

4773 SAYILI KANUNA GÖRE BİLDİRİMLİ FESHİN GEÇERLİ NEDENE DAYANMAMASI VE İŞE İADE

(YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİNİN 08.07.2003 TARİHLİ VE E. 2003/12442, K.
2003/13123 SAYILI KARARI ÇERÇEVESİNDE)

*Yrd.Doç.Dr. Murat ŞEN**

I. GİRİŞ

Bilindiği üzere çağdaş iş hukukunun temel amaçlarından biri işçiye iş güvencesinin sağlanması, başka bir deyişle işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı korunmasıdır. Fakat bu konuda bir güvence sağlanması, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne olursa olsun sürdürülmesi anlamını da taşımaz. Bu açıdan “iş güvencesi” kavramı¹ ile amaçlanan, işçinin işine geçerli bir sebep olmaksızın son verilebilme olanağının sınırlanmasıdır.

Hukumumuzda, işçilerin geçerli bir nedene dayanmaksızın işveren tarafından işten çıkarılmayacağı anlamındaki iş güvencesi, 1994 yılında onaylanmış bulunduğumuz “Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı ILO Sözleşmesi”²ne uygun olarak hazırlanan 4773 sayılı “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.

1 İş güvencesi kavramı hakkında bkz. Fevzi Demir, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986, s. 13 vd.; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 16. B., İstanbul 2003, s. 189; Metin Kutal, “İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, s. 16; Mustafa Alp, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, İzmir 2003, s. 1; Erdal Egemen, “Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi”, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s. 81-82.

2 R.G. 12.10.1994, S. 22079. Ayrıca bkz. Tankut Centel, Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 1999, s. 387 vd.; Murat Şen, Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, Ankara 2003, s. 263-270.

Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"la kabul edilmiştir³. Ancak sözü edilen 4773 sayılı, kamuoyunda bilinen adıyla İş Güvencesi Kanunu ile değiştirilen 1475 sayılı İş Kanunumuz, inceleme konusu da yaptığımız kararın Yargıtay'ca hükme bağlandığı 08.07.2003 tarihinden önce, 10.06.2003 tarihinde yerini 4857 sayılı yeni İş Kanunumuza⁴ bırakmıştır. İş güvencesi alanında önemli hükümler getiren 4773 sayılı İş Güvencesi Kanununda yer alan hususlar bir takım değişikliklerle 4857 sayılı yeni İş Kanunumuzda da yer almıştır.

Biz bu çalışmada, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 08.07.2003 tarihli ve E.2003/12442, K.2003/13123 sayılı kararı çerçevesinde, işverenin iş sözleşmesini bildirimli olarak fakat geçerli bir nedene dayanmaksızın feshetmesinin ne tür sonuçlar doğuracağını, feshin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan 4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu kapsamında ele alacağız. Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı yeni İş Kanunumuz, 4773 sayılı Kanun'la getirilmiş iş güvencesi hükümlerine önemli ölçüde bağlı kaldığından, söz konusu karar, yeni İş Kanunu'muzun uygulamasına ışık tutacak niteliktedir.

Konuyu ele alırken önce, sözü edilen Yargıtay kararının metnini verecek, sonra, İş Güvencesi Kanunu kapsamında Yargıtay kararına konu olan olayla sınırlı olarak iş güvencesinden yararlanabilmek için gerekli şartlar ve bu bağlamda geçersiz nedenle fesih ile bunun ortaya çıkardığı hukuki sonuçları ele alacağız.

II. KARAR METNİ

Dava: Davacı, iş sözleşmesinin davalı işverence haksız ve geçerli bir neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine, işe iadesine, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağına karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkeme, istekleri kabul etmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Yargıtay Kararı:

Davacı işçi, iş sözleşmesinin 25.03.2003 tarihinde sendikal nedenlerle davalı işveren tarafından feshedildiğini belirterek bu tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 4773 sayılı Kanun ile değişik 13/A, B, C ve D

³ R.G. 15.08.2002, S. 24847; Ancak Kanununun 13. maddesine göre "Bu Kanun 15 Mart 2003 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer."

⁴ R.G. 10.06.2003, S. 25134.

maddeleri uyarınca işe iadesine karar verilmesi, iade kararına rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde bir yıllık ücreti tutarında tazminat ve en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret istekleriyle bu davayı açmıştır.

Davalı işveren feshin ekonomik nedenlerle gerçekleştirildiğini belirterek geçerli fesih nedeninin bulunduğunu savunmuştur.

Mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden; davalı işverenin 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe gireceği önceden bilinen 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanununa getirilen iş güvencesine ilişkin hükümleri bertaraf etmek amacıyla, işçilere belirli süreli iş sözleşmelerini imzalatmaya çalıştığı izlenimi edinilmekte, işçilerin bu durumu kabul etmemesi üzerine davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçilerin 17.03.2003 tarihinde sendikaya üye oldukları görülmektedir. Keza, davalı işveren temsilcisi tarafından sendika üyeliğinden çekilme konusunda baskılar yapıldığı, işçilerin kabul etmemesi üzerine bu kez 25.03.2003 tarihinde iş sözleşmelerinin feshi yoluna gidildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan bu fesihlerden sonra çoğunluğunu sendika üyeliğinden çekilenlerin oluşturduğu bir kısım işçiler tekrar işe alınmıştır. Davalı işverenin iş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce tazminatları ödenmek suretiyle işçilerin iş sözleşmelerini fesih hakkı olduğu halde bu yola gitmeyerek belirli süreli iş sözleşmesi imzalatmaya çalıştığı şeklindeki davacı iddiaları, davalı işverenin başlangıçta fesih amacı taşımadığını göstermektedir. Ancak davacının sendikaya üye olmasını müteakip, istifaya davet edilmesi üzerine kabul etmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi yoluna gidildiği görülmüştür.

Davalı işveren talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanmıştır. Belirtmek gerekir ki; söz konusu Yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmıştır.

Yukarıdaki açıklamalara göre, mahkemece işveren tarafından yapılan feshin sendikal nedene dayandığı gerekçesiyle işçinin işe iadesine ve işe iade kararına rağmen işverence işe başlatılmaması durumunda bir yıllık ücreti tutarında tazminata ve yine boşta geçen süre ile ilgili ücretin kabulüne karar verilmesi, 1475 sayılı İş Kanununun 13/D ve 2821 sayılı Yasanın 31/6. maddesi hükümleri uyarınca isabetlidir.

Ancak, anılan Yasanın 13/D. maddesinde “mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler” kuralına yer verilmiş olup, mahkemece bu tazminat miktarının belirlenmesi ile yetinilmelidir. Ayrıca tahsili yönünde hüküm kurulması hatalıdır. Öte yandan, bu tazminat işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin süresi içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olur. Böyle olunca bu tazminat için dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de doğru değildir. İşçinin çalıştırılmadığı süre için kararın kesinleşmesine kadar hesaplanacak olan en çok dört ayla sınırlı ücret alacağı da, işçinin işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel olan bir olacaktır. Bu alacak için de faize karar verilmesi hatalıdır.

Açıklanan nedenlerle, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine ilişkin verilen hüküm yerinde olup, buna yönelik temyiz itirazları isabetli görülmemiş, tazminat ile boшта geçen süre ücreti ve diğer konularda verilen hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve fesih tarihinde yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanununun 13/C maddesinin son cümlesi uyarınca aşağıdaki gibi Dairemizce karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç:

Yukarda gösterilen nedenlerle;

1- Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinin 06.06.2003 gün ve 2003/ Esas 2003/ Karar sayılı kararının bozularak ORTADAN KALDIRILMASINA,

2- İşverence yapılan FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,

3- Davacının yasal sürede başvurusuna rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin bir yıllık ücreti tutarı olan brüt 3.856.245.648 TL olarak belirlenmesine,

4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar ücretin taleple bağlı olarak 50.000.000 TL’ nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 200.000.000 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

7- Davacının yaptığı yargılama gideri 20.200.000 TL’nin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalı tarafından temyiz gideri olarak yapılan 9.150.000 TL’nin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine kesin olarak 08.07.2003 günü oybirliğiyle karar verildi⁵.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Yerel Mahkeme ile Temyiz Mahkemesinin Kararları ve Gerekçeleri

Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla, **davacı işçi** iş sözleşmesinin işveren tarafından 25.03.2003 tarihinde sendikal nedenlere dayanılarak haksız ve geçerli bir neden olmaksızın feshedildiğini belirterek bu tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 4773 sayılı Kanun ile değişik 13/A, B, C ve D maddeleri uyarınca işe iadesine karar verilmesi, iade kararına rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde bir yıllık ücreti tutarında tazminat ve en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret istekleriyle dava açmış; davalı işveren ise feshin ekonomik nedenlerle gerçekleştirildiğini belirterek geçerli fesih nedeninin bulunduğunu ileri sürmüştür. **Yerel mahkeme, 06.06.2003 tarihinde davacının istekleri doğrultusunda karar vermiştir.** Karardan memnun olmayan davalı işveren de vekili aracılığıyla kararı temyiz ederek, dosyayı Yargıtay'ın önüne getirmiştir.

Temyiz Mahkemesi, öncelikle iş sözleşmesinin hangi nedenle feshedildiğini dosyadaki bilgi ve belgeler çerçevesinde belirlemeye çalışmıştır. Buna göre, davalı işverenin 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe gireceği önceden bilinen 4773 sayılı Kanun ile getirilen iş güvencesine ilişkin hükümleri bertaraf etmek amacıyla, işçilere belirli süreli iş sözleşmelerini imzalatmaya çalıştığı izlenimini edinmiş, böyle bir durumla karşılaşan ve davacı işçinin de aralarında bulunduğu bir kısım işçinin 17.03.2003 tarihinde sendikaya üye olduklarını belirlemiş; işveren temsilcisi tarafından da sendika üyeliğinden çekilme konusunda baskılar yapıldığını; işçilerin kabul etmemesi üzerine de 25.03.2003 tarihinde iş sözleşmelerinin feshi yoluna gidildiğini tespit etmiştir. Ancak bundan kısa bir süre sonra ise çoğunluğunu sendika üyeliğinden ayrılanların oluşturduğu bir kısım işçinin tekrar işe alındığını görmüştür.

Yüksek Mahkeme ayrıca, davalı işverenin iş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce tazminatları ödenmek suretiyle işçilerin iş sözleşmelerini fesih hakkı olduğu halde bu yola gitmeyerek belirli süreli iş sözleşmesi imzalatmaya çalışmasının, **davalı işverenin başlangıçta fesih amacı taşımadığını** ortaya koyduğunu; ancak **davacının sendikaya üye olmasının ardından**, sendika üyeliğinden istifa etmesinin istenmesi ve işçi-

⁵ Yargıtay 9. HD.'nin 08. 07. 2003 tarihli ve E. 2003/12442, K. 2003/13123 sayılı bu kararı, TİSK İşveren Dergisi, C. 41, S. 10, Temmuz 2003, s. 15-17'de yer almaktadır.

nin de bunu kabul etmemesi üzerine **iş sözleşmesinin feshi yoluna gidildiği** kanaatine ulaşmıştır.

Yine, Yargıtay, davalı işverenin talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanarak feshettiği gerekçesini de değerlendirmiş; ancak böyle bir gerekçeye dayanmanın tutarlı olmadığını; zira, söz konusu Yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu tür bir uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin rızası ile çalışma sürelerinin kısaltılması ve işin zamana yayılması ve bunların yapılmasından sonra feshin en son yol olarak düşünülmesi gerektiği; oysa ki somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı; aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiğinin belgelerden anlaşıldığını tespit etmiştir.

Sonuç olarak Yargıtay, yerel mahkemenin kararını, iş sözleşmesinin işveren tarafından **sendikal nedene dayanılarak feshedildiği**, bunun geçersiz fesih nedenleri arasında sayılması nedeniyle de **işçinin işe iadesine** ve işe iade kararına rağmen işverence **işe başlatılmaması durumunda da bir yıllık ücreti tutarında tazminata** ve yine **boşta geçen süre ile ilgili ücretin kabulüne karar verilmesini**, 1475 sayılı İş Kanununun 13/D ve 2821 sayılı Yasanın 31/6. maddesi hükümleri uyarınca **isabetli bulmuş**; ancak, İş Kanununun 13/D. maddesindeki “mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler” kuralınca, **tazminat miktarının belirlenmesi ile yetinilmeyip tazminat miktarının tahsili yönünde karar verilmesini** ve bu tazminatın, işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin süresi içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olacağı, böyle olunca da bu tazminat için **dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesinin doğru olmadığı**; işçinin çalıştırılmadığı süre için kararın kesinleşmesine kadar hesaplanacak olan en çok **dört ayla sınırlı ücret alacağı**nın da, işçinin işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel olan bir alacak olduğu, bu alacak için de **faize karar verilmesi yönleriyle de hatalı bulmuş**; ve 1475 sayılı İş Kanununun 13/C maddesinin son cümlesi uyarınca **kesin olarak karar vermiştir**.

B. İş Güvencesinden Yararlanabilme Şartları

4773 sayılı Kanun 1475 sayılı İş Kanunumuzun 13. maddesini yeniden düzenlemiş, ancak İş Güvencesi Kanununun kapsamı dışında kalan işçiler açısından eski hükme göre önemli bir değişiklik getirmemiştir. Başka bir söyleyişle, İş Güvencesi Kanunu ondan az işçi çalıştırılan işyerlerinde uygulanmadığından, bu işyerlerinde çalışan işçiler açısından iş sözleşmesinin

bildirimli feshinde herhangi önemli bir değişiklik olmamıştır⁶. **İş Güvencesi Kanununun kapsamına giren işçiler açısından da bildirim önellerine uygulanması zorunluluğu, peşin ödeme ile iş sözleşmesinin feshi ve ihbar tazminatı konusunda herhangi bir değişiklik söz konusu değildir** (İşK.m.13/1-5, 13/D,3); **fakat, kötüniyet tazminatına ilişkin hüküm uygulama alanı bulamaz**, bunun yerine İşK.m.13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E maddeleri uygulanır (İşK.m.13/son).

İşçinin, 4773 sayılı Kanun çerçevesinde iş güvencesinden yararlanabilmesi için **ilk olarak, ortada belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin bulunması gerekir**. Belirli süreli iş sözleşmelerinin bu hükümden yararlanma olanağı bulunmamaktadır⁷.

Somut olayımızda da, işveren işçilerin 4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu'ndan yararlanmalarını için, öncelikle, işçilerin sözleşmelerini belirli süreli iş sözleşmesi yapma yolunu denemiş ancak işçiler buna yanaşmayınca başarılı olamamıştır.

İkinci olarak, bu Kanun ile getirilen iş güvencesi hükümleri “on veya daha fazla işçi çalıştırılan” işyerlerinde uygulama olanağı bulacağından 1-9 işçi⁸ çalıştırılan işyerlerinde uygulanmayacaktır⁹. Belirtelim ki, on işçi ölçü-

6 İşK.m.13'ün 4773 sayılı Kanunla yapılan yeni düzenlemesinde “**Tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklıdır” hükmüne yer verilmemiştir**; fakat sorumluluk hukuku ilkeleri uyarınca zararın tümünün karşılanması gerektiğinden, bu hükmün maddede yer alması, götürü tazminatlar dışında koşulları varsa genel hükümlere göre maddi ve/veya manevi tazminatların istenmesine engel oluşturmaz. Ayrıca, maddenin önceki halinden farklı olan bir diğer husus, iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanan işverenin bildirim sürelerine uymamış olması halinde **kötüniyet tazminatı yanında ayrıca ihbar tazminatı da ödeyeceğidir** ki, bu Yargıtay'ın isabetli olmayan içtihadının (“...kötüniyet tazminatı içinde ihbar tazminatı da vardır”, Yarg. 9. HD., 21.11.1997, 16098/19509, Tühis, C.14, S.4-5, Kasım 1997-Şubat 1998, s. 68) kanunla düzeltilmiş halidir. Bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, (Genel Esaslar-İş Akdi), İstanbul 2002, s. 609 (İş Hukuku).

7 İş güvencesinden, işçinin çalıştığı işyerinde belirli süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edilenler olsa dahi, sadece belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçiler yararlanır. Zincirleme iş sözleşmesiyle çalışılması durumunda da, sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli sayıldığı için, bu kapsamdan yararlanılır. Bkz. Münir Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, Mart 2003, C. 17, S. 2, s. 4-5 (İş Güvencesi).

8 4857 sayılı İş Kanunumuzda ise bu oran “otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerleri” olarak belirlenmiştir (İşK.m.18/1). Ülkemizde küçük işletmelerin oranının çok yüksek olması nedeniyle büyük sayıda işçi kitlesi iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanma olanağını bulamayacaktır.

Alman Hukukunda ise, 1985 yılında beş ya da daha az işçili (çıraklar dahil değil) kuruluşlar yasanın uygulanmasından muaf tutulmuş; 1996 değişikliğiyle ise, bu oran on işçiye çıkarılmış, ondan fazla işçi çalıştırılan işyerleri yasa kapsamına alınmıştır. Ocak

tünde yalnız' belirsiz süreli değil, belirli süreli iş sözleşmesine ve kısmi süreli (part-time)¹⁰ çalışanlar da gözönünde tutulur¹¹. Mevsimlik ve sezonluk çalışan işyerlerinin işçileri için de aynı çözümü benimsemek mümkündür¹².

İş güvencesinden yararlanabilmek için **üçüncü şart**, işçinin **en az altı aylık kıdemini** bulunmasıdır¹³. Kıdem hesabında işçinin işe başladığı tarih önemli olup, işçi iş sözleşmesinin yapılmasından bir süre sonra işe başlamışsa, sözleşmenin yapıldığı tarih değil, işe başladığı tarih dikkate alınır. İşçi işe başladığı tarihten itibaren altı ay sonra (altıncı ayın dolduğu gün) iş güvencesinden yararlanacak duruma gelir. O süre içinde işçinin bazı günler işe gelmemiş, raporlu, ücretli veya ücretsiz izinli olmasının hiçbir önemi yoktur¹⁴. İşK.m.13/A'nın son fıkrasında, işçinin altı aylık kıdemini, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerinin birleştirilerek hesap edileceği de belirtilmiştir.

Dördüncü olarak, işçi, işletmenin bütününe yöneten işveren vekili niteliğini taşımamalıdır. Bu açıdan işletmenin bütününe değil bir bölümünü ya da işyerinin bütününe veya bir bölümünü yöneten işveren vekilleri ancak bu Kanundan yararlanırlar.

Ve **nihayet fesih geçerli bir sebebe dayanmalıdır.** Geçerli sebepler İşK.m.13/A,I'de sayılmıştır. Buna göre, geçerli nedenler ya işçi ile ya da işyeri ile ilgili olabilir. Bunlardan **işçinin yeterliliği veya davranışları işçi ile, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri ise işyeri ile ilgili nedenleri**

1999'dan beri ise beş işçi kriteri getirilmiştir. Bkz. Manfred Weiss/Marlene Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, 3. B., The Hague 2000, s. 105-106.

- 9 On işçinin varlığının ne zaman aranacağı ve bu husustaki ölçütün ne olacağı ise tartışmalıdır. İleri sürülen bir görüşe göre iş sözleşmesinin fesih bildirimini yapıldığı anda işyerinde çalışan işçi sayısına bakılacağı; diğer görüş ise, işyerinin normal işleyebilmesi için gerekli olan işçi sayısının en az on olması ve bu niteliğin iş sözleşmesinin feshi sırasında var olmasıdır. Bkz. **Ekonomi**, İş Güvencesi, s. 3-4.
- 10 Ancak gerçek anlamda geçici işçiler, örneğin hastalığı sebebiyle işe gelemeyen veya yıllık ücretli iznini kullanan işçi yerine çalıştırılan işçiler, on işçi ölçütünde dikkate alınmaz. Bkz. **Ekonomi**, İş Güvencesi, s. 4.
- 11 Münir **Ekonomi**, "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. Almanya'da 1985'den beri kısmi süreli çalışanların o işyerinde çalışan işçiler arasında sayılması için işyerine belirli ölçüde bir emek sunmaları dikkate alınmış ve işçinin düzenli çalışma süresinin haftada 10 saatten veya ayda 45 saatten fazla olması aranmıştır. Bkz. **Weiss/Schmidt**, s. 105-106.
- 12 **Alp**, s. 9.
- 13 Bu altı aylık kıdeme eğer iş sözleşmesinde bir deneme süresi öngörülmüşse bu deneme süresi dahildir. Alman Hukukunda da aynı esas geçerlidir. Bkz. **Weiss/Schmidt**, s. 106.
- 14 **Ekonomi**, İş Güvencesi, s. 5.

oluşturur. İşverence yapılan bildirimli fesihlerde bu ölçütler, İşK.m.17'de sayılan haklı neden derecesine ulaşmayan ve o ölçüde ağır olmayan fakat bildirimli feshi meşru (geçerli) kılan nedenler olup; bu sebepler zaman zaman çok içice girmektedir¹⁵. İşK.m.13/A,I'de öngörülen geçerli nedenlerle birlikte, geleneksel hakkın kötüye kullanılması teorisinden yararlanan sistem bırakılmış, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirimli fesih hakkının kendiliğinden doğduğu anlayışı terk edilmiş, haklı nedenle fesih hakkının doğumunda olduğu gibi bildirimli fesihlerde de aynı ağırlıkta olmamakla beraber geçerli (meşru, makul) nedenlerin varlığı aranmıştır¹⁶.

Yukarıdaki şartların gerçekleşmesi halinde işçi iş güvencesinden yararlanma olanağını elde eder. Bu şartlardan somut olayımız açısından önemli olanı, feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmaması olduğundan bu konunun ayrıca ele alınmasında yarar vardır.

C. Bildirimli Feshin Geçerli Sebeplere Dayandırılması

1475 sayılı İş Kanunumuza 4773 sayılı kanunun 2. maddesi ile getirilen yeni düzenlemede (İşK.m.13/A,I'de), işverence yapılacak bildirimli feshin geçerli bir nedene dayanması zorunluluğu öngörülmüştür. Buna göre, işveren bildirimli olarak iş sözleşmesini feshetmek istediğinde, **işçinin davranışlarından veya yeterliliğinden ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden** kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İşK.m.13/A,II'de **geçerli bir fesih sebebi oluşturmayan nedenler** de 158 sayılı sözleşmeye paralel olarak (m.5-6) **ayrıntılı olarak sayılmıştır**. Buna göre, feshin işçinin a) sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyete katılması, b) İşyeri sendika temsilciliği veya işçi temsilciliği yapması ya da temsilciliğe aday olması, c) mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını talep için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurması ya da bu hususta başlatılmış sürece katılması d) feshin ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken nedeniyle yapılması e) işten çıkarmanın kadın işçilerin İşK.m.70 uyarınca çalıştırılmalarının yasak olduğu sürelerde işe gelmemesi nedenine dayandırılması f) feshin işçinin hastalık veya kaza nedeniyle İşK.m.17/I,b'de öngörülen

15 Örneğin, İşK.m.17/I'de bir işçi kastı dışında hastalanması halinde bu işçinin işe devamsızlığı, bildirim süresi artı 6 haftayı aştığı takdirde işveren iş sözleşmesini derhal feshedebilir ve sadece kıdem tazminatı öder. Belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçinin uzun süreli hastalanması halinde de işveren 13. maddeye göre fesih yetkisini kullanabilir. Bkz. *Ekonomi, İş Güvencesi*, s. 7.

16 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss893m.htm>, 4773 sayılı Kanunun 2. Madde Gereğesi (Madde Gereğesi); *Süzek, İş Hukuku*, s. 610-611.

bekleme süresinde işe geçici olarak devam edememesi nedeniyle gerçekleştirilmesi halinde işverence yapılan fesih bildirimini geçersiz sayılır. İşK.m.13/A,II'de sayılan bildirimli feshi geçersiz kılan nedenlerle hakkın kötüye kullanılması oluşturan nedenler arasında paralellik bulunmaktadır¹⁷.

4773 sayılı Kanun sadece İş Kanununda değişiklik yapmamış, işçinin sendikaya üye olma özgürlüğünü güvence altına alan Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde de değişiklikler yapmıştır. Buna göre, Kanun, işverenin işçinin sendika özgürlüğünü ihlal eden davranışlarını ikiye ayırmaktadır. İşveren işçinin iş sözleşmesini feshetmeyip ancak sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti nedeniyle eşit işlem yapma borcuna aykırı davranırsa daha önce de olduğu gibi işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. Buna karşılık işveren işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı iş sözleşmesini feshederse işçi İşK.m. 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E maddelerinde öngörülen iş güvencesi hükümlerinden yararlanır. Ancak İşK.m. 13/D,I uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz.

Somut olayımızda da fesih, ilk derece mahkemesi ve Yüksek Mahkeme de isabetle belirtildiği üzere, işçinin sendikaya üye olması nedeniyle yapılmıştır. İşK.m.13/A,II,a'ya göre ise "sendika üyeliği", geçersiz bir fesih nedenidir. Bu açıdan işveren işçisinin sendikaya üye olması nedeniyle iş sözleşmesini geçerli nedenle bildirimli olarak feshedemez. Şayet feshederse, geçersiz nedenle yapılan fesihlerin sonuçları (İşK.m.13/D) ile yine 4773 sayılı Kanununun 10. maddesi ile getirilmiş olan "...Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, 1475 sayılı Kanununun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E madde hükümleri uygulanır. Ancak 1475 sayılı Kanununun 13/D maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz" (Sen.K.m.31/6) hükmü uygulama alanı bulur.

Olayımızda, karardan anlaşıldığı kadarıyla, fesih sendikaya üyelik nedeniyle yapılmasına rağmen işveren feshin ekonomik nedenlerle gerçekleştirildiğini belirterek geçerli fesih nedeninin bulunduğunu ileri sürmüştür. Bu açıdan, bir an için işverenin savunmasının yerinde olduğunu düşünerek, ekonomik nedenlerle yapılan feshin geçerli bir sebep olarak kabul edilip edilmemesi hususunu da açıklığa kavuşturmak gerekir.

Öncelikle şunu belirtelim ki, geçerli sebepler ya işçiden ya da işyerinden kaynaklanabilir. İşçiden kaynaklananlar, işçinin yeterliliği veya davranışları,

¹⁷ Hakkın kötüye kullanılması oluşturan fesih nedenleri için bkz. Sarper Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 131 vd. (Fesih).

işyerinden kaynaklananlar ise, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleridir. Ancak Kanun geçerli nedenlerin neler olduğunun ayrıntılı ve somut olaylara yönelik olarak düzenlememiştir. Aksine davranış ne olanaklı ne de isabetlidir¹⁸.

İşçiden kaynaklanan geçerli sebepleri, **işçinin yetersizliği ve işçinin davranışları** olmak üzere iki başlıkta ele almak mümkündür. **İşçinin yetersizliği** batı ülkelerinde de kabul edilen sebeplerin başında gelmektedir. İşçinin aynı ve benzer işi görenlerden daha az verimle çalışması; bilinen niteliklerinden beklenenden daha düşük performans göstermesi; işgörmeye işe yoğunluğunun azalması veya işe yatkın olmaması; sık sık hastalanması¹⁹; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, örneğin, işyerinde yapılan teknolojik değişimler için işveren işçilere eğitim veriyor ve yeni yöntemler konusunda bilgilendirmeye gittiği halde işçinin öğrenme ve yetişmede yetersiz kalması; uyum yetersizliği, çalışma ortamına uyumda yetersizliği, nitelikleri itibarıyla mesleğe uyum bakımından yetersizliği ve mesleğini yürütebilmek için gerekli izni kaybetmesi, örneğin şoför olan işçinin, ehliyetinin alınması veya diğer bir sebeple araba kullanmasına izin verilmemesi yahut bir pilotun uçuş lisansının uzatılmaması, borsa işlemleri için aranan lisansı alabilmede gerekli sınavın başarılmaması iş sözleşmesinin feshinde geçerli birer sebep oluşturur²⁰. İşçiden kaynaklanan geçerli sebeplerin ikincisi, **işçinin davra-**

18 Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosunca Düzenlenen Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları, 2001 Temmuz Toplantısı, İstanbul 2001, s. 31; Münir Ekonomi, "Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı", Almanya'da ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, 3-4 Nisan 1997, M.Ü.Hukuk Fakültesi Yayını, s. 96.

19 İşçinin sık sık hastalanması iki durumda fesih için geçerli sebep oluşturabilir. Birincisi **sık sık hastalanma sonucu aldığı raporlar eğer belirli bir süreyi aşıyorsa** iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilir. Sık sık hastalanma, işçi örneğin üç defa hastalandı, dördüncü hastalanması sonucu eğer işyerinde işin yürütümünde bir aksama meydana gelecekse, işverene bunun sonucunda daha fazla yük geliyorsa yani o süreler için optimum sayıda çalışan işveren dışarıdan geçici işçi almak zorunda kalıyorsa, bunu yapmak yerine 13. maddeye göre iş sözleşmesini yine sürelerine uymak suretiyle fesih etme imkanını kazanabilecektir. İkincisi, Batı ülkelerinde uygulanan, **uzun süreli hastalık** da bir geçerli sebep olarak kabul ediliyor. İşveren zaten İşK.m.17/1 uyarınca bildirim süresi artı altı haftayı bekledikten sonra derhal fesih yetkisini kullanabilir. Alman hukukunda kabul edildiği gibi, Türk Hukuku bakımından da uygulama alanı bulabilir: eğer uzun süreli hastalık altı hafta sürüyorsa işveren iş sözleşmesini geçerli bir sebebe dayanarak feshedebilir. Bkz. Ekonomi, İş Güvencesi, s. 8-9.

20 Ancak, işçinin salt belirli bir yaşa gelmesi ve yaşlılık aylığına hak kazanması geçerli bir sebep olarak kabul edilemez; fakat işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma geçerli bir sebep olarak görülür. Bkz. Madde Gerekeçesi; Ekonomi, İş Güvencesi, s. 8-10; Çelik, İş Hukuku, s. 196.

nışları ile ilgilidir. Bunlar somut olaylara göre değerlendirilecek ve yargı kararları ile çok daha belirgin hale gelebilecektir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeplerin başında sözleşmeye aykırı davranışları gelmektedir. Sözleşmeye aykırı davranışlar iş görme borcu gibi iş sözleşmesinden doğan diğer borçlar ve yan borçlar ile de ilgili olabilir. Ancak bu davranışların İşK.m.17/II'de belirlenen "haklı sebep" şartlarını taşımaması ve onlar kadar ağır bir durumu oluşturmaması gerekir²¹. İşçinin üstlendiği işi gerektiği şekilde ve şartlarına uygun olarak görmemesi, örneğin sık sık işe geç gelmesi, bitiş saatinden önce işi terketmesi, ara dinlenmelerini kendi kararıyla ve keyfi şekilde uzatması, çalışma süresinde özel işlerini yürütmesi, işin akışını etkileyecek şekilde uzun telefon konuşmaları yapması, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemesi ve işi aksatacak tarzda işyerinde dolaşması birer geçerli sebep oluşturur. İşçinin davranışı iş görme borcunun kötü şekilde yerine getirilmesi olarak da ortaya çıkabilir. Bu açıdan işin kalitesinde veya sayısında noksanlık geçerli sebep oluşturabilir. Örneğin işçinin müşterileri kötü bilgilendirmesi, düzenli olmayan bir görünüşüyle müşteri ilişkilerini bozması, şoför olan işçinin kısa sürede tekrar trafik kazası yapması, şoförün işe başlamadan alkollü içki alması (makul surette davranışı engellemeyen durumlarda) geçerli sebepler arasında yer alabilecektir. Üretiminde özellikle aynı ve benzer işlerde çalışan vasat işçilere göre önemli ölçüde sayısal noksanlık bulunması da geçerli bir sebeptir. Eğer sayısal azalma işçinin kontrolü dışında oluşuyorsa, yine geçerli bir sebeptir; ancak bu işçinin yeterliliğinden kaynaklanan bir sebeptir²².

Ancak belirtmelidir ki, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak **işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde** geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz²³.

İşletme ve işyerinden kaynaklanan geçerli sebepler ise, İşK.m.13/B'de belirtilen "**işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli**" sebeplerdir. Bu sebepleri de iki kısımda toplamak mümkündür:

²¹ Madde Gerekçesi.

²² Madde Gerekçesi; Ömer Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine", Mercek, Yıl 7, S. 28, Ekim 2002, s. 99-100; *Ekonomi*, İş Güvencesi, s. 8. Ayrıca bkz. Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, 2. B., MESS Yayını, Ağustos 2002, İstanbul, s. 79.

²³ Madde Gerekçesi; Çelik, İş Hukuku, s. 196-197.

Birinci kısımda “işyeri dışı sebepler” vardır: Talep ve sipariş azalması, sürüm ve satış olanaklarının azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz, enerji sıkıntısı, piyasada genel veya sektörde durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebepler işyerinde üretimin sürdürülmesini ve maliyetleri çok yönlü olumsuz etkileyebilir ve işçilerin iş sözleşmelerinin feshini gerekli kılabilir. Diğer kısım ise “işyeri içi sebepler”dir: Örneğin işyerinde yeni çalışma yöntemlerinin ve teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kaldırılması, bazı iş türlerinin iş organizasyonundan çıkarılması ve işçi sayısının azaltılmasının gerekli olması gibi sebeplerdir²⁴.

Hemen belirtelim ki işyeri dışı ve içi sebeplerin soyut olarak açıklanması fesihte geçerli sebep açısından yeterli değildir. Örneğin ülkede yaşanan ekonomik kriz işvereni bireysel veya toplu işçi çıkarmaya götürüyorsa, bunun için iş sözleşmesi ve sözleşmelerinin feshini gerekli kıldığı somut şekilde belirtilmelidir. Yine, işyerinde bütün olarak veya bazı bölümlerde işçi sayısının azaltılmasını gerektiren bir durum varsa, bu gereklilik somut şekilde açıklanmalıdır. Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen, fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamanla yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshe en son çare olarak bakmasıdır²⁵. Görüldüğü üzere, geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesih-ten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır. Başka bir anlatımla, işveren işyerinde uzun süreden beri yoğun şekilde fazla çalışma uygularken, işçi sayısında azaltma gereğinden söz edilmesi, geçerli bir sebep sayılması için yeterli değildir; önce fazla çalışma uygulamasından vazgeçilmesi, bununla olumlu sonuca gidilemiyorsa, işçi sayısında bir azaltılmanın planlanması düşünülmelidir²⁶.

Şu halde somut olayımız açısından işverenin ekonomik nedenlerle iş sözleşmesini feshi, karardan anlaşıldığı kadarıyla, geçerli görülemez. Zira, işveren ekonomik nedenlerle fesih gerekçesinin altına sığınırken, öncelikle bunu somut olarak ortaya koymalıdır. Bilindiği üzere bu konuda geçerli sebebin varlığını ispat yükü işverenin üzerindedir. Oysa ki, işveren bu durumu somut olarak ortaya koyamamış, üstelik işyerinde yoğun bir şekilde fazla çalışma yaptırmıştır. Kanunun gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, ekonomik nedenle fesih yoluna gidilebilmesi için işverenden fazla çalışmala-

24 MESS Akıllı Kitap İş Güvencesi, D3/001-002, Haziran 2003; Madde Gerekçesi.

25 MESS Akıllı Kitap İş Güvencesi, D3/006, Haziran 2003; Çelik, İş Hukuku, s. 198.

26 Madde Gerekçesi; Ekonomi, İş Güvencesi, s. 11. Ayrıca bkz. Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, s. 79-80.

rı kaldırması, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltması, işi zamana yayararak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını araması ve feshe en son çare olarak bakması beklenmektedir. İşveren ise bu yükümlülüğünü gerçek anlamda yerine getirememiştir. Bu açıdan işverenin ekonomik nedenlerle iş sözleşmesini feshettiği savunmasını haklı görmek mümkün değildir.

Olayımız açısından feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını, feshin sendikaya üyelik nedeniyle yapılması ve işverenin ekonomik nedenleri ispatlamaması yönleriyle ortaya koymuş bulunuyoruz. Mahkemenin bu yöndeki feshin geçersizliği kararının ne tür sonuçlar ortaya çıkaracağını da belirtmek gerekir.

D. Geçerli Sebebe Dayanmayan Feshin Sonuçları

İşK.m.13/D'ye göre, "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az altı ay en çok bir yıllık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

İşçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları kendisine ödenir."

Görüldüğü üzere, mahkemece (veya özel hakemce), işveren tarafından geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı tespit edildiğinde, feshin geçersizliğine karar verilir. Ancak burada **tam bir geçersizlik yaptırımının söz konusu olmadığı görülmektedir**. Çünkü geçersizlik yaptırımında, işverence yapılan fesih bildirimini geçersiz sayılır ve bozucu yenilik doğuran hak, iş sözleşmesi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmez, iş ilişkisi taraflar arasında baştan itibaren aynen devam eder; dolayısıyla da işveren işçiyi işe almak ve boşta geçen sürelerle ilişkin tüm ücretini ve diğer haklarını ödemek durumundadır. Oysa ki, İşK.m.13/D ile getirilen düzenlemede, işverene işçiyi derhal değil bir ay içinde işe başlatma zorunluluğu getirilmekte; işe başlatıp başlatmama konusunda da **işverene seçim hakkı tanınmakta**; başlatmadığı takdirde tazminat borcu yüklenmektedir²⁷. Dolayısıyla mahkemenin işe iade ve tazminattan birini seç-

²⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 614. Buradaki feshin geçersizliği sözü, haklı nedenle yapılan feshin hukuki sonuçları ile bunun ayırıldığını sağlamak amacıyla, feshin kanuna aykırılığını belirtmek için kullanılmıştır. Çelik, İş Hukuku, s. 208.

me, iadeyi uygulanabilir nitelikte görmeyerek, sadece tazminata hükmetme yetkisi bulunmamakta; geçersizlik tespiti sadece işverene seçimsel bir hak olarak iki yönde yükümlülük getiren bir sonuç doğurmaktadır²⁸.

Geçersiz fesihte işverenin birinci tercihi, süresi (mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren altı işgünü) içinde işverene başvuran işçiyi bir ay içinde işe başlatmasıdır²⁹.

İşverence bu yolda bir tercih yapıldığında, işçiye mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (İşK.m.13/D,II)³⁰. Burada söz konusu olan dört aylık ücret tutarında bir tazminat değil, işçinin boşta geçirdiği dört aya kadar olan sürenin ücreti ve işçinin bu süredeki diğer haklarıdır³¹. Ayırı-

28 Ekmekçi, s. 107; Çelik, İş Hukuku, s. 208. Mahkemece feshin geçerli bir nedene dayanmadığının kararlaştırılması halinde, işverenin işçiyi işe başlatmak yerine tazminat ödemeyi tercih edeceği genellikle daha baskın bir olasılık olduğundan iş güvencesi yasasının tazminat yaptırımına ağırlık tanıdığı söylenebilir. Bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 614-615; Alp, s. 22.

29 İşe iade yönündeki bu hüküm işyeri sendika temsilcilerine de uygulanacağı için (Sen.K.m.30/I); daha önceki düzenlemede kesin bir şekilde işyerine iade edilen temsilci, bu hükümlerle, kesin olarak işe iade olanağı elde edememekte, işe başlatılmama durumunda tazminat yaptırımını devreye girmektedir. Bu açıdan, 4773 sayılı Kanunla getirilen düzenleme işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesinde bir geriye gidış anlamı taşımaktadır. Bkz. Polat Soyer, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşverenin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, s. 292; Mehmet Uçum, Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, s. 219-220; Süzek, İş Hukuku, s. 618; Fevzi Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 241-246; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. B., Konya 2003, s. 188-190.

30 Yargıtay'a göre, "1475 sayılı İş Kanununa 4773 sayılı kanunla eklenen 13/D maddesi uyarınca işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Gerçekten, anılan yasanın 13/D maddesi "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlığını taşımaktadır. Geçersiz sebep bulunduğu karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı yoktur. Somut olayda, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davacının ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmalıdır". Bu açıdan "feshin geçerli nedene dayanmadığı iddiasıyla dava açmış işçi, dava sırasında işveren tarafından işe başlatıldığı takdirde, boşta kaldığı süreye ilişkin ücreti isteyemez" (Yarg.9.HD., 08.07.2003, E. 2003/12444, K. 2003/13125, Tekstil İşveren, S. 285, Eylül 2003, s. 36-37). Bu karara ilişkin ne alt mahkemenin kararının gerekçesine ve varmış olduğu sonuca ve ne de Yüksek Mahkeme'nin gerekçesine katılmanın, hukuken mümkün görünmediği yönündeki değerlendirme için bkz. Tankut Centel, "Boşta Kalınan Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren, S. 285, Eylül 2003, s. 37-38).

31 Ekmekçi, s. 108; Alp, s. 22.

ca, işverence yapılan fesih gereği peşin ödenmiş olan bildirim süresine ait ücreti ve ödenen kıdem tazminatı işverene iade edilir. Ancak iadesi gereken bildirim süresine ait ücreti, yetmediği takdirde kıdem tazminatı, işçiye işverence ödenmesi gereken dört aylık süreye ilişkin ücret ve eklerinden mahsup edilir (İşK.m.13/D,III).

İşverenin ikinci tercihi ise, ona bir **tazminat ödemesidir**. Bu tazminat, işçinin **“en az altı ay en çok bir yıllık ücreti tutarında”** olup, kesin miktarı feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme veya özel hakem kararında belirtilir. İşverence bu yol tercih edildiğinde önceki fesih geçersiz sayıldığı için devam eden iş sözleşmesi, işverenin işçiyi işe başlatmamaya yönelik ve fesih anlamı taşıyan irade açıklamasıyla sona erdirilmiş olur. İşçiye, mahkeme (veya özel hakem) kararı kesinleşinceye kadar geçen süre için en çok dört aya kadar ücreti ve ekleri ödenir (İşK.m.13/D,II). İşveren tarafından daha önce işçiye peşin ödenmesi gereken bildirim süresine ait ücreti ve kıdem tazminatı verilmemişse, işçiye bunların ödenmesi gerekir. Şayet daha önce bunlar ödenmişse, geçersiz sayılan fesih ile işe başlatmama tarihi arasında geçen ve kıdeme eklenmesi gereken sürenin getireceği farklar da ödenir. İşçiye ödenecek iş güvencesi tazminatı, sadece asıl ücreti (çıplak ücreti) dikkate alınarak hesap edilir³².

Görüldüğü üzere, geçersiz feshe bağlı talepler, işe iade hakkı çerçevesinde düzenlenmiş ve işçiye işe iade veya tazminat taleplerinden birini seçme olanağı tanımamıştır. Buna göre işçi mahkemeden sadece işe iade ve dört aya kadar ücret talebinde bulunabilir. İşe iadeyi talep etmeyip, tazminat talebinde bulunabilmesi ise mümkün değildir. Nitekim, gerek tazminat ve gerekse dört aya kadar ücret talebi, işe iade talebinin kabulüne bağlı haklar niteliğindedir³³.

Somut olayda fesih, sendikal nedene dayandığına göre, Sen.K.m.31/6 gereği **“...Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, 1475 sayılı Kanununun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E madde hükümleri uygulanır. Ancak 1475 sayılı Kanununun 13/D maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz”**. Buna göre, geçersiz fesihlerde, İşK.m.13/D gereği ödenecek olan **“en az altı ay en çok bir yıllık ücreti tutarında”**ki tazminat, sendikal nedene dayanan fesihlerde **“bir yıllık ücret tutarından az olamaz”**.

³² **Ekonomi**, İş Güvencesi, s. 16-17.

³³ **Ekmekçi**, s. 108.

Olayda, yerel mahkemece verilen, feshin sendikal nedene dayanması nedeniyle geçersiz olduğu, bu nedenle de işçinin işe iadesine; işe başlatılmaması durumunda da **bir yıllık ücreti tutarında sendikal tazminata** karar verilmesi isabetlidir. Mahkemenin, “bir yıllık ücret tutarından az olma”yacak şekilde tespit ettiği sendikal tazminatta alt sınırla yetindiği görülmektedir. Buna karşın mahkeme, tazminat miktarını belirlemekle yetinmemiş, tahsili yönünde hüküm kurmuştur ki, bu da, “Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler”³⁴ hükmü karşısında, Yargıtay’ca da belirtildiği üzere, isabetsiz bir yaklaşımdır. Zira, bu tazminat, işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin süresi içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olur. Başka bir söyleyişle, işe başlatmama tazminatı işçinin iş sözleşmesinin geçerli bir nedenle feshedilmemiş olmasının değil, işçinin işe başlatılmamış olmasının bir yaptırımı olduğu için, geçersiz fesih tarihi itibarıyla değil, en erken, işverenin, işe iade kararı verilen işçiyi süresi içinde işe almadığı tarih itibarıyla doğar ve talep edilebilir hale gelir. Bu itibarla anılan tazminata fesih veya dava tarihinden veya hüküm tarihinden itibaren faiz yürütülmesi mümkün değildir³⁵. Bu açıdan, ilk derece mahkemesince, dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmesi isabetli bir yaklaşım değildir.

Bunun gibi, işçinin iş sözleşmesinin feshinden fesih kararının geçersizliğine kadar geçen süreçte en çok dört ayla sınırlı ücret alacağı da, süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel olan bir alacaktır. Başka bir söyleyişle, dört aya kadar ücret talebi de, tazminat gibi, işe iade talebinin mahkemece kabulüne bağlı haklar niteliğindedir³⁶. Bu yönüyle işe iade kararı verilmeden yani alacak muaccel olmadan faize karar verilmesi yine isabetsizdir.

Yukarıda ele aldığımız gerekçeler çerçevesinde, önüne getirilen ilk derece mahkemesinin kararını temyizden inceleyen Yargıtay, İşK.m.13/C,III’e göre, bir ay içinde kesin olarak isabetli bir şekilde kararını vermiştir.

34 İşçinin işe başlatılmaması halinde işverenin ödeyeceği tazminat miktarını feshin geçersizliğine karar veren mahkeme belirler. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminatın kararda belirtilmesi öngörülerek ikinci bir davanın açılması ve zaman kaybı önlenmiştir. (Madde Gerekçesi).

35 Tankut Centel, “Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, S. 286, Ekim 2003, s. 34; Ekmekçi, s. 110.

36 Ekmekçi, s. 108.

IV. SONUÇ

Görüldüğü üzere, 1475 sayılı İş Kanunumuzda önemli bir değişiklik yapan 4773 sayılı Kanun, hukukumuzda işverenin, işçilerin iş sözleşmelerini geçerli bir sebebe dayanmaksızın bildirimli olarak feshedemeyeceği yönündeki iş güvencesi kavramını getirmiştir. Bu anlamda, işçi geçerli bir neden olmaksızın bildirimli olarak iş sözleşmesini feshedemeyecek; şayet feshederse, mahkemece verilen ve kesinleşen işe iade kararı ile işçiyi işe başlatmak; başlatmadığı takdirde de tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Başka bir anlatımla, geçerli sebebe dayanmayan bildirimli fesihlerde, işe iade zorunluluğundan söz edilmesi, mutlak anlamda işe iade olanağı sağlamamakta, çünkü bunun gerçekleşmemesi durumunda tazminat yaptırımına yer verilmektedir.

Sonuç itibariyle, inceleme konusu yaptığımız kararlar ilgili olarak söylemek gerekirse, Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesinin kararını, işe iade, sendikal tazminat ve boşta geçen sürede ödenecek ücret ve ekleri açısından doğru bulduğu; buna karşılık, tazminat miktarını tespitle yetinmeyip tahsili yönünde hüküm kurduğu, tazminata dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verdiği ve en çok dört ayla sınırlı ücret alacağına ilişkin olarak da faize hükmetmesi yönleriyle de hatalı bulunduğu bu kararın isabetli buluyor, katılıyorum.

Yüksek Mahkeme'nin 4773 sayılı Yasa'yla ilgili olarak vermiş bulunduğu ve inceleme konusu yaptığımız bu karar, 4857 sayılı yeni İş Kanunumuzun uygulamasına da, 4773 sayılı Yasa'yla getirilmiş işgüvencesi hükümlerine önemli ölçüde bağlı kalması nedeniyle, ışıktutacak bir karar niteliğindedir.