

İŞÇİNİN FESHE KARŞI KORUNMASI (İŞ GÜVENCESİ YASASI)

Yrd.Doç.Dr. Mustafa ALP*

GİRİŞ

İş Güvencesi dar ve geniş anlamda iş güvencesi olarak iki farklı anlam taşır: Geniş anlamda iş güvencesi, işçinin işten çıkarılmasını güçleştiren önlemler yanında işten çıkarma sonucu doğan zararları telafi edici tüm önlemleri de içerir. Örneğin, bildirimde bulunma ve buna bağlı yükümlülükler ile kıdem tazminatı da geniş anlamda iş güvencesi önlemleridir. Dar anlamda iş güvencesi ise, işçinin feshe karşı korunmasıdır. Bu koruma işverenin fesih hakkının geçerli bir sebep gösterme koşulu ile sınırlanması anlamına gelir. Bu durumda hizmet akdinin işveren tarafından feshi yargı denetimine tabi olur ve işverenden geçerli sebebi göstermesi ve ispatlaması beklenir. Geçerli sebebin olmaması durumunda da işçiye işe iade veya tazminat ödenmesi şeklinde bir güvence sağlanır¹. İşçinin feshe karşı korunmasının uluslararası hukuktaki dayanağı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 22 Haziran 1982 tarih ve 158 sayılı "Hizmet Akdinin İşveren tarafından Feshi Hakkındaki Sözleşmesi" dir. 158 sayılı sözleşme, hizmet akdinin işveren tarafından feshinde geçerli bir sebep gösterilmesi zorunluluğu getirmekte, işçiye itiraz imkanı tanımakta ve geçersiz feshin sonuçlarını düzenlemekte, toplu işçi çıkarmalarda izlenecek

* DEÜ Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Kutal**, Metin: "İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2002, s.16; karşı: **Ekonomi**, Münir: "Genel Değerlendirme", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2002, s.374 vd.; **Uçum**, Mehmet: "Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması", s.165, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2002

usulü belirlemekte; özetle bir feshe karşı koruma sistemi öngörmektedir². Ülkemiz, 1994 yılında 158 sayılı sözleşmeyi onaylamış ve böylece mevzuatını sözleşmede öngörülen esaslara uygun hale getirmek yükümlülüğü altına girmiştir.

4773 sayılı “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³” ile bu yükümlülük yerine getirilmektedir. Bu Yasa ile İş Kanununa eklenen 13A, 13B, 13C, 13D ve 13E maddeleri ile işverene akdin feshinde “geçerli bir sebebe” dayanmak yükümlülüğü getirilmekte ve bu yükümlülük bir yargı denetimi ve feshin geçersizliği sonucu ile kuvvetlendirilmektedir. Ayrıca İş Kanununun 24. maddesinde yapılan değişiklik ile toplu işçi çıkarmalar için geçerli özel güvenceler öngörülmektedir. Bu çalışmanın amacı, 4773 sayılı Yasa ile gerçekleştirilen tüm değişiklikleri değil, sadece feshe karşı korunma konusu ile sınırlı olarak getirilen düzenlemeleri 158 sayılı sözleşme hükümleri ile de karşılaştırarak incelemek ve uygulamada tereddüt yaratabilecek konulara dikkat çekip onları açıklamaya çalışmaktır. Bunu yaparken sırasıyla, feshe karşı korunmanın uygulama alanı (kapsamı), geçerli sebep kavramı, akdin feshinde usul, fesih bildirimine itiraz ve yargılama, geçersiz feshin sonuçları ve toplu işçi çıkarma ile sendikal güvence konuları ele alınacaktır. Ayrıca, İş Kanunu Ön Tasarısında konuyla ilgili düzenlemelere de yeri geldikçe değinilecektir.

I. FESHE KARŞI KORUNMANIN KAPSAMI

İş Kanununun 13A maddesi, 4773 sayılı Yasanın diğer maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, feshe karşı korunmanın uygulanmasının aşağıdaki beş koşula bağlı tutulduğu görülmektedir:

² **Ulucan**, Devrim: “158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye’nin Uyumu”, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara, 1997, s.157; **Ekonomi**, Münir: “Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışları”, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul, 1997; **Soyer**, Polat: “158 sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2002, s.271.

³ RG 15.8.2002 Sa. 24847

1. Hizmet akdinin İş Kanunu veya Basın İş Kanununa tabi olması
2. Hizmet akdinin belirsiz süreli olması
3. İşyerinde işverene bağlı en az 10 (tarım işletmelerinde en az 51) işçinin çalıştırılması
4. İşçinin asgari altı aylık kıdemi olması
5. İşçinin işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili olmaması

Bu koşullara uygun olarak, feshe karşı korunmanın kapsamı ve istisnaları, hizmet akdinin tabi olduğu kanuna ve hizmet akdinin türüne, hizmet akdinin sona erme şekline, işçi sayısına, işçinin kıdemine ve işyerindeki statüsüne göre incelenebilir.

1. Tabi Olunan Kanuna Göre Kapsam

Feshe karşı korunma, ayrı bir yasa şeklinde değil, İş Kanununa eklenen maddeler ile düzenlenmektedir. Bu nedenle, özel iş yasalarına tabi olanlar ile İş Kanununun uygulama alanı dışında kalanlar için fesih serbestisi ilkesi geçerli kalmaktadır. Bu düzenleme tarzı, tüm işkolları için geçerli düzenlemeler yapılmasını buyuran 158 sayılı sözleşmenin 2. maddesine uygun görünmemektedir⁴. Bununla birlikte, 4773 sayılı Yasaya sonradan eklenen 11 ve 12. maddeler ile feshe karşı korunmanın kapsamı iki yönde genişletilmektedir: Birinci değişiklik büyük tarım işletmelerinin İş Kanunu kapsamına alınması olmuştur. Yasanın 11. maddesi ile İş Kanununun uygulanmayacağı işleri sayan 5. maddenin 1. fıkrasının 2. bendindeki “*tarım işlerinde*” ifadesi “*50’den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım işlerinin yapıldığı işyerlerinde*” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece 50’den fazla işçi çalıştıran tarım işyerleri ve bu işyerlerinde çalışanların hizmet akitleri İş Kanununa tabi olmakta ve buralarda çalışan tarım işçileri feshe karşı korumadan yararlanmaktadır. İkinci değişiklik ise basın çalışanlarına yöneliktir. 5953 sayılı Basın İş Kanununun 6. maddesine eklenen bir fıkra ile 1475 sayılı İş Kanununun 13A ve devamı maddeleri hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması öngörülmektedir. Böylece basın çalışanları da feshe karşı korunma kapsamına alınmaktadır. Bu durumda hizmet akitleri İş

⁴ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.84; **Soyer**, s.291.

Kanununa ve Basın İş Kanununa tabi olmayan çalışanlar kapsam dışı kalmaktadır. Halbuki, işkolunun özelliklerine uygun bazı sınırlamalar yapılarak örneğin, deniz ve hava taşımacılığında çalışanların da iş güvencesi kapsamına alınması düşünülebilirdi⁵.

2. Hizmet Akdinin Türüne Göre Kapsam

Hizmet akdinin türüne göre getirilen ikinci istisna ise, belirli süreli hizmet akitlerinin kapsam dışı tutulmasıdır. İş K. md. 13A f.1'de açıkça, "belirsiz süreli hizmet akdini" fesheden işverenin geçerli bir sebep göstermek zorunda olduğu belirtilmekte, 4773 sayılı Yasanın gerekçesinde de belirsiz süreli hizmet akitlerinin feshine karşı koruma getirildiği ifade edilmektedir. Belirli süreli hizmet akitlerinin en önemli özelliği kural olarak bu akitlerin süre dolmadan fesih bildirimini ile sona erdirilememesidir. Bu bakımdan, belirli süreli hizmet akitlerinin feshe karşı koruma kapsamı dışında bırakılması doğaldır⁶. Belirli süreli hizmet akitlerini uygulama alanı dışında bırakmak 158 sayılı sözleşmeye de uygundur (md.2 b.2-a). Bununla birlikte yine 158 sayılı sözleşme belirli süreli hizmet akdi yapma imkanının kötüye kullanılmasına karşı daha etkili önlemler alınmasını buyurmakta (md.2 b.3) ve sözleşmenin uygulanmasına yönelik öneriler içeren ILO'nun 166 sayılı tavsiye kararı bu önlemleri somutlaştırmaktadır (md. 3 b.2). Bu önlemler, belirli süreli akitlerin ancak objektif haklı bir neden varsa yapılabilmesi, aksi takdirde akdin belirsiz süreli sayılması ve haklı bir neden olmadıkça yenilenen belirli süreli hizmet akitlerinin belirsiz süreli hizmet akitlerine dönüşeceğinin kabul edilmesidir⁷.

3. Hizmet Akdinin Sona Erme Şekline Göre Kapsam

İş güvencesi, işçinin işveren tarafından hizmet akdinin feshedilmesi yani tek taraflı olarak sona erdirilmesine karşı korunmasıdır. Bu nedenle, hizmet akdinin diğer sona erme şekillerinde feshe karşı korunma hükümleri uygulama alanı bulmazlar. Belirli süreli hizmet akitleri kapsam dışı olduğu

⁵ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.85, 93.

⁶ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.89; **Demir**, Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İş Güvencesi Yasası ile Yeniden Düzenlenmiş 2. Baskı, İzmir, 2002, s.104.

⁷ **Güzel**, Ali: "İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2001, s.29; **Soyer**, s.276.

için, süresi dolan belirli süreli hizmet akdinin işveren tarafından yenilenmemesi, feshe karşı korumanın konusu olmayacaktır. Tarafların anlaşarak akdi sona erdirmesi durumu da kapsam dışıdır.

İşçi tarafından hizmet akdinin sona erdirilmesi de iş güvencesinin kapsamı dışındadır. Hizmet akdinin sona ermesi işveren tarafından gerçekleşmiyor, tam aksine işçinin iradesine dayanıyor ise, işçinin feshe karşı korunmasından söz edilemez. Fakat uygulamada ortaya çıkabilecek bazı olaylarda feshe karşı koruma hükümlerinin dolanılmasını engellemek için önlem almak gerekebilir. Geçersiz feshin sonuçlarından kurtulmak isteyen işveren, işçinin hizmet akdini feshetmek yerine, hukuka ya da ahlaka aykırı davranışları ile işçiyi hizmet akdini feshetmeye zorlayabilir. Örneğin, işçiyi sağlıksız ve tehlikeli koşullarda çalıştırabilir, ona veya ailesine zarar verici ya da ahlaka aykırı davranışlarda bulunabilir yahut ücretini ödemez ya da çalışma koşullarını işçi aleyhine değiştirir. Bu ve benzeri durumlarda gerçi İş K. md. 16, haklı nedenlere dayanarak işçiyi hizmet akdini derhal feshetmek hakkını tanımaktadır. Fakat haklı nedenle fesih hakkını kullanan işçi, işveren tarafından hizmet akdinin geçerli neden olmadan feshi halinde İş K. md. 13D uyarınca elde edeceği tazminattan yoksun kalır ve böylece iş güvencesi kağıt üzerinde kalmış olur. Bu nedenle kötüniyetli işverenlerin işçi açısından haklı fesih nedeni teşkil eden, özellikle İş K. 16/II'de sayılan davranışlarla kasıtlı olarak işçiyi feshe zorlaması durumuna engel olunmalıdır⁸. Bunun için alınabilecek önlem, mahkemelerin İş K. 18/II'ye göre hükmedeceği tazminatın, geçersiz fesih nedeniyle İşK. 13D uyarınca hükmedilecek tazminattan daha az olmaması şeklinde olabilir. Özellikle iş koşullarının işveren tarafından tek taraflı değiştirilmesi durumu için ise, Alman Hukukundaki "*değişiklik feshi (Änderungskündigung)*" kurumunun feshe karşı koruma ile birlikte mevzuatımıza eklenmesi uygun olabilir. Bu durumda işveren, işçiyi çalışma şartlarında değişiklik teklifini bir fesih bildiri ile birlikte yapmak zorunda kalacaktır. Değişiklik teklifinin işçi tarafından reddinin sonucu, hizmet akdinin işveren tarafından feshi olacağı için, işçi yine feshe karşı korumadan yararlanabilmektedir⁹. İş Kanunu Ön Tasarısının 23. Maddesi ile buna benzer bir kurumun öngörüldüğü görülmektedir.

⁸ **Süzek**, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976, s.29; s.121; **Taşkent**, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981, s.126.

⁹ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, Tartışmalar, s.116.

İşverenin hizmet akdine ne şekilde son verdiği ise, feshe karşı korumanın uygulanması bakımından önemli değildir. İşverenin, İş K. md. 13 uyarınca süreli fesih bildiriminde bulunduğu hallerde olduğu gibi, haklı nedenle derhal fesih bildiriminde bulunduğu durumlarda da işçi feshin iptali için dava açabilecektir. 4773 sayılı Yasa ile İş K. md. 17'ye eklenen bir fıkra ile, işçinin feshin bu maddede öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile İş K. 13, 13A ve devamına göre yargı yoluna başvurabileceği öngörülmektedir. Kanunun gerekçesine göre, böylece haklı nedenle derhal fesih hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçilmektedir.

Aynı şekilde, işverenin hizmet akdini feshederken bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek akdi feshetmesi de, feshe karşı koruma hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir (İş K. md. 13 f. 6).

4. İşyerindeki İşçi Sayısına Göre Kapsam

İş K. md. 13A'ya göre, akdin feshinde geçerli sebep gösterme zorunluluğu "*on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde*" geçerlidir. Bu durumda, işyerinde çalışan işçi sayısı, feshe karşı korumanın uygulama alanını belirlemede önemli bir ölçüt olmaktadır. İşyerinde çalışan işçi sayısının dokuz veya daha az olduğu işyerlerinde, işverenin fesih serbestisi sürmektedir. Tarım işletmelerinde ise feshe karşı korunma ancak çalışan sayısı elliden fazla olduğunda uygulama alanı bulacaktır (4773 sayılı Yasa ile değişik İş K. md. 5 f. 1 b.2).

Küçük işletmelerin kapsam dışı tutulması yabancı hukuklarda da örneği görülen ve 158 sayılı sözleşmede de imkan tanınan bir uygulamadır (md. 2 b. 5)¹⁰. Buna küçük işletmelerin özel koşulları gerekçe gösterilmektedir. Küçük işletmelerde işveren ve işçiler arasında şahsi ilişkiler genellikle büyük ölçekli işletmelere göre daha yoğundur. Ayrıca, küçük işletmelerin feshe karşı koruma ile eklenen mali yükü kaldırabilmeleri de daha zor olmaktadır. Bu şartlar altındaki küçük işletme sahibinin kapsam dışı tutulması yerindedir¹¹. Ancak kapsam dışı küçük işletmenin belirlenmesinde hem ülkenin şartlarına uygun, hem de mümkün olduğunca az işçiyi kapsam dışı bırakan bir ölçütün belirlenmesi gerekir. Örneğin, Almanya'da beş ve daha az işçi çalıştıran

¹⁰ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.86; **Soyer**, s.273.

¹¹ **Hueck/v. Hoyningen-Huene**, KSchG § 23 Rn. 19; **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.85.

işyerleri kapsam dışı tutulurken, Fransa'da bu sayı ondur¹². İtalya'da ise, bu sayı işkoluna göre beş ila otuz beş arasında değişmektedir¹³. Ülkemizde ise küçük işletmelerin yaygın olduğu, ondan az işçi çalıştıran işyerlerinin büyük çoğunlukta olduğu bilinmektedir. Bu durumda işyeri büyüklüğü açısından işçi sayısının örneğin 5 yerine 10 olarak belirlenmesi çok sayıda işçinin feshe karşı korunma kapsamı dışında bırakılması sonucunu verecek ve iş güvencesinin çalışma hayatındaki etkisini önemli ölçüde azaltacaktır¹⁴. Ülkemizde kayıt dışı işletmelerin varlığı da bilinen bir olgudur. Ondan az işçi çalıştıran işletmelerin kapsam dışı bırakılması, bu duruma engel olmak yönünde kaçırılmış bir fırsat olarak görülebilir¹⁵.

Feshe karşı korumanın, asgari on işçi koşuluna bağlanması, uygulamada bazı sakınca ve tereddütler yaratabilir. İlk sakınca, işverenlerin işyerlerini bölerek kapsam dışı kalmaya çalışmalarındadır. İş Kanunu Ön Tasarısının İş K. md.13A'ya karşılık gelen 19. maddesinin son fıkrasına eklenen bir cümle ile işçi sayısı konusunda feshe karşı korumanın kapsamı genişletilmekte ve bu tehlikenin de önüne geçilmektedir. Buna göre, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenecektir. Tasarı hiç veya bu şekilde yasalaşmaz ise, işverenin aynı işkolunda faaliyet gösteren diğer işyerlerinin işçi sayısının hesabında dikkate alınıp alınmayacağı tereddüt yaratabilir. Kanaatimce, öğreti ve yargı tarafından geliştirilen ilkelere uygun olarak, mali ve teknik açılardan bağımsız bir organizasyon niteliği taşımayan yerleri ayrı bir işyeri olarak saymamak ve buralarda çalışan işçileri de hesaba katmak yerinde olur¹⁶.

İkinci bir olasılık ise, toplam olarak ondan fazla sayıda personelin çalıştığı bir işyerinde, bu işçilerin farklı işverenlere bağlı olması ve her bir işverene bağlı olan işçi sayısının dokuzu aşmaması sonucunda işçilerin

¹² **Güzel**, İş Güvencesi, s.26.

¹³ **Alpagut**, Gülsevil: "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2002, s.86.

¹⁴ **Soyer**, s.274, 292; **Uçum**, s.240; **Güzel**, İş Güvencesi, s.19; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku (Genel Esaslar-İş Akdi), İstanbul, 2002, s.608.

¹⁵ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.86; **Soyer**, s.274; **Törtüner**, Mete: "İşsizlik-İş Güvencesi ve İşsizlik Sigortası", Akdin Feshinde Yargı Denetimi Sempozyumu, Ankara, 1992, s.150

¹⁶ **Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2000, s.52; **Narmanhoğlu**, Ünal: Ferdi İş İlişkileri I, İzmir, 1998, s.125; **Süzek**, İş Hukuku, s.180.

kapsam dışı kalabilmesidir. Bu durum iki şekilde ortaya çıkabilir: İşyerindeki bazı işler bir alt işverene (aracı, taşaron) bırakılmış olabilir veya ödünç iş ilişkisi sözkonusu olabilir. Birinci olasılıkta, alt işveren ayrı bir işverendir; asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında hizmet ilişkisi kurulmamaktadır¹⁷. Buna dayanarak, alt işverenin işçileri ile asıl işverenin işçilerinin, işyerinde çalışan işçi sayısının hesabında birlikte değil, ayrı ayrı dikkate alınması gerektiği savunulabilir. Gerçi, Madde 13A “*on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde*” ifadesi ile feshe karşı korumanın işveren ya da hizmet ilişkisine değil, işyeri esasına bağlandığı izlenimini vermektedir. Fakat, feshe karşı koruma kapsamının belirlenmesinde işyeri esas alınsa bile, işverene bir hizmet akdi ile bağlı olmayan kişilerin de işçi sayısının hesabına dahil edilmesi hukuk mantığına aykırı sonuçlar verebilir. İşveren, başka bir işverenin işçisine karşı, o işçi kendi işyerinde çalışsa da fesih bildiriminde bulunamaz. Feshe karşı korumanın da fesih işleminin, yani hizmet akdinin tarafları ile sınırlı kalması doğru ve tutarlı olur. Zira işverenin hizmet akdini feshedemeyeceği işçilerin, o işveren bakımından feshe karşı korunması düşünülemez. Bu nedenle alt işveren işçilerinin, çalışan sayısının hesabında dikkate alınmaması yerinde olacaktır. Bununla birlikte feshe karşı koruma hükümlerinin etkisinden kurtulmak amacı ile asıl işverenin işçilerinin bir kısmının alt işverenin işçisi gibi gösterilmesi suretiyle bu işçilerle asıl işveren arasındaki hizmet akdinin gizlenmesi söz konusu ise, bu işçileri asıl işverenin işçisi olarak kabul etmek ve hesaplamada dikkate almak yerinde olacaktır¹⁸.

Ödünç iş ilişkisinde ise, çeşitli ayırımlara göre farklı sonuçlara ulaşmak mümkün olabilir. Ödünç iş ilişkisinde, işçi işveren tarafından (ödünç veren) başka bir işverenin (ödünç alan) hizmetinde çalıştırılmaktadır. İşin ifasını isteme ve talimat hakkı bu ilişkide, alt işverenlikten farklı olarak ödünç alan işverene geçmektedir. Ödünç iş ilişkisi iki şekilde ortaya çıkabilir: Birinci olasılıkta, işçi yanında çalıştığı işveren tarafından geçici bir süre için başka bir işverenin emrine verilmektedir. Bu durumda işçi ile ödünç veren işveren arasındaki hukuki bağ devam ettiği ve ödünç verme geçici olduğu için, işçi hangi işyerinde çalışırsa çalışsın, ödünç veren işverenin işyerinde hesaba katılacak, ödünç alan işverenin işyerinde ise geçici işçi olduğu için işçi sayısının hesabında dikkate alınmayacaktır. İkincisinde ise, işçi başka

¹⁷ Çelik, s.46; Narmanhoğlu, s.111; Canbolat, Talat: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkileri, İstanbul, 1992, s.16.

¹⁸ bkz. Canbolat, s.30.

işletmelere işçi temin etmeyi meslek edinmiş işveren tarafından sırf ödünç verilmek üzere işe alınmaktadır, ki bu durum daha çok iş aracılığına benzemektedir. Bu durumda, özellikle de ödünç verme ilişkisinin geçici sayılmayacak bir süre devam etmesi halinde, ödünç alan işvereni gerçek işveren olarak kabul etmek ve ödünç verilen işçileri onun işyerindeki işçi sayısının hesabında dikkate almak daha uygun olur¹⁹.

Diğer bir sorun ise, kısmi süreli çalışan işçilerin durumudur. Örneğin, tam süreli çalışan işçiler ile kısmi süreli çalışan işçilerin bir arada bulunduğu bir işyerinde ancak kısmi süreli çalışanların eklenmesi ile 10 işçi mevcuduna ulaşılmış halde, kısmi süreli çalışanlar da dikkate alınacak ve feshe karşı korunma uygulanacak mıdır? Yasada bu konuda olumsuz her hangi bir hüküm yer almadığına göre, kanaatimce kısmi süreli çalışanların da hesaba dahil edilmesi ve feshe karşı korunması gerekir²⁰. Mevsimlik ve sezonluk çalışan işyerlerinin işçileri için de aynı çözümü benimsemek mümkündür. İş Kanununa eklenen 13A ve devamı maddelerinde hiçbir şekilde mevsimlik olarak çalışan, yani her yılın belli bir döneminde aynı işi görmeye devam eden işyerlerini ve bu işyerlerinin işçilerini kapsam dışında tutan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçiler de, diğer şartları mevcut ise, feshe karşı korumadan yararlanacaklardır²¹.

İşçi sayısının hesabında akla gelebilecek bir başka soru da, aynı işyerinde ve aynı işverene bağlı olarak çalışmakla birlikte, yasanın açıkça iş güvencesi kapsamı dışında tuttuğu işçilerin, işçi sayısının hesabında dikkate alınıp alınmayacakları konusudur. Bu durumdaki işçiler, aynı işyerinde belirli süreli hizmet akdi ile çalışan işçiler, altı aydan daha az kıdemli işçiler ve işletmenin bütününe idare eden işveren vekilleridir. İş K. md. 13A uyarınca, bu işçiler feshe karşı korumadan yararlanamamaktadırlar. Kanaatimce, bu

¹⁹ **Engin**, Murat: “Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul, 2002, s.118, 127; **Hueck/v. Hoyningen-Huene**, KSchG, § 1 Rn. 39

²⁰ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.88; Alman hukukunda kısmi süreli çalışanlar her durumda iş güvencesinden yararlanmakla birlikte, işyerindeki işçi sayısı hesaplanırken, kısmi süreli işçiler haftalık çalışma sürelerine orantılı şekilde dikkate alınmaktadırlar. Buna göre, haftalık çalışma süresi 20 saati aşmayan kısmi süreli işçiler 0.5, 30 saati aşmayanlar ise 0.75 oranında dikkate alınırlar. (KSchG § 23 S.3)

²¹ karşı. **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.87.

işçiler, kendileri iş güvencesi kapsamı dışında kalsalar da, işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınacaklardır. Önemli olan, işverenle hizmet ilişkisi içinde olan en az on işçinin aynı işyerinde çalışmasıdır; bu işçilerin iş güvencesi kapsamı dışında tutulmuş olmaları, onların hukuki durumunu belirler fakat diğer işçilerin iş güvencesinden yararlanmasına engel teşkil etmez. Alman hukukunda da, işverenle arasında hizmet akdi olan işyerindeki tüm işçilerin, iş güvencesinden yararlanmalar da, işçi sayısının hesabında dikkate alınacakları kabul edilmektedir²².

5. İşçinin Kıdemine Göre Kapsam

Feshe karşı korunmanın kapsamına yönelik sınırlamalar bununla bitmemektedir. İş K. md. 13A uyarınca, “*en az altı aylık kıdemi olan...bir işçinin*” hizmet akdinin feshinde geçerli sebep gösterilmek zorundadır. Bu durumda, altı aylık bir kıdem süresini doldurmamış olan işçilerin hizmet akitlerini herhangi bir sınırlama olmaksızın feshetmek mümkündür. 158 sayılı sözleşmede de, süresi önceden ve makul olarak belirlenmek kaydı ile, deneme süresi içinde bulunan veya adaylık dönemine tabi olan işçilerin uygulama alanı dışında bırakılabileceği kabul edilmektedir (md. 2 f.2 b.2). Yabancı hukuk sistemlerinde de altı ay ila iki yıl arasında değişen bir bekleme süresine rastlanmaktadır²³. Ülkemizde altı aylık sürenin benimsenmiş olması ise makul görünmektedir²⁴.

İş K. md. 13A'nın son fıkrası ile altı aylık kıdem konusuna açıklık getirilmekte, bu sürenin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edileceği ifade edilmektedir. Bu durumda, işçinin son işyerinde altı ay çalışmış olması aranmayacak, aynı işverene tabi olarak, farklı işyerlerinde de olsa toplam altı ay çalışmış olması yeterli görülecektir. İşyeri devirleri halinde devralan işveren karşısında kıdemli işçinin durumunun ne olacağı konusunda ise yasada bir açıklık bulunmamaktadır²⁵. Kanaatimce, hizmet akdinde işverenin şahsından ziyade işyerine bağlılık ilkesinin ve işyerinin devri halinde hizmet akitlerinin yeni işverenle devam edeceği esasının feshe karşı koruma bakımından da benimsenmemesi için bir neden

²² Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG § 23, Rn. 25

²³ Alpagut, s.87.

²⁴ Soyer, s.275; aksi görüşte, Ekonomi, Yeni Model Arayışı, s.89.

²⁵ Uçum, s.217; Güzel, İş Güvencesi, s.28.

yoktur²⁶. Bu durumda da, işçinin işyerinde altı aylık kıdemini yeni işverene karşı geçerli olacağını ve korumadan yararlanacağını kabul etmek gerekir. Daha açık bir düzenleme ise, İş Kanunu Ön Tasarısının “işyerinin veya bir bölümünün devri” başlıklı 6. maddesinde yer almaktadır. Maddenin (a) bendine göre, iş sözleşmeleri devir tarihinde bütün hak ve borçlar ile birlikte devralana geçmekte; yani devralan yeni işveren hizmet akdine dahil olmakta ve işçinin önceki kıdemi yeni işverene karşı da geçerli kalmaktadır. Maddenin (ç) bendinde de açıkça, devreden veya devralan işverenin hizmet sözleşmesini işyerinin devri gerekçesi ile feshedemeyeceği öngörülmektedir. Tasarının Avrupa Birliğinin “İşletme, İşyeri veya İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde İşçilerin Haklarının Korunması Hakkında Üye Ülkelerin Hukuki Düzenlemelerinin Uyumuna İlişkin” Yönergesine uygun olan bu hükümlerinin yasalaşması halinde bu konu hakkında her hangi bir tereddüt kalmayacağı açıktır²⁷.

Altı aylık kıdem, fesih bildiriminde bulunulduğu anda tamamlanmış olmasını aramak yerinde olur. Fesih bildirim süresi sonunda altı aylık kıdeme ulaşılması yeterli görülmemelidir. Zira feshe karşı korumadan yararlanan işçiler, fesih bildiriminin ulaşma anında işverenin yanında en az altı ay çalışmış olan işçilerdir.

6. İşçinin Statüsüne Göre Kapsam

İş K. md. 13A uyarınca, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili niteliğinde olan işçiler, iş güvencesinden yararlanamayacaklardır. Yasanın, Sendikalar Kanununun 2. maddesindeki işveren vekili tanımına paralel ifadesi karşısında, işveren vekili kavramının burada da dar tutulduğu açıktır. Bu nedenle, işletmenin bütününe yönetmek niteliğini kazanmadıkça, işveren vekilleri feshe karşı korumadan yararlanacaklardır. Bu nitelikteki üst kademe işveren vekillerinin işverene olan yakınlıkları ve işletmedeki konumlarının önemi nedeni ile, işverenin bu kişilerin hizmet akitlerini feshederken geçerli bir sebep göstermesi beklenmemektedir²⁸. 158 sayılı sözleşme de, özel istihdam şartları açısından sınırlı kategorilerin tamamen

²⁶ **Güzel**, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987, s.284, 297, 314; **Süzek**, İş Hukuku, s.187 vd.

²⁷ **Eyrenci**, Öner: “Avrupa Birliği Hukukunda İş İlişkisinin Sürekliliğinin Korunması”, Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Ankara 1997, s.183, 187, 190, 192.

²⁸ **Demir**, s.104.

veya kısmen kapsam dışı tutulmasına imkan vermekte (md. 2 f. 2 b. 5), yabancı hukuk sistemlerinde de bu yönde düzenlemelere rastlanmaktadır²⁹.

II. GEÇERLİ SEBEP KAVRAMI VE KÖTÜNİYET TAZMİNATI

Yeni yasal düzenleme ile kötüniyet tazminatı ortadan kalkmamakta, 13A maddesinin birinci fıkrası uyarınca feshe karşı korunma kapsamı dışında kalan işçilerin (ondan az işçi çalıştıran işyerlerinin işçileri, kıdemi altı aydan az olan işçiler ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri) hizmet akitlerinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim sürelerine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödenmesi öngörülmektedir (İş K. 13/son). İş K. 13'ün son fıkrasına eklenen bir cümle ile de, öğreti ve Yargıtay arasında görüş ayrılığı yaratan bir konuda tartışma sona erdirilmekte, ihbar tazminatının kötüniyet tazminatı yanında ayrıca ödeneceği belirtilmektedir.

Geçerli sebep kavramının içeriği açıklanırken belirli bir ölçüde kötüniyetli fesih kavramından yararlanmak mümkündür. Zira fesih hakkı kötüye kullanılmış ise, zaten geçerli bir sebep de mevcut değildir. Hatta bazı somut durumlarda kötüniyetli fesih ile geçerli sebebe dayanmayan fesih denetimi, sadece feshe maruz kalan işçiye göre ayırt edilecektir. Nitekim, 13. maddenin eski halinde kötüniyetli feshe örnek olarak gösterilen, işçinin sendikaya üye olması ve şikayete başvurusu durumları artık fesih için geçerli bir sebep oluşturmayan haller başlığı altında İş K. 13A f.2'de sayılmaktadırlar. Kötüniyet tazminatıyla ilgili düzenlemede artık açıkça yer almasa da, örneğin şikayete başvurma nedeni ile hizmet akdinin feshinin kötüniyetli fesih olduğu kuşkusuzdur. 13A maddesinin kapsamına giren işçiler için bu kötüniyetin varlığı, her durumda geçerli bir sebebin olmadığı sonucunun kabul edilmesini gerektirecektir. Feshe karşı korunma kapsamındaki işçilerin hizmet akitlerini şikayet nedeni ile fesheden işveren onları işe geri almak ya da altı ay ila bir yıllık ücret tutarında tazminatı ödemek zorunda kalacaktır. Eğer aynı nedenle kötüniyetli olarak hizmet akdi feshedilen işçiler 13A maddesinin kapsamı dışında kalıyorsa, bu durumda işveren onları işe geri almak zorunda değildir, sadece ihbar tazminatının üç katı kadar kötüniyet tazminatına mahkum edilecektir.

²⁹ Alpagut, s.87, 88.

İş K. 13A maddesinin 2. fıkrasında, geçerli bir sebep oluşturmadığı özellikle kesin olan hususlar 6 bend halinde sayılmakta, böylece bu gerekçelerle feshin geçersizliğine dair bir kanuni karine oluşturulmaktadır. Bunların ilk beş tanesinin aynı zamanda kötünietli fesih oldukları, eğer bu şekilde feshe maruz kalan işçi kapsam dışı ise, sadece kötüniet tazminatı alacağı açıktır³⁰. Bu hususlar; a) Sendika üyeliği ve sendikal faaliyete katılma, b) İşyeri sendika temsilciliği yapmış olma, yapma veya aday olma, c) İşveren aleyhine şikayet yoluna başvurma ve hak arama, d) Irk, renk, cinsiyet, medeni durum, aile yükümlülükleri, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik ve sosyal köken ve e) Kadın işçinin 70 Madde uyarınca çalışmasının yasak olduğu dönemde çalışmamasıdır.

Maddenin (f) bendi ise, 17. maddenin I. bendinin (b) fıkrasında öngörülen, işçinin kendi kusuruna dayanmayan hastalık, kaza, doğum ve benzeri hallerde fesih bildiri süresine altı hafta eklenmekle bulunan süre boyunca devamsızlığının fesih için geçerli sebep oluşturmayacağını düzenlemektedir. Bu düzenleme ile 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 6. maddesine uyum sağlanmakta ve anılan süre içinde işverenin haklı nedenle derhal fesih imkanı yanında, artık önelli fesih bildiri yolu ile iş ilişkisine son vermesinin de önüne geçilmektedir. Bir yandan da, sağlık nedenlerine dayanan ve bu süreleri aşmayan devamsızlığın işçinin verimliliğinden kaynaklanan geçerli sebep olarak görülemeyeceği ilkesi benimsenmektedir.

Görülüyor ki, eskiden beri kötünietli fesih kabul edilen durumlarda geçerli bir sebebin varlığı reddedilecektir. Ancak bunun aksi geçerli değildir, yani işveren iyiniyetli olsa bile, feshin geçerli bir sebebi olmayabilir. Bunun nedeni kötünietli fesih ile geçerli sebebe dayanmayan fesih kavramları arasındaki temel bir yaklaşım farkıdır. Bu fark şu şekilde açıklanabilir:

İş akdini fesih hakkının kötüye kullanılmasının denetiminde MK 2'deki dürüstlük (doğruluk ve güven, objektif iyiniyet) kuralına aykırılığın temel alınacağı öğretisi ve yargı tarafından kabul görmektedir. Böylece objektif bir davranış kuralına uygun hareket edilmesi esas alınmakta, işverenin fesih hakkını kullanırken dürüst, namuslu ve makul bir işverenden beklenen şekilde davranması beklenmektedir³¹. Yargıtay'a göre de, "*objektif iyiniyet ve aksi*

³⁰ Süzek, İş Hukuku, s.611.

³¹ Süzek, Sarper: "İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlanması", Aydın Özkul'a Armağan, Kamu İş, 2002/4, s.76 vd.

kötüniyet kuralları insanlar arasındaki ilişkilerde yasa, tüzük, yönetmelik ve hatta örf ve adet hukuku gibi düzenlemeler dışında sosyal ve kültürel ilerleme süreci içinde ahlak, dürüstlük gibi esaslardan esinlenerek toplumun değer yargısı ile oluşan kurallardır.” Bu kurallara aykırı olarak, fesih bildiri hakkı amacı dışında veya amacından saptırılarak kullanılmış ise kötüniyetli fesih sözkonusudur. Bu nedenle, genel değer yargısına göre kötüniyet sayılabilecek somut olayın ortaya konup kanıtlanması gerekir³².

Geçerli sebep ise, Kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, “...işçinin ve işyerinin yürüyüşünü olumsuz etkileyen, işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir”. “Sonuçta iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda feshin geçerli sebeplere dayandığını kabul etmek gerekecektir”. Bu bağlamda geçerli sebebin kesin bir tanımı yapılamamakla birlikte, bazı temel unsurlar ile geçerli sebep kavramının somutlaştırılabileceği anlaşılmaktadır: Geçerli sebepler işçinin şahsı veya davranışından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanan durumlardır. Bu üç grup fesih nedeninde subjektif unsurlardan ziyade objektif unsurlar dikkate alınacak, iş görme borcunun yerine getirilmesini yani iş ilişkisini ciddi biçimde olumsuz etkileyen olay ve olguların varlığı aranacaktır. Bu durumda geçerli sebepler, işçinin istihdamını imkansız kılan, iş ilişkisinin devamına engel teşkil eden objektif nedenlerdir. Bu objektif nedenler “*ciddi ve gerçek nedenler*”³³ ya da “*makul ve meşru sebepler*”³⁴ olarak da ifade edilebilirler. Geçerli bir sebebin varlığını iddia eden işveren, iş ilişkisinin devamına engel olan objektif nedenlerin varlığını ispatla yükümlüdür. Burada artık iyiniyet ya da kötüniyetin varlığı araştırılmamakta, işverenin davranışları değerlendirilmemekte, sadece işyeri, iş ve işçi açısından iş ilişkisinin devamını engelleyen somut objektif olgular araştırılmaktadır. Bu temel noktada,

³² 9.HD 15.10.1985, 1985/7070-9454; **Narmanlıoğlu**, s.280, 282; **Günay**, Cevdet İlhan: Şerhli İş Kanunu, Ankara, 2001, s.709.

³³ **Mollamahmutoglu**, Hamdi: “Hizmet Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ekonomik Sebeplerle Feshi”, Kamu-İş, Ocak, 1988, s.12, 14.

³⁴ 9. HD 24.9.1992, 1992/3164-10375, **Özveri**, Murat: “İşverenin Aciz Hali, İflas, İşyerinin Kapatılması, İşyeri Devirleri ve Toplu İşten Çıkarmalar”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul, 1998, s.85; **Süzek**, İş Hukuku, s.610.

kötüniyetli fesih ile geçerli bir sebebi olmayan fesih kavramları birbirinden ayrılmaktadır. İşverenin kötüniyetli davrandığını gösteren bir olay ya da olgu yoksa, kötüniyetli fesih söz konusu değildir. Geçerli sebep ise sadece işverenin iyiniyetli olması halinde değil, bunun ötesinde ve ancak, iş ilişkisinin devamına engel olan objektif durumların varlığı halinde mevcuttur.

İspat yükünün dağılımı da bu temel farka uygundur: Kötüniyet tazminatı işverenin kötüniyetli davranması olgusuna bağlanmaktadır. Bu kötüniyetin varlığını açıkça ortaya koyan olgu ve olaylar, hak iddia eden; yani kötüniyete dayanan tarafından ispatlanacaktır. Geçerli sebep ise, iş ilişkisine devam etmenin işveren açısından objektif olarak beklenemez hale gelmesi durumudur. Bu durumda, iş ilişkisinin neden sürdürülemeyeceğini ispat yükü işverene aittir.

Somut olayda geçerli sebebin varlığını takdir görevi ve yetkisi hakime aittir. Mahkemelerimiz ve Yargıtayımız verecekleri kararlar ile geçerli sebep kavramını somutlaştıracaklardır. Asıl olarak geçerli sebep kavramının işçinin yeterliliği, davranışı ve işyeri gerekleri şeklinde fesih nedenleri arasında bir ayırım yapılarak her biri için ayrı ayrı incelenmesi ve açıklanması doğru olur, ki bu ayrı bir inceleme konusudur. Bununla birlikte, Yargıtayın bugüne kadar kötüniyet tazminatı konusunda verdiği bazı kararlar incelendiğinde, açıkça söylenmemekle birlikte özellikle işyeri gereklerine dayalı fesihlerde geçerli bir sebebin araştırıldığı görülmektedir. Bu araştırma, geçerli bir sebebin varlığı durumunda kötüniyet tazminatının reddine hükmetmekle sınırlı kalmış olsa bile, bu tür kararların gelecekteki uygulamaya ışık tutacağı söylenebilir. Örneğin, Yargıtay bazı durumlarda gerçekten bir reorganizasyona gidilip gidilmediğinin, bir yandan bu bahane ile işçi çıkartılırken bir yandan da aynı iş için yeni işçi alınıp alınmadığının, gereğinde bilirkişi marifeti ile araştırılarak hüküm kurulması gereğine işaret etmiştir³⁵. Bu şekilde somut olayın tüm özelliklerini dikkate alan isabetli bir değerlendirme tarzı ile Yargıtayın, kötüniyeti ortaya koyan bütün olguları ortaya koyup sonuca yöneldiği görülmektedir³⁶. Daha eski tarihli bir kararda ise, iş akdini fesih hakkının makul ve meşru sebeplere dayanılması şartı getirilerek sınırlanabileceğini, makul ve meşru sebeplerin ise, teknolojiye modernleşme nedeni ile makinelerin azaltılması, yeteri kadar hammadde bulunmaması, pazar

³⁵ 9. HD 26.6.1996, 1996/3236-14393, **Günay**, s.772.

³⁶ **Özkuş**, Aydın: İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Tartışmalar, s.99.

temininde güçlük nedeni ile malların satılmaması, üretimde rasyonalizasyon tedbirleri gibi durumlar ile, işçinin şahsından ve davranışından doğan, örneğin işçinin randımsız çalışması, işinde beceriksizlik göstermesi, mesleki yetersizliği, işini yerine getirmek için gerekli bilgileri öğrenme yeteneğinin azlığı gibi haller olduğu belirtilmiştir³⁷. Bu karar ile Yargıtay aslında geçerli sebep kavramının nasıl anlaşılıp uygulanabileceğine yabancı olmadığını göstermektedir.

Yargıtayın bazı kararlarında ise, kötüniet iddiası reddedilmekle birlikte, aslında bu kararlara konu olaylarda geçerli sebep kavramının tartışma konusu olabileceği söylenebilir: Örneğin, işçinin işten çıkartılmasından önce veya sonra başka işçilerin işe alınması, bu işçilerin başka ünitelerde çalışması lüzumıyla gerçekleşmiş olabilir ve bu nedenle de fesih kötünietli olmayabilir³⁸. Fakat bu durumda işverenin işten çıkarttığı işçi için neden ve nasıl bir geçerli sebebin ortaya çıktığını, işyerinde işçi fazlalığı gerekçe gösteriliyor ise, niçin yakın zamanda yeni işçiler işe alındığını açıklamayı ve işten çıkartılan işçinin yeni işe alınmalarını gördüğü işi göremeyeceğini ispatlamayı aramalı; aksi takdirde geçerli bir sebebin olduğu kabul edilmemelidir. Aynı şekilde işten çıkartılan işçilerin bir kısmı kısa süre sonra tekrar işe alınırken ilgili işçinin işe alınmaması³⁹, işçinin haklı olmayan bir istekte bulunması sonucunda iş ilişkisinin sona erdirilmesi⁴⁰, işçilerin gece çalışmaya zorlanmaları şeklinde gelişen olay sonucu iş akdinin feshi⁴¹, rapor bitiminde işçinin işe başlatılmaması ve iş akdinin feshi⁴², kamu işletmesinde çalışan işçinin işine hükümet değişikliği sonucunda son verilmesi ancak aynı gün yerine uzman yardımcısı olarak başka bir işçi alınması⁴³ vb. durumlarında Yargıtayımızın kötünietin ispatlanmadığı gerekçesi ile kötüniet tazminatı taleplerini reddettiği görülmektedir. Her durumda olayın somut koşulları da önemli olmakla birlikte, söz konusu kararlara konu olayların çoğunda iş ilişkisinin devamına engel teşkil eden objektif bir nedenin ve dolayısıyla

³⁷ 9. HD 24.9.1992, 1992/3164-10375, **Özveri**, s.85.

³⁸ 9. HD 3.10.1995, 1995/20327-30163, **Günay**, s.782.

³⁹ 9. HD 19.3.1996, 1995/38361-5648, **Günay**, s.779.

⁴⁰ 9. HD 5.4.1996, 1995/34095-7188, **Günay**, s.776.

⁴¹ 9. HD 21.10.1996, 1996/9720-19818, **Günay**, s.770.

⁴² 9. HD 2.10.1995, 1995/9439-29910, **Günay**, s.783.

⁴³ HGK 9.6.1999-9-479/490, **Ekmekçi**, Ömer: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2001, s.80.

geçerli bir sebebin mevcut olmadığı söylenebilir. Kamu sektöründe işten çıkartmalar için ekonomik krizin ve tasarruf tedbirlerinin gerekçe gösterildiği olaylarda da Yargıtay kötünietli fesih iddiasını reddetmiştir ki bu sonuç doğrudur⁴⁴. Bu durumda işverenin kötünietli davrandığını kabul etmek mümkün değildir. Ancak, iş ilişkisinin devamına engel olan objektif nedenlerin işyeri ve işçinin gördüğü iş üzerinde somut etkiler göstermesi aranmalı, bu etkiler ortaya konmadığında geçerli bir sebebin varlığı reddedilmelidir.

III. AKDİN FESHİNDE USUL

1. Fesih Bildiriminin Şekli ve İçeriği

İş Kanununun yeni 13B maddesi uyarınca, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Madde gerekçesinde açıklandığı üzere, böylece ileride işçi tarafından açılacak bir davada, feshin Kanunun 13A maddesi karşısında geçerli sayılıp sayılmayacağını belirlemek bakımından ispat kolaylığı sağlanacaktır. Uygulamada İş K. Madde 9'daki belirli süresi bir yıl veya daha uzun süreli hizmet akitleri konusunda olduğu gibi, yazılı şekil ve fesih sebebini bildirilmesi koşullarının geçerlilik mi yoksa ispat şartı mı olduğu tereddüt yaratabilir. Fesih bildiriminde yazılı şekle uyulması ve fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtilmesi, hem işçinin fesih nedeni hakkında tam bir bilgi sahip olup dava açıp açmamak konusunda bir tavır alabilmesini, hem de açılan davada netlik ve ispat kolaylığı sağlayarak davanın daha çabuk sonuçlanmasını sağlamak bakımından önemlidir. Yasa bu nedenle işvereni baştan fesih nedenini açık ve kesin şekilde yazılı olarak belirtmek zorunda bırakmakta, işverenin fesih bildiriminde fesih nedenini açıklamak zorunda olmadığı ve bu sayede yargılama aşamasında farklı bir neden ileri sürebildiği eski sistemden kesin bir şekilde ayrılmaktadır⁴⁵. Bu nedenle ve yasanın ifadesi karşısında (zorundadır) fesih bildirimini yazılı ve gerekçeli olmasının bir geçerlilik şartı olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır⁴⁶. Her durumda, yazılı ve gerekçeli olmayan fesih bildiriminde bulunulmasının sonucunun feshin

⁴⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 95/34172, K. 96/6749, T. 1.4.1996; Tekstil İşveren, Temmuz 1996, s.15-16.

⁴⁵ **Süzek**, İş Hukuku, s.612.

⁴⁶ **Demir**, s.105, 112.

geçersizliği olacağı, İş K. 13B'nin madde 13C ve 13D ile birlikte değerlendirilmesinden anlaşılmaktadır. İş K. 13C uyarınca işçi, sadece gösterilen fesih sebebinin geçersiz olduğu iddiası ile değil, aynı zamanda fesih bildiriminde “*sebepe gösterilmediği*” takdirde de dava açabilecektir. İş K. 13D uyarınca da mahkeme, sadece gösterilen sebebin geçersiz olduğunu tespit ettiğinde değil, fakat aynı zamanda “*işverence geçerli sebep gösterilmediği*” takdirde de feshin geçersizliğine karar verecektir. Böylelikle, fesih nedeninin gösterilmemesi, fesih nedeninin geçerli olmaması ile eş değerde tutulmakta ve feshin geçersizliği sonucunu vermektedir⁴⁷. Bu durum, yasanın fesih nedeninin tereddüt yaratmayacak bir şekilde işçiye bildirilmesine özel bir önem verdiğini açıkça göstermektedir. Fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde yazılı olarak işçiye tebliğ edilmemesi durumunda, geçerli sebep gösterilmediği kabul edilmeli ve sonuç olarak böyle bir fesih bildirimini “*geçerli sebep gösterilmemesi*” nedeniyle 13D maddesi uyarınca geçersiz sayılmalıdır.

2. İşçinin Savunmasının Alınması

İşçinin davranışı veya verimi ile ilgili fesih nedenlerinde savunması alınmadan hizmet akdinin feshedilemeyeceğini öngören İş K. 13B f. 2 ise 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 7. maddesini karşılamaktadır. Yasadaki işçinin “*verimi*” ile ilgili nedenler ifadesinin, İş K. 13A maddesindeki işçinin “*yeterliliğinden*” kaynaklanan nedenleri karşıladığı kabul edilebilir. İşçinin savunmasının alınması, somut olayda işverenin kanaatini değiştirebilecek, fesih için geçerli bir nedenin gerçekte mevcut olmadığını anlaşılmasını sağlayabilecek bir işleve sahiptir. Aynı zamanda işçinin hakkındaki suçlamaları işverenden duyarak ve konuşarak öğrenmesi ve buna göre dava açıp açmayacağına karar verebilmesi bakımından da savunmasının alınması önem taşımaktadır. Bu nedenlerle, bu şart da bir geçerlilik şartıdır ve işçinin savunması alınmadan fesih bildiriminde bulunulmasının yaptırımı da feshin geçersizliğidir⁴⁸. İşveren bakımından beklenilemeyecek hallerde ise işçinin savunmasının alınması yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Kanunun gerekçesinde beklenilemeyecek hallerde örnek olarak, işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlar gösterilmektedir. Özellikle işçinin

⁴⁷ Süzek, İş Hukuku, s.612, 613.

⁴⁸ Ekonomi, Yeni Model Arayışı, s.97.

davranışından kaynaklanan fesih nedenlerinde işyerinde huzurun bozulabileceği durumlarda işverenin her zaman bu şarta uyması beklenemeyeceğinden böyle bir istisna öngörülmesi yerindedir ve 158 sayılı sözleşmeye de uygundur. İş K. 13C son cümlede yer alan, işverenin 17. maddenin II numaralı bendinde gösterilen fesih sebepleri ile fesih hakkının saklı tutulduğu ifadesi ise, haklı nedenle derhal fesih durumlarında işçinin savunmasının alınmasının gerekmeyeceği sonucunu vermektedir⁴⁹. İşyeri gereklerinden kaynaklanan fesihlerde de işçinin savunmasının alınması gerekmeyecektir.

IV. FESİH BİLDİRİMİNE İTİRAZ VE YARGILAMA

1. Dava

Feshe karşı korunma kapsamındaki işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile fesih bildirimine itiraz edebilecektir (İş K. 13C). Bu itiraz, iş mahkemesinde dava açmak şeklinde gerçekleşecektir. Dava, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde açılabilir. Kanunda ve kanunun gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmediği için bu sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu ve buna göre hakim tarafından resen dikkate alınıp alınmayacağı tereddüt yaratabilir. Yasa metninde buyurucu bir ifadeye yer verilmemesi (dava açabilir), bu sürenin zamanaşımı süresi olduğunu düşündürmektedir. Bununla birlikte, 158 sayılı sözleşmenin 8. maddesinde, işçinin itirazını makul bir süre içinde yapmadığı takdirde, bu hakkından vazgeçmiş sayılacağı belirtilmektedir⁵⁰. İş güvencesinin dayanağı olan 158 sayılı sözleşme esas alınır ve amaca uygun bir yorum yapılırsa, dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmelidir⁵¹. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlığın aynı sürede mahkeme yerine özel hakeme götürülmesi de mümkündür⁵².

⁴⁹ Karş. **Süzek**, s.612.

⁵⁰ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.98.

⁵¹ **Demir**, s.113.

⁵² Uygulamada tahkim hükmü nedeni ile ortaya çıkabilecek sorunlar konusunda bkz. **Ekmekçi**, Ömer: "Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2001, s.60.

2. İspat Yükü

Feshe karşı korunmanın özüne uygun olarak ispat yükü özel bir düzenleme ile işverene yüklenmektedir (13C f. 2): “*Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir*”. İşverenin bu yükümlülüğünü nasıl ve ne şekilde yerine getireceği, fesih nedeninin işçinin yeterliliği, davranışı veya işyeri gereklerinden kaynaklanmasına göre farklılık göstereceğinden, bu konudaki kriterlerin belirlenmesi ayrı bir inceleme konusudur. Bununla birlikte ispat yükünün dağılımı konusunda tüm fesih nedenleri için geçerli olan bir hususa dikkat edilmelidir: Feshin geçerli olmadığı iddiası ile açılan davalarda işçinin de ispat yükümlülüğü mevcuttur. Geçerli sebebi ispat yükünün işverene ait olması, işçinin sadece davayı açmakla yetinebileceği anlamına gelmemektedir. İşçi, feshe karşı korunmanın, yani İş K. 13A ve devamı maddelerinin uygulanmasını gerektiren hususların varlığını ispatlamalıdır. Bunun için işçi önce işverenle arasında bir hizmet ilişkisinin varlığını ve bu ilişkinin işveren tarafından feshedildiğini ortaya koyacaktır. Bundan daha önemlisi, söz konusu iş ilişkisinin ve işçinin çalıştığı işyerinin feshe karşı korunma kapsamına girdiğini de işçi ispatlamalıdır. Yukarıda açıklanan feshe karşı korunmanın kapsamını belirleyen şartlar, bir bakıma geçerli sebep denetimi yapılmasının da ön şartlarıdır. Bu şartlardan ilk dördünü, hizmet akdinin İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamına girdiğini, belirsiz süreli bir hizmet akdi olduğunu, işyerinde en az 10 işçinin çalıştığını ve asgari 6 aylık kıdeminin mevcut olduğunu işçi kanıtlayacaktır. İşçinin bu yönde gösterdiği deliller üzerine aksini kanıtlama yükümlülüğü işverene geçeceğinden, son şart olan işçinin yönetici konumundaki işveren vekili olduğu da dahil olmak üzere olumsuz, yani işçinin feshe karşı korunma kapsamına girmediği yönündeki vakıaları kanıtlamak ise işverene düşmektedir⁵³. İşçi bu yönde delil ikame ettikten ve feshe karşı korunma hükümlerinin uygulanabileceği böylece anlaşıldıktan sonra sıra feshin geçerli bir sebebe dayandığının denetimine gelecek ve bu aşamadan itibaren ispat yükü işverene ait olacaktır. Bu aşamada işverene düşen, kanundaki ayırımı uygun olarak, işçinin yeterliliği, davranışı veya işyeri gereklerinden kaynaklanan ve işçinin işyerinde çalıştırılmasına engel teşkil eden olgu ve olayları açık ve anlaşılır bir hale getirmek ve bu iddiasını mümkün olan tüm deliller ile desteklemektir. Mahkeme, işçiye bu iddialara karşı delil sunmak imkanı vermeli ve gerek görürse tanık dinlemek, keşif yapmak, bilirkişiye

⁵³ ErfK/Ascheid, § 1 KSchG Rn. 123 ff.

başvurmak gibi eldeki tüm imkanları kullanarak işverenin iddia ettiği hususların gerçek olup olmadığını açıklığa kavuşturmalıdır.

3. Yargılama Usulü

İş K. 13C Maddesinin son fıkrası uyarınca, dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılacak ve temyiz halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin karar verecektir. Mahkemelerin ve Yargıtay'ın iş yoğunluğu dikkate alındığında, bu süreler riayet edilmesinin güç olduğu açıktır. Ayrıca, yukarıda açıklandığı üzere, feshe itiraz davasında aşamalı bir ispat yükü dağılımı sözkonusu olacağı, yer yer karşı delil gösterme imkanı verilmesi gerekeceği ve gereğinde bilirkişiye başvurulacağından yargılama uzayabilecektir. Feshe itiraz davasında iş mahkemelerinin uygulayacağı seri yargılama usulü üç noktada yazılı yargılama usulünden farklıdır: Birincisi, süreler daha kısadır. Cevap süresi yedi ve replik ile düplik süreleri beş günü geçemez (HUMK 505). İkincisi, hakim yargılamayı en yakın güne erteler (HUMK 505). Üçüncüsü, taraflara delillerini göstermeleri için, iki tarafın da muvafakati olmadıkça, ancak bir defa süre verilir (HUMK 504)⁵⁴.

V. GEÇERSİZ SEBEPLE YAPILAN FESHİN SONUÇLARI

1. Genel Olarak

İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı tespit edildiği takdirde, mahkeme feshin geçersizliğine karar verecektir. Bu durumda işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşe başlatmaz ise, işçiye en az altı ay en çok bir yıllık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme, feshin geçersizliğine hükmettiği kararında, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirleyecektir (13D f. 1). Tazminatın miktarı, hizmet akdinin sona erdirilmesi sebepleri ve işçinin kıdemi de göz önünde tutularak mahkemece takdir edilecektir⁵⁵.

Ayrıca, feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde doğan ücret ve

⁵⁴ **Pekcantez/Atalay/Özkes:** Medeni Usul Hukuku-İcra İflas Hukuku, Ankara, 2001, s.179.

⁵⁵ Madde Gereççeleri

diğer haklarının en çok dört aylık bölümü de kendisine ödenecektir (13D f. 2). İşverenin bu yükümlülüğü kendisinin hangi alternatifi seçeceğinden bağımsızdır. Yani işveren işçiyi işe iade etmesi durumunda da ona dört aylığa kadar çalıştırılmadığı sürenin ücretini ödeyecektir⁵⁶. İşveren fesih bildirim ile birlikte, işçiye bildirim süresine ait ücretini peşin ödemiş ise, bu tutar işçiye yapılacak ödemeden mahsup edilir. Bildirim öneline uyulmamış veya peşin ödemede bulunulmamış ise, bu sürelele ait ücret tutarı ayrıca ödenecektir (13D f. 3).

Bu şekilde sağlanan feshe karşı korunma, iş ilişkisinin devamlılığını sağlamaktan ziyade tazminata ağırlık veren bir modeldir. İş ilişkisinin devamlılığını sağlayan bir feshe karşı korunma, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda işçinin kural olarak işe iade edilmesini yani hizmet akdinin sürdürülmesini gerektirirdi. Böyle bir güvence, 4773 sayılı Yasa ile değişmeden önceki hali ile Sendikalar Kanununun 30. maddesinde işyeri sendika temsilcisi için mevcuttu. Oysa yeni yasal düzenlemeye göre mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işverene seçim hakkı tanınmakta ve işçiyi işe iade etmek istemeyen işveren, mahkemenin kararında alternatif olarak belirlediği tazminatı ödeyerek iş ilişkisine son verebilmekte ve böylece işe iade tazminata dönüşmektedir. Kanun koyucunun bu yöndeki tercihi, aşağıda açıklanacağı üzere, artık işyeri sendika temsilcisi için de geçerli olacak şekilde sistemleşmektedir.

Yasanın bu düzenlemesi hukuk politikası bakımından eleştirilebilir fakat 158 sayılı sözleşmeye aykırı olduğu söylenemez. Geçersiz feshin sonuçları konusunda yabancı ülke mevzuatları incelendiğinde, üç modelin mevcut olduğu görülmektedir⁵⁷:

- İş ilişkisi hiç kesintiye uğramamış gibi işe iadeye veya tazminata hükmedilmesi,
- Yeni bir hizmet akdi yapılmasına veya tazminat ödenmesine karar verilmesi,
- Sadece tazminata hükmedilmesi.

⁵⁶ Madde gerekçeleri

⁵⁷ **Ulucan**, s.164; **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.99 vd.; **Soyer**, s.286.

158 sayılı sözleşme de, hangi yaptırımın belirleneceği konusunu onaylayan ülkelerin tercihine bırakmaktadır⁵⁸. İş K. 13D’de feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda işverenin işçiyi işe başlatmak zorunda olduğu ve ancak işveren işçiyi işe başlatmaz ise tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilerek, sadece tazminat modeli dışlanmaktadır. Diğer iki modelden hangisinin benimsendiği ise net bir şekilde anlaşılamamaktadır.

İş K. 13D’nin metni incelendiğinde, kanun koyucunun mahkeme kararını “feshin geçersizliği” olarak nitelediği görülmektedir. Geçersiz bir fesih bildirim hukuki sonuç doğuramayacağına göre, hizmet akdinin bu bildirim ile hiç sona ermemiş olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat yasa ile işverene mahkeme kararına rağmen işçiyi işe iade edip etmemek konusunda bir seçim hakkı tanınmakta ve işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğan ücret ve diğer haklarının tümünün değil, en çok dört aylık tutarının işçiye ödenmesi öngörülmektedir. Oysa ki, hizmet akdi hiç sona ermemiş olsaydı, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğünün kabul edilmesi ve işçinin bu süre içinde doğan tüm ücret ve diğer haklarını alması gerekirdi⁵⁹. Yasanın bu konudaki sınırlayıcı düzenlemesi, pratik sonuçlar bakımından hizmet akdinin geçersiz feshe rağmen sona erip ermediği tartışmasını büyük ölçüde gereksiz kılmaktadır⁶⁰.

Kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, işçinin çalıştırılmadığı süre için yapılacak ödemenin dört aylık ücret ile sınırlandırılmasının şu iki nedenden kaynaklandığı savunulabilir: Birincisi, yargılama süreci bakımından, bir ay içinde dava açılmak, mahkemece iki ay içinde sonuçlandırılmak ve Yargıtayca bir ay içinde temyiz incelemesi tamamlanmak zorundadır (13C). Bu sürenin toplamı dört ay olduğundan, yasadaki işçilik alacaklarından işvereni dört aylıkla sorumlu tutan düzenleme makul görünmektedir. Bununla bağlantılı ikinci neden ise, feshe karşı korunma maddelerini İş Kanununa ekleyen yasanın, devlet, işçi ve işveren taraflarının uzlaşması ile hazırlanmış olması ve işletmelerin ekonomik durumuna zarar vermemek için bazı sınırlamalar içermesidir. Ülkemizde yargılamanın mahkemelerin iş yükü nedeni ile dört ayda sonuçlanamayacağı açıktır. İşte yasanın bu düzenlemesi ile işveren tarafı yargılamanın uzun sürmesi riskinden kurtarılmakta,

⁵⁸ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.99.

⁵⁹ Karş. **Güzel**, İş Güvencesi, s.42; **Süzek**, İş Hukuku, s.614.

⁶⁰ Karş. **Demir**, s.113.

yargılama ne kadar sürerse sürsün, işverenin riski yani yargılama süresi için ödeyeceği tutar işçinin dört aylık ücret ve diğer hakları ile sınırlı kalmaktadır.

Böylece, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, işçiyi işe iade etmeyen işverenin iki yükümlülüğü doğmaktadır: İşçinin altı ay ila bir yıllık ücreti kadar bir geçersiz fesih tazminatı ve çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer hakları. Bu tazminatların hesabında işçinin hangi ücretinin esas alınacağı konusu tereddüt yaratabilecek gibi görünmektedir. Geçersiz fesih tazminatı konusunda yasada herhangi bir açıklık bulunmamakta, sadece işçinin en az altı en çok bir yıllık “*ücret*” tutarı ifadesine yer verilmektedir. Buna karşılık, işçinin çalıştırılmadığı süre için ise dört aya kadar doğmuş “*ücret ve diğer haklarının*” kendisine ödeneceği belirtilmektedir. Bu nedenle, geçersiz fesih tazminatının hesabında işçinin çıplak ücretinin, çalıştırılmadığı süre için yapılan dört aylık ödemede ise ücret yanında diğer haklarının da birlikte yani geniş anlamda ücretinin esas alınacağı savunulabilir.

Geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen İş K. 13D'nin ilk üç fıkrası mutlak emredicidir (13D/son). Bu nedenle tarafların toplu iş sözleşmesi veya hizmet akdi ile mahkeme kararının sonuçları, tazminatın miktarı, işçiye çalışmadığı süre için ödenen hakları ve bildirim süresi ücretinin durumu konularında farklı düzenlemeler yapmaları mümkün değildir⁶¹.

2. Peşin Ödemenin Mahsup Edilmesi

Bildirim süresine ait ücret işçiye fesih bildirimini ile birlikte peşin ödenmiş ise, bu tutar işverenin yapacağı ödemelerden mahsup edilecektir (13D f. 3 c.1). Eğer işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin olarak ödenmemiş ise, yani işverenin ihbar tazminatı ödemesini gerektiren durumlarda, bu süreler için ücret tutarı mahsup edilmeyecek, ayrıca ödenecektir (13D f. 3 c. 2). Yasanın bu düzenlemesi iki konuda tereddüt yaratmaktadır: Birincisi, yasanın geçersiz fesih tazminatını içeren birinci fıkra ile ücret ve diğer hakları içeren ikinci fıkra arasında ayırım yapmadan “*yukarıdaki hükümlere göre yapılacak ödemelerden*” ifadesini kullanması eleştirilmektedir⁶². Kanaatimce yasa metninin doğru yorumlanması halinde bu konuda herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Zira peşin ödenen bildirim

⁶¹ Düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Güzel**, İş Güvencesi, s.43.

⁶² **Uçum**, s.218.

öneline ilişkin ücretin, işverenin kusurlu hareketi için öngörülen ve tazminat niteliği taşıyan birinci fıkradaki altı ay ila bir yıllık ücretten indirilmesi hukuk mantığına aykırıdır. Bir medeni ceza niteliğini taşıyan bu tazminattan, ücret niteliğindeki peşin ödeme mahsup edilemez. Bu nedenle kanunun ifadesini, mahsup işleminin sadece ikinci fıkradaki dört aylık ücret ve diğer haklardan yapılacağı şeklinde anlamak gerekir⁶³.

İkinci tereddüt ise, peşin ödemenin yapıldığı ve yapılmadığı durumlar arasında bir fark yaratılmış olmasıdır⁶⁴. Örneğin, tamamen aynı durumdaki iki işçi (A) ve (B)'nin hizmet akitleri geçerli bir sebep olmadan feshedilmiş, ama (A) 4 haftalık bildirim süresi kadar çalıştırılmış, (B)'ye ise dört haftalık ücreti kadar peşin ödemede bulunulmuş olsun. Her iki işçi de feshe itiraz davası açsınlar ve altı ay sonunda kesinleşen kararlar davayı kazansınlar. Bu durumda (A)'nın İş K. 13D f. 2 uyarınca hak kazanacağı dört aylık ücret ve diğer hakları işveren tarafından kendisine ödenecektir. (B)'den ise 3. fıkra uyarınca peşin ödeme mahsup edilecek ve eline geçen miktar üç aylık ücret ve diğer hakları ile sınırlı kalacaktır. Bu durumda (A) hem fesih bildiriminden sonra bildirim öneli kadar çalışma karşılığı ücretini, hem dört aylık ücretini elde ederken, (B) sadece üç aylık ücret elde edebilmekte, böylece peşin ödeme durumunda işçi zararlı çıkmaktadır. İşveren bakımından olaya yaklaşıldığında ise, peşin ödemede bulunan işverenin, işçiyi bildirim öneli kadar çalıştırmaya devam eden işverenden daha kazançlı olduğu görülmektedir.

Bu durumda peşin ödeme kurumunun, işverenin mali durumunun çok kötü olduğu durumlar hariç, kural haline geleceğini öngörmek mümkündür. Bunun sonucunda, peşin ödeme ile geçerli bir sebep olmadan işten çıkarılan işçiler, peşin ödeme mahsup edileceğinden, her zaman dört aylıktan daha az ücret ve diğer haklarını elde edeceklerdir. İhbar önellerinin sözleşme ile arttırıldığı durumlarda işçi daha da zararlı çıkacaktır. Peşin ödeme, asıl olarak işveren lehine tanınmış bir haktır. Bu hakkın bu şekilde işçinin zararına bir sonuç doğurması yanlış olur. Yasa kaleme alınırken amaçlanan, büyük olasılıkla işvereni bildirim sürelerine uymaya ya da peşin ödemeyi yapmaya zorlamaktır⁶⁵. Ancak sonuçta işçinin bildirim süresine karşılık aldığı ücret, çalıştırılmadığı süre için aldığı ücretin içinde kabul edilerek bu ücrete el

⁶³ **Süzek**, İş Hukuku, s.615.

⁶⁴ **Uçum**, s.219.

⁶⁵ **Uçum**, s.219.

konulmaktadır. Bu sonuç, 158 sayılı ILO Sözleşmesine de aykırıdır. Zira Sözleşmenin 11. maddesine göre, işçinin makul bir bildirim süresi veya onun yerine bir tazminat hakkı korunmalıdır. Halbuki, İş K. 13D f. 3'deki mahsup uygulaması ile, bildirim süresine ilişkin peşin ödeme sonuçta işçiden geri alınmakta yani korunmamaktadır. Yasa hükmünün her durumda bildirim süresini veya peşin ödemeyi koruyacak şekilde düzeltilmesi doğru olur.

Yasada açık bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte, işveren işçiyi işe başlatırsa, daha önce ödediği kıdem ve ihbar tazminatının işçi tarafından iade edileceği madde gerekçelerinde de yer almaktadır. İhbar tazminatı ile ifade edilen bildirim süresine ait peşin ödemenin iade edilmesi burada da eleştirilebilir. Kıdem tazminatı açısından ise iade yükümlülüğü doğal bir sonuçtur. Ancak bu düzenleme yasada yer almadığından, mahkemenin işe iade kararında bunun da yer alıp almayacağı, yer almazsa işverenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mi iadeyi talep edeceği anlaşılamamaktadır.

3. İşçinin Başvurusu

Kanun, feshin geçersizliği kararının sonuçlarının uygulanmasını işçinin işe başlamak için başvurması koşuluna bağlamaktadır. İşçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren altı iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmazsa, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (13D f. 4). Kanunun gerekçesinde, bu durumda "*yapılan feshin geçerli fesih sayılacağı ve işçiye sadece hak ettiği tazminatların ödeneceği*" ifade edilmektedir. Hukuki sonuç ve hak edilen tazminatın, kıdem ve ihbar tazminatlarını içerdiğinde tereddüt yoktur. Fakat işverenin işçiyi işe iade etmemesi durumu için öngörülen ve altı ay ila bir yıllık ücret tutarında olabilen fesih tazminatı ile, işçinin çalıştırılmadığı sürenin dört ayına kadar olabilen ücret ve diğer haklarının "*hak ettiği tazminatlar*" arasında yer alıp almadığı açık olarak anlaşılamamaktadır.

Aksi görüşü savunmak da mümkün olmakla birlikte, yasanın mantığı ve metni, bu ödemelerin yapılmayacağı görüşünün daha ağır basmasına yol açmaktadır⁶⁶. Zira fesih artık kanunun açık ifadesi ile "*geçerli*" sayıldığına göre, işçinin geçersiz bir feshin yaptırımını olan tazminat ve ödemeye hak kazanmadığı fikri daha makuldür. Bununla birlikte, bu çözüm tarzının

⁶⁶ Demir, s.113.

yerindeliği tartışılabilir. Eğer işçinin iş ilişkisini devam ettirmemesi tazminattan da feragat etmesi anlamına gelirse, işçi bir anlamda işe başlamaya mecbur tutulmuş olacaktır. İşverene iş ilişkisini devam ettirmeme yönünde seçimlik bir imkan tanıyan Yasanın, işçiye hiçbir seçim imkanı vermemesi, işçinin çalışma ve işyerini seçme özgürlüğünü sınırlamaktadır.

Mahkemenin feshin geçersizliği kararına rağmen, bir durumda daha hizmet akdi geçerli bir sebeple feshedilmiş gibi sayılacaktır: Hizmet akdi feshedilen işçi bu arada yeni bir işe girmişse ve artık eski işine dönmek istemiyorsa, bu durumu altı iş günü içinde eski işverenine bildirecek ve böylece fesih geçerli sayılacaktır. Bu durumda da kanun işverenin geçerli bir feshe ilişkin hukuki sonuçlardan sorumlu olacağını öngörmektedir (İş K. 13E). Burada da yukarıda söylenenleri aynen kabul etmek ve işçinin fesih tazminatı ve çalıştırılmadığı süreye ilişkin en çok dört aylığına kadar ücret ve diğer hakları tutarını alamayacağını kabul etmek gerekir. Bu durumda, yasa koyucunun işçinin yeni bir işe girmesi konusunda niçin ayrı bir düzenlemeye gerek gördüğü anlaşılamamaktadır. Feshin geçerli hale gelmesi için işçinin süresi içinde işverene başvuruda bulunmaması yeterlidir; bunun nedeninin ne olduğunun bir önemi yoktur⁶⁷.

Yeni işe girme başlıklı 13E maddesi hazırlanırken, aynı konuyu düzenleyen Alman Feshe Karşı Koruma Yasasının 12. maddesinden esinlendiği tahmin edilmektedir⁶⁸. Fakat Alman hukukunda konunun düzenlenişi çok farklıdır: Eğer fesih bildirim geçersizliğine karar verilirse, işçinin işten çıkarılmasından mahkeme kararının kesinleşmesine kadar geçen sürede işveren açısından alacaklı temerrüdünün varlığı kabul edilmekte ve buna ilişkin tüm sonuçlar doğmaktadır. Yani işçiye sadece dört ayla sınırlı olarak değil, çalıştırılmadığı tüm süre için ücret ve diğer hakları işveren tarafından ödenmektedir⁶⁹. Ancak işçinin yeni bir işe girmesi ve eski işine geri dönmek istememesi durumunda işverenin bu yükümlülüğü sadece işçinin yeni işe girme tarihine kadar geçen süre için oluşan ücret borcu ile sınırlı kalmaktadır. Bu tutardan işçinin başka bir işte çalışarak kazandığı veya kötüniyetli olarak

⁶⁷ **Güzel**, İş Güvencesi, s.43.

⁶⁸ **Güzel**, İş Güvencesi, s.43.

⁶⁹ **Hueck/v. Hoyningen-Huene**, KSchG § 10 Rn. 33

kazanmaktan kaçındığı meblağ ile işçiye ödenen işsizlik ödeneği mahsup edilir⁷⁰.

VI. TOPLU İŞÇİ ÇIKARMA

4773 sayılı Yasanın 5. maddesi ile İş Kanununun “*Toplu İşçi Çıkarma*” başlıklı 24. maddesinde de feshe karşı korunma yönünde bazı değişiklikler yapılmıştır. Maddenin tanımına göre toplu işçi çıkarma, işverenin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu topluca veya bir ay içinde toplam en az 10 işçinin iş akitlerini feshetmek istemesi durumudur(İş K. 24 f. 1). Toplu işten çıkarmaya maruz kalan işçilerin İş K.13A ve devamı maddelerine göre dava açma hakkı saklı tutulmaktadır (24/son). Böylece, 24. madde ile İş K. 13A ve devamında sağlanan bireysel feshe karşı korumaya dokunulmamakta, sadece toplu işten çıkarma halinde işverenin izleyeceği usul belirlenerek, toplu işten çıkarmanın olumsuz etkilerini geciktirici ve hafifletici önlemler alınmaya çalışılmaktadır⁷¹. İş K. 24’de yapılan değişiklik ile yeniden işe alma yükümlülüğü de kaldırılmıştır.

Toplu işten çıkarma tanımının, AB’nin toplu işten çıkarma yönergesi ve yabancı hukuklardaki örneklere uygun olacak şekilde işyerinde çalışan işçi sayısına göre kademeli olarak artan bir sayıya bağlanmaması, bunun yerine 10 işçi sayısı ile sabitlenmesi eleştiri konusudur⁷². İş Kanunu Ön Tasarısının 24. maddeye karşılık gelen 31. maddesinde aynen AB Yönergesindeki esaslar benimsenerek bu durumun düzeltildiği görülmektedir.

Toplu işçi çıkarma söz konusu olduğunda, hizmet akitlerini feshetmek isteyen işveren, bu durumu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine veya işçi temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirecektir (24 f. 1). İş Kanununa eklenen geçici 13. madde ile, işyerinde sendika temsilcilerinin bulunmadığı hallerde işçiler tarafından Sendikalar Kanununun 34. maddesinde belirlenen sayıda seçilecek işçi temsilcilerinin görev yapacağı öngörülmekte ve böylece işyerinde işçi temsilciliği kurumu getirilmektedir. Bildirimde işçi çıkarmalarının sebepleri, çıkarılacak işçi sayısı ve grupları ve işe son verme işlemlerinin ne kadarlık bir

⁷⁰ KSchG § 11, 12

⁷¹ **Ekonomi**, Genel Değerlendirme, s.351.

⁷² **Soyer**, s.294; **Güzel**, İş Güvencesi, s.46.

zaman dilimi içinde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur (İş K. 24 f.2). İşveren bildirim takiben işçi temsilcileri ile toplu işçi çıkarmaların önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması veya işçiler açısından çıkarmanın olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konularını görüşmekle de yükümlüdür (İş K. 24 f. 3). İş K. 24 f. 4'e göre ise, fesih bildirimleri işverenin bölge müdürlüğüne yaptığı bildirimden 30 gün sonra hüküm doğurur. Bu düzenlemeleri içeren 24. maddenin yeni hali, 158 sayılı sözleşmenin "ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle hizmet ilişkilerine son verme hakkında ek hükümler" başlıklı 13 ve 14. maddelerine uygundur⁷³.

Fesih bildirimlerinin, bölge müdürlüğüne yapılan bildirimden otuz gün sonra hüküm doğuracağına öngören İş K. 24 f. 4'ün nasıl anlaşılması gerektiği tereddüt yaratabilecek bir konudur. Bir yandan toplu işçi çıkarma halinde, İş Kanunundaki feshi ihbar sürelerinin yerine otuz günlük süre uygulanacağı düşünülebilir. Bir görüşe göre ise, feshi ihbar süreleri en erken bölge müdürlüğüne yapılan bildirim izleyen otuz günün bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır⁷⁴.

Kanaatimce her iki fikre de katılmak mümkün değildir. Toplu işçi çıkarma konusunda getirilen düzenlemelerin amacı, toplu işçi çıkarmaların bireysel işten çıkarmalara göre toplum için daha ciddi sorunlar doğuracağı gerçeği karşısında, bu sorunları değişik önlemler ile hafifletmektir⁷⁵. Yani toplu işten çıkarma düzenlemeleri ile, işçiye bireysel iş güvencesi ile sağlanan hakların zayıflatılması değil, aksine bu haklara ilave güvenceler getirilmesi amaçlanmaktadır. Eğer, işçiye Kanun veya sözleşmeler ile sağlanan daha uzun ihbar önellere, toplu işten çıkarmalarda geçerli olmayacağı ve bunların yerine otuz günlük sürenin uygulanacağı savunulur ise, amaçlananın tam tersi bir sonuca ulaşılmış olur. Böyle bir sonucun kabul edilmesi, İş K. 13 ile tanınan ihbar önellere, İş K. 24 ile geçersiz sayılması sonucunu doğurur. İş K. 24 ile amaçlanan böyle bir sonuç olmadığı gibi, toplu işçi çıkarmalarda İş K. 13'ün uygulanmamasını haklı gösterecek bir hukuki dayanak da mevcut bulunmamaktadır. Toplu işçi çıkarmalarda da, işten çıkartılmak istenen işçinin, yasa ve sözleşme ile sahip olduğu tüm haklara, özellikle de ihbar

⁷³ Düzenlemelerin eleştirisi için bkz. **Güzel**, İş Güvencesi, s.47; **Demir**, s.105.

⁷⁴ Karş. **Ekmekçi**, İş Güvencesi, s.58.

⁷⁵ **Ekonomi**, Yeni Model Arayışı, s.103.

önellerine uyulması gerekir. Aksi yönde bir çözüm, ihbar önellerine uyulmasına buyuran 158 sayılı sözleşmenin 11. maddesine de aykırı olacaktır. Avrupa Birliğinin Toplu İşçi Çıkarmalar hakkındaki 98/59 sayılı ve 20 Temmuz 1998 tarihli Yönergesi md. 4 f. 1 ile de, hizmet akitlerinin feshinin yetkili kuruma yapılan bildirimden itibaren en erken otuz gün sonra hüküm doğuracağı yanında, fesih önelleri ile diğer yasal düzenlemelerin geçerliliklerini koruyacakları öngörülmektedir. Alman hukukunda da, toplu işçi çıkarmalarda yetkili makama yapılan bildirim, işvereni fesih bildiriminin diğer hukuki gereklerine uymak yükümlülüğünden kurtarmayacağı, özellikle de yasa, hizmet akdi veya toplu iş sözleşmesi ile öngörülen bildirim önellerine uyulacağı kabul edilmektedir⁷⁶.

Kanaatimce, feshi ihbar sürelerinin en erken bölge müdürlüğüne yapılan bildirim izleyen otuz gün dolduktan sonra işlemeye başlayacağı görüşü de isabetli değildir. İş K. 24 f. 4 hükmünün bu şekilde yorumlanması, toplu işçi çıkarmalarda menfaatler dengesini işveren aleyhine ölçsüz bir şekilde bozacaktır. Özellikle ekonomik zorunluluklar sonucu iş gücü maliyetini azaltmak amacıyla toplu işçi çıkartmaya mecbur kalan bir işverenden, feshi ihbar önellerine ilave olarak otuz gün daha işçiye ücret ödemesinin beklenmesi gerçekçi olmayacaktır.

Kanaatimce, İş K. 24 f. 4'deki "*fesih bildirimleri ...hüküm doğurur*" ifadesi, feshi ihbarın geçerlilik kazanmasını değil, hukuki sonuçlarını doğurması, yani hizmet akdini sona erdirmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, ihbar önelleri, otuz günlük süreden etkilenmeden işlemeye devam edecektir. Bu durumda, toplu işçi çıkarmalarda hizmet akdinin feshi ihbarı, en erken bölge müdürlüğüne yapılan bildirim izleyen otuz günün sonunda hüküm doğuracak; yani ihbar öneli süresi daha önce dolmuş olsa bile, hizmet akdi bölge müdürlüğüne yapılan bildirim üzerinden otuz gün geçmeden sona ermeyecektir. Örneğin bildirim öneli 30 günden daha kısa ise, 30 gün dolmadan fesih bildirim sonuç doğurmayacaktır. Fakat bildirim öneli 30 günden daha uzun ise, bu takdirde 30 günlük sürenin özel bir koruyucu etkisi kalmayacak, daha uzun olan bildirim öneli işçi için geçerli olacaktır⁷⁷. Ülkemizde, feshe karşı korunma kapsamına giren işçilerin zaten asgari dört haftalık ihbar önelleri hakları olduğundan, otuz günlük sürenin çoğu durumda

⁷⁶ Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG § 18 Rn. 13

⁷⁷ Alman hukukundaki çözüm tarzı da böyledir. Bkz. Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG § 18 Rn. 22, 23

özel bir koruyucu etkisi olmadığı düşünülebilir. Fakat iki durumda, otuz günlük süre özel bir koruyucu etki sağlayacaktır. Birinci olasılık, işverenin önce hizmet akitlerinin feshini ihbar etmesi ve bölge müdürlüğüne daha geç bildirimde bulunmasıdır. Bu durumda, işçilerin ihbar önelleri, bölge müdürlüğüne yapılan bildirim izleyen, örneğin 20. günde doluyorsa, İş K. 24 f. 4 gereğince, fesih bildirim henüz hüküm doğurmayacak, işveren 30 günlük süre dolana kadar, örneğimizde bir 10 gün daha işçiyi çalıştırmak ya da bu sürenin ücretini ödemekle yükümlü olacaktır.

İkinci olasılık ise, işverenin peşin ödeme ile hizmet akdini feshetmesi durumudur: İş K. 13'de işverenin bildirim süresine ait ücreti işçiye peşin ödemek sureti ile akdi feshetmesi imkanı korunmaktadır. Bu durumda bir yandan İş K. 24 f. 4'deki 30 günlük sürenin peşin ödeme ile fesih imkanından yararlanmaya engel olup olmayacağı, bir yandan da, peşin ödeme yolu ile bir ya da daha fazla işçi işten çıkartılmış ise, 30 günlük süre geçmeden fesih bildirimlerinin hüküm doğurmayacağı kuralının nasıl uygulanacağı tereddüt yaratabilir.

Peşin ödeme ile işçinin işten çıkartılması, hem işverenin hem de işçinin yararına sonuç doğuran bir imkandır⁷⁸. Fesih bildiriminin içeriğine ve maddi hukuka ilişkin bir düzenleme olan İş K. 13'ün tanıdığı bu hakkın, İş K. 24 ile ortadan kalktığını kabul etmek yerinde olmaz. Fakat bu sonuç, toplu işçi çıkarmalar için öngörülen güvencelerin kaybedilmesine de neden olmamalıdır. İş K. 24 ile sağlanan güvencelerin işlevlerini yerine getirebilmesi için, hem peşin ödeme ile işten çıkartılan işçiler de bu güvencelerden yararlanabilmeli, hem de toplu işçi çıkarmanın koşulu olan işçi sayısının hesabında bu işçiler de dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde, işverenin birkaç işçiye peşin ödemede bulunmak sureti ile toplu işçi çıkarma hükümlerini uygulamaması imkanı yaratılmış olurdu.

Kanaatimce bu durumda, feshi ihbarın bölge müdürlüğüne yapılan bildirim üzerinden otuz gün geçmeden hüküm doğurmayacağı düzenlemesi, hem peşin ödeme ile işçiyi derhal işten çıkarmaya imkan veren, hem de toplu işçi çıkarmalar için geçerli güvenceleri koruyan bir çözüme imkan vermektedir: İş K. 24 f. 4'e göre, fesih bildirimleri, bölge müdürlüğüne yapılan bildirimden otuz gün sonra hüküm, yani hukuki sonuç doğuracaklardır. Bu kural, peşin ödemeye birlikte gerçekleşen fesih bildirimleri için de

⁷⁸ Çelik, s.170; Süzek, İş Hukuku, s.442; Demir, s.107 vd.

aynen geçerli olmalıdır. Yani peşin ödemeye rağmen hizmet akdi otuz gün daha devam edecek, fesih bildirimini ancak otuz günün dolmasından itibaren hukuki sonucunu, yani akdin sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Böylece, peşin ödemeye rağmen hizmet akdi bölge müdürlüğüne yapılan bildirimden 30 gün sonrasına kadar devam eden işçi, tüm yasal haklarından, bu arada İş K. 24 hükümlerinden de yararlanacaktır. Bu çözüm tarzı, peşin ödeme ile akdin feshinde de öneller süresince hizmet akdinin aynen devam ettiğini ve işçinin işverenden önel süresinin sonuna kadar gerçekleşecek tüm haklarını talep edebileceğini kabul eden iş hukuku öğretisi ile de uyumludur⁷⁹. Bu şekilde, bir yandan peşin ödeme hakkı korunur ve işverene işçiyi derhal işyerinden uzaklaştırma imkanı sağlanırken, diğer yandan peşin ödeme ile hizmet akdi feshedilen işçilerin de hesaba dahil edilmesi ile hem bu işçilere hem de diğer işçilere toplu işçi çıkarmayla ilgili hükümler uygulanabilmektedir.

İşverenin toplu işçi çıkarmalarda İş K. 24 hükümlerine uymamasının yaptırımını ne olacaktır? Kanaatimce, en azından bölge müdürlüğüne hiç veya usulüne uygun bir bildirimde bulunulmamasının yaptırımı, hizmet akdinin fesih bildirimine rağmen sona ermemesidir. Zira İş K. 24 f. 4 hükmü karşısında, fesih bildirimleri, bölge müdürlüğüne bildirim yapılmadıkça hukuki sonuç doğurmayacaktır.

Maddenin 5. fıkrası, işyerinin kesin olarak kapatılması halinde, işverene sadece durumu 30 gün önceden bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilan etmek yükümlülüğünü getirmektedir. Burada işçi temsilcilerine bildirim ve görüşme yükümlülüğünün öngörülmemiş olması eleştirilebilir. İşyerinin kapanması niteliği itibarı ile toplu işçi çıkarmanın en ağır durumudur. Bu durumda işçileri koruyacak, işten çıkarmaların olumsuz sonuçlarını hafifletecek önlemler alınması daha çok gereklidir⁸⁰. Son zamanda yaşanan Paşabahçe fabrikasının kapanması olayında görüldüğü gibi, emekliliği yaklaşan işçilerin emekliliğinin beklenmesi, imkan varsa işçilerin işverenin başka işyerlerine nakledilmesi gibi önlemler mümkün olabilmektedir. Yasanın işvereni bu yükümlülüklerden tamamen kurtarması, toplu işten çıkarmaların sosyal yönden yaratacağı olumsuz etkileri önlemek amacı ile bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, işyeri işçi temsilciliğinin yerleşmesi ile bu sakıncanın da önüne geçileceği ve işverenlerin gelecekte toplu işçi

⁷⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s.444; **Çelik**, s.169; **Narmanhoğlu**, s.281; **Oğuzman**, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s.200

⁸⁰ **Güzel**, İş Güvencesi, s.48; **Demir**, s.105.

çıkardıkları her durumda hafifletici ve telafi edici önlemleri temsilcilerle görüşecekleri beklenebilir.

VII. SENDİKAL GÜVENCE

1. İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi

4773 sayılı Yasa ile değişen Sendikalar Kanununun 30. maddesi, işyeri sendika temsilcisinin özel iş güvencesini ortadan kaldırmakta, temsilci için de genel feshe karşı korunmanın geçerli olacağını öngörmektedir. Buna göre, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin feshinde İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır (Sendikalar K. 30 f. 1). Temsilciye sağlanan güvencenin diğer işçilerinkinden tek farkı, İş K. 13D uyarınca hükmedilecek tazminatın işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında olacağıdır (Sendikalar K. 30 f. 2). Buna İş K. 13D f. 2 uyarınca işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücreti ve diğer hakları da eklenecektir.

Böylece, temsilci için de işverenin işe iade yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Düzenlemenin 158 sayılı sözleşmeye aykırı olduğu söylenemez. Bununla birlikte, temsilciye sağlanan güvencenin bu şekilde zayıflatılmasını haklı görmek zordur⁸¹. Özellikle toplu işçi çıkarmalarda işlevleri arttırılan temsilcilerin, işverene karşı daha etkili bir güvenceden yararlanması yerinde olurdu. Sendikalaşmanın sağlanması ve korunması bakımından da, sendika temsilcilerinin özel bir güvenceye sahip olmaması sakıncalıdır. Öte yandan, Sendikalar K. 30, temsilcileri artık hizmet akdinin içeriği yani çalışma koşulları bakımından da korumaktadır. Maddenin son fıkrasına göre, işveren yazılı rızası olmadıkça temsilcinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi takdirde değişiklik geçersiz sayılır.

Sendika temsilcisi olmayan ve İş K. 24 ile geçici 13. madde uyarınca seçilen işçi temsilcilerinin de Sendikalar K. 30'daki güvence kapsamına girip girmediği konusu tereddüt yaratmaktadır⁸². Sendikalar K. 30 f. 1'de "işyeri sendika temsilcisi" ifadesi yer alırken, f. 2'de sadece "temsilci", f. 3'de ise "işyeri temsilcisi" ifadeleri kullanılmaktadır. Kanaatimce, işyeri sendika temsilcilerinin bulunmadığı hallerde, onlarla aynı usule göre seçilen (geçici madde 13; Sendikalar K. md. 34) ve toplu işçi çıkarmalarda aynı işlevi gören

⁸¹ Ekmekçi, İş Güvencesi, s.55 vd.; Uçum, s.219; Soyer, s.292; Süzek, İş Hukuku, s.618.

⁸² Uçum, s.220.

(İş. K. md. 24) işçi temsilcilerinin de, onlarla aynı güvenceden yararlanacağını kabul etmek, amaca uygun bir yorum olur⁸³.

2. Sendika Üyeliğinin ve Sendikal Faaliyetin Teminatı

4773 sayılı Yasa ile Sendikalar Kanununun sendikal tazminatı öngören 31. maddesinin altıncı fıkrası da değiştirilmekte ve maddeye iki yeni fıkra eklenmektedir. Altıncı fıkranın yeni haline göre, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshinde, İş K. 13A ve devamı maddeleri uygulanacaktır. Bu durumda İş K. 13D f. 1 uyarınca hükmedilecek tazminat ise, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacaktır.

Bu düzenleme ile sendika üyeliği ve faaliyeti nedeni ile hizmet akdinin feshine karşı eskisine göre daha etkili bir güvence sağlandığı söylenebilir. Sendikalar Kanunu 31 f. 6'nın İş K. 13A ve 13D'ye yaptığı atıf nedeni ile, geçersiz feshin sonuçları olan işe iade veya tazminat alternatifleri burada da uygulanacaktır. Sendika üyeliği veya faaliyeti nedeni ile hizmet akdini feshettiği sabit olan işveren, işçiyi işe iade etmezse, ona en az bir yıllık ücret tutarında geçersiz fesih tazminatı ödeyecektir. Bunun yanında, İş K. 13D f. 2'deki, işçinin çalıştırılmadığı süre için dört aylık ücret ve diğer haklarına da hükmedilecektir. Bunun sonucunda, işçinin sendika üyeliği veya faaliyeti nedeni hizmet akdini fesheden işveren, işçiye en az on altı aylık ücreti kadar tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

Ancak işe iadeye hükmedilebilmesi ve işçinin dört aylık ücretinin de ödenmesi sadece feshe karşı koruma kapsamı içine alınan, yani hizmet akitleri İş Kanunu veya Basın İş Kanununa tabi olan, belirsiz süreli bir hizmet akdi ile on veya daha fazla işçinin çalıştırıldığı bir işyerinde ve en az altı aylık kıdemle çalışan ve işveren vekili de olmayan işçiler için mümkündür. İş güvencesi kapsamı dışında kalan, yani Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanununa tabi olan işçiler ve tarım işlerinde çalışanlar ile İş K. 13A uyarınca kapsam dışında tutulan işçilerin (10'dan az işçinin çalıştığı işyerlerinin işçileri, 6 aylık kıdemi olmayan işçiler, belirli süreli hizmet akitleri ile çalışan işçiler) sendikal nedenle fesih iddiası ile açacağı dava sonucu işçiye ödenecek tazminatta ise sadece altıncı fıkradaki en az bir yıllık ücret tutarı esas alınacaktır (Sendikalar K. 31 f. 7)⁸⁴.

⁸³ Karş. **Demir**, s.51, 123.

⁸⁴ **Demir**, s.115.

Fakat iş güvencesi kapsamı dışındaki bu işçilerin de sendikal nedenle fesih iddiası ile açacağı davada ispat yükü işverene ait olacaktır (Sendikalar K. 31 f. 7). İspat yükünün işverene ait olması, yukarıda da açıklandığı üzere, İş K. 13C f. 2 uyarınca, “*feshin geçerli bir sebebe dayandığını*” işverenin ispatlaması anlamına gelmektedir. Bu durumda, işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeni ile işine son verildiği iddiası ile açacağı davada, feshin aslında geçerli bir sebebi olduğunu işveren ispat edecektir. Böylece sendikal nedenle feshe maruz kalan işçi, ispat yükü bakımından iş güvencesi kapsamı içine alınmaktadır. Sendikalaşmanın güvenceye alınması bakımından böyle bir düzenleme çok önemli ve yerinde bir adımdır.

Bununla birlikte, ispat yükünün işverene ait olması ile sağlanmak istenen güvence, tam bir feshe karşı koruma değil, sadece sendikal nedenle feshe karşı korumadır. Bu nedenle, her durumda öncelikle işverenden geçerli sebebi ispatlamasını beklemek yerinde olmaz. Kanaatimce, bu iddia ile açılan davalarda da öncelikle delil gösterme yükümlülüğü işçiye ait olmalı, işçiden feshin sendikal nedene dayandığını tam olarak kanıtlaması değil, fakat bu yönde şüphe doğuran emareleri ortaya koyması beklenmelidir. Bunun sonrasında, geçerli bir sebebin varlığını ispat yükü işverene aittir.

SONUÇ

1. İş K. 13A ve devamı hükümlerinin, 158 sayılı sözleşme ışığında değerlendirilmesinden çıkan sonuç, bu hükümlerin 158 sayılı sözleşmeyle büyük ölçüde örtüşükleridir. Bu bakımdan, ülkemizdeki iş güvencesi modelinin, 158 sayılı sözleşmeyi esas aldığı ve bu modelin, sözleşmedeki asgari standartların yasalaşması ile oluştuğu saptanabilir. Hukuk politikası ve olması gereken hukuk bakımından daha ileri bir iş güvencesinin öngörülmemiş olması eleştirilebilir. Ancak işverenin fesih serbestisinin geçerli olduğu bir sistemden genel feshe karşı korumaya geçilmesinin çok önemli bir gelişme olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

2. Yeni yasal düzenlemelerin sonucu, işverenin hizmet akdini fesih serbestisi ilkesinin artık genel anlamda ve iş hukukuna hakim bir ilke olarak geçerli olmadığıdır. Feshe karşı korunma hükümlerinin uygulama alanına giren hizmet akitlerinin feshi, ancak geçerli bir sebep varsa caizdir. Geçerli bir sebebin gösterilmemesi veya gösterilen sebebin geçerli olmaması durumlarında fesih hükümsüzdür (İş K. 13D/I). Ancak feshe karşı korumanın uygulama alanı sınırlı kalmaktadır. Hizmet akdi İş Kanunu veya Basın İş Kanununa tabi olmayan, belirli süreli hizmet akdi ile veya ondan az işçinin çalıştığı işyerlerinde çalışan, asgari altı aylık kıdemi olmayan işçiler ile üst düzey işveren vekillerinin hizmet akitlerinin feshinde, fesih serbestisi ilkesi geçerli kalmaya devam etmektedir. Bu nedenle iş güvencesinin kapsamının belirlenmesi konusu önem kazanmaktadır.

3. İş güvencesi öncelikle işverenin fesih bildiriminde belirli bir prosedürü takip etmeye zorlanması ile sağlanmaktadır. İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmek zorundadır (İş K. 13B/I). Ayrıca işçinin davranışı ve verimliliği ile ilgili nedenlerde, kural olarak işçinin savunması alınmadan hizmet akdi feshedilemez (13B/II). Fakat işçiyi feshe karşı koruyan asıl hukuki yol, işverenin fesih bildiriminde geçerli bir sebep göstermek ve bu sebebi ispatlamak zorunda bırakılmasıdır. İşçinin açacağı dava üzerine mahkeme feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığını denetleyecek, feshin geçerli bir sebebe dayandığını işveren ispatlayacaktır (İş K. 13C).

4. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin hizmet akitlerinin, fesih hakkı kötüye kullanılarak sona erdirilmesi halinde kötüniet tazminatı uygulaması sürecektir (İş K. 13/son). İş güvencesi kapsamındaki işçiler için ise, fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren durumlarda zaten geçerli bir sebebin de olmadığı kabul edilecektir. Ancak geçerli sebep denetimi kötüniet denetiminden daha geniştir; işveren kötünietli olmasa da feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı kabul edilebilir. Geçerli sebepler, işçinin yeterliliği, davranışı veya işyeri gereklerinden kaynaklanan ve iş ilişkisinin devamına objektif olarak engel teşkil eden durumlardır. İşveren, iş ilişkisini sürdürmenin objektif olarak beklenemeyeceğini ispatlamak zorundadır. Geçerli sebeplerin neler olduğu yargı kararları ile somutlaşacaktır.

5. Mahkemece işverenin fesih için bir sebep göstermediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı tespit edildiğinde, feshin geçersizliğine karar verilecektir. Bu durumda işveren işçiyi işe iade etmek zorunda değildir; mahkemenin kararında belirlediği ve işçinin en az altı ay en çok bir yıllık ücreti kadar bir tazminat ödemekle yetinebilir (İş K. 13D/I). Böylelikle, iş ilişkisinin devamlılığını sağlamak yönünde bir güvence değil, işverene seçim hakkı tanıyan ve işe iadenin tazminata dönüşebildiği bir feshe karşı koruma modeli kabul edilmektedir. Feshin geçersizliği durumunda işveren, işçiye mahkeme kararına kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını da her durumda ödeyecektir (İş K. 13D/II). Bildirim süresine ait ücretin fesih bildirimini ile birlikte peşin ödenmesi halinde ise, bu tutar dört aylık ücret ve diğer haklardan mahsup edilecektir (İş K. 13 D/III c. 1). Bu durumda peşin ödeme ile hizmet akdinin feshedildiği durumlar ile ihbar önellerinin beklendiği durumlar arasında bir fark yaratılmaktadır.

6. Geçersiz feshin sonuçlarının uygulanması, davayı kazanan işçinin işe başlamak için işverene başvurması koşuluna bağlıdır. İşçi altı iş günü içinde işverene başvurmaz ise, fesih geçerli sayılacaktır. İşçi bu arada yeni bir işe girmiş ise ve eski işine dönmek istemiyorsa, bu durumu altı iş günü içinde eski işverenine bildirecek ve bu durumda da fesih geçerli sayılacaktır (İş K. 13D/IV ve 13E).

7. Toplu işçi çıkarmalarda işverene, bildirimde bulunma ve işçi temsilcileri ile toplu işçi çıkarmanın sonuçlarını hafifletecek önlemler hakkında görüşme yükümlülükleri getirilmektedir. Bu yükümlülükle bağlantılı olarak işyeri işçi temsilciliği kurumsallaşmakta ve işçinin yönetime

katılması yönünde ilk adım atılmaktadır. Bildirim yükümlülüğüne bağlı olarak fesih bildirimlerinin sonuç doğurabilmesi için de otuz günlük bir süre öngörülmektedir (İş K. 24). Bu otuz günlük süre, yasal veya sözleşmesel ihbar önellere yerine geçmeyeceği gibi, bu önellere işlemlerine engel de olmayacaktır. Sadece ihbar önellere daha erken sona erdiği durumlarda hizmet akdi bölge müdürlüğüne yapılan bildirim izleyen otuz günlük süre dolmadan sona ermeyecektir. Peşin ödeme ile hizmet akdinin feshi halinde de, bölge müdürlüğüne yapılan bildirimden itibaren otuz gün geçmeden hizmet akdi sona ermeyecek, peşin ödemedir yararlanan işçiler de toplu işçi çıkarma hükümlerinin uygulanabilmesi için aranan asgari sayının hesabında dikkate alınacaklardır.

8. Sendikalar Kanununun 30. maddesi değiştirilmek sureti ile işyeri sendika temsilcisinin işe iade edilmesi zorunluluğu kaldırılmaktadır. Geçerli bir sebep olmadan hizmet akdi feshedilen işyeri sendika temsilcisine, en az bir yıllık ücreti kadar tazminat ve dört aylık ücret ve diğer hakları ödenecektir. İşyeri sendika temsilcisinin güvencesindeki bu geriye gidiş yanında, olumlu bir gelişme ise, temsilcinin çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapmanın yasaklanmasıdır. İşverenin, temsilcinin yazılı rızası olmadan onun işyerini değiştirmesi veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapması durumunda, değişiklik geçersiz sayılacaktır (Sendikalar K. 30).

9. Sendikalar Kanununun 31. maddesinde yapılan değişiklik ve eklemeler ile, sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebi ile hizmet akdinin feshinin sonuçları da, İş K. 13A ve devamı ile uyumlu hale getirilmiştir. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin hizmet akitlerinin sendikal nedenle feshi halinde elde edecekleri tazminat miktarı en az on altı aylık ücret tutarı olacaktır, sendikal güvencenin özellikle bu işçiler bakımından kuvvetlendirildiği görülmektedir. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için ise, eski düzenleme korunmaktadır. Her iki grup işçi için de geçerli olan bir yenilik ise, hizmet akdinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılan davalarda, ispat yükümlülüğünün işverene ait olmasıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Alpagut**, Gülsevil, “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2001.
- Ascheid**, Reiner, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg. von Dieterich, Hanau, Schaub, München, 1998.
- Canbolat**, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkileri, İstanbul, 1992.
- Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2000.
- Demir**, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İş Güvencesi Yasası ile Yeniden Düzenlenmiş 2. Baskı, İzmir, 2002.
- Ekmekçi**, Ömer, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2001.
- Ekmekçi**, Ömer, “Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2001 (İş Güvencesi).
- Ekonomi**, Münir, “Genel Değerlendirme”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2002.
- Ekonomi**, Münir, “Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 sayılı İLO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışları”, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul, 1997 (Yeni Model Arayışları).
- Engin**, Murat, “Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul, 2002.
- Eyrenci**, Öner, “Avrupa Birliği Hukukunda İş İlişkisinin Sürekliliğinin Korunması”, Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Ankara, 1997.
- Günay**, Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, Ankara, 2001.
- Güzel**, Ali, “İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2001 (İş Güvencesi).
- Güzel**, Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987.
- Hueck/v.Hoyningen-Huene**, KSchG, Kommentar, 12. völlig neubearbeitete Aufl. von Derrick v. Hoyningen-Huene und Rüdiger Linck. München, 1997.

- Kutal**, Metin, “İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2002.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi, “Hizmet Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ekonomik Sebeplerle Feshi”, Kamu-İş, Ocak, 1988.
- Narmanhoğlu**, Ünal, Ferdi İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir, 1998.
- Oğuzman**, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul, 1955.
- Özveri**, Murat, “İşverenin Aciz Hali, İflas, İşyerinin Kapatılması, İşyeri Devirleri ve Toplu İşten Çıkarmalar”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul, 1998.
- Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Medeni Usul Hukuku-İcra İflas Hukuku, Ankara, 2001.
- Soyer**, Polat, “158 sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2002.
- Süzek**, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar-İş Akdi), İstanbul, 2002 (İş Hukuku).
- Süzek**, Sarper, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlanması”, Aydın Özkul’a Armağan, Kamu İş, 2002/4.
- Taşkent**, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.
- Törüner**, Mete, “İşsizlik-İş Güvencesi ve İşsizlik Sigortası”, Akdin Feshinde Yargı Denetimi Sempozyumu, Ankara, 1992.
- Uçum**, Mehmet, “Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 2002.
- Ulucan**, Devrim, “158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye’nin Uyumu”, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara, 1997.