

4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDA İŞ GÜVENCESİ

Prof.Dr. Nüvit GEREK(*)

I- İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI

İş güvencesi sağlanmasının amacı işçilerin feshe karşı korunmasıdır. İş güvencesi denilince işçilerin hiçbir şekilde işlerine son verilmemesi anlaşılmalıdır. Elbette haklı ve geçerli nedenler varsa işçilerin işine de son verilebilmesi çok doğaldır. Bu açıdan iş güvencesi bu tür bir neden olmaksızın keyfi olarak, cezalandırmak veya gözdağı vermek amacıyla fesih hakkının işverence kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla yöneliktir¹.

• Dar Anlamda İş Güvencesi

İşverenin iş sözleşmesini herhangi bir geçerli veya haklı sebep olmaksızın, sebep göstermeksizin sona erdirmesinin engellenmesi

• Geniş Anlamda İş Güvencesi

İşverenin fesih hakkına kanun ve sözleşme ile yapılan bütün sınırlamalar ve feshin sonuçlarını hafifletici önlemler

Geniş anlamda iş güvencesi uygulamaları ile ilgili olarak, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağı işçilere haksız feshe uğramaları durumunda kötü niyet tazminatı ödenmesi veya iş sözleşmelerine koruyucu hükümler koyarak sözleşmenin feshinde cezai şart uygulanması veya feshin disiplin kurulundan geçirilmesi örnek gösterilebilir²

(*) Anadolu Üniversitesi

¹ Ali GÜZEL, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2004, s. 130.

² Nizamettin AKTAY / Kadir ARICI / E. Tuncay KAPLAN-SENYEN, İş Hukuku, Ankara, 2009, s. 186 vd..

II- İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMI

İş güvencesi kapsamına iş sözleşmesi ile çalışan bütün işçiler girmemektedir. Kural olarak 4857 Sayılı İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesiyle çalışan işçiler bu imkândan yararlanırlar.

Basın İş Kanunu 6. madde ek fıkrası uyarınca bu kanun kapsamındaki fikir işçileri de iş güvencesi kapsamına alınmıştır.

A. İşyeri Büyüklüğü – Çalışan İşçi Sayısı

30 veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler iş güvencesinden yararlanırlar. (md.18)

30 işçinin belirlenmesinde iş sözleşmesi türlerinin farklı olması sayıya dâhil edilmeye engel değildir. Ancak hasta olan veya yıllık izin kullanan işçiler yerine gerçekten geçici olarak çalışanlar tespitinde dikkate alınmaz. Mevsimlik işçiler dikkate alınır. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa buralarda çalışan işçilerin toplamına bakılır. Her işyeri için ayrı ayrı 30 rakamı aranmaz.

30 işçi var mı? Bu tespit ne zaman yapılacaktır? => “Fesih bildiri yapıldığı andaki sayı esas alınmalıdır.” Diğer bazı görüşler ise, işyerinin, normal işleyişinin sağlanabilmesi için en az 30 kişinin çalışmasını gerektirir büyüklükte olması gerektiği şeklindedir. 30 sayısı tarım-orman işletmelerinde 51 olmalıdır.

B. İşçinin Kıdemi

30 veya daha çok sayıda işçinin çalıştığı işyerinde çalışmak yetmez. Ayrıca en az 6 aylık kıdem gerekir. 6 aylık kıdem, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesaplanır. Sözleşmede deneme süresi öngörülmüşse bu da kıdeme dâhil edilir. Kısa süreli hastalık ve birkaç günlük ücretsiz izin halleri kıdemi kesintiye uğratmaz.

Ancak 6 ayın dolmasına birkaç gün -1 hafta- 10 gün kala, iş güvencesini engellemek amacıyla bir fesih yapmış olabilir. Bu yönde güçlü belirtiler varsa feshin geçersizliği ileri sürülebilir. 55. ve 66. maddelerdeki süreler kıdeme dâhildir.

C. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışma

İş güvencesi belirsiz süreli iş sözleşmelerinde önem kazanır. Çünkü işçinin gelir kaynağını ilgilendiren bir güven sorunu vardır. Esasen belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, büyük bir ihtimalle “ haklı neden” olmadıkça süre bitiminden önce sözleşmesinin feshi riskiyle karşılaşmayacaktır. Burada önemli nokta belirsiz süreli olması gereken iş sözleşmelerinin, esaslı bir neden olmadan ard-arda yapılmış olması durumudur. Böyle bir durumda zincirleme yapılmış belirli süreli sözleşmeler, belirsiz süreli kabul edileceğinden, işçi iş güvencesinden yararlanacaktır.

D. İşveren Vekillerine İlişkin İstisna

4857 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca, üst düzey işveren vekili konumunda olanlar da iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır. Bu işveren vekillerinden anlaşılması gereken “işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olan, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işveren vekilleri yani genel müdür ve genel müdür yardımcılardır. Bunların dışında işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri de güvence kapsamı dışında kabul edilecektir. * Üst düzey işveren vekilleri de elbette feshin geçersiz olması için dava açabilirler. Ancak sadece feshin geçerli olup olmadığı tespit edilebilir. Ayrıca açtıkları davada ihbar ve kıdem tazminatı gibi işçilik hakları dile getirilemeyeceğinden alacakları varsa onlar için ayrıca dava açmaları gerekir.

III- FESHİN GEÇERLİ SEBEBE DAYANDIRILMASI

İş Güvencesinin amacı işçileri her türlü feshe karşı değil, keyfi fesihlere karşı korumaktır. Bu nedenle işverenin haklı nedenle yaptığı veya haklı neden kadar ağır olmamakla beraber, işverenin makul ve mazur görülebilecek geçerli sebeplerle yaptığı fesihte iş güvencesi hükümleri işlemeyecektir. Bu açıdan geçerli sebepler değil, ama geçerli olmayan sebepler 18. maddede sayılmıştır. Geçerli sebepler işçiden ve işyerinden kaynaklanabilir³.

A. İşçi İle İlgili Fesih Nedenleri

1. İşçinin Yetersizliği - Verimsizliği

İşçinin yetersizliği ve verimsizliğine işçinin kusuru söz konusu değildir. Çoğu zaman iyiniyetli olduğu halde işi ifade yetenekleri ve kapasitesi emsal işçilere göre

³ İşçi kendisi bildirimli fesih yaparsa iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Bkz.: Yarg. 9. HD., 30.4.2007 T., E. 3154, K. 13552; İş sözleşmesi ikale sözleşmesi ile sona ermişse işçi gene iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Bkz.: Fevzi ŞAHLANAN, “İkale Sözleşmesine Karşın Açılan İşe İade Davası”, Tekstil İşveren, Temmuz, 2008, Hukuk Eki 25, s. 2 vd..

oldukça geridir. Beklenen performansı göstermemekte, işe konsantre olmakta güçlük çekmektedir. İşle ilgili yeni gelişmeleri, teknikleri öğrenme ve kendini geliştirmede isteksiz ve yetersizdir. Sık sık hastalanmakta ve bu durum iş akışını olumsuz etkilemektedir. İşe ve işyeri ortamına uyum sağlama güçlüğü vardır. Bunlar başlangıçta görülebileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir. Yaşlanmaya bağlı olarak veya hastalıklara bağlı olarak verimi düşmüştür. Ancak bütün bunlar işyerinde ciddi olumsuzlulara yol açtığı takdirde fesih nedeni olarak kabul edilebilir⁴.

2. İşçinin İstenmeyen-Rahatsızlık Yaratıcı Davranışları

İşçinin istenmeyen davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler iş sözleşmesinden doğan borca aykırılık halleridir ve işçinin kusuru söz konusudur. Davranış sebebiyle fesihte işçiye mutlaka önceden ihtar verilmelidir. İstenmeyen ve rahatsızlık yaratan davranışlar, haklı nedenle fesih gerektiren ahlâk-iyiniyet kurallarına aykırılık halleri kadar ağır ve kesin değildir. Ancak işyerinin normal işleyişini ciddi şekilde olumsuz etkileyen sebeplerdir. Bazen doğrudan olumsuz etki yaratmasa bile bu tedirginlik yaratılmış olabilir. Herkesten borç istemeyi alışkanlık edinmek, arkadaşlarını, bazen müşterileri kendisine kefil yapmaya çalışmak, işyerine çok şık ve uzun süre kalan ziyaretçilerinin gelmesi, uzun süre gerekli- gereksiz telefon görüşmeleri yapmak, işe sık sık geç gelmek, erken kaçmak. Kendi yapması gereken işleri diğer arkadaşlarına yaptırmaya çalışmak, işi aksatarak diğer çalışanları ziyarete gitmek ve onları da gereksiz meşgul etmek. Arkadaşları, amirleri ve hele hele müşterilerle tartışmaya girmek ve onları azarlamak. Nazik olmayan davranışlar, işyerinde yasaklanan birimlerde sigara içmek. İşyerine ait malzeme ve araç-gereci ikazlara rağmen dışarı çıkarmak ve işyerinde veya dışarıda özel işlerinde kullanmak veya başkalarına kullandırmak örnek verilebilir. Rahatsızlık yaratan ve istenmeyen bir davranışın haklı neden mi yoksa geçerli sebep mi oluşturduğunu kesin olarak ayırabilmek çok zordur. Oysa başta kıdem tazminatının ödenip-ödenmemesi olmak üzere bunların farklı hukuki sonuçları vardır. İstenmeyen davranışların işverene verdiği zararın kolay ölçülebildiği durumlarda, zararın 30 günlük ücret tutarından az veya çok olması bu açıdan bir ayırım kriteri olabilir.

3. İşçinin Savunmasının Alınması

• İşveren tarafından ileri sürülen geçerli sebep işçinin verimsizliği veya istenmeyen davranışlarıyla ilgiliyse, fesihten önce durumun işçiye bildirilerek, savunmasının alınması gereklidir. Kanunda açıklık olmamakla birlikte savunmanın yazılı alınması doğru olur. Savunmanın alınması feshin geçerlilik koşuludur. İşçi

⁴ Bkz.: Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, 3.B., Konya, 2009, s. 173.

kendisinden istendiği halde savunma vermiyorsa, işveren durumu tutanakla tespit etmelidir⁵.

B. İşyeri İle İlgili Geçerli Fesih Sebepleri

İşyerinden kaynaklanan sebepler işyeri dışından gelen faktörlere bağlı olabilir. Bunlar işyerinin ve işverenin isteği ve kontrolü dışında ortaya çıkan, işyerine ve işverene zarar veren faktörlerdir. Bunların geçerli fesih nedeni olarak ortaya çıkabilmesi için işyerinde bir iş azalması, iş yokluğu ortaya çıkmalıdır. Talep ve siparişlerde azalma, enerji sıkıntısı, küresel, ülkesel, bölgesel ekonomik kriz, ve piyasalarda buna bağlı genel durgunluk, hammadde temini sıkıntıları, dış pazar kaybı örnek verilebilir⁶.

İşyerinden kaynaklanan sebepler ise, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde, işletme politikası ile ilgili kararlara dayanır. Ekonomik gelişmelerin tahminine dayalı olarak küçülme, bazı birimlerin kapatılması, başka sektörlerde faaliyet gösterme kararları söz konusu olabilir. Yeni teknolojilere geçilmesi, yeni üretim yöntemlerinin kullanımı gibi teknik nedenlerle işçi sayısının azaltılması gerekli görülebilir. İşverenin ağır hastalığı veya ölümü halinde mirasçılarının işyerini tasfiye etme kararına yol açan hukuki gelişmeler de olabilir.

• Ancak özellikle işletme dışı veya içi ekonomik gerekçeler ileri sürülüyorsa, bunların neden iş sözleşmelerinin feshini gerekli kıldığı, somut olarak inandırıcı şekilde açıklanmalıdır. Belli bir süredir fazla çalışma uygulayan bir işyerinde işçi çıkarma gereğinden söz etmek inandırıcı değildir. Öncelikle fazla çalışma uygulamasından vazgeçilebilir. Kısa süre önce yeni işçi alımına karar verilmişse hemen bunun ardından işçi fazlalığını ileri sürmek çelişkidir. Fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Mümkün olan hallerde işçilerin başka birimlere, başka alanlara kaydırılmaları, işçilerin rızası alınarak çalışma sürelerinin kısaltılması, ücretsiz izin uygulamaları düşünülmelidir. Kısacası, en son çare olarak fesih akla gelmelidir.

IV. SÖZLEŞMENİN FESHİNDE USUL

4857 Sayılı İş Kanununda, sürekli işlerde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler için öngörülen fesih bildirim süreleri 17. maddede, işçilerin kıdemine göre iki-sekiz hafta arasında belirtilmiştir. Bunların sözleşmelerle arttırılması mümkündür.

⁵ Lütfi İNCİROĞLU, Sorulu Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması Yeni 4857 Sayılı İş Yasası, 2.B., İstanbul, 2006, s. 87; Fevzi DEMİR, İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Koop-İş Sendikası Eğitim Ya., 2003, s. 25 vd..

⁶ Bkz.: Ercan GÜVEN / Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, 2007, s. 150-152; Fevzi DEMİR, "Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama", Legal ISGH Dergisi, S. 10, 2006.

Fesih bildirim sürelerine uymadan işçinin işine son veren işveren bu süreler alt ücreti tazminat olarak ödemek zorundadır. Buna “ihbar tazminatı” denir.

Bu durum şu üç şekilde karşımıza çıkabilir.

- Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesih bildirim sürelerini hiç uygulamamak
- Fesih bildirim sürelerini kanun ve sözleşmelerde öngörülenlerden eksik tanımak
- Fesih bildirim sürelerini kanuna uygun şekilde kullandırmamak (iş arama izni vermemek)

A. Yazılı – İmza Karşılığı Bildirim

Derhal fesihte olduğu gibi süreli fesihte de fesih bildirim karşı tarafa mutlaka “yazılı olarak ve imza karşılığı” yapılmalıdır. Karşı taraf fesih bildirimini imzalamazsa, durum o mahalde tutanakla tespit edilmelidir.

İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yaparken, fesih sebebini “açık ve kesin bir şekilde belirtmek “ zorundadır. Burada amaç işverenin bildirdiği fesih sebebi ile bağlı kalması ve bunu sonradan değiştirememesidir (md.19). Geçerli sebeple yapılacak fesihte ispat yükümlülüğü işveren aittir. Bu nedenle tutanakların ve düzenlenen belgelerin usul ve şekil şartlarına uygun olması çok önemlidir. Yazılı şekil şartı eski Kanundan farklı olarak 4857 Sayılı Kanunda artık ispat şartı olmaktan öte geçerlilik şartı haline gelmiştir⁷. Bildirim yapılırken izlenmesi gereken yol, bildirim ulaşması gereken kişiye, fesih bildirimini aldığını ifade eden bir belge imzalatılmasıdır. Yazılı fesih bildirimini bir sureti imzalatılabilir. Aynı bir belge de imzalatılabilir. İşçi fesih bildirimini imzalamazsa, durum mahalinde hazırlanacak bir tutanakla tespit edilecek, içeriği sözlü olarak ilgili işçiye açıklanacak ve tutanak, işçinin bildirim almaktan ve imzalanmaktan kaçındığını bilen tanıklarca imza altına alınacaktır. Fesih bildirim taahhütlü olarak posta yoluyla da yapılabilir.

• Yazılı şekil şartı, fesih bildirim süreleri kullanılarak yapılan fesihlerde olduğu gibi, fesih bildirim süresine ilişkin ücretin peşin olarak ödendiği fesih hallerinde de geçerlidir. Aksine bir durumda, işten çıkarma geçerli sebebe dayansa bile, “usulüne uygun-yazılı şekil şartına uygun yapılmadığı için yapılan fesih haksız ve geçersiz sayılacaktır.

⁷ Mustafa AVCI, “Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre”,(Yarg. 9.H.D.’nin 02.10.2006 tarihli Karar incelemesi), SİCİL, Mart 2007, s. 90 vd..

B. İşçinin Savunması

İşçiden kaynaklanan geçerli sebeplerde, savunması alınmadan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilirse; sürelerle uyulmuş, fesih bildiri yazılı yapılmış, sebep de gerçekten geçerli olsa bile, şekil noksanlığı sebebiyle fesih geçersiz sayılabilir. İşçiden savunma isteyen bildirim mutlaka işçinin eline ulaşmış olmalıdır. Bu bildirim elden verilebilir. Taahhütlü olarak posta yoluyla, noter marifetiyle olabilir. İşçi savunma isteyen yazıyı almayabilir. Yazıyı alsa bile savunmasını yapmayabilir. Bu durumda bunların tutanakla tespiti gerekir.

C. Fesih Hakkının Makul Sürede Kullanılması

Süreli fesih yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinde, fesih hakkının, geçerli sebebin ortaya çıkmasından itibaren ne kadar sürede kullanılabileceğine dair bir düzenleme yoktur. Ancak bu durum işverene, sözleşmeyi sınırsız şekilde istediği her zaman feshedilme hakkını vermez. Derhal fesihte bile 6 iş günü sınırı varken süreli fesihte sınırsız süreli bir fesih hakkı düşünülemez. M.K. md 2 ve Bk. Md. 344 uyarınca makul bir süre dikkate alınmalıdır. Örnek vermek gerekirse beş yıldan beri çalışan ve çok sık hastalanan bir işçi son 1,5 -2 yılda hiç rapor almamıştır. Bu durumda birkaç yıl önce sıkça aldığı raporlar nedeniyle fesih yapılırsa geçerli sebebin bulunduğu düşünülmemelidir⁸.

D. Toplu İşçi Çıkarmada Usul

Toplu işçi çıkarmalar toplumsal ve siyasal düzeni yakından ilgilendirmesi nedeniyle ayrıca düzenlenmiştir. Amaç daha az sayıda işçinin daha az zarar görmesidir. 4857 Sayılı Kanununun 29. maddesi uyarınca, işverenin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri sebeplerle veya işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu fesih bildiriminde bulunacağı işçi sayısı, bir ay içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde, işyerinde çalışan işçi sayısı 20 ile 100 işçi arasında olup en az 10 işçiyi, 101-300 arasında işçi çalıştıran işyerinde en az yüzde-on oranında işçiyi veyahut 301 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerinde en az 30 işçiyi bulduğu takdirde, işveren bu durumu en az 30 gün öncesinden Bölge Müdürlüğüne, Türkiye İş Kurumuna ve işyerindeki sendika temsilcilerine bildirmek zorundadır. İşveren buralara gönderdiği yazıda geçerli sebep olarak ileri süreceği hususları ayrıntılı şekilde açıklamalı, çıkarılacak işçi sayısını ve gruplarını belirtmeli, ne kadarlık bir zaman dilimi içinde işten çıkarmaların yapılacağını ortaya koymalıdır. Bu yazılı bildirim üzerine, en kısa sürede sendika temsilcileriyle görüşmeler yapılacak ve görüşmelerde işçi çıkarmalarının önlenmesi, çıkarılacak işçi sayısında azaltma olanakları, bu mümkün değilse, işten çıkarmaların olumsuz etkilerini azaltma çareleri görüşülecektir. Görüşme sonuçları tutanakla belgelendirilecektir. Fesih

⁸ Yazılı bildirimde fesih nedeni açıkça belirtilmelidir. Bkz.: Yarg. 9. H.D., 26.05.2005 T., E. 12317, K.19404.

bildirimleri Bölge Müdürlüğüne bildirilmesinden 30 gün sonra hüküm doğuracaktır. Yani bundan sonra fesih bildirim süreleri işlemeye başlayacaktır⁹.

Toplu işçi çıkarmalar, “işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyetine son verilmesi “ halinde yapılıyorsa, işverenin işyeri sendika temsilcileriyle görüşmesine gerek yoktur. Durum 30 gün öncesinden Bölge Müdürlüğüne, Türkiye İş Kurumuna bildirilecek ve işyerinde ilân edilecektir. İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi yeniden işçi almak isterse, nitelikleri uygun olanları tercihan ise geri çağıracaktır.

İşveren 29. md. de belirtilen toplu işçi çıkarmaya ilişkin düzenlemeleri ile ilgili 18,19,20 ve 21. maddelerin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamayacaktır. Aksi halde işçiler 20. md’ye dayanarak feshin geçersizliği davası açabilirler.

V. FESİH BİLDİRİMİNE İŞÇİNİN İTİRAZI

Belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildirimimin kendisine tebliğinden itibaren 1 ay içinde fesih işlemine karşı itiraz edebilir. İtiraz İş Mahkemesine veya özel hakeme yapılabilir¹⁰.

İşçi bu bir aylık sürede sessiz kalırsa, itiraz hakkını kaybeder ve fesih geçerli olur. Süreyi kaçırmadan zamanında itiraz ederse şu hususları ileri sürülebilir.

- Fesih bildiriminde sebep gösterilmediğini ileri sürebilir.
- Gösterilen sebebin geçerli olmadığını ileri sürebilir.
- Bildirim kendisine hiç yapılmadığını ileri sürebilir.
- Bildirim yazılı yapılmadığını ileri sürebilir.
- Savunmasının alınmadığını ileri sürebilir.

Bütün bu durumlarda, işveren yaptığı bir feshin geçerli olduğunu kanıtlamak zorundadır. Kanıtlayamazsa fesih geçersiz olur.

⁹ Bkz.: Ercan AKYİĞİT, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3.B., s.1389 vd..Örnek Yarg. Kararları için bkz.: Yarg.9. H.D., 29.01.2004 T., E. 23159, K.1418; Yarg. 9. H.D., 14.01.2005 T., E.24736, K.1082.

¹⁰ Bkz.: Yarg. 9.H.D., 03.04.2006 T., E.4980, K.8257.

İşçi, feshin aslında işverenin ileri sürdüğü sebebe dayanmadığını, başka bir sebebin asıl sebep olduğunu iddia edebilir. Ancak bu durumda ispat yükü işçiye ait olacaktır.

- Açıklanması gereken bir husus, iş sözleşmesi sona erdiğinde, işçiye dava açmayacağı, dava hakkından vazgeçtiği hususunda bir belge imzalatılmış olsa bile bunun hiçbir geçerliliği olmayacağıdır.

A. Mahkemeye Başvurma

- İşçi iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkeme olarak davalının ikametgâhının bulunduğu veya işyerinin bulunduğu yer mahkemesine başvuracaktır. Normal olarak itirazı, fesih bildirim yapılan işçinin kendisi yapacaktır. İşçi sendika üyesiye ve sendikaya yetki vermişse sendikası da üye işçi namına dava açıp-takip edebilir. **İşçi veya sendikası, süresinde itirazla dava açmışlar, ancak dava sürerken işçi ölmüşse, ise iade işçinin kişiliğine bağlı olduğundan, ise iade mümkün olamayacaktır. İtiraz süresi içinde itiraz edmeden işçinin ölümü halinde de mirasçılarının onun yerine dava açmaları mümkün görünmemektedir.**

- İtiraz süresi, fesih bildirim işçiye tebliğinden itibaren 1 aydır. Bu 1 aylık süre, fesih bildirim tebliğinden itibaren izleyen ayın aynı sayılı günü arasındaki süre olarak en az 30 gün olacak şekilde anlaşılmalıdır¹¹.

Sözlü veya fiili fesih bildirim olmuşsa, itiraz süresi işçinin durumundan haberdar olduğu anda başlamalıdır. Bu durumda zaten fesih sebebi üzerinde durulmadan yazılı bildirim şartı yerine gelmediği için, fesih geçersiz sayılacaktır.

- Feshe itirazın muhatabı işverendir. Adi ortaklıkta ise tüzelkişilik bulunmadığından davanın adi ortaklıkların tümüne yöneltilmesi gerekir.

- Fesih bildiriminden sonra işveren ölmüşse, mirasçılarının hasım gösterilmesi gerekir.

- Tüzel kişi işverenin ticari şirket olacak, katılma veya birleşme şeklinde değişme durumu varsa yeni şirkete dava açılmalıdır.

¹¹ Bkz.: Sarper SÜZEK, "İş Hukuku, 2.B., İstanbul, 2005, s.613.

- İşyeri başka bir işverene devredilmişse ve devirden sonra fesih yapılmışsa feshe itiraz yeni işverene devralan işverene yapılacaktır.

Fesih devirden önce gerçekleşmiş ve kesin olarak sonuçlanmışsa, itiraz devreden eski işverene yöneltilmelidir. Çünkü mevzuatımıza göre sadece devir esnasında var olan- geçerli olan iş ilişkileri tüm hak ve borçlarıyla devralana geçer. Ancak iş güvencesi kapsamındaki ilişkilerde, itiraz süresi bitmeden ve itiraz edilmişse yargılama veya özel hakem incelenmesi sonuçlanmadan feshin kesin olarak gerçekleştiği söylenemez. Bu durumda devreden eski işverene karşı açılan feshin geçersizliği davası işçi lehine sonuçlandığında, işe başlatıp-başlatmamam kararını artık devralan yeni işveren verecektir. Ancak çalışılmayan süreye ait ücret ve diğer alacaklar ile işe başlatmama tazminatından, her iki işverenin birlikte sorumluluğu düşünülmelidir.

B. Özel Hakeme Başvurma

4857 Sayılı Kanunun **20.** maddesine göre işçi ile işveren anlaşmışsa, uyuşmazlık özel hakeme götürülebilir. Özel hakeme de, öngörülen 1 aylık sürede gidilmelidir. Madde ile ilgili gerekçede iş mahkemelerinin yükünün hafifletilmesi amacı öngörülmüştür¹². Ancak feshe karşı korunma denetiminin yargının görev alanında kalması daha doğrudur. Zaten uygulamada genellikle mahkemelere başvurulmaktadır.

Feshin geçersizliği davaları, seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılması işlenen davalardır. Temyize başvurulması halinde Yargıtay 1 ay içinde kesin olarak davayı sonuçlandıracaktır. Uygulamada iş yükü ağırlığı bu sürelerin aşılmasına neden olmaktadır.

VI. GEÇERSİZ SEBEPLE YAPILAN FESHİN SONUÇLARI

Geçersiz sebeple yapılan bir feshe karşı, iş güvencesi kapsamında olmayan ve olan bütün işçilerin itirazı mümkündür. 30 dan az işçi çalıştıran işyerlerinin işçileri, 6 aydan az kıdemi olan işçiler, istisna durumundaki üst düzey işveren vekilleri ve belirli-süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, iş güvencesi kapsamı dışındadırlar. İşe iade imkânından ve buna bağlı tazminat haklarından yararlanamayacaklardır. Ancak işveren, bu durumdakilerin iş sözleşmelerini fesih hakkını kötüye kullanarak sona erdiriyorsa bunlara kötüniyet tazminatı ödemek zorunda kalacaktır. Ayrıca şartlar oluşmuşsa işçilerin ihbar ve kıdem tazminatı hakları da saklı olacaktır. Hukuki niteliği

¹² Bkz.: Ercan AKYİĞİT, "İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi", Yargı Dünyası D. (Yeni Dönem Tanıtım sayısı) Eylül 2004, s. 53-68.

itibarıyla kötüniyet tazminatının, mevcut düzenlemede, zarar koşuluna bağlanmamış bir maktu ve götürü tazminat olduğu söylenebilir.

• İş güvencesi hükümlerinden yararlanacak olanların ise geçersiz feshin kendilerine bildirim üzerine, süresinde karşı dava açmaları durumunda yargılama bittiğinde feshin geçersiz sayılması sonucuna varılırsa, işe geri dönebilmeleri, bu gerçekleşmezse bazı tazminatlar almaları söz konusu olacaktır. Ancak feshin geçersizliği ve işe iade davasını kazanan işçi, süresinde işe tekrar başlamak üzere gereken başvuruyu yapmazsa, hüküm altına alınan hiçbir güvence kalemi işlerlik kazanamayacaktır. İşçi işe başlamak üzere süresinde başvurursa bile, işveren 1 aylık sürede açıkça veya sessiz kalarak, ama işçiyi davet etmeyerek işe başlatmama iradesini ortaya koyabilir. Bu nedenle bu konudaki yargı kararlarının, tespit kararı mı yoksa eda kararı mı olduğu tartışılabilir. Ancak icrai nitelikten yoksun ve şarta bağlı bir tespit kararı olduğu şeklindeki yaklaşım daha uygun görünmektedir.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerle ilgili olarak, işveren işçiye fesih bildirimini yazılı olarak yapmamışsa, yazılı fesih bildirimini yapmış ama fesih sebebini belirtmemişse; fesih sebebi belirtilmiş ancak bu sebep geçerli bir sebep olarak kabul edilmeyecekse, veya fesih sebebi geçerli olsa bile işveren bunu ispat edemiyorsa, işçi yargıya başvurarak feshin geçersiz sayılmasını ve işe iadesini talep edebilecektir¹³.

Mahkeme feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verirse, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren işçi 10 işgünü içinde işe başlamak üzere işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Bu süre hak düşürücü süredir. Böyle bir durumda yani işçi başvurmazsa işveren sadece geçerli bir fesih bildiriminin ve geçerli feshin hukuki sonuçlarından sorumlu olur. Dolayısıyla işçi işe iade veya bunun doğurduğu çalışılmayan süreye ait 4 aya kadar ücret veya duruma göre işe başlatmama tazminatı haklarından yoksun kalır. Ancak alması gerekirken alamadığı ücret-ikramiye-yıllık izin ücreti, ihbar ve kıdem tazminatı için talepte bulunma hakkı vardır.

Yeniden işe başlamak için işçinin başvurusunun yazılı veya sözlü olması mümkündür. Ancak ispat kolaylığı bakımından noter vasıtasıyla yapılması uygun olur.

Yargılama sürerken işveren işçiyi geri çağırır ve işçide hemen işe başlarsa, işe iade kararına lüzum kalmayacak, ancak davaya devam edilecektir. Feshin geçersizliğine karar verilirse, sözleşme hiç feshedilmemiş gibi işlem görecektir ve sadece

¹³ Yargılama sürerken işçi işe başlatılırsa yargılama devam edip feshin geçersizliğine karar verilir. Ancak bu durumda işe iade gündeme gelmez. Bkz.: Yarg. 9. H.D., 02.02.2005 T., E.31715, K. 1889.

çalışılmayan sürenin 4 aya kadar olan kısmı için işçinin ücret ve sair haklarının ödenmesi gerekecektir.

A. İşveren İşçiyi İşe Başlatırsa

İşverenin iradesi bir aylık süre içinde işçiyi işe başlatmak yönünde olursa işçinin buna uyması gerekir. İşçi işverenin uygun davetini reddederse, bu kez sözleşme işçi tarafından feshedilmiş olur. İşçinin uygun bir şekilde işe davet edilip-edilmediği konusunda tereddüt olursa, uygun bir davet yapıldığını işveren ispatlamalıdır¹⁴.

Gerçek anlamda yeniden işe başlatma, işçinin fesih tarihindeki eski işine veya ona eşdeğer veya benzer bir işte çalıştırılmasıyla gerçekleşir. Farklı bir işyerinde veya farklı bir işte işe başlatma önerisini işçi kabul ederse sorun yoktur. Ancak işçi bunu kabul etmeyebilir. Böyle bir durum” işveren tarafından işe başlatmama olarak kabul edilmelidir.” Davet edilen işçi, mümkünse işverenin gösterdiği tarihte, bu mümkün olmazsa makul bir sürede işe başlamalıdır. Feshin geçersizliğine karar verilip, işveren bunu kabul edip işçiyi davet eder ve işçi yeniden işe başlarsa, sözleşme hiç kesilmemiş gibi baştan itibaren geçerli olarak devam eder¹⁵.

Kararın kesinleşmesine kadar, çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. Bu ödeme, işçinin işe yeniden başlatılmaması halinde de yapılacaktır. Çalışılmayan süre için ödenecek dört aylık ücretin hesabında, işçi çalışabilmiş olsaydı ne kadar giydirilmiş ücret alacak idiyse o kadar miktar hesaplanacaktır. İşçinin çalıştırılmadığı sürede başka bir işte çalıştığının veya bağımsız çalışma karşılığı kazanç sağladığının tespiti halinde, kazandığı miktarın dört aylık ücretten düşülmesi söz konusu değildir. Zaten sınırlı olan bir ödemeden mahsup yapılması işçinin korunması ilkesine aykırıdır.

İşçinin işe başlatılması halinde karşılaşılan bir sorun da mahsup yapılıp-yapılmayacağı hususudur. Eğer geçersiz sayılan fesihle birlikte işveren işçiye fesih bildirim sürelerine ait ücretleri peşin ödemişse, ayrıca kıdem tazminatını da ödemişse, fesih geçersiz sayıldığı için bunların ödenmesine neden olan koşullar ortadan kalkmış demektir. Bunun sonucu olarak, çalışılmayan süreler için dört aylık ücret vs. haklar tutarından bunların düşülüp (mahsup) kalan miktarın işçiye ödenmesi gerekir. Eğer dört aylık ücret tutarı işçiye peşin olarak ödenen miktarları (kıdem tazminatını) karşılamazsa bu sefer işçi aradaki farkı işverene geri ödemek zorundadır. İşçi mahsup hesabı sonucu işverene borçlu çıkarsa, aradaki farkı geri ödemede gecikme olabilir. İşçi

¹⁴ AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi... s.691.

¹⁵ AKTAY / ARICI / KAPLAN-SENYEN, İş Hukuku... s.202.

borcunu gecikerek de olsa ödeyecekse, elbette borca gecikme faizi eklenebilir. Ancak bu durumda gecikme, işverenin feshinin geçerli hale geldiği anlamına yol açmaz.

İşçi mahsup hesabı sonunda borçlu çıkar ve aradaki farkı hiçbir şekilde ödemeye yanaşmazsa, bu tutum yeni bir fesih için geçerli bir neden oluşturur.

B. İşveren İşçiyi İşe Başlatmazsa

Yargı kararının kesinleşmesinden sonra 10 günlük yasal sürede işçi işe yeniden dönmek için başvurursa da, işveren onu işe başlatmayabilir. İşverenin işe başlatmama iradesi, bunu açıkça ifade etmek, sessiz kalarak zimmen ifade etmek, işçinin kabul etmeyeceği aşikâr olan bir davet yapmak şeklinde olabilir. Bunlardan hangisi söz konusu olursa olsun işveren, işçiyi 1 ay içinde işe başlatmazsa:

1) 4 - 8 aylık ücret tutarında “işe başlatmama tazminatı” öder. Feshin geçersizliğine karar verildiğinde işverenin işe başlatmama ihtimali dikkate alınarak, mahkeme tarafından gerekçe göstererek bu tazminatın da miktarı belirlenir¹⁶.

Eğer fesih, işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetleri nedeniyle yapılmışsa, yahut işyeri sendika temsilciliği nedeniyle yapılmışsa, ödenecek işe başlatmama tazminatı işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz.

2) Kararın kesinleşmesine kadar çalışılmayan süre için işçiye en çok dört aya kadar ücret ve sair işçilik hakları ödenir.

3) İşe başlatılmayan işçiye fesih bildirim süresi verilmemişse veya fesih bildirim sürelerine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir. Ödenmesi gereken kıdem tazminatı ödenmemişse bu da ödenir.

Hemen belirtmelidir ki, çalışılmayan süreye ait ücretin hesabında giydirilmiş brüt ücret, işe başlatmama tazminatının hesabında ise brüt çıplak ücret dikkate alınacaktır.

4857 sayılı Kanun, yargılama sonucunda, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde ödenecek tazminatın miktarının da ilâmda belirtilmesi esasını getirmiştir.

¹⁶ Bkz.: Yarg. 9.H.D., 02.02.2005 T., E.31715, K.2889.

Böylece işe alınmayan işçinin bu konuda ikinci bir dava açarak zaman kaybına uğramasını ikinci bir masraf yapmasını engellemek amaçlanmıştır.

Son bir husus da çalışılmayan sürenin işçinin kıdemine ve sigortalılık haklarına etkisidir. İşçinin işe başlatılmaması halinde, başlatılmamanın kesinlik kazandığı ana kadar geçen süre, işe başlatılma halindeyse, başlatılma anına kadar geçen süre işçinin kıdemine dâhil edilmelidir. Sigortalılık süresi bakımından ise, çalışılmayan sürenin tamamı değil, sadece ücret ve sair işçilik haklarının ödendiği 4 aylık süre için sosyal sigorta primi kesilerek bu sürenin sigortalı hizmetten sayılması gerekir. Zira 4 ayı aşan çalışılmayan süre için ücret ödenmediğinden sigorta primi kesilmeyecektir.

C. İşe İade Davası Devam Ederken Ortaya Çıkan Bazı Gelişmelerin Sonuca Etkileri

1. İşçinin Davadan Vazgeçmesi

Feshin geçersizliği ve işe iade davası açan işçi, henüz kesin karar oluşmadan davadan vazgeçtiği takdirde, dava reddolunacaktır¹⁷.

2. İşçinin Emekli Olması

İşçinin emeklilik başvurusu ve emekliliği, sosyal güvenlik hukukunun bir konusudur. Feshin geçersizliği ve işe iade ise iş hukukunun konusudur. Dolayısıyla emeklilik için iş güvencesi imkânlarından vazgeçmek veya iş güvencesi yargılamasının sonucunu beklemek gerekmez. Ayrıca emeklilik ve emekli aylığına hak kazanmak ve hatta emekli aylığı alıyor olmak iş sözleşmesiyle çalışmaya devam etmeye engel değildir. Sosyal güvenlik destek primi ödeyerek veya emekli aylığını kestirmek suretiyle çalışmaya devam etmek mümkündür. Dolayısıyla fesih bildiriminden sonra, itiraz süresi içinde veya feshin geçersizliği davası açılıp yargılama devam ederken, işçinin emeklilik başvurusunu, sözleşmenin işçi tarafından feshi olarak değerlendirmek doğru olmaz¹⁸.

3. İşverenin İşçiyi Davet Ederek İşe Başlatması

İş güvencesi yargılaması devam ederken işverenin işçiyi davet etmesi, işçinin de bunu kabul edip işe başlaması davadan feragat edip etmemesine göre farklı sonuçlara yol açar. Davadan açıkça feragat edilmemişse, işverenin daveti yeni bir sözleşme için icap, işçinin kendi rızası ile işe başlaması ise kabuldür. Artık yeni bir

¹⁷ Bkz.: Yarg. 9.H.D., 29.03.2005 T., E.8808, K.10890.

¹⁸ Bkz.: Fevzi ŞAHLANAN, "İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi", TİD, Ekim 2005, s.39-40.

sözleşme kurulmuştur. Bu durumda dava devam edecek, işe iade dışındaki iş güvencesi haklarına karar verilebilecektir (Çalışılmayan süreye ait ücret vb.).

4. İşveren Tarafından Yapılan Daveti İşçinin Reddetmesi

Mevzuatımız incelendiğinde, yargılama devam ederken, işverenin davetini kabul etmeyi zorunlu kılan, davet kabul edilmezse iş güvencesi ile ilgili taleplerden vazgeçilmiş sayılacağını ifade eden bir düzenleme yoktur. İşçinin bu aşamadaki işe daveti kabul etmeyip, feshin geçersizliği ve işe iade kararını bekleyip bu aşamadan sonra işe dönmek istemesi de mümkündür. Zaten yargılama sürerken işverenin işçiyi daveti, eğer davette samimi ise, yaptığı feshin geçerli sebebe dayanmadığını kabullendiğini ve bir yerde pişmanlığını gösterir. Belki olsa olsa, ileride ödenecek çalışılmayan sürenin ücreti hesaplanırken, boşta geçen çalışılmayan sürenin bu davete kadar sayılması akla gelebilir¹⁹.

5. İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması

Kendisine yapılan fesih bildiriminden sonra, itiraz süresi içinde veya yargılama devam ederken işçi başka bir işverenin yanında çalışmaya başlarsa, hatta serbest çalışarak kazanç elde ederse bile, bu durum iş güvencesi haklarından ve davadan vazgeçmesi olarak yorumlanmamalıdır. Bir kere davayı kazanıp kazanamayacağı henüz belli değildir. Davayı kazandığı takdirde, süresinde işe geri dönmek için başvurduğunda işverenin onu işe geri alıp almayacağı belli değildir. Elbette davayı kazansa bile, ileride gerçekleşecek aşamada işe geri dönmek için başvurup başvurmamak, işe başlaması için davet yapılırsa başlayıp başlamamak, eski işyerinde çalışıp çalışmamak işçinin kendi bileceği işlerdir. Ancak işçi bu kararların sonucuna da kendisi katlanacaktır.

Kısacası işçinin feshe itiraz hakkı bu nedenle ortadan kalkmaz. Dava açılmışsa da yargılama bu yolda bir tespit nedeniyle sona ermez ve devam eder. Çünkü işçinin uygun bir yeni iş fırsatını her zaman bulması mümkün değildir. Ayrıca bu süredeki kazancı da en çok dört aya kadar çalışılmayan sürenin ücreti tutarından mahsup da edilemez²⁰.

6. İşyeri Kapanması

İşyeri kapanmasının kesin ve sürekli olması durumunda ve kapanma hukuka uygun ise, işe iade ve işe başlama imkânsız hale gelmiştir. Artık çalışılabilecek bir işyeri yoktur. İşe iade kararı verilemez. Ancak yargılama devam etmeli ve

¹⁹ Yarg. 9.H.D., 18.12.2006 T., E.26675, K.33403.

²⁰ Yarg. 9. H.D., 06.06.2006 T., E.942, K.2409.

çalışılmayan süreye ait ücret vb. haklar (4 aylık tutarı geçmemek üzere işçiye ödenmelidir).

7. İşçinin Ölmesi

Yasal itiraz süresi içinde işçi ölürse mirasçıları onun yerine dava açamaz. Yargılama sırasında işçi ölürse iş ilişkisinin kişiselliği nedeniyle işe iade mümkün olamaz. İşe başlatmama tazminatı ve çalışılmayan süreye ilişkin ücret vs. haklar da ödenmez. Yargılama sonucuna göre yargılama masraflarının kime yükleneceği ortaya çıkar.

Ancak fesih bildiriminden sonra işçi itiraz süresi içerisinde dava açarak feshin geçersizliğine ve işe iadeye dair kesin kararı aldıktan sonra 10 iş günlük başvuru süresi içinde veya süresinde bu başvuruyu da yaptıktan sonra işverene tanınan 1 aylık sürede henüz işveren kararını vermeden ölürse ne olacaktır? Elbette işe iade ve işe başlama imkânsız hale gelmiştir. Ancak feshin geçersizliğine kesin olarak karar verilmiş olduğuna göre, “iş sözleşmesi ölüm gerçekleşene kadar devam etmiştir” şeklinde değerlendirilmelidir. Çünkü işçi, kendi üzerine düşen yapması gereken her şeyi yapmış, işe başlamak için işverene başvurmuş ve böylece çalışılmayan sürenin 4 ayına kadar kısmı için ücret vb. haklarını hak etmiş ve ondan sonra ölmüştür. Bu durumda mirasçılarına çalışılmayan sürenin en son 4 aya kadarlık kısmı ödenmelidir.