

**T.C
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

4857 SAYILI YENİ İŞ YASASINDA İŞ GÜVENCESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kubilay KÖSE

**Enstitü Anabilim Dalı:Çalışma Ekonomisi
Enstitü Bilim Dalı: Sosyal Siyaset**

Tez Danışmanı : Prof.Dr.Ercan AKYİĞİT

OCAK 2007

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.

08.01.2007

Kubilay KÖSE

ÖNSÖZ

4857 Sayılı İş Yasası ile sistemli bir biçimde getirilen” İş Güvencesi” kurumu ,geçimini emeği ile sağlayan işçilerin haklı ve meşru bir neden olmaksızın işveren tarafından iş akitlerine son verilmesi durumunda iş ilişkisini hukuksal zemine çekerek iş akdinin işçi açısından dayanıksızlığını ortadan kaldıran önemli bir kurum olması sebebiyle üzerinde durulmaya değer bulunmuştur. Bu çalışmanın hazırlanmasında yardımlarını esirgemeyen danışman hocam Sn. Prof. Dr. Ercan Akyiğit’e teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Kubilay Köse

08.01.2007

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	i
ÖZET.....	ii
SUMMARY.....	iii
GİRİŞ.....	1
TANIM.....	2
BÖLÜM 1:GENEL OLARAK İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI	
1.1.İş Güvencesinin Doğuşu	6
1.2.Uluslararası Boyutu	7
1.3.Diğer Ülkelerdeki Durum	8
1.4.Ülkemizdeki Yasalaşma Süreci.....	9
1.5.Geçerli ve Haksız Fesih Ayırımı	11
1.6. İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi.....	14
BÖLÜM 2:4857 SAYIL YASADA İŞ GÜVENCESİNDEN	
YARARLANMA VE UYGULAMA KOŞULLARI	15
2.1. Belirsiz Süreli Hizmet Akdi ile Çalışmak.....	15
2.2. En Az Otuz İşçi Çalıştırılıyor Olması.	19
2.3. Üst Düzey İşveren Vekili Sıfatı Taşımaması.....	22
2.3.1 İşyerinde İşveren Adına Hareket Etmek.....	22
2.3.2 İşin ve İşyerinin Yönetiminde Görev Almak.....	22
2.3.3 Aynı Kimsede İşçilik ve İşveren Sıfatının Birleşmesi.....	23
2.4. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olması.....	26
2.5. Fesih Sebebinin Açık Ve Kesin Bir Dille Yazılmamış Olması.....	31
BÖLÜM 3: GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ	
3.1. İşletmenin, İşyerinin ve İşin gerekleri Nedeniyle Fesih.....	34
3.1.1. İşletme Gerekleri Kavramı.....	34
3.1.2. Ekonomik Güçlükler.....	35

3.1.3. Verimlilik ve Rekabet Güçlükleri.....	36
3.1.4. Teknolojik Değişiklikler.....	36
3.1.5. İşçinin Çalışma Olanığının Kalmaması, İş Gücü Fazlasının Ortaya Çıkması	37
3.1.6. Son Çare İlkesi	38
3.2. İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Fesih.....	40
3.2.1. İşçinin Fiziki Yetersizliği.....	40
3.2.2. İşçinin Hastalığı.....	40
3.2.3. İşçinin Yaşlılığı ve Emekliliği.....	40
3.2.4. İşçinin Mesleki Yetersizliği.....	41
3.3. İşçinin Davranışları.....	41
3.3.1. İşçinin İşvereni Yanıltması.....	42
3.3.2. İşçinin İşveren Aleyhine Sözler Sarf Etmesi.....	42
3.3.3. İşçinin Geçimsizliği.....	43
3.3.4. İşçinin Bağlılığının Yeterli Olmaması.....	43
3.3.5. İşçinin Devamsızlığı , Geç Kalması.....	43
3.3.6. İşçinin Görevini Yerine Getirmekte Yetersizliği.....	44
3.3.7. İşçinin İşverenin Mallarına Zarar Vermesi.....	44
3.3.8 İşçinin İş Güvencesini Harekete Geçirmesi ve Davayı Kazanması.....	45

BÖLÜM 4: İŞ AKDİNİN FESHİNDE USUL

4.1. Feshin Yapılma Süresi	47
4.2. Fesih Bildirim Şekli.....	47
4.3. Fesih Nedeninin Açık ve Kesin Bir Şekilde Belirtilmesi.....	48

4.4. İşçinin Savunmasının Alınması.....	49
---	----

BÖLÜM 5 : İŞE İADE DAVALARI

5.1. Genel Olarak.....	50
5.2. Görev ve Yetki	50
5.3. İtiraz Süresi	62
5.3.1. Bireysel İtiraz Süresi.....	54
5.3.2. Toplu Fesihte Dava Açma Süresi.....	55
5.4. Taraflar	56
5.5. İspat Yükü.....	58
5.6. Yargılama Usulü.....	60
5.7. Hakem-Tahkim.....	61

BÖLÜM 6 : İŞE İADE DAVALARININ SONUÇLARI

6.1. Genel Olarak.....	63
6.2. İşçinin İşveren Başvurması.....	65
6.3. İşçinin İşçiyi İşe Başlatması.....	67
6.3.1.Fesih Bildiriminin Geçersiz Sayılması ve Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretlerin Ödenmesi	67
6.3.2.Peşin Ödenen Bildirim Sürelerine Ait Ücret ile Kıdem Tazminatının Mahsubu	68
6.3.3.Dava sürerken işçinin işe başlatılması	68
6.4. İşverenin İşçiyi İşe Başlatmaması.....	71
6.4.1.İşe Başlatmama Halinde Ödenmesi Gereken Tazminat.....	72
6.4.2.İşçinin Çalıştırılmadığı Süre Ücreti ve Diğer Haller.....	73
6.4.3.Faiz.....	77
6.4.4.Zamanaşımı.....	78

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	79
KAYNAKLAR.....	80
ÖZGEÇMİŞ.....	81

KISALTMALAR

İş K.	: İş Kanunu
Sen K.	: Sendikalar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
M.K	: Medeni Kanun
B.K	: Borçlar Kanunu

ÖZET

İş Güvencesi kurumu 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Yasası ile Türk Hukuk Sistemine girmiştir. Birçok uluslar arası metinde bu kurumdan bahsedilmesine rağmen temelini ILO Sözleşmesinin 158.maddesinden almaktadır. Ülkemizde 10.03.2003 tarihine kadar bu konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmuyordu. Bu tarihte yürürlüğe giren İş Kanunu ile bu konu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İş güvencesi kayıtsız , şartsız ve koşulsuz bir iş güvencesi anlamına gelmemektedir. Bu anlamda iş güvencesinden yararlanmanın şartları ayrıca düzenlenmiştir. Bir işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için “ belirsiz süreli hizmet akdi ile çalışıyor olması , işveren vekili sıfatı taşıması , iş akdi feshedilen işçinin çalıştığı işyerinde en az 30 işçinin çalışıyor olması , işçinin en az altı aylık kıdeminin olması ve iş akdinin geçerli bir sebep olmadan ve yazılı fesih bildiriminde açık ve kesin bir dille yazılmamış olması ile nihayetinde işçinin mahkeme/hakem kararı ile işverenine başvurması” gerekmektedir.

İşe iade davası ile ilgili olarak işçinin lehe karar alması da yeterli olmayıp , işçinin kararın kesinleşmesinden itibaren 10 gün içerisinde işverenine ispatlayabileceği bir şekilde işine başlamak üzere başvurması gerekmektedir. Bu husus işçi veya vekili tarafından yerine getirilmediği takdirde fesih sanki geçerli bir fesihmiş gibi sonuçlar doğurmaktadır.

İşe iade ile ilgili verilen kararların işverence yerine getirilmemesi durumunu düzenleyen İş Kanununun 21. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre “İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmayan işveren, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle” yükümlü olur.

Bu hususları belirttikten sonra bu güvencenin kayıtsız şartsız olmadığını , işverenin haklı ve geçerli sebeplerle fesih yapabileceğini ve bu durumlarda ki işçilerin iş güvencesinden yararlanamayacakları da belirtmek gerekmektedir.

SUMMARY

Labor Guarantee Association joined in Turkish Law System by 4857 numbered Labor code of Law in 10.06.2003. In many international text although this Association is mentioned, it is based on ILO Agreement of article 158. There wasn't any decision until 10.03.2003 in our country. Labor Guaranty Association which was joined in this date was put in order detailed.

Labor Guarantee means that "no condition guarantee". In this context, the condition of benefiting from the labor guarantee was put in order in addition. It is necessary benefiting from "by working on uncertain periodical service agreement, has position of employer's representative, 30 workers have to work on the place of employment of worker whose labor was abolished, workers have to senior in his service for six month minimum and not writing the compulsory dissolution report by certain and clear language without acceptable reason and workers have to refer with court decision to his employer for workers.

The workers have to apply within 10 days until his decision to become definite, it is not adequated decision in the workers favour. If it isn't fulfilled by worker or his representative, this case result in like it is real abolition.

Accordance with paragraph 1 and 2 Article 21 of Labor Guarantee Association that put in order the condition of fulfilling the decisions about returning to job by employer: "The employer has to be responsible to give minimum four month-maximum eight month salary separation pay to worker if employer isn't clocked in.

After indicating this cases it is necessary to indicate this guarantee is not unconditionally, the employer may abolition because of right and valid reasons and the workers can't benefit from labor guarantee in this conditions.

GİRİŞ:

İş güvencesi ve işe iade davaları Türk İş Hukukunda bir yenilik olarak algılanamaz. Zira her ne kadar önceki iş yasaları ve 1475 sy. İş Kanununun ilk metninde burada düzenlenen manada bir iş güvencesinden söz etmek mümkün değilse de özellikle işyeri sendika temsilcileri için 2821 sy. Sendika Kanununun 30.maddesi ciddi manada bir iş güvencesi getirmişti.Keza çeşitli tarihlerde kimi bilim adamlarından oluşturulan komisyonlara İş Güvencesi ile ilgili taslaklar hazırlanmış olup bunlar içinde en kayda değer gözükeni 1992’de hazırlanan taslak idi . Ancak bu taslak yasa haline gelemediği gibi öğretilerde de çeşitli yönlerde değerlendirilip aleyhte görüşler bile ileri sürülmüştü.

Daha sonra 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanununda değişikliğe gidilerek 15.03.2003’ten itibaren yürürlük kazanan bir iş güvencesi sağlanmış idi. Hatta itiraf etmek gerekirse 4773 sayılı yasanın öngördüğü güvence, şu arada inceleyeceğimiz 4857 sayılı İş Kanununun getirdiği güvenceden de iyi idi. Fakat gelişme bununla kalmamış 10.06.2003’ten itibaren yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun (Kıdem tazminatı ile ilgili 14.maddesi dışında) 1475 sayılı iş kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.Böylece İş Güvencesinde yeni bir döneme girilmiştir.

İşte 4857 sayılı İş Yasasının bu (İş Kanununun 18-21) maddelerinde işçinin işverenin keyfi fesihlerine karşı korunması bağlamında hükümler getirilmiştir. Buna bir ölçüde İş Güvencesi hükümleri denilebilir. Yasanın bu hükümleri kendi içindeki bazı hükümler (İş K.4,11 vd.17,22,25,29 .v.s)ile bağlantılı olduğu gibi basın İş Kanunu 6 ile de bağlantı içindedir. Zira Basın İş Kanunu kendi kapsamındaki işçiler (gazeteciler) için ayrıca özel bir güvence getirmemiş , bu konuda İş Kanunu 18-19,20,21,29 hükümlerinin kıyasen uygulanacağını belirtmiştir.(Basın İş K.6/Son) AKYİĞİT , Ercan (2006) 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi , Seçkin Kitapevi,Ankara,S:770

TANIMI :İş sözleşmesinin işveren tarafından yasada gösterilenler dışında bir nedenle feshedilmesi halinde yargı yoluyla işe iadesinin sağlanması veya yeniden işe başlatmayan işverenin işçiye bir kısım parasal hakları ödemekle yükümlü kılınması olarak tanımlanabilir.

İş güvencesi geçerli ve haklı sebepler olmadan işçinin iş sözleşmesine son verilememesi amacına yönelik olarak mevzuatımıza getirilmiş olan bir kurumdur. Bu kurum sayesinde işverenin fesih hakkı sınırlanmaktadır. İşveren makul bir sebep olmadan işçinin iş sözleşmesine son veremeyecektir. İşçinin iş sözleşmesi işveren tarafından ancak yasada gösterilen nedenlere dayalı olarak feshedilebilecektir. İşe iade davası ile işçinin işine başlaması sağlanmış olacaktır. İşveren işçiyi yeniden işe başlatmaz ise tazminat yükümlülüğü altına girecektir. Geçerli ve haklı nedenleri ispat yükü esas itibariyle işverene aittir. (Akyiğit, 2006,S: 777/778)

İş güvencesi kavramı esasa olarak, geçimini emeği ile sağlayan bağımlı çalışanları , haklı ve meşru bir neden olmaksızın , işveren tarafından iş sözleşmesi ilişkisine son verilmesi durumunda ,işverenin fesih işlemini sınırlayan , iş sözleşmesi ilişkisini hukuksal zemine çeken , böylece iş sözleşmesinin işçi açısından dayanıksız niteliğini bertaraf eden ve iş ilişkisine süreklilik kazandıran bir düzenlemedir. ÇANKAYA,Osman Güven, Doç. Dr. GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, İşe İade Davaları,Yetkin Basımevi,2006,Sayfa 159)

4857 sy. İş Kanunu, kısa ve genel adıyla “iş güvencesi” diye anılan bir kurumu çeşitli yönleriyle düzenlemeye çalışmıştır. Ancak bu durum Türk İş Hukukunda bir yenilik olarak algılanamaz. Zira, her ne kadar önceki iş yasaları ve 1475 sy. İş Kanunu'nun ilk metninde burada düzenlenen manada bir iş güvencesinden söz etmek mümkün değilse de özellikle işyeri sendika temsilcileri için 2821 sayılı Sendikalar Kanununu 30'da ciddi manada bir iş güvencesi getirilmiştir. Keza çeşitli tarihlerde kimi bilim adamlarından oluşturulan komisyonlara iş güvencesiyle ilgili taslaklar hazırlanmış olup bunlar içinde en kayda değer gözükeni 1992'de hazırlanan taslak idi. Ancak bu taslak yasa haline gelemediği gibi öğretilerde de çeşitli yönlerde değerlendirilip aleyhte görüşler bile ileri sürülmüştür. (Akyiğit , 2006,S:778)

Daha sonra 4773 sayılı kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'nda değişikliğe gidilerek 15.03.2003 den itibaren yürürlük kazanan bir iş güvencesi sağlanmıştır. Akabinde 10.06.2003 den itibaren yürürlüğe giren 4857 sayılı İş kanunu (Kıdem tazminatıyla ilgili 14'üncü maddesi dışında) 1475 sayılı İş Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır. Böylece iş güvencesinde de yeni bir döneme girilmiştir. (Akyiğit,2006,S:778)

İş güvencesi çalışma yaşamının yaşamsal öneme sahip konularından birini oluşturur. İş güvencesi bir kimsenin bir işe girme konusunda sahip olduğu garantiyi ve bunun yanında işe girdikten sonra iş koşullarının işverence keyfi biçimde değiştirilmesini önleyecek mekanizma ile onun hizmet sözleşmesinin işverence keyfi olarak feshine karşı getirilen güvenceyi yani bir güvenceler yumağını anlatır. Ancak bu geniş anlamda bir iş güvencesi tanımı olup sistemimizde işe giriş konusunda kimseye güvence tanımamıştır. Özürlü ve eski hükümlü/terör mağduru (İş K.30) ile askerlik ve yasal ödev nedeniyle ayrılanların işe alınması (İş K.82) ve sendika yöneticiliği sona erenlerin yeniden işe alınması (Sen K.29) gibi hükümlerin de ilgili kimselere gerçek anlamda bir işe girme garantisi getirdiğini söylemek zordur. Zira bunların bir kısmında işveren anılan yükümünü yerine getirmediğinde ilgiliye bir miktar tazminat ödeyerek olayı geçiştirebilmekte (İş K.30/8, 31/son) diğerlerindeyse böyle bir tazminat ödeme yükümü dahi bulunmamaktadır. Çalışırken iş koşullarının işverence tek taraflı olarak değiştirilmesine karşı güvenceye gelince; Esaslı (önemli) değişiklikler bakımından böyle bir güvencenin getirildiği görülmektedir. (İş k.22) Fakat işçinin onaylamadığı bir esaslı “değişiklik önerisinin işçiyi bağlamamasının” neyi anlattığı pek de netlik içinde belirtilmemiştir.

İşverence yapılan keyfi fesihlere karşı güvence boyutuna gelince; 1475 sy. İş K'nın ilk döneminde (4773 sy. Kanunla yapılan değişikliğe kadar) yalnızca işyeri sendika temsilcilerinin sözleşmesinin işverence feshi bakımından bir güvence mevcuttu. (SenK.30'un 4773 sy. Kanununa kadarki metni) Onun dışındaki işçilere kanunen bu çerçevede bir güvence verilmemişti. Fakat bu alandaki boşluğun sözleşmelerle, özellikle de toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılan düzenlemelerle doldurulmaya çalışıldığı görülmekteydi. Cezai Şart ve İşe iade yolları buna örnekti. Fakat Yargıtay, sözleşmeyle getirilen işe iade imkanına geçerlilik tanımıyordu. Oysa 1475 sy. 13 çerçevesindeki

fesihler (önelli fesih ve peşin parayla fesih) de keyfiligi önleyici bir güvenceye ihtiyaç vardı ve bunun için çeşitli dönemlerde yasa taslakları hazırlanmışsa da bir türlü yasa halini alamamıştı. Daha sonra biraz da seçim yatırımı olacağı düşüncesiyle 09.08.2002 de kabul edilen 4772 sy. Kanunla 1475 sy. İş K.'ya çeşitli maddeler eklenip Sen K.30 ve 31 ile1475 Sy. İş K.24 'de değişiklikler yapılarak ilk defa geniş kapsamlı bir iş güvencesi getirilmişti. Ama bu hükümlerin hemen yürürlüğe girmesi istenmeyip 15.03.2003'den itibaren yürürlük kazanacağı öngörülmüştü. Fakat henüz bu tarih gelmeden 4773 Sy. Kanunla getirilen hükümlerin yürürlüğe girişini engelleyip erteleyen bir yasa tasarısı T.B.M.M.'de kabul edilip Cumhurbaşkanı'nın onayına sunulmuşsa da Cumhurbaşkanı'nın onayı reddetmesi üzerine T.B.M.M. ve Hükümet buna direnmemiş ve siyasal iktidarın isteksizliğine rağmen iş güvencesi hükümleri 15.03.2003'den itibaren yürürlüğe girmiştir. Fakat bu durum fazla sürmemiş ve nihayet 22.05.2003'de kabul edilip de 10.06.2003'den itibaren yürürlüğe giren 4857 Sy. İş Kanunu ile 4773 sayılı Kanunun getirdiği güvenceden kimi yönleriyle farklı bir iş güvencesi getirilmiş olup halen yürürlükte olan da budur.

Yukarıda kapsamlı olarak tanımlanan iş güvencesi kavramının doktrinde ki bazı tanımları da aşağıda belirttiğimiz gibidir.

İş Güvencesi;

Geniş anlamda iş güvencesi, işçinin işini kaybetmesini güçleştiren veya işini kaybetmesinden dolayı uğradığı zararı, riski hafifletmeye, telafi etmeye yönelik tüm önlemlerdir. İş söz önel verilerek bildirimde sona erdirilmesi ile kıdem tazminatı, işsizlik ödeneği gibi ödemeler geniş anlamda iş güvencesi kapsamına girmektedirler. Geniş anlamda iş güvencesi, işverenin fesih hakkı konusunda yasa ve sözleşme ile getirilen bütün sınırlamaları ve fesih sonuçlarını hafifleten önlemleri kapsar.

Dar anlamda iş güvencesi ise, kısaca işçinin feshe karşı korunmasıdır. İşverenin fesih hakkını kullanırken geçerli nedene dayanması, geçerli nedeni ispat külfetinin işverene ait olması, feshin geçersizliğine bağlı olarak işçinin işe iadesi veya mahkeme ya da özel hakemce uygun görülecek bir tazminatın ödenmesini kapsayan bir güvencedir. Dar anlamda iş güvencesinin amacı, işverenin iş sözleşmesini meşru ve makul görülebilecek bir neden olmaksızın keyfi olarak sona erdirmesinin engellenmesi, dolayısıyla iş

ilişkilerinde sürekliliğin sağlanması ayrıca tarafların feshin mağdur edici sonuçlarından daha az etkilenmesinin sağlanmasıdır. (Çankaya,Günay,Göktaş ,2006, S: 289)

İşçinin işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı korunması ve iş ilişkisine süreklilik kazandırmak. (EKONOMİ Münir Prof.Dr., Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi,Çimento İşveren Dergisi 2003/Mart Özel Eki)

Makul bir sebep olmadan işçinin sözleşmesine son verilememesidir.(ŞAKAR,Müjdat (2000) Prof. Dr. İş Hukuku Uygulaması, Beta Kitapevi,İstanbul Sayfa 163)

İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması suretiyle işçinin feshe karşı korunması ve bu suretli iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanmasıdır.(MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi Prof.Dr.(2005)İş Hukuku , Turhan Kitapevi ,Ankara , Sayfa 561)

BÖLÜM 1: İŞ GÜVENCESİ

1.1.İş Güvencesi Düşüncesinin Doğuşu :

İşçi ile işveren arasındaki ilişkileri düzenleyen iş hukukunun en önemli özelliklerinden biri de işçinin korunmasıdır. İşçi-işveren ilişkilerinin tarihsel süreçte önemli değişikliklere uğradığı yadsınamaz. 19. Yüzyıl kapitalizminin işçiler açısından oldukça negatif olan uygulamalarından bugüne uzanan süreçte işçi-işveren ilişkileri, çalışma koşullarının işçi lehine değiştirilmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Bu durum işçilere sağlanan bir lütuf değil, temel hak ve özgürlüklerden kaynaklanan bir durumdur. Kaldı ki, üretimin en önemli unsurlarından olan emek, üretim eyleminin tarafı olmaktan kaynaklanan hukuksal haklara sahiptir. Oldukça güçlü olan sermayenin karşısında işçinin zayıf ahiyle eşit koşullarda bir sözleşme yapılabileceği düşünülemez. Bu nedenle, buradaki hakları mutlak anlamda eşitlik temelinde değil, tarafların güçleri oranında dikkate almak gerekir. Bu koşullarda yapılan bir sözleşmenin adil olduğundan da bahsedilemez. Ekonomik liberalizmin hukuktaki yansıması olan sözleşme özgürlüğü ilkesi iş hukukunda saf haliyle uygulanamaz. Çalışma ilişkisini düzenleyen kurallar, işverene istediği gibi bir sözleşme yapma hakkını vermemektedir. İş sözleşmesinde; gerek çalışma koşullarında ve gerekse sözleşmenin sona erdirilmesinde işverene bir çok sınırlamaların getirilmesi doğaldır. Çalışma koşullarının düzeltilmesi, toplu sözleşme, grev, kıdem tazminatı, ihbar süreleri, işsizlik sigortası gibi iş hukuku düzenlemeleri işçi lehine kazanımların bazılarıdır. İş güvencesi ise bunların en önemlilerindedir. İşçinin uzun süre çalıştığı işyerinden sebepsiz yere uzaklaştırılmasının o işçinin kendisi ve ailesi üzerinde doğuracağı olumsuzluklar göz önünde bulundurularak bir takım sınırlamalar getirilmesi düşüncesi iş güvencesini doğurmuştur. Bu düşünce fesih hakkının sınırlandırılması şeklinde kendisini göstermiştir. Artık, işçinin uzun süre çalıştığı o işyerinde bir hakkının olduğu kabul edilmektedir. Ekonomik sıkıntının büyük ve işsizliğin fazla olduğu ülkemizde işine son verilen bir işçinin yeniden iş bulmasının ne kadar güç olduğu bilinmektedir. Böyle bir ortamda iş güvencesi daha da önem kazanmaktadır. Toplumsal dengeler gözetilerek, sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olarak iş sözleşmesinin feshine getirilen sınırlamalar ile işçinin onurunun ve kişiliğinin de korunması amaçlanmaktadır. Bugün insanlığın evrensel ve çağdaş hukuktaki temel

haklarını düzenleyen insan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23. maddesinde; “herkesin; çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır” denilerek iş güvencesine vurgu yapılmaktadır. İş güvencesinin bir işçi hakkının da ötesinde bir insan hakkı olduğunun göstergesidir bu. BİLGİLİ ,Abbas (2004) , İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları ,Karahan,Kitapevi,Adana,S.2)

1.2.Uluslararası Boyutu :

İş güvencesi, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Uluslar arası Çalışma Örgütü (ILO) gibi uluslar arası örgütlerin belgelerinde yer almıştır.

Birleşmiş Milletler' in 1948 yılında kabul ettiği ve Türkiye'nin de 1949 yılında onayladığı “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 23. maddesinde; herkesin serbestçe çalışma, işinin serbestçe seçme, adaletli ve uygun koşullarda çalışma, işsizliğe karşı korunma, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakları iş güvencesi bakımından önemli bir ilk adım olarak kabul edilmektedir.

Avrupa Konseyi'nin 1961 yılında kabul ettiği Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Sözleşmesi) da; çalışma hakkı, çalışanların yaşamlarını sağlama haklarının etkin biçimde korunması, çalışan kadınların korunması gibi konularda önemli düzenlemeler içermektedir.

Avrupa Birliği'nin temel anlaşmalarından olan 1957 tarihli Roma Antlaşması'nın 117.maddesi; üye devletlerin işçilerinin yaşama ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve eşitlenmesi ile ilgilidir. Avrupa Birliği çalışma yaşamı ile ilgili bir çok düzenleme yapmıştır. Örneğin; “Toplu İşçi Çıkarma Konusunda Üye Devletlerin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına İlişkin 98/59sayılı Yönerge” ile “Gebe, Doğum Yapmış veya emzirme Dönemindeki Kadın İşçilerin Sağlık ve Güvenliklerine İlişkin 92/85 Sayılı Yönerge” bu konudaki önemli metinlerdir. Bu metinler toplu işçi çıkarma konusu ile gebelik süresi ve doğum izninde işten çıkarmanın yasaklanması konusunda çok önemli düzenlemeler içermektedir. Avrupa birliği'nin Aralık/2000 tarihinde onayladığı “Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi”nin 30. maddesi “Haksız İşten Çıkarmaya

Karşı Korunma” başlığını taşımakta ve “her işçi, topluluk hukuku ve ulusal yasalar ve uygulamalara göre, haksız işten çıkarmaya karşı korunma hakkına sahiptir” hükmünü içermektedir.

Birleşmiş Milletler’ in insan hakları ile ilgili bir uzmanlık kuruluşu olan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), çalışma yaşamına ilişkin sözleşme ve tavsiye biçiminde çok önemli düzenlemeler hazırlamıştır. Bu sözleşme ve tavsiye kararları Uluslararası Çalışma Konferansında kabul edilerek üye devletlerin yasama organlarına götürülür.

Uluslar arası Çalışma Konferansı iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ile ilgili ilk tavsiye kararını 119 sayılı karar ile 1963 yılında almıştır. Bu tavsiye kararında feshi sınırlayan bir takım ilkeler belirlenmiştir.

Uluslar arası Çalışma Konferansı 2 ve 23 Haziran 1982 tarihleri arasında Cenevre’de 68. toplantısını düzenlemiş ve bu toplantıya hükümet, işçi ve işveren temsilcisi olarak 1800 kişi ve ILO üyesi 138 ülkenin danışmanları katılmıştır. Toplantıdaki en önemli konu, işçilerin geçerli ve haklı bir nedene dayanmayan feshe karşı korunması idi. Sonuç olarak “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme” bu toplantının en önemli ürünü olarak ortaya çıkmıştır. ILO bu sözleşmeyi tamamlayan ve yorumlayan 166 sayılı bir de tavsiye kararı almıştır.

ILO’ nun 158 sayılı sözleşmesi bizde olduğu gibi bir çok ülkenin iş yasasındaki iş güvencesi hükümlerinin kaynağını oluşturmaktadır. (Bilgili,2004,S:4)

1.3.Diğer Ülkelerde Ki Durum :

İşten çıkarmanın geçerli bir nedene dayanması konusu ilk kez 1917 tarihli Meksika Anayasasında yerini almıştır.Daha sonra 1918 yılında Almaynya7da feshe karşı koruma hükümleri getirilmiştir.Almanya’nın 1.Dünya Savaşını kaybetmesi sonucunda sivil yaşama dönmesi ve sanayinin çökmesi sonucunda 1920 yılında bütün fesihler bir yasa ile yasaklanmıştır.Daha sonra geliştirilen bu yasa ile iş sözleşmelerinin feshinde

işverene işçi temsilcileri ile görüşülmesi zorunluluğu getirilmiştir. Nazilerin iktidarda olduğu 1934 yılında işçi temsilcileri ile görüşme zorunluluğu kaldırılmıştır.

İşçi işveren temsilcilerinin uzlaşması sonucunda 1951 yılında Almanya’da Feshe Karşı Koruma Yasası kabul edilmiştir.

Bugün bizde getirilen iş güvencesi hükümleri de Alman Feshe Karşı Koruma Yasası’ndan etkilenmiştir.

İşçinin feshe karşı korunması ve işten çıkarmanın geçerli nedene dayanması S.S.C.B ‘de 1922 , Küba’da 1934/1935 yasaları ile kabul edilmiştir.

1940-1950 yıllarında bazı Afrika ve Avrupa ülkelerinde benzer yasalar kabul edilmiştir. Fransa ,1973 yılında bireysel işçi çıkarmalarına karşı işçiyi koruyucu hükümleri getirmiş ve işçi çıkarılmalarında gerçek ve ciddi nedenlerin varlığını aramıştır. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere Uluslar arası Çalışma Konferansı iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ile ilgili ilk tavsiye kararını 119 sayılı karar ile 1963 yılında almıştır. Bu tavsiye kararında feshi sınırlayan bir takım ilkeler belirlenmiştir. (Bilgili,2004,S:4)

1.4.Ülkemizde Ki Yasalaşma Süreci :

Ülkemizde iş güvencesi ilk kez 15.8.2002 tarihli ve 4773 sayılı Yasa ile kabul edilmiştir. 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren bu Yasa, 1475 sayılı İş Yasasının, iş sözleşmesinin feshini düzenleyen 13. madde sine 13/-13/E maddelerini eklemiş ve 24. maddesinde de değişiklik yaparak toplu işten çıkarmaları düzenlemiştir. Ayrıca, 2821 sayılı Yasanın 30 ve 31. maddelerinde iş güvencesi yönünde bazı değişiklikler yapmıştır. Bu yasanın yürürlük süresinin 30 Haziran 2003 tarihine ertelenmesi amacıyla yeni bir yasa kabul edilmiş, ancak bu Yasa Cumhurbaşkanı tarafından veto edildiği için yürürlüğe girememiştir. böylece. 4773 sayılı Yasa, Yeni İş Yasasının yürürlüğe girdiği 10 Haziran 2003 tarihine kadar uygulanmıştır. 22.5.2003 tarihinde kabul edilen 4857 sayılı Yeni İş Yasası ‘ 4773 sayılı İş Güvencesi Yasasının hükümlerini, bazı değişikliklerle benimsemiş ve kapsamına dahil etmiştir. Yeni İş Yasasının 18. 19, 20,

21. maddeleri bireysel; 29. maddesi ise toplu işçi çıkarmada iş güvencesini düzenleyen maddelerdir. Ayrıca, bireysel sendika özgürlüğünün güvencesi ile işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesini düzenleyen ve 4773 Yasa ile değiştirilmiş bulunan 28 1 sayılı Sendikalar Yasasının 30 ve 31. maddeleri de aynen yürürlükte. İş güvencesi kapsamında bu hükümlerin de dikkate alınarak incelenmesi önem taşımakta 4857 sayılı Yeni İş Yasası, iş güvencesi konusunu 158 sayılı ILO Sözleşmesini esas alarak düzenlemiştir. ILO Sözleşmeleri, Avrupa Birliği normlarından farklı olarak, daha evrensel nitelik taşısa da, gelişmiş ülkeler gibi, gelişmekte olan ülkelerin de bu Sözleşmeleri daha kolay onaylamaları ve iç hukuklarında düzenleme yapmalarını sağlamak amacıyla çok esnek hükümler içermekte, devletlere çeşitli seçenekler sunmaktadır. 158 sayılı Sözleşme de benzeri özelliklere sahip bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Yasasının bu Sözleşmeyi temel alması, ülkemizde de esnek bir iş güvencesi modelinin benimsenmesine yol açmıştır. Gerçekten, iş güvencesinin en önemli unsurlarından birisi de geçerli bir nedene dayanmayan fesih işlemine uygulanacak yaptırımdır. Yeni İş Yasası, bu konuda karma ve oldukça esnek bir model benimsenmiştir. Dahası , Yasanın kapsam ve hukuki yaptırıma ilişkin kuralları esas alındığında, işçinin korunması ile işverenin girişim özgürlüğü arasındaki dengenin daha çok “işletme güvencesi lehine kullanılmış olduğu hususu da dikkatlerden uzak kalmamaktadır. Yasanın iş güvencesine ilişkin hükümlerinde, özellikle yasalaşma sürecinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler sürecinde işveren kesiminin öteden beri savunduğu işletme güvencesinin korunması düşüncesi etkili olmuş ve işçilerin yararına sayılamayacak değişiklikler yapılmıştır. Kapsam açısından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulu, ülkemiz koşullarında milyonlarca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaması sonucunu doğurmuştur. Bu düzenleme ile iş güvencesinin asıl gerekli olduğu ve çoğunlukla kayıt dışı olan sektör kapsam dışı bırakılmış olmaktadır. 4773 sayılı Yasa, geçerli nedene dayalı olmayan fesih için hukuki yaptırım olarak en az altı en çok 12 aylık ücret tutarında bir iş güvencesi tazminatı öngörürken İş Yasası, en az dört, en çok 8 aylık bir iş güvencesi tazminatı öngörmektedir (m.21). İş güvencesine ilişkin hukuk düzenlemelerin temel işlevi, işçinin işini korumasını sağlamaktan çok, keyfi işten çıkarmaları önleyici ve dolaylı olarak caydırıcı bir etki yaratmasıdır. Bu yönleriyle, iş güvencesi hükümleri, beklenen işlevlerinden arındırılmış ve giderek etkisiz hale getirilmiş bulunmaktadır.

Benimsenen modelde bir yandan mahkemenin feshin geçersizliğine karar verebileceği öngörülmekte diğer yandan ise işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde tazminat ödeme yükümlülüğü düzenlenmektedir (m. 21). Bir anlamda işverene, işçiyi tekrar işe alma (işe iade) ya da tazminat ödeme konusunda işverene seçimlik bir hak tanınmış olmaktadır. Kapsamlı iş güvencesi sisteminin benimsendiği Avrupa ülkeleri (örneğin Almanya ve Fransa) uygulamalarında görüldüğü gibi, ülkemiz uygulamasında da, işten çıkarmanın geçerli bir nedene dayanmadığı hususunun mahkemece kararlaştırılması halinde bile, işverenin işçiyi işe başlatmak yerine tazminat ödemeyi tercih edeceği büyük olasılık dahilindedir. Bu nedenle, diğer ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de iş güvencesi, işçinin işe iade edilerek işini korumasından -gerçek anlamda iş güvencesinden- çok, tazminat yaptırımının ağırlık kazanacağı söylenebilir. GÜZEL Ali, 2004, İş Huk.ve Sos.Güv.Huk.İlişkinin Çözüm ve Öneriler 2004 Yılı Toplantısı.İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi S.18,19,20

Hizmet ilişkisinin işveren tarafından sona erdirilmesi ile ilgili düzenlemeleri öngören 158 sayılı ILO sözleşmesinin onaylanması ile Türk Çalışma Mevzuatında revizyon yapma ihtiyacı yukarıda belirttiğimiz uluslar arası sözleşmenin de dahil olduğu iki nedenle zorunlu hale gelmiştir. Bunlardan birincisi, Türk çalışma mevzuatında değişiklik yapmak uluslararası hukuk yükümlülüğü gereğidir. İkincisi ise bu duruma bağlı olarak Türkiye’de artık emek kesimi bu hakkın bilincine varmıştır ve bu hakkı yasal olarak talep etme sürecine girmiştir. İŞ GÜVENCESİ: Türk Çalışma Mevzuatındaki Düzenleme, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Temmuz 2000 Tarihli İş Güvencesi Yasa Taslağının Kısaca Değerlendirilmesi Dr. Pir Ali KAYA Uludağ Üniversitesi, İ.İ.B.F., Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

Sonuçta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile çalışma ilişkisinin taraflarınca oluşturulan Bilim Kurulu bir taslak hazırlamış ve bir takım değişikliklerle yasalaşmış eve iş güvencesi bu şekilde gerçekleşmiştir. Özünü Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı sözleşmesinden alan ve iş güvencesini getiren 4773 sayılı bu yasa 1475 sayılı İş Yasası’nda bazı değişiklikler yapılarak 09.09.2002 tarihinde TBMM’de kabul edilmiş ve 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Bilgili,2004,S:5)

1.5.İyi Niyet Kurallarına Uygun (Kötü Niyetli), Geçerli (Geçersiz)ve Hakkı (Haksız) Fesih Ayrımı

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

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

Buna karşılık, modern iş hukukunda hakkın kötüye kullanılması teorisinin diğer deyimle medeni hukuk araçlarının işçileri feshe karşı yeterince korumadığı görülmüş ve iş güvencesini sağlamak amacıyla işverenin süreli fesih hakkını yasayla sınırlayan sistemler geliştirilmiştir. Başka bir anlatımla, bu sistemde belirsiz süreli iş akitlerinde süreli fesih hakkı kendiliğinden doğmamakta, bu hakkın doğumu yasada belirtilen nedenlerin varlığına bağlanmaktadır. Bu sistemde bir hakkın kötüye kullanılması değil yasaya aykırı fesih söz konusudur. Yasada yer alan geçerli nedenlerin bulunmaması halinde işverence yapılan fesih bildirimini geçersiz sayılmakta, diğer deyişle bozucu yenilik doğuran hak hüküm ve sonuç doğurmamakta, taraflar arasındaki iş ilişkisi aynen devam etmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da işçinin işyerine iadesi daha doğru bir ifadeyle devam eden akdi ilişki nedeniyle işverenin işçinin iş görme edimini kabul

etmesi ve işçinin çalıştırılmadığı boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekmektedir.

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

Hukuk sistemimizde iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde, sürelî fesih hakkının doğumu, geçerli diğer deyişle “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından” ya da “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” nedenlere dayandırılmış (İş K. 18/1) ve bunu ispat yükü de kural olarak işverene yüklenmiştir İş K.madde 20/2). Buna karşılık, geçerli nedenlere dayanmayan feshin yaptırımını konusunda İş Kanununda tam anlamıyla yukarıda açıkladığımız geçersiz fesih hukuki sonuçlarının doğduğu söylenemez.

Buna karşılık haklı nedenle derhal fesih hakkı tamamen farklı nedenlere dayanır. İş ahdinin taraflarından birisi için dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisine devam çekilmez (katlanılmaz)) hale gelmişse, diğer deyimle İş Kanununun 24. ve 25. maddelerinde yer alan haklı fesih nedenleri ortaya çıkmışsa, lehine fesih hakkı doğan taraf hiçbir bildirim sürelerini beklemeksizin iş ahdini haklı nedenle derhal feshedebilir. Söz konusu nedenler olmaksızın sözleşme feshedilmişse bir haksız fesih ortaya çıkar.

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

Buna karşılık, geçerli fesih ile haklı nedenle fesih arasında, fesih hakkının doğabilmesi için yasada belirtilen nedenlerin ortaya çıkmasının zorunlu olması açısından benzerlik bulunmaktadır. Ancak bu nedenler arasında aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği gibi ağırlık farkı vardır. İş Kanununun 18 maddesinde belirtilen geçerli nedenler, 25. maddede sayılan haklı neden derecesine ulaşmayan, o ölçüde ağır olmayan nedenler olup, süreli fesih bildirimine hak kazandırır. İşveren bildirim sürelerine uymak ve koşulları varsa kıdem tazminatı ödemek suretiyle işçinin iş akdini feshedebilir, Oysa İş Kanununun 25. maddesinde ön görülen haklı fesih nedenleri ortaya çıkmışsa, işveren bildirim sürelerini beklemezsizin ve duruma göre (İş K. 25/2. maddesinde sayılan hallerde) kıdem tazminatı da ödemedi iş akdini derhal sona erdirebilir.

Hukukumuzda işverenin belirsiz süreli iş akitlerinde geçersiz veya haksız fesih yapması halinde, aynı hukuki sonuçlar doğar. Diğer deyimle haksız feshe uğrayan işçiler de iş güvencesi hükümlerinden yararlanırlar (İş K. 25/2). Aynı şekilde, haklı bir fesih nedeninin varlığını, fesih hakkının kötüye kullanılmasından farklı olarak, geçerli feshlerde olduğu gibi işveren ispatlamak durumundadır. SÜZEK, Sarper (2005) İş Hukuku Beta Yayınevi İstanbul 440. sy

1.6. İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi

Yeni düzenlemelerin en çok eleştiri konusu yapılan yönlerinden biri, sendika işyeri temsilcilerinin güvencesi konusunda eskiye göre oldukça zayıf bir koruma sistemi getirmiş bulunmasıdır. Gerçekten, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesini düzenleyen Sendikalar Kanununun 4773 sayılı yasa ile değişik 30. maddesinde, temsilcilerin iş sözleşmelerinin feshinde İş Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı (f.1); feshin sendikal nedenlere dayanması halinde ise, İş Kanunu md.21 'de öngörülen iş güvencesi tazminatının en az bir yıllık ücret tutarında olacağı (f.2) hükme bağlanmaktadır.

Burada birkaç sorunla karşılaşıldığı açıktır. Bunlardan birincisi, İş Kanununun ilgili hükümleri kavramından ne anlaşılması gerektiğidir: Bununla, güvence hükümleri kastediliyorsa -ki md. 30 f. 2'de İş Kanunu md. 21 hükmüne yapılan yollamadan hareketle anlaşılması gereken budur- o zaman temsilcinin eskiye göre zayıflayan korumadan yararlanabilmesi dahi, feshe karşı koruma düzeninin kapsamına girmesi; örneğin, en az altı aylık kıdeminin bulunması şartına bağlanmış olmaktadır. Bu alanda

karşılaşılan bir diğer sorun, yeni düzenlemenin, sendika işyeri temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshinde haklı sebep yerine geçerli sebebin yeterli olacağını -dolaylı yoldan- öngörmüş (Sen.K md. 30 f. 1) bulunmasıdır. Bu sonuç, benzer statüdeki işçilerin, bırakınız bu görevlerinin devamı sırasında, statülerinin sona ermesinden sonra dahi belirli süre güçlü bir korumadan yararlandırılmalarını kabul eden emsal ülke hukuklarındaki güvence sistemi ile hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır Kaldı ki, bu çözüm tarzı, işyeri sendika temsilcisinin -işten çıkarılmasına göre daha hafif bir önlem olan- “işyeri”nin ya da “iş”inin değiştirilmesini geçersiz sayan Sendikalar Kanunu md. 30 f. 3 hükmü ile de uyum içinde değildir. SOYER Polat, 2005, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları , Legal İş Huk.ve Sosyal Güv.Hukuku 2005 yılı toplantısı S.68)

BÖLÜM 2 : İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

İş K. Sisteminde iş güvencesi belli koşulların varlığına bağlı kılınmıştır. Bunları şöylece sunabiliriz;

- 1-Belirsiz Süreli Hizmet Akdi ile çalışan İşçiler
- 2- İş akdi feshedilen işçinin en az 30 işçi çalıştırılan bir işyerinde çalışıyor olması.
- 3- İşveren vekili sıfatı taşımaması
- 4- İşçinin en az 6 aylık kıdeme sahip olması
- 5- İş Sözleşmesinin işverence geçerli bir sebep olmadan ve bu sebep yazılı fesih bildiriminde açık ve kesin olarak belirtilmeden feshedilmelidir.

2.1. Belirsiz Süreli Hizmet Akdi ile Çalıştırılma Koşulu : Gerek 4773 sy. Kanunun getirdiği (1475 sy. İş K.13./A-E) ve gerekse halen mevcut 4857 sy. İş Kanunun öngördüğü iş güvencesi sisteminden yararlanabilmenin ilk koşulu, hizmet sözleşmesi feshedilen işçinin 4875 sy. İş K.'ya (4773 sy. Yasa önemindeyse 1475 sy. İş K. ya) tabi işte belirsiz süreli sözleşmeyle çalışıyor olması gereğidir. İş K'ya tabi işlerin neler olmadığı İş K. 4 de sayılmıştır. İş K. Kapsamına giren bir işte hizmet sözleşmesiyle çalışma koşulu sağlandıktan sonra bu sözleşmeni tipik veya atipik/deneme süreli veya deneme süresiz olup olmaması önemli değildir. Sözleşmenin varlığı için özgürce yapılan bir anlaşmaya göre iş, ücret ve bağımlılık öğelerinin sağlanması gerekli ve yeterlidir. Bunlar sağlandıktan sonra işçinin işyerinde/işletmede hangi konumda ve hangi yetkilerle donatılmış olarak çalışacağı, onun işçi sıfatını edinmesi bakımından önemli değildir. İşletmemi yoksa belli düzeyde (ve işçilere karşı) bir işveren vekili mi olduğu noktasında önem arz eder. Bu bağlamda bir temizlikçi, kaynakçı, hemşire ve doktor da işçidir, o işyerinin müdürü ve genel müdürü de. Nitekim uygulamada Genel Müdür konumundaki işçilerle sıkça karşılaşılmaktadır.

Fakat iş güvencesinden yararlanabilmek için sadece İş K.'ya tabi bir işte hizmet sözleşmesiyle çalışıyor olmak yetmemekte, ona ek kimi şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. İşte bu koşullardan birisi, işçinin belirsiz süreli sözleşmeyle çalışıyor olmasıdır ya da bir başka deyişle ilgili işçinin sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır. Gerçektende gerek 4773 sy. Kanunun (1475 sy. İş K. 13/A vd.) ve gerekse 4875 sy. İş

K.'nın hükümlerinden bu sonucu çıkarabiliriz. Yasanın bu tutumunun konuyla ilgili 158 sy. U.Ç.Ö. sözleşmesine de uygun düştüğünü söyleyebiliriz.(Akyiğit,2006,S:481-482)

Belirsiz süreli sözleşmeyi açıklamadan önce Belirli Süreli Sözleşmenin tanımını yapmakta fayda olduğu kanaatindeyiz. Belirli süreli sözleşme ; taraflarca sözleşmenin kurulduğu sırada hukuki ilişkinin devam edeceği sürenin bilindiği veya öngörülebildiği , bu anın açıkça veya örtülü olarak kararlaştırıldığı sözleşmedir. (Çankaya,Günay, Göktaş 2006,S:159)

Belirli süreli iş sözleşmelerinde süre , açıkça bir tarih olarak veya gün ,hafta ,ay ,yıl, gibi belirli bir zaman birimiyle ifade edilen ve sınırlanan bir süre olarak (sekiz aylık, üç yıllık vs.) belirlenebilir. (Mollamahmutoğlu , 2005, S:251)

Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı verilirken sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil , sürenin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de , sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiştir. (Çankaya,Günay, Göktaş ,2006, S:159)

Belirsiz süreli sözleşme Kanunda “iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır” denilerek dile getirilmiştir. (İş K. 11/1) Bununla birlikte ne zaman sona ereceğinin veya ne kadar devam edeceğinin bilinmediği hizmet sözleşmesine belirsiz süreli hizmet sözleşmesi denebilir. (Akyiğit , 2006, S: 779)

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin ,taraflarca süresi belirlenmemiş ve işle güdülen amaçtan da belirli bir süre çıkarılmayan iş sözleşmesi şeklinde de tanımlanabilir. (Mollamahmutoğlu, 2005,S: 251)

Ancak bu değişik görünüm biçimi, Hizmet sözleşmesi yapılırken sözleşmenin ne kadar devam edip ne zaman sona ereceğine dair herhangi bir kararlaştırmanın yapılmaması halidir. Fakat 4875 sy. İş K.'nun önceki dönemdeki uygulamadan etkilenerek getirildiği düzenlemeye göre Sözleşmeyi belirli süreye bağlamayı haklı kılan objektif bir olgu bulunmadan belirli sürelidir diye yapılan sözleşmelerin de belirsiz süreli sayılacağı sonucuna varmak gerekir. Zira yasa, Bilim Komisyonunca hazırlanan taslaktan farklı olarak, belirli süreli sözleşmeyi ilk defa yapılışında bile, süreyi haklı kılan objektif

olguların varlığına bağlamış, böyle bir olgu yokken sırf taraf iradeleriyle belirli süreye bağlamayı geçerli görmemiştir. O halde, ortada sözleşmeyi süreye bağlamayı haklı kılan objektif bir olgu yokken, taraflar gerçekten karşılıklı rıza ile sözleşmenin belirli süreli olduğunu kararlaştırsalar bile bu sözleşme belirli süreli değil belirsiz süreli sözleşme sayılacaktır. Burada taraf iradelerine rağmen belirsiz sürelilik söz konusudur. Yasa objektif olguların ne olacağı konusunda sadece belirli süreli işler” veya “belirli bir işin tamamlanması” veya “belirli bir olgunun ortaya çıkması” gibi objektif koşullardan söz etmektedir. Çok net olmamakla birlikte, belli bir süre devam edecek, örneğin bir otomobil tanıtım fuarı boyunca devam edecek çalıştırma işinin belirli süreli işlerden sayılması uygundur. Buna karşın bir baraj işinin bitimine dek çalışma halinde baraj işinin belirli süreli iş olduğu söylenemez. Bu noktada önceki dönem verilen Yargıtay kararının günümüz içinde isabet taşıdığını söyleyebiliriz. Burada işin niteliği o işin belirli süreli olup olmadığını belirleyen ölçüttür’.

Belirsiz süreli hizmet akitlerinin yazılı olup olmaması geçerlik şartına etkili değildir. Ücret karşılığında hizmet edimin kabulü ile hizmet akdi oluşur. Hizmet akdi şekle bağlı olmadığından hizmet sözleşmesi tarafların karşılıklı serbest iradelerini açıklamaları ile tamamlanır. (Çankaya, Günay, Gökteş, 2006, S:159)

Nitekim Yargıtay, davacının feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep ettiği , davalının ise iş sözleşmesinin feshedilmediğini, her yıl vize uygulaması ile alınan işçilerin bir süre çalıştıktan sonra çıkarıldığını, vize uygulamasının sona ermesi ve ekonomik duruma dikkate alınarak davacının geçici olarak çıkarıldığını savunmasında bulunduğu ve yerel mahkemenin mevsimlik işçinin iş akdinin askıya alınmış olduğu yani feshedilmediği gerekçesi ile reddettiği bir davayı vize uygulamasının idari bir tasarruf olması, iş sözleşmesinin kurulması ya da feshedilmesi ile ilgilendirilmesinin olanağı bulunmaması ; davalı işverence yapılan işlerin sürekli iş oluşu , mevsimlik iş olarak nitelendirilmesi ve davacının mevsimlik işçi olarak kabul edilmesinin doğru olmadığı, 4857 sayılı İş Kanununda iş sözleşmesinin askıya alınması konusunda bir düzenleme bulunmaması, mahkemece aksi yöndeki düşüncenin doğru bulunmadığı ; somut olayda da davalı işverenin vize uygulamasının sona ermesine uzun bir zaman var

iken, yıl ortasında sayılacak bir zamanda fesih işlemini gerçekleştirmesi sebebi ile davalı işverence feshe dayanak yapılan diğer neden olan ekonomik durum ise ispatlanamamış bulunduğu gerekçesi ile somut olay ve hukuki olgulara göre yapılan fesih işlemi geçersiz olduğunu belirterek davacı işçinin istemini yerinde bulmuş ,4857 Sayılı İş Kanununun 20/3. maddesi uyarınca yerel mahkemenin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına , İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının İŞE iadesine , davacının yasal süre içinde başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının takdiren işçinin dört aylık ücreti olarak belirlenmesine, Davacının işe iadesi için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve sosyal hakların davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine karar vermiştir.Yargıtay 9.H.D TARİHİ : 20.11.2003 ESAS NO : 2004/4501 KARAR NO : 2004/4971) Sinerji Group.A.Ş

Yargıtay ; belirli süreli iş sözleşmesi ile işyerinde çalışan ve iş akti feshedilen davacının , işe iadesine karar verilmesini talep ettiği davada “her ne kadar taraflar arasında dört yıllık belirli süreli iş sözleşmesi düzenlenmiş ise de, davalılara ait süreklilik arz eden işte, imalat işçisi olarak çalışan davacı işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektirir objektif haklı bir neden bulunmadığı , bu nedenle sözleşmenin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekir gerekçesi ve esasen aynı sözleşmede iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ihbar tazminatının da ödenmesinin kararlaştırılmış olması ve işverence ihbar tazminatının ödenmiş olması da sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu göstermesi sebebi , öte yandan, davalı tarafça fesih için geçerli bir sebep ileri sürülmediği gibi, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirten yazılı bir fesih bildirimini de bulunmadığı gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığının kabul etmiş

Yargıtay aşağıda sunmuş bulunduğumuz diğer bir kararında belirli süreli yapılan bir iş akdine rağmen davalılara ait süreklilik arz eden işte, imalat işçisi olarak çalışan davacı işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektirir objektif haklı bir neden bulunmadığından , yerel mahkemenin belirli süreli sözleşmeyi gerekçe göstererek reddettiği kararı bozarak ortadan kaldırmıştır. Karar özeti şöyledir ;

ÖZET : Davacı, işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Her ne kadar taraflar arasında dört yıllık belirli süreli iş sözleşmesi düzenlenmiş ise de, davalılara ait süreklilik arz eden işte, imalat işçisi olarak çalışan davacı işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektirir objektif haklı bir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekir. Esasen aynı sözleşmede iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ihbar tazminatının da ödenmesinin kararlaştırılmış olması ve işverence ihbar tazminatının ödenmiş olması da sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu göstermektedir. Öte yandan, 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 gerektiğine karar vererek yerel mahkemenin kararını bozularak ortadan kaldırılmış, davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine , davacının süresi içerisinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının 4 aylık ücret tutarı olarak belirlenmesine, davacının süresi içinde başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalılardan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine..... karar vermiştir.

Esas Yılı : 2005 Esas No : 14221 Karar Yılı : 2005 Karar No : 16526 Karar Tarihi : 12.05.2005 Daire No : 9 Daire : HD (Sinerji A.Ş)

Yine Yargıtay uygulamaları çerçevesinde ; feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini isteyen davacının davasını ; davacının işe iade talebi 6 ay süreli belirli süreli akdin sona ermesi sebebiyle feshedildiği gerekçesiyle reddeden bir yerel mahkeme kararını “davacının son kez yapılan belirli süreli akitten önce aynı işyerinde çalıştığına dair kanıtların mevcut olması , davacı işçinin son sözleşmesi 4857 sayılı Kanununun 11. maddesinde belirtilen sebeplere uygun olarak kurulmamış bulunması ,bu durumda davacının tüm çalışma süresinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabulü gerektiği gerekçesi ve yine aynı kanununun 18. maddesinin ilk fıkrasında belirtilen en az altı aylık kıdem süresi gerçekleştiği gerekçesi ile . feshin geçerli bir sebebe dayanmamasından dolayı ayrıca davacı işçinin sendikal nedenle işten çıkarıldığının anlaşılmasından dolayı davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe

iadesine, karar verilmiştir.Esas Yılı : 2004 Esas No : 20378 Karar Yılı : 2004 Karar No : 29800 Karar Tarihi : 28.12.2004 Daire No : 9 Daire : HD (Sinerji Group.A.Ş)

2.2.İş akdi feshedilen işçinin en az 30 işçi çalıştırılan bir işyerinde çalışıyor olması

4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanununun 13/A maddesi uyarınca 15.03.2003 tarihinden itibaren işyeri baz alınarak on işçi çalışan işyerlerinde uygulanmaya başlayan iş güvencesi ; 4857 sayılı İş Kanununun 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmesi ile işverene ait aynı iş kolunda ki tüm işyerlerini kapsama alan işletme bazında otuz işçi çalıştıran işyerleri için uygulamaya devam etmektedir.İş güvencesi hükümlerinin uygulanabileceği işyerlerinin çalıştırdıkları işçi sayısı ile belirleme düşüncesi , feshe karşı koruma hükümlerinin getireceği ağır külfetlerin küçük işyerlerini zor durumda bırakacağı bununda , istihdamda daralmaya yol açacağı kaygısından kaynaklanmıştır.

İş Kanunu'nun 2.maddesinin 3.fıkrasında “ işyeri ,işyerine bağlı yerler ,eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” şeklinde yer alan kural , iş güvencesi hükümlerinin kapsamını belirlemekte yararlanılabilecek önemli bir araçtır. (Çankaya,Günay, Göktaş ,2006,S:197-198)

Bu tür istisnalar ve sınırlamalar 158 sayılı ILO sözleşmesinin 2/4-5 maddesine uygun düşmektedir. Nitekim 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı iş güvencesi yasası ile 10.06.2003 tarihinde çalışma hayatındaki yerini alan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18,19,20 ve 21.maddelerinde iş güvencesi düzenlenirken. 30 işçiden az işçi çalışan işyerleri, kıdemi 6 aydan az olan işçi, ve belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçiler iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmışlardır.İş güvencesi maddelerinin, 30 işçiden az işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanmamasının Anayasanın sosyal devlet ilkesine (md. 2) ve kanun önünde eşitlik ilkesine (md.10) aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Yeni iş kanununa göre işverence yapılan fesihlerde işçi açısından,iş güvencesi sürecinin başlayabilmesi için belirli şartların aynı anda bir arada bulunması gerekmektedir.Buna göre, işçinin işe iade davası açabilmesi için,o işletmenin bütününde en az otuz işçi çalışması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması ve sigorta kayıtlarına göre o işyerinde en az 6 aylık kıdeminin bulunması gerekir. (Bilgili,2004,S:56)

Tarım ve orman işlerindeyse en az 51 işçinin çalıştırılıyor bulunması zorunludur.(İş K. 4/a) Böylece iş güvencesi hükümlerinin her işyerinde değil ancak belli ölçekteki işyerlerinde uygun sağlanmak istenmiştir. O halde ancak 30 (tarımda 50'den çok) veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler güvenceden yararlanabilmenin bir diğer koşulu, sözleşmesi feshedilen işçinin en az 30 işçi çalıştırılan bir işyerinde çalışıyor bulunmasıdır. (İş K 18/1) Tarım ve orman işlerindeyse en az 50 işçinin çalıştırılıyor bulunması zorunludur.(İş K 4k) Böylece iş güvencesi hükümlerinin her işyerinde değil ancak belli ölçekteki işyerlerinde uygun sağlanmak istenmiştir. O halde ancak 30 (tarımda 50'den çok) veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler güvenceden yararlanabilecek, daha az işçinin çalıştığı işyerlerindeyse işçilerden hiçbiri iş güvencesinden yararlanamayacaktır. Aslında 4773 sayılı Kanunla getirilen metinde iş güvencesinin en az 10 işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilere uygulanacağı belirtiliyordu. (1475 sy. İş K 13/A) Fakat bu durumda hemen her işyerini güvence kapsamına alıp işletmeleri olumsuz etkilediği gerekçesiyle işverenlerce; sayının yüksek olduğu ve 5 işçiye düşürülmesi gerektiği düşüncesiyle de öğretide eleştiriliyordu. 4857 sayılı Kanun işverenlerden etkilenmiş olmalı ki, güvencenin ancak en az 30 (tarımda 50'den çok) işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanacağını belirterek barajı yükseltip bir çok işçiyi güvencesiz bırakmıştır. Aslında bu sayının dünya ortalamasının üstünde olduğu bir yana 158 sy. Sözleşmeye öz itibarıyla ne derece uyduğu da tartışmaya açıktır. Zira Sözleşme, işçilerden "sınırlı kategori"nin güvenceden dışlanabileceğini, fakat asıl olanın tüm işçilere ekonomik faaliyet alanlarına bakmaksızın güvence sağlamak olduğunu belirtmektedir. (Söz 2/1 ve2/5) Bizde 30 tarım ve ormanda 51 ve üzerinde işçi çalıştıran işyeri/işletmelerin tüm işyerleri içindeki oranının pek de hızla olmayışı güvence dışı bırakılanların mı yoksa güvenceye kavuşturulanların mı "sınırlı kategori" oluşturduğunda ciddi soru işaretleri uyandırmaktadır. (Akyiğit,2006,S:481-482)

Yargıtay aşağıda sunmuş bulunduğumuz kararında işçi sayısının nasıl tespiti gerektiği ve talep olmadığı halde dahi dört aya kadar çalışılmayan ayların ücretlerinin ödenmesi gerektiği yönünde bir karar vermiştir. Yerel mahkemede davacı ; 17.6.2003 tarihinde iş sözleşmesinin neden gösterilmeksizin feshi nedeniyle; feshin geçersizliğine, işe iadesine ve yasal tazminatlarının ödenmesi isteğinde bulunmuştur. davalı işveren II.Etap

konutlarının 2 ayrı parselden oluştuğunu ve ayrı ayrı yönetildiklerini, toplu yapı yönetimi adı altında bir kuruluş bulunmadığını savunarak davanın reddini talep etmiş ve Yerel Mahkemece ; 4857 sayılı yasanın 18.maddesine göre işyerinde fesih tarihinde 30 dan az işçi çalıştığından davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay incelemesinde ise Sosyal Sigortalar Kurumunda da birbiri ardı sıra 1129290 ve 1129291 numaraları ile Bahçe bakım, temizlik, güvenlik ve bekçilik hizmetleri işyeri olarak kayıtlı bu işyeri; 4857 sayılı yasanın 2/2 ve 3 fıkrasına göre aynı yönetim altında örgütlendiği aynı iş organizasyonu kapsamında olup olmadığı kesin olarak belirlenmiş olmadığı tespit edilmiş ve yerel mahkemenin , ortaklık protokolü değerlendirmedeği , davacının her iki parselde hizmet verip vermediği saptanması , her iki parselin ortak protokol gereği bir üst yönetim oluşturup oluşturmadığı belirlenmesi, bundan sonra yasada belirtilen işyerinde 30 işçi çalışıp çalışmadığı kesin olarak tespit edilerek sonuca gidilmese gerektiği gerekçesi ve eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup yerel mahkemenin kararını bozarak işe iade kararı vermiştir. (Esas Yılı : 2004 Esas No : 244 Karar Yılı : 2004 Karar No : 1442 Karar Tarihi : 29.01.2004 Daire No : 9 Daire : HD) Sinerji A.Ş

2.3. İş veren (üst düzey) vekili taşımaması:

Bu konuya girmeden önce işveren vekilinin tanımını yapmakta fayda vardır. İşveren vekili ; 1475 sayılı İş Kanununun 1.Maddesine göre “ işyerinde işveren adına hareket eden ve işin ve işyerinin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili” denir.İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı muamele ve yükümlerinden doğrudan doğruya işveren sorumludur.İşveren vekilliği sıfatı , işçilere tanınan hak ve vecibeleri ortadan kaldırmaz” denilmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesinde ise “ işveren adına hareket eden ve işin ,işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir.İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur.Bu kanunda işveren için öngörülen her tür sorumluluk ve zorunluluklar işveren hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı , işçilere tanınan hak ve vecibeleri ortadan kaldırmaz” denilmiştir.

Basın İş Kanununda işveren vekili kavramına yer verilmemiştir. Bu nedenle , Basın İş Hukukunda da işveren , genel hükümlere göre (B.K M.32 vd)herhangi bir kimseye ; örneğin yazı işleri müdürüne ve yazı işleri müdürüne yetki verilebilir.

2.3.1.İşveren vekilinin özellikleri:

2.3.1.1.İşyerinde işveren adına hareket etmek :

İşveren vekili tanımında en önemli unsur “işyerinde işveren adına hareket etmektir”.İşveren vekilinin hareket alanı işyeri ile sınırlıdır.İşyeri dışında işveren vekilliğinden söz edilemez.Bu yer yönünden sınırlamadır. Öte yandan işveren vekilinin hareketlerini işveren adına yapması yani yetki ve sorumluluklarını işveren adına kullanmasının işveren adına olması gerekir.

Temsil yetkisi işveren vekiline vekalet akdi ile verilebileceği gibi hizmet akdi ile de verilebilir.

İşin ve İşyerinin Yönetiminde Görev Almak

İşveren vekili işin ve işyerinin yönetiminde yetkili bir kişidir.Bu şartları taşımayan bir kimse işyerinde pozisyonu ne olursa olsun işveren vekil olarak kabul edilemez.

İşin ve işyerinin yönetiminde görev almak bir taraftan hareketin mahiyetini göstermekte ; öte yandan içeriği ile ilgili sınırı çizmektedir.İşveren yetkili kural olarak işi yapan değil ,yöneten oluşu nedeniyle , işçiden ; bu yönetmeyi kendi adına değil , başkası namına yapması nedeniyle işverenden ayrılır.

Bir kimsenin işveren vekili sıfatını kazanabilmesi için , anılan koşulların kişiliğinde gerçekleşmiş bulunması gerekli ve yeterlidir.İşletme içinde ki adlandırılış biçimi ; bu konuda önemli değildir.

İşveren vekilinin birden fazla olmasının da bir önemi olmadığı gibi işin ve işyerinin Özel Hukuk veya Kamu Hukuku işverenine ait olmasının da bir önemi yoktur.

Aynı Kişide İşçilikle İşveren Vekilliği Sıfatının Birleşmesi

İş Kanunun anlamında işveren vekilliği için işçi olmak zorunlu bir unsur değildir.İşveren vekili durumunda ki memurların varlığı bunu ispatlamaktadır.Ancak, uygulamada çokluk işveren vekili işçiler arasından seçilmektedir. Bu durum işçilere

tanınan hak ve vecibeleri ortadan kaldırmaz. Bu takdirde aynı kişide hem temsilcilik hem de işçilik gibi iki nitelik birleşiyor demektir. İşveren vekilliği ile işçilik niteliklerinin aynı kişide birleşip birleşmediğinin tespiti açısından ; işveren ile arasında ki temel ilişkiye bakmak gerekecektir. (Çankaya,Günay, Göktaş ,2006,S:211-212)

İşveren vekili tanımı ve işveren vekilinin özelliklerine kısaca değindikten sonra iş güvencesinden yararlanmanın bir diğer koşulu olan işveren vekili olmama koşulunu inceleyebiliriz.

İş güvencesinden yararlanmanın bir diğer koşulu ilgili işçinin üst düzey işveren vekili niteliği taşıyamamasıdır. Bundan kasıt “işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları “ile” işyerinin bütünü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. (İş K. 18/son). Somut olarak düşünülürse işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekilinin genel müdür; yardımcılarının ise genel müdür yardımcısı olduğu söylenebilir. O halde personel müdürü vs. gibi kimseler bu kapsamda değerlendirilemez Genel müdür ve yardımcılarının güvenceden dışlanabilmesi için işe işçi alıp çıkarma yetkilerinin bulunması gerekmez. Fakat işyerinin bütünü sevk ve idare eden işveren vekilininse (ki şube müdürü veya müdürdür) iş güvencesinden dışlanabilmesi için işyerine işçi alma ve işçi çıkarma yetkisinin bulunması şarttır işçi alma veya sadece işçi çıkarma yetkisinin varlığı yeterli değildir, her iki yetkinin birlikte bulunması gerekir. Yine bu yetkiler fesihden önceki bir dönemde aynı anda birlikte veya değişik zamanlarda ayrı ayrı bulunması güvenceden yararlanmaya engel değildir. O halde diyebiliriz ki anılan yetkilerin anılan kişide fesih bildirimiminin tebliği (veya tebliğ yoksa fesih beyanının işçiye varma) anında birlikte mevcut olması gerekli ve yeterlidir.

Yukarıda sayılan koşulları taşıyan bir işveren vekili aslında iş güvencesinden tümüyle dışlanmış değildir. O sadece, sözleşmenin feshi usulü (İş K. 19) ile geçersiz sebeple feshin sonuçlarından (İş K.21) ve işverenin haklı fesih iddiasına karşı iş güvencesini işletmekten yararlanamaz. (İş K. 18/son) Yoksa kendisine yönelen bir feshe karşı mahkeme veya hakeme itiraz edip karar alma imkanı vardır. Fakat bu karar feshin geçersizliği ve işe iade, boшта geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatını öngöremeyecektir 4873 sy. Kanunla getirilen güvencede sadece işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekilleri güvenceden dışlanmıştı, yani güvence dışı bırakılan işveren vekili daha sınırlı tutulmuştur. (1475 sy. İş K13/A) Ancak öğretilerde bu hususun

biraz daha genişletilmesi öneriliyordu. Nitekim bir kararda Merkez Şube Müdürü konumundaki bir işçinin iş güvencesinden yararlanması kabul edilmiştir, (9HD. 11.12.2003 —2022-20604- Ç ve Top. D. 200411,145-146)

(Akyiğit , 2006,S: 160)

Yargıtay 9.H.D si 2005 tarihli ve aşağıda sunmuş bulunduğumuz kararında “ genel müdür yardımcısı” pozisyonun de görev yapan ve işveren vekili olarak nitelendirdiği işçi ile ilgili olarak verilen işe iade kararını bozarak ortadan kaldırmıştır. Davacı yerel mahkemede ,iş sözleşmesinin 4857 sayılı iş Kanununun 18 ve devamı maddelerine aykırı olarak feshedildiğini iddia etmiş, feshin geçerli nedenle yapılmadığını belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesini talep etmiştir. Davalı ; Genel Müdür Yardımcısı kadrosunda çalışan davacının yeni organizasyon şemasında kadrosunun iptal edilmesi nedeni ile iş sözleşmesinin feshedildiğini, feshin işletmenin gereklerine dayandığını savunmuştur.

Mahkemece, feshin en son çare olma ilkesine uyulmadığı, geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmiştir. Karar temyiz edilmiş ve Yargıtay’ca ;İşçinin, 4857 sayılı iş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması yanında, işyerinde en az 30 işçi çalışması, en az 6 aylık kıdeminin bulunması ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olmaması gerektiği,İş sözleşmesi feshedilen işçi tarafından aynı kanunun 19. maddesi uyarınca, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açılması gerektiği somut olayda, işyerinin işletme bazında olduğu ve davacının Genel Müdür Yardımcılığı görevinde bulunduğu, banka acentelerinden sorumlu olduğu, bu şekilde işletmenin bütününe sevk ve idare eden konumda olduğu, işletme bazında sorumluluğu nedeni ile burada işe alma ve işten çıkarma yetkisinin aranmayacağı, davacının işveren vekili sıfatını taşıdığı anlaşılması bu nedenle davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesi ile davanın reddi gerektiği kanaatine vararak yerel mahkemece davanın kabulüne karar

verilmesi hatalı bulunmuştur. Esas Yılı : 2005 Esas No : 21058 Karar Yılı : 2005 Karar No : 30347 Karar Tarihi : 19.09.2005 Daire No : 9 Daire : HD (Sinerji Group A.Ş)

Aşağıda sunmuş bulunduğumuz kararda Yargıtay “ teknik başkan” ile yönetici sıfatında ki “ başkan” kavramlarının iyi irdelenmesine örnek teşkil eden bir karar vermiştir. Davacı yerel mahkemede işyerinde genel müdür yardımcısı olarak görev yaptığını, iş akdinin haksız feshedildiğini belirterek işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı, davacının işveren vekili olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme savunmayı yerinde görerek davacının işveren vekili olduğu kabul edilerek davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay dosya içerisinde mevcut görev tanımı belgesine göre davacının işyerinde görevinin "teknik başkan" olduğu ayrıca işyerinde işçi alma ve çıkarma vs. gibi görevlerinden bahsedilmediği. dosya içerisinde davalı yönetimini gösteren belgede de davacının sıfatı teknik müdür olarak gösterilmiş olması sebebi ile davacının 4857 sayılı Kanunun 18/son maddesinde açıklandığı gibi işveren vekili olmadığı anlaşıldığı gerekçesi ile yerel mahkemenin tarafların delillerinin toplanıp işin esasına girilerek sonuçlandırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kuran kararını bozmuştur. Esas Yılı : 2004 Esas No : 28934

Karar Yılı : 2004 Karar No : 29711 Karar Tarihi : 27.12.2004 Daire No : 9 (Sinerji Group)

Aşağıda sunmuş bulunduğumuz Yüksek Mahkeme kararında davalı işverenin , işveren vekili olduğunu iddia ettiği işçisinin bu sıfatını ispat etmesi gerektiğini ifade ile yerel mahkemenin işe iade kararını onamıştır. Karar özeti şöyledir: Davacı yerel mahkemede 1 yıl süreli hizmet akdi yapıldığını, birden fazla yenilediği için belirsiz süreli hale geldiğini, müvekkilinin finanstan sorumlu genel müdür yardımcısı olduğunu hizmet akdinin 10.05.2004 tarihinde haksız olarak fesih edildiğini bu nedenle davasının kabulüyle işe iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı cevap dilekçesinde ; hizmet akdinin şirket yönetim kurulunun almış olduğu karar nedeniyle ihbar tazminatı ödenmek suretiyle fesih edildiğini 27.06.2003 günlü genel kurul toplantısında 3 yıl süreyle seçilen yönetim kurulu üyelerinin genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırdığını 08.04.2004 tarihli genel kurulda yeni yönetim kurulu üyelerinin

seçildiğini genel kurul toplanmasının sebebinin şirketin iyi yönetilmediği inancı olduğunu, yeni yönetim felsefesi benimsenerek yapılan organizasyonel değişiklik sebebiyle davacının hizmet akdinin sona erdirildiğinin davacının işveren vekili konumunda olduğunu bu nedenle hem hizmet akdinin haklı nedenle fesih edildiğini hem de işveren vekili olması sebebiyle işe iade davası olarak açılan davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Yerel mahkeme davayı kabul edilmiş ve Yüksek Mahkeme tarafından fesih bildirimine göre işyerindeki organizasyonel değişikliğin davacının hizmet akdinin feshini gerekli ve zorunlu kıldığını ispat yükü davalı tarafa ait olup iddia, savunma ve dosya kapsamına göre oluşturulan, yeni yönetim kurulunun aldığı değişiklik kararının, sebep ve dayanakları gösterilmediğinden organizasyonel değişiklik sebebiyle yapılan feshin geçerli olmadığı sonucuna varılmış olup fesih bildiriminde dayanılmayan işveren vekili olduğu iddiası da ispatlanamadığından gösterilen sebebin geçerli olmadığı, sonucuna varılmış 4857 Sayılı Yasanın öngördüğü usul ve koşullara uygun ve süresinde açıldığı anlaşılan işe iade davasının kabulüne karar verilmiştir. Esas Yılı : 2004 Esas No : 31542 Karar Yılı : 2005 Karar No : 1113 Karar Tarihi : 24.01.2005 Daire No : 9 Daire : HD (Sinerji Group)

2.4. İş güvencesinden yararlanabilmenin bir başka şartı, ilgili (sözleşmesi feshedilen) işçinin en az 6 aylık hizmet süresine (kıdeme) sahip bulunması gereğidir:

Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler ve gazetecilerin(5953 say.K.m.6,4773 say.K.m.12 ile ek) 4773 sayılı yasa ile hukukumuzda getirilen iş güvencesinden yararlanabilmeleri için en az altı aylık bir işyeri kıdemini gerektirir.

Altı aylık süre dolmadan iş sözleşmesi işverence her zaman İş Kanununun 19.maddesinde belirtilen şekil şartlarına uyulmadan ve geçerli neden belirtilmeden feshedilebilecektir. (Çankaya,Günay, Göktaş ,2006, S:211-212)

Kanunun aradığı bu en az altı aylık kıdem ,aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilmek suretiyle hesap edilir.Birleştirilecek sürelerden öncekilerin belirli süreli iş sözleşmeleri ile yapılmış olmasının da bir önemi yoktur; yeter ki işçi son çalışmasını belirsiz süreli ş sözleşmesiyle yapıyor olsun.Kıdemin başlangıcı , iş

sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin işe başladığı tarihtir.(Mollamahmutoglu, 2005,S:570)

İş Kanununun 18. maddesinin 2. fıkrasında, altı aylık kıdem hesabında bu yasanın 66. maddesindeki sürelerin dikkate almayacağı hükme bağlanmıştır. Oysa ki, söz konusu 66. maddede yer altına inip çıkma, çocuk emzirme süreleri gibi günlük çalışma süresinden sayılan haller düzenlenmiştir, Bu sürelerin günlük iş süresinden sayılmasının işçinin altı aylık kıdemini belirlenmesi açısından bir önemi yoktur, Nitekim bilim kurulu taslağında bir hüküm yer almıyor da. Eğer yasa koyucunun amacı iş akdinin askıda kaldığı sürelerin altı aylık kıdem süresinden sayılması idiyse bu yollamanın 66. maddeye değil yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılan süreleri düzenleyen (ve sınırlamalar getiren) 55. maddeye yapılması daha uygun olurdu. İş Kanununun 18. maddesinde böyle bir yollama ve sınırlama yer almadığına göre daha önce belirttiğimiz tüm askı sürelerinin diğer deyimle işçinin fiilen çalıştığı günlerin değil iş akdinin devam süresinin akı aylık kıdem süresinin belirlenmesinde hesaba katılması gerekir.

İşçi işverenin işyerinde veya işyerlerinde aralıklı çalışmış olabilir, Yasada bu sürenin sürekli olması yönünde bir düzenleme yer almadığından ve 1K 18/1 'de sadece işçinin kıdeminden söz edildiğinden, kıdem hesablanmasında aralıklı çalışmaların birleştirilmesi uygun olur.

İşçinin iş güvencesinin dışında kaldığı altı aylık süre içinde, işveren işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırırsa da, henüz altı aylık kıdemi olmayan işçinin iş akdini İş K.18 maddede yer alan koşullara ve usule tabi olmaksızın İş K. 17.maddeye göre sona erdirebilir. Bu durumda iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçi olayın özelliğine göre fesih hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürerek kötü niyet (koşulları varsa ihbar) tazminatı isteyebilir.

Ancak işveren işçinin sırf iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla altı ayın dolmasından kısa bir süre önce iş akdini feshederse, işçi öğretilerdeki bir görüşe göre kötü niyet tazminatı (İş K. 17/6) talep edebilir. Her ne kadar yukarıda belirttiğimiz gibi altı aylık süre içinde iyi niyet kurallarına aykırı herhangi bir nedenle

sözleşme sona erdirilirse kötü niyet tazminatı ödenmesi gerekirse de, bu olayda iyi niyet kurallarına aykırılık diğer fesih nedenlerin den farklı bir biçimde işçinin iş güvencesinden yararlanmasını engellemek biçiminde ortaya çıkmaktadır. Genel olarak hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını hakkını kötüye kullanan kişinin bununla amaçladığı sonucu elde edememesidir, Bu durumda öğretide ileri sürüldüğü gibi kötü niyet tazminatı ile yetinilirse iş veren (işçiyi iş güvencesinden yararlandırmamak) amacına ulaşmış olacaktır. Bu nedenle söz konusu durumlarda işverence yapılan feshe iş güvencesinin diğer deyişle geçersiz feshin sonuçlarına bağlamak hem hakkın kötüye kullanılması teorisine hem de yasanın iş güvencesi getiren hükümlerinin amacına daha uygun düşer(.Süzek, 2005,S:440)

Nitekim Yargıtay'a göre de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için en az altı aylık kıdeminin bulunması şarttır. Davacı İşçinin iş sözleşmesinin feshedildiği 15.04.2004 tarihinde davalıya alt işyerin deki kıdem altı aydan az olduğu anlaşılmakta olup, buna göre feshin geçersizliği ile işe iade hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün değildir. Mahkemece bu yön gözetilmeksizin karar verilmesi hatalı olduğundan mahkeme kararının 48 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar vermek gerekmiştir (9. HD, 07.10.2004- 25336/22392)

Yasanın 6 aylık sürenin kıdem hesabında sade bir gün içinde çalışılmış sayılan haller (İş K. 66) atıf yapıp sözleşmenin devam süresi içinde yer alan çalışılmış sayılan haller ile tatil/izin günlerine değinmesi, sanki bunların dikkate alınmayacağı anlamını verir gibidir.Ancak böyle bir yaklaşım isabetli değildir. Bu yüzden kıdem için atfın hiç değilse (günü değil) daha uzun süreyi baz alan o sürenin hesabında hangi olguların kıdemden sayılacağını düzenleyen İş K. 55. Hükmünden yararlanarak uygun gözükmektedir.

İşverenin işçiyi çalıştırdığı birden çok işyerinin aynı işkolunda olması da zorunlu değildir. Hatta kural olarak, bu işyerlerinin tümünün İş K.'ya tabi bir işyeri alması da zorunlu değildir Kıdem hesaplanmasında deneme süresinin de hesaba katılması doğru olur .

Ancak 6 aylık sürenin tek bir sözleşmeyle hizmet bütünlüğü içinde geçirilmesini anmak uygundur. Aynı işverenler yanında ayrı sözleşmelerle geçirilen süreler bu iş verenlerin kamu veya özel kesim i olduğuna bakılmaksızın hesaba katılması gerekir.

Buna karşın aynı sözleşmeyle değişik işverenler yanında geçirilen sürelerin hesaba katılması gerekir. İş değişikliği ve işyeri veya iş ilişkisinin (bireysel) devri ile ödünç iş ilişkisinde durum böyledir. Yani işçinin ödünç verilmesi halinde ödünç alan yanında geçirdiği süreler ile işveren değişikliği halinde farklı işverenler (eski ve yeni işverenler) yanında geçirdiği süreler de hesaba katılır. Hizmet sözleşmelerinin askıda kaldığı süreleri de hesaba katmak gerekir.

Yine 6 aylık kıdemin sözleşmenin feshinin işçiye tebliğ/bildirimi anında mı yoksa (bilhassa önele uyularak fesihte) feshin gerçekleştiği anda mı aranacağı tartışılabilir. Fakat yasal düzenlemenin itirazı fesih bildiriminin işçiye tebliğinden başlatan tutumu (İş K. 20/1) bu noktada da fesih beyanının tebliği, daha doğrusu işçiye ulaştığı tarihin esas alınmasını anlatır gibidir. Dolayısıyla önele uyularak yapılan bir fesihte fesih bildirim önellerinin hesaba katmak gerekecektir.

6 aylık kıdemin başlangıcı kural olarak sözleşmeye uygun olarak ifanın başlayacağı tarihtir. Bu bazen fiilen çalışmayla, bazense çalışmış sayılmayla başlar. Örneğin ifanın başlayacağı gün işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi böyledir. (Akyiğit , 2006,S:161)

Yargıtay bu konu ile ilgili olarak işçinin fiilen ve sigortasız olarak işe başladığı tarihin değil sigorta kayıtlarının dikkate alarak kıdemin hesaplanacağından bahisle yerel mahkemenin sigortasız çalışmayı da kıdem hesabında dikkate alan aşağıda sunmuş bulunduğumuz kararı vermiştir. Davacı dava dilekçesinde ; davalı işverenin yazılı bir fesih işlemi yapmadan sözlü olarak iş sözleşmesini feshettiğini, feshin sendikal nedenle yapıldığını belirterek 4857 Sayılı Yasanın 18 ve devamı maddeleri gereğince feshin geçersizliğine, işe iadesine, işe başlatılmama halinde bir yıllık ücreti tutarında tazminata, boşta geçen süre için dört aya kadar ücrete ve toplu işçi çıkarma kuralına uymaması nedeni ile 30 günlük ücrete karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece, feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiği tespit edildikten sonra her ne kadar kayıtlarda davacının 6 aylık kıdemi doldurmadığı sabit ise de, işyerinde uygulamaya göre davalı işverenin işçileri bir ya da bir buçuk ay çalıştırdıktan sonra

sigorta girişlerini yaptığını, buna göre fesih tarihinde 6 aylık kıdemi doldurduğu gerekçe göstererek feshin geçersizliğine, işe iadesine, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin kabulüne karar verilmiş, davacının toplu işten çıkarma kuralına uyulmaması nedeniyle 30 günlük ücret talebi çalışılmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir

Kararın temyizi üzerine Yargıtay Mahkemece, çalışılmadığı için toplu işçi çıkarma kuralına uyulmaması nedeniyle ücret alacağının reddedilmesinin yerinde olduğu, toplu işten çıkarma kuralına uyulmamasının yaptırımını idari para cezası olarak öngörüldüğü, işçinin davalı işyerinde çalıştığı süre yönünde, başka bir anlatımla 6 aylık kıdemin tespitinde varılan sonuç dosya içeriğine uygun düşmediği , davacı tanıklarınca da doğrulanan kayıtlara ve davacı imzasını taşıyan bordroya göre davacı davalı işyerine 1.4.2003 tarihinde işe girmiş olduğu, iş sözleşmesinin feshedildiği 12.9.2003 tarihe göre 6 aylık süreyi doldurmadığı gerekçesi ile , 4857 Sayılı Yasanın 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca davacının feshin geçersizliğine, işe iadesine, davasında başka bir anlatımla iş güvencesinden yararlanması için işyerinde 6 aylık kıdeminin bulunması gerektiğine ,delillere göre davacı bu süreyi doldurmadığından anılan madde hükmü gereğince davanın reddine karar verilmesi gerektiğine karar vererek yerel mahkemenin işe iade kararını bozmuştur . Esas Yılı : 2004 Esas No : 1303 Karar Yılı : 2004 Karar No : 1157 Karar Tarihi : 26.01.2004 Daire No : 9 Daire : HD (Sinerji Group A.Ş)

Yargıtay bir kararında da yerel mahkemede ;davacının, davalı işverence iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğini ileri sürmesi , feshin geçersizliği, işe iade, işe başlatmama halinde bir yıllık ücret tutarında tazminat ve boşta geçen süre için 4 aya kadar ücret alacaklarına karar verilmesini talebi ve yerel mahkemece hüküm kısmen kabul edilmesi ve sonucunda temyiz incelemesinde ise mahkemece, feshin sendikal nedenlerle yapılmadığı kabul edilmekle birlikte, işverence yapılan feshin geçerli bir nedenle yapılmadığı sonucuna varılarak feshin geçersizliğine, işe iadeye, işe başlatmama halinde 4 aylık ücret tutarında tazminatın belirlenmesine ve boşta geçen süre içinde 4 aya kadar ücret ve diğer hakların tahsiline karar verilmiştir. 4857 sayılı yasanın 18. maddesi uyarınca "30 işçi veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesih eden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden

kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır". Somut olayda davacı işçi 14.03.2003 tarihinde davalıya ait işyerinde işe girmiş olup, fesih tarihi olan 29.08.2003 tarihinde henüz 6 aylık kıdemi bulunmamaktadır. Böyle olunca davacı iş güvencesi hükümleri olarak adlandırılan feshin geçersizliği ve iş iade isteminden yararlanamaz. Davanın reddi gerekir. Mahkemece bu hukuksal olgu gözetilmeksizin istemin kabulü hatalıdır. Mahkemece, feshin sendikal nedenlerle yapılmadığı kabul edilmekle birlikte, işverence yapılan feshin geçerli bir nedenle yapılmadığı sonucuna varılarak feshin geçersizliğine, işe iadeye, işe başlatmama halinde 4 aylık ücret tutarında tazminatın belirlenmesine ve boşta geçen süre içinde 4 aya kadar ücret ve diğer hakların tahsiline karar verilmiştir. 4857 sayılı yasanın 18. maddesi uyarınca "30 işçi veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesih eden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır". Somut olayda davacı işçi 14.03.2003 tarihinde davalıya ait işyerinde işe girmiş olup, fesih tarihi olan 29.08.2003 tarihinde henüz 6 aylık kıdemi bulunmamaktadır. Böyle olunca davacı iş güvencesi hükümleri olarak adlandırılan feshin geçersizliği ve iş iade isteminden yararlanamaz. Davanın reddi gerekir. Mahkemece bu hukuksal olgu gözetilmeksizin istemin kabulü hatalıdır.

Esas Yılı : 2004 Esas No : 10440 Karar Yılı : 2004 Karar No : 11007 Karar Tarihi : 10.05.2004 Daire No : 9 Daire : HD (Sinerji Group A.Ş)

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında ; Davalı işverence iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenlerle feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre için 4 aya kadar ücret alacaklarına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, işverence yapılan feshin geçerli bir nedenle yapılmadığı, sendikal nedenle yapıldığı, sonucuna varılarak feshin geçersizliğine, işe iadeye, işe başlatmama halinde 1 yıllık ücret tutarında tazminatın belirlenmesine ve boşta geçen süre içinde 4 aya kadar ücret ve diğer hakların tahsiline karar verilmiştir. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay kararın temyiz incelenmesinde ; 4857 sayılı yasanın 18. maddesi uyarınca 30 işçi 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 zorunda olduğu somut olayda davacı işçinin Kasım 2003 ayı içerisinde davalıya ait işyerinde işe girmiş olduğu, fesih tarihi olan 23.04.2004 tarihinde henüz 6 aylık kıdemi bulunduğu , iş güvencesi kapsamında kalmanın şartları olan 6 aylık kıdemi bulunma unsuru gerçekleşmemiş olduğu ve böyle olunca davacı iş güvencesi hükümleri olarak adlandırılan feshin geçersizliği ve iş iade isteminden yararlanamayacağı gerekçesi ile davanın reddi gerekirken yerel mahkemenin kabulünü hatalı bulmuştur. Esas Yılı : 2005 Esas No : 10362 Karar Yılı : 2005 Karar No : 12635 Karar Tarihi : 11.04.2005 Daire No : 9 Daire : HD (Sinerji Group A.Ş)

2.5. Yukarıda sayılan koşulları sağlayan bir işçinin hizmet sözleşmesinin işverence geçerli bir sebep olmadan ve bu sebep yazılı fesih bildirimini açık ve kesin olarak belirtilmeden feshedilmesi de güvencenin bir başka koşuludur:

Hatta geçerli sebep gösterilse dahi işçinin davranışları ve verimiyle ilgili bir sebebe dayanılmışsa, böyle hallerde işçinin savunmasının alınmaması da güvencenin işletimine imkan verir.

Nitekim konuyla ilgili bir Yargıtay kararına göre de; Öte yandan dosya kapsamına göre iş sözleşmesinin performans düşüklüğü nedeniyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Belirtilen fesih nedeni işçinin verimi ile ilgili olup bu durumda 4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesi uyarınca fesihten önce işçiden savunmasının alınması, ayrıca fesih nedenini açık ve kesin olarak belirten yazılı fesih bildiriminde bulunulması gerek davalı işverence sözü edilen bu şekil koşullarından hiçbirini yerinde getirilmemiştir. Mevcut olgulara göre fesih için geçerli bir sebep gösterilmediği sonucuna varılmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 2013. maddesi uyarınca yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir. (9. HD 27.12.2004-3271311005) Bir başka karardaysa yazılı savunmanın alındığı belirtilmektedir (9. HD. 27.05.2004—3640/1340)

Belirsiz süreli sözleşmenin işverence önde uyularak veya peşin parayla feshi için geçerli sebep arayan bu sistem, işverenin feshindeki keyfiligi engellemek amacındadır,

Geçerli sebep ise, genel hatlarıyla belirtmek gerekirse, haklı neden düzeyine ulaşamayan fakat işvereni yaptığı fesihte makul ve mazur gösteren bir olgudur. Bu bağlamda aslında her haklı neden fesih için aynı zamanda bir geçerli nedendir ama, her geçerli sebep asla haklı neden değildir.

Geçerli nedenin işçinin ye ve davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanması mümkündür. (iş K 18/1) Fakat yasada bazı olguların geçerli neden olmayacağı açıkça belirtilmiştir. (K. 18/3)

İşverence yapılan bir fesihte (sorun halinde) geçerli bir sebebin bulunduğu ispat yükü işverenin omzundadır. İşçi feshin geçerli sebebe dayanmadığını kanıtlamakla yükümlü değildir. O sadece feshin işverenin gösterdiğinden başka bir sebebe dayandığını iddia ettiğinde kanıt yükü altındadır. İş güvencesinin bu koşulu bağlamında denilebilir ki, işverenin hiçbir sebep göstermeden yaptığı fesih sırf bu yüzden geçersizdir. Keza sebep gösterse de bunun fesih bildiriminde açık yazılı biçimde gösterilmemesi de feshi geçersiz kılar. Fesih bildiriminde birden çok neden gösterilebilir ve bunlardan birisinin dahi geçerli sebep sayılması halinde feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilir. Fakat işveren fesih bildiriminde belirttiği sebebi sonradan değiştiremez.

Geçerli Sebep Kavramı; Fesih için geçerli neden, yasada tanımlanmamakla birlikte (yukarıda da değinildiği üzere) haklı neden düzeyine ulaşmayan ve fakat işveren yaptığı feshi makul ve mazur gösteren objektif bir olgudur. Ancak yasadaki anlaşıldığı kadarıyla geçerli sebebin işçinin yerliliğinden veya davranışlarından yahut olan işletmenin/işyerinin gereklerinden kaynaklanması mümkündür.(İş K.18/1)

Bir Yargıtay kararında “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesine göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Dosyada, bu düzenlemeye uygun yapılmış bir fesih bildirimini bulunmamaktadır, Bu nedenle Mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve Dairemizce 4857 sy, iş Kanunu 20/3 maddesi uyarınca feshin geçersizliğine ve davacının işine iadesine.. karar verilmiştir. (9. H.D 27.09.2004.5522/19993) Akyiğit , 2006,S:162)

BÖLÜM 3 : GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ

3.1 İşletmenin, İşyerinin ve İşin gerekleri Nedeniyle Fesih:

3.1.1. İşletme Gerekleri Kavramı :

İş Kanununun 18.maddesinin 1.fıkrası uyarınca işveren belirsiz süreli iş akdini” işletmenin ,işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe “ dayanarak feshedebilir. İşletme gerekleri ile fesih ;işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan , ekonomik güçlüklerle , verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişikliklere bağlı olarak,işyerinde işçinin , işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısı ile çalışmaya devam olanağının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlasının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır. Yasanın gerekçesinde bu duruma örnek olarak ; “ sürüm ve satış imkanlarının azalması ; talep ve sipariş azalması ;enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk , dış Pazar kaybı , ham madde sıkıntısı gibi sebeplerdir.”

Yargıtay talep ve sipariş azalması ile ilgili olarak ; Davacının, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istediği davada davalı işverenin, son yıllarda talep ve sipariş azalması, sürüm ve satış olanaklarının düşmesi nedeniyle işyerinde toplam 66 adet dokuma tezgahından 8 adedinin kapatıldığını, ekonomik durgunluk ve talep azlığı üzerine atıl hale gelen makinelerin satılması zorunluluğu doğduğunu, 3.lü vardiya 4.lü posta şeklinde yapılan çalışmada kapatılan tezgahlardan aynı seride çalışan davacı dahil 4 işçinin iş sözleşmelerinin feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunduğu davada Yerel Mahkemece davalının fesih sebebindeki savunmasının mahkeme gözlemine uygun bilirkişi raporu ile desteklendiği, siparişlerdeki azalma ve iş hacmindeki daralmanın bilirkişi raporu ile belirgin olduğu, ancak, gelişen İş Hukuku paralelindeki uygulamaların ekonomik nedenlerle fesihten önce işverenin işi zamana yaymak, vardiya sayısını azaltmak, mesailerini kaldırmak gibi önlemlere başvurması gereği ne işaret ettiğini, somut olayda işverenin bu tür önlemlere başvurmadığı, davalı işverence işyerinde çalışmaların üçlü vardiya ile sürdüğü belirtilmiş ise de davacı tanıklarının beyanlarına göre fesih tarihinde işyerinin çalışma şartlarında değişiklik olmadığı, vardiya ve fazla çalışmaların eskisi gibi sürdüğü feshin bu nedenle geçerli nedene dayanmadığı ancak, davacı tanıklarının

anlatımlarının feshin sendikal nedenlere dayandığını kabul için yeterli olmadığı gerekçesiyle isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre davalı işyerinde ekonomik nedenlerle davacının çalıştığı dokuma tezgahının satılması üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. İşyerinde fesih tarihi itibarıyla siparişlerde azalma olduğu, iş hacminde daralma meydana geldiği bilirkişi raporu ile sabit olup, esasen bu husus mahkemenin de kabulündedir. Mahkemece feshin son çare olması gerektiği ilkesinin dikkate alınmadığı gerekçesiyle işe iade isteği kabul edilmiş ise de, üçlü vardiya sistemi ile yapılan çalışmada kural olarak fazla mesai yapılması mümkün olmadığı gibi, fazla mesai yapıldığı da açık olarak ispat edilmemiştir. Öte yandan, üçlü vardiya sisteminin kaldırılması daha fazla işçinin çıkarılmasını gerektirdiği gibi, günün 24 saati çalışma yapılan işyerinde işin başka zamana yayılması olanağı da bulunmamaktadır. Bu nedenle fesihten önce anılan tedbirlere başvurulmadığı şeklinde yapılan değerlendirme doğru değildir. Somut olayda, işverence sadece tezgahı satılan işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş olup, yerine fesihten önce ya da sonra yeni işçi alındığı da ispatlanamamıştır. Böyle olunca, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir. Davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır şeklinde karar vermiştir. Esas Yılı : 2005 Esas No : 35067 Karar Yılı : 2005 Karar No : 39316 Karar Tarihi : 12.12.2005 Daire No : 9 Daire : HD Sinerji A.Ş.

3.1.2.Ekonomik Güçlükler:

Her şeyden önce işletmenin ekonomik güçlüklerle karşı karşıya kalması geçerli bir fesih nedeni oluşturur. İşletmenin faaliyetinde önemli ve devamlı düşüş , ciroda ve siparişlerde sürekli azalma, finansman , bütçe ve üretim açığı , müşteri çevresi kaybı, ekonomik güçlükler feshi geçerli kılan sebepler arasında sayılabilir. Bu nedenlerin ortaya çıkmasıyla işverenin işyerinde üretimi eskisi gibi sürdürme olanağının kalmaması , örneğin üretimin düşürülmesi, işyerinin bir bölümünün kapatılması ve bunun sonucunda bir iş gücü fazlası ortaya çıkmış olmalıdır. İşverenin, işyerini kapatmış olması da kuşkusuz geçerli fesih sebebidir.

Buna karşılık işyerinde geçici bir sıkıntı, ciroda veya karda geçici bir düşüş ekonomik sıkıntı sayılmaz. Bunun gibi üretimin azalması işçinin gördüğü işi olumsuz etkilemelidir. Üretimin kısılmasına rağmen işçinin gördüğü iş aynı düzeyde görülmeye devam ediyorsa işyerinde bu işçiye hala ihtiyaç var demektir.

Öte yandan ülkede ekonomik krizin varlığı her zaman geçerli bir fesih nedeni değildir. Bunun için genel ekonomik krizin işyerini doğrudan etkilemesi gerekir.

3.1.3. Verimlilik ve Rekabet Gereklere

İşveren , işletmesini ekonomik bakımdan istediği yönde , en verimli , rekabet, edebilir ve etkin üretim tarzını sağlayacak şekilde düzenlemek yetkisine sahiptir. Gerçekten , kötü giden ekonomik durum iş akitlerinin geçerli nedenle feshine yol açabileceği gibi gerçek bir ekonomik zorluk söz konusu olmaksızın işveren verimli çalışmak , rekabet yeteneğini korumak ve arttırmak amacıyla işletmesini yeniden yapılandırmak isteyebilir. Bu amaçla yapılan yeniden yapılandırma sonucunda işyerinde işçinin (işçilerin) çalışma olanağının ortadan kalkması ve iş akitlerinin geçerli olarak feshedilmesi mümkündür.

Belirtelim ki işletme verimli ve karlı çalışıyor veya reorganizasyon ihtiyacı söz konusu değilse iş verenin ücretlerden tasarruf ederek sırf maliyetleri düşürmek amacıyla iş akitlerini feshetmesi geçerli sayılamaz.

3.1.4. Teknolojik değişiklikler:

İşletmede uygulanan teknolojik değişimler de süreli feshi geçerli kılan diğer nedenlerdir. İşletmede teknolojik değişimlerin uygulama alanına geçirilmesi gelecekteki gelişmelere uyum gösterilmesi, piyasaya yeniden uyarlanma ve rekabet edebilirliği sürdürebilme amacını taşır. Üretim süreçlerinin yeni teknolojik gelişmelere ve tüketici taleplerine uygun hale getirilmesi , modern makine ve üretim araçlarının devreye sokulması , bilgisayar , tele çalışma ve robot sistemlerinin kabulü iş yerinde bazı işlerin ortadan kaldırılmasına bu işlerde çalışan işçilerin çalışma olanağının kalmamasına , buna karşılık yeni teknolojiye uyum sağlayabilecek yeni işçilerin istihdamına yol açar.

Bu gerekçenin iş akitlerinin feshinde kötüye kullanılmasının bir örneği olan ve Yargıtay'ca yerel mahkemenin kararının bozulduğu karar aşağıda sunulmuştur.

Davacının işe iade talep ettiği davada , davalı "özelleştirme kapsamında bulunduğunu, teknolojik yenilenme nedeni ile vasıflı elemana ihtiyacı olduğunu, lise ve dengi meslek okulu mezunu olmayan ve emekliliği gelen davacının iş sözleşmesinin feshin işletmenin ve işyerinin gereklerine dayalı geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile" davanın reddine karar verilmesini talep etmiş yerel mahkemece savunmaya değer verilerek, davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay incelemesinde davacının , davalı kurumda şoför olarak çalıştığını tespit etmiş ve davacı konumundaki şoförleri bu kapsamda değerlendirmenin doğru olmadığını tespit ederek , davacı şoförün hizmetine her zaman ihtiyaç olduğunu , şoförlük dışında ek olarak teknolojiyi kullanması gerekmeyeceğini belirterek ve ayrıca davalı kurumun işletmede şoför kadrosunda fazlalık olduğunu, davacıya ihtiyacı olmadığını kanıtlayamamış olması gerekçesi ile davacının işe iade talebini reddeden kararını bozmuş ve işe iadeye karar vermiştir. Yargıtay .9.H.D. 02.05.2005 tarih, 2005/12432 E,2005/15089 K)

3.1.5. İşçinin Çalışma Olanığının Kalmaması ve İş Gücü Fazlasının Ortaya Çıkması

İşverenin işletme gerekleri ile geçerli bir fesih yapabilmesinin diğer koşulu ekonomik nedenler veya teknolojik değişimler sonucunda işyerinde işçinin (işçilerin) işinin ortadan kalkması ve çalışmaya devam olanağının kalmamasıdır.İşçinin işyerinde çalışma olanağının kalmaması ile süreli fesih arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır.Örneğin üretimi düşürme kararı nedeniyle bir üretim bölümünün kapatılması sonucunda işçinin işinin ortadan kalkması ve işyerinde daha az işçiye ihtiyaç duyulması geçerli fesih nedenidir.

Buna karşılık işletme sürekli zarar ediyor olsa da işveren aynı nitelik ve oranda üretime devam ediyor ve işgücü ihtiyacı aynı kalıyorsa işletme gereği ortaya çıkmaz ve sözleşmenin feshi geçersi sayılır. Öte yandan , işveren iş yerinin bir bölümünü kapatmış, ancak aynı faaliyeti diğer bir bölümde veya diğer bir işyerinde sürdürmeye başlamışsa , aynı nitelik yasayı da işçi ihtiyacı devam ettiği takdirde geçerli fesih nedeni hemen doğmaz. İşveren bu durumda değişiklik feshi yoluna gitmeli ,işinin işyerinin değiştirilmesini kabul eden işçileri çalıştırmaya devam etmelidir.

Belirtelim ki , bazı durumlarda işyerindeki işçi sayısı aynı kalmış ancak işin nitelik değiştirmesi sonucunda bazı işçilerin çalışma olanağı ortadan kalkmış olabilir. Örneğin, işveren teknolojik değişime uyarak çelik üretimi yerine kompozit (karma) maddelerin üretimine geçebilir.Böylece işçi sayısı değişmese bile farklı vasıflarda işçi ihtiyacı ortaya çıkabilir.

Yargıtay konuya ilişkin aşağıda ki kararında ; davacının işe iadesini talep ettiği , davalı işverenin iş sözleşmesinin işyerinin kapatılması ve personel fazlalığı nedeni ile feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını savunduğu davada , yerel mahkemenin, savunmaya değer verilerek, bölüm kapatılmasından dolayı feshin geçerli nedenlere dayandığı gerekçesi ile davanın reddinde karar verdiği davanın temyiz incelemesinde yerel mahkemenin kararını ;4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği , işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilebileceği , işverenin amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmeye ilişkin kararlar alabileceğini ancak, bu karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekeceği,bir başka anlatımla, fesih işlemi, feshin son çare olması ilkesi doğrultusunda denetime tabi tutulması gerektiği ,hakimin fesih işlemi üzerindeki etkin denetimi, iş güvencesinin ve dolayısıyla işçinin korunması temel ilkesine de uygun düştüğü ,dosya içeriğine toplanan delillere göre, şirket organizasyonunun yeniden yapılandırılması, gerçekleşen değişiklik nedeni ile B. İ. adresinde bulunan Oto Tamir Boyaları üreten işyerinin kapatılmış olması, yeni organizasyonda görev bulunmaması ve istihdam olanağının olmaması nedeni ile davacının iş sözleşmesi feshedildiği tespit edilmiş ise de , personel fazlalığı ile davacının işine ihtiyaç duyulmadığı konusunun davalı işverence kanıtlanamadığı, davacı konumunda olan birçok elemanın, fesih tarihinden sonra çıkarılan işçilerden daha fazla miktarda aynı işte çalıştırılmak üzere işe alındığı, emsal kararlarda bu durumun saptandığı, davalı işverenin fesih gerekçesi ile çelişen uygulamalarda bulunduğu, davacıyı başka birimde çalıştırma konusunda değerlendirme de yapmadığı, feshin son çare olması gerektiği, geçerli nedenlerin

bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddi hatalı bulmuş ve yerel mahkemenin davacının talebini reddeden kararını bozmuştur.

Esas Yılı : 2005 Esas No : 25448 Karar Yılı : 2005 Karar No : 30362 Karar Tarihi : 19.09.2005 Daire No : 9 Daire : HD

3.1.6.Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi :

İşverenin geçerli bir fesih yapabilmesi için yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi yeterli değildir. Bundan başka , iş güvencesi kapsamındaki hukuki ilişkilerde , süreli feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulması ve bunların yetersizliği halinde feshin son çare olarak uygulanması gerekir. Diğer bir deyimle, fesih ile ulaşılmak istenen sonuca ölçülük ilkesi uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılır.

İş Kanununda feshin son çare olması ilkesi açıkça düzenlenmemiştir.Buna karşılık , bu ilke yasanın gerekçesinde yer almıştır. Yasanın gerekçesine göre “ bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır.Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yapılırken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır”.

Feshe alternatif olarak alınabilecek örneğin işçinin işyerinde başka işte çalıştırılması , iş sürelerinin kısaltılarak daha az ücret ödenmesi, ücretsiz izin uygulaması gibi son çare niteliğinde ki önlemler genellikle aynı zamanda işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelir. Başka bir deyişle , anılan önlemlerle iş kanununun değişiklik feshine ilişkin 22.maddesi uyarınca işverenin yazılı önerisi üzerine işçinin yazılı onayı ile uygulama alanına geçirilebilir. Bu konudaki önerileri kabul edilmeyen işveren değişiklik feshi yapmak ve değişikliğin geçerli nedeni olduğunu ispatlamak durumundadır.

Yargıtay feshin son çare olması ile ilgili “ son çare olarak iş akdinin feshedildiğine ilişkin kararı aşağıda sunulmuştur.

4857 S.K'nun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe

dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi, davalı şirketin birleşme dolayısıyla yaşamış olduğu organizasyonel değişiklikten ötürü halen yapmakta olduğu pozisyona ihtiyaç kalmamasından ötürü fesholun muştur. Fesih sebebi açıktır. A. ve A. Şirketlerinin birleşmesinden sonra Network Uygulama Departman müdürü davacının TT-TIM İletişim Hizmetleri A.Ş.'de çalıştırıldığı tartışmasızdır. Davalı şirketin ihtiyacı bir kişiliktir. O göreve de başkası getirilmiştir. Davacı geçici olarak Genel Müdürlük Danışmanlık Ofisinde istihdam edilmiştir. Üst düzey yönetici olan davacıya uygun bir iş bulunamayınca 9 ay sonra sözleşmesi son çare olarak feshedilmiş, bu eylem durum organizasyon şemasıyla da kanıtlanmıştır. Fesih geçerli sebeple olmuştur. Bu sebeplerle yerel mahkemece fesih nedenleri hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde somut olarak ortaya konması gerekeceği feshin son çare olarak düşünülmesi gerekçesiyle verilen karar bozularak dava reddedilmiştir.: Esas Yılı : 2005 Esas No : 11207 Karar Yılı : 2005 Karar Tarihi : 02.05.2005 Daire No : 9 Daire : HD Sinerji A.Ş.

3.2. İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Fesih:

İşçinin yetersizliği

İş Kanununun 18.maddesinin 1.fıkrasına göre işveren ,iş akdini işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşveren bu hakkını kullanmayıp bildirim sürelerine uyararak süreli fesihte bulunabilir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenlerin neler olabileceği İş Kanununun gerekçesinde sayılmıştır. Buna göre” Ortalama olarak benzer iş görenlerden daha verimsiz çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenen performanstan daha düşük performansa sahip olma ; işe yoğunlaşmasının giderek azalması , öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği , sık sık hastalanma,çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği gibi yapmasını engelleyen sürekli hastalık,uyum yetersizliği, iş yerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir.

3.2.1 İşçinin Fiziki Yetersizliği

3.2.2 İşçinin Hastalığı:

İşçinin fiziki yetersizliği tek başına yeterli sebep olmayıp söz konusu yetersizliğin işyerinin normal işleyişini bozması , iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine

getirilmesini engellemesi gerekir. Bu konuda ki yetersizlik genelde kaza ve hastalık ile ortaya çıkar.

3.2.3. İşçinin Yaşlılığı ve Emekliliği:

Yaşlılık ve yaşlılık aylığına hak kazanmış olmak iş akdinin tek başına feshi için yeterli değildir. Yaşlılık ancak işçinin verimini ciddi bir biçimde olumsuz olarak etkiliyorsa geçerli bir fesih sebebi olabilir.

Buna rağmen iş yerinde işçi çıkarmayı zorunlu kılan işletme gerekleri söz konusu ise iş akitleri feshedilirken yaşlılık aylığını hak kazanmış işçilerin seçilmesi mümkündür.

Yargıtay konuya ilişkin kararında “dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin 7200 prim ödeme gününü doldurmuş olması ve emekliliğe hak kazanması nedeniyle Personel Yönetmeliğinin 11.2.e maddesi uyarınca feshedildiği sabittir. Ancak aynı maddede "performans durumları göz önünde tutularak devamında yarar görülenlerin hizmet akitleri devam ettirilir" hükmüne de yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu yönetmelik 4857 Sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce çıkarılmıştır. 4857 Sayılı İş Kanununda ve gerekçesinde salt emekliliği kazanma fesih için geçerli bir neden olarak düzenlenmemiştir. Davalı işveren fesih için işletmenin işyerinin veya işin gereklerine dayanmadığı gibi işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir neden de belirtmemiştir. Feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşıldığından mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi yerindedir. Ayrıca, işe başlatılmama tazminatın üst sınırı olan 8 aylık ücret tutarında ve miktar belirtilerek hüküm altına alınması hatalıdır. Zira alt sınırdan uzaklaşıldığı takdirde bunun nedenleri açıklanmalı ve gerekçelenmelidir. Ayrıca bu tazminat feshin geçersizliğinin sonucu ve tespit niteliğinde bir hüküm olduğundan miktar belirtilmeksizin belirlenmelidir. Bu sebeplerle yerel mahkeme kararın bozulmasına..... Esas Yılı : 2003 Esas No : 22196 Karar Yılı : 2004 Karar No : 261 Karar Tarihi : 19.01.2004 Daire No : 9 Daire : HD (Sinerji A.Ş)

3.2.4. İşçinin Mesleki Yetersizliği :

İşçi belirli bir işi görme konusunda gerekli mesleki niteliklere sahip olmakla birlikte gerektiği kadar çalışmıyorsa veya dinamizm , inisiyatif kullanma , çabuk karar alma vb. gibi konularda mesleki yetersizliğe dayanan geçerli fesih sebebi ortaya çıkabilir. Aynı

şekilde , işçinin yaptığı işe yatkın olmaması , mesleğe uyum yetersizliği , işe yoğunlaşmasının ve dikkatinin yetersizliği , aynı çalışma temposunu sürdürememesi , öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği diğer deyişle verim-performans eksikliğine dayanan geçerli fesih nedenleridir.

İşçinin mesleki yeterliliğinin statik bir biçimde değerlendirilmemesi gerekir.İşyerinde uygulanacak bilimsel ve teknolojik değişimlere ve yeni yöntemlere uyarlama yeteneğine sahip bulunmayan işçinin sözleşmesini süreli feshi geçerlidir.

Yargıtay geçerli bir fesih sebebinin doğması için ,işçinin aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü göstermesi ve bunun sürekli olması gerektiğini karar bağlamaktadır.

Bu geçerli fesih sebeplerine işçinin mesleğini yürütebilmesi için gerekli resmi izni de kaybetmesi eklenmelidir. Örneğin , yabancı işçinin çalışma izninin kaldırılması veya şoförün ehliyetinin alınması ya da pilotun uçuş lisansının uzatılmaması iş akdinin süreli feshinde geçerli neden oluşturur.

3.3. İşçinin Davranışları

İş Kanununun 18.maddesinin 1.fıkrasına göre işveren ,iş akdini işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir.İş K.25'd derhal fesihler için öngörüler sebepler kadar ağır olmamakla birlikte işin normal yürüyüşünü ve işyerinde ki uyumu olumsuz etkileyen işçinin davranışları geçerli fesih nedenidir.

İş Kanunu gerekçesinde geçerli bir feshine neden olabilecek işçinin davranışları konusunda örnekler vermiştir.Yasanın gerekçesine göre “ İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak ; iş yerinde rahatsızlık yaratacak derecede iş arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını iş verene karşı kışkırtmak, işini uyarılara rağmen eksik,yetersi ve kötü olarak yerine getirmek; iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek biçimde diğer kişilerle ilişkiye girmek ; işin akışını durduracak şekilde de uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatacak

etkiliyorsa ve işverenden bu durum karşısında iş ilişkisini sürdürmesi makul ölçüler içinde beklenmezse geçerli fesih sebebi doğar.

3.3.3 İşçinin geçimsizliği :

İşçinin işverene veya onun ailesi üyelerinden birine ya da işverenin başka bir işçisine sataşması derhal fesih nedenidir. Buna karşılık bir sataşma ,dövme ve hakaret söz konusu olmaksızın işçinin, yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi “ amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek , sıkça ve gereksizce tartışmaya girmek “ gibi davranışlarda bulunması geçerli bir feshe dayanak oluşturabilir.

3.3.4. İşçinin Bağlılığının Yeterli Olmaması :

İşçinin; işverenin güvenini kötüye kullanmak , hırsızlık yapmak , işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları , diğer deyimle sadakat borcunu ihlal etmesi bir haklı fesih nedeni oluşturur. İşçinin sadakatsizlik düzeyine ulaşmayan , yetersiz bir bağlılık düzeyinde kalan , iş ilişkisinde bulunması gereken güven temelini çökertmeyen, buna karşılık objektif olarak değerlendirildiğinde işverenin güvenini sarsacak davranışları geçerli fesih nedenidir.

3.3.5. İşçinin Devamsızlığı, Geç Gelmesi ve İşe Yeterli İlgi Göstermemesi :

İş Kanununun 25.maddesinin 2.bendinin g fıkrası uyarınca , işçinin izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç iş günü işe devam etmemesi halinde işveren haklı nedenle derhal iş akdini feshedebilir. İşçi bu hükümde öngörülen limitleri aşmaksızın devamsızlıkta bulunuyor, örneğin her ay düzenli olarak birbirini izlemeyen iki işgünü işe gelmiyorsa İş K.25/g uyarınca derhal fesih hakkı doğmaz ancak işveren İş K.18/1'e göre işçinin davranışına dayanan geçerli fesih hakkını kullanabilir.

İş Kanununun gerekçesinde de belirtildiği üzere işçinin sık sık işe geç gelmesi İş K.18/1'e göre iş akdinin derhal feshine yol açabilecek bir davranıştır.Aynı şekilde ,

işçinin izin almaksızın sık sık iş süresinin bitiminden önce işten ayrılması da geçerli fesih nedeni sayılır.

3.3.6. İşçinin Görevini Yerine Getirmekte Yetersizliği:

İş Kanununun 25.maddesinin 2.bendinin h fıkrası uyarınca , işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevlerini kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi bir haklı fesih nedenidir.Buna karşılık, yasanın gerekçesinde işçinin “işini uyarılara rağmen eksik, kötü ve yetersiz olarak yerine getirmesi” geçerli fesih nedeni olarak gösterilmiştir.

3.3.7. İşçinin İşverenin Mallarına Zarar Vermesi:

İş Kanununun 25.maddesinin 2.bendinin ı fıkrası uyarınca , işçinin kendi isteği ve savsaması yüzünden işverenin makinelerini , tesisatını veya başka eşya ve maddelerini otuz günlük ücreti tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara veya zarar uğratması haklı nedenle derhal fesih nedenidir. Buna karşılık işçinin işverene kusuru nedeniyle verdiği zarar otuz günlük ücretinden az ise işveren derhal fesih hakkını kullanamaz, ancak İş K.18/1 ‘e göre süreli fesih hakkını kullanma hakkına sahiptir.(Süzek,2005,S:440)

Konuya ilişkin Yargıtay’ın aşağıda sunmuş bulunduğumuz kararları mevcuttur

İşçinin alkollüyen maddi hasarlı trafik kazası yapması gibi 8/8 kusurlu hareketiyle trafik kazası yapması, hatta işten çıkarılanların isimlerini öğrenmek amacıyla mesai sonrası işyerinde toplanması işe yoğunlaşmasına ve verim azlığı veya işverenin diğer işçisine “sen kim oluyorsun, sendikacılıları zorla istifa ettiriyorsun” gibi sözler sarf eden bir işçinin yanında yer alması geçerli fesih nedeni olarak görülmüştür. Ancak sırf işçinin emeklilik koşullarını sağlamış olması geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bunun o işçinin hizmetine ihtiyaç kalmadığını ortaya koyan ek olgularla da desteklenmesi gerekir ki işçinin kendisine “siz çok yalancısınız” diyen bir 3. kişiyle tartışıp ona tepkide bulunmasının da bir geçerli sebep oluşturmayacağı kabul edilir. Zira böyle bir olayda hem hadiseyi başlatan işçi değildir hem de bu tutumun işyerindeki çalışmayı olumsuz etkilediği söylenemez. Ancak işçinin genel olarak ve uluorta “böyle işi sinkaf ederim” gibisinden sözler ,sarf etmesi durumunda bir geçerli sebep niteliği görülmüştür Arka

arkaya alınan raporların iş K 25/I deki süreyi aşması halinde de iş güvencesini engelleyen bir durum vardır.(Akyiğit ,2006,S:163)

3.3.8.Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İş Güvencesini Harekete Geçirmesi Ve Bunun Üzerine Yürütülen Davayı Kazanması

İş akdi feshedilen işçi ; fesih bildirimimin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren 1 ay içinde İş Mahkemesine veya özel hakeme dava açarak feshe itiraz edebilir. İtiraz ; fesih için hiçbir sebep gösterilmediği yahut gösterilen sebebin geçerli neden niteliği taşımadığı veya savunmasının alınmadığı yönünde olabilir. (Akyiğit , 2006,S:165)

İş K.20/1 maddesi gereğince bir aylık dava açma süresi fesih bildirimimin tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlar.Başka bir deyişle , işverence yapılan yazılı fesih bildirimimin işçiye ulaştığı an bir aylık hak düşürücü sürenin başladığı tarihtir. İşveren iş akdini bildirim sürelerine uyarak feshetmişse , işçi davayı iş akdinin sona ermesi tarihi olan bildirim sürelerinin sonunda değil feshin kendisine bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde açmak zorundadır.İş güvencesine ilişkin amaçların ve sonuçların bir an önce gerçekleşmesi için dava açma süresi kısa tutulmuştur. Bu süre geçtikten sonra dava açılmaz ve yapılan fesih geçerli bir feshin bütün sonuç ve hükümlerini doğurur. (Süzek,2005,S:440)

Bir aylık itiraz süresinin yazılı fesih bildirimini halinde bunun tebliğinden başlayacağı açıktır. Fakat sözlü veya fiili fesih bildirimini durumunda yazılı tebliğ yok diye sürenin hiç işlemeyeceğini söylemek anlamsız olur.

İtirazı sözleşmesi feshedilen işçinin yapacağı açıktır.Hatta işçi sendika üyesi ise ve bu konuda sendikaya yetki vermiş ise , işçi sendikasının da ilgili üye adına davayı açıp yürütmesi mümkündür.

İtirazın , hizmet sözleşmesinin hukuken tarafı niteliğine sahip olan gerçek işverene yöneltilmesi gerekir. Hal böyle olunca ödünç iş ilişkisinde ödünç verene , alt işverene ilişkisinde ise işçinin ait olduğu alt işverene yöneltilmesi gerekir. Geçerli bir ödünç

iş/alt işveren ilişkisinde işçiye karşı , ödünç alanın asıl işverenin müteselsil sorumluluk taşıması bu noktada farklılığa yol açmaz.Zira ne asıl işveren ne de ödünç alan işçiye işe başlatma yetkisine sahiptir. (Akyiğit ,2006,S:166)

BÖLÜM 4 :İŞ AKDİNİN FESHİNDE USUL

4.1.Feshin Yapılması Süresi

4857 sayılı yasa, geçerli nedenlere dayanan fesih için hak düşürücü bir süre öngörmüş değildir. Geçerli fesih nedeni mevcut olduğu sürece sözleşmeyi sona erdirme yoluna gidilebileceğinde şüphe yoktur.Ancak özel davranış ya da yeterlilik nedenine dayanan fesihlerde fesih nedeni ortadan kalkmış olsa da işverenin sözleşmeyi her zaman ortadan kaldıracabileceğini söylemek doğru olmaz. Genel olarak kabul edildiğine göre, işveren bu hakkını (BK md, 344 anlamında) makul bir süre içerisinde kullanmalıdır.Burada uygulanması gereken hukuki prensip çelişkili davranış yasağıdır.Buna göre, işveren, süregelen tutumuyla işçide feshe başvurmayacağı yönünde haklı bir güven oluşturmuş ise, artık bu güven üstünlük tanımak gerekir. İşverenin aksi yöndeki davranışı çelişkili bir davranış sayılacağı için de hukuken korunmamalıdır (MK md. 2).Bunun sonucu ise hakkın etkisizleşmiş olması nedeniyle geçersiz sayılmasıdır.(Soyer ,2005,S:56)

Geçerli fesih nedenlerinin farklı özellikler taşıması nedeniyle haklı nedenle fesih hakkının kullanılması konusunda İş K.madde 26 da öngörülmüş olan hak düşümü süresinin (altı işgünü) geçerli fesihler için getirilmemiş olması isabetlidir. Süreli fesihlerde, fesih bildirimini geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasında itibaren iyi niyet kurallarına göre makul bir süre içinde yapılması uygun olacaktır. (Süzek,2005,S:445)

4.2.Fesih Bildirimini Yazılı Yapılması

İş Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasına göre “İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak zorundadır”. İşçinin, yazılı fesih bildirimini imza karşılığı almaktan kaçınması halinde durum tutanakla tespit edilir.(İş K.madde 109)

Fesih nedeninin “açık ve kesin” bir biçimde belirtilmesi ise ancak yazılı şekil yoluyla gerçekleştirilebilir. O halde fesih bildirimini yazılı şekilde değil de sözlü yapılmışsa başka herhangi bir araştırmaya gidilmeksizin geçersiz sayılacaktır. (Süzek,2005,S:468)

Yazılı şekil şartının geçerlilik mi yoksa ispat şartı mı olduğu konusunda görüş birliği yoktur. öğretici çoğunluğu doğrultusunda bunun bir geçerlilik şartı olduğunu kabul etmek doğru olur Çünkü, Borçlar Kanunu md. 11 f. 2 hükmüne göre, kanunda belirtilen şekil, aksi öngörülmedikçe geçerlilik şartıdır. Kaldı ki, yasa koyucu bunun sadece bir ispat şartı olduğunu düşünseydi, zaten yapılacak bildirimlerin ispat bakımından yazılı olmasını öngören md. 109 hükmünden ayrı bir kural getirme yoluna gitmezdi.(Soyer ,2005,S:56)

4.3.Fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi:

İş Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasına göre “İşveren...fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır”. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde tüm işçiler bakımından süreli fesihle bulunan işveren fesih nedenini bildirmekle yükümlü değildi. İşçi açacağı dava süreci içinde bu nedeni öğrenebiliyordu. Oysa, İK 19/1 uyarınca iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde işveren yazılı olarak yapacağı fesih bildiriminde fesih nedenini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır.

İşveren işçiye bildirdiği fesih nedeni ile bağlıdır, bunu sonradan değiştiremez. Bundan başka, İK 19/1’de fesih nedeninin “açık ve kesin” bir şekilde belirtilmesi yükümlülüğü getirildiğinden kanımıza göre işveren çok genel ve muğlak ifadelerle yetinemez. İşçiden kaynaklanan nedenler söz konusu olduğunda sadece işçinin yetersizliği veya davranışları nedeniyle sözleşmenin feshedildiği davranışların süreli feshe yol açtığı yazılı bildirimde yer almalıdır. Aynı şekilde, her ne kadar işletme ve işin gereğine dayanan işten çıkarmalarda feshin ekonomik nedenlerinin ayrıntılı bir biçimde bildirilmesi gerekmezse de, bu durumda da en çok genel ifadelerle (örneğin ekonomik neden, işletme gereği gibi) yetinilmemeli, feshin hangi ekonomik gerekçeyle yapıldığı açıklanmalıdır. Çünkü fesih bildirim yazılı olarak yapılması gibi fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi de bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir. İş Kanununun 20. ve 21. maddelerinin birinci fıkralarında süreli fesih bildiriminde “fesih nedeninin gösterilmemesi”, “fesih nedeninin geçerli olmaması” ile eşdeğerde tutulmakta ve sırf nedenin belirtilmemesi feshi geçersiz hale getirmektedir.

Yargıtay açık ve kesin bir dille fesih sebebinin açıklanmasına ilişkin kararında “ Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek

zorundadır. İşverenin sözü edilen kanununun, 25. maddesi şartlarına uygun fesih hakkı saklı olmak şartı ile, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Dosya içeriğine göre, davacı işçi iş güvencesi kapsamında kalmakta olup, dava da süresinde açılmıştır. Ancak davalı işverenin fesih için işçinin davranışı veya verimine dayanmasına rağmen savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi gerekir. Esas Yılı : 2005 Esas No : 10261 Karar Yılı : 2005 Karar No : 14718 Karar Tarihi : 27.04.2005 Daire No : 9 Daire : HD

4.4.İşçinin savunmasının alınması:

158 sayılı ILO sözleşmesinin 7. maddesine uygun olarak getirilen İş Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır”. Yasanın gerekçesine göre de “Belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir...Kuşkusuz, İş Kanunu m. 26 ncı (25) maddesinin (II) numaralı bendindeki şartlar gerçekleşmiş ise, işveren buna göre bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecektir”.

Savunmanın şekli ve yöntemi konusunda yasada bir hüküm getirilmemiş, amaca uygun olmak koşuluyla uygulamaya bırakılmıştır. Bununla beraber, işçinin savunmasını aldığı kanıtlanmak durumunda olan işverenin işçiden yazılı bir savunma alması, ispat kolaylığı sağlayacağından uygun olacaktır. İşçiye fesih nedeni açıkça yazılı olarak bildirilmeli, savunma için makul bir süre tanınmalı ve bu süre içinde yazılı savunmasını vermediği takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hatırlatılmalıdır. İşçinin savunmasının alınması, salt bu nedenle süreli feshin geçersizliği sonucunu doğurur.(Süzek, 2005,S:479)

BÖLÜM 5 :İŞE İADE DAVALARI

5.1.Genel Olarak:

İş hukuku mevzuatımızda belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedilmesi, doğrudan feshin geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır. Bunun için, işçinin Kanunda belirtilen süre içinde görevli mahkemede dava açarak ya da sözleşme ile kararlaştırılmış ise aynı süre içinde hakeme başvurarak feshin geçersizliği yönünde karar alması ve kararın tebliğinden sonra yine Kanunda belirtilen süre içinde işe iade edilmesi için işveren müracaat etmesi gerekmektedir. (İş K. Mad.18, 20 ve 21) 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 8. maddesinde de iş sözleşmesinin sona erdirilmesine karşı işçinin iş mahkemesi ve hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkından söz edilmiştir.

İş sözleşmesinin feshi geçerli bir nedene dayanmadığı halde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde belirtilen süre içerisinde iş mahkemesine yada hakeme başvurmayan işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli hale gelmektedir. Öte yandan, süresinde dava açmasına rağmen yapılacak yargılama sonunda feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin kesinleşen kararın işverene işe başlatılması için müracaat etmemesi halinde de işverence yapılan fesih geçerli bir fesih sayılmaktadır.(İş K. Mad. 21/4) (Çankaya,Günay, Göktaş ,2006,S:219)

5.2.Görev Ve Yetki:

İşçinin feshe itirazı kural olarak İş Mahkemesinde yapması gerekir. Fakat TİS'nde veya işçiyle işveren arasında yapılan bir anlaşmada uyuşmazlığın hakeme götürüleceği kararlaştırılmışsa , bu durumda itirazın özel hakeme yapılması icap eder. İş güvencesi uyuşmazlığının özel hakemde görüleceğinin kararlaştırılması halinde işçinin buna rağmen İş Mahkemesine gidip gidemeyeceği yani özel hakeme mi Devlet yargısına eklenmiş bir alternatif imkan mı yoksa Devlet yargısını bertaraf eden bir etkiye mi sahip olduğu konusu tartışmalıdır.(Akyiğit , 2006,S: 232)

Kural olarak mahkemeler buldukları ilçenin idari sınırları içinde yargı yetkisine sahiptirler. Ancak Büyükşehir belediyesi bulunan ilçelerde ilin adı ile anılan

mahkemeler ile Büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçelerin adı ile anılan mahkemelerin yargı çevrelerinde çakışma söz konusu olduğundan bu konuda 3030 sayılı Kanunun 5/3.maddesi ile yapılan düzenlemeye göre bu mahkemelerin yargı çevrelerinin, ilçe sınırlarına bakılmaksızın, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirleneceği öngörülmüştür.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 14.11.2002 tarih ve 520 sayılı kararı ile uygulamada ki tereddütleri ortadan kaldırmaya yönelik olup, buna göre Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisindeki merkez ilçe ile diğer ilçelerin adı ile ağır ceza mahkemelerinde oluşturulan müstakil iş mahkemelerinin yargı çevresinin , yalnız büyük şehir belediyesi sınırları içerisinde kalan ilçeleri kapsamına alacak biçimde, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresi olarak tespitine karar verilmiştir. Büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalan merkez ilçenin adı ile kurulmuş müstakil iş mahkemelerinin yargı yetkisi Büyükşehir belediyesi hudutları ve ağır ceza mahkemesinin yargı çevresi ile sınırlanmıştır. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun anılan kararında ayrıca kararın ilanına kadar açılmış olan davaların açıldığı mahkemelerde görülmeye devam edilmesine karar verilmiştir.

Yargıtay bir kararında ; somut olayda davanın açıldığı 9. 1.2004 tarihinde Büyükçekmece İlçesi İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde değildir.Bu nedenle Bakırköy iş mahkemelerinin Büyükçekmece ilçesi sınırları ile ilgili yargı yetkisi, Büyükçekmece İlçesininin 5216 sayılı Kanunla İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırları içine alındığı 237.2004 tarihinden itibaren başlamıştır. Bu durumda, anılan kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan söz konusu davaya Hakimler ve Savcılar Kurulunun yukarıda sözü edilen kararı uyarınca Büyükçekmece 1. Asliye(iş) Hukuk Mahkemesinin bakması gerekir şeklinde karar vermiştir..9. HD., E:2004/31529 - 1t2004/29575 - 27.12.2004.ERTEKİN Özkan (2005) İşe İade Davaları Kartal Yayınevi Ankara S.513

Yargıtay diğer bir kararında ise; “Davacı geçerli bir neden olmadan iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve buna bağlı tazminat ve ücrete karar verilmesini talep etmiştir.Davalı taraf öncelikle yetki ve husumet itirazında bulunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkemece davacının dayalı Bakanlığa bağlı Denizli Bayındırlık ve İskan Müdürlüğünde çalıştığı kanaatiyle yetki ve husumet itirazının reddine, davacının işe iadesine karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, Denizli Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü tarafından 11.02.1993 tarihli yazı ile Valilik makamından ihtiyaca binaen 4 adet geçici işçi talebinde bulunulduğu, bu yazının İl Valisi tarafından İl Özel İdare Müdürlüğüne havale edildiği, buradan da evrakın İl Daimi Kb 17.02.1993 tarih ve 118 sayılı kararı ile bu yöndeki talebin uygun görüldüğü, işçi ücretlerinin bütçenin ilgili kaleminden ödenmesine karar verildiği, davacının her yıl il daimi encümenliğince alınan kararlar doğrultusunda geçici işçi olarak çalıştırıldığı, bu durumda davacıyı işe alma, işten çıkarma, ücretini ödeme konusunda Denizli İl Özel idare Müdürlüğünün yetkili olduğu, dayalı bakanlık tarafından davacı işçiye herhangi bir ücret ödenmediği gibi, Bakanlığın İl Özel İdare Müdürlüğüne de her hangi bir işçilik bedeli ödemediği, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının anılan kurumun işçisi olduğu Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü emrinde geçici olarak görevlendirildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Davalı Bakanlık, yukarıda belirtilen açıklamaları nazara alarak öncelikle yetki ve husumet ihtirazında bulunmuştur. Ancak mahkemece anılan itiraz yazıtı gerekçe ile ret edilmiş esasa girilerek temyiz konusu işe iade karar verilmiştir. Davacı işçinin Denizli İl Özel İdaresi işçisi olduğu bilinmesine rağmen dayalı Bayındırlık Bakanlığı hasım gösterilerek dava açılması mümkün değildir. Bu itibarla, mahkemenin yanlış basma karşı açılan davayı husumet yönünden reddine karar vermesi gerekirken kabulü yönünden hüküm tesisi hatalı.., şeklinde karar verilmiştir.9. HD., E;2004114466 - K - 10.01.2005

Yine başka bir kararda ;

Davacı işçinin iş akdinin geçerli bir neden gösterilmeksizin ve haksız olarak fesheden davalıların, feshin geçerli nedenle yapılmadığını belirterek feshin geçersizliğine dayalı işveren tarafından, işe iadesi kabul edilmediği takdirde 4857 sayılı yasa uyarınca lehine 8 aylık tutarında tazminat ve ayrıca kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için lehine doğan ücret ve diğer haklarının ödenmesine karar verilmesini istemiş olduğu ve davalı

tarafın öncelikle yetki ve husumet itirazında bulunarak davanın reddine karar verilmesini istediği davada

Yerel Mahkemenin davayı kabulü yönünde hüküm kurması üzerine yaptığı temyiz incelemesinde ;davacının Denizli il Özel İdare Müdürlüğünün işçisi olup, Bayındırlık ve İskan Müdürlüğüne geçici olarak görevlendirildiği, davalıca davacı işçiye herhangi bir ücret ödenmediği gibi, Bakanlığın İl Özel Müdürlüğüne de her hangi bir işçilik bedeli ödemediği, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Diğer taraftan İl Özel İdaresi Daimi Encümeni her yılın 01.02-31.12.tarihleri arasında davacının çalıştığı ancak hizmet akdi feshedilmeyerek bir askıya alındığı da belirtilmiştir.

Davalı Bakanlık, yukarıda belirtilen açıklamalar nazara alarak öncelikle yetki ve husumet ihtirazında bulunmuştur. Ancak mahkemece anılan itirazlar hakkında olumlu veya olumsuz bir ara kararı almadan, doğrudan esasa girerek temyiz konusu işe iade kararı vermiştir. Davacı işçinin Denizli İl Özel İdaresi işçisi olduğu bilinmesine rağmen dayalı Bayındırlık Bakanlığı hasım gösterilerek dava açılması da mümkün değildir. Bu itibarla, mahkemenin öncelikle husumet konusunu tartışmadan davanın kabulüne karar vermesi hatalı.,(9. HD., E:2004/ 15592- 1020- 01.11.2004) Sinerji Group.A.Ş

5.3.İtiraz Süresi :

İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir”. Kuşkusuz işçi anılan hükümde belirtilen nedenlerin yanında yukarıda görüldüğü gibi fesih bildiriminin yazılı yapılmamış, fesih nedeni bildirilmemiş (İK 19/1) veya savunmasının alınmamış olması (İK 19/2) nedenlerine dayanarak da dava açarak feshin geçersizliği nedeniyle işe iadesi talep edilebilir .(Süzek, 2005, S: 471)

İ.K 20/1 gereğince bir aylık dava açma süresi fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlar. Başka bir deyişle, işverence yapılan yazılı fesih bildiriminin işçiye ulaştığı an bir aylık hak düşümü süresinin işlemeye başladığı tarihtir .(Süzek, 2005, S: 471)

İşçinin itirazı, feshin geçersizliğine ve buna bağlı kanuni sonuçlarına (md.21) yönelik olduğundan, işçi, feshe itirazla birlikte Kanunun ödenmelerini, iş sözleşmesinin sona ermesine bağladığı hakları (ihbar tazminatı, kıdem tazminatı) talep etmesi düşünülemez. Çünkü böyle bir talep itirazın konusu (feshin geçersiz olduğu iddiası) ve Kanunun geçersizliğe bağladığı sonuçla (feshin geçersizliğine bağlı olarak işçinin işe iadesi) çelişir. Aynı şekilde kullandırılmayan yıllık ücretli izin alacaklarının da talep edilmesi mümkün değildir; zira bu alacaklar Kanun gereği iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale gelirler; işçinin feshin geçersizliği ve işe iade yanında yıllık ücretli izin alacağının geçersizliği ve işe iade yanında yıllık ücretli izin alacağı talebini içeren bir davada yıllık ücretli izin alacağı talebini tefrik ederek kabul eden alt mahkeme kararı Yargıtay tarafından feshin geçersizliği ve işe iade talebi ile ilgili dava beklenmeksizin karar verildiği gerekçesiyle bozulmuştur; Yargıtay'a göre izin alacağı sözleşmenin sona ermesi halinde muaccel geleceğinden aynı davada işe iade talebinin sonucunun bekletici mesele yapılarak izin ücreti talebinin değerlendirilmesi gerekir. (Mollamahmutoğlu , 2005,S:588)

İtiraz süresi bir ay olarak tespit edilmiştir; işçi, fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ayı içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Uyuşmazlığın özel hakemde çözümlenmesi öngörülmüş ise, aynı sürede özel hakeme götürülmelidir (md. 20/f.1) Yargıtay da Kanunun açık hükmü gereği fesih tarihinin değil feshin bildirildiği tarihin esas alınması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. (Mollamahmutoğlu , 2005,S:588)

Bir aylık süre, dava zamanaşımı süresi değil hak düşürü nitelikte bir süredir. Bu nedenle süresi içinde dava açmayan veya özel hakeme başvurmeyen işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz; geçerli bir fesih halinde talep edebileceği haklardan (ihbar tazminatı, kıdem tazminatı) ve koşulları varsa genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminattan yararlanabilir. (Mollamahmutoğlu , 2005,S:588)

5.3.1 Bireysel Fesihlerde Dava Açma Süresi :

İş güvencesi sistemimiz bakımından işe iade talep hakkını doğuran ön koşul feshin gerçekleşmiş olmasıdır. Başka deyişle sistemimizde hukuka aykırı fesih tehdidinin önlenmesine ilişkin bir dava yolu yoktur. Bu nedenle henüz işe iade talep hakkı

doğmadan bu talebin dava yoluyla ileri sürülmesi olanaklı değildir. Bunu sonucu olarak da davanın iş ilişkisi devam ederken açılması olanaklı değildir.

İkinci nokta; bireysel olarak yapılan özel hakem anlaşmalarının geçerliliği sorunu ile bağlantılıdır . Yasadaki özel hakem hükmüne rağmen bireysel özel hakem anlaşmasının ne zaman yapılacağına ilişkin açık bir kural olmadığı için “tarafklar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” hükmü nedeniyle (m. 20/1) iş sözleşme sinin başlangıcında veya iş ilişkisi devam ederken yapılan tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğu savunulabilir çünkü yasa koyucu “toplular iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde hüküm varsa” demek yerine ‘toplular iş sözleşmesinde hüküm varsa veya tarafklar anlaşılırsa” ibaresini kullanmıştır. Gerçekten de yasanın anlatımından çıkan sonuç bireysel tahkim anlaşmalarının ancak uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılabileceğidir. Bireysel tahkim anlaşmaları iş sözleşmelerine hüküm konarak yapılamayacak ancak uyuşmazlık çıktıktan sonra yapılabilecektir.

Yakın tarihli bir Yargıtay kararında ise, davacının sözleşme bulunan tahkim şartına dayalı olarak işe iade ve işçilik hakları davası özel hakemde açmış olmasını, her halde geçersizlik karşı tarafça da ileri sürülmediğinden Yüksek Mahkeme bu noktadan tartışmamıştır Sade işçilik haklarının iş mahkemelerinde dava edilmesi yönünden hakem kurulu kararını bozmuştur. işe iade yönünden ise hakem kurulunun karar verebileceği sonucuna ulaşmıştır.

Dava açma süresinin fesih bildiriminden tebliği tarihinden başladığından hareketle ve bunun sonucu olarak bir çok olasılık iş ilişkisi devam ederken işe iade davasının açılması gerektiği bugün egemen görüş halindedir Bu görüş ile tahkim anlaşmasının iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılması halinde geçerli olacağı görüşünün birlikte savunulması ciddi bir açmaz oluşturmaktadır. Gerçekten de eğer ilişkisi devam ederken kararlaştırılan tahkim şartı geçersiz ise tarafklar ilişkisi devam ederken başlayan ve iş ilişkisi içerisinde bitecek olan bir aylık dava açma süresi içinde isteseler de geçerli bir tahkim anlaşması yapıp uyuşmazlığı özel hakeme götüremeyecektir Bu durumda tahkim anlaşması yalnızca iş ilişkisinin hukuken sona ermesinden itibaren dava açma süresinin başladığı örneğin peşin ödemeli veya derhal fesih hallerinde o da önceden bir fesih beyanı olmaması koşulu ile gündeme gelebilecek bir hükme dönüşmektedir. Burada bir tutarsızlık olduğu açıktır. Bu nedenle dava açma süresinin başlangıcı ve tahkim

konusunda çelişkili görüşleri ya tahkim anlaşmasının iş sözleşmesinin başlangıcında veya iş ilişkisinin devamı sırasında yapılabileceğini kabul ederek veya dava açma süresinin iş ilişkisi hukuken sona erdikten sonra başlayacağını kabul ederek telif etmek gerekmektedir. Bize göre ikinci yol yasanın sis atığına uygun olduğundan dava açma süresinin iş ilişkisinin hukuken sona ermesinden sonra başlaması görüşünü savunmak isabetlidir. Bu yaklaşım bireysel tahkim anlaşmasının geçerliliği konusundaki görüşlerle de uyumludur. (Soyer,2005,S:76-77-78)

b- Toplu Fesihlerde Dava Açma Suresi :

Toplu fesihlerde ise İş K.madde 29/5 madde de yer alan hüküm işveren bölge müdürlüğüne bildirim yapmış olsa da olmasa da işçiyle ilgili süreleri (ihbar ve dava açma süresini) otuz gün geçtikten sonra başlatma zorunluluğu doğuran bir özelliğe sahiptir . Çünkü yasanın lafzı o kadar açıktır ki bunun aksine yorum yapmak mümkün değildir Uygulamada ortaya çıkabilecek olasılıklara göre sorun şu şekilde çözülebilir işveren bölge müdürlüğüne bildirim yaptığı tarihte aynı zamanda işçiye de ihbar sürelerini başlatan bildirimini yapmış ise bu süreler ancak otuz gün geçtikten sonra işlemeye başlayacaktır

Eğer işveren bölge müdürlüğüne bildirim yaptığı tarihte işçiye de bildirim yapmış ama bu bildirim ihbar sürelerini başlatan nitelikte değil de örneğin bir ay sonra ihbar öneline ait ücretin peşin ödenmek suretiyle iş sözleşmeniz feshedilecektir” şeklinde bir fesih iradesi açıklaması ise bu takdirde de otuz günlük sürenin geçmesinden sonra dava açma süresinin başladığını kabul etmek gerekir.Eğer işveren toplu işçi çıkarma yapmasına rağmen bölge müdürlüğüne hiç bildirim yapmamış ise işçiye yaptığı bildirim hangi nitelikte olursa olsun, bu bildirim yapıldığı tarihten otuz gün sonra işçiyle ilgili sürelerin başladığını kabul etmek gerekir.Çünkü 29/5. madde de getirilen yükümlülük sadece kamusal nitelikli değil, işverenin işçiye yönelik olarak da uyması gereken yasal bir kuraldır. Yani işverenin toplu işçi çıkarmalarda fesih yapabilmesinin ön olarak otuz günlük munzam sürenin geçmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. (Soyer,2005,S:78-79)

5.4.Tarafları:İşe iade davaları, işçi veya avukatı tarafından açılabilceği gibi üyesi olduğu sendikaya verdiği yetki belgesi ile sendika avukatı tarafından açılabilir ise de, davanın bir tarafı iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçidir.

Davanın karşı tarafı gerçek veya tüzel kişi olan işverendir. Şayet işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu ise, o takdirde feshi gerçekleştiren kendi işvereni yanında asıl işverenin de işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi anlamında olmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisi benzeri bir durum bulunuyorsa o zaman fesih işleminin geçersizliğine işe iadeye ilişkin davanın her iki işveren karşı açılması gerekir. (Çankaya,Günay, Göktaş , 2006,S:239)

Alt işverenin işçisinin açacağı işe iade davası eğer muvazaalı bir ilişki yok ise asıl işverene karşı açılmaz. Muvazaa iddiası var ise tek başına asıl işverene karşı (gerçek işveren) sıfatıyla dava açılabilir. Yasaya aykırı alt işveren uygulaması halinde (asıl işin yasaya aykırı bölünerek alt işverene verilmesi halinde) aynen muvazaalı alt işveren ilişkisinde olduğu gibi alt iş veren işçileri baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılması gerektiğinden yine aynı sonuca ulaşmak gerekir.

Geçerli bir alt işveren ilişkisinde ise alt işverenin işçisinin açacağı davanın işe iade talebiyle yalnızca alt işveren karşı açılacağına kuşku yoktur. Ancak burada mali sorumlu sıfatıyla davanın asıl işverene de yöneltilmesi usul ekonomisi bakımından tartışılacak bir yoldur. Bunun dışında işe iade davası dört aylık ücret ve tazminat sonuçları bakımından muacceliyet kazanması halinde asıl işverene başvuru imkanı da olabilecektir.

Geçici iş ilişkisinde ise fesih nedeni işçinin geçici işveren işyerin deki davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklansa da dava yine sürekli işverene karşı açılmalıdır. Burada da geçici işverenin sadece mali sorumlu sıfatıyla dayalı gösterilmesi düşünülebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken konu geçici işverenin mali sorumluluğunun çerçevesidir. Buna göre geçici işveren yasa gereği dört aylık ücretin ödenmesinden sorumludur. Bunla birlikte işe başlatmama tazminatından geçici işverenin sorumlu olabilmesi için geçici iş sözleşmesinde aksine hüküm olmaması gerekir (. Soyer , 2005,S:78-79)

Bu konuda Yargıtay ; “ Davacının hizmet akdinin 4857 sayılı kanuna aykırı olarak feshedildiğini, davalılar arasında muvazaa bulunduğunu belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesi ile bunun sonucu olarak tazminat ve boşta geçen süre ücret alacağına karar

verilmesini istediği ve davalı Belediye'nin asıl işveren konumunda olmadıklarını bu nedenle kendilerine husumet yöneltilemeyeceğini savunması şeklinde yaptığı savunma ve diğer davalı Ceysan Hizmetler İşletmeleri AŞ. İşe aktin iş bitimi nedeniyle sona erdiğini ancak belediyenin asıl işveren olduğunu belirterek davanın reddini istemesi üzerine Yerel mahkemece davalılar arasında muvazaa olmadığı belirtilerek davalı belediye yönünden işe iade isteminin reddine, davalı Ceysan AŞ. Yönünden ise işe iade ile birlikte 4 aylık tazminat ve 4 aylık boşta geçen süre ücretinden Belediye ile birlikte sorumlu tutan karar üzerine yaptığı temyiz incelemesinde “Davalılardan Belediye temizlik ve çöp nakil işini ihale ile davalı Ceysan AŞ.ye vermiştir. Temizlik ve çöp nakli işi belediyelerin asıl işlerindedir. Belediyelerin asli işlerinden olan temizlik hizmeti işini 4857 sayılı İş Kanununun 2/VI-VII maddesi uyarınca taşeronları devretmesi mümkün olmadığından bu tür taşeronluk sözleşmeleri geçerli sayılamayacağından davalı belediyenin işe iade ve sonuçları yönünden sorumlu tutulması gerekir. Bu nedenle mahkemenin Belediye aleyhine açılan davayı işe iade yönünden reddetmesi doğru olmadığı gibi taşeron Ceysan AŞ. Aleyhine açılan davanın reddi gerekirken kabulde hatalıdır şeklinde hüküm kurarak 4857 Sayılı İş Kanunu 20/3 maddesi uyarınca. yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermiştir.Yargıtay 9.H.D ESAS NO : 2005/14410 KARAR NO : 2005/19793(Sinerji Group A.Ş)

5.5.İspat Yükü:

İş Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrası gereğince “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işveren aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”. Görülüyor ki, İK 20/2’de iş güvencesinin temel unsurlarından birini oluşturan, ispat yükünün yer değiştirmesi, diğer deyimle feshin geçerli bir nedene dayandığının ispatı yükünün işveren yüklenmesi hükmüne yer verilmiştir. Yasa koyucu isabetli olarak ispat yükü konusunda 158 sayılı ILO sözleşmesinin 9. maddesinin 2. bendinin a fıkrasına uygun bir düzenleme getirmiştir .(Süzek, 2005,S:477)

Kanunun ispat yükü konusunda kabul ettiği bu düzenleme, 158 sayılı Sözleşmenin md. 9/2, (b) fıkrasındaki seçenek benimsenerek feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı hususunun, yargıcın, tarafların sundukları delillere göre oluşacak kanaatine bırakılması daha isabetli olurdu. Modern hukuklarda da ispat konusunda benimsenen yöntem budur. Nitekim Fransız Hukukunda, uyuşmazlık halinde yargıç, tarafların sunduğu delillere göre kanaatini oluşturarak feshin gerçek ve ciddi bir neden dayanıp dayanmadığını tespit eder (C.T.Fr.L.122-14-3) (Mollamahmutoğlu ,2005,S:589)

Md.20/f.3. davanın seri yargılama usulü ile görülmesini, yargılamada iki ve temyizde bir aylık süreleri, uyuşmazlığın süratle çözümü için öngörmüştür. Bununla birlikte, öngörülen süreler, iş mevzuatında kimi uyuşmazlıkların çözümünde öngörülen sürelerde olduğu üzere, iş mahkemelerinin ve özellikle Yargıtay'ın iş hacmi dikkate alındığında gerçekçi değildir (Mollamahmutoğlu , 2005,.S:589)

Ancak işveren de iddia yükü altında olduğu bu vakıaların tümünde her halükarda ispat yükü altında değildir. Gerçekten işverenin iş sözleşmesini inkarı halinde, aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğunu işçi ispat etmelidir. Ayrıca işyerinin iş güvencesi kapsamında bir işyeri olduğunun ispatı da işçiye ait bulunmaktadır. İşyerinin niteliği ve işçi sayısı SSK. Prim bildirge ve bordroları ve işyeri ücret bordroları yanında gerekirse tanıkla bu husus kanıtlanacaktır .(Çankaya,Günay ,Göktaş ,2006,S:242)

Öte yandan işçi iş sözleşmesinin feshini ve bu çerçevede tebliğini ispatlamalıdır. Gerçekten kanunda dava açma süresi fesih bildiriminin tebliğine bağlanmıştır (İş K.m.19). İş sözleşmesinin feshi tebliğ edilmişse, yazılı olarak ispatı mümkündür. Yazılı bir tebliğ bulunmuyorsa bunun yapıldığı eve tarihi feshi gösteren belgeler, örneğin işçi çıkış bildirimi, işçinin işveren noter aracılığıyla yaptığı işbaşı yaptırılma talebini içeren noter bildirimi, ücretsiz izin dönüşü veya işyerine alınmama tarih gösteren işçi ve arkadaşları tarafından tutulan tutanaklardır. Şayet işyerinden çıkarılma veya ertesi günü işe alınmama yoluyla fiili işe alınmama varsa bunlar da tanıkla ispatlanmalıdır. Bunların dışında, işçinin ispat yükü bulunmamaktadır .(Çankaya,Günay ,Göktaş ,2006,S:242)

Yargıtay ispat yükü ile ilgili olarak aşağıda ki kararı vermiştir; incelenen kararda davacı işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşa geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Dayalı işveren feshin ekonomik krizden dolayı yapıldığını ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davacı tarafın kesin süreye rağmen delil ibraz etmediği davasını ispat edemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir Yargıtay'ca aşağıda ki karar tesis edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 20/2.maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İş akdi feshedilen işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasın ispatla yükümlüdür. Buna göre geçerli fesih olgusunu ispat yükümlülüğü yasa gereği dayalı tarafa ait olmasına rağmen mahkemenin aksi düşünce ve yazılı gerekçe ile davanın reddi yönünde hüküm kurması hatalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından İşletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir işveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.

Somut olayda , feshin işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayandığının, davacının iş sözleşmesine son verilirken yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak ne gibi uygulamalar yaptığını ispat edemediği ve feshin son çare olmalıdır kriterine uyulmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yerel mahkemenin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir. (9. HD. , 2004/27949 - K - 24.01.2005)

5.6.Yargılama Usulü

Seri Yargılama Yöntemi : İş Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca “Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın

temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir”. Yasanın bu hükme ilişkin gerekçesine göre “Feshin geçersizliğine ilişkin davanın seri muhakeme usulüne göre kısa sürede sonuçlanması amaçlanmış, ancak bir içtihat birliği sağlanabilmesi için de Yargıtay’ın denetimine yer verilmiştir”. Yasanın anılan hükmüne karşın iş mahkemelerinin ve Yargıtay’ın dava yükü göz önünde tutulduğunda feshin geçersizliğine ilişkin davaların belirtilen sürelerde sonuçlandırılması güç görünmektedir (Süzek,2005,S:478)

Mahkeme kararlarının Yargıtay’da bozulması halinde HMUK hükümlerine göre bozma kararı doğrultusunda işlem yapılmak üzere dava dosyası ilgili mahkemeye iade edilmekle birlikte md.20/f.3 hükmü uyarınca Yargıtay bir ay içinde kesin olarak kararını vereceğine göre, bozma halinde davayı esastan alıp kesin olarak karara bağlayacak demektir.(Mollamahmutoğlu, 2005,S:589)

Md.20/f.3, davanın seri yargılama usulü ile görülmesini, yargılamada iki ve temyizde bir aylık süreleri, uyuşmazlığın süratle çözümü için öngörülmüştür. Bununla birlikte, öngörülen süreler, iş mevzuatında kimi uyuşmazlıkların çözümünde öngörülen sürelerde olduğu üzere, iş mahkemelerinin ve özellikle Yargıtay’ın iş hacmi dikkate alındığında gerçekçi değildir (Mollamahmutoğlu, 2005,S:589)

Bir davada hem işe iade talebi hem de alacak talebi varsa (terditli davalar) yerel mahkemece hangi yargılama usulü yapılacağı tartışmalıdır.Ancak Yargıtay, bir arada yargılama yapılmasını hatalı bulmaktadır ve bu davaların yargılama sırasında ayrılması (tefrik edilmesi) gerektiğine karar vermektedir. Yargıtay’a göre; işçinin işe iade ile ilgili isteklerin yanında işçilikten doğan diğer tazminat ve alacaklarında istenmesi halinde , bu talepler yönünden yargılama yapılması , işe iade davasının yasanın öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırmasına engel oluşturur.İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ise sözlü yargılama usulüne tabidir.Bu nedenle işe iade ile birlikte diğer işçilik alacaklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır.

Yargıtay bu konuda ; farklı yargılama usulleri uygulanması gerektiği , işe iade ve fazla mesai alacağı istemlerine ilişkin taleplerin bir arada yargılamalarının yapılmasının hatalı ve talepler ayrılarak bir karar verilmek üzere kararın bozulması yönünde aşağıda ki kararı vermiştir ;

Davacı feshin geçersizliği ve işe iadesi ile birlikte fazla mesai ücret alacağı da talep etmiş, yerel mahkemece işe iade ve yasal hakları yanında fazla mesai alacağına da hükümlenmiştir. Kanun gereği işe iade davacı seri yargılama, içinde fazla mesai isteminin de bulunduğu işçi alacakları ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Farklı yargılama usulleri uygulanması gerektiğinden işe iade ve fazla mesai alacağı istemlerine ilişkin taleplerin bir arada yargılamalarının yapılması hatalıdır. Talepler ayrılarak bir karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.9. H.D., E:2004 -12238 K:2005 – 27624 13.12.2004. (Ertekin, 2005,S:577)

5.6Hakem :

İş K. md.20/f.1'e göre iş sözleşmesi feshedilen işçi fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya gösterilen nedenin geçerli olmadığı iddiasıyla iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık özel hakeme götürülür.

Bugüne kadar iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümünü tarafların veya toplu iş sözleşmesinin öngördüğü özel tahkime geçerlik tanımayan yargı kararları karşısında Kanunun özel tahkimi kabul etmesi, bu konuda doğacak yoğun uyuşmazlıklara karşı mahkemelerin yükünü hafifletmeye yönelik bir önlem niteliği taşımaktadır .(Mollamahmutoğlu , 2005,S:596)

1475 sayılı İş Kanunu'nda değişiklik yapan 4773 sayılı Kanun ve daha sonra kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğünden önce bireysel iş hukukunda tahkim yolu Yargıtay kararları ile kapatılmıştı. Kanunun 20. maddesindeki düzenlenmesinden sonra konu yeniden tartışmalara yol açmış ise de Yargıtay iş güvencesi hükümleri dışındaki konularda tahkim yolunun olmadığını Kanunun yürürlüğünden sonra da devam ettirmektedir. Çankaya, Günay ,Göktaş ,2006,S:252)

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre, işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarını çözme görevi bu konuda uzman olan iş mahkemelerine aittir. Genel yargılama hükümleri dışında özel bir yargılama ve bu yargılamayı yapacak özel mahkemelere ihtiyaç duyulması işveren karşı güçsüz durumda bulunan işçiyi koruma ve bunu özel uzmanlık gerektirmesi düşüncesinden kaynaklanmıştır .(Çankaya, Günay ,Göktaş,2006,S:252)

BÖLÜM 6: İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARI

6.1.Genel Olarak:

Geçerli nedene dayanmayan feshin, geçersizliğine karar verilmekle işçi işine iade edilmiş olur. İş K. md.21'e göre işine iade edilen işçinin, md.21/f.5'de öngörülen sürede işveren başvurması ile geçersizliğine karar verilen fesih hükümsüz olur ve işverenin, Kanun gereği işçiyi işe başlatma yükümlülüğü doğmuş olur. Bu durumda işveren Kanun hükmü gereği işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır (md.21/f.1).(Mollamahmutoğlu, 2005,S:593)

Bu durumda hizmet ilişkisi hiç bozulmamış gibi devam eder hale geldiği kabul edildiğinden işveren işçiye, geçersiz sayılan fesih dolayısıyla çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretini ve öteki bütün haklarını en çok dört aylık dava süreci için ödemekle yükümlüdür (Çankaya, Günay ,Göktaş ,2006, S:289)

Öte yandan, yargılama devam ederken, işçinin işveren tarafından işe iade edilmesi, açılmış olan işe iade davasının konusuz kalmasına neden olursa da davanın reddine karar verilmesi gerektirmez. Fesih tarihindeki durumun hukuka uygunluğunun araştırılmasına gerek kalmayacaktır. Gerçekten, işverenin dava açılmadan önce veya dava sırasında işçiyi işe başlatması yaptığı fesih işleminin geçerli olmadığını kabulü anlamındadır. Bu nedenle fesih tarihinden işe başlatıldığı tarihe göre en çok dört aya kadar boшта geçen süre için işçi, ücret ve diğer haklara hak kazanacaktır. Ayrıca feshin geçersizliği için süresinde açılan davanın kabulü halinde, bunun doğal sonucu olarak, koşulları gerçekleştiği yani, süresinde işveren başvurulduğu takdirde, her halükarda 4 aya kadar boшта geçen süre ücreti ve diğer sosyal haklar ile işe başlatılmaması halinde 4-8 aylık ücret tutarında tazminatın belirlenmesi isabetli olacaktır. Bu konuda talep olmasa da yasa hükmü gereğince feshin geçersizliği sonucuna bağlanmış olan tazminat ve ücretin tespitine karar verilmelidir. (Çankaya,Günay, Göktaş, 2006,S:289)

Nitekim Yargıtay aşağıda sunmuş bulunduğumuz kararında talep olmasa dahi yasa hükmü gereğince feshin geçersizliği sonucuna bağlanmış olan tazminat ve ücretin tespitine karar vermiştir.

Karar özeti şöyledir ; davalıya ait işyerinde saha ekiplerinde şoför olarak mevsimlik işte çalıştığını belirten davacı, yeni dönemde işe hiçbir neden gösterilmeksizin çağrılmadığını, yazılı bir fesih bildirimini olmadığını iddia ederek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren, davanın süresinde açılmadığını, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

ÖZET : Mevsimlik yada dönemsel çalışmada işin belirli süreli olduğundan söz edilemez. Zira 4857 sayılı İş Kanununun 11/1 maddesinde "iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddede belirli süreli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması, gibi objektif şartların bulunması halinde sözleşmenin belirli süreli olacağı belirtilmiştir. Somut uyuşmazlıkta yapılan iş sürekli bir iştir. Sürekli yapılan bir işin yılın belirli bir zaman diliminde yapılmaması, o işi belirli hale getirmez. Mevsimlik işlerde fesih tarihi, mevsimin bittiği tarih değil, sonraki başlangıç döneminde işe çağrılmama tarihi kabul edilmekte ve işçi lehine ihbar tazminatına karar verilmektedir. Davacı ile davalı arasındaki iş ilişkisi belirsiz sürelidir. Davacı iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. 4857 sayılı yasanın 19. maddesi uyarınca "İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. " Davalı işveren yeni dönemde işe çağırılmama yazılı bir fesih bildiriminde bulunmamıştır. Fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır. Feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, talep olsun olmasın, resen miktar belirtilmeksizin karar altına alınmalıdır.

Dosyadaki bilgilere ve tarafların kabulüne göre, davacının saha ekibinde şoför olarak her yıl belirli bir dönem çalıştığı, kışın işe ara verildiği uyuşmazlık dışıdır. 2003 yılı Aralık ayında dönem bitimi işe ara verme nedeni ile önceki yıllar gibi göreve son

verildiği, bir anlamda iş sözleşmesinin askıya alındığı anlaşılmaktadır. Mevsimlik yada dönemsel çalışmada işin belirli süreli olduğundan söz edilemez. Zira 4857 sayılı İş Kanununun 11/1 maddesinde "iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddede belirli süreli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması, gibi objektif şartların bulunması halinde sözleşmenin belirli süreli olacağı belirtilmiştir. Somut uyuşmazlıkta yapılan iş sürekli bir iştir. Sürekli yapılan bir işin yılın belirli bir zaman diliminde yapılmaması, o işi belirli hale getirmez. Nitekim Dairemizin süreklilik kazanan uygulamasında, mevsimlik işlerde fesih tarihi, mevsimin bittiği tarih değil, sonraki başlangıç döneminde işe çağrılmama tarihi kabul edilmekte ve işçi lehine ihbar tazminatına karar verilmektedir. Davacı ile davalı arasındaki iş ilişkisi belirsiz sürelidir. Davacı iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. 4857 sayılı yasanın 19. maddesi uyarınca "İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. " Davalı işveren yeni dönemde işe çağırılmama yazılı bir fesih bildiriminde bulunmamıştır. Fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanununun da düzenlenen ve feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, talep olsun olmasın, resen miktar belirtilmeksizin karar altına alınmalıdır. Ayrıca tespit niteliğindeki bu hüküm nedeni ile, karar harcı ve vekalet ücretinin maktu olarak takdiri gerekir. bozularak ortadan kaldırılmasına, karar verilmiştir.. Esas Yılı : 2004 Esas No : 21961 Karar Yılı : 2005 Karar No : 110 Karar Tarihi : 10.01.2005 Daire No : 9 Daire : HD

6.2.İşçinin İşverene Başvurması:

İşçi işe iade ile ilgili mahkeme veya özel hakem kararının kesinleşmesinden ve bu kararın tebliğinden itibaren doğrudan veya vekili aracılığıyla on iş günü içinde işe başlatılmak için işverene başvurmak zorundadır. Başvurunun ne şekilde yapılacağı konusunda yasalarımızdan bir düzenleme bulunmamaktadır. İspat edilmesi kaydı ile

sözlü olarak işe başlatılma iradesinin işverene ulaştırılması mümkündür. Ancak sözlü başvurunun kanıtlanması zor olduğundan yazılı yapılması daha uygun olacaktır. İşçi, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işveren iletebileceği gibi, vekili ya da üyesi olduğu sendika aracılığı ile de ulaştırabilecektir. (Çankaya, Günay, Göktaş, 2006, S:290)

On iş günlük süre, hak düşürücüdür; bu süre içinde işçinin başvuruda bulunmaması, işvereni bu yükümlülükten kurtarmakla kalmaz; aynı zamanda yapılan feshi, geçerli hale getirir. Yani buradaki anlamı ile iş sözleşmesini sona erdirmiş olur ve sadece buna ilişkin hukuki sonuçları doğurur (md.21/f.4). (Mollamahmutoğlu, 2005, S:593)

Kanun, başvuru için belirli bir şekil öngörmemiştir; işçi, yazılı veya sözlü olarak başvuruda bulunabilir. Kesinleşen mahkeme veya hakem kararının tebliğini takip eden on iş günü içinde işverene başvurusu halinde, işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğu doğmuş olur ve md.21'in 1. fıkrasındaki bir aylık süre, 4. fıska hükmü dikkate alındığında işçinin başvuruda bulunduğu tarihten itibaren işlemeye başlar. (Mollamahmutoğlu, 2005, S:593)

Yargıtay bir kararında ; Yerel mahkeme dört aylık alt sınırdan ayrılarak daha yüksek bir miktara karar verdiğinde bunun gerekçesini de mutlaka kararda belirtmesi gerekmektedir. İş kanununun 21.maddesinin fıkrası gereğince; Kesinleşmiş işe iade kararının işçiye tebliğinden itibaren on gün içinde işçinin işe başvurusu gerekir. Vekile takip edilen işçilerde bu on günlük sürenin ne zaman başlayacağı önem taşımaktadır. Tebligat Kanunu. Mad. 11'e göre vekile takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması zorunludur. Buna göre kesinleşmiş işe iade kararı ,dava avukatla takip edilmiş ise ancak avukata yapılan tebligat ile on günlük süreyi başlatır. On günlük hak düşürücü süre içinde işe başlamaya ilişkin açık iradesinin işverenin hakimiyet alanına girecek şekilde bildirmesi gerekir. işçi işe başlamak için işverene bizzat baş vurabileceği gibi vasıtalı yollarla da (noter veya iadeli taahhütlü mektup kanalıyla ve vekil aracılığıyla da) işe başlama iradesini işverene ulaştırabilir. Yeter ki on günlük süre geçmeden bu başvuru yapılabilir. Eğer işçi on günlük süre içinde işe başlama iradesini işverene bildirmiş

ancak bu bildirim on günlük süre geçtikten sonra işveren ulaşmış ise hak düşürücü süre geçmiş olur.

On iş günü içinde yeniden işe başlatılma talebiyle işverene başvurduğunda işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında (iş güvencesi) tazminat ödemek zorunda kalır. işçi. işe iade kararı üzerine, işverene başvurduktan sonra, muaccel hale gelen boşta geçen süre için 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının alacak olarak belirlenmesi ve miktar olarak hüküm altına alınması için ikinci bir dava açıldığında ödenmesi gereken hakları hesap bilirkişisine hesaplatılmalı ve eda niteliğinde hüküm kurulmalıdır. Ayrıca. değer dikkate alınarak nispi karar harcı ve vekalet ücretine karar verilmelidir. (9. HD E. 2004/22604 K. 2005/1194 T. 24.1.2005) Sinerji Group.A.Ş

6.3.İşverenin İşçiyi İşe Başlatması:

İşçinin kesinleşen kararın kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlatılması için işverene başvurması halinde işverenin bir ay içinde işçiyi işe başlatma ya da mahkemece belirlenen tazminatı ödeme yükümlülüğü başlar .

İşverenin işe başlatma yükümlülüğü işçinin işe başlatılmak için yaptığı başvurunu tebliğinden itibaren başlar ve işçinin bir ay içinde işe başlatılması gerekir. İşveren söz edilen bir ay içinde kalmak kaydı ile işçiye işe başlaması için bir süre verebiliriz.

İşverenin işçiyi işe başlatması şarta bağlı tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla, ödenmiş bulunan ihbar ve kıdem tazminatını iade etmesi şartı ile işe başlatacağını belirtmişse, bu usulünce bir işe başlatma daveti sayılmayacağından, işveren işe başlatmamanın hukuki sonuçlarından sorumlu olacaktır. Belirtelim ki, işçiye ödenmiş bulunan ihbar ve kıdem tazminatının işçi tarafından iade edilmemesi halinde bunlar ancak dava yada icra takibi gibi yasal yollarla işçiden tahsil edilebilecektir. İşçinin ihbar ve kıdem tazminatını iade etmediği için işe başlatılmadığı savunmasına itibar edilemez

İşçinin süresi içinde işe başlatılmasının en önemli sonucu iş sözleşmesinin feshedilmemiş gibi devam etmesidir. İşçi, yeni işe giren bir işçi gibi nitelendirilemeyecek ve geçersiz sayılan fesihten itibaren işe başlatıldığı tarihe kadar işyerinde yürürlüğü giren zamlardan yararlanmış gibi ücreti belirlenecektir. İşçinin

yazılı rızası alınmadan daha düşük bir ücretle işe başlatılması mümkün olmayacaktır. Aksi takdirde işçi, düşük ücretle işe başlaması nedeniyle fark ücretlerini talep edebilecektir. (Çankaya, Günay, Göktaş, 2006, S:297)

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

İşveren işçiyi işe başlatmayı seçerse, bu durumda İK 21/3'e kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye sadece en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretinin ve diğer haklarının ödeneceği hükmüne bağlanmış olmasına rağmen, işveren tarafından yapılmış olan fesih bildiriminden geçersiz bulunduğu, iş akdinin taraflar arasında hiç feshedilmemiş gibi sayılması gerektiği sonucuna varılabilir. Yukarıda da belirtildiği gibi mutlak anlamda bir geçersizlikte, geçersizlik kararının kesinleşmesi ne kadar uzamış olursa olsun işçinin tüm boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinin ve işçilik haklarının ödenmesi gerekirdi. Bununla beraber, işçi işverence işe başlatıldığında, iş akdinin taraflar arasında yeniden kurulmadığını, taraflar arasında esasen varolan iş akdini kesilme olmaksızın devam ettiğini ancak bu durumda işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin tüm ücreti ve diğer haklarını talep edilebilmesine yasayla belirli bir sınırlama getirildiğini kabul etmek uygun olacaktır. (Süzek, 2005, S:483)

6.3.2. Peşin Ödenen Bildirim Süresine Ait Ücret İle Kıdem Tazminatının Mahsubu :

İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrası gereğince “İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir”. Hükümde “yukarıdaki fıkra” ifadesine yer verildiğine göre mahsubun 3. fıkrada yer alan işçiye ödenecek en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretinden ve diğer haklarından yapılması gerekir.

Gerçekten, işveren süreli fesih hakkını kullanırken, bildirim sürelerine uymak yerine bu sürelerle ilişkin ücreti peşin vermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmiş (İK17/5) ve işçinin hak ettiği kıdem tazminatını (EİK 14) ödemiş olabilir. Ancak yapılan fesih yargı organı tarafından geçersiz sayılıp, işçi işveren tarafından işe

başlatıldığında yukarıda da belirtildi gibi iş akdinin taraflar arasında aynen devam ettiği kabul edilince bir fesih söz konusu olmadığından yapılan bu ödemeler hukuki dayanaktan yoksun kalır. Bu nedenle de adı geçen ödemelerin işverene iadesi, işçiye ödenecek boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinden mahsubu gerekir . (Süzek, 2005,S:482-483)

6.3.3.Dava Süreken İşçinin İşe Başlatılması :

İşçinin feshin geçerli nedene dayanmaması nedeniyle işe iade davası süreken işverence işe başlatılması halinde boşta geçen sürelerle ilişkin en çok dört aylık ücretini isteyip istemeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Yargıtay böyle bir durumda boşta geçen süreye ilişkin ücret istediği hakkında karar verilmesine yer olmadığını hüküm altına almıştır. Yüksek mahkemeye göre: “İşçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. (Süzek, 2005,S:482-483)

İşe iade davası süreken işçinin işe başlatılması İlişkin bir karar ve incelemesi aşağıda sunulmuştur.

(Karar İncelemesi)

Prof.Dr.Fevzi ŞAHLANAN

İ.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Yargıtay 9. HD Esas No: 2004/448 Karar No: 2004/2029 Tarih: 12/02/2004

Karar Özeti

İşe iade davası süreken davacı işçinin, işverence işe başlatılması halinde davanın konusuz kaldığından bahisle, bir karar verilmesine gerek olmadığına karar verilmesi doğru değildir. Davacı davasından açıkça feragat etmedikçe, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin 4 aylık ücretini talep edebilmesi için daha önce yapılmış feshin geçerli olup olmadığı konusunda bir karar verilmelidir.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. 18, 19, 20, 21

Karar Metni:

Davacı vekili müvekkilinin davalı işyerinde çalışırken iş akdinin sendikaya üye olması nedeni ile diğer işçilerle birlikte sebep gösterilmeden sözlü olarak feshedildiğini beyan ederek, feshin geçersizliğinin tespitini ve davacının işe iadesini, yasal süre içinde müracaata rağmen işe başlatılmaması halinde 8 aylık brüt ücreti tutarından şimdilik 50.000.000 TL'nin fesih tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini ve şimdilik 50.000.000 TL ile sınırlı olmak üzere 4 aya kadar doğmuş ücretinin fesih tarihinden itibaren işleyecek en yüksek faiz oranı ile birlikte davalıdan alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili davanın yasal olmadığını, iş akdinin sendikal nedenlerle feshedilmediğini, işyeri dışından kaynaklanan sebepler ile iş akdinin feshedildiğini beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

Yargılama devam ederken davalı işverenin iş kurumu aracılığı ile çağrısı üzerine davacı 04.11.2003 tarihinde davalı işyerinde yeniden çalışmaya başlamış ve başladığına ilişkin işe giriş bildirgesi de dosyaya sunulmuştur.

Davacı vekili tarafından davacının işe başlamasına rağmen feshin geçersizliğinin tespiti ve boşta geçen süreye ilişkin ücretin de hüküm altına alınması talep edilmiş ise de; geçersiz sebep bulunduğuna karar verilmeyen hallerde çalışmayan süre için ücrete hak kazanılmasına karar verilmesine ilişkin yasa maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığından bu konu hakkında hüküm kurulmamıştır.

Tüm dosya kapsamı ile davacının yeniden işe başlaması nedeni ile konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle dava tarihindeki şartlara göre değerlendirilerek davanın esası ile ilgili hüküm kurulması gerekirken, dava tarihinden sonra oluşan koşullara göre davacının davasının konusuz kalması sebebiyle karar ittihazına mahal olmadığına karar verilmesi doğru değil ise de somut olayda fesihle geçerli nedenlerin varlığı sunulan belgelerle kanıtlandığından sonucu itibariyle doğru olan kararın bu gerekçeyle ONANMASINA, aşağıda yazılı

temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine 12.2.2004 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Kararın İncelenmesi: 1. Öncelikle ve önemle belirtelim ki Yargıtay 9- Hukuk Dairesinin oy çokluğu ile verdiği bu karar Yüksek Mahkemenin 8/7/2003 tarih ve 12444/13125 sayılı kararındaki hatalı içtihadından isabetli bir şekilde döndüğünü göstermektedir. Yüksek Mahkemenin kararındaki"... davacının davasının konusuz kalması sebebiyle karar ittihazına mahal olmadığına karar verilmesi doğru değil ise de..." şeklindeki ifade bunu açıkça ortaya koymaktadır.

2. Karara muhalif kalan iki üye ise "Davanın konusunun esas itibariyle işe iade olmasına ve dava devam ederken işverence davacı işçi işe başlatılmış olmasına göre yerel mahkemece davanın konusu kalmadığı gerekçesine dayalı kararın doğru olduğu ve onanması gerektiği düşüncesinde olduğumuzdan çoğunluğun onama gerekçesine katılmıyoruz..." diyerek Yüksek Mahkemenin 8/7/2003 tarih ve 12444/13125 sayılı kararındaki görüşünü muhafaza etmişlerdir. Gerçekten de Yargıtay'ın söz konusu kararına göre;"... işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Geçersiz sebep bulunduğuna karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı yoktur. Somut olayda, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davacının ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmalıdır..." (Y9HD 8/7/2003-12444/13125 Tekstil İşv. Eylül 2003, 36 vd. T. Centel'in incelemesi, Aynı kararın inceleyen bir başka yazı C. Tuncay Çimento İşv. Mart 2004 58 vd.).

3. Yargıtay 9- Hukuk Dairesinin daha önce verdiği bu kararında ileri sürülen gerekçe ilk bakışta doğru ve kendi içinde tutarlı görünmekteydi. Gerçekten de hem davanın konusuz kaldığından söz etmek ve hem de ücret isteği hakkında karar vermek doğru değildir. Feshin geçersizliğine ilişkin bir karar olmadan işçiye işsiz kalınan süre için bir ücrete hükmedilmesi mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında Yargıtay kararının çıkış noktası ile vardığı sonuç açısından tutarlı gibi görünse de Yüksek Mahkemenin çıkış noktası isabetsizdi. Çünkü İş K. md.21 uyarınca açılan davanın konusu, salt işçinin işe başlatılması değil, aynı zamanda feshin geçerli olup olmadığı ve buna bağlı olarak işçinin çalıştırılmadığı süredeki ücret talebidir. Bu nedenle işverenin işçiyi işe başlatmasıyla talep konusu tamamıyla ortadan kalkmamaktadır. İşçi işe başlatılmasına

rağmen davaya devam edilerek, feshin geçersizliği ve ücret talebi konusunda bir karar verilmesi zorunludur. Yeter ki işçi tümüyle davasından feragat etmemiş olsun, işverenin işçiyi işe başlatması, davanın işverence kabulü anlamına gelmeyeceği gibi; işçinin davranışı da davadan feragat anlamına gelmeyecektir. Aksine düşünce ile Yüksek Mahkemenin daha önceki 08/07/2003 tarihli kararındaki ve inceleme konumuz kararındaki azınlık görüşünün kabul edilmesi belki de geçerli bir nedene dayanmadan sözleşmeyi fesheden işverenin işçiyi işsiz bırakmasına rağmen onu tekrar işe alarak işsiz kaldığı süredeki ücretinden mahrum kalmasına yol açacaktır. Bu durum ise geçersiz feshe bir takım yaptırımlar sağlayan yasal sistemin bütünlüğü ile bağdaşmaz, zira işsiz kalınan süreye ilişkin ücret, feshin geçersizliğine rağmen işverenin işçiyi işe başlatmamasının değil, bizatihi, feshin geçersizliğinin bir sonucudur, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamasının söz konusu ücrete hak kazanma açısından bir önemi yoktur.

4. Belirtilen nedenlerle Yüksek Mahkemenin daha önceki hatalı görüşünü terk eden inceleme konumuzu oluşturan kararı isabetli buluyoruz. (ŞAHLANAN Fevzi İ.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı www.mess.org)

6.4.İşverenin İşçiyi İşe Başlatmaması :

İşçinin süresi içinde işe başlatılmak için başvurmasına rağmen işverence bir ay içinde başlatılmaması halinde iki sonuç ortaya çıkar. Bunlardan en önemlisi iş sözleşmesinin işverence bu tarihte sona erdirilmiş sayılacağıdır. İş sözleşmesi bu tarihte sona erdirilmiş olunca işçinin ihbar ve kıdem tazminatı da bu tarihteki giydirilmiş ücret esas alınarak hesaplanacaktır. Dolayısıyla işçinin çalıştırılmadığı süre içinde meydana gelen zam ve tavan artışları da göz önünde bulundurulacaktır. Ancak, belirtelim ki, işçinin çalıştırılmadığı sürenin tamamı değil, sadece kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücrete tabi süre dikkate alınmalıdır. İşe iade davası sonucu dört aydan daha az bir süre için ücrete karar verilmiş ve karar kesinleşmiş ise hesaplama esas alınacak boşta geçen süre dört aydan az olacaktır.

İşçinin işe başlatılmamasının diğer bir sonucu da, işverenin tazminat ödeme yükümlülüğünün doğmasıdır. Mahkeme veya hakemce dört ile sekiz ay arasındaki bir süre (sendikal nedenle fesihte bir yıldan az olmamak üzere) ücreti tutarında belirlenmesine karar verilen tazminat konusunda işverenin temerrüde düşmesi

gerçekleşecek ve sözü edilen tazminatın bir aylık işe başlatma süresinin sona erdiği tarihte ödenmemesi halinde faiz işlemeye başlayacaktır. Ayrıca, bir aylık sürenin sonu zamanaşımı yönünden de başlangıç sayılacaktır. (Çankaya,Günay, Göktaş ,2006,S:302)

6.4.1.İşe Başlatmama Halinde Ödenmesi Gereken Tazminat:

Yargı kararıyla geçersiz bir fesihte bulunduğu saptanan işveren işçiyi başvurusu üzerine işe başlatmazsa iş güvencesi tazminatı ödemek zorunda kalır. İş Kanununun 21. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre “İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sezi aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler”. Feshin işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı (SK 31/6) ya da işyeri sendika temsilciliği nedeniyle (SK 30/2) yapılması halinde hükmedilecek iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz. (Süzek,2005,S:485)

Mahkemenin iş güvencesi tazminatına hükmedebilmesi için işçinin işe iadeyi istemiş olması yeterlidir, ayrıca bu tazminatı talep etmiş bulunması gerekmez .SÜZEK, (2005)

İşe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat, sözleşmenin bildirimsiz (haklı nedenle derhal) feshinde bildirilen nedenin haklı ve geçerli olmadığına anlaşılması halinde de uygulama alanı bulmakta ise de, esas itibarıyla bildirimli fesih hallerinde söz konusu olabilen bir tazminattır. (Çankaya,Günay, Göktaş,2006,S: 302)

İş güvencesi tazminatının,alt ve üst limitleri belirtilmiş olmasına rağmen mahkemenin hangi kıstasları esas alarak bu sınırlar içinde karar vereceği düzenlenmemiştir,Yargıtay’a göre

Mahkeme İş güvencesi tazminatının 4-8 aylık ücret sınırları arasında belirlerken, işçinin kıdemini, fesih nedenini ve işe başlatmama nedenlerin dikkate alacaktır.” (9.HD. 29.1.2004

T. E.2003/23029 K. 2004/1414) Yargıtay’a göre İş kanunu’nun 21.maddesinin 1.fikrasında belirtilen brüt ücret, çıplak brüt ücrettir bu nedenle; iş güvencesi tazminatı miktarı belirlenirken işçinin asıl (çıplak) ücretinin üzerinden hesaplama yapılmalı; ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır.” (9.HD. 9.10.2003 T. E.

2003/12544- K.2003/716689)” Çünkü aynı maddenin 3.fıkrasında boшта geçen süreye ilişkin işçiye ödenecek ücret belirtilirken en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları denilmek suretiyle bu tazminatın belirlenmesinde giydirilmiş ücretin esas alınması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Aşağıda sunmuş bulunduğumuz Yargıtay kararında ; 4-8 aylık iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde mahkemenin üst sınırdan yani 8 ay üzerinden karar verdiği iş güvencesi tazminatı ile ilgili kararı , iş akdi feshedilen işçinin “ kıdeminin , fesih şeklinin değerlendirilerek “ tazminat miktarına karar verilmesi gerektiğinden üst sınırdan tazminata hükmedilmesini gerektirir bir sebep bulunmadığından yerel mahkemece verilen iş güvencesi tazminatı kararını bozmuştur. Esas Yılı : 2005 Esas No : 11178 Karar Yılı : 2005

Karar No : 14337 Karar Tarihi : 25.04.2005 Daire No : 9 Daire : HD

6.4.2.İşçinin Çalıştırılmadığı Süre Ücreti ve Diğer Haklar:

Yargı organından iş akdinin feshini geçersizliği yönünde karar alan işçi işe başlatılmadığı takdirde iş güvencesi tazminatına hak kazanacağı gibi ayrıca işe başlatılsın veya başlatılmasın boшта geçen sürelerle ilişkin ücretinin ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmını da isteyebilir. Bu konuyu düzenleyen İş Kanununun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre “Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir” SÜZEK, (2005)

İşçinin boшта geçen süresinin 4 aydan fazla sürmesi halinde ve ücrette de sonradan artış olmuş ise dört aylık sürenin hangi tarihten itibaren başlatılacağı konusu önem kazanmaktadır. Hemen belirtelim ki, söz konusu sürenin işçinin fiilen işten ayrıldığı yani çalıştırılmadığı tarihten itibaren başlaması gerektiği kanısındayız. İş sözleşmesi önel verilerek feshedilmiş ise sözü edilen süre fesih bildirimiminin davacıya ulaştığı tarihten itibaren değil, önelin bittiği tarihten itibaren başlamalıdır. Davanın önel içerisinde sonuçlanması ve kesinleşmesi halinde boшта geçen süre olmayacak ve ücrete de karar verilemeyecektir. Ancak, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı bir süre var ise bu durumda önelin bitiminden itibaren anılan süre başlayacaktır. (Çankaya,Günay, Göktaş,2006,S:554)

Yargıtay'a göre; çalışılmadığı halde ödenecek ücret; brüt giydirilmiş ücrettir. Giydirilmiş ücret, asıl ücretle birlikte işçiye verilen prim, ikramiye, sosyal haklar ve diğer ek ücret ödemelerinin de dahil olduğu ücrettir. (9.HD. 9.10.2003 T. E.2003/12544 K. 2003/716689)SinerjiGroupA.Ş

İş kanununun geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarının düzenlendiği 21 maddenin 3 .fıkrası "kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir."denilmektedir. Yargıtay'a göre; çalışılmadığı halde ödenecek ücret: brüt giydirilmiş ücrettir. Giydirilmiş ücret, asıl ücretle birlikte işçiye verilen prim, ikramiye, sosyal haklar ve diğer ek ücret ödemelerinin de dahil olduğu ücrettir. (9.1-ID. 9.10.2003 T. E.2003/12544 K. 2003/716689) Bu düzenlemenin amacı, feshin geçersiz olduğu durumda, işe iade davası sürecinde işçinin haklarından mahrum bırakılmaması veya işe iade edilmeme ihtimaline bir alternatif oluşturmaktır. Her ne kadar kanunda bu, feshin geçersizliğinin yaptırımı olarak düzenlenmiş ise de işçiye fiilen çalışsaydı alacağı ücret ödenmesi gerekir. Yoksa kesinleşme tarihindeki ücret esas alınır ise işçi açısından haksız zenginleşme gerçekleşir. İşçi, dava devam ederken başka işte çalışmış ise bu süre mahkemece tespit edilerek hükmedilecek dört aylık süreden indirmesi gerekir. Çünkü bu ücret, çalışılmayan süreye ilişkin olarak işçiye tanınmış bir haktır. İşe iade davası açıldıktan sonra daha dava sona ermeden işveren işçiyi tekrar işe başlatırsa bu durumda dava konusuz kalacaktır. Yargıtay'a göre boşta geçen süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmiş olması ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması şartlarına bağlıdır. Bu durumda konusuz kalan davada feshin geçersizliğine ve işe iade kararı verilmediğinden mahkeme işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücrete karar veremez. (9.HD. .08072003 T. E.2003/12444 K. 2003/13125) 'işveren yargılama sırasında mahkemeye verdiği dilekçesi ile işçiyi işe davet etmiş ve işe başlamasını talep etmiştir. işçi ise taraflar arasında husumet doğduğunu işe dönmesinin imkansız hale geldiğini bildirmiştir. Davacı bu surette işe iadeye kararı verilse dahi işe dönmeyeceğini açıklamış olduğundan davanın konusu kalmamıştır. (9. HD 13.1.2005 T. E.2004/33309 K. 20051645)

“İş güvencesi tazminatı,işverene tanınan bir aylık işe başlatma süresinin sonunda işe başlatılmaması halinde muaccel olur, Boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağı ise işçinin işverene yaptığı işe başlama başvurusunun işverene ulaştığı anda muaccel olur. Faiz başlangıcı da bu tarihler olmalıdır. Bu nedenle dava tarihinden itibaren faiz yürütülemez.

(9.HD. 910.2003 T. E2003/12544 K. 2003116689 -9.HD. 08.07.2003 T. E2003112442 K 123)

İş güvencesi tazminatı ve çalıştırılmayan dört aylık sürenin ücretine ilişkin hüküm fıkrası tespit niteliğinde olduğundan ilamlı icraya konu olamaz.(12.H.D. 24.05.2004 T. E. 2004/8990, K. 2004/13067) Çünkü ilamlı icranın konusu,ancak eda hükümleridir.Ancak işçi elindeki ilama dayanarak para alacakları için öngörülen ilamsız icra yakma başvuru olabilir. İşveren süresinde takibe itiraz ederek takibi durdurabilir. Duran takibe devam edebilmek için işçi itirazın iptali davası açarsa işçinin alacağı likit sayılacağından,işveren icra inkar tazminatı ödemek zorunda kalacaktır.icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna gidilmesi doğru değildir.Çünkü itirazın kaldırılması için olayda 4857 sayılı yasanın 21.maddesinde bu koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi yargılamayı gerektirmekte olup ve şarta bağlı karar verildiğinden ortada kayıtsız şartsız bir borcun varlığı da söz konusu olmadığından mahkemede itirazın iptali yoluna gidilmesi daha doğru olacaktır. Çünkü Hukuk Genel Kurulu'nun 08.10.1997 tarih ve 1997/12-517 E.sayılı kararında belirtildiği üzere ilamların infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür. İlamın infaz edilecek kısmının sınırlı yetkili icra mahkemesince yorum yoluyla belirlenemez.(12,1 24.05.2004 T. E. 2004/8995 K. 2004/13066)

İşe iade davası sonunda mahkemece takdir olunacak yargılama gideri niteliğindeki vekalet ücreti Yargıtay'a göre ,ası] talep feshin geçersizliği ve işe iade olduğundan maktu vekalet ücretine karar verilmesi gerekir.(9.HD. 10/11/2003 T. E.2003/1 8911 K.2003/18905 - 9.HD

29.12004 T. E. 2003/23029 K.2004/1414 -91-10 807.2003 T. 13.2003/12442 K.2003/13123)

Öğretide ise, işe iade davasında parayla ifa edilebilen bir tazminat ve ödenecek ücret ve hakları parayla ifade edildiğinden maktu yerine nispi oranlara göre vekalet ücreti ödenmesi

gerekir,görüşü dile getirilmektedir.Vekalet ücreti ve yargılama giderleri konusundaki hüküm bir eda hükmü olduğundan ilamlı icraya konulabilir.

İşe iade talebi ile birlikte iş akdi feshinden doğan kıdem-ihbar tazminatı ile ödenmemiş ücret gibi işçilik alacakları talep edilebilir mi?Talep edilemez.Çünkü hem feshin geçersizliği ile işe iade talep edilirken diğer yandan fesih sonucuna bağlı olan tazminatların istenmesi çelişkidir. İşe iade davası, iş ilişkisini ayakta tutmaya, onu devam ettirmeye yönelik bir dava iken, kıdem — ihbar tazminatı alacağı davası, iş sözleşmesinin sona erdiğini kabul eden bir davadır. Yargıtay'a göre; işe iade ve kıdem —ihbar tazminatı gibi doğuşu iş akdinin sona ermesine bağlı işçilik hakları birlikte talep edilen davalarda öncelikle davaların ayrılmasına karar verilerek işe iade davasının sonucu kesinleşinceye kadar kıdem tazminatı talepli davada bekletici mesele yapılacaktır.

Eğer işçi işe iade talebinin yanında sadece hak ettiği halde kendisine ödenmemiş ücretlerini talep ederse; işe iade davasının seri yargılama usulüne, ücret alacağının ise sözlü yargılama usulü tabi olmasından dolayı yine davaların ayrılmasına karar verilmelidir. İşe iade kararı üzerine işveren işe başlatacağı işçiyi iş şartlarında herhangi bir değişiklik yapmadan aynı koşullarla eski işine başlatmak zorundadır, İşçi geçersiz fesih nedeniyle ihbar tazminatı veya kıdem tazminatını almış ise işe haşladığında bunları iade etmesi gerekir. “Mahkemece feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin dört aya kadar ücret ve diğer yasa] haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir. (9.HD 06/12/2004 T. E. 2004/28355 K. 2004/2029 - 9.HD 6.12.2004*T. E .2004/28355 K. 2004/26161 YKD. AĞUSTOS 2005)

Başka bir deyişle;işe iade davasını kazandığı halde işe başlatılmayan işçi kıdem ve ihbar tazminatı için dava açtığında hizmet süresince 4 (dört) ay eklenecektir. Toplu İş sözleşmesiyle iş güvencesinin kapsamı ve tazminat miktarları değiştirilebilir mi?

Toplu iş sözleşmesi ile İşe başlatılmama halinde ödenecek iş güvencesi tazminatı miktarı artırılamaz. Konuya ilişkin Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 19.1.2004 tarihinde 2003/21992 E. 2004/258 K.Sayılı kararına göre;

“Toplu iş sözleşmesinde öngörülen haksız fesih nedeniyle cezai şart niteliğinde 3 yıllık giydirilmiş ücret tutarındaki iş güvencesi tazminatı” mahkemece işe başlatılmama tazminatı olarak hüküm altına alınamaz çünkü feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın, işçinin çıplak brüt ücretinin en az dört en çok sekiz aylık ücreti olması gerektiği iş kanununun 21.maddesinde açıkça belirtilmiştir. İş kanununun 21 maddesindeki: “bu maddenin birinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir” hükmü emredici bir hukuk kuralıdır, Bu nedenle iş güvencesi tazminatı ve çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret miktarı toplu iş sözleşmesiyle değiştirilemez. Ayrıca işverene tanınan bir aylık düşünme süresi ve işçiye tanınan on günlük başvuru süresi de toplu iş sözleşmesiyle değiştirilemez. O halde işe başlatılmaması halinde belirlenecek tazminat yasal sınırlar içinde hesaplar

İş kanununun 18.maddesinde iş güvencesi kapsamına girmesi için aranılan, otuz veya daha fazla işçi çalıştırma Şartı ve en az altı aylık kıdem şartı, Toplu iş sözleşmesine “işçi sayısına ve kıdemine bakılmaksızın iş güvencesi hükümlerinde faydalanır.” Şeklinde bir madde konularak bu şartlar bertaraf edilerek iş güvencesi kapsamı genişletilebilir mi? Toplu iş sözleşmesine çalışan işçi sayısına ve işçinin kıdemine bakılmaksızın iş güvencesinden yararlanır.”maddesi konularak iş güvencesinin kapsamı -bana göre genişletilemez. Çünkü, İş güvencesi 4857 sayılı iş kanununun 18,19,20 ve 21.maddelerinde bir bütün olarak düzenlenmiştir tazminat miktarının toplu iş sözleşmesiyle artırılmasını engelleyen 21/son. Madde, 18.maddede yer alan sayı ve süre şartını da kapsar. Ayrıca yasa koyucu 15.032003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı iş güvencesi yasasında 10 işçiden az çalıştıran işyerlerini iş yerlerini kapsamı dışı bırakmış 10 işçiden fazla çalıştıran iş yerleri iş güvencesi kapsamına alınmıştır. Yaklaşık üç ay sonra 10.62003 tarihinde 4857 sayılı İş Kanununun 18.maddesi ile 30 işçi çalıştıran işyerleri kapsama alınmıştır. Böylece yasa koyucu üç ay önce iş güvencesi kapsamına aldığı 11 işçi çalıştıran işyerini yasa ile kapsam dışı bırakmıştır. Bu nedenle yasa ile kapsam dışı bırakılan işçilerin toplu iş sözleşmesiyle iş güvencesi kapsamına dolayısıyla 21.madde kapsamına da alınması bana göre mümkün değildir. Toplu iş sözleşmesi

kanuna dayanır ve gücünü kanundan alır bu nedenle kanundan daha fazla bir güvence sağlaması-kanun ile izin verilmedikçe-mümkün değildir.” İşçi yazılı olarak işe iade davası açmayacağını ,bu hakkından feragat ettiğini protokolde belirtse bile iş kanununun 21.maddesine göre geçersizdir.İşçinin açmış olduğu iade davası bu protokol nedeniyle ret edilemez.” (9 27/12/2004 T. E.2004/32713 K.2004/1005 -9. HD 13.1.2005T. E. 2004/32713 K. 2005/1005 - 9. HD 21.4.2005 T. E. 2004/23961 K. 2005/14007)

İş akdi feshedilirken işçiye,fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilerek fesih yapılması yasal bir zorunluluktur. Bu kurala uyulmaması halinde (yani herhangi bir fesih nedeni belirtilmemişse) feshin haksız olduğu sonucuna varılarak işe iade karar verilmelidir.

(9.HD. 119.2003 T. E.2003/14676 K.2003/14287 - 9.HD. 27.10.2003 T. E.2003/18040 K.2003/18119) (Ertekin ,2005,S:157)

6.4.2.Faiz:

İşçinin süresi içinde müracaat etmesine rağmen işverence işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat mahkemece karar verildiği tarihte henüz gerçekleşmiş bir tazminat değildir. Başka bir anlatımla, sözü edilen tazminat, feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme veya hakem kararının kesinleşmesinden sonra işçinin süresi içinde işverene işe başlatılması için müracaat etmesi ve işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gerektiğinden söz edilecektir. Bu durumda işverenin bir ayın bitiminde temerrüde düştüğü kabul edilmelidir. Mahkemece işe iade davasında anılan tazminat belirlenirken karar tarihi itibariyle muaccel olmadığından ve işverenin temerrüdünden söz edilemeyeceğinden ve en önemlisi tahsili yönünde hüküm kurulmadığından faize karar verilememektedir. (Çankaya,Günay, Göktaş ,2006,S:315)

Yargıtay’ında belirttiği üzere feshin geçersizliği sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen ücret alacağı , davacının başvurusu ve davalının işe başlatılmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan boшта geçen süre için faize karar verilemeyecektir. “Ancak feshin geçersizliği sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre için faize karar verilmesi doğru

değildir. Bu sebeplerleAsliye Hukuk (İş) Mahkemesinin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir. 9.HD. 2004/32267 E, 2005/513 K.11.01.2005

Yine ; feshin geçersizliği sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen ücret alacağı , davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan boşta geçen süre için faize karar verilmesi uygun değildir. Yargıtay 9.H.D 2003/18346 E, 2003/18347 K. 30.10.2003. (Ertekin, 2005,S: 518-519)

6.4.4.Zamanaşımı :

Boşta geçen süre ücreti sözleşmeden doğan ve işverenin temerrüdü nedeniyle ödenmesi öngörülen bir alacak olduğundan Borçlar Kanunu'nun 126. maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabidir. İşe iade edilmeme halinde ödenmesi gereken tazminatın ise aynı Kanun'un 125. maddesi uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği düşünülmektedir. (Çankaya,Günay, Gökteş ,2006,S:316)

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME :

4857 sayılı İş Kanunu Türk Hukuk Sistemine iş güvencesi sistemini getirmiştir. Türk Hukuk Sistemine giren bu kurum ile bu kurum kapsamında bulunan işçiler lehine işverence uygulanan fesih serbestisi ilkesini kaldırılmış, süreli fesih hakkının doğumunu yasada belirtilen geçerli nedenlerin varlığına bağlamış , bu nedenleri ispat yükünü de işverene yüklemiştir. Eğer işverenin fesih gerekçesi olarak gösterdiği bu nedenler gerçekleşmemişse işçinin işe iadesini veya (iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen sürelerle ilişkin olarak işçinin en çok dört aya kadar ücretinin ödenmesini öngörmüştür.

Bu kurumun Türk Hukuk Sistemine girmesinin , işyerinden işçi çıkarılmaması anlamına gelmediğini önemle belirtmek gerekir. İşverenin ileri sürerek ispatlayacağı işletmenin ekonomik ve mali zorunlulukları , modern teknolojinin gereklerine uyarlanması , daha verimli ve rasyonel çalıştırılması ile işletmenin düzeninin ve disiplininin sağlanması , işçinin yetersizliği ve davranışları işçi çıkarmayı gerekli kılabilir.

KAYNAKÇA:

AKYİĞİT , Ercan (2006) 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi , Seçkin Kitapevi,Ankara

BİLGİLİ ,Abbas (2004) , İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları ,Karahan Kitapevi,Adana

ÇANKAYA,Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan, GÖKTAŞ Seracettin, İşe İade Davaları, (2006)Yetkin Basımevi,

EKONOMİ Münir Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi,Çimento İşveren Dergisi 2003/Mart Özel Eki

ERTEKİN Özkan İşe İade Davaları ,(2005) , Kartal Yayınevi, Ankara

GÜZEL Ali, 2004, İş Huk.ve Sos.Güv.Huk.İlişkin Çözüm ve Öneriler 2004 Yılı Toplantısı.İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi

KAYA Ali Pir , İş Güvencesi: Türk Çalışma Mevzuatındaki Düzenleme, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Temmuz 2000 Tarihli İş Güvencesi Yasa Taslağının Kısaca Değerlendirilmesi Uludağ Üniversitesi, İ.İ.B.F., Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

MOLLAMAHMUTOĞLU (2005)İş Hukuku , Turhan Kitapevi ,Ankara

SOYER Polat, 2005, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları , Legal İş Huk.ve Sosyal Güv.Hukuku 2005 yılı toplantısı

ŞAHLANAN Fevzi ,Karar İncelemesi, Legal İş Huk.ve Sosyal Güv.Hukuku Dergisi

ŞAKAR,Müjdat (2000) İş Hukuku Uygulaması, Beta Kitapevi,İstanbul

SÜZEK, Sarper (2005) İş Hukuku Beta Yayınevi İstanbul

Sinerji A.Ş

www.mess.org

ÖZGEÇMİŞ

Kubilay Köse 1971 yılında Ankara'da doğmuştur. Aslen Yozgat nüfusuna kayıtlı olan Kubilay Köse babasının memuriyeti dolayısı ile ilk ve orta tahsilini Amasya , Erzincan , Çanakkale illeri ve bu illerin ilçelerinde tamamladıktan sonra 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Kubilay Köse halen Sakarya'da Sakarya Barosuna bağlı olarak serbest avukat olarak çalışmaktadır.