

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLAN VE OLMAYAN
İŞÇİLERİN BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN
FESHİNDEN DOĞAN HAKLARININ KARŞILAŞTIRILMASI**

YÜKSEKLİSANS TEZİ

Merve YILMAZ

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Turhan Esener

NİSAN

2011

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	x

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI VE

İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

§ 1. İş Güvencesi Kavramı	1
§ 2. İş Güvencesinin Türkiyedeki Gelişimi	2
§ 3. İş Güvencesinden Yararlanma Koşulları	3
I. İş Kanununa Göre İşçi veya Basın İş Kanunu Kapsamında Gazeteci Olma	4
II. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışma	5
III. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi	8
IV. En Az Otuz İşçinin Çalıştığı Bir İşyerinde Çalışma	11
V. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması	17
VI. Belirli Düzeyde İşveren Vekili Veya Yardımcısı Olmaması	21

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLAN VE OLMAYAN İŞÇİLERİN

BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE

TABİ OLACAKLARI HÜKÜMLER

§ 1. Fesih Sırasında Uyulması Gereken Usul Bakımından Karşılaştırma	25
I. Feshin Yazılı Yapılması Bakımından	25

1. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından	25
2. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından	26
II. İşçinin Savunmasının Alınması Bakımından	29
1. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından	29
2. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından	30
III.Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Bildirilmesi Bakımından.....	32
1. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından	32
2. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından	33
§ 2.Feshin Geçerli Bir Nedene Dayanması Bakımından Karşılaştırma	36
I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından	36
II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından	37
1. İşçinin Yeterliliğinden Kaynaklanan Sebepler	39
2. İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler	42
3. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler	45
§ 3.Feshin Haklı Bir Nedene Dayanması Karşısında İşçinin İş Güvencesinden Yararlanma Hakkı.....	48
§ 4. Feshin Usulünde Tabi Olacakları Ortak Hükümler	50
I. Fesih Bildirim Süreleri	50
II. Bildirim Süreleri İçinde Tarafların Durumları	54
III. Yeni İş Arama İzni	55
IV. Peşin Ödeme Yoluyla Fesih.....	56

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FESİH BİLDİRİMİNE İTİRAZ VE FESHİN SONUÇLARI

BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

§ 1. Yargılama Usulü	61
I. Davanın Konusu	61
II. Davanın Tarafları	61
III. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	66

IV. Davanın Niteliği.....	67
V. Feshe İtiraz Davasının Diğer Davalarla Birlikte Açılıp Açılmama Sorunu	68
VI. Dava Açma Süresi	70
VII. Yargılama Usulü.....	72
VIII. Dava Açılırken Yatırılması Gereken Harçlar.....	73
IX. İspat Yükü.....	74
X. İşe İade Davasının Temyiz İncelemesi.....	77
§ 2. Mahkemenin Vereceği Kararlar.....	78
I. Davanın Reddi Kararı.....	79
II. Davanın Kabulü Kararı	80
III. Davanın Konusuz Kalması.....	81

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLAN VE OLMAYAN İŞÇİLERİN

BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİNDE

HAK KAZANACAKLARI TAZMİNATLAR BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

§ 1. Kıdem Tazminatı Bakımından Karşılaştırma	84
I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından.....	84
II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından	86
§ 2. İhbar Tazminatı Bakımından Karşılaştırma	88
I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından.....	88
II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından	93
§ 3. Kötüniyet Tazminatı Bakımından Karşılaştırma	96
I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından.....	96
II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından	102
§ 4. Sendikal Tazminat Bakımından Karşılaştırma.....	104
I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından.....	104
II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından	106
§ 5. İş Güvencesi Tazminatı Bakımından Karşılaştırma.....	108

I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından	108
II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından	108
1. Feshin Geçersizliği Kararı Ve İşçinin İşverene Başvurması	109
2. Başvuran İşçinin Davet Edilmesine Rağmen İşe Gelmemesi	112
3. İşverenin İşçiyi Başlatması	113
a. Fesih Bildiriminin Geçersiz Sayılması ve Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi	113
b. Peşinen Ödenen İhbar Tazminatı ile Kıdem Tazminatının Mahsubu	115
4. İşverenin İşçiyi Başlatmaması	115
a. İş Sözleşmesinin İşe Başlatmamayla Sona Ermesi, İhbar ve Kıdem Tazminatı Ödenmesi	115
b. İş Güvencesi Tazminatı (İşe Başlatmama Tazminatı).....	118
aa. İşçinin Ölümü	122
bb. İşyerinin Kapanması/Kapatılması	123
c. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin ve Diğer Hakların Ödenmesi	124
SONUÇ	127
KAYNAKÇA.....	130

KISALTMALAR

a.g.e	: Adı Geçen Eser
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BİK.	: Basın İş Kanunu
Bs.	: Baskı
c.	: Cilt
DİK.	: Deniz İş Kanunu Basın İş Kanunu
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
İB.	: İstanbul Barosu
İTO.	: İstanbul Ticaret Odası
K.	: Karar
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK.	: İcra İflas Kanunu
m.	: Madde
s.	: Sahife
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
vd.	: Ve Devamı
Yarg.	: Yargıtay

Enstitüsü : **Sosyal Bilimler Enstitüsü**
Dalı : **Hukuk**
Programı : **Özel Hukuk (Tezli)**
Tez Danışmanı : **Prof.Dr. Turhan Esener**
Tez Türü ve Tarihi : **Yüksek lisans – Nisan 2011**

KISA ÖZET

İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLAN VE OLMAYAN İŞÇİLERİN BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDEN DOĞAN HAKLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Merve Yılmaz

Tezde, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden doğan hakları karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bunun için öncelikle çalışmamızın temelini oluşturan iş güvencesi kavramı, Türkiye'deki gelişimi ve iş güvencesinden yararlanma koşulları açıklanacaktır.

Sonrasında iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde tabi oldukları hükümler karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bunun için öncelikle fesih sırasında uyulması gereken usul bakımından karşılaştırma yapılacak sonrasında feshin geçerli bir nedene dayanması bakımından karşılaştırma yapılacaktır. Ayrıca işçilerin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmiş olması durumunda iş güvencesinden yararlanma hakkı ele alınacaktır. Sonrasında iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde tabi oldukları hükümler olan; fesih bildirim süreleri, bildirim süreleri içinde tarafların durumları ve peşin ödeme yolu ile fesihden bahsedilecektir.

Daha sonra feshe itiraz bakımından karşılaştırma yapılacak, işe iade davasında yargılama usulü ve mahkemenin vereceği kararlar anlatılacaktır.

En son olarak iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde hak kazanacakları tazminatlar bakımından karşılaştırma yapılacak; ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, iş güvencesi tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler: İş Güvencesi, Geçersiz Fesih

Bilim Dalı Sayısal Kodu :

University : **Istanbul Kültür University**
Institute : **Institute of Social Sciences**
Department : **Faculty of Law**
Programme : **Private Law (With Thesis)**
Supervisor : **Prof. Dr. Turhan Esener**
Degree Awarded and Date : **Master's Degree – April 2011**

ABSTRACT

COMPARISON OF THE RIGHTS ARISING FROM THE TERMINATION OF OPEN ENDED CONTRACT OF WORKERS THAT ARE BOTH IN SCOPE AND NOT IN THE SCOPE OF THE JOB SECURITY POLICY

Merve Yılmaz

In the thesis, rights arising under the open ended employment contract of the workers that are both within and not within the meaning of job security concept will be compared and discussed. Firstly, the concept “Job Security” which forms the basis of this study, development of Job Security in Turkey and conditions making good use of Job Security will be explained.

Secondly, judgements arisen from the termination of open ended employment contract of workers that are both within and not within the meaning of job security will be reviewed by comparing. Therefore, procedure that should be followed in termination of open ended employment contract of workers that are both within and not within the meaning of job security will be discussed. Afterwards, termination based on a valid reason will be compared. On the other hand, in case of a rightful termination of employment contract, rights of workers arise from job security will be examined. Furthermore, judgements (period of notice of termination, conditions of both sides in this period, severance pay, pay in lieu of notice, labor compensation) that are subject to termination of open ended employment contract of workers that are both within and not within the meaning of job security will be mentioned.

Thirdly, objection to the termination will be compared, proceedings of the reemployment lawsuit and the court's decision in the case will be explained.

Finally, objection to the termination of an open ended employment contract of workers that are not within/within the meaning of job security will be analyzed with comparison of pay in lieu of notice, severance pay, compensation of job security, compensation of bad faith damages and compensation of trade union respectively.

Keywords : **Job security, invalid termination**

Science Code :

GİRİŞ

Çağdaş iş hukukunun temel amaçlarından biri olan ve Batı ülkelerinde uzun yıllardan beri uygulanan iş güvencesi esasları, 4773 Sayılı Kanun ve daha sonra 4857 sayılı İş Kanunu ile Türk hukuk sistemine girmiştir. İş güvencesine ilişkin esaslar ülkemize girmeden önce işverenin fesih hakkını sınırlandıran kurum feshin kötüye kullanılması teorisi. Feshin kötüye kullanılması teorisi ile iş güvencesi temelde aynı amaca hizmet eden bir kurumdur. İş güvencesi hükümleri ile işçi ile işveren arasındaki ilişkinin sürekliliğinin sağlanması, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması, işçinin geleceğine güven duyması kısacası işçinin işinin güvence altına alınması amaçlanmıştır.

İşçinin geçerli nedenler bulunmaması halinde işveren tarafından keyfi olarak işten çıkarılmasının engellenmesi, dolayısıyla iş ilişkilerinde süreklilik sağlanması geçersiz fesih halinde işçinin işe iadesini ya da mahkeme veya özel hakem tarafından uygun görülecek bir tazminatın ödenmesini kapsayan bu güvenceler 4857 sayılı İş Kanununun 18-21. maddelerinde düzenlenmiştir. İş Güvencesinden yararlanma hakkını belirli koşulların varlığına bağlanmıştır. Bu koşulların mevcut olmaması durumunda ise işçiler, iş güvencesinin kapsamlı korumasından yararlanamayacaktır.

Tezde iş güvencesi kapsamına giren ve girmeyen işçiler açısından belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirimli fesih yolu ile sonlandırılması ele alınacaktır. Haklı nedenle derhal fesih iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmamızda haklı nedenle derhal fesih yer almayacaktır.

Tezin ilk bölümünde, iş güvencesi kavramından, Türkiye'deki gelişiminden ve iş güvencesinden yararlanma koşullarından bahsedilecektir. İkinci bölümde ise, İş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilerin iş sözleşmesinin feshinde tabi oldukları ortak hükümlerden bahsedilecektir. Son bölümde ise, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesinden doğan hakları, iş güvencesi ve kötü niyet tazminatını öğretide farklı görüşlere yer verilerek ve Yargıtay kararları ışığında karşılaştırmalı olarak açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM
İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI VE
İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

§ 1. İş Güvencesi Kavramı

İş Hukukunun en önemli konularından biri işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin varlığını korumaktır.¹ İş güvencesi terimi ile amaçlanan, işçinin işinin güvence altına alınmasıdır.² 4773 sayılı yasa ve ardından 4857 sayılı İş Kanunu ile uygulanan bir kurumdur. Getirilen bu sistem ile işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından haksız bir şekilde ve geçerli bir nedene dayanmayan, “keyfi” fesihlere karşı işçinin korunması sağlanacaktır.³ Böylelikle işverenin fesih hakkı sınırlandırılacaktır. İş güvencesinin doktrinde değişik tanımları yapılmıştır. Buna göre iş güvencesi; İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması suretiyle işçinin feshe karşı korunması ve bu suretle iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanmasıdır.⁴ Doktrindeki bir diğer tanım ise, işçinin işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı korunması ve iş ilişkisine süreklilik kazandırmaktır.⁵

¹ Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. (İstanbul: Beta, 2009) 29.

² Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 29; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, ve Devrim Ulucan. *Bireysel İş Hukuku*. (İstanbul: 2010) 163.

³ Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 163.

⁴ Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. (Ankara: Turhan, 2004) 548-549.

⁵ Münir Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, *Çimento İşveren Dergisi* Mart Özel Eki. 2003: 1.

İş güvencesinin amacı işverenin işçi çıkarmasını engellemek dolayısıyla işçiyi mutlak şekilde feshe karşı korumak değildir.¹ İş güvencesi ile işverenin özgürlüklerini bir oranda sınırlanması ve keyfi davranışlardan işçinin korunması ile çalışma hakkının somutlaştırılması amaçlamaktadır. Böylece işverenin sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan fesih hakları korunmakta fakat fesih hakkı, geçerli bir nedene dayanmasına bağlı kılınmaktadır. İşverenin işçinin iş sözleşmesini yasada gösterilen nedenler dışında bir nedenle feshedilmesi halinde ise işçi yargı yoluna başvurarak işe iadesini ve işe başlatılmaması halinde bir kısım parasal haklarının ödenmesini talep edebilecektir.

§ 2. İş Güvencesinin Türkiye’deki Gelişimi

Çağdaş iş hukukunun temel amaçlarından biri olan ve Batı ülkelerinde uzun yıllardan beri uygulanan işçiyi feshe karşı koruma, bizde yaygınlaşan bir deyişle, iş güvencesine ilişkin yasal esasların ülkemizde de kabul edilmesi gerektiği yolunda ortaya konulan düşüncelere rağmen, 4773 sayılı yasa ile bu konuda düzenleme yapılana kadar bu konuda amaca uygun yasal düzenlemeler yapılmamıştı.²

İşçinin feshe karşı korunmasına, bir başka deyişle iş güvencesine ilişkin hükümler, 1475 sayılı kanunda değişiklik yapan 4773 sayılı kanunla Türk İş Hukukuna girmiş ve Türk İş Hukuku’nda köklü değişimlere neden olmuştur. 1475 sayılı İş Kanununun çok kısa süre uygulanan iş güvencesine ilişkin hükümleri yerini, yeni bir iş kanunu taslağının, kanun tasarısı olarak TBMM’ye sevki ile burada kısmen değiştirilerek kabul edilen 4857 sayılı İş Kanununa bırakmıştır. Dördüncü İş Kanunu olan 4857 sayılı İş Kanununda iş güvencesine ilişkin hükümler 18,19,20 ve 21. maddelerde yer almaktadır. Bununla birlikte İş Kanunu, feshe karşı korunma hükümlerinden yararlanma hakkı bulunan işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshini özel olarak düzenlemiştir.³ Getirilen

¹ Can Tuncay, *TÜSİAD: Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları Toplantısı*, 15.

² Nuri Çelik, *İş Güvencesi*. (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Yayın No 2003/3) 12.

³ Erol Akı, *İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları*.

düzenleme, işverenlerin girişim ve sözleşme özgürlüklerini onların özüne dokunmadan bir ölçüde sınırlamakta, diğer bir yandan da işçilerin çalışma haklarını somutlaştırmaktadır. Böylece işverenlerin sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan fesih hakları korunmakta, ancak kullanılması yasada belirtilen koşullara ve geçerli nedenlerin varlığına bağlı kalınmaktadır. İşçilerin Anayasadan kaynaklanan çalışma hakları da onları, gerekçe göstermeden yapılan fesihlere karşı korumakta ve böylece çalışma hakkına bir anlam kazandırmaktadır.¹

İş kanununa ilişkin bu yasal düzenleme, bir yandan 1994 yılında Türkiye tarafından onaylanmış olan 158 sayılı ILO sözleşmesinin gereğinin yerine getirilmesi anlamı taşıdığı gibi, diğer yandan da AB normlarına uyum sağlanması bakımından da önem taşımaktadır.

§ 3. İş Güvencesinden Yararlanma Koşulları

4857 Sayılı İş Kanununun 18. Maddesine göre iş güvencesinin kapsamlı korumasından yararlanacak olan işçiler için birtakım koşullar getirilmiştir. Anılan hükme göre “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır ” denilmektedir. Bu hükme göre aşağıda belirtilen gruba giren işçiler iş güvencesinden yararlanabileceklerdir.

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, (Ankara: 2006) 290.

¹ Devrim Ulucan, *İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler*. (İstanbul:Barosu Yayınları, İstanbul: 2003) 20.

I. İş Kanununa Göre İşçi veya Basın İş Kanunu Kapsamında Gazeteci Olma

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçinin İş Kanunu kapsamında yer alan bir işyerinde çalışması gerekmektedir. Ancak Basın İş Kanunu kapsamında çalışanlara 4857 sayılı Kanunun 116. maddesi uyarınca, İş Kanununun iş güvencesi hükümlerini düzenleyen 18, 19, 20, 21 ve 29. Maddelerinin kıyasen uygulanması mümkündür. Bu durumda iş güvencesi hükümleri, yalnız İş Kanunu kapsamındaki işçilere ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanabilen hükümlerdir. Borçlar Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamamaktadırlar.

4857 sayılı İş Kanununun 2. Maddesinde işçi tanımlanmıştır. İş Kanununun 2. Maddesine göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye ‘işçi’, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile ‘işveren’ arasında kurulan ilişkiye ‘iş ilişkisi’ denir.” Bu madde ile iş sözleşmesine dayanarak çalışma yeterli görülmüştür. İş kanunu kapsamı dışında kalan kamu görevlisi veya sözleşmeli personel veya iş sözleşmesi ile çalışmakla beraber İş K. m.4 hükmü ile kapsam dışı tutulan deniz ve hava taşıma işlerinde çalışanlar ve Borçlar Kanununa tabi olarak çalışanlar söz konusu koruma kapsamına alınmamıştır. 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna göre çalışan özel güvenlik görevlileri ise iş sözleşmesi ile çalıştıkları için iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler. Gerek İş K. m.116 gerek söz konusu hükümlerle BİK.m.6’ya eklenen bir fıkra uyarınca basın mesleğinde çalışanlara da İş K. m.18-19-20-21-29 kıyasen uygulanır.¹

Deniz İş Kanunu anlamında gemi adamları için buna benzer herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹ Ali Güzel, *İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları Sendika Yasası Öngörülen Değişiklikler, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Öngörülen Değişiklikler*, (İstanbul Barosu Yayını, 2004) 21-22; Polat Soyer, “Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları ,” *İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları*, (Legal, 2005) 29; Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” III. Yılında İş Yasası, (Bodrum: T.T.S. Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 2005) 206.

Elli ve daha az tarım ve orman işletmelerinde işçi çalışması durumunda, buralarda iş yasası uygulanmayacağı için iş güvencesi hükümleri de uygulanmayacaktır. Elli bir işçi çalıştıran tarım ve orman işyeri ve işletmelerinde iş güvencesi hükümleri de uygulanacaktır.¹

Özetleyecek olursak; iş güvencesi hükümleri, İş Kanunu kapsamına giren işçiler, en az elli bir işçi çalıştıran tarım ve orman işyeri ve işletmeleri ile Basın İş Kanunu'na tabi işçilere uygulanmaktadır. Hava taşımacılığında çalışan işçiler ile deniz taşımacılığında çalışan işçiler iş güvencesi hükmünün dışında bırakılmıştır.

II. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışma

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18 maddesinde açıkça belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı belirtilmiştir. Bu hükümden çıkan sonuca göre, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bu hükümlerden yararlanamayacaktır.² Belirli süreli iş sözleşmesi haklı bir neden olmadıkça sözleşme sonuna kadar devam edecektir. Bu özellik de belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye sözleşmenin niteliği gereği bir anlamda iş güvencesi sağlamaktadır.³

Belirli ve belirsiz süreli sözleşme arasında ki farklılıklar daha çok sözleşmenin sona ermesi ve buna bağlanan hukuki sonuçlar açısından kendisini göstermektedir. Belirli süreli sözleşmede iş sözleşmesi kural olarak fesih beyanına gerek kalmaksızın,

¹ A. Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E. Tuncay Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2006) 181; Devrim Ulucan, *İş Güvencesi*. (T.T.S. Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 2. bası) 26.

²Yarg.9.HD, 23.12.2004, E.2004/15758, K.2004/29260, “Davacının davalı işyerinde belirli süreli hizmet akti ile çalıştığı anlaşılmaktadır.4857 sayılı İş Yasasının 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesinden yararlanabilmek için işçinin belirsiz süreli iş akti ile çalışması gerekir.Mahkemece bu husus göz önünde bulundurulmadan yazılı şekilde işe iade kararı verilmesi hatalıdır”. Mustafa Kılıçoğlu, Kemal Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. (İstanbul: Legal, 2007) 135.

³ Tuncay, *TÜSİAD: Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları Toplantısı*, 18.

kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden sona ermekte iken, belirsiz süreli sözleşmelerde sözleşmenin sona ermesi için fesih beyanına ihtiyaç vardır. Bu sebepten dolayı belirli süreli iş sözleşmesi sözleşme süresince iş güvencesi sağlar.¹ İş güvencesi açısından, belirsiz süreli sözleşmenin sona ermesine bağlı hukuki sonuçların, belirli süreli sözleşmeye kıyasen işçinin lehine olduğu görölmektedir.²

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11 Maddesinde, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı belirli süreli zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar." hükmünde belirli süreli sözleşmelerin yapılma alanı daraltılmıştır. 1475 sayılı İş Kanun döneminde Yargıtay, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin peş peşe yenilenmesini (zincirleme hizmet sözleşmelerini) sözleşme hakkının kötüye kullanılması olarak yorumladığından 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu görüş yasal düzenleme haline getirilmiştir.³

Belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kurulmasında da objektif neden gereklidir.⁴ Objektif neden varsa belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılan işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacak, objektif neden yoksa şeklen belirli süreli sözleşme yapılması yeterli

¹ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 264; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 209-210.

² Sarper Süzek, "İş Akdinin Türleri", Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, Mercek, Nisan. 2001: 19; Gülsevil Alpagut, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", Mercek, Ocak 2004: 77.

³ Yarg.9.HD, 20.11.2003, E.2003/19338, K.2003/19593, "...Belirli süreli hizmet akdi ile çalıştığı anlaşılan davacının işe iade hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.", www.kazanci.com.

⁴ Sarper Süzek, *İş Hukuku*. (İstanbul: Beta, 5. bası, 2009) 223; Müjdat Şakar, *İş Hukuku Uygulaması*, (Beta, İstanbul: 2009) 66.

sayılmayacak¹ ve belirli süreli iş sözleşmesi belirsiz süreli kabul edilerek iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır. Yargıtay bir kararında iş sözleşmesinin sırf süreli olarak yapılmış olmasını işe iade davasının reddi için yeterli sayılmayacağını ve belirli süreli iş sözleşmeleri için aranan unsurların varlığının araştırılması gerektiği yönünde karar vermiştir.² Belirli süreli sözleşmelerin objektif kritere tabi tutulması, belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının işveren tarafından kötüye kullanılmasını önlemek amacına yöneliktir.³ Yargıtay'ın konuya ilişkin benzer kararlarında sözleşmenin niteliğinin çekişmeli olduğu durumlarda öncelikle bu durumun açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmektedir.⁴

Esaslı bir neden yokken peş peşe yapılan (zincirleme) belirli süreli hizmet sözleşmelerinin, belirsiz süreli hizmet sözleşmesine dönüşmesi hallerinde feshe karşı koruma hükümleri uygulama alanı bulur.⁵ Bu nedenle işverenler tarafından sırf iş güvencesi hükümlerinden kaçınma ihtimaline karşı belirli süreli iş sözleşmelerindeki esaslı neden titizlikle araştırılmalıdır. Belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmasındaki esaslı nedenlerin neler olduğu konusunda yasada bir hüküm olmamakla birlikte Yargıtay'ın ve doktrinin görüşüne göre; sosyal ve ekonomik açıdan objektif ve haklı nedenlerin varlığına bakılması gerekir.

Yargıtay bir kararında, davacının son kez yapılan 6 aylık belirli süreli iş sözleşmesinin

¹ Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 210; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 86; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 264.

² Yarg.9.HD, 14.09.2005, E.2005/22918, K.2005/29838, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 136.

³ Çelik, *İş Güvencesi*. 24; Osman Güven Çankaya, Cevdet İlhan Günay, Seracettin Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. Genişletilmiş. (Ankara: Yetkin, 2. bası, 2006) 162.

⁴ Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 319; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 210; Yarg.9.H.D, T.22.3.2005, E.2005/4776, K.2005/9440, www.kazanci.com.

⁵ Çelik, *İş Güvencesi*. 24; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 264-572; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 86.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirtilen sebeplere uygun olmaması sebebiyle baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olması yönünde karar vermiştir. ¹

5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa göre özel okul öğretmenleriyle belirli süreli iş sözleşmesi yapılması zorunludur. Kanundan kaynaklanan objektif bir sebep olduğu için bu kişilerle ardı ardına yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmelerine dönüşmez ve dolayısıyla özel okul öğretmenleri hakkında iş güvencesi hükümleri uygulanmaz. ²

III. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 inci ve devamı maddelerinde yer alan iş güvencesi hükümleri kanunun açık hükmü gereği iş sözleşmesinin işverence feshi halinde uygulanacaktır. Bu nedenle işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshederse işe iade davası açamaz. Fakat bu durumun istisnası İş Kanununun 25. maddesidir ve bu konu ileride feshin haklı bir nedene dayanması karşısında işçinin iş güvencesinden yararlanma hakkı başlıklı konuda detaylı olarak ele alınacaktır.

Feshe karşı koruma, işçiyi işveren tarafından yapılan fesihlere karşı güvence altına almayı amaçlayan bir sistemdir. İş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmediği durumlarda işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Bu bağlamda, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi veya belirli süreli iş sözleşmesinin

¹ Yarg.9.HD, 28.12.2004, E.2004/20378, K.2004/29800, "Davacının işe iade talebi 6 ay süreli belirli süreli akdin sona ermesi sebebiyle feshedildiği gerekçesiyle reddedilmişse de davacının son kez yapılan belirli süreli akitten önce aynı işyerinde çalıştığına dair kanıtlar mevcuttur. Davacı İşçinin son sözleşmesi 4857 sayılı Kanunun 11. maddesinde belirtilen sebeplere uygun olarak kurulmamıştır. Şu durumda davacının tüm çalışma süresinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabulü gerekir." www.kazanci.com.

² Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 85; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 570; Erol Akı, H. Olcay Altınbaş ve İbrahim Bahçivanlar, *Uygulamada İş Güvencesi*. (Ankara: Legal, 2005) 135; Y.9.H.D, T.24.01.2005, E.2004/28341, K.2004/1165; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 336-337.

kendiliğinden sona ermesi ya da sözleşmenin ikale ile sona ermesi hallerinde iş güvencesi hükümleri uygulanmaz.

Yargıtay'a göre, 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenen iş güvencesi ve işe iade hükümlerinden yararlanabilmek, sadece sözleşmenin işveren tarafından feshi halinde mümkündür. İşçinin istifası suretiyle iş sözleşmesinin sonlandırılması durumunda iş güvencesinden yararlanamayacaktır.¹ Ancak işçi, işveren tarafından baskı uygulanarak feshe zorlanmışsa işe iade davası açabilecektir. Yargıtay kararlarında, feshin işçinin serbest iradesinin ürünü mü araştırmasını yapmakta ve işçinin feshe işveren tarafından zorlandığı durumlarda, iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varmaktadır.²

Belirtmek gerekir ki, işverenin bildirim şartlarına uymaması ya da ihbar öneline ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacaktır.³

Çalışma koşullarının işverence İş Kanunu'nun 22. Maddesine aykırı olarak

¹ Yarg.9.HD, 16.09.2003, E.2003/15650, K.2003/14623, "...Öte yandan 26.06.2003 tarihli istifa dilekçesi dosyaya sunulmuş olup, mahkemece seri halde yargılması yapılan diğer dosyalardaki gerekçeyle bu belgeye değer verilemeyeceği kararda belirtilmiştir. Bu nedenle, mahkemece istifa dilekçesinden sonra dahi bir kısım işçilerin çalışmaya devam etmiş oldukları gerekçesi, dosya içeriğine uygun düşmemektedir. Zira istifa dilekçesi ile iş sözleşmesinin sona erdiği tarih 26.06.2003 olup, davacının bu tarihten sonra çalışmadığı anlaşılmaktadır. Böyle olunca iş sözleşmesinin istifa suretiyle sona erdiğinin kabulü gerekeceğinden davacının temyiz itirazlarının reddiyle, mahkemece davanın reddine ilişkin kararın bu gerekçeyle onanmasına 16.09.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi. " www.kazanci.com.

² Yarg.9.HD, 30.4.2007, E.2007/3154, K.2007/13552, "Davacı işçi, davalı işverence istifaya zorlandığını, baskılar sonucu 03.07.2006 tarihinde, 30.06.2006 tarihinden geçerli olmak üzere istifa dilekçesi imzalatıldığını ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Sözü edilen iddia karşısında öncelikle istifa dilekçesinin baskı altında alınıp alınmadığının araştırılarak sözleşmenin kimin tarafından feshedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. İş sözleşmesinin istifa ile son bulup bulmadığı ve istifanın serbest irade ürünü olup olmadığı işe iade davasını doğrudan etkileyecek bir olgudur. Bu hususlar araştırılmadan, bir taraftan iş sözleşmesinin istifa ile son bulduğunun kabul edilmesi, diğer taraftan istifaya zorlama iddiasının ihbar ve kıdem tazminatı davasında ileri sürülmesi gerektiğinden söz edilerek davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. Bu konuda taraflardan varsa delilleri istenmeli, istifa dilekçesinin baskı altında alınıp alınmadığı belirlendikten sonra işe iade davası hakkında bir karar verilmelidir." www.kazanci.com.

³ Tuncay, *TÜSİAD: Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları Toplantısı*, 18.

değiştirilmesi nedeniyle işçinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda işe iade talep hakkı olmayacaktır.¹ Çünkü işçinin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapıldığında bunu kabul etmeme hakkı vardır. İşçinin kabul etmeme hakkını kullanırken bununla yetinmeyip iş sözleşmesini de feshetmesi durumunda işe iade davası açılamaz. Ancak işçinin değişiklik önerisini reddetmesi üzerine işveren sözleşmeyi feshettiğinde iş güvencesi hükümleri uygulanabilir ve işe iade davası açılabilir.²

Uygulama ile ortaya çıkan ve yasalarımızda düzenlenmemiş olan bozma sözleşmesi (İkale) üzerinde durmak gerekmektedir. Yargıtay'ın bir kararında, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin de mümkün olduğu, sözleşmenin doğal yoldan sona ermesi dışında tarafların akdi ilişkiyi sona erdirebilecekleri açıklanmış ve bu işlemin adı ikale olarak belirtilmiştir.³

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır.

¹ Soyer, “Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları ,” 32.

² Süzek, *İş Hukuku*. 587-588; Mehmet Uçum, “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal, 2005: 87; Yarg.9.HD, 6.12.2004, E.2004/7178, K.2004/26665, “..Ücretsiz izin dönüşü görev yerlerinin sevkیات ve temizlik birimlerinde çalıştırılmak üzere değiştirilmek istendiği, davacı ve arkadaşlarının bu hususu kabul etmedikleri, bunun üzerine 01.09.2003 tarihinde fiilen işlerine son verildiği, davacı tarafın 02.09.2003 tarihinde Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne müracaatta bulunduğu, bu tarihten sonra tutulan devamsızlık tutanaklarına itibar edilemeyeceği, keza 01.09.2003 tarihinde yapılan feshin geçerli bir nedene dayanılarak yazılı yapılmadığı anlaşılmakla davacının davasının kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde reddedilmesi hatalı olup bozularak ortadan kaldırılmasına gerekir.” www.kazanci.com.

³ Cuma Arif Demir, *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları*. (Ankara: 2.Baskı, 2010) 26; Yarg.15.HD, 2.10.1995, E.1995/2259, K.1995/5181.

Yargıtay, işverenin ihbar tazminatı ödemedi fakat önel vererek sözleşmeyi fesih durumunda önel içinde işçinin yaşlılık aylığı almak amacıyla Kuruma başvurusu durumunda feshin artık işveren tarafından değil, fakat işçi tarafından yapılan bir fesih olarak nitelendirilerek işçinin feshin geçersizliğini ve işe iadeyi talep edemeyeceğine karar vermiştir.¹

IV. En Az Otuz İşçinin Çalıştığı Bir İşyerinde Çalışma

4857 sayılı İş Kanununun 18. Maddesinin 1. Fıkrasına göre, “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır” denilmektedir.

1475 sayılı İş Kanunu 13/A maddesinde ve 4773 sayılı kanunun ilgili maddesinde, iş güvencesinin kapsamının belirlenmesinde isabetli olarak işyeri baz alınarak on işçi ölçütü esas alınmışken, bu ölçüt 4857 sayılı İş Kanunu ile değiştirilmiş ve aynı işverene ait aynı iş kolundaki tüm işyerleri kapsam alanına alınarak, işletme bazında otuz işçi ölçütü benimsenmiştir.² Bu hükümlerle birlikte işyerinin parçalara ayrılarak Yasanın arkasından dolanma olanağı kaldırılmıştır.³ 4857 sayılı İş Kanununun 18/4 maddesi gereğince, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Bu

¹ Yarg.9.HD, 21.6.2004, E.15842, K.15334, www.kazanci.com.

² Süzek, *İş Hukuku*. 493; Yarg.9.HD, 10.11.2003, E.2003/8919, K.2003/18913, “...Otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri kavramının 4857 sayılı İş Kanununun 18/4 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Buna göre işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenmelidir. Davalı işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin olduğu ve bu işyerlerinde çalışan işçilerin toplamının otuzdan fazla olduğu uyuşmazlık dışıdır. Mahkemece bu hukuki olgu gözden kaçırılarak istemin reddi hatalıdır.”www.kazanci.com.

³ Mustafa Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. (Ankara: Ayhan, 2005) 107.

hükümle getirilen ‘iş kolu’ esasının, iş güvencesi kapsamına girmekten kaçınan işverenlerin her işyerinde otuzdan az işçi çalıştırmak suretiyle bölmelerinin önlenmesi amaçlanmıştır.¹ Bunun yanında yasa, söz konusu işyerlerinin aynı bölge, hudut ya da il sınırları içerisinde bulunmasını aramamış, “aynı iş kolunda” bulunmalarını yeterli görmüştür.²

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için işyerinde en az “otuz” işçi çalışıyor olmasının İLO sözleşmesine aykırı olduğu öne sürülebilir. Her ne kadar 158 sayılı İLO sözleşmesinin 2. maddesinde “tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olanlara” uygulanacağı belirtilmişse de, aynı maddenin 5. Bendinde “işletmenin büyüklüğü” ve “özel istihdam şartları” göz önünde tutularak bu kurala istisna getirilebileceği öngörülmüştür.³ İş güvencesinin işyerinde çalışan işçi sayısı yönünden sınırlandırılması yabancı hukuk sistemlerinde de kabul edilen bir düzenleme şeklidir.⁴

Ülkemizde işyerlerinin büyük çoğunluğunun otuz işçiden az işçi çalıştıran küçük işyeri olduğu göz önüne alındığında otuz işçi kriteri ile iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanının oldukça daraldığı rahatlıkla görülecektir.⁵ Bu sınırlama ile milyonlarca işçiyi iş

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 496; Münir Ekonomi, “İş Hukuku: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” *İş Kanunu Toplantı Dizisi I*, İstanbul 2005: 35; Soyer, “Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları,” 42; Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi,” *Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Çeşme* (2003) 117; Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi*. 1. Cilt (Ankara: Yetkin, 2005) 580; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 171.

² Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 566; Yarg.9.HD, 10.11.2003, E.2003/18919, K.2003/18913.

³ Süzek, *İş Hukuku*. 496.

⁴ Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 86; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 27.

⁵ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 565.

güvencesi kapsamı dışında bırakmıştır.¹ İş güvencesinden yararlanma hakkını otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerindeki işçilerle sınırlandıran İş Kanunu hükmü anayasanın 10. Maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.²

Genel olarak değerlendirildiğinde, belirli sayıdan az işçi çalıştıran işyerlerinin iş güvencesi dışında tutulmasının nedeni, ekonomik gücü az olan küçük işletmelerin iş güvencesinin getirdiği yükü, pahalı ve uzun süreli bir fesih usulünü kaldıramayacak olmasıdır.³

4857 sayılı İş Kanunu, iş kanunu kapsamında olmayan işçilerden bazılarını iş güvencesi sistemi içine almıştır.4857 sayılı İş Kanunu'nun 'istisnalar' başlığını taşıyan 4. Maddesine göre 50'den fazla işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri veya işletmeler İş Kanunu kapsamına girmektedir. Elli işçinin tespitinde sadece tarım işçilerinin dikkate alınmasını gerektiren bir zorunluluk olmaması sebebiyle, söz konusu tespit de sadece tarım işçileri değil diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.⁴

Gazeteciler de İş Kanunundaki koşullarla iş güvencesi kapsamına alınmışlardır. Fakat Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler hakkında henüz böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir. 2495 sayılı yasaya göre çalışan özel güvenlik görevlileri İş Kanunu kapsamında olduklarından iş güvencesinden faydalanacaklardır ve 30 işçi ölçütünün

¹ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 167; Ulucan, *İş Güvencesi*. 97; Çelik, *İş Güvencesi*. 18-19.

² Süzek, *İş Hukuku*. 496.

³ Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 199.

⁴ Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 169; Özkan Ertekin, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. (Ankara: Kartal, 2005) 22; Ulucan, *İş Güvencesi*. 26; Süzek, *İş Hukuku*. 497; Mollamahmutoglu, *İş Hukuku*. 566.

belirlenmesinde hesaba dahil edileceklerdir¹

İş güvencesinin uygulanacağı işyerlerinin tespitinde öncelikle işyerinin İş Kanunu kapsamına girdiği saptanmalıdır.²

Otuz işçi ölçütüne, sadece işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışanlar dahildir. İşyerinde tam-kısmi süreli, belirli-belirsiz süreli çalışanlar, mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar, izinli-raporlu olan işçiler de 30 işçi kriterinde hesaba katılacaklardır.³ Ayrıca kıdemi 6 aydan az olanlar da otuz işçi hesabında dikkate alınacaktır. Bu işçilerden bazılarının güvence kapsamı dışında olması, onların hukuki durumunu belirleyen bir husustur, yoksa diğer işçilerin güvence hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacaklarını tayin hususunda bir ölçüt oluşturmaz.

Ancak İş Kanunu kapsamı dışında yer alan ve işçi sıfatı taşımayan memur, stajyer, çırak gibi çalışanlar ile alt işveren işçileri ile ödünç iş ilişkisine göre geçici işveren yanında çalışanlar 30 işçi kriterinde hesaba katılmayacaklardır.⁴ İşyerinde geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalışanlar, alt işveren işçileri, başka bir işverene bağlı oldukları için çalışan işçi sayısına dahil edilmeyecektir. Bu gibi işçiler kendi işverenlerine ait işyerinde çalışan işçi sayısının hesabında dikkate alınacaklardır.⁵ İş Kanununun aradığı şartlarda alt işveren ilişkisi yoksa yani asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı ise, taraflarca alt işveren kabul edilen kimsenin yanında çalışan işçiler otuz işçi sayısının tespitinde hesabında

¹ Ertekin, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. 21; Abbas Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. (Adana: Karahan, 2005) 19.

² Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 169.

³ Ertekin, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. 21; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 198; Süzek, *İş Hukuku*. 497.

⁴ Ertekin, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. 21; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 198; Süzek, *İş Hukuku*. 497; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 567.

⁵ Çelik, *İş Güvencesi*. 20; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 212; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 182; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 567.

katılmalıdır.¹

Geçerli bir alt işverenlik ilişkisi bulunan hallerde, otuz ve daha fazla işçi çalıştıran alt işveren, çalıştırdığı işçiler bakımından müstakil bir işveren olduğu için bu işverene bağlı işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır.²

İşe iade davasında hakimin davacı işçinin çalıştığı işyerinde otuz ve daha fazla işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığını davalı tarafın bu konuda bir itirazı olmasa bile resen dikkate alması gerekir.³ SSK kayıtları, işçi sayısının belirlenmesinde önemli bir resmi belge olmaktadır. Keza iş mahkemeleri de 30 işçi ölçütünün belirlenmesinde çoğu zaman SSK kayıtlarına itibar etmektedirler. Buna rağmen bu kayıtların aksini başka kanıtlarla ileri sürmek ve ispatlamak da mümkündür. Özellikle SSK kayıtlarında 30'dan az işçinin görüldüğü durumlarda kayıt dışı işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığının da araştırılması gerekir. Kamu düzeni ile ilgili olması nedeni ile kayıt dışı işçi çalıştırılmasının yasak olduğu düşünülürse bu işçilerinde hesaba dahil edilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

İşyerinde çalışan işçi sayısı ilgili bir diğer sorun, en az otuz işçi çalışıyor olması koşulunun hangi tarihe göre belirleneceği hususudur. İş güvencesi hükümlerinin 30 ve daha fazla işçi çalıştırılan işyerleriyle sınırlı olması sebebiyle işyerinde çalıştırılan işçi sayısının artması veya azalması ihtimali konuya önem kazandırmaktadır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre; Otuz işçi sayısının saptanmasında, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte o işyerinde çalıştırılan işçi sayısı esas alınmalıdır.⁴ Başka bir görüş

¹ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 567; Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 164.

² Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 212; Çelik, *İş Güvencesi*. 20; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 567.

³ Yarg.9.HD, 23.12.2004, E.2004/16486, K.2004/29129, www.kazanci.com.

⁴ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 167; Süzek, *İş Hukuku*. 496; Öner Eyrenci, *4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler*. Legal, Ocak. Şubat. Mart. 2004: 32; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*.182.

ise; işletme kapasitesine göre otuz işçinin çalışmasının gerekli olmasını yeterli saymaktadır.¹ Bu konuda diğer bir görüşe göre ise, feshin işçiye bildirildiği tarihte işyerinin normal işleyebilmesi için optimal olarak çalıştırılması gereken işçi sayısı belirlenmelidir.² Yargıtay kararlarında da fesih tarihindeki işçi sayısının dikkate alındığı görülmektedir.³ Kanımızca da işyerinde çalışan işçi sayısı, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihe göre belirlenmelidir.

Otuz işçinin varlığını konusunu mahkemede kimin ispatlayacağı da tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, işyerindeki tüm kayıtların işverence tutulduğu ve bu kayıtların resmi makamlara işverence verildiği, işyerinde çalışan işçi sayısını en geçerli şekilde işveren bildiği için ispat yükünün işverende olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴ Diğer görüşe göre ise; işyerinde otuz veya daha üstünde işçi çalıştığına ispat yükümlülüğü, iş güvencesinden yararlanmak isteyen işçiye düşer.⁵ Uygulamada kim tarafından ispat edilirse edilsin, karşı tarafın her türlü delille aksi ispat etme imkanı da bulunmaktadır.

Otuz işçi ölçütünün sözleşmelerle aşağıya çekilmesi veya kaldırılması tartışma konusudur. Öğretideki çoğunluk görüşüne göre, İş K. 18. Maddesinin nisbi emredici olması sebebiyle, otuz işçi kriterinin azaltılması ya da bu koşulun tamamen kaldırılması mümkündür.⁶ Yargıtay'a göre, İş Kanununun 18. Maddesinde yer alan bu hüküm nispi

¹ Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 171.

² Ekonomi, "İş Hukuku: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 37; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi," 32; Soyer, "Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları," 42-60.

³ Yarg.9.HD, 18.10.2004, E.2004/26855, K.2004/29711, "...Fesih tarihinde işyerinde sadece 14 işçinin olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda işe iade hükümlerinden yararlanılması mümkün değildir." www.kazanci.com.

⁴ Ulucan, *İş Güvencesi*. 33.

⁵ Münir Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", 4.

⁶ Fevzi Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. (İzmir: 2005) 188; Mollamahmutoglu, *İş Hukuku*, 715; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 174; Akyiğit, *İş Güvencesi*, 213.

emredici bir düzenleme olup, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile bu sayının aşağı çekilmesi mümkündür.¹ Kanımızca, iş güvencesi hükümlerinin amacının işçilerin feshe karşı korunması olması ve sözleşmelerle otuz işçi ölçütünün aşağı çekilmesinin veya kaldırılmasının daha fazla işçinin iş güvencesi kapsamı dahilinde olacak olması sebebiyle, sözleşmelerle otuz işçi kriterinin aşağı çekilmesinin ve kaldırılmasının mümkün olması gerekir.

V. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemini Olması

4773 sayılı Kanun'da olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesinde iş güvencesinden yararlanacak işçi için en az altı aylık kıdemini bulunması gerektiği belirtilmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise "İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir" denilmiştir.

İş Kanununa göre İş güvencesinden yararlanmak isteyen işçinin en az 6 aylık kıdemi olması gerekir.² Bu altı aylık kıdem şartı fesih anında aranmaktadır.³ Bu yasa hükmü karşısında altı aydan az kıdeme sahip işçiler işe iade davası açamayacaklar veya açsalar dahi davaları bu nedenle reddedilecektir.⁴ Kanunda belirtilen bu altı aylık süre içerisinde işveren süreli fesih hakkını kullanarak, iş güvencesi hükümlerine tabi olmadan iş

¹ Yarg.9.HD, 26.05.2005, E.2005/12317, K.2005/19404, "... Taraflar arasında imzalanmış işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinde iş akdinin feshedileceği durumlarda işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı iş yasasının iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmü getirilmiştir. Bu durumda işyerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi toplu iş sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır." Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 901.

² Yarg.9.HD, 10.05.2004, E.2004/10440, K.2004/11007, "...Somut olayda davacı işçi 14.03.2003 tarihinde davalıya ait işyerinde işe girmiş olup, fesih tarihi olan 29.08.2003 tarihinde henüz 6 aylık kıdemi bulunmamaktadır. Böyle olunca davacı iş güvencesi hükümleri olarak adlandırılan feshin geçersizliği ve iş iade isteminden yararlanamaz. Davanın reddi gerekir. Mahkemece bu hukuksal olgu gözetilmeksizin istemin kabulü hatalıdır." www.kazanci.com.

³ Tuncay, *TÜSİAD: Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları Toplantısı*, 18.

⁴ Yarg.9.HD, 07.10.2004, E.2004/25336, K.2004/22392, www.kazanci.com.

sözleşmesini feshedebilmektedir.¹ Bu durumda işverene, altı aylık süre içinde çalıştırdığı işçisini daha yakından tanıma ve işe uygun bulmadığı işçisinin hizmet akdini geçerli bir neden göstermek zorunda olmaksızın daha kolay sona erdirme olanağı tanınmaktadır. Ancak altı aylık süre geçtikten sonra işverence yapılan fesihlerde 18'inci maddede düzenlenen geçerli nedenler aranmamaktadır.² Bu durumda süreli fesih yoluyla iş sözleşmesinin feshi mümkün olacaktır. Bekleme süresi adı verilen altı aylık kıdem süresi, işverenin bu süre içerisinde işçiyi denemesi, işçinin niteliklerini, işe ve iş ortamına uyumunu görmesi için getirilen bir süredir.³

Belirli bir kıdem ve zaman dilimi açısından işçilerin iş güvencesi dışında bırakılması, iş güvencesi sistemine sahip olan diğer ülke hukuklarında da genel kabul gören bir düzenlemedir.⁴

Dikkat edilecek olursa yasa, otuz işçi kıstasının hesabında işverenin birden fazla işyerlerinin aynı iş kolunda yer almasını ararken; işçinin aylık kıdemini hesabında, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirileceği belirtilmiş fakat bu iş yerlerinin aynı iş kolunda olmasını aramamıştır.⁵ Altı aylık kıdem süresinin aynı işveren nezdinde iş sözleşmesine dayanan iş ilişkisi içerisinde geçirmiş olması

¹ Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 206.

² Ulucan, "4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Gvencesi ve Geçerli Neden Kavramı," 22.

³ Ekonomi, "İş Hukuku: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 42; Soyer, "Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları ," 34.

⁴ Münir Ekonomi, "*Türkiyede İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı*," Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, (İstanbul: Alkım, 1997) 88-89; Polat Soyer, "158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul (2002) 275; Alpagut, Gülsevil. "*Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması*," *İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı*. (İstanbul: 2001) 89.

⁵ Akı, Altıntaş ve Bahçivancılar, *Uygulamada İş Güvencesi*. 32.

zorunludur.¹

Altı aylık kıdem hesabında fiili çalışma süreleri mutlak olarak aranmamaktadır. Bu sebeple İş Kanununun 18/2 maddesi gereğince; İş Kanununun 66. Maddesinde düzenlenen “Çalışma Süresinden Sayılan Haller ” altı aylık kıdem hesabında dikkate alınacaktır. İş akdinde bir deneme süresi kabul edilmişse bu deneme süresi de işçinin altı aylık kıdem hesabında dikkate alınmaktadır.²

Kıdem hesabında sürenin başlangıcı kural olarak, hizmet akdinin yapıldığı tarih değil, fiilen işe başlama günüdür. Yani işçinin işe başladığı tarihten itibaren kıdeme esas altı aylık sürenin dolduğu gün, işçi iş güvencesinden yararlanacak duruma gelecektir.³

İşçi işverenin işyerinde veya işyerlerinde aralıklı çalışmış olabilir. Bu durumda; İş Kanunu'nun 18. maddenin 1. fıkrasında sadece işçinin kıdeminden söz edildiğinden ve yasada bu sürenin sürekli olması yönünde bir düzenleme yer olmadığından, kıdem hesabında aralıklı çalışmaların birleştirilmesi uygun olacaktır.⁴ İşçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, sürelerin birleştirilerek hesaplanması gerekmektedir.⁵ Yargıtay konuya ilişkin bir

¹ Kılıçoğlu ve Şenocak. *İş Güvencesi Hukuku*. 167.

² Cevdet İlhan Günay, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. (Ankara: Yetkin yayınları 2004) 123.

³ Cevdet İlhan Günay, *İş Hukuku Yeni İş Yasaları*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004) 458; Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, 5; Ekonomi, “Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 42-43; Soyer, “Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları,” 33; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 717; Seracettin Gökteş, “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, s.1, (1966) 26.

⁴ Çelik, *İş Güvencesi*. 21; Çankaya, Günay ve Gökteş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 175; Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 208; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 570.

⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 171; Yarg.9.HD, 17.1.2006, E.2005/37159, K.2006/363, “4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/4 maddesine göre, ‘işçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir.’ Belirtilen hüküm karşısında davacı ayrı iki dönemde

kararında altı aylık kıdemini hesaplanmasında fasıllı çalışmaların birleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹

Altı aylık sürenin hesabında dikkate alınacak sürenin tamamında işçinin İş Kanunu'na bağlı olarak çalışması gerekmez. Önemli olan bildirim tarihindeki İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na tabi olmasıdır.²

İşveren altı ayın dolmasına kısa bir süre kala sadece iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla iş sözleşmesini fesih ederse, böyle bir durumda dürüstlük kurallarına aykırılık, dolayısıyla işlemin geçersizliği öne sürülecektir.³ Ne var ki, uygulamada bu tür kötü niyetli davranışları kanıtlamak oldukça zordur.⁴

İş K. m.18'de askı sürelerine ilişkin bir sınırlamaya yer verilmediği için işçinin iş sözleşmesinin devam ettiği tüm sürelerin kıdemden sayılması gerekir.⁵ Ücretli veya ücretsiz izin süreleri ve grev ve lokavt da geçen süreler de kıdeme dahil edilir.⁶ Bu süre içerisinde işçinin hastalanarak rapor alması veya başka bir sebeple iş sözleşmesinin

çalışmış olsa bile her iki dönemin altı aylık kıdem tespitinde birleştirilerek hesaplanması gerekir. Davacının davalı işyerinde iki dönem çalışması birleştirildiğinde 6 aydan fazladır. Mahkemece, son dönem çalışmasının 6 aydan az olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. İşin esasına girilerek, fesih konusunda tarafların kanıtları toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir." Kılıçoğlu ve Şenocak. *İş Güvencesi Hukuku*. 171.

¹ Y.9.HD, 12.1.2005, E.2004/28286, K.2005/562 www.kazanci.com.

² Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 175.

³ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 169.

⁴ Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. 22.

⁵ Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi," 5; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi," 33; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 570; Ercan Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. (Ankara: Seçkin, 2007) 235.

⁶ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 570; Soyer, "Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları," 36-37.

askıya alınması halinde de süre işlemeye devam eder.¹

Söz konusu hükmün nisbi emredici nitelikte ve işçi lehine olması sebebiyle, bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile altı aylık sürenin kısaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkündür.²

VI. Belirli Düzeyde İşveren Vekili Veya Yardımcısı Olmaması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesi “İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.” hükmü ile bazı işveren vekili ve yardımcılarını iş güvencesi kapsamı dışında bırakmıştır. Bu hüküm çerçevesinde iş güvencesinden yararlanabilmenin diğer bir koşulunu ilgili işçinin üst düzey işveren vekili niteliğini taşıyamaması oluşturmaktadır.³ Buna göre, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile İşyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz.

4857 sayılı İş Kanununa göre; “...işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir.”

¹ Ekonomi, “İş Hukuku: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 43; Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi,” 5; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 718; Süzek, *İş Hukuku*. 498; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 33; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 169; Süleyman Başterzi, *4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi*, A.Can Tuncay’a Armağan. (İstanbul: 2005) 638.

² Kılıçoğlu ve Şenocak. *İş Güvencesi Hukuku*. 167; Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 189.

³ Ercan Akyiğit, “İşveren Vekilinin İş Güvencesi,” Kamu-İş, C.7, S.4, 2004: 73.

İşin gereği, işçinin niteliği, statüsü ve işyerindeki pozisyonu açısından bir kısım işveren vekilinin iş güvencesinden yararlanamayacağı kabul edilmiştir. İşveren vekili ile işveren arasında güven ve temsil yetkisi esasına dayalı özel bir iş ilişkisi kurulduğundan ilişkinin zayıfladığı, bozulduğu veya sarsıldığı zamanlarda işverene geçerli bir sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi fesih olanağı tanınmıştır.¹

İş Kanunu'nun 18. Maddesine göre; işletmenin bütününe sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılmakta iken²; işletmenin değil de işyerinin bütününe sevk ve idare edenlerin işveren vekili sayılmaları için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisine haiz olması şartı aranmaktadır. İşyeri düzeyindeki işveren vekilleri açısından işyerinin bütününe sevk ve idare etmek ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisine sahip olmak şartları birlikte gerçekleşmelidir.³ İşyerinin bütününe sevk ve idare eden fakat işçi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunmayan veya işçi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan fakat işyerinin bütününe sevk ve idare etmeyen işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinden yararlanmalıdır.⁴

¹ Çelik, *İş Güvencesi*. 22; Ulucan, *İş Güvencesi*. 27; Süzek, *İş Hukuku*. 500; Ekonomi, "İş Hukuku: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 44.

² Yarg.9.HD, 19.9.2005, E.2005/21058, K.2005/30347, "Somut olayda, işyerinin işletme bazında olduğu ve davacının Genel Müdür Yardımcılığı görevinde bulunduğu, banka acentelerinden sorumlu olduğu, bu şekilde işletmenin bütününe sevk ve idare eden konumunda olduğu, işletme bazından sorumluluğu nedeni ile burada işe alma ve işten çıkarma yetkisinin aranmayacağı, davacının işveren vekili sıfatını taşıdığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 175.

³ Süzek, *İş Hukuku*. 500; Y.9.HD, 27.2.2006, E.2006/1704, K.2006/4748, "Somut olayda, davacı işyerinin bütününe sevk ve idare etmiş ise de dosya içeriğine göre de işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dosya da mevcut işçi alma formlarında davacıdan başka Koordinatör ve Genel Müdürün de imzaları bulunmaktadır. Ayrıca, davacının istifa dilekçelerini onaylaması işçi çıkarma yetkisinin olduğunu göstermez. Zira, fesih beyanı tek taraflı bir irade beyanı olup, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Davacının onay vermemesi durumunda da fesih beyanı hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu durumda, işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunduğu söz edilemeyeceğinden davacının işveren vekili olduğunun kabulü doğru değildir." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1248.

⁴ Ekonomi, "İş Hukuku. Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi," 44; Süzek, *İş Hukuku*. 500; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi," 35.

İşletmenin tümünü yöneten genel müdür ve genel müdür yardımcısı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır.¹ Belirtmek gerekir ki ünvanın müdür veya genel müdür olması tek başına iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağı sonucunu doğurmaz. Bu durumda önemli olan, kendisine temsil yetkisinin verilip verilmediği ve işletmenin bütününe yönetip yönetmediğidir. Yargıtay'da bu durumda görev tanımına ve konumuna bakmak gerektiğini düşünmektedir.² Mahkemece davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunun resen araştırılması gerekmektedir.³

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında; İşyerinde idari ve mali işler koordinatörü olarak çalışan kimsenin işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcı durumunda ise iş güvencesinden yararlanamayacağını⁴, başka bir kararında genel müdür yardımcısının işletmenin bütününe idare eden genel müdür yardımcısı olduğu için iş güvencesinden yararlanamayacağını⁵, işyerinde müdür olarak görev yapmayan işçinin üst düzeyde yönetici olmasına rağmen iş güvencesinden yararlanacağını⁶, işçi alma ve çıkarma yetkisi olmayan ve işyerinin bütününe sevk ve idare yetkisi olmayan personel

¹ Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 174.

² Yarg.9.HD, 17.04.2004, E.2006/6657, K.2006/9954, "...Davacının Genel Müdür konumundaki kişinin yetkilerini kullandığı sabittir. Nitekim mahkemece mütalaasına başvuru bilirkişi heyeti de davacının görev tanımı ve konumuna göre işveren vekili olduğunu, iş güvencesi kapsamında yararlanamayacağını açıklamışlardır. Davacı işveren vekili olup, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. İstemin reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 175.

³ Yarg.9.HD, 19.12.2006, E.2006/26834, K.2006/33423, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 587.

⁴ Yarg.9.HD, 17.03.2005, E.2005/6629, K.2005/8934, www.kazanci.com.

⁵ Yarg.9.HD, 19.9.2005, E.2005/21058, K.2005/30347, "Somut olayda, işyerinin işletme bazında olduğu ve davacının Genel Müdür yardımcılığı görevinde bulunduğu, banka acentelerinden sorumlu olduğu, bu şekilde işletmenin bütününe sevk ve idare eden konumda olduğu, işletme bazında sorumluluğu nedeni ile burada işe alma ve işten çıkarma yetkisinin aranmayacağı, davacının işveren vekili sıfatını taşıdığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Davanın reddi gerekir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi hatalı bulunmuştur." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 583.

⁶ Yarg.9.HD, 23.12.2004, E.2004/15565, K.2004/29255, www.kazanci.com.

müdürünün iş güvencesinden yararlanacağını belirtmiştir.¹

Nitekim kanun koyucunun amacı, pozisyon olarak işverene yakın olan belirli konumdaki işveren vekillerini iş güvencesi kapsamı dışında tutmaktır.²

¹ Yarg.9.HD, 20.09.2004, E.2004/5246, K.2004/18891, www.kazanci.com.

² Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 720.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLAN VE OLMAYAN İŞÇİLERİN

BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE

TABİ OLACAKLARI HÜKÜMLER

§ 1. Fesih Sırasında Uyulması Gereken Usul Bakımından Karşılaştırma

İş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından feshine karşı daha etkin bir korumanın sağlanması amacıyla işverene ek yükümlülükler öngörülmüştür. Buna göre iş güvencesi kapsamında bulunan işçilerin sözleşmesinin feshinde geçerli sebebin gösterilmesi, fesih bildirimının yazılı olarak yapılması, fesih sebebini açık ve kesin bir biçimde belirtilmesi gibi şartlara uyulması gerekmektedir.

I. Feshin Yazılı Yapılması Bakımından

1. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

İş güvencesinin kapsamına giren işçilerin iş akitlerinin feshinde bildirim usulünü düzenleyen İK m.19'dan farklı olarak; İK m.17'de bu yönde açık bir hüküm yer almamaktadır.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından fesih bildirimini bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak 4857 sayılı İş Kanununun 109. Maddesinde, bildirimlerin yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiği, kendisine bildirim yapılan kişinin bunu imzalaması halinde durumun o yerde tutanakla tespit olunacağı, ancak 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligatın bu kanuna göre yapılacağı belirtilmektedir.

Öğretide fesih bildirimini yazılı yapılmasının geçerlilik mi yoksa ispat koşulu mu olduğu konusu tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüşe göre, fesih bildirimini yazılı yapılması ispat koşuludur.¹ Diğer görüşe göre; fesih bildirimini yazılı yapılması geçerlilik koşuludur.² Söz konusu biçime uyulmadan yapılacak bir bildirim, hükümsüz sayılmaz, fakat bunun ispatı amacıyla yazılı yapılması gerekmektedir.³

Taraflardan birinin davranışı sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini belirgin bir biçimde ortaya koymakta ise fesih yapılmış sayılır.⁴ Yargıtay bir kararında, fesih bildirimini her zaman açık bir şekilde yapılamayacağını, olayların akışından taraflardan birinin davranışı ile sözleşmeye son verildiği anlaşılabilmesi durumunda bu davranışı fesih olarak değerlendirilmesi gerektiği kararını vermiştir.⁵

2. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde "...İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan 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..." hükmü yer almıştır.

¹ Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 190; Süzek, *İş Hukuku*. 458; Demircioğlu ve Centel, *İş Hukuku*. 166; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 172; Centel, *Bireysel İş Hukuku*. 168.

² Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 185.

³ Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 190.

⁴ Süzek, *İş Hukuku*. 458.

⁵ Yarg.9.HD, 20.10.1997, E.1997/13230, K.1997/17815, www.kazanci.com.

Kanun koyucu bu hükümlerle vasıflı bir şekil şartı öngörmüş bulunmaktadır. Bununla birlikte, fesih bildirimının yazılı yapılmaması, fesih butlanı sonucunu doğurmaktadır.¹

Fesih bildiriminin yazılı olması, fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilmesi zorunluluğu ve işverenin bildirdiği fesih nedeni ile bağlı olması, bunu değiştirememesi, işçi açısından bir güvence teşkil edecektir. Ayrıca feshin yazılı olması, işçi açısından iş ilişkisinin gerçekten sona erdirildiği hususunda açıklık kazandırmak amacı da gütmektedir.²

İşveren işçinin kişiliğine ya da işyerine ilişkin bir sebeple iş sözleşmesini yazılı şekle uymadan feshederse, gösterilen sebep geçerli sebep oluştursa dahi, yazılı şekil şartına uyulmadığı için geçersiz fesihten söz edilir.³ Yazılılık koşuluna riayet edilmediği takdirde, artık iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı araştırılmamaktadır.⁴

İşveren haklı nedenle fesih yaptığını düşünerek, geçerli nedenle fesihte aranan şekil şartlarını yerine getirmese, gösterilen sebep geçerli sebep oluştursa dahi, yargılamada geçerli nedenin şekil şartı aranmalı ve yazılı şekil şartına uyulmadığı için geçersiz

¹ Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 39.

² Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 38.

³ Çelik, *İş Güvencesi*. 38; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 229; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 88; Şahin Çil, *İş Kanunu Şerhi*. 1.Cilt (Ankara: Turhan, 2007) 1236; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 744; Süzek, *İş Hukuku*. 682; Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 175; Soyer, “Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları ,” 56; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 177; Alpagut, “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması,” 17; Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 185; Ulucan, *İş Güvencesi*. 73; Mehmet Uçum, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*. (İstanbul: Legal, 2003) 148-149; Yarg.9.HD, 18.3.2008, E.2007/26203, K.2008/5305, www.kazanci.com.

⁴ Yarg.9.HD, 9.10.2006, E.2006/18328, K.2006/26048, “...İş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve 22. Maddelerine göre feshedilmesi halinde yazılı olması koşuldur.Davalı işveren yazılılık koşuluna uymamıştır.Bu koşulun bulunmadığı durumda, artık iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı araştırılmaz.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 528.

fesihden söz edilmelidir¹.

Yazılı olarak yapılan fesih bildirimini imza karşılığında işçiye teslim edilecektir. İşçinin fesih bildirimini almaması halinde İş Kanunu 109. maddeye göre tutanak düzenlenecektir. İşçi bu tutanağı da imzalamaktan kaçınabilir. İşçinin fesih bildirimini ve tutanağı imzalamaktan kaçındığı hallerde, bu evrakı aynı gün veya bir sonraki gün en kısa sürede iadeli taahhütlü veya noter kanalı ile işçiye gönderilmesi gerekir. Bu durum yapılmadığı takdirde işçi fesih bildirimini yapılmadığını ve tutanağın sonradan düzenlendiğini ve geriye ilişkin tarih atıldığını ileri sürebilir.²

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde fesih bildirimini yazılı şekilde yapılması öngörülmektedir. Öğretide, iş sözleşmesinin geçerli nedenle yazılı olarak bildirilmesinin şartının bir ispat şartını yoksa geçerlilik şartı mı olduğu tartışılmaktadır. Öğretide görüş birliği olmamasına karşın, çoğunluk görüşüne göre feshin yazılı yapılması geçerlilik koşuludur.³ Çünkü, İş Kanununun 19. Maddesinin 1. fıkrasında sadece bildirim yazılı olması değil ayrıca fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi de ancak yazılı şekil yolu ile gerçekleşebilmektedir.⁴ Yargıtay da çoğunluk görüşünü kabul etmiş ve feshin yazılı olarak yapılmasını sıhhat şartı olarak görmüştür.⁵ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19.

¹ Çelik, *İş Güvencesi*. 38; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 229; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi," 88; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*.744; Süzek, *İş Hukuku*. 682; Soyer, "Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları ," 56; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 177; Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 185; Ulucan, *İş Güvencesi*. 73.

² Akı, Altınbaş, Bahçivanlar, *Uygulamada İş Güvencesi*. 124.

³ Çelik, *İş Güvencesi*. 38; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 229; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi," 88; Şahin Çil, *İş Kanunu Şerhi*. 1.Cilt (Ankara: Turhan, 2007) 1236; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 744; Süzek, *İş Hukuku*. 682; Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 175.

⁴ Süzek, *İş Hukuku*. 550.

⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 39; Yarg..9.HD, 25.10.2004, E.2004/27200, K.2004/23871,

maddesinin açık hükmüne göre fesih bildirimının yazılı şekilde yapılması ispat değil, doğrudan fesih bildiriminin geçerliliğine ilişkin bir hüküm olduğu kabul edilmektedir. Kanımızca da, fesih bildiriminin yazılı yapılması iş güvencesi hükümleri kapsamına girmeyen işçilerin aksine geçerlilik şartıdır.

Yasanın açık anlatımı karşısında sözlü yapılan feshin yazıya dökülmesi şekil yönünden geçersizliği ortadan kaldırmamaktadır.¹ Yargıtay bir kararında, davacının iş sözleşmesinin sözlü olarak fesih edildikten sonra, noter kanalı ile yapılan feshe bu nedenle hukuki değer verilmeyeceği yönünde karar vermiştir.²

II. İşçinin Savunmasının Alınması Bakımından

1. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

İş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmesinin, davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilmesi halinde, işçinin savunmasının alınması gerekmektedir.(İş K. M.19) Fakat iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından işçinin feshinde savunmasının alınması gerekmemektedir.

“...Dosya içeriğine göre, davacı işçi iş güvencesi kapsamında kalmakta olup, dava da süresinde açılmıştır.Ancak davalı işverenin, geçerli fesih için yazılı bildirimde bulunmadığı ve feshin geçerli olmadığına bu nedenle feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi yerinde bulunmuştur.” Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 176; Yarg.9.HD, 27.09.2004, E.2004/5522, K.2004/1993, www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 09.06.2008, E.2007/39302, K.2008/14811, www.kazanci.com.

¹ Yarg.9.HD, 4.12.2006, E.2006/23730, K.2006/31649, “..Davacının iş sözleşmesi 08.03.2006 tarihinde feshedilmiş olup, davacıya ibraname ve çalışma belgesi verildiği ve tebliğ edildiği tarihte, bir başka anlatımla iş sözleşmesinin feshi anında yazılı fesih bildirimi yapılmamıştır. Davalı işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. Maddesindeki koşula uymamıştır. Fesih işleminden sonra noter kanalı ile gönderilen yazılı fesih bildirimi sonradan tanzim edildiğinden sonuca etkili değildir. Davanın reddi hatalıdır”. Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 504; Yarg.9.HD, 13.2.2006, E.2006/732, K.2006/3458, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*, 550.

² Yarg.9.HD, 27.12.2004, E.2004/14041, K.2004/29656, “Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının iş sözleşmesinin 25.12.2003 tarihinde sözlü olarak fesih edildiği, bu tarihte yapılan feshin anılan yasa maddesinde düzenlenen usul şartlarına uygun olarak yapılmadığı, bilhase 05.01.2004 tarihinde noter kanalı ile yapılan feshe bu nedenle hukuki değer verilmeyeceği anlaşılmakla davacının davasının kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde ret edilmesi hatalı olup kararın bozularak ortadan kaldırılmasına...”, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 643.

2. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde "...Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan 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..." hükmü yer almıştır.

İşçinin savunmasının alınması işçinin davranışı ve verimi nedeniyle yapılan fesihlerde getirilen bir zorunluluktur. Ancak burada verimi kelimesini 18. maddede yer alan yetersizliği(yeterliliği) şeklinde anlamak gerekir.¹

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle yapılan fesihlerde, işverenin işçinin savunmasını alma yükümlülüğü yoktur ve dolayısıyla bu sebeplerle savunma almadan yapılan fesihler geçersiz fesih oluşturmayacaktır. Çünkü bu tür fesihler doğrudan işçi ile alakalı insan merkezli değildir. Buna karşın, işçinin davranışından ya da veriminden kaynaklanan bir sebeple fesih yapılmış, ancak fesih bildiriminden önce işçinin savunması alınmamışsa, geçersiz fesih söz konusu olur.² Geçerli neden işçinin davranışı ve verimi ile ilgili ise 19. Madde çerçevesinde savunmasının alınıp alınmadığına bakacaktır.³ Yargıtay'a göre de, işverenin fesih için yazılı bildirimde bulunmaması fesih için işçinin davranışı⁴ veya verimine dayanılmasına rağmen savunmasının alınmaması

¹ Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 190; Çelik, *İş Güvencesi*. 39

² Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", 14; Ekonomi, "İş Hukuku. Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 53; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi," 85; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 748; Süzek, *İş Hukuku*. 554; Soyer, "Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları," 57; Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. 268; Alpagut, "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması," 18; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 173.

³ Ekmekçi, "4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine", 107; Ömer Ekmekçi, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", *Mercek Dergisi*, Temmuz. 2003: 135.

⁴ Yarg.9.HD, 1.2.2005, E.2004/31375, K.2005/2841, "Dosya içeriğine göre, davacı iş güvencesi kapsamında kalmakta olup, dava da süresinde açılmıştır. Ancak davalı işveren fesih yazısında davacının

halinde feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesine karar verilmelidir.¹

İşçinin savunmasının alınması hükmünün amacı, işçiyle işverenin fesih kararını etkileyebilme olanağını vermesidir.² Savunmanın biçimi ve yöntemi hususunda yasada bir açıklık yoktur. Savunma hakkının amacına uygun olarak, işveren işçiye verimsizliğinden veya davranıştan kaynaklanan fesih nedenini yazılı olarak bildirmek, savunma için işçiye uygun bir süre tanımak, yazılı ya da tutanakla tespit edilmek koşuluyla sözlü savunmasını vermediği takdirde, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hatırlatılmalıdır.³

Savunmanın şekli ve yöntemi konusunda yasada bir hüküm getirilmemiştir. İşçinin savunmasını aldığı kanıtlamak amacıyla işçiden yazılı bir savunma alması ispat kolaylığı sağlayacaktır. İşveren, işçinin yazılı savunma vermediğini veya vermekten kaçındığını tutanakla tespit edebilir.

Fesih bildiri ile birlikte veya fesihten sonra savunmanın alınması savunma alma amacına aykırılık teşkil edeceğinden feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır.⁴ Bu

davranışlarına dayanmasına rağmen 4857 sayılı İş Yasasının 19. maddesine göre savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Buna göre feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermek gerekir. “ www.kazanci.com.

¹ Yarg.9.HD, 29.06.2005, E.2005/19407, K.2005/23047, Kılıçoğlu ve Şenocak. *İş Güvencesi Hukuku*. 652.

² Soyer, “Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları,” 58; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 106.

³ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 178; Ulucan, 74-75.

⁴ Yarg.9.HD, 10.9.2003, E.2003/1225, K.2003/545, “...Davalı işveren savunma gününden önce yapılan yönetim kurulu toplantısında aldığı karar ile davacının iş ahdini haklı bir sebebe dayanmadan geçerli bir sebepte göstermeden feshetmiştir. 4857 sayılı kanunda geçerli bir sebep olmadan yapılan fesihlerde işe iade kararı verilmesi halinde yasal sürede işçinin yeniden işe başlatılmaması halinde muaccel olacağından tahsilinin talep edilmesi ve tahsiline karar verilmesinin yasal dayanağı olmadığından davacının davasının kısmen kabulüne karar verilmesi gerekmiştir.” Kılıçoğlu, 4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması. 178; Yarg.9.HD,21.4.2008,E.2007/31284, K.2008/9599, “İşverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklememektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarını geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten

nedenle ihbar öneli içinde alınması feshi geçersiz hale getirecektir.

İşçinin savunma alınması yükümlülüğü kanunun 25/II de belirtilen “Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” için işverene verilmemiştir. Başka bir anlatımla işveren 25/II de belirtilen durumlarda işçinin iş sözleşmesini savunma almadan feshedebilir.

III. Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Bildirilmesi Bakımından

1. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

Fesih bildiriminde bulunan tarafın akdi sona erdirme isteği açık ve belirgin bir biçimde anlaşılmalıdır.¹ Öte yandan olayların akışından taraflardan birinin davranışı ile sözleşmeye son verildiği anlaşılabiliriyorsa bu davranışın da fesih beyanı olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Örnek verilecek olursa işçi işi terk edip gitmişse veya işveren işçiyi işe kabul etmiyorsa fesih iradesi var sayılmalıdır. Yargıtay bir kararında, fesih bildirimini her zaman açık bir şekilde yapılamayacağını, olayların akışından taraflardan birinin davranışı ile sözleşmeye son verildiği anlaşılabilmesi durumunda bu davranışı fesih olarak değerlendirilmesi gerektiği kararını vermiştir.²

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 vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyile birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.” www.kazanci.com.

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 458; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 189; Centel, *Bireysel İş Hukuku*. 168; Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 190; Yarg.9.HD, 5.12.2006, E.2006/24972, K.2006/32011, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 508; Yarg.9.HD, 27.10.2003, E.2003/18040, K.2003/18119, “...Davacı vekili müvekkilinin iş akdinin geçersiz sebeple feshedildiğini iddia ederek işe iade davası açmıştır. Mahkemece iş akdinin haklı sebeple feshedildiği, davacının işe iadesini gerektirir bir husus bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir. 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Kanunu 13. maddesine eklenen 13/B bendi gereğince fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Davalının 30.04.2003 tarihli fesih bildiriminde herhangi bir sebebe dayanılmamıştır. Bu nedenle aynı yasanın 13/C bendi gereğince açılan davanın kabulü gerekirken reddi isabetsiz olup, kararın bozulması gerekmiştir.” www.kazanci.com.

² Yarg.9.HD, 20.10.1997, E.1997/13230, K.1997/17815, www.kazanci.com.

İş güvencesi kapsamı dışındaki belirsiz süreli işveren tarafından, bildirim sürelerine uyulmak şartı ile herhangi bir sebep gösterme yükümlülüğü olmaksızın serbestçe feshedilebilecektir.¹ Buna karşılık İş Kanununun 18. Maddesi uyarınca iş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir nedenin varlığı aranmaktadır. Diğer bir deyişle işveren, iş güvencesi hükümlerine tabi olmadığı takdirde herhangi bir neden göstermek zorunda olmadan iş ilişkisini sonlandırabilmektedir.

Kural olarak tarafların nedene dayanması ve belirtmesi gerekmez. Fakat iş sözleşmesi ile veya toplu iş sözleşmesi ile “sebebin bildirilmesi” veya belirli sebeplerle feshin yapılabileceği önceden kararlaştırılabilir. Bu durumda sebebin bildirilmemesi veya belirtilen sebeplere uyulmaması durumu feshin geçersizliği sonucunu doğurur.²

Süreli fesih bildirimının yapılması sonrasındaki dönemde, sözleşmenin yürürlükte kaldığı müddetçe haklı bir fesih sebebinin ortaya çıkması durumunda süre sonu beklenmeden sözleşme derhal feshedebilecektir.

2. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. Maddesine göre, fesih bildiriminin fesih sebebini açık ve kesin şekilde içermesi zorunludur. Fesih bildiriminde, işverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalıdır ki, işçi açısından iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalı, işçi yeni hukuki durum hakkında kuşku içerisinde bırakılmamalıdır.³ Fesih nedeninin fesih bildiriminde kesin ve açık şekilde belirtilmemiş olması fesih nedeninin belirtilmediği anlamına gelir.

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 458; Centel, *Bireysel İş Hukuku*. 169; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 173; Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 191; Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan. *Bireysel İş Hukuku*. 156.

² Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 174.

³ Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 51.

İşverenin fesih bildiriminde kullandığı ifade o kadar açık ve seçik olmalıdır ki, işçi bu bildirimle iş ilişkisinin gösterilen sebeple sona erdiğini anlamalıdır.¹ Örnek vermek gerekirse, “görülen lüzum üzerine iş sözleşmesini feshediyorum” ibaresi soyut bir ifadedir; fesih sebebinde açıklık ve kesinlik bulunmamaktadır.²

Fesih nedeni işverence daha sonra gösterilemez.³ İşveren, belirttiği fesih nedeni ile bağlıdır. İşveren işe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe dayanamaz.⁴

Fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi kuralı, işverenin gösterdiği sebeple bağlı olması ilkesinin bir görünümüdür.⁵ Nitekim Yargıtay da, işverenin, ilk fesih sebebiyle bağlı olduğunu ve yargılama aşamasında ilk fesih sebebini değiştiremeyeceğini vurgulamaktadır.⁶ Belirtmek gerekir ki, fesih sebebinin açık ve net

¹ Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*. C.1-2, (İstanbul: 2008) 1229-1230.

² Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 106-107; Yarg.9.HD, 9.12.2004, E.2004/11330, K.2004/27375, “4857 sayılı kanunun 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, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 531.

³ Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 189; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 103-104, “...Zira Fesih için sebep ve gerekçe gösterilmediğinden sonradan sebep ve gerekçe göstermekte yasaya uygun bulunmamıştır...”. Yarg.9.HD, 10.11.2003, E.2003/18715, K.2003/19032, Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 181.

⁴ Yarg.9.HD, 11.10.2004, E.2004/10587, K.2004/22804, “...Davacıya gönderilen fesih yazısında, “üretim kapasitesi,2004 yılındaki üretim programı, tasarruf önlemleri ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeni ile (X)Holding deki işinize son verilmiştir” nedenlerine dayanılmıştır. Bu fesih yazısında, gerekçede belirtildiği gibi özelleştirme ve birleştirmeden söz edilmemiştir. Davalı yargılama aşamasında fesih sebebini değiştirmiştir. Davalı işveren ilk fesih sebepleri ile bağlıdır. Fesih yazısındaki nedenler kanıtlanmadığı gibi, davacının çalıştığı birimde hizmetine ihtiyaç duyulduğu da dosya içindeki delillerden anlaşılmaktadır. Mahkemece yazılı gerekçe ve haklı fesih olmadığı uyuşmazlık dışı iken, haklı fesihten dolayı davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.” Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 183.

⁵ Uçum, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*. 152.

⁶ Yarg.9.HD, 10.11.2004, E.2004/10587, K.2004/22804, Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 183.

olarak gösterilmesi şartı, yazılılık şartında olduğu gibi bir geçerlilik şartıdır.¹ Yargıtay da öğreti görüşünü benimsemekte ve fesih sebebinin açık ve net olarak gösterilmemesini geçersiz fesih hali olarak görmektedir.²

Fesih sebebinin açık ve net olarak gösterilmesi zorunluluğu, yazılılık zorunluluğunda olduğu gibi, sadece geçerli nedenlere dayalı fesihleri değil, haklı nedenlere dayalı fesihleri de kapsadığını eklemek gerekir. Buna göre, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesi, haklı nedenle feshedilirken de fesih sebebi açık ve net olarak gösterilmesi gerekir.³

4857 Sayılı İş Kanunu'nda haklı bir nedenin bulunması halinde fesih hakkının 6 günlük hak düşürücü sürede kullanılması gereği düzenlenmiş iken, geçerli nedenlerin bulunması halinde ise fesih hakkının ne zaman kullanılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İşverenin bu hakkını, somut olayın özelliğine uygun makul bir süre içerisinde kullanması gerektiği de açıktır.⁴ İşverenin talimatı veya yazılı uyarısından sonra makul bir süre geçince işveren fesih hakkını kullanacaktır.

¹ Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 234; Süzek, *İş Hukuku*. 553; Yarg.9.HD, 27.5.2004, E.2004/10215, K.2004/2744, "...Anılan yasanın 19. Maddesinde de işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu şekil koşullarının yerine getirilmemiş olması fesih için geçerli bir sebep gösterilmediği sonucunu doğurur. Somut olayda yazılı bir fesih bildirim yapılmadığı gibi geçerli bir sebebin varlığı da kanıtlanmış değildir." Mustafa Kılıçoğlu, *4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Yorumu*. Can Tuncay'a Armağan. (İstanbul: 2005) 180.

² Yarg.9.HD, 13.11.2003, E.2003/17457, K.2003/19298, Kılıçoğlu, *4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Yorumu*. 182; Yarg.9.HD, 7.7.2005, E.2005/21833, K.2005/24207, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 522.

³ Ulucan, 74; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 584.

⁴ Yarg.9.HD, 27.01.2005, E.2004/26072, K.2005/2011, Çankaya, Günay ve Gökteş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 549; Yarg.9.HD, 27.3.2006, E.2006/5580, K.2006/7865, "...Dairemiz uygulamasına göre geçerli nedenle fesih hakkının makul bir süre içinde kullanılması gerekir. Bu süre her olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Somut olayda, geçerli nedenle fesih hakkı bakımından iş sözleşmesi süresi içinde kullanılmıştır.", Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 633.

İş kanunu, fesih bildirimının yapılma yeri ve zamanı ile ilgili olarak bir düzenleme getirmemiştir. Dürüstlük kuralı uyarınca uygun yer ve zamanda yapılması, hakkın kötüye kullanılmaması gerekir.¹

§ 2.Feshin Geçerli Bir Nedene Dayanması Bakımından Karşılaştırma

Fesih geçerli bir nedene dayanması, iş güvencesi kapsamında olan işçiler ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından farklılıklar arz etmesi sebebiyle bu konuyu ayrıntılı bir şekilde aşağıdaki başlıklar altında inceleyeceğiz.

I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

Hukukumuzda işveren, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesini feshederken herhangi bir neden göstermek zorunda değildir. Yani iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmeleri, bildirim sürelerine uyularak veya peşin ödeme suretiyle feshedilebilecektir. Buna rağmen, ileride ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından süreli fesih bildiriminde geçerli nedene dayanma zorunluluğu bulunmaktadır.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmeleri işveren tarafından bildirim sürelerine uymak suretiyle feshedilebilir. Fakat bu tarafların tamamen her koşulda fesih haklarını kullanabilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır. Bu işçilerin iş akitleri işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanılmak suretiyle sona erdirilmesi halinde uygulanacak yaptırım, feshin geçersizliği değil bildirim sürelerine ait ücretin üç katı tutarında bir tazminat olan kötü niyet tazminatıdır. Söz konusu fesih hakkın kötüye kullanılması da oluştursa geçerli bir fesihtir.

¹ Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 103.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sözleşmelerinin işverence süreli feshi halinde İş Kanunu 17'ye göre geçerli bir neden belirtme zorunluluğu bulunmayacak fakat bu nedenler hakkın kötüye kullanıldığı iddia edildiği durumlarda mahkemece tartışılacaktır. Bunun yanında iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sözleşmelerinin süreli feshinde İş Kanunu madde 18'e göre geçerli bir nedenin varlığı aranacaktır.

II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde "...işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır..." hükmü yer almıştır. İş Kanunu'nda geçerli nedenler örnek verilmek suretiyle sayılmış, geçerli neden sayılmayacak olgular da gösterilmiştir.

Önce 4773 sayılı yasa ile yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile iş hukukuna, iş sözleşmesinin feshi için gerekçe olan "haklı neden" kavramının yanında, "geçerli neden" kavramı getirilmiştir.¹ Bu geçerli neden kavramı, haklı neden ağırlığında olmayan ama işçinin iş görme borcunu ve iş sözleşmesinin devamını olanaksız kılan veya işyerinin normal seyrini önemli ölçüde etkileyen nedenlerdir.² Başka bir ifadeyle geçerli sebep kavramı, kanunda tanımlanmamakla birlikte haklı neden düzeyine ulaşmayan ve fakat işvereni yaptığı fesihle makul ve mazur gösteren objektif bir olgudur.³

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 505; Çelik, *İş Güvencesi*. 25; Ekonomi, Feshe Karşı Korunma, s.95; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi," 30.

² Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 184; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 217-218; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 171; Ulucan, *İş Güvencesi*. 37; Süzek, *İş Hukuku*. 443.

³ Ercan Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*. (Ankara: Seçkin, 2008) 787.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25. Maddesinde hizmet akitlerinin işveren tarafından "haklı sebeple" derhal feshi, 18. Maddede ise "geçerli sebeple" fesih yer almıştır."

Hukuki sonuçları bakımından geçerli sebep ile haklı sebep kavramı ayrımı önem taşımaktadır. Feshe dayanak alınan bir sebebin geçerli bir fesih sebebi olarak değerlendirilebilmesi için, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya iş yerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen bir sebep olması gerekir. İşçinin bir davranışı İş K. M.25/II anlamında haklı sebep olarak değerlendirilmesi halinde iş sözleşmesi ihbar süresi verilmeden ve tazminatsız feshedilir. Oysa işçinin davranışı geçerli sebep kabul edilirse süreli ve tazminatlı fesih söz konusu olur. Geçerli nedenli fesihte işverenden beklenen, feshe en son çare olarak bakması ve sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığını araştırmasıdır. "Geçerli sebep", "haklı sebep" kavramını kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir.

İş kanununun 18. Maddesinde belirsiz süreli hizmet akdinin bildirim süresine göre feshinde geçerli sebebe dayanılacağı öngörülmekte ve bu sebeplerin ne olabileceği de açıklanmaktadır. Bu sebeplerden bir grubu işçiden kaynaklanmakta, diğer grubu ise işyeri-işletmeden kaynaklanmaktadır. İş Kanunu'nun yeni düzenlemesi uyarınca işveren hizmet akdini feshetmek istediğinde, işçinin davranışlarından veya yeterliliğinden ya da işletmenin, işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması şarttır. İş K. m. 18/3 de, 158 sayılı ILO Sözleşmesi m.5-6 ya paralel bir şekilde iş sözleşmesinin süreli feshinde geçerli neden oluşturmayan haller sayılmıştır. Avrupa ülkelerinde kabul edilen iş güvencesi sisteminde benzer deyimler yahut aynı anlamı taşıyan deyimler kullanılmaktadır.¹

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesine sayılmış olan sebepler iş sözleşmesinin feshi için hiçbir şekilde geçerli sebep oluşturmayacaktır.

¹ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 572.

a) Sendikal üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak

c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhinde idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.

d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.

e) 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu srelerde işe gelmemek.

f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

Yasa işçiyi koruyan haklardan en önemlilerini sayarak bunların fesih için geçerli neden oluşturmayacağını kabul etmiştir.

1. İşçinin Yeterliliğinden Kaynaklanan Sebepler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesinde "...işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır..." hükmü yer almıştır. Bu hükme göre işçiden kaynaklanan geçerli nedenler ikiye ayrılmış olup, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerdir. İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilebilir.

Birim zaman'da harcadığı emeğin sonucu olarak ortaya çıkan üretim düzeyi veya

miktarı işçinin verimliliğini belirler.¹ İşçinin ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışması akdin feshinde geçerli sebeptir.² Bireysel performans kavramı ise, çalışanın sahip olduğu birikimlerin, bu birikimlerini kullanarak gösterdiği çabaların, bu çabanın sonuçlarının ve sonuçların firmaya yarattığı faydanın bir bütünü olarak tanımlanmaktadır. Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur.

Şimdiye kadar işletme içi kavramlar olan performans ve verimlilik kavramları artık işletme dışında savunulması gereken, yargılama sürecinde tartışılması gereken kavramlara dönüşmüştür.³

İşçinin yeterliliğinde, verimliliğinde kusura bakılmaz. Önemli olan onun niteliklerine göre üstlendiği işte normal olarak verimli çalışmayı gösterip göstermemesidir.⁴ Kusur unsuru daha çok işçinin davranışlarıyla ilgili nedenlerde söz konusu olabilir. Buna karşılık işçinin verimsizliği kusuruna dayanabileceği gibi, kusuru olmaksızın da ortaya çıkabilir.⁵

18. maddenin gerekçesinde; işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler açıklanmıştır. Bunlar, ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği

¹ Bekir Uzun, “İş Sözleşmesinin sona ermesi”, *Yeni İş Yasası Semineri*, İstanbul: İTO Yayın, (2004) 76.

² Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 184; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 574.

³ Mehmet Uçum, “Yeni İş Kanunu Hükümlerine Göre İş Güvencesi,” *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran. 2003: 1387; Ömer Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, *Mercek Dergisi*, MESS Yayını, Ekim. 2002: 102.

⁴ Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 213; Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, 8.

⁵ Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, 102.

niteliklerden beklenenden daha düşük performansa 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 olma halleridir.

İşçinin yetersizliğinden doğan nedenlerin geçerli neden sayılabilmesi için işyerinde olumsuzluklara yol açması, aranması gereken bir koşuldur.¹

İşçinin mesleki yetersizliği kural olarak geçerli fesih nedenidir. İşçinin işin gerektirdiği eğitime veya diplomaya sahip olması yeterli değildir, bunun yanında bu niteliklere uygun verimi ve performansı da göstermesi gerekmektedir.² İşçinin yaptığı üretim kadar, ekip çalışması, değişime uyum, iletişim ve etkileme yeteneği, iş kalitesi, iş yönetimi ve planlama, karar alma, kişisel gelişim, sorun çözme ve inisiyatif kullanma, mesleki ve teknik uzmanlık, müşteri memnuniyeti gibi geniş bir yelpazede yer alan unsurlarda mesleki yetersizliğinin belirlenmesinde göz önüne alınacaktır.³

İş gücünde bir azalmaya yol açmadıkça soyut olarak işçinin belli bir yaşa ulaşması ya da emeklilik hakkını kazanması tek başına geçerli fesih nedeni oluşturmamaktadır. Yaşlılık ancak işçinin verimini ciddi bir şekilde olumsuz etkiliyorsa geçerli bir nedeni olabilir.⁴ Bunun yanında bu hak da işverenin işçiyi gözetme borcuna ve dürüstlük kuralına uygun

¹ Uçum, “Yeni İş Kanunu Hükümlerine Göre İş Güvencesi,” 1388; Yarg.9.HD, 10.10.2006, E.2006/19150, K.2006/26792, “...davacının söz konusu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı açıktı. Böyle olunca davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir.”, Ethem Kara, *İş Sözleşmesi İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi Ve Sonuçları*. (Ankara: Bilge, 2008) 193.

² Süzek, *İş Hukuku*. 512.

³ Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, 101.

⁴ Süzek, *İş Hukuku*. 507.

bir şekilde kullanılmalıdır. Yargıtay da salt emekliliği isabetli olarak geçerli neden kabul etmemiştir.¹

Hastalık veya kaza nedeniyle uzun süren işe devamsızlık kural olarak bir geçerli fesih nedeni olarak sayılmaktadır. Yargıtay bir kararında, hastalığa bağlı performans düşüklüğü sonucunda işçinin iş değişikliğinin geçerli nedene bağlı olduğunu ve işçinin değişikliği kabul etmemesini geçerli bir fesih nedeni olarak kabul etmiştir.² Yargıtay bir diğer kararında ise davacının sık sık rapor almasının ardından verimsizliğinin rapor tarihinden sonra da devam etmiş olmasını geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir.³

2. İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler

İşçinin kusurlu olarak iş sözleşmesine ilişkin ana edim veya yan edim yükümlülüklerini ihlali, davranış sebebiyle feshe neden olur.⁴ Yeterlilikten kaynaklanan sebeplerde, işçi işi gereği gibi yerine getirmek ister ancak bazı nedenlerden dolayı getiremez; davranışlarından kaynaklanan sebeplerde ise işçi yeterli olmasına rağmen, kendi arzusu veya kusuru nedeniyle işi gereği gibi yerine getiremez. Davranıştan kaynaklı geçerli

¹ Yarg.9.HD, 13.12.2004, E.2004/28790, K.2004/27501, "...Davalı işveren fesih bildiriminde salt emekliliğe dayanmış, işyerinden kaynaklanan başka neden ileri sürmemiştir. Salt emeklilik fesih için yeterli neden olmaz. Yasanın gerekçesinde açıklandığı gibi, emeklilik, diğer işyerinde kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli kabul edilecektir..." www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 19.1.2004, E.2003/22196, K.2004/261, "4857 Sayılı İş Kanununda 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 belirtilmemiştir. Feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşıldığından mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi yerinde bulunmuştur." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 828.

² Yarg.9.HD, 23.6.2005, E.2005/19305, K.2005/22565, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 854.

³ Yarg.9.HD, 27.3.2006, E.2006/5581, K.2006/7866, "...Dosya içeriğine göre davacının hastalığı nedeniyle sık sık rapor aldığı, verimli olamadığı, işverene verdiği savunmada da bu durumu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar 1.8.2003 tarihli sağlık raporunda çalışmasına engel bir durumunun olmadığı belirtilmiş ise de, 23.6.2005 tarihli savunmasında da belirttiği gibi o tarihten sonra da durumunda her hangi bir düzelme olmamış, verimsizliği devam etmiştir.Mevcut olgulara göre feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 860.

⁴ Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 215-216.

fesih sebeplerinde, yetersizlik nedeninden kaynaklı geçerli fesih nedenlerinin aksine, işçinin kusuru aranır.¹

4857 Sayılı iş kanununun 18. Madde gerekçesinde davranışlardan kaynaklanan sebepler örneksene yolu ile sayılmıştır. Yasanın gerekçesine göre; “İşverene zarar vermek veya zararın tedirginliğini oluşturmak; işyerinde rahatsızlığa neden olacak şekilde çalışma; işyerindeki işçi arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, uyarılara rağmen işini eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyebilecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatacak şekilde işyerinde dolaşmak gibi haller” geçerli fesih nedenleridir.

İşçinin haklı sebeple feshe olanak veren haklı neden ağırlığında olmayan; fakat sözleşmeye aykırılık oluşturan ve iş ilişkisini olumsuz etkileyen davranışları, işçinin davranışından kaynaklanan feshe dayanak oluşturur.² Sözleşmenin feshi için geçerli neden teşkil eden davranış, iş ilişkisinin devamını işveren bakımından çekilmez hale getirmemekle birlikte bu ilişkinin sürdürülmesi halinde işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenmeyecek ve işyerinin işleyişini olumsuz şekilde etkileyecek bir davranıştır.³

İşçinin özel yaşamı veya sosyal açıdan olumsuz bir davranışı kural olarak iş ilişkisini ilgilendirmez. Önemle vurgulanmalıdır ki; işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak

¹ Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 216.

² Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 54.

³ Demir, 48.

feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı toplumca olumsuz karşılanırsa ve etik bulunmasa bile işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa fesih için geçerli neden oluşturmaz.¹

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağı belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.²

Yargıç olayın özelliğine göre işçinin davranışının işin normal işleyişini veya işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyip etkilemediğini kararlaştıracaktır. Yargıtay, davacının sık sık işe geç gelmesini³, işçinin haklı bir mazerete dayanmadan devamsızlığını⁴, işçinin müşterilerle sert ve kırıcı konuşmasını⁵, işçinin mesai saatleri içerisinde birkaç saat internete girmesini⁶ geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir.

¹ 216; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 185; Uçum, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*, 140; Yarg.9.HD, 31.1.2005, E.2004/17355, K.2005/2619, Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. 90.

² Demir, *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları*. 105.

³ Yarg.9.HD, 3.4.2006, E.2006/4727, K.2006/8246, “..Davacının sık sık işe geç geldiği ve bunu alışkanlık haline getirdiği, bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu sabittir. Davalı işverenin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli nedene dayanmaktadır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 674.

⁴ Yarg.9.HD, 5.12.2005, E.2005/35871, K.2005/38686, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 685.

⁵ Yarg.9.HD, 10.10.2005, E.2005/22235, K.2005/32793, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 705.

⁶ Yarg.9.HD, 10.10.2006, E.2006/19150, K.2006/26792, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 707.

3. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler

4857 Sayılı İş Kanunu m.18 iş sözleşmesini fesheden işverenin işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep gösterme zorunluluğunu düzenlemiştir. Ancak feshi mümkün kılan gereklerin ne olduğu konusunda maddede herhangi bir kıstas yoktur.

Türk hukukunda işletme gerekleri ile fesih, ekonomik nitelikli birtakım objektif nedenlerle işçinin çalışma imkanının ortadan kalkması ve bunun sonucunda işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanması şeklinde tanımlanabilir.¹

İşyerinde işçi azaltılması gereksinimi, işyerinin daraltılması, yeni teknoloji uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, işyerinde görülen bazı iş türlerinin kaldırılması gibi nedenler olmaksızın, salt organizasyon yapısının değiştirilmesine de dayanabilir.²

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerin takdirinde önemli olan, işçi azaltılmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkmış olmasıdır.³ Özellikle ekonomik kriz nedeniyle veya başka olağanüstü bir durumun işyerini doğrudan doğruya olumsuz etkilediğini işveren tarafından ispatlaması gerekir. İşçinin görmüş olduğu işin ortadan kalkması gerekmez, işçinin görmekte olduğu işin artık daha az işçi ile görülebilecek olması yeterlidir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan

¹ Eda Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin hüküm ve Sonuçları*. (Ankara: Turhan, 2009) 96.

² Ekmekçi, “4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, 102-103.

³ Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, 102-103.

durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karar dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18. Maddesi anlamında geçersiz kılmaz, iş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur.

158 sayılı sözleşmeden aynen alınan ve geniş kapsamlı olan bu sebepler 18. Madde gerekçesinde iki grupta toplanmaktadır. 18. madde gerekçesinde; birinci gruba girenler “işyeri dışı sebepler” olarak adlandırılmaktadır: Talep ve sipariş azalması, sürüm ve satış olanaklarının azalması, ülkede yaşanan ekonomik krizi enerji sıkıntısı, piyasada genel veya sektörde durgunluk, dış Pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebepler işyerinde üretimin sürdürülmesini ve maliyetleri çok yönlü olumsuz etkileyebilir ve işçilerin hizmet akitlerinin feshini gerekli kılabılır.¹ 18. madde gerekçesinde diğer gruba giren ve “işyeri içi sebepler” diye adlandırılan sebepler, örneğin işyerinde yeni çalışma yöntemlerinin ve teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kaldırılması bazı iş türlerinin iş organizasyonundan çıkarılması ve işçi sayısının azaltılmasının gerekli olması gibi sebepler, geçerli sebepler sayılacaktır.

Alınan kararın hakim tarafından açıkça akla aykırı, objektif ve keyfi olup olmadığı araştırılır. Bunun için bazı ölçütlerden faydalanabilir.² Öncelikle feshe neden olan işverenin girişimci olarak verdiği kararın gerçeğe uygun olup olmadığı, alınan bu kararın işçinin işi ortadan kaldırıp kaldıramayacağı, işverenin kararı dış etkenler nedeniyle alınmamış ise, dış etkenlerin varlığının ve dış etken nedeniyle işçinin işini sürdürme imkanının olmadığı hakim tarafından araştırılacaktır.³

¹ Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, 11.

² Ulucan, *İş Güvencesi*. 60-61; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 580.

³ Ulucan, *İş Güvencesi*. 60-61; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 580.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılması, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi - feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararlar ulaşılmak istenen hedefe başka bir yolla ulaşmak mümkün ise, fesih için geçerli nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka bir işte çalıştırarak veya meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı varken, feshe başvurmamalı, fesih yoluna en son çare olarak gidilmelidir.¹ Eğer işyeri gereklerine iş sözleşmesinin feshi dışında başka bir yol ile gidilmesi mümkünse fesih için geçerli bir sebep oluşmaz.²

İşçinin şimdiye kadarki işyeri ortadan kalkmışsa ve ayrıca işçi işyerinin başka bölümünde veya işletmeye ait başka bir işyerinde tekrar işe alınamıyorsa, işçiye mesleki eğitim verilemiyorsa, çalışma koşulları değiştirilemiyorsa işveren işletme gerekleri dolayısıyla sözleşmeyi feshedebilir.³

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenleri konu alan davlarda, işyeri sınırlarının sakınca yaratacak surette açık edilmemesine özen gösterilmelidir.⁴

¹ Cevdet İlhan Günay, *İş Davaları*. 1154.

² Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 734-735.

³ Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin hüküm ve Sonuçları*. 97.

⁴ Ekmekçi “4773 sayılı iş güvencesi yasası karşısında ortaya çıkabilecek uygulama sorunları Üzerine”

§ 3.Feshin Haklı Bir Nedene Dayanması Karşısında İşçinin İş Güvencesinden Yararlanma Hakkı

Haklı neden, kural olarak taraflardan birinin kusurlu bir davranışından kaynaklanan ve diğer taraf için belirli ya da belirsiz süreli iş ilişkisinin devamına katlanılmayacak hale getiren, taraflar arasında güven ilişkisini zedeleyen hallerdir.¹ “Haklı neden” kavramı 4857 sayılı İş Kanununun 25. Maddesindeki nedenler için kullanılan bir kavramdır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ve Yargıtay’ın bir kararına göre, aslında haklı sebep aynı zamanda bir geçerli sebeptir.² İşçinin amirleriyle sık sık gereksiz tartışmalara girmesi, işyerinde siyasi propaganda yapmak suretiyle işçiler arasında huzursuzluk yaratması, işe sık sık geç kalması, olayın meydana geliş şekli ve ağırlığına göre geçerli fesih nedeni oluşturabileceği gibi, bir haklı fesih nedeni de oluşturabilir. Somut olayda yapılacak değerlendirmede işçinin sözleşmeye aykırı davranışının ağırlığı ve kusur derecesi ile taraflar arasındaki güven ilişkisinin ne ölçüde etkilendiği ve işyeri düzeni dikkate alınarak hakim takdir yetkisini kullanarak haklı neden veya geçerli neden olduğu tespit edilecektir.³

Kanun’un madde 25/II anlamındaki fesihlerde savunmanın alınmasına gerek olmadığı gibi, feshin yazılı yapılması, fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirlenmesi şartı da

103.

¹ Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 36-37; Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Sicil Hukuk Dergisi*, S.1, Mart. 2006: 72.

² Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. 258; Yarg.9.HD, 23.01.2006, E.2006/38380, K.2006/915, “..İşverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshi halinde, aynı zamanda feshin geçerli nedene dayandığının da kabulü gerekir.” Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. 258.

³ Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 217-218; Uzun, “İş Sözleşmesinin sona ermesi”, 79; Çelik, *İş Güvencesi*. 28; Ekmekçi, “4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine,” 103-104.

aranmayacaktır.¹ 25/II'ye göre işini haklı nedenle son verilen bir işçinin kıdem tazminatı hakkı doğmaz. Fakat 18. Maddedeki geçerli fesih nedenlerinin madde 25/II'deki nedenler kadar ağır nedenler olmaması sebebiyle, iş sözleşmesi belirli usul ve şartlarda sona erdirilecek, fesih öneli verilecek, kıdem tazminatı ödenecektir. Bu sebeple yapılan feshin haklı fesih mi yoksa geçerli fesih mi olduğu konusu önem taşımaktadır.

4857 Sayılı İş Kanununun 25. Maddesinin son fıkrasına göre, “işçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir.” denilmektedir. Bu hüküm ile iş sözleşmesinin haklı nedene dayanarak feshedilmesi halinde feshin haklı nedene dayanmadığını iddia eden işçi tarafından işe iade davası açma hakkı getirilmiştir. Daha açık bir ifade ile iş güvencesi kapsamında yer alan işçilerin fesih sebebinin haklı olmadığı gerekçesi ile işe iade davası açma hakları bulunmaktadır.² Bu durumda mahkeme açılan davada önce haklı nedenle fesih olup olmadığını araştırarak, gösterilen nedenlerin haklı olmadığı sonucuna varırsa, geçerli neden olup olmadığını araştıracaktır.³ Gösterilen neden ‘haklı neden’ olmadığı halde ‘geçerli neden’ ise işe iadeye karar vermeyecektir. Gösterilen neden haklı neden olmadığı gibi geçerli neden de değilse işçinin işe iadesine karar verecektir.

Haksız fesihlerin iş güvencesine ilişkin hükümlerinden de sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler yararlanacaktır. İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş akitleri İK m 25 hükümlerine aykırı feshedilmesi durumunda bu durumda haksız feshe

¹ Ekmekçi, “4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine,” 107.

² Çelik, *İş Hukuku I*. 236; Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 194.

³ Yarg.9.HD, 11.4.2005, E.2005/7441, K.2005/12936, “Davalı hizmet sözleşmesinin feshinde “haklı” nedene dayandığını savunmaktadır.Bu durumda mahkemece yapılacak iş, öncelikle haklı fesih nedenleri bulunup bulunmadığını saptamak varsa ona göre karar vermek, haklı fesih koşulları oluşmamış ise o zaman geçerli fesih şartlarının bulunup bulunmadığını incelemek ve sonuca göre karar vermek olmalıdır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1100.

ilişkin hükümler uygulanır. Ayrıca haksız feshe maruz kalan işçi koşulları varsa kıdem tazminatı ve İK 17 uyarınca ihbar tazminatı isteyebilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, İş Kanununun 25. Maddesi uyarınca yapılan fesihlerde fesih işleminin yazılı yapılmasına ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde bildirilmesine gerek bulunmamaktadır. Yargıtay kararına göre de işverenin haklı sebeple yapmış olduğu ancak daha sonra bu sebebin geçerli sebep kabul edildiği durumlarda 19. maddede koşulları aranmayacaktır.¹ Kanımızca bu durum bazı kötü niyetli işverenlerin fesih prosedüründen kaçınmak için fesihlerde 25. Maddeye dayanmasına yol açacaktır.

§ 4. Feshin Usulünde Tabi Olacakları Ortak Hükümler

I. Fesih Bildirim Süreleri

Fesih bildirimini bozucu yenilik doğuran, hemen veya belirli süre geçmesi ile iş sözleşmesini sona erdiren, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır.

Sürelili fesihte fesih bildirimini yapılması ile sözleşmenin sona ermesi zamanı arasında geçmesi gereken bir süre bulunmaktadır. İş Kanununda, işçinin işyerinde kıdemi arttıkça fesih bildirimini sürelerinin de artması kabul edilmiştir.² Fesih bildirimini sonuç doğurabilmesi için geçmesi gereken bu süreler 1475 sayılı Kanunda mevcut bulunduğu şekliyle 4857 sayılı yasamızda da yerini almış bulunmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu 17. Maddesine göre, “Belirsiz süreli İş Sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. İş Sözleşmeleri a. İşi altı aydan az

¹ Yarg.9.HD, 24.02.2004, E.2003/22581, K.2004/3229, “...işveren tarafından davacının hizmet akdinin feshi 25/2 maddesine dayandırılmış, ancak 26 maddedeki altı günlük hak düşürücü süre geçtiği gerekçesiyle işverenin haklı sebeple feshi kabul edilmemiştir. Bu gibi durumlarda, ihbar ve kıdem tazminatı talepleri kabul edilebilir ise de, işçinin feshin geçersizliği ve işe iade isteği değerlendirilirken 4857 sayılı Yasanın 25/son maddesi gereği aynı yasanın 19. Maddesi koşulları aranmaz. 18,20,21. Madde hükmü gereği değerlendirme yapılması gerekir.Bu nedenle mahkemenin 19. Maddedeki usule uyulmadığı gerekçesi ile davayı kabul etmesi yasal bulunmamıştır..” www.kazanci.com.

² Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 194.

sürmüş olan işçi için, bildirimini diğer tarafa yapılmasından başlayarak 2 hafta sonra, b. İş altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimini diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c. İş bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimini diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d. İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır.”denmektedir.

Mevcut yasada bildirim süreleri hem işçi hem işveren yönünden aynı tutulmuş ve işçinin işyerinde çalıştığı süre dikkate alınmak suretiyle düzenlenmiştir. Fesih bildirimine ilişkin irade beyanının karşı tarafa bildirilmesi yeterli olup beyanın geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Önellere muhataba varma ile mi yoksa muhatapça öğrenme ile mi işlemeye başlayacağı öğretilmektedir. Bir görüşe göre, fesih bildirimini karşı tarafa varması anından itibaren hukuki sonuç doğurur.¹ Diğer bir görüşe göre ise, fesih bildirimini karşı tarafça öğrenilmesi anında sonuç doğuracaktır.² Yargıtay da “Fesih Bildirimini muhataba ulaştığı anda sonuç” doğuracağı görüşüne katılmaktadır.³ Fesih bildirimini karşı tarafa varma anından itibaren hüküm doğurmasının bir sonucu, fesih bildiriminden artık dönülmeyeceğidir.

Bildirim süresine esas olacak çalışma süresinin tespitinde başlangıç olarak işçinin işe başladığı, çalışma süresinin sonu olarak da fesih bildirimini muhataba ulaştığı gün göz

¹ Ferit Hakkı Saymen, *Türk İş Hukuku*. (İstanbul: 1954) 552-553; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 194; Fevzi Demir, *Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama*. (Legal, 10) 220; Turhan Esener, *İş Hukuku*. (Ankara: Sevinç, 1978) 225; Şakar, *İş Hukuku Uygulaması*. 114.

² M. Kemal Oğuzman, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi*, (İstanbul: 1955) 174-175.

³ Yarg.9.HD, 8.7.2004, E.2004/24391, K.2004/23183, “4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimini tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir.” denilmektedir. O halde, davanın süresinde açılıp açılmadığının tespitinde işçiye yapılan fesih bildirimini tarihi nazara alınmalıdır. Buna göre, davanın bir aylık yasal süre içinde açılmadığı anlaşıldığından, bu nedenle reddi gerekirken, yazılı şekilde süresinde açıldığı kabul edilerek işin esasına girilmesi ve hüküm kurulması hatalıdır.” www.kazanci.com.

önüne alınmalıdır. Bu başlangıç ve bitim tarihleri arasındaki süre işçinin çalışma süresi olarak kabul edilmelidir. Bu sürelerin hesabına deneme, hastalık, gebelik, kısa süreli askerlik ya da kanuni grevde geçen süreler dahil edilecektir.¹ Fesih bildirimının karşı tarafa varmasından başlayarak hesap olunan bu önellere işçinin “raporlu olduğu süre” içinde sonuç doğurmaz; ancak, rapor süresinin sonunda gerçekleşmiş olur.² Bununla birlikte işçinin rapor döneminde fesih işlemini kabul etmesi; ihbar ve kıdem tazminatını alması ve işvereni ibra etmesi halinde, fesih gerçekleşmiş sayılır.³

İş sözleşmesini fesheden taraf bildirim süresi içinde bunu tek yanlı olarak geri alamaz. Bildirim süresi içinde feshin geri alınması ancak karşı tarafın bunu kabul etmesi durumunda mümkündür.⁴ Sözleşme fesih bildiriminin yapıldığı anda değil tanınmış sürenin bitiminde son bulur.

İş Kanununun 13. Maddesine göre; “Önellere asgari olup sözleşme ile arttırılabilir” denilmektedir. Yasayla belirlenmiş olan bu süreler asgari süreler olup, bu sürelerin altında bir süre kararlaştırılmaz. Bu sürelerden feragat edilmesi, ortadan kaldırılması, azaltılması mümkün değildir. Buna yönelik yapılan sözleşmeler geçersiz sayılmaktadır. Bu süreler istenilirse TİS veya iş sözleşmesiyle arttırılabilir fakat azaltılamaz.(İş.K. 17/3) Önellere sözleşmeyle artırımın her iki taraf için mi geçerlilik taşıyacağı öğretide

¹ Eyrenci, Taşkent, Ulucan. *Bireysel İş Hukuku*. 154.

² Demir, *Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama*. 219; Yarg.9.HD, 23.12.1997, E.1997/18547, K.1997/22278, www.kazanci.com.tr.

³ Demir, *Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama*. 220.

⁴ Yarg.9.HD, 10.3.1992, E.1992/14533, K.1992/2847, “Davacı kendi adına işeri kurmak amacıyla işyerinden ayrılacağını bildirmiştir. Ancak, işverenin isteği üzerine bir hafta daha çalıştıktan sonra, işe devam edeceğini söylemiş fakat bu istek işveren tarafından kabul edilmemiştir. Böylece davacı, hizmet aktinin feshi için iradesini açıklamış bulunmaktadır ve fesih bir hafta sonra gerçekleşmiş sayılmak gerekir. Sonradan tek taraflı olarak fesih iradesinin geri alınması mümkün değildir. Bu durumda hizmet aktinin, haklı bir neden olmaksızın davacı tarafından feshedildiğinin kabulüyle ihbar ve kıdem tazminatları isteklerinin reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde aksine hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” www.kazanci.com.

tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sözleşmenin her iki tarafı için bağlayıcı bir karaktere sahip olan bu öneller, her iki taraf için de eşit oranlarda arttırılmak zorundadır. İşçi ile işveren için farklı bildirim süreleri kararlaştırılan sözleşme hükümleri geçersizdir, bunların yerine kanundaki asgari bildirim sürelerinin uygulanması gerekmektedir. Çünkü Borçlar Kanununda yer alan “işveren ve işçiler için değişik ihbar süreleri kararlaştırılmaz hükmü”(BK m.340/3) taraflar için farklı süreler kararlaştırılmasına engeldir.¹ Diğer görüş, madde işçi yararına nispi emredici nitelik taşıdığı için, bunların sözleşmeler ile işçi yararına arttırılması mümkündür. Buna göre, yasal bildirim süreleri toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile arttırıldığında, işveren işçinin sözleşmesini arttırılan bildirim sürelerine uyararak feshedebilecek; aynı sözleşme hükmü ile bağlı işçi için ise, yasada öngörülmüş bulunan (2-8 hafta) bildirim süreleri geçerli olacaktır.² Uygulamada ise Yargıtay, arttırılan süreler işçi yararına uygulanacağından, işçinin ihbar tazminatı ödemek zorunda kaldığı durumda sözleşme ile arttırılan süre değil yasal süre uygulanacağı görüşündedir.³ Ancak Yargıtay’a, ihbar önellerinin arttırılmasında yasal bir üst sınırın olmamasını söz konusu artışının sınırsız biçimde yapılabileceği anlamına gelmediği görüşündedir.⁴

İş Güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmelerinin bildirimli fesih yolu ile sonlandırılması durumunda dava açma süresinin fesih bildiriminden yapıldığı tarihten itibaren mi yoksa fesih bildiriminden sona erdiği ve dolayısıyla iş ilişkisinin son bulunduğu

¹ Demir, *Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama*. 219; Çelik, s195.

² Eyrenci, Taşkent, Ulucan. *Bireysel İş Hukuku*. 157; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 175; Esener, *İş Hukuku*. 225; Münir Ekonomi, *İş Hukuku 1. Cilt, Ferdi İş Hukuku*. (İstanbul: Teknik Üniversite Matbaası, 1984) 170; Şakar, *İş Hukuku Uygulaması*. 120.

³ Yarg.9.HD, 4.3.1998, E.1998/564, K.1998/3399. www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 30.4.2002, E.2001/20615, K.2002/6928, “..Toplu iş sözleşmesine göre arttırılmış ihbar öneline ait ücret esas alınarak ihbar tazminatına mahkemece karar verilmiştir. Oysa dairemizin yerleşik kararları uyarınca ihbar tazminatı sosyal kamu düzeni ile ilgili olup arttırılmış ihbar önellerine ait ücrete sadece işveren mahkum edilebilir. Davalı işçinin ihbar öneli tanınmaksızın hizmet akdini feshetmiş olması nedeniyle sekiz haftalık yasal ihbar tazminatı yerine yazılı şekilde daha fazla ihbar tazminatından sorumlu tutulmuş olması hatalıdır.” Murat Şen, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt:7, Sayı:3, 2004:75.

⁴ Yarg.9.HD, T.11.4.2006, E.2006/9547, Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*. (İstanbul, Beta: 2008) 191.

tarihten itibaren mi başlayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Doktrinde bir görüşe göre, dava açma süresi fesih bildirim süresinin sona erdiği tarihten itibaren başlamalıdır.¹ Doktrinde ileri sürülen aksi görüşe göre ise, dava açma süresinin başlangıcı fesih tarihinden itibaren değil, feshin bildiriminden tebliğinden itibaren başlayacak ve bu konuda maddenin açık hükmü tahrif edilmeyecektir.² Yargıtay da kararlarında, davanın süresinde açılıp açılmadığının tespitinde fesih tarihinin değil, işçiye yapılan fesih bildirimünün tarihinin esas alınacağı görüşündedir.³ Kanımızca da; 4857 sayılı İş Kanununun açık hükmü karşısında ihbar süresinin kullandırıldığı ve kullandırılmadığı ayrımı yapılmadan, bir aylık süre fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren başlamalıdır.

İş mevzuatımız açısından iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler açısından bildirim öneleri yönünden herhangi bir farklılık söz konusu değildir.

II. Bildirim Süreleri İçinde Tarafların Durumları

Sürelili fesih bildirimünün asıl hükmü sürelerin sonunda iş sözleşmesini sona erdirmesidir. Bu sebeple fesih bildirimünün süresi içinde tarafların durumlarında herhangi bir

¹ Mehmet Uçum, “İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları,” *Legal İHSGHD*, Eylül 2003: 2222; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 91; Demir, *Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama*. 494.

² Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 178; Nuri Çelik, *İş Hukuku I*. (İstanbul: Sermet, 1971) 232; Süzek, *İş Hukuku*. 463; Can Tuncay, “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor,” Çimento İşveren, C.17, S.1, Ocak 2003: 9; Can Tuncay, “Karar İncelemesi,” *legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2004/2: 533; Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 83.

³ Yarg.9.HD, 11.12.2003, E.2003/20424, K.2003/20629; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 197; Cevdet İlhan Günay, *İş Davaları*. (Ankara: Yetkin, 2008) 1183-1184; Yarg.9.HD, 11.12.2003, E.2003/20424, K.2003/20629, “...madde hükmüne göre, fesih tarihinin değil, fesih bildirildiği tarihinin esas alınması gerektiği de açıktır.”www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 18.4.2006, E.2006/7830, K.2006/10472, “Somut olayda, davacının iş sözleşmesinin 18.8.2004 tarihinde feshedileceği 14.6.2004 tarihinde bildirilmiştir. Yasanın açık hükmü karşısında bir aylık dava açma süresi, feshin gerçekleştiği tarih yerine, fesih bildirim yapıldığı tarihten itibaren başlatılmalıdır. Dava 14.9.2004 tarihinde açılmış olmakla, dava açma yönünden bir aylık hak düşürücü süre geçmiş durumdadır. Davanın hak düşürücü süre yönünden reddi gerekirken, mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi hatalı bulunmuştur.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1213.

değişiklik meydana gelmemektedir. Bildirim süreleri boyunca taraflar arasındaki iş sözleşmesi ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri aynen devam eder.¹ Bu sebeple işçi bildirim süresi içinde iş sözleşmesinde belirtilen işini yapmak ve işveren de sözleşmede işçiye vaat edilen ücreti ödemek zorundadır.

Bildirim süreleri içinde haklı fesih nedeninin ortaya çıkması halinde, süreli fesih hakkı kullanılmış olsa bile bu haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasına engel teşkil etmemektedir.² Başka bir anlatımla, bildirim süreleri içinde haklı nedenle fesih nedeni gerçekleştiğinde bildirim süresi beklenmeden sözleşme feshedilebilir. Süreli Fesih hakkını kullanan taraf bildirim süreleri boyunca fesih bildirimiyile bağlıdır. Fakat Bildirim süreleri içinde, karşı tarafın oyanı ile feshin geri alınması mümkündür.³

III. Yeni İş Arama İzni

Süreli Fesih durumunda, bildirimli süresinin sonunda iş sözleşmesinin son bulması sebebiyle işçinin yeni bir iş bulma ihtiyacı ortaya çıkar. Bu durumda işveren, İş Kanununun 27. Maddesine göre, bildirim süresi içinde, yeni bir iş arama için gerekli olan süreleri işçiye vermekle yükümlüdür. Adı geçen maddeye göre “Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır. İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir. İşveren, iş

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 463; Tankut Centel, *İş Hukuku*. Cilt I, *Bireysel İş Hukuku*. (İstanbul: 1992) 171; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*. (Ankara: Seçkin, 2002) 158; Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 192; Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, *İş Hukuku*. (İstanbul: Beta, 1999) 169.

² Süzek, *İş Hukuku*. 464; Akyiğit, *İş Hukuku*. 158; Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 171; Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 192.

³ Centel, *İş Hukuku*. Cilt I, *Bireysel İş Hukuku*. 171.

arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder.”

Bu durumda fesih yoluna hangi tarafça gidildiğinin bir önemi yoktur. Sözleşme işçi tarafından feshedilse dahi işveren, işçiye ‘yeni iş arama izni’ vermek zorundadır.¹

Bildirim sürelerinin içinde işverence izin alınmaksızın veya belirtilen saatlerin dışında işi aramaya kalkışması ve işverenin yeni iş arama iznini vermeye yanaşmaması² veya iki saatten az izin vermeye kalkışması³ sözleşmenin feshi açısından haklı neden teşkil etmektedir.

IV. Peşin Ödeme Yoluyla Fesih

Kanun işverene, bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin vererek işçiyi derhal çıkarabilme imkanı tanımıştır (İş.K.m.17). Bildirim sürelerine ilişkin ücretin fesih anında ödenerek sözleşmenin feshedilmesi imkanı, İş Kanunu çerçevesinde yalnızca işverene tanınmıştır (İş K. m.17).

Bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin ödenebilmesine ilişkin bu kanuni düzenleme hem işçinin hem de işverenin yararına olabilir. İş akdinin sonlandırılmasıyla işsiz kalacağını düşünen işçinin moral bozukluğuna düşmesi, veriminin azalması, işyerinde güvenliği tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunması olasıdır.⁴ Bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin alan işçinin rahat iş araması sağlanmış olacağı için bu uygulama işçi yararınadır.⁵ İhbar tazminatının peşin ödenmesi halinde ise, Yargıtay’ın istikrar

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 464; Akyiğit, *İş Hukuku*. 159; Centel, *İş Hukuku Cilt I, Bireysel İş Hukuku*. 172.

² Centel, *Bireysel İş Hukuku*. 172; Süzek, *İş Hukuku*. 464.

³ Centel, *Bireysel İş Hukuku*. 172; Süzek, *İş Hukuku*. 464.

⁴ Süzek, *İş Hukuku*. 466; Çelik, *İş Hukuku I*. 232; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 201.

⁵ Çelik, *İş Hukuku I*. 233; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 201.

kazanmış uygulamasına göre, fesih derhal hüküm ve sonuçlarını doğuracağından iş sözleşmesi de ihbar önelleri beklemezsizin sona erer.¹

Fesih bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini derhal fesheden işverenin, fesih bildirim sürelerinin sonuna kadar gerçekleşen haklardan sorumlu tutulup tutulmayacağı öğretide tartışma konusudur. Öğretideki çoğunluk görüşüne göre; bildirimli fesihte normal olan iş sözleşmesinin fesih bildirim sürelerinin sonunda sona ermesi olup, işverene peşin ödemeyle fesih yetkisi, işçinin bildirim önelleri içinde doğacak haklardan yoksun bırakılması amacıyla getirilmemiştir. Bu düşünce işçiyi koruma ilkesiyle bağdaşmamaktadır, bildirim süreleri içinde işçinin hak kazanacağı ikramiye, kıdem tazminatı, toplu sözleşme zammı, yıllık ücretli izin gibi haklardan işçi yoksun bırakılmamalıdır.² Yargıtay, işveren bildirim süresi içinde işçinin yararlanacağı haklardan işçinin mahrum bırakılması amacı ile peşin ödeme yoluna gitmişse işçinin bildirim süresi içinde doğacak haklarını talep edebileceği görüşündedir.³ Kanımızca, işverenin peşin ödeme ile işçinin iş sözleşmesine son vermesi durumunda işçi bildirim süreleri içinde doğacak haklardan mahrum bırakılamaz. Bu şekilde fesih haklı nedenle derhal fesih değildir ve iş sözleşmesi bildirim sürelerinin sonunda sona ermiş sayılacağından işçi bu süre içinde doğacak haklardan yararlanmalıdır.

İş akdini fesih etmek isteyen işveren tarafından bildirim süresi verilmesi ardından, bildirim süresi devam ettiği sırada bunu keserek kalan ücretin peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini feshedemez.⁴ Başka bir anlatımla İş Kanunu madde 17'de gösterilen fesih

¹ Yarg.9.HD. 11.03.2004, E.2004/4474, K.2004/4788, Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*. 618.

² Süzek, *İş Hukuku*. 466; Çelik, *İş Hukuku I*. 178; Esener, *İş Hukuku*. 228; Ekonomi, *İş Hukuku I. Cilt, Ferdi İş Hukuku*. 178.

³ Yarg.9.HD. 8.4.1991, E.1991/4473, K.1991/7311, "İşveren, işçinin ihbar önellerine ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet akdini fesih edebilir...Bunun sonucu olarak ta, kural olarak işçi ihbar önelinin beklenmesi suretiyle önel içinde gerçekleşecek olan yeni haklar nedeni ile istekte bulunamaz. Ancak, davacının iddia ettiği gibi, fesihle işverenin ihbar öneli içinde doğacak yeni haklardan işçiyi yararlandırmamak amacı ile hareket ettiği anlaşılırsa o takdirde işçinin önel içinde gerçekleşen haklara göre istekte bulunması mümkündür." Süzek, *İş Hukuku*, 468.

⁴ Süzek, *İş Hukuku*. 466.

yöntemlerinin bir anda kullanılması mümkün değildir.

İş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından, 4857 sayılı İş Kanununun açık hükmüne göre, bildirim önellerinin kullandırıldığı veya bildirim önellerinin kullandırılmadan peşin ödeme yolu ile iş sözleşmesinin feshi durumunda ayırım yapılmadan, bir aylık dava açma süresi işçi tarafından tebligatın alındığı tarihten itibaren başlayacaktır.

İş güvencesi kapsamında olan işçileri ilgilendirecek olan diğer bir husus da; işe iade yargılaması sonucunda feshin geçersizliği kararı ile işveren tarafından işe başlatılan işçinin hak kazanmış olduğu boşta geçen süre için ödenecek en çok dört aya kadar olan ücretten, peşin olarak ödenen bildirim sürelerinin mahsup edileceğidir. 4857 Sayılı İş Kanununun 21. Maddesinin 4. Fıkrasına göre; “İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşveren, bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini sonlandırdığı durumlarda, yapılan işe iade davası sonucunda feshin geçersizliği kararı sonrasında işveren işçiyi işe başlatmışsa iş sözleşmesi taraflar arasında aynen devam ettiği kabul edildiğinden, herhangi bir fesih söz konusu olmadığı için yapılan bu ödemelerin işçiye ödenecek boşta geçen sürelerle ilişkin ücretten mahsubu gerekmektedir.¹

¹ Yarg.9.HD, 17.5.2004, E.2004/758, K.2004/12066, “Ancak 1475 sayılı İş Kanununun 13/D maddesi uyarınca işçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları kendisine ödenir. Bildirim süresine ait ücret işçiye peşin ödenmişse, bu tutar yukarıdaki hükümlere göre yapılacak ödemeden mahsup edilir.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1343.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FESİH BİLDİRİMİNE İTİRAZ VE FESHİN SONUÇLARI

BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

Feshe itiraz hakkı, 4857 Sayılı İş Kanununun 20. maddesi ile iş güvencesinden yararlanabilen işçilere getirilmiş bir haktır. Bu sebeple iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile işe iade davası açamayacaktır. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından ise fesih serbestisi çerçevesinde süreli fesihlere ilişkin esaslar geçerlidir. İş güvencesi kapsamındaki işçiler koruyucu nitelikteki feshe itiraz ve iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacak bunun yerine feshin kötüye kullanıldığı iddiası ile kötü niyet tazminatı ayrıca koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir.

4857 sayılı İş kanununun 20. Maddesinde “... iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.” hükmü yer almıştır.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı olan ve iş sözleşmesi feshedilen bir işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre içinde iş mahkemesinde dava açıp işe iadesini talep edebilecektir¹. Bu bir aylık süre hak düşürücü süredir ve hakim tarafından resen göz önüne alınacaktır.²

4857 sayılı İş Kanunu'na göre iş sözleşmesinin geçerli bir neden gösterilmeden işverence feshedilmesi doğrudan feshin geçersizliği sonucunu doğurmaz. İşveren geçerli bir sebep göstermediği veya gösterdiği sebep geçerli olmadığı halde 4857 sayılı İş Kanunu 20. maddesinde belirtilen sürede iş mahkemesine veya hakeme başvurmayan işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli hale gelecektir.

İş Kanunu işe iade davasında ispat yükünü işverene yüklemiştir. Ancak işçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

İş Kanununda davanın seri muhakeme usulüne göre 2 ay içinde sonuçlandırılmasını ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay'ca bir ay içinde kesin olarak karar verilmesi öngörülmüştür. İşçinin işe iade için açtığı davanın 4857 sayılı İş Kanundaki süreler içerisinde tamamlanmasının da olanaksız olduğu açıktır.³

Mahkeme veya hakem feshin geçersizliğini tespit ederse, işçinin işe iadesine karar verir.

¹ Erol Akı, *İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları*. 291.

² Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 190; Süzek, *İş Hukuku*. 559; Çelik, *İş Güvencesi*. 40; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 588.

³ Süzek, *İş Hukuku*. 567; Ekmekçi, "4773 İş Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine", 106; Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, *Uygulamada İş Güvencesi*. 136.

Ayrıca işverenin bu karara rağmen işçiyi işe iade etmemesi halinde işçiye en az 4 aylık en fazla 8 aylık ücreti tutarında ödenmesi gereken tazminat miktarını ve kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalışmadığı sürede ödenecek en çok 4 aya kadar ücret ve eklerini de belirler.

§ 1. Yargılama Usulü

I. Davanın Konusu

Feshin geçersizliği iddiası ile açılan feshe itiraz davasının konusu, feshin geçersiz olduğunun tespit edilmesi ve bunun sonucunda işçinin işe iadesinin sağlanmasıdır. Bu taleple birlikte feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde boşta geçen dört aylık ücretin ve işe almama durumunda iş güvencesi tazminatının süre olarak tespit edilmesidir.

İşçinin işe iade yerine dört aylık ücret veya işe almama tazminatını talep hakkı yoktur. Kanun burada işçiye bir seçme hakkı vermemiştir. Dört aylık ücret ve işe başlamama tazminatı feshin geçersizliğine bağlı taleplerdir. Kanun feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda şartları oluşması halinde işe almamanın bir yaptırımını olarak işe almama tazminatını düzenlemiştir.¹

II. Davanın Tarafları

Feshe itiraz davasının bir tarafı iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçi, diğer tarafı ise işçinin sözleşmesini fesheden işverendir. Bu işveren gerçek veya tüzel kişi olabilir. Feshe itiraz davası bizzat işçinin kendisi tarafından açılabileceği gibi avukatı ya da üyesi olduğu sendikaya verdiği yetki belgesi ile sendika avukatı tarafından da

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 578; Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 135; Mollamahmutoglu, *İş Hukuku*. 587.

açılabilir.¹

Feshe itiraz davası açma hakkı kişiye bağlı bir hak olup, ölümle mirasçılara geçmez. Nitekim bu dava ile esas olarak işçinin işe iadesi amaçlanmaktadır ve işçinin ölümünden sonra işe iadesi mümkün değildir.²

Fesih yetkisini kullanmış olsalar dahi işveren vekiline karşı feshe itiraz davası açılmaz. Nitekim işveren vekillerinin yapmış oldukları işlemlerden dolayı hukuki sorumlulukları yoktur ve hukuki sorumluluk işverene aittir.³

İşyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olması halinde de, asıl işverene karşı işe iade talepli bir dava açılmaz. Yargıtay'ın bir kararına göre, "asıl işveren aleyhine işe iade kararı verilmesi doğru değildir.⁴ Zira işçi, alt işverenin işçisidir ve dava açma ölçütü olarak aranan 30 işçi sayısında alt işveren işçilerine dahildir. Aynı şekilde işçinin daha önce asıl işverende geçen süresi, iş güvencesinden yararlanma ölçütü olan altı aylık

¹ Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin hüküm ve Sonuçları*. 284.

² Tuncay, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor," 11; Akı, *İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları*. 320; Uçum, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*, 155; Gizem Sarıbay, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları*. (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007) 103.

³ Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin hüküm ve Sonuçları*. 290; Yarg.9.HD, 8.5.2006, E.2006/9749, K.2006/12601, "Somut uyuşmazlıkta, feshin geçerli nedene dayanmaması nedeni ile feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi dosya içeriğine uygundur. Ancak davacının aslında şirket işçisi olduğu, diğer davalının işveren olan şirketin vekili konumunda olduğu kabul edilmesine rağmen, adı geçen hakkında hüküm kurulması hatalıdır. Zira, işveren vekilleri işverene iş sözleşmesi ile bağlı kişilerdir. Bu bağlamda işveren vekilliği sıfatı işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz. İşveren vekiline verilen temsil yetkisi yazılı olabileceği gibi sözlü yada işyerinde, işte işletmede sürdürülen faaliyetlerden anlaşılır nitelikte olabilir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı muammele ve yükümlülüklerinden doğan sorumluluk doğrudan işverene aittir. Mahkemece işveren vekili konumunda olan davalı Şevket Çimen hakkında davanın husumet nedeni ile reddi gerekirdi." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1173.

⁴ Yarg.9.HD, 6.10.2005, E.2005/27006, K.2005/31485, "Davacının, alt işveren durumunda olan diğer davalı Vira Tem. İnş. Tic. Hiz. Org. Ltd. Şti. Nin işçisi olması nedeni ile işe iade kararının alt işveren durumunda olan adı geçen davalı şirket hakkında kurulması gerekirken asıl işveren durumunda olan davalı PTT Genel Müdürlüğünü de kapsayacak şekilde hüküm kurulmuş olması hatalıdır." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1165.

kıdem hesabında dikkate alınmaz. İşe iadeye ilişkin hüküm de alt işveren aleyhine kurulmaktadır.¹ Alt işverenin işçisinin açacağı feshe itiraz davası sonucunda verilecek iş güvencesi tazminatı ve çalışmayan süreye ilişkin ücretten asıl işveren ve alt işveren birlikte sorumludur.² Diğer bir ifadeyle, işçi feshi gerçekleştiren kendi işvereniyle birlikte işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti bakımından asıl işvereni de hasım göstererek dava açmalıdır.³ Yargıtay'ın bir kararına göre, asıl-alt işveren ilişkisinin bulunması halinde, feshe itiraz davası dışında kalan, örneğin ihbar ve kıdem tazminatları ile diğer işçilik haklarının talebine ilişkin davalar kanun gereği müteselsil sorumluluğu bulunan alt işveren veya asıl işverenden herhangi birine karşı açılabilirken feshe itiraz davası özelliği gereği sadece asıl işverene karşı açılmaz.⁴

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı durumlarda şüphesiz husumetin asıl işverene yöneltilmesi gerekir. Yargıtay, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı ileri sürülüyorsa, sadece asıl işverene karşı açılan davanın husumet yokluğu sebebiyle reddinin gerekeceğine karar vermiştir.⁵ Yargıtay pek çok kararında asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması halinde, feshe itiraz davasının gerçek işverene karşı açılması gerektiğini benimsemiştir.⁶ Muvazaa durumunda asıl

¹ Çankaya, s.227.

² Yarg.9.HD, 12.12.2005, E.2005/35624, K.2005/39333, “Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu ve davacı işçi davalı Vira Temizlik Ltd. Şti'nin işçisi olduğuna göre işe iadeye ilişkin hükmün bu davalı hakkında kurulması işe başlatmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ile davacının çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücretinin ise 4857 sayılı İş Kanununun 2. Maddesi uyarınca davalılardan müştereken ve müstesilsilen tahsili gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekir.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1326.

³ Çankaya, Günay ve Gökteş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 239.

⁴ Yarg.9.HD, 02.5.2005, E.2004/31881, K.2005/15110, www.kazanci.com.

⁵ Yarg.9.HD, 23.12.2004, 16644-29133, www.kazanci.com.

⁶ Yarg.9.HD, 18.12.2006, E.2006/32431, K.2006/33405, www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 6.2.2006, E.2006/1073, K.2006/2421, “.Yukarıda belirtilen somut ve maddi olgulara göre, davalılar arasında muvazaalı işlem bulunduğu, M şirketinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/son maddesi uyarınca gerçek işveren olduğu ve tanıklarca da doğrulanan olguya göre, feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiği sabittir. O halde, uyuşmazlıkta, T şirketi gerçekte davacı işvereni olmadığından, adı geçen şirket hakkında hüküm kurulması ve sendikal neden olmadığı sonucuna varılması hatalıdır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi*

işverene dava açılacağı davanın her türlü hukuki sonucundan sorumlu olduğu konusunda şüphe yoktur.¹ Muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinde; işçinin gerçek işvereni belirlemesinin kolay olmadığı durumlarda, davanın her iki işverene birlikte açılması mümkündür. Ancak bu durumda da yargılama sonunda bir taraf yönünden davanın reddi ve dolayısıyla harç ile ücreti vekalet ödeme yükümlülüğü belirebilir.² Yargıtay muvazaa durumunda alt işverenin yapmış olduğu fesih bildirimini geçersiz kabul etmiştir.³

İşyerinin devri halinde, devir işlemi iş sözleşmesinin feshi tarihi ile işe iade kararının kesinleştiği tarihe kadar olan süre içinde yapılmışsa, iş sözleşmesi devralan işverene geçmiş olacağı için, feshe itiraz davasının iş sözleşmesini fesheden işveren yerine işyerini devralan işverene karşı açılması gerekir.⁴ Devir tarihinden sonra işçinin iş sözleşmesi, devralan işveren tarafından feshedilmişse, feshe itiraz davasının devralan işverene karşı açılması gerekmektedir.⁵ İş sözleşmesi feshedildikten sonra feshe itiraz davasının yargılaması devam ederken işyeri devredilirse devam eden dava da husumet yönünden bir sorun oluşup oluşmayacağı önem teşkil eder.

İşyerinin devrinden önce işçinin iş sözleşmesinin feshi halinde iş sözleşmesinin feshedildiği tarih ile işe iade kararının kesinleştiği tarihe kadar olan süre içinde yapılan işyeri devirlerinde de iş sözleşmesi devralan işverene geçmiş olmaktadır. Bu nedenle işe iade davasının iş sözleşmesini fesheden işveren yerine devralan işverene karşı açılması

Hukuku. 1147.

¹ Uçum, “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar,” 79.

² Çankaya s. 228.

³ Fevzi Şahlanan, “Alt işveren işçinin işe iade davası (karar incelemesi),” *Tekstil İşveren Dergisi*, Aralık: 2004; Yarg.9.HD, 8.7.2004, E.2004/17431, K.2004/17098.

⁴ Günay, *İş Davaları*. 1180.

⁵ Günay, *İş Davaları*. 1180; Osman Güven Çankaya ve Şahin Çil, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*. (Ankara: 2006) 198.

gerekmektedir.¹ Devir tarihinden sonra işçinin iş sözleşmesi devralan işverence feshedilmişse, işe iade davasının devralan işverene karşı açılması gerekir. Devreden işverenin feshin geçersizliğine dayanan sonuçlardan sorumlu tutulması mümkün değildir.² Yargıtay, işyeri devrinden sonra devralan işverence yapılan fesihlerde, devreden işverene karşı açılan işe iade davasının husumet yokluğu sebebiyle reddinin gerekeceğini kabul etmiştir.³

İş sözleşmesinin feshi üzerine işçinin açacağı işe iade davasında yargılama sırasında işyerinin devredilmesi durumunda; feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı hususu fesih tarihine göre çözümlenmesi gereken bir konudur ve davanın devreden işveren aleyhine görülerek sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu ihtimalde en büyük sorun, devreden işveren hakkında kurulabilecek bir işe iade kararının devralan işverene karşı nasıl infaz ettirilebileceğidir. Bu durumda devralan işverenin devreden işveren tarafından yapılmış olan ve geçerli bir nedene dayanmayan bu feshin sonuçlarına katlanması gerekmektedir.⁴

Geçici iş ilişkisinde dava işçi tarafından kendi işverenine yöneltilmelidir.⁵ Geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin feshi halinde dava, işçinin sürekli işverenine karşı açılmalıdır. Öyle bir durumda işçiyi geçici olarak devralan işverene karşı husumet yöneltilmemelidir.⁶ Nitekim sözleşmeyi fesih hakkı, sözleşmenin tarafı olan işverene aittir. Yargıtay'a göre de, geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı

¹ Çankaya, s. 230.

² Çankaya, s. 230.

³ Yarg.9.HD, 7.3.2005, E. 2005/814, K. 2005/7382, www.kazanci.com.

⁴ Çankaya, s.230.

⁵ Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 240.

⁶ Uçum, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*, 161-162; Ömer Ekmekçi "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri, Sona Ermesi," Legal İHSGHD, 2/2004: 375-376.

açılan davalar yanlış hasım gösterilmiş olması nedeniyle reddedilmelidir.¹

III. Görevli ve Yetkili Mahkeme

4857 sayılı İş Kanunu m 20'e göre; sözleşmesi feshedilen işçi, feshin geçersizliğini ileri sürerek, fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Yani feshe itiraz davalarında görevli mahkeme iş mahkemeleridir. Bu nedenle işe iade davalarına bakmakla görevli mahkemeler iş mahkemeleridir. İş mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise asliye hukuk bu davalara iş mahkemesi sıfatı ile bakacaktır.

İşe iade davalarında görev ve yetki ile ilgili özel bir hüküm bulunmadığından, İş mahkemeleri Yasasındaki hükümler bu dava için de uygulanacaktır. Yetkili mahkeme, İş Mahkemeleri Yasası'nın 5. Maddesinde belirtildiği üzere; "dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz.". Bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup emredici kural olduğundan uyuşmazlığı bu yer mahkemeleri dışında başka mahkemede bakılmaz.²

Eğer taraflar anlaşılırsa bir aylık süre içerisinde özel hakeme gidilmesi de mümkündür. Uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesi ancak tarafların iş sözleşmesinin fesih bildiriminin tebliğinden sonraki bir ay içinde bu hususu kararlaştırmaları halinde geçerli olur.³ Diğer bir ifade ile tarafların iş sözleşmesinin yapılması veya devamı sırasında iş

¹ Yarg.9.HD, 10.1.2005, E.2004/14466, K.2005/422; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 277-278.

² Sinan Binbir, *Yaklaşım Dergisi*.180.

³ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 178; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi," 94-95; Süzek, *İş Hukuku*. 561-562.

sözleşmesinin feshine ilişkin çıkacak uyuşmazlıkların özel hakeme götürüleceğine ilişkin olarak yaptığı anlaşmalar geçersizdir.¹

IV. Davanın Niteliği

Davalar, mahkemeden istenen hukuki korumanın çeşidine göre davalar eda davası, tespit davası, inşai davalar olmak üzere üçe ayrılır. Davacının talebinde davalının bir şeyi yapmaya, bir şeyi vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edilmesini istediği dava türüne eda davası², davacının bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına ilişkin olarak açtığı davaya tespit davası³, davacının bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi amacıyla açtığı davaya inşai dava denilir⁴.

İşe iade davasında asıl talep feshin geçersizliği olup işe başlatmama tazminatı veya boşa geçen süre ücreti asıl talebin kabulüne bağlı ve bu hükmün zorunlu unsurlarındandır. Geçersiz sebeple yapılan feshin sonucu işe iadedir.⁵ İşverenin işe iadeyi kabul etmesi durumunda belirtilen tazminat yükümlülüğü ise tali bir sonuçtur. O halde mahkeme temelde tespit davasının unsurlarını içermektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi Yargıtay da haklı olarak verilen kararın tespit hükmü içerdiğini açıkça kabul etmiş, harç ve vekalet ücretinin maktu belirlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.⁶

¹ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 178; Süzek, *İş Hukuku*. 561; Ulucan, *İş Güvencesi*. 76.

² Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*. (Ankara: 2005) 318.

³ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*. 320.

⁴ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*. 325.

⁵ Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, *Uygulamada İş Güvencesi*. 132; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 190; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 241.

⁶ Yarg.9.HD, 13.11.2003, E.2003/17457, K.2003/19298, "...Dava konusu tazminat, ücret ve diğer hakların kabulü feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesine bağlıdır. Feshin geçersizliğine ilişkin dava tespit niteliğinde olduğundan buna bağlı tazminat, ücret ve haklar yönünden de harç ve vekalet ücreti maktu

V. Feshe İtiraz Davasının Diğer Davalarla Birlikte Açılıp Açılmama Sorunu

Talep sonucuna göre dava çeşitleri terditli davalar, seçimlik davalar, objektif dava birleşmesi, hakların yarışması ve kısmi davlar şeklinde sayılabilir. Konumuz açısından terditli davalar, seçimlik davalar ve objektif dava birleşmesinin kısaca açıklanmasında yarar görmekteyiz.

Terditli dava; kademeli dava; ilk planda ileri sürülen istemin kabul edilmemesi durumunda, incelenmek üzere diğer bir istemin aynı davada ileri sürüldüğü ve istenilen taleplerden ilk önce birisinin, bu olmadığı takdirde diğer istemin karara bağlanmasının talep edildiği dava çeşididir.¹ Burada hüküm altına alınmak istenen tek bir taleptir. Mahkeme asıl talebi yerinde görürse yardımcı talebi incelemeye gerek görmez. Asıl talebi yerinde görmezse yardımcı talebi inceleyip karar verir.²

Seçimlik bir davanın söz konusu olabilmesi için ise öncelikle seçimlik bir borcun olması gerekir. Bir borcun konusu iki veya daha fazla şey ise ve bunlardan birinin yerine getirilmesiyle borç yerine getirilebiliyorsa seçimlik borçtan söz edilir.³ Seçimlik dava açılabilmesi için ayrıca seçim hakkının da borçluda yani davalıda olması şarttır.⁴ Seçimlik davada aslında hüküm altına alınması istenen iki talep bulunmaktadır. Davalı seçimlik borçlardan birini yerine getirmekle borcundan kurtulmaktadır.

olarak hüküm altına alınmalıdır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1193.

¹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*. (Ankara: 2005) 1225.

² Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*. 262; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*. (Ankara: Yetkin Yayınları) 281.

³ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*. 298.

⁴ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*. 298; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku*. 282.

Feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade talebi dışında kalan, diğer alacak hakları konusundaki taleplerin işe iade davası davasında terditli olarak ileri sürülmesi mümkün müdür?

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işe iade ile birlikte diğer taleplerin ileri sürülmesinde bir engel bulunmamaktadır. İşçi işe iade talebinde bulunurken aynı zamanda fazla çalışma, tatil ücreti gibi başka taleplerde de bulunuluyorsa objektif dava birleşmesinden söz edilir. Eğer işçi mahkemece feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi olasılığına karşı kıdem ve ihbar tazminatı gibi işçilik haklarını kademeli olarak talep ederse terditli dava söz konusu olur. İşçi açtığı davada öncelikle işe iadeyi, bu talebin kabul olmaması ihtimaline karşı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi diğer haklarını istemektedir. Bu durumda terditli dava söz konusu olur. Gerek işe iade gerek ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti gibi diğer işçilik hakları aynı dava dilekçesi ile talep edilmelidir. Bu durumda feshe itiraz davasında uygulanacak olan seri yargılama usulü yargılamanın hızlanması için tüm talepler bakımından uygulanmalıdır.¹ Öğretideki diğer bir görüşe göre; farklı yargılama usullerine tabi davalar aynı davada görülemez. Bu nedenle, işçinin feshe itiraz davası ile birlikte ihbar ve kıdem tazminatlarını da talep etmesi çelişki oluşturacağı için, bu şekilde açılan davaların ayrılması gerekmektedir.² Yargıtay kararlarında kabul edilen görüşe göre; işe iade davalarının seri yargılama usulüne tabi olduğu ve kanun uyarınca kısa sürede sonuçlandırılmaları gerektiği için, sözlü yargılama usulüne tabi diğer taleplerin işe iade ile birlikte veya terditli olarak dava konusu yapılması mümkün olmadığı belirtilmiştir.³

¹ Muhammet Özkes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları. İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları.* (Legal, 2005) 140-141; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 99; Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması.* 237.

² Ekonomi, “İş Hukuku. Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 56.

³ Yarg.9.HD, 11.9.2003, E.2003/14994, K.2003/14267, www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 4.4.2005, E.2005/7295, K.2005/11984, “Davacı dava dilekçesinde işe iade ile birlikte eksik ödenen kıdem tazminatı davasını birlikte açmıştır. İşe iade davası ile alacak davası hususundaki usul hükümleri farklı olup, usul hükümleri ayrı olan taleplerin aynı davada görülmesi mümkün değildir. Bu nedenle davaların ayrılarak ayrı esas numarası verilmek suretiyle görülmesi, delillerin toplanıp neticeye gidilmesi gerekir. Mahkemenin bu usul işlemlerini göz önüne almadan yazılı şekilde isin esasına girip karar verilmesi hatalı

Kanımızca da; şayet, ihbar ve kıdem tazminatı gibi alacaklar talep edilmişse, usul hükümleri farklı olan bu taleplere konu davaların ayrılarak ayrı esas numarası verilme suretiyle görülmesi ve hükme bağlanması gerekmektedir.

VI. Dava Açma Süresi

4857 sayılı İş Kanununun 20. Maddesinde; iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabileceği belirtilmiştir. Fesih bildirimine itiraz için 158 sayılı ILO sözleşmesinde makul süre ölçütü getirilmişken, bizim hukukumuzda net bir düzenlemeye gidilmiştir.

Dava açma süresinin kısa bir süre olarak öngörülmüş olmasının temel amacı işvereni, işçinin feshe karşı korunma hakkından yararlanıp yararlanmayacağı, kendisine karşı dava açılıp açılmayacağı ve iş ilişkisinin devam edip etmeyeceği konusunda en kısa zamanda aydınlatmaktadır.¹

Fesih bildirimine itiraz süresi hak düşürücü niteliktedir.² Buna göre; hakim süreyi kendiliğinden dikkate almak durumunda olduğu gibi³, bu husus yargılamanın her aşamasında itiraz yoluyla da ileri sürülebilir. İşverence yapılan fesihte Kanunda öngörülen geçerli sebeplerin gösterilmemiş olmasına rağmen, işçi hak düşürücü süreyi ihmali ile kaçırır ve dava açma hakkını kullanmazsa, fesih baştan itibaren geçerli olur.

olup bozmayı gerektirmiştir.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1145.

¹ Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin hüküm ve Sonuçları*. 302.

² Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 752; Özkes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 134; Süzek, *İş Hukuku*. 559; Çelik, *İş Hukuku I*. 232; Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 235.

³ Yarg.9.HD, 30.12.2004, E.2004/25204, K.2004/30019; Çankaya, Günay ve Göktepe, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 293.

Bu durum sonucunda ne işçi ne de işveren feshin geçersizliği konusunda çatışma yaşamayacaktır. İşçi bundan sonra artık feshin geçersizliğini ileri süremez.¹ Hak düşürücü süre geçmişse hakim taraf teşkilinden sonra davayı bu sebeple red edecektir.² Yargıtay, işe iade davasının bir aylık hak düşürücü sürede açılıp açılmadığı saptanmadan işin esasına girilmesinin hatalı olacağı kanısındadır.³

İşe iadeyi konu alan bir davada böyle kısa bir dava açma süresi ve işe başlama süresi öngörülmesi işin niteliğine uygun ve isabetli olmuştur.⁴

Fesih bildirimini yazılı yapılmış ise bu bildirimden itibaren süre işlemeye başlar. Şayet fesih bildirimini yazılı olarak yapılmamış ise, fiili olarak iş sözleşmesinin işverence sona erdirildiği tarih esas alınmalıdır.

4857 sayılı İş Kanununun açık hükmüne göre; ihbar süresinin kullandırıldığı ve kullandırılmadığı ayrımı yapılmadan, bir aylık süre fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren başlayacaktır.

Sözlü fesihlerin hangi tarihte bildirildiğinin tespiti mümkün değilse süre kural olarak işlemeyecektir ve bu konuda işverenin hak düşürücü sürenin geçtiği yönündeki

¹ Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin hüküm ve Sonuçları*. 308.

² Süzek, *İş Hukuku*.581; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 197.

³ Yarg.9.HD, 13.01.2005, E.2004/33929, K.2005/649, Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 294; Yarg.9.HD, 3.4.2006, E.2006/4980, K.2006/8257, “..feshin geçersizliği ve işe iade istemli davalarda, davanın bir aylık hak düşürücü süre içinde açılıp açılmadığının saptanması için, fesih bildirim ulaşma tarihinin araştırılması gerekir. İş sözleşmesinin feshini içeren yazının tanzim edildiği tarih değil, bu yazının tebliğ edildiği tarih önem kazanmaktadır. O halde, iş sözleşmesinin feshini içeren yazının davacıya tebliğ edildiği tarih araştırılmalı, tarafların bu konudaki kanıtları toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yazılı şekilde davanın reddi hatalıdır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1143.

⁴ Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, 106.

savunması dinlenmeyecektir.¹ Ancak sözlü feshin işçi tarafından bilindiğini gösteren belge vs. var ise sürenin bu verilere göre belirlenmesi gerekmektedir.

Feshin yapıldığının ve karşı tarafa ulaştığının ispat, bundan lehine hak elde edecek tarafa aittir.²

VII. Yargılama Usulü

Türk medeni yargılamasında yazılı, basit, sözlü ve seri yargılama olmak üzere başlıca dört yargılama usulü düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde; iş güvencesi çerçevesinde işe iade davalarında yapılacak yargılamada seri yargılama usulü uygulanacağı kanunda açıkça belirtilmiştir. Seri yargılama usulü çerçevesinde, davalı işverenin davaya, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde cevap vermesi gerekir; replik ve düplik süreleri ise beşer gündür. Taraflar, yazılı delillerini dilekçelerine eklemeli ve başka yerden getirilecek belge ve bilgiler için de gerekli açıklamayı yaparak giderini ödemelidirler (HUMK m.180,195). Mahkeme duruşmayı en yakın güne koymalıdır (HUMK m.505). Ayrıca yargılamanın kısa sürede tamamlanması amaçlandığından, iki tarafın muvafakati dışında tarafların delillerini göstermeleri için ancak bir defa süre verilebilir (HUMK m.504)³

İş Kanunumuz davanın seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılmasını ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay'ca bir ay içinde kesin olarak karar verilmesi öngörülmüştür. Kanun koyucu bu davaların seri ve çabuk sonuçlanmasını arzu etmiştir.

¹ Özkes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 483.

² Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 83.

³ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*. 413.

Belirlenen yargılama usulüne göre, süreler yazılı yargılama usulüne göre daha kısadır. İş Kanunu m.20’de yer alan feshe itiraz davalarının iki ay içinde sonuçlandırılacağına ilişkin süre, mahkemeye direktif veren bir süre olduğundan düzenleyici niteliktedir. Bu sebeple, mahkemenin bu süreden sonra verdiği karar da şüphesiz geçerlidir. ¹

Uygulamada ise bu sürelerle uyulmadığı ve işçinin işe iade için açtığı davanın 4857 sayılı Kanun’daki süreler içerisinde tamamlanmasının olanaksız olduğu açıktır.² Gecikme nedenleri ise; iş mahkemelerindeki ve Yargıtay’daki yükün ağırlığı, bazı yerel mahkemelerin ve Yargıtay’ın işe iade davalarını diğer davalar gibi ele alması, iş mahkemesi bulunmadığı yerlerde iş mahkemesi sıfatı ile yargılama yapan asliye hukuk mahkemelerinin davaları normal yazılı yargılama yöntemine göre ele alması olarak sayılabilmektedir.

Yargıtay’ın iş hukuku ile ilgili dairesinin vereceği karara karşı karar düzeltme yolu kapalıdır. Ancak Yargıtay’ın, ilk mahkemenin yerine geçerek esas hakkında karar vermesi sırasında örneğin dosyada mevcut bir kesin delil gözden kaçırılmış ise verilen hatalı karar düzeltilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.³

VIII. Dava Açılırken Yatırılması Gereken Harçlar

Davacı işçinin bu davayı açarken yatıracağı harcın maktu mu nispi mi olacağı görüş ayrılıklarına yol açmaktadır. Dava açılırken maktu başvurma harcının mutlaka yatırılması gerekir, bu konuda tartışma olmayacaktır. Burada asıl üzerinde durulması gereken karar ve ilam harcıdır. Zira işçinin asıl talebi olan geçersiz fesih sebebiyle işe

¹ Özkes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 144; Günay, *İş Davaları*. 1188.

² Süzek, *İş Hukuku*. 567; Ekmekçi “4773 İş Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, 106; Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, *Uygulamada İş Güvencesi*. 136.

³ Günay, *İş Kanunu Şerhi*. 251; Yarg.9.HD nin maddi hataya dayanan 07/05/2005 Tarihli ve E. 2005/7700, K. 12411 sayılı bozma kararının ortadan kaldırılmasına dair 11.09.2003 T. 14994/14267 sayılı kararı, www.kazanci.com.

iade, belli bir değer ile ölçülebilen şeylerden değildir. Bununla birlikte, kararda işçinin işe iade edilmemesi ihtimali için işçiye ödenecek iş güvencesi tazminatı da belirtilecektir. Öğretide bir görüşe göre; işe iadenin gerçekleşmesi ihtimali dikkate alınarak talep edilen tazminat miktarı, değerle ifade edilebildiğinden karar ve ilam harcı olarak bu miktar göz önünde tutularak nispi harç alınmalıdır.¹

İşe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücreti alacağı ile ilgili olarak mahkemenin verdiği karar tespit niteliğindedir. Bu nedenle Yargıtay'ın da belirttiği üzere, tespit niteliğindeki bu hüküm nedeni ile karar harcı ve vekalet ücretinin maktu olarak yatırılması gerekmektedir.²

IX. İspat Yüğü

İspat yüğü; “belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesidir.”³

Hukukumuzda ispat yükünü genel anlamda düzenleyen hüküm Medeni Yasa'nın 6. Maddesi olup, bu hükme göre; “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” denilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. Maddesinde, “...Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.” hükmü yer almıştır. Yasanın bu hükmü 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 9/2-a maddesine de uygundur ve işçiyi korumaya yöneliktir.

¹ Özekes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 143.

² Yarg.9.HD, 27.12.2004, E.2004/26411, K.2004/29386, “...Keza tespit niteliğindeki bu hüküm nedeni ile karar harcı ve vekalet ücretinin maktu olarak alınması gerekir.”, Ertekin, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. 539.

³ Bige Umar, *İspat Yüğü*. (İstanbul: Kazancı 1980) 3.

Yasa koyucu burada işverene bir yükümlülük yükleyerek işçiyi bir külfetten kurtarmıştır. Kaldı ki işçinin 18. Maddeye göre bir ispat uğraşına girişi delil bulmada zorlanacağından mümkün değildir.¹

4857 Sayılı Kanun 20. maddesi “herkes iddiasını ispatla yükümlüdür” genel kuralının istisnasıdır ve dayanağını iş güvencesi hükümlerinden alır. İşveren geçerli sebebin varlığını kendisi ispatlamakla yükümlüdür. Şayet işçi, feshin işverenin gösterdiği sebep dışında bir sebebe dayandığını ileri sürmesi durumunda bunu ispat külfeti işçiye ait olacaktır. Bu durumda işçi işverenin göstermiş olduğu sebebi değiştirmekte, yeni bir sebep ileri sürmekte olduğu için ispat külfeti yer değiştirmektedir.²

Fesih bildirim hakkının kullanılabilmesini ancak geçerli yasal nedenlerin varlığına bağlayan iş güvencesi sisteminde asıl olan iş ilişkisinin devamı olduğundan, geçerli bir fesih nedeninin oluştuğunu yani olağan durumun aksini iddia eden işveren ispat yükü altındadır.³

Diğer taraftan işçi, fesih işleminin işverenin gösterdiği nedene değil de başka bir nedene dayandığı iddiasında ise, bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır.⁴ İşçi iddiasını ispat edemese bile işveren, feshi dayandırdığı nedenin, İş Kanunu’nun 18/1 inci maddesi

¹ Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 473.

² Akı, *İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları*. 300.

³ Süzek, *İş Hukuku*. 568; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*. 334; Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, *Uygulamada İş Güvencesi*. 136; Yarg.9.HD, 6.2.2006, E.2006/1395, K.2006/2430, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1148.

⁴ Süzek, *İş Hukuku*. 567; Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, *Uygulamada İş Güvencesi*. 136; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 588-589; Yarg.9.HD, 9.10.2006, E.2006/17907, K.2006/26027, “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 sebep dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1179.

kapsamında geçerli bir neden olduğunu kanıtlaması gerekir.¹

İşverenin inkarı halinde, bu vakılardan, aralarındaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğunu, iş güvencesi kapsamında bir işyeri olduğunu, iş güvencesi kapsamında bir işyeri olduğunu işçi ispat etmelidir. Öte yandan feshin varlığı ve tebliğinin de ispatı işçiye aittir. Keza, feshin son çare olması ilkesi uyarınca, feshe alternatif mekanizmalara olanağının olup olmadığı işverence ispatlanması gerekir.²

Hiç kuşku yok ki, ispat yükünün işverene ait olması, iş güvencesi kapsamına giren³ ve belirsiz süreli iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçiler için söz konusudur.

İşveren, ispat yükünü yerine getirirken ilk aşamada öncelikle feshin biçimsel koşullara uyduğunu kanıtlayacaktır. Biçimsel koşullara uyulduğunun ispatlanması halinde feshin geçersizliğine karar verilir ve feshin içerik yönünden geçerli olup olmadığı artık değerlendirilmez.⁴ İşverenin biçimsel koşulları yerine getirdiğini ispatlamışsa, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli(haklı) olduğunun kanıtlanması aşamasına geçilecektir. Her ne kadar feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükü işverene aitse de, feshin başka bir sebebe dayandığı işçi tarafından iddia edildiği takdirde, yeni vakıyı ispat yükü işçiye ait olacaktır. Çünkü bu durumda işçi yeni vakıya ortaya sürmüştür.⁵ Yargıtay, işverene ait olan ispat yükünü tersine çevirmiş ve “feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir” kuralını işlevsiz kılmıştır. Pratikte ispat bu yükü, daha çok işçinin omuzlarına yüklenmektedir.

¹ Akı, *İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları*. 300.

² Özveren, s.306.

³ Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 179.

⁴ Kara, *İş Sözleşmesi İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi Ve Sonuçları*. 107.

⁵ Süzek, *İş Hukuku*. 567; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 589; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 204.

İspat yükü öncelikle işverene düştüğünden; işveren ileri sürdüğü geçerli nedeni kanıtladığı takdirde dava sona erecek midir? Bu bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir görüşe göre; işveren fesih sebebinin geçerliliğini ispat etmişse, işçinin başka bir fesih sebebinin bulunduğunu iddia ve ispat etmesi artık gereksiz hale gelmektedir.¹ Bir diğer görüşe göre; İşçinin, gerçek fesih sebebinin başka olduğu yönünde bir iddiası olursa bu iddiasını her türlü kanıt aracıyla kanıtlayacağına kuşku yoktur.²

İspat yükü ile ilgili bir diğer husus da; Sendikalar Kanunu 31/f 7'ye göre sendika üyeliği veya sendikacılık faaliyetlerinden dolayı iş sözleşmesi feshedilirse iş güvencesi kapsamında olmasa bile ispat yükü işverendedir.³

X. İşe İade Davasının Temyiz İncelemesi

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. Maddesinde; "...dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir..." hükmü yer almıştır. İş mahkemelerinin diğer kararlarının temyizindeki inceleme süresi iki ay iken işe iade davalarında bir aylık sürede inceleneceğinin belirtilmesi; işe iade davalarının diğer davalardan daha önce incelenmesi gerektiğini göstermektedir. İşe iade davalarında, iş mahkemesince verilen diğer nihai kararlar gibi kararın tefhiminden gıyapta hüküm verilmişse kararın tebliğinden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilmelidir.

İş Mahkemesinin vermiş olduğu karar kesin değildir. Temyiz edilebilen kararlardandır. Ayrıca işe iade davalarında farklı bir özellik olarak Yargıtay'ın vermiş olduğu karar

¹ Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 206-207.

² Uçum, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*. 167.

³ Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 192; Süzek, *İş Hukuku*. 567.

kesindir. Yargıtay'ın kesin karar vermesi demek; iş mahkemelerinin diğer kararlarında olduğu gibi karar düzeltme yolunun kapalı olması ve bu kararlara karşı yerel mahkemenin direnme kararı vermesinin mümkün olmaması demektir. Bu açıklamalardan ve yasa hükümlerinden anlaşılacağı üzere; Yargıtay'ın işe iade davalarında verdiği kararlara karşı karar düzeltme ve direnme kararı verilemeyeceğine göre; Yargıtay, yerel mahkeme gibi hüküm kuracaktır. Bu davalarda Yargıtay'ın bozma kararı vermemesi gerektiği sonucu da çıkmaktadır. Uygulamada da Yargıtay'ın yerel mahkemeler gibi hüküm kurduğu görülmektedir.

§ 2. Mahkemenin Vereceği Kararlar

İş Mahkemesi işe iade davalarında, görevsizlik, yetkisizlik ve davanın açılmamış sayılması gibi usuli kararlar verebilirler. Bununla birlikte, iş mahkemesi işçinin iddialarını sabit görmezse red edecek, sabit görürse davayı kabul edecek, dava devam ederken işçiyi işe alırsa dava konusuz kalacaktır.

İşe iade talebini inceleyen iş mahkemesi veya özel hakem duruma göre ya feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine veya feshin geçerliliği ile talebin reddine karar verecektir.

Feshin geçerli olduğu yönündeki kararın kesinleşmesi üzerine işçinin işe iade ve buna bağlı iş güvencesi tazminatı ile çalıştırılmayan süre ücreti konularındaki taleplerinin yasal bir dayanağı kalmayacaktır. Ancak; ödenmeyen ihbar ve kıdem tazminatı ile başka işçilik hakları var ise bunları talep etme hakkı devam edecektir.

Geçerli feshe bağlanan sonuçlar ile geçersiz feshe bağlanan sonuçlar farklılık arz ettiğinden, biz her iki feshe bağlanan sonuçları ayrı ayrı inceleyeceğiz.

I. Davanın Reddi Kararı

Davanın kabul edilmesi halinde feshin geçerli bir sebebin olmadığı, dolayısıyla geçersiz olduğu iş ilişkisinin uyuşmazlık konusu fesihle sona ermediği tespit edilmiş olacaktır. Davanın reddi halinde ise, mahkeme, feshin geçerli bir nedene dayandığını, işçinin savunmasının alındığını, fesih bildirimini yazılı yapıldığını, fesih sebebinin de somut olarak gösterildiğini ve feshe son çare olarak başvurulduğunu kabul etmiş olacaktır.¹ Bu hüküm, işverenin haklı, işçinin ise davasında haksız olduğunu belirleyen bir tespit niteliğindedir.² İşçinin fesihten sonra başka bir işte çalışmış olması işe iade isteğinin reddi için yeterli değildir. Yargıtay bir kararında fesihten sonra başka bir işte çalışan işçinin davasının reddini hatalı bulmuştur.³

Feshin geçerli olduğu sonucuna varıldığında, işçinin işine iadesine karar verilmeyecektir. Ancak işçi bu feshin sonucunda hak kazanabileceği ihbar tazminatı ya da kıdem tazminatı gibi işçilik haklarına yine de hak kazanacaktır.⁴

İşverence yapılan geçerli nedenli bir fesih, baştan itibaren iş sözleşmesine etki etmekte ve bununla iş sözleşmesi sona ermektedir. Oysaki feshin geçersiz bir nedene dayalı olması halinde, işverence yapılan fesih, iş sözleşmesi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmemekte; iş ilişkisi taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını baştan itibaren doğurmaya devam etmektedir.⁵ Geçerli bir nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi, şayet

¹ Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 207.

² Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 207; Özekes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 147; Günay, *İş Davaları*. 1199.

³ Yarg.9.HD, 5.12.20005, E.2005/35936, K.2005/38698 “4857 Sayılı İş Kanununun 21. Maddesinde işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık süre için ücret ve diğer haklarının ödenmesi öngörüldüğünden, somut olayda olduğu gibi, fesih tarihi ve yargılama sürecinin uzunluğu dikkate alındığında geçimini emeği ile karşılayan işçinin başka bir işte çalışmasını doğal karşılamak gerekir. Davacı işçinin işe iade kararından sonra süresi içinde işe başlatılmak için işverene başvurması ve işverence işe başlatılmak istendiği sırada çalışmaya hazır olduğunu ortaya koyabilmesi gerekli ve yeterlidir. Ne var ki belirtilen bu husus ise işe iade davasından sonraki aşamalar ile ilgilidir. Bu nedenle, davacının fesihten sonra 9.1.2004 tarihi itibarıyla yaklaşık 6 ay geçtikten sonra başka bir işte çalışmakta olduğu gerekçesi ile işe iade isteğinin reddine karar verilmiş olması doğru değildir.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1288.

⁴ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 589-594; Ulucan, *İş Güvencesi*. 83; Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 138; Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 249.

⁵ Süzek, *İş Hukuku*. 581.

kendisine ihbar önelleri verilmemiş ve ihbar tazminatı da peşin olarak ödenmemişse, işçi bu noktada ihbar tazminatına hak kazanacak ve bunun ödenmesini işverenden talep edebilecektir. Ve yine işçi kıdem tazminatının ödenmesini talep ve dava edebilmektedir. Ayrıca işçinin, diğer ödenmemiş işçilik alacaklarını da talep etmesinde her hangi bir engel yoktur.

II. Davanın Kabulü Kararı

İşe iade davasında işçilerin iddiaları sabit olursa davası kabul edilecektir. Başka bir ifade ile ispat yükü işverende olduğu için, işveren feshin haklı veya geçerli nedene dayalı yapıldığını ispatlayamazsa davanın kabulüne karar verilecektir. Feshe itiraz davası sonucunda işçinin iddiaları sabit görülmezse, işverence geçerli sebep gösterilmek suretiyle fesih yapılmışsa, işçi iş güvencesi kapsamında bir işçi değilse, dava bir aylık hak düşürücü süre içinde açılmamışsa davanın reddine karar verilir.¹ Bu hüküm işverenin haklı, işçinin ise haksız olduğunun tespiti niteliğinde bir tespit hükmüdür.² 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. Maddesine göre, işçinin açmış olduğu dava haklı bulunduğu, öncelikle feshin geçersizliğine karar verilmeli, işçinin işe iade edilememesi ihtimali dikkate alınarak kararda, ayrıca işçiye ödenmesi gereken tazminata esas sürede belirlenmelidir. Bunun dışında işçinin karar kesinleşinceye kadar çalıştırılmadığı süre için ödenecek en fazla 4 aylık ücretinin ödenmesi gerektiği de hüküm altına alınmalıdır.

Mahkeme, işe iade yerine sadece tazminata hükmedemez. Kararda ikisi de yer alacaktır. Feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmaz ise mahkemece ilamda gösterilen tazminatı ödemek zorunda kalacaktır. Mahkemede asıl talep işe iade olup işe başlatmama halinde işçi iş güvencesi tazminatına

¹ Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin hüküm ve Sonuçları*. 344.

² Günay, *İş Davaları*. 1199; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 207.

kavuşabilecektir.¹

İş Kanununun 21. Maddesine göre mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverence işçiyi işe iade veya tazminat ödeme seçeneklerinden birini seçme hakkı tanınmıştır. İşçi mahkemeden fesih nedeninin geçerli olmadığını öne sürerek işe iadesini isteyecektir. İşçiye işe iade yerine en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminat talep etme olanağı tanınmamıştır.² Bu konudaki seçim hakkı, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde işverene aittir.³

III. Davanın Konusuz Kalması

İşe iade davasının henüz yargılama aşamasında iken işçinin işe yeniden başlatılmış olması halinde; davanın konusuz kalıp kalmadığı ve çalıştırılmayan dört aylık sürenin ücreti konularında Yargıtay önceki kararı ile sonraki kararı çelişkili olup, Yargıtay'ın doktrindeki eleştirileri dikkate alarak görüş değiştirdiği anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın bu konu ile ilgili vermiş olduğu ilk kararlardan birinde “feshin geçersizliğine karar verilmediğine göre davacının ücret isteği hakkında karar verilmesine yer olmadığı belirtilmiştir”.⁴

Yargıtay'ın bu kararı doktrinde eleştirilmiş ve farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım yazarlar davanın konusuz kaldığı görüşüne katılmakla birlikte, çalıştırılmayan sürenin

¹ Ekmekçi, “4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, 108; Süzek, *İş Hukuku*. 585; Tuncay, “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor,” 10.

² Ekmekçi, “4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları,” 108, Süzek, *İş Hukuku*. 585.

³ Çelik, *İş Güvencesi*. 214; Ekmekçi, *Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*. 178.

⁴ Yarg.9.HD, 8.7.2003, E.2003/12444, K.2003/13125, www.kazanci.com.

ücretine de karar verilmesi gerektiği görüşündedirler.¹ Davanın tamamen konusuz kalmadığı, bu nedenle de davacı işinin geriye doğru ücretlerini alabilmek için davanın devamında hukuki yararının bulunduğu da ileri sürülmüştür.² Bir başka görüşte de; işçinin işe iade davası devam ederken eski işine başlatılmasının feshin geçerli nedene dayanmadığını gösterebileceği, ancak bunun aksine yeni kurulan ilişkinin eskisinden bağımsız bir ilişki de olabileceği, bu nedenle bu durumda işe yeniden başlayan davacı işçinin yeni duruma göre davadaki taleplerine bakılarak, işçinin talebi doğrultusunda sonuca gidilmesi gerektiği, işçinin davadan feragat etmesi, davayı takip etmeyeceğini bildirmesi veya karar verilmesine yer olmadığına dair istekte bulunması hallerinde tüm isteklerin reddine karar verilmesi gerektiği, ücret isteği varsa davaya devam edilmesi gerektiği savunulmuştur.³

Yargıtay'ın bu konu ile ilgili son yıllardaki kararına göre ise, dava devam ederken işçinin işe başlatılmış olmasını feshin geçersizliğinin kabulü anlamına geldiği ve bunun davanın kabulü anlamına geldiğidir.⁴ Yargıtay bir kararında; davacının işe başlatılmış olmasını, işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirmiştir.⁵

Doktrinde, bazı yazarlarca çalıştırılmayan sürenin ücretine karar verilmesi gerektiği

¹ Abdurrahman Duran, "Geçersiz Sebep Feshin Sonuçları", *Legal DİSGHD.*, 1. Cilt, 3, 2004. 813; Özekes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 492, 493.

² Ekmekçi, *Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*. 173-174.

³ Çil, 417,418.

⁴ Y.9.HD, 21.3.2006, E.2006/3835, K.2006/7127, "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 işçinin çalıştırılmadığı süre ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınmamış olması doğru değildir." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1224.

⁵ Yarg.9.HD, 12.9.2005, E.2005/24795, K.2005/29371, "Ancak dosyaya ibraz edilen hizmet aktine ve işe giriş bildirgesine göre yargılama devam ederken davacı işe başlatılmıştır. Davacının işe başlatılmış olması aksi ileri sürülmedikçe işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir." Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1188.

şeklindeki baskın görüş¹ üzerine, yargılama devam ederken yeniden işe başlatılan işçinin dört aylık sürenin ücretine hak kazanacağı Yargıtay tarafından da kabul edilmiş ve sonraki kararlarını bu yönde vermiştir.²

¹ Abdurrahman Duran, “Geçersiz Sebep Feshin Sonuçları”, 813; Özekes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 492, 493.

² Yarg.9.HD, 5.4.2005, E.2005/4012, K.2005/12183, “Dosya içeriğine, toplanan delillere göre dava açıldıktan sonra davacının 20.8.2004 tarihinde işyerinde çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır. Bu durumda iş güvencesi hükümleri ile sağlanmak istenen nihai sonuç elde edilmiş olduğundan işe iade ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili olarak karar itirazının mahal olmadığına, boşta geçen süre ile ilgili olarak ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi ile yetinilmelidir.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1276.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLAN VE OLMAYAN İŞÇİLERİN BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİNDE HAK KAZANACAKLARI TAZMİNATLAR BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

§ 1. Kıdem Tazminatı Bakımından Karşılaştırma

I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesi yasadaki öngörülen durumlardan birisi ile sona eren ve belirli süre kıdemi bulunan işçiye veya işçinin ölümü halinde mirasçılara işveren tarafından ödenmesi gereken, işçinin çalışma süresine ve ücretine göre belirlenen parasal haklardır.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde, sözleşmenin belirli sürenin dolması ile son bulması halinde veya tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmelerinde, kıdem tazminatı ödenmeyecektir. Kıdem tazminatı işverene yüklenmiş bir ödeme yükümlülüğüdür.¹ Kıdem tazminatı on yıllık zamanaşımına tabidir.

4857 Sayılı İş Kanunu ile kıdem tazminatına ilişkin düzenleme yapılmamış, Geçici 6.md ile “Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur. Kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. Maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır” hükmü getirilmiştir.

¹ Şakar, *İş Hukuku Uygulaması*. 163.

1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesine göre, “ İşveren tarafından bu Kanunun 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında, İşçi tarafından bu Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca, Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla, Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla; Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.”denilmektedir.

Bu hükme göre, Kıdemi bir yıldan az olan işçi kıdem tazminatına hak kazanamamaktadır. Ancak bir yılın dolmasından kısa bir süre önce sırf işçinin kıdem tazminatı almasını engellemek için yapılacak olan fesihler iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturur ve bu durumlarda kötü niyet tazminatının yanında kıdem tazminatı da talep edilebilecektir.¹ Bir yıllık kıdem şartı emredici olarak düzenlenmiş olup, iş sözleşmelerinde ya da toplu iş sözleşmelerinde aksine yapılan bir düzenleme geçersizdir.² Bir yıllık kıdem şartının yanında, iş sözleşmesinin 14. Maddede sayılan belirli nedenlerle sona ermesi şartı aranmıştır.

İşçinin kıdem tazminatının hesaplanmasında göz önünde tutulacak kıdem süresinin başlangıcı işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarihtir.³ İşçinin kıdem süresinin sonu ise iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir. Sözleşme bildirim sürelerine uyularak feshedilmesi halinde, bildirim süresinin sona erdiği tarih kıdem süresinin sonudur. Sözleşmenin bildirim sürelerine ait ücretin peşin verilmesi ile sonlanması durumunda ya da bildirim sürelerine uyulmaksızın usulsüz fesih edilmesi durumunda da bildirim sürelerinin sona

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 681.

² Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 644.

³ Süzek, *İş Hukuku*. 693.

ereceği tarih işçinin kıdeminin sonu olarak kabul edilmektedir.¹ İşçinin ölümü halinde ise sürenin sonu işçinin ölüm günüdür.

İş Kanununun 14. Maddesinin 1.fıkrasında “işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devam süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı” ödeneceği öngörülmüştür. Buna göre işçinin hizmet akdinin devam süresi ve takvim yılı esas alınmıştır. Maddenin açık hükmüne göre, iş sözleşmesinin taraflar arasında varlığını sürdürdüğü, askıya alındığı tüm sürelerin kıdem tazminatının hesabında göz önünde tutulması gerekir.² Ne var ki Yargıtay bu görüşü benimsememiştir. Kanımızca da; iş sözleşmesinin askı halinde de devam etmesi sebebiyle tüm süreler kıdem hesabında dikkate alınmalıdır.

II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

İş Kanununun 21. Maddesinin 3.fıkrasına göre, “İş güvencesi kapsamında olan işçilerin, işe iade davası sonucunda karar kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.” denilmektedir.

İş güvencesi kapsamında olan işçi, feshin geçersizliği iddiası açtığı işe iade davası sonucunda, mahkeme feshin geçersizliğine karar verirse ve süresi içinde işçinin işverene başvurmaması halinde, geçersiz fesih geçerli hale gelecektir. Feshin geçerli hale gelmesi işçinin iş güvencesi hukuku dışındaki haklarını etkilemez. Bu durumda işçi ödenmemiş ise kıdem tazminatının ödenmesini isteyebilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesinin 4. Fıkrasında “...İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir...” hükmü yer almaktadır. Buna göre, İşçinin süresi içinde işverene başvurması, işvereninde işçiyi işe başlatması halinde

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 693.

² Süzek, *İş Hukuku*. 694.

ise, ödenmiş olan kıdem tazminatı işçiye ödenen 4 aylık ücretten mahsup edilecektir. Eğer dört aylık ücret peşin ödenen kıdem tazminatını karşılamazsa, işçi kıdem tazminatını geri ödemek zorundadır.¹ İşçinin işverenden aldığı kıdem tazminatını Borçlar Kanunu'nun 61. Maddesine göre iade etmek yükümlülüğünün doğacağı da muhakkaktır.

İşçinin daha önce almış olduğu kıdem tazminatını ödeme yükümü işveren tarafından işe başlatıldığı tarihte muaccel olur.² İşçinin işe başladığında iade ettiği kıdem tazminatına faiz yürütülmeyecektir.³ Faiz işe başlayan işçinin kıdem tazminatını geri vermemesi durumunda söz konusu olmaktadır.⁴

Kesinleşen mahkeme kararının tebliği ile işçiyi süresinde başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatmayan işverenin bu davranışı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesine göre yeni bir fesih olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda iş sözleşmesi geçersiz feshin yapıldığı tarihte değil işçinin işe başlatılmama tarihinde sona ereceğinden koşulları varsa kıdem tazminatı talebi mümkündür.⁵

Buna karşılık, işveren başlangıçtaki fesih ile birlikte kıdem tazminatını işçiye ödemiş ise, işçi, işe başlatmama anına kadar iş sözleşmesi devam etmesi hasebiyle söz konusu sürenin getireceği farkların kendisine ödenmesini talep edebilecektir.⁶

Feshin geçersizliği kararının kesinleşmesi ile iş sözleşmesi kesintisiz olarak devam

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 589; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 166; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 261.

² Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 594; Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. 322; Taşkent, Taşkent, Savaş. *İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi*. 127-128; Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 233.

³ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 181.

⁴ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 181.

⁵ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 595; Süzek, *İş Hukuku*. 585.

⁶ Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 248; Süzek, *İş Hukuku*. 585; Ulucan, 85; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 578; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi," 102; Çelik, *İş Hukuku I*. 240; Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 244.

edeceği için boşta geçen sürenin tamamının işçinin kıdemini etkileyip etkilemeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde ile sürülen bir görüşe göre, işçinin çalıştırılmadığı sürenin tamamı, kıdemnin ve kıdemine bağlı haklarının hesabında dikkate alınmalıdır.¹ Doktrinde aksi yönde ileri sürülen ve Yargıtay tarafından kabul gören diğer görüşe göre, dört aylık süre, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağına hesabında dikkate alınmalıdır.² Kanımızca, işçinin kıdemi ve kıdemine bağlı hakların hesabında fiilen çalıştırılmamış olsa dahi boşta geçen sürenin tamamının dikkate alınması gerekir.

İş sözleşmesi işverenin işçiyi işe başlatmamaya yönelik irade açıklamasıyla sona erdirilmiş olunca işçinin kıdem tazminatı da bu tarihteki giydirilmiş ücret esas alınarak yapılacaktır.³ Dolayısıyla işçinin çalıştırılmadığı süre içerisinde meydana gelen zam ve tavan artışları da göz önünde bulundurulacaktır. İşverenin işçiyi işe başlatmaması ile kıdem ve ihbar tazminatı muaccel hale geldiği için, zamanında ödenmeyen kıdem tazminatına sözleşmenin sona erdirildiği tarihten yani işçinin işe başlatılmadığı tarihten itibaren faiz yürütülmelidir.⁴ Yargıtay da bir kararında, işçinin işe başlatılmadığı tarihten önceki bir tarih itibarıyla faiz yürütülmesini hatalı bulmuştur.⁵

§ 2. İhbar Tazminatı Bakımından Karşılaştırma

I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

Belirsiz süreli bir iş sözleşmesi taraflarca bildirim öneli verilmeden veya eksik verilerek feshedilmiş ya da peşin ödemeye fesihle bildirim önellerine ilişkin ücret ödenmemiş

¹ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 762; Akyiğit, *İş Güvencesi*. 340; Demir, *İş Hukuku Uygulaması*. 245.

² Çil, Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları.57; Yarg.9.HD. 20.4.2005, E.2005/886, K.2005/14880, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*, 2.Cilt. 20.

³ Süzek, *İş Hukuku*. 585; Ulucan, *İş Güvencesi*. 85; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 168.

⁴ Yarg.9.HD, 6.11.2007, E.2007/24092, K.2007/32631; İşveren dergisi, C.47, S.2, Kasım 2008, Özel eki, s.15-16.

⁵ Yarg.9.HD, 11.4.2006, E.2005/23233, K.2006/9580, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1318.

veya eksik ödenmişse bir usulsüz fesih ortaya çıkar. Bu durumda, önellere uyması gerekirken gereğince uymayan tarafın, diğer tarafa bir tazminat ödemesi gerekmektedir. Bu tazminat öğretide ve uygulamada ihbar tazminatı olarak anılmaktadır. İhbar tazminatı niteliği olarak bir tazminat¹ olması sebebiyle on yıllık genel zamanaşımına tabidir.²

İş Kanununun 17. Maddesinin 4.fıkrasına göre “Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır” denilmektedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri belirli sürenin sonunda kendiliğinden sona erdiğinden, ihbar tazminatı belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde söz konusu olur.

Tarafların anlaşması, ölüm veya haklı nedenle fesih durumlarında ihbar tazminatı söz konusu olamaz. Usulsüz feshe maruz kalan taraf ihbar tazminatına hak kazanmaktadır.³ Bu nedenle iş ilişkisini sonlandıran tarafın ihbar tazminatı isteme hakkı söz konusu değildir. İhbar tazminatının ödenmesi, işveren için olduğu kadar, işçi bakımından da söz konusu olabilir.

İhbar tazminatı yasada zarar koşuluna bağlı tutulmadan kesin ve götürü olarak hesaplanmıştır.⁴ Bu nedenle usulsüz feshe maruz kalan tarafın zarara uğramış olması gerekmez.⁵ İhbar önellerine uyulmadan işten çıkarılan işçi hemen bir iş bulmuş olsa veya işi terk eden işçi yerine hemen bir işçi bulunmuş olsa bile bu tazminata hak

¹ Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 161; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*.177; Süzek, *İş Hukuku*. 471; Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 192; Esener, *İş Hukuku*. 229; Ekonomi, *İş Hukuku I. Cilt, Ferdi İş Hukuku*. 182.

² Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 204; Çelik, *İş Hukuku I*. 236.

³ Süzek, *İş Hukuku*. 470.

⁴ Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 161; Akyiğit, *İş Hukuku*. 160.

⁵ Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 161; Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 224; Fahiman Tekil, *İş Hukuku*. (İstanbul: Fatih Gençlik Vakfı: 1981) 150.

kazanılacaktır.¹ Bu durumda asıl önemli olan bildirim sürelerine uyulmadan iş sözleşmesinin feshedildiğinin ispatlanmasıdır.² Üstelik, fesih bildirim süreleri bölünemez.³

İhbar tazminatı haklı nedenle feshin söz konusu olduğu durumlarda talep edilemez. Fakat belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin haklı sebebe dayanılarak bildirimsiz feshedilmesi halinde fesheden taraf feshe dayanarak yaptığı haklı sebebi kanıtlayamamışsa veya kanuni süresini geçirerek feshi yapmışsa, bildirim süresine uymamış olacağından ihbar tazminatı ödenmesi söz konusu olacak, usulsüz fesih yapan taraf ihbar tazminatı ödeme borcu altına girecektir. Yargıtay'ın da uygulaması bu yöndedir.⁴

İş akdinin feshinde önel vermeyen taraf ihbar tazminatından sorumlu tutulur. Bir işyeri el değiştirdiğinde hizmet sözleşmesinin yeni işveren tarafından sona erdirilmesi durumunda önceki işveren ihbar tazminatından sorumlu tutulmaz.

İhbar tazminatı, işçinin işyerinde çalıştığı süreler gereği uyulması gereken bildirim sürelerine göre hesap edilir. Kanunen öngörülmüş olan bildirim öneleri 4857 sayılı İş

¹ Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 202; Süzek, *İş Hukuku*. 471; Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 193; Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 224.

² Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 202; Süzek, *İş Hukuku*. 471.

³ Yarg.9.HD, 1.3.1994, E.1994/3926, K.1994/3119, “Mahkemece çalışılan süreye kadar geçen ihbar öneli dikkate alınmak suretiyle bakiye önel süresi için hesap edilen ihbar tazminatına hükmetmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13.maddesine göre, ihbar önelerine ilişkin süreler bölünemez. Buna rağmen bölünmek suretiyle hüküm tesis edilmiş olması isabetsizdir. Tüm ihbar süresi dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır.” www.kazanci.com.

⁴ Yarg.9.HD, 20.6.2000, E.2000/6172, K.2000/8785 “..davalı işçi tarafından ibraz edilen 2.10.1995 tarihli istifa dilekçesi de akdin ihbar öneline uyularak feshedilmediğini açıkça göstermektedir. Bu durumda davalı işçi tarafından akdin 1475 sayılı İş Kanununun 16. maddesinde belirtilen nedenlerden ötürü feshedildiği de ileri sürülmediğine ve dosya içeriğine göre böyle bir haklı neden söz konusu olmadığını göre, davacı işveren yararına gerçekleşen ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” www.kazanci.com.

Kanunu madde 17 de düzenlenmiştir. Şöyle ki;

- a) İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta,
- b) İşi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta,
- c) İşi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta,
- d) İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta olarak öngörülmüştür.

İhbar tazminatı miktarı kanunen öngörülmüş bulunan yukarıda belirttiğimiz bildirim önelleri dikkate alınarak hesaplanacaktır. Bu öneller işçinin kıdemine göre belirlenmiştir. İhbar tazminatının hesabına konu olacak ücret işçinin usulsüz feshinin söz konusu olduğu andaki ücretidir. Belirtmek gerekir ki; tarafların iş sözleşmesinden doğan hak ve borçları, feshi ihbar süresi içinde de geçerli olmayı sürdürür.¹

İhbar tazminatının miktarı; her haftada yedi gün olarak kabul edilip, bildirim süresine ilişkin gün sayısı ile son brüt, giydirilmiş günlük ücretin çarpılması yoluyla belirlenir. İhbar tazminatının zamanda ödenmemesi halinde temerrüt tarihinden itibaren, daha önce temerrüde düşürülme söz konusu değilse dava tarihinden itibaren “kanuni reeskont faiz” oranları uygulanmaktadır.² Ancak taraflar toplu iş sözleşmesinde kabul ettikleri ihbar önelleri kanunda öngörülen önellerden fazla ise, fazlaya ilişkin ihbar tazminatı için 2822 sayılı kanunun 61. maddesinde öngörülen en yüksek işletme kredisi faizinin yürütülmesi gerekmektedir.

¹ Demircioğlu ve Centel, *İş Hukuku*. 140.

² Demir, s. 225.

İş Kanununun 13. maddesine göre, “Öneller asgari olup sözleşme ile arttırılabilir” hükmü getirilerek, kanunda yer alan bildirim sürelerinin işçi ve işveren için uyulması zorunlu en az süreler olduğu ve bu sürelerin altında bir sürenin kararlaştırılmayacağı emredici olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu sürelerin kısaltılması, ortadan kaldırılması veya bu sürelerden feragat edilmesi mümkün değildir. Fakat buna rağmen taraflar bu süreleri azaltan veya ortadan kaldıran bir sözleşme yapmışlarsa bu sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmez ve bunun yerine kanunda asgari sınırı belirtilmiş olan bildirim süreleri uygulanır. Ayrıca bildirim sürelerinin sözleşme ile arttırılması durumunda ise, ihbar tazminatının bu arttırılmış sürelerle göre hesaplanması gerekmektedir.¹

İhbar tazminatının sözleşmelerle artırılıp arttırılmayacağı öğretide tartışma konusudur. Bir görüşe göre, kanunda fesih bildirim sürelerinin sözleşmelerle arttırılabileceği kabul edildiğine göre, buna bağlı olarak ihbar tazminatı da artacak ve kanuni bildirim önellerine ilişkin ücret değil, arttırılan bildirim süreleri ile orantılı olarak artan ücret ödenecektir.² Diğer bir görüşe göre, ihbar tazminatını kurala bağlayan İş Kanununun 17/4 hükmü de nispi emredici nitelikte olması sebebiyle, bildirim önellerine hiç dokunulmadan doğrudan doğruya ihbar tazminatının miktarı da arttırılabilir.³ Diğer bir görüşe göre; kanunun bu hükmün “mutlak emredici” nitelikte olmadığından, işçi lehine sözleşmelerle arttırılabilecektir.⁴ Yargıtay ise ihbar tazminatının miktarının sözleşmeyle arttırılmayacağını, zira maddenin kamu düzeni ile ilgili olduğunu, sözleşmeyle arttırılabilecek hususun sadece bildirim süresinden ibaret bulunduğunu kabul etmiştir.⁵

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 472; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 205.

² Demir,226; Centel, *Bireysel İş Hukuku*. 176; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 178.

³ Akyiğit, *İş Hukuku*. 160; Süzek, *İş Hukuku*. 472.

⁴ Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*. 194; Yarg.9.HD, 9.5.2000, E.2000/2834, K.2000/6715, “İhbar önelleri sözleşme ile işçi lehine arttırılabilir ise de, işçi aleyhine artırılması olanağı yoktur.” www.kazanci.com.

⁵ Yarg.9.HD, 12.11.1980, E.156-45, K.16634, www.kazanci.com.

Kanımızca, iş kanununun 17. Maddesinin 3. ve 4. Fıkralarının nispi emredici niteliği sebebiyle, bildirim süreleri ve ihbar tazminatı sözleşmelerle arttırılabilmesi gerekir.

Bildirim sürelerine uyulmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda söz konusu olan ihbar tazminatı, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilerde de söz konusu olacaktır.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler usulsüz fesih bildirimine maruz kaldıklarında işe iadede yararlanamamaktadırlar. Dolayısıyla kanun bu işçilere çeşitli tazminatlar ödemesini hükme bağlamıştır. Bu tazminatlardan birtanesi de yukarıda incelediğimiz ihbar tazminatıdır. Fesih bildirim önellerine gereğince uymadan yapılan bir feshin aynı zamanda kötü niyetli fesih yahut sendikal nedenli fesih niteliği de taşıması mümkündür. Bu durumda kötü niyet tazminatı yanında ayrıca ihbar tazminatına da hükmedilmesi mümkündür.

II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

İş Kanunu 17.maddesinin 6.fıkrasında; “İşverenin bildirim sürelerine uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına engel olmaz.”denilmektedir. Yukarıdaki maddenin açık hükmüne göre; iş sözleşmesi geçerli bir nedene dayanmaksızın feshedilen işçilere de usulsüz fesihlerin sonucu olarak görülen ihbar tazminatı ödenecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesinin 4. Fıkrasında “...İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedden mahsup edilir...” hükmü yer almaktadır.

İşveren, mahkemece verilen kararın kesinleşmesiyle süre içinde kendine başvuran işçiyi 1 ay içerisinde işe başlatma yükümlülüğündedir. İşveren işçiyi işe başlatırsa dört aylık

ücretten peşin ödenen ihbar tazminatı mahsup edilecektir. Eğer dört aylık ücret peşin ödenen ihbar tazminatını karşılamazsa, işçi ihbar tazminatını geri ödemek zorundadır.¹ İşçinin işverenden aldığı ihbar tazminatını Borçlar Kanunu'nun 61. Maddesine göre iade etmek yükümlülüğünün doğacağı da muhakkaktır.

İşveren tebliğden itibaren 1 ay içinde işçiyi işe başlatmaz ise, feshin geçersiz sayılmasıyla iş ilişkisi taraflar arasında kesintiye uğramaksızın devam ettiğinden, yeni bir fesih olarak nitelendirilmekte ve bu fesihle de iş sözleşmesinin sona ermektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesine göre mahkeme tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçiyi bir ay içinde işe başlatmayan işveren iş sözleşmesini feshetmiş olur. Bu hükme göre; iş sözleşmesi geçersiz feshin yapıldığı tarihte değil, işçinin işe başlatılmaması tarihinde sona erer.²

Sözleşmenin sona erdiği tarihin belirlenmesi de, işverenin bir irade açıklamasında bulunmaksızın bir aylık başlatma süresinin dolmasını beklemesine veya bu sürenin dolmasını beklemeksizin işçiyi işe başlatmayacağı yönünde bir irade beyanında bulunulmasına göre değişiklik arz etmektedir. Buna göre İşveren, işçinin süresinin dolmasını beklemiş ise sürenin dolduğu tarihte iş sözleşmesi feshedilmiş olacaktır. Şayet işveren sürenin dolmasını beklemeksizin bu süre içerisinde işçiyi işe başlatmayacağı yönünde irade açıklamasında bulunmuş ise, bu halde irade açıklamasının yapıldığı tarih sözleşmesinin sona erdiği tarih olacaktır.

İşe iade davasının kabulüne ile iş ilişkisi hiç kesilmeksizin devam ettiği için, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması yeni bir fesih olarak kabul edilmektedir.³ İşçinin

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 483; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 181; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 261.

² Süzek, *İş Hukuku*. 484; Çelik, *İş Güvencesi*. 47; Ulucan, *İş Güvencesi*. 85; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 262; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 182; Ulucan, 85; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 595; Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", 16.

³ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 765; Süzek, *İş Hukuku*. 585; Ulucan, *İş Güvencesi*. 85; Çelik, *İş Hukuku*. 240; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 182.

işverence işe başlatılmaması ile işverence yeni bir fesih yapılmış olması sebebiyle, bu feshin hukuki sonuçlarından doğan tazminatları işveren işçiye ödemek zorundadır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı talebi mümkündür.¹

İş kanunu 21. Maddesinin 4. Fıkrasında “İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödeneceğini” belirtilmiştir. Buna karşılık, işveren başlangıçtaki fesih ile birlikte ihbar ve kıdem tazminatını işçiye ödemiş ise, işveren işe başlatma yükümlülüğünü ifa etmediğinden, bunların iadesini işçiden talep edemeyecek; aksine, bu hakların daha önce ödenmesi halinde işçi, işe başlatmama anına kadar iş sözleşmesi devam etmesi hasebiyle söz konusu sürenin getireceği farkların kendisine ödenmesini talep edebilecektir.²

İş sözleşmesi işverenin işçiyi işe başlatmamaya yönelik irade açıklamasıyla sona erdirilmiş olunca işçinin ihbar ve kıdem tazminatı da bu tarihteki giydirilmiş ücret esas alınarak yapılacaktır. Dolayısıyla işçinin çalıştırılmadığı süre içerisinde meydana gelen zam ve tavan artışları da göz önünde bulundurulacaktır. Yine aynı şekilde kıdem tazminatının tavanı bakımından yine bu tarih esas alınacaktır.³ İşverenin işçiyi işe başlatmaması ile ihbar tazminatı muaccel hale geldiği için, zamanında ödenmeyen ihbar tazminatlarına sözleşmenin sona erdirildiği tarihten itibaren faiz yürütülmelidir.⁴

¹ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 595.

² Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 248; Süzek, *İş Hukuku*. 485; Ulucan, 85; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 578; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 102; Çelik, *İş Hukuku I*. 240; Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 244).

³ Süzek, *İş Hukuku*. 484; Ulucan, *İş Güvencesi*. 85; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 168.

⁴ Yarg.9.HD, T.6.11.2007, E.2007/24092, K.2007/32631. İşveren dergisi,C.47, S.2,Kasım 2008, Özel eki,s.15-16.

§ 3. Kötüniyet Tazminatı Bakımından Karşılaştırma

I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

Hukuk sistemimizde fesih hakkının kullanılmasında fesih serbesti ilkesi geçerli olup, taraflar belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyararak, sebep göstermeden her zaman sonlandırabilirler. Bu bir akitle süresiz olarak bağlı kalınmayacağına, başka bir deyişle kişilik haklarının korunması ilkesinin bir sonucudur.¹ Bu düzenleme ile kanun koyucu işverenin iş sözleşmesini tek taraflı olarak fesih edilmesini işçi yararına sınırlandırmıştır.² Böylelikle fesih serbestisi sonunda, anılan hakkın kötüye kullanılması hali müeyyidelendirilmiş ve bir kontrol sistemi kurulmaya çalışılmıştır.³ Hakkın kötüye kullanılması, kanunun uygulanmasının adalete aykırılık teşkil ettiği durumlarda kanunu düzelten bir araç görevini yapmaktadır.⁴

Fesih hakkının amacına aykırı olarak kullanılmış olması durumunda fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasının birinci şartı belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin sonlandırılmış olmasıdır.⁵ İkincisi şartı ise kanuna uygun olarak yapılan fesih bildiriminin bir hakkın kötüye kullanılması teşkil edilmesidir.⁶

4857 Sayılı iş kanununun 17. Maddesine göre; "...bu Kanununun 18, 19,20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir." hükmü yer almaktadır.

Kanunun açık hükmünden de anlaşılacağı gibi kötü niyet tazminatı, iş güvencesi

¹ İsmet Sarısözen, Ankara Barosu Dergisi, sayı:1978-1 yıl 35, 1978: 16.

² Esener, *İş Hukuku*. 232.

³ Sarısözen, 16.

⁴ Sarper Süzek, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*. (Ankara: Kazancı, 1976) 70.

⁵ Esener, *İş Hukuku*. 232.

⁶ Esener, *İş Hukuku*. 232.

hükümlerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda söz konusu olur. O halde iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanılmak suretiyle sona erdirilmesi halinde uygulanacak yaptırım, feshin geçersizliği değil bildirim sürelerine ait ücretin üç katı tutarında bir tazminattır.

Hukukumuzda iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesini fesheden işveren bir fesih sebebi belirtmek zorunda değildir. Ancak işveren bir fesih sebebi bildirmişse bu sebep ile bağlıdır, daha sonra bu sebep dışına çıkarak iş sözleşmesini başka sebeple feshettiğini iddia edemez.¹ Bunun yanında süreli fesih hakkının da her hak gibi M.K.'nin 2. Maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun bir biçimde kullanılması gerekir.² Aksi takdirde, fesih hakkı kötüye kullanılmış olur. Burada dikkate alınması gereken objektif iyi niyet ölçütü, aynı şart ve konumdaki dürüst ve makul bir işverenin feshe yönelik sergileyeceği farazi davranış biçimidir. Bu durumda işveren fesih hakkını kötüye kullanmış olsa dahi yapılan fesih geçerli sayılacak ve iş sözleşmesini sona erdirecektir.³ İşçi bu feshe karşılık yasada öngörülen kötü niyet tazminatını talep edebilecektir.

Uygulamada ise kötü niyet tazminatı, genel olarak bildirim sürelerine uyulmadan yapılan fesihlerde söz konusu olmaktadır.⁴ Bununla birlikte, İşveren fesih bildirim yolu ile hizmet akdini kanunda gösterilen usul ve sürelerle uygun olarak sona erdirmekle beraber fesih hakkını kötüye kullanmış olabilir.

¹ Süzek, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*. 200.

² Süzek, *İş Hukuku*. 475.

³ Sarper Süzek, *Kamu-İş*, Cilt:6 202 Sayı:4, s.73.

⁴ Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 230.

Kanunda hangi hallerin kötü niyetli sayılacağı belirtilmemiştir. Fakat kanunun gerekçesinde; işçinin işverene dava açması, işveren aleyhinde şahitlik yapması¹ veya işveren hakkında yetkili makamlara şikayette bulunması² kötü niyetli feshе örnek olarak sayılmıştır. Kötü niyete Yargıtay kararları ile örneklendirecek olursak; bir kararında, işverenin evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatına hak kazanılacak olan davacıya bu tazminatı ödememek için devamsızlık bahanesiyle iş sözleşmesini feshetmesini kötü niyetli kabul etmiştir.³ Yargıtay bir diğer kararında, hamilelik nedeni ile işverence iş sözleşmesinin feshedilmesini kötü niyetli kabul etmiştir.⁴ İşverenin kötü niyet tazminatı ödemesi için işçinin bir zarara uğramış olması gerekmektedir. İşçi herhangi bir zararı olmasa da bu tazminatı talep edebilecektir.⁵ İşçinin kötü niyet tazminatı ile karşılanamayacak bir zararı söz konusu olmuşsa bu zarar genel hükümler

¹Yarg.9.HD, 27.10.1999, E.1999/9-837, K.1999/890, "...Davacı işçinin sözleşmesinin bir başka davada tanıklık yapması nedeniyle yani kötü niyetle fesh edildiği kabul edilerek kötü niyet tazminatı hüküm altına alınmış ise de, dosya içeriğinden böyle bir kötü niyetin bulunmadığı anlaşılmaktadır." www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 30.12.1998, E.1998/17920, K.1998/19615, www.kazanci.com.

²Yarg.9.HD, 3.10.2005, E.2005/1104, K.2005/31842, "...Aksine davacı işçi işvereni Kuruma şikayat ettiğinden dolayı iş akdinin işverence kötü niyetli olarak son verildiğini kanıtlamıştır. Öte yandan davacı ile 4 işçi hakkında da şikayet tarihinden kısa bir süre sonra iş akitleri aynı şekilde sona erdirilmiştir. İşverenin bu eylemi kötü niyetlidir. Mahkemece kötü niyet tazminatına hükmedilmemesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. "www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 30.9.2004, E.2004/4860, K.2004/21081, "...Davacı, davalı işvereni belediye tarafından kamulaştırma yapılmadan taşınmazına el konulmak istenmesi üzerine Cumhuriyet Savcılığına şikayette bulunduğunu, hizmet sözleşmesinin bu nedenle kötü niyetle fesh edildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ve kötü niyet tazminatının davalıdan tahsilini istemiştir.....Davacının hizmet akdinin kötü niyetli olarak fesh edildiğinin kabulü gerekir." Kılıçoğlu, 4857 *İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 92.

³ Yarg.9.HD, 2.10.2001, E.2001/11407, K.2001/15322, www.kazanci.com.

⁴Yarg.9.HD, 17.9.2007, E.2007/29103, K.2007/26743, "...Davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için fesh edildiğini ileri sürerek kötü niyet tazminatı da talep etmiştir. Mahkemece kötü niyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin fesh edildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Her ne kadar iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde her hangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötü niyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir. Yazılı gerekçe ile reddi ayrı bir bozma nedenidir." www.kazanci.com.

⁵ Süzek, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*. 157; Murat Engin, *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi*. (İstanbul: Beta, 2003) 17.

çerçevesinde istenebilir.¹

Hizmet akdinin kötü niyetle feshinde kötü niyetin somut olarak ortaya konulması gerekmektedir.² İşveren fesih hakkını kullanırken kişisel durumundan bağımsız olarak aynı durum ve koşullar içinde bulunan dürüst, namuslu ve makul bir işveren nasıl davranacak idiye o yönde davranmalıdır.³ Kötü niyetle yapılan fesihlerde her somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmede bulunulmalıdır. Kanaatimizce de kötü niyetle yapılacak fesihlerin somut olayın özelliğine göre değişmesi nedeniyle bu sebepleri bir kalıp içine sığdırmak yerinde olmaz.

İş güvencesi kapsamı dışında kalanların kötü niyet iddiasını ispat yükü MK. M.6'da yer alan genel kurallar çerçevesinde iddiada bulunan işçi üzerindedir.⁴ Kısaca kötü niyet iddiası somut olaylarla⁵ ortaya konup işçi tarafından⁶ ispat edilmedikçe kabul edilmez.⁷ İş güvencesinin hükümlerinden yararlanan işçilerin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, feshin geçerli nedene dayandığının ispatı işverene ait iken, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmadığı durumlarda ispat yükü işçinin omuzlarına bırakılmıştır. Bu

¹ Engin, *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi*. 17.

² Günay, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 120; Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 92.

³ Süzek, *İş Hukuku*. 470.

⁴ Günay, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 122; Süzek, *İş Hukuku*. 479.

⁵ Yarg.9.HD, 21.6.1993, E.1992/14713, K.1993/10681, "...Davacı, kötü niyet tazminatı istemiş ise de, feshin İş Kanunu'nun 13. maddesinin sonundan önceki fıkrasında örnek olarak belirtilen sebeplerle yapıldığını, yani feshin kötü niyetli olduğunu gösterir, somut olayları ortaya koyup kanıtlamamıştır. Bu durumda kötü niyet tazminatı isteğinin reddine karar vermek gerekir." www.kazanci.com.

⁶ Yarg.9.HD, 5.6.2006, E.2005/37634, K.2006/16200, "... Davacı kötü niyet tazminatı talebinde bulunmuş ise de, bu tazminatı talep edebilmesi için, hangi olguların kötü niyet tazminatını gerektireceğini kanıtlaması gerekir. İşverenin akdi kötü niyetle feshettiğini ispat külfeti davacıya ait olup bu konuda davacı hiçbir kanıt getiremediğinden bu isteğin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 3.5.1991, E.1991/363, K.1991/8030, www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 9.6.1999, E.1999/9-479, K.1999/490, www.kazanci.com.

durumda işçi kusursuzluğunu değil, işverenin fesih hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını ispatlayacaktır.¹

Kanunda öngörülen yaptırımlar sadece işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı durumlarda uygulama alanı bulur, sözleşmenin işçi tarafından feshinde bir kötü niyet varsa bu durumda ancak genel hükümler çerçevesinde bir tazminat söz konusu olmaktadır.²

Kötü niyet tazminatı ihbar tazminatından farklı bir kurumdur. İhbar tazminatı, tarafların belirsiz süreli iş sözleşmenin süreli feshi için öngörülen koşullara uymaları amacıyla getirilen bir yaptırım iken; kötü niyet tazminatı, fesih hakkının diğer tarafa zarar vermek amacıyla kullanılmasının yaptırımıdır.

Öğretide kötü niyet tazminatının ödenmesini zorunlu kılan durumlarda, ayrıca ihbar tazminatının da ödenmesinin gerekip gerekmeyeceği konusu tartışmalıdır. Çoğunluk görüşüne göre, işveren sözleşmeyi hem kötü niyetle feshetmiş hem de önellere uymamışsa kötü niyet tazminatı ve ihbar tazminatı ayrı ayrı hesaplanıp birbirine eklenmelidir.³ Kötü niyet ve ihbar tazminatı konusunda Yargıtay önceleri vermiş olduğu kararlarında kötü niyet tazminatını, ihbar tazminatının vasıflı bir şekli, ağırlaştırılmış hali⁴ olarak kabul ediyor ve ihbar tazminatının kötü niyet tazminatının içinde olduğu görüşünü kabul ediyordu.⁵ Yada işçiye bildirim öneli verilmiş ise, iki ihbar tazminatı

¹ Esener, *İş Hukuku*. 234.

² Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 162.

³ Tekil, *İş Hukuku*. 151; Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 178; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 207; Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 161; Demircioğlu ve Centel, *İş Hukuku*. 171; Münir Ekonomi, *İş Hukuku 1. Cilt, Ferdi İş Hukuku*. 189.

⁴Yarg.9.HD, 21.5.2002, E.2002/808, K.2002/8729, "...Kötü niyet tazminatının, ihbar tazminatının ağırlaştırılmış şekli olduğu dikkate alınarak davacı lehine ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekir, Yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." www.kazanci.com.

⁵Yarg.9.HD, 13.5.1996, E.1995/36096, K.1996/10068, "...Kötü niyet tazminatı, ihbar tazminatının vasıflı biçimidir. Bir kez ihbar tazminatı hüküm altına alındıktan sonra, kötü niyet tazminatı olarak ayrıca 3 katı

tutarında kötü niyet tazminatı ödeneceğini kabul etmekteydi.¹ Fakat 4857 sayılı yasanın kabulü ile bir değişiklik gündeme gelmiştir. Buna göre işveren hem bildirim önellerine uymamış hem de kötü niyetli fesih yapmışsa her iki tazminata da hükmedilecektir. Yasanın 17. Maddesinin 6. Fıkrasına göre; “... fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.” Yapılan düzenleme ile kötü niyet tazminatı ihbar tazminatının üç katı tutarı olarak belirlenmiş ve ayrıca ihbar tazminatı ödenmesi hükme bağlanmıştır.

İhbar tazminatı ve kötü niyet tazminatı gerek nitelikleri gerekse düzenleniş amaçları tamamen farklı hukuki yaptırımlardır. İhbar tazminatı bildirim sürelerine uyulmaması halinde söz konusu olduğu halde kötü niyet tazminatı kötüye kullanılmış fesihlerde ortaya çıkmaktadır. Kanımızca, kanunda ayrı amaçlarla düzenlenmiş olan bu iki tazminatın amacına uygun olarak hüküm altına alınmasını sağlayan söz konusu değişiklik yerinde olmuştur.

Kötü niyet tazminatının hesabında; İş K. m. 32/I’de yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para ve para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde bulundurulur.(İş K. m. 17.son)

değil 2 katı kötü niyet tazminatına karar vermek gerekir.Yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 28.2.1992, E.1992/514, K.1992/2332, “...İhbar tazminatı ihbar öneline ait ücretin üç katı tutarındaki kötü niyet tazminatının içinde olup ayrıca ihbar tazminatına karar verilmesi doğru değildir. Esasen davacı ayrıca ihbar tazminatı istememiştir. İhbar tazminatına karar verilmekle istekte aşılmıştır. Karar bu bakımdan da usul ve yasaya aykırıdır. O halde, sadece ihbar önelinin üç katı tutarındaki kötü niyet tazminatı, istekte aşılmamak suretiyle bir karar verilmesi gerekir.” www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 1.12.1992, E.1992/4799, K.1992/13096, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD, 28.2.1992, E.1992/539, K.1992/2334, www.kazanci.com.

¹Yarg.9.HD, 10.2.1992, E.1991/13010, K.1992/1209, “...1475 sayılı İş Kanununun 13 üncü maddesinin sondan bir önceki fıkrasına göre, oluşacak kötü niyet tazminatı ihbar tazminatının üç katı tutarından ibarettir. İhbar tazminatı daha önce davacıya ödendiğine göre, sadece ihbar tazminatının iki katı tutarındaki miktarına karar vermek gerekirken, bu husus gözetilmeksizin ödenen ihbar tazminatı dışında kötü niyet tazminatı olarak ihbar tazminatının üç misli tutarındaki tazminata karar verilmiş olması doğru değildir.” www.kazanci.com.

Bu tazminat, zarar şartından bağımsız ve götürü olarak hükmedilen bir tazminattır. Fesih hakkının kötüye kullanılmış olması işçiye işine geri dönme hakkı vermez. Çünkü feshin kötüye kullanılmış olması, feshin geçersizliğine neden olmaz sadece hakkın kötüye kullanılmış olması sebebiyle bir tazminata sebep olur.¹

Yasadan, sözleşmeden kaynaklanan hakların geçerli hale gelmesinden biraz önce işçiyi bundan mahrum etmek amacıyla yapılan sona erdirmeler iyi niyete uymayan davranışlar olarak kabul edilmelidir.

II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

4857 sayılı İş Kanununun 17. Maddesine göre “18. Maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. Maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir” denilmektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere kötü niyet tazminatından iş güvencesi kapsamında dışında kalanlar yararlanacaklardır. İş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından kötü niyet tazminatı öngörülmemiş bunun yerine daha etkin ve kapsamlı bir koruma olan iş güvencesi ve işe iade hükümleri getirilmiştir. İşe iade davası açma koşullarına sahip olan bir işçi 4857 sayılı yasanın 17. maddesine göre kötü niyet tazminatı talep edemez.²

Fesih hakkının kötüye kullanılması teorisi, 4773 sayılı yasa ile iş güvencesine ilişkin düzenlemeler hukukumuza girene kadar aynı temele hizmet eden ve işverenin fesih hakkını sınırlandıran kurumlardan olmuştur.³ Bu iki sistem görünüşte aynı amaca hizmet ediyor ise de aralarında iki önemli fark mevcuttur. Bunlardan ilki, fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda sözleşme sona ermekte iken, iş güvencesi sisteminde ise

¹ Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 206.

² Yarg.9.HD, 13.7.2005, E.2005/18736, K.2005/25514, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1332.

³ Erdem Özdemir, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları*. (Beta, Şubat 2006) 339.

amaçlanan, işe iade ve sözleşmenin devamlılığıdır.¹ İkinci fark ise ispat açısından kendisini göstermektedir. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında ispat yükü işçideyken, iş güvencesi sisteminde ispat yükü işverene aittir.²

İş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde geçerli sebebin gösterilmesi, fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, fesih sebebi açık ve kesin bir biçimde belirtilmesi gibi şartlara uyulması gerekmektedir. İş güvencesinden yararlanma şartlarına sahip olan ve yasal süresinde bu güvenceyi işleterek olumlu sonuç alan yani fesih geçersiz sayılarak işe iade edilen bir işçi bu feshin kötü niyetle yapıldığından söz edemeyecektir.

Öğretideki bir görüşe göre ise, iş güvencesi kapsamında olan bir işçi iş sözleşmesinin kötü niyetle feshedildiği durumda işe iade yerine kötü niyet tazminatı isteyebilecektir.³ Fakat Yargıtay bir kararında işyerinde otuzdan fazla işçi çalışıyor ise davacının iş güvencesi kapsamında kalması sebebiyle kötü niyet tazminatı isteği reddedilmiştir.⁴ Yine Yargıtay'a göre işe iade yerine kötü niyet tazminatı talep edilemeyecektir.⁵ Yargıtay'ın bir diğer kararına göre; iş güvencesi kapsamında kalan ve feshin geçersizliği istemeyen işçi, kötü niyet tazminatı talebinde bulunamaz. Bu durumda fesih geçerli hale gelmiştir ve kötü niyet tazminatını talep etme hakkı ortadan kalkmıştır.⁶ Kanımızca da yasanın açık hükmü karşısında iş güvencesinden yararlanabilen bir işçinin bu hakkından vazgeçip kötü niyet tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır. İş güvencesi

¹ Engin, *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi*. 20.

² Engin, *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi*. 21.

³ Çil, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*. 176.

⁴ Yarg.9.HD, 27.3.2006, E.2005/28617, K.2006/7366, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1387.

⁵ Yarg.9.HD, 1.5.2006, E.2005/23378, K.2006/13240, “..Ancak, davacının 18, 19, 20 ve 21. Maddelerinin uygulama alanı kapsamı içinde kaldığı anlaşılmakta olup işe iade davası açıp bu isteğini o davada ileri sürmeden kötü niyet tazminatı talebiyle dava açması yasaya uygun olmadığından davacının kötü niyet tazminatı istemine karar verilmemesi gerekirken hüküm altına alınması hatalıdır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1273.

⁶ Yarg.9.HD, 12.9.2005, E.2005/24784, K.2005/29252, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1324.

hükümlerinden yararlanan bir işçinin kötü niyet davası açamayacağı görüşüdeyiz.

§ 4. Sendikal Tazminat Bakımından Karşılaştırma

I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

İş Kanununun 17. Maddesinin 6. Fıkrasında düzenlenmiş bulunan kötü niyet tazminatı, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş akitlerinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle feshedildiği hallerde talep edebilecekleri bir tazminattır. Genel olarak İş Kanunu 17/6' nın yanında Sendikalar Kanununun 31. Maddesinde, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilerin talep edebilecekleri ve iş akitlerinin sendikal nedenlerle feshini daha ağır yaptırıma bağlayan bir hüküm öngörülmüştür.

Sendikalar Kanununun 31. Maddesinin 7. ve 8. Fıkrası uyarınca “854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tabi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18. Maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 20 ve 21. Maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır. İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır. İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır.” Bu tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin sendikal faaliyetinden dolayı iş sözleşmesinin feshi iddiası ile açacağı davada ispat yükü işverendedir.¹

Sendikalar Kanununun 31. Maddesine göre, sendikal tazminat sadece sendikal nedenle işten çıkarmalarda değil, işçinin iş sözleşmesi feshedilmeksizin işverence sendikal

¹ Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 163; Demir, *İş Hukuku*, 147, Mollamahmutoglu, 556.

nedenle eşit davranma borcuna aykırı bir işleme tabi tutulduğu hallerde de uygulanır. İşçinin anayasal ve yasal sendika seçme özgürlüğüne engel olmak amacıyla yapılan fesihler bir hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Sendikal nedenlerle yapılanlar dışında kalan ve bir hakkın kötüye kullanılması oluşturan diğer fesihlerde İ.K 17. Maddesine göre kötü niyet tazminatı istenebilir. Bununla beraber, yapılan fesih sendikal bir nedene dayanmasına karşın işçi tarafından İ. K. 17 uyarınca kötü niyet tazminatı talep edilmişse bu durumda SK 31/7 değil, İK 17/6 uygulanır.¹

İşçinin ücretinin bir yıllık tutarına ilişkin kısmı kesin ve götürü niteliktedir.² İşçi bu fesihden doğan hiçbir zararı bulunmasa da ücretinin bir yıllık tutarında tazminata hak kazanır. Fakat işçinin bir yıllık ücretinin üzerinde bir sendikal tazminata hükmedilmesi hakimin takdirine bağlıdır.

İş Akdinin sendikal nedenle feshi halinde her iki tazminatın da aynı hukuki niteliğe haiz olmaları nedeniyle, başka bir anlatımla sendikal tazminatın kötü niyet tazminatının özel bir halini oluşturması nedeniyle, işverenin aynı eylemine bağlı bu tazminatlardan ikisine birden hükmedilmesi mümkün olmadığı gibi³, işçinin bu tazminatlardan sözleşmeyle daha avantajlı hale gelen kötü niyet tazminatını seçme hakkı da yoktur.⁴ İşçinin iki tazminattan herhangi birini seçmesi durumunda, tazminat talepleriyle ispat yükümlülüklerinin çatışması durumuyla karşılaşılmış olunacağı için bu görüş isabetli

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 481.

² Süzek, *İş Hukuku*. 481.

³⁸⁷ Süzek, *İş Hukuku*. 481; Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 232; Yarg.9.HD, 27.3.2002, E.2002/4573, K.2002/5335, “..Sendikal tazminat, kötü niyet tazminatının vasıflı şekli olduğundan aynı eylem sebebiyle hem kötü niyet, hem de sendikal tazminatın hükmedilemeyeceğinden mahkemece yazılacak iş yapılacak iş sendikal tazminat isteğini kabul etmek kötü niyet tazminat isteğini reddetmekten ibarettir.” www.kazanci.com.

⁴ Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 232.

sayılmamaktadır.¹

Bunun yanında, SK 31/son da bu durumda işçinin diğer yasalara göre sahip olduğu haklar saklı tutulduğundan, işçi koşulları varsa ayrıca ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, maddi ve manevi tazminat da isteyebilmektedir.²

II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

Sendikalar Kanununun 31. maddesine göre “ Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz”. İş güvencesi kapsamında olan bir işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı iş sözleşmesinin feshinde halinde İş Kanununun iş güvencesine ilişkin tüm kuralları aynen uygulanacaktır ayrıca bu durumda ödenecek tazminat, İş K. m.21 e göre iş güvencesi tazminatıdır.³ Böylece SK 31/6 ile geçersiz feshin sendikal nedenle yapılmasına daha ağır bir yaptırım getirmiştir.⁴

İş güvencesi kapsamında olan bir işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından sendikal sebeplerle feshedilmesi durumunda, geçersiz fesihden söz edilir. Bu durumda işçinin işe iade edilmesi veya işçiye iş güvencesi tazminatı ödenmesi gerekecektir. Bu durumda iş güvencesi tazminatı, 4-8 aylık sınırlar dışına çıkarılarak en az bir yıllık ücrete yükseltilmiştir.⁵ Yargıtay kararlarında, feshin sendikal nedenle olduğunun kabulüne karar verilmesine rağmen tazminat miktarının, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31/6 maddesi uyarınca bir yıl yerine 4 aylık ücret tutarında belirlenmesini hatalı bulmuştur.⁶

¹ Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 210.

² Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 232; Çelik, *İş Hukuku Dersleri*. 209.

³ Aktay, Arıcı ve Kaplan Senyen, *İş Hukuku*. 179.

⁴ Süzek, *İş Hukuku*. 591.

⁵ Yarg.9.HD, 4.4.2005, E.2006/3547, K.2006/5532, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1285; Yarg.9.HD, 20.2.2006, E.2006/2692, K. 2006/4310, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1348.

⁶ Yarg.9.HD, 6.2.2006, E.2006/1067, K.2006/2418, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1293;

Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulamasına göre ücretin rakamsal olarak belirtilmesine gerek yoktur, süre olarak belirtilmesi yeterlidir.¹

Feshin sendikal nedenlerden ötürü yapıldığı durumlarda ispat yükü işverendedir.² Diğer bir deyişle işveren, iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilmediğini ispatlamak zorundadır.³ Fakat 4857 sayılı İş Kanununun 20. Maddesinde “feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.” denilmektedir. Buna göre işveren işçinin davranışları veya yeterliliği ile iş sözleşmesini feshetmişse, ancak işçi fesih nedenin başka bir neden olduğunu iddia ediyorsa bu kez ispat yükü işçiye düşecektir. Bu durumda iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından ispat yükü işveren de iken, iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından ispat yükü işçiye ait olacaktır.⁴

Yasadaki bir yıllık ücret en az ücrettir. Hakim gerekçesini göstererek bir yıllık ücret tutarı üstüne çıkabilmektedir.⁵ İş güvencesi kapsamına giren işçilerin en az bir yıllık ücreti tutarında ki bu tazminatı talep edebilmesi için İK 20/2 uyarınca feshin sendikal nedenlerle yapıldığını ispatlamaları gerekmektedir. Feshin geçerli nedene dayandığının

Yarg.9.HD, 15.3.2004, E.2004/2171, K.2004/6493, “.4773 sayılı yasanın 10. Maddesi ile değiştirilen 2821 sayılı yasanın 31. Maddesi hükmüne aykırı olarak tazminatın 4 aylık ücreti tutarında miktar olarak belirlemiştir. İş akdi sendikal sebeple feshedildiği için bu yasa hükmüne göre tazminatın işçinin ücretinin bir yıllık tutardan az olamaz.” Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. 272.

¹ Yarg.9.HD, 15.3.2004, E.2004/2164, K.2004/6486, “.Mahkeme kararının gerekçe kısmında davacının iş aktinin sendikal sebeple feshedildiğini doğru olarak kabul etmiş ise de tazminatın belirlenmesinde 4773 sayılı yasanın 10. Maddesi ile değiştirilen 2821 sayılı yasanın 31. Maddesi hükmüne aykırı olarak tazminatı dört aylık ücreti tutarında miktar olarak belirlemiştir. İş akti sendikal sebeple feshedildiği için bu yasa hükmüne göre tazminatın işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olamaz, öbür yandan dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre tazminatın ve ücretin süre olarak belirlenmesi yeterli olup, rakamsal olarak tutarının gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu nedenlerle mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1336.

² Eyrenci, Taşkent, ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 163. Demir, *İş Hukuku*, 147, Mollamahmutoğlu, 556.

³ Ulucan, *İş Güvencesi*. 96; Çelik, *İş Güvencesi*. 58.

⁴ Özdemir, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları*. 348-349.

⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 485.

tespit edilmesi halinde ise artık sendikal nedenin varlığından söz edilemez.¹

Ayrıca Sendikalar Kanununun 31. Maddesinin son fıkrasında “İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır” denilmiştir. Böylece işçi sadece iş güvencesi hükümlerinden ve SK 31/6 dan değil, koşulları varsa İK 17/4 ve EİK 14 den yararlanabilmektedirler. Bazı durumlarda, işçi kısıntısına gideceğini anlayan bazı işçiler yüksek tazminat alma amacı ile sendikaya üye olabilirler. Böyle durumlarda işçi m.31/6’ dan yararlanamamaktadır.²

İşverenin işyeri-işletmeninde dava sırasında toplu iş sözleşmesi imzalanmış hükümleri uygulanıyor ise burada sendikal tazminata gidilememektedir.³

§ 5. İş Güvencesi Tazminatı Bakımından Karşılaştırma

I. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler iş güvencesi tazminatına hak kazanamayacaklar. Bunun yerine işçi; bildirim sürelerine uyulmadığı takdirde ihbar tazminatı, koşulları varsa kıdem tazminatı, fesih kötü niyetle yapılmış ise kötü niyet tazminatı talep edebilecektir.

II. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

Mahkeme tarafından verilen feshin geçersizliği kararının tebliğinden itibaren on gün içerisinde işe başlama başvurusu yapan işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmayan işveren,

¹ Yarg.9.HD, 28.12.2006, E.2006/27504, K.2006/35139, “...İş sözleşmesinin feshin haklı nedene dayanmamakta ise de, davacının söz konusu devamsızlıklarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı açık olup, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir. Feshin geçerli nedene dayandığında artık sendikal nedenin varlığından söz edilemez. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmiş olması hatalıdır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1432.

² Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 485.

³ Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 486.

mahkemenin veya özel hakemin belirlemiş olduğu iş güvencesi tazminatını ödemek zorundadır. İş güvencesi tazminatı yasal süresinde işe başlama başvurduğu halde işe başlatılmayan işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında ödenecektir.

Aşağıda feshin geçersizliği kararı üzerine işçinin işverene başvurmasını, başvurması durumunda işverenin işçiyi işe başlatmasını ve başlatmaması karşısında iş güvencesi tazminatına hak kazanmasını ihtimalleri göz önüne alarak açıklayacağız.

1. Feshin Geçersizliği Kararı Ve İşçinin İşverene Başvurması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesinde;”...İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur...” hükmü yer almıştır. Bu hükme göre; İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır.¹ İşçinin işverene başvurma zorunluluğunun doğması için yargılama merciince verilen kararının kesinleşmesi gerekir. Kesinleşen işe iade kararının tebliğinden önce işverene yapılan başvuru yasal bir başvuru anlamını taşımaz.² İşçinin kararın tebliğinden itibaren on iş günü içinde yeniden bir başvuru yapması gereklidir.³

İşçi başvurusunu işe başlamak amacıyla yapmalıdır. İşçinin başvurusunda işe iade yerine, tazminat ya da boşa geçen süreye ilişkin ücret talep etmesi halinde, geçerli bir başvuru yapılmış sayılmaz. Bu durumda işçinin işe başlamak üzere yapmış olduğu

¹ Şahin Çil, “Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları,” Ankara Barosu Dergisi, Y.66, s.1, 2008: 45.

² Yarg.9.HD, 22.11.2006, E.2006/11483, K.2006/30849, “Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının 9 ve 10.11.2004 tarihlerindeki işe iade için başvurularının, işe iade kararının kesinleşmesinden önce yapıldığı anlaşılmaktadır. İşe iade kararının kesinleşmesinden önce yapılan bu başvurular geçerli değildir.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1368.

³ Yarg.9.HD, 22.11.2006, E.2006/11483, K.2006/30849, www.kazanci.com.

başvuru hiç yapılmamış sayılır ve işverence yapılan geçersiz fesih geçerli hale gelir.¹

İşçi bu kanuni süre içinde işverene başvurmaması halinde, geçersiz fesih geçerli hale gelecektir. Feshin geçerli hale gelmesi işçinin iş güvencesi hukuku dışındaki haklarını etkilemez. Şayet kıdem tazminatı ödenmemiş ise ve bildirim süresi verilmeden iş sözleşmesi feshedilmiş ise ihbar ve kıdem tazminatlarını, varsa ödenmemiş işçilik haklarını isteyebilir. Koşullarının varlığı halinde maddi ve manevi tazminat hakları da talep edebilir.²

Kanunun öngördüğü bu süre hak düşürücü süre olup hakim tarafından resen göz önüne alınır.³ Bu sürenin geçirilmesi halinde, feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşmiş bir karar da bulunmasına karşın, yapılan fesih geçerli hale gelir ve baştan itibaren hukuki sonuçlarını doğurur. Bu noktada işverenin, işçiyi işe başlatma yükümlülüğü ile boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarını ödeme yükümlülüğü ortadan kalktığı gibi; işçiyi işe başlatmaması halinde ödemek zorunda olduğu iş güvencesi tazminatını da ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar.

İşçinin süresi içinde işverene başvurmasının iki önemli sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, feshin hiç yapılmamış sayılması ve işverenin işçiyi işe iade etmesi veya işe iadenin gerçekleşmemesi halinde mahkemece belirlenen işçinin en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatını ödemesidir. İkincisi ise, işçi işe başlatılsın veya başlatılmasın, işçinin çalıştırılmadığı boşta geçen dört aya kadar ücret ve eklerinin ödenmesidir.⁴ İşveren bu konuda seçimlik hakka sahip ise de, iki

¹ Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 239; Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 246.

² Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. 178.

³ Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 239; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 291; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 110; Uçum, “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar,” 85; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 762; Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*. 2. Cilt.

⁴ Abdurrahman Duran, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları”, *İş*

yükümlülükten birisini yerine getirmek zorundadır.¹

Öğretide kanunun bu düzenlemesi eleştirilmiş, mahkeme kararı ile kesinleşen feshin sırf işçinin başvuru yapmaması nedeniyle yani işçinin iradesi ile feshin geçerli sebeple yapılması sonucuna varmanın doğru ve tutarlı olmadığı belirtilmiş, doğru olanın başvuru olmaması halinde dört aylık ücret ve diğer hakların talep edilebilmesi, ancak işe başlama tazminatının talep edilememesi olduğu ileri sürülmüştür.²

İşçi tarafından işverene işe iade başvurusunun ne şekilde yapılacağı konusunda yasalarımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi işe iade başvurusunu yazılı olarak yapabileceği gibi, sözlü olarak da yapabilmektedir. İşçinin başvurusunu dilekçe, taahhütlü mektup, noterden, elektronik posta, alo post vb. gibi şekillerde yapması ispat kolaylığı sağlayacaktır.³

İşçi geçersiz feshe ilişkin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde kendisini çalıştıran gerçek veya tüzel kişi işverenine başvurmalıdır. Eğer işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi varsa, işçi hangi işverene bağlı ise o işverene başvurmalıdır. Diğer bir ifade ile asıl işveren işçisi asıl işverene, alt işveren işçisi ise alt işverene başvurmalıdır.⁴ Yargıtay alt işveren işçisinin asıl işverene başvurması halinde, yapılan başvurunun geçerli olmadığını ve hak düşürücü sürenin kaçırıldığını kabul etmektedir.⁵ İşyerinin devri halinde ise, işçi işe başlamak üzere, işe

Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara: 2006, 335.

¹ Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 258; Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 136.

² Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 183.

³ Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 256.

⁴ Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. 317; Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*. 2. Cilt. 3; Çankaya ve Çil, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*. 37.

⁵ Yarg.9.HD, 14.4.2005, E.2005/8465, K.2005/13371; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 880.

iade tarihindeki işverene başvuru yapılmalıdır. Yargıtay, işyerinin devri halinde işyerini devreden işverene yapılan başvuruyu geçersiz saymaktadır.¹

2. Başvuran İşçinin Davet Edilmesine Rağmen İşe Gelmemesi

İşçinin süresi içinde işverene başvurup bu talebin kabul edilmesine rağmen işçinin işe başlamaması halinde ne gibi yol izleneceği Kanun'da düzenlenmemiştir. Bu husus ile ilgili öğretide değişik görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, işçinin başvuruda bulunmamış olduğu kabul edilerek feshin geçerli sayılacağı ve işverenin kıdem ve ihbar tazminatından sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir.² Başka görüşe göre ise, işverenin işe başlatma beyanına ve isteğine rağmen işe başlamaktan haklı bir nedeni olmadan vazgeçen işçinin bu davranışının istifa olarak kabulü hizmet akdinin unsurlarına ve taraflara yüklediği yükümlülüklerle daha uygun düşmektedir. Bunun sonucu, daha önce peşin ücret ödemesi ve kıdem tazminatı almış ise, işçinin bunları iade yükümlülüğü yanında usulsüz feshin sonuçlarından sorumlu tutulması gerekir.³ Yargıtay, başvuru yaptıktan sonra işverenin davetine rağmen işe başlamayan işçinin davranışını istifa olarak nitelendirmemektedir.⁴ Kanımızca, böyle bir durumda işçinin bu tutumunun istifa olarak değerlendirilmesi ve işçinin kıdem tazminatı ile ihbar tazminatını talep edememesi gerekir.

¹ Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. 323.

² Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 183, Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi," 246; Ekonomi, İş Güvencesi s 17.

³ Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 259-260; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 763; Akyiğit; *İş Güvencesi*.318.

⁴ Yarg.9.HD. 9.10.2007, E. 2007/21601, K.2007/29856, "Davacı işçi, işe iade davası sonucu yasal süresi içinde işe başlamak için başvuruda bulunmuş ve davalı işveren tarafından süresi içinde işe davet edilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre ve mahkemenin de kabul ettiği üzere davacı işçi işyerine gittiği halde işe başlamaya dair bir belgeyi imzalamaktan imtina etmiş ve işe başlamayacağını bildirmiştir. Bu durumda, davacı yasal süresi içinde işe başvurmakla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesinde sözü edilen boшта geçen süreye ait ücret ve diğer haklara hak kazandığının kabulü gerekir." Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin hüküm ve Sonuçları*. 409.

3. İşverenin İşçiyi Başlatması

a. Fesih Bildiriminin Geçersiz Sayılması ve Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi

4857 sayılı yasanın 21. Maddesinin 3. Fıkrasında “İşçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların kendisine ödeneceği” hüküm altına alınmıştır.

İşçinin boşta geçen süre ücretini ve diğer haklarının talep edebilmesi için, yargılama makamınca verilen kararın kesinleşmesi ve kesinleşmiş bu kararın tebliğinden itibaren on gün içinde işçinin, işe başlatılma talebiyle işverene başvurması gerekir.

İşçi işverence işe başlatıldığında, iş sözleşmesinin taraflar arasında yeniden kurulmadığını, taraflar arasında esasen var olan iş sözleşmesinin kesilme olmaksızın devam ettiğini ancak bu durumda işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin tüm ücreti ve diğer haklarını talep edilebilmesine yasayla belirli bir sınırlama getirildiğini kabul etmek uygun olacaktır.¹

Kanunda en fazla dört aya kadar olan ücret ve eklerinin işçiye ödenmesine ilişkin sınırlama, Türk hukuk yargılamasında davaların bu kadar kısa sürede sonuçlandırılması ve bu kadar kısa sürede feshe itiraz davalarının karara bağlanmasının hayatın olağan akışına aykırı olması nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir.² Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, feshin geçersizliği kararının kesinleşmesi üzerine iş ilişkisi hiç kesintiye uğramaksızın devam ettiğine göre, kanunda bir değişiklik yapılarak işçinin sadece dört aylık değil, tüm boşta geçen süreye ilişkin ücret ve haklarına hak kazanmasının

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 583; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 168.

² Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 178; Ulucan, *İş Güvencesi*. 84; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 111; Süzek, *İş Hukuku*. 587-588.

sağlanması daha yerinde olacaktır.¹

İşçinin süresi içinde işe başlatılmasının en önemli sonucu iş sözleşmesinin fesih edilmemiş gibi devam etmesidir. İşveren işe başlatacağı işçiye eski işini ve iş koşullarını sağlamalıdır.² İşçinin eski işinden farklı ve eski iş koşullarını ağırlaştırıran başka bir işte çalıştırılmak istenmesi halinde, işveren kendisine düşen edimi yerine getirmediğinden işçinin işe başlamama hakkı vardır, bu durumda işveren geçersiz feshin sonuçlarına katlanacaktır.³

4857 sayılı İş Kanunu m.21'deki düzenleme gereği işçiye çalıştırılmadığı süreye ilişkin en çok dört aya kadar ödenecek olan boşta geçen süre ücreti giydirilmiş ücrettir.⁴

Burada ortaya çıkabilecek önemli bir sorun da, işten çıkarılan işçinin dava sırasında başka bir iş bulup çalışıyor olması olgusudur. Maddede işçinin çalışmadığı değil, işveren tarafından “çalıştırılmadığı süre”den söz edildiğine göre, dava sırasında işçi başka bir yerde çalışsın veya çalışmasın bu paraya hak kazanacaktır.⁵ Yargıtay’a göre de işçinin dava devam ederken başka işte çalışması halinde hak kazandığı ücret, işveren tarafından çalıştırılmadığı sürede hak kazandığı boşta geçen süre ücretini etkilememelidir.⁶

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 588; Ulucan, *İş Güvencesi*. 84; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 180 .

² Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 247.

³ Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 261.

⁴ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 769; Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. 337; Süzek, *İş Hukuku*. 588; Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 247; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,”; Ekonomi, “İş Hukuku. Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,”59; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 177.

⁵ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 180.

⁶ Yarg.9.HD, T.26.05.2005, E.2005/12592, K.2005/19362, “..davacının fesihden 15 gün sonra başka bir işverende iş bulması boşta geçen süre ücret alacağını etkilemediğinden ve davalı feshin geçersizliği ile temerrüde düştüğünden yasal sınır olan 4 aya kadar ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması gerekir.” www.kazanci.com.

b. Peşinen Ödenen İhbar Tazminatı ile Kıdem Tazminatının Mahsubu

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesinin 4. Fıkrasında "...İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir..." hükmü yer almaktadır.

İşveren işçiyi işe başlatırsa dört aylık ücretten peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatı mahsup edilecektir. Eğer dört aylık ücret peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatını karşılamazsa, işçi ihbar ve kıdem tazminatını geri ödemek zorundadır.¹

İşverenin süresi içerisinde başvuran işçiyi işe başlatması halinde peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatı konusu yukarıda ihbar ve kıdem tazminatı başlığı altında detaylı olarak anlatılmıştır.

4. İşverenin İşçiyi Başlatmaması

Kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren işverene başvuran işçiyi, işveren bir ay içerisinde işe başlatmak durumundadır. İşçiyi başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatmayan işverenin bu davranışı, iş sözleşmesinin sona ermesine yol açtığı gibi, mahkemece belirlenen iş güvencesi tazminatının da ödenmesi yükümlülüğünü doğurur.

a. İş Sözleşmesinin İşe Başlatmamayla Sona Ermesi, İhbar ve Kıdem Tazminatı Ödenmesi

İşveren yargılama makamınca verilen kararın kesinleşmesiyle süre içinde kendine başvuran işçiyi işe başlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. İşveren tebliğden itibaren 1 ay içinde yükümlülüğünü ifa etmemesi feshin geçersiz sayılmasıyla iş ilişkisi taraflar arasında kesintiye uğramaksızın devam ettiği için, yeni bir fesih olarak nitelendirilmekte ve bu fesihle de iş sözleşmesinin sona ermektedir. Bir başka deyişle iş sözleşmesi baştan geçersiz feshin yapıldığı tarihte değil, işçinin işe başlatılmama tarihinde sona

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 589; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 166; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 261.

erer.¹

Sözleşmenin sona erdiği tarihin belirlenmesi de, işverenin bir irade açıklamasında bulunmaksızın bir aylık başlatma süresinin dolmasını beklemesine veya bu sürenin dolmasını beklemeksizin işçiyi işe başlatmayacağı yönünde bir irade beyanında bulunulmasına göre değişiklik arz etmektedir. Buna göre İşveren, işçinin süresinin dolmasını beklemiş ise sürenin dolduğu tarihte iş sözleşmesi feshedilmiş olacaktır. Şayet işveren sürenin dolmasını beklemeksizin bu süre içerisinde işçiyi işe başlatmayacağı yönünde irade açıklamasında bulunmuş ise, bu halde irade açıklamasının yapıldığı tarih sözleşmesinin sona erdiği tarih olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesine göre mahkeme tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçiyi bir ay içinde işe başlatmayan işveren iş sözleşmesini feshetmiş olur.

İşe iade davasının kabulü halinde davaya konu olan fesih geçersiz sayıldığından, işçinin işe başlatılması ile kıdemi hiç kesilmemiş gibi devam edecektir. Başka bir deyişle iş sözleşmesi, başta geçersiz fesih yapıldığında değil işçinin işe başlatılmaması tarihinde sona erer.²

İşe iade davasının kabulüne rağmen işçinin işe başlatılmaması yeni bir fesih olmakla birlikte, bu feshin iş güvencesi hükümlerine göre geçersizliği talep edilmezse de, ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı talebi mümkündür.³

¹ Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi," 16; Süzek, *İş Hukuku*. 585; Ulucan, 85; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 595; Yarg.9.HD, 3.10.2005, E.2005/16932, K.2005/31926, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1280.

² Süzek, *İş Hukuku*. 585; Çelik, *İş Güvencesi*. 47; Ulucan, *İş Güvencesi*. 85; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 262; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 182.

³ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 595.

İş kanunu 21. Maddesinin 4. Fıkrasında “İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödeneceğini” belirtilmiştir. Aynı şekilde işçinin işe başlatılmamasıyla iş sözleşmesi işverence feshedilmiş olduğundan, işçiye ödenmeyen kıdem tazminatının da ayrıca ödenmesi gerekir.¹ Buna karşılık, işveren başlangıçtaki fesih ile birlikte ihbar ve kıdem tazminatını işçiye ödemiş ise, işveren işe başlatma yükümlülüğünü ifa etmediğinden, bunların iadesini işçiden talep edemeyecek; aksine, bu hakların daha önce ödenmesi halinde işçi, işe başlatmama anına kadar iş sözleşmesi devam etmesi hasebiyle söz konusu sürenin getireceği farkların kendisine ödenmesini talep edebilecektir.²

İşverence işe başlatmama yeni bir fesih niteliğinde olduğundan, ihbar ve kıdeme bağlı hakların hesabında, başlangıçtaki fesih ile işe başlatmama tarihine kadarki geçen sürenin dikkate alınması gerekir. Bir başka deyişle, kıdem ve ihbara bağlı hakların hesabında işe başlatmama tarihinin esas alınması gerekir. Yargıtay ise “dört aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağıının hesabında nazara alınması gerektiği kanaatindedir.”³ Ancak, yasanın öngördüğü sınırlama süreye ilişkin olmayıp ücret ve diğer hakların ödenmesine ilişkindir.⁴

İş sözleşmesi işverenin işçiyi işe başlatmamaya yönelik irade açıklamasıyla sona erdirilmiş olunca işçinin ihbar ve kıdem tazminatı da bu tarihteki giydirilmiş ücret esas

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 585.

² Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 248; Süzek, *İş Hukuku*. 585; Ulucan, 85; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 578; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 102; Çelik, *İş Hukuku I*. 240; Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. 244.

³ Yarg.9.HD, 28.04.2005, E.2005/886, K.2005/14880, Çankaya, Günay ve Gökteş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 720.

⁴ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 598.

alınarak yapılacaktır. Dolayısıyla işçinin çalıştırılmadığı süre içerisinde meydana gelen zam ve tavan artışları da göz önünde bulundurulacaktır. Yine aynı şekilde kıdem tazminatının tavanı bakımından yine bu tarih esas alınacaktır.¹

İşverenin işçiyi işe başlatmaması ile kıdem ve ihbar tazminatı muaccel hale geldiği için, zamanında ödenmeyen kıdem ve ihbar tazminatlarına sözleşmenin sona erdirildiği tarihten itibaren faiz yürütülmelidir.²

b. İş Güvencesi Tazminatı (İşe Başlatmama Tazminatı)

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesine göre işçiyi, başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir.

Feshin işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı ya da işyeri sendika temsilciliği nedeniyle yapılması halinde hükmedilecek iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında bu tazminata iş güvencesi tazminatı yerine işe başlatmama tazminatı³, işe almama tazminatı⁴ da denilmektedir.

İşçinin iş güvencesi tazminatına hak kazanabilmesi için mahkemece verilen feshin geçersiz olduğuna ilişkin kararın kesinleşmesi ve işe iade olgusunu içeren bir mahkeme veya özel hakem kararının olması, işçinin işverene süresi içinde başvurması ve işverence

¹ Süzek, *İş Hukuku*. 585; Ulucan, *İş Güvencesi*. 85; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*.183.

² Yarg.9.HD, 6.11.2007, E.2007/24092, K.2007/32631; İşveren dergisi, C.47,S.2, Kasım 2008,Özel eki, s.15-16.

³ Çankaya ve Çil, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*. 35; Uçum, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*. 170; Yarg.9.HD, 17.3.2008, E.2007/40624, K.2008/165; Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*. 2. Cilt. 11-12.

⁴ Akı, *İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları*. 302-304.

bu başvurudan itibaren bir ay içinde işe başlatılmaması gerekmektedir.¹

Mahkemenin iş güvencesi tazminatına hükmedebilmesi için işçinin işe iadeyi talep etmiş olması yeterlidir, iş güvencesi tazminatını ayrıca talep etmiş olması gerekmez.² Nitekim bu tazminat, işçinin işverence işe iade edilmemesinin yaptırımıdır.³

Feshin geçersizliğine ve işe iade istemine ilişkin davalar, kamu düzeni ile ilgili olduğundan⁴, taleple bağlılık ilkesi katı olarak uygulanmaz. Bu nedenle işçinin iş güvencesi tazminatı yönündeki talebi aranmadığından; talep olsun olmasın, iş güvencesi tazminatı resen karar altına alınır.⁵ Yargıtay birçok kararında, işe iade isteğinin iş güvencesi tazminatı ve dört aylık ücreti taleplerini de kapsadığını kabul etmiş, bu konuda talep olmasa bile bu hususların işe iade kapsamında olduğu ve mahkemece karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶

İş güvencesi tazminatının hesaplanmasında esas alınması gereken tarih, süresi içinde işe başlatılması için işverene başvuran işçinin, işe başlatılmadığı tarihtir. İşverenin temerrüde düştüğü tarihte aynı tarihtir. Tazminat ancak işyerinin işçiyi işe başlatmama koşuluna bağlı olarak muaccel hale geleceğinden söz konusu tazminata dava tarihinden itibaren faiz yürütülmez.⁷ İş güvencesi tazminatı, işçinin süresi içinde işverene

¹ Evren, s.56.

² Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 108; Süzek, *İş Hukuku*. 586.

³ Süzek, *İş Hukuku*. 585-586; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 599; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 108.

⁴ Yarg.9.HD, 11.10.2004, E.2004/15783, K.2004/23504, Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 738.

⁵ Ekmekçi, *Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*. 178.

⁶ Yarg.9.HD, 06.12.2004, E.2004/8609, K.2004/26668, www.kazanci.com; Yarg.9.HD, 27.12.2004, E.2004/14428, K.2004/29669, www.kazanci.com.

⁷ Yarg.9.HD, 10.02.2004, E.2004/23396, K.2004/1896, Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*. 824.

başvurusu üzerine bir ay içinde işverence işe başlatılmaması halinde muaccel hale geldiğinden, işçinin başvurusunu takip eden bir aylık sürenin dolması ile bu tazminata faiz işletilmeye başlamalıdır.¹ Kanunda bu tazminat için özel bir faiz türü öngörülmediğinden, yasal faiz uygulanmalıdır.

Yargıtay iş güvencesi tazminatının miktarının süre olarak belirlenmesini istemekte, rakamsal olarak tespitini uygun bulmamaktadır.² Yargılama makamının süre olarak belirlediği tazminatın hesabında, tazminatın muaccel olduğu tarihteki emsal işçi ücretlerinin dikkate alınması gerekir.

Yargıtay da hiçbir gerekçe gösterilmeksizin tazminatın üst sınırdan belirlenmesini hatalı kabul etmekte ve alt tutardan uzaklaştıkça bunun gerekçelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.³ Bir başka kararında ise Yargıtay, işçinin kıdemi göz önüne alındığında işe başlatmama tazminatının alt sınırından belirlenmesini hatalı bulmuştur.⁴ Bir diğer kararında ise Yargıtay, sürenin belirlenmesinde işçinin kıdemi ile birlikte fesih sebebinin diğer değimle iş sözleşmesini fesih ederken işverenin hukuka aykırı davranışlarının

¹ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 767; Süzek, *İş Hukuku*. 587; Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,” 115; Özeken, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 168; Soyer, “Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları ,” 62; Duran, “Geçersiz Sebep Feshin Sonuçları,” 811; Yarg.9.HD, 21.3.2006, E.2006/1376, K.2006/7066; Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*, 2. Cilt. 31-32.

² Yarg.9.HD, 11.02.2004, E. 2004/1018, K.2004/2013, Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*. 824.

³ Yarg.9.HD, 11.04.2005, E.2005/10916, K.2005/12802, Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 640; Yarg.9.HD, 6.5.2004, E.2004/603, K.2004/10740, “Ancak, davacının yasal sürede başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının gerekçe dahi belirtilmeksizin üst sınırdan kabulü ve anılan tazminat ile boшта geçen ücretin rakamsal olarak belirtilmesi hatalıdır.”, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1295.

⁴ Yarg.9.HD, 13.01.2005, E.2004/26393, K.2004/898, Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 646; Yarg.9.HD, 9.10.2006, E.2006/18276, K.2006/26041, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 21.maddesinde feshin geçersizliği istemine bağlı olarak düzenlenen ve alt sınır 4, üst sınır 8 ay olarak öngörülen işe başlatmama tazminatı, bu sınırlar içinde, Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, davacı işçinin kıdemi ve iş sözleşmesinin feshinde gösterilen neden dikkate alınarak belirlenmektedir.Davacının, davalı işyerinde 16 yıldan fazla bir çalışması vardır. Kıdemi göz önüne alındığında işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi doğru bulunmamıştır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1313.

ağırlığının da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir.¹ Bu konudaki gerekçeler ve kriterler somut olayın durumuna göre değişebilmektedir. Doktrinde ve Yargıtay'ın kararlarında; işçinin kıdemi ile fesih nedeni bu konudaki kriterler olarak sayılmaktadır.² İşçinin kıdemi yanında fesih nedeni, işçinin kıdemi, işverenin tutumu delilleri takdirinde hataya düşmesi, fesih MK m.2'ye aykırı kullanıp kullanmaması gibi diğer etmenleri de dikkate almak gerekir.³ Mahkeme kararına uyularak işçiye iş verdikten bir süre sonra geçerli bir sebebe dayanmaksızın tekrar işine son verilmişse, bu durumu iyi niyetle bağdaştırmak mümkün değildir. Bu durumda işe alınmama tazminatının arttırılmasına gerekçe olabilir.⁴

İşçiye ödenecek olan bu tazminattan sosyal sigorta prim kesintisi yapılamaz çünkü bu ücret değil bir tazminattır. Ancak boşta geçen süreye ilişkin olarak verilen ücretten sosyal sigortalar prim kesintisi yapılacaktır. Çünkü Vergi Usul Kanunu sadece kıdem tazminatına istisna tanımıştır. Bu konuda iş güvencesi tazminatı istisna dışında tutulmuştur.⁵

İş Güvencesi tazminatını elde edebilmek için, mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermiş olması yetmez, ayrıca hala iade hakkı ve olanağının devam ediyor olması gerekmektedir. Birkaç olasılık halinde inceleyecek olursak;

¹ Yarg.9.HD, 3.4.2006, E.2006/5566, K.2006/8468, “4857 Sayılı Yasanın 21. Maddesinin birinci fıkrasında işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır.Davacının hizmet süresine göre anılan tazminatın üst sınırdan belirlenmesine karar verilmesi hatalıdır.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1276.

² Fevzi Şahlanan, “İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç,” *Mercek Dergisi*, MESS: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayını, Nisan 2003, 15; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 557; Yarg.9.HD, 9.2.2004, E.2004/440, K.2004/1754, Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1311.

³ Kılıçoğlu, *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. 237.

⁴ Ekonomi, *Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi*.

⁵ Murat Engin, *İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma*. (İst.Barosu Yayınları, 2006) 93.

aa. İşçinin Ölümü

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildirimının tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açma hakkına sahiptir. Bu hak münhasıran işçinin kendisi tarafından kullanılır.¹ İşe iade talepli dava hakkı kişiye bağlı bir hak olup ölümle mirasçılara geçmez. Ancak farklı olasılıklara göre mirasçıların haklarını incelemekte yarar görüyoruz.

İş sözleşmesi geçersiz nedenle feshedilen işçi, henüz bir aylık dava açma süresi geçmeden ve dava açılmadan öldüğü takdirde, mirasçıların, murislerin haklarına dayanarak işe iade davası açmaları mümkün değildir. Mirasçılar bu durumda ödenmemiş ise kıdem, ihbar tazminatı gibi diğer işçilik hakları için dava açabileceklerdir.²

İşçinin fesihden bir ay içinde işe iade davası açtıktan sonra ölmesi halinde, muhatabı olan kişi artık olmadığı için, mirasçıların bu davaya devam etmesi mümkün değildir. Dava konusuz kalmıştır.³ Feshe itiraz davalarında asıl amaç ve talep işçinin işe iadesidir. Bu nedenle işi yapacak olan bir işçi, iş verecek olan bir işveren ve işin görüleceği bir işyeri olmalıdır.⁴ Yargıtay da bir kararında davacının mirasçıları yönünden boшта geçen en çok dört aylık ücret ve diğer hakların belirlenmesine yer olmadığına karar vermiştir.⁵

İşçi işe iade kararı aldıktan sonra işverene başvurmadan veya başvuruda bulunmakla

¹ Uçum, “İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin sonuçları,” 2214.

² Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 136; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 211.

³ Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 136; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 211; Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 244; Özekes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 153; Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. 313; Günay, *İş Davaları*. 1206-1207; Akı, *İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları*. 320; Yeni İş Kanunu, 136.

⁴ Özekes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 153; Günay, *İş Davaları*. 1207.

⁵ Yarg.9.HD, 30.10.2006, E.2006/19624, K.2006/28700, “Somut olayda davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olduğuna göre işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir.Bu nedenle, ölen işçinin mirasçıları yönünden boшта geçen en çok dört aylık ücret ve diğer hakların belirlenmesine yönelik talebin reddine karar verilmiş olması isabetlidir.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1402.

birlikte, bir aylık süre dolmadan işçinin ölmesi durumunda yine mirasçılar iş güvencesi tazminatını talep edemeyecektir.¹

İşçinin açtığı dava kesinleşmiş, işe iade başvurusu yapılmış ve işverende bir ay içinde işe başlatmamışsa artık kararda yer alan tazminat hakkı mirasın malvarlığı kapsamına girdiğinden, mirasçılar ücret ve diğer haklarla birlikte tazminat hakkını da işverenden talep edebileceklerdir.²

Burada dikkat edilmesi gereken nokta tüm bu olasılıkların, işçinin iş sözleşmesinin geçerli sebebe dayanılarak feshedildiği hallerde, değerlendirilmesi gerektiğidir.

Yargıtay'a göre de, işçinin feshe itiraz davasının yargılaması sırasında ölümü halinde işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir. Bu nedenle ölen işçinin mirasçıları bakımından dört aylık ücret ve diğer hakların belirlenmesine ilişkin talebin reddi gerekir.³

bb. İşyerinin Kapanması/Kapatılması

İş sözleşmesi geçersiz nedenle feshedilen işçi, henüz dava açılmadan işyeri kapanırsa, işçi işe iade davası açamayacaktır. İşçi, bu durumda ödenmemiş ise kıdem, ihbar tazminatı gibi işçilik hakları için dava açabilecektir.⁴

İşçi iade davası açtıktan sonra, dava görülürken işyeri kapanırsa, iade talebini içeren dava konusuz kalır⁵. Bu durumda mahkeme ancak dört aylık ücret bakımından davaya

¹ Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 137.

² Uçum, “İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin sonuçları,” 2215.

³ Yarg.9.HD, 30.10.2006, E.2006/19624, K.2006/28700; Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*, 2. Cilt. 126-127.

⁴ Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 137; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 211-212.

⁵ Özkes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 153; Günay, *İş Davaları*. 1207-1208; Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 137; Cengiz Köseoğlu, *İş Yerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi*.

devam etmeli ve dört aylık ücrete şartları varsa hükmetmelidir.¹

İşçi işe iade kararı aldıktan sonra işverene başvurmadan veya başvuruda bulunmakla birlikte, bir aylık süre dolmadan işyerinin kapanması durumunda, işçinin işe iadeden yararlanması ve iş güvencesi tazminatını talep etmesi mümkün değildir. Ancak feshin geçersizliği tespit edildikten sonra işyeri kapanmışsa, işçi en çok dört aylık ücretini talep edebilir.²

c. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin ve Diğer Hakların Ödenmesi

4857 sayılı yasanın 21. Maddesinin 3. Fıkrasında “İşçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların kendisine ödeneceği” hüküm altına alınmıştır.

İşçinin boşta geçen süre ücretini ve diğer haklarının talep edebilmesi için, yargılama makamınca verilen kararın kesinleşmesi ve kesinleşmiş bu kararın tebliğinden itibaren on gün içinde işçinin, işe başlatılma talebiyle işverene başvurması gerekir. Aksi halde, bu süre içerisinde işverene başvurmayan işçinin hakları düşer. Zira başvuruda bulunmamakla birlikte geçersizliğine karar verilen fesih geçerli hale gelmiş olur.(İK m.21/5) Bu sebeple de, geçerli fesihden sonrası için de ücret söze konu olmaz.³

İş güvencesi tazminatının talep edilebilmesi için işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması koşulunun aranmasına karşın, boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların talep edilebilmesi için bu koşul aranmamaktadır. Ancak, işveren, işçinin başvurusuna

(İstanbul: Beta, 2004) 59.

¹ Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 137; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 211-212; Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi,” 244.

² Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 137; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 211-212; Köseoğlu, *İş Yerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi*. 59.

³ Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*. 597.

olumlu yanıt vermiş ve işçiyi işe başlatmış ise, bildirim süresine ait peşin ödediği tutarı, boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara ilişkin ödemedi mahsup edebilir.(İK m.21/3) Buna karşılık, işveren, işçiye bildirim süresi vermemiş veya bildirim süresine ait ücreti peşin olarak ödenmemişse, boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara ait tutarı ayrıca ödemek durumundadır.(İK m.21/3) İşçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık sürede yürürlüğe giren zamlar, söz konusu ücretin belirlenmesinde dikkate alınacaktır.¹ Bu ücret, çıplak ücret değil, çıplak ücretin yanında diğer ek ödemeleri de kapsayan giydirilmiş ücrettir. Çünkü yasada “ücret ve diğer hakları ödenir” hükmünden bu sonuç çıkmaktadır. (İK m.21/4) Bu nedenle işçinin bireysel iş sözleşmesinden, toplu iş sözleşmesinden ve yerleşik işyeri uygulamasından kaynaklanan hakların ödenmesi gerekecektir.²

Yasa koyucu, işçinin boşta geçen süre ücretine ve diğer haklarına ilişkin alacaklarını emredici bir şekilde dört ayla sınırlamıştır. Uygulamada pek görülmemekle birlikte; işe iade kararının kesinleşmesi ve işverene yapılan başvuru süresi dört aydan daha kısa sürdüğü durumlarda ödenecek miktar işçinin boşta kaldığı süre kadar olacaktır.

Yargılama makamınca belirlenecek dört aylık bir süre içinde elde edeceği giydirilmiş ücret olarak değerlendirilmelidir³; maddedeki “ücret ve diğer haklar” tabiri bu hususu ifade etmektedir. Boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklara ilişkin alacaklar, işçinin işverene başvurusuyla muaccel hale gelir ve işçi alacağın muaccel hale geldiği tarihten itibaren faizi talep edebilir.

Feshin geçersizliğinin tespitiyle baştan itibaren iş sözleşmesi devam ettiğinden, sosyal Sigortalar Kurumu tarafından işçiye ödenecek en çok dört aya kadar ücret ve diğer

¹ Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, 139.

² Bilgili, *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. 184

³ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 180.

alacaklardan sigorta primi alınması ve bu sürelerinde hizmetten sayılması gerekir.¹

Öğretide, taleple bağıllık kuralı gereği mahkemece dört aya kadar ücret tutarına hükmedilebilmesi için işçinin bu yolda talepte bulunması gerekeceği ileri sürülüyorsa da, Yargıtay ücretin hüküm altına alınması için iş güvencesi tazminatında olduğu gibi bu konuda da talep zorunluluğu aramamaktadır.²

Fesihden sonra başka bir işyerinde iş bularak çalışmış olmanın, en fazla dört aylık tutarındaki ücrete hak kazanmaya engel olup olmayacağı konusunda hukukçuların görüşleri farklıdır. Bir görüşe göre; maddede işçinin çalışmadığı değil, işveren tarafından “çalıştırılmadığı süre”den söz edildiğine göre, dava sırasında işçi başka bir yerde çalışsın veya çalışmasın bu parayı alacaktır.³ Bir diğer görüşe göre; mahkemece bu ücrete hükmedilirken, işçinin fesih tarihinden itibaren ilk dört aylık sürede başka bir işte çalışıp çalışmadığının araştırılması, bu sürede başka bir işte çalıştığının belirlenmesi halinde, işçinin kazandığı miktarın, bu dört aylık ücretten düşülmesi gerekmektedir. İşçinin boшта geçirmedeği bir sürenin ücretine hükmedilmesi mümkün değildir.⁴ Kanımızca, işçi başka işte çalışsın yada çalışmasın, işveren tarafından çalıştırılmadığı süre söz konusu olduğundan dolayı en fazla dört aylık ücrete hak kazanmalıdır.

¹ Yarg.9.HD, 06.12.2004, E.2004/028355, K.2004/026161.

² Yarg.9.HD, 1.6.2004, E.2004/1497, K.2004/13237, “4857 Sayılı Kanunun 21. Maddesinde düzenlenen tazminat ve boшта geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar feshin geçersizliğinin bir sonucu olup re’sen gözetilmelidir.Ancak verilecek karar tespit niteliğinde bulunduğundan dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre miktar göstermeksizin belirlenmelidir.” Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*. 1275.

³ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*. 180; Çankaya, Günay ve Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. 267; Uçum, “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar,” 30.

⁴ (Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”,135,136) Özekes de aynı görüştedir. (Özekes, *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. 492); Alpagut, 247.

SONUÇ

158 sayılı ILO sözleşmesi ile işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli ve haklı bir neden olmadan yapılan fesihlere karşı korunması amaçlanmıştır. Uluslararası İş Hukukunun başlıca kaynağını oluşturan bu sözleşme Türkiye tarafından 1994 yılında onaylanmış olmasına rağmen iş güvencesine ilişkin yasal düzenleme mevzuatımızda 15.03.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı yasa ile daha sonra ise 4857 sayılı kanunda yerini almıştır. İş güvencesi ile feshin geçerli nedene dayandırılması, fesih konusunda yargıç denetimi olması ve feshin hukuki yaptırımları ile işçi lehine düzenlemeler getirilmiştir. İş güvencesi hükümlerinin hukuk sistemimize girmeden önce, fesih bildiriminin herhangi bir sınıra bağlı olmadan kullanılması, işçileri işlerinin devamlılığı konusunda güvensizlik duymalarına neden olmaktadır.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilere İş Kanununun 17. Maddesi uygulanacaktır. Ayrıca iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden aranmayacak ve işçiler, feshin geçersizliği itirazında bulunup iş güvencesi tazminatı talep edemeyecektir. Fakat fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddiasıyla kötü niyet tazminatı talep edebileceklerdir. İş güvencesinin uygulanma koşullarına sahip olan işçiler ise daha koruyucu nitelikte olan iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaklardır.

İş Kanununun 18. Maddesinin ile işçilerin iş güvencesinden yararlanma hakkı bazı koşulların varlığına bağlanmıştır. 1475 sayılı İş Kanunu ve 4773 sayılı Kanunda iş güvencesinin belirlenmesinde 10 işçi ölçütü esas alınmışken, 4857 sayılı İş Kanunu ile bu sayının 30 işçiye çıkarılması ile iş güvencesinin uygulama alanı oldukça daraltılmış ve bu da

öğretide oldukça eleştirilmiştir. İş Güvencesinden yararlanma ölçütünün 30 işçiye çıkartılması ülkemizde küçük işletmelerin fazlalığı dikkate alındığında problemlere yol açmaktadır ve birçok işçinin iş güvencesinin kapsamlı korumasından faydalanamamasına yol açmaktadır. Uygulamada işverenlerin, işçilerini kayıt dışı çalıştırdığını ve böylelikle 30 işçi kriterinden kaçmaya çalıştıkları görülmektedir. Bu durum işini kaybetmek istemeyen işçinin, haklarının elinden alınmış olmasına rağmen zor koşullarda çalıştırılmasına sessiz kalmasına neden olmaktadır. Bu sebeple 30 işçi kriteri kaldırılmalı ve iş güvencesinin kapsamlı korumasından tüm işçilerin yararlanması sağlanmalıdır.

İş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından feshin yazılı yapılması, fesih nedeninin bildirilmesi ve de işçinin savunmasının alınması gerekmektedir. Ayrıca fesih bildiriminde gösterilen nedenin geçerli neden olması gerekmektedir. İş güvencesi kapsamında olan bir işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile iş mahkemesinde dava açabilecektir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işverenin, geçerli bir sebebe dayanmasına gerek olmadığı gibi, iş güvencesi kapsamı dışındaki bu işçilerin işe iade davası açma hakları bulunmamaktadır. İş güvencesi kapsamı dışındaki bu işçiler fesih hakkını kötüye kullandığını ispatlamak suretiyle kötü niyet tazminatı ve koşulları varsa ihbar tazminatı, maddi ve manevi tazminat, kıdem tazminatı isteyebilirler. İş güvencesi sayesinde işverenin fesih hakkı sınırlandırılmakta ve işçinin iş sözleşmesi ancak yasada gösterilen nedenlere dayalı olarak feshedilebilmektedir. Geçersiz fesih halinde iş ilişkisi hiç kesilmemiş gibi devam edecektir. Fakat iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sözleşmelerinin kötü niyetle feshedildiği durumlarda ise yapılan fesih geçerli fesih gibi hüküm ifade edecektir. Bu durumda sadece fesih bildirim sürelerinin üç katı tutarında bir tazminat söz konusu olacaktır.

İş sözleşmesi feshedilen işçinin mahkeme kararıyla eski işine geri dönebilme ihtimali doğrultusunda yapılan yargılama, seri ve etkin şekilde yapılmalıdır. Fakat İş

Mahkemeleri ve Yargıtay'ın iş yükü sonucunda işe iade davaları özelliğini bir ölçüde kaybetmiş ve mağdur olan işçinin işe en hızlı şekilde dönmesini amaçlayan kanun hükmünden uzaklaşmaya neden olmuştur. İşçi feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade edilmelerini veya işe iade edilmedikleri takdirde iş güvencesi tazminatı, her iki durumda da çalıştırılmadıkları süre için en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarını ayrıca işe başlatılmazlarsa koşulları varsa ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı talep edebilecektir. İş Güvencesi hükümlerinin işçiye tanımış olduğu haklar kapsamlı ve işveren açısından caydırıcı olduğu kesindir.

İş mevzuatında iş güvencesinin bulunmaması, işverenin iş sözleşmesini feshi halinde işçinin sadece bazı tazminatları talep edebilmesi, fakat buna rağmen işini kaybetmesidir. İş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde işverenin süreli fesih hakkına getirilen sınır hakkın kötüye kullanılması teorisi. Fakat hakkın kötüye kullanılması teorisi işçiyi yeterince koruyamamaktadır. Hukuk sistemimizde işçinin işinin korunmasını ilişkin yer alan iş güvencesi sistemi; yaptırımları ile işçinin geleceğe güvenle bakmasını sağlamaktadır.

4857 Sayılı İş Kanununun 25. maddesi ile iş sözleşmesinin haklı nedene dayanarak feshedilmesi halinde feshin haklı nedene dayanmadığını iddia eden işçi tarafından işe iade davası açma hakkı getirilmiştir.

KAYNAKÇA

Akı, Erol, Altınbaş, Olcay H. Bahçıvanlar, İbrahim. *Uygulamada İş Güvencesi*. İstanbul: Legal, 2005.

Akı, Erol. *İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları*. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara: 2006.

Aktay, Nizamettin, Arıcı, Kadir ve Senyen KaplanTuncay. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2006.

Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2002.

Akyiğit, Ercan, “İşveren Vekilinin İş Güvencesi,” Kamu-İş 7 S.4 (2004).

Akyiğit, Ercan. *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi İşe İade*. Ankara: Seçkin, 2007.

Akyiğit, Ercan. *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2008.

Alpagut, Gülsevil. *Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslar Arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı*. İstanbul: 2001.

Alpagut, Gülsevil. *4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi*. Mercek, Ocak, 2004.

Alpagut, Gülsevil. *İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III.Yılında İş Yasası*. Bodrum: T.T.S. Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 2005.

Alpagut, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”. *Sicil Hukuk Dergisi* S.1 Mart 2006

Başterzi, Süleyman. *4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi, A.Can Tuncay’a Armağan*. İstanbul: 2005.

Bilgili, Abbas. *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. Adana: Karahan, 2005.

Centel, Tankut. *Bireysel İş Hukuku*. Cilt 1, İş Hukuku, İstanbul: Kazancı, 1992.

Çankaya, Osman, Güven, Günay, Cevdet, İlhan, Göktaş, Seracettin. *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. Genişletilmiş. Ankara: 2.baskı, Yetkin, 2006.

Çankaya, Osman Güven, Çil, Şahin. *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*. Ankara: 2006.

Çelik, Nuri. *İş Hukuku I*. İstanbul: Sermet, 1971.

Çelik, Nuri. *İş Güvencesi*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2003.

Çelik, Nuri. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta, 2009.

Çil, Şahin. *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Turhan, 2007.

Çil, Şahin. *Geçerli, Nedene Dayanmayan Fesih İsteminin Eşit Davranma Borcu*. Legal, 5, 2007.

Çil, Şahin. “Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları,” *Ankara Barosu Dergisi* Y.66, s.1, Kış 2008.

Demir, Fevzi. *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. İzmir: 2005.

Demir, Cuma Arif. *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları*. Ankara: 2010.

Demir, Fevzi. *Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama*. Legal, 10, 2006.

Demircioğlu, Murat, Centel, Tankut, *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 1999.

Duran, Abdurrahman. “Geçersiz Sebep Feshin Sonuçları.” *Legal İHSGHD* 1, S.3 (2004).

Duran, Abdurrahman. “Yargıtay Kararları Işığında İse İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*, Ankara 2006.

Ekmekçi, Ömer. “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine.” *MESS Mercek Dergisi*, Y.7, S.28 Özel Sayı Ekim 2002.

Ekmekçi, Ömer. “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, *Mercek Dergisi* Temmuz 2003.

Ekmekçi, Ömer. *Yargıtay’ın İş İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 1, 2004.

Ekmekçi, Ömer. “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri, Sona Ermesi.” *Legal İHSGHD* 2 (2004).

Ekonomi, Münir. *İş Hukuku 1. Cilt, Ferdi İş Hukuku*. İstanbul: Teknik Üniversite Matbaası, 1984.

Ekonomi, Münir. *Türkiyede İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı*. Almanyada ve Türkiyede İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul: Alkım, 1997.

Ekonomi, Münir. “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi.” *Çimento İşveren Dergisi*. Özel Eki ÇMİS yayını S.2, 17 Mart 2003.

Ekonomi, Münir. “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”. *Çimento İşveren Dergisi* Mart Özel Eki. 2003

Ekonomi, Münir. *İş Hukuku: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, İş Kanunu Toplantı Dizisi I, İstanbul, 2005.

Engin, Murat. *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi*. İstanbul: Beta, 2003.

Engin, Murat. *İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde*

- Yeniden Yapılanma*. (İst.Barosu Yayınları, 2006).
- Ertekin, Özkan. *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*. Ankara: Kartal, 2005.
- Esener, Turhan. *İş Hukuku*. Ankara: Sevinç, 1978.
- Eyrenci, Öner, Taşkent, Savaş, Ulucan, Devrim. *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Legal, 2010.
- Eyrenci, Öner. *4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler*. Ocak, Şubat, Mart, Legal, 2004.
- Gökçe, Erdal. *Türk İş Hukukunda İşe İade Davası*. İstanbul: Legal, 2008.
- Göktaş, Seracettin. "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi." *Ankara Barosu Dergisi* S.1 1966.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. Ankara: Yetkin yayınları, 2004.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş Hukuku Yeni İş Yasaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Günay, Cevdet İlhan, *İş Kanunu Şerhi*. C.1-2, Ankara: 2005.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş Davaları*, Ankara: 2008.
- Güzel, Ali. *İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Dğerlendirilmesi, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları, Sendika Yasası Öngörülen Değişiklikler, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Öngörülen Değişiklikler*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2004.
- Kara, Ethem. *İş Sözleşmesi İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi Ve Sonuçları*. Ankara: Bilge, 2008.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Yorumu, Can Tuncay'a Armağan*. İstanbul 2005.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *4857 İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. Ankara: Ayhan, 2005.

- Kılıçoğlu, Mustafa, Şenocak, Kemal. *İŞ Güvencesi Hukuku*. İstanbul: Legal, 2007.
- Kılıçoğlu, Mustafa, Şenocak, Kemal. *İŞ Kanunu Şerhi*. C.1-2, İstanbul: 2008.
- Köseoğlu, Cengiz. *İŞ Yerinin Kapanmasının İŞ Sözleşmelerine Etkisi*. İstanbul: Beta, 2004.
- Kuru, Baki, Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder. *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: 2005.
- Manav, Eda. *İŞ Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*. Ankara: Turhan, 2009.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi. *İŞ Hukuku*. Ankara: Turhan, 2008.
- Oğuzman, M. Kemal, *Türk Borçlar Kanunu ve İŞ Mevzuatına Göre Hizmet "İŞ" Akdinin Feshi*. (İstanbul: 1955).
- zekes, Muhammet. *Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İŞe İade Davaları ve Uygulama Sorunları*. İŞ Güvencesi Kurumu ve İŞe İade Davaları, Legal, 2005.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz, zekes, Muhammet. *Medeni usul Hukuku*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Sarıbay, Gizem. *Türk İŞ Hukukunda İŞ Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe itiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.
- Saymen, Ferit Hakkı, *Türk İŞ Hukuku*. (İstanbul: 1954).
- Soyer, Polat. *158 Sayılı ILO Sözleşmesi erevesinde Yapılması Gerekenler*. İŞ Hukukuna İlişkin Sorunlar ve çözüm nerileri Toplantısı, İktisadi ve Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İŞçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul: 2002
- Soyer, Polat. *Feshe Karşı Korunmanın Genel erevesi ve Yargıtay Kararları IŞığında Uygulama Sorunları*. İŞ Güvencesi Kurumu ve İŞe İade Davaları. Legal, 2005.
- Süzek, Sarper. *İŞ Akdini Fesih Hakkının Ktiye Kullanılması*. Ankara: Kazancı, 1976.
- Süzek, Sarper, "İŞ Akdinin Türleri". *Mercek Dergisi*, Türkiye Metal Sanayicileri

Sendikası, Nisan 2001.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2009.

Şahlanan, Fevzi. “İş Güvencesi Kanunu’nun Kapsamı ve Yasal Süreç.” *Mercek Dergisi* MESS: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayını, Nisan 2003

Şahlanan, Fevzi. “*Alt işveren işçinin işe iade davası (karar incelemesi).*” *Tekstil İşveren Dergisi* Aralık 2004.

Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması*. İstanbul: Beta, 2009.

Taşkent, Savaş. *İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi*. Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento Ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Çeşme: 2003.

Tekil, Fahiman. *İş Hukuku*. İstanbul, Fatih Gençlik Vakfı: 1981.

Tozan, Celal. *Yaklaşım Dergisi*, yıl 14, sayı 163, Temmuz, 2006.

Tuncay, Can. “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor.” *Çimento İşveren* 17 S.1 Ocak 2003.

Tuncay, Can. “Karar İncelemesi.” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 2 (2004).

Tunçomağ Kenan ve Centel Tankut. *İş Hukukunun Esasları*. İstanbul, Beta: 2008.

Uçum, Mehmet. *İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları*. Legal İHSGHD, S.2, Eylül, 2003.

Uçum, Mehmet. *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*. İstanbul: Legal, 2003.

Uçum, Mehmet. “Yeni İş Kanunu Hükümlerine Göre İş Güvencesi,” *Legal Hukuk Dergisi* Haziran 2003.

Uçum, Mehmet. *İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar*. İş Güvencesi kurumu ve işe iade davaları. Legal, 2005.

Ulucan, Devrim. *4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı*. İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamada Öneriler Semineri. İstanbul:

İstanbul Barosu Yayınları, 2003.

Ulucan, Devrim. *İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler*. İstanbul Barosu Yayınları, 2003.

Umar, Bige, *İspat Yükü*. İstanbul: Kazancı, 1980.

Uzun, Bekir. *İş Sözleşmesinin Sona Ermesi*. Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul: 2004.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: 2005.