbul 2005, 249; **ÇİL**, 673.

²³⁵ **ENGİN, Murat, İşe İade ve Uygulama Sorunları**, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri – İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Seminer Notları, Cep Kitapları-III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, 58.

²³⁶ **SOYER**, 66; Aynı görüş için bkz. **ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası**, 239.

²³⁷ “Alman Feshe Karşı Koruma Yasası m.10’a göre, tazminatın miktarı azami 12 aylık ücreti tutarındadır. Ancak 50 yaşını doldurmuş ve 15 yıllık kıdeme sahip işçiler bakımından bu miktar 15 aylık ücrete, 55 yaşını doldurmuş ve 20 yıllık kıdeme sahip işçiler bakımından 18 aylık ücrete kadar artırılabilir. 65 yaşını tamamlamış işçiler bakımından ise en fazla 12 aylık ücreti tutarında tazminat söz konusu olup, yaş ve kıdeme bağlı artırım uygulanmamaktadır”:**ALPAGUT, Karşılaştırmalı Hukuk**, 100.

²³⁸ **ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası**, 240.

4. Davanın Niteliği

İşe iade davalarının hukuki niteliği, iş güvencesi sisteminin hukukumuzda girmesi ile birlikte en çok tartışma yaratan konulardan biri olmuştur. İş güvencesine ilişkin hükümlerden, işe iade talebi, hukuki niteliği itibarıyla bir nispi butlan, yani iptal kabiliyeti olarak düzenlenmiştir²³⁹.

Kanun, işveren tarafından yapılan feshin geçersizliğini iddia etmek açısından, işçiye bir hak tanımaktadır. Feshin geçersiz olup olmadığı mahkeme kararıyla kesinleşene kadar bir askıda geçerlilik hali mevcuttur. Feshin geçersizliğinin iddia edilmesi hakkı işçiye bırakılmış olup, iptal kabiliyeti bulunan bir askıda geçerlilik halindeki fesih işlemi, mahkemenin vereceği karar ile nispi butlana dönüşecektir²⁴⁰.

Nispi butlanın hüküm ve sonuçlarını doğurması, kanun tarafından işçinin iradesine değil, mahkemenin kararına bağlanmıştır. Yani nispi butlanın gerçekleşip gerçekleşmediğine mahkeme karar verecektir. İşçi sadece, askıda geçerli haldeki feshin geçersizliğini iddia etme hakkına sahip olacaktır. Buradan hareketle, *ENGİN*; iş güvencesi hükümlerinin bir nispi butlan hali biçiminde düzenlendiği ve bir iptal kabiliyeti olduğunu belirtmiştir²⁴¹.

Bir davanın niteliği, o davadaki asıl talebe göre belirlenir. Fesih bildirimine itirazda(işe iade davasında) asıl talep, “*feshin geçersizliği*”dir. Feshin geçersizliği sonucunda, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat(iş güvencesi tazminatı) ile boşa geçen süre ücreti, asıl talebin kabulüne bağlı ve bu davaya özgü hükmün zorunlu unsurlarıdır²⁴².

²³⁹ *ENGİN, İşe İade ve Uygulama Sorunları*, 59

²⁴⁰ “Sözleşmede hata, hile, tehdidi ileri sürme hakkından yararlanan taraf, örneğin bu hakkı hata ile ileri sürerse ya da hile ile ileri sürerse, o sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılır. Bunun gibi, hileyi ileri sürme, nispi butlanı ileri sürme hakkı olan taraf, bunu ileri sürmeyebilir de, ileri sürmediği takdirde, o sözleşme sağlık kazanır, geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurur.”, yazarın görüşüne göre sözleşmedeki bu nispi butlan halini işe iade talebine benzetmiştir. Fesihteki sistemin benzerliğine dikkat çekmiştir. Ancak bu ikisi arasında bir fark olduğunu ifade ederek, nispi butlanın hüküm ve sonuçlarını doğurması, kanun tarafından işçinin iradesine değil, mahkeme kararına bağlandığını belirtmiştir. Yani mahkemenin vereceği karara göre fesih nedeninin geçerli mi geçersiz mi olduğu belirlenecektir. Burada işçi, hata, hile hallerinde sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürme hakkına sahipken, buna benzer şekilde feshin geçersizliğini ileri sürme hakkına da sahip olacağını savunmuştur: *ENGİN, İşe İade ve Uygulama Sorunları*, 59.

²⁴¹ *ENGİN, İşe İade ve Uygulama Sorunları*, 59–60.

²⁴² *ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ*, 220.

Dava dilekçesinde açıkça talep edilmese dahi, mahkeme işçinin işe iade talebini yerinde gördüğü takdirde, işe iade ile birlikte, işçinin yasal süresi içinde başvurusu üzerine işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödemekle yükümlü olacağı en az dört aylık ve en fazla sekiz aylık ücreti tutarındaki tazminatı ve kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmayan süreye ilişkin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretini ve diğer işçilik haklarını hüküm altına alacaktır. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına göre, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi istemi bu talepleri de kapsar²⁴³.

Yargıtay'ın benzer yöndeki bir başka kararında ise, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücreti ve diğer işçilik haklarına mahkemenin, işçi tarafından bu yönde bir talep olmasa bile tespit niteliğinde bir karar ile hüküm altına alması gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca, bu sürelerle ait tespit edilen ücret miktarlarının belirtilmesinin ve tahsili yönünde de bir karar verilmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir²⁴⁴.

İşe iade talebinin iş güvencesi tazminatını da kapsadığı, bu nedenle ayrıca talep edilmemesi konusunda doktrinde genel bir görüş birliği vardır. Bu sebeptendir ki, iş güvencesi tazminatı işe iadeden bağımsız bir talep değil, işe iade kararının işverence uygulanmamasının bir sonucu olduğundan, ayrıca talep edilmesine gerek olmadığı kanısındayız²⁴⁵.

İş güvencesi tazminatı, işçinin dört ay ile sekiz aylık ücret tutarı arasında değişebileceği için, davacı işçi somut olaya göre bu tazminatın belirlenmesinde yüksek limitten hüküm altına alınması görüşünde ise, bunun gerekçesi ile birlikte kaç aylık ücreti tutarında olması gerektiğini dava dilekçesinde talep etmesinde yarar bulunmaktadır. Hâkim bu talep ve gerekçe ile bağlı olmamakla birlikte, karar verirken bu hususu dikkate alabilir²⁴⁶.

²⁴³ “İşçinin işe iade isteği, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ve en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret taleplerini de içerir. Bir başka anlatımla, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri olmasa dahi bu hususlar işe iadenin sonucu olup mahkemece bu konularda da karar verilmelidir.”: Yarg. 9. HD, 20.05.2003, E. 2003/14994, K. 2003/14267: **KABAKCI, Mahmut**, *İşe İade Davasında İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan İşçilik Haklarının Talep Edilmesi(Karar İncelemesi)*, İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.4, İstanbul 2003, 905–917.

²⁴⁴ Yarg. 9. HD, 22.12.2004, 13301/29110: **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 220–221.

²⁴⁵ **BİLGİLİ**, 191; **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 220.

²⁴⁶ **BİLGİLİ**, 191.

Aksi bir görüşe göre, hâkim yasaya göre tazminata karar vermeye yükümlü olsa da, tazminat miktarının açıkça yazılı olduğu durumlarda, bu taleple bağlı olması gerektiği şeklindedir. Geçersiz feshin kendisinde yarattığı olumsuz sonucun üst limit dışında bir tazminat miktarı ile giderilebileceğini kabul ediyorsa, hâkimin bu isteğin üzerindeki bir miktara hükmetmesi yetkinin aşılması anlamına geleceği ifade edilmiştir²⁴⁷.

Ancak iş güvencesi tazminatı dışındaki en fazla dört aylık tutarla sınırlanmış çalıştırılmayan süre ücretinin mahkemeden talep edilmesinin gerekli olup olmadığı konusu öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüşe göre taleple bağlılık ilkesi gereği, işçinin bir talebi olmadan mahkemenin bu konuda karar vermesi mümkün değildir. Bunun ayrıca istenmesi gerekir. Çünkü işe iade hakkında karar verilmesi bu ücrete karar verilmesi için gerekli olmakla birlikte yeterli görülmemektedir. Dört aya kadar boşa geçen süreye ilişkin ücret bağımsız bir hak olup işçinin çalıştırılmayan süreye ilişkin bir iddiası ve bu ücrete ilişkin bir talebi olmadan mahkemenin boşa geçen süre ücretini değerlendiremeyeceği savunulmuştur²⁴⁸.

İşe iade davasının hukuki niteliği için öğretilerde tartışılmış bir diğer konu da, davanın eda davası, tespit veya inşai dava olduğu yönündeki farklı görüşlerdir. Medeni yargılama hukukunda davalar mahkemeden istenilen hukuki korumaya (talep sonucuna) göre ayrılık göstererek, eda, tespit veya inşai dava şeklinde ayrılmaktadır. Feshin geçersizliğini belirlemek için açılan işe iade davası inşai bir dava²⁴⁹ değildir. Çünkü taraflardan biri(İşveren), sözleşmeyi feshetmesine rağmen, diğer taraf(işçi) bu konuda

²⁴⁷ **UÇUM**, *Seminer Notları*, 158; “Yargıtay’ın dört aylık ücretin altında ücret talebi olan davalarda bu miktarı kabul eden mahkeme kararlarının davacı tarafından temyiz edilmediği hallerde taleple bağlılık ilkesine uyduğu görülmektedir. Şöyle ki, hiç talep edilmeme durumunda tam ücret (dört aylık), eksik talep edilme durumunda eksik ücret vermek hukukun genel ilkelerine uygun düşmemektedir”: **BİLGİLİ**, 192.

²⁴⁸ “İşe iade talebinin yanında tazminat, dilekçede belirtilmeyip daha sonra talep edilirse, bu iddianın genişletilmesi sayılmazken; işçinin çalışmadığı sürece dört aya kadar ücretin sonradan istenmesi iddianın genişletilmesi çerçevesinde değerlendirmelidir.”, görüşü için bkz. **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, 136; **UÇUM**, *Seminer Notları*, 158; **SOYER**, 66; **ÇELİK**, *İş Sözleşmesinin Süreli Fesih Süreli Feshi Ve Sonuçları*, 127; **ÖZEKES, Muhammet**, *İş Kanunu’nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama Ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, 485; **EKMEKÇİ**, *Yargıtay’ın İşe İade Davaları*, 178.

²⁴⁹ “Bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi için (yani yenilik doğuran bir hakkın kullanılabilmesi için), davacının tek taraflı iradesinin yeterli olmadığı veya bu konuda tarafların anlaşmasının mümkün olmadığı, bunun ancak bir mahkeme kararı ile sağlanabildiği durumlarda açılan davaya “İnşai Dava” veya “Yenilik Doğuran” dava denilir.”: **PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet**, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2007, 293.

aksini iddia ediyor ve gerekli hukuki sonucun doğmadığını ileri sürüyorsa, bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlık, inşai dava yoluyla değil, duruma göre eda veya tespit davasıyla giderilebilir. Taraflardan birinin(İşverenin) iradesini kullanmasıyla(fesih iradesiyle) zaten bir hukuki sonuç meydana gelmiştir. Açılacak davayla da, bunun tespiti veya bu hakkın kullanılmasıyla doğan taleplerin hüküm altına alınması istenir²⁵⁰.

İşe iade kararı ile feshedilen iş sözleşmesi tekrar kurulmaz sadece işe iade kararı ile feshin geçersizliği ve sözleşme hükümlerinin devam ettiği tespit edilir. İşK. m. 21/I' de "...Geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilir..." şeklinde ifadesi bu görüşü destekler niteliktedir²⁵¹.

Bu nedenle inşai dava olmayan işe iade davasının, tespit²⁵² mi yoksa eda davası mı olduğu yönünde öğreti ve Yargıtay tarafından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay işe iade davasını tespit davası olarak nitelemekte ve gerek iş hukuku bakımından 9. Hukuk Dairesi²⁵³, gerekse takip hukuku bakımından 12. Hukuk Dairesi²⁵⁴ verdiği kararlarında davanın hukuki niteliğini açıkça ifade etmektedir²⁵⁵.

Yargıtay'ın kararı doğrultusunda ve bizim de katıldığımız öğretilerdeki bir görüşe göre; işçinin işe iade davasında sadece tazminatın tespitini isteyebileceği, mahkemenin

²⁵⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 293.

²⁵¹ ÖZEKES, Muhammet, *İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı-Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yününden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İstanbul 2005, 137.

²⁵² "Davacının, bir hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin belirlenmesi hakkında tespit hükmü elde etmek için açtığı davaya "*Tespit Davası*" denir. Tespit davası ile davalı bir şeyi yapmaya veya bir şeyden kaçınmaya mahkûm edilemez, sadece taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu ya da tereddütlü olan içeriği tespit edilir.

Tespit davası sonunda mahkeme, davanın kabulü veya reddi hakkında bir karar verir. Eda davalarından farklı olarak, gerek davanın kabulü gerekse reddi hakkındaki kararlar tespit hükmü niteliğindedir. Ayrıca tespit davasının sonunda verilen hükümler, edaya yönelik emri içermediğinden ilamlı icra yoluyla takip edilemez (İİK m. 24 vd.): PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 289–293.

²⁵³ "...4857 Sayılı Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen tazminat ve boşta geçen süreye ilişkin ücret ile diğer haklar feshin geçersizliğinin bir sonucu olup re'sen gözetilmelidir. Ancak verilen karar, tespit niteliğinde bulunduğundan Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre miktar gösterilmeksizin belirlenmelidir.": Yarg. 9. HD, 12.10.2004, E. 2004/76421, K.2004/22999: BİLGİLİ, 194.

²⁵⁴ "İcra takibinin dayanağı olan ilamın hüküm fıkrasının incelenmesinde; yargılama giderleri ve avukatlık ücreti dışındaki kısımların eda hükmünü içermediği anlaşılmıştır. Dayanak ilam "tespit" niteliğindedir. Olayda 4857 sayılı yasanın 21. maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi yargılamayı gerektirmekte olup, ilamlı takip yapılamaz": Yarg. 12. HD, 24.05.2004, E. 2004/8995, K. 2004/13066: BİLGİLİ, 211–212.

²⁵⁵ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 137.

de bu tazminatın tahsiline karar veremeyeceği yönündedir. Bu nedenle hâkimin belirlediği tazminat miktarının ilamlı icraya konu yapılamayacağı, bunun anca kira tespiti davalarında verilen mahkeme kararlarında olduğu gibi ilamsız icra konusu yapılabileceği ileri sürülmüştür²⁵⁶.

Öğretideki diğer bir görüşe göre, asıl taleplerin dikkate alındığında davanın eda davası²⁵⁷ niteliğinde olduğudur. İşe iade davasında talepler açısından ilk talep işe iadedir; yani feshin geçersizliği tespit edilip İşK. m. 21/I gereğince “işverene işçiyi işe başlatması emredilir”. Bu şekildeki bir karar ile işverene, bir şeyi yerine getirmesi için bir zorunluluk yüklenmiştir. Burada, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödemesi gereken tazminatın tespit edildiği söylenerek, eda davası olmadığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Asıl talep işe iade olup, tazminat onun ikamesi niteliğindedir. Davadaki ikinci talep ise, boşa geçen süre için işçiye yapılacak ödemeye ilişkindir. İşK. m. 21/III ‘e göre “işçiye ücret ve diğer hakları ödenir”. Bu ifadenin de açık bir ödeme yapılması gerektiğini belirttiği savunulmuştur. Bu iki talep açısından değerlendirildiğinde ise, işe iade etme zorunluluğu, ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiği şeklinde eda hükümleri içerdiklerinden, davanın niteliği de bu şekilde olması gerektiği savunulmuştur²⁵⁸.

5. Görevli Ve Yetkili Mahkeme

İş Kanunu’na göre, “iş sözleşmesi feshedilen işçi... İş Mahkemesi’nde dava açabilecektir”(İşK.m.20/I). Yasada iş sözleşmesinin feshi durumunda, feshin geçersizliği iddiası ile ilgili görevli mahkemenin²⁵⁹ İş Mahkemesi olduğu açıkça

²⁵⁶ UÇUM, Mehmet, *İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz Ve Gereksiz Feshin Sonuçları*, Legal İHSGHD, S.9. C.1. İstanbul 2003, 2216–2217; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 222–223.

²⁵⁷ “Davacının talebinde davalının bir şeyi yapmaya, bir şeyi vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkûm edilmesini istediği dava türüne “Eda Davası” denilir. Eda davalarında şahsi veya aynı haklara ilişkin taleplerde bulunabileceği gibi, davalının olumlu veya olumsuz bir edaya mahkûm edilmesi talep edilebilir. Örneğin, bir taşınırın teslimi, bir taşınmazın tahliyesi, bir hakkın tescili, bir paranın ödenmesi, hukuka aykırı bir davranışa engel olunması eda davasının konusunu oluşturur.

Eda davasının kabulü hakkında verilen hükme rağmen, davalı ilamın gereğini gönüllü olarak yerine getirmezse, ilamlı icra yoluyla hükmün icrası mümkündür (İİK. m. 24 vd.). Bu sebeple, eda hükmünün icraya elverişli olarak, açık ve tereddüt oluşturmayacak şekilde verilmesi gerekir.”: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 289.

²⁵⁸ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 138.

²⁵⁹ “Görev; belirli bir davaya o yerdeki mahkemelerden hangisi tarafından bakılacağını belirlemektedir. Yani yargı yolu seçildikten sonra(adli yargının hukuk bölümü) davanın o yargı yolu içinde bulunan özel bir

belirtilmiştir. Şayet yasada açık bir hükme yer verilmeseydi, İşMahK. m.1/III uyarınca, “İş Kanunu’na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanunu’na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıklarla ilgili olarak genel görevli mahkeme olan İş Mahkemeleri görevli olacaktır” şeklindeki yasa kuralı gereği görevli mahkeme belirlenebilecektir. Aynı maddeye göre, İş Mahkemelerinin olmadığı yerlerde Asliye Hukuk Mahkemeleri²⁶⁰ bu davalara, İş Mahkemesi sıfatı ile bakmakla görevlendirilmiştir²⁶¹.

Yetkili mahkeme²⁶² için, İş Kanunu’nun fesih bildirimine itiraz usulüne ilişkin 20. maddesinde bir düzenleme bulunmadığından, genel düzenlemeye bakmak gerekecektir. İşMahK. m. 5’e göre, davaya hukuk usulündeki genel yetki kuralı gereği dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı mahkemesi gibi; işçinin uyuşmazlık konusu işini yaptığı işyeri için yetkili olan mahkemede de bakılabileceğini düzenlemiş ve bunlara aykırı olarak düzenlenmiş sözleşmelerin geçerli olmayacağı kabul edilmiştir²⁶³.

Tüzel kişi işverenler ve tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da, tüzel kişiliğin ticari merkezinin olduğu yer mahkemesi ile tüzel kişiliği olmayan toplulukların merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, yetkili mahkeme olacaktır²⁶⁴.

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda, HUMK m.9/II’ de yer alan “davalının birden fazla olması durumunda, dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılabilir” hükmü gereği, asıl işveren ve alt işverenin kanundan doğan

mahkemede görülüp görülmeyeceği incelenecektir.”: **ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nehvis, Medeni Usul Hukuku Esasları**, 4. Bası, İstanbul 2004, 59.

²⁶⁰ İş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesine açılan dava, “İş Mahkemesi” sıfatıyla açılmalıdır. Ancak, İş Mahkemesi sıfatıyla açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremeyecektir. Asliye hukuk mahkemesi ara kararı ile davaya İş Mahkemesi sıfatıyla baktığını belirterek davaya devam edecektir: **SARIBAY**, bkz. dn.129’ daki yazar, 120.

²⁶¹ **BİLGİLİ**, 151; **SARIBAY**, 120.

²⁶² “Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirlemektedir. Yani diğer bir ifade ile bir davaya yer itibariyle bakma iktidarına sahip mahkemeye yetkili mahkeme denir” :**ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları**, 4. Bası, İstanbul 2004, 88.

²⁶³ “İş mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunan TMK. gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı iş yeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme geçerli sayılmaz. Bu düzenleme yetki kuralı olup, emredici olduğundan bu iki mahkeme dışında başka bir mahkeme sözleşme ile yetkili kılınmaz.”: Yarg. 9. HD, 23.06.2003, E. 2003/11081, K.2003/11772: **BİLGİLİ**, 151.

²⁶⁴ **UÇUM, Seminer Notları**, 166.

müşterek müteselsil sorumluluğu sebebiyle de, bu işverenlerden herhangi birinin ikametgâhının olduğu mahkeme yetkili olacaktır²⁶⁵.

6. Davanın Açılması

İşe iade dava dilekçesinin içeriğine ilişkin HUMK. m.179/III.ve V. bentleri önem taşımaktadır. Buna göre, dava dilekçesinde işçinin iddiasına dayanak teşkil eden vakıaların ve taleplerin açık bir şekilde belirtilmesi gerekir. Yani iş güvencesi kapsamında çalışan bir işçinin sözleşmesinin belirli bir tarihte geçerli bir neden olmaksızın feshedildiğine ilişkin vakıalar belirtilmelidir. İşe iade davasında, işe iadeye ilişkin talebin ve iş sözleşmesine ilişkin gerekli olguların dava dilekçesinde beyan edilmesi, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin bir sonucudur²⁶⁶.

Dava dilekçesinin talep kısmında işçi, asıl talep olarak feshin geçersizliği nedeniyle işe iadeyi talep etmesi yeterlidir. Ayrıca işverene başvurmasına rağmen işe başlatılmazsa, en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında işverenin ödeyeceği tazminatın belirlenmesini istemesi gerekmemektedir. Çünkü işe iade talebi, işe iade edilmeme durumunda onun alternatifi olan iş güvencesi tazminatını da içermektedir(İşK. m.21). Mahkeme işe iade kararı ile birlikte ondan ayrılamaz şekilde iş güvencesi tazminatına da hükmedecektir²⁶⁷.

Yargıtay'a göre, işe iade davasında işçinin kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmayan süre için en çok dört aya kadar doğmuş olacak ücret ve diğer hakları mahkemece re'sen tespit edilir. İşe iade istemi dört aya kadar çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret talebini de içerdiğinden bunun ayrıca talep edilmesine gerek yoktur²⁶⁸.

Kanaatimizce işe iade talebi, iş güvencesi tazminatı ile boшта geçen süreye ilişkin ücret alacağını içermektedir. Bu nedenle boшта geçen süreye ilişkin ücret alacağının, işe iade talebinden bağımsız bir talep veya hak olduğu düşünülemez. İş güvencesi tazminatı

²⁶⁵ SARIBAY, 122.

²⁶⁶ GÖKÇE, 114.

²⁶⁷ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 136.

²⁶⁸ "Feshin geçersizliği sonucuna bağlı işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen ücret alacağına ilişkin hükümler; davacının başvurusu ve davalı işverenin işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümlerdir. Talep olmasa da re'sen nazara alınmalıdır.": Yarg. 9. HD, 05.12.2005, E. 2005/35888, K. 2005/38688: www.kazanci.com.

ve boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağı, işe iade talebinin gereği ve yasal bir sonucu olduğundan talepte ayrıca belirtilmese bile mahkeme tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Yargıtay'la aynı yöndeki öğretinin görüşünü bu yönden isabetli buluyoruz²⁶⁹. Öğretinin aksi yöndeki boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağı açısından işe iade davasında talepte bulunulmasını gerekli görüşüne katılmıyoruz²⁷⁰.

Sendika yeliği veya sendikal faaliyet nedeni ile işçinin sözleşmesi feshedilmişse, Sendikalar Yasasının 31.maddesinde sendika yeliği veya sendikal faaliyet nedeni ile fesih halinde İş Yasasının 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanacağını ancak 21.maddenin ilk fıkrasındaki tazminat miktarının işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı hükmedilmektedir. Ancak burada kanıt yükü İş Yasasının 20. maddesi gereği işçiye ait olacaktır. İşçi tarafından işe başlatılmama tazminatının bir yıldan az olmadığına ve boşta geçen süre ve diğer haklarına ilişkin ücrete dair bir talepte bulunulmasa bile mahkeme tarafından bu durum re'sen dikkate alınır²⁷¹.

²⁶⁹ Yarg. 9. HD. 31.1.2005, E.2005/100,K.2005/2354, Yarg.9.HD. 06.12.2004, E 2004/8609, K.2004/26668, Yarg. 9.HD. 8.6.2004, E.2004/2071, K.2005/14353, **ÇANKAYA/GÜNAY/GöKTAş**, 651vd.; öğretinin görüşleri için bkz. **şAHLANAN, Fevzi**, *Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından YARGITAY'IN 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2005, 105; **EKONOMİ, Münir**, *Yeni İş Kanunu erevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri*, TÜSİAD Yayınları, İstanbul 2005, 76; **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, 136.

²⁷⁰ **EKMEKÇİ, Ömer**, *Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları*, *Mercek Dergisi*, İstanbul-Temmuz 2003, 136; **ÖZEKES**, 20. ve 21. Maddeler, 485; Aynı yazar, *İşe İade Davaları*, 235-136; **SOYER**, 63.

²⁷¹ "Mahkemece feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine karar verilmesi ve sendikal neden kabul edilmesi yerindedir. Ancak iş güvencesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde işe başlatmama tazminatının Sendikalar Kanunu'nun 31. ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/1 maddesi uyarınca en az bir yıllık ücret tutarında belirlenmesi gerekirken, mahkemece işe başlatmama tazminatının 4 ay belirlendikten sonra, ayrıca tahsil sonucuna yönelik olarak en az bir yıllık ücret tutarında sendikal tazminatın tahsiline karar verilmesi hatalıdır. Zira 4857 sayılı İş Kanununun da düzenlenen ve feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümlerdir.":Yarg. 9. HD, 10.04.2007, E. 2006/32996, K. 2007/1019: www.kazanci.com; **ÇANKAYA/GÜNAY/GöKTAş**, 236;**ERTAN, Selçuk**, 4857 Sayılı İş Yasası ve Uygulamada İş Güvencesi, *Genel İş-Emek Araştırma Dergisi* 2005/I, Ankara 2005, 155; "Sendikal tazminatta mahkeme tarafından hükmedilecek tazminat için talep edilen miktarı aşmamak, işçinin bir yıllık creti tutarından az olmamak koşuluyla, yargıç tarafından olayın özellikleri ve sözleşmesi feshedilen işçinin kıdemi göz önünde tutularak takdir edilecektir. Hatta, kıdemiyle orantılı olarak iki yıllık ücret tutarında veya daha fazla sendikal tazminata hükmedilmesi dahi mümkün olabilecektir.": **TERZİOĞLU, Ahmet**, *İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar*, *Kamu-İş Dergisi*, C.10,S.1, Ankara 2008, 53; "Sendikal sebeple fesih yapıldığı dava dilekçesinde belirtildiği davalarda, bir yıllık sendikal tazminat yerine, sekiz aylık ücret tutarında tazminatın tespit edilmesi istenilmiş ise, mahkeme HUMK. m. 74 uyarınca talepten fazlasına hkmedemeyeceğinden sekiz aylık iş güvencesi tazminatına hükmedecektir.": **ÇANKAYA/GÜNAY/GöKTAş**, 238.

İş güvencesi kapsamındaki işçinin, işe iade davası açarken yatıracağı harç miktarı, maktu başvurma harcıdır. (HarçK. 1 sayılı Tarife, A,I). İşe iade davası, bir tespit davası olduğu için maktu başvuru harcı yatırılarak açılabilir. Bu konuda herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Ancak karar ve ilam harcının(HarçK. 1 sayılı Tarife, A,III) nisbi harç mı yoksa maktu harç olarak mı alınacağı hususu farklı görüşler mevcuttur²⁷².

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre karar ve ilam harcının maktu alınması şeklindeki görüşü, ÖZEKES tarafından eleştirilmiştir. Bu uygulamanın Harçlar Kanunu bakımından uygun olmadığı düşüncesinde olan yazara göre, Harçlar Kanunu bakımından kural olarak davanın niteliğinin konusunda bir ayırım yapılmaksızın dava edilen ve hüküm altına alınan değer üzerinden harç alınmalıdır(Harç K. m.15,16). İşe iade davası açılırken işe iade edilmeme ihtimali için öngörülen iş güvencesi tazminatı, biri diğerinin yerine geçecek talepler olduğundan bu iki talep açısından tek harç hesap edilmelidir. Hesap edilen bu tazminat, işe iade gerçekleşmediği takdirde değerle ifade edilebilecek bir miktar haline geldiğinden, artık karar ve ilam harcı olarak bu miktar üzerinden nisbi harç olarak alınması gerekir²⁷³.

İşe iade davasında karar ve ilam harcı kanaatimizce Yargıtay'ın yerleşik içtihatları doğrultusunda maktu harç üzerinden alınmalıdır. Yargıtay'ın içtihatlarına göre mahkemenin belirleyeceği tazminatlar miktar olarak değil süre yönünden tespit edilecektir. Bu nedenle tazminatın miktar yönünden tespitinin gerçekleşmediği bu davada karar ve ilam harcının maktu harç üzerinden alınmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

7. Yargılama Usulü

İşMahK.'nin 7. maddesine göre, "İş Mahkemeleri'nde sözlü yargılama usulü uygulanır" hükmünden farklı olarak işe iade davalarında uygulanacak yargılamanın "seri yargılama usulü" (HUMK. m.501–506)²⁷⁴ olacağı açıkça hükümde belirtilmiştir (İşK.m.20/III, c.1).

²⁷² ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 143; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 238–239.

²⁷³ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 143.

²⁷⁴ "Yargılama usulünün seri olarak ifade edilmesi, sadece cevap layihası ile replik ve düplik dilekçeleri verilme süreleri bakımından (HUMK m. 505) farklı olmasından kaynaklanan bu yargılama usulü aslında yazılı yargılama usulünden daha yavaş işlemektedir. Çünkü "kısa sürede" cevap lahiyası ya da replik ya

İşe iade davalarının seri yargılama usulüne tabi olması sebebiyle, uyuşmalığın kısa sürede çözülmesi amaçlandığından, bu yargılama usulü çerçevesinde, davalı işverenin davaya, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren *yedi gün* içerisinde cevap vermesi gerekir. Replik ve düplik süreleri ise *beş gündür*(HUMK. m. 505). Taraflar yazılı delillerini dilekçelerine eklemeli ve başka yerden getirilecek belge ve bilgiler için de gerekli açıklamayı yaparak giderlerini ödemelidirler (HUMK. m. 180, m.195)²⁷⁵. Her ne kadar usulü hükümlerde davalı işverenin davaya cevap dilekçesini, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde vermesi öngörülse de uygulamada dilekçelerin ilk duruşmada verildiği görülür.

Hakim seri yargılama usulüne göre gördüğü işe iade davasında yargılamayı(duruşmaları) en yakın bir güne ertelemesi gerekir(HUMK. m.505/son). Ayrıca yargılamanın en kısa zamanda tamamlanması amaçlanan bu davada, iki tarafın muvafakati dışında, taraflara delillerini göstermeleri için ancak bir defa kesin süre verilebilir(HUMK. m.504). Yani yasa uyarınca taraflar delillerini süresi içerisinde getirmelidirler, sonradan getirilen delilleri hâkimin kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, ispat yükünün kural olarak işverende olduğu bu davada, gerek işçi gerekse işveren açısından hak kaybına uğranılmaması için dikkat edilmesi gereken çok önemli bir noktadır. Yeni elde edilmiş olan delillerde ise bu kural uygulanmayacaktır²⁷⁶.

Seri yargılama usulü, yazılı yargılama usulünün biraz daha hızlandırılmış biçimi niteliğindedir. Bu nedenden dolayı seri yargılama usulüne tabi dava ve işlerde, HUMK’ daki özel hükümler(HUMK. m.501–506) dışında yazılı yargılama usulü hakkındaki genel hükümler(HUMK. m. 178 vd.) uygulanır(HUMK m. 502)²⁷⁷.

da düplik dilekçesi veremeyen taraf, mahkemeye başvurarak sürenin uzatılmasını talep etmekte bu talebi kabul edilerek yazılı yargılama usulüne göre daha uzun bir zaman verilmiş olmaktadır. İş Kanunu’nda işe iade davaları için (İşK m. 20/III) seri yargılama usulünün uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak adı seri olmasına rağmen kendisi oldukça yavaş olan bu yargılama usulü uygulamada adından ötürü yanıltıcı rol oynamaktadır.”: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 661.

²⁷⁵ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 144; Aynı yazar, *20. Ve 21. Maddeleri*, 489; TUNCAY, *İşe İade Davaları*, 28; Aynı yazar, *İş Güvencesi Yasası*, 9; ALP, 21; AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 192; GÜZEL, *İş Güvencesi*, 98; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, 474; Aynı yazarlar, *İş Kanunu Şerhi*, 1405; MOLLAMAHMUTOĞLU, 754; ÇELİK, 236; ÇİL, 317–318; KORKUSUZ, Refik, *İşe İadeye ilişkin Yargılama Yöntemi ve Türk Hukukunda Uygulaması*, http://www.akader.net/KHUKA/2006_mart/2.pdf, 20; UÇUM, 167–168; BİLGİLİ, 158; PEKCANITEZ/ ATALAY/ÖZEKES, 661.

²⁷⁶ Aynı yer 275.dn.daki yazarlar.

²⁷⁷ Aynı yer 275.dn.daki yazarlar.

Öğretideki bir eleştiriye göre, işe iade yargılamasının yapıldığı seri muhakeme usulü ile uygulamada hiçbir serilik sağlanamamıştır. Usul hukuku açısından da terk edilmiş bir yargılama usulüdür. Yazılı usule göre sadece cevap ile replik ve düplik sürelerinde kısalık sağlanabilmiştir. Ayrıca işçi açısından daha basit bir yargılama amacıyla getirilen sözlü yargılama usulünden farklı bir yargılama usulünün uygulanması için herhangi bir neden olmadığı ifade edilmiştir²⁷⁸.

8. İspat Yükü

Genel Usul Hukuku açısından baktığımızda, bir davada çekişmeli olguların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği konusuna, *ispat yükü* denilir. Bir davada her iki taraf ispat yükünü kime düşüğünü gözetmeden delil göstermişlerse artık hâkimin ispat yükünün hangi tarafa düşüğünü araştırmasına gerek yoktur. Hâkim ilk önce tarafların getirdiği delilleri inceleyecektir²⁷⁹.

İki tarafın veya bir tarafın gösterdiği deliller ile davadaki bütün çekişmeli olgular aydınlanmış ise, ispat yükünün kime düşüğünün araştırılmasına gerek kalmamıştır. Ancak hâkim bu deliller sonucunda tam bir kanaate ulaşamamışsa ispat yükünün kime düşüğünün tespit edilmesinde yarar vardır²⁸⁰.

İş güvencesi açısından baktığımızda, işe iade isteyen davacı işçi, belirsiz süreli bir iş sözleşmesi ile iş güvencesi kapsamında bir iş yerinde çalıştığını ispatlamalı; işverenin bir fesih bildiriminde bulunduğunu ve feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı ya da herhangi bir sebep gösterilmediğini de iddia etmelidir. Çünkü bunlar işçinin lehine hak doğurabilmesi için kanunda belirlenmiş koşullardır. İşçi bu koşullara ilişkin somut olguları ortaya koymak zorundadır²⁸¹.

İşe iade davası açan işçi, işverenle aralarındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığını ispat etmekle yükümlüdür. İşçi ile işveren arasındaki bu iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini de işçi ispatlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshi bildirim işveren tarafından tebliğ ile yapılacağından, işçi tarafından yazılı olarak ispatı

²⁷⁸ EKMEKÇİ, *Yargıtay'ın İşe İade Davaları*, 169–170; GÜZEL, *İş Güvencesi*, 98.

²⁷⁹ KAR, Bektaş, *İş Güvencesinde İspat Yükü Ve Deliller*, Legal İHSGHD, S.7, C.2, İstanbul 2005, 1006.

²⁸⁰ KAR, 1006.

²⁸¹ KAR, 1007.

mümkündür. Yazılı yapılmadığında fesih bildirimleri her türlü delille ispatlanabilir²⁸². Ancak 4857 sayılı İş Kanunu, feshin yazılı yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Yargıtay feshin yazılı olarak yapılmamış olmasının feshi geçersiz kılacağı sonucuna ulaşmıştır²⁸³.

İşçinin çalışmış olduğu işyerinin iş güvencesi kapsamına girdiğinin ispatı açısından farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, işyerinde otuz işçinin çalıştığını işçinin kendisi ispat edecektir²⁸⁴. Yani işten çıkartılan işçi, en az otuz işçi çalıştırılması gereken bir işyerinde veya işletmede istihdam edildiğinden dolayı iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği iddiasını ortaya atınca, bunu ispatlamakla yükümlü olacaktır²⁸⁵.

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, işçi sayısı ölçütü açısından, fesih tarihinde çalışan işçi sayısı yerine, işyerinin normal işleyebilmesi için en az otuz işçinin çalışmasının gerekip gerekmediğine ve bu niteliğin iş sözleşmesinin feshi sırasında var olup olmadığına bakılmalıdır²⁸⁶.

Başka bir görüşe göre de, işyerinde (İşK. m. 18/I) otuz işçinin altında işçi çalıştığını işverenin ispat etmesi gerekir²⁸⁷. Kanaatimizce işçinin, iş güvencesi kapsamında olmadığını işverenin ispat etmesi gerekir.

Bizim de katıldığımız *KAR*' in bu yöndeki görüşüne göre; bir işyerinde çalışan işçilerin tüm kayıtları işverence tutulmaktadır. Bu kayıtlara göre, işveren tarafından, resmi makamlara vergi kesintisi ve bildirimi ile sigorta prim ve ödemeleri yapıldığından, işyerindeki işçi sayısını en iyi işveren bilebilecek konumdadır. Ancak işyerinde çalışan işçi sayısının bildirilenden daha düşük gösterilmesi durumunda, bu durum işçi tarafından her türlü delil ile ispatlanabilir²⁸⁸.

²⁸² ÖZEKES, 20. *Ve 21. Maddeleri*, 490; ALP, 20; SARIBAY, 139.

²⁸³ Yarg. 9. HD, 16.12.2004, 2004/18185–2825: ÖZDEMİR, *İspat Yükü*, 295.

²⁸⁴ ALP, 20; ÖZEKES, 20. *Ve 21. Maddeleri*, 490; “İşçi tarafından, işyerinin niteliği ve işçi sayısı, SSK, prim bildirge ve bordroları ve işyeri ücret bordroları yanında gerekirse tanıkla bu husus işçi tarafından kanıtlanacaktır.”, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 241.

²⁸⁵ ÖZDEMİR, *İspat Yükü*, 293; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 200; ÖZEKES, 20. *Ve 21. Maddeleri*, 490.

²⁸⁶ EKONOMİ, 4; GÜZEL, *İş Güvencesi*, 32; ÖZDEMİR, *İspat Yükü*, 293.

²⁸⁷ KAR, 1007.

²⁸⁸ KAR, 1007–1008.

İşçinin, iş güvencesi kapsamına ilişkin koşulların varlığını, iş sözleşmesinin İş veya Basın İş Kanunu'na tabi olduğunu, sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu, işyerinde en az otuz (4773 sayılı Kanun döneminde “en az on”) işçi çalıştığını ve asgari altı aylık kıdemi olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Ancak yazara göre, işçi tarafından ispatlanmaya çalışılan koşulların aksini ispatlama açısından ispat yükümlülüğü işverene geçecektir²⁸⁹. Yargıtay'a göre, işçinin işveren vekili olduğu ve iş güvencesi kapsamına girmediği şeklindeki bir iddiası için ispat yükümlülüğü işverene geçer²⁹⁰.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin ispat yükünün işçinin üzerinde olduğunu belirten açık bir hükmü bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay, işçinin veya işverenin ispat edememe riskini, işçi veya işveren üzerinde bırakmamaktadır. Yerel mahkemenin tüm delilleri değerlendirmesini ve iş güvencesi kapsamına ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda, kesin bir sonuca ulaşmasını istemektedir²⁹¹.

İş sözleşmesinin feshinin geçersizliği nedeniyle açılan işe iade davasında, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması normal bir durumdur. Ancak istisnai şekilde ispat yükündeki başka bir kurala göre, “*ispat yükü normal durumun aksini iddia eden tarafa düşer*”. Bu nedenle işveren normal durum olan belirsiz süreli iş sözleşmesi dışında başka bir anlaşma olduğunu iddia ediyorsa ispat yükü yer değiştirecek ve işveren ispat külfeti altına girecektir²⁹².

²⁸⁹ “Alman Hukukunda 5 veya daha az sayıda işçi çalıştıran işyerleri yasa kapsamı dışında tutulmuştur. Avusturya Hukukunda 5 veya daha az sayıda işçi çalıştıran işyerleri, İtalya’da sanayi ve ticari işletmelerin işyerlerinde 15’den az işçinin, tarım işletmelerinde 5’den az işçinin, diğer işyerlerinde ise 35’den az sayıda işçi çalıştıran işyerleri feshine karşı koruma yasasının kapsamı dışındadır.”:ALPAGUT, *Karşılaştırmalı Hukuk*, 86.

²⁹⁰ “...fesih bildiriminde dayanılmayan işveren vekili olduğu iddiası da ispatlanamadığından, gösterilen sebebin geçerli olmadığı, sonucuna varılmış 4857 Sayılı Yasanın öngördüğü usul ve koşullara uygun ve süresinde açıldığı anlaşılana işe iade davasının kabulüne, hizmet süresine göre tazminatın 4 aylık brüt ücret tutarı olarak belirlenmesine karar vermek gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.”: Yarg. 9. HD, 24.01.2005, E. 2004/31542, K. 2005/1113: **ÖZDEMİR**, *İspat Yükü*, 294,

²⁹¹ “Yargıtay 9. HD., iş güvencesi koşullarından olan işçi sayısı açısından, resen araştırma faaliyetine girilerek inceleme yapılmasını istemektedir.”: Yarg. 9. HD, 30.03.2005, 8336/10992; Yarg. 9. HD, 08.02.2005, E. 2004/33948, K. 2005/3661: **ÖZDEMİR**, *İspat Yükü*, 294–295; Aynı kararlar için bkz. **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, *İş Kanunu Şerhi*, C. I. 1404.

²⁹² **KAR**, 1008.

İş güvencesine ilişkin, feshin geçersizliği ve işe iade davalarında, İş Hukuku'nun hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanını kapsayan özellikleri dikkate alındığında, kendiliğinden araştırma ilkesinin²⁹³ ağır bastığı görülecektir.

İşe iade davalarındaki genel kural kapsamında, iş sözleşmesi ile çalışma, haklı veya geçerli fesih nedenlerini ortaya koyma, altı aylık kıdem²⁹⁴ ve iş güvencesine tabi işyeri olma gibi taraflarca hazırlama ilkesi²⁹⁵ dışında kalan olgular için, hâkimin kendiliğinden araştırma ilkesi söz konusudur. Yargıtay da bu hususu bir kararında açıklamıştır²⁹⁶.

İş Kanunu'nun 20. maddesinde belirtildiği üzere, “iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile dava açabilecektir”²⁹⁷.

İşK. m. 20/II' de, “feshin geçerli sebebe dayandığının ispat yükümlülüğü işverene aittir” şeklinde ispat yükümlülüğü kanunun belirlediği şekliyle işverene yüklenmiştir. Burada genel ispat yükünün yer değiştirmesi durumunu görmekteyiz. Çünkü işverenin fesih bildirim hakkını geçerli bir nedenin varlığına bağlayan iş güvencesi sisteminde, asıl olan iş ilişkisinin devamı olduğundan, geçerli bir fesih nedeninin oluştuğunu işveren ispat etmek zorundadır²⁹⁸.

²⁹³ “Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda; hâkim davanın ispatı için gereken bütün delillere kendiliğinden başvurur; taraflarda duruşma bitinceye kadar delil gösterebilirler. Dava ile ilgili olguların hazırlanmasında, tarafların yanında, hâkimin de görevli olmasına, kendiliğinden araştırma ilkesi denir. Bu ilke kamu düzenini ilgilendiren çekişmeli ve çekişmesiz davalarda önem arz eder”: **KAR**, 1011.

²⁹⁴ “İşçinin altı aylık kıdemini ispatı açısından; bu durumu işçinin yazılı delille ispatlayabilmesi için, Sosyal Sigortalar Kurumunun sicil kaydı kullanılır. Hizmetinin bildirilmediği ya da eksik bildirildiği durumlarda, eksikliği tanık ve diğer delillerle de ispatlanabilir.”: **SARIBAY**,140.

²⁹⁵ “Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, deliller kural olarak taraflarca gösterilir; hâkim delillere kendiliğinden başvurma yükümlülüğü yoktur. Yalnız istisnai olarak, hâkim bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden(re'sen) başvurabilir(HUMK. m.275, m.363). Hâkim, isticvaba da kendiliğinden karar verebilir (HUMK m. 230/I). Ayrıca hâkim davanın her safhasında, iki tarafın iddiaları sınırı içinde olmak üzere, tarafları dinleyebilir ve gerekli delillerin gösterilmesini ve verilmesini emredebilir (HUMK. m.75/III)”: **KAR**,1011.

²⁹⁶ “Davacı işçinin işe iade hakkından yararlanabilmesi için, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre; işyerinde en az otuz veya daha fazla işçi çalışması ve en az altı aylık hizmet süresi bulunmalıdır. Mahkemece söz konusu koşullar araştırılmamıştır. Sair hususlar incelenmeksizin, mahkemece yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”: Yarg. 9. HD, 02.10.2004, E.2004/21879, K.2004/21304: **KAR**,1011.

²⁹⁷ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, “İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmayacağı iddiasında bulunacaktır. Yani *ispat* değil *iddia* söz konusudur.”, 473.

²⁹⁸ **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 95.

İşveren dayandığı nedenin gerçek bir neden olduğunu ispatlamakla yükümlüdür²⁹⁹. Bu kural, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 9. maddesinde yer alan esasa uygun olarak yasamızda yapılan düzenleme ile getirilmiştir³⁰⁰.

158 sayılı ILO Sözleşmesi, bu sözleşmeyi kabul eden ülkelerin iç mevzuatlarında yapacak oldukları değişiklikler açısından iki seçenek sunmuştur. İlk seçenek olarak, bizim de mevzuatımıza getirdiğimiz, ILO m. 9/II-(a) fıkrasındaki, feshin geçerliliği hususundaki ispat yükünün işverene bırakılmasıdır. İkinci seçenek olarak da, ILO m.9/II-(b) fıkrasındaki, feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı hususunun, yargıcın, tarafların sundukları delillere göre oluşacak kanaatine bırakılmasıdır. *MOLLAMAHMUTOĞLU ise*, ikinci seçeneğin uygulama açısından daha uygun olacağı görüşündedir. Aynı şekilde, Fransız Hukuku'nda da yargıç, uyuşmazlığın taraflarınca sunulan delillere göre kanaatini oluşturmakta, feshin gerçek ve ciddi bir nedene dayanıp dayanmadığını bu şekilde tespit etmektedir³⁰¹.

Kanaatimizce feshin geçerli nedene dayandığını işverenin ispat etmesi gerekir. Burada iş güvencesi sistemindeki ispat yüküne ilişkin kurallardan biri olan “*ispat yükünün yer değiştirmesi kuralına*” uyulması gerekmektedir. İşverenle işçi arasındaki iş ilişkisinin devamının asıl, feshin ise istisnai bir durum olması nedeniyle, bu ilişkiyi bitiren işverenin, iş güvencesine aykırı bir fesih yapmadığını ispatlaması gerekir. Ayrıca İşK. m. 19’da, “işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır” ifadesi bulunur.

Yasada yer alan tüm bu maddeleri değerlendirdiğimizde, işçi tarafından açılan bir işe iade davasında, ispat yükü altında olan işveren, ilk olarak feshin şekil şartlarına uygun olarak yapıldığını, yani açık ve kesin sebebinin yazılı olarak işçiye bildirildiğini mahkemeye ispatlamalıdır. Ayrıca feshin, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili olduğu durumlarda, fesih bildiriminden önce işçinin savunmasını aldığını da ispat etmesi

²⁹⁹ DEMİR, Cuma Arif, *İş Güvencesi Ve İşe İade Davaları*, Ankara 2007, 228.

³⁰⁰ “İspat yükünün işverene ait olması, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 9. maddesindeki esas da uygun düşmekte ve Avrupa Birliği’ne üye ülkelerden (Almanya, İtalya, İsveç, Belçika, Portekiz, İngiltere) de genel olarak benimsenen bir kuraldır”: ALPAGUT, *Karşılaştırmalı Hukuk*, 100; TUNCAY, *İş Güvencesi Yasası*, 9; SÜZEK, 568; Aynı görüş için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, 753.

³⁰¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, 753.

gerekir(İşK. m.19/II)³⁰². Yargıtay da, işverenin savunma almamasının feshin geçersizliği sonucunu doğuracağını kabul etmiştir³⁰³.

İşveren, İşK.m. 19/II uyarınca işçinin savunmasını aldığı ispat etmek durumunda olacaktır. İşverenin savunma aldığına ilişkin kanıtları mahkemeye ibraz edememesi halinde feshin geçersizliği sonucuna varılacaktır. Yasada işçinin savunmasının ne şekilde alınacağına dair bir hüküm yoktur. Ancak ispat kolaylığı açısından işverenin yazılı savunma alması daha uygun olacaktır³⁰⁴.

Mahkeme işçinin, işe iade istemiyle açtığı bir davada, öncelikle usul koşullarının varlığını denetleyecektir. Uygulamada Yargıtay, fesih geçerli nedene dayansa dahi, feshin ilişkili usuli koşulların ihlalinin feshin geçersizliği sonucunu doğuracağını kabul etmiştir³⁰⁵.

Bu gibi biçimsel koşulların tamamlanmasından sonra işveren, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlamalıdır. Dolayısıyla, işverenin hem feshin gerekçe gösterdiği olgunun varlığını, hem de feshin başvurabileceği en son çare olduğunu kanıtlaması gerekir. Aksi halde fesih geçersiz sayılır. Feshin son çare olması kuralı yasada yer almasa da Yargıtay'ın uygulamalarında benimsenmiş bir kuraldır³⁰⁶.

Bu aşamada işveren, fesih sebebini açıklarken, (işçi özlük dosyası, işyeri kayıtları, sigorta kayıtları, tutanaklar, tanık beyanları, keşif, bilirkişi incelemesi ve yemin gibi) her türlü delil araçlarına dayanabilecek ve kullanabilecektir³⁰⁷.

³⁰² AKYIĞIT, 875–876; KAR, 1008; UÇUM, *Seminer Notları*, 166; KANDEMİR, Murat, *İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi*, Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ' ye Armağan, Eylül 2005, 6.

³⁰³ Yarg. 9. HD, 22.11.2004, 10728–26690: ÖZDEMİR, *İspat Yükü*, 294

³⁰⁴ ÖZDEMİR, *İspat Yükü*, 298.

³⁰⁵ Yarg. 9. HD, 16.12.2004, 2004/18185–2825: KAR, 1024; Aynı yöndeki karar için bkz. Yarg. 9. HD, 27.09.2004, 5522/19993: ÖZDEMİR, *İspat Yükü*, 295–296.

³⁰⁶ AKYIĞIT, 876.

³⁰⁷ KAR, 1009; SARIBAY, 144.

İşK. m. 20/II' ye göre, "İşçi, feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür". 4773 sayılı kanun tasarısında bulunan bu hüküm, tasarının kanunlaşması sırasında metne alınmamış fakat 4857 sayılı kanunda bu hükme aynen yer verilmiştir.

İşverenin, fesih sırasında işçiye sunduğu sebebi mahkemeye ispat etmesinden sonra, İşK. m. 20/II'e göre işçinin mahkemeye asıl fesih sebebinin bu olmadığı, başka bir fesih sebebi olduğu iddiasını ileri sürebilmesi açısından öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, İşK. m.20/I hükmünün uygulanmasında işverenin ispat yükü öncelik taşımaktadır. İşverenin geçerli fesih nedenini mahkemede ispatlamış olması durumunda, işçinin İşK. m. 20/II, 2.cümlesi uyarınca başka bir fesih nedenin bulunduğunu ispat etmesi artık gereksiz hale geleceği yönündedir. Görüşe göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematığı ve sıralaması göz önüne alındığında, feshin geçerli bir sebebe dayandığına ilişkin ispat yükünün öncelik taşıdığı kabul edilir³⁰⁸.

ÇELİK e göre de; işverenin fesih sebebinin geçerliliğine ilişkin iddiasını, işçinin iddiası ile birlikte yapılan değerlendirme sonunda, ispatlamış olduğu kabul edilirse, işçinin başka bir fesih sebebi bulunduğu iddiasının ispatı söz konusu olamaz³⁰⁹.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını işverenin ispat edememesi durumunda ise, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia eden işçinin bunu ispat etmesinin, feshin geçerli sebep oluşturmayacağına ilişkin İşK. m. 18/III, (a) ve (b) dışındaki sebepler açısından pratik bir sonucu yoktur. Çünkü feshin geçerliliğinin işverence ispat edilememesi ya da işçinin başka bir sebebin varlığını ispat etmesinin sonuçları aynıdır (İşK. m. 21). Buna karşılık, iş akdinin İşK. m. 18/III, (a) ve (b)' de yer verilen temsilcilik ve sendikacılık faaliyetlerinden ötürü feshedildiği hallerde(Senk. m. 30, 31) işçiler, işverenin feshin geçerliliğini ispat edememesi durumunda, İş Kanunu m.21'deki tazminat yerine, Sendika Kanunu m.31'deki sendikacılık tazminatını talep edebilmek

³⁰⁸ **ÇELİK**, 235–236; **OKUR, Zeki**, *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi İddiasında İspat Yükü*, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 762.

³⁰⁹ **ÇELİK, Nuri**, *İş Sözleşmesinin Geçersizliği Ve İşe İade Talebiyle Açılan Davada İspat Yükü(Karar İncelemesi)*, Prof. Dr. Devrim ULUCAN' a Armağan, İstanbul 2008, 347.

için, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ispatlamakla yükümlüdür. Bu nedenle böyle bir durumda işçi açısından ispat yükümlülüğünün önemi büyüktür³¹⁰.

İşçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğini ispat etmesi kolay değildir. Bu nedenle burada işçi lehine yorum yapılarak ispat yükümlülüğünün kolaylaştırılması ve işçinin yalnızca sendikal nedenlerle hareket edildiğine dair emareleri ispatlaması ile yetinilmesi gerekir.

Diğer bir görüşe göre, işveren feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat ettiği durumlarda, işçinin, feshin işverenin iddia ve ispat ettiğinden başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi mümkündür. Bu halde bu yeni olguları ispat yükü işçiye ait olur³¹¹.

Kanaatimize göre, işverenin mahkemede ileri sürdüğü ve ispatladığı fesih sebebi dışında başka bir sebepten ötürü feshin gerçekleştiğini işçinin iddia ettiği durumlarda, bu iddiasını ispatlayabilme imkânı verilmesi gerekir. Şayet işçiye böyle bir ciddi iddia sonrasında ispatlama hakkı tanınmazsa, kanundaki “İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”(İşK. m.20/II, c.2) açık hükmünü de görmezden gelmiş oluruz. Yargıtay’ın da bu yönde kararı mevcuttur³¹².

İşverenin fesih sebebini ispatladığı halde dahi işçinin aksi iddiasını savunmasına ve ispatlamasına olanak verilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, işçi lehine yorum ilkesi gereğince işçinin iddiası yargılamada kuşku yaratır bir boyutta olabilir. Bu durumda mahkemenin her iki tarafın sunduğu deliller, iddia ve savunmalar dâhilinde bir karara varmasının daha adil olacağı kanısındayız.

³¹⁰ ÇELİK, *Karar İncelemesi*, 347.

³¹¹ GÜZEL, *İş Güvencesi*, 97; ÖZEKES, 20. *Ve 21. Maddeleri*, 491.

³¹² Yargıtay’a göre; “ İş Kanunu’nun 20. maddesinin ikinci fıkrasıyla yasa koyucu önce, genel ispat kuralının aksine işverene bir kanıt yükü getirmiş, ancak işverenin bu kanıt yükünü yerine getirmesinden sonra işçinin feshe ilişkin iddiasını da kanıtlamasına olanak tanıyan genel ispat kuralına dönmüştür. Kendisine ispat yükü düşmeyen taraf, karşı tarafın iddiasını ispat etmesini bekleyebilir. Kendisine ispat yükü düşen taraf iddiasını ispat edemezse, diğer tarafın onun iddiasının aksini ispat etmesine gerek yoktur; o iddia ispat edilememiş, yani dava bakımından yok sayılır.”: Yarg. 9. HD, 19.06.2006,E. 2006/14801, K. 2006/17539: ÇELİK, *Karar İncelemesi*, 347.

İşverenin feshi ispat edememesi durumunda, işçinin başka bir sebebin varlığını ispat edebilmesi, İşK. m. 18/III, (a),(b)'deki temsilcilik veya sendikacılık faaliyetlerine ilişkin sebepler dışında diğer geçerli sebeplerin ispatı bakımından bir fark yaratmayacaktır³¹³.

İşK.m. 20/II, c.2 hükmü gereğince ispat yükünün işçiye geçmesinin anlamı, sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, bu iddiasını ispatlayabildiği takdirde, işe başlatmama tazminatı olarak dört-sekiz aylık tazminatı değil, bir yıllık ücretinden az olmayacak şekilde belirlenmesinde etkili olacaktır. Sendikal nedeni ispat yükünün işçi üzerinde olmasının başka bir anlamı bulunmamaktadır. İşverenin fesih nedenini ispat edememesi ise, feshin geçerli sayılmaması anlamına gelecektir. İşçi sendikal nedeni ispatlayamasa bile, işveren ispat yükünden ve feshin geçersizliği ile işe iade kararından kurtulamayacaktır³¹⁴.

Sendikalar Kanunu m. 31/VII hükmüne göre³¹⁵, iş güvencesi kapsamı dışında olan işçilerin, sendikal nedenden ötürü işten çıkartılmaları halinde, ispat yükümlülüğünü işverene yüklemektedir. Yani, feshin sendikal nedene dayandığını güvence kapsamındaki bir işçi iddia etmişse, ispat yükü işçide; güvence kapsamı dışında kalan bir işçi bunu iddia etmişse, feshin sendikal nedene dayanmadığı hakkındaki ispat yükü işverededir. Öğretinin baskın görüşüne göre, ispat açısından bu ayrımın getirilmesi gereksiz olmuştur. Sendikal nedenle sözleşmesi feshedilen işçilerden iş güvencesi kapsamında olanlar, bu kural ile iş güvencesi kapsamında dışında olanlara nazaran daha elverişsiz durumda kalmıştır. İsabetsiz bu ayrımın, ispat hukukuna ilişkin genel kurallar doğrultusunda ortadan kaldırılması yerinde olacaktır³¹⁶.

İşK. m. 5/I' de, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağını; İşK. m. 5/son ise, m. 20

³¹³ ÇELİK, 235–236.

³¹⁴ SARIBAY, 147.

³¹⁵ Sen. K. m. 31/VII uyarınca “Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanunu’na tabi işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanunu’nun iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan işçilerin sendika üyeliği ve sendikacılık faaliyetlerinden dolayı iş sözleşmesinin feshi iddiası ile açacakları davada ispat yükümlülüğü işverene aittir”.

³¹⁶ ÇELİK, 236; SÜZEK, 569–570; AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 179–180; ŞAKAR, 244; SOYER, 60; ÇİL, Şahin, *Sendikal Tazminat(Karar İncelemesi)*, Legal İHSGHD, S.6, İstanbul 2005, 669; GÜZEL, *İş Güvencesi*, 96–97,131; OKUR, 762; BAYRAM, Fuat, *Sendikal Fesih Karinesi*, Legal İHSGHD, S.12, C.3, İstanbul 2006, 1326.

hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçinin ispat etmekle yükümlü olduğu belirtilir. Ancak işçi tarafından, bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durum ortaya koyulduğunda, işverenin böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacağı düzenlemiştir. Yani böyle bir durumda ispat yükü yer değiştirecektir. İspat yükünün işverene geçecek olması şeklindeki bu çözüm yolu, bir görüşe göre, iş güvencesi kapsamındaki işçinin sendikal nedenle feshinin ispatında da kıyas yoluyla uygulanabilmesi gerektiği yönündedir³¹⁷.

9. Yargılama Süresi

Fesih bildirimine itiraz, bildirim işçiye tebliğ edildiği günden itibaren bir aylık süre içerisinde İş Mahkemesi'ne veya Özel Hakeme yapılmalıdır. İş Mahkemesinde dava açmaya ilişkin bir aylık süre, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin m.8/III' de yer alan, işçinin hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı makul sürede itirazda bulunmak gerektiği, aksi halde bu hakkı kullanmaktan vazgeçmiş sayılacağı hükmü gereğince getirilmiş hak düşürücü süre niteliğinde bir düzenlemedir(İşK.m.20) .

Sen. K.m.30/I' de işyeri sendika temsilcileri için öngörülen³¹⁸ “fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre” içinde İş Mahkemesi'ne başvurulmasına ilişkin düzenleme, uygulama için sorun çıkarmayan bir süre olduğu öne sürülmüş ve dava açma süresine ilişkin bir aylık sürenin, 158 sayılı sözleşmedeki “*makul bir süre*”yi karşıladığı belirtilerek, 1992 yılında hazırlanan tasarıda da bu görüş kabul edilmiştir³¹⁹.

4857 sayılı İşK. m. 20/I' de “iş sözleşmesi feshedilen işçi,...fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde İş Mahkemesi'ne dava açabilir” hükmü konulmak suretiyle hukukumuzda 158 sayılı sözleşmedeki “makul süre” kavramına uygun bir süre getirilmiş oldu.

³¹⁷ SARIBAY, görüşün yazarları için bkz. dn. 215, 149.

³¹⁸ “...Fesih bildiriminden tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikamın İş Mahkemesi'nde dava açma hakkı vardır. Mahkeme; temsilcinin işe iade edilmesine karar verirse fesih geçersiz sayılır ve temsilcinin işten çıkarıldığı tarihten itibaren temsilcilik süresinin devamınca ücret ve diğer bütün hakları işverence ödenir.”: Yarg. 9. HD, 20.9.2004 T., E. 2004/4385, K.2004/19461: İNCİRLİOĞLU, Lütfi, remi sitesi, http://www.lutfiinciroglu.com/docs/yargitay_9HDkarar.zip (Ziyaret Tarihi 21.07.2008).

³¹⁹ ALP, 19; GÜZEL, *İş Güvencesi Yasa Tasarısı*, 38; Aynı yazar, *İş Güvencesi*, 90; ÇELİK, 232.

Dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğu öğretide³²⁰ ve Yargıtay³²¹ uygulamalarında kabul edilmiş olup, bu konu hakkında yasa maddesi kapsamında değerlendirmeler bulunmaktadır.

ALP’ e göre, İşK. m. 20/I’ de “bir ay içinde dava açabilir” ifadesinin kullanılması bu sürenin zamanaşımı süresi olduğunu çağrışırsa da, 158 sayılı ILO Sözleşmesi m.8/III’ deki makul süre içinde yapılmadığı takdirde, işçinin bu haktan vazgeçmiş sayılacağı düzenlemesi nedeniyle, bunun hak düşürücü süre olduğunun kabulü gerekir³²².

ÇELİK’ e göre; dava açmaya ilişkin bir aylık süre, 158 sayılı sözleşmedeki “makul süre” ölçütüne uygundur. Mahkemece re’sen dikkate alınması gereken bu hak düşürücü süre, fesih bildirimının tebliği tarihi itibarıyla başlayacaktır³²³.

ÖZEKES’ e göre, “dava açabilir” ifadesi, işçinin dava açıp açmama konusunda serbest olduğunu ifade etmek için kullanılmış olup, dava açma süresini kapsamamaktadır. Ayrıca yazara göre, dava açma süresi işe iade davalarında işçinin ücret alacağından uzun süre mahrum kalmaması için kısa tutulmuştur. Usul Hukuku’nda bu tip kısa süreler kural olarak hak düşürücü nitelikte kabul edilir. Bu nedenle işçi, işveren ve işletme için de bu sürenin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi faydalı olacaktır³²⁴.

Yargıtay’ın konuya ilişkin ve isabetli bulduğumuz kararlarında olduğu gibi, bir aylık sürenin hak düşürücü süre olduğu, yargıcın bu süreye ilişkin incelemeyi re’sen yapması gerektiği, hak düşürücü sürenin niteliği gereği sürenin durmasının veya kesilmesinin mümkün olmadığı, bu sürenin geçirilmesi durumunda yargıcın yargılamada yapacağı ilk incelemede davayı esasa girmeden reddedebilecektir³²⁵.

³²⁰ **TUNCAY, A. Can**, *İşe İade(Karar İncelemesi)*, Legal İHSGHD, S.2, C.1, İstanbul 2004, 533–536; **SÜMER, Haluk Hadi**, *İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması*, Konya 1997, 134; Aynı yazar, *İş Hukuku*, 103; **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 90; **ÇELİK**, 232.

³²¹ Yarg. 9. HD, 11.12.2003, E.2003/20424, K.2003/20629: **TUNCAY**, *İşe İade(Karar İncelemesi)*, 533–536.

³²² **ALP**, 19.

³²³ **ÇELİK**, 232.

³²⁴ **ÖZEKES**, 20. Ve 21. Maddeleri, 483.

³²⁵ Yarg. 9. HD, 19.02.2007, 3415/4391: **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 859; Yarg. 9. HD, 10.03.2005, E. 2005/5170, K. 2005/7898, http://www.lutfiinciroglu.com/docs/yargitay_9HDkarar.zip (Ziyaret Tarihi 21.07.2008).

İşK. m. 20/I, itiraz süresinin “yazılı^{326,327} fesih bildirimının işçiye tebliği” tarihinden itibaren başlayacağı belirtilmiş olup, itiraz(dava açma) süresi fesihden ya da işçinin işyerinden ayrıldığı tarihten değil, fesih bildiriminden itibaren başlayacaktır. Önceden bildirim süresi verilerek yapılan fesihlerde ise, itiraz süresinin bildirim(tebliğ) süresinden itibaren başlayacağı, öğretilde³²⁸ çoğunlukla kabul edilen ve uygulamada Yargıtay³²⁹,’ın da katıldığı bir görüştür.

Azınlıkta kalan yazarlardan *ÇİL*’ e göre; işverence bildirim öneli tanınmak suretiyle yapılan fesihlerde bu süre, bildirim yapıldığı tarih değil, feshin gerçekleştiği önelin bitimi tarihinden başlayacaktır. Bu durumda da önel içinde açılan işe iade davalarının süre yönünden reddine karar verilmesi gerekir. Önel içinde iş sözleşmesinin feshi sonuç doğurmayacağına göre, bu çözümün doğru olmadığını ve bu şekilde işe iade davalarının işçinin önel içinde çalıştığı sırada açılması gibi bir durum oluşturur³³⁰.

UÇUM a göre; işçinin işe iade davası açabilme süresi, ihbar süresi verilerek yapılan fesihlerde, fesih bildirimini işçiye tebliğ edilmiş olsa bile, ihbar süresi bitmeden başlamayacaktır. Bir aylık dava açma süresinin, ihbar süresi bittikten sonra (İşK. m.17/I- son) başlaması gerekir³³¹.

³²⁶ “ Bir aylık itiraz süresinin bildirim tarihine göre başlayacağı öngörülmüş olmakla bu her zaman yazılı olarak uygulamada karşımıza çıkmamaktadır. Fesih bildirimini sözlü olabileceği gibi, fiili tutum ve davranışlarla da yapılabilmektedir. Yazılı tebliğin/bildirim olmadığı durumda süre işçinin fesihden haberdar olduğu tarihten itibaren başlayacaktır. Yargılamada yazılı bildirim yapılmadığı gerekçesi ile fesih sebebi üzerinde durmadan feshin geçersiz sayılmasına karar verilecektir”: **AKYİĞİT**, 857; **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 233; “Sözlü fesihlerin bildirim tarihlerinin saptanamadığı durumlarda bir aylık sürenin işlemeyeceği kabul edilebilir, ancak sözlü feshin işçi tarafından bilindiğini gösteren belge vs. var ise süre bu belgedeki süreler göre hesaplanır”: **BİLGİLİ**, 144; Aksi görüşe göre, “Sözlü fesihlerde sürenin kural olarak işlemeyeceği ve bu konuda işverenin hak düşürücü sürenin geçtiği yönündeki savunmasının dinlenemeyeceğini savunur.”: **ÖZEKES**, 20. *Ve 21. Maddeleri*, 483.

³²⁷ Yarg. 9. HD, 28.11.2005, E. 2005/34667, K. 2005/37461: **AKYİĞİT**, 857.

³²⁸ **TUNCAY**, *İşe İade(Karar İncelemesi)*, 533–536; Aynı yazar, *İş Güvencesi Yasası*, 9; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, 173; **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 233; **SOYER**, 58–59; **AKYİĞİT**, 857. Aksi görüş için bkz. **UÇUM**, *İşe İade Talepleri*, 74–78; **UÇUM, Mehmet**, *İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar*, Legal İHSGHD, S.4, C.1, İstanbul 2004, 1302–1317, **ÇİL**, 313.

³²⁹ Yarg. 9. HD, 03.04.2006, E. 2006/4980, K. 2006/8257: **AKYİĞİT**, 857; Aynı yönde, Yarg. 9. HD, 11.12.2003, E. 2003/20424, K. 2003/20626: **TUNCAY**, *İşe İade(Karar İncelemesi)*, 533–536; Aynı karar için bkz. **İNCİROĞLU**, *İş Hukuku Uygulaması*, 94–95.

³³⁰ **ÇİL**, 313.

³³¹ “Yazara göre, yazılı bilirim zorunlu olduğu, sözlü fesih bildirim olduğu durumlarda bir aylık sürenin başlamayacağını savunur”: **UÇUM**, *Seminer Notları*, 165.

Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, işe iade davası açma süresi, işverenin işçiye fesih bildirim tarihinden (tebliğden) itibaren başlaması gerektiğidir. Aksi görüşü savunan yazarlara göre ise, iş ilişkisi bitmeden işe iade amacını taşıyan ve mahkemenin feshin geçersizliğini incelediği, bunun sonucunda da işe iade ve iş güvencesi tazminatına, en çok dört aya kadar çalışmadığı süreye ilişkin ücrete hükmedeceği hususudur. Bu açıdan konu değerlendirildiğinde, yazarların değindiği şekliyle eleştiriye açık yönler bulunmaktadır.

KILIÇOĞLU ve ŞENOCAK' a göre, bir aylık hak düşürücü dava açma süresinin yasada belirtildiği ve Yargıtay'm da kabul ettiği şekliyle fesih bildiriminden itibaren başlaması, uygulamada işçilerin genellikle kendisine yapılan fesih bildirimindeki tarihe bakmaları sonucu hak kayıplarına neden olabilmektedir. Bu nedenle sürenin başlangıcına dair bu düzenleme, hakkaniyete uygun değildir. Düzenlemenin ikinci bir sakıncası ise İşK. m. 18'de belirtilen altı aylık kıdem süresinin hesabı açısından Yargıtay'm feshin tebliğ tarihini esas almasıdır. Feshin tebliğ tarihinden ileri bir tarihi taşıması halinde, işçinin altı ayı aşkın çalışmasına rağmen tebliğin altı aydan önce yapılması nedeniyle iş güvencesinden yararlanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu konuda bir düzenleme yapılması gerekir³³².

TUNCAY' in savunduğu baskın olan görüşe göre, fesih bildiriminden itibaren bu süre başlayacaktır. Yargıtay'm görüş ve uygulamaları da bu yöndedir. İşK. m. 20'nin açık ve kesin ifadesi varken aksi görüşlerle açık hükmün tahrif edilmemesi gerekir. Zira bu konuda yasada örtülü bir boşluk dahi bulunmamaktadır³³³.

İş sözleşmesinin askıda³³⁴ olduğu (hastalık, ücretsiz izin dönemi, kısa süreli askerlik görevi, grev ve lokavt dönemi vb.) hallerde fesih bildirim yapılması durumunda, bir görüşe göre işçinin iş sözleşmesinin feshi askı süresinin bittiği günün

³³² *KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, İş Kanunu Şerhi*, 1403.

³³³ “Bu uyumsuzlukların sıcağı sıcağına kısa sürede sonuçlandırılması gerektiğini; zira yasa diğer iş uyumsuzluklarından farklı olarak iş güvencesine dair uyumsuzlukları kısa bir sürede halledilmesi gerektiğini belirtmiştir.”: *TUNCAY, İşe İade (Karar İncelemesi)*, 533–536; Aynı görüşte: *SÜZEK*, 560.

³³⁴ İşçinin ve işverenin kusuruna dayanmayan nedenlerle iş görme borcunun geçici olarak ifa edilemediği veya işverenin ifayı kabulünün geçici olarak imkânsızlaştığı hallerde, bu durumun ortadan kalkmasına dek işçinin iş görme, işverenin ücret ödeme borcunun ve fesih hakkının ertelenmesine, iş sözleşmesinin askıya alınması denir. Bu nedenlerin ortadan kalkması ile iş sözleşmesinden doğan asli edimler tekrar hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu nedenle askı durumu işçi açısından iş güvencesi sağlayan bir fonksiyonu vardır.”: *SARIBAY*, 130; *AKTAY/ARICI/ KAPLAN (SENYEN)*, 2. Bası, 165.

ertesinde geçerlilik kazanır ve dava açma süresi de “askı döneminin bitimini izleyen günden” itibaren başlayacaktır³³⁵. Bizim de katıldığımız Yargıtay uygulamalarına³³⁶ göre, iş sözleşmesinin askıda bulunduğu bir durumda, bu sözleşmenin bildirimli olarak feshedilmesi halinde, dava açma süresi fesih bildirimini işçiye tebliğ edildiği andan itibaren işlemeye başlayacağı yönündedir.

İşyeri sendika temsilcisi işçinin sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde, temsilciye ve kendisini atayan sendikaya dava hakkı tanınmış ve belirli süre ile bu hakkın kullanımı sınırlanmıştır(Sen. K. m. 30)³³⁷.

İşçiye tebliği zorunlu olan fesih bildirimiminin, temsilciyi atayan sendikaya da işveren tarafından bildirilmesi, öğretideki bir görüşe göre kanunda öngörülmediği için zorunlu bir unsur değildir. Ayrıca hak düşürücü süre niteliğindeki bir aylık dava açma süresinin başlangıcı olarak, Sendikalar Kanunu tarafından fesih bildirimini(tebliği) tarihi kabul edildiği için gerek temsilci gerekse sendika tarafından bu tarihten itibaren bir ay içinde mahkemeye başvurulması gerekir³³⁸.

³³⁵ UÇUM, *Seminer Notları*, 165.

³³⁶ “...4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, re'sen dikkate alınması gerekir.

İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildirimini yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildirimini tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak tanzimcilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmaz.

İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.”: Yarg. 9. HD, 18.2.2008, E. 2007/42394, K. 2008/208: www.kazanci.com.

³³⁷ “4773 sayılı Kanun’la 2821 sayılı Sen. K. m. 30’un değişikliği öncesinde, İş Hukuku sistemimizde, tek iş güvencesine sahip kesim olan işyeri sendika temsilcileri için, gerçek anlamda bir işe iade olanağı mevcutken, şimdi bu güvence tamamen ortadan kaldırılmış ve temsilcilerin güvencesi işyerindeki diğer işçilerin sahip olduğu iş güvencesi düzeyine getirilmiştir. İşyeri sendika temsilcilerinin, şu anda işyerinde çalışan işçilerden iş güvencesi açısından tek farkı, Sen. K. m. 30/II uyarınca, iş sözleşmelerinin sadece temsilcilik faaliyetinden dolayı feshedilmesi halinde İşK. m.21 uyarınca en az bir yıllık ücretleri tutarında tazminata hükmedilecektir, şeklindeki hükmüdür.”: Eleştiri için bkz. **YÜREKLİ, Sabahattin**, *İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi*, İstanbul 2004, 173–174; Öğretideki diğer bir eleştiri ise, “Otuz işçiden az işçi çalıştırılan işyerlerindeki temsilciler veya işyerinde çalışması altı ay doldurmamış temsilcilerinin, temsilcilik faaliyeti nedeniyle işten çıkarılmaları halinde Sen. K.m.31’e dayanan sendikal tazminattan başka bir talepte bulunma olanağı olmayacaktır; böylece işyeri sendika temsilcilerinin bir geriye gidiş yaşanmakta olduğu belirtilmiştir”: **EKMEKÇİ**, *Toplu İş Hukuku*, 55; **KUTAL, Metin**, *Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem*, (Seminer Notları), Marmaris 25–29 Eylül 2002, 30.

³³⁸ **NARMANLIOĞLU, Ünal**, *İş Hukuku II*, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, 266-268.

Alt işveren- asıl işveren ilişkisinde, dava süresinin başlangıcı açısından hangi işverene husumetin yöneltileceği; sürenin hak düşürücü süre olması nedeniyle dikkate alınması gereken bir husustur. İşçinin iş sözleşmesi, alt işveren tarafından feshedildiğinde işçi, fesih bildirim tarihinden itibaren bir ay içinde kural olarak işe iade davasını kendi işvereni olan alt işverene karşı açacaktır.

Alt işveren ile asıl işveren arasında muvazaanın bulunan olaylardaki Yargıtay kararlarında ise, işe iade davasının asıl işverene açılması gerektiğini ve hak düşürücü sürenin bu andan itibaren işlemeye başladığı vurgulanmıştır³³⁹.

Yargıtay'ın bir başka kararında ise, işçi lehine yorum yapılarak muvazaa durumunda, işçinin alt işverene açtığı işe iade davasının, yanlış hasıma yöneltildiğini ve davanın gerçek hasım olan asıl işverene karşı yöneltilmesi için de davacı işçiye mehil verilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁴⁰.

Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, davayı yanlış hasıma yönelten işçinin bir kusuru bulunmamaktadır. İşçi asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaayı bilmediğinden ve muvazaa yargılama esnasında ortaya çıktığı için, işçiye davayı asıl işverene karşı yöneltebilmesi için mehil verilmesinin isabetli olacağı görüşündeyiz.

Ayrıca Yargıtay'a göre; muvazaa şüphesi bulunan işçilerin işe iade davasını, kendi işverenleri olan alt işverenlere karşı açtığı davalarda, işçinin temsil açısından hatası olmadığı yani muvazaa durumunu bilebildiği anlaşıldığında, husumeti her iki işverene karşı yöneltilmesi gerekmektedir. Aksi halde Yargıtay bu davaları reddetmektedir³⁴¹. Dolayısıyla işçinin işverenleri arasında muvazaa şüphesinin bulunduğu durumlarda, bir aylık dava açma süresinin hak düşürücü süre olması bakımından husumeti her iki işverene yönletmesi, hak kaybına uğramamasını sağlayacaktır³⁴².

³³⁹ “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 gerektiğine hükmedilmiştir.”: Yarg. 9. HD, 12.12.2005, E.2005/36137, K.2005/39139: **SARIBAY**, dn. 174’deki karar, 137.

³⁴⁰ Yarg. 9. HD, 12.12.2005, E. 2005/34820, K.2005/39197: **SARIBAY**, dn. 175’deki karar, 137.

³⁴¹ Yarg. 9. HD, 27.2.2006, E. 2006/2371, K.2006/4767: www.kazanci.com.

³⁴² **SARIBAY**, 138.

Bir aylık dava süresinin hesaplanması konusunda İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmadığı için dava süresinin başlangıcına dair hesaplama için İşMahK. m. 15' de atıfta bulunulan, dava sürelerinin düzenlendiği HUMK. m. 161 ve m. 162' ye bakmamız gerekir. Buna göre, fesih bildirimının davacıya tebliğ edildiği gün hesaba katılmayarak ertesi günden itibaren süre işlemeye başlayacaktır³⁴³.

Dava süresi, bir aylık sürenin başladığı fesih bildiriminin işçiye tebliğ edildiği günün sonraki aya denk gelen günündeki tatil saati sonunda bitecektir. Sürenin başlangıcı, ayın sonuna denk gelmişse ve o ayı takip eden ayın aynı günü de yoksa süre bu ayın son gününde bitecektir. Tatil günleri süreye dâhildir. Sürenin son günü tatile denk gelmesi durumunda tatili izleyen ilk iş gününde(tatil olmayan ilk günde) itirazın yapılması mümkün ve geçerli olacaktır³⁴⁴.

İş Kanun'una göre, feshin geçerli sebeple yapılmadığını iddia eden işçi tarafından fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde açılan işe iade davası, iki ay içinde İş Mahkemesi'nce çözümlenecek ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde de Yargıtay bir ay içinde uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlayacaktır(İşK. m.20/III). Yasada üç aylık bir yargılama süreci öngörülmüş olsa da, uygulamada bu tür davaların daha uzun sürdüğü görülmektedir³⁴⁵.

Kanunda belirlenen yargılama usulü ve yargılama süreleri ile işe iade davalarının yargılama ve sonuçlanma sürelerinin kısa tutulması, işçi ile işverenin menfaatine bir yaklaşımdır. Ancak uygulamada İş Mahkemeleri'nin iş yükü düşünüldüğünde, bu davaların kanunda öngörülen süreler içerisinde bitirilebilmesi çok düşük ihtimaller dâhilindedir³⁴⁶.

³⁴³ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 235; AKYİĞİT, dn. 272, 857; Farklı bir görüş: "Bir aylık sürenin hesabında BK. m.76'ya bakılması gerekir. Fesih ayın kaçınıcı günü işçiye bildirilmişse süre o gün başlayacak ve takip eden aydaki aynı günün bitimine kadar itirazın yapılması(davanın açılması) gerekecektir. Örneğin: 15 Ocak 2004 günü fesih bildirimini alan bir işçinin en geç 15 Şubat 2004 tarihi mesai saati bitimine kadar dava açması gerekir. Şayet fesih günü takip eden ayda bulunmuyor ise takip eden ayın son günü olarak kabul edilir. Örneğin: 31 Ocaktaki bir fesih bildirimine itirazın son günü şubat ayının son günü olan 28(veya 29) Şubat günüdür":BİLGİLİ, 142.

³⁴⁴ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 235; AKYİĞİT, 857.

³⁴⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 174; SARIBAY,150; Özel Hakemlerin karar verme süresi için; "Tarafların belirlediği sürede veya kanunun gösterdiği altı aylık süre içerisinde kural olarak hakemlerin karar vermeleri gerekir. Ancak bu mutlak değildir. Tahkim süresinin tarafların açık ve yazılı anlaşmalarıyla uzatılması mümkündür. Öte yandan, mahkeme başkanı veya hâkimin kararı ile tahkim süresinin uzatılmasının mümkün bulunmaktadır"(HUMK. m. 529).

³⁴⁶ SARIBAY, 151.

Bu konu ile ilgili farklı eleştiriler mevcuttur. Bir görüşe göre, kanunda sözü edilen süreler uygulamanın gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. İş Mahkemeleri'nin ve Yargıtay'ın iş yükü göz önünde tutulduğunda bu süreler dâhilinde davanın sonuçlanması neredeyse imkânsız gözükmektedir³⁴⁷.

Bu konudaki diğer bir eleştiriye göre, kanundaki yeni düzenlemeler ile uygulanma kabiliyeti olmayan süreler getirilmiştir. Bu nedenle, yargı organları bu sürelerle, iş yüklerinden dolayı uyamamaktadırlar. Bunun sonucunda uzayan yargı süreci ile beraber hukuka ve yargı organlarına duyulan güveni zedelemektedir³⁴⁸.

Kanunda öngörülen süreler, yargılamaya ilişkin olduğu için düzenleyici niteliktedir. Hak düşürücü bir etkiye sahip değildir. Mahkeme tarafından da bu sürelerin geçirilmiş olması, verilen kararın geçerliliğini etkilemez³⁴⁹.

Kanaatimizce her ne kadar kanunda öngörülen süreler düzenleyici olup, hak kaybına neden olmasa da, bu sürelerin yargılamada geçirilmesi yasa koyucunun süreye ilişkin iradesine uyulmaması sonucunu doğuracaktır. Bu yasa hükmünün yok sayılması durumunda ise, hukuka ve adalete duyulan güvenin zedelenmesi ile “Adil Yargılanma Hakkı”nın(AİHS. M.6)³⁵⁰ ihlalini oluşturacağı kanısındayız. Bu nedenle yeni bir düzenleme ile bu sürelerin uygulanabilir makul süreler olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki “makul süre” ölçütüne uymak suretiyle, yargılama süresinin aşıp aşılmadığı her olayın kendine has özellikleri içerisinde değerlendirilerek belirlenmelidir. Aksi halde yargılama makamlarının AİHS. m. 6 çerçevesinde belirlenmiş olan kriterlere uymadıkları gerekçesiyle sorumlulukları ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, Adil Yargılanma Hakkı'na uygun bir biçimde “makul süre”de

³⁴⁷ **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 97; “Bu tip uygulama olanağı bulunmayan hükümler, mevzuatımızda birçok yerde bulunmaktadır. Özellikle Toplu İş Hukukunda 2821 sayılı Kanun’un m.4, 30 ve 2822 sayılı Kanun’un m.3, 15, 60’da görülmektedir. Ülkemizde, iş mahkemelerinin, çok ağır iş yükü nedeniyle, davaları yasada öngörülen sürede sonuçlandıramadıkları herkesçe bilinen bir gerçektir”: **GÜZEL**, *İş Güvencesi Yasa Tasarısı*, 39–40; **SÜZEK**, 566; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, *2.Bası*, 590; **SARIBAY**, 151; **ÇİL**, 317.

³⁴⁸ **ÖZEKES**, *20. Ve 21. Maddeleri*, 489–490; **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 98; **SARIBAY**, 151.

³⁴⁹ **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, 144; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 474–475.

³⁵⁰ “Herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile 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”:AİHS. m. 6/I’ de düzenlenmiştir.

yargılanma yapılması büyük önem taşımaktadır. Bunun için de ülkemizin koşullarının dikkate alındığı “makul süre” ilkesi çerçevesinde yargılanmaların tamamlanabilmesi için yeni bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır.

10. Temyiz

Çalışmamızın, “Özel Hakem Kararlarına Karşı Yasa Yolları” kısmında, Özel Hakem kararlarına karşı kanun yollarını(HUMK.m.533) anlatacağımız için bu bölümde sadece İş Mahkemesi kararlarına karşı kanun yolunu ele alacağız.

a. İş Mahkemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklik Öncesi ve Sonrası Dönemin Değerlendirilmesi

İşe iade davalarında(İşK. m. 20 ve 21), yerel mahkeme(İş Mahkemesi) tarafından verilen kararların temyizi mümkündür. İşK. m. 20/III’ e göre, “*Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir*”, hükmü uyarınca kanun yolu yasa koyucu tarafından getirilmiştir. Mahkeme tarafından verilen kararlar da, İş Mahkemesi’nin verdiği diğer nihai kararlar gibi kararın tefhiminden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilir(İşMahK. m. 8/III).

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 8. maddesi³⁵¹; 5308 sayılı Kanunda Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun ile değiştirilmiştir³⁵². Bu değişiklik, 5328 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunu’na paralel olarak yapılmıştır. Bu kanunla, Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması ve ilgili diğer hususlar düzenlenmiştir.

³⁵¹ 5521 sayılı Kanun Madde 8 - (Değişik: 5308 – 2.3.2005 / m.1 - Yürürlük m.3) İş mahkemelerince verilen nihai 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 nihai kararlar kesindir.

İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür.

Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Kanun yoluna başvurulmuş kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay’ca iki ay içinde karara bağlanır.

Yargıtay’ın kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz
³⁵² RG. 18.03.2005, S. 25759.

5328 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesine göre, Adalet Bakanlığı'nın, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 25. maddede öngörülen Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulacağı ve bunların kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttaki göreve başlayacakları tarihin, Resmi Gazetede ilan edileceği ifade edilmiştir. Kanunda sözü edilen mahkemelerin 01.06.2005'ten itibaren iki yıl içinde kurulması öngörülmüş ise de halen bu yönde bir gelişme bulunmamaktadır³⁵³.

Bölge Adliye Mahkemeleri henüz uygulamaya geçmemiş olsa da, İşMahK m. 8'de yapılan ve bu mahkemelerin kuruluş ve faaliyetlerine yönelik değişiklikler yürürlüğe girmiştir³⁵⁴. İşMahK m. 8'de yapılan bu değişiklikler 4857 sayılı kanunun işe iadeye ilişkin hükümlerini de etkilemiştir³⁵⁵.

5308 sayılı kanun ile İşMahK. m. 8' de, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kuruluş ve işleyişine paralel değişiklik yapılırken, işe iade davalarına ilişkin özel durumlar dikkate alınmamıştır. Bu nedenle de, İşMahK m. 8 ile 4857 sayılı Kanunu'nun işe iade davasına ilişkin esaslarını düzenleyen bazı hükümleri arasında tam bir uyum sağlanamamıştır³⁵⁶.

³⁵³ SARIBAY, 153–154.

³⁵⁴ “Bu maddede yapılan değişiklik, 02.03.2005 tarih ve 5308 sK.’nın 3. maddesi uyarınca, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girecekken, anılan madde 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.”: SARIBAY, 154.

³⁵⁵ “İşMahK m. 8/II’ e göre; kanun yoluna ilişkin olarak, “İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür” şeklindedir. Değişiklik öncesinde “kararın tefhiminden itibaren sekiz gün cümlesi” dışında ayrıca tarafların yokluklarında da tebliği tarihinden itibaren sekiz gün şeklinde bir hüküm eklenerek madde genişletilmiştir.

İşMahK m. 8/III’ e göre; henüz kurulamamış olan İstinaf mahkemesinin her kararına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği, Bölge Adliye Mahkemesi’nin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihai kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği şeklinde değişiklik yapılmıştır.

Kanun yoluna başvurulduğu zaman ne kadar süre sonra yargılamanın tamamlanacağına dair, İşMahK m. 8/IV ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; “*Kanun yoluna başvuru kararlar, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay’ca iki ay içinde karara bağlanır*” şeklinde ifade edilmiş olup, son fıkrasında ise, eski düzenlemede olduğu gibi Yargıtay’ın kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir.”: SARIBAY,153–158.

³⁵⁶ SARIBAY,154.

Yeni düzenlemeye göre; para ile değerlendirilemeyen davalara³⁵⁷ ilişkin İş Mahkemesi kararları kesin değildir (İşMahK m.8/I). Bu nedenle işe iadeye ilişkin davalar açısından istinaf mahkemesine başvurulabilecektir. Aynı zamanda İşMahK. m. 8/III' e baktığımızda, “*Bölge Adliye Mahkemesinin para ile değerlendirilemeyecek dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar ve değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilecektir*”, şeklinde temyize sınırlama getirilmiştir.

Bu iki maddeyi beraber değerlendirdiğimizde, işe iade davaları Bölge Adliye Mahkemesinin para ile değerlendirilemeyecek dava ve işlerinden olduğundan, öncelikle taraflarca İş Mahkemesi'nin kararına karşı İstinaf yoluna başvurulur, sonrasında da Yargıtay'a gönderilmek üzere temyize edilir³⁵⁸.

İşMahK. m. 8' in, yapılan değişiklikten önceki birinci fıkrasına göre, İş Mahkemesi'nin işe iadeye ilişkin vereceği kararlar, İş Mahkemesi'nce verilen diğer kararlar gibi, kararın tefhiminden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilir. Bu maddede temyiz süresi tefhimle başlayacağı ifade edildiğinden, uygulamada kısa kararın tefhiminden itibaren temyiz süresinin başlayacağı düşünülmüştür. Bu nedenle de uygulamada kısa kararın tefhiminden itibaren sekiz günlük sürenin kaçırılmaması amacıyla “süre tutum dilekçesi”³⁵⁹ verildiği görülmektedir³⁶⁰.

³⁵⁷ “*Feshin Geçersizliği Ve İşe İade*” yargılaması döneminde çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ile iş güvencesi tazminatı, geçersiz feshin sonuçları içerisinde yer alıyor olup, *para ile değerlendirilemeyen işlerden* sayılır.

³⁵⁸ “Temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılmaktadır. Temyizde duruşma istenebilecek davalar yasada sınırlı olarak sayılmıştır ve bunun dışında kalan davaların temyizinin duruşmalı olmayacağı belirtilmiştir (HUMK.m.435). İşe iade davaları da mahiyeti itibarıyla duruşmasız temyiz edilmesi gereken davalardandır. Şayet temyiz dilekçesinde taraflardan birinin duruşma istemi varsa bu talep Yargıtay tarafından; “...*duruşmalı olarak temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinden yapılmasına...*” kararı verilmektedir.”: **BİLGİLİ**, 161; **SARIBAY**, 157–159.

³⁵⁹ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu sisteminde süre tutum kurumu bulunmamaktadır: “Hemen belirtilmelidir ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 435/2.maddesindeki, temyiz sebeplerinin, temyiz dilekçesinin verilmesinden itibaren bir hafta içerisinde verilecek başka bir dilekçeyle bildirilmesine olanak tanıyan hüküm, 2494 sayılı Yasa ile ortadan kaldırılmıştır. Böylece, uygulamada “Müddeti muhafaza” olarak adlandırılmış olan müessese de ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla, hukuk yargılamasında, süre tutum müessesesi mevcut değildir.”: Yarg HGK. 01.10.2003, E. 2003/13–581, K.2003/527: www.kazanci.com; Aynı karar için yazarlara bkz. **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, 160; **SARIBAY**, 158.

³⁶⁰ “Henüz İstinaf Mahkemeleri kurulmadığı ve faaliyete bulunmadığı için hüküm fıkraları uygulanamamaktadır. Eski kanun maddeleri de yürürlükten kaldırıldığı için, şuan iş mahkemeleri tarafından verilecek kararların hangi süre içinde Yargıtay'a temyiz için başvurulması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı zamanda eski uygulamaya devam edilerek kararların tefhiminden

Temyiz süresi, taraflara gerekçeli kararın tefhiminden, tefhim edilemediyse tebliğden itibaren başlayacaktır. Ayrıca karar gerekçeli olarak açıklanmadıkça temyiz süresi işlemeye başlamayacaktır³⁶¹.

İşMahK. m. 8/IV’ de, İstinaf Mahkemeleri’nin, önüne gelen davaları iki ay içerisinde karara bağlayacağı yönünde değişiklik yapılırken, İşK. m. 20/III’ deki davaların bir ay içerisinde bitirileceğine ilişkin düzenlemede bir değişikliğe gidilmemiştir. İş güvencesi esasına uygun olarak kısa sürede yargılamanın sonuçlanması amacından uzaklaşmış ve işe iade davası açısından İş Mahkemesi’nde görülen diğer davalardan herhangi bir farklılık öngörülmemesi büyük isabetsizlik oluşturduğu kanısındayız.

İş Mahkemeleri Kanunu’nda yeni bir düzenleme yapılırken, 158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun olmasına dikkat edilmesi gerekirdi. 158 sayılı ILO Sözleşmesindeki iş güvencesi esaslarına uygun olarak 4857 sayılı kanun ile getirilen İşK. 20/III. ile kanunun bu maddesi yargılamanın bitirilme süresi açısından çelişmektedir. İstinaf Mahkemeleri faaliyete geçtiğinde İşK. m. 20 düzenlemesinden farklı olarak davalar iki ay içinde sonuçlanacaktır. Bu farklılık İstinaf Mahkemeleri faaliyete geçmeden bir an önce giderilmelidir. İşK. m. 20/III’ de belirtilen ve 158 sayılı ILO Sözleşmesindeki “makul süre” ölçütüne uygun olan *bir aylık* süreye tekrar dönülmesi hususunda yeni bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği kanısındayız.

b. İşe İade Davalarında Yargıtay’ın Kesin Olarak Karar Vermesinden Anlaşılması Gerekenler

İşK. m. 20/III’ de; “*mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir*” şeklinde düzenlenmiştir. İş Mahkemeleri’nin diğer kararlarının temyizindeki inceleme süresi ise iki ayken(5308 sayılı düzenleme öncesi İşMahK.m.8/II) işe iade davalarında bir aylık sürede inceleneceği belirtilmiştir. İşe iade

itibaren veya süre tutum dilekçesi verilerek tebliğden itibaren sekiz gün içinde temyiz başvurusu yapılmaya devam edilmektedir”: SARIBAY, 158.

³⁶¹ ÖZEKES, *İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*, 160.

davalarının diğer davalara göre öncelikli olarak incelenmesi ve sonuca bağlanması gerektiği düşünülmüştür³⁶².

Yargıtay'ın kesin kararından anlaşılması gereken ise; İş Mahkemeleri'nin diğer kararlarında olduğu gibi karar düzeltme yolunun kapalı olması(İşMahK. m.8/son) ve bu kararlara karşı yerel mahkemenin direnme kararı vermesinin mümkün olamamasıdır. Yani yasa tarafından açıkça hüküm altına alınan bu madde uyarınca, Yargıtay'ın işe iade davalarında verdiği kararlara karşı, karar düzeltme ve direnme kararı verilemeyecektir³⁶³. Bu nedenle uygulamada Yargıtay'ın yerel mahkeme gibi hüküm kurduğu görülmektedir³⁶⁴.

Yargıtay'ın yerel mahkeme gibi hüküm kurması yasanın düzenlemesine uygundur(İşK.m.20/III); çünkü Yargıtay'ın bu tür kararları Kanun gereğince kesindir. Yani yeni bir yargılama ve incelemeye gerek duymaksızın karar vermesini gerektirir³⁶⁵.

İşe iade davalarında kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenmesi gereken en fazla dört aylık ücretin tespitine, yargılamanın dört aydan kısa sürmesi durumunda, mahkeme tarafından karar verilmesi mümkün olamaz. Yargıtay bu hususu da yerel mahkeme gibi karara bağlar.

Yargıtay'ın, hukuki denetim yapan bir üst mahkeme olmaktan çok, ilk derece mahkemesi gibi karar vermesi eleştiri konusu olmuştur. Aynı zamanda dosyada bir eksiklik görüldüğünde, bunun tamamlanması için inceleme yapılamayacak olması sebebiyle, “kesin karar verme” hususu eleştirilmiştir³⁶⁶.

³⁶² **BİLGİLİ**, 161.

³⁶³ “...Kesin karar verme hususunun Yargıtay özel daire kararının kesin olduğunu amaçladığı, bunun içinde direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça, “Yargıtay’ca kesin olarak karara bağlanır” suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır... kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır”: Yarg. HGK. 20.10.2004, E.2004/9–510, K.2004/557: **BİLGİLİ**, 162–165.

³⁶⁴ **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, 161; **BİLGİLİ**, 161; **SARIBAY**, 159.

³⁶⁵ “...kesin olarak karar vermek gerektiğinden, Dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur...”, denilmek suretiyle Yargıtay kendisinin yerel mahkeme gibi hüküm kurduğunu belirtmiştir. Ayrıca sadece işe iade davasının işçi lehine bozulması halinde değil, işe iade davasının yerel mahkemece kabulü hakkındaki kararın bozularak, işe iade davasının reddedilmesi halinde de, Yargıtay bu şekilde bir kesin karar verecektir.”:Yarg. 9. HD,8.7.2003, E.2003/12444,K.2003/12135: **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, 161.

³⁶⁶ **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, 162; Aynı yazar, 20. *Ve 21. Maddeleri*, 504.

GÜZEL' e göre de, Yargıtay'ın bir ay içinde “kesin” olarak karar verebileceğine ilişkin getirilen düzenleme, Yargıtay'ı bir ilk derece mahkemesi haline getirmektedir. Yargıtay bir yargılama mahkemesi değil, temyiz mahkemesidir. Temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararlarını hukuki ve usulü açıdan denetleyebilir. Yeni bir inceleme yapamaz ve yeni olaylar da ileri sürülemez³⁶⁷.

Kanaatimizce, işe iade davalarının kısa sürede sonuçlanması amacına hizmet eden bu yargılama sisteminin öngörülmüş olması, Yargıtay'ın iş yükünü arttırmakta ve sağlıklı bir yargılama yapılmasını da engellemektedir.

Yargıtay, yasanın açık hükmüne rağmen uygulamada önüne gelen dosyayı, yerel mahkemece yerine getirilmesi gereken bir usul eksikliği ya da delillerin toplanmamış olduğunu tespit ettiği durumlarda bozarak, ilk derece mahkemesine iade etmekte ve eksik bilgi ile karar verilmesinin önüne geçmeye çalışmaktadır³⁶⁸.

11. Farklı Usule Tabi Taleplerin Aynı Davada Görülmesi Sorunu

İşçinin açtığı feshin geçersizliği ve işe iade davasında, terditli³⁶⁹ olarak ihbar, kıdem tazminatı ve fazla mesai gibi işçilik haklarının da talep edilip edilemeyeceği uygulamada tartışma konusu olmuştur.

³⁶⁷ GÜZEL, *İş Güvencesi Yasa Tasarısı*, 39–40; Aynı görüşteki yazar için bkz. EGEMEN, 99.

³⁶⁸ “Mahkeme davalının bu delilleri üzerinde hiç durmamıştır. İlgili mahkemelerden dosyalarda getirilmek suretiyle şirketin içinde bulunduğunu ileri sürdüğü ödeme güçlüklerinin gerçek olup olmadığı bu yönde kadro azaltılması yoluna gidilmesinin haklı olup olmadığına da araştırılması gerekirdi. Bu nedenle 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.”: Yarg. 9.HD, 13.5.2004, E.2004/11636, K.2004/650; Benzer şekilde, Yarg. 9 HD, 18.5.2004, E.2004/578, K.2004/12192: ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 162; Karşı görüş için bkz. ÇİL, 318.

³⁶⁹ “Terditli davalarda, davacının hüküm altına almak istediği aslında tek bir talep söz konusudur. Fakat kademeli talepleri ileri sürerek bunlardan biri olmazsa diğerinin kabul edilmesini sağlamaya çalışır.

Davacının terditli olarak ileri sürdüğü talepleri, çoğunlukla aynı vakıalara ve hukuki sebebe dayanır. Ancak, terditli talepler farklı vakıa ve farklı hukuki sebeplere de dayanabilir. İster aynı, ister farklı hukuki sebeplere dayansın terditli talepler arasında bağlantının bulunması gerekir. Birbirine yabancı talepler terditli olarak ileri sürülemez.

Mahkeme yapacak olduğu incelemede davacının asıl talebini yerinde görürse yardımcı, ikinci talebi incelemeye geçmez. İlk talebini kabul etmezse davacının yardımcı talebini inceleyip bir karar verir. Hâkim kural olarak davacının talebindeki sıraya uygun olarak inceleme yapıp bir karar vermelidir”: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 293; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 223.

Bu tartışmanın temel nedeni, işe iade davasının 4857 sayılı kanununun 20. maddesine göre (istisnai olarak) Seri Yargılama usulüne³⁷⁰, terditli talep edilen işçilik haklarına ilişkin davaların ise 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesi gereğince İş Mahkemeleri'nde sözlü yargılama usulüne³⁷¹ tabi olması ayırımından ortaya çıkmaktadır³⁷². Bu nedenle, farklı yöntemlere bağlı bu taleplerin, aynı davada görülüp görülemeyeceği öğretide tartışma konusu olmuştur. Bu görüşlere değinmemiz gerekirse;

EKMEKÇİ;"...farklı usule tabi taleplerin aynı davada görülmesi mümkün değildir. Nitekim İş Mahkemeleri'nde uygulanan usul, sözlü yargılama usulü iken, işe iadeyi konu alan davalarda seri yargılama usulü uygulanacaktır. Bu bakımdan işçinin, feshin geçersizliği iddiası ile açtığı davalarda, fazla çalışması veya fesih tarihinden önce ödenmemiş bulunan ücretlerini de talep etmesi, bu usul hukuku prensibi karşısında mümkün değildir" görüşündedir³⁷³.

Bu görüşü destekler nitelikteki bir Yargıtay kararında, "*...işçinin işe iadeyle ilgili istekleriyle işçilikten doğan diğer tazminat ve alacaklarını da istemesi halinde, bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının yasa koyucunun süresi içinde seri yargılama usulüne göre sonuçlanmasına engel oluşturur. İşe iade davası*

³⁷⁰ "4857 sayılı Kanunu'nun 20. maddesi ile feshin geçersizliğine ilişkin davanın seri muhakeme usulüne göre kısa sürede sonuçlanması amaçlanmıştır. Bu nedenle iş mahkemelerince bu davaların iki ay içerisinde sonuçlanacağı ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay'ın bir ay içerisinde kesin olarak karar vereceği düzenlenmiştir. Ayrıca HUMK.m.505 uyarınca seri yargılama usulünde cevap süresi yedi gün, replik, düplik süreleri beş günü geçemez ve hâkim yargılamayı en yakın güne erteler. Tarafların muvafakati hali dışında, taraflara delillerini göstermeleri için ancak bir defa süre verilir(kesin süre) (HUMK. m.504)": **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 224; "Seri usul, yazılı yargılama usulünün biraz daha çabuklaştırılmış bir şeklidir. Bu nedenle, buradaki özel hükümler(HUMK.m.501-506) dışındaki hallerde, yazılı yargılama usulü hakkındaki genel hükümler(HUMK. m.178), seri yargılama usulüne tabi işlerde de uygulanır(HUMK. m.502). Mesela davayı genişletme yasağı, savunmayı genişletme yasağı ve ilk itirazların ileri sürülmesi, yazılı yargılama usulündeki gibidir."; **HAZNEDAR, İbrahim Murat**, *İş Mahkemelerinde Farklı (Sözlü Ve Seri) Yargılama Usullerine Tabi Davaların Tek Dava Halinde Görülmesi Sorunu*, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C.2, S.5, İstanbul 2007, 337.

³⁷¹ "Sözlü yargılama usulü 5521 sayılı İş. Mah. K. m.7'de düzenlenmiştir. Maddeye göre," İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. İlk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik eder. Uzlaşmadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir.

İş Kanunu'nun 79'uncu maddesinde yazılı uzlaşma teşebbüsünün yapılmamış olması davanın kabulüne ve görülmesine mâni teşkil etmez." hükmüne yer verilmiştir.

İşMahK.m. 7 açıkça iş mahkemelerinde sözlü yargılama yönteminin uygulanacağını düzenlemiş olduğu için HUMK. m.473-491. maddeleri iş mahkemelerinde geçerli usul kurallarıdır.

www.kazanci.com.

³⁷² **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 223-224.

³⁷³ **EKMEKÇİ**, *Yargıtay'ın İşe İade Davaları*, 170.

dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iade ile birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır” şeklinde belirtmiştir³⁷⁴.

UÇUM ise; “...geçersiz olduğu iddia edilen fesih tarihine kadar doğmuş ücret ve diğer haklar, ayrı bir (sözlü) yargılama usulüne bağlı olduğu için işe iade davasında istenemez... bu çözüm usul ekonomi ilkesine de ters sonuçlar doğurmaktadır. Tek bir uyuşmazlıktan doğan tüm çekişmelerin tek bir dava içinde çözülmesi istenen bir sonuçtur. Bunun için işe iade davası ile birlikte hem daha önce doğmuş hakların hem de boşta geçen süre bakımından doğacak haklarının istenmesi seçilebilir. Hatta biraz daha ileri gidersek işverenin fesihten sonra kıdem ve ihbar tazminatı gibi hakları ödemediği durumlarda(örneğin haklı nedene dayanarak yaptığı fesihlerde veya geçerli nedene dayanmış olsa bile tazminatları ödemediği hallerde) terditli dava yolu kullanılarak bu hakların dahi işe iade davası ile birlikte istenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak böyle bir dava tipinin orta çıkması halinde hem usul hukukunun ilkelerine hem de hakkın doğumu kavramına aykırı birçok sonucun ortaya çıkacağını da bilmek gerekir” şeklinde görüş bildirmiştir³⁷⁵.

ÖZEKES’ e göre; işe iade talebiyle birlikte işe iadeden bağımsız talepler olarak, örneğin fazla çalışma ve fesihten önce ödenmemiş ücretler gibi birden fazla talebin objektif dava birleşmesi³⁷⁶ veya terditli talep şeklinde aynı dava dilekçesinde ileri

³⁷⁴ Yarg. 9. HD, 11.9.2003, E.2003/14994, K.2003/14267: **EKMEKÇİ**, *Yargıtay’ın İşe İade Davaları*, 170; **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, 139.

³⁷⁵ **UÇUM**, *Seminer Notları*,161; **HAZNEDAR**, 340–341.

³⁷⁶ *Objektif dava birleşmesinin geniş anlamda kullanılması durumunda*, “Aralarında bağlantı bulunan davalar, birleştirilerek görülebilir. Dava konusu hakkın veya borcun ortak olması ya da ortak işlemin bulunması yahut davaların aynı sebepten doğması halinde davalar arasında bağlantı olduğu kabul edilir. Birleştirilecek davalar, aynı mahkemede ya da farklı mahkemede açılmış olsun birleştirilmesi istenebilir (HUMK.m.45). Farklı mahkemelerde görülen davaların birleştirilmesi talebi ilk itiraz iken, aynı mahkemede görülen davaların birleştirilmesi hususunda mahkeme, davanın her aşamasında kendiliğinden veya talep üzerine karar verebilir (HUMK. m.45/I,II). Birleştirilen davalardaki talepler ayrı ayrı değerlendirilir, ancak bunların tahkikat aşaması ortak yürütülür. Aynı mahkemede görülmekte olan davalar yönünden verilen birleştirme ve ayırma hakkındaki kararlar asıl hükümlerle birlikte teyiz konusu yapılabilir; ancak bu husus tek başına bozma sebebi oluşturmaz(HUMK. m. 48)”: **ÖZEKES, Muhammet**, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespiti Ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması(Karar İncelemesi)*, Legal İHSGHD, S.4, C.1, İstanbul 2004, 1387–1388.

Objektif dava birleşmesinin dar anlamda kullanılması durumunda, “Davacının aynı davaya karşı sahip olduğu birden fazla talebini açtığı tek bir davada istemesi anlamında kullanılmaktadır. Objektif dava birleşmesi şeklinde dava açmak için, talepler arasında bir bağlantının olması şart değildir. Önemli olan davacının aynı davalıdan bunları talep hakkına sahip olmasıdır. Böyle bir durumda davalıya karşı birden fazla talep vardır. Her bir talep için dava dilekçesinde vakıaların ayrı ayrı belirtilmesi ve ispat edilmesi

sürülebilir. Objektif dava birleşmelerinde ilk talep, işe iade ve ona bağlı haklar; ikinci talep, fazla çalışma veya ödenmemiş ücret gibi diğer işçilik haklarıdır. Aynı dava içerisinde mahkemeye yöneltilen bu talepler farklı olsalar da, aynı yargılama kolunda, hatta görev bakımından aynı mahkemede görülen bu farklı taleplere, farklı yargılama usulü uygulanmaması gerekir. Her iki talep bakımından aynı mahkeme(İş Mahkemesi) görevlidir. Ayrıca iş yargılamasında seri yargılama, sözlü yargılama usulüne göre daha özel bir yargılama olduğundan ve işe iade davalarında yargılamanın hızlanması amacı da güdüldüğü için tüm talepler, seri yargılama usulüne göre aynı davada yürütülmelidir³⁷⁷.

TAŞKENT e göre; “işe iade davalarında ihbar ve kıdem tazminatı da talep edilmiş ise; bu tazminatlara hak kazanma, iş ilişkisinin sona ermesine bağlı olduğundan, feshin geçersizliği davası karara bağlanmadan söz konusu tazminatlara yönelik dava açılmaması; şayet açılmış ise, mahkemenin bunu “bekletici sorun”³⁷⁸ yapması uygun olacaktır”³⁷⁹ görüşündedir.

ŞAHLANAN, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, İşK. m.20’ deki işe iade davaları için öngördüğü seri yargılama usulüne ilişkin kuralı, diğer işçilik haklarına ilişkin taleplerin işe iade davası ile birlikte görülmesine engel oluşturacağı görüşündedir. Yargıtay, işe iade davaları için HUMK’ da öngörülen sürelere uymaksızın diğer davalarda uygulanan süre ve yargılama usulüne göre yürüttüğü görülmektedir. İşe iade davalarının seri yargılama usulüne tabi olmasının amacı iki ay içerisinde davanın sonuçlandırabilmesi sağlayarak yargılamayı hızlandırmak olup, sözlü usulü de yürürlükten kaldırmamaktadır³⁸⁰.

gerekir. Mahkeme de her bir talep hakkında ayrı ayrı inceleme yapacaktır. Taleplerden birinin kabulüne diğerinin reddine de karar verilebilir.”: **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, 296.

³⁷⁷ **ÖZEKES**, *İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*, 139–141; Aynı yazar, *20. Ve 21. Maddeleri*, 485–486.

³⁷⁸ “...Davacı işyeri sendika temsilcisi olup, fesihten sonra İstanbul 4. İş Mahkemesi’nde... Esas sayılı dava dosyasında işe iade davası açmış olup, davanın derdest olduğu uyuşmazlık dışıdır. İşe iade davasının kabulü halinde iş ilişkisi kesintisiz devam edecektir. İş ilişkisi devam ettiği sürece yıllık ücretli izin alacağı muaccel olmayacaktır; zira izin alacağı ancak fesih halinde muaccel olacaktır. Mahkemece işe iade davasının sonucunun bekletici mesele yapılması gerekir. Yazılı şekilde “davalı banka tasfiye halinde olup işe iade davası sonuçlansa dahi davacı lehine, fiilen işe başladığı gibi bir durum olamayacağı, gerekçesi ile alacağına karar verilmesi hatalıdır.”: Yarg. 9. HD, 20.12.2004, E.2004/18126, K.2004/28372: **BİLGİLİ**, 160.

³⁷⁹ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, 179.

³⁸⁰ **HAZNEDAR**, 339–340.

Yazara göre, Yargıtay içtihadını değiştirerek, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin iş güvencesi davası ile terditli olarak ileri sürülebilmesi; diğer işçilik haklarının da objektif dava birleşmesi yoluyla aynı davada talep edilebilmesi yolu açılmalıdır. Ancak uygulamada işçi, başka bir mahkemede ya da aynı mahkemede işe iade davası dışında ayrıca kıdem ve ihbar tazminatı davası açtığı görülmektedir. Bu durumda kıdem ve ihbar tazminatına bakan mahkeme, işe iade davasını bekletici mesele yaparak diğer davanın sonucunu beklemesi gerekir³⁸¹.

Yargıtay işe iade (seri yargılama usulüne tabi) davaları ile alacak (sözlü yargılama usulüne tabi) davalarının bir arada tek bir dava halinde görülmesini mutlak bozma nedeni olarak görmektedir³⁸².

İşe iade davalarının Kanun uyarınca seri yargılama usulüne tabi olması, yerel mahkeme tarafından iki ay, Yargıtay tarafından da bir ay süre içinde sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu nedenle yargılamayı uzatma ihtimali olan ve ayrı yargılama usulüne tabi işçi alacak haklarına ilişkin taleplerin terditli ya da objektif dava birleşmesi şeklinde aynı davada istenmesi mümkün değildir³⁸³.

³⁸¹ HAZNEDAR, 340.

³⁸² “Feshin geçersizliği ve işe iade ile birlikte istenen işçilik alacakları aynı davada birlikte görülemez. Zira feshin geçersizliği, işe iade ve bunun sonucuna bağlı işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı davası, bir tespit niteliğinde olup, seri yargılama usulüne tabidir. Oysa yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti ve diğer haklardan doğan alacaklar gibi işçilik alacakları sözlü yargılama usulüne tabi olup, eda niteliğinde isteklerdir.”: Yarg. 9. HD, 23.06.2005, E.2004/32218, K.2005/22713;

“Farklı Yargılama usulleri uygulanması gerektiğinden işe iade ve fazla mesai alacağı istemlerine ilişkin taleplerin bir arada yargılamalarının yapılması hatalıdır.”: Yarg. 9. HD, 13.12.2004, E. 2004/12238, K. 2004/27624;

“Yargılama usulleri farklı olmasına rağmen işçilik hakları ile işe iade davalarının birlikte görülmesi doğru değil ise de, kıdem ve ihbar tazminatının dava açıldıktan sonra ödenmiş olması, davacı tarafından sadece işe iade sonuçları yönünden hükmen temyiz edilmiş bulunması nedeniyle bu husus bozma nedeni sayılmamıştır.”: Yarg. 9. HD, 17.03.2005, E. 2005/8935, K.2005/6636;

“Feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile işçilik alacakların ilişkin talepler aynı davanın konusu yapılmış ve mahkemece birlikte yargılanması yapılarak sonuçlandırılmıştır. İki konunun yargılama usulleri farklı olup birlikte aynı davada görülmeleri mümkün olmadığı halde yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”: Yarg. 9. HD, 11.04.2005, E.2004/21249, K.2005/12823: Kararlar için bkz. HAZNEDAR, 333.

³⁸³ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 226; Aynı görüş için bkz. ÇİL, 318.

KABAKCI da Yargıtay'ın görüşüne katılarak, işçi işe iade davasını kazandığı takdirde işe alınmak için işverene başvuracaktır. İşverenin, işçiye işe iade edilmeyeceğini bildirdiği tarihte asıl fesih gerçekleşmiş olur. İşçinin kıdem ve ihbar tazminatı hesabında bu tarihin esas alınması gerekecektir. İşverenin ilk feshi ile mahkemenin kararından sonra kabul edilen asıl fesih tarihi arasındaki süre ihbar önelini etkileyecek bir farklılık oluşturacaktır. Bu nedenle davaların ayrılarak hüküm kurulması gerekir³⁸⁴.

GÜZEL' e göre; farklı yargılama usullerine ilişkin taleplerin aynı davada görülemeyeceğinden anlaşılması gereken, kural olarak farklı yargılama alanlarına (idari yargı ile adli yargıya) giren iki talebin aynı davada ileri sürülememesidir. Adli yargıda birbiri ile bağlantılı talepleri olan iki dava ayrı ayrı açılmışsa, HUMK.m.44' e göre bunların bir davada birleştirilmesi ya da aynı davada bu taleplerin istenmesi mümkündür. Yazar, aynı dava içerisinde mahkemeye yöneltilen talepler farklı olsalar bile(işe iade ile kıdem ve ihbar tazminatı gibi) aynı yargılama kolunda ve aynı görevli mahkemede görülen farklı taleplere farklı yargılama usulleri uygulanmamalıdır³⁸⁵.

Farklı talepler, aynı dava dilekçesinde objektif dava birleşmesi şeklinde veya terditli talep olarak istenebilecektir. Ayrı açılan davalarda ise, kıdem ve ihbar tazminatı davasının, işe iadeye ilişkin davanın sonucuna kadar bekletilmeleri gerekir.

Aynı davada farklı taleplerin ileri sürüldüğü durumda, seri yargılama usulü, sözlü yargılama usulüne göre daha özel bir yargılama olduğundan, yargılama tüm talepler açısından seri yargılama usulüne göre yapılacaktır. Yalnız bu taleplerin aynı davada ileri sürülmesi kanunun amacı olan, yargılamanın kısa sürede tamamlanmasına ters düşecek şekilde davanın uzamasına neden olur.

Bu şekilde birden fazla talebin aynı davada görülmesini isteyen işçi, yargılamanın geç biteceğini göze alarak, yargılamanın kısa sürede bitirilmesini değil usul ekonomisini (daha az masraf yapıp daha az emek harcanması) tercih edecektir. Bu

³⁸⁴ *KABAKCI*, 911–913.

³⁸⁵ *GÜZEL, İş Güvencesi*, 99.

nedenle usul ekonomisi her zaman ne pahasına olursa olsun yargılamayı çabuk bitirmek anlamına gelmemektedir³⁸⁶.

Öğretide işe iade davalarında, kıdem ve ihbar tazminatı alacağıının terditli olarak talep edilebilmesi gerektiği gibi, işe iade talebiyle birlikte ücret alacağına ilişkin talebin de aynı davada görülebilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin uyuşmazlıklar tespit davası niteliğindedir; kıdem, ihbar ve ücret alacağına ilişkin davaların, eda davası niteliğinde oluşu ve bunların tek bir davada görülmeye çalışılması tartışmalıdır.

Bu taleplerin aynı davada istenmesi terditli dava yolu ile olabilmektedir. Yani asıl talep kabul edilmediğinde ikinci talep hakkında karar verilmesi istenir. Mahkemenin davacının asıl talebini haklı görmemesi ihtimaline karşı ikinci bir talepte bulunması durumudur. Dolayısıyla işçi işe iade davasında işe iade talebinin reddedilebileceği düşüncesinde ise terditli talep olarak kıdem ve ihbar tazminatı gibi diğer işçilik haklarını da talep etmiş olabilir. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarına göre, böyle bir davanın açılmış olması durumunda, HUMK. m. 46 gereğince, öncelikle bu iki talep ayrı davalar olarak ayrılacaktır³⁸⁷.

Ayrılan davalardan öncelikli olarak mahkeme, işe iadeye ilişkin davayı incelemeye geçmesi gerekir. İşe iadeyle ilgili kesin hüküm kurulana kadar kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin dava bekletici mesele yapılacaktır. İşe iade davası kabul edilen işçi, işveren tarafından işe başlatıldığı takdirde ihbar ve kıdem davası konusuz kalır. İşverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ise, kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin dava kaldığı yerden görülmeye devam edecektir³⁸⁸.

Yargıtay işe iade davasında işçilik haklarına ilişkin hakların da talep edilmesi halinde bu davaların ayrılması yönünde karar vermekle birlikte, işçilik alacaklarına ilişkin davanın, işe iade davasına bekletici mesele yapılması gerektiğine karar vermiştir³⁸⁹.

³⁸⁶ ÖZEKES, 20. Ve 21. Maddeleri, 487-488.

³⁸⁷ HAZNEDAR, 341.

³⁸⁸ HAZNEDAR, 342.

³⁸⁹ “Davacı, dava dilekçesinde iş sözleşmesinin feshi nedeniyle feshin geçersizliği ve işe iade yanında yıllık ücretli izin alacağıının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. İş ilişkisi devam ettiği sürece yıllık ücretli

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, farklı yargılama usulüne tabi davaların tek davada görülmesinin usul hukukuna aykırı olduğu ve bu nedenle de davaların ayrı davalar halinde tek tek görülmesi gerektiği yönündeki yerleşik görüşünden tam olarak ayrılmayarak farklı bir şekilde karar vermiştir. Buna göre, yerel mahkemenin işe iade davasıyla işçilikten kaynaklanan alacak davasını birlikte görüp karar verdiği bir davada, tek başına bunu bozma nedeni olarak saymamış, alacak hakkına ilişkin yerel mahkeme kararını da temyizden incelemiştir³⁹⁰.

Yargıtay'ın yerleşik görüşünden farklı bu kararına göre, işe iade davalarıyla, işçilikten doğan diğer davaların, HUMK. m. 46 gereğince ayrılması gerekse de sadece bu hususun HUMK. m. 48 gereğince bozma sebebi olarak sayılamayacağı ve delillerin toplanmış olması durumunda, alacak hakkına ilişkin temyiz talebi hakkında da bir karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Kararın gerekçesinde, Anayasa'nın 141/son maddesinde belirtilen "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*" hükmü gereğince davaların en az giderle ve mümkün olan en kısa süre içerisinde sonuçlandırılması ilkesi vurgulanmıştır. Buna göre alacak hakkına ilişkin yerel mahkeme kararı da temyiz konusu olmuştur³⁹¹.

Kanaatimizce, İşe iade davalarında terditli talep olarak kıdem ve ihbar tazminatı gibi işçilik hakları da yer alması gerekir. Şayet asıl talep olan feshin geçersizliği ve buna bağlı sonuçları kabul edilmezse, kıdem ve ihbar tazminatı talepli davalar gibi davaların görülmesine devam edilmesi gerekmektedir. Bunun dışında işçinin, işe iadede bağımsız olarak fesihden önce ödenmesi gerekip de ödenmemiş fazla çalışma gibi haklarının da objektif dava birleşmesi yolu ile istenebilmesi ve mahkemenin de bir karara varması gerekmektedir.

izin alacağı muaccel olmaz. İzin alacağı, iş sözleşmesinin sona ermesiyle muaccel hale gelir. Mahkemece, davacının yıllık ücretli izin alacağı isteği tefrik edilerek söz konusu dava dosyası üzerinde kabul edilmesine rağmen, feshin geçersizliği ve işe iade isteği ile ilgili dava sonucunun bekletici mesele yapılmaması hatalı olmuştur. Zira feshin geçersizliğine karar verilmesi ve davacının davalı işverence işe başlatılması halinde, iş ilişkisi kesintisiz devam etmiş sayılacağından ve iş ilişkisi devam ettiği sürece yıllık ücretli izin alacağı muaccel olamayacağından mahkemece, bu yöndeki talep hüküm altına alınamayacaktır." Yarg. 9. HD, 10.1.2005, E. 2004/29557, K.2005/109: www.kazanci.com; Aynı karar için bkz. **SARIBAY**, 166.

³⁹⁰ **HAZNEDAR**, 344.

³⁹¹ Yarg. 9. HD, 05.07.2004, E.2004/12516, K. 2004/16973: **HAZNEDAR**, 327-345.

Ayrıca işe iade davasında terditli dava dilekçesi ile ücret alacağını da talep etmiş işçinin talebi yerel mahkeme tarafından tüm delillerinin incelenmiş olması kaydıyla, sırf farklı yargılama usullerine tabi oldukları için bozma nedeni yapılmaması gerektiği hususundaki, Yarg. 9. HD. 05.07.2004, E.2004/12516, K. 2004/16973 sayılı ilamına katılarak, bunun bozma nedeni yapılmaması gerektiği ve yerel mahkeme tarafından incelenmesi gerektiği görüşündeyiz.

C. Hakemde

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Fesih bildirimine itiraz ve usulü" başlıklı 20. maddesinin 1. fıkrasında, "toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" hükmü vardır. Bu hükmün gerekçesinde "...İş Mahkemeleri'nin çok fazla olan dava yükü göz önünde tutularak, toplu iş sözleşmesi taraflarının öngörmesi veya işçi ile işverenin anlaşması durumunda, uyuşmazlığın özel hakeme götürüleceği kabul edilmiştir"³⁹², şeklinde belirtilmiştir. İşK. m. 20/son' da ise, "Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.", hükmü bulunmaktadır^{393,394}.

1475 sayılı Kanunda değişiklik yapan 4773 sayılı Kanun ve daha sonrasında kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğünden önce, bireysel iş hukukunda tahkim yolu Yargıtay kararlarıyla kapatılmıştı³⁹⁵. İşK. m. 20 ile getirilen düzenlemelerden önce, TİSGLK.'nin 58. maddesinde düzenlenmiş olan hükme göre, özel hakeme başvurma sadece "toplu hak ve menfaat uyuşmazlıkları" için mümkün; "bireysel uyuşmazlıklar" için tahkim anlaşması geçersiz kabul edilmekteydi. Yargıtay'ın uygulamaları³⁹⁶ da bu şekildeydi³⁹⁷.

³⁹² 4857 sayılı İş Kanunu m. 20 gerekçesi, <http://www.iskanunu.com/icerik/icerik/gerekceli-is-kanunu-metni.html#20> (Ziyaret Tarihi 24.07.2008).

³⁹³ SÜZEK, 560.

³⁹⁴ İşK. m. 20/I' deki; "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya" deyiimi ile İşK. m. 20/son' daki "Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği" hükmü Anayasa Mahkemesinin 19.10.2005 tarih, E.2003/66, K.2005/72 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Karar 24.11.2007 tarihli 26710 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanmıştır.

³⁹⁵ "iki kuruluş arasında kabul edilen tahkim şartı kişisel hakkımı isteyen işçiyi bağlamaz. Bu görüş işçi haklarında gözetilen kamu düşüncesinden kaynağını alır": Yarg. HGK. 10.11.1965, E.1964/9-643, K. 1965/405: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 252; YÜCEL, Müjgan, *İş Güvencesi Kapsamında "Özel Hakem Şartı"* (İş Kanunu Madde 20), Legal İHSGHD, S.4, C.1, İstanbul 2004, 1347; AKTAY/ARICI/KAPLAN(SENYEN), 191; ÇELİK, 19. Bası, 223.

³⁹⁶ Yarg. HGK. 10.11.1965, E.1964/9-643, K. 1965/405: Aynı yerler.

5521 sayılı İşMahK. m.1' e göre, işçi ve işveren arasında iş sözleşmesine veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bu konuda uzman olan İş Mahkemesi'nin görevine girmektedir. Gerçekten, İş Hukukuna ilişkin yargılamanın özel bir uzmanlık gerektirmesi sebebiyle, genel yargılamadan ayrılarak Özel İş Mahkemeleri kurulmuş ve amaç olarak işverene karşı güçsüz durumda bulunan işçinin daha nitelikli korunması sağlanmaya çalışılmıştır. İş Hukuku'nda tahkimin sınırları bu amaçları aşmayacak çerçevede çizilmelidir³⁹⁸.

10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 8. maddesine³⁹⁹ uygun olarak düzenlenmesi sonrasında, iş uyuşmazlıklarında bireysel olarak özel hakeme başvuru imkânı getirilmiştir(İşK. m.20). Maddenin gerekçesinde, İş Mahkemeleri'nin çok fazla olan dava yükünü azaltmak amacıyla özel tahkim esası öngörüldüğü ifade edilmiştir⁴⁰⁰. Yargıtay iş güvencesi hükümleri dışındaki konularda tahkim yolunun mümkün olmadığı şeklindeki görüşünü, 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra da aynen devam ettirmiştir⁴⁰¹.

1. Hakem(Tahkim) Kaydının Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Anayasa Mahkemesi, İşK. m. 20/I hükmünün TİS. ile özel hakeme gitme kaydı getirilebileceğine dair "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya..." ibaresi ile İşK. m. 20/son'daki "Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir

³⁹⁷ **ILDIR, Gülgün**, *İş Kanunu'na Göre İş Uyuşmazlıklarının Özel Hakem Yolu İle Çözümü*, Terazi Dergisi, yıl:1, S.2, Ankara Ekim 2006, 12.

³⁹⁸ **ILDIR**, 12; **YÜCEL**, 1347, 1352; **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 252-253; **SARIBAY**,171.

³⁹⁹ 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 8/I' e göre; "Hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, İş Mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır." Kuralı verilmiş m.8/II' de ise; "Son verme işlemine yetkili merci tarafından izin verilmesi halinde, bu maddenin birinci bendi, ulusal mevzuat ve uygulamaya göre değişik şekillerde uygulanabilir." Hükmü yer almıştır: **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, dn. 72, 253.

⁴⁰⁰ "2004 yılında İş Mahkemelerine açılan dava sayısı 102386, 2003 yılında 81425 olup bir önceki yıla nazaran 76188 artış söz konusu olmuştur": **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 91; "Kanaatimizce istatistiklere de baktığımızda özel tahkim şartının dava yükünü azaltmadaki amacına ulaşamadığı görülmektedir." **ILDIR**, 12.

⁴⁰¹ "4857 sayılı Kanunda özel hakem yolu ile çözümlenebilecek uyuşmazlıklar; feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boшта geçen süre için ücret alacağı olarak belirlenmiş olup, kalan diğer uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir. Özel hakem kararlarında işe başlatmama halinde tazminata ve dört aya kadar boшта geçen süre için ücret alacağına miktar belirtilmeden karar verilmesi gerekir": Yarg. 9. HD, 22.3.2004, E. 2004/5846, K. 2004/5621: **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 252; **ILDIR**, 12; **AKYİĞİT**, *Özel Hakem*, 25-39.

yönetmelikle belirlenir” cümlesini iptal etmiştir⁴⁰². İptal kararında belirtildiği üzere, kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir⁴⁰³.

Özel hakem kaydı sadece iş ilişkisi taraflarınca(işçi-işveren) getirilebilecek, bu kaydı TİS. ile getirme geçersizlikle karşılaşacaktır. Yani, hakeme götürme anlaşması artık sadece işçi ile işveren arasında, fesihden sonra yapılmış bir anlaşma ile getirilebilecek bir kayıt haline gelmiştir⁴⁰⁴.

Her ne kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak özel hakem kaydının AYM kararı ile iptal edilmiş olması, o konu hakkındaki tartışmaları anlamsız kılsa da, bu tartışmaların önemine inandığımız için hükmün Anayasa’ya aykırılığı hususundaki doktrindeki görüşlere yer vermeye çalışacağız.

İŞK. m. 20/I’ de, “*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür*” cümlesinde belirtildiği üzere, işe iade uyuşmazlıklarının tek görüleceği yerin İş Mahkemesi olmadığı anlaşılır. TİS.’ de hüküm varsa veya işçi ile işveren anlaşılırsa, işe iade uyuşmazlığına özel hakem bakabilecektir. Yasa koyucunun bu hükmü koymadaki amacı, İş Mahkemeleri’nin yükünü hafifletmek ve işe iade isteklerini daha kısa yoldan çözüme kavuşturmaktır. Bu kapsamda konuyu daha iyi anlayabilmek için özellikle Toplu İş Sözleşmesi kurumuna değinmek gerekir.

Devlet işçi ve işveren taraflarına, kendilerine uygulanacak kuralların düzenlenmesi için “Toplu iş sözleşmesi” yapma yetkisini tanımıştır. Toplu iş sözleşmesi

⁴⁰² Anayasa Mahkemesi’nin 19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.”Özel hakemin oluşumu vs. belirleme yetkisini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na veren hükmün de iptal edilmesi isabetli olmuştur. AYM, bu kararın Resmi Gazete’de yayınlanmasından sonra yürürlüğe gireceğini belirtmiştir. Sonrasında karar 24.11.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten sonra İŞK. m.20/son maddesi de iptal edildiğinden, yeni bir düzenlemeye de gidilmediğinden özel hakemin kim olabileceği belli değildir. Bu konuda kanun değişikliğine gidilerek kanunen belirleme yapılması gerekir.”: **AKYİĞİT**, 851.

⁴⁰³ AYM. 19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72 sayılı kararı:“4857 sayılı İş Kanunu'nun itiraz konusu 111. maddesinin iptaline karar verilmesiyle meydana gelen hukuksal boşluk kamu yararını olumsuz yönde etkileyecek nitelikte olduğundan, Anayasa'nın 153. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesi uyarınca, yeni düzenleme yapması için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur.”: <http://rega.basbakanlik.gov.tr> (Ziyaret Tarihi 24.07.2008).

⁴⁰⁴ **AKYİĞİT**, 851.

özerkliği olarak adlandırılan bu kurum sadece iş hukuku alanında bulunan kendine özgü bir kurumdur. Bu kapsamında, İşçi ve işveren sendikalarına “*kendi kendini yönetim*” olarak adlandırılan geniş bir özerklik yetkisi tanınmıştır. AY.’nin 53. maddesiyle⁴⁰⁵ de “*Toplu iş sözleşmesi özerkliği*”⁴⁰⁶ güvence altına alınmıştır⁴⁰⁷. Bu konu TİSGLK. m. 2/I ve II’ de⁴⁰⁸ de düzenlenmiştir.

Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırlarını, Anayasa hükümleri, TİSGLK. Hükümleri, emredici hükümler, hukukun temel ilkeleri, kamu düzeni, genel ahlak, işverenin girişim özgürlüğü, yönetim hakkı, işçinin temel hak ve özgürlükleri oluşturur⁴⁰⁹.

Ayrıca bir görüşe göre⁴¹⁰, 158 sayılı Sözleşmeye uygun olarak İşK. m. 20/I ile getirilen “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...” hükmü İş Mahkemeleri’nin yargı yetkisini, emredici bir hükümle ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hükme bağlayan Anayasa kuralına (AY. m.9) uygunluğu tartışılmıştır⁴¹¹.

Öğretide Anayasa’nın değişik 125. maddesinden hareketle savunulan bir görüşe göre, tahkim olanağını sağlayan yasal düzenlemeler kamu işleriyle ilgili olsalar bile, Anayasa’ya aykırılığından söz edilemez ve sadece iş güvencesine ilişkin değil, iş sözleşmesinden doğan diğer uyuşmazlıklar için de tahkim yoluna gidilebilmesi gerekir⁴¹².

⁴⁰⁵ “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.” (AY. m. 53).

⁴⁰⁶ “*Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği*: Toplu iş sözleşmesi yapabilme, toplu iş sözleşmeleriyle hukuk kuralları koyabilme özgürlüğünü (serbestisini) anlatır. Toplu iş sözleşmesi özerkliği, serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı ülkelerde, sermaye ile emek arasında bir denge kurulmasına yardımcı olmakta ve özellikle, işçilere iktisadi ve sosyal açıdan önemli yararlar sağlamaktadır. Nitekim toplu iş sözleşmesi sayesinde işçiler, çalışma koşullarını işverene denk bir güçle tartışma olanağı bulmuşlardır.”: **TUNÇOMAĞI/ CENTEL**, 336; **TUNCAY, A. Can**, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul 1999, 108–109; **AKTAY/ARICI/ KAPLAN(SENYEN)**, 2. Bastı, 402–403.

⁴⁰⁷ **YÜCEL**, 1358.

⁴⁰⁸ “Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili konuları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan bir sözleşmedir.”: (TİSGLK m. 2/I). “Toplu iş sözleşmelerinin tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir.”: (TİSGLK m. 2/II).

⁴⁰⁹ **TUNCAY**, *Toplu İş Hukuku*, 115–116.

⁴¹⁰ **GÜZEL**, *İş Güvencesi Yasa Tasarısı*, 38.

⁴¹¹ **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 91; Aynı yazar, *İş Güvencesi Yasa Tasarısı*, 38.

⁴¹² **ÇELİK**, 233.

Diğer bir görüşe göre de; Anayasa'nın 125. maddesi⁴¹³, kamu işlerinin imtiyaz sözleşmeleri yoluyla görülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim yargılamasını düzenleyen ve idare hukukuna ilişkin özel bir hüküm niteliğindedir. Bu niteliği itibariyle ne işçi-işveren ilişkisine ne de iş güvencesine ilişkin herhangi bir yasal düzenleme ile bir bağlantısı kurulamaz⁴¹⁴.

Ayrıca aynı görüş taraftarlarınca, Anayasa'nın 36. maddesi⁴¹⁵ olan "*Hak Arama Özgürlüğü*" ile Anayasa'nın 37. Maddesinde⁴¹⁶ "*Kanuni Yargı Yolu Hakkını*" düzenlenmiştir. Özel hakeme gitme kararı da, işçinin AY. m. 36 ile güvence altına alınmış olan hak arama özgürlüğünün güvence sınırları içerisine girmektedir. Ancak ekonomik yönden zayıf konumdaki işçinin güçlü konumdaki işverenle anlaşması sonrasında getirilen özel hakem kaydıyla, hak arama özgürlüğünün ve kanuni yargı yoluna gitme hakkının güvencesi gereği olan doğal hâkiminden ayrılır. Belirtelim ki, işçi-işveren uyuşmazlıkları için ihtisas mahkemesi durumundaki iş mahkemelerinde bulunan uzman konumdaki doğal hâkimin göreceği uyuşmazlıkların, işçi açısından daha güvenceli olacağı kanısındayız. Çünkü iş ilişkilerinde işçilerin işverenleri tarafından özgür iradelerinin sakatlanması sonucunda bu gibi kayıtların getirilmesi durumuyla sıklıkla karşılaşılmaktadır.

Ayrıca uygulamada görülen bir diğer sorun ise; işverenlerle sendikalar arasında gerçekleşen toplu iş sözleşmelerinde, işçiyi bağlayıcı tahkim şartının kabul edilmesidir. İşçileri bağlayıcı tahkim şartları ile "*Anayasa'nın 36. ve 37. Maddeleri*" ve "*toplulu iş sözleşmesinin özerkliği*" kavramlarını birlikte değerlendirdiğimizde bu durumun toplu sözleşme özerkliğinin sınırlarını oluşturan "*Kamu Düzeni*"ne ve Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu görülür⁴¹⁷.

⁴¹³ "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hükümler: 4446 – 13.8.1999) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilmektedir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." (AY. m. 125).

⁴¹⁴ GÜZEL, *İş Güvencesi*, 92; YÜCEL, 1362.

⁴¹⁵ "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma (Ek ibare: 4709 – 3.10.2001 / m.14) "ile adil yargılanma" hakkına sahiptir." (AY. m. 36).

⁴¹⁶ "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz." (AY. m. 37).

⁴¹⁷ GÜZEL, *İş Güvencesi*, 92; YÜCEL, 1362.

Öğretide, Anayasa Mahkemesi tarafından bu hükmün iptal edilmesinden önce tartışılan diğer bir konu da, toplu sözleşmede fesih bildirimine itiraz için özel hakeme başvurulacağına dair bir hükmün, toplu sözleşmenin normatif kısmına mı, yoksa borç doğurucu kısmına mı dâhil olacağıydı. Hakem kaydının bağlayıcılığı TİS.’ in hangi kısmına girdiğine bağlıdır. Normatif kısmına girerse bağlayıcı olacaktır. Borç doğurucu kısmına girerse işçi açısından bağlayıcı bir hüküm oluşturmayacaktır. Bu hüküm normatif nitelikte olduğu kabul edilirse, işçinin genel mahkemede dava açma hakkının ortadan kalktığı kabul edilir ve işçi TİS.’ deki hükümle bağlı hale gelir.

Tartışılan bu konudaki bir görüşe göre; toplu iş sözleşmesine konulacak tahkim şartı, tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümler arasında yer alır. Ancak taraf sendika üyesi işçi ve işverenin arasında çıkabilecek iş güvencesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, tahkim kaydından dolayı, tarafların özel hakeme gitmeleri gerekir. Toplu iş sözleşmesi kapsamında, “kolektif irade”ye dayalı serbestçe belirlenmiş tahkim kaydına(özel hakeme gitme kaydına), sendika üyesi işçilerin iş güvencesine ilişkin bireysel uyuşmazlıklarında başvurmaları gerekir⁴¹⁸.

Öğretideki başka bir görüşe göre; TİS.’in borç doğurucu hükümlerinin işçiyi bağlamayacağı, bu tür hükümlerin TİS. taraflarını, yani işveren ile işçi sendikasını bağlayacağı, bu nedenle de normatif nitelikli olmayan bir hükme işçinin uyması gerekmez. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin özel hakem hükmünün normatif bir hüküm olarak değerlendirilmesi halinde, işçi ve işveren için bağlayıcı olacaktır. Yazara göre, TİS.’ e konulacak özel hakem hükmü, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin normatif bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle TİS’ e konulan özel hakem hükmünün işçi ve işvereni bağlayacağı kabul edilir⁴¹⁹.

Diğer bir görüşe göre de; işçinin, itirazını özel hakeme götürmesini öngören TİS. hükmü, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olmadığı gerekçesiyle değil, TİS. erki dışında kaldığı için normatif bir hüküm olarak kabul edilmeyecektir. TİS. kurallarının, iş ilişkisi dışında kalan ve işçiyi kişisel olarak ilgilendiren konular üzerinde bağlayıcı etkisi yoktur. TİS. erki, işçinin Anayasa ve yasalardan kaynaklanan haklarını

⁴¹⁸ EKONOMİ, 26–27; UÇUM, *Seminer Notları*, 169; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 338.

⁴¹⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 140; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, *1. Bası*, 222–223.

kapsamayacağından, bu çerçevedeki düzenlemeler TİS.' de yer alsalar bile normatif hüküm niteliğini kazanamazlar⁴²⁰.

GÜZEL' in görüşüne göre; TİS.' de özel hakem kaydını içeren hüküm, TİS.' in ne normatif ne de borç doğurucu kısmına girmektedir. TİS.' de özel hakem kaydını öngören hüküm, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin bir hüküm olarak da nitelendirilemeyeceği gibi, TİS. taraflarına hak ve yükümlülükler getiren bir hüküm olarak da kabul edilemez. Ayrıca TİS.' in normatif hükmünün, iş sözleşmesi sona ermiş bir işçi için etkisi devam edemez. İş sözleşmesi sona eren bir işçinin uyuşmazlığı hangi merciye veya makama götüreceğinin TİS. ile düzenlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, AY. m. 53 sadece TİS. ile çalışma koşullarını düzenleme olanağı tanımıştır. Bu hüküm gereğince, TİS. ile düzenlenemeyecek bir hususun, yasa düzenlemesi sonucunda TİS.' ne getirilen bir kayıtla uygulanabilecek olması, Anayasa' ya aykırıdır⁴²¹. Yargıtay da içtihatlarıyla⁴²² yasanın bu açık hükmüne rağmen maddenin uygulanmasını engellenmeye çalışılmıştır.

Tüm bu tartışmalar sonrasındaki genel görüş, İşK. m. 20/I' deki "Toplu İş sözleşmesinde hüküm varsa veya..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeydi. Ayrıca bu ibareyle birlikte, İşK. m. 20/son' daki "Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir" cümlesi de iptale konu olmuştur. Karar Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup, iptal kararı Resmi Gazete'de 24.11.2007 tarihinden itibaren yayımlanmıştır. Yürürlüğe girişi ise iptal kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasından altı ay sonra⁴²³ olarak belirlenmiştir.

⁴²⁰ YÜCEL, 1361.

⁴²¹ GÜZEL, *İş Givencesi*, 93.

⁴²² "Dosya içeriğinde, taraflar arasında imzalanmış ve tahkim şartı içeren belirsiz süreli iş sözleşmesi bulunmadığı gibi, davalı işveren aralarındaki sözleşmeye değil, Metal İş Sendikası ile imzalanan ve tahkim şartı içeren TİS hükmüne dayanmıştır. Ancak, davacı TİS' e taraf sendika üyesi değildir. Dayanışma aidatı verdiği de savunulmamıştır. Tahkim şartı içeren TİS' in davacı hakkında uygulanması olanağı yoktur. Somut bu maddi olgulara göre, görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır. İşin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekir.": Yarg. 9. HD, 08.09.2005, E. 2005/26660, K. 2005/28908: www.kazanci.com ; Aynı karar için bkz. AKYİĞİT, dn.250, 851.

⁴²³ Kararın RG.'deki yürürlük tarihi 24.11.2007'dir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal konusu kararın genel gerekçesine göre, İşK. m.20/I' deki "Toplu İş sözleşmesinde hüküm varsa veya..." ibaresi Anayasa'nın 36 maddesi olan "*Hak Arama Özgürlüğü*" ilkesine aykırılıktan dolayı iptale konu olmuştur. "Özel hakemin oluşum ve çalışma esaslarını düzenleyen" İşK. m. 20/son cümlesi Anayasanın m. 2 ve m. 36 aykırılığından dolayı iptal edilmiştir⁴²⁴.

⁴²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72 sayılı kararının; Esas İncelemesinde:

1) Birinci Fıkranın Son Tümcəsi

a) "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya..." Bölümü

20. maddenin birinci fıkrasının son tümcəsi uyarınca, toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm *normatif niteliktedir* ve sendika üyesi olan işçiyi bağlar. Çünkü, 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde *emredici nitelikte* bir ifadeyle, "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa ... özel hakeme götürülür" denilmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir.

İptali istenilen kuralın, "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya" bölümüyle, toplu iş sözleşmesinin bu konudaki hükümlerine yasa hükmü gibi bağlayıcılık kazandırılmaktadır.

Özel hakem kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinde yer alan ve *esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle* temyiz edilebiliyor ise de, iptali istenilen kuralda yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması *hak arama özgürlüğünü* sınırlamaktadır.

Bu nedenle kuralın "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya" bölümü **Anayasa'nın 36. maddesine** aykırıdır, iptali gerekir.

b) "... taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür." Uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi işçinin yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olduğundan AY.'nın 36. maddesine aykırılığından söz edilemez.

Bu nedenlerle, kuralın "... taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür." Bölümü AY.'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 5., 11., 13. ve 37. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2) Dördüncü Fıkra

Dava dilekçesinde, özel hakemin oluşum ve çalışma esaslarını düzenleyen dördüncü fıkranın, birinci fıkranın son tümcəsi için belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

20. maddenin dördüncü fıkrasında "özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesi" öngörülmektedir.

HUMK'un 516 ilâ 536. maddeleri arasında, özel tahkim kurulunun oluşumuna ve görevlerine ilişkin kurallar yer almaktadır.

HUMK'un 527. maddesinde hakemlerin hangi hallerde sulh mahkemesine başvurabilecekleri, 528. maddesinde tahkikat esnasında ceza takibatına esas teşkil eden bir sahtelik söz konusu olursa, ceza mahkemesince bir karar verilinceye kadar tahkim incelemesinin erteleneceği, 529. maddesinde hakemlerin ilk oluşumundan itibaren altı ay içinde hüküm vermek zorunda oldukları, aksine yapılan sözleşmelerin batıl olduğu ve bu konudaki uyuşmazlıkların yetkili mahkemece çözümleneceği, 530. maddesinde hakem kararlarında nelerin olması gerektiği, 531. maddesinde hakemlerin çoğunlukla karar verebilecekleri, 533. maddesinde hakemlerin kararlarının hangi hallerde temyiz edilebileceğinin kurallara bağlandığı görülmektedir.

Hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için zorunludur.

Bu nedenle kural, **Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine** aykırıdır, iptali gerekir.

Kuralın, 2. ve 36. maddeye dayanılarak iptaline karar verildiğinden, Anayasa'nın 5., 11., 13. ve 37. maddeleri açısından denetim yapılmasına gerek görülmemiştir: **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 1400-1402.

2. Tahkim Sözleşmesi

Tahkim, HUMK' un 516–536. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kendi isteklerine tabi olan meseleler hakkındaki uyuşmazlıkların, taraflarca genel mahkemeler yerine özel hakemler tarafından görülüp karara bağlanması konusundaki anlaşmaya “tahkim sözleşmesi”⁴²⁵ denir. HUMK. m. 516' ya göre “tahkim sözleşmesi”nin tarafları bizzat uyuşmazlığın taraflarıdır ve taraflar arasındaki bu anlaşma sadece onları bağlar bir üçüncü kişiye etkisi yoktur⁴²⁶. Tahkim sözleşmesi sadece tahkime elverişli konularda yapılabilir. Uyuşmazlık tahkime elverişli değilse, bu konudaki uyuşmazlık mahkemede çözümlenmelidir⁴²⁷.

Burada ihtiyari bir tahkim söz konusu olup, taraflar uyuşmazlığın çözülmesi açısından tahkim yoluna başvurmak zorunda değildirler. Ancak taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi varsa, tahkim yoluna gitmek zorunludur. Tahkim anlaşmasının yanında mahkemelerin yetkisi alternatif, seçimlik hak şeklinde tutulamaz. Mahkeme yolu yanında, tahkim yolunun da kararlaştırıldığı durumlarda mahkeme seçilmelidir. Yani tarafların mahkeme yolunu seçmedikleri ve aralarındaki anlaşmadan tereddütsüz şekilde uyuşmazlığın hakemler tarafından çözümlenmesini istedikleri anlaşıldığında ancak hakemler uyuşmazlığı çözmek konusunda yetkili olabileceklerdir⁴²⁸.

Taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı halinde davacı, uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurabilir ve davalının uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi gerektiğini itiraz olarak esasa cevap süresi içerisinde ileri sürebilecektir. İtiraz süresi içerisinde ileri sürülmezse mahkeme uyuşmazlığı görmeye yetkili olur. Davalının tahkimin varlığı yönündeki itirazını mahkeme inceleyecek ve bir karar verecektir. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğine karar verirse, davayı usul yönünden reddeder. Bu temyiz edilebilir bir karardır. Davacı, bu kararın kesinleşmesinden sonra on gün içinde tahkim yoluna başvurursa, mahkeme kararı ile

⁴²⁵ “Bizzat uyuşmazlığın taraflarınca tahkim yolunun kararlaştırılmasına tahkim sözleşmesi, taraflar ile hakem arasında yapılan anlaşmaya ise “hakem sözleşmesi” denilir. Uygulamada her ikisini de kapsar biçimde “hakem sözleşmesi” ifadesi kullanılır.”: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 254; “Bu sözleşme Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Bununla taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakemler tarafından çözümlenmesini onlara teklif, hakemlerde hakem olarak o uyuşmazlığı çözmeye kabul ederler.”: YÜCEL, 1352

⁴²⁶ Aynı yerler.

⁴²⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 697.

⁴²⁸ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 254.

gelen sonuçlardan faydalanır. Süresi içerisinde başvurmazsa, dava açılması ile meydana gelen sonuçlardan faydalanamaz. Mahkeme tarafından itiraz kabul edilmediği durumlarda, karar esas hükümlerle beraber temyiz edilebilecektir⁴²⁹.

Hakemde görülen bir davada, geçerli bir tahkim sözleşmesinin olmadığı gerekçesinin ileri sürüldüğü bir durumda, hakem itiraz ileri süren tarafa mahkemeye başvurması için süre verecektir(HUMK. m. 519). Kendisi itirazı inceleyemez. Mahkeme uyuşmazlığın hakem tarafından görülüp görülemeyeceğini basit yargılama usulüne göre inceler ve alınana karara göre uyuşmazlık hakemde görülmeye devam edilir⁴³⁰.

4773 sayılı ve 4857 sayılı Kanunların yürürlüğe girmesi sonrasında tahkime ilişkin hükümlerin bireysel iş hukuku alanına girmesiyle tahkimin iki tarafın arzusuna tabi işlerden sayılıp sayılmayacağı içtihat ve doktrinde tartışmalı bir husus haline gelmiştir⁴³¹. Ayrıca, “*Tarafların Anlaşması Suretiyle Uyuşmazlığın Özel Hakeme Götürülmesi*” maddesinin özel hakem şartının kararlaştırıldığı zamana göre geçerlilik kazanacağı konusu da öğretide tartışılmıştır.

3. Tarafların Anlaşması Koşulu

İşK. m. 20/I son cümlesine göre, tarafların uyuşmazlığın hakeme götürülebilmesinin şartı olarak “*Tarafların Aralarında Anlaşmak Suretiyle Özel Hakeme Gidebilmesi*” verilmiştir.

Yasadan açıkça anlaşılması gereken, feshe itirazın özel hakeme götürülmesine ilişkin kayıt bir anlaşma niteliğindedir. Yani maddede bir hakeme götürme anlaşması(kayıd) söz konusudur. Bu anlaşma (AYM’ in iptal kararı yürürlüğe girene kadar işçiyi kayıt altına alan bir “*toplu iş sözleşmesi*”nde yer alır) ya da “*işçiyle işveren arasında yapılmış bir anlaşma*” olarak kendini gösterir(İşK. m.20/I). Ancak AYM.’nin iptal kararı 24.11.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe girdiği için bu anlaşma artık sadece işçi ile işveren arasındaki bir anlaşma olarak uygulamasını sürdürebilir⁴³².

⁴²⁹ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 255.

⁴³⁰ Aynı yer.

⁴³¹ YÜCEL, 1353.

⁴³² “Feshedilen iş sözleşmesi taraftarlarının(işçinin ve işverenin) uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda karar sahibi kılınması işin doğasına uygundur. Yani bu konuda karar verme yetkisine/hakkına sahip olmaları gereken, olayın asıl sahipleri onlardır ve bu yüzden de onların hakeme götürme anlaşması

İşçi ve işveren aralarında anlaşmak suretiyle uyuşmazlıkların özel hakeme götürülmesi şartını, iş sözleşmesinin kurulması ya da sözleşmenin devamı sırasında mı yoksa iş sözleşmesi sona erdikten sonra mı kararlaştırılması halinde geçerlilik kazanacağı konusu öğretide tartışılmıştır. Buna göre;

a. İş Sözleşmesinin Kurulması veya Devamı sırasında Özel Hakem Şartının Kararlaştırılması

İş güvencesi hükümleri konusunda, özel hakem anlaşmasını düzenleyen İşK.'nın 20. maddesi uyarınca, bu anlaşmanın ne zaman yapılabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, öğretide madde zaman açısından yorumlanmış olup, bunun anlaşmanın geçerliliğine etkisi üzerinde durulmuştur.

Öğretideki bizim de katıldığımız baskın görüşe göre; işçinin işe girerken veya iş sözleşmesinin devamı sırasında sözleşmeye konulan hakem kaydı, işverene bağımlı olarak çalışan işçinin serbest iradesi ile kabul ettiği bir hüküm değildir ve işçi kendisine dayatılan bu hükmü kabul etmek zorunda kalmaktadır. Bu durumun, İş Hukuku'nun önemli bir ilkesi olan “İşçiyi Koruma İlkesi” ile de bağdaşmayacağı gerekçesiyle anlaşmanın geçersiz olduğu kabul edilir⁴³³.

Benzer bir görüşü savunan *UÇUM* a göre; iş sözleşmesi kurulurken kararlaştırılan özel hakeme gitme şartı, işçiyi hakeme gitmeye zorlayamaz. Buna

doğaldır. Bu yüzden AYM' in TİS ile özel hakeme götürme imkânı veren hükmü iptalini olumlu bulmaktadır.”: **AKYİĞİT**, 851.

⁴³³ “4773 sayılı Kanun ile getirilen tahkim kaydı, işçinin İş Mahkemesi'nde dava açma hakkını engelleyebileceğinden uygulamada sorunlar yaratabilecektir, ayrıca tahkim yolunun paralı olması daha çok işverenin işine yarayacağı için işçilerin bu uygulamaya yanaşmayacakları” görüşü için: **TUNCAY**, *İş Güvencesi Yasası*, 9; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, 175; **EGEMEN, Erdal**. *Türk Hukukunda Ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi*, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, 99; Benzer görüşteki yazarlar için bkz. **SÜZEK**, 561–562; **GÜZEL**, İş Güvencesi, 94–95; “*ŞAHLANAN*” a göre; işçinin elini kolunu bağlayan böyle bir hükmü geçerli saymak mümkün değildir. *TAŞKENT* e göre; iş sözleşmesine peşinen özel hakem kaydını koymanın 20. maddenin özüne uygun düşmediğini savunmaktadır. Zira madde bir bütün olarak ele alındığında, iş sözleşmesi feshedilen işçinin başvurabileceği yolların düzenlendiği görülmektedir ve iş sözleşmesinin feshedilmediği bir dönemde özel hakeme gidileceğinin kararlaştırılması geçersizdir. Ayrıca işçi bu hükmü serbest iradesi ile kabul etmemektedir. Her işçi işe girerken ya da işin devamı sırasında, özel hakem şartını içeren sözleşmeyi imzalamak zorundadır. *EYRENCİ* e göre; iş sözleşmesi yapılırken ya da daha sonra çıkarılacak işyeri yönetmeliği ile hakem kaydının getirilemeyeceğini savunmakta ve işçinin serbest iradesinin olmayışı gerekçe göstermektedir. *ULUCAN* da aynı şekilde, işçinin serbest iradesinin zedelendiği gerekçesini savunmaktadır.”: **YÜCEL**, 1355–1356; **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 257.

karşılık işçi, iş sözleşmesinde olan hakem şartına uyarak fesihten sonra özel hakeme başvurması durumunda, işveren de buna karşı çıkamayacaktır. Dolayısıyla, işçi bu davranışı ile özel hakeme gitme şartını hem kendisi için hem de işveren açısından bağlayıcılık kazandırmış olur. Ancak bu şekilde işçinin serbest iradesi ile iş sözleşmesinin başlangıcında konulan özel hakeme gitme şartı geçerlilik kazanabilecektir. Yazara göre bunun nedeni, zayıf taraf olan işçiyi koruma ilkesinin gereğidir. İşçinin fesihten sonra hiçbir baskı altında kalmadan bu şarta uyduğu durumlarda başlangıçtaki özel hakeme gitme şartı geçerlilik kazanır ve işveren için de bu durum bağlayıcı olur⁴³⁴.

AKYİĞİT e göre; iş sözleşmesindeki hakem kaydı, mahkemenin yetkisini bertaraf etmesi nedeniyle işçinin işe alındığı sırada veya sözleşme yapılırken kararlaştırıldığı durumlarda geçersizdir. Bu kayıt işçiyi bağlamaz. İşe alındıktan sonra iş sözleşmesinin devamı sırasında özel hakem kaydının kararlaştırılması halinde, işçinin iradesinin sakatlanmadığı durumlarda geçerli sayılır⁴³⁵.

Baskın görüşün aksini savunan *EKONOMİ* ye göre; işçi ve işverenin özel hakem kaydını içeren bir anlaşmayı, iş sözleşmesinin yapılması veya devamı sırasında, iş sözleşmesi hükümleri çerçevesinde veya ayrı bir özel hakem sözleşmesi olarak kabul edebilirler⁴³⁶.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında, iş sözleşmesinin yapılması ve devamı sırasında kararlaştırılan özel hakem anlaşması, davacı işçi tarafından iddia edilen irade sakatlığının varlığı ispatlanamadıkça geçerli sayılır⁴³⁷.

⁴³⁴ **UÇUM**, *Seminer Notları*, 168; Karşı görüşe göre; "Bu görüşün kabulü halinde tahkim yolu, HUMK ilkelerine aykırı olarak "seçimlik bir hakka" dönüştürülmektedir. Ya da söz konusu özel hakem kaydı, işçinin fesihten sonra başvurmasıyla geçerlilik kazanacak bir askıda hükümsüzlük durumuna dönüşmüş olur. Oysa burada geçersiz bir tahkim şartı vardır ve bunun seçimlik bir hak teşkil etmesi ya da askıda hükümsüz olması düşünülemez. Tahkim sözleşmesi tarafları bağlar.": **YÜCEL**, 1357.

⁴³⁵ **AKYİĞİT**, 852.

⁴³⁶ **EKONOMİ**, 25; aynı şekilde iş sözleşmesine başta konulan özel hakem şartının geçerliliği görüşüne katılan, **GÜNAY**, 196.

⁴³⁷ "Sözleşmenin yapılması veya devamı sırasında yapılan hakem kaydına ilişkin anlaşma iradeyi sakatlayan bir hal ileri sürülüp ispatlanmadığı sürece geçerli kabul edilmektedir. Özel hakem anlaşmasının iş sözleşmesinin devamı sırasında yapılmış olması tek başına serbest irade ile kabul edilmediğini göstermez, iradenin sakatlandığı ayrıca kanıtlanmalıdır. Somut olayda, hakem kaydına ilişkin anlaşmada iradesinin sakatlandığını davacı işçi kanıtlamış değildir. Böyle olunca, özel hakem anlaşması uyarınca dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekir.": Yarg. 9.HD, 26.11.2007, E. 2007/37878, K.2007/35355: www.kazanci.com.

Kanaatimizce, iradeyi sakatlayan bir durumun varlığının işçi tarafından ispatlanmadığı hallerde özel hakem anlaşmasının geçerli olacağına dair Yargıtay görüşünün öğreti tarafından eleştirilmesi isabetlidir. Bu karar ispat hukuku kuralına uygun gözükmekle birlikte, irade sakatlığının işçi tarafından ispat edilecek olması, uygulamada zor durumda kalan işçilerin daha büyük bir zorlukla karşı karşıya kalmalarına neden olur.

Ayrıca söz konusu Yargıtay kararında, hakemlerin ne şekilde seçileceklerine dair bir açıklama da yoktur. HUMK. m. 520' ye göre taraflara tanınan esneklikten yararlanan ekonomik açıdan güçlü konumdaki işveren, kendisine yakın hakemleri seçebilecektir. Tüm bu nedenlerden dolayı, baskın görüşün de savunduğu şekilde, tarafların sözleşmenin feshinden sonra uyuşmazlığı özel hakeme götürebilmelerinin kabulünün isabetli olacağı görüşünderiz⁴³⁸.

b. İş Sözleşmesi Sona Ermesinden Sonra Özel Hakem Şartının Kararlaştırılması

İş sözleşmesinin kuruluşu ve hizmet ilişkisinin devamı sırasında iş sözleşmesine getirilen özel hakem kaydının, işçinin serbest iradesi olmadığı gerekçesi ile geçersizliğini savunan öğretideki baskın görüş taraftarlarınca, iş sözleşmesinin feshinden sonra işçi ile işveren arasında kararlaştırılan özel hakem kaydının geçerli olacağı yönündedir⁴³⁹.

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı özel hakem aracılığı ile çözme konusunda anlaştıkları zaman, işçi ile işveren arasındaki hizmet sözleşmesi sona ermiş ve artık işçi işverene bağlı konumda değildir. Bu durumda, işverenin işçisi üzerinde baskı kurma imkânı olmayacağı için, işçinin serbest iradesi ile yapılmış olduğu kabul edilen bu anlaşmanın geçerli olması gerekir.

⁴³⁸ ÇELİK, 235.

⁴³⁹ YÜCEL, 1356; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 258; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 175; SÜZEK, 561; BİLGİLİ, 171.

Öğretide savunulan görüşleri değerlendirdiğimizde; İşK. m 20/I’ deki “ taraflar aralarında anlaşır” ibaresini, işçi ile işverenin, iş sözleşmesinin feshinden sonra aralarında yaptıkları anlaşma olarak anlamak gerekir.

4. Özel Hakem Kaydının Şekli

İşçi ile işveren arasındaki özel hakem anlaşmasının ne şekilde(yazılı-sözlü) yapılacağına dair bir açıklık yoktur. Bu yüzden hakem anlaşmasının sözlü dahi yapılabileceği savunulabilir. Ancak ispat açısından sorun çıkabileceği için yazılı yapılması önerilir⁴⁴⁰.

Tarafların(işçi ile işverenin) anlaşması ile getirilen uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesi kaydının şekli, AYM.’ nin iptal ettiği TİS. ile getirilen özel hakem kaydının şekli ile aynı nitelikte değildir. Çünkü TİS. ile getirilen özel hakem kaydının yazılı şekilde yapılması zorunludur(TİSGLK. m. 4). Aksi halde TİS. ile getirilen özel hakem kaydı hiçbir şekilde geçerli olamayacaktır. Ancak maddeye ilişkin iptal kararı yürürlüğe girdiği için artık TİS.’ deki özel hakem kaydı geçersizdir⁴⁴¹.

Ayrıca, İşK. m. 20/son’ da “özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri ile ilgili çıkarılacak yönetmelikle belirleneceğini” belirten hükmün de aynı şekilde iptal kararına konu olması ve yerine yeni bir yasal düzenleme de henüz getirilmemiş olduğundan, tarafların aralarında yapacakları özel hakem anlaşmasının şekli için genel hükümlere bakmamız gerekir⁴⁴².

Bu konuyla ilgili henüz bir yönetmelik veya başka bir düzenleme yapılmadığı için genel hüküm olan HUMK.’ un tahkimle ilgili hükümlerinden yararlarız. HUMK. m. 517 gereğince, tahkim anlaşması ya da özel hakem kaydı yazılı şekilde yapılmak zorundadır⁴⁴³.

⁴⁴⁰ AKYİĞİT, 852.

⁴⁴¹ AKYİĞİT, 852; AKYİĞİT, Ercan, *İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi*, Yargı Dünyası, S.104, İstanbul 2004, 36; SARIBAY,179.

⁴⁴² Aynı yer.

⁴⁴³ GÜZEL, *İş Güvencesi*, 95; YÜCEL, 1357; AKYİĞİT, 852; Aynı yazar, *Özel Hakem*, 36; ÇANKAYA/ GÜNAY/GÖKTAŞ, 259; UÇUM, *Seminer Notları*, 169; PEKCANITEZ/ATALAY/ ÖZEKES, 697; SARIBAY, 179.

5. Özel Hakemin Görev Alanı

İş Mahkemeleri özel mahkemelerdir ve bu mahkemeler İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında, iş sözleşmesinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözümü ile görevli mahkemelerdir (İşMahK.m.1). Yasakoyucu sosyal hayatın akışı ile yakından ilgili olabilecek bu ihtilafların özel bir mahkeme önünde ve yalnızca uzman hâkimler tarafından görülmesini öngörmüştür. Özel İş Mahkemeleri'nin kurulmasıyla bu mahkemelerde yapılacak olan özel iş yargılamasının temel gerekçesi, İş Hukuku'nun işçiyi koruyucu niteliği ve bunun da özel bir uzmanlığı gerektirmesidir⁴⁴⁴.

4857 sayılı Kanun'un 20/I. maddesinde belirtildiği üzere, taraflar anlaşılırsa feshin geçersizliğine ilişkin bir uyuşmazlığın çözümünde özel hakem görev alabilir. Yani İşK. m.20/I hükmü tarafların anlaşması şartına bağlı olarak, İş Mahkemesi'nin görev alanına giren(İşMahK. m.1) bir uyuşmazlığın özel hakem tarafından da görülebileceğini belirtmek suretiyle, özel hakemin görev alanını sınırlamıştır⁴⁴⁵. Bu yönde katıldığımız Yargıtay içtihatları ile özel hakemin, İş Hukuku yargılamasında sadece iş güvencesine ilişkin davalara bakabileceği belirtilerek görev alanı sınırlanmıştır.

Yargıtay, İş Hukuku yargılamasında özel hakem yolu ile çözülebilecek uyuşmazlıkları sayma yoluna giderek, özel hakemin görev alanının sınırlarını net bir şekilde çizmiştir. Bunlar, “*Feshin Geçersizliği, İşe İade, İş Güvencesi Tazminatı Ve Boşta Geçen Süre İçin Ücret Alacağı*” olarak belirlenmiştir. Bu sayılanlar dışındaki uyuşmazlıklar ise, İş Mahkemesi'nin görev alanına girecektir. Ayrıca özel hakem kararlarında da, işçinin işe başlatılmaması halinde belirlenecek olan tazminat ve dört aya kadar boşta geçen süre için ücret alacağının miktar belirtilmeden karar verilmesi gerekir⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ YÜCEL, 1362.

⁴⁴⁵ SARIBAY, 179.

⁴⁴⁶ Yarg. 9. HD, 22.3.2004, E. 2004/5846, K. 2004/5621: AKYİĞİT, *Özel Hakem*, 25–39, ILDIR, 12.

EKMEKÇİ ye göre; İş Kanunu Tasarısı'nın hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolunu açan 13/D maddesinin(4773 sayılı K.), sadece fesih sebebinin geçerli olup olmadığı konusunda tahkime gidilebileceği, hizmet sözleşmesinden doğan diğer uyuşmazlıklarda tahkim yolunun açık olmayacağı şeklinde bir yoruma neden olabilecek şekilde anlaşılmasında gerektiğini, ayrı bir maddede düzenleme yapılarak hizmet akdinden doğan tüm uyuşmazlıklar için tahkimin getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁴⁷.

Yazara göre; şayet tahkim yolunun sadece fesih sebebinin geçerli olup olmadığı konusunda sınırlı olması istenilmişse, bunun hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların bir kısmının tahkimde, bir kısmının ise İş Mahkemesi'nde görülmesi gibi bir sonuca varılmasına neden olabilecektir. Bu şekilde bir karışıklığa neden olabilecek bir sınırlamanın getirilmemesi gerektiğini savunmuştur⁴⁴⁸.

6. Özel Hakem Kararlarına Karşı Yasa Yolları

Özel hakem kararlarının temyizinin mümkün olup olmadığına dair İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda öğretilerdeki bir görüşe göre, özel hakem kararları temyiz edilemeyecektir. Kanun mahkeme kararlarının temyiz edilebileceğine dair açık bir hüküm vermişken(İşK. m. 20/III), özel hakem kararlarının temyizi için bir hüküm bulunmaması, bu yolun özel hakem kararları için kapalı olduğu şeklinde anlaşılması gerekir⁴⁴⁹.

Başka bir görüşe göre, devletin kurduğu ve yargıçlarını atadığı uzmanlık gerektiren özel bir yargılamaya sahip İş Mahkemeleri'nin kararları yeniden incelenip değerlendirilmeye tutulurken, tarafların seçtiği ve konuda uzman bile olmayabilen bir hakemin verebileceği kararı, yargısal denetime(temyiz yoluna) tabi tutmamak yerinde bir uygulama olmaz⁴⁵⁰.

İşK.' da özel hakem kararlarının temyizine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Özel hakemin çalışma esaslarını gösterilmesi ile ilgili de çıkarılacak yönetmelik

⁴⁴⁷ *EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku*, 60.

⁴⁴⁸ Aynı yer.

⁴⁴⁹ *AKYİĞİT*, 853; Aynı yazar, *Özel Hakem*, 37.

⁴⁵⁰ *ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ*, 278; *AKYİĞİT, Özel Hakem*, yazarlar için bkz dn.32, 37.

hükümünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması ve yerine yeni bir düzenleme getirilmemiş olması sebebiyle, hakem kararlarının temyizi ile ilgili olarak özel hükümlere gitmemiz gerekecektir. Hakem kararları bakımından temyiz HUMK. m. 533’ de düzenlenmiştir. Bu maddede temyiz sebepleri sınırlı olarak sayılmış ve temyiz incelemesinin hangi merci tarafından yapılacağına dair bir hüküm eklenmemiştir⁴⁵¹.

Yargıtay’ın özel hakem kararını inceleyip incelemeyeceğini, bir görüşe göre Anayasa’nın 154. maddesi hükmü esas alınmak suretiyle değerlendirebiliriz. “Yüksek Mahkemenin Görevinin” düzenlendiği Anayasa’nın 154. maddesine göre, “Yargıtay adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar”. Madde hükmünde yer alan, “kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı hükümler” ile “kanunla gösterilen davalar” ibarelerini değerlendirdiğimizde, özel hakem kararlarının da bu madde hükmüne dâhil olabileceği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca özel hakem kararlarının temyizinin mümkün olmadığının kabulü, Anayasa’nın 36. maddesi olan “Hak Arama Özgürlüğü” kuralı gereğince adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturur⁴⁵².

Anayasa’nın 154. maddesi olan Yargıtay’ın görevinin düzenlendiği hükme göre “kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı hükümler” ibaresine uygun olarak getirilen düzenleme ile İşK. m. 20/I’ de iş mahkemelerinde görülen işe iade davalarının, tarafların anlaşması şartıyla özel hakemde de görülebilmesi sağlanmıştır.

⁴⁵¹ Temyiz sebepleri;

“**Birincisi**, tahkim süresinin tamamlanmasından sonra karar verilmesidir. Tahkim süresi HUMK. m.529 uyarınca uzatılmayıp, hakem kurullunun ilk toplantı tarihinden itibaren altı ay içerisinde karar verilmemesi halinde, anılan süre geçtikten sonra karar verilmiş olabilir. Hakem kararı bu nedenle taraflardan birisinin temyizi sonucu bozulabilir. Bu takdirde uyuşmalığı çözmekle yetkili merci İş Mahkemesi olur.

İkincisi, taraflarca istenilmemiş bir konu hakkında karar alınmış olmasıdır. Örnek olarak; faiz talep olunmadığı halde hakemlerin faize dair karar vermeleri halinde karar temyizen bozulabilir.

Üçüncüsü, hakemlerin yetki ve görevleri olmayan konularda karar vermeleri(HUMK. m. 533/III).

Dördüncü temyiz nedeni; hakemlerin yapması gereken görevi noksan yapmaları sonucu iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemesi gösterilmiştir.

Birinci neden dışındaki nedenlerden birisine göre kararın bozulması durumunda hakemler ve süre yeniden belirlenir. Ancak tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmesi durumunda artık yeniden süre tayin edilmesi HUMK’ un 529. maddesinin emredici kuralına aykırılık teşkil eder.”: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 278–279.

⁴⁵² SARIBAY, 181.

Bu yargılamada, özel ihtisas mahkemesi olan iş mahkemelerindeki uzman yargıçların vereceği kararları, tarafların(işçi ile işverenin) anlaşması şartıyla aynı uyuşmazlığı özel hakeme de götürerek bir karar alabilirler. Durum bu şekilde olunca, mahkemenin kararları Yüksek Mahkeme tarafından denetlenirken, özel hakem kararlarının denetlenemeyecek olması Adil Yargılanma hakkının(AY. m. 36) ihlalini oluşturabileceği görüşüne katılmaktayız.

Feshin geçersizliği ve işe iade taleplerinin tahkim yolu ile çözümüne ilişkin hakem kararları, İş Mahkemesi kalemine tevdi⁴⁵³ edilmek durumundadır. Bu nedenle, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre; "İş Mahkemesinin nihai kararları tefhim tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz olunabilir." hükmü İş Mahkemesi veya İş Mahkemesi sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemelerinin kararları için söz konusu olur. Mahkeme kendisine tevdi olunan özel hakem kararını tebliğe çıkardığı için temyiz süresi olarak sekiz günlük süreye tabi olduğu kabul edilmelidir⁴⁵⁴.

Hakem kararlarının icraca yerine getirilebilmesi, bu kararın usul, şekil ve kamu düzenine uygunluğuna bağlıdır. Bu yüzden hakem kararının İş Mahkemesi hâkimi tarafından incelenip onaylanması gerekir. Hâkim kararı onaylamasından sonra, hakemin aldığı feshin geçersizliği ve işe iade kararı, İş Mahkemesi tarafından alınmış bir karar gibi icra kabiliyetine sahip olacaktır(HUMK. m. 536).

Yargıtay, hakem kararlarının hâkim tarafından onaylanıp onaylanmadığı hususunu da, tarafların istemi üzerine inceleyebilecektir. Bunun dışında Yargıtay, verilmiş olan hakem kararında biçim yönünden usule aykırılık belirlerse kararı bozabilir. Aynı şekilde hakem kurulu kararlarında da kamu düzenine aykırılık tespit edildiğinde bozma kararı verebilir⁴⁵⁵.

⁴⁵³ "Hakem kararının temyizine dair dilekçe, hakem kararının tevdi edildiği İş Mahkemesi'ne veya iş davalanna bakmakla görevli başka bir mahkemeye verilebilir(HUMK. m. 532, 432/II). Hakem kararının tevdi edildiği mahkeme, temyiz dilekçesini karşı tarafa tebliğe çıkarır(HUMK. m. 433/I). Karşı yan, on gün içinde temyiz dilekçesine cevap verebileceği gibi, katılma yolu ile de hakem kararını temyiz edebilir(HUMK. m. 433/II). Ancak, feshin geçersizliği ve işe iade taleplerini çözmek için verilen hakem kararı İş Mahkemesine tevdi edildikten sonra, tebliğe çıkarılan karara karşı sekiz günlük temyiz süresi işlemeye başlar. İş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulandığından (HUMK. m. 473-491) temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliği ve temyize cevap ile temyiz söz konusu olmayacağı görüşü savunulmuştur.": ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 280.

⁴⁵⁴ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 279-280.

⁴⁵⁵ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 285.

Hakemlerin ve bu Kanunun tahkim hükümlerine göre mahkeme tarafından verilen kararların, onanmasına veya bozulmasına ilişkin Yargıtay kararları için karar düzeltmesi yoluna gidilemeyecektir(HUMK.m.440/III-4). Ayrıca İşMahK. m. 8/III uyarınca, feshin geçersizliği ve işe iade talepleri hakkındaki hakem kararları, iş mahkemelerine tevdi olunup o usule bağlı olarak temyiz edilerek incelendiğinden, bu konudaki hakem kararlarına ilişkin karar düzeltmesi de istenemez⁴⁵⁶.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, temyiz olunarak veya aleyhine Yargıtay yoluna gidilmeyerek kesinleşen hakem kararları için, yargılamanın yenilenmesi yolu kabul edilmiştir(HUMK. m. 534). Yargılamanın iadesi, kesinleşen kararlar için kullanılabilirdiğinden, "fevkalade" bir yasa yolu olarak adlandırılır. HUMK. m. 534'ün yollama yaptığı HUMK 445. ve 446. maddelerinde belirtilen sınırlı sebeplerin^{457,458} varlığı halinde hakem kararları hakkında yargılamanın yenilenmesi (iadei muhakeme) istenebilecektir. Bu yola başvurulması halinde HUMK. m. 445-454 hükümleri uygulanır(HUMK. m.534)⁴⁵⁹.

Hakem kararlarına karşı HUMK. m.447' deki sürelerle uymak koşuluyla, feshin geçersizliği ve işe iade davaları hakkındaki yargılamanın yenilenmesi için başvurulabilir. HUMK. 447/I' e göre, hakem kararlarının icra edildiği durumlar da bile, aleyhe hüküm verilen tarafın halefleri, hükümden usulen haberdar oldukları günden itibaren bir ay içerisinde yargılamanın iadesi yoluna başvurabilirler.

Taraflardan biri, HUMK. m. 445'de sayılan sebeplerden birini öğrenmesinden itibaren üç ay içerisinde, mahkemeden hakem kararı yargılamaının iadesini istemesi gerekir(HUMK m.447). Sayılan bu süreler hak düşürücü süreler olup, hâkim tarafından re'sen göz önüne alınır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 286.

⁴⁵⁷ "Feshin geçersizliği ve işe iade talepleri bakımından; vekil ve mümessil olmayan kimselerin huzuruyla davaya bakılıp hüküm kurulmuş olması, hakem yargılamaında davaya bakmaktan çekilmesi gereken hakemin davaya bakması ve karar vermesi veya mahkeme hükmü bulunması gibi, sebepler olabilir",(HUMK.m.445/VIII, IX, X). "İşçilerin aleyhlerine işveren sendikası ile işveren arasında alınmış bir karara karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir.",(HUMK.m.446): ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 288.

⁴⁵⁸ "Yargılamanın iadesi sebepleri HUMK m. 445' de sınırlı olarak sayılmıştır. Yorum yoluyla başka nedenler yaratılamaz.": Yarg. 21. HD, 14.03.2002, E. 10904. K. 2198: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, dn. 407, 608.

⁴⁵⁹ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 286-287; SARIBAY, 181.

⁴⁶⁰ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 288.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARI VE KARARIN İCRASINDAKİ USUL

§ I. İŞE İADENİN SONUÇLARI

A. Mahkemece Feshin Geçerli Sayılması

Mahkeme yargılamasının başında ilk önce işçinin iş güvencesi kapsamına girip girmediğine bakacaktır. Yani işçinin, İş Kanunu'na tabi olması, işyerinde en az 30(tarımda en az 51) işçi çalıştırılması⁴⁶¹, belirsiz süreli iş sözleşmesinin varlığı, en az 6 aylık kıdem koşulu, işveren vekili statüsünde olmama⁴⁶² ve süresinde itirazın gerçekleşmesi gibi konuları inceleyecektir. Öncelikle değerlendirilen bu koşulların gerçekleşmediğinin tespiti halinde dava reddedilir⁴⁶³.

Öncelikli olarak yargı organı tarafından tüm bu koşulların varlığının tespiti sonrasında, yargılamaya feshin geçerli bir sebebe dayanması, bildirim yazılı olarak yapılması, işçinin savunmasının alınması ve feshin son çare olarak uygulanması koşulları incelenerek devam edilir. Sonuç olarak da, feshin geçerliliği veya feshin geçersizliği ve işe iade yönünde bir karara varılacaktır⁴⁶⁴.

Yargı organı, feshin geçersizliğine karar vermesine rağmen, işçi bu kararın tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmazsa, işverence yapılmış olan fesih geçerli sayılacak ve işveren sadece bunun

⁴⁶¹ “30 işçi kıstasına sadece işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışanlar dâhildir. Dolayısıyla çırak, stajyer, öğrenci gibi çalışanlar bu sayıya dâhil değildir. Özel güvenlik görevlileri, hatta iş güvencesinden yararlanamayan işveren vekilleri de bu sayıya dâhildir. Yıllık ücretli izin, hastalık gibi nedenlerle iş akitleri askıda kalan işçilerde bu sayıya dâhildir. Geçici iş ilişkisi kapsamındakiler bu sayıya dâhil edilemez. İşverenin aynı iş kolunda değişik işyerleri varsa 30 işçi ölçütünün tespitinde tüm işyeri hesaba katılır. Bu hüküm karşısında işverenin ne başka işkollarında çalıştırdığı ne de yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçi sayısı dikkate alınır.”: **TUNCAY, İşe İade Davaları**, 19; **TUNCAY** a göre, “30 işçi ölçütünü Türkiye’deki irtibat bürosunun (ve şubenin) yurtdışındaki işyerlerine kadar genişletilmesi şeklindeki Yargıtay 9. Daire kararları” isabetli değildir. Yarg. 9. HD, 03.07.2006, E. 2006/9818 K. 2006/19560, Yarg. 9. HD, 12.02.2007, E. 2006/32297 K. 2007/3272: Eleştirilen kararlar için bkz. Aynı yer.

⁴⁶² “İş güvencesi kapsamı dışında bırakılan işveren vekilleri, İşK. m. 2/III’ de tanımlanan işveren vekillerinden biraz farklı ve daha dar kapsamlıdır. Bunlar işverene yakın kişiler olup genel müdür veya genel müdür yardımcısı gibi işletmenin bütününe sevk ve idare eden ya da işyerinin bütününe sevk ve idare yetkisini haiz olmaktan başka işçi almaya ve işten çıkarmaya yetkili olan kişilerdir” :Yarg. 9. HD, 19.09.2005, E. 2005/21058 K. 2005/30347: **TUNCAY, İşe İade Davaları**, 20.

⁴⁶³ **TUNCAY, İşe İade Davaları**, 17–20; **AKYİĞİT**, 884.

⁴⁶⁴ **TUNCAY, İşe İade Davaları**, 17–20; **AKYİĞİT**, 884.

hukuki sonuçları ile sorumlu olur(İşK. m.21/V). Bu durumda, işverenin yaptığı fesih, işlemin gerçekleştiği an itibariyle sözleşmeyi sona erdirmiş olduğu kabul edilir⁴⁶⁵.

Feshin geçerliliğine karar verilmesi halinde işçi, İşK. m. 21’de düzenlenmiş olan çalıştırılmadığı dönem için en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları ile işe başlatılmadığı halde hak edeceği iş güvencesi tazminatını alma hakkını yitirir⁴⁶⁶.

Yargı organının, feshin geçerliliği yönündeki kararı sonrasında, iş güvencesinin sağladığı haklardan yararlanamayan işçi, bildirim süresi⁴⁶⁷ kullanılmadıysa veya bildirim süresine ait peşin ücret(ihbar tazminatı) ödenmediyse (İşK. m.17/IV) ve şartları varsa kıdem tazminatı(1475 sK.m.14) alabilir. Ayrıca sözleşmenin devamı süresince ödenmemiş diğer işçilik haklarının da(yıllık ücretli izin vb.) ödenmesi amacıyla İş Mahkemesi’nde ayrı bir dava açabilir⁴⁶⁸.

Yargılama devam ederken, işçinin işveren tarafından işe iade edilmesi halinde iş akdinin feshi nedeniyle açılmış işe iade davası işçinin işe iade edilmesi açısından konusuz kalacak olsa da, davanın reddine karar verilmesi gerekmecektir. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ’a göre, işverenin, dava açılmadan önce veya yargılama devam ederken işçiyi işe başlatması yaptığı feshin geçerli olmadığı anlamına gelir. Bu nedenle de işçi, fesih tarihinden işe başlatıldığı tarihe kadar geçen süre için en çok dört aya kadar çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücreti ve diğer haklarını alabilecektir⁴⁶⁹.

B. Mahkemece Feshin Geçersizliği Ve İşe İade

Mahkeme veya özel hakem tarafından incelenen uyuşmazlıkta, işverence feshin yasal koşullara uygun yapılmadığı veya geçerli sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli olmadığı, feshin son çare olarak kullanılmadığı kanısına varıldığı durumlarda, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilir(İşK. m. 21/I).

⁴⁶⁵ GÜZEL, *İş Güvencesi*, 102; EKONOMİ, 15.

⁴⁶⁶ EKONOMİ, 15.

⁴⁶⁷ “Yasada belirtilen ve sözleşmelerle de artırılabilen bildirim süreleri işçi açısından sürpriz bir şekilde işini kaybetmesini ve ortada kalmasını önlemektedir. Ayrıca İşK.m.19 uyarınca bildirim süreleri boyunca günde 2 saatten az olmamak üzere ücretli yeni iş arama izni kullanılabilir. Tüm bu nedenlerle sözleşmelerle uzatılabilen bildirim sürelerinin işçiye gerçek anlamda bir iş güvencesi sağlamadığı ancak feshin olumsuz sonuçlarını hafifletmesi açısından yararlı olduğu söylenebilir”: ŞAHLANAN, *Fevzi, Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması*, İktisadi, Sosyal Ve Uluslar Arası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2002, 147.

⁴⁶⁸ GÜZEL, *İş Güvencesi*, 102; SARIBAY, 183.

⁴⁶⁹ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 289.

İş Mahkemesi'nin kararı, tefhiminden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilmesi mümkün olup, Yargıtay da bu dava hakkında bir ay içinde kesin kararını vermesi gerekir(İşK. m.20/III).

Mahkeme veya özel hakem tarafından verilen kesinleşmiş işe iade kararı kendisine tebliğ edilen işçi bu tarihten itibaren, on işgünü içerisinde işe başlatılmak üzere işverene başvurması gerekir. Şayet işçi, işverene bu süre içerisinde başvurmaz ise, iş güvencesi kapsamında(İşK. m.21) hiçbir hak kazanamaz⁴⁷⁰.

İşçi süresinde işverene başvuruda bulunsa bile, işverenin bir aylık süre içerisindeki açık veya örtülü biçimdeki(süreyi sessizce geçirerek) irade beyanına bağlı olarak, işine kavuşabilir ya da kavuşamaz. İşK.m. 21 uyarınca, feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverene işçiyi derhal değil bir ay içinde işe başlatma zorunluluğu getirilmiş ve işe başlatmama konusunda da seçimlik bir hak tanınmıştır. İşçi, işe başlatılmadığı takdirde, işveren tazminat borcu ile yükümlü tutulmuş ve işçinin tüm boşta geçen sürelerle ilişkin ücreti ve diğer hakları değil, bunun en çok dört aylık kısmının işçiye ödenmesine karar verilmiştir⁴⁷¹.

Bir görüşe göre, mahkeme(veya özel hakem) tarafından alınan karar, mutlak anlamda bir geçersizlik değildir. Çünkü geçersizlik yaptırımında, işverence yapılan geçersiz fesih, yani işveren tarafından kullanılan bozucu yenilik doğuran hak, iş akdi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmez. Bu durumda, iş ilişkisi taraflar arasından baştan itibaren devam eder. Feshin geçersizliğinin kesinleşmesi suretiyle iş ilişkisi aynen kaldığı yerden devam eden işveren, işçiyi işe alarak işçiye tazminat değil, işçinin boşta geçirdiği süreye ilişkin tüm ücret ve diğer haklarını ödemek durumunda kalır. Yani verilen karar uyarınca fesih nedeniyle sözleşme sona ermemiş olacak ve taraflar da sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmekle yükümlü olurlar⁴⁷².

⁴⁷⁰ AKYİĞİT, 884-885.

⁴⁷¹ TUNCAY, *İşe İade Davaları*, 31; SÜZEK, 579; AKYİĞİT, 885; EKONOMİ, 16; GÜZEL, *İş Güvencesi*, 106.

⁴⁷² SÜZEK, 579-580.

Diğer bir görüşe göre; İşK. m. 21, işverene dilerse işçiyi işe başlatma, dilerse de tazminat ödeme şeklinde hukuki anlamda bir seçimlik hak tanımamaktadır. Çünkü Kanun, işçinin işe başlatılma zorunluluğundan bahseder. Tazminat ise, bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımını olarak öngörülmüş olup, Borçlar Hukuku alanında herhangi bir yükümlülüğe aykırılığın sonucu olarak bunun giderilmesi düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Yargıç, feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirleyeceği ifadesi, usul ekonomisine uygun olarak, işe başlatılmayan işçinin ayrı bir dava açmasına gerek kalmaması içindir. Şayet Kanun işverene böyle bir seçimlik hak tanımış olsaydı, hak eşitliği gereği olarak işçiye de işe başlama veya tazminata razı olma şeklinde bir seçenek tanınması gerekirdi⁴⁷³.

MOLLAMAHMUTOĞLU na göre; işçinin işverene başvuracağı ana kadar, geçersizliğin hükmü askıda kalır. Başvuru ile birlikte, geçersizliğine karar verilen fesih hükümsüz hale gelir ve iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi bir durum ortaya çıkar⁴⁷⁴. İşçi yasadaki süresi içerisinde başvuruda bulunmaz ise, fesih bildiri tarihi itibariyle sözleşme geçerli bir fesih olarak sonuçlarını doğurur. İşçinin süresindeki başvurusuna rağmen, işverenin işçiyi, hükümsüz hale gelen fesih neticesinde devam eden iş sözleşmesine karşılık işe başlatmaması, o tarih itibariyle yeni bir fesih olarak değerlendirilir⁴⁷⁵.

Kanaatimizce işe iade kararına rağmen işverenin işçiyi işe başlatmaması, o tarih itibariyle yeni bir fesih olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü isabetlidir. İşe iade etmemenin hukuki sonucu olan iş güvencesi tazminatının, işe iade kararı sonrasında süresinde işçinin işverene başvurusu üzerine, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması halinde(ve en çok bir ayın sonunda), o tarih itibariyle muaccel hale gelen

⁴⁷³ *MOLLAMAHMUTOĞLU*, 592.

⁴⁷⁴ “Kesinleşen kararın kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işe başlatılması için işverene başvuru koşuluyla;

a) Feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine.

b) Kararın kesinleştiği tarihe dek boşta geçen sürenin en çok 4 ayının ücret vs. haklarının ödenmesine,

c) İşverence işe başlatılmadığındaysa iş güvencesi tazminatının ödenmesine karar verilir.

d) Eğer fesihte işçiye ihbar/kıdem tazminatı ödenmişse, işe başlatılması halinde bunların iş güvencesiyle ilgili boştaki süre ücretinden mahsubuna karar verilmelidir. : *AKYİĞİT*, 885.

⁴⁷⁵ *MOLLAMAHMUTOĞLU*, 761.

alacağa faiz yürütülebilecektir⁴⁷⁶. Bu bağlamda işverenin işçiyi işe başlatmadığı(ve en çok bir ayın sonunda) o tarih itibarıyla yeni bir feshin yapıldığının kabulü gerekir.

Öncelikle çalışmamızda, işçinin işe başlatılması için karardan sonra işverene başvuru usulü üzerinde duracağız. Daha sonrasında da, İş Kanunu'nun feshin geçersizliği noktasında öngördüğü düzenleme olan işverenin işçiyi işe başlatmış olması ile başlatmamış olmasına göre ortaya çıkacak olan farklı hukuki durumları ele alacağız.

1. İşçinin İşe Başlamak İçin İşverene Başvuru Usulü

Feshin geçersizliği ve işe iade kararı verilmesi üzerine işçinin geçersizliğe bağlanan hukuki sonuçlardan yararlanabilmesinin koşulu, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü⁴⁷⁷ içerisinde işe başlamak üzere işverene başvurusudur. İşverene karşı, fiilen çalışmaktan kaçınır nitelikte sadece şeklen yapılmış bir başvuru edimi ya da işe iade değil de tazminat ve çalışmadığı süreye ilişkin ücretini istemesi şeklinde kanunun aradığı anlamda bir başvuruda bulunulmazsa, başvuru hiç yapılmamış sayılır ve işverenin yapmış olduğu fesih geçerli hale gelir⁴⁷⁸.

İşK. m. 21/V' de belirtilen on günlük süre hak düşümü süresi olup, yargı organı tarafından re'sen dikkate alınacaktır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmazsa, işveren tarafından yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Yani işverene süresi içerisinde başvuruda bulunmayan işçi sadece fesihle birlikte ödenmemiş ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanır⁴⁷⁹. İşK. m. 21/I,III' de yer alan iş güvencesi tazminatı ile en çok dört aya kadar boшта kaldığı sürelerle ilişkin ücreti talep edemez⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Yarg. 9.HD, 08.07.2003, E.12442, K.13123: **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, dn.132, 62; **UÇUM**, *Seminer Notları*, 170; **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 112.

⁴⁷⁷ “4773 sayılı K.m.13/D’ de, bu süre altı işgünü olarak düzenlenmişti”, **ŞEN, Murat**, *4773 Sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.3–4, Erzincan Aralık 2003, 771; **ALP**, 26; “4857 sayılı İşK. Tasarısında da işçinin işverene altı iş günü içerisinde başvurması öngörülmüşken, daha sonra bu süre on iş gününe çıkarılmıştır”, **SARIBAY**, dn. 35,199.

⁴⁷⁸ **ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası**, 246; **MOLLAMAHMUTOĞLU, 2.Bası**, 593; **ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ**, 291–292; **TOPAL**, 188; **SARIBAY**,198; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**,179.

⁴⁷⁹ **TUNCAY**, *İşe İade Davaları*,31; **ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası**, 246; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 765; **UÇUM**, *İşe İade Talepleri*,85; **ÇELİK**, 237–238; **SÜZEK**, 579–581; **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 110.

⁴⁸⁰ **SÜZEK**, 581.

Mahkeme veya özel hakem kararı sonucunda sürenin başlayabilmesi için kararın kesinleşmesi gerekir. Kararın kesinleşmesini, temyiz edilip edilmemeye göre ayırmak gerekir. Yerel İş Mahkemesi'nin nihai kararını tarafların yüzüne karşı verdiği takdirde temyiz süresi bu tarihten itibaren sekiz gündür(İşMahK. m.8).

Nihai karar tarafların birinin yokluğunda verildiğinde yasada açık bir hüküm olmadığı için, İşMahK. m. 15 gereğince HUMK m. 393' e gitmek gerekecektir. Buna göre sekiz günlük süre, gerekçeli kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren başlayacaktır. İş Mahkemesi'nin işe iade kararı, sekiz günlük süresi içinde taraflardan birinin temyiz üzerine, incelenmek üzere Yargıtay'a gider ve İşK. m.20/III gereğince Yüksek Mahkemenin dava hakkında vereceği karar kesindir. Daha sonra Yargıtay'ın vermiş olduğu kesinleşmiş karar yerel mahkemeye gönderilir ve mahkeme de bu kararı taraflara tebliğ eder. Bu şekilde yasanın aradığı kesinleşmiş karar taraflara tebliğ edilmiş olup, tebliğden sonraki gün itibariyle, işçinin işverene başvuracağı on işgünlük süre başlayacaktır(HUMK. m.161,162)⁴⁸¹.

Şayet sekiz günlük sürede İş Mahkemesi'nin nihai kararı her iki tarafça temyiz edilmezse, işe iade kararı kesinleşmiş olur. Tebliğin yapılması için, önceden taraflardan alınan tebliğ masrafları kararın kesinleşmesiyle işçiye(ve işverene de) İş Mahkemesi tarafından tebliğ edilir⁴⁸².

İşçi, işe başlamak için işverene bizzat başvuruda bulunabileceği gibi vasıtalı yollarla da(noter veya posta kanalıyla da) işe başlama iradesini işverene ulaştırabilir. Aynı zamanda işçiyi vekâlet sözleşmesiyle temsil eden işçi vekilinin de, işçi için işverene başvuruda bulunabilmesi gerekir⁴⁸³.

İşverene işe başlama hususunda yapılacak başvuruların, yazılı veya sözlü olarak yapılması mümkündür. Ancak ispat kolaylığı sağlaması açısından yazılı yapılmasının öğretilerdeki görüşler uyarınca da daha uygun olacağı kanısındayız⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ SARIBAY, 199–200.

⁴⁸² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 480; “Kesinleşmiş kararın sadece işçiye değil, işverene de tebliğ edilmesinin, işverenin işe başlatma yükümlülüğünü öğrenmesi bakımından yararlı olacağı düşüncesini savunmaktadır”: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 291.

⁴⁸³ UÇUM, *İşe İade Talepleri*, 85.

⁴⁸⁴ AKYİĞİT, 886; MOLLAMAHMUTOĞLU, 763.

Şekil şartına bağlı olmayan bu başvuru için ispat kolaylığı sağlaması açısından noter aracılığıyla yapılmasında yarar vardır. Bu şekilde başvurunun bizzat değil de noter ya da iadeli taahhütlü posta yoluyla yapılması hallerinde, postada geçecek sürenin de dikkate alınması gerekir. Başvuru için işçinin irade açıklaması, söz konusu bildirim noter ya da postaya verildiği tarihte değil, muhatabı işverene ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, bu hususta bir hak kaybına uğranılmaması için bu duruma dikkate edilmesi gerekir⁴⁸⁵.

İşveren, işe başlatma başvurusunun kendisine ulaşmasının gecikmesi halinde, işçiyi işe başlatma yükümlülüğünden kurtulacağı gibi boşa geçen süre ücretini ve işe başlatmama halinde ödenecek iş güvencesi tazminatını da ödemeyecektir. Ayrıca bu durumda işverence yapılan ve yargılamaya neden olan fesih de geçerli hale gelir⁴⁸⁶.

İşçinin başvurusunu geri alması durumunda, mahkemece işe iade davasının açılmadığı gibi hukuki bir sonuca varılır. İşçi fesih tarihinde kıdem ve ihbar tazminatı alamadıysa ancak bunlara hak kazanır⁴⁸⁷.

Kanunda süreler “işgünü” olarak belirlenmiştir. Bu nedenle resmi tatil günlerinde süre işlemeye devam etmez. Ancak süre açısından resmi mercilerin(noter, mahkeme gibi) katılımı ile gerçekleştirilecek işlemler açısından Cumartesi ve Pazar günleri hesaba katılmaz. Yalnız ilgililerinin tek başına yapabildikleri veya muhatabının Cumartesi günleri faaliyetini sürdürdüğü hallerde, sadece kanun gereği hafta tatili günü sayılan Pazar günü işgünü hesabında dikkate alınmayacaktır⁴⁸⁸. Dolayısıyla işgününün işçinin iş ilişkisine göre değil, çalıştığı işverenin işyerine göre tespit edilmesi uygun olur. Bu şekilde işyerinde işgünü sayılmayan günlere başvurunun denk gelmesi halinde on günlük başvuru süresinden herhangi bir zaman eksilmez.

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin var olduğu durumlarda, işçi işe iade başvurusunu kural olarak kendi işverenine yapmalıdır. İşçi alt işverenin işçisi ise, alt işverene başvuru iradesini yöneltmesi gerekir. Böyle bir durumda işe iade yükümlülüğü

⁴⁸⁵ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 481; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 290; SARIBAY, 202.

⁴⁸⁶ Yarg. 9. HD, 22.06.2006, E. 2006/38631, K.2006/18287: AKYİĞİT, 887.

⁴⁸⁷ Yarg. 9. HD, 11.07.2005, E.2005/28–10, K. 2005/24800: KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 481.

⁴⁸⁸ SARIBAY, 201.

alt işveren de olup, asıl işverene yöneltilen iş başvurusu sonuç doğurmayacaktır. Ödünç iş ilişkisinde ise, ödünç veren işverene işe iade başvurusu yöneltilmelidir⁴⁸⁹.

AKYİĞİT e göre, işe başlatma yetkileri olmasa da alt işverenin işçisinin asıl işverene veya ödünç işçinin ödünç alana yönelttiği başvuruda zincirleme sorumluluk(İşK. m.2/VI ve İşK. m.7/III-IV) hükümlerinden hareketle başvuru süresinde yapılmış sayılır⁴⁹⁰.

Yargıtay ise, alt işveren – asıl işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda, alt işverenin işçisinin asıl işverene başvurusunu kabul etmediği gibi hak düşürücü sürenin de kaçırılacağı görüşündedir⁴⁹¹.

KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, işçinin yanıldığı hallerde hak düşürücü sürenin kaçırıldığını kabul etmenin, yasanın işçiyi koruma amacıyla örtüşmeyeceği gerekçesi ile Yargıtay’ın bu görüşünü eleştirmişlerdir. İşçi asıl işverene başvurarak işe iade iradesini belirtmiştir. Asıl olan da bu iradenin ileri sürülmesidir. Yazarlar, bir hukukçunun gösterebileceği özenin işçiden beklenmesinin adil olmayacağı görüşündedirler⁴⁹².

Kanaatimizce, İş Hukuku’nun temel ilkesi olan “*işçiyi koruma ilkesi*” ile bağdaşmayan Yargıtay’ın bu görüşüne göre, işçilerin işe iade kararı neticesinde haklarını kaybetmemeleri için, irade beyanlarını işverenin hâkimiyet alanına ulaştırma süresi bakımından kullanacakları vasıtaları seçmekte özenli davranmaları gerekir. Aksi halde işçiler hak kaybına uğrayıp feshin geçerliliği sonucu ile karşı karşıya kalabilirler.

Öğretideki bir görüşe göre; işçinin süresi içerisinde başvuruda bulunması ve işveren tarafından da işe başlatma iradesinin ortaya konulmasından sonra, işçinin işe başlamaması durumu, sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş olduğu şeklinde

⁴⁸⁹ **AKYİĞİT**, 886.

⁴⁹⁰ **AKYİĞİT**, 886.

⁴⁹¹ “Davacı işçi uzun yıllardan beri asıl işveren işçisi olmasına rağmen taşeron işçisi olarak gösterildiğini, taşeronla asıl işveren arasındaki ihale sözleşmelerinin baştan bu yana muvazaalı olduğunu, asıl işveren aleyhine Toplu İş Sözleşmesinden yararlanmak için açtığı davanın kabul edilerek kesinleştiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemenin feshin geçersizliğine ve asıl işveren olan B. İşletmeleri A.Ş. hakkındaki hükmü yerindedir. Ancak asıl işverenin yaptığı sözleşme muvazaalı kabul edilerek davacının gerçek işverenin B. A.Ş. olduğu belirtildikten sonra, bu kez bu muvazaalı sözleşmede kayden yer alan taşeronun da işveren olarak kabul edilmesi hatalıdır. Taşeron yönünden husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmemesi yerinde değildir”: Yarg.9.HD. T. 7.10.2004, E. 2004/25957, K. 2004/22245: www.kazanci.com.

⁴⁹² **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 481.

değerlendirilmiştir. İşçinin bu tutumu başvuruda bulunmayan işçi gibi nitelenmiş olup, İşK. m.21/V hükmü gereğince, feshin geçerli sayılacağı ve işverenin geçerli feshin sonuçlarından sorumlu tutulabileceği ifade edilmiştir. Bu şekildeki, işe başlamaktan vazgeçen işçinin davranışı, istifa olarak kabul edilmiştir. Daha önce işçinin, ihbar ve kıdem tazminatı almış olması halinde de, bunları iade etmesi gerektiği ve usulsüz feshin sonuçlarından sorumlu olması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁹³. Fakat uygulamada bu durum farklı bir şekilde değerlendirilmiştir⁴⁹⁴.

UÇUM a göre, İşK. m. 21/V düzenlemesinde işçinin işverene başvurusuna bağlanan tek sonuç, işe iade kararının uygulanmasına ilişkin süreci başlatmaktır. Başka bir anlatımla işçinin talebi, işvereni kararda belirlenmiş borçlarına ilişkin seçim yetkisini kullanmaya zorlayan ve münhasıran işçiye ait olan hakkın ileri sürülmesidir. Dolayısıyla işçi işe başvurmayarak talebinden vazgeçmesi nasıl mümkün olabiliyor ise, işe başvurduktan ve işverenin işe çağırmasından sonra da bu talebinden vazgeçmesi mümkündür. Bu nedenle gerek işçinin başvurusu, gerekse işverenin işçiye işe daveti Borçlar Kanunu'nun irade beyanı hükümlerine bağlı değildir⁴⁹⁵.

İşe iade kararı, işçinin işe başvuru şartına bağlı olarak, işverene yüklenmiş borçlardan biri için seçim hakkını kullanmasını gerektirir. İşveren, bu borçlardan birini tercih ederek karar gereğini yerine getirme yetkisine sahiptir. Ayrıca işçi, işe başvurmayarak veya işveren işe başlatma borcunu seçip işçiye çağrı yaptığı halde işçinin işe başlamamasıyla, işvereni işe iade kararından doğan bütün borçlarından kurtarmış olur.

⁴⁹³ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 763.

⁴⁹⁴ “SSK, Genel Müd. Sigorta İşleri Dairesi Başkanlığı'nın 27.04.2006 tarih ve 16-370 Ek. Sayılı Genelgesi'nde böyle bir durum dahi işverence yapılan ve geçersizliğine karar verilen feshin canlanması olarak görülmüştür.” Eleştiriler için bkz. **EKMEKÇİ, Ömer**, *S.S.K. Başkanlığı'nın, İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi Ve Primlerin Ödenme Sürelerine İlişkin 04.03. 2004 Tarih Ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine*, Legal İHSGHD, S.7, C.2, İstanbul 2005, 966-972; Yarg. 9. HD, 11.07.205,E.2005/20810,K.2005/24800: “Yargıtay'ın da oy çoğunluğu ile kabul ettiği bir kararında işverence feshin canlandığı yönünde görüş bildirmiştir”: **AKYİĞİT**, 889.

⁴⁹⁵ **UÇUM, Mehmet**, *İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları*, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C.1, S.2, İstanbul 2006, 177-192.

Bu nedenle çağrıldığı halde işe başlamayan işçi, işe başvuru talebinden vazgeçmiş sayılacağından, işverence yapılmış ve geçersizliğine karar verilmiş fesih geçerli hale gelecektir. İşverenin, bundan sonra sadece şartlar gerektiriyorsa, kıdem ve ihbar tazminatını ödemesi gerekir⁴⁹⁶.

İşe iade kararının geçerlilik kazanabilmesi için yukarıda değindiğimiz şekilde işçinin yasal süre içinde(kararın tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde) işe başlatılma isteğiyle işverene başvurması gerekir. Başvuru koşulunun gerektiği şekilde yerine getirilmesi sonucunda işverenin yapmış olduğu fesih geçersiz hale gelir. İşçinin, süresinde yapmış olduğu işe başlama başvurusu ile geçersiz hale gelmiş olan fesih işlemi sonrasında, bir ay içerisinde işverenin işçiyi işe başlatması gerekir(İşK. m.21/I). Ancak işverenin işçiyi mutlak şekilde işe başlatma zorunluluğu yasa ile getirilmemiş olup, bu konuda işverenin bir seçimlik hakkı söz konusudur. İşveren işçiyi dilerse işe başlatır, dilerse başlatmaz. Ancak her iki seçenek açısından da farklı hukuki sonuçlar doğacağından aşağıda bu farklılıklara değineceğiz.

2. İşçinin İşverence İşe Başlatılması

a. Genel Olarak

Yasaya göre süresinde başvuran işçinin, “başvuru tarihinden itibaren bir ay içinde” işveren tarafından işe başlatılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir(İşK. m.21/I)⁴⁹⁷. Buradaki bir aylık süreden anlaşılması gereken, işçinin başvuruda bulunduğu (başvurusunun işverene vardığı) tarihten itibaren, izleyen ayın aynı sayılı gününe dek (o gün dâhil) gelecek zaman dilimi olarak algılanmalıdır. Bu süre mutlak emredici olup tarafların anlaşması ile değiştirilemez(İşK. m. 21/son)⁴⁹⁸.

İşverenin, durumu gözden geçirmesi amacıyla tanınan bu süreyi sessiz geçirmesi halinde, işçiyi işe başlatmak değil, işçiyi işe başlatmak istemediği şeklinde yorumlanmalıdır. Yani işçiyi işe almak konusunda kendisine gelen başvurudan itibaren

⁴⁹⁶ UÇUM, *İşe Başlamama*, 191–192.

⁴⁹⁷ Yarg. 9.HD, 11.12.2006, E.2006/25024,K.2006/32633: ÇELİK, 238.

⁴⁹⁸ AKYİĞİT, 889.

bir ay içinde işveren tarafından sürenin sessiz geçirilmesi örtülü biçimde geçen bir işe başlatmama açıklaması olarak kabul edilir⁴⁹⁹.

İşverenin yasal süresi içerisinde açıkladığı kararı, işçiyi işe başlatmak yönünde ise işçinin buna uyması beklenir. İşverenin uygun daveti işçi tarafından çeşitli nedenlerle(örneğin işverenle aralarında husumet olduğundan söz ederek) reddedilirse, sözleşmenin bu tarihten itibaren işçi tarafından feshedilmiş olduğu kabul edilecektir. Bu sebeptendir ki, işverenin işçiyi işe başlatma hususundaki beyanını uygun süre içerisinde, yani işçinin işverene başvurusunu izleyen bir aylık süredeki bir tarih olması gerekir.

Öğretiye ve Yargıtay'ın konuya ilişkin değerlendirmesine göre; (feshe itirazın ve) iş güvencesinin nihai amacı işe yeniden dönmektir ve işverenin bu amaçla yaptığı çağrıya olumsuz cevap vermek, sonuçta işçinin işe iadeden vazgeçtiği anlamına gelebilir. Çünkü hukukumuzda, işe iadeden vazgeçip tazminatını isteme hakkı işçiye; işe iade yerine tazminata karar verme yetkisi de mahkemeye/hakeme tanınmadığından, bu durumda yapılacak şey, davanın reddi olmalıdır. Zira işçi, yargılama sırasında yargılamayı sonuçsuz bırakacak bir eğilim içine girmiştir⁵⁰⁰.

AKYIĞIT e göre; işçinin işverenin teklifine verdiği olumsuz cevabın iş güvencesinden vazgeçtiği anlamında yorumlanması hatalıdır. İşçinin teklifi kabul edip işe başladığı halde dahi süreceği benimsenen yargılamanın, teklifin reddi halinde konusuz kalacağını söylemek doğru olmaz. Yazara göre, işverenin yargılama devam ederken yaptığı davet, olsa olsa işverenin yaptığı feshin geçerli sebebe dayanmadığının bir bakıma işverence kabullenildiği anlamına gelmektedir. Bu durumun işçiyi bağlayıp işe daveti kabul veya yargılamanın reddi sonucuna ulaştıracağı söylenemez⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Aynı yer.

⁵⁰⁰ Yarg. 9. HD, 13.01.2005, 33309/645: **AKYIĞIT, Ercan**, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi(İşe İade)*, Ankara 2007, 310.

⁵⁰¹ **AKYIĞIT**, *İşe İade*, 310; Bu yöndeki kararlar “Dosya içeriğine göre feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı anlaşılmaktadır. Esasen davalı işverenin işe iade davasından sonra davacıyı işe başlatmak istemesi ve bu nedenle 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. İşe iade davasının mahkemece kabulü ve işçinin süresi içinde başvurusu halinde işçinin boşta geçen süre için en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının ödenmesi yukarıda anılan yasa hükmü gereğidir. 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 aradığı anlamda bir işe başlatmadan söz edilemez. Bu nedenle, davacının işe

İşverenin bir aylık süre içerisinde karar verip, işçiye iki ay sonra işe başlayacağını bildirmesi gibi bir durumda, işçinin böyle bir karara uyma zorunluluğu da bulunmayacaktır. Bu durumda işçi, işe başlamamış değil, işveren tarafından işe başlatılmamış sayılacaktır. İşveren bunun hukuki sonuçları ile karşılaşacaktır. Aynı şekilde işveren tarafından işçinin eski işinden farklı ve daha düşük bir statüdeki işe başlatılmak istemesi halinde de aynı hukuki sonuca varılabilir⁵⁰².

İşveren tarafından, işe başlatılma yönündeki seçimlik hakkın kullanmasından sonra, işçiyi kural olarak sözleşmenin feshinden önceki tarihte çalıştığı işe başlatması gerekir. Yani işçi, işverenin aynı işyerindeki aynı işine başlamalıdır. İşçi, aynı işverene ait başka bir yerdeki işyerinde işe başlatılmaya zorlanamaz. İşçinin böyle bir teklifi reddetmesi halinde, geçersizliğine karar verilen feshin geçerli hale gelmesine neden olmamalı ve işveren geçersiz feshin sonuçlarına katlanmalıdır⁵⁰³.

İşveren, iş koşullarında(işkolu, işyeri...) yapacağı önemli bir değişiklik için işçinin yazılı rızasını almak zorundadır(İşK. m. 22). Aksi halde bu karar işçiyi bağlamaz. Yani fesihden önceki duruma, iade etmesinden bir süre sonra iş koşullarında esaslı değişikliğe giderse, İşK. m. 22 hükmü doğrultusunda değerlendirilerek işe iade olgusunun gerçekleşmediği sonucuna varılacaktır. Bu nedenle farklı bir işyerinde veya statüde işçinin çalıştırılmaya başlanması, ilke olarak işe başlatma sayılamaz. Kural olarak işçinin fesih tarihindeki işinde veya ona benzer bir işte çalıştırılmaya başlatılması ile gerçek anlamda işe başlatma gerçekleşecektir⁵⁰⁴.

başlatıldığından söz edilerek davanın konusu kalmadığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması hatalıdır.” :Yarg. 9. HD, 21.06.2004, E. 2004/3377, K. 2004/15404;

“Davalı tarafından işe iade talebinin kabul edilmesi daha önce yapılan işveren feshinin de geçerli nedene dayanmadığının kabulü anlamına geleceğinden, 4857 Sayılı Yasanın 21. maddesinin (1). ve (3). fıkralarında öngörülen ücret ve tazminatlara da hükmedilmesi gerekir.”: Yarg. 9. HD, 15.12.2003, E. 2003/20176, K. 2003/21941: www.kazanci.com

⁵⁰² Yarg. 9. HD, 22.06.2006, E. 2006/38631, K. 2006/18287: **AKYİĞİT**, 890.

⁵⁰³ Yarg. 9. HD, 03.06. 2004, E.2004/1080, K. 2004/13416: “Davalı işveren, dava açıldıktan sonra davacıyı Adana’da bulunana işyerinde çalıştığı halde bu defa işçinin Ankara’da bulunan bir iş yerinde işe başlamasını istemiştir. Davacı eski işine davet edilmiş değildir. Bu nedenle davacının bu davete icabet etmemiş olmasının işe iadeyi istemediği biçiminde yorumlanması hatalı olup, feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekmiştir.”: **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 483; **SARIBAY**, 222.

⁵⁰⁴ **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 298; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, 483; **AKYİĞİT**, 890; **ÇİL**, 413; **SARIBAY**, 222.

b. Mahsup Yükmü

aa. Kıdem ve İhbar Tazminatı Açısından

İşveren tarafından işçinin işe başlatılması durumunda, İşK. m. 21/III hükmüne göre mahkeme veya hakem kararının kesinleştiği tarihe kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları için yapılacak olan ödemeden, bildirim süresine ait peşin ücret ve/veya kıdem tazminatının mahsup edilmesi gerekir.

İşverene, işçiyi işe iade etme yükümlülüğü getirilmesinin nedeni, işveren tarafından gerçekleştirilen feshin hükümsüz hale gelerek iş sözleşmesinin devam etmesidir. İhbar tazminatı ve kıdem tazminatı, yasaya göre iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı ödemelerdir. Bu nedenle feshin söz konusu olmadığı bu ilişkide, işveren tarafından yapılmış olan önceki ödemelerin hukuki dayanağı kalmayacaktır⁵⁰⁵.

Öğretideki bir görüşe göre; işçiye, peşin olarak ödenen ücret ve kıdem tazminatının işverene iadesinde, bu paralara faiz yürütülmesi bir sorun oluşturur. Geçersiz bir fesih nedeni ile işçinin işine son veren işverenin, yaptığı ödemeyi geri alırken bir de faiz elde etmesi, iş güvencesi hükümlerine ters bir uygulama olacaktır. Bu durumda ortalama bir yıl süren işe iade davaları süresince faiz işlemeye devam edecek, fakat işveren bu süre sonucunda karara uymayarak işçiyi işe almaktan kaçınabilecektir⁵⁰⁶.

Faiz, hukuki niteliği itibariyle, asıl alacağın varlığı ve devamlılığına bağlı fer'i bir haktır. İhbar ve kıdem tazminatına ilişkin işverenin alacak hakkı, işçinin işe başlaması ile doğar. İşçi, peşin olarak aldığı bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatını işe başladığı anda vermekle yükümlüdür. Bu durumda, işçinin işe başlatıldığı anda iade ettiği peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatına faiz yürütülmemesi gerektiği kanısındayız.

⁵⁰⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, 767; SÜZEK, 584.

⁵⁰⁶ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 177.

Ancak işçi işe başlatıldığı halde, dört aylık ücret ve diğer haklarının mahsubundan sonra, geri iade etmediği bakiye alacak için usulüne uygun alınmış bir mahkeme kararı ve kesinleşmiş bir icra takibi olmadan, işveren tarafından işçinin ücretinden bu sebeple bir kesinti yapılamaz⁵⁰⁷. İşçi aldıklarını ödemedede gecikirse, bu tarihten itibaren gecikme faizi olarak, 3095 sayılı Kanun çerçevesinde genel temerrüt faizi(mevduat faizi) yürütülmesi gerekir⁵⁰⁸.

İşveren, işe başlattığı işçiye peşin olarak ödediği kıdem ve ihbar tazminatından(işçinin işe başlamakla hak ettiği) dört aylık ücret ve diğer hakları mahsup etme hakkına sahiptir(İşK. m.21/IV)⁵⁰⁹. Ancak yapılan mahsup işlemi sonucunda, işverenin alacağı bakiye bir alacak kalırsa, işçi BK. m. 61/II' de yer alan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade yükümlülüğü altına girer. Buna göre iade edeceği bedelin kapsamı, iyi niyetli olması kaydıyla elinde kalanlarla sınırlı olacaktır.

İşverenin, iade talebinde bulunabilmesi için bir yıllık zamanaşımı süresi vardır. Bu süre en erken işçinin bir ay içinde işe başlatıldığı tarihte en geç ise bir aylık süreyi izleyen günde başlar⁵¹⁰.

bb. Fesihden Sonra Başka Yerde Çalışma

İşe iade davasının sonuçlarından biri de; feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren işçinin, 10 işgünü içinde “işe başlamak için” işverene başvuruda bulunmasından sonra, işçiye “çalıştırılmayan” sürenin 4 aylık kısmı kadar ücret ödenmesi öngörülmüştür. Yasada, “kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir” ifadesi kullanılmıştır (İşK. m. 21/III).

Yasada, başka işyerinde elde edilen ücretin, 4 ayla sınırlı ücreti etkileyip etkilemeyeceği hakkında açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle de öğretide bu konu hakkında görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konudaki görüşler, BK. m. 325 ve Alman

⁵⁰⁷ UÇUM, *İşe İade Talepleri*, 86–87.

⁵⁰⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, 764; ALPAGUT, *III. Yılında İş Yasası*, 248; AKYİĞİT, 892; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 177–178; Karşı görüş “tazminatlardan işçinin faydalanması sebebiyle faiz istenemeyeceği” için bkz. ÇİL, 414.

⁵⁰⁹ Yarg. 9. HD, 15.10.2003, E. 2003/16116, K. 2003/17101: SÜZEK, 584.

⁵¹⁰ UÇUM, *İşe İade Talepleri*, 86.

Feshe Karşı Koruma Yasası'ndan etkilenecek ortaya çıkan görüşlerdir. Buna göre, *Başka İşten Elde Edilen Ücretle Mahsup Edilmesi* şeklinde görüş ile *Başka İşten Elde Edilen Ücretin 4 Aylık Ücreti Etkilemeyeceği* şeklinde iki görüş bulunmaktadır. Bunlara değinmek gerekirse;

aaa. Başka İşten Elde Edilen Ücretle Mahsup Edilmesi Görüşü

EKMEKÇİ ye göre; mahkemece bu dört aylık ücrete hükmedilirken, işçinin fesih tarihinden itibaren bir işte çalışıp çalışmadığının araştırılması, bu sürede başka bir işte çalıştığı belirlenmesi halinde, işçinin kazandığı miktarın, bu dört aylık ücretten düşülmesi gerekir. İşçinin boşta geçirmedeği bir sürenin ücretine hükmedilmesi mümkün değildir. Bu nedenle BK. m. 325 hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır⁵¹¹.

SOYER' e göre; işçiye- işe başlatılma başlatılmasın -en çok dört aya kadar ödenmesi gereken ücret tutarından, bu süre içinde işyerinde çalışmaktan dolayı tasarruf ettiği veyahut bir başka işte çalışmaktan dolayı elde ettiği veya elde etmekten kasten feragat ettiği gelirlerin mahsup edilmesi gerekir(BK m. 325/II). Çünkü anılan ödeme tazminat değil, boşta geçen süreye ilişkin ücret kaybının karşılanmasını sağlayan bir tutardır. Aksi düşünce, işçiyi, sözleşme feshedilmeseydi elde edemeyecek olduğu bir miktara kavuşturur ki, böyle bir sonuç feshe karşı koruma müessesesinin amacıyla da bağdaştırılamaz. Nitekim Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda, yapılacak ödemedir işçinin başka bir işte elde ettiği veya uygun bir işi yapmaktan kötü bir niyetle kaçınarak kazanmaktan feragat ettiği tutarın mahsup edileceği açıkça hükme bağlanmıştır⁵¹².

ALPAGUT ise; işçinin anılan süre içerisinde bir işte çalıştığı durumlarda, BK. m. 325 uyarınca mahsup esasının uygulanması gerekir. Zira yasanın amacı işçinin kârlı çıkması olmayıp, feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin fesih yapılmamış olsaydı bulunacağı durumun, dört aylık ücretle sınırlı olarak sağlanmasıdır. Nitekim bu esasa hareket eden Alman Hukukunda, feshin geçersizliğinin mahkeme kararı ile tespit

⁵¹¹ *EKMEKÇİ*, *İş Güvencesi Kurumu*, 214; *BİLGİLİ, Abbas*, *Fesihden Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu*, Legal İHSGHD, S.12, C.3, İstanbul 2006, 1423; Aynı görüşte: *ÖZEKES*, 20. Ve 21. Maddeleri, 492.

⁵¹² *SOYER*, 63.

edilmesi ile iş ilişkisinin baştan itibaren devam ettiği ve işçinin ücret talep hakkının varlığı kabul edilmektedir. İşverence işçinin çalıştırılmadığı bu süre temerrüt niteliğindedir ve işçinin ücret alacağı mahsuba tabidir. Bu bağlamda, işçinin başka bir işte çalışarak elde ettiği gelirler, çalışmaktan kasten kaçındığı değerler ve işsizlik sigortasından aldığı yardımlar mahsup edilir⁵¹³.

İşçinin fesih sonrasında başka bir işyerinde çalışıp elde ettiği gelirlerin ve değerlerin, dört aylık ücret tutarı ile mahsup edilmesi gerektiği görüşündeki yazarların bu görüşleri, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine ve Alman Feshe Karşı Koruma Yasasına dayanmaktadır.

bbb. Başka İşten Elde Edilen Ücretin 4 Aylık Ücreti Etkilemeyeceği Görüşü

Bu konudaki ilk eleştiri *TAŞKENT*' den gelmiştir. Yazara göre, yasa maddesinde işçinin çalışmadığı değil, işveren tarafından çalıştırılmadığı süreden söz edilmektedir. Bu nedenle dava sırasında işçi başka bir yerde çalışsın veya çalışmasın, bu parayı alabilmelidir⁵¹⁴.

GÜNAY a göre; fesihten sonra başka bir işte çalışarak para kazanmanın söz konusu olduğu bir durumda, boşta geçen sürelerle ait ücret ve diğer haklardan BK. m. 325 uyarınca indirimle gidilemeyeceği, anılan ücret ve diğer haklardan işçi sanki hiç ara vermemiş gibi Yasa gereği yararlanacaktır⁵¹⁵.

TUNCAY ise; Alman Hukuku'nda, başka işte çalışan işçinin elde ettiği ücret mahsup edilmekteyken, uygulamada dört ayla sınırlı olmayarak, boşta geçen süre ücretinin tamamına hükmedilmesi isabetli bir düzenlemedir. Biz de ise bu ücretin 4 ayla sınırlandırılmış olması nedeniyle bu miktardan tekrar bir indirim yapılması adil bir çözüm değildir. Yasanın ifadesi, BK. m.325 hükmünün uygulanmasını gerektirmeyecek kadar açık ve kesindir⁵¹⁶.

⁵¹³ **ALPAGUT**, III. Yılında İş Yasası, 247-248.

⁵¹⁴ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, 176; Aynı görüşteki yazarlar, **UÇUM**, *İşe İade Talepleri*, 90; **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 111; **BİLGİLİ**, 187-188; Aynı yazar, *Başka Yerde Çalışma*, 1425.

⁵¹⁵ **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, 309.

⁵¹⁶ **TUNCAY, A. Can**, *İş Güvencesi(Karar İncelemesi)*, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, S. 2, C.18, İstanbul 2004, 58-61.

Yargıtay ise, öğretideki görüşlerden mahsup yapılmaması görüşünü benimsemiştir. Bir kararında “...davacının fesihden 15 gün sonra başka bir işverenin yanında işe başlaması halinin boşta geçen süredeki ücret alacağını etkilemediğinden ve davalı feshin geçersizliği ile temerrüde düştüğünden, yasal sınır olan 4 aya kadar ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması gerekir” denilmiştir. Bu ifade ile Yüksek Mahkeme başka bir işverenin yanında çalışmanın boşta geçen süre ücretini etkilemeyeceğini açıkça vurgulamıştır⁵¹⁷.

Dört aylık ücretin yeni işten elde edilen ücretle mahsup işlemine tabi tutulması gerektiği görüşünde olanlar(örneğin Ekmekçi ve Soyer) bu süre için genellikle “*boşta geçen süre*” ifadesini kullanırlarken, aksi yönde görüş bildirenlerden(örneğin Taşkent) ise “*çalıştırılmayan süre*” ifadesini tercih etmiştir. Yargıtay’ın ise bu iki kavramın eş anlamlı olduğunu düşünerek ikisini de farklı kararlarında kullanmıştır. Bizim de katıldığımız öğretideki bir görüşe göre, bu iki ifade eş anlamlı değildir ve birbiriyle de örtüşmemektedir⁵¹⁸.

“*Boşta geçen süre*” kavramı daha geniş ve daha pasif bir durumu ifade ederken; “*çalıştırılmayan süre*” kavramı daha dar ve işçinin çalışmaya hazır olduğu bir zamanda bunun engellenmesi şeklinde anlaşılmaktadır. Yasanın lafzı, “*çalıştırılmadığı süre için*” ibaresi ile işçinin işine son veren işverenin çalıştırmama eylemini anlatır biçimdedir. Çalıştırılmayan süre kavramı işverenin temerrüdünü izah etmek anlamında daha uygun bir kavramdır. Bu nedenle, işçinin çalışmak istemesine rağmen işverenin işçiyi çalıştırmaması durumunda işverenin temerrüdü oluşacaktır. Bu yorumdan hareketle öğretideki baskın görüşün kabul ettiği şekilde, işçinin fesihden sonra başka bir işyerinde çalışmış olmasının bu ücrete hak kazanmayı engel teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kanaatimce Yargıtay’ın, öğretideki “*mahsup yapılamaması*” görüşünü destekler nitelikteki kararı daha isabetlidir. Geçersiz sebeple işine son verilen işçinin işe iade davası açmadan önce veya sonraki günlerde yeni bir iş bulması ve bu işten elde ettiği ücretin 4 aylık ücretle mahsup işlemine tabi tutulması adil olmayacaktır. İşçi her iki işverenden aldığı, bu iki ücrete de hak kazanması gerektiği görüşündeyiz.

⁵¹⁷ Yarg. 9. HD, 26.05.2005, E. 2005/12592, K. 2005/19362: **BİLGİLİ**, *Başka Yerde Çalışma*, 1425.

⁵¹⁸ **BİLGİLİ**, *Başka Yerde Çalışma*, 1426.

3. Dava Devam Ederken İşçinin İşe Başlatılması Sorunu

İş Kanun'unda, bu konuyla ilgili olarak herhangi bir düzenleme olmadığı için, işe iade davası devam eden işçinin, işveren tarafından işe çağrılması üzerine eski işine dönmesi halinin açılmış olan davayı nasıl etkileyeceği Yargıtay kararlarında ve öğretide tartışılmıştır.

Konuya ilişkin önceki Yargıtay kararlarında; dava sırasında işçinin işe dönmesinin, davayı konusuz bıraktığına, bu nedenle de iş güvencesi tazminatı ile çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını alamayacağına hükmetmekteydi⁵¹⁹. Yargıtay daha sonra verdiği bir kararında; davanın tamamıyla konusuz kalmaması gerektiğine, davanın devam ettirilip feshin geçersizliği ve çalıştırılmayan süreye ilişkin ücretin hüküm altına alınması gerektiğini belirtmiştir⁵²⁰.

TUNCAY' a göre; Yargıtay'ın vardığı sonuç, işverenlerin kötünietli uygulamalarına yol açabilecektir. Şöyle ki, işe iade davası ile karşı karşıya kalan işveren, bir süreliğine yaptırımlardan kurtulmak için dava devam ederken işçiyi göstermelik olarak işe başlatabilecek, yaptırımlardan kurtulduktan sonra ise tekrar sözleşmesini fesih yolları arayabilecektir⁵²¹.

Yargıtay'a göre bu durum, işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği yönündedir⁵²². İşçi, eski işine iade edilmesiyle dava konusuz kalacağından, işe iadeye yönelik bir karar verilmesine gerek kalmayacaktır. Ancak boşta geçen süre için en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları hususunda yargılamaya devam edilip karar verilmesi gerekir⁵²³.

AKYIĞIT e göre; yargılama sırasında işçinin işverence işe başlatılması halinde, işe iadeye gerek kalmadan davaya devam edilip, boştaki süre ücretinin karara

⁵¹⁹ Yarg. 9. HD, 08.07.2003, E. 2003/12444, K. 2003/13125: TUNCAY, *İş Güvencesi(Karar İncelemesi)*, 58 vd.; SARIBAY, 235.

⁵²⁰ TUNCAY, *İş Güvencesi(Karar İncelemesi)*, 60; ÖZEKES, 20. Ve 21. Maddeleri, 493; Aynı yazar, *İşe İade Davaları*, 152; SÜZEK, 3.Bası, 484; ŞAHLANAN, *İşçinin İşe Başlatılması*, 302.

⁵²¹ TUNCAY, *İş Güvencesi(Karar İncelemesi)*, 60.

⁵²² Yarg. 9. HD, 12.09.2005, E.2005/24795, K.2005/29371: KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 482; Yarg. 9. HD, 04.04.2005, E. 2005/9333, K. 2005/12011: KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, *İş Kanunu Şerhi*, 1433.

⁵²³ Yarg. 9. HD, 17.05.2005, E. 2005/11753, K.2005/18631: KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 482.

bağlanması gerekir⁵²⁴. Ancak dava sürerken işçinin işe başlatıldığı bu durumda, işçinin ayrıca işe başlatılması için işverene başvurusu anlamsızdır. Eğer başvuru olacak ise bu boşta geçen süre ücretinin ödenmesi içindir ve bunun için kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde başvuru şart olmayıp, kararın kendisine tebliğinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde başvurunun yapılması mümkün ve geçerlidir(İşK. m.32, BK. m.126/III)⁵²⁵.

ŞAHLANAN ise; İşK. m. 21 uyarınca açılan davanın konusu, salt işçinin işe başlatılması değil, aynı zamanda feshin geçerli olup olmadığı ve buna bağlı olarak işçinin çalıştırılmadığı süredeki ücret talebidir. Bu nedenle, işverenin işçiyi işe başlatmasıyla talep konusu tamamıyla ortadan kalkmamaktadır. Yazara göre, işçi işe başlamasına rağmen tümüyle davasından feragat etmemiş olma şartıyla, davaya devam edilerek, feshin geçersizliği ve ücret talebi konusunda bir karar verilmesi zorunludur. Dava sürerken işverenin işçiyi işe başlatmış olması, davanın işverence kabulü anlamına gelmez⁵²⁶.

Aksi düşünce işçinin geçerli nedene dayanmadan sözleşmeyi fesheden işverenin işçiyi işsiz bırakmasına rağmen onu tekrar işe alarak işsiz kaldığı süredeki ücretinden mahrum kalmasına yol açabilecektir. Bu durum, geçersiz feshe yaptırımlar sağlayan yasal düzenleme ile bağdaşmaz. Dolayısıyla işsiz kalınan süreye ilişkin ücret, işverenin işçiyi işe başlatmasının değil, feshin geçersizliğinin bir sonucudur. Bu nedenle işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmaması söz konusu ücrete hak kazanma açısından bir önem arz etmemektedir⁵²⁷.

⁵²⁴ “Yargıtay önceki bir kararında yargılama devam ederken işçinin işe iade edilmesi halinde davanın konusuz kalacağı gerekçesi ile reddedileceğini belirtmiştir”: Yarg. 9. HD, 08.07.2003, E. 2003/12442, K.2003/13123: bu görüşün eleştirisi için bkz. **SÜZEK**, 3. *Bası*, 483–484; Daha sonraki kararlarında ise yargılamanın boştaki süre ücreti vs. konularında devam edeceğine karar vermiştir. Yarg. 9.HD,10.03.2005, E.2005/6244, K.2005/8054: **ŞAKAR**, 241; Aynı görüşteki kararlar için bkz. Yarg. 9. HD, 02.02.2005, E.2005/31715, K.2005/1889, Yarg. 9. HD, 13.01.2005, E. 2005/33309, K.2005/645: **AKYİĞİT**, 888; Yarg. 9. HD, 29.01.2004, E. 2004/499, K. 2004/1489: **SÜZEK**, 3.*Bası*, 484.

⁵²⁵ **AKYİĞİT**, 888.

⁵²⁶ **ŞAHLANAN**, **Fevzi**, *İşe İade Davası Sürerken İşçinin İşe Başlatılması (Karar İncelemesi)*, TTSİSD, sayı:302, İstanbul Şubat 2005, 41–42; Aynı görüşte: **EKMEKÇİ**, *Yargıtay’ın İşe İade Davaları*, 174.

⁵²⁷ ”İşe iade davası sürerken davacı işçinin, işverence işe başlatılması halinde davanın konusuz kaldığından bahisle, bir karar verilmesine gerek olmadığına karar verilmesi doğru değildir. Davacının davasından açıkça feragat etmedikçe, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin 4 aylık ücretini talep edebilmesi için daha önce yapılmış feshin geçerli olup olmadığı konusunda bir karar verilmelidir.”: Yarg. 9. HD, 12.02.2004, E. 2004/448, K.2004/2029: **ŞAHLANAN**, *İşçinin İşe Başlatılması*, 41–42.

Kanaatimizce, işverenin işçiyi dava devam ederken işe alması, feshin geçerli nedenle yapılmadığını kabul ettiğini gösterir bir eylemdir. Ayrıca işçinin yeniden işe alınması aksi bir anlaşma yoksa feshedilen sözleşmenin devamı niteliğindedir⁵²⁸. Bu bağlamda fesih bildirimının hukuki niteliğine baktığımızda, bu bildirim karşı tarafa ulaştığı anda hukuki sonuçlarını doğurduğunu görmekteyiz. Aynı zamanda bildirim süresi içerisinde sözleşmeyi fesheden taraf bu bildirim tek taraflı olarak geri alamayacaktır. Yani işverenin tek başına fesihten vazgeçtiğini belirtmesi ve işçinin işe geri dönmesini istemesi işçiyi bağlamaz⁵²⁹.

İşçinin çalıştırılmadığı süre için ücreti ve diğer haklarını alabilmesi ise sadece İşK. m. 21/V’ te düzenlenen “işverene süresinde başvurma” koşuluna bağlanmıştır. İşçi dava devam ettiği sırada işe başlamış olduğundan tekrar işverene başvuru koşulu aranmaması gerekir. Bunun pratikte bir anlamı kalmayacaktır. Bu koşulların gerçekleşmiş olduğu davanın ise konusuz kalma ihtimali yoktur, çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret alacağı açısından dava devam edecektir. Çalıştırılmadığı süre ücretinin hesabında iş sözleşmesinin feshi ile işe tekrar başladığı tarih arasında geçen süre için ücretin hesaplanması gerekir.

4. İşçinin İşe Başlatılmaması

İşverenin, mahkemenin veya özel hakemin vermiş olduğu işe iade kararına rağmen, işçiyi işe başlatıp başlatmama konusunda özgürlüğü bulunmaktadır. Çünkü İşK. m. 21 kademeli(terditli) düzenlenmiştir. İşveren, işçi bir ay içerisinde işe başlatmazsa işçiye en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur⁵³⁰.

⁵²⁸ Yarg. 9. HD, 30.06.2005, E. 2004/19781, K. 2005/23473: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 996–997; SARIBAY, dn. 172, 238.

⁵²⁹ Fesih bildiriminin tek taraflı olarak geri alınamayacağı ile ilgili karar için bkz. Yarg. 9. HD, 29.01.2004, E. 2004/499, K. 2004/1489, AKI, Erol/ALTINTAŞ, H. Olcay/BAHÇIVANCILAR, İbrahim, *Uygulamada İş Güvencesi*, 1. Bası, İstanbul 2005, 143–144; Yarg. 9. HD, 03.06.2004, E. 2004/1080, K.2004/13416: KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, *İş Kanunu Şerhi*, C. II, 4.

⁵³⁰ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 483.

Yasa işverene bu konuda bir seçimlik hak tanımıştır⁵³¹. Yargıtay'ın bu anlayışı yansıtan bir kararında; “*Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırmak yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak, yasa işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirme olanağı tanımaktadır. Hâkimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuçlarını doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok dört ay devam ettiği anlaşılmaktadır*” şeklinde ifade edilmiştir⁵³².

İşe iade davasında boшта geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarla, işe başlatmama tazminatını(iş güvencesi tazminatı), davacı dava dilekçesinde istemese dahi hüküm kamu düzeninden olduğundan, mahkemece re'sen hüküm altına alınacaktır⁵³³.

İşverene, işe iade kararından sonra süresi içerisinde başvuruda bulunan işçiyi işe başlatmayacağını bildirmesi(veya yasal süreyi sessiz geçirmesi) halinde, iş ilişkisinin işe başlatılmama tarihinde işveren tarafından sona erdirildiği kabul edilir⁵³⁴.Çünkü feshin geçersizliği kararı karşısında, sözleşme feshedilmemiş gibi devam ettiğinden işe başlatmama, yeni bir fesih olarak değerlendirilecektir⁵³⁵.

Dolayısıyla, önceden ödenmemiş olan ihbar ve şartları oluşmuşsa kıdem tazminatının ve yıllık izin ücretinin hesabında, arada yapılan zamlar göz önünde bulundurularak işe başlatılmama tarihine göre hesaplama yapılmalıdır. İşçiye daha önce bu ödemeler yapılmış ise, çalıştırılmadığı ama sözleşmesinin devam ettiği kabul edilen bu süreye ilişkin fark hesaplanarak hüküm altına alınır. Kıdem tazminatının tavanı bakımından da bu tarihteki tavan esas kabul edilir⁵³⁶.

Yargıtay' a göre, ödemeler ve kıdeme bağlı hakların hesabında, süre bakımından ancak dört aylık süre dikkate alınabilecektir. Yani yargılama süresince geçen en fazla dört aylık süre, kıdem ve ihbar tazminatının hesabında dikkate alınabilir. Bir görüşe

⁵³¹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 483.

⁵³² Yarg. 9. HD, 06.12.2004, E. 2004/28355, K. 2004/2029: AKYİĞİT, 893.

⁵³³ Yarg. 9. HD, 20.06.2005, E.2005/16989, K. 2005/22100: KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 483.

⁵³⁴ ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası, 248; EKONOMİ, 16; MOLLAMAHMUTOĞLU, 595.

⁵³⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, 765; EYRENCİ, Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İHSGHD, S.13. C.4, İstanbul 2007, 37.

⁵³⁶ Yarg. 9. HD, 12.04.2005, E.2004/18066,K.2005/12952:ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 1. Bastı, 721.

göre, Yargıtay'ın İşK. m. 21/III' de yer alan "dört aylık" süreyi dikkate alan bu çözümü yasaya uygun olmakla birlikte olması gereken hukuk açısından tartışmaya açıktır⁵³⁷. Ayrıca bu tazminatlar, işçinin işe başlatılmama tarihinde alabileceği son giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanarak hüküm altına alınır⁵³⁸. Aynı şekilde kıdeme bağlı diğer bir hak olan yıllık ücretli izin hakkının hesabı bakımından da aynı esas dikkate alınacaktır⁵³⁹.

a. İş Güvencesi Tazminatı

İş Kanunu'nda, işçinin, feshin geçersizliğine dair mahkeme veya özel hakem kararının kesinleşmesini takip eden on işgünü içerisinde işverene başvurması ve işverenin de bir ay içinde işçiyi işe başlatmaması halinde, işverenin işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeyeceği düzenlenmiştir(İşK. m. 21/I)⁵⁴⁰. Bu tazminata uygulamada "iş güvencesi tazminatı" adı verilmektedir. Ancak Sendikalar Kanunu'na göre, iş sözleşmesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı feshedilmişse, ödenecek tazminat, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır(Sen. K. m.31/VI)⁵⁴¹.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirleyecektir. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, iş güvencesi tazminatını belirlerken miktar olarak belirlemek gerekmeyip, süre olarak belirlenmesi yeterlidir⁵⁴². Ayrıca mahkeme icrai nitelikte bir karar da veremeyecektir. Çünkü bu tespit hükmü niteliğinde bir karardır⁵⁴³.

⁵³⁷ ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası, 249.

⁵³⁸ AKYİĞİT, 894; Karşı görüş için bkz. "...tazminata esas ücretin çıplak ücret mi giydirilmiş ücret mi olacağı yasada belirtilmemiştir. Kanımca bu tazminat Sen K. m. 31/son hükmündeki tazminat hesabında yapıldığı gibi çıplak(brüt ücret) olarak belirlenmelidir":TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 10; SÜMER, 121.

⁵³⁹ Yarg. 9. HD, 28.04.2005, E. 2005/886, K. 2005/14880:ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 1. Bası, 720.

⁵⁴⁰ "4773 sayılı Kanun Döneminde m. 13/D-I'de altı ve oniki aylık ücret tutarında tazminat ödeneceği kabul edilmişti.": TUNCAY, İş Güvencesi Yasası, 10.

⁵⁴¹ Yarg. 9. HD, 31.05.2004, E. 2004/8165, K. 2004/132127: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 1. Bası, 679.

⁵⁴² Yarg. 9. HD, 15.03.2004, E.2004/5346, K. 2004/8553, Yarg. 9. HD, 20.11.2003, E. 2003/19348,K. 2003/19644: ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası, 249; KIYMAZ, Taliphan, Yargı Kararları ve İşe İade, Türk Metal Sendikası Genel Merkezi Aylık Yayın Organı, Sayı:61, İstanbul 2004, 33.

⁵⁴³ Yarg. 9. HD, 20.05.2005, E. 2005/16342, K. 2005/19713: KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, 484; Yarg. 9. HD, 09.03.205, E. 2005/3909, K. 2005/7799: Aynı yazarlar, 485.

Yargıtay kararlarında, tazminatın, kıdem ve sözleşmenin sona erme nedeni ile şekli dikkate alınmak suretiyle belirlenmesini ve tazminatın alt sınırın üzerinde takdir edilmesi halinde ise somut gerekçe ve nedenlerinin gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁴⁴.

Yargıtay başka bir kararında da, işçinin emekliliğe hak kazanmış bulunması ve kıdem ve ihbar tazminatlarının da ödenmiş olması sebebiyle, iş güvencesi tazminatını alt sınır olan dört aylık ücret tutarında belirlenmesine karar vermiştir⁵⁴⁵. Bu karar bir görüşe göre, yüksek mahkemenin tek ölçüt olarak kıdemi kullanmadığını göstermesi açısından önem arz etmektedir⁵⁴⁶.

GÜZEL' e göre, Yargıtay'ın kararlarında belirtilen ölçütler çerçevesinde, her somut olayın özelliğine göre, kararı yargıcın takdirine bırakmak en uygun çözüm yoludur⁵⁴⁷. Belirtilen bu ölçütlerin yanında hâkimin dikkat etmesi gerekenler, işçinin yaşı, aile durumu, ücreti, yaptığı işin niteliği gibi hususlardır⁵⁴⁸.

Tazminatın takdirinde dikkate alınması gereken bir diğer ölçüt ise, işverenin kötüniyetidir. Şayet işe iade davası sonucunda işe başlatılan işçinin kısa süre sonra gerçekte var olmayan bir sebebe dayanarak yeniden işine son verilmesi durumda açılacak ikinci işe iade davasındaki iş güvencesi tazminatının, işverenin kötüniyetinden dolayı yüksek limitten belirlenmesi gerekir⁵⁴⁹.

SenK.m. 31' e göre, fesih sendikal nedenle yapılmışsa, iş güvencesi tazminatının miktarı bir yıllık ücretten az olamayacaktır⁵⁵⁰. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda;

⁵⁴⁴ Yarg 9. HD, 13.1.2005, E. 2004/16336, K. 2005/1006: www.kazanci.com.

⁵⁴⁵ Yarg. 9.HD, 10.11.2003, E. 2003/18919, K. 2003/18913: **SOYER**, dn. 152, 62; Benzer şekilde “Davacı feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. 4857 Sayılı Yasa da işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Fesih nedeni de dikkate alınarak, emekli olarak çalışan davacı için anılan tazminatın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmiş olması hatalıdır.”: Yarg 9. HD, 30.4.2007, E. 2007/5646, K. 2007/13561: www.kazanci.com.

⁵⁴⁶ **SOYER**, 62.

⁵⁴⁷ **GÜZEL**, *İş Güvencesi*, 109.

⁵⁴⁸ **ÇELİK**, 242.

⁵⁴⁹ **EKONOMİ**, 20; **EKMEKÇİ**, *Yargıtay'ın İşe İade Davaları*, dn.12, 175–176; **SARIBAY**, 260.

⁵⁵⁰ “...Feshin salt sendikal nedenle olduğu ispat edildiğinde işe başlatmama tazminatı bir yıllık ücret oranında saptanmalıdır.”: Yarg. 9. HD, 29.9.2005, E. 2005/26740, K. 2005/31643; “...Mahkemece feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiği kabul edilmesine rağmen işe başlatmama tazminatı davacının bir yıllık ücreti yerine sekiz aylık ücreti tutarında belirlenmiş olması hatalıdır”: Yarg. 9. HD, 17.3.2005, E. 2005/10550, K. 2005/14720: www.kazanci.com.

taleple bağıllık gereği bir yıllık değil daha az talep edilen tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir⁵⁵¹. Öğretide de kabul edilen bu görüşe göre; işçi sendikal tazminattan daha az olan tazminatı belirlemek yerine sendikal tazminat istemesi durumunda mahkeme tarafından bir yıllık ücreti tutarında tazminat belirlenir. Ancak talep sahibi kanundaki bir yıllık ücreti tutarındaki tazminattan daha az bir tazminat talebinde bulunması halinde mahkeme de isabetli olarak HUMK. m. 74 gereği, “taleple bağıllık” kuralınca davacının istemiş olduğu daha az tutarı tazminat olarak tespit etmiştir⁵⁵².

Kanunda sendikal tazminatın, bir yıllık ücret tutarından az olamayacağını belirtilmiş olması karşısında, toplu iş sözleşmelerine konulacak bir hükümlerle bu miktarın üzerinde bir tazminat belirlenebilir. Yargıtay’ın kararları da, bu yöndedir⁵⁵³.

İşe iade kararı sonrasında işverenin işçiyi işe başlatmaması sonucu ödemesi gerekecek olduğu iş güvencesi tazminatına uygulama alanı bulan faiz incelediğimizde; iş güvencesi tazminatı işçinin işe başlatılmaması tarihinde muaccel olacaktır. Bu tarihten itibaren de iş güvencesi tazminatına faiz işleyecektir. Bu nedenle dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi hatalıdır⁵⁵⁴. İşverenin işçiyi işe başlamamasının yaptırımını olan tazminata ilişkin faiz, farklı bir hüküm bulunmadığı için, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun çerçevesinde, yasal faizdir⁵⁵⁵.

İş güvencesi tazminatı işçinin brüt asıl(çıplak) ücreti⁵⁵⁶ üzerinden hesap edilmelidir. İş güvencesine tabi işçinin isteyeceği en az bir yıllık ücreti tutarındaki

⁵⁵¹ Yarg. 9. HD, 29.07.2004, E.2004/5523, K.2004/19994; Yarg.9.HD, 24.05.2004, E.2004/5027, K.2004/12407:www.kazanci.com; Aynı yöndeki karar için bkz. Yarg. 9. HD, 31.03.2005, E. 2005/9014, K. 2005/11551: **KILIÇOĞLU/ŞENOCAN**, 485.

⁵⁵² **TUNCAY, A. Can**, *Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004*, Ankara 2006, 119.

⁵⁵³ “2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesindeki sendikal tazminat ile toplu iş sözleşmesinde yer alan tazminatın mukayesesi yapılarak davacının lehine olan miktara hükmetmek gerekirken yazılı şekilde aynı subuta dayalı iki ayrı tazminata hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”: Yarg.9.HD, 12.06.2003, E. 2002/27592,K.2003/11207: www.kazanci.com

⁵⁵⁴ Yarg. 9. HD, 08.07.2003, E.2003/12442, K. 2003/12123, Yarg. 9. HD, 30.10.2003, E. 2003/18346, K. 2003/18347:**MOLLAMAHMUTOĞLU**,767; **DURAN, Abdurrahman**, *Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 21. Maddesi “Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları”*, Legal İHSGHD, C.1, S.3, İstanbul 2004, 811.

⁵⁵⁵ **EKMEKÇİ**, *Yargıtay’ın İşe İade Davaları*, 177; **ÇALIK, Şefik**, *Soru ve Yanıtlarla İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, Legal Yayınevi, İstanbul 2005, 198.

⁵⁵⁶ “*Asıl-giydirilmiş ücret* ve *brüt-net ücret* ayrımları birbirinden farklıdır. *Asıl ücret*: işçinin çalışması karşılığı elde etmesi gereken ücret iken; *giydirilmiş ücret*, asıl ücret ile birlikte işçiye sağlanan ikramiye,

tazminatın hesabında da brüt çıplak ücret kullanılır⁵⁵⁷. Tazminatların hesabına esas alınacak ücret, işçinin sözleşmesinin feshedildiği tarihteki son ücretidir⁵⁵⁸.

Geniş anlamda brüt(giydirilmiş) ücret, ihbar ve kötüniyet tazminatının(İşK. m. 17/son), aynı zamanda işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretinin(İşK. m. 21/III) hesabında uygulama alanı bulur⁵⁵⁹.

b. Kıdem Ve İhbar Tazminatı İle İzin Ücreti

İşçiye bildirim sürelerine ilişkin ücret peşin ödenmiş, kıdem tazminatı da verilmişse bunlar işe başlatılmayan işçide kalacaktır. Ancak fesih geçersiz sayılıp da işe iade kararı verilen ama işveren tarafından işe başlatılmayan işçiye, sözleşmesi feshedilirken ödenmemiş olan ve işe başlatmama tarihine kadar doğmuş bulunan alacakları(bildirim süresine ilişkin peşin ücret ve kıdem tazminatı alacakları) “ayrıca” ödenecektir⁵⁶⁰. İşK. m. 21/IV’ de ifade edilen “ayrıca ödeme” ile İşK.m. 21/III’ den ayrı bir ödeme kastedilmiştir⁵⁶¹.

İş sözleşmesinin geçersiz nedenle feshinden sonra işveren işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödemişse, asıl feshin işçinin süresinde başvurduğu, işverenin ise bir aylık işe başlatma süresinde işe başlatmama iradesini bildirdiği ya da bu sürenin dolduğu tarihte işveren tarafından yapıldığı kabul edilir. Bu durumda ilk fesih tarihi ile işverenin işçiyi işe başlatmayarak yapmış olduğu son ve asıl fesih tarihi arasındaki dönemde, iş sözleşmesi devam etmiş sayılacağından, işçinin fark kıdem ve ihbar tazminatı ve diğer

prim, sosyal yardımlar ve diğer ek ücret ödemeleri gibi yan menfaatlerin dâhil olduğu ücrettir. *Brüt ücret*: yasal kesintiler yapılmamış, *net ücret* ise yasal kesintiler yapılmış ücrettir. İş güvencesi tazminatı ile çalışılmadığı halde ödenecek ücret bakımından asıl-giydirilmiş ücret ayrımı yaparken, bunların brütünün esas alınacağına içtihat edilmiş olması yerindedir. Buna göre iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde brüt asıl (çıplak) ücret, çalışılmadığı halde ödenecek ücrette ise, brüt giydirilmiş ücret esas alınacaktır.”: **KABAKCI, Mahmut**, *İşe İade Kararında İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinin Anlamı*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2004/2, İstanbul 2004, 670–671.

⁵⁵⁷ Yargıtay’ın iş güvencesi tazminatının çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanması gerektiğine dair kararları vardır. Yarg. 9. HD, 6.11.2003, E.2003/18733, K. 2003/18729 kararına göre, “...Tazminat miktarı belirlenirken davacının brüt ücreti üzerinden hesaplama yapılmalı; ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır...”: **KIYMAZ**, 33; **KABAKCI**, 670; Aynı yöndeki başka bir kararında ise, “...Tazminat miktarı belirlenirken, davacının brüt ücreti üzerinden hesaplama yapılmalıdır; zira gelir vergisi ve damga vergisi davacıdadır”: **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, *1.Bası*, 708–709; Yarg. 9. HD, 19.02.2004, E. 2003/21992, K. 2004/258; **ÇİL**, 367; Yarg. 9. HD, 9.10.2003, E.2003/12544, K. 2003/16689; Aynı yazar, 403; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, *İş Kanunu Şerhi*, C.II, 5.

⁵⁵⁸ **TERZİOĞLU**, 55.

⁵⁵⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 768; **SÜZEK**, 586.

⁵⁶⁰ **SÜZEK**, 585; **EKONOMİ**, 16–17; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, 178; **SARIBAY**, 263.

⁵⁶¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 765; **SARIBAY**, 263.

hakları doğacaktır⁵⁶². Bu son tarih esas alınarak işçi oluşan bu farkı ayrı bir dava ile talep edebilmesine olanak tanınmalıdır⁵⁶³.

Bu nedenle, işçinin bu iki fesih tarihi arasında hem kıdemi hem de ücreti artar. İşçi eksik kalan bu ödemeler açısından alacaklı konumundadır. Ayrıca bu dönemde, kıdem tazminatının tavanında bir değişiklik olmuşsa, bu kıdeme göre de ihbar dilimi değişebilecek ve hatta işçinin yıllık ücretli izni bakımından eksik olan bir yıllık süresi dolabilecektir. İzin ücreti de, işçinin son ücreti üzerinden verileceği için işverenin işçiyi işe başlatmayarak yaptığı fesih ile muaccel hale gelir(İŞK. m. 59)⁵⁶⁴. Yargıtay'ın da konuya ilişkin bir kararında bu hususların hüküm altına alındığı görülür⁵⁶⁵.

İşveren, sözleşmeyi feshettiği sırada ihbar ve kıdem tazminatı ve diğer alacakları ödemişse de, feshin geçersizliğine karar verilmesi üzerine, işçinin işverene işe başlamak üzere başvurması halinde, işverenin işe başlatmayacağını bildirmesi(veya bir aylık sürenin geçmesi) sonucu ödeyeceği fark kıdem ve ihbar tazminatına, sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren faiz yürütülmesi gerekir. İşçinin işe başvurduğu tarih esas alınmaz⁵⁶⁶.

⁵⁶² "...Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir. Bu hukuki düzenleme karşısında boşa geçen 4 aylık süresinin kıdem tazminatına esas süreden sayılması yerine mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.": Yarg. 9.HD, 14.07.2005, E.2004/30139, K.2005/26288: www.kazanci.com

⁵⁶³ GÜZEL, *İş Givencesi*, 102; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 179;EKONOMİ, 16-17;SARIBAY, 264.

⁵⁶⁴ SARIBAY, 264.

⁵⁶⁵ "...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 24.4.2004 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 işçiyi 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...": Yarg. 9. HD, 12.04.2005, E. 2004/18066, K. 2005/1952:ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, *1.Bası*, 720-721.

⁵⁶⁶ "Davacının hizmet akdi işe iade davasının lehine sonuçlanması sonucu işe başlatılması ile ilgili olarak işverene başvurduğu 10.8.2004 tarihinden sonra işverenin işe başlatmayacağına dair iradesini açıkladığı, eğer işveren açıkça bu yolda beyanda bulunmamışsa işçinin işe başlamak için başvurduğu tarihten itibaren bir ayın son bulduğu gündür. Fark kıdem tazminatına akdin sona erdiği bu tarihten faiz yürütülmesi gerekirken işçinin işe başlamak için başvurduğu tarihin esas alınması da hatalıdır.": Yarg. 9.

5. Boşta Geçen Süreye İlişkin Ücret Ve Diğer Hakları

İşçinin süresi içerisinde işverene başvurusu üzerine, işveren işçiyi işe başlatmış veya başlatmamış, işçiye İşK. m. 21/III'e göre kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücreti ve diğer haklarını ödemek zorundadır⁵⁶⁷. Bahsedilen ücret geniş anlamda ücret olup⁵⁶⁸, Yargıtay bir kararında, yerel mahkemenin işçinin “yemek ve ikramiye hakkı”nı dikkate alınmaksızın, çıplak ücreti üzerinden hüküm kurmasını hatalı kabul etmiştir⁵⁶⁹.

Yani bu dört aylık ücret, işçinin çalıştırsaydı elde edeceği ücret olan “gydirilmiş ücret”⁵⁷⁰ olup, ait oldukları aylara ilişkin olarak belgelendirilmesi, gelir ve damga vergilerinin kesilmesi ve sigorta primlerinin yatırılması gerekmektedir⁵⁷¹. Ayrıca dört ayla sınırlı ücret alacağı, işçinin süresi içerisinde işverene başvurduğu an itibariyle muaccel olur ve bu tarihten itibaren faiz yürütülmeye başlanır⁵⁷².

Mahkeme tarafından işverenin yaptığı feshin geçersizliğine karar verilmesinden sonra, fesih hakkının doğmadığı ve iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilir. İşçinin işe iade kararı sonrasında(yasal süresi içerisinde) işverene başvurması üzerine(bir aylık süre içerisinde) işçinin iş görme edimini kabul etmeyen işveren, BK. m. 325 uyarınca alacaklı temerrüdüne düşer. Burada, sözleşmenin sona ermesinden değil de işverenin temerrüdünden bahsedildiği için bir tazminat değil, ücret alacağı söz konusudur.

HD, 28.09.2006, E. 2006/24896, K. 2006/25173:Çalışma ve Toplu Hukuk Dergisi, S. 2007/I, <http://www.calismatoplum.org/sayi12/yargitay12.htm> (Ziyaret Tarihi 22.08.2008).

⁵⁶⁷ EKONOMİ,16; SÜZEK, 583; GÜZEL, *İş Güvencesi*, 110; ALPAGUT, *III. Yılında İş Yasası*, 247.

⁵⁶⁸ ALP, 24.

⁵⁶⁹ “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”: Yarg. 9. HD, 01.12.2003, E. 2003/19181, K.2003/19777 :” www.kazanci.com; ALPAGUT, *III. Yılında İş Yasası*, 247.

⁵⁷⁰ DEMİRCİOĞLU, Murat, *Sorularla Yeni İş Yasası*: İstanbul Ticaret Odası Yayın No. 2003–42, İstanbul 2003, 96.

⁵⁷¹ EKMEKÇİ, *Genelge*, 967.

⁵⁷² “İş güvencesine ilişkin tazminat işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin süresi içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olur, tazminat için dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi doğru değildir. İşçinin çalıştırılmadığı süre için kararın kesinleşmesine kadar hesaplanacak olan en çok dört ayla sınırlı ücret alacağı da, işçinin işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel olan bir alacaktır.”: Yarg. 9.HD, 08.07.2003, E. 2003/12442, K. 2003/13123:E-AKADEMİ, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasi Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, <http://www.e-akademi.org/makaleler/karar-13.htm> (Ziyaret Tarihi 15.08.2008); ALPAGUT, *III. Yılında İş Yasası*, 247; UÇUM, *Seminer Notları*, 170–171.

İş Kanunu'nun 21. maddesi, işçinin kesinleşen işe iade kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde, işe başlamak için işverene başvurması gerektiğini belirtmiştir. Ancak işçinin süresinde yaptığı bu başvurunun ardından, işe başlamak üzere çağrılmasına rağmen, işe başlamak istemediği hallerde, boшта geçen süreye ait en fazla dört aylık ücret ve diğer alacakları için nasıl bir sonucun ortaya çıkacağına dair bir düzenleme mevcut değildi. Yargıtay 2007 yılında bu konuda çok önemli bir karar vererek bu tartışmayı sona erdirmiştir⁵⁷³.

Bu karara konu olan uyuşmazlıkta, davacı işçi, lehine sonuçlanan işe iade davası sonrasında kanun gereği kendisine tanınan yasal süre içerisinde işe başlamak üzere işverene başvurmuş ve davalı işveren de işçiyi süresi içinde işe davet etmiştir. Daveti kabul eden işçi, işyerine gitmiş ancak işe başlamaya ilişkin belgeyi imzalamaktan kaçınmış, işe başlamayacağını beyan etmiş, bunun yerine işverenden kendisine; iş güvencesi tazminatının, boшта geçen sürelerle ilişkin ücret alacağının, diğer haklarının ve kıdem tazminatı farkının ödenmesini talep etmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacı işçinin işyerine gittiği halde işe başlamaya dair bir belgeyi imzalamaktan kaçındığını ve işe başlamayacağını bildirdiğini belirtmekle beraber, işçinin yasal süresi içinde işverene işe başlamak için başvurmasıyla, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen boшта geçen süreye ait en fazla dört aylık ücret ve diğer alacaklara hak kazandığı yolunda karar vermiştir⁵⁷⁴.

Yargıtay'ın 09.10.2007 tarihli kararında işçi kendi rızasıyla ve haklı bir nedeni olmaksızın işe başlamayı reddetmiş olmasına rağmen, on işgünlük yasal süresi içinde işverene başvurmasıyla, çalışmaksızın boшта geçen süreye ilişkin dört aylık ücretine ve ücrete ilişkin diğer alacaklarına hak kazandığı yolunda bir sonuca varılmıştır. Diğer yandan Yargıtay, yerel mahkeme kararının, işçinin işe başlamaktan vazgeçmekle, artık iş güvencesi tazminatı ile kıdem tazminatına ilişkin fark alacaklarını talep edemeyeceğine ilişkin kısmını onamıştır.

⁵⁷³ **ASLAN-ERTÜRK, Arzu**, *İşe İade Kararı Ve İşverene Başvuruda Bulunma Koşulu*, MÜHF-HAD, C. 14, S.1-2, İstanbul 2008, 116.

⁵⁷⁴ Yarg. 9. HD, 09.10.2007, E. 2007/21611, K. 2007/29866: **ASLAN-ERTÜRK**, 116; **ÇELİK**, dn. 284, 238.

İşK. m.21 hükmü uyarınca, işçinin ne yargılamanın başında ne de feshin geçersizliğine karar verildikten sonra işe iade yerine tazminat almak için herhangi bir seçimlik hakkı bulunmamaktadır. İşverenin işçiye, işe başlama çağrısında bulunmasından sonra, işçinin işe başlamaktan kaçınması halinde, fesih geçerli hale gelir ve artık işveren tarafından işçiye ödenmesi gereken bir iş güvencesi tazminatından da söz edilemez⁵⁷⁵.

Ancak boşta geçen süre ücreti ve diğer alacakları açısından geçersiz bir fesih sonucunda iş sözleşmesi devam etmiştir. Bu süre zarfında işçiyi çalıştırmayan işveren temerrüt halindedir ve bu süreye ait ücreti ödemekle yükümlüdür⁵⁷⁶. Bu durumda işveren işçiyi işe başlatsa da başlatmasa da, işçi çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücret ve diğer haklarını alabilir⁵⁷⁷.

Yasanın belirlediği bu miktarın ücret olarak nitelenmesinin belirli hukuki sonuçları vardır. Şöyle ki, en çok dört aya kadar olan bu miktar, ücrete ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanacaktır, bunun dışında zamanaşımı, faiz ve gelir vergisine⁵⁷⁸ de tabi olacaktır.

⁵⁷⁵ ASLAN-ERTÜRK, 122.

⁵⁷⁶ KOÇ, Sedef, *Geçersiz Feshin Sonuçları(Karar İncelemesi)*, İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.4, İstanbul 2003, 920.

⁵⁷⁷ DEMİRCİOĞLU, 96; UÇUM, *Seminer Notları*, 170.

⁵⁷⁸ EKMEKÇİ/UÇUM, İş güvencesi tazminatının gelir vergisine tabi olup olmadığı ve kim tarafından ödeneceği konuları tartışmalıdır. Yazarların görüşlerine göre;

a) İş güvencesi tazminatının gelir vergisine tabi olup olmadığı açısından, Yarg. HGK. 12.05.2004, E. 2004/9-255, K.2004/290 sayılı kararında "...kıdem tazminatı GVK m.25/VII' de açıkça gelir vergisinden istisna edilmiş olup, sendikal tazminat yönünden bu konuda yasal bir düzenleme bulunmadığından..." sendikal tazminatın gelir vergisi kesintisine tabi olduğu sonucuna varılmıştır. Aynı gerekçeler yazarlara göre, iş güvencesi tazminatının gelir vergisi kesintisine tabi olması konusunda da geçerlidir. Yani, gelir vergisinden istisna edilen tazminat ve yardımları düzenleyen GVK.m.25'de işe iade davaları sonucunda verilen tazminat hükmüne ilişkin bir düzenleme yer almadığından, bu ödemeden de gelir vergisi kesilecektir.

b) Vergi kesintisinin işçiden mi yoksa işverenden mi yapılacağına ilişkin, Yargıtay'ın farklı kararları ışığında, Yarg. 9. HD, 9.10.2003, E. 2003/12544, K.2003/16689 sayılı kararında işçinin vergi mükellefi olduğunu isabetli bir biçimde açık olarak belirtmiştir. Ancak aynı kararda vergi sorumlusunun da işçi olduğu yönünde hatalı saptama yapmıştır. Yarg. 9.HD, 13.09.2005, E.2005/20426, K.2005/26679 sayılı kararında ise vergi sorumlusunun işveren olabileceği açık olmayan bir şekilde kabul edilmekle birlikte, yazarlara göre isabetli olarak, iş güvencesi tazminatının vergilendirilmesinde vergi mükellefi işçi, vergi sorumlusu ise işverendir. Yani GVK. m.94 gereğince, işveren, yasal süresi içerisinde işçiyi işe geri almadığı takdirde, nakden veya hesaben ödeyeceği iş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesintisi yapmak, yapılan kesintiyi beyan etmek ve tahakkuk eden vergiyi beyanname verilen "ertesin ayın yirmi üçüncü günü akşamına kadar," ödeme veya tahakkukun yapıldığı yerin bağlı olduğu vergi dairesine bildirmeye mecburdurlar(GVK. m. 98). Benzer yöndeki karar da görüşü destekler nitelikteki, Yarg. 12.HD25.11.2004,E.2004/19463,K.2004/24329 sayılı kararı, görüşler için bkz. EKMEKÇİ,

Öğretideki bir görüşe göre, boşta geçirilen dört aylık süre, işçinin kıdeminden sayılmalı ve bu süreye ait primler geçmişe dönük olarak ödenmelidir. Ödemenin ücret niteliğinde olması aynı zamanda SSK prim belgelerinin verilmesi ve buna ilişkin primlerin de ödenmesini gerektirmektedir⁵⁷⁹. Bu sorun SSK tarafından yayınlanan genelge ile çözülmüştür⁵⁸⁰.

İşçinin işe başlatılmadığı bu süre, kıdem ve ihbar tazminatı fark alacakları ile kullanılmayan yıllık izin süresinin hesabı ve ücreti bakımından dikkate alınmalıdır. Yargıtay'ın da bu yönde vermiş olduğu kararı mevcuttur⁵⁸¹. Aynı şekilde bu süre içinde gerçekleşen diğer haklardan örneğin TİS. zamlarından işçinin yararlandırılması gerekir. İşçi işe başlatılırsa boşta geçen dört aylık sürenin kıdemine ekleneceği üzerinde herhangi bir fikir ayrılığı yoktur⁵⁸².

Ayrıca işverenin ödemesi gereken bu ücret alacağı, işçinin başka bir işte çalışarak elde ettiği gelirler, çalışmaktan kasten kaçındığı değerler ve işsizlik sigortasından aldığı yardımlardan mahsup edilmesi gerekir. İşveren işçi tarafından alınan işsizlik ödeneği miktarı kadar kısmını dört aya kadar olan ücret alacağından mahsup ederek ödemeyi yapan makama verecektir. Bu sayede çifte ödeme önlenmiş olacaktır⁵⁸³.

Ömer/UCUM, Mehmet, İş Güvencesi Tazminatı Gelir Vergisi Kesintisine Tabi Midir? Legal İHSGHD, S.9, C.3, İstanbul 2006, 42–48.

⁵⁷⁹ Yazara göre, “İş güvencesi tazminatı, hukuki niteliği itibariyle bir ücret olmayıp, işçinin son ücreti tutarına göre hesaplanan bir tazminattır. Bu bakımdan, hukuki niteliği itibariyle ücret sayılabilecek bir kazanç niteliği bulunmadığından, prim kesintisine tabi değildir.”: **EKMEKÇİ, Genelge**, 966–972; **EKMEKÇİ, Ömer, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 213.

⁵⁸⁰ SSK Sigorta Primleri Daire Başkanlığı Genelgesi, Sayı: B.13,2.SSK.5.01.08.00/VIII–031/154443 Konu: İş Sözleşmesi feshedilen sigortalıların görevlerine iade edilmelerine ilişkin kararlar ve hizmet tespit kararları, Genelge 16–330 Ek, 04.03.2005; **UCUM, İşe İade Talepleri**, 89–90.

⁵⁸¹ “...Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlenmesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı'nın hesabında nazara alınması gerekmektedir. Bu hukuki düzenleme karşısında boşta geçen 4 aylık süresinin kıdem tazminatına esas süre ile yıllık ücretli izin süresinden sayılması gerekir”: Yarg. 9. HD, 06.12.2004, E. 2004/28355, K.2004/26161: www.kazanci.com.

⁵⁸² **UCUM, İşe İade Talepleri**, 90; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 768.

⁵⁸³ **ALPAGUT, III. Yılında İş Yasası**, 247–248.

Kanaatimizce işçinin çalıştırılmadığı süre içerisinde başka bir işverenin yanında başka bir iş sözleşmesi ile çalışarak elde ettiği gelirler açısından bir mahsup işlemine gidilmemesi gerektiği kanısındayız. Çalıştırılmadığı iş yeri ile bu süre içerisinde çalıştığı işyeri ve işvereni arasında hukuki bir bağın mevcut olmadığı, başka bir iş sözleşmesi ile emek sarf ederek kazandığı gelirin mahsup işlemine konu olmaması gerekir. İşsizlik sigortasından aldığı ödemelerin mahsup işlemine konu olması açısından öğretinin görüşlerini isabetli bulmaktayız.

6. Hükümün Mutlak Emrediciliği

İşK. m. 21/son'a göre, bu maddenin birinci, ikinci, üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyecek, aksi yönde sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır. Yani, mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçerli sebebe dayanmadığı için 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 mutlak emredicidir.

Bu nedenle, işçi lehine bile olsa bu hükümler toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleriyle değiştirilemezler; bunları değiştiren sözleşme hükümleri de batıldır. İş güvencesine ilişkin hükümlerin sağladığı güvenceden işçinin önceden feragati de geçersizdir⁵⁸⁴. Bu nedenle, Yargıtay'ın kararında da belirttiği gibi, toplu iş sözleşmeleri ile öngörülen cezai şarttan iş güvencesi kapsamındaki işçilerin yararlanması, İşK. m. 21/son hükmünün mutlak emredici niteliği nedeniyle mümkün değildir⁵⁸⁵.

Maddenin mutlak emredici olarak düzenlenmemesi gerektiğine dair öğretilerde haklı eleştiriler mevcuttur. İşçi, yasakoyucu tarafından sözleşmenin zayıf tarafı olması nedeniyle korunmaktadır. Ancak bu koruma gerçekleşirken, işverenin işçi lehine düzenlemeler yaparak, işçinin işvereni ile bireysel sözleşme yapma özgürlüğü kısıtlanmamalıdır. Özellikle bu hükümlerin toplu iş sözleşmesi ile işçi yararına

⁵⁸⁴ Yarg. 9. HD, 11.11.2004, E. 2004/9480, K. 2004/25643: **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 770.

⁵⁸⁵ Aynı yer.

arttırılmasının önünün kesilmesi, aynı zamanda toplu iş sözleşmesi özerkliğine de aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir⁵⁸⁶.

Ayrıca işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında veya işine son verilirken ibraname, feragatname veya sulh ile işe iade davası açmayacağına, bu haktan vazgeçtiğine dair imzalatılan belgelerin kanunun açık hükmü karşısında (İşK. m. 21/son) bir geçerliliği bulunmamaktadır⁵⁸⁷. Çünkü İş Kanunu'ndaki iş güvencesi hükümlerinin niteliği gereği emredici nitelikte olan bu maddeye göre, aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkün ve geçerli değildir⁵⁸⁸.

Yargıtay'ın kararları uyarınca iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki bir aylık hak düşümü süresi içinde işe iade davası açma hakkından feragat edilemez. Yüksek Mahkeme'ye göre; "iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragat etmek geçerli değildir".Yargıtay, işçinin feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davasını açma hakkının(İşK. m.21/son gereğince) değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını öngören sözleşme hükümlerini geçersiz bulmuş ve bu nedenle düzenlenen protokollere değer verilmemesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁸⁹.

İşK. m.21/son fıkrasının "mutlak emredici" niteliği karşısında, işçinin yasanın 17 ile 21. maddelerinden kaynaklanan bütün talep ve dava haklarından feragat ettiğini belirtmesi hukuken herhangi bir değer taşımaz; yani böyle bir protokol yada taahhütname işçinin dava açma ve işe iade isteme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin dava sürecinde feragati veya dava sürecindeki sulh

⁵⁸⁶ GÜZEL, *İş Güvencesi Yasa Tasarısı*, 43; Aynı yazar, *İş Güvencesi*, 118; SÜZEK, 538; ŞAKAR, 223–224; UÇUM, *Fesih Bildirimine İtiraz*, 2230.

⁵⁸⁷ TAŞKENT, *Savaş, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, İş İlişkisinin Sona Ermesi Ve Kıdem Tazminatı*, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara 2006, 64; TUNCAY, *İşe İade(Karar İncelemesi)*, 536; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 163–164; SARIBAY,266–267.

⁵⁸⁸ AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 164.

⁵⁸⁹ "...Feshin yapıldığı tarihten sonra imzalanan sulh sözleşmesinin fesih işlemine geçerlilik kazandırmayacağı sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkeme fesihden sonra dava açma süresi olan bir aylık süre içinde dava hakkından feragati içeren düzenlemelerin geçersiz olduğu yolundaki isabetli görüşünü tekrarlamıştır.": Yarg.9.HD, 17.04.2006,E.6103,K.9953:ALPAGUT, *Yargıtay Kararları*, 100; ŞAHLANAN, *Fevzi, İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği (Karar İncelemesi)*, TTSİSD, S.306, İstanbul Haziran 2005, 41–42.

anlaşması kural olarak geçerli kabul edilir⁵⁹⁰. Yargıtay da kararlarını bu yönde vermiştir⁵⁹¹.

Yargıtay'ın, bu yönde verdiği isabetli kararları neticesinde böyle bir feragatin “Herkes... yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” şeklindeki Anayasa hükmü(AY.m.36/I) ile de bağdaşmayacağı belirtilmiştir⁵⁹².

4857 sayılı Kanun döneminde uygulamada işçi ve işverenin anlaşarak belirli ödemeler karşılığında aralarındaki iş sözleşmesini bir başka sözleşme ile ortadan kaldırdıkları görülmektedir. Sona erdirme yönündeki bu anlaşma hukuken “*sona erdirme sözleşmesi(ikale)*” olarak ifade edilir. Tarafların anlaşması ile sözleşmenin sona erdirilmesinde fesih işlemi bulunmadığından feshe ilişkin hüküm ve sonuçlar doğmayacaktır. Bu bağlamda ihbar önelleri, buna uymamanın sonucu olarak ihbar tazminatı, kıdem tazminatı uygulama alanı bulamadığı gibi, iş güvencesi hükümleri de uygulanmaz⁵⁹³.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları incelendiğinde kural olarak ikale sözleşmesinin geçerliliği kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin iş güvencesi hükümlerinden kaçınmanın bir yolu olarak uygulanmaması yönünde bir takım esaslara bağlanması gerektiği vurgulanmış, ancak bu konuya ilişkin uyuşmazlıklarda verilen kararlar belirli esaslara oturtulamamıştır⁵⁹⁴.

Tarafların anlaşması ile sözleşmenin sona ermesi işçinin ihbar, kıdem ile bazı ek tazminatlara hak kazanması hakkını vermemekle birlikte bu duruma hukuken bir engel bulunmamaktadır ve işçinin menfaatine olan bu sonuçlar geçerli bir ikale sözleşmesinin varlığında Yargıtay tarafından kabul edilmiştir⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ **ALPAGUT**, *Yargıtay Kararları*, 101; **AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR**, 164; **TAŞKENT**, *2004 Yılı Kararları*, 64; Aynı görüşte, **ŞAHLANAN**, *Protokolün Geçersizliği*, 41–42; **ÖZEKES**, *20. Ve 21. Maddeleri*, 493; **SARIBAY**, 267.

⁵⁹¹ Yarg. 9. HD, 8.7.2003, E.2003/12446, K.2003/13127: **ÖZEKES**, *20. Ve 21. Maddeleri*, dn. 29, 493, **SARIBAY**, 268; Aynı yöndeki karar için bkz., Yarg. 9. HD, 24.01.2005, E. 2004/21811, K. 2005/1192: **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, *1.Bası*, 734–735.

⁵⁹² **TAŞKENT**, *2004 Yılı Kararları*, 64; **SARIBAY**, 267.

⁵⁹³ **ALPAGUT**, *Yargıtay Kararları*, 97.

⁵⁹⁴ **ALPAGUT**, *Yargıtay Kararları*, 97.

⁵⁹⁵ Yargıtay'ın 2007 tarihli bir kararında;“...Şirkete ait iki birimin birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan istihdam fazlalığının giderilmesi için işveren tarafından işçilere bir duyuruda bulunularak, ihbar ve kıdem tazminatı ile 6 aylık ücretin ödeneceğinin bildirildiği ve bunun sonucu olarak işçi ile işveren arasında

Yargıtay ikale sözleşmesinin içeriğine ve nasıl oluşturulduğu hususuna çok önem vermektedir. Yüksek Mahkeme ikale sözleşmesinin geçerliliği yönünden inceleme yapmaktadır, yani sözleşmenin işveren tarafından mı feshedildiği yoksa tarafların gerçek anlamda uzlaşmalarını açıklıkla ortaya koyan bir anlaşmanın hazırlandığı noktasında geçerli ikale sözleşmesi olup olmadığını inceleyerek bir karara varmaktadır⁵⁹⁶.

Sözleşmenin yapılması sırasında işçinin iradesini baskı altında açıkladığı iddiasının bulunduğu durumlarda, Yüksek Mahkeme tanık ifadelerine başvurur. Tanık ifadelerinin belgelerin baskı altında imzalandığı yönünde olması durumunda sözleşmenin işverenin feshi ile sona erdiği kabul edilir⁵⁹⁷.

Ş II. İŞE İADE KARARININ İCRASI

A. Genel Olarak

İş Kanunu'nun 21. ve 22. maddesinde yasal dayanağı bulunan fesih bildirimine itiraz davası, öğreti ve uygulamada "işe iade davası" olarak isimlendirilmesine rağmen niteliği itibariyle bir tespit davası olduğuna daha önce de çalışmamızda değinmiştik. Tespit davası niteliğinde olmasına rağmen, uygulamada verilen kararların hüküm kısmında, "*işverence yapılan feshin geçersizliğine*" denildikten sonra davanın niteliğiyle örtüşmeyecek biçimde ayrıca "*işçinin işine iadesine*" ibaresine de yer verilmektedir. Bu şekilde, kararın eda hükmü niteliğinde ifade edilmiş olması, bir şeyin yerine getirilmesine ilişkin ilamların icrası kapsamında (İİK. m. 30) değerlendirilmesini düşündürmektedir.

imzalanan sona erdirmeye sözleşmesi ile sözleşmenin sona erdirildiği ve davacı işçiye 21.235 YTL ödendiği anlaşılmaktadır. Bu teklifi kabul etmeyen işçilere ise sadece ihbar ve kıdem tazminatı ödenmiştir. Sona erdirmeye sözleşmesi ile birlikte bir ibraname düzenlenmiş ve işçi dava hakkından feragat etmiştir. Yargıtay, davacının işe iade davası açmaktan feragatine ilişkin düzenlemeyi geçersiz sayarken, ikalenin geçerli olduğuna hükmetmiştir.": Yarg.9.HD, 29.01.2007,2006/27843, 2007/1013: **ALPAGUT**, *Yargıtay Kararları*, 98.

⁵⁹⁶ "Belirtmek gerekir ki, bir fesih işlemi gerçekleştikten, yani işverenden kaynaklanan bir fesih iradesi ortaya konulduktan sonra tarafların ihbar, kıdem, hatta ilave ödemelerle dava hakkından feragatini içeren belge, ikale başlığını taşısa da, işverenin feshi olarak kabul edilmektedir.": Yarg.9.HD, 24.09.2007, 13995, 27723: **ALPAGUT**, *Yargıtay Kararları*, 98.

⁵⁹⁷ **ALPAGUT**, *Yargıtay Kararları*, 100.

Ancak işveren, işçiyi işe başlatma zorunda değildir ve İşK. m. 21/I, c.2'deki işe iade uygulamasının alternatifi konumundaki iş güvencesi tazminatını da ödemeyi seçebilir. Bu durumda, ilamlı icranın konusu olan bir eda hükmü niteliğinde verilen kararın icra edilememesi durumu ile karşı karşıya kalmaktayız⁵⁹⁸.

İşçi, mahkemenin vermiş olduğu “*işçinin işe iadesi*” kararına dayanarak, işe iadesi için, ilamlı icra yoluna başvurmak isteyebilir. Ancak bu durum, işçinin on günlük başvuru süresi içerisinde işverene başvurma zorunluluğunu yerine getirmesi ile eşdeğer birşeydir(İşK.m.21/V). Böyle bir durumda, işçinin ilamlı icra yoluna başvurmak konusunda hukuki bir yararının bulunmaması sebebiyle, icra memuru talebi reddedecek ve icra emrini göndermeyecektir. Çünkü daha kolay ve basit bir yolla elde edebilecek talepler için yargı organlarının uğraştırılmasında da hukuki bir yarar bulunmamaktadır. İşçi, işe başlama konusundaki iradesini bir ihtarname ile kolayca işverene iletebilir⁵⁹⁹.

İşK m. 21'deki düzenlemede, işe iade kararının icra edilebilmesi karar sonrasında bazı şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Mahkeme kararında belirtilen hukuki sonucun gerçekleşmesi, işçinin işe iade başvurusuna ve işverenin tek taraflı seçimlik iradesine bırakılmıştır. İş Kanunu'ndaki şarta bağlı bu düzenleme nedeniyle işe iade kararı, boşta geçen ücret alacağı ve iş güvencesi tazminatı ilamlı icraya konu olamazlar. Uygulamada işe iade kararının yerine getirilmemesi halinde ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatı ile en çok dört aya kadar boşta geçen ücret alacağı “*ilamsız icra yoluyla*” talep edilir. Şarta bağlı olarak uygulama kabiliyetli bulunan kararların icrası hakkında, İcra İflas Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu işe iade davasında şarta bağlı hüküm verilmesi yönünde bir mecburiyet getirdiğinden, şarta bağlı hükümlerin icrası hakkında bir düzenleme yapılmasına gerek vardır⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 163; Aynı yazar, *20. Ve 21. Maddeleri*, 505; ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, 316.

⁵⁹⁹ Aynı yerler.

⁶⁰⁰ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 154; GÖKÇE, 145.

İşçi, işverene başvurarak işe başlatılmasını istemesine rağmen, işverenin işçiyi işe başlatmamak için kanun kapsamında haklı bir sebebi varsa, işçi, kendine yönelteceği muhtemel talepler ve icra takiplerine karşı daha avantajlı bir durumda olabilmek için, zorunlu olmasa da, işverene karşı menfi tespit davası açma imkânı da bulunmaktadır. Öğretide bu imkânın kullanılması da önerilmiştir(İİK. m. 72)⁶⁰¹.

B. İşe İade Edilmeme Halinde Ödenecek Tazminat Bakımından

İşçinin başvurusundan itibaren, işverenin işçiyi bir ay içerisinde işe başlatması gerekir. Eğer işveren, işe başlatmama iradesini ileri sürerse veya bu süre zarfında sessiz kalırsa iş güvencesi tazminatı ödemek durumunda kalır(İŞK. m. 21/I). İşveren, iş güvencesi tazminatını ödememesi durumunda icra takibi ile karşı karşıya kalacaktır.

Mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi ile birlikte bir tazminat da belirlenir. Ancak verilen hüküm eda hükmü niteliğinde olmayıp bir tespit niteliğinde olduğu için ilamlı icraya konu yapılamaz. Ayrıca iş güvencesi tazminatına bağlı karar, işçinin işverene süresi içerisinde başvurması ve işverenin süresi içerisinde işe başlatmamış olması şartına bağlı olduğu için hükmün ilamlı icrası mümkün değildir⁶⁰².

Ancak bu durum, işçinin para alacakları için öngörülen ilamsız icra(adi takip) yoluyla takip yapmasına engel teşkil etmez(İİK. m. 42 vd.). Bu takibe karşı işveren süresi içerisinde itiraz ederse takip durur(İİK. m.66). İşçinin bu durumda itiraz üzerine genel hükümlere göre itirazın iptali davası açması mümkündür(İİK. m. 67). İşçi elindeki hüküm ile itirazın iptali davasını kazanması durumunda, işçinin alacağı likit sayılacağından, davanın sonunda davalı-borçlu işveren, inkar tazminatını da ödemek durumunda kalacaktır.

⁶⁰¹ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 164; Aynı yazar: 20. Ve 21. Maddeleri, 506.

⁶⁰² ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 164; Aynı yazar: 20. Ve 21. Maddeleri, 506.

Ayrıca böyle bir durumda işveren hakkını kötüye kullanmış olduğundan, HUMK. m. 421.' e göre, işverenin aleyhine, yargı gideri olan avukatlık ücreti, asgari ücret tarifesi dışında, işçinin avukatıyla yaptığı vekalet sözleşmesinde öngörülen vekalet ücretine ya da Av. K. m. 169' a göre asgari ücret tarifesindeki yazılı miktarın üç katına kadar vekalet ücretine karar verilir. Bu hükümlerin işletilmesiyle, mahkeme kararı ile hüküm altına alınmış tazminatın, işverenlerce kötünietli olarak ödenmek istenmemesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır⁶⁰³.

Buradaki en önemli husus ise, işçinin elindeki tazminata ilişkin tespit hükmü niteliğindeki kararın, itirazın kaldırılmasını sağlayan(İİK. m. 68/I' de sayılan) belgelerden sayılıp sayılmayacağı hususudur. Öğretiye göre, bu karar, itirazın kaldırılması için yetkili makamlardan, yetkileri dâhilinde verdikleri belge niteliğini taşımakla beraber, itirazın kaldırılması için yeterli bir belge değildir⁶⁰⁴.

Mahkeme tarafından verilen bu hüküm şarta bağlı bir tespit hükmüdür. Bu tazminatın ödenmesi, “*işçinin yasal sürede başvurusuna rağmen işverenin süresi içerisinde işe başlatılmaması halinde*” söz konusu olacaktır. Bu nedenle, icra mahkemesine itirazın kaldırılması için gelindiğinde, icra mahkemesinin araştırma açısından görev alanına girmeyen itirazlar ileri sürülebilir. İcra mahkemesinin görev alanına girmeyen bu itirazlar, ayrıca başka bir yargılamayı gerekli kılacak niteliktedir. Bu nedenle, bu hükmün ilamsız icrada itirazın kaldırılması için kullanılması mümkün değildir. Tespit hükümlerinin, ilamsız icrada itirazın kaldırılması davasına konu olabilmeleri için, borçlunun kayıtsız şartsız belli bir para kadar borçlu olduğunun gösterilmesi gerekir⁶⁰⁵.

⁶⁰³ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 164–165; Aynı yazar, 20. *Ve 21. Maddeleri*, 506–507.

⁶⁰⁴ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 165; Aynı yazar, 20. *Ve 21. Maddeleri*, 507; ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, 317.

⁶⁰⁵ Aynı yerler.

C. İşe İade Edilinceye Kadar Geçen Süre İçin Ödenmesi Gereken Ücret Bakımından

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için, işçiye en çok dört aya kadar ücret ödenmesine ilişkin hüküm fıkrası işveren tarafından yerine getirilmezse, işçinin ilamlı icra yoluna başvurabilmesi için, hükmün eda hükmü olarak nitelenmesi gerekir. Öğretideki bir görüşe göre, hükmün bu kısmı, hüküm kesinleşinceye kadar bir tespiti ve bu tespite göre işçiye bir ödeme yapılmasını içerdiğinden eda hükmü niteliğindedir. Kural olarak bu şekliyle ilamlı icranın konusudur. Ancak burada da işverenin bu ücreti ödeme yükümlülüğünün doğması için, işçinin süresinde işverene başvuru şartı gerekir⁶⁰⁶. Öğretideki baskın görüşe göre ve Yargıtay'ın isabetli bulduğumuz yerleşik kararları uyarınca bu hüküm tespit hükmü niteliğindedir. Bu nedenle de ilamsız icra yoluna başvurulması gerekir⁶⁰⁷.

İşverenin yapması gereken ödeme, işçinin süresi içerisinde işverene işe iade için başvurması şartına bağlı olduğundan, ilamın icrasında sorunlara neden olmaktadır. Ayrıca, icra memuru ilamın icrası için, icra emrini gönderdikten sonra işveren, icranın geri bırakılması yoluna başvurabilecektir(İİK. m. 33,33/a). Ancak icra memuru, yasa hükmünde yer alan “*işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı*” şartını, sürenin hak düşürücü nitelikte olması nedeniyle dikkate almalıdır. Bu durumda işçinin, sadece ilamı değil, işverene Kanunda belirtilen süre içerisinde başvurduğuna ilişkin belgeyi de takip talebine eklemesi gerekir. Bu nedenle işçilerin işe iade başvurularını yazılı ve hatta noter kanalıyla yapmaları uygun olacaktır⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ ÖZEKES, *İşe İade Davaları*, 166.

⁶⁰⁷ Yarg. 9. HD, 29.12.2004, E. 2004/13005, K. 2004/29877: www.kazanci.com; ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, 317.

⁶⁰⁸ “İlamlı icra takibine karşı koymanın tek yolu icranın geri bırakılmasıdır (İİK m. 33, 33/a). İcranın geri bırakılması sebepleri de itfa, imhal ve zamanaşımıdır. İşçinin süresinde işveren başvuruda bulunmaması bu sebeplerden itfaya girmektedir. Çünkü işçinin işverene başvuruda bulunması hak düşürücü bir süredir. İşçi Kanunda bulunana bu on işgünü süre içinde işverene başvurmadığı takdirde geçersiz fesihden doğan hakları ortadan kalkmaktadır (İŞK. m. 21/IV). Dolayısıyla hüküm verildikten sonra gerçekleşen bir borcun sona ermesi söz konusudur. Bu bir itfa olarak kabul edildiğinde, bunun icra mahkemesi önünde ispatının nasıl olacağı sorunu ile karşılaşılacaktır. İİK m. 33’ e göre, itfa ve imhal iddiasının- yetkili mercilerce re’sen yapılmış veya usulüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde inkâr olunmuş senetle tevsik- edilmesi gerekir. Oysa işçinin belirtilen sürede başvurmadığını, işverenin bu tür belgelerle ispatı mümkün olmayacaktır. İşçi bir başvuruda bulunmazsa buna ilişkin bir belgede alınamaz. Ancak bu sürenin hak düşürücü süre(on işgünü) niteliğinde olması nedeniyle icra mahkemesi bu belgeler dışında da araştırabilir. Bu konuda, icra mahkemesinde karşı koyma sebeplerinin sınırlı olması(İİK. m. 33), icra mahkemesinde tanık dinlenmesinin de mümkün

SONUÇ

Çalışmamızda, iş güvencesi hükümleri ile belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshine getirilen, işverenin fesih bildiriminde geçerli sebep gösterme zorunluluğunu; işverenin geçerli sebep göstermediği veya gösterdiği sebebin geçerli olmadığı durumlarda da işçi tarafından feshe itiraz yolu olan uygulama ve öğretideki ismiyle “*işe iade davası*”, öğretideki görüş ve Yargıtay kararları ile incelemeye çalıştık.

Ekonomik koşulların işletmeleri derin bir şekilde etkilediği bu zor dönemlerde işçilerin artan istihdam kaygıları kadar işverenlerin de büyük sıkıntıları ortaya çıkmıştır. Bu sıkıntılar bazen ekonomik tedbirlerle giderilemeyecek boyutlara ulaşmış ve işçilerin işten çıkartılmalarına neden olmuştur. Bu aşamada iş güvencesi hükümleri kapsamında işe iade davaları devreye girerek işverenlerin, işçilerin iş sözleşmelerini feshederken uymaları gereken esaslar ölçüsünde yargısal denetime tabi tutulmasını sağlamıştır.

İş güvencesi sistemi birçok işverenin düşündüğü gibi tek işçileri koruyan onların işten çıkarılmasını neredeyse imkânsız hale getiren kurallar bütünü değildir. Bu kurallar işçinin çalışma hayatını güvence altına alırken, işverenlerin işçileri yasadaki kurallar çerçevesinde, tüm tedbirleri aldıktan sonra, en son çare olarak işten çıkartma işlemine tabi tutmalarını gerektirmektedir. Bu sayede işverenlerin işçileri keyfi işten çıkarmaları önlenmiştir.

Birçok eksiklik olmasına rağmen iş güvencesi sistemi, çalışma hayatında gerek yukarıda bahsettiğimiz ekonomik sıkıntıların yaşandığı durumlarda gerekse günlük iş hayatının devamlılığında işçilerin işlerini güvence altına alırken, işverenlerin işyerleri veya işletmelerindeki verimliliği, üretimi ve istihdam gücünü artırması bakımından da çok büyük bir öneme sahiptir. İş güvencesi hükümlerinin getirdiği bu denetim mekanizması, işçilerin işletmenin düzenini ve işleyişini bozacak hareketlerden kaçınmalarını gerektirmesiyle, çalışma yaşamını düzene sokan, işçi ve işveren ilişkileri arasında bir terazi vazifesi görerek denge kurulmasını sağlayan bir görev üstlenmiştir.

bulunmaması sebebiyle, uygun tek çözüm işverenin menfi tespit davası(İİK m. 72) açması olduğu görüşü savunulmaktadır.”: **ÖZEKES**, *İşe İade Davaları*, 166–167.

Uygulamada işe iade davalarının konusu açısından en çok performans eksikliği nedeniyle işten çıkarmalar dikkati çekmektedir. İşverenler, özellikle ekonomik sıkıntılı zamanlarda işçi çıkarmak amacıyla geçerli nedenle fesih prosedürlerinden biri olan performans eksikliğine sıklıkla başvurmaktadırlar. Bu konu üzerinde işçilerin ve işverenlerin çok dikkat etmesi gerekir. Çünkü bu prosedürü uygulamak için yukarıda detaylı anlattığımız şekilde, işçinin performansının sistematik olarak ölçülmesi, bir eksiklik görüldüğü takdirde kendisinin uyarılması(ihtar) ve savunmasının alınması, son çare tedbirlerinin düşünülmesi gibi birçok uygulama ve tedbir alındıktan sonra iş sözleşmesinin feshedilebilmesi gerekir.

Bu derece önemli olan, çalışma hayatının devamını sağlayan, işçi ve işveren arasındaki güç eşitsizliğini dengeleyen, işletmelerin daha verimli çalışmasına neden olan iş güvencesi hükümleri, ilk olarak uluslararası sözleşmelerle düzenlenmiş ve sonrasında iç hukukumuzda şekillenerek düzenlemelere konu olmuştur. Bu kuralların sürekli gelişmeye açık ve güncelliğini korur nitelikte olmasında, öncelikle iş güvencesi hükümlerini açıklığa kavuşturmaya yönelik Yargıtay'ımızın çok fazla sayıdaki içtihatları, çıkarılan yönetmelikler ve öğretimizdeki yazarlarımızın konu hakkındaki önemli görüşlerinin etkisi büyüktür.

Biz de bu derece önemli, geniş bir inceleme alanı olan iş güvencesi sisteminin bir kısmını oluşturan geçerli fesih ve işe iade davalarındaki usul konusuna değinmeye çalıştık. Aşağıda, çalışmamızda dikkati çeken ve uygulamada sıkıntılara neden olan bazı konulara değinmeye çalışacağız.

İş güvencesi hükümlerinin ancak 30 işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanabilmesi ülkemizdeki küçük işletmelerin çokluğu dikkate alındığında, çalışan işçilerin ve işyerlerinin büyük bir bölümü bu anlamda iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmıştır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde işçi sayısına getirilen sınırlama “*on işçi*” olarak belirlenmişti. 4857 sayılı İşK. m. 18 ile getirilen sınırlama ise, akdin feshinde geçerli sebep gösterme zorunluluğu “*otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde*” geçerli bulunmaktadır. Bu getirilen düzenleme ile ülkemizde çok sınırlı sayıda işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir bir hale gelmiştir. Kanaatimizce

işçileri güvenceden yoksun bırakan bu düzenlemenin karşılaştırmalı hukukta da olduğu gibi güvencenin amacına uygun olan daha gerçekçi bir sayıya indirilmesi gerekir.

İş Kanunu'na getirilen iş güvencesi hükümlerinin, güvence kapsamına İşK. m.18'de sayılanlar ve Basın İş Kanunu'na tabi çalışanların girmesi kabul edilmişken, Deniz İş(Gemi adamları) ve Borçlar Kanunu'na göre çalışanlar bu kapsamın dışında bırakılmıştır. Kanaatimizce, yasakoyucunun bu çalışanları güvence kapsamı dışında bırakması, Anayasa'nın 10. maddesindeki “Eşitlik İlkesi”ne aykırılık teşkil etmektedir. Aynı zamanda 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2. maddesinde belirtildiği üzere iş güvencesi kapsamının sınırlandırılmasına getirilecek istisnaların özel koşullarına uyulmadan mevzuatımızda düzenleme yapıldığı görülmektedir.

İşe iade yargılamasında, yasakoyucunun uyuşmazlıkların karara bağlanması açısından koyduğu süreler ülkemizdeki yargı yükü ve süreci düşünüldüğünde, bu sürelerin ülke koşulları dikkate alınmadan getirilmiş olduğunu görmekteyiz. İşe iade yargılamasında, seri muhakeme usulüne göre yerel mahkeme tarafından davanın iki ay içinde sonuçlanması gerektiği; verilen kararın temyizi halinde de Yargıtay'ın bir ay içinde kesin karar vermesi gerekir(İşK. m. 20/III). Bu süreler tavsiye süreler olup uygulamada bu davaların ortalama bir yıl sürdüğü göz önüne alınmalıdır. Bu sürelere ilişkin hüküm maddesinin ülkemizin koşullarına göre yeniden düzenlenmesi gerektiği kanısındayız.

Yargıtay'ın yerel mahkeme kararına karşı kesin hüküm vermesi doktrinde çok eleştirilere neden olmuştur(İşK. m. 20/IV). 1475 sayılı İş Kanunu'na 4773 sayılı kanun ile eklenen iş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlükte olduğu döneme ilişkin Yargıtay'ın verdiği kararlarda, adeta yerel mahkeme gibi hüküm kurma yoluna gidilmiştir. Temyiz edilen dosya kapsamında eksiklikler olduğunda ve dosya içerisinde deliller tam toplanmadığında Yargıtay'ın kesin bir hüküm vermesi yanlış sonuçlar doğmasına neden olacaktır. Ancak son dönemlerdeki Yargıtay kararlarında, yerel mahkemenin kararlarının eksik inceleme nedeniyle bozulması durumunda, yerel mahkemeye gönderildiği görülmektedir. Bu uygulama Yargıtay'ın görevinin amacı yönünden isabetlidir ve bu şekilde daha doğru hukuki sonuçlar vereceği kanaatindeyiz.

Doktrinde tartışılmış diğerk bir konu da, “İşçinin sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak, fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır”(İşK. m.19/I) maddesindeki yazılılık usulünün geçerlilik mi yoksa ispat unsuru mu olduğudur. Yasakoyucu bu hususu İşK. m. 19’ da açıkça belirtmek üzere, işverenin fesih bildirimini yazılı yapması gerektiğini ifade etmiştir. Bu maddeyi geçerlilik unsuru olarak değerlendirsek, yazılı olmayan fesih bildirimini yapılmamış kabul edilecek; ispat şartı olduğunu kabul edersek bildirim yapanın bunun yapıldığını mahkemeye yazılı bir belge ile sunması gerekmektedir. Kanaatimizce bildirim yazılı yapılması gerektiği hem yasada hem de uygulamada zorunlu görüldüğünden, bu unsurun geçerlilik şartı olması gerekir.

İşçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenden dolayı, belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin savunması alınmadan feshedilemez(İşK. m. 19/II, c.1). Bu madde gereğince işçinin savunmasının alınmadan sözleşmesi feshedilmiş ise, sırf bu nedenden ötürü feshin geçersizliği söz konusu olabilecektir. Yasakoyucu savunmanın alınması gerektiğini açıkça belirtmiş ama savunmanın biçimi ve yöntemi hakkında bir açıklık getirmemiştir. Doktrinde de tartışma bulan bu konu, kanaatimizce bir işçinin verimsizliği ve davranışlarından kaynaklanan fesih nedeninin varlığında bu yazılı olarak işçiye bildirilmeli ve işçinin kendini savunması için makul bir süre verilmelidir. İşçi savunmasını yazılı veya tutanakla tespit edilmek koşuluyla sözlü olarak verebilecektir.

İşçilerin davranışlarından veya veriminden dolayı işçinin hafif bir kusurunun olduğu iddia edilen hallerde İşK. m. 19 gereğince fesihten önce savunmasının alınmasının zorunlu tutulmasına karşılık, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık gibi daha ağır bir kusurun yüklendiği durumlarda İşK. m. 25/II’ e göre işveren tarafından işçiye kendini savunma imkânının verilmemesi olağan hayatın olağan akışı ile bağdaşmayıp, hukuken de hakkaniyet kurallarına aykırı olduğu kanısındayız.

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebın geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile feshe itiraz ettiğinde; mahkemeden ya da özel hakemden işe iade yerine tazminat isteme hakkı bulunmamaktadır. Öğretide, Alman Hukuku’nda hâkimin işçinin talebi halinde işe iade yerine işvereni tazminat ödemeye mahkûm edebilme hakkı kapsamında, mevzuatımızda

işçiye işe iade veya tazminat yönünde seçim hakkının tanınmaması eleştirilmiştir. Kanaatimizce, işverenin işçiyi işe iade kararı sonrasında işe iade etme veya işe iade etmeyerek tazminat ödeme yönünde bir seçimlik hakkı mevcutken, işçiye böyle bir hak tanınmamış olması Anayasa'nın 10. maddesi olan eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca bu seçim hakkının tanınmaması, işçinin hem çalışma hem de seçme özgürlüğünü sınırlamaktadır.

İşçiye işe iade yerine tazminatı seçebilme hakkı tanınmazken; işe iade kararının uygulanmasının işverenin işe iade veya tazminat ödemesi şeklindeki seçimlik iradesine bırakılması ile mutlak ve gerçek anlamda bir iş güvencesi sisteminden uzaklaşmıştır. Bu şekilde iş güvencesinin işverenler için bir tazminat yaptırımına dönüşmesine yol açtığı kanısındayız. Ülkemizde tek taraflı işverenin seçim hakkına bırakılan bu uygulama, Karşılaştırmalı Hukukta olduğu gibi işçilere de çalışma veya tazminat alma yönünde bir seçme hakkının verildiği şekilde düzenlenmesi gerekir.

İş Hukuku'nda işçi lehine yapılan düzenlemelerin ve iş güvencesinin anlam ifade edebilmesi, etkin, basit, çabuk, açık bir iş yargılamasına bağlıdır. Dolayısıyla işe iade davalarına konu olan uyuşmazlığın hızlı, etkin çözümlenmesi amacıyla özel bir usul olan seri yargılama usulü benimsenmiştir.

Ülkemizdeki yargılama sistemimizdeki sorunlar, davaların sayısal olarak çok büyük boyutlara ulaşması, bu nedenle hâkimlere düşen dosya sayısının fazlalığı, adli personelin nitelik ve sayıca eksikliği, iş davalarının da uzun sürmesine neden olmaktadır. İşe iade davaları için de işçilerin uzun süreler beklemeleri gerekmektedir. İşçiler açısından basitliği sağlamak üzere kabul edilen sözlü yargılama usulünden ayrılarak günümüzde adeta terk edilmiş bir usul olan seri yargılamanın kabul edilmesinin herhangi bir pratik yararının bulunmaması, işçilerin bu konudaki mağduriyetinden anlaşılmaktadır.

İşçilerin mağduriyetine yol açan bir diğer usuli sorun da, seri yargılama usulüne tabi işe iade davaları ile birlikte fesihden doğan işçilik alacaklarına yönelik davaların, ayrı yargılama usullerine tabi oldukları gerekçesiyle bu talepli davaların aynı davada görülmesinin Yargıtay tarafından kabul edilmemesidir. Bu nedenle işçi, ikinci bir dava açmak zorunda bırakılmış usul ekonomisi hiçe sayılarak yargıya da ikinci bir yük

getirilmiştir. Hâlbuki çalışmamızda belirttiğimiz ve öğretideki bazı yazarların da ifade ettiği gibi, feshin geçersizliği ve işe iade isteğine dair dava dilekçemizde, işe iadeden bağımsız olarak fazla çalışma, ücret alacağı gibi fesihden önce ödenmesi gerekip de ödenmemiş hakların da objektif dava birleşmesi şeklinde talep edilebilmesi ve mahkemenin de bunu hüküm altına alabilmesi gerekir.

İşçinin feshin geçersizliği ve işe iade yönündeki talebi reddedildiğinde ise, işçinin terditli olarak kıdem ve ihbar tazminatı hakkını dilekçesinde istediği durumlarda, bunların da incelenerek karara bağlanması gereklidir. İşe iade talebi ile aynı maddi vakıadan kaynaklanan kıdem ve ihbar tazminatı talebinin aynı davada incelenmesi, kıdem ve ihbar tazminatı talebinin ayrı bir dava konusu yapılmasına kıyasen çabuk, kolay ve ucuz olmasıyla usul ekonomisine katkı sağlayacaktır.

İşe iade davası sırasında işçinin yeni bir işte çalışmasının fesih geçersizliği ve işe iadeyi etkileyen bir unsur olmadığı ve kanunda bu sürenin işçinin çalıştırılmadığı süreden mahsup edileceğine dair bir kurala yer verilmediği öğretide de isabetli olarak savunulmuş olup, Yargıtay'ın da bu yöndeki kararları ile konuya açıklık sağlanmıştır. Kanaatimizce işe iade davası devam ederken, işçinin başka bir iş sözleşmesi ile başka bir işyerinde çalışmasının, işten çıkartıldığı yerdeki sözleşmesi ve eski işvereni ile herhangi bir hukuki bağı bulunmamaktadır. Bu durum davayı da etkilemezken, çalıştırılmadığı süreden mahsup edilmesi gibi bir durum söz konusu olmamalıdır. Ancak işçi dava devam ederken başka bir işyerinde çalışmaya başlayıp aynı zamanda işsizlik sigortası ödemesinden de faydalanmışsa bunun mahsup edilmesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş güvencesi kapsamında olan işçilerin, feshin geçersizliği nedeniyle açmış olduğu işe iade davalarında, asıl ispat işverene, aksini ispat ise işçiye aittir. Kanundaki ispat yüküne ilişkin bu özel kural sebebiyle, işçinin feshin başka sebebe dayandığına ilişkin iddiasında bağımsız bir ispat yükü altındadır. Bu durum işçinin sendikal nedenlerle işten çıkarılmasında görülür. İşverenin feshi sendikal nedenle yaptığının iddia edilmesi halinde, ispat külfeti işçiye yüklenmiştir(İşK.m.20/II). Ancak SenK. 31/VII' de belirtildiği üzere, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin, işten sendikal nedenlerle çıkarılmaları halinde açılacak olan davada ispat külfeti işverene yüklenmiştir. Bu iki madde değerlendirildiğinde, iş

güvencesinden yararlanan işçiler, güvenceden yararlanmayan işçilere nazaran ispat külfeti açısından güç durumda kalmaktadırlar.

İş güvencesine sahip işçilerin, bu güvenceye sahip olmayanlara nazaran daha az korunması bu güvencenin sistematığına aykırıdır. İşK. m. 20 ile İşK. m. 5'in birlikte değerlendirilmesi sonucunda bu duruma çözüm bulunulabileceği kanısındayız. Eşitlik ilkesini düzenleyen İşK. m. 5'de belirtildiği üzere, işçi böyle bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde gösteren durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmelidir. Eşit davranma ilkesindeki bu çözümün, sendikal nedenle fesihle de ispat sorunu açısından kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. İş güvencesine tabi bir işçinin, sendikal nedenle feshedildiği iddiasını ortaya koyduğunda işverenin bu durumu ispatlayabilmesi açısından ispat yükünün işverene geçmesi gerektiği görüşündeyiz.

Yargılama devam ederken işverenin işçiyi tekrar işe başlatması durumunda, davanın konusuz kalması sebebiyle mahkeme tarafından karar vermeye yer olmadığı yönünde bir karar verilir. Çünkü işe iade davasının asıl konusu işçinin işe iade edilmesi talebidir. İşçinin işe iade edilmesiyle birlikte asıl konu da ortadan kalkmış olur. Doktrinde savunulan bu görüş, uygulamada işverenler tarafından kötüniyetle kullanılabilir. İşe iade sonucundaki parasal tazminatlardan kurtulmak isteyen işveren işe iade davası devam ederken işçiyi işe almakta ve bu davanın parasal sonuçlarından kurtulduktan sonra kısa süre içerisinde işçiyi işten çıkarma yollarına girmektedir. Bu açıdan davanın konusuz kalmaması, çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücreti ve diğer hakları açısından davanın sonuçlanması gerektiği kanısındayız.

İşverenin feshin geçersizliği kararı verilmesinden sonra, işçiyi işe başlatsa da başlatmasa da ödeyecek olduğu çalıştırılmayan sürelerle ilişkin en fazla dört aylık ücret, işçinin işsiz kaldığı süreden daha kısa bir süredir. Bu davaların gerçekte ne kadar sürede sonuçlanacağını tespit edilmesi ve tespit edilen süre kadar işçiye ücret ve diğer haklarının ödenmesi daha uygun olacaktır.

Yargıtay, tazminat ve boşta geçen süreye ilişkin miktarların, süre olarak belirlenmesi gerektiğini ve miktar olarak belirlenmeden kaçınılması gerektiği görüşündedir. Bu çözüm tarzı karar tarihinden sonrasını kapsayan hususları net olarak

belirlemenin güçlüğünden yola çıkılarak getirilmiştir. Bu çözüm yolu uygulamada yaşanan sıkıntılara son verememektedir. Bu konuda yeni bir düzenlemelerin yapılması gerekir.

İşe iade edilmeme ihtimali için belirlenecek olan tazminata ve işçinin, işe iadesine kadar geçen süre için en fazla dört aylık ödenmesi gereken ücrete ilişkin kararlar, bazı koşulların yerine getirilmesi ile işçiye ödenebileceğinden, bu kararların tespit hükmü niteliğinde olduğu ve ilamsız icraya konu olabileceği kanısındayız.

İşveren tarafından takibe itiraz edilmesi durumunda, duran takibe devam edebilmek için, işçinin icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna değil, mahkemede itirazın iptali yoluna başvurması gerekir.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz iş güvencesinin güvence kapsamına ilişkin eksikliklerin uluslararası sözleşmeler ve karşılaştırmalı hukuk da dikkate alınarak, ülkemiz koşullarına uygun bir şekilde giderilebileceğine inanmaktayız. Bu konuda Yasama organına, Yargıtay'a, doktrindeki yazarların görüşlerine ve bu konuda faaliyet gösteren her çalışana büyük bir sorumluluk düşmektedir. Bu sorumlulukların yerine getirilmesini ve iş yaşamının daha güvenilir, adil, verimli bir ortama dönüşmesini temenni ederiz.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar

- AKI, Erol/ALTINTAŞ, H. Olcay/BAHÇIVANCILAR, İbrahim**, *Uygulamada İş Güvencesi*, 1. Bası, İstanbul 2005.
- AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/ KAPLAN(SENYEN), Tuncay**. *İş Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2007.
- AKYİĞİT, Ercan**, *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, 3. Bası, C.I, Ankara 2008.
- AKYİĞİT, Ercan**, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi(İşe İade)*, Ankara 2007 (İşe İade).
- ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nehvis**, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul 2004.
- BİLGİLİ, Abbas**, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*, 2. Bası, İstanbul 2005.
- ÇALIK, Şefik**, *Soru ve Yanıtlarla İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, İstanbul 2005.
- ÇANKAYA, Osman Güven/GÜNAY, Cevdet İlhan/GÖKTAŞ, Seracettin**, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*, 2. Bası, Ankara 2006.
- ÇELİK, Çağrı**, *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi Ve Sonuçlar*, Ankara 2007.
- ÇELİK, Nuri**, *İş Hukuku Dersleri*, 21. Bası, İstanbul 2008.
- ÇİL, Şahin**, *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi C. I*, Ankara 2004.
- DEMİR, Fevzi**. *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Yeniden Düzenlenmiş 3. Bası. İzmir 2003.
- DEMİR, Cuma Arif**, *İş Güvencesi Ve İşe İade Davaları*, Ankara 2007.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat/CENTEL, Tankut**, *İş Hukuku*, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2007.
- ENGİN, Murat**, *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi*, İstanbul 2003(İşletme Gerekleri İle Fesih).
- ERKUL, İlhan/KARACA GÖKÇEK, Nuray**, *4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması*, Eskişehir 2004.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim**, *Bireysel İş Hukuku*, Yenilenmiş 3.Bası, İstanbul 2006.

GÖKÇE, Erdal, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davası*, İstanbul 2008.

GÜNAY, Cevdet İlhan, *Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi*, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.

KARA, Ethem, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi Ve Sonuçları*, 2. Bası, Ankara 2008.

KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK Kemal, *İş Güvencesi Hukuku*, İstanbul 2007.

KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK Kemal, *İş Kanunu Şerhi*, C. I,II, İstanbul 2008 (İş Kanunu Şerhi).

İNCİROĞLU, Lütfi, *Soru-Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması Yeni 4857 sayılı İş Yasası*, Güncellenmiş 3.Bası, İstanbul 2005 (İş Hukuku Uygulaması).

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008.

NARMANLIOĞLU, Ünal, *İş Hukuku II*, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.

ÖZDEMİR, Erdem, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları*, İstanbul 2006 (İspat Yükü).

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2007.

SARIBAY, Gizem, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları*, İstanbul 2007.

SÜMER, Haluk Hadi, *İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması*, Konya 1997.

SÜMER, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, 12. Bası, Konya 2006 (İş Hukuku).

SÜMER, Haluk, Hadi, *İş Hukuku Uygulamaları*, Genişletilmiş 3. Bası, Konya 2009(İş Hukuku Uygulamaları).

SÜZEK, Sarper, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2008.

ŞAHLANAN, Fevzi, *Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması*, İktisadi, Sosyal Ve Uluslar Arası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, 1. Bası, İstanbul 2002.

ŞAKAR, Müjdat, *İş Hukuku Uygulaması*, İstanbul 2005.

ŞEN, Murat, *İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik*, Ankara 2005.

TOPAL, Güneş, *İş Kanunu'na Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih Ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması*, Ankara 2008.

TUNCAY, A.Can, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul 1999 (Toplu İş Hukuku).

TUNÇOMAĞ, Kenan./CENTEL, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul 2008.

UÇUM, Mehmet, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*, İstanbul 2003 (Seminer Notları).

YÜREKLİ, Sabahattin, *İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi*, İstanbul 2004.

II. Makaleler

ALP, Mustafa, *İşçinin Feshe Karşı Korunması(İş Güvencesi Yasası)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, C.5, İzmir 2003.

AKYİĞİT, Ercan, *İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi*, Yargı Dünyası, S.104, İstanbul 2004 (Özel Hakem).

ALPAGUT, Gülsevil, *İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı- Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu Ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları*, Legal İHSGHD, S.9, C.3, İstanbul 2006.

ALPAGUT, Gülsevil, *III. Yılında İş Yasası*, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005 (III. Yılında İş Yasası).

ALPAGUT, Gülsevil, *Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması*, İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,1. Bası, İstanbul 2002 (Karşılaştırmalı Hukuk).

ALPAGUT, Gülsevil, *Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi Ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik*, Bankacılar Dergisi, S.65, İstanbul 2008 (Yargıtay Kararları).

ASLAN-ERTÜRK, Arzu, *İşe İade Kararı Ve İşverene Başvuruda Bulunma Koşulu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi(MÜHF-HAD), C. 14, S. 1-2, İstanbul 2008.

AYKAN, Ömer Yiğit, *Avrupa Birliği Ve Türk Hukukunda İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Kazanılmış Haklarının Korunması*, Legal İHSGHD, S.12, C.3, İstanbul 2006.

BAYRAM, Fuat, *Sendikal Fesih Karinesi*, Legal İHSGHD, S.12, C.3, İstanbul 2006.

BİLGİLİ, Abbas, *Fesihden Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu*, Legal İHSGHD, S.12, C.3, İstanbul 2006 (Başka Yerde Çalışma).

ÇELİK, Nuri *İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar Ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar*, Legal İHSGHD, C.4, S.14, İstanbul 2007.

ÇELİK, Nuri, *İş Sözleşmesinin Geçersizliği Ve İşe İade Talebiyle Açılan Davada İspat Yükü(Karar İncelemesi)*, Prof. Dr. Devrim ULUCAN' a Armağan, İstanbul 2008 (Karar İncelemesi).

ÇİL, Şahin, *Sendikal Tazminat(Karar İncelemesi)*, Legal İHSGHD, S.6, İstanbul 2005.

DEMİR, Fevzi, *Geçerli Sebeplerle Fesih Kavramı Ve Uygulama*, Legal İHSGHD, S.10, C. 3, İstanbul 2006 (Geçerli Sebeplerle Fesih).

DEMİRCİOĞLU, Murat, *Sorularla Yeni İş Yasası: İstanbul Ticaret Odası Yayın No. 2003–42*, İstanbul 2003.

DURAN, Abdurrahman, *Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları"*, Legal İHSGHD, C.1, S.3, İstanbul 2004.

EGEMEN, Erdal. *Türk Hukukunda Ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı, Yeni İş Yasası Sempozyumu*, İstanbul Barosu Yayınları. İstanbul 2003.

EKMEKÇİ, Ömer, *Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları*, Mercek Dergisi, İstanbul-Temmuz 2003.

EKMEKÇİ, Ömer, *Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, Legal İHSGHD, S.1, C.1, İstanbul 2004 (İşe İade Davaları).

EKMEKÇİ, Ömer, *S.S.Kurumu Başkanlığı'nın, İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi Ve Primlerin Ödenme Sürelerine İlişkin 04.03. 2004 Tarih Ve 16–330 Sayılı Genelgesi Üzerine*, Legal İHSGHD, S.7, C.2, İstanbul 2005 (Genelge).

EKMEKÇİ, Ömer, *Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi-Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı*, İstanbul 2001 (Toplu İş Hukuku).

EKMEKÇİ, Ömer, *İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul Mayıs 2005, s. 213 (İş Güvencesi Kurumu).

EKMEKÇİ, Ömer/UÇUM, Mehmet, *İş Güvencesi Tazminatı Gelir Vergisi Kesintisine Tabi Midir?* Legal İHSGHD, S.9, C.3, İstanbul 2006.

EKONOMİ, Münir, *Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi*, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, S. 2 C. 17, İstanbul 2003.

EKONOMİ, Münir, *Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri*, TÜSİAD Yayınları, İstanbul 2005.

ENGİN, Murat, *İşe İade ve Uygulama Sorunları*, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri – İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Seminer Notları, Cep Kitapları-III, İstanbul 2005 (İşe İade ve Uygulama Sorunları).

ENGİN, Murat, *İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları*, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 03–04.06.2006 günlü Toplantı Tebliğ ve Tartışmaları: İstanbul Barosu Yayınları, Yayın Sıra No: 099, 2007/10, İstanbul 2007 (İspat Sorunları).

ENGİN, Murat, *İşletme Gereklere İle Fesih ve Ücretsiz İzin*, Legal İHSGHD, S.2. C.1, İstanbul 2004 (Ücretsiz İzin).

ERTAN, Selçuk, *4857 Sayılı İş Yasası ve Uygulamada İş Güvencesi*, Genel İş-Emek Araştırma Dergisi 2005/I, Ankara 2005.

ERTÜRK, Şükran, *İşyeri Sendika Temsilcisi Ve Güvencesi*, Legal İHSGHD, S.13. C.4, İstanbul 2007.

ERTÜRK, Şükran, *4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.

EYRENCİ, Öner, *4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler*, Legal İHSGHD, S.13. C.4, İstanbul 2007.

GÜMBÜŞOĞLU, Rıza, *İşletme Gereklere, Ücretsiz İzin, Çalışma Koşullarında Değişiklik Ve Sözleşmenin Feshi (Karar İncelemesi)*, Legal İHSGHD, S.12. C.3, İstanbul 2006.

GÜZEL, Ali, *İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi (Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı)*, İstanbul 2001 (İş Güvencesi Yasa Tasarısı).

GÜZEL, Ali, *İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi*, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri 28–29 Mayıs 2004, İstanbul 2004 (İş Güvencesi).

GÜZEL, Ali, *İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde (Ultima Raito) Son Çare İlkesi ve Uygulama Esasları*, A.Can Tuncay' a Armağan, İstanbul 2005 (Ultima Raito).

HAZNEDAR, İbrahim Murat, *İş Mahkemelerinde Farklı (Sözlü Ve Seri) Yargılama Usullerine Tabi Davaların Tek Dava Halinde Görülmesi Sorunu*, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C.2, S.5, İstanbul 2007.

ILDIR, Gülgün, *İş Kanunu'na Göre İş Uyuşmazlıklarının Özel Hakem Yolu İle Çözümü*, Terazi Dergisi, yıl:1, S.2, Ankara Ekim 2006.

KABAKCI, Mahmut, *İşe İade Davasında İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan İşçilik Haklarının Talep Edilmesi (Karar incelemesi)*, İstanbul Barosu Dergisi S.4, C.77, İstanbul 2003.

KABAKCI, Mahmut, *İşe İade Kararında İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinin Anlamı*, İstanbul Barosu Dergisi, C.78, S. 2004/2, İstanbul 2004.

KAR, Bektaş, *İş Güvencesinde İspat Yükü Ve Deliller*. Legal İHSGHD, S.7, C.2, İstanbul 2005.

KAR, Bektaş, *İş Güvencesi Kavramı*, Legal İHSGHD, C.2, S.6, İstanbul 2005.

KILIÇOĞLU, Mustafa, *4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun 18. Maddesinin Yorumu*, A.Can Tuncay' a Armağan, İstanbul 2005.

KIYMAZ, Taliphan, *Yargı Kararları ve İşe İade*, Türk Metal Sendikası Genel Merkezi Aylık Yayın Organı, Sayı:61, İstanbul 2004.

KOÇ, Sedef, *Geçersiz Feshin Sonuçları(Karar İncelemesi)*, İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.4, İstanbul 2003.

KUTAL, Metin, *Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem,(Seminer Notları)*,Marmaris 25–29 Eylül 2002.

KUTAL, Metin, *İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi Ve Sosyal Boyutları, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (İşçinin Feshe Karşı Korunması)*.

NARMANLIOĞLU, Ünal, *İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi(Karar İncelemesi)*, Legal İHSGHD, C.2, S.5,İstanbul 2005.

ODAMAN, Serkan, *Fransız Hukukunda ve 2821 Sayılı Kanunda Yapılması Öngörülen Değişiklik Çerçevesinde Türk Hukukunda İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.

OKUR, Zeki, *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi İddiasında İspat Yükü*, A.Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.

ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespiti Ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması(Karar İncelemesi)*, Legal İHSGHD, S.4, C.1, İstanbul 2004.

ÖZEKES, Muhammet, *İş Kanunu'nun 20. Ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama Ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (20. Ve 21. Maddeleri).

ÖZEKES, Muhammet, *İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı(Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yününden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları), İstanbul 2005 (İşe İade Davaları).

UÇUM, Mehmet, *4773 Sayılı Yasa Çerçevesinde İşyeri Sendika Temsilciliği Ve Toplu İşçi Çıkarma*, Legal İHSGHD, S.4, C.1, İstanbul 2003.

UÇUM, Mehmet, *İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz Ve Gereksiz Feshin Sonuçları*, Legal İHSGHD, S.9, C.1. İstanbul 2003 (Fesih Bildirimine İtiraz).

UÇUM, Mehmet, *İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar*, Legal İHSGHD, S.4, C.1, İstanbul 2004 (Dava Açma Süresi).

UÇUM, Mehmet, *İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları*, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C.1, S.2, İstanbul 2006 (İşe Başlamama).

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 Talepleri).

UÇUM, Mehmet, *İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması*, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005 (Hukuki Niteliği).

ULUCAN, Devrim, *İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması Ve Yargıtay'ın Yaklaşımı*, Legal İHSGHD, S.14, C.4, İstanbul 2007.

SEVİMLİ, Ahmet, *İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı*, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, S. 2, C. 17, İstanbul 2003.

SOYER, Polat, *Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Uygulama Sorunları*, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları - Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005.

SOYER, Polat, *158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler*, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002.

ŞÜZEK, Sarper, *İşçinin Yetersizliği Veya Davranışları Nedeniyle Geçersiz Feshi,* A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005 (İşçinin Yetersizliği).

ŞAHLANAN, Fevzi, *Alt İşverenin İşçisinin İşe İade Davası(Karar İncelemesi),* Türkiye Tekstil Sanayi İşveren Sendikası Aylık Dergisi, sayı:300, İstanbul Aralık 2004 (Alt İşveren).

ŞAHLANAN, Fevzi, *İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği (Karar İncelemesi),* Türkiye Tekstil Sanayi İşveren Sendikası Aylık Dergisi, sayı:306, İstanbul Haziran 2005 (Protokolün Geçersizliği).

ŞAHLANAN, Fevzi, *İşe İade Davası Sürerken İşçinin İşe Başlatılması (Karar İncelemesi),* Türkiye Tekstil Sanayi İşveren Sendikası Aylık Dergisi, sayı:302, İstanbul Şubat 2005 (İşçinin İşe Başlatılması).

ŞAHLANAN, Fevzi, *Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından YARGITAY'IN 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi,* İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2005.

ŞEN, Murat, *4773 Sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade,* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.3-4, Erzincan Aralık 2003.

ŞEN, Murat, *İşçinin Verimsizliğine Dayalı Geçerli Nedenle Fesihlerde Fesih Bildirimin Şekli, Süresi ve İspatı,* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, Erzincan Aralık 2006.

TAŞKENT, Savaş, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, İş İlişkisinin Sona Ermesi Ve Kıdem Tazminatı,* Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara 2006 (2004 Yılı Kararları).

TAŞKENT, Savaş, *İş Güvencesi Hükümlerinin Gemi Adamlarına Uygulanması, ,* A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.

TERZİOĞLU, Ahmet, *İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar,* Kamu-İş Dergisi, C.10,S.1, Ankara 2008.

TUNCAY, A. Can, *İş Güvencesi(Karar İncelemesi),* Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, S. 2, C.18, İstanbul 2004.

TUNCAY, A. Can, *İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor,* Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, S. 1, C.17, İstanbul 2003 (İş Güvencesi Yasası).

TUNCAY, A. Can, *İşe İade(Karar İncelemesi),* Legal İHSGHD, S.2, C.1, İstanbul 2004.

TUNCAY, A. Can, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004,* Ankara 2006 (2004 Yılı Kararları).

TUNCAY, A. Can, *Geçerli Nedenle İş Sözleşmesi'nin Feshi ve İşe İade Davaları*, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği(TÜSİAD)- İş Kanunu Toplantı Dizisi-IV 14 Haziran 2007, İstanbul 2007 (İşe İade Davaları).

YÜCEL, Müjgan, *İş Güvencesi Kapsamında "Özel Hakem Şartı" (İş Kanunu Madde 20)*, Legal İHSGHD, S.4, C.1, İstanbul 2004.