

T.C.
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İŞLETME ANABİLİM DALI
YÖNETİM VE ORGANİZASYON BİLİM DALI

**İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN
İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ**

ve

İŞE İADE

Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan:
Mücahit KILIÇ

İstanbul, 2009

T.C.
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İŞLETME ANABİLİM DALI
YÖNETİM VE ORGANİZASYON BİLİM DALI

**İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN
İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ**
ve
İŞE İADE
Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan:

Mücahit KILIÇ

Öğrenci No:

060744078

Danışman
Prof. Dr. Tamer İNAL

İstanbul, 2009

YEMİN METNİ

Sunduğum Yüksek Lisans Tezimi, Akademik Etik İlkelerine bağlı kalarak, hiç kimseden akademik ilkelere aykırı bir yardım almaksızın bizzat kendimin hazırladığına and içerim. 17/09/2009

Mücahit KILIÇ

T.C.
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ
TEZLİ YÜKSEK LİSANS SINAV TUTANAĞI

27.09.2009

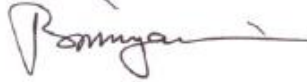
Enstitümüz *İşletme Yönetimi* Anabilim dalı *Yönetim ve Organizasyon* Bilim dalı yüksek lisans öğrencilerinden 060744078 numaralı *Mücahit Kılıç*'ın "*Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim - Öğretim ve Sınav Yönetmeliği*"nin ilgili maddesine göre hazırlayarak, Enstitümüze teslim ettiği "*İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ VE İŞE İADE*" konulu tezini, Yönetim Kurulumuzun 18.09.2009 tarih ve 2009/26 sayılı toplantısında seçilen ve Taksim Yerleşkesinde toplanan biz jüri üyeleri huzurunda, ilgili yönetmeliğin (c) bendi gereğince (65) dakika süre ile aday tarafından savunulmuş ve sonuçta adayın tezi hakkında ~~oyçokluğu/oybirliği~~ ile ~~Kabul/Red veya Düzeltme~~ kararı verilmiştir.

İşbu tutanak, 4 nüsha olarak hazırlanmış ve Enstitü Müdürlüğü'ne sunulmak üzere tarafımızdan düzenlenmiştir.

DANIŞMAN
PROF.DR. TAMER İNAL

ÜYE
PROF.DR. ÜMİT ATAMAN

ÜYE
YRD.DOÇ.DR. BÜNYAMİN GÜRPINAR



İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ ve İŞE İADE

Tezi Hazırlayan: Mücahit KILIÇ

Özet

Bu tez çalışmasında; İş Hukukunun önemli ve güncel konularından iş güvencesi konusu Yargıtay kararları ile birlikte ele alınmaktadır. 1982 yılında ILO tarafından kabul edilen 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme ile İş Güvencesi ile ilgili düzenlemeler Uluslararası Hukuk kuralı olarak kabul edilmiş, sözleşme gereği ulusal düzenlemeler ise 2002 yılında yapılarak 15.03.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Yasal düzenlemede özellikle geçerli fesih nedenlerinin neler olduğunun tespiti, ilgili madde gerekçesinde de belirtildiği üzere öğretiyeye ve yargıya bırakılmıştır. Bu nedenle iş güvencesi hakkında öğretilerdeki görüşler ve yargı içtihatları daha önemli hale gelmektedir. Yargı kararları da araştırılarak iş güvencesinden yararlanabilmek için gereken koşullar, geçerli fesih nedenleri, yargılama süreci, verilebilecek kararlar ve bu kararların sonuçları açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Güvencesi, Geçerli Neden, İşe İade, Özel Hakem,
Çalıştırılmayan Sürelere İlişkin Ücret

TERMINATION OF THE CONTRACTS OF WORKERS' UNDER THE PROTECTION OF JOB SECURITY AND RESTATEMENT

Presented by Mücahit KILIÇ

ABSTRACT

This dissertation is on one of the most important issues on labor law agenda job security. The study includes evaluation of relevant Supreme Court of Appeals decisions. The job security rules in the ILO agreement no 158 on Termination of Employment Agreement by Employer became part of international law in 1982, and the agreement became part of our national legislation after the legislation process in 2002, coming into effect on 15.03.2003. The reasons for ending the contract have been considered as an issue to be decided by doctrine and the courts, enhancing the importance of scholarly interpretation and jurisprudence on job security issues. This study aims at clarifying the conditions for exercising the right to job security, termination of contract and relevant court decisions.

Key Words: Job Security, Valid Reason, Revindication, Arbitration, Wage for Unemployment Period.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
KISALTMALAR	viii
Giriş	1

I. BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ, İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE İŞ GÜVENCESİ

1. İŞ SÖZLEŞMESİ	3
1.1. İş Sözleşmesinin Tanımı	3
1.2. İş Sözleşmesinin Unsurları	4
1.2.1. İş Görme Unsuru	4
1.2.2. Ücret Unsuru	5
1.2.3. Bağımlılık Unsuru	5
2. İŞ SÖZLEŞMLERİNİN SONA ERMESİ	6
2.1. İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Nedenlerle Sona Ermesi	6
2.1.1. Tarafların Anlaşması	6
2.1.2. Belirli Sürenin Sona Ermesi	7
2.1.3. Ölüm	8
2.1.3.1. İşçinin Ölümü	8
2.1.3.2. İşverenin Ölümü	8
2.2. İş Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi	9
2.2.1. Fesih Bildiriminin Geri Alınması	9
2.2.2. Süreli Fesih	9
2.2.2.1. Bildirim Süreleri	11
2.2.2.2. Bildirim Süresi İçinde İşçiye İş Arama İzni Verilmesi	11
2.2.2.3. Peşin Ödeme Yoluyla İş Sözleşmesi'nin Feshi	12
2.2.2.4. Usulsüz Fesih	13
2.2.2.5. Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması	13
2.2.2.6. Sendikal Tazminat	14
2.2.3. Haklı Nedenle Derhal Fesih (Bildirimsiz Fesih)	16
2.2.3.1. İş Sözleşmesini Fesheden Tarafın Belirlenmesi	17
2.2.3.2. İşverenin Haklı Nedenleri	18

2.2.3.2.1. Sağlık Nedenleri	18
2.2.3.2.2. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri	19
2.2.3.2.2.1. İşçinin İşvereni Sözleşmenin Esaslı Noktalarında Yanılması	19
2.2.3.2.2.2. İşçinin, İşveren veya İşverenin Aile Üyeleri Hakkında Şeref ve Namusa Dokunacak Söz ve Davranışlarda Bulunması	19
2.2.3.2.2.3. İşçinin İşyerindeki İşçiye Cinsel Tacizde Bulunması	20
2.2.3.2.2.4. İşçinin Sataşması ve İşyerindeki İçki ve Uyuşturucu Yasağına Aykırı Hareket Etmesi	20
2.2.3.2.2.5. İşçinin, Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlarda Bulunması	21
2.2.3.2.2.6. İşçinin, İşyerinde Suç İşlemesi	21
2.2.3.2.2.7. İşçinin İzinsiz ve Mazeretsiz İşe Devamsızlığı	22
2.2.3.2.2.8. İşçinin Görevini, Hatırlatıldığı Halde Yapmaması	22
2.2.3.2.2.9. İşçinin, İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi veya İşyerinde Zarara Neden Olması	23
2.2.3.2.3. Zorlayıcı Sebepler (Mücbir Sebepler)	23
2.2.3.2.4. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması	24
2.2.3.3. İşçinin Haklı Nedenleri	24
2.2.3.3.1. Sağlık Nedenleri	24
2.2.3.3.2. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri	25
2.2.3.3.2.1. İşverenin İşçiyi Sözleşmenin Esaslı Noktalarında Yanılması	25
2.2.3.3.2.2. İşverenin, İşçinin Şeref ve Namusuna Dokunacak Davranışlarda Bulunması	25

2.2.3.3.2.3.	İşverenin Sataşması, Suç İşlemesi, İthamda Bulunması	25
2.2.3.3.2.4.	İşçinin Diğer Bir İşçinin Cinsel Tacizine Uğraması	26
2.2.3.3.2.5.	Ücretin Ödenmemesi	26
2.2.3.3.2.6.	Eksik İş Verme ve Çalışma Koşullarının Uygulanmaması	27
2.2.3.3.3.	Zorlayıcı Sebepler (Mücbir Sebepler)	27
2.2.3.4.	İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Fesih Süresi	28
2.2.3.5.	Haklı Nedenle Feshin Hukuki Sonuçları	29
3.	İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI ve ÖNEMİ	29
3.1.	İş Güvencesi Kavramı	29
3.2.	İş Güvencesinin Önemi	31
4.	İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN YASALAŞMA SÜRECİ	32
5.	İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI	38
5.1.	İş Kanununa Tabi Olarak Çalışma	38
5.2.	Belirsiz Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışma	40
5.3.	Altı Aylık Kıdemin Bulunması	44
5.4.	Otuz ve Daha Fazla İşçi Çalışması	47
5.5.	Belirli Konumda İşveren Vekili Olmamak	54
5.6.	İş Güvencesini Düzenleyen Hükümlerin Hukuki Niteliği	55
6.	HAKLI NEDEN-GEÇERLİ NEDEN AYRIMI	56

II. BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİNDE GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ

1.	GEÇERLİ NEDEN SAYILMAYAN HALLER	58
2.	İŞÇİDEN KAYNAKLANAN NEDENLER	59
2.1.	İşçinin Yeterliliği (Yetersizliği)	60
2.1.1.	İşçinin Verimsizliği	61
2.1.2.	Düşük Performansla Çalışmak	62
2.1.3.	İşçinin Sık Sık Hastalanması	63
2.1.4.	İşçinin Mesleki ve Fiziksel Yetersizliği	66
2.1.5.	İşe Yatkın Olmama, Öğrenme ve Kendini Yetiştirme Yetersizliği	67
2.1.6.	Yaşlılık veya Emeklilik Hakkının Kazanılmış Olması	67

2.2. İşçinin Davranışları	68
2.2.1 Arkadaşlarını İşverene Karşı Kışkırtmak	72
2.2.2 İşçinin Çalışma Arkadaşlarından Borç Para İstemesi	73
2.2.3 İşe Yoğunlaşmanın Giderek Azalması	73
2.2.4 İşçinin İşvereni Yanıltması	73
2.2.5 İşçinin, İşveren veya Diğer Çalışanlar Aleyhine Sözleri ve Hareketleri	74
2.2.6 İşçinin Geçimsizliği	75
2.2.7 İşçinin Bağlılığının Yeterli Olmaması	76
2.2.8 İşçinin İşe Devamsızlığı, Geç Gelmesi ve İşe Yeterli İlgi Göstermemesi	76
2.2.9 İşçinin Görevini Yerine Getirmekteki Yetersizliği	77
2.2.10 İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi	77
3. İŞYERİNDEN, İŞLETMEDEN VE İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLER	80
3.1. İşyeri İçinden Kaynaklanan Sebepler	81
3.2. İşyeri Dışından Kaynaklanan Sebepler	84
3.3. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere Sebebiyle Yapılacak Fesihlerde Uyulacak Esaslar	87
3.3.1 Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi	88
3.3.2 Ücretsiz İzin Uygulaması	91
3.3.3 Çalışma Sürelerinin Kısaltılması	93
3.3.4 Telafi Çalışması Uygulamaları	94
3.3.5 Son Çare İlkesi (Ultima-Ratio İlkesi)	95
3.3.6 Sosyal Seçim Şartı	100
III. BÖLÜM	
GEÇERLİ FESİH NEDENLERİNİN YOKLUĞU VE İŞE İADE	
1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE USUL	104
1.1. Feshin Yazılı Olarak Yapılma Zorunluluğu	104
1.2. İş Sözleşmesinin İkale (Bozma) Sözleşmesiyle Sona Erdirilmesi	107
1.3. Geçerli Sebebin Belirtilmesi Zorunluluğu	108
1.4. Fesih İçin Süre	110
1.5. İşçinin Savunmasının Alınması Zorunluluğu	111
2. FESHE İTİRAZ VE YARGILAMA USULÜ	112

2.1. İtiraz Süresi ve İtirazın Yapılacağı Yer	113
2.1.1. İş Mahkemesi	117
2.1.2. Özel Hakem	117
2.2. Davanın Tarafları ve Konusu	119
2.3. İspat Yükü	121
2.4. Yargılama Usulü	122
2.5. Yargılama Sürecinde Süre	123
2.6. Yargılama Sürerken İşçinin İşe Başlatılması	125
2.7. Yargılama Sürerken İşçinin Başka Bir İşte Çalışması	127
3. GEÇERSİZ SEBEPLE YAPILAN FESHİN SONUÇLARI	128
3.1. Feshin Geçersizliğinin Tespiti	129
3.2. İşçinin İşverene Başvuruda Bulunması	130
3.3. İşçinin İşe Başlatılması	131
3.4. İşçinin İşe Başlatılmaması ve Hukuki Sonuçları	132
3.4.1. İş Güvencesi Tazminatı Ödenmesi	133
3.4.2. İhbar ve Kıdem Tazminatı ile Çalıştırılmayan Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi	136
3.4.3. İş Güvencesi Tazminatı ve Çalıştırılmayan Süreye Ait Ücretin Belirlenmesi	136
3.4.4. Tazminat İle Ücret ve Diğer Sosyal Hakların Ödenmemesi Durumunda Faiz Hesaplanması	138
3.5. Geçersiz Sebep ile Feshin Sonuçlarına İlişkin Hükümlerin Hukuki Niteliği	138
4. ÖZEL BİR YAPTIRIM: SENDİKAL TAZMİNAT	139
4.1. Sendika Üyeliği ve Sendikal Faaliyet Nedeniyle Fesih	139
4.2. İşyeri Sendika Temsilcilerinin İş Sözleşmesinin Feshi	141
SONUÇ	143
KAYNAKLAR	148
ÖZGEÇMİŞ	153

KISALTMALAR

BK	:	Borçlar Kanunu
E	:	Esas
HD	:	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILO	:	Uluslararası Çalışma Örgütü
İş K.	:	İş Kanunu
K	:	Karar
Legal İHSGHD	:	Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
md.	:	Madde
MK	:	Medeni Kanun
SK	:	Sendikalar Kanunu

GİRİŞ

Çalışan ile çalıştıran arasındaki iş ilişkilerini düzenleyen İş Hukukunun temel amacı, ekonomik yönden güçlü olan işverene karşı güçsüz olan işçiyi korumaktır. Genellikle geçimini sağlamak için emeği karşılığında elde ettiği ücretten başka geliri olmayan işçi, bu özelliğinden dolayı işverene ekonomik olarak bağımlıdır. Ekonomik bağımlılık, bu ilişkide işçinin daha fazla korunmasını gerekli kılmaktadır. Tarihsel süreçte özellikle sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan olgular, çalışanların da mücadeleleri ile bu ilkenin kabul edilmesini zorunlu kılmıştır.

Çalışan açısından, bir işinin olması ne kadar önemliyse, bir o kadar önemli olan diğer konu da işini kaybetmemektir. Çalışanın hiçbir neden yokken, sürekli olarak işini kaybetme korkusu içinde yaşaması iş verimini olumsuz yönde etkilerken, işveren açısından da maliyetlerin yükselmesine, karının düşmesine neden olmaktadır. Haklı ve geçerli nedenler ortaya çıkmadıkça işçinin işini kaybetmeyeceğine inanması, veriminin artmasına, işyerindeki/işletmedeki aidiyet duygusunun gelişmesine; işverenin de işlerinin daha düzenli ve verimli yürütülmesine olumlu katkı sağlayacaktır.

İş güvencesinin yasalaşmasıyla ilgili süreç uzun olmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Konferansı tarafından 1982 yılında kabul edilen 158 sayılı Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme'nin Haziran 1994'te TBMM tarafından kabul edilen kanunla onaylanmasına karşın, bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerimiz de, işveren kesiminin engellemeleri ile uzun sayılabilecek bir süre yerine getirilememiştir. Nihayet alınan erken seçim kararının da etkisiyle, kamuoyunda İş Güvencesi Yasası olarak bilinen 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Ağustos 2002'de kabul edilmiş, 15.03.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

Kanunun yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra da 22.05.2003 tarihinde TBMM tarafından 4857 sayılı İş Kanunu kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu işçiler adına kazanılmış haklardan bazı kayıplara da neden olmuştur.

İşçi işveren arasındaki ilişkilerde iş sözleşmesinin sona erdirilmesi en önemli uyuşmazlık konularından biridir. İş güvencesinden önce işverenler, kötü niyetli olmamak şartıyla, herhangi bir neden göstermeksizin çalışanların iş sözleşmelerini sona erdirmeye hakkına sahipken, iş güvencesi hükümleriyle çalışanların kendilerini daha güvende hissetmeleri mümkün olabilmiştir. Belirtilen nedenler bile iş güvencesinin, İş Hukukunun önemli konularından biri olması için yerlidir.

İş güvencesi olarak bilinen düzenlemeler, genel olarak çalışanlar lehine olsa da işyeri sendika temsilcileri bu düzenlemeyle, değişiklikten önce 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda (SK) yer alan iş güvencesini önemli ölçüde yitirmişlerdir. Doğaldır ki bu durum zaten yetersiz olan sendikalaşmayı da olumsuz yönde etkileyecektir.

Belirtilmeye çalışılan nedenlerle; çalışan çalıştıran ilişkilerinde önemli bir yer tutan, işverenler tarafından uzun süre geciktirilen iş güvencesi düzenlemeleri araştırılmaya ve irdelenmeye değer bir konu olarak görülmüştür.

Bu çalışmanın birinci bölümünde genel olarak iş sözleşmesini sona erdiren nedenler öz olarak açıklanmaya gayret edilmiş, iş güvencesinin yasallaşması süreci ve iş güvencesinin önemi vurgulanarak iş güvencesinden yararlanabilmek için gereken şartlar irdelenmeye çalışılmıştır.

İş güvencesi düzenlemelerinde yargıya ve öğretiyeye bırakılan geçerli nedenlerin neler olabileceği; geçerli neden olarak kabul edilen işçiden kaynaklanan nedenler ile işyerinden, işletmeden ve işi gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri konuları ikinci bölümde incelenmeye gayret gösterilmiştir.

Üçüncü bölümde ise iş güvencesi çerçevesinde sözleşmenin feshinde usul, feshe itiraz ve yargılama usulü ile geçersiz sebeple feshin sonuçları incelenmiştir.

Yapılan araştırmada öncelikler iş güvencesiyle ilgili bilimsel çalışmalar ve Yüksek Mahkeme kararları incelenmiş, devamında iş güvencesi düzenlemesindeki altı yıllık uygulamanın ardından meydana gelen sorunlar belirlenmeye gayret edilmiştir.

I. BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ, İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE İŞ GÜVENCESİ

İnsan tarafından aranan en önemli güvence yaşam güvencesidir. İnsanoğlu ilk günden itibaren önceliği yaşamını güvence altına alacak önlemlere vermiştir. Yaşam güvencesi; uluslararası boyutta en önemli belgelerde, 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Beyannameinde “Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır¹. (m. 3)” ve 1950 yılında kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez². (m.2/1)” hükümleri ile yer almıştır. Yaşamını devam ettirmek için ise kişi çalışmak zorundadır.

Çalışanlar, bağımlı ve bağımsız çalışanlar olmak üzere iki büyük gruba ayrılabilir. Ancak bağımlı ve bağımsız çalışanlar arasındaki sınırı tam ve kesin olarak çizmek mümkün değildir. Her çalışma az ya da çok bir bağımlılığı getirmektedir. İş Hukukunun kapsamına giren çalışmalarda çalışmayı yapanla yaptırana arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi vardır³. Bağımlı olarak çalışanlar grubuna işçiler dışında devlet memurları ve sözleşmeli olarak çalışan diğer kamu görevlileri de girmektedir.

İşçiler açısından en önemli hususlardan biri iş güvencesidir. Bir işçinin haklı veya geçerli bir neden olmadan iş sözleşmesinin sona erdirilmesi tehlikesi altında iş hayatını devam ettirmesi, işçileri fazlasıyla rahatsız edecek bir durumdur.

1. İŞ SÖZLEŞMESİ

1.1 İş Sözleşmesinin Tanımı

Borçlar Kanununda hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi e iş sahibi de ona bir ücret vermeyi

¹ İnsan Hakları Evrensel Beyanname, 25.03.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/203-208.pdf>

² İnsan Hakları ve Hürriyetlerin Korumasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 25.03.2008, <http://www.barobirlik.org.tr/insanhaklari/mevzuat/ub/belgeler/ihas.pdf>

³ Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2006, Yenilenmiş 19. Bası, s. 1.

taahhüt eder⁴ diyerek tanımlanmıştır. 1475 sayılı İş kanununda ise iş sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. 4857 sayılı İş Kanununda ise iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme (İş K. Md. 8) olarak tanımlanmıştır. Tanıma, zorunlu olarak çalışan mahkûmların ve devletin üstün kamu erkine sahip taraf olarak yer aldığı memur ve sözleşmeli personel gibi kamu görevlilerinin iş görme ilişkilerinden farkını ortaya koymak için sözleşmenin serbestçe kurulma ve özel hukuka ait bir iş görme sözleşmesi olduğunu eklemek doğru olabilecektir⁵. İş K. 2. maddede ayrıca işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denileceği belirtilmiştir. İş sözleşmesinin, kanunda yapılan tanımından, unsurları şöyle sıralanabilir. İş görme, ücret ve bağımlılık.

1.2 İş Sözleşmesinin Unsurları

1.2.1 İş Görme Unsuru

İş sözleşmesinden söz edebilmek için işçinin bir iş görme yükümlülüğü üstlenmesi gerekmektedir. İş görme yükümlülüğünün konusu bedensel, düşünsel, teknik, bilimsel veya artistik olabilir⁶. Oysa 3008 sayılı İş Kanunu döneminde beden ve fikir işçisi ayrımı yapılmış, fikri çalışmaları yoğun onlalar İş Kanununun kapsamına girmediği kabul edilmekteydi.

İş görme yükümlülüğü bir çırpıda değil, belirli veya belirsiz bir zaman dilimine yayılarak yerine getirilecektir. Bu konuda İş Kanununda açık bir hüküm olmamakla birlikte İş K. 9, 11, 24 ve 25. maddelerinden bu sonuç çıkarılabilecektir. İşçi işverene karşı belirli bir sonucu meydana getirmeyi değil sürekli bir biçimde çalışmayı üstlenmektedir. Ayrıca işçinin İş K. 13. md. göre kısmi süreli ve İş K. 14. md göre çağrı üzerine çalışması da mümkündür⁷.

İşçi iş görme borcu bizzat kendisi yerine getirmekle yükümlüdür ve bir başkasına devredemez⁸.

⁴ B.K. Md. 313

⁵ Akyiğit, E., Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara, 2007, s. 75.

⁶ Süzek, S., İş Hukuku, İstanbul, 2006, 3. Bası (Tıpkı Basım), s. 190

⁷ Akyiğit, agk., s. 76.

⁸ Ulucan, D., Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2006, s. 54.

1.2.2 Ücret Unsuru

İş sözleşmesinin bir diğer temel unsuru da ücrettir. İşçi ücret almadan çalışmaya zorlanamayacağı gibi yıllık ücretli izin ve hafta tatili ücreti gibi bazı durumlar hariç çalışmadan ücret de talep edemez. İşçi iş görme borcunu yerine getirirken işverenin de temel borcu ücret ödemektir. Ücret söz konusu olmazsa iş sözleşmesinden de bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak iş sözleşmesinde ücretin açıkça kararlaştırılmaması ve uzun bir süre ücretin ödenmemesi iş sözleşmesinin ücret karşılığı olmadığını göstermez. İş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunluluğu olmadığı için fiilen çalışmış olmak sözleşmenin varlığı için yeterli olacağından doğaldır ki ücret de talep edilebilecektir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da ücretin belirlenmemiş olması birbirinden ayırt edilmesi gereken bir durumdur. Böyle bir durumda ücret asgari ücretten az olmamak üzere rayiç bedel esas alınarak belirlenir.

Ücret iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olduğu halde vekâlet sözleşmesi karşılıksız da olabilir. B.K. 386. md.'ye göre ücret vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir. Ancak sözleşmede kararlaştırılmışsa veya teamül gerektiriyorsa vekil ücrete hak kazanır. Bu nedenle ücret, iş sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden ayrılmasında bir ölçüt niteliği taşımaktadır.

1.2.3 Bağımlılık Unsuru

İş sözleşmesi gereği görülecek olan iş işverenin yönetimi altında gerçekleşir. Bu nedenle işçinin işverene bağımlı olarak çalıştığı kabul edilir. Genel anlamda bağımlılık işçinin bir süre işverenin talimatları doğrultusunda ve onun denetiminde çalışmasını ifade eder⁹. İş görme yükümlülüğü, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak öğretide ve uygulamada eskiden beri kabul edildiği üzere bir hiyerarşi içinde işverene bağlı olarak, yerine getirilir. Eğer bağımlılık unsuru yoksa iş sözleşmesinden bahsedilemeyecektir.

İşçi iş görme borcunu işverenin yönetim, gözetim ve denetiminde yerine getirir. İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde işverenin talimatlarına uyma yükümlülüğü işçinin kişisel bağımlılığının somut göstergesidir. Ayrıca iş

⁹ Ulucan, Eyrenci, Taşkent, a.g.k. s. 54.

sözleşmesindeki işçi işveren arasındaki otorite/bağımlılık unsuru taraflar arasında hukuki bir hiyerarşi yaratmaktadır¹⁰.

İş hukukundaki esnekleştirme talebi iş hukukundaki klasik bağımlılık unsurunda bir zayıflama yaratabilmektedir. Esnekleşme talepleri ve çalışmaları bağlamında iş görme borcunun yerine getirileceği yer ve zaman konusunda önemli değişiklikler ortaya çıkabilecektir. Bu durumlar iş ilişkisindeki bağımlılık unsurunu tabii ki ortadan kaldırmamaktadır.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran özellik bağımlılık unsurudur. İstisna sözleşmesinde taraflardan biri ücret karşılığında diğer tarafa bir eserin yapılmasını üstlenmektedir. Bu sözleşme türünde önemli olan sonuçtur. Yani eserin meydana getirilmesi. İstisna sözleşmesinde müteahhit iş sahibinden emir ve talimat almadan bir eser meydana getirmek üzere bağımsız olarak çalışmaktadır.

Benzer şekilde bağımlılık unsuru iş sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden ayırmaktadır. Vekâlet sözleşmesinde vekil müvekkilinin açık talimatı ile bağlı olmakla birlikte iş sözleşmesinden farklı olarak işin yapılması sürecinde işverenin emir ve otoritesi altında olmaksızın istediği yer ve zamanda bağımsız olarak yerine getirmektedir.

İş sözleşmesindeki bağımlılık ilişkisi ve hukuki hiyerarşi taraflar arasında eşitliğin geçerli olduğu adi şirket sözleşmesinden de ayırmaktadır.

2. İŞ SÖZLEŞMLERİNİN SONA ERMESİ

2.1 İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Nedenlerle Sona Ermesi

2.1.1 Tarafların Anlaşması

Taraflar nasıl ki anlaşarak bir iş sözleşmesini hayata geçiriyorsa yine anlaşarak sona erdirebilirler. Tarafların anlaşmasıyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi fesih sayılmaz. Çünkü fesih, tek taraflı bozucu yenilik doğuran, bir irade

¹⁰ Süzek, a.g.k., s. 193.

açıklamasıdır. Buna karşılık ikale karşılıklı ve birbirine uygun iki iradenin açıklanması ile meydana gelir¹¹.

2.1.2 Belirli Sürenin Sona Ermesi

Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların varlığı halinde iş sözleşmesi belirli süre için yapılmış olabilir. Sözleşme gereği öngörülen süre dolduğunda sözleşme kendiliğinden sona erer. Ancak B.K. 338. md.'ye göre taraflar aksini kararlaştırabilirler.

Belirli süre için yapılan iş sözleşmesi belirli süresinin sona ermesinden sonra her iki tarafında da susması, yani sözleşme sona erdikten sonra işçinin çalışmaya devam etmesi işverenin de işçinin çalışmasına karşı çıkmaması durumunda sözleşme yenilenmiş sayılır. B.K. 339/1. md.'ye göre yenilenen sözleşme de belirli süreli olup önceki sözleşmenin aynısı ancak en fazla bir yıl süreli olacaktır.

Taraflar belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesini, süre dolmadan bir süre önce bildirimde bulunma şartına bağlamış olabilirler. Bu durumda taraflar herhangi bir bildirimde bulunmazlar ise sözleşme B.K. 339/2. md.'ye göre önceki sözleşme şartlarıyla ve herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın yenilenmiş olur. Diğer bir ifadeyle önceki iş sözleşmesi altı aylık ise yeni iş sözleşmesi de altı aylık, önceki iş sözleşmesi beş yıllık ise yeni iş sözleşmesi de beş yıllık olacaktır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenmesi için esaslı neden olmadıkça yenilenmesi halinde İş K. 11. md. gereği baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu hususta 4857 sayılı İş Kanunu gerekçesi çok açıktır. "...belirli süreli hizmet akitlerinin esaslı (objektif) bir neden olmadıkça üst üste yapılmasının önlenmesi de gerekmektedir.¹²"

Avrupa Birliğinin 99/70 sayılı Yönergesinde üye devletlerin zincirleme iş sözleşmelerine ilişkin önlemler alırken, bunların ne kadar bir zaman diliminde kaç kez üst üste yapılabileceğinin belirtilmesine de imkân verilmektedir. Örneğin Fransa'da azami yasal süreyi (18 ay) aşmamak üzere belirli süreli iş sözleşmesi

¹¹ Süzek, a.g.k., s. 395.

¹² İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

belirsiz süreliye dönüşmeksizin bir kez yenilenebilecektir¹³. Ülkemizde, uzun yıllardan beri, gerek yargı kararlarında ve gerek doktrinde esaslı bir sebep olmadıkça belirli süreli sözleşmenin ikincisinin yapılmasıyla zincirleme akitlerin meydana geldiği görüşü benimsendiği için, bu görüş, kanuna da aynen alınmıştır. Buna göre, esaslı bir sebep olmadıkça, belirli süreli iş sözleşmesi ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşerek işçi bu tür sözleşmenin koşullarından ve bu arada feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanacaktır.

Buna karşılık belirli süreli sözleşmenin zincirleme yapılmasında esaslı bir neden bulunuyorsa, sözleşmeler belirsiz süreliye dönüşmeyecek, belirli süreli olma özelliklerini koruyacaklardır¹⁴.

Her ne kadar belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin süresi taraflarca serbestçe belirlenebiliyor olsa da çalışanın kişilik haklarının korunması amacıyla ömür boyu veya on yılı aşan süreler için yapılan iş sözleşmelerinde işçi, on yıllık süre dolduktan sonra B.K. 343. md.'ye göre bir aylık bildirim süresine uyarak sözleşmeyi her zaman ve herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmaksızın sona erdirebilir.

2.1.3 Ölüm

2.1.3.1 İşçinin Ölümü

B.K. 347/1. md.'ye göre iş sözleşmesi işçinin ölümü ile kendiliğinden sona erer. İşçinin ölümü ile iş görme yükümlülüğü işçinin mirasçılara geçmez. Bu nedenle işverenin işçinin mirasçılarında iş görme edimini yerine getirmelerini isteyemez.

2.1.3.2 İşverenin Ölümü

İş sözleşmeleri genellikle işverenin kişiliği dikkate alınmaksızın yapıldığından ve işverenin yükümlülükleri mirasçıları tarafından da yerine getirilebileceğinden işverenin ölümü ile iş sözleşmesi kural olarak sona ermez. B.K. 347/2. md.'ye göre iş sözleşmesi işverenin mirasçıları ile işçi arasında devam eder. Ancak iş sözleşmesi istisnai bazı durumlarda işverenin şahsı göz önüne alınarak

¹³ Süzek, a.g.k., s. 205

¹⁴ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

kurulmuş olabilir. Böyle durumlarda işverenin ölümü halinde iş sözleşmesi de sona erer.

2.2 İş Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi

İş sözleşmesi belirli durumlarda fesih hakkına dayanarak işçi veya işveren tarafından tek taraflı olarak sona erdirilebilir. Fesih, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı, bozucu yenilik doğuran bir haktır ve karşı tarafa varma anından itibaren hukuki sonuç doğurur¹⁵. İş sözleşmesinin feshi; süreli fesih ve haklı nedenle derhal fesih olmak üzere iki çeşidi vardır. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanununda iş güvencesi yer aldığı için süreli feshin iş güvencesinden yararlananlar ve güvencesinden yararlanmayanlar açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

2.2.1 Fesih Bildiriminin Geri Alınması

Fesih bildirimini karşı tarafa vardığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yani işçi işveren arasındaki iş ilişkisi sona erer. Taraflar yeni duruma göre haklarını talep edebilir. İş sözleşmesini tek taraflı olarak fesheden taraf, fesih bildirimini yine tek taraflı olarak geri alamaz. Ancak karşı tarafın da kabul etmesiyle, fesih bildirim süresi içinde feshin geri alınması mümkündür. Böyle bir durumda iş ilişkisi hiç kesilmemiş sayılır. Bildirim süresi geçtikten sonra, feshin tek taraflı olarak geri alınması söz konusu olamaz. Karşı tarafın da kabul etmesiyle ancak yeni bir iş sözleşmesi kurulması söz konusu olabilecektir. Yeni sözleşme olduğu için de eskisinin koşullarıyla olabileceği gibi taraflar yeni koşulları da serbestçe belirleyebilirler¹⁶.

2.2.2 Süreli Fesih

Bu başlık altında sadece iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler açısından iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi kısaca incelenecek olup, zaten araştırma konumuz iş güvencesi kapsamındaki işçiler olduğundan bu konu ayrıca ve detaylı olarak irdelenecektir.

¹⁵ Çelik, a.g.k., s. 182., Taşkent, S., Eyrenci, Ö., Ulucan, D., Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2006, s. 155.

¹⁶ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 155.

İş sözleşmesi, işçi ile işveren arasında sürekli bir iş ilişkisi kurmasına rağmen, taraflar çeşitli nedenlerle bu sözleşmeyi fesih yoluyla sona erdirebilirler. Süreli fesih hakkı taraflara belirsiz süreli iş sözleşmesini, tek taraflı irade beyanı ile bildirim sürelerinin sonunda, sona erdirme yetkisi veren bir haktır. Fesih bildirimiminin karşı tarafça kabulüne bağlı değildir. Söz konusu bildirim karşı tarafa ulaştığında hüküm ve sonuçlarını doğurur, iş sözleşmesi sona ermiş olur. Süreli fesih türü kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülmüştür. (İş K.md. 17/I)

İş sözleşmesinin tek taraflı olarak feshi, taraflar için, özellikle de ekonomik yönden zayıf olan işçi için ağır sonuçlar doğurabilir. Bu durum önceden haber verilmeksizin, tek taraflı, aniden iş sözleşmesine son verilmesi halinde söz konusu olabilecektir. Bu nedenle süreli fesih yapılacak tarafa iş sözleşmesinin sona ereceğinin bildirilmesi ve kendisi için önlem alması amacıyla zaman tanınmalıdır. Böylece bu süre içinde işçi, kendisine yeni bir iş, işveren de yeni bir işçi, bulma olanağına sahip olacaktır¹⁷.

Fesih bildirimiminin açık olması gerekir. Ancak taraflardan birinin davranışlarından sözleşme ilişkisinin sona erdirildiği anlaşılıyorsa bu durumda da sözleşme sona erdirilmiş sayılır¹⁸.

Belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçi sadece yasada belirlenmiş bildirim sürelerine uymak zorundadır. Ayrıca bir sebep gösterme zorunluluğu yoktur. Buna karşılık belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren bildirim sürelerine uymakla birlikte, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı yoksa sebep bildirme zorunluluğu bulunmazken, işçi iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanıyorsa geçerli bir sebep bildirmek zorundadır. Ancak iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde sebebin bildirilmesi gerektiği önceden kararlaştırılmışsa, karşı tarafça sebebin bildirilmesi istenebilir. Böyle bir durumda sebebin bildirilmemesi, feshin geçersiz olmasına neden olur¹⁹.

¹⁷ Aktay, A. N., Arıcı, K., Kaplan/Seneyen, E. T., İş Hukuku, Ankara, 2006, s. 174.

¹⁸ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 155.

¹⁹ Aktay, Arıcı, Kaplan/Seneyen, a.g.k. s. 173.

2.2.2.1 Bildirim Süreleri

Belirsiz süreli iş sözleşmelerin feshinde bildirim süreleri İş K. 17/II. md.'de düzenlenmiştir.

İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

İşi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

İşi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,

İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, sona erecektir.

Yasada belirtilen bildirim süreleri asgari olup işçi lehine arttırılabilir. Buna göre yasal bildirim süreleri toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile arttırıldığında işveren iş sözleşmesini arttırılan bildirim sürelerine uyararak feshedebilecek aynı sözleşme hükmüyle bağlı işçi için ise yasada öngörülen süreler geçerli olacaktır.²⁰

2.2.2.2 Bildirim Süresi İçinde İşçiye İş Arama İzni Verilmesi

Fesih bildirimini karşı tarafa varmasından bildirim süresinin bitimine kadar iş sözleşmesinin taraflarının hak ve borçlarında bir değişiklik olmaz. İşçi iş görmeye devam ederken işveren de ücretini ödemeye devam edecektir. Ancak ister işçi ister işveren fesih bildiriminde bulunsun, işveren bildirim süresi içerisinde işçiye yeni iş bulması için çalışma saatleri içerisinde iş arama izni vermek zorundadır. İşveren iş arama izni nedeniyle işçinin ücretinden bir kesinti yapamaz. İş arama iznin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse izin sürelerini birleştirerek topluca kullanabilir. Bu takdirde işçi iznini işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır.

İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir. İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin

²⁰ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 157, Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, a.g.k. s. 175., Aksi Görüş Çelik, a.g.k., s. 187, Süzek, a.g.k., s. 405.

kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder(İş K.md. 27/III ve IV). Ayrıca işverenin yeni iş arama iznini vermemesi veya eksik kullandırması hallerinde işçi, çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle ve derhal feshedebilecektir²¹.

2.2.2.3 Peşin Ödeme Yoluyla İş Sözleşmesi'nin Feshi

İş Sözleşmesi Kanunu 17/5 maddeye göre işveren bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesi feshedebilir. İş Kanunu ile sadece işverene tanınan peşin ödeme yoluyla iş sözleşmesinin yolu ile hem işverenin hem de işçinin yararına olabilir. İş sözleşmesinin fesih bildirim ile sona erdirilmesi durumunda bildirim süresinin bitiminde işten çıkacağını bilen işçinin moral bozukluğuna düşmesi işe bağlılığının ve veriminin azalması hatta iş yerinde iş güvenliğini tehlikeye düşürebilecek davranışlarda bulunması mümkündür.²² İşverene bu sakıncalı durumdan kurtulmak amacıyla bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini sona erdirme olanağı tanınmıştır.

Yasanın işverene sağladığı bu olanağın kullanılması işçi içinde faydalı olmakta bildirim sürelerine ait ücretin peşin olarak alan işçi bu süre içerisinde tüm zamanını yeni iş aramaya ayırabilmektedir. Bu nedenle peşin ödeme yoluyla sözleşmenin feshi uygulamada yaygın hale gelmiştir.²³

Belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren ya bildirim sürelerine uyararak, ya da bildirim sürelerine ait ücreti peşin olarak ödeyerek iş sözleşmesini sona erdirebilecektir. Bildirim süresinin bölünerek bu iki fesih yönteminin bir arada uygulanması mümkün değildir.

İş sözleşmesi bildirim sürelerine uyularak feshedilmişse, bu süre içinde iş sözleşmesi devam ettiğinden, işveren, işçinin bildirim süresinin sonuna kadar ortaya çıkacak tüm haklarını ödemek zorundadır.

²¹ Süzek, a.g.k., s. 409.

²² Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2000, Genişletilmiş 15. Bası, ss. 175–179; Süzek, a.g.k., s. 410.

²³ Süzek, a.g.k., s. 192. Süzek, a.g.k., s. 410

Buna karşılık Yargıtay'ın yıllardan beri yerleşmiş içtihadı ile işveren tarafından bildirim süresine ilişkin ücretin peşin olarak ödenmesi suretiyle iş sözleşmesi feshedildiğinde, sözleşmenin derhal sona erdiğini, işçinin bildirim süresi içinde gerçekleşecek ikramiye, toplu iş sözleşmesi zammı, kıdem tazminatı tavanının yükselmesinden doğacak fark gibi haklarını isteyemeyeceği kabul edilmektedir.

İşverene peşin öde yoluyla iş sözleşmesini sona erdirme yetkisi verilmesinin nedeni işçinin bildirim süreleri içinde doğacak haklarından yoksun bırakılması amacıyla değil, işçinin bu süre içinde, moral bozukluğu nedeniyle işe bağlılığının ve iş veriminin alabileceği düşüncesiyle getirilmiştir. Süreli feshin hukuki sonucu iş sözleşmesinin bildirim süresinin sonunda sona ermesidir. Bu hukuki durum, Yargıtay'ın görüşünün aksine, bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi durumunda da değişmez. İşverenin bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle tanınan fesih yetkisi, iş sözleşmesinin süreli feshine ve bildirim süresine ilişkin hükümleri ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz²⁴.

2.2.2.4 Usulsüz Fesih

Belirsiz süreli bir iş sözleşmesi taraflarca bildirim sürelerine uyulmaksızın ya da peşin ödemeye fesih bildirim sürelerine ilişkin ücret ödenmemiş veya eksik ödenmiş ise usulsüz fesih ortaya çıkar²⁵. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde fesih bildiriminde bulunma zorunluluğu hem işçi hem de işveren için öngörülmüştür. Bu nedenle usulsüz fesih işveren için söz konusu olabileceği gibi işçi için de olabilir. Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. (İş K. md. 17/IV)

2.2.2.5 Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması

Fesih hakkı amacına aykırı olarak ve karşı tarafa zarar vermek amacıyla kullanılırsa kötüye kullanılmış olacaktır. İşveren tarafından iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir (İş K. md. 17/VI). İş Kanunu gerekçesinde, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçileri için; "İşveren bu durumdaki işçilerin iş

²⁴ Süzek, a.g.k., s. 411

²⁵ Süzek, a.g.k., s. 192., Süzek, a.g.k., s. 413.

sözleşmelerini fesih hakkını kötüye kullanarak, sözgelimi işçi kendisi hakkında bir şikâyette bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için sona erdirmiş ise, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında bir kötü niyet tazminatı ödeyecektir. İşveren sözleşmeyi bildirim şartına dahi uymaksızın sona erdirmiş ise, kötü niyet tazminatı yanında ayrıca bildirim süresine ilişkin ücret tutarında bir tazminat daha ödeyecektir²⁶.” ifadesiyle açıklanmıştır. Kötü niyet tazminatı, işçinin hiçbir zararı olmasa da ödenmesi gereken götürü bir tazminattır²⁷.

İşverenin fesih hakkını kötüye kullandığını iddia eden işçi, iddiasını ispat etmek zorundadır²⁸.

İş K. 17/VI md. Sadece işverenin kötü niyetli olarak iş sözleşmesini feshetmesi durumunu düzenlemiş, işçinin kötü niyetli feshini düzenlememiştir. İş sözleşmesinin işçi tarafından kötü niyetli olarak feshi kural olarak daha az karşılaşılan bir durumdur. Bununla birlikte işçinin fesih hakkını kullanırken objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak iş sözleşmesini feshi söz konusu olabilir. Özellikle işçi tarafından zamansız fesih bildirimleri bu niteliktedir. İşçi, işverenin güç durumunu daha da güçleştirmek amacıyla fesih hakkını kullanmamalıdır. Bu tür kötüye kullanmalar, daha çok işyerinde önemli bir durumda bulunan veya vasıflı işçiler tarafından fesih hakkının kullanılması durumunda söz konusu olabilir. Ancak İş K. 17. md. sadece işverenin kötü niyetli feshini düzenlediğinden, işveren, işçinin kötü niyetli feshine karşı MK 2. md. ve genel hükümler doğrultusunda tazminat talep edebilecektir²⁹.

2.2.2.6 Sendikal Tazminat

Sendikalar Kanunu 31/6. md. işverenin, hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. 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

²⁶ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

²⁷ Süzek, a.g.k., s. 420.

²⁸ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 159.

²⁹ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 160., Süzek, a.g.k., s. 420.

fıkrası uyarınca ödenecek tazminat içinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz, hükmünü içermektedir.

Maddenin üçüncü fıkrası, sendikalı olan ve olmayan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde, çalıştırmaya son verilmesi konularında ayırım yapılmasını yasaklamaktadır.

Beşinci fıkrada ise işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılmayacağı veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

İşçilerin Anayasal hakkı olan sendika seçme özgürlüğüne engel olmak amacıyla yapılan fesihler bir hakkın kötüye kullanılmasıdır. İşçinin sendika üyesi olma ya da olmama, sendika üyeliğinden istifa etme özgürlüğünün işverence ihlal edilerek iş sözleşmesinin feshi objektif iyi niyet kurallarına aykırıdır. Aynı şekilde işçinin sendikal faaliyette bulunması, sendika toplantılarına katılması, sendikanın propagandasını yapması, sendika dergisinde yazı yazması gibi nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde de sendikal tazminat ödenmesi gerekir³⁰.

Sendikalar Kanunu 31/6. md. sendikal tazminatın işçinin bir yıllık ücretinden az olamayacağını öngörmüştür. Bu tazminat, işçinin ücretinin bir yıllık ücretiyle ilgili hükmü kesin ve götürü niteliktedir. İşçinin bu fesihten hiçbir zararı olmasa bile ücretinin bir yıllık tutarında tazminata hak kazanacaktır³¹.

31/7 md.'de ayrıca iş güvencesi hükümleri dışında kalan işçilerin sendika üyeliği ve sendikal faaliyetleri nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedilmesi halinde isteyebilecekleri sendikal tazminat miktarı belirlenmiştir. İspat yükünün işverene ait olduğu belirtilerek davanın genel usul hükümleri içinde yürütüleceği kaydedilmiş, asgari bir yıllık ücret tutarında olacak bu tazminatı 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'na tabi olan işçilerle İş K. 18/1 md. uyarınca aynı

³⁰ Süzek, a.g.k., s. 426

³¹ Süzek, a.g.k., s. 426

kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı dışındaki işçiler talep edebileceklerdir.

2.2.3 Haklı Nedenle Derhal Fesih (Bildirimsiz Fesih)

İş sözleşmesini zamanından önce bildirim süresi vermeden, derhal sona erdiren, ancak keyfi olmayıp belirli sebeplerin varlığını gerektiren fesih türüne bildirimsiz fesih denir. Süreli fesihte, yasal veya sözleşme ile belirlenmiş bildirim sürelerine uyma zorunluluğu varken, haklı nedenle derhal fesihte kural olarak bildirim sürelerine uyma zorunluluğu yoktur³². Süresi belirli olsun veya olmasın, işçi İş K. md. 24 ve işveren İş K. md. 25 gereği, yasada belirtilen belirli şartların gerçekleşmesi durumunda, iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir.

İş sözleşmesinin iki tarafına da tanınmış olan bildirimsiz fesih hakkı, sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağı gibi, kısmen de olsa sınırlandırılmaz. Öyle durumlar ortaya çıkabilir ki, artık taraflardan iş ilişkisini sürdürmelerini talep etmek ya da beklemek, iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Çoğunlukla da kişilik haklarına saldırı niteliğini taşıyabilir, bu nedenle de haklı nedenle derhal fesih ile ilgili kurallar emredici niteliktedir³³.

İş sözleşmesinin zamanından önce sona erdirilebilmesi haklı bir sebebin varlığını gerektirir. Objektif iyi niyet kuralına göre, iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren nedenler, haklı neden olarak kabul edilebilecek nedenlerdir. Bu sebepler taraflara ilişkin olabileceği gibi, onların dışında oluşan, olgular ve olaylar nedeniyle de ortaya çıkabilir. Hatta iş sözleşmesinin taraflar yüklediği sadakat borcunun ihlali halinde ortaya çıkabileceği gibi iş ilişkilerinin taraflar yüklediği borçların yerine getirilmesinin dürüstlük kurallarına göre, onlardan talep edilebilmesinin imkânsız olduğu hallede de ortaya çıkabilir³⁴.

İş Kanununda düzenlenmiş haklı nedenlerin ortaya çıkması, iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez. Lehine haklı nedenle fesih hakkı doğmuş olan taraf bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir. Ancak işveren bu hakkı kullanmak

³² Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, a.g.k. s. 198.

³³ Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, a.g.k. s. 199.

³⁴ Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, a.g.k. s. 199.

istediğinde, İş K. 19/1 hükmü uyarınca, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır³⁵.

İş K. 19/1 md. hükmün öncelikli amacı, iş akdinin hangi nedenle feshedildiği konusunda işçinin bilgi sahibi olmasını sağlamaktır. Her ne kadar sözü edilen hüküm 18. maddeden sonra düzenlenmiş ise de, bu hükmün hem süreli hem de süresiz fesih bildiriminin şekline ilişkin bir genel kural olduğu kabul edilmelidir. Çünkü yasa, 25/II kapsamındaki fesihlerde şekil şartının aranmayacağını değil, sadece işçinin savunmasının alınmayacağını öngörmüş bulunmaktadır. Bu itibarla, Yargıtay'ın haklı nedenle fesihlerde 19. maddenin uygulanamayacağı yolunda bir çözüm tarzını benimsemiş olmasının yerinde olmadığı, çoğu kez iş akdinin İş Kanunu m.25/II hükmü uyarınca feshedildiğinin belirtilmesine ve böylece İş Kanunu'nun 19. maddesinin dolanılmasına yol açtığı belirtilmektedir³⁶.

2.2.3.1 İş Sözleşmesini Fesheden Tarafın Belirlenmesi

İş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından feshedilmesine bağlanan hukuki sonuçlar birbirinden farklı olduğu için, sözleşmeyi hangi tarafın feshettiğinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

Özellikle iş sözleşmesini fesheden tarafın açık olarak belli olmadığı, tartışmalı olduğu durumlarda yargı kararları önem arz etmektedir. Yargıtay bir kararında, sağır ve dilsiz olup %55 işgücü kaybı olan işçinin imzaladığı istifa dilekçesinin "Davacının mevcut durumu nedeniyle Medeni Hakları kullanma ehliyeti gözetildiğinde anılan dilekçenin içeriğini bildiği kanıtlanmış değildir. 05.05.2005 günlü bu istifaya bu nedenle geçerlilik tanınma olanağı yoktur. Böyle olunca iş sözleşmesinin 4857 Sayılı Yasanın 22. maddesi gereğince işverence fesih edildiği kabul edilerek kıdem ihbar tazminatı isteklerinin kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır³⁷." şeklinde karar vermiştir.

³⁵ Süzek, a.g.k., s. 501.

³⁶ Soyer, M.P., "İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme", TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, 02.02.2008, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1675&id=86

³⁷ Yargıtay 9. H.D. 18.07.2008, E. 2007/23508, K. 2008/20604, 13.07.2009, www.legalbank.net

2.2.3.2 İşverenin Haklı Nedenleri

Haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılabilmesi için haklı nedenin varlığı gerekir. Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, yasada belirtilen durumların ortaya çıktığı hallerde iş sözleşmesini, sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir. Haklı fesih nedenleri işveren ve işçi işin ayrı ayrı düzenlenmekle birlikte, hem işveren hem de işçi açısından ortak olarak, sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı sebepler olmak üzere üç grupta toplanmıştır. İşveren için ayrıca işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması ayrı grup olarak düzenlenmiştir.

2.2.3.2.1 Sağlık Nedenleri

“İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi (İş K. 25/I-a)” durumunda işverenin sağlık nedenleriyle fesih hakkı doğar.

İşçinin kastından bahsedebilmek için işçinin bilerek ve isteyerek hastalanmasını ya da sakatlanmasını sağlaması gerekir. İşçinin derli toplu olmayan yaşantısı, örneğin, gece hayatına düşkünlüğü ve bunun sonucunda hastalanmasıdır. Ayrıca, işçinin içkiye düşkünlüğü, işçinin alkollü içki kullanmasının alışkanlık haline gelmesidir. Eğer alışkanlık haline gelmemişse, alkol kullanımı bu hükmün dışında kalacaktır³⁸.

Sadece işçinin hastalanması veya sakatlığa uğraması yeterli olmayıp, hastalık ya da sakatlık nedeniyle işe devamsızlığının da ardı ardına üç işgünü veya bir ayda beş işgününü bulması gerekmektedir. Bir ay deyimi ise, işçinin sayılan nedenlerle işe gelmediği ilk günden itibaren aynı güne rastlayan bir ay sonraki gün arasındaki süredir³⁹.

“İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda(İş K. 25/I-b)” da işverenin sağlık nedenleriyle derhal fesih hakkı doğar.

³⁸ Süzek, a.g.k., s. 503.

³⁹ Süzek, a.g.k., s. 504.

Bunun yanında İş K. 25/I md. son fıkrasına göre; (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimatsız fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez. İşçinin bu bent kapsamında işe gidemediği dönemlerde iş sözleşmesi askıdadır.

2.2.3.2.2 Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri

İş K. 25/II md.'de dokuz fıkra halinde düzenlenmiştir.

2.2.3.2.2.1 İşçinin İşvereni Sözleşmenin Esaslı Noktalarında Yanıltması

İş K. 25/II a fıkrasında, “İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması.” derhal fesih nedeni olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesi kurulurken, işçinin işvereni, sözleşmenin esaslı noktaları konusunda kendisinde bulunmayan bazı nitelikleri varmış gibi göstermesi ve işvereni yanıltması hallerinde, özellikle bu niteliklere sahip olmayan işçiyi işveren işe almayacaksa, iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilir. İşçinin bilgisi dışında üçüncü kişilerin işvereni yanıltması sonucu işe alınan işçinin iş sözleşmesi, bu hüküm doğrultusunda feshedilemez⁴⁰.

2.2.3.2.2.2 İşçinin, İşveren veya İşverenin Aile Üyeleri Hakkında Şeref ve Namusa Dokunacak Söz ve Davranışlarda Bulunması

İş K. 25/II b fıkrasında, “İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması” derhal fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.

⁴⁰ Şakar, M., İş Hukuku Uygulaması, İstanbul, 2006, s. 219.

Hükümde yer almamakla birlikte işveren vekiline karşı da işçi, bu tür davranışlarda bulunursa sözleşmesinin feshedilmesi gerekir. Ayrıca, işverenin bu madde kapsamına giren söz ve davranışlarının asılsız olması gerekir⁴¹.

2.2.3.2.2.3 İşçinin İşyerindeki İşçiye Cinsel Tacizde Bulunması

İş K. 25/II c fıkrası uyarınca derhal fesih hakkının doğması için, “İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması” gerekir.

Cinsel taciz işyeri dışında da yapılmış olsa, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir⁴².

2.2.3.2.2.4 İşçinin Sataşması ve İşyerindeki İçki ve Uyuşturucu Yasağına Aykırı Hareket Etmesi

İş K. 25/II d fıkrası uyarınca, “İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması veya 84 üncü maddeye aykırı hareket etmesi.” işverenin haklı fesih nedeni sayılmıştır. İş K. 84. md. işyerinde uyuşturucu ve alkol kullanma ve işyerine alkol ve uyuşturucu kullanmış vaziyete gelme yasağını ve bu yasağın istisnalarını düzenlemektedir. Fesih için, içki kullanmanın alışkanlık haline gelmesi gerekmez⁴³.

Yargıtay bir kararında, “Davacı hakkında, vardiya çıkışı görevi gereği evine bırakması gereken kadın işçiye “araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler söylemesi” nedeni ile soruşturma açılıp, savunmasının alındığı ve Disiplin Kurulu kararı ile iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve kadın işçi hem yazılı hem de Disiplin Kurulu huzurunda sözlü beyanlarda bulunmuşlardır. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi söylenen sözlerin adap ve muaşeret kuralları ile bağdaştırılması mümkün değildir. Somut olayda araç içinde tanık bulunmaması sonuca etkili değildir. Zaten topluluk içinde bu tür sözlerin söylenmesi olağan değildir. Kaldı ki davacı da araç içinde kendisinden yaşça hayli küçük olan kadın işçi ile ailesi hakkında konuştuğunu kabul etmektedir. Davacı görevi kapsamında iş çıkışı servisle evine bıraktığı bir kadın işçiye sözle sataşmıştır.

⁴¹ Süzek, a.g.k., s. 507.

⁴² Süzek, a.g.k., s. 507.

⁴³ Şakar, a.g.k.s. 220.

Bu somut olgulara göre davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır⁴⁴.”

2.2.3.2.2.5 İşçinin, Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlarda Bulunması

“İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” İş K.25/ II md. e fıkrası hükmüdür ve derhal fesih nedenidir.

Buna kısaca işçinin sadakat borcuna aykırı davranışları diyebiliriz. Bunun içine, işverenle rekabet etmeme, onun iş ve meslek sırlarını açığa vurmama, hırsızlık veya zarar verici başka bir eylemde bulunmama, gördüğü olumsuzluğu haber verme, hatta önlem alma gibi haller girer⁴⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, işyerinde hırsızlık yaptığı gerekçesiyle sözleşmesi feshedilen işçi ile ilgili olarak “...işyerinin yemekhanesindeki yemek artıklarının önceki genel müdür ve personel müdürlerinden başlayarak verilen izin ve icazetlerle ihtiyacı olan işçiler tarafından uzun bir zamandan beri eve götürüldüğü, bu durumda davacının eyleminin güveni kötüye kullanma yada hırsızlık olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, dosya kapsamına göre davacı işçiye bu yemek artıklarını evine götürmemesi gerektiği yönünde bir uyarıda bulunulmadığı, daha önceden bu konuda bir disiplin işlemi yapılmadığı, aynı konumda bulunan bir başka çalışan yönünden yapılan feshin haksız olduğunun mahkeme kararı ile saptanmış bulunduğu hususlarının anlaşılması olmasına göre; mahkemenin davacı işçi lehine ihbar ve kıdem tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönündeki direnmesinin doğru olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁶.” kararını vermiştir.

2.2.3.2.2.6 İşçinin, İşyerinde Suç İşlemesi

İş K.25/ II md. f fıkrası “İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi.”ni haklı fesih nedeni olarak düzenlemiştir.

⁴⁴ Yargıtay 9. HD. 18.10.2004, E. 2004/6529, K. 2004/23507, 18.07.2009, www.legalbank.net

⁴⁵ Akyiğit, agk., s. 140

⁴⁶ YHGK. 15.10.2008, E. 2008/9–640, K. 2008/630, 18.07.2009, www.legalbank.net

Suçun işyeri sınırları içinde işlenmesi gerekir. İşyeri dışında işlenen bir suç nedeniyle bu hüküm uygulanamaz. Ancak işyerinde gerçekleşen suçun mesai saatleri içinde ya da dışında işlenmiş olması önemli değildir⁴⁷. Suç için yasada öngörülen cezanın önemi yoktur, önemli olan mahkemenin verdiği cezanın yedi günden fazla hapsi gerektirmesi gerekir. Hükmedilen hapis cezasının ilgili yasa uyarınca paraya çevrilmesi durumunda, asıl ceza para cezası değil de hapis cezası olduğundan, yasada öngörülen koşulun gerçekleşmiş sayılır⁴⁸. İşçiye verilen cezanın ertelenmemiş olması, işverenin derhal fesih hakkını kullanabilmesi için zorunludur⁴⁹.

2.2.3.2.2.7 İşçinin İzinsiz ve Mazeretsiz İşe Devamsızlığı

İş K.25/ II md. g fıkrasına göre “İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi.” haklı fesih nedenidir.

İşçinin devamsızlığının haklı nedene dayanmaması gerekir. Haklı nedenin tespitinde, dürüstlük kurallarına göre hareket edilmeli, devamsızlığa neden olan haklı neden koşullarına göre, objektif ölçüler içinde değerlendirilmelidir. Ayrıca, işverenin gerekli tedbirleri alabilmesi için işçinin, haklı nedenlerini en kısa zamanda işverene bildirmelidir⁵⁰. Haber verme imkânı olmasına rağmen, işçinin durumunu işverene bildirmemesi, sebebin haklılığını ortadan kaldırır⁵¹.

Kanuni bir greve katılanlarla, işyerinde çalışmayı arzu eden ancak işveren tarafından çalıştırılmayan işçilerin iş sözleşmeleri TİSGLK’una göre askıda olduğundan, bu durumdaki işçilerin iş sözleşmeleri yasanın bu hükmüne göre feshedilemez. Yasa dışı greve katılan işçinin iş sözleşmesi ise derhal feshedilebilir.

2.2.3.2.2.8 İşçinin Görevini, Hatırlatıldığı Halde Yapmaması

İş K.25/ II md. h fıkrası “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi.” durumunda iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceğini düzenlemiştir.

⁴⁷ Akyiğit, agk., s. 140.

⁴⁸ Akyiğit, agk., s. 140.

⁴⁹ Süzek, a.g.k., s. 512.

⁵⁰ Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, a.g.k. s. 209.

⁵¹ Şakar, a.g.k.s. 222.

İşveren lehine derhal fesih hakkının doğması için, işçiye görevini yerine getirmesinin hatırlatılması gerekir. Bu uyarıya rağmen işçi görevini yapmamakta ısrar ediyorsa, haklı fesih nedeni olarak kabul edilecektir. Uyarının şekli konusunda yasada bir hüküm bulunmamakla birlikte, yazılı olarak yapılması ispat kolaylığı sağlayacaktır⁵².

2.2.3.2.9 İşçinin, İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi veya İşyerinde Zarara Neden Olması

İş K.25/ II md. i fıkrasına göre “İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması.” haklı fesih nedenidir.

İşçi, özen borcu gereği, iş güvenliğini tehlikeye düşürmekten kaçınmak zorundadır. İşçinin davranışı sonucunda mutlaka bir zararın ortaya çıkması gerekmez. İşçinin kastı veya savsaması sonucunda, iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, bir zararın doğma olasılığının bulunması yeterlidir⁵³.

İşçi, özen borcunu ihlal ederek, işverenin malına otuz günlük ücretinden daha fazla zarar verdiği de haklı fesih nedenidir. Otuz günlük ücretin, brüt değil net ücret olarak anlaşılması gerekir⁵⁴.

2.2.3.2.3 Zorlayıcı Sebepler (Mücbir Sebepler)

İş K.25/ III md.’ye göre “İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması.” iş sözleşmesini sona erdiren haklı nedendir. Bu hükme göre, zorlayıcı neden işyerinde değil, işçinin çevresinde meydana gelmekte ve işçi kusuru olmaksızın, iş görme borcunu yerine getirememektedir. Deprem, sel, gibi doğal afetler nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık nedeniyle bölge dışına çıkışın yasaklanması İş K. 25/III md. anlamında zorlayıcı nedendir⁵⁵. Dolayısıyla, işyerinde meydana gelen ve bir haftadan

⁵² Süzek, a.g.k., s. 513

⁵³ Süzek, a.g.k., s. 514.

⁵⁴ Şakar, a.g.k.s. 222.

⁵⁵ Süzek, a.g.k., s. 515.

fazla süreyle işin durmasına neden olan olaylar, işveren için değil işçi için haklı neden olmaktadır.

Zorlayıcı nedenler bir haftadan daha kısa sürdüğünde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilemez. Ancak bir haftadan uzun sürdüğünde haklı fesih nedeni olmaktadır. Bir haftalık süre içinde iş sözleşmesi askıdadır. İş K. 40. md.'ye göre zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışamayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenmektedir. Ancak bu süre geçtikten sonra sözleşme haklı nedenle feshedilebilecektir.

2.2.3.2.4 İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması

İş K. 25/IV md. ye göre “İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması.” Durumunda yine işveren haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Bildirim süresi içinde iş sözleşmesi askıdadır. İşçinin gözaltına alınması ya da tutuklanmasına neden olan olayın işyerinde veya dışında, işçinin kusurlu veya kusursuz olmasının bir önemi yoktur.

Ancak Yargıtay kanımca haklı olarak, kamu kurumuna ait işyerinde çalışmakta iken PKK ve terör olaylarına karışmaktan dolayı hakkında kamu davası açılmış ve sonuçta TCK.'nun 169 maddesi 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun 5. maddesi uyarınca hüküm giymiş olan davacının, işyeri dışında bir suçtan tutuklanıp hüküm giymesi söz konusu olduğu için devamsızlık sonucu işine son verildiğinin kabul edilerek, kıdem tazminatına hükmedilmesinin doğru olmadığı, bu nedenle de devlete karşı işlenmiş bir suç söz konusu olduğundan bu işçinin kamu işyerinde çalıştırılmayacağı kararını vermiştir⁵⁶.

2.2.3.3 İşçinin Haklı Nedenleri

2.2.3.3.1 Sağlık Nedenleri

İş K. 24/I md.'ye göre, “İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.” veya “İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut

⁵⁶ Yargıtay 9. HD. 18.09.2001, E. 2001/10162, K. 2001/14059, 17.07.2009, www.legalbank.net

başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa.” işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal sona erdirebilir.

İşçinin kendisinin hastalığa tutulması, işçiye haklı nedenle fesih hakkını kazandırmaz. İşçinin kendisinin hastalığa yakalanması durumunda, iş sözleşmesi işçi tarafından değil, işveren tarafından İş K. 25/I gereği feshedilebilecektir.

2.2.3.3.2 Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri

2.2.3.3.2.1 İşverenin İşçiyi Sözleşmenin Esaslı Noktalarında Yanıltması

İş K. 24/II md. a fıkrası “İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa.” işçiye sözleşmeyi derhal fesih hakkı tanımaktadır. Eğer işçi, işverenin verdiği yanlış bilgiler olmasaydı, sözleşmeyi yapmayacaksa, işverenin işçiyi yanılttığı söylenebilir.

2.2.3.3.2.2 İşverenin, İşçinin Şeref ve Namusuna Dokunacak Davranışlarda Bulunması

“İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa.” İşçi İş K. 25/II. md. b fıkrasına göre iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

İşveren veya işveren vekili tarafından, işçiye ve ailesine küfredilmesi, hakaret edilmesi, sarkıntılık yapılması ve cinsel tacizde bulunulması gibi sözler ve davranışlardır⁵⁷. Bu fıkran uygulanabilmesi için de söz konusu fiillerin TCK anlamında suç oluşturması gerekmez⁵⁸.

2.2.3.3.2.3 İşverenin Sataşması, Suç İşlemesi, İthamda Bulunması

İşçi İş K. 25/II. md. c fıkrasına göre “İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında

⁵⁷ Çelik, a.g.k., s. 239., Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 185.

⁵⁸ Çelik, a.g.k., s. 239.

şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa.” işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir.

İşçinin veya ailesinin, işveren tarafından, yasaya aykırı davranışlara zorlanması, örneğin, yalancı tanıklık yapmasının, sahte defter tutmasının, vergi kaçırmasının veya fuhuş yapmasının istenmesi işçi açısından haklı neden sayılacaktır. Ayrıca, her türlü maddi veya manevi değerlerinin zarara uğratılacağı yönünde işveren veya vekili tarafından tehditte bulunulması, bu hükmün kapsamına girecektir. Ancak, işverenin hakkını arayacağını, mahkemede hesap soracağını söylemesi ya da ciddiye alınmayacak beyanları tehdit sayılmaz⁵⁹.

2.2.3.3.2.4 İşçinin Diğer Bir İşçinin Cinsel Tacizine Uğraması

İşçi İş K. 25/II. md. d fıkrasına göre “İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa.” işçinin derhal fesih hakkı doğar.

Yasanın gerekçesinde “...işçinin işyerinde başka bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen onun gerekli önlemleri almaması durumunda, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. Buradaki "gerekli önlemler" sözü ile anlatılmak istenen, işverenin, olayın tekrar etmemesi için çaba göstermesi, sözgelimi işçinin çalıştığı yeri değiştirmesi ya da tacizin ağırlığı karşısında tacizci işçinin işine son vermesidir⁶⁰.” İşyerinde cinsel taciz eyleminde, işverenin yükümlülüğü, iş sözleşmesinden kaynaklanan yan yükümlülük olduğundan, alınacak önlemlerin neler olacağı belirlenmesinde işverene belirli bir ölçüde serbesti tanınmıştır⁶¹.

2.2.3.3.2.5 Ücretin Ödenmemesi

İşçi İş K. 25/II. md. e fıkrasına göre “İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse,” işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir.

Ücret kavramının geniş olarak dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay hafta ve genel tatil gündelikleri ödenmeyen işçinin açtığı davada, “Ücret geniş bir kavram

⁵⁹ Süzek, a.g.k., s. 520.

⁶⁰ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

⁶¹ Aktay, Arıcı, Kaplan/Seneyen, a.g.k. s. 202.

olup hafta ve genel tatil ücretlerini de kapsamaktadır. Davacının hafta ve genel tatil ücretlerinin işverence yasaya uygun şekilde hesaplanıp ödenmediği mahkemece kabul edilerek anılan alacaklarla ilgili davacının istekleri kabul edilip hüküm altına alınmıştır. Böyle olunca davacının hizmet aktinin haklı nedenlerle davacı tarafından sona erdirildiğinin kabulü gerekir⁶².” demiştir.

Ücreti ödenmeyen işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkı yanında İş K. 34. md.’de düzenlenmiş bir hakkı daha vardır. Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle çalışmayan işçinin iş sözleşmesi feshedilemez ve yerine yeni işçi alınmaz, bu işler başkalarına da yaptırılamaz.

2.2.3.3.2.6 Eksik İş Verme ve Çalışma Koşullarının Uygulanmaması

İşçi İş K. 25/II. md. f fıkrasına göre “Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa, yahut çalışma şartları uygulanmazsa.” derhal fesih hakkı kullanılabilir.

Taraflar iş sözleşmesiyle ücretin üretilen parça başına ya da iş tutarı üzerinden ödenmesini kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda işçiye yapabileceğinden daha az iş verilmesi, haklı fesih nedeni olmaktadır.

Çalışma şartlarının uygulanmaması da haklı fesih nedenidir. Maddede açık olarak belirtilmemesine rağmen, işveren çalışma koşullarında, tek taraflı ve esaslı bir değişiklik yapamaz. Çünkü çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapılabilmesi, İş K. 22. md. gereği ancak işçinin kabulü ile mümkündür. Ancak, taraflar anlaşarak çalışma şartlarını her zaman değiştirebilirler.

2.2.3.3.3 Zorlayıcı Sebepler (Mücbir Sebepler)

İşçi İş K. 25/II. md ‘ye göre “İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa.” işçi iş sözleşmesini derhal sona erdirebilir.

⁶² Yargıtay 9. H. D. 10.11.2004, E, 2004/10295 K, 2004/25574, Legal İHGSHD 2005/5 s, 275.

Zorlayıcı neden, kaçınılması mümkün olmayan, önceden görülemeyen ve dışarıda gelen bir olaydır. İşyerinde meydana gelen yangın, deprem, sel gibi ya da işyerindeki makinelerin arızalanması gibi. Ancak makinelerin bakıma alınması, onarımı, zorlayıcı neden olarak kabul edilemeyecektir⁶³.

Bir haftalık süre içinde iş sözleşmesi askıdadır. İş K. 40. md.'ye göre zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalıştırılmayan işçiye, bir haftaya kadar bekleme süresi içinde her gün için yarım ücret ödenmektedir. Ancak bu süre geçtikten sonra sözleşme haklı nedenle feshedilebilecektir.

2.2.3.4 İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Fesih Süresi

İş K. 24 ve 25. md. belirtilen haklı fesih nedenlerinin ortaya çıkmış olması sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez. Eğer hakkı olan taraf sözleşmeyi sona erdirmek istiyorsa, bu iradesini karşı tarafa bildirmesi gerekmektedir. Haklı nedenin ortaya çıkması sadece sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı ve olanağını sağlamaktadır. İşçi veya işveren bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir⁶⁴.

Haklı nedenlerin bulunmaması durumunda iş sözleşmesi sona erdirilen işçi, İş K. 25. md. son fıkra hükmüne göre iş güvencesi hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilecektir.

İş K. 26. md. gereği iş sözleşmesini, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller nedeniyle feshetme yetkisi bulunan taraf sözleşmeyi, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan fiili ve faili öğrendikten itibaren altı işgünü içinde feshetmelidir. Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan fiili öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz. Yargıtay altı işgünlük süreyle ilgili olarak, "...salt sözü edilen sürenin geçirilmiş olması, kural olarak, feshi geçersiz hale getirmez. Haklı nedene dayanmayan feshin geçerli nedene dayanması mümkündür. Dairemiz uygulamasına göre geçerli nedenle fesih için feshin makul bir süre içinde yapılmış olması yeterlidir. Bu nedenle 6 iş günlük süre geçtiği gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna

⁶³ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 187.

⁶⁴ Çelik, a.g.k., s. 236.

varılmış olması doğru değildir⁶⁵.” şeklinde karar vererek, makul sürede feshedilen sözleşmenin, iş güvencesinden yararlanan işçiler için, geçerli nedenle feshedilmiş sayılacağına hükmetmiştir.

Fesih sebebinin gerçek olup olmadığının tespiti bir soruşturmayı gerektiriyorsa, soruşturma sonucunun öğrenildiği tarihten itibaren altı işgünü içinde sözleşme feshedilmelidir⁶⁶. Sağlık nedenleriyle ve zorlayıcı nedenlere dayanan fesihte hangi süreye uyulacağı ile ilgili bir düzenleme yoktur. Ancak altı işgünlük süre burada da dikkate alınabilir. Fesih süreleri hak düşürücü sürelerdir. Bu nedenle fesih süresi geçtikten sonra yapılan fesih haksız feshe dönüşecektir⁶⁷.

2.2.3.5 Haklı Nedenle Feshin Hukuki Sonuçları

İşçi veya işveren tarafından iş sözleşmesi iş K. 24 ve 25. maddeler gereği haklı nedenle feshedildiğinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur. (İş K. 32/5)

Haklı nedenle iş sözleşmesini fesheden taraf, karşı taraftan ihbar tazminatı talep edemez. Çünkü ihbar tazminatını, İş K. 17 md. gereği bildirim sürelerine uyulmaksızın, kendisine karşı iş sözleşmesi feshedilen taraf isteyebilmektedir.

İş sözleşmesini ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller nedeniyle fesheden taraf, İş K. 26/2 md. gereği varsa zararını, genel hükümler çerçevesinde karşı taraftan talep edebilecektir.

Ayrıca iş sözleşmesinin İş K. 24. md.’ye göre veya 25. md.’ye göre feshinde, (25/II md. gereği ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller nedeniyle fesih hariç) işyerinde bir yıldan fazla çalışan işçinin kıdem tazminatı hakkı vardır.

3. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI ve ÖNEMİ

3.1. İş Güvencesi Kavramı

İş güvencesi, yasada tanımlanmamıştır. Ancak öğretide değişik iş güvencesi tanımları yapılmaktadır. İş güvencesi, makûl ve geçerli (İş K. m. 18) bir sebep

⁶⁵ Yargıtay 9. H.D. 22.01.2007, E, 2006/28054 K, 2007/366, Legal İHGSHD 2007/15 s, 1068.

⁶⁶ Aktay, Arıcı, Kaplan/Seneyen, a.g.k. s. 212.

⁶⁷ Akyiğit, agk., s. 143.

olmadan işçinin sözleşmesine son verilememesidir⁶⁸. Bir başka ifadeyle iş güvencesi, işçinin işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı korunması ve iş ilişkisine süreklilik kazandırılmasıdır⁶⁹. Geniş anlamda iş güvencesi, bir kimsenin, işe girme sırasında sahip olduğu garantiyi, işe girdikten sonra çalışma şartlarının işveren tarafından keyfi olarak değiştirilmesinin önlenmesini ve iş sözleşmesinin işverence keyfi olarak feshedilmesine karşı güvenceyi anlatmaktadır. Dar anlamıyla iş güvencesi ise iş sözleşmesinin, işverenin, keyfi tutumuyla feshedilmesine karşı korunmasıdır. Bu yüzden feshe karşı korunma olarak da adlandırılmaktadır⁷⁰.

Kavram itibariyle iş güvencesi ile amaçlanan, işçinin işinin güvence altına alınmasıdır. Bu sistemde işçi, hukuken uygun görülmeyen, geçerli bir nedene dayanmayan, keyfi denilen fesihlere karşı belli bir ölçüde korunmaktadır. İş güvencesine, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne olursa olsun sürdürülmesi de denilemez. İş güvencesi sisteminde de işçi işten çıkarılabilecektir; ancak, bunun için yasada belirtilen nedenlerin varlığı gerekmektedir⁷¹.

İş güvencesinin değişik tanımları yapılabilir. Ancak iş güvencesinin temel unsurunun, işçi çıkarmada işverenin keyfi davranışlarının engellenmesi olduğu söylenebilir.

1475 sayılı İş Kanunu'nda, bu yasada değişiklik yapan 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişikliklerden önce bu anlamda iş güvencesinden bahsetmek mümkün olamamıştır. İşveren yasada belirtilen ihbar şartına uymak ve kıdem tazminatını ödemek suretiyle, herhangi bir neden göstermek zorunda kalmadan, iş sözleşmesini feshetme olanağına sahipken, feshin kötü niyetli olarak yapıldığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispat etmek zorunda bırakılmıştır⁷². Bu nedenle çalışma hayatına ilişkin değişik yasalarda yer alan çeşitli hükümler iş güvencesini sağlamaya yeterli olamamıştır.

⁶⁸ Şakar, a.g.k.s. 224.

⁶⁹ Ekonomi, M. "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler", 09.12.2007, <http://dergi.ceis.org.tr/dergiDocs/isGuvencesi.pdf>

⁷⁰ Akyiğit, agk., s. 152.

⁷¹ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 160.

⁷² Çelik, İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 15. Bası, ss. 175–179; Süzek, a.g.k., s. 430

İşçinin sürekli işini kaybetme, kendisinin ve ailesinin geçimini sağladığı ücret gelirinden yoksun kalma endişesinden uzak, geleceğe güvenle bakabilmesi iş hukukunun en önemli amaçlarından biridir⁷³.

3.2. İş Güvencesinin Önemi

İşçinin korunması İş Hukuku'nun temel ilkesidir. Ancak iş güvencesiyle ilgili düzenlemeler yapılmadan önce, yasaların, yeterli korumayı sağlamadığı kabul edilmektedir. İş güvencesinin en önemli amaçlarından biri keyfi işten çıkarmaların önlenmesidir. Bu amaca ulaşılabilmesi için ise işverenin işten çıkardığı işçiler hakkında yasada yer alan geçerli nedenlerin olup olmadığının yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemlerde, işçi işini kaybedeceği kaygısıyla, kendisini, yıllarca izin kullanmadan, haftalık çalışma sürelerini aşacak şekilde çalışmak zorunda hissedebilmiştir. İş güvencesinden yoksun işçinin, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti gibi parasal haklarını, sigortalılık gibi sosyal güvenlik haklarını, ancak iş ilişkisi sona erdikten sonra, dava yoluyla talep etmesi, bu konuda bir sorun olduğunun göstergesidir. İş mahkemelerindeki bu yöndeki davaların yoğunluğu bunun kanıtıdır. İş güvencesi her şeyden önce işçinin hakkını, kanunların kendisine sağladığı menfaatleri koruyabilmesi için hakkını arama olanağı sağlar⁷⁴.

İş güvenliği, işçinin korunması ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi yanında, işveren açısından da son derece önemlidir. Ekonomideki kayıt dışılık, ülkemizin kabul edilen bir gerçeğidir.⁷⁵ Ancak kayıt dışı çalışanların, meydana gelmesine neden olduğu sorunlar, işlerini düzgün ve hukuk kurallarına uygun olarak yerine getirenler için önemli bir haksız rekabet ortamının oluşmasına yol açmaktadır. Bu bakımdan da iş güvencesi, kayıt dışı ekonominin, dolayısıyla işverenler arasındaki haksız rekabetin önlenmesine yardımcı olacaktır.⁷⁶

İş güvencesinin ayrıca, işyerinde çalışma veriminin artmasına; kolektif hak ve özgürlüklerin, sendikalaşma, toplu iş sözleşmesi ve grev gibi kurumların gerçek işlevlerini görmesine; sendika içi demokrasinin işlerlik kazanmasına olumlu katkıları

⁷³ Süzek, a.g.k., s. 430

⁷⁴ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 161

⁷⁵ http://www.csgb.gov.tr/article.php?article_id=109 (03.02.2008); Vatan, "Prim İndiriminde Amaç 11,6 Milyonu Bulan Kayıt Dışı Çalışan Sayısını Azaltmak", 17.10.2007.

⁷⁶ Taşkent, S., Eyrenci, Ulucan, agk., s. 162.

olacaktır⁷⁷. Fakat örgütlü işveren kesimi, iş güvencesini, kayıtlı işyerleri bakımından, kayıt dışındaki işyerleri karşısında rekabeti azaltıcı ve hatta yok edici bir faktör olarak gördüklerinden yasal iş güvencesi hazırlık çalışmalarına karşı çıkmışlardır. Yine, aynı düşünceyle örgütlü işveren kesimi; sürekli yasal iş güvencesinin, kayıt dışı ekonomiyi büyütme yarayacağı tezini savunmuştur⁷⁸. Emeginin karşılığını teşkil eden ücreti ile geçimini sağlarken işini kaybetmesi sonucunda çok güç durumlara düşecek ve iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin, ayrıca iş güvencesine ihtiyacı bulunmaktadır.

4. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN YASALAŞMA SÜRECİ

İş güvencesiyle ilgili olarak 1978 ve 1982 yıllarında bakanlıkça yapılan çalışmalardan sonuç alınamamış, 1992 yılında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarı kamuoyunda tartışıldıktan sonra Bakanlar Kurulu tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) sunulmuş ancak bu kez de süresi içinde yasalaşamayınca kadük olmuştur⁷⁹.

İş güvencesi hükümlerinin yasal bir düzenleme olarak hukuk sistemimize girmesinde 1982 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Konferansı tarafından kabul edilen 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme'nin⁸⁰ büyük önemi vardır. Türk hukuk sisteminde etkisi bulunan Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme'nin imzalanmasına ilişkin 3999 sayılı Kanun TBMM tarafından onaylanmış ve iç hukukta sözleşmeye uygun düzenleme yapılması zorunluluğunu getirmiştir.

Görüldüğü gibi iş güvencesi ile ilgili yasal düzenleme yapma çalışmaları henüz ILO tarafından 158 sayılı Sözleşme kabul edilmeden başlamıştır. Ancak 158 sayılı ILO Sözleşmesinin kabul edilmesinden sonra iş güvencesi hakkındaki yasal düzenlemelerin yapılmasına kadar on sekiz yıllık uzun ve zorlu bir süreç yaşanmıştır.

2001 yılından önce yapılan çalışmalar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanmış ancak yasalaşma olanağı mümkün olamamıştır. 26 Haziran

⁷⁷ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 161–162.

⁷⁸ Centel, T., “Yeni İş Güvencesi Önerileri”, TİSK İşveren Dergisi, Haziran 2000, 15.12.2007, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=115&id=7

⁷⁹ Taşkent, S., İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Belediye-İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara, 2002.

⁸⁰ Sözleşme metni için bkz. R.G. 18.06.1994-21964 sayılı

2001 tarihinde imzalanan üçlü protokol ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, TÜRK-İŞ, DİSK, HAK-İŞ ve TİSK Konfederasyonlarını temsilen, taraflarca önerilen, üniversitelerimizin iş ve çalışma ilişkileri alanında İş Hukuku, Toplu İş Hukuku ve Sendikalar Hukuku alanlarında uzman dokuz öğretim üyesinden⁸¹ oluşan bir “Bilim Kurulu” oluşturulması kararlaştırılmıştır⁸².

Çalışma mevzuatında çağdaş gelişmelere paralel biçimde, isteklere cevap vermek üzere hükümetle sosyal taraflar arasında bir anlaşma imzalanarak, oluşturulacak bir uzman kurulun oybirliğiyle hazırlayacağı tasarının kabul edileceği taahhüt edilmiştir. Mevzuatta ilk değişiklik çalışması hükümetin ve tarafların seçtikleri üçer temsilciden oluşan dokuz üyeli bir Bilim Kurulu tarafından iş güvencesi konusunda gerçekleştirilmiş, çalışmalara devam edilerek imzalanan protokole uygun biçimde İş Kanununun tümü üzerinde bir çalışma yapılmış ve hazırlanan ön tasarı, Bakanlığın ve tarafların görüşüne sunulmuştur. İlk çalışmanın İş Güvencesi ile başlatılması, bu konuda Batı’da ve ülkemizde son yirmi yıldır meydana gelen gelişmeler ve beklentilerle 158 sayılı ILO Sözleşmesinin Türkiye tarafından 1994 yılında onaylanmış bulunmasına karşın hala yasal bir dayanağa kavuşturulmamış olması dolayısıyla özellikle ILO’nun Türk hükümetine yönelttiği eleştiriler gibi nedenlerden ileri geldiği söylenebilecektir. Hatta 2001 yılı ILO Konferansında söz konusu tasarının hazırlanıp hükümete verilmiş olması bile bu Örgüt üzerinde çok olumlu izlenimler yaratmış, Aplikasyon Komitesinde yasal düzenlemenin gecikmeksizin gerçekleştirilmesi temennisinde bulunulmuştur⁸³.

Bilim kurulu tarafından hazırlanan taslak⁸⁴ TBMM tarafından erken seçim kararı alınmasına rağmen, 09.08.2002 tarihli ve 4773 sayılı “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin

⁸¹ Topak, O., “Yeni İş Kanunu: Kimin Kanunu?”, 02.02.2008, http://www.basin-is.org/arastirma/kimin_kanunu.htm#_ftn, Bilim Kurulu üyeleri Bakanlık Adına Prof. Dr. Metin KUTAL, Prof. Dr. Toker DERELİ, Prof. Dr. Savaş TAŞKENT; Türk-İş Adına Prof. Dr. Sarper SÜZEK; DİSK Adına Prof. Dr. Devrim ULUCAN; Hak-İş Adına Öner EYRENCİ; TİSK Adına Prof. Dr. Münir EKONOMİ, Prof. Dr. Teoman AKÜNAL, Prof. Dr. Algun ÇİFTER’dir.

⁸² “Protokol”, TİSK İşveren Dergisi, Ağustos 2002-09.03.2008, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=557&id=34; <http://ab.calisma.gov.tr/dnn/sdtreeTR/files/YASALARIN%20HAZIRLANMASINDA%20SOSYAL%20TAR%20ROL.doc> (08.03.2008)

⁸³ Dereli, T., “İş Güvencesi Yasası”, TİSK İşveren Dergisi, Eylül, 2002, 08.03.2008, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=581

⁸⁴ Süzek, a.g.k., s. 432; Çelik, a.g.k. s. 204

Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”⁸⁵ kabul edilmiş ve 4773 sayılı Kanunun yürürlük tarihi md. 13 gereği 15 Mart 2003 olarak belirlenmiştir. Yasal düzenleme yapıldıktan sonra, yasanın yürürlüğe girmesinin yedi ay geciktirilmesi üzerine özellikle işçi kesiminden eleştiriler yapılmıştır⁸⁶. Ayrıca iş güvencesi hükümlerinin diğer hükümlerden soyutlanarak sadece bir bölüm olarak ele alınması, İş Kanunu’nun bütün maddelerinin özellikle kıdem tazminatı konusunun gözden geçirilerek genel iş güvencesisiyle ilgili konuların da birlikte ele alınması konusunda eleştirilmiştir⁸⁷.

İş güvencesinin tartışıldığı dönemde yapılan eleştirilerin bir yönü de yeni çalışma ilişkileriyle ilgiliydi. “Türkiye’nin çalışma yaşamındaki sıkıntısı, sahip olduğu çalışma mevzuatının gerekli esneklikten uzak oluşundadır. Eğer işletmelerimizdeki değişimin gerisinde kalmak istemiyor ve uluslararası pazarlarda rekabet gücümüzü düşürmek istemiyorsak, Türkiye’ye kazandırılacak yeni vizyon içinde esnekliğe gereken önemi vermeliyiz. Böyle bir anlayış içinde ise, katı iş güvencesi düzenlemelerinin yeri yoktur. Nitekim katı iş güvencesi düzenlemeleri, sanıldığından ve bazı çevrelerce ileri sürüldüğünün aksine, işsizliği önlemez; tam tersine, işsizliğin artmasına yol açar. Basiretli yöneticilerin bu gerçeği anlamalarının zamanı ise, neredeyse geçmek üzeredir⁸⁸.”

Kadük olan tasarılar ve 4773 sayılı Kanunun kabul edildiği süreçte işveren kesimi ise;

- İşletmelerin rekabet gücünü yok edecek,
- İşsizliği artıracak,
- Ekstra tazminatlar getirmekte,
- "Sosyal koruma", işletmelerin kaldıramayacakları ölçüde şişmiştir,
- Rekabet gücünü zayıflatacak,

⁸⁵ Kanun metni için bkz. R.G. 15.08.2002 -22847

⁸⁶ Şakar, a.g.k. s. 225

Ekonomi, M. “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler”, 09.12.2007, <http://dergi.ceis.org.tr/dergiDocs/isGuvencesi.pdf>

⁸⁸ Centel, T., “İş Güvencesi ve Dünya Uygulamaları Çerçevesinde Türk Çalışma Yaşamında Esneklik Gereksinimi”, TİSK İşveren Dergisi Mart 2002, 10.11.2006. www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=477&id=29

- İşçi ve işverenler arasındaki karşılıklı güven ve işbirliği ortamını zedeleyecek,
 - Her iş akdi feshi, mahkemelere intikal edecek, işyerleri ve mahkemelerin yükünü arttıracak,
 - Girişimcilik, yeni iş alanları ve istihdam yaratma azmi baltalanacak,
 - Yabancı sermaye girişi azalacak,
 - Yerli girişimci ve firmalar yatırımlarını hızla yurtdışına kaydıracak,
 - Maliyet yükselişi nedeniyle ihracat azalıp, ithalat artacak; enflasyonla mücadele zorlaşacak,
 - Sadece büyük sanayi işletmeleri değil, hatta daha çok KOBİ'ler, esnaf, sanatkâr ve ziraatçılar da büyük darbe yiyecek, kayıt dışı ekonomi güçlenecek,
 - Özel sektör hantallaşacak, verimlilik azalacak, kalkınma yavaşlayacak,
 - İşgücü maliyetini artıracak nitelikte mükerrer tazminatlar ve yükler getirilmesi nedeniyle Türk ekonomisinin uluslararası rekabet gücü zayıflayacak,
 - Türkiye'nin kalkınmasına engel olacak,
 - Ekonominin dinamizmi yok edilecek,
 - İşçilik maliyetleri dünyada rekabet edemeyeceğimiz düzeylere çıkacak,
 - Hür teşebbüsün yatırım gücü zarar görecektir,
- Gerekçeleriyle iş güvencesine karşı çıkmışlardır⁸⁹.
- İşverenler, belirtilen gerekçelerle iş güvencesine karşı çıkarken;
- İşçilerin bugününü ve yarınını güvence altına alacak,
 - Yeni iş imkânları yaratarak işsizliğe çare olacak,

⁸⁹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Hazırlanan "İş Güvencesi Yasa Taslağı"na Niçin Karşıyız?, TİSK İşveren Dergisi, Kasım 2000, 09.03.2008; http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=188 ; TİSK Yönetim Kurulu Duyurusu: 11 Kasım 2000, TİSK İşveren Dergisi, Kasım 2000, 09.03.2008 http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=190; Türk Özel Sektörünün Liderleri 6 Ekim 2000 Tarihinde Sabancı Center'da Buluştu" TİSK İşveren Dergisi, Ekim 2000-09.03.2008, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=168&id=11

- Esnek çalışma düzeni ile Türk ekonomisine rekabet gücü kazandıracak,
 - Girişimciliği, yerli ve yabancı yatırımları teşvik edecek,
 - İşçilerin kazanılmış kıdem ve ihbar tazminatı haklarını koruyacak,
- Çağdaş bir iş kanunu istediklerini belirtmişlerdir⁹⁰.

İş güvencesi hükümlerinin 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe girmesinin ertelenmesi için 15.03.2003 tarihinde "... Kanunun getirdiği iş güvencesinin bazı kesimlerce tam olarak anlaşılmasının işçilerin mağdur olmasına yol açabileceği düşünüldüğünden Kanunun yürürlük tarihi ileri bir tarihe ertelenmiştir⁹¹." gerekçesiyle kanun teklifi verilmiştir. Bundan sadece bir hafta önce (07.03.2003 tarihinde) İş Kanunu Tasarısı TBMM Başkanlığına iletilmişti.⁹² TBMM'de kabul edilen iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesini erteleyen kanun Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir.⁹³

TBMM'ye sunulan İş Kanunu Tasarısı'nda çeşitli gerekçeler belirtilmiştir. Bu gerekçelerden en önemlisi belki de İş Kanunundaki esnekleşme ihtiyacıdır. Esnekleşme ihtiyacı gerekçede şu satırlarla ifade edilmiştir. "...Sanayi devrimi, iletişim⁹⁴ olanaklarının kısıtlı olması nedeniyle etkilerini ancak yüz yıllık bir süreç içinde ortaya çıkarabilmiş iken, bilgisayar teknolojisi çok kısa sürede tüm dünyada etkilerini göstermiştir. Nitekim bu yeni teknoloji nedeniyle yeni çalışma türleri hızla yaygınlaşmış, işin düzenlenmesinde yepyeni model ve uygulamalar ortaya çıkmıştır: Kısmi süreli, çağrı üzerine çalışmalar, ödünç iş ilişkileri, iş paylaşımı modelleri, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin ve alt işveren uygulamalarının yaygınlaşması bu değişimin sadece bazı örnekleridir."⁹⁵

⁹⁰ TİSK Yönetim Kurulu Duyurusu: 11 Kasım 2000, TİSK İşveren Dergisi, Kasım 2000, 09.03.2008 http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=190

⁹¹ İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Yürürlük Tarihinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi, 19.01.2008, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0097.pdf>

⁹² İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

⁹³ İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Yürürlük Tarihinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi, 01.02.2008, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_teklifi_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=23638

⁹⁴ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm> "iletişim" olarak yazılmıştır.

⁹⁵ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

Bir başka gerekçe ise iş yasalarında gerekli düzenlemeleri yaparken çağdaş gelişmeler ve normlardan yararlanma yerine mevcut hükümlerin özellikle kıdem tazminatı hakkı kapsamının geliştirilmesi gösterilmiştir. “...İşsizlik sigortasının işlevini de ülkemizde kıdem tazminatının üstleneceği düşünülmüştür. Hatta kıdem tazminatının ağırlaştırılmasının iş güvencesi alanında bile etkili olacağı ileri sürülmüştür. Bu düşüncelere katılma olanağı yoktur. Zira kıdem tazminatı, iş güvencesi ve işsizlik sigortası nitelikleri bakımından birbirlerinden farklı kurumlardır. Bunların ayrı ayrı, ancak birbirleri ile uyum içinde düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim ülkemizde kıdem tazminatının iş yasaları ile geliştirilmesi sonuçta işsizlik sigortasının en az yarım yüzyıl, iş güvencesinin ise çeyrek yüzyıl, Türk mevzuatına girmesini geciktiren nedenler arasında bulunmaktadır”⁹⁶.

Bu gerekçelerle TBMM’ye sunulan yeni iş kanunu tasarısı 4857 Sayılı İş Kanunu⁹⁷ olarak 22.05.2003 tarihinde kabul edildi, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girdi.

İş güvencesi hükümleri 4857 sayılı İş Kanununda da yerini almıştır. Ancak yasal düzenleme 158 sayılı ILO sözleşmesine tam bir uyumdan bahsetmek mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle 158 sayılı ILO sözleşmesinin gereğinin yerine getirildiği söylenemez⁹⁸. Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler iş güvencesinden yoksun bırakılmışlardır. Üstelik 4857 Sayılı İş Kanunu’nda, iş güvencesiyle ilgili hükümlerde, 4773 sayılı yasayla getirilen hükümlere göre işçiler aleyhine önemli değişiklikler yapılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu ile işçi aleyhine yapılan iki değişikliği şöyle belirtebiliriz.

- a. İş güvencesinden yararlanmak için on olan işçi sayısı otuz olarak değiştirilmiştir. Böylece birçok işçi daha iş güvencesi kapsamından çıkarılmıştır.
- b. Mahkeme tarafından işe iadesine karar verilen ve başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatılmayan işçiye işveren tarafından en az altı ay en çok

⁹⁶ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

⁹⁷ Kanun metni için bkz. R.G.22.05.2003–25134

⁹⁸ Kar, B., “İş Güvencesi Kavramı”, Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 560- 567. (562)

bir yıllık ücreti tutarında tazminat ödeme yükümlülüğü en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat olarak değiştirilmiştir.

5. İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI

Feshin geçerli sebebe dayandırılması başlığı ile düzenlenen İş K. 18. maddesinin birinci fıkrasında “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.” hükmü yer almıştır. Ayrıca İş K. 116. madde ile 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 6. maddesinde yapılan değişiklikle de İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümlerinin kıyas yoluyla gazeteciler için de uygulanması hükmü getirilmiştir.

5.1. İş Kanununa Tabi Olarak Çalışma

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın en önemli şartı 4857 Sayılı İş Kanunu’na tabi olarak çalışmaktır. Ayrıca, İş K. 116. maddesiyle, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda yapılan değişiklikle gazetecilerin⁹⁹ de iş güvencesi hükümlerinden yararlanması sağlanmıştır.

4857 sayılı İş K. md. 4 hükmünde ise İş Kanununun uygulanmayacağı, dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağı işler sayılmak suretiyle belirlenmiştir. Başka bir ifadeyle çalışanların bir kısmı iş kanununa tabi olmadığı için iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmışlardır. 158 Sayılı ILO Sözleşmesi’nin¹⁰⁰ 2/1 maddesi “Bu sözleşme tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanır.” demek suretiyle işçi statüsünde olan çalışanların, çalıştıkları alan ne olursa olsun sözleşmenin getirdiği koruyucu hükümlerden yararlanacağını kabul etmiştir. Ancak iş güvencesine yönelik düzenlemelerin İş Kanunu paralelinde Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler

⁹⁹ Gazeteci 5953 sayılı Kanun m. 1’de “Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁰⁰ 158 sayılı Sözleşme, Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme, Uluslararası Çalışma Örgütü Ankara 158, 02.02.2008, <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/sozlesme/soz158.htm>

hakkında da yapılmasının, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin gereği olduğu düşüncesine uygun bir düzenleme henüz yapılamamıştır¹⁰¹. İş güvencesi sisteminin 4857 sayılı İş Kanunu (ve Basın İş Kanunu) çerçevesinde ele alınarak düzenlenmiş olması, bu yasaların kapsamında olmayan işçilerin iş güvencesinden yararlanamamalarına yol açtığından, böyle bir çözüm tarzını isabetli görülmemektedir¹⁰².

158 sayılı ILO Sözleşmesi m. 2/2 hükmünde;

- a. Belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin,
- b. Süresi önceden ve makûl olarak belirlenmiş deneme süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerden deneme süresi içinde bulunanların,
- c. Süreksiz hizmet ilişkisi içinde çalışan işçilerin,

Yine 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2/4 maddesinde; “Kendilerine en az bu sözleşmedekilere eşit güvenceler sağlayan özel bir istihdam rejiminin kurallarına tabi olarak çalışanların, gerektiğinde bu sözleşmenin tamamının veya bazı hükümlerinin kapsamı dışında bırakılması bir ülkedeki yetkili makamca veya uygun bir mekanizma aracılığıyla varsa işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra kararlaştırılabilir.” ifadesi yer almaktadır.

Aynı sözleşmenin 2/5 maddesinde ise; “İşçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda hizmet sözleşmesiyle istihdam olunanlardan sınırlı bir kategori, gerektiği takdirde, bir ülkedeki yetkili makam veya uygun bir kuruluşça, varsa, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra bu Sözleşme hükümlerinin tamamı veya bazı hükümlerinin kapsamı dışında bırakılabilir.” hükümleri ile bazı işçilerin uygulama alanı dışında bırakılabileceği kabul edilerek, sözleşmeyi kabul eden ülkelere, ülke şartlarına göre düzenleme yapma olanağı tanınmıştır.

158 Sayılı ILO Sözleşmesi uygulama kapsamı dışında bırakılacak işçileri belirleme serbestisi tanırken, aynı zamanda sözleşmenin 2/6 maddesindeki

¹⁰¹ Çelik, agk. s. 204

¹⁰² Soyer, M.P., “İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme”, TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1675&id=86 (02.02.2008)

“...Sözleşmenin uygulanması üzerinde vereceği ilk raporunda, bu maddenin 4 üncü ve 5 inci bentleri çerçevesinde kapsam dışı bırakılan işçi kategorilerini gerekçe göstererek belirtir ve sonraki raporlarında bunları kapsam dışı bırakan mevzuat hükümleri ve uygulama hakkında, bu Sözleşmenin bu işçi kategorilerini de kapsamı için ne ölçüde etkili olduğunu veya etkili olmada ne gibi önerilerde bulunulduğunu belirterek, bilgi verir.” hükmüyle ILO bir anlamda sözleşme kapsamı dışında bırakılan işçilerin durumlarının sürekli olarak kontrolleri altında olmasını istemektedir.

5.2. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışma

İş güvencesinden yararlanmanın bir başka şartı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmaktır. Kanunun açık hükmü gereği belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanların iş güvencesi hükümlerinden faydalanması mümkün değildir.

İşverenler zaman zaman, kıdem tazminatı yükünden kurtulmak, işçiye fesih bildirim süresi veya bu süreye ait ücreti ödememek için belirli süreli iş sözleşmesi yapmakta veya bunları yenilemektedir¹⁰³.

4857 sayılı İş K. 11/2. f. belirsiz süreli ve belirli süreli iş sözleşmelerinin tanımını yapmıştır. “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.”

Aynı fıkrada belirli süreli iş sözleşmesinin koşullarını da belirtilmiştir. “Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.”

Bu düzenlemeyle işçileri korumak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapma serbestisi sınırlandırılmış, bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi objektif koşulların

¹⁰³ Çelik, N., İş Hukuku Dersleri Genişletilmiş 15. Bası, s. 154

varlığına bağlanmıştır. Objektif nedenlerin yokluğunda bir kez bile olsa belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulması engellenmiştir¹⁰⁴.

4857 sayılı İş K. 11/2. f. belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif nedenin varlığını aramaktadır. Bu objektif nedenler işin belirli süreli olması, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması olabilir. İşin belirli süreli olması, niteliği gereği işin ne zaman sona ereceğinin bilinmesi veya bilinebilir olmasıdır. Başlanmış veya yarım kalmış bir işin tamamlanması yanında, kısa süreli fuar veya festival tamamlanıncaya kadar çalışma olabilir. Belirli bir olgunun ortaya çıkması ise kural olarak işletmenin faaliyet konusunu oluşturan sürekli işlerden olmamak şartıyla yeniden yapılanma veya ıslah çalışmaları ile ilgili ortaya çıkan olgular nedeniyle, bu olgunun gerektirdiği süre kadar belirli süreli iş sözleşmesinin konusu olabilmektedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri sürenin sonunda kendiliğinden sona ermektedir. Dolayısıyla işverene, sözleşmeyi yenileme zorunluluğu yüklemeyen, iş güvencesi ile ilgili yasal zorunluluk ve sorumluluk yüklemeyen, bildirim sürelerine uymak ve kıdem tazminatı ödemediği iş ilişkisini sona erdirmeye olanağı sağlamaktadır. Aynı zamanda işçi açısından da sürenin sonuna kadar, sınırlı da olsa iş güvencesi sağladığı söylenebilir¹⁰⁵.

Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması veya yenilenmesi için esaslı neden var mı, yoksa zincirleme olarak yapıldığı için baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi mi var? Bu konuda ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözüm yeri doğal olarak yargı organlarıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar iş güvencesinden yararlanamamaktadır. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme olarak yapılarak, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşüp dönüşmediği, araştırılması gereken bir husus olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Yargıtay, genel müdür olarak görev yapan kişinin konumu itibarıyla birbirini izleyen belirli süreli sözleşmelerle çalışmasının mümkün olduğunu, sözleşmesinin

¹⁰⁴ Süzek, a.g.k., sS. 199-210

¹⁰⁵ Ulucan, Eyrenci, Taşkent, a.g.k. s. 61

kaç kez yenilenmiş olursa olsun belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁶.

1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde de Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamasına göre sözleşmenin ikinci kez uzatılmasıyla belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğü kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Bir başka kararında Yargıtay, davacının asgari ücretle çalışan yardımcı elaman olması nedeniyle ve 4857 sayılı İş K. m. 11'de yer alan objektif sebepler bulunmadığından dolayı, bu iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kabulüne olanak bulunmadığına karar vermiştir¹⁰⁸.

Yargıtay, iş sözleşmesinin taraflarının kural olarak, sözleşmenin niteliğini ve süresini belirlemekte serbest olduğunu, ancak iş hukukunda asıl olanın işçinin belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ile çalıştırılması olduğunu; somut uyumsuzlukta ise davacının odacı olarak davalı işyerinde çalıştığını, bu mahiyetteki bir işin belirli süreli çalışmayı gerektirecek nitelikte olmadığını; tarafların süreli hizmet sözleşmesi yapmış olmalarının bu sonucu değiştirmeyeceğini kabul etmiştir¹⁰⁹.

Yargıtay başka bir kararında, davacının işyerinde yaptığı işin mahiyetinin devamlılık arz eden işlerden olması karşısında son sözleşmenin belirli süreli sözleşme olarak nitelendirilmesi olanağı olmadığı, sözleşmenin sırf şekline itibar edilerek belirli süreli olduğunun kabul edilemeyeceğine karar vermiştir¹¹⁰.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 32 gereği okutmanların süreli veya sürekli olarak atanabileceği, atanma süresi sonunda görevlerinin kendiliğinden sona ereceği, yeniden atanmalarının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Yani okutmanların sürekli olarak atanabileceği, bir başka anlatımla belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılabileceği de düzenlenmiştir. Vakıf Üniversitesinde görev yapan okutmanın açtığı davada Yargıtay, okutman kadrosunda görev yapanlar için çalışma sürelerindeki kısıtlamanın kaldırıldığı, başlangıçta belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren neden olmakla birlikte, davacı okutman ile daha sonra birbiri

¹⁰⁶ Yargıtay 9. H.D. 11.04.2003, E. 2002/2058, K. 2003/6120, www.kazanci.com

¹⁰⁷ Yargıtay 9. H.D. 14.4.2005, E. 2004/22124, K. 2005/13364, www.kazanci.com

¹⁰⁸ Yargıtay 9. H.D. 24.3.2005, E. 2004/18955 K. 2005/9551, www.kazanci.com

¹⁰⁹ Yargıtay 9. H.D. 8.11.2004, E. 2004/7169 K. 2004/25141, www.kazanci.com

¹¹⁰ Yargıtay 9. H.D. 29.01.2004, E. 2003/12151 K. 2004/1456, www.kazanci.com

ardına ve birden fazla sayıda iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren esaslı bir neden bulunmadığına karar vermiştir. Davalı üniversitenin esaslı bir neden olduğunu kanıtlayamadığını; davacı okutmana, iş sözleşmesinin feshi nedeni ile kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatının da davalı işveren tarafından ödenmesi nedeniyle, davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını davalının da kabul ettiğini; bu nedenle davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığının kabulü gerektiğine karar vermiştir¹¹¹.

Yargıtay başka bir kararında, davalı işyerinde 50 ila 100 arasında işçi çalıştığına göre, işverenin işyeri hekimi istihdamı zorunluluğu devam etmekte olduğundan Mahkemece taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu ve davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesinin yerinde görülmediği kararına varılmıştır¹¹².

Yine işyeri hekimliğiyle ilgili Yargıtay kararında işverenin belli bir süre için aldığı iş kapsamında işçi çalıştırması ve işyeri hekimi çalıştırma yükümünün de ihale yoluyla alınan iş süresince ortaya çıkması gibi durumlarda işyeri hekimi ile işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif nedenlerin bulunduğundan söz edilebilir demektedir.¹¹³

Uluslararası bir kuruluşta uzman olarak görev yapan kişinin açtığı davada Yargıtay, uluslararası kuruluşun tüzüğü ve iç yönetmelik hükümlerinde, en fazla bir yıllık ve yenilenebilir sözleşmelerle uzman ve yerel personel istihdam edebileceği kuralına yer verildiğinden, davacının bu madde kapsamında istihdam edilmiş ve iş sözleşmesi de bu madde gereğince yenilendiğinden, davalı işverenin uluslararası kuruluş olması, tüzük ve iç yönetmeliğine göre uzman personel istihdam etmesi ve bu kapsamdaki personel ile en fazla birer yıllık sözleşme imzalanması ve aynı şartlarla bunun yenilenmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/3. maddesi anlamında esaslı neden olarak kabul edilmiştir¹¹⁴. Bir başka anlatımla, davacının iş sözleşmesinin birden fazla yenilenmesi, işverenin konumuna, iç mevzuatına ve davacının uzman olarak çalıştırılması esaslı nedenlerine dayanmaktadır.

¹¹¹ Yargıtay 9. H.D. 11.06.2007, E. 2007/7996 K. 2007/18353, www.kazanci.com

¹¹² Yargıtay 9. H.D. 22.1.2007, E. 2006/27685 K. 2007/120, www.kazanci.com

¹¹³ Yargıtay 9. H.D. 13.2.2007, E. 2006/32500 K. 2007/3291, www.kazanci.com

¹¹⁴ Yargıtay 9. H.D. 5.2.2007, E. 2006/30127 K. 2007/2013, www.kazanci.com

5.3. Altı Aylık Kıdemın Bulunması

İş K. m. 18 1. f. gereğince en az altı aylık kıdemi olan işçiler, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir. Aynı madde 4. f. ise “İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir.” hükmünü içermektedir. İş akdinde deneme süresi kabul edilmişse, deneme süresinin de altı aylık kıdemın hesabında dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁵.

İş K. m. 66 hükmünde, günlük çalışma sürelerinden sayılan ve altı aylık kıdemın hesaplanmasında dikkate alınacağı belirtilen süreler şunlardır.

- a. Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler,
- b. İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler,
- c. İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler,
- d. İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler,
- e. Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler,
- f. Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.

¹¹⁵ Süzek, a.g.k., s. 440. Akyiğit, agk., s. 231

Kanımca İş K. 66. md. belirtilen sürelerin iş güvencesinden yararlanma şartı olarak altı aylık kıdemın hesaplanmasında dikkate alınacağı İş K. 18. md.'de belirtilmemiş olsaydı bile dikkate alınması gerekirdi. Çünkü bu süreler zaten çalışma süresi içinde sayılıyor ve işçiye ücreti de ödeniyor. Dolayısıyla çalışılmış süre olarak kabul edilen ve ücreti ödenen bir zaman diliminin sırf altı aylık kıdemın hesaplanmasında dikkate alınmayacağını düşünmek doğru olmayacaktır.

İş K. 18/2. m. altı aylık kıdemın hesaplanmasında aynı kanunun 66. maddesindeki sürelerin dikkate alınacağını hüküm altına almasına rağmen İş K. 55. md. düzenlenen yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi kabul edilen sürelerin dikkate alınmasının daha doğru olacağı belirtilmiştir¹¹⁶.

Altı aylık sürenin fesih tarihi esas alınarak mı yoksa fesih bildirim tarihi esas alınarak belirleneceği ile ilgili yasada herhangi bir düzenleme yoktur. Altı aylık kıdemın dolmasından önce her zaman feshin yapılması olanağı bulunduğu, bildirim süresinin sona ermesinin altı aydan sonraya rastlaması durumunda da fesih için geçerli sebep gösterme zorunluluğu olmadığı kanun ifadesinden çıkarılabileceği söylenmektedir¹¹⁷. Yargıtay kararında, "...işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirim yapıldığı tarihte aynı işverene ait işyeri veya işyerlerinde fasıllı da olsa iş ilişkisine dayalı kıdemının en az altı ay olması gerekir." demektedir¹¹⁸.

Altı aylık sürenin başlangıcıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda da Yargıtay, işçinin iş sözleşmesi devam ederken, işveren tarafından sunulan işe giriş bildirgesi gibi belgeleri, işi kaybetme korkusu ile imzalamak zorunda kaldığından belgelere itibar etmemek gerektiğini kabul ederek, işçinin eylemli olarak işe başladığı tarihin göz önünde tutulması gerektiğini, eylemli işe başlama tarihinin de tanık ve her türlü delille kanıtlanabileceğini kabul etmiştir¹¹⁹.

Ayrıca, altı aylık sürenin hesabında, örneğin belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışırken belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmaya başlamak; çalışılan süreler içinde hastalık nedeniyle çalışılmayan günlerin bulunması vs. durumlarda, altı aylık

¹¹⁶ Süzek, a.g.k., s. 440, Akyiğit, agk., s. 236

¹¹⁷ Çelik, N., İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını Yayın No: 2003/3, İstanbul 2003, ss. 21-22.

¹¹⁸ Yargıtay 9. H.D. 10.11.2008, E. 2008/3076, K. 2008/30561, 28.07.2009, www.legalbank.net

¹¹⁹ Yargıtay 9. H.D. 10.11.2008, E. 2008/3076, K. 2008/30561, 28.07.2009, www.legalbank.net

kıdemini hesaplanmasında fiilen çalışılan süre yerine, iş sözleşmesinin devam edip etmediğine bakmak gerektiği belirtilmiştir¹²⁰.

Altı aylık kıdemini aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçmiş olmasının fark etmeyeceği, sürelerin birleştirileceği (İş K. 18/4) düzenlenmiştir. Ancak kanunda altı aylık sürenin kesintisiz olması gerektiği yönünde bir düzenleme olmadığından, aralıklı çalışmaların birleştirilmesi gerektiği sonucuna varılabilir¹²¹. Bu konudaki Yargıtay kararında da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/4 maddesine hükmüne göre davacının iki ayrı dönemde çalışması ve son dönem çalışmasının altı aydan az olması nedeniyle davanın reddedilmesinde, "Davacının davalı işyerinde iki dönem çalışması birleştirildiğinde kıdem altı aydan fazladır. Mahkemece, son dönem çalışmasının altı aydan az olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır." gerekçesiyle, işçinin işe iadesine karar vermiştir¹²².

İş sözleşmesinin askıda olduğu dönemlerde altı aylık kıdemini hangi tarihte gerçekleşmiş sayılacağı hususu önem arz etmektedir. İş sözleşmenin askıda kaldığı sürelerde fesih bildirimini yapılsa da ihbar süresi işlememektedir. Böyle olunca, örneğin fesih bildirimini yapılacağı gün rapor alan ve rapor süresi içinde altı aylık kıdemi dolacak olan işçinin kıdemini hesaplanmasında hangi tarih esas alınacaktır? Bu konuya örnek olabilecek bir kararında Yargıtay; işçinin raporlu olduğu sırada yapılmak istenen fesih bildirimini, işçinin tebellüğ etmekten kaçındığına dair tutulan tutanağın geçerli olduğu, dolayısıyla yazılı fesih iradesinin işçiye ulaştığı kabul edilmiş ve bu tarihte altı aylık kıdemi doldurmayan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına hükmetmiştir¹²³.

İşveren işçinin sırf iş güvencesinden yararlanmasını engellemek amacıyla, altı ayın dolmasından kısa bir süre önce, işçinin iş sözleşmesini feshederse, bunun

¹²⁰ Ulucan, Eyrenci, Taşkent, a.g.k. s. 165.

¹²¹ Çelik, İş Güvencesi, s. 21. Süzek, a.g.k., s. 440. Farklı görüş, Ulucan, İş Güvencesi, s. 29. Akyiğit, agk., s. 233.

¹²² Yargıtay 9. H. D. 10.04.2006, E, 2006/5885 K, 2006/9361, Legal İHGSHD 2006/11 s, 993, Yargıtay 9. H. D. 16.09.2003, E, 2003/15650 K. 2003/14623, Akı, Altıntaş, Bahçivancılar, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul, 2005, ss.40-41.

¹²³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 28.11.2005, E, 2005/ 34667 K, 2005/ 37461, Legal İHGSHD 2006/10 ss, 663-664

Medeni Kanunda düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle geçersizliği ileri sürülebilecektir¹²⁴.

İşçi altı aylık kıdem şartını yerine getirmeden önce, iş güvencesinden yararlanmak için diğer tüm şartları yerine getirmiş olsa bile, işveren tarafından iş sözleşmesi İş K. 17. madde doğrultusunda sözleşme sona erdirilebilecektir. Diğer bir ifadeyle altı aylık kıdem şartını yerine getirmeyen işçinin iş sözleşmesini işveren feshettiğinde, geçerli bir neden göstermek zorunda olmadığı kabul edilmektedir¹²⁵. Doğaldır ki bu durumda iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle işçi, İş Kanunundan kaynaklanan iş güvencesi dışındaki diğer haklarını talep edebilecektir.

5.4. Otuz ve Daha Fazla İşçi Çalışması

İş güvencesinden yararlanabilmenin bir şartı da işyerinde otuz ve daha fazla işçi çalıştırılmasıdır. 4857 sayılı İş K. 18. m. 4. f. “İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.” hükmünü içermektedir. İş Kanununun açık hükmü gereği yirmi dokuz ve daha az sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır.

4773 sayılı Kanunla getirilen düzenlemede iş güvencesi kapsamının belirlenmesinde işçi sayısı on olarak belirlenmişti. Bilim kurulu tarafından hazırlanan tasarıda¹²⁶ ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun TBMM'ye sunulan tasarısında¹²⁷ işçi sayısı yine on iken, TBMM'deki görüşmeler sırasında verilen bir önerge¹²⁸ ile otuza yükseltilmesi kabul edilmiştir¹²⁹.

4773 sayılı yasa, on ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışanları feshe karşı koruma kapsamına almış ve bu ölçü dahi eleştirilmiş iken, 4857 sayılı İş Kanununun, otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerindeki işçileri güvence altına

¹²⁴ Çelik, İş Güvencesi, s. 22.

¹²⁵ Çelik, İş Güvencesi, s. 21, . Süzek, a.g.k., s..440.

¹²⁶ Süzek, a.g.k., s. 437

¹²⁷ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

¹²⁸ Önergeyi verenler AKP Grup Başkanvekili Salih Kapusuz ve AKP Milletvekilleri Alim Tunç, Akif Gülle, Tefik Akbak, İsmail Bilen ve Hasan Kara

¹²⁹ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Cilt 13, Yasama Yılı 1, 75. Birleşim, 19.01.2008, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_b_sd.birlesim_baslangic?P4=9425&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=51

almasının uygun olmadığı belirtilmektedir¹³⁰. İş Kanununda yapılacak bir değişiklikle tekrar on işçi ölçütünün kabul edilmesi uygun olabilecektir¹³¹.

Belirli sayıda işçi çalıştıran işyerlerinin iş güvencesi dışında bırakılmasının, ekonomik gücü az olan işletmelerin iş güvencesinin getirdiği yükü, pahalı ve uzun süreli bir fesih usulünü kaldıramayacağı düşüncesine dayandığı söylenebilir. Ancak otuz işçi ölçütünün getirilmesi ve ülkemizde çok sayıda işyerinin kapsam dışında bırakılmasıyla, küçük işyerlerinin iş güvencesi dışında bırakılmasının haklı gerekçelerinin geçerliliğini yitirdiği söylenebilir¹³².

158 sayılı ILO Sözleşmesi m. 2/5 bazı çalışanların ve işletmelerin iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmasına izin vermektedir. Ancak SSK'nın 2003 yılı istatistiklerine göre Türkiye'de sigortalı çalışanların yüzde elli ikisi, otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışmaktadır¹³³. Çalışanların yaklaşık yarısının, iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmasının, 158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun olmadığı söylenebilir. Çalışanların yarısının iş güvencesi kapsamı dışında tutulmasının Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 49. maddedeki çalışma hakkına aykırı olduğu iddiaları ile karşılaşılmıştır¹³⁴. Bu iddia ile Anayasa Mahkemesinde iptal ve yürürlüğün durdurulması davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından "İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan

¹³⁰ Soyer, M.P., "İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme", TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1675&id=86 (02.02.2008)

¹³¹ Süzek, a.g.k., s. 438.

¹³² Süzek, a.g.k., s. 437.

¹³³ Çelik, a.g.k., s. 206, Şakar, a.g.k.s. 228.

¹³⁴ Çelik, a.g.k., s. 206, Ulucan, İş Güvencesi, s. 34

durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir.” gerekçesiyle reddedilmiştir¹³⁵.

Otuz işçi ölçütünün mutlak emredici bir hüküm olarak görülmemesi durumunda işçi lehine yapılabilecek sözleşmelerle sayının indirilmesi kabul edilebilir. Ancak sayıyı arttırmak işçi zararına olacağından ve iş güvencesinden yararlanmayı zorlaştıracığından geçerli kabul edilemeyecektir¹³⁶.

İş K. 4 md. 1. f. 4. bendine göre “50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde” İş K. hükümleri uygulanmayacaktır. Diğer bir ifadeyle elli bir ve daha fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde, İş K. hükümleri uygulanacaktır. Tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmelerinde çalışan işçilerin sayısı elli bir ve daha fazla olduğunda iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek, aksi durumlarda yararlanamayacaktır.

İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddelerinin Basın İş Kanununa tabi olarak çalışan gazeteciler hakkında, kıyas yoluyla uygulanması, Basın İş Kanununun 6. maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Deniz İş Kanununa ve Borçlar Kanununa tabi olarak çalışanların ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün olamamıştır.

4773 sayılı Kanunda sadece işyerinde çalışanların esas alınarak işçi sayısı belirleneceği hüküm altına alınmışken, İş K. 18/4 maddesi ile bu sakınca giderilerek, “İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.” hükmü getirilmiştir. İş Kanunu Tasarısı yasalaşmadan, yapılacak bir değişiklikle “aynı işkolunda” hükmünün kaldırılmasının isabetli olacağı belirtilmiştir¹³⁷. Ancak, bu değişiklik yapılmadığı gibi tasarıda on olan işçi sayısının otuz olarak değiştirilerek kabul edildiği yukarıda belirtilmişti.

¹³⁵İptal kararı hk. geniş bilgi için, Anayasa Mahkemesi, 19.10.2005 Tarih, E. 2003/66, K. 2005/72, 24.11.2007-26710 Sayılı R. G. 25.08.2009, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124.htm>

¹³⁶ Akyiğit, agk., s. 213.

¹³⁷ Çelik, İş Güvencesi, s. 20.

İşçinin iş güvencesinden yararlanması için otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışıyor olması gerekmektedir. Ancak otuz işçi koşulunun hangi zamana göre belirleneceği önem kazanmaktadır. Böyle bir durumda dava açan işçinin, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte, o işyerinde çalışan işçi sayısının otuz olup olmadığına bakılmalıdır. İşçinin sözleşmesinin feshedildiği tarihte, işyerinde otuz işçi çalışıyorsa, o işçi iş güvencesinden yararlanabilecektir¹³⁸. Ancak işyerinde çalışan işçi sayısının otuzun altına düşürmek amacıyla, işçilerin bir kısmını alt işverenine işçisi gösterirse veya bu amaçla herhangi bir kanuna karşı hile yoluna başvurursa, işçi iş güvencesi kapsamına girebilir¹³⁹.

Yargıtay da konu ile ilgili kararında, fesih tarihinde, dört aylık sigorta bildirelerinden bu işyerlerinde seksen kadar işçi çalıştığının anlaşıldığı, dolayısıyla otuz ve daha fazla işçi çalışma koşulunun fesih tarihi esas alınarak belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁴⁰. Ancak işçi sayısı ölçütünün işyerinin normal işleyebilmesi için gereken işçi sayısının dikkate alınması ve bu niteliğin hizmet akdinin feshi sırasında da var olmasıdır. İşyerinde çalışan işçilerden bir kısmının işten çıkarılarak, sırf yeterli sayıda işçi çalışmadığı iddiasıyla işçilerin güvence hükümlerinin dışında kaldığı ileri sürülemez¹⁴¹.

Yargıtay'ın otuz ve daha fazla işçi çalışma koşulunun fesih tarihi esas alınarak belirlenmesi gerektiği görüşü, "...Sürelî fesihlerde dava açma süresini henüz daha iş ilişkisi sona ermeden başlatıp, işçi sayısının saptanmasında ise fesih tarihini esas almak nasıl uyumlulaştırılacaktır. Dört haftadan fazla bildirim öneli olan işçi henüz daha fesih gerçekleşmeden dava açmak zorunda bırakılmaktadır. Ama henüz fesih gerçekleşmediği için fesih tarihinde o işyerinde en az otuz çalışanın olup olmayacağı bilinmemektedir. Oysa işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için diğer deyişle işe iade davasının dinlenebilmesi için otuz çalışan koşulunun gerçekleştiğinin dava açıldığı zaman bilinebilir olması zorunludur. Çünkü yargıç, işe iade davasında, önce dava şartları olan otuz çalışan ve altı aylık kıdem yönlerinden kendiliğinden araştırma yapmak zorundadır. Eğer bu şartlar yoksa

¹³⁸ Çelik, a.g.k., s. 207. Süzek, a.g.k., s. 439. Ulucan, Eyrenci, Taşkent, a.g.k. s. 165. Akyiğit, agk., s. 215.

¹³⁹ Süzek, a.g.k., s. 439.

¹⁴⁰ Yargıtay 9. H.D., 11.12.2003, E. 2003/19269, K. 2003/20526, Legal İHSGHD, 2004/1 ss.653-655.

¹⁴¹ Ekonomi, M. "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler", 09.12.2007, <http://dergi.ceis.org.tr/dergiDocs/isGuvencesi.pdf>

davanın esasına girilmeyecek, işçinin (işe iade talebine ilişkin) dava hakkı olmadığı gerekçesiyle dava reddedilecektir. Bu durum karşısında süreli fesihlerde dava açma süresini iş ilişkisi devam ederken başlatan görüşün, bu görüşle tutarlı olabilmesi için, işçi sayısı bakımından da bildirim sürelerini başlatan tebligat tarihindeki işçi sayısına bakılması gerektiğini savunması gerekir. Aksi halde ihbar öneli fazla olan işçilerin işe iade davası açma haklarını kullanmaları olanaksız hale gelecektir. Eğer iş ilişkisinin sona erdiği tarihte dava açılırsa bir aylık hak düşürücü süre geçtiği için dava reddedilecek, iş ilişkisi bitmeden dava açılırsa bu kez de dava şartı gerçekleşmediğinden (otuz çalışan olup olmadığı henüz belli olmadığından) dava hakkı doğmadığı gerekçesiyle dava reddedilecektir. Bu noktada yargıcın, açılmış davayı iş ilişkisi fiilen sona erinceye kadar bekletmesi görüşünü savunmak ise yerinde olmaz. Bu savunu hem usul hukuku ilkelerine ters düşer hem de dava açma süresini iş ilişkisi devam ederken başlatan görüşü savunanların temel dayanaklarına ters olur. ...Böyle olunca hem bir yandan işçi, iş ilişkisi devam ederken dava açmak zorunda kalacak, buna karşın otuz işçi sayısı fesih tarihine göre saptanacak ve nihayet yargıç davayı fesih gerçekleşinceye kadar bekletemeyecektir. Peki yargıç bu davayı nasıl görecektir ve sonuçlandıracaktır. Dava şartı gerçekleşmeden işin esasına girilemeyeceğine göre yargıcın böyle bir davayı görmesi olanaklı değildir. Hele bir de toplu iş sözleşmeleri ile artırılmış bildirim önelerinin olduğu durumda yargıç dava şartı gerçekleşmemiş bir davada belki de karar verecektir¹⁴².” gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Bu konuyla ilgili ileri sürülebilecek bir başka itiraz da, süreli fesihlerde hem işçi sayısı bakımından hem de dava açma süresinin başlangıcı bakımından fesih tarihi esas alındığında, dava açmak için feshin gerçekleşmesini bekleyen işçinin bildirim süresi içinde, işveren başka işçilerin iş sözleşmelerini peşin ödeme suretiyle feshederek, işyerinde otuz çalışanın altına düşebileceği ve işçiyi iş güvencesinden yoksun bırakabileceği ihtimalidir¹⁴³.

Yargıtay daha sonraki kararında “...Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre, işyerinde çalışan işçi sayısının tespiti de fesih iradesinin

¹⁴² Uçum, M. “İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar”, Legal İHSGHD, 2004/4, ss. 1301–1318.(1304)

¹⁴³ Uçum, M. “İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar”, Legal İHSGHD, 2004/4, s. 1305’ten Öner Eyrenci-Yayınlanmamış görüşü.

davacıya ulaştığı tarih esas alınarak yapılmaktadır¹⁴⁴.” demektedir. Anlaşıldığı kadarıyla, Yargıtay bir içtihat değişikliğine gitmiştir.

Yargıtay kararına göre, otuz işçi sayısının belirlenmesinde, çalışanların belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışmalarının öneminin olmadığı, fesih bildirim yapıldığı tarihte otuz işçi sayısının tespitini açısından işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli görülmüş, ayrıca fiilen çalışıyor olması aranmamıştır. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, otuz işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacağı, konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir. Aynı kararda ayrıca, fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedildiği için işe iade davası açan ve dava lehine sonuçlanan işçinin işverene işe başlamak için başvurması halinde, adı geçen işçinin de otuz işçi sayısında değerlendirilmesi gerektiği, böyle bir durumda dava henüz sonuçlanmamış ise bekletici mesele yapılarak sonucunun beklenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında “bodro işvereni” olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁵.

İş güvencesi için aranan en az otuz işçi sayısının bulunup bulunmadığının tespiti sırasında işverenin aynı işkolunda faaliyette bulunduğu işletmeler bir bütün olarak dikkate alınacak ve işçi sayısı otuz ve üzerinde ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceklerdir. İşkolu kavramı, iş güvencesi sistemi ayrı bir işkolu kavramına yer vermediğinden Sendikalar Kanununa göre saptanabilecektir¹⁴⁶.

Yargıtay, tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılmasını, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olmasını gerekçe göstererek, işçi ile işverenler arasında bir tek iş

¹⁴⁴ Yargıtay 9. H.D., 28.11.2005, E, 2005/34667 K, 2005/ 37461, Legal İHGSHD 2006/10 ss, 663-664, Yargıtay 9. H.D., 05.05.2008, E, 2007/33332, K, 2008/11420, 23.07.2009, www.legalbank.net

¹⁴⁵ Yargıtay 9. H.D., 05.05.2008, E, 2007/33332, K, 2008/11420, 23.07.2009, www.legalbank.net

¹⁴⁶ Akyiğit, agk., s. 214

ilişkisi olduğunu ve otuz işçi kıstasında, tüm grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁷.

Ancak, aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulmasının mümkün olmadığı, salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin otuz işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmasının doğru olmadığı da başka bir Yargıtay kararı ile kabul edilmiştir¹⁴⁸.

Otuz işçi sayısına Kanunda aksi belirtilmediği için, belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, hastalık, izin vs. nedenlerle iş sözleşmesi askıda olanlar dahil edilecektir. Buna karşılık bu sayının tespitinde süreksiz işlerde çalışanlar, meslek eğitimi gören öğrenciler, stajyerler ve çıraklar, alt işveren işçileri ve ödünç iş ilişkisine göre geçici işveren yanında çalışan işçiler dikkate alınmazlar. Mevsimlik işlerde çalışanların otuz işçi sayısına dahil olup olmadıkları ile ilgili olarak kanunda herhangi bir düzenleme olmadığından, söz konusu sayının tespitinde dikkate alınmaları gerekmektedir¹⁴⁹. Deneme süreli olup da henüz deneme süresi içinde olanlar da işçi sayısına dahil edilmelidir. Hizmet sözleşmesiyle çalışan işverenin aile üyelerinin ve kendisi iş güvencesinden yararlanmasa bile, işveren vekilleri de hesaplama dikkate alınmalıdır.¹⁵⁰

Kural olarak alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerektiği, diğer bir ifadeyle alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılması gerektiği Yargıtay kararında belirtilmiştir.¹⁵¹

¹⁴⁷ Yargıtay 9. H.D., 23.01.2007, E. 2006/29128, K. 2007/441, Legal İHSGHD, 2007/15 ss.1064–1065.

¹⁴⁸ Yargıtay 9. H.D., 31.03.2008, E. 2007/29950, K. 2008/7008, 23.07.2009, www.legalbank.net

¹⁴⁹ Çelik, a.g.k., s. 208. Süzek, a.g.k., s. 439

¹⁵⁰ Akyiğit, agk., s. 216.

¹⁵¹ Yargıtay 9. H.D., 05.05.2008, E. 2007/33332, K. 2008/11420, 23.07.2009, www.legalbank.net

5.5. Belirli Konumda İşveren Vekili Olmamak

İşveren vekilinin tanımı İş Kanununda ve Sendikalar Kanununda birbirlerinden farklı olarak yapılmıştır. İş K. md. 2 f. 4 işveren vekilini “İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir.” Sen. K. m. 2 f. 6’da ise işveren vekilini, “İşveren sayılan gerçek ve tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütünü sevk ve idareye yetkili olanlara denilir.” şeklinde tanımlamıştır. İş güvencesi açısından işveren vekilleri ne İş Kanunundaki tanımdaki kadar geniş, ne de Sendikalar Kanunundaki kadar dar kapsamlıdır. İş güvencesinden yoksun olan işveren vekillerinin, Sendikalar Kanunundaki tanımın biraz genişletilmiş hali olduğu söylenebilir.

İşveren vekilleri açısından yasanın kapsamının biraz geniş tutulmasının isabetli olduğu belirtilmiştir. İşvereni temsil edecek konumda olan ve işyerine işçi alma ve çıkarma konusunda yetkili olan işveren vekillerinin, işverene yakın ve onun güvenine sahip oldukları da düşünüldüğünde, güven ilişkisinin sarsıldığı durumlarda, iş ilişkisini daha kolay sona erdirme yolunun açık olması gerektiği, ayrıca, bu kişilerin aynı zamanda kendi sözleşmelerine özel güvenceler getirebilme olanaklarına sahip oldukları ifade edilmiştir¹⁵².

İş K. 18. m. son fıkraya göre, işyerinin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında iş güvencesi hükümleri uygulanmaz. Yüksek Mahkemeye göre, işyerinin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili “genel müdür”, yardımcıları ise “genel müdür yardımcıları” olarak belirlenmiştir. İşletmede genel müdür ve genel müdür yardımcısı varsa, personel müdürü, finans müdürü, işletme müdürü, bölüm müdürü gibi görevliler bu kapsamda değerlendirilemez¹⁵³. “İşyerinin bütünü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkartma yetkisi bulunan işveren vekilleri,” ifadesi ile işyerinin bütünü sevk ve idare eden işveren vekilleri yanında işçi alma ve çıkarma yetkisine sahip işveren vekilleri ayrı ayrı değil, her iki yetkiyi birlikte

¹⁵² Ulucan, İş Güvencesi, s. 27

¹⁵³ Ulucan, Eyrenci, Taşkent, a.g.k. s. 166., Akyiğit, agk., ss. 226-227

kullanan işveren vekilleri göz önüne alınarak, sadece bu durumdakilerin iş güvencesi kapsamı dışında kaldıkları sonucuna varılması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay, işyerinde idari ve mali işler müdürü olarak çalışan davacının açtığı davada, gerekli araştırmanın yapılarak; davacının konumu işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcısı durumundaysa davanın reddedilmesi, eğer davacının üzerinde çalışan genel müdür ve genel müdür yardımcısı mevcutsa davacının iş güvencesinden yararlanması gerektiğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹⁵⁵.

5.6. İş Güvencesini Düzenleyen Hükümlerin Hukuki Niteliği

Hukuk kuralları örneğin medeni hukukta, emredici, tanımlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kuralları olarak ayırma tabi tutulabilirken, İş Hukuku kuralları mutlak emredici, nispi emredici ve tamamlayıcı hukuk kuralları olarak tasnif edilmektedir. Mutlak emredici iş hukuku kurallarının aksine düzenleme yapılmasına izin verilmez. Bu kurallar ne işveren, ne de işçi yararına değiştirilemezler. Nispi emredici kurallar ise işçi yararına değiştirilebilen, ancak işveren yararına değiştirilemeyen kurallardır. Eğer iş güvencesi ile ilgili düzenlemelerin nispi emredici iş hukuku kuralı olduğu kabul edilirse, bu kuralların bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle şartları taşımayan işyerleri ve işçiler için uygulanması söz konusu olabilecektir. Aksi halde mutlak emredici iş hukuku kuralı olduğu kabul edildiğinde yararlanma şartlarının değiştirilebilme olanağı ortadan kalkmaktadır. İş K. 21. m. son fıkrasında iş güvencesiyle ilgili olan değiştirilemeyecek hükümler belirlenmiştir. Dolayısıyla İş K. 18. maddeden bahsedilmediğinden altı aylık kıdem koşulunun nispi emredici hüküm olduğu söylenebilir¹⁵⁶. Nitekim Yargıtay da kararında iş güvencesiyle ilgili hükümlerin nispi emredici niteliğini kabul ederek; taraflar arasında imzalanmış, işyerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin, iş sözleşmesinin feshedileceği durumlarda, işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın, iş güvencesinin uygulanacağı yönündeki hükmüne itibar edilmesi gerektiği kararını vermiştir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Çelik, a.g.k., s. 210.

¹⁵⁵ Yargıtay 9. H. D. 17.03.2006, E. 2006/6629 K. 2006/8934, Legal İHGSHD 2006/11 s. 987.

¹⁵⁶ Akyiğit, s. 248., Yıldız, G. B., "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği", Legal İHSGHD, 2006/11, s. 907.

¹⁵⁷ Çelik, a.g.k., s. 210

6. HAKLI NEDEN-GEÇERLİ NEDEN AYRIMI

Sözleşmenin feshi için işçinin haklı nedenleri ortaya çıktığında, işçi, iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir. Ancak sözleşmenin haklı nedenle, işçi tarafından feshedilmesi halinde, iş güvencesi hükümleri doğrultusunda dava açılması söz konusu olamayacaktır.

İş sözleşmesinin işveren tarafından haklı ya da geçerli nedenle feshi hallerinde ise haklı ya da geçerli nedenlerin var olmadığı gerekçesiyle, her zaman işe iade davası açılması söz konusu olabilecektir. Sözleşmenin feshi için işverenin haklı nedenleri İş Kanununda belirtildiği halde, geçerli nedenlerin neler olduğu açık olarak belirtilmemiş, geçerli nedenlerin belirlenmesi yargıya ve öğretiyeye bırakılmıştır¹⁵⁸.

İş K. 18. md. iş güvencesi kapsamındaki işçinin, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi için “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.” hükmünü içermektedir. Yani iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenlerle derhal feshi yanında geçerli sebeplerle feshi de mümkün olabilecektir. TBMM’ye sunulan İş Kanunu gerekçesinde, geçerli sebeplerin haklı neden olarak belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen haller olabileceği; geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebeplerin, işçinin iş görme borcunu yerine getirmesini engelleyen, kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebepler olabileceği belirtilmiştir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığı kabul edilebilecektir¹⁵⁹. İşverenin, iş sözleşmesini “geçerli sebeple” feshinde iş ilişkisini sürdürmek, işveren açısından “önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek” bir hal aldığından, ihbar sürelerine(İş K. m. 17) uygun olarak iş sözleşmesi feshedilebilecektir. Haklı nedenlerin(İş K. m. 25) ortaya çıkması durumunda ise, işveren açısından iş ilişkisinin sürdürülmesi çekilmez bir hal aldığından, ihbar süresi beklenmeden, iş sözleşmesi derhal sona erdirilmektedir¹⁶⁰. İş ilişkisinin sürdürülmesini çekilmez hale getiren durumlar ile iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek

¹⁵⁸ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

¹⁵⁹ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

¹⁶⁰ Demir, F. "Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama", Legal İHSGHD, 2006/10, ss. 470-497.

hale geldiği durumları birbirinden ayırt etmek ne yazık ki çok kolay değildir. Bu nedenle her somut olayın ayrı ayrı tartışılması ve değerlendirilmesi gerekecektir.

Gerekçede belirtildiği gibi, haklı neden olarak kabul edilen olgularla geçerli neden olarak kabul edilebilecek olguların değerlendirilmesi, konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacaktır¹⁶¹. Ancak haklı nedenle fesihte, mahkeme feshin geçerli nedene dayandığını kabul ettiğinde hukuki sonuçları farklı olacağından kararlarda haklı neden-geçerli neden ayrımının açıkça ortaya konması gereklidir. Çünkü geçerli nedenle yapılan fesih sonucunda işçi, işsizlik sigortasından, ihbar ve kıdem tazminatlarından yararlanacaktır¹⁶².

İş güvencesi, iş sözleşmesinin, işveren tarafından, fesih yoluyla sona erdirilmesinde, özellikle, işverenin haklı nedenlerinin(İş K. m 25) ortaya çıkmadığı durumlarda söz konusu olabilecektir.

¹⁶¹ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

¹⁶² Alpagut, G., "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", T.T.S.Ç.C.S.İ.S., III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 219.

II. BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİNDE GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ

İş güvencesi kapsamındaki işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.(İş K. md. 18) Ayrıca iş güvencesi kapsamı dışında kalanların sözleşmelerinin işverence İş K. 17 m. gereği feshi sırasında herhangi bir geçerli nedenin belirtilmesi gerekmeyecek, bu nedenler hakkın kötüye kullanıldığıının iddia edilmesi halinde mahkeme sürecinde tartışılacak, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin süreli fesihlerinde ise geçerli nedene dayandırılması gerekecektir¹.

Madde hükmüne göre geçerli fesih nedenleri üç başlık halinde incelenebilecektir. İşçiden kaynaklanan nedenler, işletmeden kaynaklanan nedenler ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler.

Ancak ilgili madde metninin soyut olması nedeniyle, geçerli fesih nedenlerinin tespitinde tereddüde düşülebilecektir. Bu nedenle geçerli fesih nedenlerinin tespiti konusu yargıya ve öğretiyeye düşecektir².

1. GEÇERLİ NEDEN SAYILMAYAN HALLER

158 nolu Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme'nin 5 ve 6. maddeleri ile İş K. 18 md. 3. f.'ya göre özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli sebep olarak kabul edilmeyecektir.

- a. Sendika 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 aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak,

¹ Süzek, a.g.k. s. 443.

² İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm> ; Demir, a.g.m. 470-497.

- d. Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler,
- e. Hamile ve doğum yapmış kadın işçilerin İş K. 74. md. belirtilen, çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,
- f. Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık,

2. İŞÇİDEN KAYNAKLANAN NEDENLER

İşçiden kaynaklanan nedenler İş Kanunu gerekçesinde, işçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebepler ve işçinin davranışlarından doğan sebepler olarak belirtilmiştir.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olarak kabul edilecektir. İşçinin tutum ve davranışları üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir şekilde olumsuz etki yapmıyorsa sözleşmenin feshinde geçerli neden olarak kabul edilmeyecektir³.

Kanun gerekçesinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshedilebilmesi için öncelikle işçiye savunma hakkı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya giriyor olması gibi durumlarda, işçinin savunmasının alınması işverenden beklenemeyecektir. Ayrıca, İş K. 25. md.'de düzenlenmiş ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri gerçekleştiğinde işveren iş sözleşmesini bildirimsiz olarak sona erdirebilecektir⁴.

Bu gerekçeler dikkate alındığında işçiden kaynaklanan nedenleri işçinin yetersizliği ve işçinin davranışları olarak iki başlık altında incelenebilecektir.

³ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>; Çelik, İş Güvencesi, s. 26.

⁴ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

2.1. İşçinin Yeterliliği (Yetersizliği)

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler genel olarak kişisel beceri ve özelliklerin somut iş için uygun olmadığı, kural olarak kusura dayanmayan nedenlerdir. Bedensel ve zihinsel yetersizlik, yaşın ilerlemesi sonucu verimin düşmesi veya işçinin veriminin düşmesine neden olan kısa süreli hastalıklar bu kapsamda değerlendirilebilir⁵.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler, yasa gerekçesinde de ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği 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 halleri⁶ olarak belirtilmiştir.

Yargıtay kararına göre “İşçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir⁷.”

İşçinin yeterliliği (yetersizliği) ile ilgili geçerli sebepler olarak şunlar sayılabilir⁸.

- Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışmak,
- Gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olmak,
- İşçinin işe yoğunlaşmasının giderek azalması,

⁵ Alpagut, a.g.m. s. 213.

⁶ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

⁷ Yargıtay 9. H.D., 08.04.2008, E, 2007/27829, K, 2008/7831, 24.07.2009, www.legalbank.net

⁸ Demir, a.g.m. 470–497.

- İşe yatkın olmaması,
- Öğrenme ve kendini geliştirme yetersizliği,
- İşçinin sık sık hastalanması,
- Çalışmayı sürdürmekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını etkileyen hastalık,
- Uyum yetersizliği,
- İşçinin zihinsel yetersizliği,
- İşçinin bedensel yetersizliği,
- İşyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma,

2.1.1. İşçinin Verimsizliği

İşçinin verimsizliğinin geçerli neden olarak kabul edilebilmesi için verimsizliğin, inandırıcı bir şekilde kanıtlanması gerekir. Bunun için de verimlilik analizinin işverenin otoritesinden uzak ve ciddi bir şekilde yapılması, işçinin veriminin de taşınması gereken verimin altında olması gerekir. Ayrıca işverenin, verimsizlik nedenlerini araştırarak, verim arttırıcı bilgileri işçiye sunması gerekir⁹.

Yargıtay kararında, yaptığı iş için gerekli olan şahsi özelliklere sahip ve mesleki bilgilerle donanımlı; mesleki yetenek ve uygunluk açısından aranan niteliklere sahip olan işçinin, daha önce kendisine ihtar edilmiş olmasına rağmen, aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmaya devam etmesi, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi kabul edilmiştir¹⁰. Yargıtay kararına göre verimlilik nedeniyle sözleşmesi feshedilecek işçiye en az bir kez ihtarında bulunulmalı, verimsizliğin devam etmesi halinde ancak iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilmelidir. Kanımca, işçinin verimsizliği de bir gün olarak değil, makul bir süre içinde ortalama olarak daha az verimli çalıştığıının ispatlanması halinde geçerli neden olarak kabul edilecektir.

Ankara 5. İş Mahkemesinin Yargıtay tarafından onaylanan konu ile ilgili kararında, işçinin şahsi dosyasının kontrol edilmesiyle, fesihden önce davacının savunmasının alınmadığı, davacıya randımanlı çalışmadığı konusuna işverence

⁹ Akyiğit, s. 259.

¹⁰ Yargıtay 9. H.D., 30.06.2008, E, 2008/1935, K, 2008/20014, 24.07.2009, www.legalbank.net

yapılan herhangi bir uyarı bulunmadığı... tespit edildiğinden ve işveren iş sözleşmesini geçerli sebebe dayanarak feshettiğini ispat etmek zorunda olduğundan randımsız çalıştığından bahisle iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin performansına ilişkin ölçüleme sistemini yeterli açıklıkla mahkemeye ibraz etmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹.

Bir başka Yargıtay kararında ise, “Davacının verimliliğinin tespiti teknik bilirkişi yoluyla mümkündür. Çelişkili tanık anlatımlarına göre hüküm kurulması hatalıdır. Mahkemece uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak; yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun arızı mi, yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. madde içeriğinde değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını eksik araştırma ve soruşturma nedeniyle bozmuştur¹².

2.1.2. Düşük Performansla Çalışmak

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir¹³.

¹¹ Ankara 5. İş Mahkemesi, 08.09.2003, E, 2003/1323, K, 2003/1525, Legal İHSGHD, 2004/1, s. 676-679.

¹² Yargıtay 9. H.D., 24.06.2004, E, 2004/3740, K, 2004/15625, Legal İHSGHD, 2004/5, s. 317-318.

¹³ Yargıtay 9. H.D., 08.04.2008, E, 2007/27829, K, 2008/7831, 24.07.2009, www.legalbank.net

Performans düşüklüğünün fesih nedeni olarak ileri sürülmesinde, işyerlerinin düzenli ve objektif kriterlerinin olması ve performans düşüklüğünün belgelenmesi gerekmektedir¹⁴.

Yargıtay kararında performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve performans değerlendirmelerini geçerli neden kabul edebilmek için,

- Performans değerlendirme kriterlerinin önceden saptanması,
- İşçiye tebliğ edilmesi,
- İşin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinliklerin,
- İşyerine uygun davranışların ve
- Çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinin,

Belirlenerek, bu kriterlerin esas alınması gerektiği, bu kriterlerin, çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut şekilde ortaya konması ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanması, işyerine özgü performans değerlendirme sistemi geliştirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵.

Yargıtay bir başka kararında, çelişkili tanık anlatımlarına göre hüküm kurulmasını hatalı bularak verimliliğin tespitinin teknik bilirkişi aracılığıyla yapılması gerektiğini belirtmiş, “Mahkemece uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak, yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun arızı mi, yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. md. içeriğinde değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.” kararını vermiştir.

2.1.3. İşçinin Sık Sık Hastalanması

Geçerli fesih nedenlerinden diğeri işçinin sık sık hastalanması veya çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işçinin işini gereği gibi yerine getirmesini engelleyen hastalık halleridir. Bu konuda, İş K.25/I md.’den farklı olarak iş sözleşmesinin

¹⁴ Alpagut, a.g.m. s. 214.

¹⁵ Yargıtay 9. H.D., 08.04.2008, E, 2007/27829, K, 2008/7831, 24.07.2009, www.legalbank.net

feshedilmesi için yasada öngörölmüş devamsızlık süreleri mevcut değildir. Acaba ne kadar süren hastalık geçerli fesih nedeni olacaktır? Hastalığın ortaya çıkmasında işçinin kusuru yoksa veya hastalığın nedeni işletmeye ilişkin nedenlerse bu durum dikkate alınmalı mıdır?¹⁶

Yargıtay, çalıştığı dönem içinde 368 gün rapor alan, 164 gün çalışan, diğer zamanlarda da izinli olan işçiden verim alınmasının mümkün olmadığı, daha önceki tarihlerde de konu ile ilgili savunmasının istendiği, davacının bu şekilde çalışmasını sürdürdüğü, bu çalışma şeklinin geçerli fesih nedeni oluşturduğu gerekçesiyle yerel mahkemenin verdiği işe iade kararını bozmuştur¹⁷.

Hastalık nedeniyle yapılan fesihlerde amaç işçinin bir yaptırıma tabi tutulması değil, işvereni gelecekte beklemediği yüklerden korumaktır. Bu nedenle feshin geçerli sayılabilmesi için işçinin işini ileride tam veya kısmen yerine getiremeyeceğinin belirlenmesi, işyeri ve sözleşme ile ilgili işveren menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekmektedir¹⁸. İşçinin sorumlu tutulmamasına rağmen kendisinden kaynaklanan ve işin sürdürülmesini engelleyen hallerin, fesih için geçerli neden sayılacağı kabul edilebilir¹⁹.

İşçinin aile birliğini korumak amacıyla doğum, ölüm, kaza, ciddi hastalık, ameliyat gibi insani veya zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması yüzünden, kendisine düşen sorumluluklarından dolayı kısa süreli işe gidemediği hallerde iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilemeyecektir²⁰.

Hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde salt somut olaya ait olgular soyut bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, yıllarca işine düzen içinde devam eden, işyeri kurallarına titizlikle uyan bir çalışanın sadece hasalığı nedeniyle işinde birkaç gün gidememiş olması, geçerli fesih nedeni kabul edilebilecektir. Ancak karşılıklı çıkarların değerlendirilmesiyle, devamsızlığın geçici bir süre ile sınırlı olması, sağlık sorunlarının ciddi olduğu, benzer durumların tekrarlanmayacağı yönünde verilerin bulunduğu durumlarda farklı sonuca ulaşılabilecektir. Ayrıca, işyeri koşulları

¹⁶ Alpagut, a.g.m. s. 214.

¹⁷ Yargıtay 9. H.D., 28.06.2005, E. 2004/31892, K. 2005/14992, Legal İHSGHD, 2005/7, s. 1289-1290.

¹⁸ Ulucan, İş Güvencesi, s. 46.

¹⁹ Ulucan, İş Güvencesi, s. 47.

²⁰ Ulucan, İş Güvencesi, s. 47.

nedeniyle meslek hastalığına yakalanan çalışanın sık sık hastalanması halinde daha esnek değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilebilecektir²¹.

Hastalık halinin bir fesih nedeni olmaması gerekir. Ancak Almanya'da hastalık nedeniyle sık sık veya uzunca bir süre işe gelmemenin, işyerine olumsuz etki yaptığı veya işçinin işini gereği gibi yapmasına engel olduğu durumlarda hastalığın geçerli nedenle feshine engel oluşturmadığı kabul edilmektedir. Sık hastalanma, uzun süreli iş görme yeteneğini yitirme, hastalık nedeniyle işi gereği gibi yapamama ve uzun süreli hastalık halleri söz konusu olmaktadır²².

Yine Almanya'da Aids ve diğer bazı hastalıklarda, eğer hastalığın bulaştırılma tehlikesi yoksa iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak kabul edilmemekte, ancak hastalığın bulaştırılması tehlikesi varsa; alkol ve uyuşturucu bağımlılarının işyerinde bu maddeleri kullanmaları durumunda, iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davrandıkları kabul edilerek iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilmektedir²³.

Yargıtay kararında, üç günlük rapor sonrası ardı ardına mazeretsiz ve izinsiz işyerine gitmediği gerekçesiyle sözleşmesi feshedilen işçinin; rapor sonrası rahatsızlığının devam etmesi nedeniyle işe gidemediğini ve durumu işverene bildirdiğini tanık anlatımlarıyla doğrulayan işçinin işe iadesine karar vermiştir²⁴.

Yargıtay başka bir kararında, bildirim süresini altı haftadan daha uzun süre aşacak kadar rapor kullanan işçinin sözleşmesinin bildirimsiz feshedilebileceği, dolayısıyla feshin geçerli nedene dayandığının kabul edilmesi gerektiğini kabul ederek, yerel mahkemenin verdiği işe iade kararını bozarak davayı reddetmiştir²⁵.

Bir başka kararında ise Yargıtay, dört gün işe gelmeyen işçinin özel poliklinikten aldığı diş ağrısından kaynaklanan rapora istinaden, işçinin

²¹ Alpagut, a.g.m. s. 215.

²² Ulucan, İş Güvencesi, s. 48.

²³ Ulucan, İş Güvencesi, s. 49.

²⁴ Yargıtay 9. H.D., 29.01.2007, E. 2006/30017, K. 2007/1039, Legal İHSGHD, 2007/15, s. 1052-1054.

²⁵ Yargıtay 9. H.D., 17.04.2006, E. 2006/7321, K. 2006/10416, Legal İHSGHD, 2006/11, s. 998-1000.

devamsızlığının mazerete dayandığını ve feshin haklı ve geçerli nedene dayanmadığını kabul etmiştir²⁶.

2.1.4. İşçinin Mesleki ve Fiziksel Yetersizliği

İşçi belirli bir işi görme konusunda gerekli mesleki niteliklere sahip değilse, ya da gerekli niteliklere sahip olmakla birlikte yeteri kadar çalışmıyorsa, çabuk karar alma, inisiyatif kullanma, çabuk karar verme gibi konularda eksiklik gösteriyorsa iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir. Aynı şekilde işçinin yaptığı işe yatkın olmaması, mesleğe uyum yetersizliği, dikkatin azalması, aynı çalışma temposunu sürdürememesi, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği geçerli fesih nedeni olabilecektir²⁷.

İşçinin mesleki yetersizliği değerlendirilirken işyerinde uygulanacak bilimsel ve teknolojik değişikliklere ve yeni yöntemlerin uyarlanması yeteneği olarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Eğer işçi bu yeteneklere sahip değilse fesih için geçerli neden kabul edilecektir²⁸.

Konu ile ilgili Yargıtay kararında, "... telekomünikasyon alanında teknolojinin hızla geliştiği, ses ve veri haberleşmesinde teknolojik ürünün sayısının arttığı, işletmede verimin ve karlılığın sağlanması için elektronik ve bilgisayar mühendisi olan yüksek eğitilmiş personele ihtiyaç olduğu, melek okulu, lise ve dengi okul mezunu personelin meslek içi eğitimle farklı görevlerde çalıştırılabileceği, ancak ilköğretim ve orta okul mezunu personelin işletmenin verimliliği açısından istihdamının artık uygun olmadığı ve davacının da ilköğretim mezunu olduğu ve toplanan delillere göre feshin geçerli nedenle yapıldığı anlaşıldığından ..." davanın reddedilmesi gerektiğini belirterek, yerel mahkemenin işe iade kararını bozmuştur²⁹.

İşçinin mesleğini yürütebilmesi için gereken resmi izni de kaybetmemesi gerekir. Örneğin, yabancı işçinin çalışma izninin kaldırılması, lisansının veya

²⁶ Yargıtay 9. H.D., 29.01.2007, E. 2006/29928, K. 2007/1032, Legal İHSGHD, 2007/15, s. 1054-1055.

²⁷ Süzek, s. 455.

²⁸ Süzek, s. 455.

²⁹ Yargıtay 9. H.D., 07.07.2005, E. 2005/11085, K. 2005/24114, Legal İHSGHD, 2006/9, s. 270-271.

ehliyetinin iptal edilmesi gibi. Böyle durumların ortaya çıkması hallerinde, söz konusu durum geçerli fesih nedeni olarak kabul edilecektir³⁰.

2.1.5. İşe Yatkın Olmama, Öğrenme ve Kendini Yetiştirme Yetersizliği

İşe yatkın olmama ve kendini yetiştirme yetersizliği de geçerli fesih nedeni olarak gösterilmiş olmasına karşın, bu durum sadece işçinin sırtına yüklenemeyecek kadar önemli bir konudur. Çünkü işçisinin yetiştirilmesinde ve kendisini geliştirmesinde işverenin de sorumluluğu yadsınamaz. İşveren, ancak üzerine düşeni yapmış olmasına karşın işçi hala yetersiz kalmaya devam ediyorsa fesih için geçerli neden olarak kabul edilecektir. İşveren kendi üzerine düşeni yapmadan, kendini geliştirme ve öğrenme sorumluluğunu işçinin üzerine yüklüyorsa geçerli neden olarak kabul edilmeyecektir³¹.

İşçinin işine yatkın olup olmadığının belirlenmesi sırasında, işçinin işe girerken belirttiği ve işverence de bilinen yetenek ve vasıflarının işine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. İşçi işyerinde çalışmaya devam ederken görevinin çeşitli nedenlerle değiştirilmesi durumunda, işine yatkın olmama durumu ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, işçiye yeterli eğitimin verilip verilmediğinin, işçinin yeni görevini kabul edip etmediğinin belirlenmesi gerekir. Ancak işveren işçisine yeterli eğitimi vermişse, işçi yeni görevinde çalışmayı kabul etmişse buna rağmen yetersizlik yaşıyorsa geçerli fesih nedeni kabul edilebilecektir³².

2.1.6. Yaşlılık veya Emeklilik Hakkının Kazanılmış Olması

Yaşlılık veya emekliliğe hak kazanmış olmak³³ başlı başına iş sözleşmesini sona erdiren bir neden değildir. Hukuk sistemimizde de çalışma için azami yaş sınırı olmadığı gibi, otomatik emeklilik durumu da söz konusu değildir³⁴. İş güvencesinde çalışanın fiziksel durumu önemli olduğundan ve yaşlılığın etkilerinin kişiden kişiye farklılık göstermesi nedeniyle işçinin durumunun özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Eğer yaşlılık işçinin iş görmesine engel oluyorsa ve işyerinde

³⁰ Süzek, s. 455., Ulucan, İş Güvencesi, s. 49.

³¹ Akyiğit, s. 263.

³² Akyiğit, s. 263.

³³ Yargıtay 9. H.D., 11.12.2003, E, 2003/20222, K, 2003/20604, 11.01.2009, www.legalbank.net

³⁴ Akyiğit, s. 260.

olumsuzluklara neden oluyorsa ancak bu durumda geçerli neden olarak kabul edilebilecektir³⁵.

İş Kanunu gerekçesinde, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma geçerli fesih nedeni olarak sayılmıştır³⁶.

Yargıtay'ın³⁷ süreklilik kazanmış uygulamasına göre işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılması durumunda emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir.

Yargıtay kararlarına göre emeklilik yaşına gelmiş işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi için işçinin iş gücüne ihtiyaç kalmadığının çeşitli verilerle desteklenmesi gerekir. Personel yönetmeliğinde emekliliği hak etmiş olmanın fesih nedeni olacağına veya olmayacağına belirlenmiş olmasının da bir önemi yoktur. Ancak belli yaşa gelen ve emeklilik koşullarını sağlayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshine olanak sağlayan toplu iş sözleşmesi varsa ve işveren bu kuralı tüm işçilere uyguluyorsa fesih geçerli sayılmakta, aksi halde geçerli neden olarak kabul etmemektedir³⁸.

2.2. İşçinin Davranışları

Kanun gerekçesinde işçinin davranışlarından doğan sebepler 25. maddede³⁹ belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları olarak belirtilmiştir. Bunlara örnek olarak; işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe

³⁵ Ulucan, İş Güvencesi, s. 49., Süzek, s. 454.

³⁶ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

³⁷ Yargıtay 9. H.D., 30.06.2008, E, 2008/1848, K, 2008/18002, 10.01.2009, www.legalbank.net

³⁸ Akyiğit, s. 261.

³⁹ Kanun teklifinde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı 26. maddedir. Ancak yasalaşması 25. madde şeklinde olmuştur.

geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir⁴⁰.

İşçinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda yapılan fesih bir yaptırım özelliği taşımaktadır. Geçerli nedenle fesihte, uyarı ile geçiştirilecek derecede hafif, ancak haklı nedenle derhal fesih yoluna başvurulmayı haklı kılacak derecede de ağır olmayan sözleşmeye aykırılıklar söz konusudur. İşçinin davranışları nedeniyle geçerli fesihten söz edebilmek için işçinin kusuruna dayanan ve bunun sonucunda iş ilişkisinin olumsuz şekilde etkilendiği durumların gerçekleşmesi gerekir⁴¹.

İşçinin kusurlu davranışları sonucu işçinin davranışları nedeniyle sözleşmenin geçerli nedenle feshi ile yine haklı nedenle feshi nedenlerinin birbirinden ayrılması çok da kolay değildir. Örneğin İş K. 25/II md. h fıkrası “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” olarak düzenlenmiştir. Kanun gerekçesinde ise “işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek” geçerli fesih nedenlerine örnek olarak sayılmıştır. Ne zaman işçi işini yapmamakta ısrar ediyor sayılacak, ne zaman uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmiş olacak, bu tür uyuşmazlıklarda yargı, öğretinin katkılarıyla karar verecektir.

Konu da zaten kanun gerekçesinde, “İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceği ise ancak yargı kararları ile zaman içinde belirginleşebilecektir. Özellikle Kanunun 25⁴² nci maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak; maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları

⁴⁰ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

⁴¹ Ulucan, İş Güvencesi, s. 50.

⁴² Tasarıda 26. md. olarak yer alan düzenleme, 25. md. olarak yasalaşmıştır.

ortaya koymak yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacaktır⁴³.” cümleleriyle ifade edilmiştir.

İşverenden, iş ilişkisinin sürdürülmesinin önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin işyeri dışındaki davranışları fesih nedeni kabul edilmez. Çünkü kişinin özel yaşamı kural olarak iş ilişkisini ilgilendirmez. Ancak istisnai bazı durumlarda, işçinin özel yaşamı işyerinin imajı açısından önem taşıyorsa veya somut iş bakımından işçide aranılan niteliklerin bulunmadığına işaret eden olgular bu kapsamda değerlendirilebilir⁴⁴.

Yargıtay kararında, geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesinin şart olmadığını, göstermesi gereken özen yükümlülüğünü ihlal ederek ihmali davranışın geçerli fesih nedeni olacağını, buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışlarının, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermeyeceğini belirtmiştir⁴⁵.

İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshinden önce işçinin uyarılması gerekir. Böylece işçi, kendisini savunabilecek, hatalı davranışlarını tekrarlamaktan kaçınabilecektir. Ayrıca işçinin uyarılması daha sonra tekrar eden davranışlarda iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi için sağlam bir belge olacaktır⁴⁶.

Yargıtay’a göre işçinin davranışlarına dayanan fesihte, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesi şarttır. Ancak, işçinin isteseydi yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınıp kaçınamayacağını da belirlenmesi gerekir. Eğer işçi yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahipse fesihten önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtarla rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş K. 19. md. uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır. Ancak, ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesine

⁴³ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

⁴⁴ Alpagut, a.g.m. s. 216.

⁴⁵ Yargıtay 9. H.D., 02.02.2009, E, 2008/9800, K, 2009/1012, 28.07.2009, www.legalbank.net

⁴⁶ Ulucan, İş Güvencesi, s. 56.

devam etmesinin beklenemeyeceği hallerde işçiye davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek olmayacaktır⁴⁷.

İşçinin davranışlarıyla ilgili geçerli sebepler olarak şunlar sayılabilir⁴⁸.

- İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliği yaratmak,
- İşverende rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek,
- Arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak,
- İşçinin, uyarılara rağmen işini eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek,
- İşyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek biçimde diğer kişilerle ilişkiye girmek,
- İşin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak,
- Sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak,
- Amirleri veya iş arkadaşlarıyla ciddi geçimsizlik göstermek, onlarla sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girmek,
- İş arkadaşlarını psikolojik, duygusal ve davranışsal şekilde rahatsız etmek, aşağılamak, onlarla alay etmek, dalga geçmek, haklarında dedikodu yapmak, onlara iftira atmak,
- İstirahat raporunu zamanında işverene ulaştırmamak,
- Hastalık sürecini uzatacak davranış sürecinde bulunmak,
- İş arkadaşları veya amirleri hakkında uygunsuz sözler söylemek veya davranışlarda bulunmak,
- Kavgaya karışmak,
- Özel amaçla e-posta göndermek ve internet kullanmak,
- İşyerine ait araç ve gereçleri özel amaçlarla kullanmak,
- İşverenden izin almadan çalışma saatleri dışında işyerinde işverenin imkânlarını kullanarak başkalarına iş yapmak,
- Özel işlerini yapmak,
- Haklı bir sebebe dayanmadan fazla mesai talebini kabul etmemek,
- Kişisel bilgi ve kayıtları zamanında işverene ulaştırmamak,

⁴⁷ Yargıtay 9. H.D., 27.10.2008, E, 2008/2915, K, 2008/28917, 28.07.2009, www.legalbank.net

⁴⁸ Demir, a.g.m. 470-497.

- İşyerinde konulan sigara içme yasağına aykırı davranmak,
- İzinsiz olarak amirlerinin veya iş arkadaşlarının özel belgelerini incelemek, bordrolarına bakmak veya bilgisayarlarını kullanmak,
- İşçi hakkında işyerinin iş ilişkisi içinde bulunduğu kişi ve kuruluşlardan sık sık şikâyetlerin gelmesi,
- Cinsel taciz anlamına gelebilecek rahatsızlık verici davranışlarda bulunmak,
- Yasaklanmış olmasına rağmen bilgisayarına pornografik belge ve resim yüklemek,
- İş güvenliğini tehlikeye düşürmese bile iş güvenliği ve işçi sağlığı kurallarına uymamak,
- Kanunen yapılması zorunlu doktor muayenesine itiraz etmek,
- Çalışma saatleri içinde tembellik etmek,
- Çalışma saatlerinde elindeki işiyle doğrudan ilgili olmayan kitap, gazete, dergi okumak,
- Çalışma saatlerinde iş arkadaşlarını işlerini aksatacak şekilde gereksiz yere meşgul etmek,
- Çöpleri veya faydalı atıkları işverenin ayırdığı yerlerden başka yerlere dökmek,
- İşyeri giriş-çıkışlarında onur kırıcı olmayan üst baş aramalarına karşı koymak.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz.⁴⁹

2.2.1. Arkadaşlarını İşverene Karşı Kışkırtmak

Arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işçinin sadakat borcuna aykırı davranışı olarak değerlendirilmekte ve iş sözleşmesini haklı nedenle derhal sona erdiren bir neden olduğu ileri sürülmektedir⁵⁰. İşçilerin ücretlerinde gecikme

⁴⁹ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

⁵⁰ Süzek, s. 462.

olduğunda, önceden rıza gösterilmemiş olağan fazla çalışma durumunda, işçinin başka işçilere olağan fazla çalışmayı kabul etmemeleri yönünde telkinde bulunması, haklı ya da geçerli neden kabul edilmemelidir. Mücbir sebep dışında ücretin yirmi günden fazla süre ödenmemiş olması durumunda, İş K. 34. md.'ye göre iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı olan işçinin arkadaşlarına fazla çalışma yapmamaları yönünde telkinde bulunması ne haklı ne de geçerli neden olarak kabul edilmemelidir⁵¹.

2.2.2. İşçinin Çalışma Arkadaşlarından Borç Para İstemesi

Özellikle ücretlerin düşük olduğu günümüzde, çalışma arkadaşlarından borç para istemek geçerli neden olarak değil, yaşamın doğal bir parçası olarak algılanmalıdır. Borç isteyen işçiye çalışma arkadaşı borç vermek zorunda olmadığı gibi, verilen borcun daha başlangıçta ödenmeyeceğini kabul etmek mümkün değildir. Ödenmediği takdirde alacaklının yasal yollardan alacağını tahsil etme olanağı vardır⁵². Bu nedenlerle eleştiri konusu yapılmıştır.

2.2.3. İşe Yoğunlaşmanın Giderek Azalması

Bu durum da tamamen sübjektiftir. İşe yoğunlaşmanın azalmasına işçinin bireysel problemleri yanında işyerindeki çalışma şartları da neden olabilir. Örneğin terör olaylarının yaşandığı bölgede çalışan işçinin, meydana gelebilecek terör olaylarını düşünerek endişelenmesi ve bu düşüncelerin etkisiyle işe yoğunlaşmasının azalmasının sorumluluğunu sadece işçiye yüklemek ne derece doğru kabul edilebilecektir⁵³.

2.2.4. İşçinin İşvereni Yanıltması

Görüşmeler sırasında işvereni yanıltan işçinin bu davranışı, işyerinin işleyişini olumsuz olarak etkiliyorsa geçerli fesih nedenidir. İş sözleşmesinin kurulması için esaslı noktalarından bazılarına ait vasıf ve özellikler kendisinde

⁵¹ Akyiğit, s. 261.

⁵² Akyiğit, s. 262.

⁵³ Akyiğit, s. 262.

bulunmayan işçinin bu vasıfların varlığı konusunda işvereni yanıltması durumunda ise haklı neden olarak kabul edilecektir⁵⁴.

2.2.5. İşçinin, İşveren veya Diğer Çalışanlar Aleyhine Sözleri ve Hareketleri

İşçinin işveren veya aile üyeleri hakkındaki sözleri iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal sona erdirilmesini gerektirecek ağırlıkta olmamakla birlikte, sürekli işveren aleyhine sözlener sözler ve eleştiriler işyerindeki uyumu ve düzeni olumsuz etkiliyorsa geçerli fesih nedeni olarak kabul edilecektir. Örneğin farklı ekonomik görüşlere sahip üst düzey yöneticinin iş sözleşmesi işverenle anlaşamaması nedeniyle feshedildiğinde fesih nedeni geçerli sayılacaktır⁵⁵. İşyerindeki barış ortamının bozulmasına neden olmak da geçerli fesih nedenidir. Ancak düşüncüyü açıklama özgürlüğü kapsamında, politik içerikli görüş ve düşüncelerin açıklanması fesih nedeni olarak kabul edilmemelidir⁵⁶.

Yargıtay kararında, işverenin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylediği için İş K. 25/II md. gereği iş sözleşmesi sona erdirilen ancak işveren tarafından iddia ispat edilemediğinden yerel mahkeme tarafından işe iade kararı verilen işçinin davranışlarının, işveren ve işçisine sataşma eylemi olmasa da işyerindeki çalışma düzenini bozucu davranışlar olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir⁵⁷.

Bir başka Yargıtay kararında ise işveren hakkında uygunsuz ifadeler içeren e-maili müdürün bilgisayarına gönderen, ardından okunmasını engellemek amacıyla izinsiz olarak müdürün odasına girerek e-maili silen işçinin davranışı haklı nedenle fesih için yeteli sayılmamış, ancak iş akışını olumsuz etkileyen bir davranış olarak kabul edildiğinden geçerli fesih nedeni kabul edilmiştir⁵⁸.

Karşı cinsten daha önce arkadaşlık ettiği işçiyi, maket bıçağı göstererek tehdit eden işçinin davranışı işyerinde çalışma düzenini bozucu davranış olarak kabul edilip, geçerli fesih nedeni olarak görülmüştür⁵⁹.

⁵⁴ Süzek, s. 460.

⁵⁵ Süzek, s. 460.

⁵⁶ Ulucan, İş Güvencesi, s. 55.

⁵⁷ Yargıtay 9. H.D., 02.02.2005, E. 2004/14117, K. 2005/458, Legal İHSGHD, 2005/6, s. 719-720.

⁵⁸ Yargıtay 9. H.D., 10.02.2005, E. 2005/424, K. 2005/3763, Legal İHSGHD, 2005/7, s. 1339-1340.

⁵⁹ Yargıtay 9. H.D., 06.07.2005, E. 2005/20694, K. 2005/23944, Legal İHSGHD, 2006/9, ss. 269-270.

Yargıtay, işinin ve işyerinin değiştirilmesini yasal hakkı olarak kabul etmeyen sendika temsilcisinin, Belediye Başkanı ve vekillerine hakaret etmesinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir davranış olduğu, ancak toplu iş sözleşmesinde bu davranışa karşılık yevmiye kesme cezasının öngörülmesinin, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini engellediği, fakat geçerli fesih nedeni olmasını ortadan kaldırmadığını belirterek yerel mahkemenin işe iade kararını bozmuş ve davayı reddetmiştir⁶⁰.

2.2.6. İşçinin Geçimsizliği

İşçinin işveren veya diğer çalışanlarla olan geçimsizliği, işyerinin işleyişini olumsuz olarak etkiliyorsa, geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebilecektir. İşçiler arasındaki geçimsizliğin nedeni eğer işverense, geçerli neden olarak kabul edilmeyecektir⁶¹.

Yargıtay kararında, servis aracında yapılan kavga işyerinde olumsuzluklara neden olabilecek nitelikte görülerek geçerli fesih nedeni kabul edilmiştir⁶².

Bir başka Yargıtay kararında, çalıştığı işyerinde, işçi olmayan bir kişinin “siz çok yalancısınız” demesi üzerine taraflar arasında meydana gelen tartışmada işçinin tepki verdiği, tartışmanın büyümesinin işçi olmayan kişinin söz ve eylemlerinden kaynaklandığı için geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmediğini görmekteyiz⁶³.

Yine Yargıtay, kendisine çeki düzen vermesi gerektiğini hatırlattığı için kafa vurarak kendisini yaralayan işçiye karşı kendisini koruyan kişinin davranışının, kavgayı başlatan kişi olmadığı bu nedenle de geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmediğini görmekteyiz⁶⁴.

⁶⁰ Yargıtay 9. H.D., 10.07.2006, E. 2006/16065, K. 2006/20340, Legal İHSGHD, 2006/12, ss. 1455-1457.

⁶¹ Süzek, s. 461.

⁶² Yargıtay 9. H.D., 22.11.2004, E. 2004/19146, K. 2004/25836, Legal İHSGHD, 2005/5, ss. 271-273.

⁶³ Yargıtay 9. H.D., 01.02.2005, E. 2004/31121, K. 2005/2839, Legal İHSGHD, 2005/7, ss. 1361-1363.

⁶⁴ Yargıtay 9. H.D., 05.06.2006, E. 2006/11703, K. 2006/16247, Legal İHSGHD, 2006/12, ss. 1517-1519.

2.2.7. İşçinin Bağlılığının Yeterli Olmaması

İşçinin sadakatsizlik düzeyine ulaşmayan, iş ilişkisindeki güven duygusunu ortadan kaldırmayan ancak tereddütlerin oluşmasına neden olan davranışlar da geçerli fesih nedeni olarak kabul edilecektir⁶⁵. İşyeri ve işletme sınırlarının açıklanması, sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiğinden, geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmelidir⁶⁶.

2.2.8. İşçinin İşe Devamsızlığı, Geç Gelmesi ve İşe Yeterli İlgi Göstermemesi

İş kanunu gerekçesinde de belirtildiği üzere, işçinin sık sık işine geç gelmesi geçerli bir fesih nedenidir. İşçinin izin almaksızın işten erken çıkması da aynı şekilde geçerli nedendir. İşçinin işyerinde süreklilik kazanan ve işe karşı sorumluluk duygusunun azaldığını gösteren davranışları da geçerli fesih nedenidir. Yasa gerekçesinde yer alan işi aksatacak derecede uzun telefon görüşmeleri yapmak, işyerinde dolaşmak, uzun sohbetlerde bulunması da işçinin davranışları nedeniyle geçerli olarak kabul edilecek fesih nedenleridir⁶⁷.

Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde aile bireylerine refakat etmek zorunda kalan işçiye izin verileceği yönünde düzenleme olduğundan, küçük çocuğunu hastaneye götüren işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığına karar vermiştir⁶⁸.

Bir başka Yargıtay kararında, işe başladığı tarihten itibaren yirmi beş kez işe geç gelen, bu nedenle on bir kez savunması alınan işçinin davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu, işe sürekli geç gelmenin sözleşmesinin feshinde geçerli neden olduğuna, bu nedenle de davanın reddine karar vermiştir⁶⁹.

⁶⁵ Süzek, s. 461.

⁶⁶ Ulucan, İş Güvencesi, s. 55.

⁶⁷ Süzek, ss. 462–463.

⁶⁸ Yargıtay 9. H.D., 07.04.2005, E. 2005/8875, K. 2005/12438, Legal İHSGHD, 2005/7, ss. 1335–1337.

⁶⁹ Yargıtay 9. H.D., 03.04.2006, E. 2006/4727, K. 2006/8246, Legal İHSGHD, 2006/11, ss. 981–982.

Başka bir Yargıtay kararında ise, nöbet sırasında, kendisini ziyarete gelen ve işyerinde çalışmayan arkadaşları ile hastane bahçesinde konuşan hemşirenin iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir⁷⁰.

2.2.9. İşçinin Görevini Yerine Getirmekteki Yetersizliği

İşçi hatırlatmaya rağmen görevini hiç yerine getirmiyorsa sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Eğer görevini gereği gibi yerine getirmiyorsa bu durumda da geçerli nedenle sözleşmenin feshi söz konusu olacaktır.

Yargıtay kararında; güvenlik görevlisi olarak görev yapan işçinin görev talimatında, saati kurduktan sonra bir sonraki saat kurma zamanına kadar bekçi kulübesinde bulunma zorunluluğu olan ancak bulunması gereken görev yerini terk ederek personel odasında televizyon seyreden güvenlik görevlisinin sözleşmesinin feshinde yasaya aykırılık görmemiştir⁷¹.

2.2.10. İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi

İş K.25/II md. i fıkrası gereğince işverenin malına işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden otuz günlük ücretinden daha fazla zarar veren işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilir. İşçinin verdiği zarar otuz günlük ücretinden daha az ise bu durumda iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilecektir. Ancak küçük zararlar tekrarlanmadığı sürece geçerli fesih nedeni oluşturmaz⁷².

Trafik kazasına karışan ve % 50 oranında kusuru olan işçinin sözleşmesinin feshinde geçerli neden olduğu kabul edilmiştir⁷³.

Bir başka Yargıtay kararında ise 60X70 ebadındaki koliyi işletme içinde değişik yerlere götürdükten sonra çöpe atan işçinin davranışının, doğruluk ve bağlılık kurallarına uymadığını, işçinin sözleşmesinin İş K. 25/II-e maddesine göre haklı

⁷⁰ Yargıtay 9. H.D., 19.06.2006, E. 2006/14699, K. 2006/17517, Legal İHSGHD, 2006/12, ss. 1505–1506.

⁷¹ Yargıtay 9. H.D., 08.12.2003, E, 2003/19608, K, 2003/20354, Legal İHSGHD, 2004/1, s. 658.

⁷² Süzek, s. 464.

⁷³ Yargıtay 9. H.D., 20.06.2005, E. 2005/17540, K. 2005/22005, Legal İHSGHD, 2006/9, ss. 265–266.

nedenle feshedildiğini kabul ederek, yerel mahkemenin işe iade kararını bozmuş ve davayı reddetmiştir⁷⁴.

Bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmesini fesih hakkı vermeyecektir. Özellikle işçinin ortalama değerlerdeki üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz. Ancak, bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının, bir başka anlatımla tolerans sınırının üstünde hatalı bir üretim veya hizmet, iş sözleşmesinin feshi açısından önemli olacaktır⁷⁵.

İş sözleşmesinin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle feshi hususunda belirtilen veya açıklanmaya çalışılan nedenler sınırlayıcı değildir. Her somut olay başlı başına bağımsız mahkemeler tarafından değerlendirilerek belirtilen nedenin geçerli neden sayılıp sayılmayacağı tespit edilecektir. Konuyla ilgili olabilecek bazı Yargıtay kararları aşağıdaki gibidir.

İşveren temsilcisi olan işçinin çalışanlara kötü davranışlarının şikâyeti üzerine, asıl işverenin isteği üzerine ve işletme müdürü ile şefinin bilgisi dâhilinde, çalışma saatleri içinde 1,5 saat toplantı yaptıkları için sözleşmesi feshedilen işçinin açtığı davada Yargıtay, toplantı yapılan gün 3–4 saat fazladan çalışma yapılarak toplantı karşılığı çalışılmayan sürenin fazlasıyla telafi edildiği, işverenin zararının olmadığı, ayrıca toplantıya otuz işçi katıldığı halde sadece dört işçinin iş sözleşmesinin feshinin eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle feshi geçersiz saymış ve davacı işçinin işe iadesine karar vermiştir⁷⁶.

İşe girdiği tarihte ve daha sonra düzenlenen hizmet sözleşmelerinde yabancı dil bilme koşuluna yer verilmediği için ve özellikle davacının yabancı bilmediğini bilerek işe alan daha sonra da ihracat asistanlığına yükselten işverenin yabancı dil bilmediği gerekçesiyle iş sözleşmesini sona erdirmesinin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmiştir⁷⁷.

⁷⁴ Yargıtay 9. H.D., 20.04.2005, E. 2005/9627, K. 2005/13944, Legal İHSGHD, 2005/7, ss. 1324–1325.

⁷⁵ Yargıtay 9. H.D., 01.12.2008, E. 2008/8411, K. 2008/32849, 28.07.2009, www.legalbank.net

⁷⁶ Yargıtay 9. H.D., 25.04.2005, E. 2005/11204, K. 2005/14365, Legal İHSGHD, 2005/7, ss. 1307–1309.

⁷⁷ Yargıtay 9. H.D., 21.04.2005, E. 2005/10825, K. 2005/14175, Legal İHSGHD, 2005/7, ss. 1316–1318.

İş K. 26. md.'deki altı işgünlük hak düşürücü süre geçtikten sonra 25/II md. nedeniyle yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması zorunluluğu yoktur. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında 26. md.'deki hak düşürücü süreler geçse de davacının eylemleri küll halinde değerlendirildiğinde işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek davranışlar olduğundan feshin geçerli nedene dayandığına, davanın reddine karar vermiştir⁷⁸.

İşçilerin üretimi engellemelerine rağmen iş bitimi işyerini terk etmeyerek sendikal sorunlar nedeniyle eylemde bulunan işçilerin işyerinde huzursuzluk yarattıkları ve işyerinde olumsuzluklara yol açtıkları gerekçesiyle feshin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir⁷⁹.

Eski yönetim ile yeni yönetim arasında meydana gelen ölümlü ve yaralamalı kavgada, eski yönetimin yanında yer alan ve yeni Belediye Başkanı hakkında usulsüz eylemleri nedeni ile bazı isnatlarda bulunan işçinin davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağı kalmadığı, dolayısıyla yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmiştir⁸⁰.

Yargıtay kararında, yaptığı iş için gerekli olan şahsi özelliklere ve mesleki bilgilerle sahip; yani mesleki yetenek ve uygunluk açısından aranan niteliklere sahip olan işçinin, daha önce kendisine ihtar edilmiş olmasına rağmen, aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmaya devam etmesi, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmiştir⁸¹.

Başka bir Yargıtay kararında, amirine bildirmeden ve onay almadan dava dışı ajansla anlaşma yapan işçinin, ajansın programa katılacaklardan ücret talep ettiğinin işverene bildirilmesi ve işverenin bu durumdan olumsuz etkilenmesi nedeniyle iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesi beklenmeyeceği ve bu durumun işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli neden olduğu kabul edilmiştir⁸².

⁷⁸ Yargıtay 9. H.D., 19.06.2006, E. 2006/13620, K. 2006/17779, Legal İHSGHD, 2006/12, ss. 1494–1495.

⁷⁹ Yargıtay 9. H.D., 10.07.2006, E. 2006/16181, K. 2006/20350, Legal İHSGHD, 2006/12, ss. 1453–1454.

⁸⁰ Yargıtay 9. H.D., 29.05.2006, E. 2006/12237, K. 2006/15477, Legal İHSGHD, 2006/12, ss. 1527–1529.

⁸¹ Yargıtay 9. H.D., 08.04.2008, E. 2007/27829, K. 2008/7831, 24.07.2009, www.legalbank.net

⁸² Yargıtay 9. H.D., 04.12.2006, E. 2006/23686, K. 2006/31640, 24.07.2009, www.legalbank.net

Diğer bir Yargıtay kararında işçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümler de dikkate alınması gerektiği kabul edilerek, çalışma saatleri içerisinde internet alış verişi ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı belirlenen işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiği kararı verilmiştir. İşçinin bu davranışı sonucunda, üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmadığından işçinin yan yükümlülüğünü ihlal ettiği, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı ve işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayandığı gerekçesiyle fesih nedeninin geçerli olduğu kararı verilmiştir⁸³.

Başka bir kararda ise Yargıtay, ücretine haciz konulan işçilerine, maaşları üzerlerindeki haczin kaldırılması için iki kez genelge yayınlayan ve maaşı üzerindeki haczi kaldırmak için hiçbir şey yapmayan işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin, feshinin geçerli nedene dayandığı kabul edilmiştir. İşverenin büyük bir işletme olarak bu işlemler için personel istihdam etme zorunluluğu olmadığı, işçinin bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, iş ilişkisinin işveren açısından önemli ölçüde sürdürülme olanağı kalmadığı, iş sözleşmesinin feshinin işçinin davranışlarından kaynaklandığı gerekçesi ile kabul edilmiştir⁸⁴.

3. İŞYERİNDEN, İŞLETMEDEN VE İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLER

İş Kanunu gerekçesinde geçerli fesih nedenlerinin sadece işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanmayacağı, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Bu sebepler, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanıyor olabilir⁸⁵.

İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir.

⁸³ Yargıtay 9. H.D., 04.05.2009, E, 2008/36305, K, 2008/12393, 24.07.2009, www.legalbank.net

⁸⁴ Yargıtay 9. H.D., 02.02.2009, E, 2008/9800, K, 2009/1012, 28.07.2009, www.legalbank.net
İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

İşyeri dışından kaynaklanan sebepler sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz; piyasada genel durgunluk; dış pazar kaybı; ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesini olanaksız hale getiren sebeplerdir.

İşyeri içi sebepler de; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.

İşyeri, işletme ve işin gerekleri kavramı kanunda açıklanmamıştır. “İşletme gerekleri nedeniyle fesih, işçinin kişiliğiyle ilgili olmayan, ekonomik güçlükler, verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişimlere bağlı olarak işyerinde işçinin (işçilerin) işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısıyla çalışmaya devam olanağının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlasının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır⁸⁶.”

3.1. İşyeri İçinden Kaynaklanan Sebepler

Alman Hukukuna göre işyerinden kaynaklanan fesihlerde temel koşul, işyerinde oluşan bir durumun zorunlu olarak işçinin işyerinde çalışmasını sürdürmesine engel olmasıdır. Bu durumun tespit edilebilmesi için de öncelikle işyerinde işçinin görmekte olduğu işin kalkıp kalkmadığına bakılacaktır. Daha sonra da işçinin başka türlü çalıştırılma olanağı olup olmadığı araştırılacaktır⁸⁷.

İşyerinden kaynaklanan nedenlerle fesih yapılması bir girişimci kararı doğrultusunda yapılmaktadır. Federal Mahkemeye göre bu kararlar işletmenin yönetim yetkisi çerçevesinde işletme politikalarının belirlenmesidir⁸⁸. Yargıtay da kararlarında, işverenin amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabileceğini, geniş anlamda, işverenin; işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda aldığı bu kararları, işletmesel kararlar olarak tanımlamaktadır⁸⁹.

⁸⁶ Süzek, s. 444.

⁸⁷ Ulucan, İş Güvencesi, s. 58.

⁸⁸ Ulucan, İş Güvencesi, s. 58.

⁸⁹ Yargıtay 9. H.D., 23.03.2008, E, 2008/34202, K, 2008/7718, 28.07.2009, www.legalbank.net

Federal Mahkemeye göre, her girişimci işinde başarılı olabilmek için, işletmesindeki bazı işleri tasfiye edebilecektir ve işverenin bu kararlarının denetlenmesi söz konusu olamaz. Bu nedenle Alman feshe Karşı Koruma Yasasına göre sadece işletme ile ilgili girişimci kararının bulunup bulunmadığına, bu kararın siparişlerin azalması veya organizasyon yapısındaki değişiklik nedeniyle yapıp yapılmadığının bakmak gerekir. Bunun dışında sadece tüm fesihlerin geçersiz kılınmasını gerektiren keyfilik denetimi yapılabilir. Eğer işverenin aldığı karar açıkça akla uygun değil, nesnel ve esaslı olmaktan uzaksa ortada bir keyfilik var demektir. Uygulamada da işyerinden kaynaklanan nedenlerle fesihlerde çok az keyfilik nedeniyle feshin geçersizliğine karar verilmektedir⁹⁰.

İşverenin verdiği kararlar sonucunda işyerlerinde bazı değişiklikler meydana gelir. Bu değişiklikler, işyerinin organizasyon yapısını değiştiren yani yapısal bazı değişiklikler olabileceği gibi, ekonomik kriz, siparişlerin azalması gibi nedenlerle değişik çalışma biçimlerinin uygulanması ya da işçi çıkarılması gibi yeni duruma uyum gerektiren bazı değişiklikler de olabilir. Bu kararlar işletme içi veya işletme dışı nedenlerle ortaya çıkabilir. İşyerinden kaynaklanan nedenlerle, işyerindeki yapıyı korumak ya da değiştirmek girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirilecektir ve Anayasa ile güvence altına alındığından, yargının denetim işlevi sınırlı şekilde kalmaktadır. Yargıç, önüne getirilen ve feshe sebep olarak gösterilen nedenlerin, uygun olup olmadığını değil, işçiye bildirilen sebebin doğru olup olmadığını araştırmak durumundadır. Burada da yargıcın, kararın açıkça akla aykırı, objektif ve keyfi olup olmadığını araştıracaktır. Bu amaçla yapılan denetimde öncelikle, işverenin verdiği kararın gerçeğe uygun olup olmadığını, böyle bir kararın varlığını araştıracaktır. Daha sonra işçinin işinin ortadan kalkıp kalkmadığını, işletme dışı nedenlerle alınan bir karar varsa burada da işçinin işini sürdürme olanağının olup olmadığı araştırılacaktır. İşyerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihte, feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde fesih iradesinin açıklandığı an önemlidir. Bu tarihten itibaren bildirim sürelerinin sonuna kadar işçinin görmekte olduğu işin ortadan kalkmış olması gerekir⁹¹.

“İş yerinde işçi azaltılması gereksinimi iş yerinin daraltılması, yeni teknoloji uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, işyerinde görülen bazı iş

⁹⁰ Ulucan, İş Güvencesi, s. 59.

⁹¹ Ulucan, İş Güvencesi, ss. 60–61

türlerinin kaldırılması gibi nedenler olmaksızın salt organizasyon yapısının değiştirilmesinde dayanabilir. Bu durumda da işverenin uyguladığı yeni organizasyon yapısını hâkim tarafından yerindelik denetimine tabi tutulması mümkün değildir. İşletmenin verimliliğin arttırılmasına ve üretim gücünün olumsuz etkilenmesini engellemeye yönelik tedbirlerin işverenin ekonomik özgürlüğünün bir parçası olduğunun dikkate alınması gerekir⁹².”

Yargıtay, modernizasyona giden işyerinde işçi alımına devam edildiğinden, feshin geçerli nedene dayanmadığına karar vermiştir⁹³.

Sözleşmesi feshedilen şoförün açtığı davada, para nakil işinin alt işverene verilmesi nedeniyle kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bir nevi yeniden yapılanma olduğu ve işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli fesih nedeni olabileceği kabul edilmiştir⁹⁴.

Yargıtay, işçinin çalıştığı birim ve görevi gereği teknoloji kullanması gerektiği, işletmede teknolojik yenilenmenin gerekli olduğu, ilkokul ve ortaokul mezunu niteliksiz eleman çalıştıramayacağı, ileri teknoloji kullanan nitelikli personele ihtiyacı olduğu nedenleriyle gerek teknolojik yenilenme gerekse özelleştirme geçerli neden olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir⁹⁵.

Konuyla ilgili Yargıtay kararında, özelleştirme kapsamında bulunan şirketin Bakanlar Kurulu Kararı doğrultusunda yaptığı norm kadro çalışması ve bu çalışma sonunda tespit edilen personel fazlalığı nedeniyle emekliliğe hak kazanan ve emeklilik hakkını kazanan diğer personellerle birlikte iş sözleşmesi feshedilen davacının iş sözleşmesinin feshedilmesinde geçerli sebep bulunduğunu kabul etmiştir⁹⁶.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz, işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde

⁹² Ekmekçi, Ö. "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi ", Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 165–181.

⁹³ Yargıtay 9. H.D., 14.04.2005, E. 2005/10849, K. 2005/13216, Legal İHSGHD, 2005/8, ss. 1731–1732.

⁹⁴ Yargıtay 9. H.D., 18.01.2006, E. 2005/36991, K. 2006/486, Legal İHSGHD, 2006/10, ss. 674–676.

⁹⁵ Yargıtay 9. H.D., 27.03.2006, E. 2006/6187, K. 2006/7600, Legal İHSGHD, 2006/11, ss. 976–977.

⁹⁶ Yargıtay 9. H.D., 04.12.2003, E. 2003/19328, K. 2003/20055, Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 664–665.

kalınarak işletmesel kararlar işverenin tarafından serbestçe alınabilir ve kural olarak yargı denetimi dışında tutulacaktır. Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulamalarına göre; "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 araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu karar 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 kavuşturulmalıdır⁹⁷."

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkündür. Yargıtay kararında örneğin şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir⁹⁸.

Yargıtay kararına göre, kaynakçı olarak çalışırken kum eleme işine verilen işçinin çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirildiği, işverence değişikliğin geçerli nedene dayandığı ya da fesih için başka geçerli bir neden bulunduğu ispatlanamadığı, böyle olunca da feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilerek davanın kabul edilmesi gerekirken reddi hatalıdır⁹⁹.

3.2. İşyeri Dışından Kaynaklanan Sebepler

İşletmenin ekonomik güçlükler içinde bulunması geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. İşletmenin faaliyetindeki önemli ve sürekli düşüşler, ciroda ve siparişlerde azalmalar, müşteri kaybı ve işletmenin durumunu olumsuz olarak etkileyen ekonomik kriz gibi nedenler işletme gerekleriyle geçerli fesih nedenleri olarak sayılabilir. Bu nedenler ortaya çıktığında, artık işyerinde üretim eskisi gibi devam edemeyecektir. Bu nedenlerin yarattığı sorunların giderilmesi amacıyla, örneğin üretim azaltılabilir ya da işyerinin bir bölümü kapatılabilir. Bu da işgücünde

⁹⁷ Yargıtay 9. H.D., 23.03.2008, E, 2008/34202, K, 2008/7718, 28.07.2009, www.legalbank.net

⁹⁸ Yargıtay 9. H.D., 23.12.2008, E, 2008/13026, K, 2008/33685, 28.07.2009, www.legalbank.net

⁹⁹ Yargıtay 9. H.D., 23.12.2008, E, 2008/13026, K, 2008/33685, 28.07.2009, www.legalbank.net

yeni bir yapılandırmaya ve dolayısıyla işgücü fazlalığının ortaya çıkmasına neden olabilir. İşverenin işyerini kapatması da geçerli fesih nedeni olarak kabul edilecektir. Ancak işletme satışlarının, karının veya cirosunun geçici olarak düşmesi veya üretimde hafif bir azalma meydana gelmesi geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmeyecektir¹⁰⁰.

Ekonomik krizin geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için her şeyden önce ekonomik krizin işletmeyi olumsuz şekilde etkilemesi gerekir. Eğer ekonomik kriz işletmeyi olumsuz olarak etkilemiyorsa, salt ekonomik kriz geçerli fesih nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Ekonomik kriz işyerinde üretimin, satışların, siparişlerin ve karın azalmasına neden olmalıdır. Ekonomik krizden bu şekilde etkilenmeyen işyerlerinde, işçi çıkartılması geçerli nedene dayandırılmaz¹⁰¹.

İşletme sürekli zarar etse de işveren aynı şekilde üretime devam ediyor ve işgücü ihtiyacı da aynı kalıyorsa işletme gereği ortaya çıkmaz. Diğer taraftan işletme gereği ile iş sözleşmesinin geçerli nedenle fesih hakkının doğması için mutlaka ekonomik güçlüklerin bulunması gerekmez. Uzun yıllardan beri karlı ve verimli olan bir işletmede işveren, gelecekte de rekabet edebilmek için yeniden yapılanma tedbirleri alabilir. Bunun sonucunda işçinin çalışmaya devam olanağı ortadan kalkıyorsa yine işletme gereği vardır¹⁰².

İşveren işletmesinin verimli, karlı, rekabet edebilir bir işletme olmasını sağlamak amacıyla gerekli kararları alarak işi bu kararlar doğrultusunda düzenleme yetkisine sahiptir. Yolunda gitmeyen işlerin düzenlenmesi amacıyla alınacak kararlar olabileceği gibi, rekabet yeteneğinin korunması ya da arttırılması, daha verimli çalışmak amacıyla işletmenin yeniden yapılandırılması söz konusu olabilir. Bu süreçte bazı çalışanların çalışma olanağının ortadan kalkması söz konusu olabilir. İşletme verimli ve karlı çalışıyorsa ve yeniden yapılandırma da söz konusu değilse işverenin salt ücretlerin düşürülmesi ve dolayısıyla karlılığın arttırılması amacıyla işçi çıkarması geçerli neden olarak kabul edilmeyecektir¹⁰³.

¹⁰⁰ Süzek, s. 445.

¹⁰¹ Süzek s. 446.

¹⁰² Engin, a.g.m. ss. 537-544.

¹⁰³ Süzek, s. 447.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerin takdirinde önemli olan işçi azaltılmasının gerektiren bir durumun ortaya çıkmış olmasıdır. Bu durum yöneticilerin kusurundan da kaynaklanmış olabilir. Örneğin; işletmenin satışlarının azalmasının, yönetimin hatalı kararları nedeniyle ortaya çıkmış olup olmaması geçerli fesih nedeninin tespiti bakımından önemli değildir¹⁰⁴.

İşverenin ekonomik güçlük içinde olması başlı başına geçerli fesih nedeni değildir. Geçerli neden, ekonomik sıkıntının varlığı değil, işverenin ekonomik etkenlere karşı aldığı tedbirler ve bu tedbirlerin sonucunda işçinin çalışma olanağının kaybolmasıdır¹⁰⁵.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenleri konu alan davalarda, işyerine ait ticari sırlarının sakınca yaratmayacak şekilde açıklanmasına, sakınca yaratacakların ise açıklanmamasına dikkat edilmelidir¹⁰⁶.

Hizmet sözleşmesinin işyerinin, işletmenin ve iş gerekleri nedeniyle feshinin değerlendirilmesinde önemli bir unsur işten çıkarılan işçilerin yerine işyerinde bir değişiklik söz konusu olmaksızın aynı nitelikteki iş için ve aynı nitelikte başka işçi alınıp alınmadığıdır. Eğer aynı nitelikte işçiler alınıyorsa yapılan feshin geçerli sayılması söz konusu olmayacaktır¹⁰⁷.

İş sözleşmesinin, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle feshi hususunda belirtilen veya açıklanmaya çalışılan nedenler sınırlayıcı değildir. Her somut olay başlı başına bağımsız mahkemeler tarafından değerlendirilerek belirtilen nedenin geçerli neden sayılıp sayılmayacağı tespit edilecektir. Konuyla ilgili olabilecek bazı Yargıtay kararları aşağıdaki gibidir.

Şirket ile Bakanlık arasında yapılan sözleşmenin işçi açısından bağlayıcı olmayacağı, ödenek yokluğu nedeniyle Bakanlığın verdiği, işletmedeki iş hacminin daraltılması talimatının işverence iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep sayılmayacağı kabul edilerek işe iade kararı verilmiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Ekmekçi, a.g.m. ss. 165-181.

¹⁰⁵ Engin, a.g.m. ss. 537-544.

¹⁰⁶ Ekmekçi, Ö. "4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine", MEES Mercek Dergisi, Ekim 2003, s. 103.

¹⁰⁷ Ekmekçi, a.g.m., ss. 165-181.

¹⁰⁸ Yargıtay 9. H.D., 09.12.2004, E. 2004/9588, K. 2004/26823, Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 737-739.

Davalı işverenin davacının daha önce görev yaptığı bölümde üç yerine iki avukat ile işleri yürütme kararı aldığı, davalı işverenin tutarlı davrandığı, yeni avukat almadığı, üç avukat arasından işten çıkarılacak olanı belirlemede işvereni bağlayan bir kural olmadığı, hukuk hizmetinin üç yerine iki avukat ile yürütülmesi kararının, yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı, dolayısıyla işverenin fesih işleminin, işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedene dayandığı ve davanın reddedilmesi gerektiği kabul edilmiştir.¹⁰⁹

İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerde Yargıtay'ın son çare ilkesi çerçevesinde holding ya da şirketler topluluğu bünyesinde yer alan işletmelerden birinden işçi çıkarılırken diğer işletmelerde istihdam olanağının araştırılmamış olmasını feshi geçersiz kılan bir neden olarak nitelendiren yüksek mahkeme içtihadını isabetli görmenin mümkün olmadığı, çünkü feshe karşı korumada uygulama alanının, kural olarak "işletme" ile sınırlı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹¹⁰

Ekonomik durgunluk ve talep azlığı nedeniyle atıl hale gelen makinelerin satıldığı, makinesi satıldığı için işten çıkarılan işçinin açtığı davada Yargıtay; üçlü vardiya sisteminde fazla mesai yapılmasının mümkün olmadığı, yirmi dört saat çalışılan işyerinde işin başka zamana yayılmasının da söz konusu olmadığı, sözleşmesi feshedilen işçi yerine fesihten önce veya sonra işçi alındığı da ispat edilmediğine göre feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar vermiştir¹¹¹.

3.3. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Sebebiyle Yapılacak Fesihlerde Uyulacak Esaslar

İş Kanunu gerekçesinde belirtildiği üzere fesih yoluna giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına

¹⁰⁹ Yargıtay 9. H.D., 09.02.2009, E, 2009/1186, K, 2009/1832, 28.07.2009, www.legalbank.net

¹¹⁰ Soyer, M.P., "İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme", TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, 02.02.2008, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1675&id=86

¹¹¹ Yargıtay 9. H. D. 12.12.2005, E, 2005/35067 K, 2005/39316, Legal İHGSHD 2006/10 ss, 669–671.

uygun yorum yaparken de sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır¹¹².

Yargıtay da konuyla ilgili olarak ilk kararlarından itibaren feshin son çare olması ilkesine vurgu yaparak, işverenin; işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle fesih yoluna başvurmadan önce İş Kanunu gerekçesinde belirtildiği doğrultuda, öncelikle fazla çalışmaları kaldırmasını, işçinin rızası ile çalışma sürelerini kısaltmasını, işi zaman yaymasını, yani feshi son çare olarak düşünmesini karara bağlamıştır¹¹³. Diğer bir ifadeyle işverenin fesih yoluna başvurmadan esnek çalışma şekillerini uygulaması gerekmektedir.

İş güvencesi uygulamasının henüz başlamadığı, toplu işçi çıkarmanın son derece kolay olduğu bir dönemde 1998 krizi yaşanmış ve işletmeler toplu işçi çıkarma yerine işçi kuruluşlarıyla da anlaşarak başka tedbirlere başvurmuşlar, bir anlamda feshin son çare olması ilkesini uygulamışlardır. Uygulamada kriz döneminde toplu işçi çıkarmayı önlemek amacıyla çalışma sürelerinin kısaltılması, ücretsiz izin ve telafi çalışması yollarına başvurulmuştur. Ancak bu dönemde iş kanununun esnek çalışma ilişkilerine izin vermeyen hükümleri nedeniyle bazı zorluklarla karşılaşmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu esnek çalışma hükümleri ile de önemli değişiklikler sağlamıştır.

3.3.1. Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle yapılacak fesihlerde feshe son çare olarak başvurulması gerektiği İş Kanunu gerekçesinde belirtildiği gibi birçok Yargıtay kararında da kabul edilmiş ve son çare ilkesine uygun hareket edilmemiş olması feshin geçersizliği sonucunu doğurmuştur. Aslında son çare olarak fesihden önce başvurulacak yöntemlerin tümü çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratmaktadır.

İş K. 22. md. çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklerin hangi prosedür doğrultusunda yapılacağını ve sonuçlarının neler olabileceğini düzenlemiştir. Madde hükmüne göre; iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile ya da

¹¹² İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

¹¹³ Yargıtay 9. H.D., 08.07.2003, E, 2003/12442, K, 2003/13123, Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 230-232.

işyeri uygulamalarıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişikliklerin işçiye yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Yazılı olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yine yazılı olarak kabul edilemeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Değişiklik önerisini yazılı olarak ve süresi içinde kabul etmeyen işçiye karşı işveren, değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda iş güvencesi hükümlerine göre feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle dava açabilecektir.

İş Kanunu madde gerekçesinde “... belirli süreli bir iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma, dolayısıyla bu nedenle sözleşmeyi feshetme hakkı olmayacaktır.” ifadesi yer almıştır. Ayrıca maddenin amacı, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanması olarak açıklanmıştır¹¹⁴.

İş K. 22. md.’de düzenlenen çalışma koşullarında değişiklik yapılmasıyla ilgili hükümlerin iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilere de uygulanması gerektiği söylenebilir¹¹⁵.

Çalışma koşullarındaki değişiklik tebliğinin işçilere topluca genel bir ilan şeklinde değil de her işçiye ayrı ayrı olmak üzere yazılı biçimde yapılması gerekir¹¹⁶.

Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan tasarıda yer alan, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu tarafından da aynen benimsenen ve “İşverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkı saklı tutulduğu hallerde ve belirli süreli iş sözleşmelerinde yukarıdaki hükümler uygulanmaz. Ancak belirli süreli iş sözleşmesinde işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkı saklı tutulmamışsa, işçi rıza göstermedikçe, işveren belirlenen şartları süre sonuna kadar uygulamakla yükümlüdür¹¹⁷.” şeklinde yer alan hüküm, Mecliste hiç

¹¹⁴ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

¹¹⁵ Süzek, s. 499.; Çelik, s. ; Aksi Görüş, Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 180.

¹¹⁶ Çelik, a.g.k. s. 233; Yenisey, a.g.m. s. 127.

¹¹⁷ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

görüülmemiştir¹¹⁸. Tasarıda yer alan ancak görüşülmeden tasarıdan çıkarılan hüküm nedeniyle; yapılan bir anlaşma sonucunda, işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının saklı tutulması olanağının ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı öğretilerde tartışmalıdır.

Bazı bilim adamlarınca iş sözleşmesinde, genel bir biçimde, işverene çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisi verilmesini öngören bir düzenlemenin geçerli olmayacağı savunulurken,¹¹⁹ bazı bilim adamları da işverene değişiklik yapma yetkisi verilmesinin hukuki bir engeli olmadığı savunulmaktadır¹²⁰.

Yargıtay'ın kararına göre, tarafların yaptığı iş sözleşmesinde gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair hüküm bulunabilir. Bu durumda işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Böylece işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olur. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. Aksi halde sözleşme hükmü işçinin iş sözleşmesini feshetmesini sağlamak amacıyla sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir¹²¹.

Çalışma koşullarında değişikliği suskunlukla karşılayan işçinin davranışına ne anlam yükleneyeceği de öğretilerde tartışmalıdır. Ancak yasadaki "... işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz." açık hükmü karşısında sadece işçinin suskunluğuna değer vererek çalışma koşullarının değiştirildiğini kabul etmek doğru olmayacaktır¹²². Tabii ki işçinin suskunluğu sonucunda çalışma koşullarının değiştirilmesi durumunda, konunun bir anlaşmazlık olarak yargı önüne gelmesi de son derece zayıf bir olasılıktır.

¹¹⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Cilt 13, Yasama Yılı 1, 76. Birleşim, 28.08.2009. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=9445&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=83

¹¹⁹ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 181,

¹²⁰ Yenisey, K. D., "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", T.T.S.Ç.C.S.İ.S., III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 119.

¹²¹ Yargıtay 9. H.D., 23.12.2008, E, 2008/13026, K, 2008/33685, 28.07.2009, www.legalbank.net

¹²² Çelik, s. 233; Akyiğit, s. 169;

Yine aynı Yargıtay kararında örnek verilerek; yazılı olarak bir kabul olmasa bile işçinin değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul ettiği anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde de, işçinin bu davranışının, İş K. 22. md. anlamında çalışma koşullarının anlaşma yoluyla değiştirilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek, işyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması bu duruma buna örnek olarak gösterilmiştir.¹²³

Yargıtay kararında işverenin yönetim hakkının bazı durumlarda geniş biçimde değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek; yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında işçinin işverenin göstereceği her türlü işi, iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dahilinde yerine getirmek zorunda olduğu kabul edilerek, zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılmasının işçinin kabulüne bağlı olmadığı ve yasal sınırlar gözetilerek işçinin işverence verilecek talimatlara uyması gerektiği kabul edilmiştir¹²⁴.

İşçinin çalışma koşullarında değişik ile ilgili kabulü, sadece bu işlem yönünden geçerlidir. Başka bir ifadeyle, işveren, işçinin bir kez vermiş olduğu değişiklik kabulünü, daha somaki dönemlerde başka değişiklikler için kullanamaz.¹²⁵

İş K. 22/2 md. gereği çalışma koşullarında yapılan değişiklikler geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.

3.3.2. Ücretsiz İzin Uygulaması

Fesihden önce uygulanabilecek daha hafif tedbirler işletmesel kararın niteliğine ve amacına göre farklılaşabilir. Örneğin ekonomik güçlükler ve öngörülme haller nedeniyle işveren geçici bir süre için işçinin edimini kabul edemeyerek temerrüde düştüğü durumlarda işveren doğrudan iş sözleşmesini feshedemeyeceği için, temerrüdü sona erdirmenin tek yolu tarafların karşılıklı kabulüyle sözleşmenin askıya alınmasıdır. Umulmayan hallerde tarafların karşılıklı rızasıyla ortaya çıkan bu durum uygulamada ücretsiz izin olarak adlandırılmaktadır.

¹²³ Yargıtay 9. H.D., 23.12.2008, E, 2008/13026, K, 2008/33685, 28.07.2009, www.legalbank.net

¹²⁴ Yargıtay 9. H.D., 23.12.2008, E, 2008/13026, K, 2008/33685, 28.07.2009, www.legalbank.net; Yargıtay 9. H.D., 12.02.2009, E, 2007/36366, K, 2009/2936, 28.07.2009, www.legalbank.net; Yargıtay 9. H.D., 02.04.2009, E, 2007/41138, K, 2009/9238, 28.07.2009, www.legalbank.net

¹²⁵ Yargıtay 9. H.D., 23.12.2008, E, 2008/13026, K, 2008/33685, 28.07.2009, www.legalbank.net; Yargıtay 9. H.D., 02.04.2009, E, 2007/41138, K, 2009/9238, 28.07.2009, www.legalbank.net

Ücretsiz izin hukuki niteliği itibariyle aynı zamanda çalışma koşullarında esaslı değişikliktir ve esaslı değişiklik usulüne tabidir. Ücretsiz izin, sözleşme koşullarında bazı değişiklikler yapılarak fesihden önce uygulanabilecek bir tedbir, sözleşmenin değişik koşullara uyarlanarak devamını sağlayabilecek bir yöntemdir. Ancak ücretsiz izin aynı zamanda işverene ait olan işletme riskinin işçiye yüklenmesi anlamına da gelmektedir. İş sözleşmesinin niteliğine aykırı olan işletme riskinin işçi tarafından yüklenilmesi ancak geçici ifayı kabul engelinin bulunması ve işçinin hukuken geçerli kabulüyle mümkün olabilir. Bu riski üstlenmesi nedeniyle işçi ücret, kıdeme bağlı haklar ve sosyal sigorta hakları gibi sosyal ve ekonomik bazı haklarından fedakârlık yapmaktadır¹²⁶.

1475 sayılı İş Kanununun uygulandığı dönemde özellikle kötü niyetli işverenler tarafından, ücretsiz izin uygulaması iş sözleşmesini işçiye feshettirmenin bir yolu olarak görülmüş ve bu amaçla kullanılmıştır. İşverenler uzun süreli ücretsiz izin uygulamalarıyla gerçekte fesih iradelerini, ücretsiz izin görüntüsünün arkasına gizlemeye çalışmışlar, Yargıtay da bu dönemdeki kararlarıyla işçinin uzun süreli, ücretsiz izne çıkartılmasının iş sözleşmesinin usulsüz fesih anlamını taşıdığına hükmetmiştir.

Yine 1475 sayılı İş Kanununun uygulandığı dönemde Yargıtay ücretsiz izin önerisini kabul etmeyen işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshettiği yönünde kararlar veriyordu. Bu yöndeki içtihat yeni yasa ile birlikte geçerliliğini yitirmiştir. Çünkü 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. md.'si çalışma koşullarından esaslı değişikliğin (ücretsiz izin) işçiye yazılı olarak bildirilmesini ve işçinin yazılı kabulünü istediğinden ve işçinin değişikliği kabul etmemesi durumunda işverenin geçerli neden göstererek gerekli tazminatları ödeyerek süreli fesihle bulunmasını öngörmektedir. Bu durumda işçi feshin geçersiz olduğu iddiasıyla dava açabilecektir. Yasanın açık hükmü karşısında işçinin dava açmasının haklı nedenle fesih olarak nitelendirilmesi artık mümkün değildir.¹²⁷

Umulmayan haller nedeniyle uygulanan ücretsiz izin hukuka uygun bir uygulama olduğu gibi feshin son çare olması ilkesi gereği, fesihden önce

¹²⁶ Engin, a.g.m. ss. 537-544

¹²⁷ Gumbüşoğlu, R., "İşletme Gereklere, Ücretsiz İzin, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve Sözleşmenin Feshi", Legal İHSGHD, 2006/16, ss. 1408- 1418. (1414)

başvurulması gereken bir alternatiftir. Ücretsiz izin önerisini haklı gösteren bir geçici ifayı kabul engeli varsa fesih iradesinden söz etmek mümkün değildir¹²⁸.

Ücretsiz izin hukuki niteliği itibariyle aynı zamanda çalışma koşullarında esaslı değişiklik kabul edildiğinden, İş K. 22. md. hükümlerine tabidir. Madde hükmüne göre işveren çalışma koşullarında esaslı değişiklikleri ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. Aksi halde işçi mevcut sözleşme şartlarına göre çalışmaya devam edecektir.

İşverenin değişiklik önerisini yazılı yapma zorunluluğu aynı zamanda önerinin ayrıntılı bir şekilde olmasını da gerektirir. Bu nedenle işveren muhtemel ücretsiz izin süresini de yazılı değişiklik önerisinde belirtmek zorundadır. İşçinin değişiklik önerisini kabul ettiği takdirde sözleşme belirtilen süre için ve belirtilen süre kadar askıya alınmış olur. Yargıtay, çeşitli kararlarında olayın niteliğine göre altı ay, sekiz ay ve on bir ay devam eden ücretsiz izin sürelerini makul süreler kabul etmiştir¹²⁹.

3.3.3. Çalışma Sürelerinin Kısaltılması

Kriz dönemlerinde işverenlerin başvurabileceği yollardan biri de çalışma sürelerinin kısaltılmasıdır. İş K. 65. md. gereği genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltan işveren, durumu derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirmek zorundadır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca da talebin uygun olup olmadığı belirlenir.

Kanunda kısa çalışma yaptırılacak haller, genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebepler olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla işverenler zorlayıcı sebep dışında ancak ülke çapında ekonomik kriz yaşanması durumunda kısa çalışma yoluna

¹²⁸ Engin, a.g.m. ss. 537-544

¹²⁹ Engin, a.g.m. ss. 537-544

başvurabilecektir. Sadece işyerine özgü veya sektörel bir kriz döneminde kısa çalışma yapılmasını haklı gösteren bir neden yoktur¹³⁰.

Belirtilen nedenlerle işyerinde geçici olarak en az dört hafta işin durması veya kısa çalışma hallerinde işçilere çalıştırılmadıkları süre için işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği ödeneceği, kısa çalışma süresi, zorlayıcı sebebin devamı süresini ve herhalde üç ayı aşamayacağı yine İş K. 65. md. 2. f.'da düzenlenmiştir.

Yargıtay kararlarında da baştan beri tutarlı ve kararlı bir şekilde feshin son çare olması ilkesinin vurgulandığı, fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimlerinin uygulanması, işçiyi başka işlerde ve başka yerlerde çalıştırarak, gerekirse meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı varsa fesih yoluna başvurulmaması gerektiği değerlendirilmektedir¹³¹.

3.3.4. Telif Çalışması Uygulamaları

Yasaya aykırı olmasına rağmen, 1475 sayılı İş Kanununun uygulandığı dönemde tarafların anlaşması ile ulusal bayram ve genel tatil günleri öncesi telif çalışmaları yaptırılıyordu. Ancak, bu durum hukuki bir uyuşmazlık olarak genellikle yargı önüne gelmiyordu. 4857 sayılı İş Kanununun kabulü ile telif çalışması yaptırılabilmesi yasal zemine kavuşmuş oldu.

İş K. 64. md. gereği zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatil günlerinden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işverene iki ay içinde çalışılmayan süreler için telif çalışması yaptırama olanağı tanındı. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma da sayılmayacağı için karşılığında ücret ödenmesi de söz konusu olmayacaktır.

İş durması için gerekli zorunlu nedenleri zorlayıcı (mücbir) neden olarak algılamamak gerekmektedir. Önceden öngörülemeyen ve önlenemeyen zorlayıcı nedenlerin meydana gelmesi (yangın, deprem, sel, savaş vb.) işyerinde işlerin

¹³⁰ Eyrenci, Ö., “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme” Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 15–55.

¹³¹ Yargıtay 9. H.D 08.07.2003, E. 2003/12442 K. 2003/1312 Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 230–231; Yargıtay 9. H.D., 20.12.2004, E, 2004/14475, K, 2004/28303, Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 726–727; Yargıtay 9. H.D., 16.12.2004, E, 2004/27003, K, 2004/27998, Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 728–730.

durmasına neden olmuşsa, işveren telafi çalışması yaptırabilir¹³². Telafi çalışması yaptırılabilmesi için işlerin ne kadar durması gerektiği ile ilgili yasada bir düzenleme yoktur.

Telafi çalışması yaptırılacak diğer bir durum işçinin izin istemesi halidir. İşçi izin talebinde bulunur ve işveren de bunu kabul ederse, izin karşılığı telafi çalışması yaptırılabilir. İhtilaf halinde işçiye telafi çalışması karşılığında izin verildiğini ispat görevi işverendedir¹³³.

Telafi çalışması yapılarak, ulusal bayram ve genel tatil günlerinden önce veya sonra işyerlerinin tatil edilmesi işverenin kararı ile olabileceği gibi, işçilerin talebi üzerine de uygulanabilir.

3.3.5. Son Çare İlkesi (Ultima-Ratio İlkesi)

Kanun metninde feshin son çare olarak başvurulması gereken bir yol olduğu ile ilgili bir hüküm yoktur. Ancak kanun gerekçesinde¹³⁴, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle¹³⁵ sözleşmenin feshi yoluna giderken, işverenden beklenenin feshe en son çare olarak bakması ve geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken de sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılması gereğinden bahsedilmektedir.

Feshin son çare olması ilkesi aynı zamanda MK 2. md.'deki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından çıkarılabilecek, çeşitli hukuk sistemleri tarafından da kabul edilmiş bir ilkedir¹³⁶.

İşverenin geçerli bir fesih yapabilmesi için geçerli nedenlerin varlığı yanında, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için, feshi önleyecek daha hafif önlemlere başvurulması ve bunların yetersizliği halinde feshin son çare olarak uygulanması gerekir. Yani fesihle ulaşılmak istenen sonuca, sözleşmeyi sona

¹³² Eyrenci, a.g.m. s. 47.

¹³³ Eyrenci, a.g.m. s. 47.

¹³⁴ İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

¹³⁵ Çelik, İş Güvencesi, s. 28.

¹³⁶ Alpagut, a.g.m. s. 226.

erdirmeyen başka önlemlere başvurarak ulaşmak mümkünse yapılan fesih geçersiz sayılacaktır¹³⁷.

Feshin son çare olması ilkesinin sınırını işletmesel amaç belirler. İşverenden beklenen ancak işletmesel amaca ulaşmak için fesihle aynı ölçüde elverişli tedbirleri almaktır. Buna karşılık işverenden aşırı masraflı, işletmesel karar özgürlüğüne müdahale olarak görülebilecek taleplerde bulunulmamalı, işçiye iş yaratması beklenmemelidir¹³⁸.

İşyerinde işletme gerekleriyle süreli feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere örnek olarak; bir başka işte veya işletmenin diğer işyerinde çalıştırılması, fazla çalışmalardan vazgeçilmesi, işçilerin onayı ile çalışma sürelerinin ve ücretlerin düşürülmesi, ücretsiz izne çıkarılması, meslek içi eğitime tabi tutarak yeni teknolojiyi kullanabilecek duruma getirilmesi gibi önlemler sayılabilir. Ancak işçiye sağlanacak eğitimlerin aşırı pahalı olmaması ve işçiye gerekli vasıfları kazandırabilecek nitelikte olmalıdır¹³⁹.

Fesihden önce son çare olarak başvurulabilecek ücretsiz izin, çalışma sürelerinin ve ücretlerinin azaltılması, başka bir işte veya başka bir işyerinde çalıştırma gibi seçenekler aynı zamanda işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu seçeneklerin uygulanabilmesi için işverenin yazılı önerisi ve işçinin yazılı onayı gerekmektedir. Değişiklik önerileri kabul edilmeyen işveren, bu gerekçelerle iş sözleşmesini feshetmek durumunda kaldığında, değişikliklerin geçerli nedene dayandığını ispatlamak zorundadır. Aksi halde, geçersiz feshin hukuki sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır¹⁴⁰.

Federal Mahkemenin kararlarında ise feshin ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından, ister işyeri gereklerinden kaynaklansın, ister geçerli veya haklı bir nedene dayansın, feshin son çare olarak değerlendirilmesi, bu yola başvurmadan önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz şartlarda çalıştırılması

¹³⁷ Süzek, s. 449.

¹³⁸ Engin, M. "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi", Legal İHSGHD, 2004/2, ss. 537-544.

¹³⁹ Süzek, s. 450.

¹⁴⁰ Süzek, s. 450.; Engin, a.g.m. ss. 537-544.

olanağının aranması gerektiği belirtilmiştir¹⁴¹. Almanya Feshe Karşı Koruma yasasının § ½ hükmüne göre, işyeri gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, bu tür feshe yol açan nedenin işyerinden kaynaklanan kaçınılmaz nedenlerden kaynaklanması gerektiği ve işçinin aynı işyerinde veya aynı işletmenin başka bir işyerinde çalıştırma olanağının araştırılması gerekmektedir. Gerektiğinde iş koşullarının değiştirilmesi veya işçiden beklenebilecek bir geliştirme eğitimi veya yeni iş eğitim olanakları sağlanmaya çalışılmalıdır. İşveren bu çarelere de başvurmasına rağmen iş sözleşmesinin devam ettirilmesi işverenden beklenemeyecekse, ancak o zaman fesih son çare olarak sayılacaktır¹⁴².

Bir başka kararında Yargıtay, norm kadroya göre daha az sayıda işçi çalışan işyerinde, emekliliği hak eden işçisinin sözleşmesini fesheden işveren kararı karşısında “Fesih en son çare olarak düşünülmelidir. İstihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir. Davalı kuruluş bu tür uygulamalara başvurmamış aksine işçi istihdamından kaynaklanmayan gider artırıcı uygulamalara neden olmuştur¹⁴³.” gerekçesiyle, işe iade kararı vermiştir. Ancak bu karar, feshin son çare olması ilkesinin işverene teknolojiyi yenileyerek işçiyi işyerinde çalıştırma zorunluluğu getirmeyeceği, ekonomik yönden zarar eden işletme sahibinin, Pazar payını arttırmak için önlem alıp almamasının teşebbüs özgürlüğü ile ilgili olduğu, bu tür kararların dayanağının feshin son çare olması ilkesine dayandırılmasının yerinde olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴⁴.

Bir başka kararında Yargıtay, işverenin amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmeye ilişkin kararlar alabileceği, ancak, bu karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerektiği, yani fesih işleminin, feshin son çare olması ilkesi doğrultusunda denetime tabi tutulması gerektiğini kabul etmiştir¹⁴⁵.

¹⁴¹ Ulucan, D., İş Güvencesi, T.T.S.Ç.C.S.İ.S. Yayını, İstanbul, 2. Baskı, s. 43'ten BAG 30.03.1978. AQP Nr. 70 zu 6626 BCG.

¹⁴² Ulucan, İş Güvencesi, s. 44.

¹⁴³ Yargıtay 9. H.D. 29.12.2003, E. 2003/23204, K. 2003/22988, 29.07.2009, www.legalbank.net

¹⁴⁴ Alpagut, a.g.m. s. 230.

¹⁴⁵ Yargıtay 9. H.D. 19.09.2005, E. 2005/25448, K. 2005/30362, 29.07.2009, www.legalbank.net

Yargıtay, işverenin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorunda olduğunu, iş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinin, işverenin tekelinde olmadığını, bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliğinin de denetlenmesinin gerektiğini kabul etmiştir. Feshin kaçınılmazlığının ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, yani feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılması gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁶.

Yargıtay kararına göre, değişiklik feshinde geçerli neden denetiminin iki aşamalı olarak yapılması gereğinden bahsedilmektedir. Birinci olarak iş sözleşmesindeki değişiklik yapılmasını gerektiren bir neden olmalıdır. Yani, sözleşme değişikliğine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gerekir. İş Kanunu'nun 18. md.'de belirtilen geçerli nedenlere ilişkin denetim burada da yapılmalıdır. Yapılacak denetimde, geçerli bir nedenin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren geçerli nedenin varlığını durumunda bu kez fiilen teklifi edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilir beklenemeyeceğinin denetiminin yapılması gerekir. Değişiklik teklifi, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır¹⁴⁷.

Başka bir kararında da Yargıtay, feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararının aranmasını, istihdamı engelleyen durumun araştırılmasını, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediğini, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığının (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığının (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin

¹⁴⁶ Yargıtay 9. H.D. 14.04.2008, E. 2008/6675, K. 2008/8347, 27.07.2009, www.legalbank.net .

¹⁴⁷ Yargıtay 9. H.D., 23.12.2008, E. 2008/13026, K. 2008/33685, 28.07.2009, www.legalbank.net

kaçınılmaz olup olmadığının (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁸.

Fesihden önce temsil ve tanıtma giderlerinin azaltılması, temsil edenlerin telefon ücretlerinde tasarrufa gidilmesi gerektiği, bu önlemlere uyulmadığı için feshin geçersizliğine karar verildiği bir Yargıtay kararı ile ilgili olarak da feshin son çare olması ilkesinin hatalı yorumlandığı, verimli bir işletme için alınması gereken önlemlerin feshin son çare olması ilkesi ile ilgili olmadığı, ilkenin salt sınırlı olarak çalışma düzenine ilişkin önlemleri kapsadığı eleştirisi yapılmıştır¹⁴⁹.

Feshin son çare olması ilkesi ile ilgili yargı kararları hakkında getirilen bir eleştiri şöyledir. “Feshe karşı koruma hukukunda geçerliliği tartışmasız biçimde kabul edilen feshin son çare olması prensibinin uygulanmasında da çok dikkatli olmak gerekmektedir Bu ilkenin en önemli işlevi, işverenin, menfaatlerini daha hafif önlemlerle gerçekleştirme olanağına sahip bulunmadığı takdirde iş sözleşmesini feshetme yoluna gidebilecek olmasıdır. Oysa pek çok kararda, son çare ilkesi gerekçe gösterilerek, fesihle aynı derecede etkili olup olmadığı hiç tartışılmaksızın, işverene daha hafif önlem seçme konusunda sınırsız bir yükümlülük getirilmektedir. Özellikle, pek çok kararda işçinin işten çıkarılmak yerine işyeri veya işletmedeki boş çalışma yerinde istihdam edilmesi istenirken, boş çalışma yeri olup olmadığına; varsa, işçinin boş olan çalışma yerinin gerektirdiği özellikleri taşıyıp taşımadığına çoğu kez dikkat edilmemektedir¹⁵⁰.”

Yargıtay kararları incelendiğinde son çare ilkesinin uygulanmasının düzenli bir şekilde arandığı görülmektedir. Ancak işverenin her fesih olayında bu önlemleri sırasıyla dikkate alması ve gerekeni yapması ve bunu kanıtlaması gerektiği söylenemeyeceği, gerekçede de zaten bir beklentiden söz edildiği, bu konuda bir zorunluluk ön görülseydi bu ilkelere yasa metni içinde yer verilirdi gerekçesiyle eleştirilmektedir. Eleştiri gerekçesi de konu hakkındaki Almanya uygulamalarıdır. Alman feshe karşı koruma yasasında da benzer ilkelere yasa hükmü olarak açıkça yer verilmiş olmasına karşın her seferinde bütünü ile ve sıra ile fesih öncesi her birine

¹⁴⁸ Yargıtay 9. H.D. 14.04.2008, E. 2008/9760, K. 2008/8359, 27.07.2009, www.legalbank.net

¹⁴⁹ Alpagut, a.g.m. s. 230.

¹⁵⁰ Soyer, M.P., “İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme”, TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, 02.02.2008, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1675&id=86

ayrı ayrı uyulduğu veya bu yönde önlemlerin tamamının tüketildiğinin kanıtlanmasının aranmadığı, işverenden fesih işlemine mümkün olduğu ölçüde en son çare olarak gitmesi ve aksinin ileri sürülmesi halinde bunu kanıtlaması beklenmektedir¹⁵¹

Bir başka eleştiri konusu da feshin son çare olması ilkesinin yasal bir zorunluluk olmaması, sadece madde gerekçesinde yer verilmesi nedeniyle örneğin işyerinin bir bölümü kapatıldığında, işverenin burada çalışan işçilere bir başka bölümde görev teklif etme veya eğitim vererek bir başka bölümde çalışacak niteliklere sahip olmasını sağlamak, işi zamana yaymak, çalışma sürelerini kısaltmak gibi yükümlülükleri bulunmaması gerektiği hususunda yapılmıştır¹⁵².

3.3.6. Sosyal Seçim Şartı

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden dolayı işçi çıkarılması toplu işçi çıkarma dâhil birçok kişi ilgilendiren bir durumdur. Böyle bir durumda, işveren aynı işi gören, aynı vasıftaki işçilerden bazılarını çıkarırken ne ölçüde serbest olabilecektir? Ya da istediği işçiyi çıkarmakta serbest midir?

Sosyal seçim teknik bir kavramdır ve özel bir anlamı vardır. Sosyal seçim benzer konumda olan çok sayıda işçi arasından işyerinden kaynaklanan nedenlerle sözleşmesi feshedilen işçilerin bir kısmının seçilmesi ile ilgilidir. Burada kendine özgü kıdem, emekliliğe hak kazanmış olma gibi işverenin gözetim yükümlülüğü çerçevesinde yasal bir zorunluluk olmamasına rağmen uygulaması beklenen bir takım kriterler söz konusu olabilir. Bu seçimin tekniği son çare ilkesinin uygulanmasından daha farklıdır ve iş sözleşmesi feshedilecek işçinin kendi konumu ile ilgilidir. İş Kanunu'nun 18. maddesinde ve gerekçesinde belirtilen kriterler veya benzerleri burada uygulama alanı bulur. Burada işverenin iş sözleşmesini feshetmeden hangi işçiyi başka bir işte çalıştırıp çalıştırmayacağına veya fazla çalıştırmaları kaldırması halinde hangi işçileri bu uygulama alanına alacağı, hangi bakımından böyle bir uygulama yapılmayacağına karar vermesi de sonuçta bir seçimi gerektirir. Bütün bunların yanında işverenin işletmesi için vazgeçemeyeceği iş görme

¹⁵¹ Ulucan, D., "İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", Legal İHSGHD, 2007/14, ss. 498-508.(501)

¹⁵² Ekmekçi, a.g.m. ss. 165-181.

kapasitesi yüksek olduğuna inandığı işçileri seçerek diğerlerinden ayırması ve işyerinde tutma kararı almasıdır.¹⁵³

Alman Feshe Karşı Koruma Kanununa göre on işçiden fazla işçi çalıştıran işyerlerinde bir işveren, zorunlu iş yeri gereklerinden kaynaklanan nedenlerle işçilerin bir bölümünün iş sözleşmesini feshetme zorunda ise o takdirde bir seçim yapmak zorundadır¹⁵⁴. İşveren bu seçimi yaparken aynı nitelikteki işçiler arasında işçinin kıdemini, yaşını, bakmakla yükümlü olduklarının ve ağır engelli olması durumunu dikkate almak zorundadır. Bu durumun hiç veya yeteri kadar dikkate almazsa fesih işlemi sosyal açıdan geçersiz sayılır. Bir başka kurala göre de işveren böyle bir seçim yapmak zorunda bulunduğu durumlarda işverene bilgi ve becerileri bakımından vazgeçemeyeceği işçileri sosyal seçim dışında tutma olanağı sağlamaktadır. Ayrıca fesih sırasında sosyal seçim ilkelerine uyulduğunu kanıtlama zorunluluğu işverende değildir. Sosyal seçim ilkelerine uyulmadığını iddia eden işçi iddiasını ispat etmek zorundadır¹⁵⁵.

İş Kanunumuzda ise böyle bir düzenleme yoktur. Sadece madde gerekçesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında emeklilik yaşının gelmiş olması sayılmıştır. Bunun dışında işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden dolayı fesihte, iş sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin seçimi ile ilgili herhangi bir örnek veya düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak toplu iş sözleşmelerine, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesi için belirli kriterlerin konulması mümkündür. Zaman zaman toplu iş sözleşmelerinde, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesiyle ilgili örneğin, öncelikle son giren ilk çıkar, daha sonra emeklilik hakkını elde eden, disiplin suçu işleyen, verimi düşük olan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilir gibi hükümlerle karşılaşmak mümkündür. Bu tür bir hükmün varlığı halinde işverenin, seçim özgürlüğü sınırlanmaktadır.

Yargıtay kararında işveren tarafından işten çıkarılacak işçiler seçilirken; iş yerinde aynı işi üstlenen işçilerin karşılaştırılması, ayrıca işçiler arasında verimi, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme,

¹⁵³ Ulucan, D., "İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", Legal İHSGHD, 2007/14, ss. 498- 508. (508)

¹⁵⁴ Çelik, İş Güvencesi, s. 32., Ulucan, D., "İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", Legal İHSGHD, 2007/14, ss. 498-508.(499)

¹⁵⁵ Ulucan, D., "İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", Legal İHSGHD, 2007/14, ss. 498-508.(499)

kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıranın göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekmiş sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığının saptanması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁵⁶

Yasada yer almamasına rağmen Yargıtay kararlarında iş sözleşmesinin sosyal seçim kriterlerine uygun olarak feshin gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yargıtay toplu iş sözleşmesinde yer alan, işçilerin belirli bir yaşa gelmeleri durumunda, taraflardan birinin iş sözleşmesini tek taraflı olarak feshedebileceği, hükmü doğrultusunda iş sözleşmesi feshedilen işçinin açtığı davada "...işgücü fazlalığının giderilmesinde belirli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanmış bulunma iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilirse de uygulamanın genel ve objektif bir şekilde yapılması, işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamaları bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmektedir. ... Davalı işverenin yaş ile ilgili düzenlemeyi genel olarak işyerinde objektif bir şekilde tüm işçilere uyguladığı takdirde feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir¹⁵⁷. " şeklindeki kararı ile TİS hükümleriyle de sosyal seçim kriterlerinin taraflarca belirlenebileceğini kabul etmiştir.

Yargıtay'ın sosyal seçim kriteri uygulanması yönündeki içtihadı ise ayrıca öğreti tarafından işletme gereklerine dayanan fesih nedenleri mevcut olduğu halde, işten çıkarılan davacı işçiler yerine, daha az korunmaya lâyık olduğu düşünülen bir başka işçinin işten çıkarılmamış olması nedeniyle tüm fesihlerin geçersiz sayılarak işe iade kararı verilebileceği, böyle bir sonucun ise, hukuk güvenliği ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. İşçiye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Ulucan, D., "İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", Legal İHSGHD, 2007/14, ss. 498-508.(500)

¹⁵⁷ Yargıtay 9. H.D. 18.12.2006, E. 2006/26214 K. 2006/33181 Legal İHSGHD, 2007/15, ss. 1086-1088.

¹⁵⁸ Soyer, M.P., "İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme", TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, 02.02.2008, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1675&id=86

III. BÖLÜM

GEÇERLİ FESİH NEDENLERİNİN YOKLUĞU

VE İŞE İADE

İş sözleşmesi çeşitli şekillerde sona erdirilebilir. Ancak işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkına sahipse ve iş sözleşmesinin feshedilmesi için haklı ve geçerli nedenler yoksa buna rağmen işçinin sözleşmesi feshedilmişse, işe iade davası açabilecek ya da taraflar anlaşırsa özel hakeme başvurabilecektir.

İş güvencesi ile ilgili hükümlerin amacı işçi çıkarılmasının yasaklanması değildir. Esas itibarıyla yasanın amacı keyfi olarak işe son vermelerin ve işçinin bir hakkını kullanması nedeniyle işten çıkarılmasının engellenmesidir. Bu nedenle de iş güvencesi hükümlerinin işvereni verimsiz işçiyi çalıştırmaya veya yeterli sayının üzerinde işçi çalıştırmaya zorlayan bir sonuç doğuracak tarzda yorumlanmaması gerekir. Bunun gibi 4773 ve 4857 sayılı kanunların amacı çalışma hayatının sonu olmayan bir karmaşaya sürüklenmesi ve işverenin ekonomik kararlarının da tamamen yargı denetimine bırakılması değildir¹.

İş Kanunu iş güvencesi ile ilgili düzenlemelerin sadece işe iade hakkı çerçevesinde değerlendirilmesini istemektedir. Kanun işçiye işe iade ya da tazminat taleplerinden birini seçme olanağı tanımamaktadır. İşçi mahkemeden sadece feshin geçersizliği durumunda işe iadesini ve boşta geçen dört aya kadar zamana ilişkin ücret talep edebilecektir. İşe iadeyi yerine tazminat talebinde bulunması söz konusu olamayacaktır. Aynı durum mahkeme açısından da geçerlidir. Mahkeme de işe iade yerine tazminata hükmedemez. Mahkeme feshin geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna vardığı takdirde, işçinin işe iadesi ile birlikte dört aya kadar ücret ve ancak işe iadenin işverence kabul edilmemesi koşulu ile tazminata hükmedebilir. Yoksa işçinin talebi veya iadenin işe yaramayacağı kanaati ile tazminata hükmetmesi mümkün değildir².

¹ Ekmekçi, a.g.m., ss. 165-181.

² Ekmekçi, a.g.m. ss. 178-179.

1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE USUL

1.1. Feshin Yazılı Olarak Yapılma Zorunluluğu

4857 sayılı İş K. 19. md. 1. f. hükmüne göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak...zorundadır.

Yasa hükmünün açık olarak belirttiği şekliyle feshin yazılı yapılması zorunluluğu bir geçerlilik şartıdır. Yazılı şekilde yapılmayan fesih bildirimini herhangi bir araştırmaya gidilmeksizin geçersiz sayılacaktır³.

İş sözleşmesinin yazılı olarak feshedilmesi zorunluluğu sadece iş güvencesi kapsamına giren yerlerde ve kişilerde geçerli olacaktır. İş güvencesi kapsamı dışındaki işyerlerinde ve kişilere karşı yapılacak fesihlerde bildirim yazılı olarak yapılması zorunluluğu aranmayacaktır. Yazılı bildirim şartı hem haklı hem de geçerli nedenle fesihlerde aranacaktır. Bu zorunluluk İş Kanununda özel önem verilen yargılamanın kısa tutulması amacının gerçekleşmesine de katkıda bulunacaktır⁴.

Yargıtay, işverenin fesih iradesi ile ilgili olarak, kullanılan ifadenin son derece açık ve seçik olması gerektiğini belirterek; işçinin, iş sözleşmesinin sona erdirildiğini açıkça anlamasını, fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirme iradesinin yanında ayrıca, sona erme zamanının da yeteri kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olması şartını aramaktadır. Fesih bildiriminde fesih sebeplerinin de yazılı olması ve işverence fesih bildirimini ile gerekçelerini kapsayacak şekilde imzalanması gerekir. İşveren, fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında, ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe de dayanamaz⁵.

Yargıtay; İş K. 17. md. hükümlerine göre sözleşmesi feshedilen işçinin, adına yatırılan tazminatları bankadan çektiği anda fesihten haberdar olduğu ve haberdar olma tarihinden dava açma tarihine kadar bir aylık hak düşürücü süreyi geçirdiği gerekçesiyle davanın reddine karar veren mahkeme kararının temyizi sonucunda, davacı işçiye yapılan yazılı bir fesih tebligatı bulunmadığı ve 4857 sayılı İş

³ Süzek, s. 468, Çelik, İş Güvencesi, s. 38.

⁴ Süzek, s. 468, Alpagut, a.g.m. s. 237, Ulucan, İş Güvencesi, s. 73.

⁵ Yargıtay 9. H.D. 24.09.2008, E. 2008/2909, K. 2008/24572, 28.07.2009, www.legalbank.net

Kanununun 19/1 maddesindeki bildirim yazılı yapılması kuralına uyulmadığı gerekçesiyle ilgili mahkeme kararını bozarak işçinin işe iadesine karar vermiştir⁶.

Fesih bildirimini ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. İşçi fesih bildirimini tebellüğ etmekten kaçınıyorsa İş K. 109. md. gereği işyerinde düzenlenen tutanak ile durumun tespit edilmesi gerekmektedir. Yargıtay da kararında, davacı işçinin raporlu olduğu anda kendisine tebliğ edilmek istenen fesih bildirimini tebellüğ etmekten kaçınan işçi hakkında düzenlenen tutanağa değer vererek, fesih bildirimini, tutanağın düzenlendiği tarihte davacıya ulaştığını kabul etmiştir⁷.

İşveren tarafından hazırlanan fesih yazısında tarih ve işçinin imzası olmasına rağmen, yazının işçiye ne zaman tebliğ edildiğinin belirlenememesi nedeniyle Yargıtay, yerel mahkemenin kararını bozarak işçiye tebliğ tarihinin araştırılmasını ve sonuca göre karar verilemesi gerektiğini kabul etmiştir⁸.

Yargıtay kararlarında İş K. 25/II md. gereği iş sözleşmesinin sona erdirildiği durumlarda 26. md.'deki altı işgünlük hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı fesih nedeni olarak gösterilen eylemin, haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. md.'deki usule uyulmasını aramadığını görmekteyiz⁹.

Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işletilmektedir. Yargıtay konu ile ilgili kararında, "İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildirimini yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildirimini tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır." diyerek duruma açıklık getirmektedir¹⁰.

⁶ Yargıtay 9. H.D. 15.09.2005, E. 2005/22335 K. 2005/30197 Legal İHSGHD, 2006/9, ss. 282–283.

⁷ Yargıtay 9. H.D. 28.11.2005, E. 2005/34667 K. 2005/37461 Legal İHSGHD, 2006/10, ss. 663–665.

⁸ Yargıtay 9. H. D. 03.04.2006, E. 2006/4980 K. 2006/8257, Legal İHSGHD 2006/11 s. 986

⁹ Yargıtay 9. H.D. 24.02.2004, E. 2004/22581 K. 2004/3229 Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 724–726.

¹⁰ Yargıtay 9. H.D. 16.06.2008, E. 2008/2918, K. 2008/15627, 26.07.2009, www.legalbank.net ; Yargıtay 9. H.D. 02.02.2009, E. 2008/9749, K. 2009/893, 28.07.2009, www.legalbank.net

Yargıtay kararları değerlendirildiğinde, İş K. 25/II anlamında ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri nedeniyle haklı fesih nedeni olarak kabul edilen nedenler veya haklı neden sayılan ağırlıkta olmayan ancak geçerli neden sayılan durumlar hariç yazılı fesih şartı aranmaktadır. Eğer fesih yazılı olarak yapılmamışsa fesih nedenine bakılmaksızın, fesih geçersiz sayılmaktadır.

Fesih bildirimının yazılı yapılması zorunluluğunun sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler için uygulanmasına karşı yapılan eleştiriler de vardır. Bahsedilen hükmün amacı iş sözleşmesinin feshinde, fesih nedeni konusunda işçinin bilgi sahibi olmasını sağlamaktır. Her ne kadar sözü edilen hüküm iş güvencesi ile ilgili düzenlemeler içinde yer almasına ve 18. maddeden sonra düzenlenmesine rağmen, bu hükmün hem süreli hem de süresiz fesih bildiriminin şekline ilişkin bir genel kural olduğu kabul edilmelidir. Çünkü yasa, İş K. 25/II md. kapsamındaki fesihlerde sadece işçinin savunmasının alınmayacağı öngörmüştür. Bu nedenle, Yargıtay'ın haklı nedenle fesihlerde 19. maddenin uygulanamayacağı yolunda bir çözüm tarzı benimsemiş olması, yargılama sırasında çoğu kez iş akdinin İş K. m.25/II hükmü uyarınca feshedildiğinin belirtilmesine ve böylece İş Kanunu'nun 19. maddesinin dolanılmasına yol açmaktadır gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹.

Fesih bildirimini kural olarak şarta bağlı olarak yapılamaz¹². Fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhatabın iradesine bırakılan iradi şart oluşturur¹³. İradi şartın tipik örneğini, özellikle sözleşme şartlarında esaslı değişiklik durumunda, fesih bildirimini sonuç doğurmasının değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda, fesih bildirimini geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür.

Geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde, işveren, fesih bildiriminde bulunurken, işçinin sözleşme şartlarında yapılmak istenen değişikliği zamanında kabul etmemesi veya reddetmesi durumunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını bildirebilir. Feshin hüküm ve sonuçları değişiklik önerisinin işçi tarafından reddi ve kabul edilmemesi durumunda doğar. Bu durumda değişikliğin yazılı olarak kabulü

¹¹ Soyer, M.P., "İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme", TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, 02.02.2008, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1675&id=86

¹² Süzek, a.g.k. s. 402; Çelik, a.g.k. s. 181.

¹³ Çelik, a.g.k. s. 181.

için altı gününden az süre tanınmamalı ve değişikliğin nedeni ile fesih için geçerli neden işverence yazılı olarak bildirilmelidir¹⁴. Eğer işveren işçiye değişiklik önerisinin kabulü halinde sözleşmenin feshinin, geçersiz olacağını bildirdiği durumlarda, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Bu tür uygulamada, işveren iş sözleşmesinin bildirim süresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekte, ancak çalışma koşullarında değişiklik yaptığını ve bu önerisinin kabul edilmesi durumunda feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır. Bu durumda da işçiye en az altı iş günü süre tanınarak yazılı bildirimde bulunulmalıdır. İşçinin değişiklik teklifini kabul ettiğinde, iş sözleşmesi feshedilmemiş olacak ve sözleşme yeni çalışma koşullarıyla devam edecektir. Aksi halde fesih, bildirim işçiye tebliği ile birlikte geçerli olacak ve bildirim süresinin geçmesiyle iş ilişkisi sona erecektir.¹⁵

1.2. İş Sözleşmesinin İkale (Bozma) Sözleşmesiyle Sona Erdirilmesi

Taraflar nasıl ki anlaşarak bir iş sözleşmesini hayata geçiriyorsa yine anlaşarak sona erdirebilirler. Tarafların anlaşmasıyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi fesih sayılmaz. Çünkü fesih, tek taraflı bozucu yenilik doğuran, bir irade açıklamasıdır. Buna karşılık ikale karşılıklı ve birbirine uygun iki iradenin açıklanması ile meydana gelmektedir, yani bir sözleşmedir¹⁶. Bozma sözleşmesi (ikale) ise yasalarımızda düzenlenmiş değildir.

Konu ile ilgili Yargıtay kararında, bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerektiğinden bahisle, bozma anlaşması ile ilgili örneklerin 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı; iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal aldığı; işveren tarafından yapılan feshinin, karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıktığı; bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçinin, iş güvencesinden, ihbar ve kıdem tazminatlarından ve işsizlik sigortasından da yararlanamayacağı göz önüne alındığında ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekli olduğunu belirtmiştir. Kararın devamında “İş sözleşmesi devam ederken

¹⁴ Yargıtay 9. H.D., 02.04.2009, E, 2007/41138, K, 2009/9238, 28.07.2009, www.legalbank.net

¹⁵ Yargıtay 9. H.D., 23.12.2008, E, 2008/13026, K, 2008/33685, 28.07.2009, www.legalbank.net;

Yargıtay 9. H.D., 18.02.2009, E, 2007/36366, K, 2009/2936, 28.07.2009, www.legalbank.net

¹⁶ Süzek, a.g.k., s. 395.

alınan ibraname ve özellikle iş güvencesi sağlayan işe iade isteminden feragat geçerli değildir. Geçerli olmayan bir ibraname ve feragatnameye dayalı karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, kısaca ikale de geçersiz sayılmalıdır. Davalı işverenin iş sözleşmesi devam ederken karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi belgesini 32 gün ücretli izin vererek imzalatması, tazminat ve fazla ödemeleri ise süre sonunda ödemeyi öngörmesi, işe iade davasının süresinde açılmasını bertaraf etmeye yönelik bir davranıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/son maddesi uyarınca iş ilişkisi devam ederken, Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi sözleşmesi iş ilişkisi devam ederken imzalatıldığından, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/son maddesi uyarınca geçerli değildir. İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir.¹⁷” diyerek, davalının işletmesel kararının ve işletmesel karar sonucu uygulamalarının araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

1.3. Geçerli Sebebin Belirtilmesi Zorunluluğu

4857 sayılı İş K. 19. md. 1. f. hükmüne göre, işveren, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. 1475 sayılı İş Kanununun uygulandığı dönemde fesih nedeninin bildirilmesi zorunluluğu yoktu. İşçi ancak dava açtığında fesih nedenini öğrenebiliyordu.

İşveren fesih bildiriminde işçiye bildirdiği neden ile bağlıdır. Fesih nedenini de daha sonra değiştiremez. Fesih nedeni olarak genel ve muğlâk ifadeler kullanılamaz¹⁸. Fesih bildiriminin işçi tarafından kolaylıkla anlaşılabilir, işçi tarafından da bir değerlendirme yapılabilmesine olanak sağlayacak açıklıkta olması gerekir. İşçi bu değerlendirme sonucunda dava açıp açmamaya karar vereceği için fesih nedeninin; yetersizliğinizden dolayı, davranışlarınızdan dolayı, işletme gereklerinden dolayı gibi açık olmayan ifadelerle bildirilmemesi gerekir¹⁹.

Fesih nedeni birden fazla olabilir. Böyle bir durumda, fesih nedenlerinin tamamının fesih bildiriminde yer alması gerekir.

¹⁷ Yargıtay 9. H.D. 16.06.2008, E. 2007/39394, K. 2008/15739, 10.01.2009, www.legalbank.net

¹⁸ Süzek, s. 469.

¹⁹ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 172, Akyiğit, s. 272.

Açık ve kesin bir sebep gösterme zorunluluğunun çok ayrıntılı bir şekilde sebep gösterme zorunluluğu olarak anlaşılması gerekir. Bu bağlamda, örneğin ekonomik nedenlerle toplu işçi çıkarmaya gidilen bir işyerinde hizmet sözleşmesi feshedilen işçiye bu ekonomik nedenlerin tek tek ve ayrıntılı olarak açıklanması gerekli olmayıp işletme gerekleri nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshedildiği hususunun bildirilmesi gerekli ve yeterli sayılmalıdır²⁰.

Yargıtay kararında, işveren tarafından fesih için geçerli bir sebep ileri sürülmediği ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirten yazılı bir fesih bildirimini de bulunmadığı için feshin geçerli nedene dayanmadığının kabul edilmiştir²¹.

İşveren fesih bildiriminde belirttiği fesih nedeni ile bağlıdır. Anlaşmazlık özel hakeme veya yargıya intikal ettiğinde açıkladığı fesih nedeni dışında başka nedenler ileriye süremeyecektir. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında, fesih yazısında emekliliğini, yargılama sırasında da işçinin uzun süre raporlu olması nedenlerini öne süren işverenle ilgili olarak “işveren fesih yazısında belirtilen nedenle bağlı olup, bunu daha sonra değiştiremez²².” diyerek kararını bu doğrultuda vermiştir.

Başka bir kararında Yargıtay, taraflar arasında dört yıllık belirli süreli olarak yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılmasını gerektiren objektif haklı neden bulunmadığı gerekçesiyle başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul etmiş ve “... davalı tarafça fesih için geçerli bir sebep ileri sürülmediği gibi, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirten yazılı bir fesih bildirimini de bulunmamaktadır. Böyle olunca feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir²³.” kararını vermiştir.

Fesih bildiriminde, işyerinde alınan grev kararının ardından greve katılmayarak çalışan ancak grev başladıktan sonra sendikaya üye olarak greve katılan

²⁰ Ekmekçi, a.g.m., ss. 165–181

²¹ Yargıtay 9. H. D. 21.04.2005, E, 2005/12959 K, 2005/14908, 13.11.2007, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95%203%2001CM8%2001CMNLSDB15%20UYAPVERIBANKASI59%2026%20A1001001A07J02B71618B0286718%20A07J02B71618B028671%2014%201162&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>

²² Yargıtay 9. H.D. 13.12.2004, E. 2004/28790 K. 2004/27501 Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 734–735.

²³ Yargıtay 9. H.D. 30.06.2005, E. 2005/19975 K. 2005/23340 Legal İHSGHD, 2006/9, ss. 300–302.

işçinin iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle haklı olarak feshedildiği belirtilmiş, Yargıtay yapılan feshin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir²⁴.

Fesih bildirimının yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının belirlenmesi gerektiğinden işyerinin fesihten sonra kapanmış olmasının iade kararı verilmesine engel teşkil etmeyeceği sonucuna varılarak; ekonomik nedenlere yapılan feshin gerçekleştiği dönemde yeni işçi alındığı belirlendiğinden, feshin geçerli nedene dayanmadığına ve işçinin işe iadesine karar verilmiştir²⁵.

1.4. Fesih İçin Süre

İş K. 25/II. md.'de belirtilen haklı fesih nedenleri ortaya çıktığında işveren sözleşmeyi altı işgünü içinde feshetmelidir. Fakat geçerli fesih nedeninin ortaya çıkması durumunda feshin ne zaman yapılması gerektiği ile ilgili olarak İş Kanununda bir düzenleme yoktur. Ancak işverenin geçerli nedenin varlığı halinde hiçbir sınırlama olmadan iş sözleşmesini feshedebileceği anlamı da çıkmamalıdır. MK. 2 md. ve BK 344. md. hükümlerine uygun olarak dürüstlük kuralı çerçevesinde makul bir süre içinde sözleşmesinin feshi gerekir. Makul süre ile ilgili olarak 166 sayılı ILO Tavsiye Kararına bakmak yararlı olacaktır. 166 sayılı ILO Tavsiye Kararına göre işçinin davranışlarının geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için en az bir kez tekrarlanması ve makul bir süre içinde sözleşmenin feshi gerekir. İşçinin yetersizliği nedeniyle fesih için ise işverenin yazılı uyarısı üzerine, makul bir sürenin geçmesine karşın işçinin tutumunda yeterli değişikliğin olmaması gerekir²⁶. Makul sürenin tespitinde fesih nedeni ile fesih arasındaki bağlantının mantıken kopmaması gerekir. Örneğin, çalıştığı on yıl boyunca sık sık rapor alan, ancak son iki yılda hiç rapor almamış işçinin sözleşmesinin rapor alması neden gösterilerek feshinde haklı ve geçerli nedenin olmadığı kabul edilmelidir²⁷.

²⁴ Yargıtay 9. H.D. 27.02.2006, E, 2006/1570 K, 2006/4778, Legal İHGSHD 2006/11 ss, 1010-1011

²⁵ Yargıtay 9. H. D., 25.12.2006, E. 2006/27396, K. 2006/34577, Legal İHSGHD, 2007/15 ss.1075–1077.

²⁶ Çelik, s. 218.

²⁷ Akyiğit, s. 274.

1.5. İşçinin Savunmasının Alınması Zorunluluğu

İş K. 19 md. 2. f.'ya göre, iş güvencesi kapsamındaki işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle sözleşmesi feshedilecekse hakkındaki iddialara karşı savunmasının alınması gerekir.

İşçinin “verimi” ile ilgili nedenler ile kastedilenden 18. md. gibi işçinin yetersizliğinin anlaşılması gerekir. Bu durumda işçinin davranışları ve yetersizliği ile ilgili nedenlerden sözleşmenin feshi için işçinin savunmasının alınması gerekir²⁸.

İşçinin savunmasının alınırken uyulması gereken prosedür yasa da belirtilmemiştir. Ancak ispat kolaylığı düşünülerek yazılı olarak savunma alınmasında fayda vardır. Hatta savunmasını yapması için işçiye belirli bir süre verilerek, bu süre içinde savunmasını yapmazsa savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağına işçiye yazılı olarak bildirilmesi, işverenin işlemlerini yasaya uygun yaptığını ispatlama anlamında kolaylık sağlayacaktır²⁹.

İşçinin savunmasının nasıl alınacağı ile ilgili prosedür Yargıtay kararında açıklanmıştır. Kararda, İş K. 19. md.'nin işverene sadece iş sözleşmesinin feshinden önce savunma alma yükümlülüğü yüklediği, işçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklenmediğini, dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarını geçersiz kılmayacağı belirtilerek; prosedür şöyle açıklanmıştır. “İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihden önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildiriyle birlikte veya fesihden sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur³⁰.”

²⁸ Çelik, İş Güvencesi, s. 39, Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, a.g.k. s. 190.

²⁹ Ulucan, İş Güvencesi, s. 75.

³⁰ Yargıtay 9. H.D. 24.09.2008, E. 2008/2909, K. 2008/24572, 28.07.2009, www.legalbank.net

Konuyla ilgili Yargıtay kararında, işveren tarafından performans düşüklüğü ve verim açığından söz edilen fesih bildirimini ile sözleşmesi sona erdirilen işçinin açtığı davada, fesih nedenleri irdelenerek, işveren fesih gerekçesiyle ilgili ilkelere uymadığından ve İş K. 19. md.'ye göre işçinin savunması alınmadığından, geçerli fesihten söz edilemez diyerek işe iade kararı vermiştir³¹. Bir başka kararda ise fesih nedenleri irdelenmeksizin, sırf işçinin savunmasının alınmaması nedeniyle yerel mahkeme kararı bozularak, işçinin işe iadesine karar verilmiştir³².

İşveren iş güvencesi kapsamındaki işçinin sözleşmesini İş K. 25/II md. şartlarına uygun olarak feshediyorsa, işçinin savunmasını almaya gerek yoktur. Ancak bunun doğru bir yaklaşım olmadığı söylenebilir³³. Çünkü haklı nedenle fesih durumunda işçi ihbar tazminatı alamamaktadır. Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri nedeniyle sözleşmesi feshedilen işçi kıdem tazminatı da alamayacaktır. Geçerli nedenle feshe göre daha ağır kusur gerektiren bu durumda işçinin savunmasının alınmasında daha çok yarar vardır³⁴.

Konuyla ilgili Yargıtay kararında, “Mahkemece, 25/2 maddesi gereğince akdin sona erdirilmesi hallerinde isnat edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26. maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı neden olarak feshe neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin red edilmesi gerekir³⁵.”

2. FESHE İTİRAZ VE YARGILAMA USULÜ

İş K. 20. md. gereği işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülebilir.

Acaba işçi, iş güvencesinin kendisine sağladığı hakları kullanmaktan vazgeçebilir mi? Yani itiraz hakkından feragat edebilir mi? İşçi işe girişte ya da iş

³¹ Yargıtay 9. H.D. 20.12.2004, E. 2004/14475 K. 2004/28303 Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 726–727.

³² Yargıtay 9. H.D. 23.11.2005, E. 2005/32094 K. 2005/37082 Legal İHSGHD, 2006/10, ss. 662–663.

³³ Süzek, s. 470, Ulucan, İş Güvencesi, s. 75.

³⁴ Ulucan, İş Güvencesi, s. 75.

³⁵ Yargıtay 9. H.D. 24.02.2004, E. 2004/22581 K. 2004/3229 Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 724–725.

sözleşmesi devam ettiği süre içinde itiraz hakkından feragat etmişse bu geçerli değildir³⁶. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir³⁷. Ancak fesih bildirim yapıldıktan sonra itiraz hakkından vazgeçebilir. Zaten işçi fesih bildiriminden sonra bir ay içinde itiraz hakkını kullanmamak suretiyle örtülü olarak itiraz hakkından vazgeçmektedir. Örtülü olarak itiraz hakkından vazgeçen işçi, açık şekilde de vazgeçebilmelidir. İtiraz hakkından açıkça vazgeçmek en erken fesih bildiriminden yapılmasından, yani itiraz hakkının doğmasından sonra mümkün olmalıdır³⁸.

2.1. İtiraz Süresi ve İtirazın Yapılacağı Yer

İş güvencesinin işletilebilmesi için fesih türünün önemi yoktur. İş sözleşmesinin feshi nasıl yapılırsa yapılsın, işçinin itirazı ile uyuşmazlık yargı önüne gittiğinde, gerçek fesih nedeni yargı kararı ile ortaya çıkacaktır. İşverenin fesih nedeni olarak haklı nedenden bahsetmesi, feshin mutlaka haklı nedenle yapıldığını göstermediği gibi feshin süresi içinde yapıldığını da göstermez³⁹. Bu nedenle işçi her türlü feshe karşı itirazını yasal süresi içinde yapabilecektir.

İş K. 20. md. gereği iş sözleşmesi feshedilen işçi, ... fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür. Bu düzenleme 158 sayılı Sözleşmenin 8. maddesine de uygundur.

Madde metninden anlaşılacağı üzere işçi sebep gösterilmemesi ya da gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmaması durumunda bu iddiaları bir aylık süre içinde uyuşmazlık konusu yapabilecektir.

158 sayılı ILO sözleşmesi 8/3. md.'ye göre hizmet ilişkisine son verilen işçi, son verme işlemine karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmamışsa bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır. Yasadaki bir aylık süre bu açıdan makul süre olarak kabul edilebilir⁴⁰.

³⁶ Akyiğit, a.g.k. s. 294.

³⁷ Yargıtay 9. H. D. 17.04.2006, E, 2006/6103 K, 2006/9953, Legal İHGSHD 2006/11 ss, 997-998; Yargıtay 9. H. D. 10.07.2006, E, 2006/16045 K, 2006/20332, Legal İHGSHD 2006/12 ss, 1458-1459.

³⁸ Akyiğit, a.g.k. s. 295.

³⁹ Akyiğit, s. 273.

⁴⁰ Çelik, İş Güvencesi, s. 40,

Bir aylık süre, hak düşürücü süre olduğundan mahkeme de süreye uyulup uyulmadığını resen dikkate alacaktır⁴¹. İşçi tebliğ tarihinden itibaren bir aylık süre geçtikten sonra dava açarsa ya da özel hakeme başvurursa veya hiç dava açmazsa ya da özel hakeme başvurmazsa geçerli feshin sonuçlarını doğuracaktır.

Yasada feshe itirazın işçiye tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde yapılacağı belirtilmektedir. Yargıtay da kararlarında dava açma süresinin başlangıç tarihini fesih bildirimini tebliğ edildiği tarih olarak kabul etmektedir. Bir kararında Yargıtay, fesih bildirimini 20.08.2004 tarihinde tebliğ edilen ve ihbar öneli verilen işçi 11.11.2004 tarihinde yani bir aylık hak düşürücü süre geçtikten sonra dava açtığından, dava reddedilmiştir⁴².

Çalışma süresi bir buçuk yıldan fazla olan işçilerin sözleşmeleri ihbar süresi sonunda sona erdirilecekse işçi henüz iş sözleşmesinin devam ettiği zaman diliminde dava açmak durumunda kalacaktır. Yine yasa hükmüne göre “iş sözleşmesi feshedilen işçi” dava açabilecektir. Sanki sözleşmesi feshedilen ancak ihbar süresince çalışmaya devam eden ve ihbar süresi altı haftadan fazla olan işçi dava açamayacaktır. Bu nedenle“... hükmün bir bölümü dava açma süresini başlatırken diğer bir hükmü dava hakkının doğumunu geciktirmektedir. Bu tutarsızlığın olmaması için değinilen hükmün ‘iş sözleşmesi feshedilen veya feshedilecek olan işçi’ ibaresini içermesi gerekirdi⁴³.” gerekçesiyle eleştirilmiştir.

İşyerinde çalışan otuz işçi koşulunun sözleşmenin fiilen sona erdiği tarihte aranacağı da dikkate alındığında, dava açma süresinin sona erdiği tarihten daha sonraki bir tarihte otuz işçi koşulunun sağlanıp sağlanmadığı araştırılacaktır. Bu nedenle, işe iade davasında otuz çalışan koşulunun gerçekleştiğinin dava açıldığı zaman bilinebilir olması gerektiği ve dava şartları olan otuz çalışan ve altı aylık kıdem yönlerinden esasa girilmeyeceği, işçinin, işe iade talebine ilişkin, dava hakkı olmadığı gerekçesiyle davanın reddedileceği gerekçesiyle eleştiri konusu yapılmıştır⁴⁴.

⁴¹ Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, a.g.k. s. 190.

⁴² Yargıtay 9. H.D. 06.06.2005, E. 2005/14296 K. 2005/20281 Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 1701–1702.

⁴³ Uçum, ss. 1301–1318.

⁴⁴ Uçum, s. 1304.

Bir başka itiraz konusu da, süreli fesihlerde hem işçi sayısı bakımından hem de dava açma süresinin başlangıcı bakımından fesih tarihi esas alındığında, feshin gerçekleşmesini bekleyen işçinin bildirim süresi içinde, işveren başka işçilerin iş sözleşmelerini peşin ödeme suretiyle feshedebileceği, işyerinde otuz çalışanın altına düşebileceği ve işçiyi iş güvencesinden yoksun bırakabileceğidir⁴⁵.

Zaman zaman toplu iş sözleşmelerinde fesih bildirimine itirazın disiplin kuruluna ya da idari bir merci yapılacağı şeklinde düzenlemelere rastlanmaktadır. Ancak kanundaki bir aylık hak düşürücü sürenin aşılması gerekmektedir. Yargıtay da kararlarında, bir aylık dava açma süresini re'sen dikkate almaktadır. Konu ile ilgili bir kararında, 31.03.2005 tarihinde yapılan fesih bildirimine karşı yönetim kurulu nezdinde itiraz eden ancak itirazı 02.06.2005 tarihli yönetim kurulu karar ile reddedilen işçi hakkında; "... işyerinde fesih bildirimine itirazı öngören düzenlemeler süreyi kesmez. Bu durumda davacıya fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarihten itibaren davanın açıldığı 8.6.2005 tarihi itibarıyla bir aylık dava açma süresi geçmiş olduğundan davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalıdır." diyerek açılan davayı reddetmiştir⁴⁶.

Bir başka kararda ise Yargıtay, "Somut olayda fesih 25.03.2004 tarihinde yapılmıştır. Davacı tebligattan imtina etmiştir. Dava 17.6.2004 de açılarak bir aylık sürenin geçirildiği anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz." gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozarak davayı reddetmiştir⁴⁷.

Feshe itiraz bakımından işçiye kolaylık sağlayacağı düşüncesiyle, bir aylık itiraz süresinin arttırılabileceği söylenebilir. Ancak sürenin kısaltılması işçi aleyhine olacağı için kabul edilemez. Çünkü İş K. 21/son fıkrada belirtilen iş güvencesiyle ilgili mutlak emredici hükümler arasında dava açma süresi ile ilgili hüküm yoktur⁴⁸.

Yargıtay önceki kararlarında ihbar süresi verilerek iş sözleşmesi feshedilen işçilerin, ihbar süresi sona ermeden yani sözleşme fiilen devam ederken, çünkü iş sözleşmesinin önel sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir, emeklilik

⁴⁵ Uçum, M. "İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar", Legal İHSGHD, 2004/4, ss. 1301-1318.(1305)(Öner Eyrenci-Yayınlanmamış görüşü)

⁴⁶ Yargıtay 9. H.D. 10.04.2006, E. 2006/6026 K. 2006/9383 Legal İHSGHD, 2006/11, ss. 995-997.

⁴⁷ Yargıtay 9. H.D. 07.03.2005, E. 2005/4627 K. 2005/7289 Legal İHSGHD, 2005/8, ss. 1765-1766.

⁴⁸ Akyiğit, s. 287.

başvurusunda bulunan ve işe iade davası açan işçilerin, iş sözleşmelerini işçilerin feshettiğini kabul etmekte ve işe iade davalarını reddetmekteydi⁴⁹.

Bir başka kararında ise iş sözleşmesi feshedildiği gün ihbar tazminatı ödenen ve aynı gün emeklilik başvurusunda bulunan işçinin açtığı davada, taraflardan hangisinin önce işlem yaptığı belirlenemediğinden işçi yararına yorum ilkesi uygulanmış ve sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği sonucuna varılarak işe iade kararı verilmiştir⁵⁰.

Bir başka Yargıtay kararında ise önel verilmeksizin 11.02.2005 tarihinde sözleşmesi feshedilen ve 14.02.2005 tarihinde ihbar tazminatı ödenen işçinin 12.02.2005 tarihinde emeklilik başvurusunda bulunmuş olmasını, işçi tarafından yapılmış fesih saydığı için işe iade başvurusunu reddedilmiştir⁵¹.

Ancak Yargıtay 2008 yılından itibaren şu gerekçeyle içtihat değişikliğine gitmiştir. “Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. ... Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanununun sistematığına uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle -ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır⁵².

⁴⁹ Yargıtay 9. H.D. 21.06.2004, E. 2004/15842 K. 2004/15334 Legal İHSGHD, 2005/5, ss. 324–325; Yargıtay 9. H.D. 21.04.2005, E. 2005/10722 K. 2005/14042 Legal İHSGHD, 2005/7, ss. 1318–1319.

⁵⁰ Yargıtay 9. H.D. 10.07.2006, E. 2006/16037 K. 2006/20331 Legal İHSGHD, 2006/12, ss. 1460–1461.

⁵¹ Yargıtay 9. H.D. 14.07.2005, E. 2005/19873, K. 2005/25866 Legal İHSGHD, 2006/9, ss. 274–276.

⁵² 9. H.D., 12.03.2009, E, 2007/41150, K, 2009/6661, 30.07.2009, www.legalbank.net

2.1.1 İş Mahkemesi

İşveren tarafından yapılan feshe karşı itiraz İş K. 20 md. 1. f. gereği iş mahkemesine yapılabilir. İş Mahkemesi bulunmayan yerlerde Asliye Hukuk Mahkemeleri İş Mahkemesi sıfatıyla davaya bakarlar. Yetkili mahkeme ise İş M. K. 5. md.'ye göre davalının ikametgâhının bulunduğu veya işçinin çalıştığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Yetkili mahkemeyi belirleyen bu hükme aykırı olarak yapılacak sözleşmenin de geçersiz olduğu maddede yer almıştır.

2.1.2 Özel Hakem

Tarafların anlaşması durumunda uyuşmazlık özel hakeme götürülebilir. İş Kanunu kabul edildiğinde, toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa anlaşmazlığın özel hakeme götürülebileceği yer almışken, bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasanın 36. md. yer alan “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” hükmüne aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁵³.

Feshe karşı itiraz tarafların anlaşmasıyla özel hakeme de yapılabilir. Bu hükmünün geçerlilik kazanabilmesi için tarafların iş sözleşmesi bittikten sonra anlaşmalarının kastedildiği yönünde yorumlanmalıdır. Çünkü tarafların iş sözleşmesinin yapılması ya da devamı sırasında kararlaştıracakları, aralarında iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak çıkacak uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesi yönündeki şart, iş hukukunda hakim olan işçiyi koruma prensibi gereğinde geçersiz sayılmaktadır. Doktrinde de ağırlıklı olarak savunulan görüş, bu yöndedir⁵⁴. Yani özel hakem şartı taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinden sonra kararlaştırılmışsa geçerli olacaktır. Çünkü işçi, iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle işverene bağlı olarak çalışmadığından, söz konusu özel hakem kaydını serbest iradesiyle kabul etmediği düşünülemez⁵⁵. Ancak öğretilde Anayasa Mahkemesinin iptal kararından

⁵³ Anayasa Mahkemesi, 19.10.2005 Tarih, E. 2003/66, K. 2005/72, 24.11.2007–26710 Sayılı R. G. 25.08.2009, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124.htm>

⁵⁴ Taşkent, ., Eyrenci, agk., s. 175; Yücel, M. "İş Güvencesi Kapsamında ‘Özel Hakem Şartı’ (İş Kanunu Madde 20)", Legal İHSGHD, 2004/4, ss. 1346–1365.

⁵⁵ Yücel, M. "İş Güvencesi Kapsamında ‘Özel Hakem Şartı’ (İş Kanunu Madde 20)", Legal İHSGHD, 2004/4, ss. 1346–1365.(1356)

önce toplu sözleşmeyle kararlaştırılabilecek hakem şartının Anayasaya uygunluk açısından tartışmaya açık olduğu hatta Anayasa'ya aykırı olduğu söylenmiştir⁵⁶.

Bir başka görüş de sözleşmeye konulan özel hakem kaydının iş mahkemelerinin yargı yetkisini kaldırıp kaldırmadığının sonucuna göre değer vermenin doğru olacağı yönündedir. Eğer özel hakem hükmünün yargı yetkisini kaldırdığı kabul edilecekse, iş sözleşmesinin başlamasından önce sözleşmeye konulacak özel hakem şartının işçiyi bağlamayacağını söyleyebiliriz. İşçi işe alındıktan sonraki özel hakem kaydı ise işçinin iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığına bağlıdır. İşçinin serbest iradesi sakatlanmamışsa kabul edilebilir. Eğer özel hakem hükmünün, yargı yetkisini kaldırmadığı kabul edilecekse, özel hakem anlaşması her zaman yapılabilir. Çünkü feshe karşı işçi, isterse mahkemeye isterse de özel hakeme itiraz edebilecektir⁵⁷.

Yargıtay çeşitli kararlarında, işçinin işverene bağımlı olarak çalışması, denetim altında olması, irade serbestliğinin olmaması nedenleriyle, sözleşmenin kurulması ya da devamı sırasında kabul edilen özel hakem şartının geçersiz olduğunu kabul etmektedir. Özel hakem şartının geçerli olabilmesi için iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra varılacak bir anlaşmayla kabul edilmelidir⁵⁸.

Yargıtay, özel hakem şartı nedeniyle yerel mahkemenin görevsizlik kararını, “İş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolün fesihten bir gün önce iş sözleşmesi devam ederken düzenlendiği, fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu protokolün imzalanmasına bağlanıldığı, davacının protokolü imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. Tüm açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre

⁵⁶ Şahlanan, F., “Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor?” Semineri, TİSK Yayınları, Yayın No: 235, Ağustos, 2003. 22.01.2008, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=840> ; Şakar, a.g.k. s. 233; Ulucan, a.g.k. s. 78.

⁵⁷ Akyiğit, s. 279.

⁵⁸ Yargıtay 9. H.D. 02.02.2009, E. 2008/9747 K. 2009/891, 28.07.2009, www.legalbank.net ; Yargıtay 9. H.D. 20.01.2009, E. 2008/44629 K. 2009/536, 29.07.2009, www.legalbank.net ; Yargıtay 9. H.D. 15.09.2008, E. 2008/1984 K. 2008/23544, 29.07.2009, www.legalbank.net

sözleşmelerdeki tahkim şartının Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca mutlak butlanla geçersiz olduğunun kabulü zorunludur⁵⁹.” gerekçesiyle bozmuştur.

İş sözleşmesinin kurulduğu sırada sözleşmesinde özel hakem şartı bulunan işçinin açtığı davada Yargıtay, özel hakem şartının feshiden önce düzenlenmesi nedeni ile geçersiz olduğunu, iş mahkemesinin görevli olduğunu ve işverenin iddiasın ispatlayamadığını, feshin geçerli nedene dayanmadığını belirterek yerel mahkemenin verdiği işe iade kararını onamıştır⁶⁰.

İş K. 20/Son fıkrada, çıkarılacak bir yönetmelikle özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin belirleneceği belirtilmesine rağmen böyle bir yönetmelik çıkarılmadığı gibi bu fıkra da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal gerekçesi ise “Hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için zorunludur.” olarak belirlenmiştir⁶¹. Özel hakemin çalışma usulleri ile ilgili olarak yasal bir düzenleme de yapılmamıştır.

2.2. Davanın Tarafları ve Konusu

İade davasının tarafları işçi ve işverendir. Alt işveren işçileri, alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu iddiasıyla asıl işverene karşı da dava açabilmektedir. Zaman zaman Yargıtay alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu gerekçesiyle de asıl işveren nezdinde işe iade kararı verebilmektedir. Ancak sendika üyesi işçiler adına, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 32. md.'si gereğince sendika tarafından da iade davası açılabilir.

Yargıtay, aynı işyerinde önceki alt işverene bağlı olarak çalışan davacı ve arkadaşlarının devirden önce iş sözleşmelerinin feshedilmediğini ya da önceki alt işverence başka bir işyerinde çalışmalarını için davet edilmediğini, işçilerin tamamının

⁵⁹ Yargıtay 9. H.D. 15.09.2008, E. 2008/1984 K. 2008/23544, 29.07.2009, www.legalbank.net

⁶⁰ Yargıtay 9. H.D. 02.02.2009, E. 2008/9747 K. 2009/891, 28.07.2009, www.legalbank.net

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, 19.10.2005 Tarih, E. 2003/66, K. 2005/72, 24.11.2007–26710 Sayılı R. G.25.08.2009, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124.htm>

aynı koşullarda ara vermeden yeni alt işverene bağlı olarak çalışmalarına devam ettiklerini de göz önünde bulundurarak alt işverenler arasında işyeri devri olduğunu kabul etmiştir. İşyeri devri ile birlikte devir tarihi itibarıyla mevcut olan iş sözleşmeleri de yeni alt işverene geçtiğinden, davacı ve arkadaşlarının yeni alt işverene bağlı olarak 1,5 gün çalıştıktan sonra iş sözleşmelerinin davalı şirketçe yazılı bir fesih bildirimini olmadan feshedildiğini, bu durumda davalı şirketle davacı işçi arasında iş sözleşmesi kurulduğundan, işçinin davalı şirket nezdindeki işine iadesine karar vermiştir⁶².”

İş sözleşmesinin feshinde geçerli neden bulunmadığı iddiasıyla açılan davanın konusu, feshin geçersizliğinin tespit edilmesi sorunu ve tespit sonunda da işe iade kararının verilmesidir. İşçi feshin geçersizliği iddiasıyla sadece işe iade davası açabilecektir. İşe iade talebi yerine tazminat talebinde bulunamayacaktır⁶³.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunan işletmelerde dava hem asıl işverene hem de alt işverene karşı açılabilir. Yargıtay öncelikle işlerin bir bölümünün alt işverene devrinin kanuna uygunluğunu denetlemektedir. Daha sonra da alt işveren ilişkisinde muvazaalı olup olmadığını tespit ederek karar vermektedir. Görünürde Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkisi bulunan bazı sözleşmelerde Yargıtay, alt işveren ilişkisinin bulunmadığını, dolayısıyla davacı işçinin asıl işverenin işçisi olduğuna ve işe iadesine karar verebilmektedir. Yargıtay, işçilerin işe alınmalarında ve işe son verilmelerinde tek yetkilinin hastane yönetimi olduğu, hastane idaresi tarafından kurulacak komisyonun bu görevi yerine getireceği, alt işverenlerin işçi alımı ve çıkarılmasında kesinlikle tasarruf hakkı olmadığı ve işçilerin çalışma koşullarının da hastane yönetimi tarafından belirlenmesini yönetim hakkının tamamen asıl işveren tarafından kullanıldığı şeklinde yorumlayarak gerçek anlamda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla işçinin Sağlık Bakanlığındaki işine iade kararı vermiştir⁶⁴.

Taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olduğu ve asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerektiği iddiasıyla açılan başka davaların kabul edilmesine; toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacaklarının hüküm altına alınmasına; davacının işten çıkarıldığı tarihe kadar asıl işverenin tarafı olduğu toplu

⁶² Yargıtay 9. H.D., 19.01.2009, E, 2008/16527, K, 2009/50, 28.07.2009, www.legalbank.net

⁶³ Ekmekçi, a.g.m. ss. 178-179.

⁶⁴ Yargıtay 9. H.D. 29.01.2007, E, 2007/309 K. 2007/1006 Legal İHSGHD, 2007/15, ss. 1056-1059.

iş sözleşmesinden yararlandırılmasına ve taşeronluk sözleşmesinin sona ermesinden sonra yeni bir sözleşme yapılmayarak aynı şartlarla iş sözleşmesinin devam ettirilmesine istinaden alt işveren-asıl işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna karar veren Yargıtay, yerel mahkemenin husumet yönünden davanın reddi kararını bozarak işçinin asıl işveren nezdindeki işine iadesine karar vermiştir⁶⁵.

Yargıtay konu ile ilgili bir başka kararında, “Temizlik Hizmetleri Alım sözleşmesi kapsamında aynı işyerinde önceki alt işverene bağlı olarak çalışan davacı ve arkadaşlarının devirden önce iş sözleşmeleri feshedilmemiş ya da önceki alt işverence başka bir işyerinde çalışmaları için davet edilmemişlerdir. İşçilerin tamamı aynı koşullarda ara vermeden yeni alt işverene bağlı olarak çalışmalarına devam ettikleri de göz önünde bulundurulduğunda alt işverenler arasında işyeri devri olduğunun kabulü gerekir.” diyerek işçinin, işyerini devralan yeni alt işveren nezdindeki işine iadesine karar vermiştir⁶⁶.

İşyeri yasa ile Sağlık Bakanlığına devredilen ancak kadrosu Sağlık Bakanlığına devredilmeyen işçinin, devredilen işyerine karşı açtığı davada Yargıtay, davayı husumet yönünden reddederek, davanın Sağlık Bakanlığına açılması gerektiğine karar vermiştir⁶⁷.

2.3. İspat Yükü

İş K. 20 md. 2. f. gereği iş sözleşmesini fesheden işveren feshin geçerli bir sebebe dayandığını da ispat etmekle yükümlüdür. Bu düzenleme 158 sayılı Sözleşmenin 9. maddesine uygundur. İspat yükünün işverende olması kuralı sadece iş güvencesi hükümlerinin uygulandığı işyerleri ve işçiler için geçerlidir.

İşçi feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdirde ispat yükü işçiye geçmektedir. İşverenin iddiasını ispat edememesinin sonuçları ile işçinin, işverenin belirttiği sebeplerin haricinde başka bir neden olduğunu iddia ederek ispat etmesinin sonuçları aynıdır. Ancak işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğini ileri sürdüğünde ispat yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaktır⁶⁸.

⁶⁵ Yargıtay 9. H.D. 27.05.2004, E. 2004/10215 K. 2004/12744 Legal İHSGHD, 2005/5, ss. 337–340.

⁶⁶ Yargıtay 9. H.D. 19.01.2009, E. 2008/16527 K. 2009/50, 28.07.2009, www.legalbank.net

⁶⁷ Yargıtay 9. H.D. 18.01.2006, E. 2005/38057 K. 2006/518, Legal İHGSHD 2006/10 ss. 676–677.

⁶⁸ Çelik, a.g.k. s. 225.

İşçi işverenin fesih nedeninin fesih bildiriminde belirttiği nedenden farklı olduğunu iddia ettiğinde bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi karşı iddiasını ispat edemediği takdirde, işverenin ispat yükü ortadan kalkmaz. İşveren bu durumda da iddiasını ispat etmelidir⁶⁹.

2.4. Yargılama Usulü

İş K. 20/III md.'ye göre dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

İş Mahkemeleri Kanunu 7. md. gereği kural olarak iş davaları sözlü yargılama usulüne tabidir. Ancak İş K. 20. md.'ye göre iade davaları için seri muhakeme usulünün uygulanacağı belirtilmiştir. Farklı yargılama usulüne tabi talepler aynı davada görülemez. Bu nedenle işçi ile işverenin arasındaki uyuşmazlıklarda, iade davası ile iade davası ve bu davaya bağlı talepler dışındaki uyuşmazlıkların aynı davada görülmesi bu usul hukuku prensibi karşısında mümkün değildir. Yargıtay da kararlarında bu vurguyu yaparak davaların ayrılması gerektiğini belirtmektedir⁷⁰.

İşe iade davalarında seri yargılama usulü getirilmesin amacı, bu davaların bir an önce sona erdirilmesidir. Seri yargılama usulünde de taraflara iddia ve savunmaları ile ilgili delillerini bildirmeleri için süre verilmeli, savunma hakkı kısıtlanmamalıdır⁷¹. Ancak seri yargılama usulü getirilirken, uygulama alanı son derece az olan bir yargılama usulü olduğu göz ardı edilmiştir. Bu nedenle işçi bakımından basitliği sağlamak üzere öngörülmüş bulunan sözlü usulden ayrılması ve farklı bir yargılama usulü öngörülmesi için bir neden bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷².

Diğer bir eleştiri noktası da farklı taleplerin yargılama usulleri farklı da olsa temyiz mercii aynıdır, Yargıtay'dır. Aynı dava içinde farklı talepler da olsa aynı mahkemede farklı usullerin uygulanmasının doğru olmadığı, seri yargılama usulü

⁶⁹ Yargıtay 9. H. D. 19.06.2006, E. 2006/14801, K. 2006/ 17539, Legal İHGSHD 2006/12, ss, 1499-1500.

⁷⁰ Yargıtay 9. H.D. 11.09.2003, E. 2003/14994 K. 2003/14267 Legal İHGSHD, 2004/1, ss. 224–226.

⁷¹ Yargıtay 9. H.D. 20.02.2006, E, 2008/18713 K, 2006/3889, Legal İHGSHD 2006/11 ss, 972–973.

⁷² Ekmekçi, a.g.m., ss. 165–181.

sözlü yargılama usulüne göre daha özel bir yargılama usulü olduğundan tüm talepler için seri yargılama usulünün uygulanması gerektiği hususunda eleştirilmiştir⁷³.

Farklı yargılama usullerine tabi taleplerin, aynı davada görülememesinden anlaşılması gerekenin, farklı yargılama alanları giren yargılama konularının birleştirilemeyeceğidir. Adli yargıda birbirinden ayrı olarak açılan ancak birbiri ile ilgili davaların birleştirilmesi mümkün olabilir⁷⁴.

Özellikle İş K. 25. md/II kapsamında haklı neden iddiasıyla yapılan fesihlerde mahkeme öncelikle haklı nedenin varlığını arayacaktır. Haklı neden olmadığı takdirde fesih nedeninin geçerli neden oluşturup oluşturmadığı incelenecektir. İş K. 25. md/II kapsamında feshedilen iş sözleşmelerinde kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı söz konusu olmadığı halde geçerli nedene dayanan fesihlerde işçi işe başlatılmadığı takdirde kıdem tazminatı alabilecektir. Bu nedenle hizmet sözleşmesi haklı neden iddiasıyla feshedilen işçinin, feshin haksız ve geçersiz olduğu takdirde işe iadesini; feshin geçerli ve fakat haksız kabul edildiği takdirde ise kıdem ve ihbar tazminatı taleplerini aynı davada ileri sürebilmesi, usul ekonomisi bakımından son derece uygun olurdu⁷⁵.

Yargıtay, yerel mahkeme tarafından davacıların aynı talepte buldukları davada davacının da aynı olduğu ve yargılama ekonomisi nedeniyle birleştirilerek görülen davalarda; fesih sebebi aynı ve davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olsa bile feshin geçersizliği ve işe iade taleplerinin bireysel nitelikte olmasından dolayı davaların birleştirilmesinin doğru olmadığına karar vermiştir⁷⁶.

2.5. Yargılama Sürecinde Süre

İş K. 20/3. md. göre dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

Yerel mahkemelerin ve Yargıtay'ın belirtilen süreler içinde davayı sonuçlandırması iş yoğunluğu nedeniyle çoğu zaman mümkün olamamaktadır.

⁷³ Süzek, a.g.k. s.479.

⁷⁴ Süzek, a.g.k. s.479.

⁷⁵ Ekmekçi, a.g.m., ss. 165–181.

⁷⁶ Yargıtay 9. H.D. 02.05.2005, E. 2004/31881 K. 2005/15110 Legal İHSGHD, 2005/7, ss. 1286–1287.

Ancak yargılama ne kadar uzun sürerse sürsün, işçinin çalıştırılmayan sürelerle ilişkin ücreti dört ayla sınırlandırıldığı için, yargılama sürecinin uzamasından işçi mağdur olabilmektedir.

Madde hükmünde açıkça temyiz halinde Yargıtay'ın kesin kararı vereceği belirtilse de davanın sonuçlandırılması için yeterli inceleme yapılmamış ve deliller toplanmamışsa Yargıtay yerel mahkeme kararını bozarak dosyayı iade edebilmektedir⁷⁷. Yargıtay'ın bozma kararına karşı verilen direnme kararıyla ilgili olarak Genel Kurul Kararında, dosya içeriği kesin karar vermeye yeterli olduğunda Yargıtay tarafından kesin kararın verileceği, aksi takdirde dosyanın, eksiklerin giderilmesi amacıyla yerel mahkemeye iade edebileceğinden bahisle, kesin olarak karar vermektan amaçlananın yerel mahkeme tarafından hazırlanan dosya içeriğinin kesin karara götürece nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. “Yargıtay.....kesin olarak karar verir’ kuralından hareketle uyuşmazlığın eksiklikler de içerse her halükarda Yargıtay Özel Dairesince sonuçlandırılmasını beklemek doğru değildir.” Bu nedenle kesin karar verme hususunda Yargıtay Özel Daire kararının kesin olmasının amacının, yerel mahkeme tarafından direnme kararı verilemeyeceği, yasa koyucunun “Yargıtay’ca kesin olarak karara bağlanır” demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapandığının kabul edilmesi gerektiğine, yerel mahkemenin direnme kararının usul ve yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir⁷⁸.

Yerel mahkeme karar verebilmek için yeterli incelemeyi yapmış ve delilleri toplanmış olmasına rağmen hatalı karar vermişse bu durumda Yargıtay kesin kararı vermektedir. Ancak Yargıtay'ın yoğun iş yükü altında hatalı kararlar oluşturması da mümkündür. Öğreti tarafından hatalı olduğu gerekçesiyle eleştirilen pek çok karar olabilmektedir. Ancak İş K. 20/III md. gereği Yargıtay kararları aleyhine hatalı da olsa herhangi bir başvuru (karar düzeltilmesi, tavzih) hakkı bulunmamaktadır. Kanunda hangi durumların fesih için geçerli sebep sayılacağı açıkça belirtilmemiş olması, geçerli sebeplerin neler olabileceğinin yargı kararlarıyla belirginleşeceği de dikkate alınarak Yargıtay’ca hiç olmazsa ilk derece mahkemesi konumunda verilecek

⁷⁷ Yargıtay 9. H.D., 03.11.2008, E, 2008/34688, K, 2008/29859, 28.07.2009, www.legalbank.net;
Yargıtay 9. H.D. 18.12.2003, E. 2003/20076 K. 2003/21156 Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 640–641;
Yargıtay 9. H.D. 11.12.2003, E. 2003/20222 K. 2003/20604 Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 650–651.

⁷⁸ Yargıtay HGK, 01.12.2004, E, 2004/9–644, K, 2004/643, 29.07.2009, www.legalbank.net

olan bozmayla ortadan kaldırmak ve yeni hüküm oluşturmak şeklinde verilen kararların hukuki denetime tabi tutulması daha isabetli olabileceği söylenmiştir⁷⁹.

2.6. Yargılama Süreken İşçinin İşe Başlatılması

İş sözleşmesi feshedilen işçi bir ay içinde dava açtıktan sonra, davanın devam ettiği süreç içinde işçi, işveren tarafından tekrar işe başlatılabilir. Böyle bir durumda ne yapılması gerektiği ile ilgili bir düzenleme yoktur.

Yargılama sürecinde işçi tekrar işe başlatıldığından, yerel mahkeme davanın konusuz kaldığına, talep üzerine de fesih tarihi ile yeniden işe alındığı tarih arasında davacının çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretin tahsiline karar vermiştir. 1475 sayılı İş Kanununun 4773 sayılı Kanunla değişik şeklinin uygulandığı dönemde Yargıtay, İş K.'nün 13/D (4857 sayılı İş K. 21. md.) maddesi gereğince, işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanmasının, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlı olduğunu, yasanın 13/D maddesinin "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlığını taşıdığını, geçersiz sebep bulunduğuna karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı olmadığını belirterek, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davacının ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması gerektiğine karar vermiştir⁸⁰. Ancak konusuz kalan dava işe iade davası ve işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminata ilişkin davalardır. Çünkü ücret ve diğer sosyal haklar işe başlatma veya başlatmama olgusuna dayanmayan, işçi işe başlatılmasa bile ödenmesi gereken, fesih süresince işçinin boşta geçirdiği süreye ait ücret ve diğer sosyal haklardır. Bu nedenle işe başlama tarihi nazara alınmak suretiyle dört ayı geçmemek üzere ücret ve sosyal haklara mahkemenin veya özel hakemin karar vermesi gerekmektedir. Bunun için ayrıca feshin geçersizliği bakımından yargılamaya devam etmeye gerek bulunmamaktadır. Sadece ücret ve diğer sosyal haklara karar vermek yeterlidir⁸¹.

⁷⁹Gümbüşoğlu, R., "İşletme Gereklere, Ücretsiz İzin, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve Sözleşmenin Feshi", Legal İHSGHD, 2006/12, ss. 1408- 1418.

⁸⁰Yargıtay 9. H.D. 08.07.2003, E. 2003/12444 K. 2003/13125 Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 232-233.

⁸¹Duran, A. "Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanununun 21. Maddesi 'Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları'", Legal İHSGHD, 2004/3, ss. 809-815.

Yargıtay Kararı “Bir davanın konusuz kalmasından söz edildikten sonra artık o davada ileri sürülen taleplerin hiçbirine hükmedilmesi mümkün değildir. Yerel mahkeme kararında hem davanın konusuz kaldığından söz edilmesi hem de ücret isteği hakkında karar verilmesi kendi içinde tutarlı değildir. Bu bakımdan Yargıtay’ın, konusuz kalan bir davada ücret isteği hakkında karar verilmesinin mümkün olmadığı yolundaki görüşü son derece isabetlidir. Yine Yargıtay kararında isabetli olarak belirtildiği gibi işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Feshin geçersiz olduğuna karar vermeden, ücret talebi hakkında karar verilmesi de mümkün değildir. Yargıtay’ın görüşü bu yönleri itibariyle doğrudur. Bununla birlikte, Yargıtay’ın vardığı sonuç da kanımca isabetli değildir. Önerilecek hiçbir çözümün bu sonucu doğurmaması gerekir. Kanımca sorun, işe iade talebini içeren dava sürerken işverenin işçiyi işe başlatmasının, görülmekte olan davayı konusuz bıraktığının kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bir davanın konusuz kaldığından söz edebilmek için, artık her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hiçbir hukuki yararının kalmamış olması gerekir. Hâlbuki bu davanın görülmesinde, davacı işçinin geriye doğru ücretlerini alabilmek için bu davanın devamında hukuki yararı vardır. Öte yandan taleplerden birinin konusuz kalması davanın konusuz kalması sonucunu doğurmaz. Gerçekten, eğer bu davanın konusu salt işçinin işe başlatılması olsaydı, işçinin tekrar işe başlatılmasıyla bu davanın konusuz kaldığından söz edilebilirdi. Ne var ki İş K. 20. md. uyarınca açılan davanın konusu, salt işçinin işe başlatılması değil, feshin geçerli olup olmadığı ve buna bağlı olarak işçinin çalıştırılmadığı süredeki ücret talebidir. Bu bakımdan işverenin işçiyi işe başlatmasıyla talep konusu tamamen ortadan kalkmamaktadır. İşçi işe başlatılmasına rağmen, davaya devam edilerek, feshin geçersizliği ve ücret talebi hakkında bir karar verilmesi zorunludur. Aksi takdirde Yargıtay kararında olduğu gibi işverenin işçiyi tekrar işe başlatarak işçinin haklarını kolaylıkla ortadan kaldırması gibi hukuka aykırı sonuç ortaya çıkar. Ayrıca işçinin işe tekrar başlaması, taleplerinden vazgeçtiği şeklinde yorumlanamayacağı gibi, işverenin davada bir kabulü söz konusu olmaksızın işçiyi işe başlatması da feshin geçersizliğini kabul ettiği anlamında yorumlanamaz. Kuşkusuz böyle bir durumda mahkemenin

hükmedeceği en çok dört aylık ücret miktarı da, fesih tarihinden işçinin işe başladığı tarihe kadar geçen süredeki ücret olacaktır⁸².” diyerek eleştirilmiştir.

Yargıtay daha sonraki kararında içtihat değişikliğine giderek eleştiriler doğrultusunda kararını değiştirmiştir. Kararında dava devam ederken davacının işe başlatılmasının, aksi ileri sürülmedikçe, işverenin feshin geçerli nedene dayanmadığını kabul ettiği şeklinde yorumlanması gerektiğini kabul ederek; davacının işe başladıktan sonra, boşta geçen süreye ilişkin ücret talebinden vazgeçmediği ve açıkça boşta geçen süreye ilişkin ücreti talep ettiği için; feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına ve fesih bildirim tarihinden işe başlatıldığı süreye kadar olan ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya verilmesi gerektiğine karar vermiştir⁸³.

Yargıtay, iade davası devam ederken çalışmak üzere davet edilen ve davete uymayarak işbaşı yapmayan işçi ile ilgili davada; işçinin, davalı işverenin boşta geçen sürelerle ait ücret hakkında bir açıklama bulunmadığı gerekçesiyle işe başlamamasını dürüstlük kurallarına aykırı davranış olarak yorumlamış ve işçinin nihai hedefinin boşta geçen sürelerle ait ücreti ve iş güvencesi tazminatını almak olduğuna karar vererek, işçinin bu davranışı ile feshin geçerli hale geldiğini kabul etmiştir⁸⁴.

2.7. Yargılama Sürerken İşçinin Başka Bir İşte Çalışması

Yargılama süreci devam ederken işçi, başka bir iş bularak çalışmaya başlayabilir. Bu durumdaki işçi lehine, çalıştırılmayan süreye ilişkin en fazla dört aylık ücret ve diğer hakların ödenmesi kararı verildiğinde, ücretler hakkında ne yapılacağı hakkında yasal bir düzenleme yoktur. Bu konuda farklı görüşler vardır.

Bir görüş, işçinin başka işte çalışarak elde ettiği ücretin, dört aylık ücretten düşülmesi gerektiğidir.

⁸² Ekmekçi, a.g.m., ss. 165–181.

⁸³ Yargıtay 9. H. D., 02.02.2005, E. 2004/31715, K. 2005/2889, Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 723–724.

⁸⁴ Yargıtay 9. H. Dairesi, 18.12.2006, E. 2006/26675, K. 2006/33403, Legal İHSGHD, 2007/15 ss.1082–1084.

Diğer görüş ise işçi başka bir işte çalışıyor olsa bile çalıştırılmayan süreye ilişkin ücrete hak kazanacaktır. Çünkü yasa, işçinin çalışmadığı süreden değil, çalıştırılmadığı süreden bahsetmektedir. Bu nedenle işçi başka işte çalışsın veya çalışmasın bu ücreti alacağı kabul edilmektedir⁸⁵.

Feshin geçersizliğine karar verildiğinde, yargılama sürecinin genellikle dört aydan daha uzun sürdüğünü de düşündüğümüzde, çalıştırılmayan sürenin tamamı için değil, en fazla dört aylık kısmı için ücret ödenebilecektir. Böyle sınırlı bir haktan ayrıca başka işte çalıştığı için aldığı ücretin mahsup edilmesinin adalet ve işçinin korunması ilkesine uygun düşmeyeceği söylenebilir⁸⁶.

Alman Feshe Karşı Koruma Yasası başka işten elde edilen ücretin mahsup edilmesini kabul etmektedir. Ancak işçi Almanya’da çalıştırılmadığı sürenin sadece dört aylık kısmını değil tamamını isteme hakkına sahiptir. Bu nedenle mahsup ilkesinin kabul edilmesi olağan görülmelidir. İş Kanunu’nda başka işten elde edilen ücretin çalıştırılmayan dört aylık süre ücretinden mahsup edilmesi hususunda açık bir düzenleme de olmadığına göre yasa koyucunun mahsup ilkesinin uygulanmasını istemediği sonucuna varılabilir⁸⁷.

Yargıtay da davacının fesihten on beş gün sonra başka bir işverende iş bulmasının boшта geçen süreye ilişkin ücret alacağını etkilemediğini ve davalının feshin geçersizliği ile temerrüde düştüğünü, yasal sınır olan dört aya kadar ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması gerektiğini kabul etmiştir⁸⁸.

3. GEÇERSİZ SEBEPLE YAPILAN FESHİN SONUÇLARI

Yargılama süreci sonunda iş güvencesi kapsamındaki işçi hakkında, işveren tarafından yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde karar verilebileceği gibi feshin geçerli nedene dayandığı kararı da verilebilir. Eğer fesih İş K. 17. md.’ye uygun olarak yapılmış ve geçerli nedene dayanıyorsa, çalışma süresi bir yıldan fazla

⁸⁵ Süzek, a.g.k. s. 489; Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 176; Bilgili, A., “Fesihten Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu”, Legal İHSGHD, 2006/12, ss. 1420- 1428.

⁸⁶ Süzek, a.g.k. s. 489.

⁸⁷ Bilgili, a.g.m. ss. 1420- 1428.

⁸⁸ Yargıtay 9. H. D., 26.05.2005, E. 2005/ 12592, K. 2005/ 19362, Legal İHSGHD 2006/12 ss. 1421– 1422.

olan işçi kıdem tazminatı hakkı kazanır. Fesih usulsüz olarak yapılmışsa bu kez de ihbar ve kıdem tazminatı almaya hak kazanacaktır.

Hakim veya hakem yargılama süreci sonunda fesin geçerli nedene dayanmadığı yönünde karar verdiğinde aynı zamanda İş K. 21. md.'yi uygulamak zorundadır.

3.1. Feshin Geçersizliğinin Tespiti

İş K. 21. md. gereği, işveren tarafından geçerli sebep gösterilmediğinde veya mahkeme veya özel hakem tarafından gösterilen sebebin geçerli olmadığı belirlendiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren, başvurusuna rağmen işçiyi bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirlenir. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için ise işçiye en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekir.

Madde hükmüne göre haklı veya geçerli nedene dayanmayan fesihlerde işçi sadece işe iadesini talep edebilirken, işverenin iki seçeneği vardır. İşveren işe iade kararı sonrasında işçinin başvurusu üzerine işçiyi yasal süresi içinde tekrar işe başlatabileceği gibi işe iade yerine belirlenen tazminatı ödemeyi de seçebilir.

Yargıtay, işyeri dışında işlenen bir suç şüphesiyle tutuklanan ve bir gün sonra tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılan işçinin devamsızlık nedeniyle feshedilen sözleşmesinin, işçinin işveren tarafından işyerine alınmadığı tespit edildiğinden feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermiştir⁸⁹.

Bir başka kararında ise Yargıtay, işyerindeki iki birimin birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan istihdam fazlalığının giderilmesi amacıyla işçilere yasal hakları yanında altı aylık ücreti tutarında ek ödeme yapıldığı ve iş sözleşmelerinin karşılıklı anlaşarak sona erdirildiği belirlendiğinden davcının işe iade talebinin reddine karar vermiştir⁹⁰.

⁸⁹ Yargıtay 9. H. D., 28.11.2006, E. 2006/ 23562, K. 2006/ 31320, Legal İHSGHD 2007/14 ss. 720–722.

⁹⁰ Yargıtay 9. H. D., 29.01.2007, E. 2006/27843, K. 2007/1013 Legal İHGSHD 2007/14, ss. 698–700

3.2. İşçinin İşverene Başvuruda Bulunması

İş K. 21/5 md. gereği işçi, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmadığı takdirde, işveren tarafından yapılan fesih geçerli bir fesih haline gelir ve işveren sadece geçerli feshin hukuki sonuçlarından sorumlu olur.

İşverene başvurunun nasıl yapılacağı ile ilgili bir düzenleme yoktur. İş K. 109. md. gereği işçinin yazılı olarak başvuruda bulunması gerekir diye düşünülebilecek olsa da anılan maddedeki yazılılık şartının geçerlilik şartı olmadığını da dikkate alarak, yazılı veya sözlü başvuruda bulunulabileceği söylenebilir. Tabii ki sözlü başvuru yapılması durumunda ispat sorunu yaşanabilir. Yazılılık halinde işverene dilekçe vererek veya elektronik mektup ya da kısa mesaj ile başvuru yapılması mümkündür. Ancak işçinin, işverene yaptığı başvurudan işçinin kesin olarak işe başlamak istediğinin anlaşılması gerekmektedir. İspat kolaylığı düşünüldüğünde, başvurunun noter aracılığı ile yapılması en doğru olanıdır⁹¹.

Mahkeme ya da özel hakem feshin geçerli nedene dayanmadığı kararını verdiğinde bile işçinin işverene başvurma zorunluluğu getirilmesi, kesinleşen kararın kesinleştiği şekliyle uygulanmaması gibi bir sonuç doğurabilecektir. Diğer bir ifadeyle işe iade kararı kesinleşmiş olsa bile işçi, yasal süresi içinde işverene başvurmadığı takdirde işine kavuşamayacağı gibi çalıştırılmadığı süreye ilişkin en çok dört aya kadar ücret ile işe başlatılmadığı takdirde kendisine ödenmesi gereken en az dört, en çok sekiz aylık işe başlatmama tazminatını da alamayacaktır.

Konu ile ilgili kararında Yargıtay, henüz işe iade kararı kesinleşmeden işverene yapılan başvurunun geçerli olmadığını, kararın kesinleşmesinden sonraki başvurunun da on işgünü içinde yapılmadığını tespit ederek boşa geçen süre ve işe iade tazminatı hakkı doğmadığına karar vermiştir⁹².

⁹¹ Akyiğit, a.g.k. s. 316.

⁹² Yargıtay 9. H. D., 22.11.2006, E. 2006/11483, K. 2006/ 30849, Legal İHSGHD 2007/14 ss. 739–740.

Mahkemenin veya özel hakemin işe iade kararı vermesi durumunda iş sözleşmesinin herhangi bir kesintiye uğramadan devam ettiği kabul edilmektedir⁹³. Bu nedenle sona ermediği ve devam ettiği kabul edilen bir iş sözleşmesinde işçinin tekrar işe başlamak için işverene başvuru şartının aranması isabetli görülmemektedir. Çünkü işçinin işe başlatılmaması, işveren tarafından sözleşmenin feshedildiği anlamındadır⁹⁴.

Yasada işçinin on işgünü içinde işverene başvurması gerektiğine hükmedilmiştir. Dolayısıyla on günün hesabında; hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri dikkate alınmayacaktır.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurmadığı takdirde şartları taşıyorsa sadece ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilirken, çalışılmayan süreye ilişkin ücret ile iş güvencesi tazminatını talep edemeyecektir⁹⁵.

Yargıtay konu ile ilgili kararında, işe iade kararı verilen işçinin süresi içinde çalışmak üzere işverene başvurmamasının feshi geçerli hale getirdiğini, ancak süresinde işverene başvurmamasının feshin halı nedenle yapıldığı sonucunu doğurmayacağını, bu nedenle davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının hüküm altına alınması gerektiği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁹⁶.

3.3. İşçinin İşe Başlatılması

Hakkında işe iade kararı verilen işçinin işverene başvurusunun ardından bir ay içinde işine başlatılması zorunludur. Eğer başlatılmazsa işveren tarafından işçiye tazminat ödenecektir. İade davası sonucunda işçiye yapılacak ödemelerden biri de, işçi ister işe başlatılsın ister başlatılmasın, en fazla dört aya kadar çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer haklarıdır.

⁹³ Ekmekçi, Ö., S. S. Kurumu Başkanlığı'nın İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İHSGHD, 2005/7, ss. 966–972; Ekonomi, M. "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler", 09.12.2007, <http://dergi.ceis.org.tr/dergiDocs/isGuvencesi.pdf>

⁹⁴ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 179.

⁹⁵ Süzek, a.g.k. s. 482.

⁹⁶ Yargıtay 9. H. D. 18.04.2006, E, 2006/32433 K, 2006/10560, Legal İHSGHD 2006/11 ss, 971–972

İade davalarının bir an önce sonuçlandırılabilmesi için seri yargılama usulü uygulansa da mahkemelerin yükü düşünüldüğünde davaların dört ay içinde sonuçlandırılarak kararın kesinleşeceğini beklemek çok da gerçekçi değildir. Bu nedenle çalıştırılmayan sürelerle ilişkin ücretin dört ayla sınırlandırılmasının anlaşılması zordur. İşçinin herhangi bir sınırlama olmaksızın, geçersiz fesih nedeniyle çalıştırılmadığı süreye ilişkin sürelerin ücretini ve işçilik haklarını tam olarak talep edebilmesi gerekirdi⁹⁷.

İş K. 21/4 md. gereği işçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, çalıştırılmayan sürelerle ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarından mahsup edilir.

İş sözleşmesi geçerli neden olmaksızın feshedilen işçiye ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş olabilir. İşe iade kararı sonrasında işe başlatıldığında işçiye yapılan bu ödemelerin, iş sözleşmesinin aynen devam ettiği kabul edildiğinden, hukuki dayanağı kalmayacaktır. Bu nedenle de yapılan bu ödemelerin işçiye ödenecek çalıştırılmayan sürelerle ilişkin ücretinden mahsup edilmesi gerekecektir⁹⁸.

Yargıtay, işe iade davası açıldıktan sonra, çalıştığı işyerine değil de başka bir şehirdeki işyerine davet edilen işçinin, daveti kabul etmemesini işe iadeyi istemediği şeklinde yorumlayarak davayı reddeden yerel mahkeme kararını bozarak davacının işe iadesine karar vermiştir⁹⁹.

Konuyla ilgili bir başka kararında Yargıtay, işe iade davası açıldıktan sonra davalı işveren tarafından davacının işe davet edilmesini yeni bir iş sözleşmesi için icap niteliğinde olduğunu kabul ederek, bu davetin feshi ortadan kaldırmadığına ve işçinin işe iadesine karar vermiştir¹⁰⁰.

3.4. İşçinin İşe Başlatılmaması ve Hukuki Sonuçları

İşveren işe iade kararı verilen ve yasal süresi içinde işverene başvuruda bulunan işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Başlatmadığı takdirde iş

⁹⁷ Taşkent, Eyrenci, Ulucan, a.g.k. s. 176; Ulucan, a.g.k. s.84.

⁹⁸ Süzek, a.g.k. s. 483; Yargıtay 9. H. D., 15.10.2003, E, 2003/16116, K. 2003/17101, Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 197–198.

⁹⁹ Yargıtay 9. H. D., 03.06.2004, E, 2004/1080, K. 2004/13416, Legal İHSGHD, 2005/5, ss. 334–335.

¹⁰⁰ Yargıtay 9. H. D., 29.01.2004, E, 200/499, K. 2004/1489, Legal İHSGHD, 2005/5, ss. 375–376.

güvencesi tazminatı, çalıştırılmayan sürelerle ilişkin en fazla dört aylık ücreti ile şartları varsa ihbar ve kıdem tazminatını da ödemek zorundadır.

3.4.1. İş Güvencesi Tazminatı Ödenmesi

İşveren, işe iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmazsa uygulamada işe başlatmama tazminatı veya iş güvencesi tazminatı denilen tazminatı ödemek zorundadır. İş güvencesi tazminatı, İş K. 21/1. md. gereği işçinin en az dört aylık, en çok sekiz aylık ücreti tutarında olmak üzere mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edilecektir. İş K. 21/2. md. gereği ise mahkeme veya özel hakem, feshin geçersizliğine karar verdiğinde işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirlemesi gerekmektedir.

İş sözleşmesi sendikal nedenlerle (SK md. 30/2 ve 6) feshedilmişse, iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz.

İş güvencesi tazminatına hükmedilmesi için işçinin mahkemeye veya özel hakeme başvurarak işe iadeyi istemiş olması yeterlidir. Ayrıca iş güvencesi tazminatı talep etmesine gerek yoktur. Çünkü İş K. 21/2 md. “Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.” hükmünü içermektedir. İş K. 21/6 md. ise bu hükmün sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceğini aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Ayrıca bu tazminat işçinin işe iade başvurusunun kabul edilmemesinin sonucudur. Yargıtay’ın kararlarına bakıldığında, talep edilmese de iş güvencesi tazminatının ve çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret hakkında karar verildiği görülmektedir¹⁰¹.

Yargıtay’ın kararına göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkına sahip olan işçinin toplu iş sözleşmesindeki cezai şarttan yararlanamayacağı belirtilmiştir¹⁰².

Yargıtay kararlarını incelediğimizde dört aydan sekiz aya kadar iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde somut ölçütlerin belirlendiğini söyleyebilmek mümkün değildir.

¹⁰¹ Yargıtay 9. H. D, 11.11.2004, E, 2004/8753, K. 2004/25671, Legal İHSGHD, 2005/5, ss. 273–274.

¹⁰² Yargıtay 9. H. D., 21.11.2007, E. 2006/ 9775, K. 2006/ 30758, Legal İHSGHD 2007/14, ss. 741–742.

- Yaklaşık on aylık çalışması olan işçi için dört aylık¹⁰³,
- On ay on sekiz gün kıdemi olan işçi için, fesih sebebi açık olarak bildirilmediği gerekçesiyle, altı aylık¹⁰⁴,
- Beş yıllık kıdemi olan işçi için, performans düşüklüğü ispatlanamadığı gerekçesiyle, beş aylık¹⁰⁵,
- Yedi yıl çalışan işçi için, ekonomik nedenle fesih kanıtlanamadığından, altı aylık¹⁰⁶,
- Yaklaşık yedi yıllık işçi için, işçinin davranışları nedeniyle yapılan fesihte işçinin savunması alınmaması nedeniyle, altı aylık¹⁰⁷,
- Dokuz yıllık işçi için, ekonomik nedenle fesih kanıtlanamadığından, altı aylık¹⁰⁸.
- On bir yıllık işçi için, çalışma koşullarında değişikliğin kanıtlanamaması nedeniyle, beş aylık¹⁰⁹,
- Yirmi yılı aşkın kıdemi olan işçiye sekiz aylık¹¹⁰,
- Yirmi yıllık çalışması olan, işyerine alınmayan ve devamsızlık nedeniyle sözleşmesi feshedilen işçiye, altı aylık¹¹¹,
- İşyerinde otuz yılını dolduran ve emekliliğe hak kazanan işçi için, emekliliğe hak kazanların iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle, dört aylık¹¹²,
- Davacının kıdeminin kararda belirtilmemesine rağmen, fesih nedeni dikkate alınarak taktiren altı aylık¹¹³,

¹⁰³ Yargıtay 9. H. D, 20.12.2005, E, 2005/17255, K. 2005/40167, Legal İHSGHD, 2006/10, ss. 673–674.

¹⁰⁴ Yargıtay 9. H. D, 15.10.2003, E, 2003/16116, K. 2003/17101, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95%203%2001CM8%201CMNLSDB15%20UYAPVERIBANKASI59%2026%20A1001001A07J02B65845G5898918%20A07J02B65845G589891%2014%201162&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>

¹⁰⁵ Yargıtay 9. H. D, 07.07.2008, E, 2008/1951, K. 2008/19019, 24.07.2009, www.legalbank.net

¹⁰⁶ Yargıtay 9. H. D., 11.11.2004, E, 2004/8753, K. 2004/25671, Legal İHSGHD, 2005/5, ss. 273–274.

¹⁰⁷ Yargıtay 9. H.D. 15.09.2008, E. 2008/1982, K. 2008/23542, 28.07.2009, www.legalbank.net

¹⁰⁸ Yargıtay 9. H. D, 02.02.2009, E, 2008/9788, K. 2009/1001, 28.07.2009, www.legalbank.net.

¹⁰⁹ Yargıtay 9. H. D, 02.02.2009, E, 2008/9758, K. 2009/901, 28.07.2009, www.legalbank.net.

¹¹⁰ Yargıtay 9. H. D. 17.04.2006, E, 2006/7578 K, 2006/10426, Legal İHSGHD 2006/11 ss, 1000–1001

¹¹¹ Yargıtay 9. H. D., 28.11.2006, E. 2006/ 23562, K. 2006/ 31320, Legal İHSGHD 2007/14 ss. 720–722

¹¹² Yargıtay 9. H. D, 20.03.2006, E, 2006/1991, K. 2006/6982, 27.07.2009, www.legalbank.net.

¹¹³ Yargıtay 9. H.D. 24.09.2008, E. 2008/2909, K. 2008/24572, 28.07.2009, www.legalbank.net

- Sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedildiği belirlenen işçi için (kıdemi belirtilmeden) en az bir yıllık ücret tutarında olması gerekirken, hatalı olarak sekiz aylık¹¹⁴,

İş güvencesi tazminatına hükmedilmiştir. Her olayda farklı sürelerde iş güvencesi tazminatına hükmedilebilmektedir. İşe başlatmama tazminatının belirlenmesinde işçinin kıdemi ve fesih nedeninin¹¹⁵ dikkate alınması gerektiğinden bahsedilerek farklı sürede iş güvencesi tazminatına hükmedilmektedir.

Tazminat miktarının belirlenmesinde alt sınır esas alınmaktadır. Mahkeme ağırlaştırıcı nedenleri ve gerekçelerini belirterek alt sınırın üzerinde tazminata hükmedebilecektir. Tazminat miktarının belirlenmesinde, işçinin kıdeminin değil, işverenin hukuka aykırı davranışlarının ağırlığının yani fesih nedeninin göz önünde bulundurulması gerektiği öne sürülmüştür. Bu düşüncenin gerekçesi olarak da kıdemli işçilerin ihbar ve kıdem tazminatı miktarlarının zaten yüksek olacağı öne sürülmüştür¹¹⁶. Ancak bir çalışanın kıdemli olması demek genel olarak yaşının da ilerlemiş olması demektir. Özellikle bedenlen çalışanlar açısından, yaş ilerledikçe iş bulma olanağının azalacağı da bir gerçektir. Bu durum dikkate alındığında işçinin kıdemi ile birlikte yaşının da dikkate alınarak, tabii ki fesih nedeninin ağırlığı da göz önünde bulundurularak iş güvencesi tazminatının belirlenmesi yerinde olabilir.

Yargıtay, dilekçesinde dört aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı talep eden işçi ile ilgili kararında, hâkimin HUMK 74. md. gereği taleple bağlı olduğuna, bu nedenle de dört ay yerine sekiz aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatına hükmedilmesini uygun bulmamıştır¹¹⁷.

İş güvencesi tazminat miktarının belirlenmesinde ise Yargıtay çıplak ücretin esas alınması gerektiği sonucuna varmıştır. İş K.22/II. md.'de tazminatın giydirilmiş ücret üzerinden ödeneceği yolunda bir hüküm olmadığı için çıplak ücret üzerinden hesaplanması gerektiği, çıplak ücretin ise fesih tarihindeki ücret değil, hükmün

¹¹⁴Yargıtay 9. H. D, 07.10.2004, E, 2004/21425, K. 2004/22545, 13.11.2007, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95%203%20ICM8%20ICMNLSD15%20UYAPVERIBANKASI59%2026%20A1001001A07J02B71231B0971618%20A07J02B71231B097161%2014%201162&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>

¹¹⁵ Yargıtay 9. H. D, 20.12.2005, E, 2005/17255, K. 2005/40167, Legal İHSGHD, 2006/10, ss. 673–674.

¹¹⁶ Ekmekçi, Ö. “4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, MEES Mercek Dergisi, Ekim 2003, s. 110.

¹¹⁷ Yargıtay 9. H. D, 16.06.2005, E, 2005/16258, K. 2005/21540, Legal İHSGHD, 2006/9, ss. 303–304.

kesinleştiği tarihteki son çıplak ücret olması gerektiği kabul edilmiştir. Yani fesih tarihi ile kararın kesinleştiği tarihi arasında işçinin ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminatın zamlı ücret üzerinden hesaplanması gerekecektir¹¹⁸.

3.4.2. İhbar ve Kıdem Tazminatı ile Çalıştırılmayan Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi

İşe iade kararının kesinleşmenin ardından işe başlamak üzere yasal süresi içinde işverene başvuru yapan fakat bir ay içinde işe başlatılmayan işçinin sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş olur. Bu nedenle işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.

Taleple bağlılık kuralı işe iade davaları bakımından da uygulanmalıdır. Bu bağlamda mahkemenin dört aya kadar ücret tutarına hükmedebilmesi için işçinin bu yönde talepte bulunmuş olması gerekir. Yoksa işçinin salt iadeyi talep etmesi durumunda, bunu aşarak ücret alacağına hükmetmesi taleple bağlılık kuralına aykırıdır¹¹⁹.

İşçiye kesinleşen karar doğrultusunda çalıştırılmayan süreye ait ücreti ile şartları taşıyorsa kıdem tazminatı da ödenecektir. Eğer kıdem tazminatı geçersiz fesih yapıldığında ödenmiş ise geçersiz fesih ile işçinin işe başlatılmama tarihi arasında sözleşmenin devam ettiği kabul edildiğinden arada geçen bu süreye ilişkin farkların da işçiye ayrıca ödenmesi gerekir¹²⁰.

3.4.3. İş Güvencesi Tazminatı ve Çalıştırılmayan Süreye Ait Ücretin Belirlenmesi

İş K. 21. md. mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işe iade kararı ile birlikte;

- İşçinin başvurusuna rağmen işveren tarafından işe başlatılmaması durumunda işçiye ödenecek en az dört ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatına (21. md. 1. f.),

¹¹⁸ Ekmekçi, a.g.m., ss. 165–181..

¹¹⁹ Ekmekçi, Ö. “4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, MEES Mercek Dergisi, Ekim 2003, s. 108.

¹²⁰ Süzek, a.g.k. s. 485; Ulucan, a.g.k. s.85

- İşçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarına (21. md. 3. f.),

Karar vermesi gerekmektedir. İş K. 21/2 md.'de “Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.” hükmünü içermektedir.

Ücret alacağıının dört ayla sınırlanma nedeni, feshe karşı açılan davanın en çok dört ay süreceğini öngören İş K. 20. md. düzenlemesi olmalıdır. Ancak bu hüküm emredici nitelikte olduğundan, dava dört aydan daha fazla sürse bile işçi en fazla dört aylık ücrete hak kazanabilecektir. Bu düzenlemede, dava sürecine ilişkin bir usul kuralı ile maddi hukuka ait bir hakkın sınırlanmasının söz konusu olduğu söylenebilir¹²¹.

Tazminat miktarının tutar olarak mı yoksa süre olarak mı belirlenmesi gerektiğiyle ilgili olarak açıklık yoktur. İş K. 21/6. md. ise iş güvencesi tazminatı ile çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret hakkındaki yasa hükümlerinin değiştirilemeyeceğini, aksi yöndeki sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağını düzenlemiştir. Bu hükmün kanun amacına uygun olmadığı söylenebilir. Toplu sözleşme hakkının bulunduğu bir iş yaşamında tarafların sözleşme ile söz konusu süre ve miktarları işçi aleyhine olmamak üzere düzenleme yetkisinin bulunması gerekir¹²².

Yargıtay kararlarında sürekli olarak iş güvencesi ve çalıştırılmayan sürelerle ilişkin ücret için sadece yasada öngörülen belirli sürelerde tazminat ve ücrete karar vermektedir. Yerel mahkemelerin iş güvencesi tazminatı ve dört aya kadar ücret ve diğer haklarla ilgili rakamsal olarak tespit ettikleri tutarları yanlış bularak kararlarını bozmuş ve süre olarak belirlemiştir¹²³. İş güvencesi tazminatı ile dört aya kadar ücret ve diğer haklarla ilgili kararın tespit niteliğinde olduğu, gerçekleşmeleri tazminat için işe başlamak için başvurma ve işe başlatılmama; ücret alacağı için ise başvurma

¹²¹ Kar, B., “İş Güvencesi Kavramı”, Legal İHSGHD, 2005/6, ss. 560- 567. (562)

¹²² Duran, a.g.m. 2004/3, ss. 809–815.

¹²³ Yargıtay 9. H. D, 01.12.2003, E, 2003/19181, K. 2003/19777, Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 670–671; Yargıtay 9. H. D, 20.11.2003, E, 2003/19348, K. 2003/19644, Legal İHSGHD, 2004/1, ss. 671–672.

koşuluna bağlı olduğundan parasal miktar belirtilmeden sadece süre olarak hüküm altına alınması gerektiği belirtilmiştir¹²⁴.

3.4.4. Tazminat İle Ücret ve Diğer Sosyal Hakların Ödenmemesi Durumunda Faiz Hesaplanması

Kanunda söz konusu edilen tazminat ile ücret ve sosyal haklar yönünden faizin başlangıcı hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay konu ile ilgili olarak; işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren süresi içinde işçinin işe başlamak üzere işverene başvurması koşuluna bağlı olduğundan, işverenin işe başlatmaması halinde iş güvencesi tazminatının ve çalıştırılmayan süreye ait ücretin muaccel hale geleceğini kabul etmiştir. Dolayısıyla yasal faiz oranında hesaplanacak faiz tutarı muacceliyet tarihinden itibaren hesaplanmalıdır.

Tazminat yönünden uygulamanın doğru olduğu söylenebilir. Ancak ücret ve sosyal haklar yönünden başvurma tarihinin faizin başlangıcına esas alınması doğru bulunmamıştır. Bu hakların işe başlatma veya başlatmama ile ilgisi bulunmadığından, işe başlama halinde dahi bu haklar ödeneceği için mahkeme veya özel hakem kararı ile işverenin yapmış olduğu feshin geçersiz olduğuna karar verildiğine göre dava tarihinden itibaren faizin nazarı itibara alınması gerekmektedir¹²⁵.”

3.5. Geçersiz Sebep ile Feshin Sonuçlarına İlişkin Hükümlerin Hukuki Niteliği

İş K. 21/6. md. gereği iş güvencesi tazminatı ve çalıştırılmayan sürelerle ilişkin ücret ile ilgili hükümlerin değiştirilemeyeceği, aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır. Uygulamada zaman zaman toplu iş sözleşmelerinde, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesi durumunda ödenmek üzere cezai şartta yer verilmektedir. Ancak Yargıtay da eğer işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma olanağı varsa, iş güvencesini işletmeyen işçiye cezai şartın ödenmeyeceğine karar vermektedir¹²⁶.

¹²⁴ Yargıtay 9. H. D. 22.03.2004, E, 2004/5846, K. 2004/5621, Legal İHSGHD, 2004/4, ss. 1421–1422.

¹²⁵ Duran, a.g.m. ss. 809–815.

¹²⁶ Yargıtay 9. H. D. 13.06.2006, E, 2005/37834, K. 2006/17320, Akyiğit, a.g. k. s. 844.

4. ÖZEL BİR YAPTIRIM: SENDİKAL TAZMİNAT

2821 sayılı Sendikalar Kanununun (S.K.) 31. md. gereği, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetleri nedenlerle iş sözleşmesi feshedildiğinde ya da sendika üyesi üyelerle sendika üyesi olmayan üyeler arasında İş. K.'nda yer alan iş güvencesi hükümleri uygulanır. Ancak işçiye ödenecek olan iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücretinden az olmaz. SK 30. md. gereği ise işyeri sendika temsilcilerinin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

4.1. Sendika Üyeliği ve Sendikal Faaliyet Nedeniyle Fesih

İşyeri sendika temsilcileri gibi sendika üyesi olmaları ya da sendikal faaliyetlerde bulunmalarından ötürü iş sözleşmeleri feshedilen işçiler de iş güvencesi kapsamına alınmıştır. Ancak bunlara ödenecek tazminat miktarı biraz daha yüksek tutulmuştur.¹²⁷

SK 31. md'de yer alan en az bir yıllık ücret tutarındaki tazminat üç farklı durum için öngörülmüştür.

Birincisi, işveren tarafından 31/3 md.'de belirtilen "İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz." ve 31/5. md.'de yer alan "İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar." hükümlerine aykırı hareket ettiğinde işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata (Sendikal Tazminat¹²⁸) hükmedileceği belirtilmiştir. (İş K. 31/6 md.)

İkincisi, iş güvencesinden yararlanmak için gereken şartları taşıyan işçiler açısından sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle iş sözleşmesi

¹²⁷ Narmanlıoğlu, Ü., "Karar İncelemesi İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi", Legal İHSGHD, 2005/5, ss. 240-251, (244)

¹²⁸ Narmanlıoğlu, a.g.m. ss. 240-251(246).

feshedildiğinde işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı, iş güvencesi tazminatının¹²⁹ da işçinin bir yıllık ücretinden az olamayacağı hüküm altına alınmıştır. (İş K. 31/6 md.)

Konuyla ilgili Yargıtay kararında “... 2821 sayılı SK’nun 31/6 maddesinde de iş güvencesi kapsamında kalan işçinin sendikal tazminat isteyemeyeceği kuralına da yer verilmiştir¹³⁰.” diyerek talep edilebilecek olan tazminatın iş güvencesi tazminatı olduğunu tespit etmiştir.

Yargıtay grev kararının kaldırılması üzerine işe başlamak üzere gelen ancak işveren tarafından işe başlatılmamak için oyalanan, hakkında devamsızlık tutakları tutulan sendika üyesi işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin haklı ve geçerli nedene dayanmadığını tespit ederek, davacının işe iadesine ve bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmetmiştir¹³¹.

Üçüncüsü ise, iş kanunu kapsamı dışındaki ve iş kanunu kapsamında olmakla birlikte iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmelerinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle feshedilmesi halinde yine bir yıllık ücretten az olmamak üzere tazminat talep edebilecekleri, ispat yükünün de işverende olduğu, hüküm altına alınmıştır. (İş K. 31/7 md.)

SK 31. md.’de yapılan değişiklik ile işçinin sendika üyeliği ve sendikal faaliyetler sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumu madde kapsamından çıkarılarak sendikacılık tazminatı sadece sendika üyesi olan olmayan işçiler arasında ayırım yapan veya farklı işlemde bulunan işveren davranışları için öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle SK 31. md.’nin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle fesihlerde uygulanması imkânı ortadan kaldırılmıştır¹³².

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin sendikal tazminat talep edebilmeleri mümkün değildir. Güvence kapsamındaki işçilerin iş sözleşmeleri sendika üyeliği ya da sendikal faaliyet nedeniyle feshedilmiş olsa bile sadece iş güvencesi hükümleri doğrultusunda iş güvencesi tazminatı talep edebilecekler sadece iş güvencesi

¹²⁹ Narmanlıoğlu, a.g.m. ss. 240–251(246).

¹³⁰ Yargıtay 9. H. D. 15.09.2005, E. 2005/23353, K. 2005/30059, Akyiğit, a.g.k. s. 813.

¹³¹ Yargıtay 9. H. D. 24.04.2006, E. 2006/5659 K, 2006/11258, Legal İHGSHD 2006/11 ss, 1017-1018.

¹³² Narmanlıoğlu, a.g.m. ss. 240–251(246).

tazminatının miktarı bir yıllık ücretinden az olmayacaktır¹³³. İşçi bu süreçte iş güvencesi ile ilgili düzenlemelere uygun olarak hareket etmek zorundadır. Örneğin, bir aylık dava açma süresinde dava açmayan işçi, fesih gerçekte haksız veya geçersiz bir nedenle yapılmış olsa bile, hakkını kaybedecek, fesih geçerli hale gelebilecektir¹³⁴.

4.2. İşyeri Sendika Temsilcilerinin İş Sözleşmesinin Feshi

S.K. 30. md. 4773 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önce, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin haklı bir sebep olmadıkça ve sebep açık ve kesin şekilde bildirilmedikçe feshedilemeyeceğini, buna rağmen sözleşmesi feshedilen temsilcinin veya sendikanın açtığı dava sonucunda işe iade kararı verildiğinde feshin geçersiz sayılacağı, iş gördürülmese bile temsilcilik süresinin sonuna kadar ücret ve diğer haklarının işveren tarafından ödeneceği hükmünü içeriyordu. Ancak yapılan değişiklikle işyeri sendika temsilcilerinin yasal hakları önemli ölçüde geriye götürülmüştür. 4773 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme 4857 sayılı yasa ile de aynen korunmuştur. İş K. 30/1. md. ile “İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” hükmü ile birlikte 30/2 md. ile de “Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir.” kuralı getirilmiştir.

Görev yeri değiştirilen sendika temsilcisinin yeni görev yerine gitmediği, SK 30/2. md. gereği yeni görevi kabul etmemekte haklı olduğu, ancak görev yerinin haksız olarak değiştirilmesi nedeniyle Belediye Başkanı ve vekillerine hakaret etmesi, toplu iş sözleşmesi hükmü gereği haklı neden sayılmamakla birlikte, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeni olduğu kabul edilmiştir¹³⁵.

Yasa eski şekliyle işyeri temsilcileri için tam bir iş güvencesi getirirken, yeni düzenleme ile kesin işe iade kaldırılmıştır. Yargıtay da kararında fesih tarihinde yürürlükte olan SK 30. md.’nin tamamen değiştirilmesi ve sendika temsilcisinin iş

¹³³ Narmanlıoğlu, a.g.m. ss. 240–251(249).

¹³⁴ Narmanlıoğlu, a.g.m. ss. 240–251(250).

¹³⁵ Yargıtay 9. H. D. 10.07.2006, E, 2006/16065 K, 2006/20340, Legal İHGSHD 2006/12 ss, 1455–1457

sözleşmesinin feshinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükmünün getirilmesi dolayısıyla davacının salt işyeri temsilcisi olmasının sözleşmenin feshine engel olmayacağı belirtilerek, feshin işletme gereklerinden kaynaklanan ekonomik nedene bağlı olarak gerçekleştirildiğine ve işe iade davasını reddetmiştir¹³⁶.

Bu değişiklikten sonra ayrıca temsilcilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. İş güvencesinden yararlanmak için gereken şartları taşımayan temsilcilerin SK 31. md.'de belirtilen en az bir yıllık sendikal tazminattan başka bir talepte bulunma olanağı kalmadığı¹³⁷ öne sürülmekle birlikte, temsilcilerin İş K. 18. md.'deki şartları taşımaları da iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁸.

¹³⁶ Yargıtay 9. H. D. 21.10.2004, E, 2004/6558, K. 2004/23719, 27.07.2009, www.legalbank.net .

¹³⁷ Tuncay, C., “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor”, 28.07.2009, http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale_11.pdf

¹³⁸ Süzek, a.g.k. s. 491; Ulucan, İş Güvencesi, s. 93.

SONUÇ

İş K.18. maddede belirtildiği gibi iş güvencesi makul ve geçerli bir sebep olmadan iş sözleşmesinin son erdirilememesidir. Zaman zaman feshe karşı koruma olarak da adlandırılan iş güvencesi hiçbir zaman işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne olursa olsun sürdürülmesi olarak görülemez. Dar anlamda iş güvencesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından keyfi olarak feshedilmesinin engellenmesidir. Buna rağmen iş güvencesi ile ilgili düzenlemeler hukuk hayatımıza 1982 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Konferansı tarafından kabul edilen 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme'nin kabulünden yirmi yıl sonra girebilmiştir.

2002 yılında 1475 sayılı İş Kanununda 4773 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce gerçek anlamda iş güvencesinden bahsedebilmek mümkün değildir. Sadece SK 30. md.'deki düzenleme nedeniyle işyeri sendika temsilcileri için iş güvencesi ve işe iade kurumları uygulanabiliyordu. 2003 yılı Mayıs ayında 4857 sayılı İş Kanununun kabul edilip yürürlüğe konulmasıyla da Ülkemiz yasal düzenlemeleri son şeklini almıştır.

Altı yıllık uygulamanın ardından görülen aksaklıkların, yasada yapılacak değişiklikler aracılığı ile ortadan kaldırılması için ise yeterli çalışmalar yapıldığını söyleyebilmek mümkün değildir.

4773 sayılı Kanunda, Bilim Kurulu tarafından hazırlanan ve Bakanlığa sunulan taslakta ve 4857 sayılı İş Kanunu tasarısında da iş güvencesinden yararlanma koşulu olarak işyerinde en az on işçi çalışması gerektiği koşulu TBMM'de otuz işçiye yükseltilmiştir. Öğreti tarafından yoğun şekilde Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı olduğu kabul edilmesine ve bu nedenle eleştirilmesine karşın, Anayasa Mahkemesi tarafından bu koşulun Anayasa'ya aykırı olmadığı kabul edilmiştir. Bu kararlar, çalışanların çok büyük bir kısmı iş güvencesi kapsamı dışında kalmıştır. Bu durumda İş Hukukunun temel ilkesi olan işçiyi koruma ilkesinin göz ardı edildiğini söyleyebiliriz.

158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2. maddesi dikkate alındığında, iş güvencesi kapsamı dışında bırakılan çalışanlar için de bazı güvence tedbirlerinin alınması, uygulanması ve bu uygulamalarla ilgili olarak ILO'ya bilgi verilmesi gerekmektedir. Ancak 2003 yılından beri iş güvencesi dışında kalan çalışanlar için herhangi bir iyileştirme yapılmamıştır.

Aslında iş güvencesi ile ilgili kuralların, işletmelerin daha etkin ve verimli şekilde yönetilmesi için bir fırsat olarak değerlendirilebilir. Çünkü işçinin sözleşmesinin keyfi olarak sona erdirilemeyecek olması, işletme yöneticilerini ve sahiplerini, işçinin işe alınması sırasında, bulunması gereken özelliklerinin belirlenerek dikkatli şekilde seçilerek işe alınması sonucunu doğuracaktır. Devamında da çalışanların örneğin performans değerlendirmelerinin yapılarak performansı düşük olanların sözleşmelerinin geçerli nedenle sona erdirilmesi söz konusu olabilecek, bu da işletmelerin daha etkin ve verimli yönetilmesi sonucunu doğurabilecektir.

İş güvencesinden yararlanmak için gereken otuz işçi koşulunun yüksek olduğu, bu sayının on işçiye düşürülmesinin gerektiği açıktır. Yasama organının da bu düşüncüyü kabul etmesi için gereken çalışmalar yapılabilir.

İşe iade davalarında yargılamanın, en kısa sürede sonuçlandırılabilmesi için seri muhakeme usulüne göre yapılacağı, Yargıtay'ın da temyiz yoluyla önüne gelen davalarda bir ay içinde kesin kararını vereceği hüküm altına alınmıştır. Bir aylık işçinin dava açma süresi olduğu da dikkate alındığında dört aylık süre içinde davaların sonuçlanacağı öngörülmüştür. Ancak bilinen gerekçelerle genelde tüm davaların, özelde ise işe iade davalarının sonuçlanmasının uzun zaman aldığı bilinmektedir. İşçiler emeği karşılığı elde ettiği ücret geliriyle geçimini sağlayan, genelde başka geliri olmayan kişiler olduğundan açılan davaların kısa sürede sonuçlanması büyük önem kazanmaktadır. Aksi takdirde, geç gelen adalet, adalet olmaktan çıkacaktır. Bu nedenle, iş mahkemelerinin yükün azaltılmasına yarayacak tedbirlerin alınması gerekmektedir.

İade davalarında yargılama sürecinin dört ay süreceği öngörüsüyle, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin en fazla dört aya kadar ücret ve diğer haklarının ödeneceği hükmü getirilmiştir. Yargılama süreci dört ayda tamamlandığında sorun

yaşanmazken, genelde yargılamanın dört aydan daha uzun süre devam ettiği göz önüne alındığında bu düzenleme işçi aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle işçilerin karşılaştığı olumsuzlukların önlenmesi için dört aylık sınırlamanın kaldırılmasında yarar vardır. Yasada yapılacak değişikliklerle süre sınırlaması olmaksızın, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretinin tamamının ödenebileceği hükmü konulabilir.

İşveren tarafından yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığına karar verildiğinde ve karar kesinleştiğinde işçi on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. Eğer bu süre içinde işverene başvuru yapılmazsa, işverence yapılmış olan feshin geçerli bir fesih sayılacağı ve işveren sadece geçerli feshin hukuki sonuçları ile sorumlu olacağı düzenlemesi yapılmıştır. Bu durumda fesih geçerli nedene dayanmadığı halde, sadece süresi içinde başvuru yapılmadığı için geçerli nedenle yapılmış feshin sonuçlarını doğuracak olması kanımca ağır bir yaptırım olmaktadır. Hak düşürücü süre olan on günlük sürenin, bu kısa süre nedeniyle çalışanların hak kaybına uğramaması için uzatılması yerinde olabilir.

İş güvencesi ile ilgili düzenlemelerde işçinin işe iade dışında bir talep hakkı, eğer fesih geçerli nedene dayanmıyorsa mahkemenin veya özel hakemin de işe iade dışında bir karar verme hakkı bulunmamaktadır. Sadece işverenin sözleşmesini sona erdirdiği işçisini tekrar işe başlatmak veya belirlenmiş olan iş güvencesi tazminatını ödemek suretiyle sözleşmeyi kesin olarak sona erdirme hakkı vardır. İşçinin isteği ya da karşılıklı anlaşma yoluyla sözleşmenin feshi dışında, fesih ile genelde işçi işveren arasında çalışma barışının bozulması söz konusu olmaktadır. Çalışma barışının bozulmasından sonra işçinin tekrar işe başlatılmasını işveren istemeyebileceği gibi bazı işçiler için de işe başlamamak makul görülebilir. Her ne kadar iade kararından sonra işe başlatılan ve başlatılmayan işçilerle ilgili olarak istatistikî veriler bulunmasa da yapılacak çalışmalarla sayısal veriler tespit edilebilir. Yapılabilecek bu tür çalışmaların sonuçları da değerlendirilerek, tespit edilecek sonuçlara göre; işçilere işe iade veya iş güvencesi tazminatı talep; mahkemelere de işe iade yanında mutlak olarak tazminata hükmetme hakkı tanınması yararlı olabilir.

4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile SK 30. maddede yapılan değişikliklerle işyeri sendika

temsilcilerinin temsilcilik özelliklerini göz önüne alan iş güvenceleri kaldırılmış, sözleşmelerinin feshinde İş Kanunu hükümlerine tabi olacakları düzenlemesi getirilmiştir. Sendikaların faaliyet gösterdiği ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi aldığı işyerlerinde görev yapan işyeri sendika temsilcileri işçi-işveren arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde ve sorunların çözümünde sürekli olarak işveren ile karşı karşıya bulunmakta, bu faaliyetleri nedeniyle de işverenler tarafından sevilmemektedirler. Hal böyle olunca ilk fırsatta sözleşmesi sona erdirilecek işçiler arasında birinci sırayı almaktadırlar. İşyeri sendika temsilcilerinin kanundan doğan görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri, işverenler karşısında bazı özel güvenceye sahip olmaları ile mümkün olabilecektir. Bahsedilen kanunla yapılan değişiklikten sonra ne yazık ki bu güvence ortadan kaldırılmıştır. Bu değişiklikler zaten yeterli düzeyde olmayan sendikalaşma oranını daha da azaltmakta, sendikalar sadece kamu kuruluşlarında faaliyette bulunan işçi kuruluşları haline gelmektedir. İşçilerin toplu hareket etmek suretiyle haklarını daha iyi savunacakları ve koruyacakları bir gerçektir. Bu nedenle işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesi haklarının 2003 öncesine getirilmesi yerinde olabilir.

Kıdem tazminatının hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte ikramiye, işsizlik sigortası ya da iş güvencesi sağlayan hukuki bir kurum vs. olduğu savunulmaktadır. Bir diğer tartışma konusu da kıdem tazminatının kaldırılmasıdır. Yasada kıdem tazminatı fonunun kurulacağı, kıdem tazminatı fonuna ilişkin kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar da 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Kıdem tazminatı fonunun kabul edilmesi özellikle iş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanlar için olumsuzluklar doğurabilecektir. Bu nedenle iş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanların olumsuz etkilenmemeleri için önlemler geliştirilmesi yararlı olabilecektir.

Çalışma yaşamımızı düzenleyen yasaların çağdaş gelişim çizgisine uygun biçime getirilmesi için 26 Haziran 2001 tarihinde imzalanan üçlü protokol ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca, TÜRK-İŞ, DİSK, HAK-İŞ ve TİSK Konfederasyonlarını temsilen, taraflarca önerilen, üniversitelerin çalışma yaşamı ile ilgili dokuz öğretim üyesinden oluşan ve sekretaryası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yürütülen bir “Bilim Kurulu” oluşturulmuştur. Ayrıca İş K. 114. md. gereği çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi

amacıyla üçlü temsile dayalı istişari mahiyette bir danışma kurulu oluşturulmuştur. Bu kurullarının etkin olmalarının sağlanması ve çalışmalarına devam etmesi çalışma hayatıyla ilgili yasalarda aksayan hükümlerin uzlaşısı içinde değiştirilebilmesine olanak sağlayacaktır.

KAYNAKLAR

- Akı, E.-Altıntaş, H. O. -Bahçıvanlar, İ.,Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul, 2005.
- Aktay, N.-Arıcı, K.-Kaplan/Senyen, E. T., İş Hukuku, Ankara, 2006.
- Akyiğit, E. Türk İş Hukukunda İş Güvencesi(İşe İade), Ankara, 2007.
- Alpagut, G., “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005.
- Anayasa Mahkemesi, 19.10.2005 Tarih, E. 2003/66, K. 2005/72, 24.11.2007–26710 SayılıR.G.25.08.2009,<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124.htm>
- Bilgili, A., “Fesihden Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu ”, Legal İHSGHD, 2006/12.
- Centel, T., “Yeni İş Güvencesi Önerileri”, TİSK İşveren Dergisi, Haziran 2000, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=115&id=7 (15.12.2007)
- Centel, T.,“İş Güvencesi ve Dünya Uygulamaları Çerçevesinde Türk Çalışma Yaşamında Esneklik Gereksinimi”, TİSK İşveren Dergisi Mart 2002, 10.11.2006. www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=477&id=29
- Çalık, Ş. İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul, 2005.
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Hazırlanan "İş Güvencesi Yasa Taslağı"na Niçin Karşıyız?, TİSK İşveren Dergisi, Kasım 2000, 09.03.2008; http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=188
- Çelik, N., İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını Yayın No: 2003/3, İstanbul 2003.
- Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, 2000.

Çelik, N. İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, 2006.

Demir, F. "Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama", Legal İHSGHD, 2006/10.

Dereli, T., "İş Güvencesi Yasası", TİSK İşveren Dergisi, Eylül, 2002, 08.03.2008,
http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=581

Duran, A. "Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanununun 21. Maddesi 'Geçersiz Sebep Yapılan Feshin Sonuçları'", Legal İHSGHD, 2004/3.

Ekmekçi, Ö. "Yargıtay'ın İş İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD, 2004/1.

Ekmekçi, Ö. "4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine", MEES Mercek Dergisi, Ekim 2003.

Ekonomi, M. "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler", 09.12.2007,
<http://dergi.ceis.org.tr/dergiDocs/isGuvencesi.pdf>

Engin, M. "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi", Legal İHSGHD, 2004/2.

Eyrenci, Ö., "4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme" Legal İHSGHD, 2004/1.

Eyrenci, Ö.-Taşkent, S.-Ulucan, D., Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, 2006.

Gümbüşoğlu, R., "İşletme Gerekleri, Ücretsiz İzin, Çalışma Koşullarında Değişiklik ve Sözleşmenin Feshi", Legal İHSGHD, 2006/16.

III. Yılında İş Güvencesi(Seminer Notları), Bodrum, 2005.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 25.03.2008,
<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/203-208.pdf>

İnsan Hakları ve Hürriyetlerin Korumasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 25.03.2008,
<http://www.barobirlik.org.tr/insanhaklari/mevzuat/ub/belgeler/ihas.pdf>

İstanbul Barosu Başkanlığı, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2001.

İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Yürürlük Tarihinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi, 19.01.2008, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0097.pdf>

İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Yürürlük Tarihinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi, 01.02.2008, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_teklifi_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=23638

İş Kanunu Tasarısı, 17.01.2008,
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>

Kar, B., “İş Güvencesi Kavramı”, Legal İHSGHD, 2005/6.

Koç, M. Tüm Yönleriyle İş Güvencesi, Ankara, 2005.

Narmanlıoğlu, Ü., “Karar İncelemesi İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi”, Legal İHSGHD, 2005/5.

“Protokol”, TİSK İşveren Dergisi, Ağustos 2002, 09.03.2008,
http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=557&id=34;

Topak, O., “Yeni İş Kanunu: Kimin Kanunu?”, 02.02.2008, http://www.basin-is.org/arastirma/kimin_kanunu.htm#_ftn

Soyer, M.P., “İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme”, TİSK İşveren Dergisi, Nisan 2007, 02.02.2008,
http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1675&id=86

Süzek, S. İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976.

Süzek, S. İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2006.

Süzek, S. Temel İş Yasaları, 7. Bası, Ankara, 2000.

Şahlanan, F., “Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor?” Semineri, TİSK Yayınları, Yayın No: 235, Ağustos, 2003. 22.01.2008, <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=840>

Şakar, M. İş Hukuku Uygulaması, 7. Bası, İstanbul, 2006.

Taşkent, S., İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Belediye-İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara, 2002.

TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Cilt 13, Yasama Yılı 1, 75. Birleşim, 19.01.2008, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_b_sd.birlesim_baslangic?P4=9425&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=51

TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Cilt 13, Yasama Yılı 1, 76. Birleşim, 28.08.2009, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=9445&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=83

TİSK Yönetim Kurulu Duyurusu: 11 Kasım 2000, TİSK İşveren Dergisi, Kasım 2000, 09.03.2008 http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=190

Tuncay, C., “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor”, 28.07.2009, http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale_11.pdf

Türk Özel Sektörünün Liderleri 6 Ekim 2000 Tarihinde Sabancı Center'da Buluştu” TİSK İşveren Dergisi, Ekim 2000, 09.03.2008, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=168&id=11

Uçum, M. “İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar”, Legal İHSGHD, 2004/4.

Ulucan, D., "İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", Legal İHSGHD, 2007/14.

Ulucan, D., İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2. Baskı.

Vatan, "Prim İndiriminde Amaç 11,6 Milyonu Bulan Kayıt Dışı Çalışan Sayısını Azaltmak", 17.10.2007.

Yenisey, K. D., "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005.

Yıldız, G. B., "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği", Legal İHSGHD, 2006/11.

Yücel, M. "İş Güvencesi Kapsamında 'Özel Hakem Şartı' (İş Kanunu Madde 20)", Legal İHSGHD, 2004/4.

158 sayılı Sözleşme, Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme, Uluslararası Çalışma Örgütü Ankara 158, 02.02.2008, <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/sozlesme/soz158.htm>

http://www.csgb.gov.tr/article.php?article_id=109 ,03.02.2008.

<http://ab.calisma.gov.tr/dnn/sdtreeTR/files/YASALARIN%20HAZIRLANMASINDA%20SOSYAL%20TAR%20ROL.doc> , 08.03.2008.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0097.pdf> ,19.01.2008.

ÖZGEÇMİŞ

15.09.1961 tarihinde, Kırklareli İli Babaeski İlçesi Terzili Köyünde doğdu. İlkokulu köyünde, orta öğretimini Kepirtepe Öğretmen Lisesinde tamamladıktan sonra Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokuluna kaydoldu. 1981 yılında mezun olduktan sonra askerlik görevimi Ağrı Patnos 12. Tümen Topçu Alayı 2. Taburda tamamladı. 1984–1999 yılları arasında Trakya Yağlı Tohumlar Tarım Satış Kooperatifleri Birliği'ne bağlı değişik kooperatiflerde çeşitli kademe ve görevlerde bulunduktan sonra 1999 yılı başında kendi isteğiyle ayrılarak Trakya Üniversitesi Babaeski Meslek Yüksekokulunda öğretim görevlisi kadrosuna atandı. 2005 yılından itibaren de Beykent Üniversitesi Meslek Yüksekokulunda öğretim görevlisi olarak çalışmaya devam etmektedir. Bu süreçte 2001 yılında ikinci fakülte olarak Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 2006 yılında Beykent Üniversitesi İşletme Anabilim Dalında yüksek lisans eğitimine başladı.

Özel ilgi alanları, yürüyüş yapmak, masa tenisi ve voleybol oynamaktır.

Yabancı dili İngilizce olup, evli ve iki çocuk babasıdır.

Mücahit KILIÇ