

4857 SAYILI İŞ YASASI ve UYGULAMADA İŞ GÜVENCESİ

Av.Selçuk Ertan

1.Yasa Öncesi Durum

İş güvencesi ülkemize kavram olarak ilk defa 1948 Tarihli B.M. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile girmiştir. Bu bildirme Türkiye tarafından 1949 yılında onaylanmıştır. Bildirgenin 23. maddesinde “herkesin çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı”ndan söz edilmektedir.

Daha sonra yine bir uluslararası belge olan ve 1961 tarihinde kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı Anlaşmasının 1. maddesinde “çalışma hakkı” kavramı dile getirilmiştir. Bu antlaşma Türkiye tarafından 1989 yılında onaylanmıştır

1961 sayılı Anayasası 42.maddesinde;

“Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için, sosyal, iktisadî ve malî tedbirlerle çalışanları korur ve çalışmayı destekler; işsizliği önleyici tedbirleri alır.”

1982 sayılı Anayasası'nın 49.maddesinde benzer bir hükümlerle;

“Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli bir ekonomik ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için tedbirleri alır.” Denilmiş ise de bu hükümlerin bugünkü anlamıyla iş güvencesini sağlamaya yeterli hükümler olduğunu söylemek mümkün değildir.

1982 yılında İLO tarafından kabul edilen 158 sayılı ILO sözleşmesi uzun tartışmaların ardından 1992 yılında 135, 87, 151 ve 59 sayılı İLO

sözleşmeleri ile birlikte TBMM'de onaylandı. Dönemin Cumhurbaşkanı Turgut ÖZAL tarafından veto edilen ve daha sonra 1994 yılında sendikaların baskısıyla yeniden gündeme getirilerek onaylanan 158 sayılı ILO Sözleşmesi bugünkü anlamıyla iş güvencesini somut biçimde düzenleyen uluslararası hukuki bir metindir. Türkiye bu sözleşmeyi onaylamakla iç hukukunu da bu sözleşme çerçevesinde düzenleme yükümlülüğü altına girmiştir.

158 Sayılı ILO Sözleşmesi somut olarak şunları içermektedir:

- [Bu sözleşme hükümlerinin, toplu iş sözleşmeleri, hakem kararları veya mahkeme kararları ile veya ulusal uygulamaya uygun başka bir yöntemle geçerlik kazanmadığı hallerde, yürürlüğe girmesi ulusal mevzuatla sağlanır.
- [Sözleşme, hizmet sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacak ancak belirli süreli hizmet akitleri, deneme süreli hizmet akitleri ile çalışanlar, süreksiz hizmet ilişkisi ile çalışanlar kapsam dışı tutulacaktır. Bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınmalıdır.
- [İş akdinin feshi 158 sayılı Sözleşmeye göre aşağıda belirtilen nedenlerle yapıldığında geçerli sayılmayacaktır:
 - * * Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılma,
 - ** İşçi temsilciliği yapmak veya bu göreve aday olmak,
 - ** İşvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak,
 - ** Irk, cinsiyet, din, siyasi köken, hamilelik, etnik köken gibi nedenler,
 - ** Doğum izni esnasında işe gelmemek.
- [İşverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller

hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez.

[Hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır.

[Geçerli bir nedene dayalı olarak yapılmayan fesihler sözleşmeye göre iptal edilmeli ya da tazminat gibi başka yaptırımlar getirilmelidir.

[158 Sayılı Sözleşme, iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığını, işverenin ispat etmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır.

[İşçinin kusuruna dayanmayan hallerde geçerli olmak üzere iş akdi sona erdirilirse işveren ya makul bir bildirim süresi vermek ya da onun yerine uygun bir tazminatı ödenmesi gerekmektedir.

[İşyeri ile ilgili ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle hizmet ilişkisine son verilmesi söz konusu olursa işverenin işçi temsilcilerine danışma fırsatı tanınması düzenlenmiştir.

158 sayılı sözleşmenin TBMM'de onaylanmasından önce bu sözleşmenin onaylanmaması için işveren çevreleri, dönemin iktidarı ve TBMM'ye yoğun kampanya başlatmış, kamuoyunda büyük tartışmalar yaşanmıştır. Bu kampanyada işveren çevreleri, iş güvencesi ile ilgili düzenlemelerin istihdamı olumsuz etkileyeceği, yapılacak yatırımları caydıracağı gibi savlarla 158 sayılı sözleşmenin onaylanmamasını savunmaktaydılar.

Oysa, aksini savunanların da belirttiği gibi, iş güvencesi ile ilgili yasal düzenlemelerin yürürlükte olduğu ülkelerde istihdamın olumsuz etkilenmesi bir yana, işleri güvencede olan işçilerin verimliliğinin arttığı da gözlemlenmekte idi.

158 Sayılı ILO sözleşmesinde yer alan hükümlerin 1994 yılından 2000 yılına kadar iç hukukumuza dahil edilmesi başka bir deyişle

mevzuatımıza aktarılması yolunda herhangi bir girişim yapılmamıştır. Bu altı yıllık dönem içinde zaman zaman açılan davalarda 158 sayılı ILO sözleşmesinin onaylandığı ve böylece artık bir iç hukuk metni haline geldiği gerekçesi ile işe iade istemlerinde bulunulmuşsa da Yargıtay, 158 sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerinin iç hukuka aktarılmadığı ve mevzuatta bu doğrultuda düzenlemeler yapılmadığını ifade ederek bu yoldaki istemleri reddetmiştir.

2000 Yılı'nın Eylül ayında Çalışma Bakanlığı'nca hazırlanan "İş Güvencesi Yasa Taslağı" Bakanlar Kurulu'na sunulmuş ancak bu taslağın Bakanlar Kurulu'nda kabul edilerek yasama organına yasa teklifi olarak sevkî gerçekleşmemiştir.

Daha sonra 2001 Şubat ayında sosyal taraflar çağırılmış, yapılan görüşmeler sonucu imzalanan bir protokol ile sosyal tarafların İş Yasasında değişiklik yapılması ve iş güvencesi yasa tasarısının hazırlanması için kendileri adına katılmasını uygun görüp onay verdikleri isimlerden oluşturulan dokuz kişilik bilim adamlarından oluşan bir Bilim Kurulu kurulmuştur.

Bilim Kurulu tarafından hazırlanan iş güvencesine ilişkin yasa taslağı metni Mayıs 2001'de Bakanlığa sunuldu. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca Bakanlar Kuruluna sunulan tasarı Şubat 2002'de yasa teklifi olarak TBMM'ye gönderildi. 3 Kasım 2002'de erken seçim yapılması için karar alınmasından sonra ve bunun etkisi ile 8 Ağustos 2002'de tasarı kabul edildi. Ancak, yasanın yürürlüğü işveren kesiminin baskılarıyla 15/03/2003 olarak belirlendi. 4773 sayılı yasa, 15/03/2003 tarihi ile 10/06/2003 tarihleri arasında yürürlükte kaldı ve yaygın şekilde uygulanma olanağı bulamadı.

4773 Sayılı yasa hükümleri halen yürürlükte olan 4857 sayılı yasa hükümlerine göre işçi lehine daha iyi düzenlemelere sahipti. Örneğin yasanın uygulanacağı işyerleri kapsamı bakımından 4773 sayılı yasa daha fazla işyerini kapsamakta, 10 ve üzerinde işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanmakta iken; 4857 sayılı Yasa bu sayıyı 30'a çıkararak iş güvencesinin uygulama alanını daraltmıştır. Yine, 4773 sayılı yasadaki mahkemelerin işe iade kararına rağmen işe başlatılmayan işçiler için 6 ay ila 1 yıllık ücret tutarında tazminat öngörülmekte iken; 4857 Sayılı Yasada bu süreler 4 ay ila 8 ay olarak aşağıya çekilmiştir. Bunun nedenleri bir başka kapsamlı tartışma ve inceleme konusunu oluşturduğundan biz burada yeni İş Yasasının iş güvencesi ile ilgili

düzenlemelerini ve ağırlıklı olarak yargı kararları ile birlikte geçtiğimiz kısa dönemdeki uygulamasını ele alıp inceleyeceğiz.

2. 4857 Sayılı Yasada İş Güvencesi:

İş güvencesi ile ilgili hükümler İş Yasasının 18. maddesinden 22. maddesine kadar olan bölümünde yer almıştır. Yasanın 18. Maddesi, “Feshin geçerli sebebe dayandırılması” başlığını taşımaktadır. Bu maddede iş güvencesinin işyeri ve işçiler bakımından kapsamına ilişkin bazı ölçütler getirilmiş, feshin geçerli nedene dayandırılması zorunluluğu ile geçerli neden oluşturmayacak hususlar düzenlenmiştir.19. Maddede ise iş akdinin feshinde izlenecek kurallar gösterilmiştir. Yasanın 20. maddesinde iş akdinin feshine karşı itiraz yolları, 21. maddesinde ise geçersiz feshin sonuçları hükme bağlanmıştır. Aşağıda iş güvencesinin kapsamı, geçerli neden koşulu, geçerli neden sayılamayacak haller, feshin son çare olması ilkesi, iş akdinin feshinde usul, iş akdinin feshine karşı itiraz, geçersiz feshin sonuçları ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

A-Kapsamı

Kapsam yönünden iş güvencesi hükümleri iş akdinin tarafları olan işçi ve işverenleri çalıştırdıkları işçi sayısı bakımından, o işyerinde çalıştıkları süre ve iş akdinin süresi bakımından ayrımlara tabi tutmuştur.

a) İşyerinde çalışan işçi sayısı bakımından kapsam: Yasanın 18. maddesi *otuz veya daha fazla* işçi çalıştıran işyerlerinde iş akdini fesheden işverenin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmasını zorunlu tutmuştur. Buna göre otuz işçinin altında işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler ile işverenler bu yasanın kapsamı dışında kalmaktadır. Kıstas olarak alınan işyerinde çalışan işçi sayısının 4773 sayılı yasadaki on sayısından otuz sayısına yükseltilmesi iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını daraltarak birçok tartışmayı da beraber getirmiştir. Bu düzenlemeye yapılan eleştirilerde ülkemizdeki işyerlerinin özellikleri dikkate alındığında işyerlerinin büyük bölümünün bu yolla kapsam dışı bırakıldığı, kapsam dışı bırakılan işyerlerinin büyük bölümünün küçük işletme sayılamayacağı, bu işverenlere ayrıcalık sağlandığı, haksız rekabete yol açıldığı ifade edilmektedir ki bu eleştiriler haklı eleştirilerdir. Ayrıca iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında işyerinde çalışan işçi sayısını kıstas alan bu kapsam koşulu, hem çalışan işçiler hem de işverenler bakımından Anayasa'nın eşitlik ilkesine de

aykırılık oluşturmaktadır.

İşyerinde çalışan işçi sayısı bakımından kapsamdan söz edilirken işyerinin tanımının yapılmasında yarar vardır. İş Yasası, 2. maddesi ikinci ve üçüncü fıkralarında işyerini şu şekilde tanımlamıştır:

“İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.”

“İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.”

İş güvencesinin işyerinde çalışan işçi sayısı bakımından kapsamı belirlenirken yukarıdaki tanım dikkate alınacak ve bu tanım çerçevesinde bir işverenin işyerlerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılıyorsa bu işçiler, iş güvencesi hükümlerine tabi olacaklardır. Ayrıca İş Yasasının 18. maddesinin sondan bir önceki fıkrasında ise işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısının bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirleneceğini hükme bağlamıştır.

Çalışan işçi sayısı bakımından kapsamın belirlenmesinde önemli bir diğer konuda işyerinde eğer var ise alt işveren işçisinin işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilip edilmeyeceği sorundur. İş Yasasının 2. maddesi son fıkrasında;

“Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” denilmektedir.

Bu hüküm çerçevesinde asıl işveren işçisi iken alt işveren tarafından işe alınan ve çalıştırılanlar ile işverenin yaptığı asıl işin (teknolojik ve uzmanlık gerektiren işler dışında) bölünmesi suretiyle alt işverene verilmesi halinde alt işveren işçileri asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Bu

nedence de iş güvencesinin işyeri ile ilgili kapsamı belirlenirken anılan biçimde çalışan alt işveren işçilerinin işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Nitekim sayın Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bir sendikanın açtığı ve asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi ile ilgili tüm ilişkilerin geçersiz sayılması istemi ile açtığı davada yerel mahkemenin davayı kabulü üzerine; sendikanın açtığı davayı bir tesbit davası olarak değerlendirmiş ve şu sonuca varmıştır:

“Sendikanın böyle bir talepte bulunması yasal bakımdan geçerli olmakla beraber, bu talebin hangi durumda yapılabileceği önem taşımaktadır. İstek tespit olup, mücerret bu şekilde bir tesbit isteğinin dinlenmesi olanağı bulunmamaktadır. Açılacak bir eda veya toplu iş sözleşmesi yetki uyuşmazlığı davalarında bu talebin de esas uyuşmazlıkla beraber tartışılması ve değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim 4857 sayılı İş Kanununun 2/son maddesinde "asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler ..." denilmek suretiyle yukarıdaki düşünce doğrulanmaktadır.

Yasanın bu açık düzenlemesi karşısında, açılacak eda ve yetki uyuşmazlığı davalarında işyerindeki tüm alt işverenlik ilişkilerinin muvazaalı işleme dayandığı ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmak suretiyle karar verilmesi talep edilebileceğinden mücerret tesbit istemiyle açılan davanın dinlenmesi ve hüküm altına alınması mümkün olmadığından; davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.1.2004 Tarih 2003/23864 E., 2004/468 K. Sayılı kararı)

Kararda her ne kadar işe iade davalarından açıkça söz edilmemiş olsa da eda davaları ve toplu sözleşme yetkisi ile ilgili yetki uyuşmazlığı davalarında olduğu gibi işe iade davalarında da işyerlerindeki alt işverenlik ilişkilerinin muvazaalı işleme dayandığı ve alt işveren işçilerinin işyerindeki toplam işçi sayısına dahil olması gerektiği konusunda kuşku olmaması gerekir. Kararı incelemesine konu alan Tankut Centel’de “Gerçekten, bu tür danişıklı işlemlere dayalı taşeron uygulamaları, toplu iş sözleşmesinden doğan alacakların talep edileceği eda davaları veya toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespiti yahut grev oylaması isteyebilecek çalışanların saptanması gibi ancak o işyerinin

işçisi (çalışanı) olmanın bahşedeceği haklara dayalı uyumsuzluklar içinde değerlendirilebilecektir.” Demek suretiyle işyerinin işçisi olmanın bahşedeceği haklara dayalı uyumsuzluklarda taşeron işçilerinin İş Yasası 2.madde son fıkrası koşullarında asıl işverenin işçisi sayılacaklarını vurgulamıştır.

b)İşçinin işyerinde çalıştığı süre bakımından kapsam: 4857 Sayılı yasanın 18.maddesinde işyerinde otuz ve daha yukarı işçi çalışmasına ilişkin koşulun yanı sıra iş güvencesi hükümlerinden yararlanması için işçinin o işyerinde ***en az altı aylık kıdeminin olması koşulu getirilmiştir.*** Altı aydan daha az süre ile işyerinde çalışan işçiler, işverenin iş akitlerini fesihleri halinde yasanın iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır. Yasa getirdiği bu koşulla işveren lehine düzenlenmiş bir tür deneme süresi öngörmüştür. İşverenler, bu altı aylık süre içinde işçilerin iş akitlerini fesih ettiklerinde geçerli bir neden göstermek zorunda olmayacaklardır.

18.Maddenin sondan bir önceki fıkrasında; “İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşçinin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.” hükmü getirilmiştir. Buna göre işçinin altı aylık kıdemi hesabında aynı işverenin değişik işyerlerinde geçen çalışmalarda değerlendirilecektir. Fıkranın ilk cümlesinde yer alan hükmü uyarınca altı aylık kıdem hesablanmasında aynı işverenin değişik işyerlerindeki çalışmanın değerlendirilmesinde işyerlerinin aynı işkolunda olması da gerekmemektedir.

Altı aylık kıdem hesabında “Çalışma süresinden sayılan haller” başlıklı İş Yasasının 66. maddesinde yer alan maden, taşocağı gibi yerlerinde işçilerin asıl çalışma yerlerine iniş ve çıkışlarında geçen süreler; işçilerin işyerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde geçen süreler gibi yasada sayılan hallerde dikkate alınacaktır. (18.madde 2.fıkra)

İşverenler, altı aydan az süreyle çalıştırılıp işten çıkarılan işçilere (gerçekten haklı fesih nedeni yoksa) doğal olarak İş yasasının 17 maddesindeki ya da varsa toplu iş sözleşmesindeki bildirim önelerine uymakla yükümlüdürler. Aksi durumda ihbar tazminatı ödemek zorunda kalacaklardır.

c) İşçinin iş akdinin türüne göre kapsam: İş Yasası'nın 18. maddesi ilk fıkrası, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin **belirsiz süreli iş akdini** fesheden işverenin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmasını zorunlu tutmuştur. Yani iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın diğer bir koşulu da işçinin iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olmasıdır.

Bir sözleşmenin belirli veya belirsiz sözleşme olup olmadığını belirleyen ölçütleri İş Yasası 11 maddesi ilk fıkrası şöyle düzenlemiştir:

“İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.”

Burada önemli olan ülkemizde özellikle kamuda geçici işçi adı altında birden çok kez belirli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler ile işverenlerin iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasından kaçmak için üst üste belirli iş sözleşmeleri ile çalıştırılan işçilere iş güvencesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Daha önce Yargı içtihatları ile çözümlenen bu hususu yasa koyucu 11.maddenin ikinci fıkrasında düzenleyerek açıklık getirmiştir. İkinci fıkrada “*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.*” Yalnız geçmişteki durumdan farklı olarak yasada esaslı neden ölçütü getirilmiş bulunmaktadır. Son derece geniş bir anlam içeren muğlak nitelikteki bu kavram uygulamada sorunlara neden olabilir.

d) Kapsam dışı personel: İş Yasasının 18 madde son fıkrasında işletmenin bütününe sevk ve idare eden ve işçi alma ve çıkarma yetkisi olan işveren vekilleri iş güvencesi kapsamı dışında tutulmuşlardır.

B- Geçerli Neden Koşulu:

Yukarıda saydığımız koşulların olduğu hallerde iş akdini fesheden işveren işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan **geçerli bir nedene**

dayanmak zorundadır.

a) İşçiden kaynaklanan nedenler: 4857 sayılı İş Yasasının 18. madde gerekçesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler ve işçinin davranışlarından doğan nedenler şeklinde iki ayrı kategoride örneklerle ayrıntılı açıklamalar getirilmiştir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle ilgili olarak gerekçede;

“İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler: Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir.”

İşçinin verimsiz çalıştığını ileri sürerek iş akdini fesheden işveren işçinin yeterliliğine ilişkin objektif olarak kabul edilebilir ölçüte dayanmalıdır. Nitekim Yargıtay’ca onanan bir mahkeme kararında haklı olarak; *“İşveren, iş akdinin geçerli sebebe dayanarak feshettiğini ispatla mükelleftir. Randımsız çalıştığından bahisle iş akdini fesih eden işveren, işçinin performansına ilişkin ölçümleme sistemini yeterli açıklıkta mahkemeye ibraz etmelidir.”* (Ank. 5.İş Mah. 2003/1323 E, 2003/1525 K., Yargıtay 9.HD 2003/19529E., 2003/20591 K.) denilmektedir.

Öte yandan hastalık başlı başına geçerli bir fesih nedeni sayılamaz. Hastalığın çalışamaz hale getirmemekle beraber işçinin yapacağı işini gerektiği gibi yapmasını engellemesi, sık ve uzun aralıklarla işe gelmemeyi gerektirmesi halinde geçerli bir fesih nedeni oluşturacağı açıktır. Hastalığın işçiyi çalışamaz hale getirdiği durumlarda ise İş Yasasının 25/I. maddesinin işletilmesi söz konusu olacaktır.

Gerekçede işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler ayrıntılı ifadelerle yer almış, hatta örneklerle açıklama yoluna gidilmiştir:

“İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler: 25. maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma

arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kıskırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir.

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

4857 Sayılı İş Yasasının 18.maddesindeki işçinin davranışlarından doğan nedenlerle 25/II. maddedeki haklı nedenle fesih hallerini birbirinden ayırmak oldukça zordur. Yasanın yürürlüğe girdiği süre çok kısa bir süredir. Yargının içtihat oluşturmasını sağlayacak bir uygulama zamanı da geçmemiştir. Ancak işçinin davranışlarından doğan sebeplerin 18.maddeye göre fesih nedeni sayılabilmesi için aranacak ölçütün, objektif ve herkesçe kabul edilebilir nitelikte olması gerekir.

b) İşyerinden kaynaklanan nedenler: Bu fesih nedenlerinde, işçinin iş akdinin feshi işçinin iş gördüğü işletmenin veya işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan bir durum söz konusu olmalı ve bu durum işçinin buralarda çalışmasını devam ettirmesine engel oluşturmamalıdır. Madde gerekçesinde bu nedenler iki başlık altında açıklanmıştır. Bunlardan birincisi işyeri dışındaki nedenler, ikincisi ise işyeri içi nedenler. Gerekçede işyeri dışındaki nedenlere örnek olarak; “...sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi.” gösterilmiştir. İşyeri içi nedenler için ise; “...yeni çalışma yönteminin uygulanması; yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.” denmektedir. Ancak yine gerekçede aşağıda ayrı başlık halinde inceleyeceğimiz feshin son çare olması (ultima ratio) ilkesi hatırlatılarak “...işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep

kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.” denmiştir.

C- Geçerli Neden Sayılamayacak Haller

4857 Sayılı İş yasasının 19 maddesi üçüncü fıkrası ve devamında fesih için geçerli neden oluşturmayacak haller tek tek sayılmıştır. Bu haller;

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

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

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

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

e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.

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

D-Feshin Son Çare Olması İlkesi (Ultima Ratio)

Yasada feshin son çare olması ilkesine ilişkin bir hüküm yer almamasına rağmen yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 18.madde gerekçesinde iş akdinin fesihleri kastedilerek; *“Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.”* Şeklinde açık bir hükümle ultima ratio ilkesine açık ve kesin vurgu yapılmıştır.

1475 sayılı yasanın çeşitli hükümlerini değiştirerek iş güvencesine ilişkin hükümleri hukukumuza sokan 4773 Sayılı İş Yasasının 2.madde gerekçesinde daha ayrıntılı düzenleme yapılmış ve şöyle denmiştir:

“Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen, fazla çalışmalarını kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.”

Yargıtay 9 Hukuk Dairesi de, zaman zaman kararlarında bu gerekçelere dayanarak ve bu gerekçelerden de alıntı yaparak feshin son çare olması ilkesini vurgulamıştır. Örneğin; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında “*Davalı işveren talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanmıştır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmıştır.*” (Yargıtay 9.HD 08/07/2003 T. 2003/12442 E., 2003/13123 K. Sayılı kararı) Gerekçesi ile yerel mahkemenin işe iade kararını haklı bulmuştur. Yargıtay bir başka kararında ise “*Somut olarak açıklanan bu maddi olgulara göre, feshin işletmenin ve işyerinin gereklerine dayandığından söz edilemez. Fesih en son çare olarak düşünülmelidir. İstihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir. Davalı kuruluş bu uygulamalara başvurmamış aksine işçi istihdamından kaynaklanmayan gider artırıcı uygulamalara neden olmuştur.*” (22/12/2003 T., 2003/10497 E., 2003/23425 K.) Demek suretiyle yerel mahkeme kararını bozmuş feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine kesin olarak karar vermiştir.

E-Sözleşmenin Feshinde Usul

a) Fesih Nedeninin Açık ve Kesin Olarak Belirtilmesi: İşveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmek zorundadır. (İş Yasası mad.19/1). Aksi durumda yapılan fesih geçersiz kabul edilerek geçersiz feshin sonuçları doğacaktır. Yargıtay da bazı kararlarında bu zorunluluklara vurgu yapmıştır. Örneğin 4773 sayılı

yasanın yürürlükte olduğu döneme ilişkin bir kararında 9.HD, “*Davalının 30.04.2003 tarihli fesih bildiriminde herhangi bir sebebe dayanılmamıştır. Bu nedenle aynı yasanın 13/C bendi gereğince açılan davanın kabulü gerekirken reddi isabetsiz olup, kararının bozulması gerekmiştir.*” (Yargıtay 9HD 27/10/2003T. 2003/18040 E, 2003/18119 K.) demek suretiyle işverenin iş akdinin feshini geçersiz saymıştır.

b) Savunma Almak: İşveren ayrıca, işçinin belirsiz süreli sözleşmesini işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshedecekse hakkındaki iddialara karşı savunmasını almak zorundadır. Aksi halde yine yapılan fesih geçersiz kabul edilerek geçersiz feshin sonuçları doğacaktır. Ancak iş güvencesi kapsamı dışındaki fesihlerde bu kurallara uyulmamış olması halinde feshin geçersizliğinden söz etmek mümkün değildir.

F-Fesih Bildirimine İtiraz ve Usulü:

İş akdi feshedilen işçiler, iş akdinin gerekçe gösterilmeden feshedildiğini yada fesih bildiriminde gösterilen sebebin geçerli bir neden olmadığını ileri sürerek iş **mahkemesinde** dava açabilirler (İş Yasası mad.20).

a) Dava Açma Süresi: İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildirimının kendisine tebliğ tarihinden itibaren **bir ay** içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Bu konuda uygulamada bildirimli (ihbar öneli verilmek suretiyle yapılan) fesihlerde dava açmak için esas alınacak tarihin hangisi olacağı konusunda tartışma yaşanmaktadır. Fesih bildiriminin tebliğ tarihi mi esas alınacaktır yoksa bildirimde yazılı fesih tarihi mi esas alınacaktır? Aslında gerek yasa metni gerekse gerekçesinde çok açık olarak fesih bildiriminin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde dava açılacağı çok net olarak ortaya konulduğundan bu konuda bir tartışma yapılmasına da gerek yoktur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 4773 sayılı yasa döneminde “*1475 sayılı Kanunun 4773 sayılı Kanunla değişik 13/C maddesine göre fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde dava açılması gerekir. Davacıya fesih 25.4.2003 tarihinde bildirilmiş olup dava 4.7.2003 tarihinde açılmıştır. Anılan maddede düzenlenen süre hak düşürücü süre olup, mahkemece re’sen nazara alınmalıdır. Madde hükmüne göre, fesih tarihinin değil, feshin bildirildiği tarihin esas alınması gerektiği de açıktır. Buna göre davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olduğundan aynı maddenin son fıkrası uyarınca hüküm kurulmalıdır.*”

Toplu sözleşmede hüküm var ise veya taraflar anlaşırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.

b) İspat Yükü: Feshin geçerli bir nedene dayalı yapıldığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. Yani işe iade davasını açan işçi iş akdinin geçerli bir nedene dayanmadığını ispatla yükümlü olmayacak, buna karşın işveren davada feshin geçerli nedene dayandığını kanıtlamak.

c) Yargılama Usulü: İşe iade davaları seri mahkeme usulü ile görülür. Seri yargılama usulü yargılamanın, diğer yargılama usullerine göre daha kısa sürede sonuçlanmasını sağlayan, sürelerin daha kısa öngörüldüğü, duruşma günlerinin daha kısa ertelendiği bir usuldür. Yasanın 20 maddesine göre, işe iade davaları “*seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.*” Ancak uygulamada ne iş mahkemeleri ne de Yargıtay bu sürelerde davaları sonuçlandıramamaktadır. Bunda iş yükünün ağırlığı kadar özellikle iş mahkemelerinin bu yeni dava türüne henüz tam uyum sağlayamaması ve iş mahkemelerinin olmadığı yerlerde bu davalara bakmakla görevli asliye hukuk mahkemelerinin konuya yabancı olmalarından kaynaklanmaktadır.

İşe iade davalarında kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ikramiye alacakları gibi diğer işçilik haklarının talebi mümkün müdür? Gerek işe iade davalarının çabuk sonuçlanması gereği buna yönelik yasal düzenlemenin bulunması. Gerekse de bu yasal düzenlemenin işe iade davalarında **farklı yargılama usulü** öngörmesi nedeni ile işe iade davaları ile diğer işçilik haklarına ilişkin alacaklarının ayrı ayrı davalarda istem konusu edilmeleri gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 9 HD’ si de konu ile ilgili olarak 11/09/2003 tarih 2003/14494 E., 2003/14267 K. sayılı kararı ile “...işe iade ile birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır.” Şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay, işe iade ile ilgili önüne gelen davalarda temyiz incelemesi sırasında kararın yasaya ve usule uygun olmadığı kanısına varır ise kararı bozup yerel mahkemeye göndermeyecek; ilk derece mahkemesi gibi davada yeni bir karar oluşturarak uyuşmazlığı kesin olarak çözmekle yükümlü olacaktır.

H- Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Sonuçları:

4857 Sayılı İş Yasasının 21 maddesinde geçersiz sebeple yapılan sonuçları düzenlenmiştir. İşveren tarafından geçerli bir neden gösterilmediği ya da gösterilen nedenin geçerli olmadığı mahkeme tarafından saptanıp feshin geçersizliğine karar verildiğinde şu sonuçlar doğacaktır:

a) İşe İade: Mahkeme feshin geçersizliğine karar verirse kararında işçinin işe iadesine de karar verecektir. İşveren, kararın kesinleşmesinden itibaren on gün içinde başvurması halinde işçiyi, bir ay içinde işe başlatmak zorundadır.

b) İşçinin Çalıştırılmadığı Süre için Dört Aya Kadar Ücret Ödeme Yükümlülüğü: Mahkeme feshin geçersizliğine karar verirse kararında işçinin işe başlatılincaya kadar en çok dört aylık ücreti ve diğer haklarının ödenmesine karar vermesi gerekir. Bu alacak, kararın kesinleşmesinden itibaren on gün içinde işçinin başvurusu ile muaccel hale gelir, ayrıca işe başlatılma ya da başlatılmamanın alacağı bir etkisi yoktur. Bu alacağın kapsamında temel ücretin yanı sıra yasanın 21/4. maddesi gereği ücrete ek olarak sözleşmelerden ve işyeri uygulamalarından kaynaklanan haklar da bulunmaktadır. Yargıtay 9.HD'si çeşitli kararlarında gerek iş güvencesi tazminatı gerekse de boşta geçen süreye ilişkin ücret ve benzeri hakların sadece süre olarak belirlenmesinin yeterli olduğu ayrıca rakamsal olarak tutarlarının gösterilmesine gerek olmadığına hükmetmiştir. (Yargıtay 9.HD 22/1/2004 T, 2003/23761 E., 2004/947 K. Ve 1/12/2003 T., 2003/19181 E., 2003/19777 K sayılı kararları.)

c) İşe Başlatılmama Halinde En Az Dört En Çok Sekiz Aylık Ücret Tutarında Tazminat Ödeme Yükümlülüğü: İşveren işçiyi başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört, en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat tutarını da kararında belirler.

aa) Tazminata esas ücret: Yargıtay 9.HD tazminata esas ücreti 6.11.2003 tarih 2003/18733 E., 2003/18729 K. sayılı kararında "Tazminat miktarı belirlenirken davacının brüt ücreti üzerinden hesaplama yapılmalı; ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır." Fesih tarihi ile kararın kesinleşip işçinin işe dönüş için

başvuru yaptığı tarih arasında işyerinde işçilere yapılacak zamların da hesaba katılması gerekir.

bb) Tazminat Miktarının Belirlenmesi: Uygulamada mahkemeler tazminat miktarını genellikle alt sınırdan yani dört aylık ücret tutarındaki ücret üzerinden belirlemektedirler. Yargıtay 9.HD de bir üst maddede sözü edilen Yargıtay kararında “ 1475 sayılı Kanun’un 4773 sayılı Kanun’la değişik 13/D maddesinde tazminatın alt ve üst sınırları gösterilmiştir. Davacının kıdemi 4 yıl 6 ay 12 gündür. Buna göre gerekçe dahi gösterilmeden tazminatın alt sınırından ayrılarak 8 ay olarak belirlenmesi fazladır.” Demek suretiyle bu tazminatların gerekçe gösterilmeksizin alt sınırın üstünden verilemeyeceğinin altını çizmiştir. Bir başka kararında ise Yargıtay, emekliliğin hak edilmiş olmasını ve tazminatın ödenmiş olmasını da üst sınırdan tazminat takdir edilmesine engel olarak değerlendirmiştir. (Yargıtay 9.HD 10.10.2003 T., 2003/18911 E., 2003/18905 K. Sayılı kararı). Bu tazminatın tutarı belirlenirken her olayın özelliğine ve fesih nedenlerine göre ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

cc) Tazminat ve Dört Aylık Ücret Alacağına Uygulanacak Faiz Başlangıcı: Bu konuda yasada açık bir hüküm yoktur. Ancak Yargıtay yasa hükmünü yorumlayarak 08.07.2003 tarih 2003/12442 E., 2003/13123 K.sayılı kararında bu konuda şöyle bir sonuca varmıştır: İşverenin İş Yasasının 21.maddesindeki tazminat alacağı yönünden temerrüdü, işçinin, işe iadeye ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren süresi içerisinde işverene başvurması ve işverenin bir aylık süre içerisinde işe başlatmaması halinde gerçekleşecek ve alacak muaccel olacaktır. Dört ayla sınırlı ücret alacağı ile ilgili ise işçinin işe iade için başvurduğu tarihten itibaren temerrüt gerçekleşecek ve ücret alacağı muaccel hale gelecektir, dava tarihinden itibaren faiz hükmedilmesi söz konusu olamayacaktır.

Bu alacaklara uygulanacak faiz türü ise tazminat alacakları için yasal faiz, ücret alacaklarına ise iş yasasının 34.maddesinde belirtilen en yüksek mevduat faizi olacaktır.

dd) Tazminat ve Ücret Alacağına Hükmedilmesi için Ayrıca Talep Zorunlu mudur: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.09.2003 tarih 2003/14994 E., 2003/14267 sayılı kararında, “iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri olmasa dahi bu hususlar işe iadenin sonucu olup, mahkemece bu konularda da karar verilmelidir.”

Demek suretiyle sadece işe iade talebi ile dava açılrsa da mahkemelerin, iş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret alacağıının işe iadenin sonucu olması nedeni ile bunlara ilişkin de karar vermesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

ff) İşe İade ile Birlikte Hükmedilen Tazminat ve Ücret Alacağına İlişkin Mahkeme Kararının Niteliği: Yargıtay 9.HD, 08/07/2003 tarih, 2003/12442 E., 2003/13123 K. Sayılı kararında işe başlatılmama halinde ödenecek tazminat miktarının belirtilmesi ile yetinilmesi gerektiği, ayrıca tahsili yönünde hüküm kurulmasının hata olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay bu şekilde karar verirken öğretilerde bu alacakların tahsili yönünde hüküm kurulamaz şeklinde görüşler olduğu gibi bu alacakların tahsiline karar verilebileceği şeklinde görüşler de bulunmaktadır.

gg) İşe İade Davası Devam Ederken İşverenin İşçiyi İşe Başlatmasının Davaya Etkisi: İşe iadesi devam ederken işveren işçiyi işe başlaması için çağrıda bulunur ve işçi de işe başlarsa davanın durumu ne olur. Yargıtay 9HD, 08/07/2003 tarihli 12444–13125 sayılı kararında işe iade davası devam ederken işe başlamış bir işçinin açtığı davada yerel mahkemenin davanın işçinin, işe başlaması sonucu davanın konusuz kalması nedeni ile reddine, çalışmadığı sürelerdeki ücretinin tahsiline karar vermesi üzerine “...işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için başvurması koşullarına bağlıdır. Gerçekten, anılan yasanın 13/D maddesi “geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlığını taşımaktadır. Geçersiz sebep bulunduğu 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 olmadığına şeklinde hüküm kurulmalıdır.” Şeklinde kararı ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay 9.HD, bir başka kararında; işe iade davası devam ederken işverenin işçiyi ihtarname ile işe davet etmesi ve davet nedeniyle davanın konusuz kaldığına karar verilmesini istemesi, yerel mahkemenin de bu istemi kabul ederek davanın konusuz kaldığı yolunda karar vermesi üzerine; “Akdin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir eylem olup, karşı tarafa ulaşıldıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Davacı tarafından temyiz incelemesine konu işe iade ve tazminat davası açıldıktan sonra davalı işveren tarafından davacının işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğinde bulunmaktadır.

Bu davet feshi ortadan kaldırmaz. Bu nedenle dava şartlarının kalmadığını kabul ederek davanın reddedilmesi hatalıdır. Davalı işveren, davacının davasının kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” şeklinde karar vermiştir. (Yargıtay 9.HD 29/01/2004 T. 2004/499 E., 2004/1489 K.)

Böyle bir durumda mahkemeden mutlaka boşta geçen süreye ilişkin ücretin ödenmesi yönünde karar verilmesini istemek yararlı olacaktır.

hh) Sendika Üyeliği veya Sendikal Faaliyet Nedeni ile Fesih: Sendikalar Yasasının 31.maddesinde sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeni ile fesih halinde İş Yasasının 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanacağını ancak 21.maddenin ilk fıkrasındaki tazminat miktarının işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı hükmedilmektedir. Ancak burada kanıt yükü İş Yasasının 20.maddesi gereği işçiye ait olacaktır.

c) İşçinin İşe Başlatılması: İşçi işe başlatılırsa, 21.maddenin 3. fıkrasında ki çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenecek en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. Eğer kıdem ve ihbar tazminatı peşin olarak ödenmiş ise bu alacakların mahsubu yapılır. Yargıtay bu konuda bir kararında, “İşçinin hizmet akdi ihbar tazminatı peşin ödenerek feshedilmiş ise, bildirim süresine ait bu ödenen ücretin işverence işe başlatılması halinde mahsubuna karar verilmesi gerekir” şeklinde karar vermiştir. (Yargıtay 9.HD 15/10/2003 T., 2003/16116 E., 2003/17101 K.)

d) İşçinin Yasal Sürede Başvurmaması: Mahkemece iş akdinin feshinin geçersizliğine karar verildiğinde işçi, kararın kesinleşmesinden itibaren on gün içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Yasada işçiye iş güvencesi tazminatı almak karşılığı işe geri dönmeme gibi bir seçimlik hakkı tanınmamıştır. İşçi, yasal süre içinde işe başlamak için başvuru yapmazsa işverence yapılmış olan fesih geçerli fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlarına katlanır (İş Yasası 21/5 maddesi). Geçerli sayılan fesih nedeni ile işçiye ayrıca en çok dört aylık ücret için ücret ve diğer hakları ile iş güvencesi tazminatı ödenmez. Artık fesih, yapıldığı andan itibaren geçerli olur. Ancak işçinin kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarına ilişkin hakları saklıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR:

1- CENTEL, Tankut: Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2004

2- BİLGİLİ, Abbas: İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, Adana 2004

3- EKMEKÇİ, Ömer: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, sayı:1.

4-EYRENCİ, Öner: 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, sayı:1.

5- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2004.

6- ULUCAN, Devrim: İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları.

