

T.C
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ VE DAVRANIŞLARI
NEDENİYLE GEÇERLİ FESİH

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

İlkız ORHON

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN

ANKARA-2018



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 11. / 06 / 2018

Öğrencinin Adı, Soyadı : İlkiz Orhon

Öğrencinin Numarası : 21610369

Anabilim Dalı : Özel Hukuk

Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Emine Tuncay Kaplan

Tez Başlığı : İşçinin Yetensizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 133 sayfalık kısmına ilişkin, 30 / 05 / 2018 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin..... adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 13'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

Onay

11. 06 / 2018

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,

Prof. Dr. E. Tuncay Kaplan

KABUL VE ONAY SAYFASI

İlkiz Orhon tarafından hazırlanan İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul Tarihi: 11/06/2018

Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu:

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Kudret GÜVEN, Başkent Üniversitesi

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN, Başkent Üniversitesi

Jüri Üyesi: Doç. Dr. İştâr CENGİZ, Hacettepe Üniversitesi

İmzası



Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../2018

Prof. Dr. İpek KALEMCI TÜZÜN

Enstitü Müdürü

ÖZET

Haklı yahut geçerli bir neden olmadıkça işçinin işten çıkarılmamasını garanti altına alan düzenlemeler iş güvencesi hükümlerini meydana getirmektedir. Bu doğrultuda ve 158 Sayılı ILO Sözleşmesi'yle de uyumlu olarak 4857 Sayılı Kanunumuzda iş güvencesi kurumuyla ilgili olarak önemli düzenlemeler yer almaktadır. İşbu çalışma kapsamında, haklı neden-geçerli neden farklarına değinilmiş olmakla beraber çalışmanın konusu “işçinin yeterliliği ve davranışlarına” ilişkin olan nedenlerle sınırlanmış ve işletmenin, işyerinin ya da işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlere yer verilmemiştir. Bu minvalde, uygulamada özellikle görülen ve işçinin kişiliğine ilişkin olan geçerli nedenler açıklanmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda da özellikle Yargıtay içtihatlarından faydalanılmıştır. 25/10/2017 tarih ve 30221 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu da iş hukukumuz alanında yeni ve önemli düzenlemeler getirmiştir. Özellikle, konumuz açısından bakıldığında işe iade davalarında artık zorunlu arabuluculuk kurumu getirilmiş bulunmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Geçerli neden, arabuluculuk, haklı neden.

ABSTRACT

The employment security consists of legal regulations ensuring that the worker would not be laid off without any valid reason. There are important regulations related with the employment security in the 4857 numbered Turkish Law coherent with ILO Agreement number 158. Eventhough in the scope of this study, it is discussed the difference between the justified cause and the valid reason, the study is limited to the “worker’s competence and the behaviour”. The valid reasons related to the business, or workplace or job’s requirements are not included in the scope of the study. For this reason, it is explained the valid reasons related to the personality of the worker that are very common in the practice. It is mainly used the Supreme Courth’s court practices. The new 7306 numbered the new Labour Court Law which was published on 25/10/2017 dated, 30221 numbered official gazette has brought new and important regulations about the Labor Law. Especialy regarding to the subject of the study, in the reemployment lawsuits it is brought in the obligatory arbitration.

Key Words: valid reason, arbitration, justified reason

ÖNSÖZ

Sözleşme imzalayan kişilerin, sonsuza dek imzaladıkları sözleşme ile bağlı kalmaları düşünülemez. Bu kapsamda karşımıza çıkan fesih kurumunun işçi aleyhine suistimal edilmesini önleme gereği ortaya çıkmaktadır. 4857 Sayılı Kanumuz bu bakımdan önemli düzenlemeler içermektedir. Özellikle, iş güvencesi kurumuna ilişkin düzenlemeler, işçiyi korumak bakımından son derece hassasiyetle değerlendirilmesi gereken düzenlemeler ihtiva etmektedir. Çalışmamız kapsamında, geçerli neden hallerden özellikle işçinin kişiliğine ilişkin olan nedenler, bir diğer deyişle, işçinin yeterliliği ve davranışları incelenmiştir. Elbette, kavramların da daha iyi anlaşılması için, iş güvencesi, fesih, geçerli neden ve geçerli neden-haklı neden kurumları da açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda, işçinin kişiliğine ilişkin nedenlerden uygulamada sıkça karşılaşılabilecek olanlar seçilmeye çalışılmış ve bunlar Yargıtay içtihatlarıyla da desteklenmiştir. Elbette ki, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmeme durumu da incelenmiş ve burada çeşitli ihtimaller doğrultusunda değerlendirme yapılmıştır. Özellikle, yakın sayılabilecek bir zamanda yürürlüğe giren, İş Mahkemeleri Kanunu konumuzun kapsamı içinde kaldığı ölçüde incelenmiş ve özellikle dava şartı haline gelen arabuluculuk kurumuna ilişkin açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmanın yapılmasında, desteğini ve değerli görüşlerini esirgemeyen tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Emine Tuncay Senyen Kaplan'a ilgisi ve emeği için şükranlarımı ve teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca yoğun çalışma ve araştırma sürecimde, desteklerini her an gördüğüm ve sevgilerini daima hissettiğim babam Alptekin Orhon, annem A.Serpil Orhon ve kardeşim Alp Orhon'a da çok teşekkür ederim. Her daim bana destek olan, evlilik hazırlıkları yaptığımız dönemde, tez yazma sürecimin sekteye uğramaması için her türlü çabayı gösteren, nişanlım ve müstakbel hayat arkadaşım Gürkan Akkoyunlu'ya da teşekkür etmek isterim. İyi ki varsınız.

İlkiz ORHON

ÖZET	i
ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ, İŞ GÜVENCESİ VE İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

I.İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ	3
A.İŞ SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİREN NEDENLER VE FESİH.....	3
B.FESİH TÜRLERİ.....	5
II.İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI.....	8
III.İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	9
IV.İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLAN İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİNİN KOŞULLARI	11
A.İŞ KANUNU KAPSAMINDA İŞÇİ SAYILMAK.....	11
B.İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHEDİLMESİ.....	15
C.İŞÇİNİN EN AZ ALTI AYLIK KIDEMİNİN BULUNMASI.....	15
D.İŞYERİNDE EN AZ OTUZ İŞÇİ ÇALIŞMASI	17
E.İŞVEREN VEKİLLİĞİ SIFATININ BULUNMAMASI	19
F.BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ BULUNMASI	20

İKİNCİ BÖLÜM
İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINA GİREN İŞÇİLERİN BELİRSİZ SÜRELİ
İŞ SÖZLEŞMELERİNİN İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ VE
DAVRANIŞLARIDNDAN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDENLERLE
FESHİ

I.GENEL OLARAK GEÇERLİ NEDEN	22
II.GEÇERLİ NEDEN-HAKLI NEDEN AYRIMI.....	25
III.İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ VE DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDENLER	28
A.İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLER.....	29
1.İşçinin Fiziki Yetersizliğiİ	30
a.Hastalık	30
b.Yaşlılık ve Emeklilik	32
2.İşçinin Mesleki Yetersizliği	33
a.Verimlilik	34
b.Performans	36
B.İŞÇİNİN DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN NEDENLER	42
1.İşçinin İşvereni Yanılgıya Düşürmesi.....	42
2.İşçinin İşveren Aleyhine Söylemlerde Bulunması.....	43
3.İşçinin Geçimsiz Davranması	44
4.İşçinin Doğruluk Ve Bağlılığa Aykırı Davranması	47
5.İşçinin İşe Gelmemesi Yahut Geç Gelmesi	50
6.İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi	51
7.İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşüren Davranışları	53
8.İşçinin Kısa Süre Tutuklu Kalması	54
9.İşçinin Ücretinin Hacı	56
10.İşçinin Görevini Yerine Getirmede Yetersiz Olması.....	56
11.İşçinin Cinsel Tacizi	58

12. İşçinin Diğer İşçilere Psikolojik Taciz (Mobbing) Uygulaması	59
13. İşçinin Alkol Veya Uyuşturucu Madde Alması	61
14. İşçinin İş Saatlerinde Sıkça İnternete Girmesi	62
15. İşçinin Diğer İşçileri İşverene Karşı Kışkırtması	64
16. İşçinin Arkadaşlarından Borç Para İstemesi	65
17. İş İlişkisinin Devamı Açısından İşverende Şüphe Oluşması	66
18. Dışarıdan Gelen Baskı ve Tehdit	66
IV. GEÇERLİ NEDENLE FESİHTE UYGULANAN İLKELER.....	67
A. FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ (ULTİMA RATIO).....	68
B. SOSYAL SEÇİM İLKESİ	70
C. EŞİT İŞLEM İLKESİ.....	71
V. SÖZLEŞMENİN FESHİNDE USUL	73
A. FESHİN YAZILI YAPILMASI.....	74
B. FESİH NEDENİNİN AÇIK VE KESİN OLARAK BELİRTİLMESİ	75
C. İŞÇİNİN SAVUNMASINA BAŞVURULMASI	76
D. FESHİN ZAMANI.....	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

VE İŞE İADE DAVASI

I. ARABULUCULUK MÜESSESİ.....	79
A. GENEL OLARAK ARABULUCULUK KAVRAMI.....	79
B. ARABULUCULUK FAALİYETİYLE İLGİLİ TEMEL İLKELER	80
II. 7036 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ARABULUCULUK	83
A. GENEL OLARAK.....	83
B. ARABULUCULUK KAPSAMINDAKİ UYUŞMAZLIKLAR VE ARABULUCUYA BAŞVURMA ZORUNLULUĞU.....	85
C. ARABULUCULUKTA USUL VE YETKİ.....	86

D. ARABULUCUNUN SEÇİMİ.....	88
E. ARABULUCUNUN ÜCRETİ	90
F.ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUNDA TARAFLARIN ANLAŞMASI	90
G.ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUNDA TARAFLARIN ANLAŞAMAMASI	92
H. UYUŞMAZLIĞIN ÖZEL HAKEME GÖTÜRÜLMESİ	93
III.İŞE İADE DAVASI, HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	94
A.GENEL ANLAMDA İŞE İADE DAVASI.....	94
1.Davanın Konusu.....	95
2.Davanın Tarafları	95
3.Dava Açma Süresi Ve İspat Yükü	98
4.Hukuki Niteliği	99
5.Yargılama Usulü	100
6.Davadan Feragat	100
B.İŞE İADE DAVASI DEVAM EDERKEN DAVA SONUCUNU ETKİLEYEBİLECEK DURUMLAR.....	102
1.Yargılama Esnasında İşçinin İşe Başlatılması	102
2. Yargılama Esnasında İşçinin Ölümü	103
3.Yargılama Esnasında İşçinin Emekli Olmaya Hak Kazanması	104
4. Yargılama Esnasında İşyerinin Kapanması	104
C.İŞE İADE DAVASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	105
1. Feshin Geçerli Olduğuna Karar Verilmesi.....	105
2.Feshin Geçersizliğine Karar Verilmesi	106
a.Genel Olarak	106
b.İşçinin İşe Başlama Başvurusu	107
aa.İşçinin İşverene Başvuruda Bulunmaması	108
bb. İşçinin Kararlaştırılan Tarihte İşe Başlamaması	108
cc. İşçinin Başvuruda Bulunması ve Bunun Üzerine İşverenin Onu İşe Davet Etmesine Rağmen İşe Başlamaması.....	109
dd.İşverenin İşçiyi İşe Başlatması.....	110
c.İşçinin İşe Başlatılmamasının Hüküm ve Sonuçları	112

aa.İş Güvencesi Tazminatı (İşe Başlatmama Tazminatı).....	113
bb.Boşta Geçen Süreye Ait Ücret	115
cc.İşçinin İhbar ve Kıdem Tazminatı.....	117
aaa.İhbar Tazminatı.....	117
bbb.Kıdem Tazminatı	118
ccc.İşçinin İşe Başlatılması veya Başlatılmaması ya da Kararlaştırılan Tarihte İşçinin İşe Başlamaması Durumunda İhbar ve Kıdem Tazminatı.....	120
SONUÇ.....	123
KAYNAKÇA.....	128

KISALTMALAR

AYM: Anayasa Mahkemesi

C: Cilt

Dn: Dipnot

E: Esas

E.T: Erişim Tarihi

HD: Hukuk Dairesi

ILO: Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organisation)

İHSGHD: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi

K: Karar

MESS: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

m: Madde

s: Sayfa

S: Sayı

TBK: Türk Borçlar Kanunu

Y: Yargıtay

YHGK: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

İş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın da ücret ödemeyi kabul ettiği sözleşmedir. Tarafların süresi belirsiz bir iş sözleşmesiyle bağlı kalmaları kişi özgürlüğü ile bağdaşmaz. Bu nedenle taraflara iş sözleşmesini fesih hakkı tanınmıştır. Fesih, taraflardan birinin tek taraflı bozucu yenilik doğuran irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirmesidir.

İş hukuku kapsamında bir yandan işçiyi korumak diğer yandan da işverenin sonsuza dek sözleşmeyle bağlı kalma külfetini dengeleyebilmek için iş güvencesi kurumu getirilmiştir. İlk olarak 4773 Sayılı Kanun ile getirilen iş güvencesi düzenlemeleri, daha sonra 4857 Sayılı İş Kanunu ile de hüküm altına alınmıştır. 4857 Sayılı İş Kanunu m.18 çerçevesinde bir işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalışıyorsa, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve altı aylık kıdemi olan bir işçinin iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından yahut işletmenin, işyerinin ya da işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

İş Kanunu m.18'in uluslararası alandaki dayanağı 158 Sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında ILO Sözleşmesidir. Sözleşme, Türkiye tarafından da 1994 yılında onaylanmıştır. 158 Sayılı Sözleşme'nin "Son Vermenin Haklı Nedene Dayandırılması" başlıklı kısmında yer alan m.4,5 ve 6 konumuz açısından önem teşkil etmektedir. Madde 4'te işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir neden olmadan hizmet ilişkisine son verilemeyeceği belirtilmektedir. Madde 5'te geçerli neden teşkil etmeyecek haller düzenlenmiştir. Madde 6'da ise, hastalık ve kaza nedeniyle yapılan devamsızlıkların geçerli neden teşkil etmeyeceği belirtilmiş ve "Hangi hallerin geçici olarak işe gelmeme sayılacağı, hangi hallerde tıbbi raporun gerekli olacağı ve bu maddenin 1. bendinin uygulanmasına getirilebilecek sınırlamalar, Sözleşmenin 1. maddesinde belirtilen uygulama yöntemlerine" göre tespit edileceği ifade edilmiştir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan "İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih" kapsamında uygulamada çok sık karşılaşılan iş güvencesi kurumu açıklanmaya çalışılmıştır. Özellikle, 1.1.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı Kanunun

20 ve 21. maddelerinde getirdiği değişiklikler de çalışmamızın içerisinde yer almıştır. İşe iade davalarında arabulucuya başvurmanın dava şartı olarak kabul edilmesi nedeniyle arabuluculuk müessesini de kısaca incelenemiştir.

Tez alışması  bölümden meydana gelmektedir. İlk bölümde fesih kavramı ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşulları üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde geçerli neden ve haklı neden üzerinde durularak, işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenleri incelenmiştir. İşçinin yetersizliği, fiziki ve mesleki yetersizlik olarak iki başlık altında ele alınmıştır. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler ise, uygulamada ve yargı kararlarında sıkça karşılaşılabilecek olanlardan seçilmiştir. İkinci bölümde son olarak, iş güvencesi kapsamında yapılacak olan süreli fesihlerde uyulması gereken ilkelerden yine sıkça yargı kararlarına yansımış olanlar tercih edilmiştir. Burada, feshin son çare olması ilkesi, sosyal seçim ilkesi ve eşit işlem ilkesi izah edilmiştir.

Çalışmanın nc bölümünde ise, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun getirdiği iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurma zorunluluğu (m.3), İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerinde getirilen değişiklikler üzerinde durulmuştur. Ayrıca, işe iade davası hüküm ve sonuçları 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununda getirilen değişiklikler dikkate alınarak incelenmiştir. Çalışmamız içerisinde yeri geldikçe Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir ve Yüksek Mahkemenin konulara yaklaşımı belirtilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ, İŞ GÜVENCESİ VE İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

I.İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

A.İŞ SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİREN NEDENLER VE FESİH

İş sözleşmesi, belirli veya belirsiz bir süre işçi ve işverene hak ve edimler yükleyen iki taraflı, süreklilik arz eden bir özel hukuk akididir. İş sözleşmesi, tarafların anlaşması ile sona erdirilebileceği gibi (ikale), belirli sürenin dolması, ölüm veya fesih ile de sona erdirilebilir.

İkale, tarafların anlaşmasıyla sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi halidir ve fesih teşkil etmemektedir¹. İkale sözleşmesinde taraflar, iş sözleşmesinin derhal veya belirli bir süre sonra sona ereceği hususunda anlaşmaktadırlar².

Bir diğer sona erme hali belirli sürenin dolmasıdır. Bilindiği üzere iş sözleşmeleri belirli yahut belirsiz süreli yapılması mümkündür. Eğer iş sözleşmesi belirli bir süre için yapılmışsa, bu süre dolduğunda iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir³. TBK m.430/1 gereğince belirli süreli sözleşmelerde fesih bildiriminde bulunulmasına gerek yoktur.

Fesih dışında iş sözleşmesinin sona erebileceği üçüncü hal ölümdür. Burada işçi ve işverenin ölümünü birbirinden ayırarak incelemek yerinde olacaktır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun m.440 gereğince işçinin ölümüyle iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Ancak, TBK m.441/1 gereğince kural olarak işverenin ölümü halinde iş sözleşmesi sona ermez. Ölen işverenin yerini mirasçıları alır. Buna karşılık 6098 Sayılı Kanun m.441/2’de belirtildiği üzere, eğer iş sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılmışsa, bu takdirde işverenin ölümüyle iş sözleşmesi sona erer.

¹ SÜZEK, S., İş Hukuku, İstanbul, 2017, s.525.

² ASTARLI, M., İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), Ankara, 2016, s.6.

³ EYRENCİ, Ö.; TAŞKENT, S.; ULUCAN, D., Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2017, s.181.

Sürekli bir borç ilişkisi doğuran iş sözleşmeleri işçi veya işverenin tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilebilir⁴. Söz konusu irade beyanı “fesih bildirimi” olarak adlandırılmaktadır⁵. Tarafların bir sözleşmeyle ömür boyu bağlı kalmalarının beklenmesi hem kişilik haklarına hem de Anayasamızın 48.maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olacağından fesih, iş sözleşmeleri bakımından önem arz etmektedir.

Fesih, tek taraflı olarak kullanılan ve bozucu yenilik doğuran bir haktır⁶. Fesih bildirimi ile taraflardan birisi varolan ilişkiyi sona erdirmeye niyetini karşı tarafa iletir ve bu sebeple de ileriye doğru etkilerini gösterir.⁷ Denilebilir ki, fesih, işçi ya da işverenin, mevcut hukuki ilişkiyi sona erdirmeye arzusunu tek taraflı olarak karşı tarafa iletmesidir.⁸ İş sözleşmesinin taraflarından her birinin fesih ile sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı bulunmaktadır⁹. Fesih beyanının hüküm ifade etmesi karşı tarafın kabulüne bağlı değildir.

İş sözleşmesini feshetme iradesini ortaya koyan açıklamanın açık ve belirli olması, ne zaman sözleşmenin feshedileceğini belirtmesi gerekmektedir¹⁰. Fesih bildiriminin yapılacağı yer bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamakta ise de bunun 4721 Sayılı Kanun m.2 kapsamında değerlendirmeye alınması uygun olacaktır¹¹. 4857 Sayılı Kanun m.19 çerçevesinde de işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde ortaya koymak zorunluluğu bulunmaktadır.

Bir sözleşmenin süresinin ne zaman biteceği belli değilse, belirsiz süreli bir iş sözleşmesi söz konusu olur ve bu takdirde taraflar karşı tarafa belirli bir süre vererek sözleşmeyi feshedebilir. Ayrıca, süresi ister belirli ister belirsiz

⁴ ÇELİK, N.; CANIKLIOĞLU, N.; CANBOLAT, T., İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2017, s.418; SÜZEK, S., İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976, s.13.

⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 418.

⁶ SÜZEK, s.525.

⁷ KAPLAN, E.T., Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2017, s.231.

⁸ KAPLAN, E.T., İşverenin Fesih Hakkı, Ankara, 1987, s.14; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.418.

⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.419.

¹⁰ KAPLAN, İş Hukuku, s.231.

¹¹ KAPLAN, İş Hukuku, s.231.

olsun, haklı bir nedenin varlığı halinde bu nedene dayanan taraf, bir süre vermeksizin sözleşmeyi feshedebilecektir¹².

B.FESİH TÜRLERİ

İster süresi belirli olsun ister belirsiz süreli olsun, fesih beyanı tek taraflı olarak iş sözleşmesini belirli bir sürenin sonunda yahut derhal sona erdirir¹³. İş sözleşmelerinin belirli ya da belirsiz süreli olması sözleşmenin içeriği veya çalışma koşulları bakımından temelde bir fark meydana getirmese dahi, sözleşmenin sona ermesi açısından önemlidir¹⁴.

İş sözleşmesinin feshi bildirimsiz fesih ve bildirimli fesih olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁵. Bu iki fesih türünün ortak tarafı her ikisinin de bir tarafın irade beyanı sonucunda iş sözleşmesini sona erdirmesidir¹⁶.

Bildirimsiz fesih ise, haklı nedenlerin bulunması durumunda iş sözleşmesinin herhangi bir bildirim süresi verilmeden sonlandırılması halinde söz konusudur¹⁷. 4857 Sayılı Kanun m.24/1 ve 25/1 uyarınca haklı nedenle fesih, hem belirli süreli iş sözleşmeleriyle hem de belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçiler bakımından uygulama alanı bulur. Ayrıca yine aynı fıkralar uyarınca, iş sözleşmesi derhal sona ermektedir. İş sözleşmesi, haklı nedenle feshedildiği takdirde, bu beyan yenilik doğuran bir işlem olup ileriye etkili olarak sonuç doğurmaktadır¹⁸.

Bildirimli fesih hakkının doğumu için belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin bulunması yeterlidir¹⁹. Süreli fesih hakkı kullanılırken fesih bildirimine maruz kalan tarafın uğrayabileceği zararı hafifletmek açısından kanunda birtakım bildirim süreleri öngörülmüştür (4857 Sayılı Kanun m.17). Bu süreler, işçinin çalıştığı süreye göre tespit edilmiştir. Maddede de belirtildiği üzere, söz konusu süreler asgari olup taraflarca artırılması mümkündür. Buna karşılık bu hüküm

¹² KURT,R.; KOÇ, M., İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Ankara, 2017, s.136.

¹³ KAPLAN, İş Hukuku, s.233.

¹⁴ ESENER, T., İş Hukuku, Ankara, 1978, s.215.

¹⁵ KAPLAN, İş Hukuku, s.233.

¹⁶ OĞUZMAN, M.K., Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s.33.

¹⁷ KAPLAN, İş Hukuku, s.234.

¹⁸ SAVAŞ, F. B., İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2012, s.176.

¹⁹ SÜZEK, s.534.

nispi emredici olduğu için azaltılması yahut ortadan kaldırılması mümkün değildir²⁰. Buna karşılık 4857 Sayılı Kanun m.17/3 gereğince bu sürelerin, arttırılması mümkündür. Bildirimli fesih süresi içerisinde tarafların sıfatlarında herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir. Fesih bildiriminin yapıldığı süre ile sözleşmenin sona ermesi arasındaki süreçte tarafların iş sözleşmesinden doğan borçları olduğu gibi devam edecektir²¹.

4857 Sayılı Kanun m.17/5 işverene, bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini feshetme imkanı tanımaktadır. İşverene tanınan bu hak, işçi lehine de sonuç doğurabilmektedir. Bildirim süresine ait ücretini peşin alan işçi, bu sürede işe gitme zorunluluğu olmadan tüm vaktini yeni bir iş aramaya ayırabilecektir. Ancak işveren, bildirimli fesihte ya bu bildirim sürelerini vermeli yahut da bu süreye ait ücreti ödemelidir. Başka deyişle, bu iki haktan birini seçmek zorundadır. Nitekim, Yargıtay da ihbar önelinin bir bütün olduğunu ve bölünerek uygulama yapılamayacağını belirtmiştir²². Söz konusu kararda, işveren, ihbar önelinin bir kısmını beklemiş bir kısmı için de ödemede bulunmuştur. Yargıtay, bu takdirde işverenin ihbar öneli içerisinde gerçekleşecek olan haklardan sorumlu olması gerektiğini ifade etmiştir. Bir başka kararında da Yargıtay, tarafların anlaşması halinde bildirim süresinin geçmesi beklenmeden sözleşmenin sona erdirilebileceğini ifade etmiştir²³.

Bildirim sürelerine ilişkin ödenecek ücret geniş anlamda ücrettir. Buna ilişkin olarak 4857 Sayılı Kanun m.17/son'da belirtildiği üzere: “Bu maddeye göre ödenecek tazminatlar ile bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32 nci maddenin birinci fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur.” Burada bir tazminat değil, ücret ödemesi söz konusu olduğu için buna ilişkin hukuki kurallar uygulama alanı bulacaktır²⁴.

²⁰ NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku, İstanbul, 2014, s.361; SÜZEK, s.538.

²¹ SÜZEK, s.542.

²² Y9HD,7.02.1991T.,1990/9563E.,1991/1348K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 25.02.2018)

²³ Y9HD,21.02.1994T.,1994/2473E.1994/2638K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁴ SÜZEK, s.547.

Eğer bildirim süresine ilişkin ücretin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesi sona erdirilmişse, bu takdirde bildirim süresinde içinde bir hak doğarsa bunun söz konusu işçiye uygulanıp uygulanmayacağı gündeme gelebilir. Yargıtay’a göre²⁵:

“Hizmet sözleşmesinin bozulması yolundaki irade açıklaması bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olup, kullanılmakla derhal hukuksal sonuçlarını doğurur. Olayda davalı hizmet sözleşmesini ihbar öneli vermeksizin derhal bozmuştur. Bu durum karşısında artık ihbar önellerinin hizmet süresine eklenmesi ve bu süre içerisinde gerçekleşecek hakların ihbar ve kıdem tazminatına yansımından söz edilemez. Bu itibarla davacı, ihbar öneli içerisinde gerçekleşecek haklar nedeniyle ihbar, kıdem tazminatı farkının tahsili isteğinde bulunamaz.”

Dolayısıyla bildirim süresine ait ücretin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesi sona erdirilmişse işçi, bildirim süresi içerisinde doğacak haklardan yararlanamayacaktır. Bunun istisnası, işverenin kötüniyetle hareket etmesidir²⁶. Yargıtay, toplu iş sözleşmesine konulacak bir maddeyle işçinin peşin ödeme yoluyla iş sözleşmesi sona erdirilse dahi bildirim süresi içerisindeki haklardan yararlanacağına ilişkin hükümleri geçerli kabul etmektedir²⁷. Doktrindeki bir görüşe göre ise, işçinin iş sözleşmesi, bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle feshedilmişse, bu süre içerisinde gerçekleşecek hakların da eklenmesi gerektiğini savunmaktadır²⁸. Kanımızca, iş sözleşmesi feshedilen işçiyi, bir an evvel işyerinde uzaklaştırmak işverenin hakkıdır; fakat ihbar öneli içerisinde gerçekleşecek haklardan işçiyi yararlandırmamak kanunun amacına ters düşecektir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bildirimli fesihte kural olarak bir nedene dayanma zorunluluğu yoktur. Taraflar, bildirim sürelerine uyarak iş

²⁵Y9HD,24.12.1982T.,1982/9330E.,1982/10107K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 25.02.2018)

²⁶YHGK,5.06.1987T.,1986/9-666E.,1987/457K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 28.05.2018)

²⁷Y9HD,24.02.1998T.,1997/21690E.,1998/2377K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 25.02.2018); Y9HD, 23.11.1993 T.,
1993/5065 E.,1993/16893K. (<http://www.kazancihukuk.com>, E.T:
28.05.2018)

²⁸ NARMANLIOĞLU, s.371.

sözleşmesini sona erdirebilirler. Bildirimli fesihle nedene dayanma zorunluluğu olmaması, işçi ve işverene belirsiz süreli iş sözleşmesini serbestçe feshetme olanağını sağlamıştır. Fesih hakkının işverence kötüye kullanılmasının yaptırımını 4857 Sayılı Kanun m.17/4 ile getirilen kötüniet tazminatıdır. Ancak, fesih hakkına getirilen bu sınırlama işçinin iş güvencesini sağlamaya yeterli değildir. Bu durum, işçinin iş güvencesini sağlamak açısından, işverenin bildirimli fesih hakkını bazı koşulların oluşması durumunda bir nedene dayandırma zorunluluğu getirilmesi gerekliliğini doğurmuştur (m.18,19,20,21).

Bu düzenlemeler doğrultusunda, bildirimli fesih hakkını iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler bakımından ayırarak kısaca açıklamak uygun olacaktır. İş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmesini bildirimli fesih yoluyla feshetmek isteyen işverenin geçerli neden gösterme zorunluluğu yoktur (m.17).

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler, somut olayın şartlarına göre İş Kanunu m.17 gereğince ihbar tazminatı, kötüniet tazminatı ve koşullar bulunmaktaysa kıdem tazminatı ile maddi ve manevi tazminat talep edebilirler²⁹. Buna karşılık iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından geçersiz sebeple yapılan fesih ve sonuçları 4857 Sayılı Kanun m.18 vd'nda hüküm altına alınmıştır.

II.İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI

İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin devamının sağlanması önemlidir. Zira, ekonomik bakımdan zayıf olan işçinin işine devam olanağının mümkün ölçüde garanti altına alınması iş hukukunun da amacına uygundur. İşte bu nokta da iş güvencesi kavramı devreye girmektedir. İş güvencesine ilişkin olarak doktrinde şu şekilde bir tanım yapılmaktadır: “Çoğu zaman, doktrinde çalışma hakkının korunması anlamında da kullanılan “iş güvencesi” kavramı temelde, geçimini emeği ile sağlayan bağımlı çalışanları, haklı bir neden olmaksızın, işveren tarafından iş sözleşmesi ilişkisine son verilmesi durumunda, işverenin fesih işlemini sınırlayan veya engelleyen, iş sözleşmesi ilişkisini hukuksal zemine çeken, böylece iş sözleşmesinin işçi açısından dayanıksız niteliğini bertaraf eden ve iş ilişkisine süreklilik kazandıran, koruyucu yönü ağır basan

²⁹ SÜZEK, s.532.

normatif düzenlemeleri içermektedir³⁰.” İş güvencesi kavramından bahsedildiğinde bunun iki görünümü olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar, dar ve geniş anlamda iş güvencesidir. Dar anlamda iş güvencesi, iş ilişkisinin keyfi olarak sona erdirilmesini engellemeyi ifade etmektedir³¹. Geniş anlamda iş güvencesi ise, işverenin fesih hakkını kısıtlayan, kanun ve sözleşmeler tarafından öngörülen ve feshin sonuçlarını hafifleten tüm önlemleri içerisinde barındırmaktadır³².

İş güvencesi kavramı ile işçinin feshe karşı korunması hususu zaman zaman karıştırılabilmektedir. Oysa, bu iki kavram birbirinden farklılık arz etmektedir. İşçinin feshe karşı korunması çerçevesinde bahsedilen önlemlerin tamamı iş güvencesi demek değildir. İş güvencesi kavramı, feshe karşı korumadan daha geniş bir kavramdır. İş güvencesi kavramı hem fesih yasakları hem de geçici fesih yasaklarını içerirken, diğer yandan da iş sözleşmesi yapma ve işe alma yükümlülüğünü içerisinde barındırmaktadır³³.

III.İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

İş güvencesi kurumuna ilişkin olarak ILO tarafından yapılan ilk düzenleme 119 Sayılı Tavsiye Kararı’dır. Tavsiye Kararı, hizmet ilişkisinin sona erdirilmesine ilişkindir. 119 Sayılı Tavsiye Kararı m.2, işveren tarafından yapılacak fesihleri geçerli neden bulunması koşuluna bağlamıştır. Ayrıca, m.3’te de hangi sebeplerin, geçerli neden teşkil etmeyeceği de ifade edilmiştir. 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve 22 Haziran 1982 tarihinde kabul edilen 166 sayılı Tavsiye Kararı da bu konu bakımından önem taşımaktadır. 158 Sayılı Sözleşme, “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında”dır. 166 Sayılı Tavsiye Kararı ise, “İstihdamın Sonlandırılmasına İlişkin Tavsiye Kararı”dır. 158 Sayılı Sözleşme m.4’te geçerli bir neden olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemeyeceği belirtilmektedir. 166 Sayılı Tavsiye Kararı m.5-6’da iş sözleşmesine son verilmesine ilişkin geçerli nedenlerden bahsedilmektedir. Bu tavsiye kararı kapsamında, işçinin yaşı, zorunlu askerlik hizmeti veya diğer sivil yükümlülükler, hastalık veya kaza nedeniyle geçici olarak işe gidememe halleri

³⁰ KAR, B., İş Güvencesi Kavramı, Legal İHSGHD, C.2, S.6, 2005, s.560.

³¹CENTEL, T., İş Güvencesi, İstanbul, 2013, s.13; TULUKÇU, N.B., İş Güvencesi İşe İade, Ankara, 2017, s.26.

³² CENTEL, s.13; KAR, İş Güvencesi Kavramı, s.560.

³³ KAR, İş Güvencesi Kavramı, s.563.

iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden teşkil etmemektedir. 158 Sayılı Sözleşme, 09.06.1994 tarihinde Türkiye tarafından kabul edilmiştir. Buna uygun olarak 4857 Sayılı Kanun'da iş güvencesine ilişkin düzenlemeler yapılması da yerinde bir adım olmuştur³⁴.

Hukukumuzda iş güvencesi kurumu ilk olarak 4773 Sayılı Kanun'da yer almış ve daha sonra 4857 Sayılı Kanun kapsamına da alınmıştır. İşçileri korumak amacıyla getirilen bu düzenlemenin hukukumuz bakımından köklü bir değişiklik sağladığını söylemek mümkündür³⁵. Ayrıca söz konusu düzenleme 158 Sayılı ILO Sözleşme ile uyum sağlamamız bakımından önemlidir.

İş güvencesine ilişkin düzenlemeler işverenin fesih hakkını sınırlamaktadır. Böylece işçinin, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi tehlikesine karşı korunması sağlanmış olur. Zira, bir işçinin yeni bir iş bulması, işverenin o işçi yerine başkasını işe almasından daha zor olabilecektir³⁶. İş güvencesi kurumu, işçinin çalışma hakkının kağıt üzerinde kalmamasını sağlar. Bir başka deyişle de bu hakkı somutlaştırır. Çünkü, bir hukuk sisteminde çalışma hakkı tanınmış olsa dahi, buna karşı oluşabilecek tehditleri de bertaraf edebilecek düzenlemelerin de bulunması önemlidir. İşte bu noktada iş güvencesi önem arz etmektedir³⁷. Ayrıca iş güvencesi kurumu, iş sözleşmesinin keyfi bir biçimde sona erdirilmesini de önleyici bir yapıya sahiptir³⁸. Burada bir yandan mümkün olduğunca iş ilişkisinin devamı sağlanmaya çalışılırken, bir yandan da fesih söz konusu olduğunda bunun işçiyi mağdur edebilecek sonuçları hafifletilmektedir³⁹.

Şunu da belirtmekte fayda vardır. İş güvencesi, feshin tamamen yasak olması anlamına gelmemektedir. Bir başka deyişle, işverenin iş sözleşmesini sona erdirme imkanı tamamen elinden alınmamaktadır. Yalnızca, feshe bir sınırlama getirilmektedir. İşveren, haklı yahut geçerli bir neden olmaksızın iş

³⁴ MANAV, E., İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2009, s.20.

³⁵ KAR, İş Güvencesi Kavramı, s.561.

³⁶ CENTEL, s.11.

³⁷ CENTEL, s.12.

³⁸ CENTEL, s.12.

³⁹ KAR, İş Güvencesi Kavramı, s.561.

sözleşmesini feshedemeyecektir. Aksi durumda yapılacak bir fesih işleminin en etkili yaptırımı da işe iade hükmüdür⁴⁰.

IV.İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLAN İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİNİN KOŞULLARI

4857 Sayılı Kanun m.18, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle yapılmasını düzenlerken, iş güvencesinin çerçevesini de çizmektedir. Bu maddenin ilk fıkrası uyarınca, bir işyerinde otuz veya daha fazla işçi varsa, işyerinde çalışan ve en az altı aylık kıdemi bulunan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedene dayanmak zorundadır.

A.İŞ KANUNU KAPSAMINDA İŞÇİ SAYILMAK

İş güvencesinden yararlanabilmenin ilk koşulu İş Kanunu kapsamında işçi sayılmaktadır. İş Kanunu m.2'ye göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi” denmektedir. İş sözleşmesi kavramı da İş Kanunu’nda tanımlanmaktadır. İş Kanunu m.8/1’e göre, “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.”

Kanun kapsamında yapılan işçi tanımına baktığımızda, Mülga 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu’nda yapılan tanıma benzer bir tanım yapıldığını görmekteyiz. Burada yalnızca bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışma yeterli görülmüş ve “iş” yahut “ücret” kavramlarına yer verilmemiştir⁴¹.

İş sözleşmesi kavramını da biraz daha irdelemek yerinde olacaktır. Bir iş sözleşmesi ile çalışma söz konusu olduğunda işçi ve işveren ilişkisi varlığından bahsedilebilecektir⁴². İş sözleşmesinin kurulması için tarafların ortak iradelerinin bulunması zorunlu olduğundan cezaevlerinde yapılan çalışmalar yahut aile yardımlaşmaları kapsamındaki işlerde iş sözleşmesi söz konusu

⁴⁰ KAR, İş Güvencesi Kavramı, s.563.

⁴¹ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.671.

⁴² GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.671.

olmayacaktır. Özellikle cezaevlerinde yapılan çalışmalar bakımından hem bir iş sözleşmesi hem de tarafların iradeleri bulunmamaktadır⁴³.

İster kamu kurumunda çalışılsın isterse özel sektörde, bir kişi ile yapılan sözleşme; iş sözleşmesi ise, o kişi işçi sıfatına sahiptir⁴⁴. İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan iş ve ilişkileri İş Kanunu m.4'te sayılmaktadır. Söz konusu hükme göre; “Deniz ve hava taşıma işlerinde, 50’den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri, bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, ev hizmetlerinde, çıraklar hakkında, sporcular hakkında, rehabilite edilenler hakkında, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde” 4857 Sayılı İş Kanunu uygulanmayacaktır. Buna karşılık, “Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri, havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler, tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler, Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri, halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri, Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler” İş Kanunu kapsamı içerisindedir.

Özellikle, antrenörler bakımından bir hususu açıklığa kavuşturmakta fayda vardır. Her ne kadar sporcular İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmış iseler de, Yargıtay antrenörleri bu kapsamda değerlendirmemekte ve onları İş Kanunu içerisinde saymaktadır⁴⁵. Buna ilişkin olarak da antrenörün asli görevinin spor yapmak değil eğitim vermek olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla bir kimse iş sözleşmesine dayalı olarak çalışıyorsa ve İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan işlerden değilse işçi sayılacaktır.

⁴³ SÜZEK, s.137.

⁴⁴ SÜZEK, s.138.

⁴⁵Y9HD,8.12.2003T.,2003/19877E.,2003/20178K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 26.02.2018)

Basın İş Kanunu m.6'da yapılan atıf gereğince iş güvencesi hükümleri Basın İş Kanunu'na tabi olanlara da uygulanacaktır. 5953 Sayılı Kanun m.1 uyarınca "Bu Kanun hükümleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu'ndaki "İşçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır.

Bu Kanun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir."

Kanun kapsamında iki unsurun varlığından söz etmek mümkündür⁴⁶. Bunlar; Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışmak ve fikir ve sanat işi yapmaktır. Yine 5953 Sayılı Kanun m.2 gereğince, kamu sektöründe fikir işçisi olup memur yahut işçi olanlara da söz konusu kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

İş Kanunu kapsamına girmeyen işler ve iş ilişkileri İş Kanunu m.4'te sayılmaktadır. Bu kapsamda Deniz İş Kanununa yahut Borçlar Kanununa tabi işçiler İş Kanunu'ndaki iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır. İş Kanunu'nda yer alan iş güvencesi hükümlerden yararlanmaya bazı istisnaların getirilmiş olması doktrinde eleştirilmektedir. Bu durumun 158 sayılı ILO Sözleşmesine aykırılık teşkil ettiği haklı olarak belirtilmektedir⁴⁷.

İşçi sıfatı bakımından önem taşıyan bir unsur da bağımlılık ilişkisidir. BK m.393/1 uyarınca da bu durum "işçinin işverene bağımlı olarak" şeklinde belirtilmektedir. Dolayısıyla hizmet sözleşmelerinin en ayırıcı unsurlarından birisini bağımlılık unsuru olarak kabul etmek mümkündür. Ayrıca hizmet sözleşmesinde işçi, edim sonucundan sorumlu değildir. Başka deyişle, işçinin iş sözleşmesi kapsamında yapmış olduğu işin sonucundan sorumluluğu yoktur. Eğer, iş gören kişi, edim sonucundan sorumlu ise, ortada bir istisna sözleşmesi olduğundan bahsedilebilecektir⁴⁸. İşçinin işverene kişisel olarak bağımlı olup

⁴⁶ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.678.

⁴⁷ EKONOMİ, M., Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İş Kanunu Toplantı Dizisi, I, Tüsiad, İstanbul, 2005, s.32.

⁴⁸ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.672.

olmadığı tespit edilirken, bakılması gerekli kriterler⁴⁹; işçinin, işi işverene ait bir işyerinde görmesi; işverenin, işçinin ihtiyacı olan malzemeyi temin etmesi; işçinin, işin yapılışı hakkında işverenden talimat alması; işin, işveren yahut yardımcısı tarafından kontrol edilmesi; girişimci özelliğinin olup olmadığıdır. Elbette buradaki ölçütlerin somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, doktrinde, bir görüş sahibi, herhangi bir tereddüt durumunda “işçinin korunması ilkesi”nden hareket edilmesi gerektiğini ve kişinin statüsünün işçi olarak tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁰.

İşçi sayılmak bakımından işin bedensel, düşünsel yahut bunların karışımı şeklinde yapılabilmesi mümkündür. İşçi, fiziki, fikri ya bilimsel faaliyetler üstlenebilir. İşçi sıfatının kazanılması bakımından bunlar herhangi bir fark yaratmayacaktır⁵¹. Önemli olan sürekli bir borç ilişkisi doğuracak şekilde bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışmaktır. Böylece bir işçi-işveren ilişkisinden bahsedilebilecektir⁵².

İşçi sıfatından bahsederken kısaca çırak ve stajyerlerin statüsünden de bahsetmek yerinde olacaktır. Çıraklar esas itibarıyla 3308 sayılı Meslek Eğitimi Kanunu’na tabidir. Söz konusu Kanun m. 3 gereğince çırak, “çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişi”dir. Çırakların İş Kanunu kapsamı dışında olduğu İş Kanunu m.4/1 (f)’de belirtilmektedir. Stajyerler ise, bir konu hakkında varolan teorik bilgisini uygulama tecrübesiyle geliştirme amacıyla olan kişidir. Stajyerler iş sözleşmesi ile çalışmazlar ve işçi de sayılmamaktadırlar⁵³. Buna karşılık, Yargıtay eğer stajyerler bir iş ilişkisi kapsamında çalışmışlar ise, bu stajyer olarak çalışılan sürenin altı aylık kıdem hesabında dikkate alınabileceğini belirtmektedir⁵⁴. Buna karşılık stajyer ve çıraklar otuz işçi kriterinde dikkate alınmamaktadırlar⁵⁵.

⁴⁹ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.673.

⁵⁰ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.673.

⁵¹ NARMANLIOĞLU, s.99.

⁵² GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.671.

⁵³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.28.

⁵⁴ Y9HD,12.12.2016T.,2016/759E.,2016/21824K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 15.02.2018)

⁵⁵ Y9HD,5.12.2016T.,2016/203E.,2016/21440K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 15.02.2018)

B.İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHEDİLMESİ

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, başkaca koşulların varlığının yanında işveren tarafından sona erdirilmelidir (4857 Sayılı Kanun m.18/1). Kısacası, bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, işveren tarafından sona erdirilmemişse, işçi, iş güvencesi hükümlerinin sağladığı korumadan yararlanamayacaktır. Eğer işçinin iş sözleşmesi haklı sebeple işveren tarafından yahut işçi tarafından süreli fesih ile sonlandırılmışsa işçinin, iş güvencesi hükümlerinden faydalanma imkanı bulunmamaktadır⁵⁶. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler iş güvencesi hükümlerinden kural olarak yararlanamaz. 158 Sayılı ILO Sözleşmesi m.3'te yer alan ifadeye göre; “Bu sözleşmenin uygulanmasında, “son verme” ve “hizmet ilişkisine son verme” deyimleri hizmet ilişkisine işveren tarafından son verilmesi anlamına gelir.” Dolayısıyla söz konusu sözleşme de işveren tarafından son verilen hizmet ilişkilerini dikkate almaktadır. Eğer iş sözleşmesi, ikale ile sona ermişse, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma olanağı yoktur. Zira, iş güvencesi ile ulaşılmak istenen amaç, işçiyi işveren tarafından sözleşmenin feshine karşı korumaktır⁵⁷.

C.İŞÇİNİN EN AZ ALTI AYLIK KIDEMİNİN BULUNMASI

İş Kanunu m.18'de iş güvencesinden yararlanacak olan işçilerin en az altı aylık kıdeminin olması öngörülmüştür. İş Kanunu m.18/2'te de işçinin altı aylık kıdemi hesaplanırken aynı işverenin bir veya farklı işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilerek hesaplanacağı ifade edilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki m.18/1 gereğince yer altı işlerinde çalışan işçiler bakımından kıdem şartı aranmayacaktır.

Holding ve şirketler topluluğu bünyesinde yer alan her bir şirket ayrı bir işyeri olarak değerlendirildiğinden, işçinin farklı işyerlerinde geçirdiği bu süreler toplanamayacaktır⁵⁸. Bununla birlikte çalışılan işyerlerinin hepsinin aynı işkolunda olması gerekmemektedir. Başka deyişle, işçi aynı işverene ait fakat farklı işkollarında faaliyet gösteren işyerlerinde çalışmış ise bu süreler kıdem

⁵⁶ MANAV, s.51.

⁵⁷YHGK,14.01.2015T.,2013/22-2014E.,2015/12K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.02.2018)

⁵⁸ SÜZEK, s.577.

hesabında dikkate alınması gerekir⁵⁹. İş Kanunu kapsamında, altı aylık kıdemin tespitinde göz önünde bulundurulacak olan çalışmaların fasılasız olması gerektiği yönünde bir hüküm olmadığından aralıklı çalışmalar da kıdemin hesabında dikkate alınacaktır⁶⁰. İş Kanunu m.66'da yer alan çalışma süresinden sayılan haller de kıdemin hesabında dikkate alınacaktır⁶¹.

İş hukuku kapsamında kıdem tazminatı ve iş güvencesi hükümleri farklı kurumlardır. Dolayısıyla bir işçi kıdem tazminatını alıp işyerinden ayrılırsa ve tekrar bu işe dönmek isterse tazminat hakkı sıfırdan başlayacaktır. Oysaki, iş güvencesi kapsamındaki kıdemi kaldığı yerden devam edecektir. Zira iş hukuku bakımından kıdem tazminatının alınmış olmasının iş güvencesi kapsamındaki kıdemi sıfırlama etkisi bulunmamaktadır⁶².

Altı aylık kıdem şartı bakımından doktrinde en çok tartışılan husus, altı aylık kıdemin dolmasına kısa bir süre kala yapılan fesihlerdir. Zira İş Kanunu m.17'ye bakıldığında işverenin iş sözleşmesinin altı aydan önce de feshetme hakkı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, altı ayın dolmasına kısa bir süre kala iş sözleşmesinin feshi halinde işçi kötüniet tazminatı talep edebilecektir. Zira, burada işverenin amacı, işçiyi iş sözleşmesi güvencesinden mahrum bırakmaktır ve işveren kötünietlidir⁶³. Bir diğer görüşe göre ise, burada TBK m.175 uygulanmalı ve söz konusu şart gerçekleşmiş kabul edilmelidir⁶⁴. Üçüncü görüşe göre ise, altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala yapılan fesihlerde dürüstlük kuralının ihlali söz konusudur ve iş güvencesi hükümleri uygulanabilmelidir⁶⁵. Kanımızca da, sırf işçiyi iş güvencesi hükümlerinin dışında bırakmak amacıyla yapılan bu tür fesihlerde işçi iş güvencesinin korumasından yararlandırılmalıdır⁶⁶. Bu şekilde bir yorum iş hukukunun amacına daha çok hizmet edecektir. Buna karşılık Yargıtay, yakın tarihli bir kararında işçinin iş sözleşmesinin altı aylık kıdemin dolmasına kısa bir süre kala

⁵⁹ SÜZEK, s.578.

⁶⁰KAR, s.96; NARMANLIOĞLU, s.501.

⁶¹ KAR, s.95.

⁶² KAR, s.97.

⁶³ MANAV, s.62.

⁶⁴ AKYİĞİT, E., Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara, 2007, s.233.

⁶⁵ ERTEKİN, Ö., İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, Ankara, 2017, s.245.

⁶⁶ Aynı doğrultuda bkz SÜZEK, s.581.

feshi halinde söz konusu işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına hükmetmiştir⁶⁷. Bu şekilde kanunun sadece lafzi yorumuyla hareket etmek kanımızca iş hukukunun amacıyla örtüşmemektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki altı aylık kıdem hesabında işverenle geçirilen vekalet ilişkisi yahut çıraklık ilişkisi dikkate alınmayacaktır. Zira, kanun kapsamında altı aylık kıdem iş sözleşmesine bağlı olarak geçirilmiş olması aranmaktadır⁶⁸.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.67/3 gereğince grev ve lokavtta geçen dönemler kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla altı aylık kıdem tespit edilirken bu durumun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁶⁹.

Altı aylık kıdem şartı nispi emredici niteliğe haiz olduğundan işçi lehine değiştirilebilecektir. Bir diğer deyişle, altı aylık kıdem şartını kısaltmak yahut ortadan kaldırmak mümkündür⁷⁰.

Altı aylık kıdem ne zaman aranacağı da akla gelebilecek sorulardan birisidir. Yargıtay, bu konuyla ilgili olarak altı aylık kıdem fesih bildirimin işçiye ulaştığı anda dolması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla bildirim önelleri sonunda altı aylık kıdem dolacak olmasını Yargıtay yeterli görmemektedir⁷¹.

D.İŞYERİNDE EN AZ OTUZ İŞÇİ ÇALIŞMASI

4773 Sayılı Kanun'da iş güvencesinden yararlanabilecek olan işyerleri belirlenirken “on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerleri” kapsama alınmıştır. Bununla birlikte 4857 Sayılı İş Kanunu ile bu sayı otuza çıkarılmıştır. Önceden on işçi olarak belirlenen ölçütün, otuz işçiye çıkarılması doktrinde eleştirilmektedir⁷². Kanun kapsamı incelendiğinde denilebilir ki, yirmi dokuz

⁶⁷Y9HD,6.07.2017T.,2016/17218E.,2017/12115K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

⁶⁸ KAR, s.100.

⁶⁹ SÜZEK, s.578.

⁷⁰ KAR, s.102; NARMANLIOĞLU, s.503.

⁷¹Y9HD,31.10.2016T.,2015/35440E.,2016/18789K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 15.02.2018)

⁷²ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT,s.452-453;EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.200.

veya daha az işçi çalıştıran işyerlerinde iş güvencesi hükümleri uygulanamayacaktır⁷³. Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinde dava açılmış olup Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle iptal talebini reddetmiştir⁷⁴:

“İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı Sözleşmesinde de, “işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği” öngörülmektedir.

İşçi sayısının tespiti esnasında Yargıtay, aynı işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, buradaki tüm işçi sayısının dikkate alınacağını ve fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki işçi sayısına bakılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁵. Bir başka kararında da Yargıtay, aile hekimliği kapsamında bir işyerinde tıbbi sekreter olarak çalışan işçinin işverenin Sağlık Bakanlığı olduğuna ve dolayısıyla işçi sayısının otuzdan fazla olması nedeniyle söz konusu işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceğine hükmetmiştir⁷⁶. Otuz işçi sayısı ile ilgili hüküm, nispi emredici nitelik taşıdığından aksinin kararlaştırılması mümkündür⁷⁷.

⁷³ SÜZEK, s.573.

⁷⁴ AYM, 19.10.2005 Karar Tarihli, 2005/72 Karar sayılı, RG 24.11.2007, 26710.

⁷⁵ Y9HD,6.07.2017T.,2016/17419E.,2017/12178K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

⁷⁶ Y9HD,4.07.2017T.,2016/31055E.,2017/11567K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

⁷⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.201; NARMANLIOĞLU, s.500.

Otuz işçi sayısının tespitinde Yargıtay uygulamasına göre, belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında herhangi bir ayırım gözetilmemektedir. Hastalık, iş kazası vb. nedenlerle ayrılan işçi yerine ikame işçi temin edilmişse ikame işçiler bu sayının tespitinde dikkate alınmayacaktır. Bununla birlikte, işveren vekilleri ve yardımcıları çalışan sayısının tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır. Geçici iş ilişkisi ile çalışanlar, alt işverenin işçileri otuz işçi ölçütünde dikkate alınmazlar. Eğer, alt işverenlik ilişkisinde muvazaa söz konusu ise bu takdirde alt işverene bağlı çalışanlar da otuz işçi ölçütünün tespitinde dikkate alınırlar⁷⁸.

Otuz işçi bakımından bir istisna bulunmaktadır. İş Kanunu m.4/1 (b) gereğince tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerde elli'den az (elli dahil) işçi çalıştırılıyorsa, bu işler İş Kanunu'nun kapsamı dışındadır. Dolayısıyla tarım ve orman işleriyle uğraşan işletmelerdeki işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmeleri için en az 30 değil elli işçi ölçütü söz konusudur.

E.İŞVEREN VEKİLLİĞİ SIFATININ BULUNMAMASI

İş Kanunu m.2'de işveren vekili; "işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler" olarak tanımlanmıştır. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.2/1 (e) kapsamında ise işveren vekili; "İşveren adına işletmenin bütününe yönetenler" şeklinde tanımlanmıştır.

İş Kanunu çerçevesinde yapılan tanıma baktığımızda işveren vekilliği sıfatının iki unsuru olduğu göze çarpmaktadır. Bunlar; işveren adına hareket, işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görevli olanlardır⁷⁹. Eğer bir kişiye doğrudan doğruya temsil yetkisi verilmişse bu kişinin işveren adına hareket yetkisi vardır denilir⁸⁰. İşyerinin ve işletmenin yönetiminde görev almak koşulu bakımından ise işyerinin tamamının yönetilmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla, işyerinin tamamını yöneten genel müdürler gibi işyerinin bir kısmını yöneten şef yahut ustabaşının da işveren vekili sayılması mümkündür⁸¹.

⁷⁸Y9HD,14.06.2017T.,2016/14601E.,2017/10474K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

⁷⁹ SÜZEK, s.186.

⁸⁰ SÜZEK, s.186.

⁸¹ SÜZEK, s.186-187.

İş Kanunu m.18/son kapsamında “işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütünü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21’inci maddeler ile 25’inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.” Dolayısıyla bu madde çerçevesinde değerlendirildiğinde, işveren vekilliği sıfatına sahip kimseler hakkında iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. Benzer şekilde, işveren vekili yardımcıları da iş güvencesi hükümlerinden yararlanamamaktadır. Yargıtay’ın buna ilişkin kararında da davacının ortak olup olmaması önemli olmaksızın işveren vekili yardımcısı olduğu sabit olduğundan iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına hükmedilmiştir⁸².

İşveren vekilliği sıfatına ilişkin olarak Yargıtay bir kararında⁸³ işletmenin bütünü yöneten genel müdür ve yardımcılarının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını ifade etmiştir. Yine söz konusu karara göre, bir kişinin genel müdür veya genel müdür yardımcısı ünvanını kullanması, iş güvencesi hükümlerinin koruması dışında kalmak için tek başına yeterli değildir. Burada dikkat edilmesi gereken bu sıfatı kullanan kişilerin bir temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı ve işletmenin tamamını yönetmekte olup olmadığıdır. Kararda ifade edildiği üzere, işyerinin tamamını yöneten ve personel işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri de iş güvencesi korumasından yararlanamayacaktır. Burada iki şartın birlikte bulunması gerekmektedir. Yani, hem işyerinin tümü sevk ve idare edilmeli hem de işçileri işe alma ve çıkarma yetkisi bulunmalıdır.

F.BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ BULUNMASI

İş Kanunu m.9/2 kapsamında iş sözleşmelerinin belirli ya da belirsiz süreli yapılabileceği belirtilmektedir. Yine İş Kanunu m.11’de belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerine ilişkin olarak tanım yapılmaktadır. Buna göre: “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması ve belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi

⁸²Y22HD,5.06.2012T.,2011/14981E.,2012/12440K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 15.02.2018)

⁸³Y9HD,8.06.2011T.,2010/3359E.,2011/17090K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.02.2018)

arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.” Kısaca özetleyecek olursak belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmek için; iş belirli süreli olmalı, belirli bir işin tamamlanması söz konusu olmalı, belirli bir olgunun tamamlanması söz konusu olmalı, yahut diğer hallerden birisi mevcut olmalıdır. Belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması da m.11/2 çerçevesinde sınırlandırılmıştır.

İş Kanunu m.11/2 uyarınca belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir neden olmadan birden fazla defa üst üste yapılması söz konusu değildir. Aksi durumda, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilecektir. Bu takdirde, yani zincirleme yapılmış belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi halinde, o işçiye diğer şartlar da mevcutsa İş Kanunu m.18 uygulanabilecektir⁸⁴. Maddenin tersinden hareketle, İş Kanunu m.11/2’de yer alan esaslı nedenler kötünîyet teşkil edecek şekilde kullanılmadıkça belirli süreli iş sözleşmesinin zincirleme yapılması mümkündür. Benzer şekilde bu hak, hakkaniyete aykırı şekilde de kullanılmamalıdır⁸⁵.

Bizim çalışmamız bakımından önem taşıyan sözleşme, belirsiz süreli iş sözleşmeleridir. Eğer bir sözleşme İş Kanunu kapsamında belirli süreli olarak addedilmiyorsa, o takdirde belirsiz süreli kabul edilecektir⁸⁶. Zira iş hukuku anlamında, sözleşmenin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. İş Kanunu m.18’de yer aldığı üzere, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçinin de belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekmektedir. Yargıtay, sırf sözleşmeye tarih konulmuş olmasının o sözleşmeyi belirli süreli yapmayacağını belirtmektedir⁸⁷. Böylesi durumlarda objektif ve esaslı bir neden olmadan iş sözleşmesi belirli süreli kabul edilmemektedir.

⁸⁴ TUNCAY, A.C., İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.1, Yıl:2003, s.7.

⁸⁵ ERKOL DURSUN, A.; DURSUN, N., İş Kanunu’nda ve Türk Borçlar Kanunu’nda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, Ankara, 2017, s.67.

⁸⁶ NARMANLIOĞLU, s.213.

⁸⁷ Y9HD,17.11.2016T.,2015/35903E.,2016/20281K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 15.02.2018)

İKİNCİ BÖLÜM
İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OLAN İŞÇİLERİN BELİRSİZ SÜRELİ
İŞ SÖZLEŞMELERİNİN İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ VE
DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDENLERLE
FESHİ

I. GENEL OLARAK GEÇERLİ NEDEN

Önce 4773 Sayılı Kanun'da, sonra 4857 Sayılı Kanunda yer alan geçerli neden kavramı haklı neden kavramından farklıdır. Geçerli nedenler, haklı nedenler kadar ağır değildir; fakat işçinin şahsından yahut işletmeden doğan; işin, işyerinin olağan işleyişini ve düzenini negatif şekilde etkilediği için de işçinin iş görme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesine engel olan nedenlerdir⁸⁸. Esas itibarıyla, geçerli neden kavramı objektif iyiniyet kurallarıyla örtüşen ve makul, meşru nedenlerden meydana gelmektedir. Bu nedenler hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemektedir⁸⁹. Doktrine baktığımızda geçerli nedene ilişkin olarak bizim de katıldığımız şu şekilde bir tanım yapıldığını görmekteyiz: “ ‘Geçerli neden’, ahlak ve iyiniyet kuralları bakımından sözleşmeye derhal son vermeyi haklı kılacak ağırlıkta olmayan buna karşılık işçi çalıştırılmaya devam edildiği takdirde işyerini olumsuz şekilde etkileyecek mahiyette, işçiye veya işyerine ilişkin her olay veya durumdur⁹⁰. ”

Türk Hukukunda geçerli neden kavramını karşılayan kavramlar, “gerçek ve ciddi neden” olabilecektir⁹¹. Gerçek neden, işçiye yöneltilen iddialar, kesin, gerçek, doğru, açık ve objektif ise söz konusudur⁹². Ciddi neden ise, iş ilişkisinin işletmeye zarar vermeden devam etmesine olanak tanımayan nedenlerdir⁹³.

⁸⁸ DEMİR, F., Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İHSGHD, C.3, S.10, 2006, s.469.

⁸⁹ MANAV, 69.

⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, H.; ASTARLI, M.; BAYSAL, U., İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s.340-341.

⁹¹ ODAMAN, S., Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep Haklı Sebep Ayrımı, Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.3, 2003, s.23.

⁹² ODAMAN, s.23.

⁹³ ODAMAN, s.24.

Elbette belirtmek gerekir ki, ufak bir hata ya da affedilebilir bir kusur gerçek ve ciddi bir neden teşkil etmeyecektir⁹⁴.

4857 Sayılı Kanun m.18 çerçevesinde belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde geçerli nedenin bulunması zorunluluğu vardır. Bu durum 158 sayılı ILO Sözleşmesi ile de uyum içerisinde olmanın bir sonucudur. İşveren iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesini feshetmek istediği takdirde geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Nitekim 158 Sayılı ILO Sözleşmesi m.4'te iş sözleşmesinin, işçinin kapasitesi yahut işin gerekleri veya işin yürütümüne ilişkin geçerli nedenlerin varlığı halinde feshedilebileceği ifade edilmektedir. Hukukumuzda da geçerli nedenler, esas itibariyle "işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan" sebeplerdir. İşbu çalışmanın konusu işçiye ilişkin sebepleri teşkil edeceğinden işyeri veya işin gerekleri ile ilgili sebeplere değinilmeyecektir. Geçerli neden kavramı 4857 Sayılı Kanundaki madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, geçerli neden geniş bir kavram olduğu için maddede objektif ölçüler çerçevesinde bir içerik oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda da işverenin işçinin yeterliliği veya davranışları yahut işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayanması gerekmektedir. İşçinin yeterliliği veya davranışları işçinin kişiliğinden kaynaklanan nedenleri oluşturmakta, diğeri ise işyerine ilişkin geçerli nedenleri teşkil etmektedir.

İş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli nedene dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Eğer işveren kötüniyetle bir fesih yapmış ise, fesih geçersiz olmayacak; fakat ihbar ve kötüniyet tazminatları söz konusu olabilecektir⁹⁵.

Buna karşılık, eğer bir işçi iş güvencesi kapsamı içerisindeyse, işçinin iş sözleşmesini feshetmek için geçerli bir neden söz konusu değilse, bildirim süresi verilerek dahi iş sözleşmesi feshedilemeyecektir⁹⁶. Geçerli bir nedenin varlığı halinde, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaz ve meşru bir sebep gerçekleşmiş olur⁹⁷. 4857 Sayılı Kanun m.18'de hangi hallerin geçerli neden

⁹⁴ ODAMAN, s.24.

⁹⁵ KURT/KOÇ, s.137.

⁹⁶ GÜNAY, C.İ., İş Davaları, Ankara, 2016, s.1089.

⁹⁷ MANAV, E., s.69.

teşkil etmeyeceği de düzenlenmektedir. Bunlar; “Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip “veya yükümlülüklerini yerine getirmek” için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler, 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek, hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlıktır.” Burada bahsedilen nedenler varsa, işveren bildirim süresi vererek dahi sözleşmeyi feshedemeyecektir. Dolayısıyla işveren, bu nedenlerden birine dayanarak yazılı fesih bildirimde bulunsun yahut bu nedenlerle iş sözleşmesini feshetse dahi, işçinin işe iade edilmesi söz konusu olacaktır⁹⁸.

İş Kanunumuz kapsamında, geçerli sebebe ilişkin tanımlamalar katı bir biçimde yapılmamış olup bu konuda hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim, somut olayın şartlarını dikkate alacak ve taraflar arasındaki dengeyi gözeterek bir değerlendirme yapacaktır⁹⁹. Kanunun bu şekilde, izlediği yöntem yerindedir. Zira, bu sayımın tek tek yapılması mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir¹⁰⁰. Benzer şekilde geçersiz fesih nedenleri ile ilgili yapılan sayım da bunlarla sınırlı olarak düşünülmemelidir¹⁰¹. Bunlar benzer olaylar için örnek niteliğindedir¹⁰².

Yargıtay, geçerli nedenle fesih için işçinin mutlaka kasıtlı ihlalinin gerekmediğini belirtmektedir. İşçinin özen yükümlülüğünü ihmal suretiyle ihlal etmesi de yeterlidir¹⁰³. Yargıtay bir başka kararında¹⁰⁴ da işçinin toplum tarafından onaylanmayacak bir davranışı, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi

⁹⁸ GÜNAY, İş Davaları, s.1089.

⁹⁹ KESER, H., İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara, 2016, s.65.

¹⁰⁰ NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, 2014, s.512.

¹⁰¹ MESS Akıllı Kitap İş Güvencesi, İstanbul, 2002, s.B008.

¹⁰² SÜZEK, s.622.

¹⁰³ Y9HD, 3.07.2017T., 2016/15840E., 2017/11326K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

¹⁰⁴ Y22HD, 26.01.2017T., 2017/354E., 2017/1086K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 15.02.2018)

sürecini olumsuz etkilemiyorsa geçerli neden olarak kabul edilemeyecektir demektir.

Geçerli fesih nedenlerini iş sözleşmeleri yahut toplu iş sözleşmeleri ile kısıtlayarak işverenin süreli fesih hakkının kısıtlanması mümkündür. Elbette buradaki sınır, fesih hakkının özüne dokunmamak ve bu hakkın gereğinden fazla kısıtlanmamış olmasıdır¹⁰⁵.

Geçerli nedenlerin tespiti esnasında işçinin yeterliliği ve davranışlarına ilişkin olarak gözlem yapılması ve bunların kaydedilmesi önem teşkil etmektedir. Özellikle, performans değerlendirmeleri, tutanaklar, yazışmalar ve işe devamı belgeleyen kayıtlar bu minvaldedir. İşçiye, bu konularla ilgili bir uyarı yapıldığında, işçinin bunu tebliğ aldığına dair bir tutanağın imzalatılması ve kaçınma halinde bunun da belgelenmesi faydalı olacaktır¹⁰⁶.

II.GEÇERLİ NEDEN-HAKLI NEDEN AYRIMI

İşçinin, işveren karşısında korunma gereğinin sonucu olarak, iş sözleşmesinin belirli şartlarda işveren tarafından feshi esnasında sebep gösterilmesi gerekmektedir. Bu sebepler esas itibarıyla geçerli neden ve haklı neden olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Haklı neden hukuki dayanağını 4857 Sayılı Kanun m.24-25'te bulurken, geçerli nedenin hukuki dayanağı 4857 Sayılı Kanun m.18'dir. Zaman zaman bu iki kavramı birbirinden ayırt etmek güç olabildiği için, iki neden arasındaki farka kısaca değinilme ihtiyacı doğmuştur.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, haklı neden teşkil eden olguların sabit olduğu anlaşılmış ise, hakimin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, hakim bu durumda haklı feshin doğmadığına karar veremeyecektir. Hakimin, haklı neden bakımından takdir yetkisi 4857 Sayılı Kanun m.25/II'de yer alan "Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" bakımından söz konusu olabilecektir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ YILDIZ, G.B., İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara, 2014, s.154.

¹⁰⁶ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s.469.

¹⁰⁷ ALPAGUT, G., İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.1, Yıl:1, s.74.

Haklı neden, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin dürüstlük kuralı gereğince sürdürülmesinin kendisinden beklenemeyecek olduğu tarafa, bu ilişkiyi derhal sona erdirmeye imkanı sağlar¹⁰⁸. Geçerli neden ise, haklı neden teşkil edecek derecede ağır olmamakla birlikte iş sözleşmesinin sona erdirilmesine imkan veren nedenlerdir¹⁰⁹. Nitekim Yargıtay da yakın tarihli kararında, geçerli neden teşkil eden hallerin haklı neden teşkil edenler kadar ağır olmamakla birlikte işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenler olarak tanımlamıştır¹¹⁰. Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, geçerli nedenler işçiden veya işyerinden kaynaklanan nedenler olup 4857 Sayılı Kanun m.26'daki nedenler kadar ağır değildirler. Bununla birlikte geçerli nedenler, işçinin iş görme borcunu gerektiği biçimde yerine getirmesini engellemektedirler. Özetlemek gerekirse, haklı neden iş sözleşmesinin taraflardan biri açısından devamını çekilmez kılan nedenler iken, geçerli nedenler buna göre daha hafif olan ve iş ilişkisini sürdürmenin beklenemeyeceği yahut da işyerinin işleyişini bozan nedenlerdir¹¹¹. Bununla birlikte bu nedenlerin tam bir listesini yapmak olanaklı olmadığı gibi pratik açıdan bir faydası da bulunmamaktadır. Dolayısıyla her bir somut olayın hakim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir¹¹². Ekleyelim ki, 4857 Sayılı Kanun m.25/son gereğince, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullandığı bir durumda, işçi, m.25'te öngörülen nedenlerin uygun olmadığı iddiasıyla 4857 Sayılı Kanun m.18,20 ve 21 çerçevesinde yargı yoluna gidebilecektir.

4857 Sayılı Kanun m.25/II'de bulunan haklı nedenler yönünden doktrinde süreli fesih hakkının da kullanılabileceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, haklı nedenle fesih hakkının yanında İş Kanunu m.18'deki hak da doğmaktadır ve burada işverenin seçimlik bir yenilik doğuran hakka sahip olduğu savunulmaktadır. Bu durum özellikle, 4857 Sayılı Kanun m.26'da bulunan hak düşürücü sürenin geçirilmesi halinde başvurulması muhtemel bir

¹⁰⁸ OĞUZMAN, s.33.

¹⁰⁹ SÜZEK, Fesih, s.111.

¹¹⁰ Y9HD,6.07.2017T.,2016/29524E.,2017/12122K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

¹¹¹ TIRYAKİ, H., İşe İade Davalarında Geçerli ve Geçersiz Nedenler, Ankara, 2017, s.20-21.

¹¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.341.

yöntemdir¹¹³. Yargıtay, bu konuya ilişkin olarak şu şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur¹¹⁴:

“Mahkemece, 25/2 maddesi gereğince akdin sona erdirilmesi hallerinde isnat edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26. maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı neden olarak feshe neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin reddedilmesi gerekir.”

Bu karara ilişkin olarak doktrinde yapılan değerlendirmeye¹¹⁵ göre; altı iş günlük süre geçirilmiş olmasına rağmen eğer haklı neden teşkil eden olay gerçekse, işe iade talebinin reddedilmesi yerindedir. Ayrıca, altı iş günlük süre geçirilmesine rağmen gösterilen sebep haklı neden değil de geçerli neden teşkil ediyorsa yine işe iade talebi reddedilmelidir. Buna karşılık, doktrinde, haklı neden teşkil eden bir durum bulunmamakla birlikte geçerli nedenin söz konusu olduğu hallerde m.19’daki usule uyulup uyulmadığına bakılmamasını eleştirmektedir¹¹⁶. Zira, aksi durumda işverene dilediği hallerde olaya “haklı neden” nitelendirmesi yapıp usul hükümlerinden kaçma imkanı tanınmış olacaktır. Bu karara ilişkin olarak doktrinindeki başka bir görüşe göre, Yargıtay’ın kararı tamamen isabetlidir¹¹⁷. Zira, İş Kanunu m.25/II’ye göre yapılan fesihte m.19/daki usule uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanımızca, işverene usul hükümlerinden kaçınma olanağının tanınmaması gerekmektedir.

III.İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ VE DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDENLER

Geçerli neden teşkil eden halleri, kanun hükmünü de dikkate alarak işçiye ilişkin olanlar ve işyerine ilişkin olanlar şeklinde ikiye ayırmak

¹¹³ BAYCIK, G., İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2011, s.384.

¹¹⁴Y9HD,24.02.2004T.,2003/22581E.,2004/3229K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.02.2018)

¹¹⁵ UÇUM, M., İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması (Karar İncelemesi), A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, 2005, s.394.

¹¹⁶ UÇUM, s.392.

¹¹⁷ ŞAHLANAN, F., İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden-Geçerli Neden İlişkisi (Karar İncelemesi), Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2005, s.38.

mümkündür¹¹⁸. İşyerine ilişkin nedenler, işçinin kişiliğiyle alakalı olmayan nedenler olup bunlar işçinin kusurlu yahut kusursuz yaptığı davranışlarla ilgili değildir¹¹⁹. İşçinin kişiliği ile ilgili nedenler ise, söz konusu işçinin üretimdeki etkinliğini etkileyen “yeterliliği”ne ilişkin nedenler olabileceği gibi üretimdeki akışı etkileyen “davranışları”na ilişkin nedenler de olabilecektir¹²⁰. Bahsi geçen işçinin yeterliliği ve davranışlarına ilişkin olan nedenler haklı neden teşkil edecek kadar ağır olmamakla birlikte işyerinde olumsuzluk yaratacak düzeyde ise, geçerli neden sayılarak feshe konu olabilecektir¹²¹. Kısaca özetlemek gerekirse, işçinin kişiliği ile ilgili olan nedenler, işçinin yeterliliği veya davranışlarından meydana gelmekteyken; işletmenin, işyerinin yahut işin gereklerinden doğan nedenler, işyerine ilişkin nedenleri meydana getirmektedir¹²². Bir nedenin işçinin yetersizliğine mi yoksa davranışına mı ilişkin olduğunu ayırt etmek bakımından konuyla ilgili bir Yargıtay kararı yol gösterici niteliktedir. Söz konusu karara göre, yetersizliğe dayanan fesihlerde, işçi, iş edimini yeteneği gibi kendisinde objektif olarak varolan hal ve hususiyetler nedeniyle yerine getirememektedir. Oysa davranışa dayanan hallerde, işçinin somut olarak sözleşmeye aykırı bir davranışı bulunmaktadır¹²³. Nitekim, doktrinde da geçerli neden işçinin yetersizliğinden kaynaklanıyorsa, işçinin kusurunun bulunmaması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁴.

İşçinin yeterliliği veya davranışlarına ilişkin olup da geçerli neden teşkil eden haller yargı kararları ile netlik kazanmaktadır¹²⁵. Bununla birlikte, iş sözleşmesini sürdürmesi işveren bakımından artık önemli ve makul sınırlar içerisinde beklenemez durumdaysa, geçerli nedenin var olduğunu kabul etmek gerekecektir¹²⁶. Geçerli neden kabul edilebilecek haller, işletmenin, işyerinin yahut işin gereklerinden de kaynaklanabilecek olmakla beraber, çalışma

¹¹⁸ MANAV, s.71-72.

¹¹⁹ MANAV, s.72.

¹²⁰ DEMİR, s.473.

¹²¹ MANAV, s.73.

¹²² GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, Ankara, s.700.

¹²³ Y9HD,8.04.2008T.,2007/27829E.,2008/7831K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.05.2018)

¹²⁴ BAYSAL, U., İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler, Doktora Tezi, Ankara, 2011, s.43.

¹²⁵ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.700.

¹²⁶ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.700.

konumuz işçinin yetersizliği ve davranışları ile sınırlı olduğundan, konu bu çerçevede incelenecektir.

A.İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLER

İş Kanunu m.18’de iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanması gerektiği öngörülmüştür. Geçerli neden sayılabilecek hallerden birisi de işçinin yetersizliğidir. İşçinin yetersizliği tek başına fesih nedeni olamayacak, bu yetersizliğin aynı zamanda işyerinde olumsuzluklara yol açmış olması aranacaktır¹²⁷.

Maddede her ne kadar işçinin “yeterliliği” kelimesi kullanılmışsa da bunun işçinin yetersizliği şeklinde anlamak yerinde olacaktır¹²⁸. Zira, esasen maddedeki hükümler ile anlatılmak istenen işçinin yetersiz olması durumudur. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler İş Kanununun madde gerekçesinde sayılmıştır. Bunlar; “Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir.”

İşçinin iş sözleşmesinin feshinin son çare olması gerektiği esastır. Bu nedenle de işçinin yetersizliğinin bir fesih nedeni olabilmesi için bu durum belirli bir süre devam etmeli ve hiçbir şekilde düzeltilememelidir. Böylesi bir durumda işverenin geçerli nedenle fesih hakkı söz konusu olacaktır¹²⁹.

Geçerli neden teşkil eden yetersizliği fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik olarak ayırmak mümkündür¹³⁰. Fiziki yetersizlik, işçinin yaşı, sağlığı

¹²⁷ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.700; KÖSEOĞLU, A.C., İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul, 2011, s.153.

¹²⁸ KESER, s.155.

¹²⁹ TAŞKIN, A., İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Performans Nedeniyle Feshi, Ankara, 2012, s.181.

¹³⁰ SÜZEK, s.586-587; TİRYAKİ, s.21.

eğitimi gibi unsurları barındırırken; mesleki yetersizlikten kasıt verim ve performansın düşük olması halidir¹³¹.

1.İşçinin Fiziki Yetersizliği

İşçinin yetersizliğinin söz konusu olduğu hallerde işçinin kusurunun bulunması şart değildir. Oysa davranışlara dayanan hallerde kusurun varlığı aranmaktadır¹³². İşçinin fiziki yeterliliğinin iki boyutu olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar; hastalık ve yaşlılıktır.

a.Hastalık

İş Kanunu m.18/3 (f) uyarınca “Hastalık veya kaza nedeniyle 25’inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık” geçerli neden teşkil etmemektedir. Bu gibi hallerde işverenin iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı İş Kanunu m.17’deki bildirim sürelerini aşmasından sonra doğacaktır. Dolayısıyla bu süreden önce işverenin iş sözleşmesini herhangi bir gerekçe ile feshetme hakkı bulunmamaktadır¹³³.

İş Kanunu m.25/I (a)’ya göre: “İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa “yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda” işçi işe devamsızlık yapmış olabilir. Bu devamsızlık, ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi halinde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı söz konusu olacaktır. Buna karşılık, işçi hastalığı sebebiyle bu sürelerin altında bir devamsızlık yapmış ve bu devamsızlık işyerinde olumsuzluklara neden olmuş ise, işverenin geçerli nedenle fesih hakkından söz edilebilecektir. Burada işçinin yetersizliği ve davranışları çakışmaktadır¹³⁴.

İşçinin sağlık durumunun, işverene geçerli nedenle iş sözleşmesini fesih hakkı verebilmesi için işçinin bu hali İş Kanunu m.25/I’de belirtilen ve haklı nedenle iş sözleşmesini feshini olanaklı kılan nedenlerin dışında olmalıdır. Ayrıca, söz konusu hal¹³⁵; işin görülmesini ciddi anlamda olumsuz etkilemeli ve

¹³¹ KESER, s.157.

¹³² TİRYAKİ, s.21.

¹³³ SÜZEK, s. 587-588.

¹³⁴ KAR, B., İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara, 2017, s.209.

¹³⁵ KAR, s.210.

iş sözleşmesini işveren tarafından devam ettirilmesine imkan vermeyecek nitelikte olmalıdır.

Yargıtay, güncel tarihli bir kararında, işçinin rahatsızlığına bağlı olarak sık sık viziteye çıkmasının ve istirahat raporu kullanmasının işyerindeki verimi azaltması nedeniyle, geçerli nedenle fesih sebebi teşkil ettiğine karar vermiştir¹³⁶. Benzer şekilde başka bir Yargıtay kararında da işçinin sık sık rapor alması ve toplantılara katılamamasının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve bu sebeple geçerli nedenle fesih söz konusu olabileceği belirtilmektedir¹³⁷.

Gerçekten de kişinin ruh ve beden sağlığı işyerindeki çalışmayı önemli ölçüde etkiler. Bir işçinin ruh veya beden sağlığının bozuk olması işyerindeki etkinliğini ciddi şekilde etkileyecek ve işyerindeki verimi düşürecektir. Bu takdirde işyerinde tamamlanması gereken işlerin tamamlanamaması tehlikesi ortaya çıkacaktır. İşveren, işletmedeki akışı olumsuz etkileyen bu şekilde bir çalışan bulunduğu takdirde somut olayın özelliklerine göre, geçerli nedenle fesih hakkını kullanabilecektir.

İşçinin hastalığının işini gerektiği gibi yapmasına engel olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca feshin son çare olması ilkesi gereğince öncelikle başka yollar aranmalıdır. Nitekim Yargıtay da bir kararında¹³⁸ da işçinin devamlı çalışamaz duruma gelmesine neden olacak bir hastalığının bulunmadığını ve feshin son çare olarak düşünülmesi gerektiğinden işçinin daha hafif işlerde çalıştırılması gibi seçeneklerin denenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle de söz konusu dosyada feshin geçerli nedene dayanmadığına hükmetmiştir.

b. Yaşlılık ve Emeklilik

Yaşlılık bakımından ise, işçinin sırf yaşının ilerlemiş olması geçerli nedenle fesih için yeterli değildir¹³⁹. Benzer şekilde işçinin emeklilik aylığı

¹³⁶Y9HD,1.06.2017T.,2016/14575E.,2017/9573K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

¹³⁷Y9HD,6.07.2017T.,2016/29524E.,2017/12122K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.02.2018)

¹³⁸Y9HD,29.01.2007T.,2006/30032E.,2007/1228K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 23.02.2018)

¹³⁹ KÖSEOĞLU, s.192.

almaya hak kazanmış olması da tek başına geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshine olanak tanımamaktadır¹⁴⁰.

Emeklilik ve yaşlılık kavramlarını birbirleriyle ilişkili düşünen işverenler, emekliliği hakeden bir işçinin iş veriminin azalacağını iddia etmektedirler. İşverenler, emekliliği hak eden işçilerinin iş sözleşmelerini sonlandırırken de bu işçilerin verimlerinin düşmesi nedenine dayanmaktadırlar¹⁴¹. İşverenlerin bu görüşüne rağmen, emeklilik Yargıtay tarafından tek başına geçerli fesih nedeni kabul edilmemektedir¹⁴². Ayrıca, ILO'nun 166 Sayılı Tavsiye Kararı m.5(a) çerçevesinde de emekliliğe hak kazanmanın geçerli neden teşkil etmeyeceği açıkça ifade edilmektedir.

Buna karşılık, işyerinde personel azaltma yoluna gidilen ve bu nedenle de emekliliği gelen işçilerin çıkarılmasına ilişkin kararında¹⁴³ Yargıtay bunu geçerli neden kabul etmiştir. Söz konusu karara göre; “Dairemiz uygulamasına göre işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir.”

Yargıtay, başka bir kararında¹⁴⁴ da genel ve objektif olarak uygulandığı takdirde, Personel Yönetmeliğinde emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş personelin işten çıkarılacağına ilişkin hükmü geçerli neden kabul etmiştir. Fakat, söz konusu dosyada davacının işe girdiği tarihte yönetmelikte söz konusu hüküm bulunmadığı gibi sonradan yapılan bu değişikliği davacının kabul ettiği de ispatlanamamıştır. Yargıtay da, kararında haklı olarak bu hususa değinmiştir.

¹⁴⁰ TİRYAKİ, s.67.

¹⁴¹ TİRYAKİ, s.169.

¹⁴² Y9HD, 15.04.2004 T., 2004/7644 K., 2004/6141 E., Legal İHSGHD, Cilt:1 Sayı:3 Yıl:2004, s.1006-1007.

¹⁴³ Y9HD, 5.12.2006 T., 2006/24004 E., 2006/31985 K. (<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.02.2018)

¹⁴⁴ Y9HD, 10.04.2006 T., 2006/5883 E., 2006/9359 K. (<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 28.02.2018)

Yine başka bir kararında¹⁴⁵ da Yargıtay, işyerinde toplu iş sözleşmesine konulan hükümle çalışanların emekli edilebileceğine ilişkin dosyada eksik inceleme olduğunu belirtmekle birlikte şu şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur: “Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir.” Bu husus öğretide eleştirilmektedir. Zira, İş Kanunu m.18/1’de yer alan nedenlerin işçi aleyhine değiştirilemeyeceği savunulmaktadır¹⁴⁶. Dolayısıyla salt işçinin emekliliğinin geçerli neden teşkil etmeyeceği sonucuna varmaktadırlar¹⁴⁷. Sözleşmelere konulan bu tip hükümler, işçinin yaşlılığının aynı zamanda fiziki yahut mesleki yetersizliğine de neden olduğu takdirde geçerli olması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁸. Öğretideki diğer bir görüşe göre, bu konuda sözleşmeye konulacak bir hükmün işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli neden olarak kabul görmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁹. Kanımızca ilk görüş daha isabetlidir. Zira aksi takdirde hem Anayasada hem de İş Kanunu m.5’te yer alan eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır.

2.İşçinin Mesleki Yetersizliği

Mesleki yetersizlik, İş Kanunumuz bakımından iş sözleşmesinin geçerli nedenle fesih sebebidir. Mesleki yetersizlikte bir iş için gereken deneyim, bilgi ve yetenekler bir kişide bulunmadığı için o işin olması gerektiği şekilde yerine getirilememesi durumu söz konusudur¹⁵⁰. Mesleki yetersizlik iş sözleşmesi kurulurken varolabileceği gibi, işçinin değişen koşullara uyum sağlayamaması nedeniyle sonradan da ortaya çıkabilmektedir. Bu takdirde işçinin harcadığı zaman ile ortaya çıkan işin kalitesi arasında dengesizlik söz konusu olmaktadır¹⁵¹. Eğer işçi, kendisinde varolmayan bir eksikliği kasden gizlemiş

¹⁴⁵Y9HD,10.03.2008T.,2008/4393E.,2008/4398K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 23.02.2018)

¹⁴⁶ SÜZEK, s.590.

¹⁴⁷ MANAV, s.235-236.

¹⁴⁸ KAR, s.212-213; SÜZEK, s.591.

¹⁴⁹EKONOMİ, M., Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2, 2006, s.135-136.

¹⁵⁰ TAŞKIN, s.184.

¹⁵¹ TAŞKIN, s.185.

olursa bu durum İş Kanunu m. 25/II (a) gereğince haklı nedenle fesih sebebi teşkil edecektir.

Mesleki yetersizlik tespit edilirken, objektif ve bilimsel bir ölçekte değerlendirme yapılması önemlidir. Objektif ölçekten maksat, işçinin kendisiyle aynı yahut benzer işi yapanlarla kıyaslanması ve durumunun buna göre tespit edilmesidir¹⁵². Zira, mesleki yetersizlik ile kastedilen işçinin sadece gerekli bilgilere sahip olması değildir. İşçi, gerekli bilgilere sahip olsa dahi inisiyatif alma, teknolojik yeniliklere açık olma vb konularda sorun yaşadığı takdirde mesleki anlamda yetersiz kabul edilebilecektir¹⁵³. İşçinin, bir işi yapması için gereken resmi izinleri kaybetmesi de mesleki yetersizlik olarak kabul edilmektedir¹⁵⁴.

Eğer işçi, mesleki açıdan yetersiz olmasına rağmen, işveren tarafından atfedilmiş veya ödüllendirilmiş ise, bu takdirde yetersizliğin fesih nedeni yapılması mümkün olmamalıdır. Böylesi bir durumda yapılan feshi geçerli kabul etmek mümkün değildir¹⁵⁵.

a.Verimlilik

Verimlilik, işin en iyi şekilde ve doğru bir biçimde en düşük maliyetle gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olur¹⁵⁶. İşçinin verimsiz olması da geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshine dayanak olabilir. Bunun için işçinin verimsizliğinin somut bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir¹⁵⁷. Doktrinde bir görüşe göre işçinin verimi, “birim zamanda harcadığı emeğin sonucu olarak ortaya çıkan üretim düzeyi ve miktarıdır¹⁵⁸.” İşçinin, söz konusu işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendini geliştirme konusundaki yetersizlikleri işçinin verimine dayanan geçerli nedenlerdir¹⁵⁹. Verimin değerlendirilmesi esnasında, ekip çalışmasına yatkınlık, değişime ayak uydurma, iletişim becerileri, iş kalitesi, planlama, inisiyatif kullanma ve müşteri memnuniyeti gibi kriterlerden

¹⁵² TAŞKIN, s.185.

¹⁵³ KÖSEOĞLU, s.156-157.

¹⁵⁴ KÖSEOĞLU, s.172.

¹⁵⁵ DULAY, D., İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi, LEGAL İHSGHD, C.7, S.27, Yıl:2010, s.976.

¹⁵⁶ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.701.

¹⁵⁷ TAŞKIN, s.187.

¹⁵⁸ SÜZEK, s.591.

¹⁵⁹ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.701.

yararlanılması mümkündür¹⁶⁰. Özellikle, banka, lüks restoran gibi yerlerde davranış kurallarına uyum ve müşteri memnuniyeti verimlilik değerlendirmesi esnasında göz önünde bulundurulmalıdır¹⁶¹.

Verimsizlik, işçinin düşük performans göstermesinden kaynaklanabileceği gibi teknoloji, çalışma koşulları, pazarlama vb etkenlerden de kaynaklanabilir. Zira, çok iyi çalışan bir işçinin kötü bir organizasyon yapısına sahip bir şirkette yüksek verime sahip olması beklenemez¹⁶². Özellikle, işçinin çalışma ortamına ve mesleğe uyum sağlayamaması, teknolojiyle uyumlu olarak verilen eğitimler sonucunda halen öğrenme ve yetişmede gereken düzeyi yakalayamaması geçerli nedenle fesih için sebep teşkil edebilecektir¹⁶³.

Yargıtay, işçinin verimliliğine ilişkin olarak kararında şu şekilde açıklama yapmaktadır¹⁶⁴: “Davacının verimliliğinin tespiti teknik bilirkişi yoluyla mümkündür. Çelişkili tanık anlatımlarına göre hüküm kurulması hatalıdır. Mahkemece uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak; yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun arizi mi, yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. madde içeriğinde değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.”

Yargıtay başka bir kararında¹⁶⁵ da işçinin iş görme ediminden yararlanılamaması halinde bunun geçerli neden teşkil edeceğini belirtmektedir. Söz konusu kararda dikkat çeken bir açıklama da şu şekildedir: “İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilecektir.”

¹⁶⁰ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.701.

¹⁶¹ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.702.

¹⁶² TAŞKIN, s.176-177.

¹⁶³ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.702.

¹⁶⁴Y9HD,24.06.2004T.,2004/3740E.,2004/15625K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.02.2018)

¹⁶⁵Y7HD,27.02.2015T.,2014/18139E.,2015/2751K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.02.2018)

Verimsizliğin süreklilik arz etmesi ve düşük olması gerekmektedir. Ayrıca işçinin performans ve verimlilikle ilgili hedeflere ulaşamaması tek başına geçerli neden değildir. Aynı zamanda işçinin kapasitesinin yeterli olmasına rağmen bu hedeflere ulaşmak için gereken gayreti de göstermiyor olması gerekmektedir¹⁶⁶.

b.Performans

Doktrinde yapılan bir tanıma göre “Performans, işçinin iş görme süreci içinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyidir¹⁶⁷.” Performans değerlendirmeyi ise şu şekilde tanımlamak mümkündür: “Performans değerlendirme, işyeri yönetimince belirlenen hedefler ve önceden saptanmış kriterler doğrultusunda, çalışanın işteki veriminin, bilgi, beceri ve yeteneklerinin, iş alışkanlıklarının, güçlü ve zayıf yönlerinin karşılaştırma ve ölçme yoluyla sistematik ve objektif olarak değerlendirildiği bilimsel bir süreçtir¹⁶⁸.” Özellikle çalışanın düşük performansına dayalı bir fesih yapılmak istenildiği takdirde, işyerine ve orada yapılan işe özgü olan, bilimsel nitelikli bir performans değerlendirme sisteminin bulunması, uygulanması ve zamanın ihtiyaçlarına göre geliştirilmesi önemlidir¹⁶⁹.

Performans değerlendirmenin yararı bakımından doktrinde yapılan bir tanıma göre: “Performans değerlendirme, bir kişinin ya da bir ekibin, yapılan iş ile ilgili güçlü ve zayıf yönlerini sistematik olarak ortaya çıkarmaktır¹⁷⁰.” Performans değerlendirmeleri genellikle yılda bir defa yapılacak şekilde işyeri yönetimi tarafından uygulanmaktadır. Burada önemli olan husus, işçinin görev tanımının doğru şekilde belirlenmesi, işçinin nitelikleri ve kendisine verilen iş arasında uyum bulunması ve bir değerlendirme yapılabilmesi için bir standart belirlenmiş olmasıdır¹⁷¹.

Performansa dayanarak iş sözleşmesinin feshedilebilmesi imkanı, işyerlerindeki insan kaynakları departmanlarının önemini arttırmıştır. Zira,

¹⁶⁶Y9HD,18.03.2008T.,2007/27584E.,2008/5327K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 21.02.2018)

¹⁶⁷ SÜZEK, s.591.

¹⁶⁸ MESS, Akıllı Kitap, İş Güvencesi II, J28/001.

¹⁶⁹ MESS, Akıllı Kitap, İş Güvencesi II, J28/001.

¹⁷⁰ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.702.

¹⁷¹ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.702-703.

performans değerlendirme yahut iş sözleşmelerinin feshi esnasında insan kaynakları departmanında görevli kişilerin, ispata ilişkin belgeleri doğru şekilde tanzim etmemeleri yahut gerekli belgelendirmeleri yapmamaları uygulamada işverenleri mahkeme karşısında zayıf ve güç durumda bırakmaktadır. Hükümleri açık şekilde belirlenmiş olan ve o işyerine özgü olup oradaki hedefleri yakalamayı amaçlayan bir performans değerlendirme sistemi, işçinin yetersizliği nedeniyle yapılan fesihler bakımından önem taşımaktadır.

Performans değerlendirmesi yapılırken, elbette ki, birbirinden çok farklı iş yapan işçilerin birbirleriyle kıyaslanması uygun olmayacaktır. Aynı işi yapanların birbirleri ile kıyaslanması daha sağlıklı sonuçlar verecektir. Bu çerçevede de “Beyaz yakalı personel” ile “Mavi yakalı personel”in değerlendirmeleri de birbirinden farklılık arz edecektir. Beyaz yakalı personelin, fikri çalışması bedeni çalışmasından fazla iken mavi yakalı çalışanın bedeni çalışması daha ağırlıklıdır¹⁷². Beyaz yakalı işçiye ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede kişisel yetenekler ve iş yetenekleri göz önünde tutulur ve o dönem için önceden tespit edilen hedeflere ulaşp ulaşmadığına bakılır¹⁷³. Mavi yakalı personel için ise, yine tespit edilen hedefler çerçevesinde, performans değerlendirmesi iki şekilde yapılır. Bunlar; işçinin yaptığı işte tasarruf ettiği zamana yahut parça üretim adedine göredir¹⁷⁴. Zamana göre yapılan değerlendirmede işçinin yapmış olduğu iş için öngörülen standart bir zamanla işçinin işi gerçekte yaptığı zaman kıyaslanmaktadır. Üretime göre yapılan değerlendirmede ise, öngörülen standart üretim miktarı işçinin fiilen yapmış olduğu üretimle kıyaslanmaktadır¹⁷⁵.

Performans değerlendirmesi yapılabilmesi için bu değerlendirmeyi yapacak kişiler belirlenmelidir. Değerlendirme formları, ilk önce çalışanların kendisi tarafından doldurulmalıdır. Performans değerlendirmesi yapılırken hedeflere ulaşılıp ulaşılmadığı tespit edilecek ve gelecek dönem hedefleri de belirlenecektir. Performans değerlendirme formundaki veriler, işyerindeki minimum performans değerlendirme kriterleriyle karşılaştırma yapılmak suretiyle sonuca varılır. Eğer işçinin performansı işyerindeki minimum

¹⁷² GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.703.

¹⁷³ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.703.

¹⁷⁴ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.704.

¹⁷⁵ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.704-705.

performans değerlendirme seviyesinin altındaysa bu takdirde iş sözleşmesinin feshi ihtimali söz konusu olabilecektir¹⁷⁶.

İş sözleşmesinin feshine yol açabilecek olan performans düşüklüğüne neden olarak genellikle, işçiyi kendisine uygun doğru işe yönlendirmemek, işçiye görev tanımının açık bir şekilde yapılmamış olması, işyerindeki ödüllendirme sisteminin yeterli olmaması, işyerinde yönetici olmaması ya da eksik olması, işyerindeki malzemelerin yetersiz olması, işçiye gereğinden fazla iş yükü verilmesi, işçinin ailesinde yaşadığı sorunlar ve işçinin yaşadığı maddi sıkıntılar gösterilebilecektir¹⁷⁷.

İşverenler, performans nedeniyle iş sözleşmesini feshetmek istedikleri takdirde fesih koşullarını dikkatle uygulamalıdır. Zira, uygulamada performans nedeniyle fesihler, büyük oranda işe iade kararıyla neticelenmektedir¹⁷⁸. Performans nedeniyle yapılan feshin geçerli olabilmesi için, öncelikle objektif bir değerlendirme söz konusu olmalı ve tüm işçilere eşit olarak uygulanmalıdır¹⁷⁹. Her sektörün kendisine ait özellikleri bulunduğu varsayımından yola çıkarak her işletmenin kendi yapısına uygun bir performans değerlendirme sistemi bulunmalıdır. Aksi takdirde yapılacak bir fesih geçerli olarak kabul edilemeyecektir¹⁸⁰. İşçiye uygulanan performans kriterlerinin ulaşılabilir ve makul düzeyde olması da önemlidir. Zira işçinin kapasitesinin üzerinde, ulaşamayacağı hedeflerin belirlenmesi halinde yine geçerli bir fesih söz konusu olmayacaktır¹⁸¹.

Performans değerlendirmesinin işçi açısından faydası, işçi kendi yetkinlik düzeyini öğrenerek eksik taraflarını görür ve bunları geliştirme imkanına sahip olur. Ayrıca çalışmasıyla ilgili olarak geri bildirim almış olur ve yöneticisine de kendi performans değerlendirme sonucu hakkındaki görüşünü açıklar¹⁸². Performans değerlendirmesinin yönetici açısından önemi ise, bu

¹⁷⁶ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.704.

¹⁷⁷ ÇELİK, K., Süreli Fesihte İşçinin Kişiliğine İlişkin Geçerli Sebep Olarak Yeterliliği ve Davranışları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s.78.

¹⁷⁸ TAŞKIN, s.239.

¹⁷⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.471; KÖSEOĞLU, s.169; TAŞKIN, s.241.

¹⁸⁰ TAŞKIN, s.241-242.

¹⁸¹ KÖSEOĞLU, s.175; TAŞKIN, s.242.

¹⁸² MESS Akıllı Kitap, İş Güvencesi II, J28/004.

değerlendirme sayesinde düşük ve yüksek performanslı işçiler tespit edilir ve böylece ödüllendirilecek işçiler de belirlenir. Düşük performanslı çalışanlar bakımından ise, bunları eğitim ihtiyaçları ortaya çıkarılır ve bu düşük performans devam ederek işlerin aksamasına neden olunursa sözleşmenin feshi gündeme gelebilir¹⁸³. Nihayet yapılacak olan performans değerlendirmesinin işletmeye de birtakım faydaları bulunmaktadır. Bu değerlendirme, işgücünün verimliliğini artırır ve işletmenin rekabet gücü ile üretim veya hizmet kalitesinin artmasına katkı sağlar. Üstelik, bu değerlendirme ile işletme performansının artırılması da söz konusu olacaktır¹⁸⁴.

Performans ve verimlilik kriterleriyle ilgili olarak Yargıtay'ın yapmış olduğu değerlendirmeye göre,¹⁸⁵ bir işçinin iş sözleşmesinin performans ve verimliliğinin düşüklüğü nedeniyle feshedilebilmesi için objektif ölçütlerin bulunması gerekmektedir. Ayrıca performans ve verimliliğe ilişkin standartlar o işyerine özgü olmalı ve o işyerinde aynı işi yapan herkes aynı kurallara tabi olmalıdır. Performans ve verimliliğe ilişkin kriterler gerçekçi ve makul düzeyde olmalıdır. Süreklilik göstermeyen sonuçlar ve koşullara göre değişen veriler, geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilecektir. İşçinin, performans ve verimliliğinin yükseltilmesine dair hedeflere ulaşamaması başlı başına geçerli neden değildir. Eğer işçi yüksek hedefler için yeterli kapasiteye sahip; fakat bu kapasitesini kullanmıyorsa, bu takdirde bir geçerli nedenin varlığından söz edilebilir. Bunların yanı sıra, objektif ve geçerli neden teşkil edebilecek bir performans değerlendirmesi için kriterler önceden tespit edilmeli, işçiye bildirilmelidir. Burada iş için lüzumlu olan bilgi, beceri, deneyim, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan beklenen iş ve kişisel gelişim hedefleri dikkate alınmalıdır. Önemli olan, işçinin davranışları, niteliği ve ulaştığı hedeftir. İşyerinde, performans değerlendirme formları hazırlanmalı ve buradaki kriterler objektif ve somut şekilde ortaya konmalıdır. Kriterlerin tespit edilmesinde, işçinin görev tanımı, verimi, işverenin kurumsal ilkeleri, işyeri kuralları göz önünde bulundurulmalıdır. Performans değerlendirme sistemleri işyerine özgü olacak şekilde çalışanların performanslarını değerlendirmeyi amaçlamalıdır.

¹⁸³ MESS Akıllı Kitap, İş Güvencesi II, J28/004

¹⁸⁴ MESS Akıllı Kitap, İş Güvencesi II, J28/005

¹⁸⁵ Y7HD, 3.11.2015T., 2015/19374E., 2015/21249K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.02.2018)

Hukuk kurallarının en temel amaçlarından birisi de keyfiligi önlemek ve kötünietli davranışlara mahal vermemektir. İşçilerin düşük performanslı çalışmaları tüm topluma zarar vereceğinden bu şekilde çalışan işçilerin de hukuk düzeni tarafından korunması beklenemeyecektir. Bununla birlikte amaç, bir işyerinde çalışan işçileri derhal çıkarmak değildir. Dolayısıyla, bir işyerinde çalışan tüm işçiler, kendilerine uygulanan performans değerlendirme kriterlerinden haberdar olmalıdırlar¹⁸⁶. İş Kanunu m.19'a göre, işveren, işçinin iş sözleşmesini feshederken, fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih nedenini de açık ve kesin bir şekilde ortaya koymak zorundadır. Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin iş sözleşmesi, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan davranışı ya da verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyecektir. Burada işverenin İş Kanunu m.25/II numaralı bendi uyarınca varolan fesih hakkı saklıdır.

Performans kriterleri bakımından da benzer bir durum söz konusudur. İşveren, performans değerlendirme kriterline ilişkin olarak işçinin itirazlarını dinlemelidir. Aksi takdirde yapılan feshin geçerliliği söz konusu olmayacaktır¹⁸⁷.

Deneme süresinden sonra işverenin, performans düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmesi Yargıtay tarafından kabul edilmemektedir. Zira, söz konusu deneme süresinin sonunda iş sözleşmesi devam etmekteyse, işverenin deneme süresindeki performansı daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından sınır kabul ettiği varsayılmaktadır¹⁸⁸.

İşçinin performans düşüklüğünün birçok sebebi olabilecektir. Bunun feshe esas teşkil edebilmesi için, bu performans düşüklüğünün belirli bir süre devam etmiş olması gerekmektedir. Performans düşüklüğünün ne kadar devam etmesi halinde geçerli sebep teşkil edeceği hususunda kesin bir süre vermek mümkün değildir¹⁸⁹. Son olarak, belirtmek gerekir ki, feshin son çare olması ilkesi kapsamında, performans düşüklüğü bulunan işçinin iyileştirilmesine

¹⁸⁶ TAŞKIN, s.242-243.

¹⁸⁷ TAŞKIN, s.244.

¹⁸⁸Y9HD,24.05.2017T.,2016/14185E.,2017/8818K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

¹⁸⁹ TAŞKIN, s.244-245.

çalışılmalı ve bu iyileştirme yahut eğitim verme çabaları sonuç vermediği takdirde iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmelidir¹⁹⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işçinin performansı değerlendirilirken, benzer türde iş gören işçilerin performansı ile karşılaştırma yapılması gerekmektedir¹⁹¹.

İşyerinde nitelikli işçi ihtiyacının doğması işçinin mesleki anlamda yetersiz olduğu anlamına gelmeyecektir. Bu durumda işçiye eğitim verilerek gereken yetenekleri kazanması yoluna gidilmeli; fakat kısa vadede bu mümkün değilse yahut işçi kendisine yeterli süre verildiği takdirde beklenen nitelikleri kazanamamış ise bu takdirde mesleki anlamda yetersiz olduğu sonucuna varılmalıdır¹⁹².

Yargıtay, feshin geçersizliği ve işe iadeyle ilgili bir kararında¹⁹³ yerel mahkemenin kararını şu gerekçeyle bozmuştur:

“Feshin geçerli sebebe dayandığının ispat yükü davalıda olup, davalı taraf davacının performans düşüklüğü gösterdiğini, bu düşüklüğün süreklilik arz ettiğini, davacının performansını geliştirmesi yönünde davacıya eğitim verildiğini ve davacının performansını artırmak için bir çaba harcamadığını yeterli ve inandırıcı delillerle ispatlayamamıştır. Bu durumda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Yargıtay’ın, bir başka kararında¹⁹⁴ da ilaç mümessili olarak çalışan davacının sözleşmesi satış hedeflerine ulaşamadığı gerekçesiyle feshedilmiştir. Burada Yargıtay, tanıtımı yapılan ilaçların satın alınmasının davacının elinde olmayan faktörlere bağlı olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, performansın satış hedeflerine göre belirlenmesini objektif bir değerlendirme bulmamıştır. Yine başka bir kararında¹⁹⁵ da benzer şekilde performansın sırf satış sonuçlarına

¹⁹⁰ TAŞKIN, s.245.

¹⁹¹ MANAV, H., İş Sözleşmesinde Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2010, s.40.

¹⁹² TULUKÇU, s.178.

¹⁹³ Y22HD,19.10.2015T.,2015/24821E.,2015/29009K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.02.2018)

¹⁹⁴ Y9HD,29.05.2014T.,2014/4935E.,2014/17526K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.02.2018)

¹⁹⁵ Y7HD,3.06.2015T.,2015/7682E.,2015/10869K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.02.2018)

bağlanması ve gerekli eğitim ile desteğin verildiğinin ispatlanamaması nedeniyle Yargıtay, feshin geçersizliğine hükmetmiştir.

B.İŞÇİNİN DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN NEDENLER

İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler, 4857 Sayılı Kanun m.25'teki kadar ağır değildir; fakat bunlar işçinin, iş sözleşmesine aykırı davranışları olarak ortaya çıkmaktadır¹⁹⁶. İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler de geçerli nedenle fesih sebebi teşkil edebilmektedir. Maddenin gerekçesinde işçinin davranışlarından doğan sebeplere örnekler verilmektedir. Bunlar; “İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller.”

1.İşçinin İşvereni Yanılgıya Düşürmesi

İş Kanunu m.25/II (a) kapsamında işçinin işvereni yanıltması, işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermektedir. Buna karşılık bu yanılgı hali, esaslı değilse geçerli fesih nedeni söz konusu olabilecektir¹⁹⁷. Bir başka deyişle, bu yanılgı hali, işyerinde işlerin yürütümünü olumsuz şekilde etkilemekteyse, bu takdirde geçerli nedenle fesih gerçekleştirilebilir¹⁹⁸. Zira, eğer işveren aleyhine bir menfaat kaybı bulunmuyorsa geçerli nedenle fesih hakkından söz etmek mümkün olmayacaktır¹⁹⁹. İşçinin işvereni yanılgıya düşürmesi halinde, işçi ile işveren arasındaki güven ilişkisi zedeleneneğinden sözleşmenin devamı beklenmemelidir²⁰⁰. Örnek vermek gerekirse, bir işçi iyi derecede İngilizce bildiğini söyleyerek işe girerse ve sonrasında kendisinin yalnızca orta düzeyde İngilizce bildiği anlaşılırsa, işçinin bu tutumu İngilizce lüzumlu olduğu işler

¹⁹⁶ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.706.

¹⁹⁷ TİRYAKİ, s.89.

¹⁹⁸ SÜZEK, s.598.

¹⁹⁹ TİRYAKİ, s.89.

²⁰⁰ TİRYAKİ, s.89.

bakımından zaman kaybına neden olabilir. Bu takdirde de söz konusu işçinin, işveren tarafından iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilmiş olacaktır; fakat eğer işçi hiç İngilizce bilmiyorsa bu takdirde haklı nedenle fesih gündeme gelecektir²⁰¹. Burada Yargıtay'ın da bir kararında gündeme getirdiği husus, işe girilen tarihte ya da sonrasında yabancı dil bilme koşulunun bulunup bulunmadığıdır. Yargıtay'ın önüne gelen dosyada, işçinin yabancı dil bilmediği işveren tarafından bilinerek işe alınmış ve sonrasında da ihracat asistanlığına yükseltilmiştir. Sonrasında yabancı dil bilmediği için iş sözleşmesine son verilen işçinin başka bir işte çalışma olanağı bulunup bulunmadığı da araştırılmadan iş sözleşmesine son verilmesini Yargıtay kabul etmemiştir²⁰².

Yargıtay, başka bir kararında da yöneticisine yalan beyanda bulunan işçinin, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğini belirtmiştir. Zira, işçinin bu yalan beyanı haklı neden teşkil edecek ağırlıkta olmamakla beraber söz konusu beyan ile işçi-işveren arasındaki güven ilişkisinin sarsıldığını ve iş sözleşmesinin işveren bakımından devam etmesinin beklenemeyeceğini ifade etmiştir²⁰³.

Kısaca özetlemek gerekirse, Yargıtay önüne gelen dosyalarda, işçi-işveren arasındaki güven ilişkisinin zedelenmiş olup olmadığını ve söz konusu davranışın geçerli neden yahut haklı neden teşkil edip etmediğini incelemektedir²⁰⁴.

2.İşçinin İşveren Aleyhine Söylemlerde Bulunması

İş Kanunu m.25/II (b) çerçevesinde işçinin işveren veya onun aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi ya da davranışlarda bulunması, veya işveren aleyhine şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması haklı nedenle derhal fesih sebebidir. İşçinin, işveren aleyhine sarfettiği sözler haklı neden teşkil edecek ağırlıkta olmamakla birlikte işyerindeki akışı ve düzeni olumsuz etkilemekteyse ve iş ilişkisinin sürdürülmesi işverenden beklenemez ise, geçerli nedenle fesih mümkün

²⁰¹ ÇELİK, K., Süreli Fesih, s.88.

²⁰²Y9HD,21.04.2005T.,2005/10825E.,2005/14175K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²⁰³Y7HD,11.03.2015T.,2014/20999E.,2015/4184K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²⁰⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.486.

olabilecektir²⁰⁵. Bununla birlikte Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, “Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez²⁰⁶.”

İşveren aleyhine sarf edilen sözlerin geçerli neden teşkil etmesine ilişkin olarak, bir Yargıtay kararında, işçinin işvereni olan belediye başkanı için sarf ettiği “belediye başkanı kimki beni ata içeri.... öyle şeymi oluronun babasının malımı burası...adama kazık çakarlar...burası dingonun ahırını değil” gibi sözlerin haklı neden teşkil ettiğine karar vermiş; fakat burada toplu iş sözleşmesini de dikkate almıştır. Zira, toplu iş sözleşmesine göre, amire hakaretin ilk ve ikinci seferlerinde yevmiyeden kesme cezası bulunmaktadır ve olayda disiplin kurulu hükümleri uygulanmamıştır. Bu sebeple, Yargıtay işçinin davranışlarının haklı neden ağırlığında olmadığına; fakat işyerinde işin görülmesinin önemli derecede olumsuz etkilediğine karar vermiş ve geçerli nedenle fesih yapıldığına hükmetmiştir²⁰⁷.

İşverenin kendisi yahut aile üyesi olmayan bir kişiye işçinin hakaret etmesi de geçerli neden teşkil edebilir. Özellikle işverenin yakını veya ortağı olan kişiler aleyhine söylenen sözlerde durum böyledir. Küçük işletmelerde işverenin şahsı önem teşkil ettiğinden bu tarz işletmelerde çalışan işçilerin söz konusu davranışı geçerli neden teşkil edebilecektir²⁰⁸.

3.İşçinin Geçimsiz Davranması

İş Kanunu m.25/II (e)’de yer alan kapsamda olmayan geçimsizlik hali geçerli nedenle fesih teşkil etmektedir. İşçinin geçimsizliğe sebep olan davranışı dolayısıyla geçerli nedenle feshin söz konusu olması için işçinin kusurlu olması gerekmektedir. Bir deyişle geçimsizlik teşkil eden davranış, işçi tarafından bilerek ve isteyerek yapılmalıdır²⁰⁹.

²⁰⁵ ÇELİK, Ç., İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi ve Sonuçları, Ankara, 2007, s.86; KÖSEOĞLU, s.220.

²⁰⁶Y9HD,3.07.2017T.,2016/15845E.,2017/11361K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²⁰⁷Y22HD,16.04.2014T.,2014/8528E.,2014/8378K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.05.2018)

²⁰⁸ ÇELİK, K., Süreli Fesih, s.90.

²⁰⁹ TIRYAKI, s.106.

Elbette her çalışan, çalışma barışının olduğu bir ortamda çalışmak isteyecektir. Böylece çalışma veriminin de artması söz konusudur. Bu şekilde çalışma arkadaşları ile olumlu ilişkiler kurmak her işçinin sadakat yükümlülüğünün bir uzantısıdır. Dolayısıyla buna aykırılık da sözleşmenin sona ermesine neden olabilecektir²¹⁰. Özellikle işyerinde kavga çıktığı durumlarda çalışma barışı olumsuz etkilenir ve işyerindeki huzur bozulur. Eğer işveren kavgaya neden olan işçiyi tespit edemez ise, tüm işçilere eşit davranacak şekilde bir yöntem izlemelidir²¹¹.

İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshe gidilmesinin sebebi, işçiyi daha önceki davranışları nedeniyle cezalandırmak değildir. Burada amaç, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davranma ihtimalinden korunmak ve kaçınmaktır²¹².

Yargıtay, bir işçinin mesai saatleri içerisinde diğer bir işçinin üzerine ketçap, mayonez, hardal ve kova ile su dökmesi olayında, işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluğa neden olduğuna karar vermiştir. Söz konusu davranış, kamera kayıtları ile de sabit olup işyerinde çalışma düzenini bozmuş ve ayrıca sosyal paylaşım sitelerinde de paylaşılmıştır. Dolayısıyla, somut olayda Yargıtay, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceğini ve bu durumun geçerli bir neden teşkil edebileceğini ifade etmiştir²¹³.

Başka bir kararında da Yargıtay, işçinin işverenin başka bir işçisi ile kavga etmiş olmasının işyerinde olumsuzluğa yol açması sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine karar vermiştir. Söz konusu olayda kavgaya karışan işçilerden yalnızca birinin iş sözleşmesinin feshedilmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmuşsa da feshin haklı nedene olmasa bile geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir²¹⁴.

İşçinin işyerindeki çalışma sırasında agresif davranışlar sergilemesi ve yaşanan bir olay sonrasında tutulan tutanakta yaptığı savunmada “Agresif

²¹⁰ ÇELİK, Süreli Fesih, s.93.

²¹¹ TİRYAKİ, s.107.

²¹² TİRYAKİ, s.107.

²¹³Y9HD,8.07.2014T.,2014/8396E.,2014/23747K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²¹⁴Y9HD,31.05.2016T.,2015/31120E.,2016/12799K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

değilim sinirliyim, agresif olayım aradaki dokuz farkı gör.” şeklinde bir beyanda bulunması Yargıtay tarafından iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden kabul edilmiştir²¹⁵. Buna benzer başka bir dosyada da işçinin, mesainin bitimine kısa bir süre kala başka bir işi oyaladığı için kendisine uyarıda bulunan bölüm sorumlusuna “bana karışamazsın artistlik yapma” şeklinde sözler sarfetmesini geçerli fesih sebebi saymıştır²¹⁶.

Yargıtay’ın önüne gelen başka bir dosyada da, davacı işçi, çalışanların tuvalete gitmesine izin vermemiş ve gidenleri de tehdit etmiştir. Yargıtay bu davranışı sataşma olarak nitelendirmemiş; fakat çalışanların tuvalet ihtiyacı için izin verilmemesini ve bunların şikayet konusu yapılmasını işyerinde çalışma barışını bozan bir eylem olarak nitelemiştir. Dolayısıyla da işçinin bu eylemini, iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden kabul etmiştir²¹⁷.

Başkaca bir olayda da işçinin, kendisine talimat veren amirinin üzerine yürümesi olayında işçi amirinden özür dilemiştir. Buna rağmen Yargıtay, olayın haklı neden teşkil edecek ağırlıkta olmamakla beraber geçerli neden teşkil ettiğine karar vermiştir. Zira, söz konusu davranışın açıkça işyerinde olumsuzluklara neden olduğunu ifade etmiştir²¹⁸.

Yargıtay, servis aracını da işyeri saydığından burada gerçekleşen tartışma, hakaret ve darp eylemlerini iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden saymıştır. Yine burada da söz konusu davranışların iş ilişkisini etkilediğine ve işyerinde olumsuzluklara neden olduğuna hükmetmiştir²¹⁹.

4.İşçinin Doğruluk Ve Bağlılığa Aykırı Davranması

İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanması, hırsızlık yapması, işverenin meslek sırlarını ortaya atması gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması halinde İş Kanunu m.15/II (e) çerçevesinde işverenin

²¹⁵Y22HD,9.11.2015T.,2015/28956E.,2015/30565K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²¹⁶Y22HD,2.07.2014T.,2014/16348E.,2014/21235K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²¹⁷Y9HD,18.06.2015T.,2015/16847E.,2015/22239K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²¹⁸Y22HD,8.09.2014T.,2014/16745E.,2014/23015K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²¹⁹Y9HD,22.11.2004T.,2004/19146E.,2004/25836K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

haklı nedenle derhal fesih hakkı söz konusu olacaktır. Buna karşılık, eğer işçinin bağlılığının yeterli olmadığına objektif şekilde kanaat getirilebiliyorsa bu takdirde sadakatsizlik düzeyinde olmayan davranışlar da geçerli fesih nedeni kabul edilebilecektir²²⁰. Sadakat yükümü, sözleşme taraflarının her birine, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirirken diğerinin şahsına, malına ve hukuken korunan bir değerine zarar vermeme yükümlülüğü yüklemektedir²²¹. Bir sosyal paylaşım sitesinde, işçinin çalıştığı işyeri tarafından üretilen ürünlerin tüketilmemesi için paylaşılan ilanı, beğenmesi sadakat borcuna aykırılık teşkil edebilir²²².

Bu kapsamda bahsedilebilecek bir konu da işçinin sır saklama yükümlülüğüdür. Bir bilginin sır niteliğinden bahsedebilmek için, o bilgi sadece sahibi tarafından yahut sınırlı bir çevre tarafından bilinmelidir. Buradaki sınırdan kasıt işyerinde çalışan ve bu sırrı bilmesi gereken kişilerdir²²³. Ayrıca sırrın çalışılan işle bağlantılı olması gerekmektedir. Çalışılan işle ilgili olma kavramına şu örnek verilebilir: bir temizlik işçisi genel müdürün odasını temizlediği esnada masadaki birtakım bilgileri görebilir. Bu takdirde, bu bilgiler, aslında işçinin yaptığı işten farklı bir konudur. Buna karşılık, çalışılan iş kavramı iş veya işyeri ilgili tüm bilgi ve belgeleri kapsadığı için temizlik işçisi öğrendiği bu bilgileri ifşa etmemekle yükümlü olacaktır²²⁴. Sırrın açıklanmamasında işverenin haklı bir menfaatinin bulunması da önemlidir. Haklı bir menfaat, doktrinde şu şekilde tanımlamaktadır; “Bir olayın veya bilginin açıklanması bir işletmenin rekabette önceliğinin kaybolmasına veya sır sahibinin maddi-manevi zarara uğramasına yol açacaksa haklı menfaatin varlığı kabul edilmelidir²²⁵.”

İşçilerin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları tespit edildiğinde Yargıtay da bu durumu geçerli nedenle fesih sebebi saymıştır. Konuya ilişkin olarak bir kararında, şirket üst yönetimine usulsüz internet siparişleriyle ilgili bilgilendirme yapmayan işçinin bu davranışının kendisine duyulan güveni

²²⁰ KÖSEOĞLU, s.223.SÜZEK, s.600.

²²¹ TİRYAKİ, s.127.

²²² TİRYAKİ, s.128.

²²³ TİRYAKİ, s.129.

²²⁴ TİRYAKİ, s.130.

²²⁵ TİRYAKİ, s.131.

sarstığı ve sözleşmesel yükümlülük ihlali oluşturduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmiştir²²⁶.

Başka bir kararında Yargıtay, işverene ait bazı malların, işçi tarafından üçüncü bir kişiye ait araca yüklediğinin tanık beyanlarıyla doğrulandığı dosyada, güven ilişkisinin sarsıldığına hükmetmiştir. Ayrıca burada iş ilişkisinin de olumsuz etkilendiği sonucuna varmıştır²²⁷.

Yargıtay, kasaya konulması gereken belirli bir miktar paranın işçi tarafından konmaması halinde de, söz konusu paranın işçinin uhdesinde kaldığı ve kendi menfaatine kullandığı ispat edilememiştir. Bununla birlikte Yargıtay, burada güven ilişkisinin zedelendiğine ve iş sözleşmesinin işveren tarafından devam ettirilmesinin beklenemeyeceğine hükmetmiştir. Bu durum Yargıtay tarafından haklı neden teşkil edecek boyutta kabul edilmemiş; fakat geçerli neden sayılmıştır²²⁸.

Arşiv kayıtlarında olması gereken bir makbuzun kaybolması nedeniyle Yargıtay'ın önüne gelen bir dosyada işveren, arşivde çalışan kişilerin tümünün iş sözleşmesine son vermiştir. Yargıtay, bu durumda, arşiv çalışanlarının hepsinin işverenin gözünde şüpheli durumda olduğunu ve arşiv çalışanlarının birbirlerinin açılış şifrelerinin kullanmaları nedeniyle gerçek sorumlunun tespitinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla, somut olayda işverenin işçilere karşı duyduğu güven duygusunun zedelendiği ve iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanarak feshedildiği sonucuna varılmıştır²²⁹.

Yargıtay'ın bir başka kararında da elektrik teknikeri olan işçinin babasının kaçak elektrik kullandığı tespit edilmiştir. Elektrik teknikeri olan işçinin bu durumu bilmemesi düşünülemez. İşçi, babasını uyardığını ve faturaları ödediği durumda dahi babasına engel olamadığını iddia etmişse de Yargıtay bu durumu iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden saymıştır. Zira,

²²⁶Y22HD,23.01.2017T.,2017/483E.,2017/716K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²²⁷Y7HD,19.10.2016T.,2016/11043E.,2016/16888K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²²⁸Y7HD,10.02.2015T.,2014/17864E.,2015/1282K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²²⁹Y22HD,6.06.2016T.,2016/12017E.,2016/16525K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

işçinin bu durumunun, işverenin işçiye duyduğu güveni ortadan kaldırdığını ifade etmiştir. Taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelendiğine hükmetmiştir²³⁰.

Bir başka karar ise, işçinin sosyal paylaşım sitesinin kendisine ait sayfasında yaptığı paylaşıma ilişkindir. İşçi, tıbbi tanıtım sorumlusu olarak çalıştığı şirketin üretmediği ve başka firmaların ürettiği ürünlerin tanıtımlarına ilişkin yazıların yazılmasına müsaade etmiştir. İşveren, bu durumu farkedene kadar da işçi, başkalarının yaptığını iddia ettiği paylaşımlarla ilgili herhangi bir önlem almamıştır. Bahsedildiği üzere, işçi, her ne kadar bu sayfayı kendisinin kullanmadığını, şifrenin başka tanıdıklarında da olduğunu iddia etmiş ise de Yargıtay, işçi-işveren arasındaki güven duygusunun zedelendiğine hükmetmiştir. Sonuç olarak da işveren tarafından yapılan feshin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir²³¹.

Bankada çalışan bir personelin, kendisine verilen şifreleri, bankadaki diğer personelle paylaşması, müşterilerin haberi olmadan ve bankanın zararına olacak işlemler yapması üzerine, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiştir. Konu, Yargıtay'ın önüne gelmiş ve Yargıtay, bankalar gibi güvenin en üst düzeyde olması gereken kurumlarda, bu şekilde bir davranış sergileyen personelin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine hükmetmiştir²³².

5. İşçinin İşe Gelmemesi Yahut Geç Gelmesi

İş sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğundan işçi, devamlı olarak işgörme yükümlülüğünü yerine getirmek; işveren de bunun karşılığında ücret ödemek zorunluluğu altındadır. İşçinin, işe gelmemesi yahut geç gelmesi halinde işverenin işgörme ediminden beklediği menfaat zarara uğramış olacaktır²³³.

Bir işçinin işvereninden izin almaksızın yahut haklı bir nedene dayanmaksızın art arda iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil

²³⁰Y7HD,13.04.2016T.,2014/43224E.,2016/8180K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.05.2018)

²³¹Y7HD,2013/17272E.,3.07.2013T.,2013/12524K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.05.2018)

²³²Y22HD,8.12.2011T.,2011/4246E.,2011/7014K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 27.05.2018)

²³³ KESER, s.266.

gününden sonraki işgünü, yahut bir ay içerisinde üç işgünü işe gelmemesi, işveren açısından iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih sebebi teşkil etmektedir. Eğer, işçinin işe gelmediği haller haklı neden teşkil edecek düzeyde değilse, bu takdirde işveren geçerli nedenle fesih hakkını kullanabilecektir²³⁴.

İşçinin işe geç gelmesi halinde de işyerindeki işleyişin aksaması ve düzenin bozulması söz konusu olacaktır. Bu geç gelme halinin geçerli neden sayılabilmesi için işçi, geç gelmeyi alışkanlık haline getirmiş olmalı, bu konuda ihtar edilmelidir. Burada önemli olan husus, işçinin tüm bunlara rağmen gelecekte de işe geç geleceğinin kuvvetle muhtemel olmasıdır. İşe geç gelmenin ne sıklıkta gerçekleştiğine ve bunun sebebine dikkat edilmelidir. Trafikten kaynaklanan gecikmelere katlanma sorumluluğu işçiye aittir²³⁵. İşçinin işe geç geldiği hallerde, iş görme edimi ile ücret arasındaki dengenin işveren aleyhine bozulması söz konusu olmaktadır. Geçerli neden teşkil edecek bir geç gelme eyleminden bahsedebilmek için bunun alışkanlık haline getirilmiş olması gerekmektedir²³⁶.

Yargıtay, işçinin sıkça mola vermesi, eksik çalışması ve bu eksikliği tamamlaması halinde feshin geçerli olduğuna karar vermiştir. Zira burada haklı neden olmasa dahi, iş akışının bozulduğuna hükmetmiştir²³⁷.

Yargıtay, bir başka kararında²³⁸ da işçinin 17:30'da biten mesaiden 16:00'da ayrılmasının ve 12.09.2015 ve 14.09.2015 tarihlerinde işe gelmemiş olmasının haklı neden teşkil edecek ağırlıkta olmasa dahi, geçerli neden olabileceği sonucuna varmıştır. Burada iş ilişkisinin önemli ve makul ölçüler içerisinde sürdürülmesinin beklenemeyeceğini belirtmiştir.

Keza bir başka kararında da Yargıtay, makine operatörü olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin izinsiz ve mazeretsiz olarak sık sık işe geç gelme yahut sık sık rapor alarak hiç gelmeme eylemine ilişkin olayı incelemiştir.

²³⁴ SÜZEK, s.601.

²³⁵ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.433; TİRYAKİ, s.184.

²³⁶ KÖSEOĞLU, s.205; TİRYAKİ, s.184.

²³⁷ Y22HD, 26.01.2017 T., 2017/354 E., 2017/1086 K.; Y22HD, 26.01.2017 T. 2017/350 E., 2017/1087 K. (<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

²³⁸ Y22HD, 13.10.2016T., 2016/18509E., 2016/23295K. (<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 19.02.2018)

Burada işçinin iş sözleşmesi, hem yukarıdaki fiillerine hem de bu konulara dair açıklamalarının çelişkili ve inandırıcı olmaması nedeniyle feshedilmiştir. Yargıtay da söz konusu dosyada işçinin eylemlerinin, çalışma düzenini ve iş akışını bozduğuna hükmetmiş ve iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine karar vermiştir²³⁹.

Yargıtay verdiği diğer bir kararında işçinin hangi günlerde devamsızlık yaptığı mesai düzenine uymadığı ve bunlara ilişkin olarak bir uyarıldığına dair bir tutanak ve belge olmaması eleştirilmiştir. Yine aynı kararda, işe geç gelme ve mesai bitiminden önce işten ayrılmanın geçerli fesih nedeni teşkil ettiğini ifade etmiştir.

Başka bir somut olayda ise, işçi işe geç gelerek erken çıkmayı alışkanlık haline getirmiştir. Kendisinden savunma talep edilmiş ve savunma vermeyi de reddetmiştir. İşçi, en son olarak da 11.06.2012 tarihinde devamsızlık yapmıştır. Yargıtay, bu dosyada söz konusu eylemler karşısında işverenin bu işçiyle çalışmasının beklenemeyeceğini ve bunların haklı neden teşkil edecek ağırlıkta olmasa dahi geçerli neden sayılacağına hükmetmiştir²⁴⁰.

6.İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi

İş Kanunu m.25/II (1) çerçevesinde, işçinin kendi isteği veya savsaması nedeniyle işyerinin malına veya elinin altında olan makine, tesisat ya da başka eşya ve maddelere otuz günlük ücretiyle karşılanamayacak bir zarar vermesi, işveren bakımından haklı nedenle derhal fesih sebebi teşkil etmektedir. 1475 Sayılı Mülga İş Kanunu m.17/II (h)'de bu düzenleme on günlük ücret ile ödenemeyecek olan zararları kapsamaktaydı. Yürürlükteki İş Kanunumuz bakımından, eğer işçinin sebep olduğu zarar, onun otuz günlük ücretinden daha az bir meblağ ise bu takdirde işverenin haklı nedenle fesih hakkı yoktur²⁴¹. Böyle bir durumda eğer, iş sözleşmesinin devamı işveren bakımından çekilmez bir hal almış ise, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi kurumuna başvurmak düşünülebilir²⁴². Geçerli nedenle fesih teşkil edebilecek bir zarar halinde,

²³⁹Y9HD,19.12.2014T.,2014/24981E.,2014/38864K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²⁴⁰Y22HD,5.05.2014T.,2014/10738E.,2014/11156K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.05.2018)

²⁴¹ SÜZEK, s.604.

²⁴² KAR, s.200

işverenin bu yola başvurma sebebi, söz konusu zararın tekrar etmesi halinde iş akışında meydana gelebilecek olan aksamadır²⁴³.

Bu başlık kapsamında değinilmesi gereken bir husus da TBK m.400/2 çerçevesinde işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulacaktır. Yargıtay da, işçinin kusurunun daha az ve hafif olduğu durumlarda işçinin sorumlu tutulmayabileceğini belirtmektedir²⁴⁴. Buna karşılık, Yargıtay davacının hafif kusurlu olduğu bir dosyada²⁴⁵ iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur; fakat hatalı üretim sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine hükmetmiştir. Zira işçinin hatalı üretimdeki davranışının işyerinde olumsuzluğa sebep olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay, bir başka kararında işçinin verdiği zarar 30 günlük ücretini geçmediği için haklı neden teşkil etmediğine karar vermiş; fakat mevcut olay ve zararı göz önünde bulundurarak işyerinde olumsuzluklara sebebiyet verildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla feshin geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir²⁴⁶.

Keza bir diğer kararında Yargıtay, işçinin hafif kusurlu olması nedeniyle, haklı nedenle feshi ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur. Söz konusu dosyada hafif kusur, işyerinde olumsuzluklara yol açtığı için bunun geçerli neden kabul edilebileceğine hükmetmiştir²⁴⁷.

7.İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşüren Davranışları

İş Kanunu m.25/II (1) kapsamında işçinin kendi isteği yahut savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi haklı nedenle feshe sebep

²⁴³ TİRYAKİ, s.229.

²⁴⁴Y9HD,12.12.2016T.,2016/1262E.,2016/21834K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 12.02.2018)

²⁴⁵Y9HD,17.09.2015T.,2015/19926E.,2015/26048K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.02.2018)

²⁴⁶Y9HD,5.05.2016T.,2016/12559E.,2016/11299K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁴⁷Y9HD,11.03.2015T.,2015/1642E.,2015/10040K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

olmaktadır. Güvenlikten sorumlu çalışanın işbaşındayken uyuması buna örnek verilebilir²⁴⁸.

İşin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi olması sonucunda bir zarar meydana gelme zorunluluğu bulunmamaktadır. Eğer işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşüren davranışı haklı neden teşkil edecek ağırlıkta değilse, geçerli neden teşkil edebilmesi mümkündür²⁴⁹. İşçinin bir davranışı haklı neden teşkil edecek düzeyde değilse; fakat söz konusu davranış iş güvenliğini ve disiplinini bozuyorsa, işçi; iş güvenliği önlemlerini gerektiği kadar uygulamıyorsa, işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşüren davranışları nedeniyle işverenin iş sözleşmesine devam etmesi beklenemiyorsa, geçerli nedenle fesih söz konusu olacaktır²⁵⁰.

Nitekim Yargıtay da, işçinin kendisine bildirilen güvenlik tedbirlerini yeterince uygulamaması ve birtakım kurallara uymayarak iş disiplinini ve güvenliğini bozması nedeniyle işyerinde olumsuzluklara sebep olan davranışta bulunduğunu ifade etmiştir. Yargıtay, işçinin bu davranışını haklı neden ağırlığında kabul etmeyip geçerli neden teşkil ettiğine hükmetmiştir²⁵¹.

Yargıtay'ın bir başka bir kararında da, balık kısım şefi olan işçinin tutulduğu hastalık nedeniyle işyerindeki sağlığı ve güvenliği tehlikeye düşüreceği iddiasıyla iş sözleşmesi feshedilmiştir. Oysa bu olayda Yargıtay, hastalığın tedavisinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. Eğer, hastalığın tedavisi mümkün değilse, söz konusu hastalığın iş sağlığı ve güvenliğini tehdit edeceğini ve bu nedenle de işveren tarafından yapılan feshin geçerli olduğuna karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁵².

Önemle belirtelim ki, işçinin kendisine verilen koruyucu malzemeleri takmaması da geçerli neden teşkil etmektedir. Yargıtay'ın önüne gelen bir dosyada işçi, kendisine verilen koruyucu malzemeleri takmaması sebebiyle uyarılmış ve aynı eylemi tekrarlaması nedeniyle savunması alınmıştır. İşçi, verdiği savunmada, ortamın sıcak olması ve başının ağrması nedeniyle bareti

²⁴⁸ KAR, s.200.

²⁴⁹ TİRYAKİ, s.273.

²⁵⁰ KÖSEOĞLU, s.251; TİRYAKİ, s.273.

²⁵¹ Y9HD,1.06.2011T.,2010/3363E.,2011/16270K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁵² Y7HD,2.04.2014T.,2014/3205E.,2014/7242K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

kısa süreliğine başından çıkardığını belirtmiştir. Yargıtay, işçinin hem kendi sağlığını hem de işverenliği risk altına sokması sebebiyle ve aynı davranışı daha önce de tekrarladığı için, feshin geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir²⁵³.

Yargıtay'ın bir başka kararında da, işçinin, sigara içtiği bölümün iş güvenliği bakımından tehlike arz etmesi nedeniyle işçinin iş sözleşmesine son verilmiştir. Yargıtay, daha önce söz konusu işçiye uyarı verildiği konusunda bir delil bulunmaması, sigara içen diğer işçilere uyarı verilip davacı işçinin işten çıkarılmasının eşit işlem borcuna aykırı olması gibi gerekçelerle feshin haksız olduğunu belirtmiş; fakat işçinin davranışının işyerinde olumsuzluğa neden olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla da feshin geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir²⁵⁴.

8.İşçinin Kısa Süre Tutuklu Kalması

İş Kanunu m.25/IV'e göre, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlık m.17'deki bildirim sürelerini aşarsa, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı söz konusu olacaktır. Buradaki süre aşılmadığı takdirde işverenin haklı nedenle değil geçerli nedenle fesih hakkı olabilecektir²⁵⁵.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.4 kapsamında gözaltına alma: "Kanunun verdiği yetkiye göre yakalanan kişinin, hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, adli mercilere teslimine veya serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içerisinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulmasını ifade eder." Tutuklama ise, ceza yargılamasında, yargılamanın kısa sürede ve sağlıklı şekilde yürütülmesi için delillere zarar verilmeden ve kanunda belirtilen koşullar dahilinde kişinin geçici olarak hürriyetinden yoksun kılınmasını ifade etmektedir²⁵⁶.

Yargıtay'a gelen bir dosyada, işçinin, iş sözleşmesi işleriyle ilgili olmayan bir suçtan dolayı tutuklanması üzerine devamsızlıktan feshedilmiştir. Burada Yargıtay, sözleşmenin işçinin şahsına bağlı zorunlu bir sebepten

²⁵³Y9HD,11.09.2014T.,2014/11104E.,2014/26334K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁵⁴Y9HD,30.09.2015T.,2015/23020E.,2015/26909K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁵⁵ KÖSEOĞLU, s.239; TİRYAKİ, s.247.

²⁵⁶ TİRYAKİ, s.245.

feshedildiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla da işverenin ihbar tazminatı ödeme zorunluluğu bulunmadığını belirtmiştir²⁵⁷. Kısacası, işçinin gözüaltına alınması yahut tutuklanması nedeniyle iş sözleşmesi sona erdirildiği takdirde işverenin ihbar tazminatı ödeme zorunluluğu bulunmadığını belirtmek mümkündür²⁵⁸.

Bir başka kararda ise, işçinin işyerinde dışında işlediği iddia edilen bir suçtan ötürü iki gün tutuklu kalması söz konusudur. İşçinin, iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle feshedilmiştir. Bu kararda Yargıtay, her ne kadar tutukluluk süresi yasal bildirim süresini geçmemişse de devamsızlığın işyerindeki normal işleyişi aksatmasının kaçınılmaz olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla da, yapılan feshin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir²⁵⁹. Belirtelim ki, Devlet aleyhine işlenen suçlarda, yapılan feshi Yargıtay haklı neden kabul etmektedir. Burada ceza davasının neticesinin bekletici mesele yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁶⁰. Ayrıca ifade edelim ki Yargıtay, gıyaben tutuklama ile doğrudan tutuklanma arasında herhangi bir fark bulunmadığını ifade etmiştir²⁶¹.

Maddenin uygulanması bakımından mahkumiyet kararı çıkıp çıkmaması da önem teşkil etmemektedir. Zira, burada dikkat edilen husus gözüaltında yahut tutuklulukta geçirilen süredir²⁶². Belirtilmesi gereken bir diğer husus da işçinin iş sözleşmesinin gözüaltı veya tutukluluk süresi boyunca askıda kalacak olmasıdır²⁶³. İşçinin sigortalılığı askı döneminde de devam edecektir²⁶⁴.

9. İşçinin Ücretinin Hacı

İşçinin ücretine haciz gelmiş olması tek başına geçerli fesih nedeni değildir²⁶⁵. İşçinin ücretine sık sık haciz gelmesi durumunda işyerindeki

²⁵⁷Y9HD,1.03.1994T.,1994/3683E.,1994/3048K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁵⁸ TİRYAKİ, s.246.

²⁵⁹Y9HD,6.02.2006T.,2006/722E.,2006/2435K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁶⁰Y9HD,16.12.2008T.,2008/40694E.,2008/33770K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁶¹Y9HD,13.11.2006T.,2006/30791E.,2006/29829K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁶² TİRYAKİ, s.245.

²⁶³ TİRYAKİ, s. 246.

²⁶⁴ TİRYAKİ, s.246.

²⁶⁵ KÖSEOĞLU, s.238.

muhasebe ya da hukuk servislerindeki işleyiş önemli ölçüde etkilenmekteyse, bu durumda geçerli nedenle fesih imkanının varlığı kabul edilmelidir²⁶⁶.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay da bir kararında, işçinin ücretinin haczinin, kural olarak işverene geçerli nedenle fesih hakkı vermediğini belirtmiş; fakat işçinin ücretine sık sık haciz gelmesi nedeniyle muhasebe veya hukuk servisindeki çalışma süreci yahut işyeri organizasyonu olumsuz şekilde etkilenmekteyse, bu takdirde bunun geçerli neden teşkil edebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, söz konusu durumun işçiye önceden ihtar edilmesini gerektiğini belirtmiştir²⁶⁷.

10.İşçinin Görevini Yerine Getirmede Yetersiz Olması

İş Kanunu m.25/II (h) çerçevesinde işçin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi halinde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı gündeme gelecektir.

İşçinin bu başlık altındaki davranışının haklı neden teşkil edecek düzeyde bulunmaması halinde geçerli neden teşkil edip etmeyeceği gündeme gelecektir. Geçerli neden teşkil ettiğinde de acaba işçinin yetersizliğine mi yoksa burada yer alan davranışlarına mı atıf yapılmalıdır? Bu sorunun cevabı, kusurun varlığına göre değişecektir. Eğer işçinin kusuru var ise, işçinin davranışları nedeniyle bir geçerli neden söz konusu olacaktır. Her somut olayda bu değerlendirmenin ayrı ayrı yapılması gerekecektir²⁶⁸. Buradaki ayrıma ilişkin olarak Yargıtay bir kararında şu şekilde bir açıklama yapmaktadır:

“4857 sayılı Kanun'un 25/II-h. bendi işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini bir haklı fesih sebebi olarak kabul etmektedir. Buna karşılık 4857 sayılı Kanun'un gerekçesine göre, işçinin işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi geçerli fesih sebebidir. İşçi görevini uyarıya rağmen hiç yerine

²⁶⁶KILIÇOĞLU, M.; ŞENOCAK, K., İş Güvencesi Hukuku, İstanbul, 2007, s.442; KÖSEOĞLU, s.237; TIRYAKI, s.263.

²⁶⁷Y7HD,11.03.2015T.,2014/21727E.,2015/4223K.

(http://www.kazancihukuk.com, E.T: 13.05.2018)

²⁶⁸ KABAKCI, M., Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul, 2012, s.195.

getirmezse işveren haklı sebeple derhal, eksik, kötü yetersiz bir biçimde yerine getirirse süreli geçerli fesih hakkını kullanabilecektir²⁶⁹.”

İşçinin iş görme edimini yerine getirmemesi için yasal bir dayanak bulunduğu takdirde bu davranışı haklı yahut geçerli fesih nedeni teşkil edemeyecektir. İşçinin ücretinin ödenmemesi halinde İş Kanunu m.34/1 gereğince işçi iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabilecektir. Keza İş Kanunu m.41/7 uyarınca fazla saatlerle çalışma için işçinin onayının alınması gerekmektedir. İşçinin onayı yoksa ve İş Kanunu m.42 ve m.43'teki koşullar bulunmuyor ise, işçinin iş görme edimini yerine getirmediğinden bahisle iş sözleşmesi feshedilemeyecektir. Yine, İş Kanunu m.22 uyarınca çalışma koşullarında veya iş sözleşmesinde esaslı bir değişiklik yapıldığı takdirde bu değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilemeyecektir²⁷⁰. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.13/2 uyarınca da işçi, iş sağlığı ve güvenliği tedbirler alınıncaya dek iş görme edimini ifadan kaçınabilecektir.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın önüne gelen bir dosyada, işçi, görevini yerine getirmemesi nedeniyle uyarılmıştır. Sonrasında, yine görevini ihmal etmesi sebebiyle alınan savunmasında “canım çalışmak istemiyordu” şeklinde savunma yapmıştır. Yargıtay, işçinin uyarılara rağmen görevini yapmaması ve işyerinde olumsuzluklara sebep olması nedeniyle feshin geçerli olduğuna hükmetmiştir²⁷¹.

Bir başka kararında da Yargıtay, işçi hakkında çok sayıda fazla mola kullanma, eksik çalışma ve eksikliği tamamlamama içerikli tutanaklar düzenlendiğini ve bu davranışların iş akışını bozduğunu, işyerinde olumsuzluk meydana getirdiğini belirtmiştir. Dolayısıyla iyiniyet kuralları çerçevesinde, işverenden iş ilişkisinin devam ettirmesinin beklenemeyeceğini ifade etmiştir. Sonuç olarak da iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine hükmetmiştir²⁷².

²⁶⁹Y22HD,11.12.2014T.,2013/25813E.,2014/35243K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁷⁰ KAR, s.197-198.

²⁷¹Y9HD,8.05.2014T.,2014/4164E.,2014/15042K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁷²Y22HD,26.01.2017T.,2017/354E.,2017/1086K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

İşçinin görevini yerine getirmede yetersiz olmasıyla ilgili olarak başka bir Yargıtay kararında, işçinin iş sözleşmesi 21.500,00 TL bedelli bir senedin kaybolmasına neden olması ve bir müşterinin de kasko poliçe ödemelerini tahsil etmemiş olması nedeniyle feshedilmiştir. Söz konusu işçi daha önce de işlerini zamanında tamamlaması vb. nedenlerle uyarılmıştır. Yargıtay, söz konusu olaydaki gelişmelerin haklı neden boyutunda olmadığına; fakat geçerli neden teşkil ettiğine karar vermiştir²⁷³.

Yine bir başka somut olayda da işçi, uzmanlık alanı olan bir konuda proje yürütmektedir. Bununla birlikte yürüttüğü projede öngörülen sürede ve sonrasında üç defa verilen uzatmada işlerini bitirememiştir. İşçiyle beraber çalışan tanıkların beyanlarına göre, işçi, işi yaparken plansız rastgele bölümler üzerinde düzensiz çalışmıştır. Yargıtay, işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanarak feshedildiği kanaatine varmıştır.

11.İşçinin Cinsel Tacizi

6098 Sayılı Kanun m.417/1 gereğince, işveren, hizmet ilişkisi içerisinde işçinin kişiliğini korumak ve ona saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkeleri çerçevesinde bir düzen sağlamakla yükümlüdür. Bu kapsamda, özellikle, işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve uğramış olanlar varsa da bunların daha fazla zarar görmemeleri için gereken tedbirleri alması gerekmektedir. Nitekim, işverenin Borçlar Kanunu ile getirilen bu yükümlülüğü Yargıtay kararında da tekrar edilmiştir²⁷⁴.

İş Kanunu m.25/II (c) gereğince işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması haklı nedenle derhal fesih sebebidir. Sataşma olarak da adlandırılan fiiller, işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığı özel bir haldir. Bir işçinin, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması da sataşma sayılmaktadır²⁷⁵. Haklı neden teşkil edecek ağırlıkta olmayan uygunsuz bir

²⁷³Y22HD,9.06.2016T.,2016/12177E.,2016/17093K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁷⁴Y9HD,4.02.2013T.,2012/26702E.,2013/3953K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁷⁵ ÇANKAYA, O.G.; GÜNAY, C.İ.; GÖKTAŞ, S., Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2006, s.145.

davranış işyerindeki işleyişi olumsuz etkilemekteyse geçerli nedenle fesih sebebi sayılabilecektir²⁷⁶.

Konuya ilişkin olarak bir Yargıtay kararında, bir işçinin kendisiyle aynı işyerinde çalışan başka bir işçinin sosyal paylaşım sitesindeki fotoğrafını beğenmesi ve altına "çok sade ve güzelsin " şeklindeki sözünü cinsel taciz boyutunda kabul etmemiş; fakat sataşma olarak nitelemiştir. Söz konusu olayın işyerine yansması nedeniyle işyerindeki akışın bozulduğuna ve bu sebeple de fesih için geçerli bir nedenin varlığına hükmetmiştir²⁷⁷.

Yargıtay bir başka kararında, da bir işçinin, iş çıkışında servisle evine bıraktığı kadın işçiye sözle sataşmada bulunmuştur. Daha açık anlatımla, işçi, evine bırakması gereken kadın işçiye "araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler" söylemiş ve bu nedenle hakkında soruşturma açılmış, savunması alınmış ve iş sözleşmesi disiplin kurulu kararı ile feshedilmiştir. Yargıtay, araç içerisinde başkaca bir tanık bulunmamasını da sonuca etkili bir husus olarak görmemiştir. Sonuç olarak da, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanarak yapıldığına hükmetmiştir²⁷⁸.

12. İşçinin Diğer İşçilere Psikolojik Taciz (Mobbing) Uygulaması

Psikolojik taciz kavramının içerisine her neviden incitici ve küçük düşürücü tutum ve davranışlar girmektedir²⁷⁹. Esasen, psikolojik taciz kavramı, işyeriyle alakalı olan bir sıkıntıdan doğan bir işyerinden uzaklaşma olgusudur²⁸⁰. Psikolojik taciz kavramı, 6098 Sayılı Kanun m.417 ile mevzuatımızda yer almıştır²⁸¹; fakat 4857 Sayılı Kanunumuzda psikolojik tacize ilişkin açık bir yaptırım yer almamaktadır. Doktrinde, işçinin, diğer arkadaşlarına psikolojik taciz uygulaması halinde, iş sözleşmesinin davranışları nedeniyle geçerli olarak feshedilebileceği savunulmaktadır²⁸². Kanımızca da, işyerindeki arkadaşlarını bu şekilde bir davranışla rahatsız eden işçinin söz konusu tutumu işyerindeki

²⁷⁶ KAR, s.188; KÖSEOĞLU, s.245.

²⁷⁷Y7HD,10.03.2016T.,2015/43589E.,2016/6048K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁷⁸Y9HD,18.10.2004T.,2004/6529E.,2004/23507K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.05.2018)

²⁷⁹ KESER, s.331.

²⁸⁰ TINAZ, P., İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul, 2006, s.7.

²⁸¹ KESER, s.336.

²⁸² KESER, s.336.

akışı olumsuz yönde etkiliyorsa, iş ilişkisinin sürdürülmesi beklenmemelidir. Zira, psikolojik taciz, bir işçinin başka bir işçiye uygulaması şeklinde gerçekleştiğinde, işverenin, işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü devreye girmektedir ve işveren, tacize uğrayan işçisini korumakla yükümlüdür²⁸³.

Yargıtay, psikolojik tacizin varlığından bahsedebilmek için taciz teşkil eden olayların tutarlılık arz etmesi ve kuvvetli bir emare bulunması gerektiğini ifade etmektedir.²⁸⁴Yine aynı kararda Yargıtay, tüm çalışanlara gönderilen ve daha fazla çalışılmasına ilişkin e-posta mesajının psikolojik taciz teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

Psikolojik taciz, işçilerin kişilik haklarına müdahale niteliği de barındırdığından, Yargıtay buna ilişkin olarak hukuki yollara da başvurulabileceğini belirtmektedir²⁸⁵. Yine aynı kararda Yargıtay bir eylemin psikolojik taciz sayılabilmesi için; bir işçinin hedef alınması, belirli bir süreye yayılması, sistematik olması unsurlarının bulunmasına ihtiyaç olduğu görüşündedir. Bu şartların bulunup bulunmadığının her somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir başka kararında da Yargıtay, psikolojik taciz için şu şekilde bir tanım yapmaktadır²⁸⁶:

“Mahkemece, iş sözleşmesinin feshinden önceki son üç ay içinde meydana geldiği ileri sürülen eylemler psikolojik baskı (mobbing) olarak değerlendirilmiş ise de mobbingin meydana gelebilmesi için bir işçinin hedef alınarak, uzun bir süre ve belli aralıklarla sistematik biçimde tekrarlanan, mağdurun karşı koymasına rağmen yapılan aşağılayıcı, küçük düşürücü ve psikolojik olarak acı veren, işteki performansı engelleyen veyahut olumsuz bir çalışma ortamına sebep olan tehdit, şiddet, aşağılama, hakaret, ayrımcılık, ağır eleştiri, taciz ve çalışma şartlarını ağırlaştırma gibi eylem, tutum ve davranışların uygulanması gerekir. Uluslararası Çalışma Örgütü’ne göre de mobbing; “bir veya bir grup işçiyi sabote etmek için yapılan, zalimce, kötü niyetli, intikamcı,

²⁸³ CENGİZ, İ.; ERSOY, U.; KÜÇÜKAY, A., Psikoloji, Hukuki ce Cezai Boyutuyla Mobbing, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:36, Yıl:2016, s.73.

²⁸⁴Y7HD,8.05.2014T.,2014/1345E.,2014/10208K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁸⁵Y9HD,14.10.2014T.,2012/25934E.,2014/29487K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

²⁸⁶Y22HD,26.06.2014T.,2014/15971E.,2014/19538K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

aşağılayıcı ve eleştirici tavırlarla kendini gösteren davranış biçimi” şeklinde tanımlanmaktadır.”

13.İşçinin Alkol Veya Uyuşturucu Madde Alması

İşveren, işyerindeki yönetim yetkisine dayalı olarak işyerinde bazı kurallar koyabilmekte ve işçilerin de bunlara uyması gerekmektedir. İşçinin uymak zorunda olduğu kuralların içerisine alkol ve uyuşturucu madde kullanımı da girmektedir. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.28’de işyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmanın yasak olduğu belirtilmektedir. 6331 Sayılı Kanun m.28/2 gereğince işverene, işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisi de tanınmıştır. Söz konusu madde kapsamında bazı kişiler, bu yasak kapsamı dışında tutulmuştur. Bunlar; alkollü içki yapılan işyerlerinde çalışan ve işin gereği olarak üretileni denetlemekle görevlendirilenler, kapalı kaplarda veya açık olarak alkollü içki satılan veya içilen işyerlerinde işin gereği alkollü içki içmek zorunda olanlar, işinin niteliği gereği müşterilerle birlikte alkollü içki içmek zorunda olanlardır. Ayrıca İş Kanunu m.25/II (d) uyarınca işçinin, işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde alıp gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması haklı nedenle fesih sebebi sayılmıştır.

İş Kanunu m.25/II (d)’de alkol ve uyuşturucu madde alma halinde haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, işçinin söz konusu davranışı haklı neden teşkil edecek düzeyde bulunmayabilir. Bu takdirde de iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinden bahsedebiliriz²⁸⁷.

Gerçekten de alkol nedeniyle kişilerin vücudunda oluşacak tepkimelerin işyerindeki performansı etkilemesi kaçınılmazdır. Vücut becerisinin ön planda olduğu işler bakımından alkol ve uyuşturucu madde alımı daha da fazla tehlike arz etmektedir. Bu tip işler esnasında alınan söz konusu maddeler kas hareketlerini etkileyebileceğinden iş kazalarına davetiye çıkarabilecektir²⁸⁸.

²⁸⁷ KESER, s.285.

²⁸⁸ KESER, s.284.

Yargıtay, tıbbi tanıtım sorumlusunun kendisine iş için tahsis edilen aracı alkollü kullanması esnasında ehliyetine 6 ay süreyle el konulduğu dosyada²⁸⁹, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine karar vermiştir. Burada davacıya tahsis edilen aracın da işyeri kavramı içerisinde olduğunu belirtmiştir. Ehliyetine 6 ay süreyle el konulmuş olması sebebiyle de araç kullanarak yaptığı tanıtım görevini aksattığını ifade etmiştir. Yargıtay, bir başka kararında²⁹⁰ da işyerinde alkol alınması halinde, bu durum sarhoşluğa yol açmasa dahi fesih için yeterli olduğunu belirtmiştir. Aynı kararda, Yargıtay, işyerine sarhoş olarak geldiği tespit edilemeyen ve izinli iken alkol aldığı bilinen davacının, işverence, ertesi gün alkol muayenesine tabi tutulmasını iyiniyetli bir davranış olarak görmemiştir. Bu davranışı hakkaniyete uygun bulmamış ve yapılan feshin haklı olmadığı gibi geçerli de olmadığı sonucuna varmıştır.

Alkolizm kişilerin hem beden ve ruh sağlığını hem de toplumdaki ilişkilerini etkilemektedir. Buna ilişkin olarak Yargıtay bir kararında²⁹¹, eğer kişinin alkol bağımlılığı söz konusuysa iş sözleşmesinin yetersizliğe dayanarak feshedilebileceğini belirtmiştir. Eğer alkol tüketimi bağımlılık derecesinde değilse, bu takdirde de davranışlara dayanan bir fesih nedeni söz konusu olacaktır. Yine aynı kararda, davacının özel yaşamla ilgili davranışları iş yürütümünü etkilediği için iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine karar verilmiştir.

14.İşçinin İş Saatlerinde Sıkça İnternete Girmesi

Her geçen gün artan internet kullanımı hayatımızın her alanında önemli bir yer tutmaktadır. İnternet, gazete okuma, oyun oynama, araştırma yapma, alışveriş yapma gibi çok çeşitli amaçlarla kullanılmaktadır. Nitekim, internet kullanımıyla ilgili hususlar Yargıtay kararlarında da gündeme gelmektedir. Konuya ilişkin olarak bir Yargıtay'ın kararında işçinin, iş sözleşmesinin feshedilme sebeplerinden birisi de "Mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde" gezerek işverenin güvenini kötüye

²⁸⁹Y9HD,9.10.2006T.,2006/18364E.,2006/26051K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 24.02.2018)

²⁹⁰Y9HD,12.12.2005T.,2005/36147E.,2005/39144K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 24.02.2018)

²⁹¹Y9HD,21.04.2008T.,2007/31257E.,2008/9580K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 24.02.2018)

kullanma”dır. Dosya kapsamındaki bilirkişi raporunda işçinin, her gün kısa sürelerle dahi olsa iş amaçlı olan bilgisayarında internet alışveriş ve oyun sitelerine girmiş olduğu, bir yıl içerisinde de 6 kez yarım saat, 6 kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirmiş olduğu tespit edilmiştir. Yargıtay, söz konusu dosya kapsamında işçinin, zamanını iş görme edimine harcamadığını ifade etmiştir. İşçinin, kendisine verilen işleri yetiştirmiş olmasını ve işyerinde herhangi bir zarar meydana gelmemiş olmasının da olumsuz davranışı ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Sonuç olarak, işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığına ve iş sözleşmesinin devamının işverenden beklenemeyeceğine hükmetmiştir²⁹².

Doktrinde, mesai saatleri içerisinde işçinin sık sık internete girmesinin geçerli neden teşkil edeceği savunulmaktadır²⁹³. Bunun için, işverenin bilgisayarın ne amaçla kullanılacağına ilişkin sınırları tespit etmesi, özel amaçla mesai saatleri içerisinde işçilerin internet kullanımının yasak olduğu hakkında işçilere bilgi vermesi, aksi bir durumla karşılaşıldığında da işçinin feshin son çare olması ilkesi gereği uyarılması gerekmektedir²⁹⁴.

İşçiye interneti özel amaçlı kullanım izni verilmesi de mümkündür. Bu izin açık olabileceği gibi örtülü de verilebilecektir. Yargıtay’ın kararında da belirtildiği üzere işverenin açık yahut örtülü izni olmaksızın işyerindeki internetin özel amaçlı kullanımı yasaktır²⁹⁵. Söz konusu karar kapsamında Yargıtay şu hallerde işverenin izin vermiş olduğunu kabul etmektedir:

“İşyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın farkedilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu surette işçinin, işverenin gelecekte de ses çıkarmayacağına dair haklı güveninden bahsedilebilir. Keza, işverenin dinlenme odasında internet bağlantısı olan bilgisayarları işçilerin kullanımına tahsis etmesi de örtülü izin olarak görülmelidir.”

²⁹²Y9HD,4.05.2009T.,2008/36305E.,2009/12393K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 24.02.2018)

²⁹³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT,489.

²⁹⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.489.

²⁹⁵Y9HD,17.03.2008T.,2007/27583E.,2008/5294K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 24.02.2018)

Eğer işçi, izin almadan yüklemiş olduğu programlar yüzünden yahut interneti izinsiz kullandığı veya verilen izni aştığı içi işyerindeki bilgisayarı ya da sistemi zarara uğratmışsa ve bu zarar 30 günlük ücretinden daha fazla bir meblağda ise, sözleşmenin haklı nedenle feshi gündeme gelecektir. Zarar 30 günlük ücretinden daha az ise de bu takdirde geçerli nedenden bahsedilebilecektir²⁹⁶.

Eğer işçi, arkadaşlarına e-posta mesajı göndererek, işverenin onuru ve şerefi hakkında birtakım iddialarda bulunmuşsa, 4857 Sayılı Kanun m.25/II(b) kapsamında, yasak olduğu halde bilgisayar şifrelerini kullanarak birtakım verilere ulaşması halinde ise 4857 Sayılı Kanun m.25/II (e) kapsamında haklı nedenle fesih söz konusu olacaktır²⁹⁷.

15.İşçinin Diğer İşçileri İşverene Karşı Kışkırtması

İşçinin, çalışma arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması konusu üzerinde hassasiyetle durulması gerekmektedir. Zira, işçiler ücretlerini alamadıklarında yahut çalışma koşulları ağırlaştığında diğer çalışma arkadaşlarıyla/işçilerle birlikte hareket etmeleri söz konusu olabilir. Böylesi bir durumda, işçilerin kendi beklentilerini birbirleri ile paylaşmaları onların aleyhine sonuç doğurmamalıdır²⁹⁸. İşçilerin haklarını araması, diğer işçilerle hep beraber ihtarname göndermeleri, diğer işçilerin işverene karşı kışkırtıldığı anlamı taşımayabilecektir. Bu davranışların tamamı, somut veriler vasıtasıyla kanıtlanırsa geçerli nedenin varlığından bahsedilebilecektir²⁹⁹. Konuya ilişkin olan bir Yargıtay kararında, huzursuzluk çıkaran işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara sebep olduğuna karar verilmiş ve geçerli neden bulunduğu hükmedilmiştir³⁰⁰.

²⁹⁶ KESER, s.361-362.

²⁹⁷ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.432.

²⁹⁸ TİRYAKİ, s.258.

²⁹⁹ TİRYAKİ, s.258.

³⁰⁰Y9HD,10.07.2006T.,2006/16181E.,2006/20350K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

16.İşçinin Arkadaşlarından Borç Para İstemesi

Kişilerin birbirleriyle yardımlaşması, birbirlerine güç durumlarda destek olması elbette ki fesih için geçerli neden teşkil etmeyecektir. Buradaki durum, çalışma ortamını bozacak şekilde iş arkadaşlarından sürekli olarak borç para istenmesi halidir³⁰¹. İşçiler, para ihtiyaçları olduğunda, ilk olarak iş arkadaşlarından talep etme yoluna gitmektedirler; fakat sonrasında bu parayı ödeyemediklerinde iş arkadaşları ile aralarında ciddi sıkıntılar çıkmaktadır. Bu da işyerinde işin yürütümünü olumsuz şekilde etkilemektedir³⁰². İşçinin, arkadaşlarından borç para istemesi tek başına geçerli nedenle fesih teşkil etmemektedir. Bunun aynı zamanda işyerindeki işleyişi olumsuz etkilemesi ve örnek olarak işçilerin şikayet etmesi sonucu işverene bildirilmiş olması gerekmektedir³⁰³. Nitekim, işçinin, çalışma arkadaşlarından borç aldığı ve sonrasında alacaklı işçilerin işverene şikayette bulunduğu dosyada Yargıtay, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine karar vermiştir³⁰⁴.

Yargıtay'ın önüne gelen başka bir dosyada, işçi, tefeciden aldığı borcu kapatmak için işyerindeki arkadaşlarından para almıştır. Sonrasında da bu borcun ödenmemesi nedeniyle işyerinde kavga çıkmıştır. Yargıtay'ın bu davranışın, işyerinde olumsuzluğa neden olduğuna ve iş ilişkisinin işveren açısından sürdürülmesinin beklenemeyeceğine karar vermiştir. Sonuçta da işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine hükmetmiştir³⁰⁵.

Önemle belirtelim ki, işçinin iş sözleşmesinin yüksek borçluluk ve oluşan risk nedeniyle feshedilmesi geçerli neden teşkil etmemektedir. Yargıtay'ın da bu doğrultuda kararı bulunmaktadır³⁰⁶.

³⁰¹ KÖSEOĞLU, s.237; TİRYAKİ, s.261.

³⁰² KESER, s.384.

³⁰³ KESER, s.384.

³⁰⁴Y9HD,2.02.2009T.,2008/11046E.,2009/1031K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 16.05.2018)

³⁰⁵Y9HD,8.04.2008T.,2007/27707E.,2008/7806K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 16.05.2018)

³⁰⁶Y7HD,27.01.2015T.,2014/16460E.,2015/613K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.05.2018)

17. İş İlişkisinin Devamı Açısından İşverende Şüphe Oluşması

İş ilişkisinin devamı açısından işverende şüphe oluşması durumunda işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi yargı kararlarında şüphe feshi olarak tanımlanmaktadır. İş ilişkisi bakımından güven büyük önem teşkil etmektedir.

Bir işçinin fiili nedeniyle cezai bir yaptırım söz konusu olmasa bile, ilişkideki güven sarsılmış olabilir. Bu sebeple de iş ilişkisinin devam etmesini işverenden beklemek mümkün değilse, sözleşmenin geçerli nedenle feshedildiğinde söz etmek mümkündür. Şüphe feshinde, iş sözleşmesinin devamı işveren bakımından büyük sıkıntı teşkil etmelidir. Bu tür bir fesih halinde, sebep; kanıtlanamamış olsa dahi işçinin yapmış olduğu bir davranıştır.

Yargıtay, şüphe feshinin geçerli olabilmesi için bulunması gereken şartları yakın tarihli bir kararında belirtmektedir³⁰⁷. Söz konusu karara göre, geçerli bir şüphe feshi için; “İş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveni yıkmaya elverişli, objektif olay ve vakıalara dayanan güçlü bir şüphe mevcut olmalı işveren somut olayın aydınlatılması için kendisinden beklenebilecek bütün çabaları göstermelidir.”

18. Dışarıdan Gelen Baskı ve Tehdit

Dışarıdan gelen baskı ve tehditle iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir fesih nedeni olup olmayacağı da önemlidir. Üçüncü bir kişinin ağır bir tehdidi yüzünden iş ilişkisinin sonlandırılması yargı kararlarında baskı feshi olarak kabul edilmektedir³⁰⁸. Baskı feshinden bahsedebilmek için iki koşulun bulunması gerekmektedir. İlk koşul, işveren, o işçinin iş sözleşmesini kendi iradesiyle feshetmek istememelidir. Başka deyişle, bir baskı olduğu için işveren, bu feshe yönelmelidir. Diğer koşul ise, sözleşmesinin feshedilmesi için dışarıdan bir tehdit/baskı söz konusu olmalıdır. Bu bir başka işçinin baskısı olabileceği gibi bir müşterinin baskısı da olabilir³⁰⁹. Ayrıca, söz konusu işçi ile çalışmayı

³⁰⁷Y22HD,24.01.2017T.,2017/482E.,2017/818K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 24.02.2018)

³⁰⁸ KAR, B., İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara, 2017, s.249.

³⁰⁹ KAR, s.250.

kabul etmemek yahut grev, iş yapmayı tamamen reddetmek gibi fiillerin de ruhsal baskı sayılabilmesi mümkündür³¹⁰.

İşveren, baskıyla karşılaştığında doğrudan, işçinin sözleşmesini fesih yoluna gitmemelidir. Burada işverenin öncelikle yapması gereken feshin karşısında yer almaktır³¹¹. Eğer, daha hafif bir çözüm yoluyla sorunu çözmek mümkünse, işveren bu yolu denemelidir³¹².

Buna karşılık, eğer bir işçinin iş sözleşmesi baskı feshi sonucu sona erdirilmişse, bu takdirde talep edeceği başkaca ne tür hakları söz konusu olabilir? Bireylerin kişilik haklarının içerisine, yaşama hakkı vs. dışında sosyal kişilik değeri sayılan ekonomik özgürlükler de dahildir. Dolayısıyla doktrindeki bir görüşe göre³¹³, başka işçilerin baskısı sonucu iş sözleşmesi feshedilen işçinin de kişilik hakları ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle de söz konusu işçi, 4721 Sayılı Kanun m.25 uyarınca haklarını talep edebilecektir. Ayrıca manevi tazminat istemesi de mümkündür.

Uygulamada ortaya çıkabilecek tüm geçerli neden teşkil eden davranışları tek tek saymak olanaklı gözükmemektedir. Bunların dışında pek çok davranışın da geçerli neden teşkil etmesi mümkündür.

IV.GEÇERLİ NEDENLE FESİHTE UYGULANAN İLKELER

İş hukukumuz kapsamında geçersizlik nedenlerinin incelenmesi esnasında içtihat ve doktrinlerde yer alan birtakım ilkeler³¹⁴ vasıtasıyla konu daha somut hale getirilmeye çalışılmaktadır. Bu ilkeler, işçinin feshe karşı korunmasına ilişkin olan kuralların yorumlanması esnasında tamamlayıcı bir görev üstlenmektedir³¹⁵. Burada birçok başkaca ilkeye yer verilmesi mümkün ise de, bizim hukukumuzda uygulamada ve Yargıtay kararlarında başvurulmuş ilkeler olan; ultima ratio, sosyal seçim ve eşit işlem ilkesi açıklanmaya çalışılmıştır.

³¹⁰ ERTÜRK, Ş., İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan , İzmir, 2001, s.63.

³¹¹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.116.

³¹² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.116.

³¹³ ERTÜRK, s.74.

³¹⁴ Geniş açıklama için bkz. MANAV, s.109 vd.

³¹⁵ MANAV, s.109.

A.FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ (ULTİMA RATIO)

İşçinin işinin kaybetmesi karşılaşılabileceği en büyük tehditlerden birisidir. Ultima ratio, başka bir deyişle feshin sona çare olması ilkesi bu nedenle iş güvencesi hukuku bakımından büyük önem arz etmektedir. Zira, işverenin iş sözleşmesini feshederken bu ilkeyi göz önünde bulundurması gerekmektedir.

İşveren, işçi ile arasındaki sözleşmesel ilişkinin devamı için dürüstlük kuralı gereğince elinden gelen tüm çabayı göstermelidir³¹⁶. İşveren, fesihten önce daha hafif önlemlere başvurmayı denemeli ve bunlara rağmen iş ilişkisini sürdürmek mümkün değilse, feshe son çare olarak başvurulmalıdır³¹⁷. Eğer, işçiye eğitim verilmesi, uyarılması, başka bir işte çalıştırılması gibi yöntemlerden sonuç alınamazsa, o takdirde fesih yoluna başvurulmalıdır³¹⁸.

4857 Sayılı Kanun kapsamında ultima ratio ilkesine açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte maddenin gerekçesinde, işverenden feshe en son çare olarak bakmasının beklendiği belirtilmektedir. Dolayısıyla fesihten kaçma olanağının olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bir başka deyişle, hakim önüne gelen olayda 4721 Sayılı Kanun m.2'yi dayanak alarak, ultima ratio ilkesine uyulup uyulmadığını araştırmalıdır³¹⁹. İşçinin yetersizliği ve davranışı nedeniyle fesih yapılmak isteniyorsa önce uyarılmalı, ikazlara uygun davranmaması durumunda iş sözleşmesi feshedilmelidir³²⁰.

Ultima ratio ilkesinin kapsamının belirlenmesi önemlidir. Zira böylece işçinin işini korumasını sağlamaya yönelik olarak işverenin alması gereken önlemlerin çerçevesi çizilebilmiş olacaktır³²¹. Bu ilke çerçevesinde yapılacak denetimle işveren tarafından iş sözleşmelerinin keyfi şekilde sonlandırılması da önlenilebilecektir³²². Elbette bu sırada işverenin yönetim yetkisi ile ultima ratio ilkesi arasında bir denge kurulmalıdır³²³.

³¹⁶ GÜZEL, A., İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) ilkesi ve Uygulama Esasları, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, s.88.

³¹⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.209; SÜZEK, s.615.

³¹⁸ KÖSEOĞLU, s.261-262.

³¹⁹ GÜZEL, s.65; MANAV, s.112.

³²⁰ EKONOMİ, İş Sözleşmesinin Feshi, s.51.

³²¹ GÜZEL, s.72.

³²² GÜZEL, s.72-73.

³²³ GÜZEL, s.73.

İşveren feshe başvurmadan önce başka yollar aramalıdır. Bunlardan birisi, işçinin işyerindeki başka bir işte çalıştırılmasıdır. Eğer işçinin kendisine uygun olan bir iş, işyerinde mevcutsa ve işçiye bu öneri yapılmadan iş sözleşmesi feshedilip başka bir işçi alınırsa, bu kabul edilebilir bir durum olmayacaktır³²⁴. Yargıtay da, işçiye başka bir bölüm yahut işyerinde değerlendirme olanağının bulunmadığı hallerde feshi geçerli kabul etmektedir³²⁵. İş sözleşmesi feshedilmeden önce, işçiye eğitim verilerek durumun düzeltilmesi için çalışılabilir. Bu eğitime rağmen işçiden verim alınması mümkün olmuyorsa bu takdirde, iş sözleşmesinin feshi gündeme gelebilir³²⁶. Çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılarak fesihten kaçınma olanağı bulunuyorsa bu yola da başvurmak mümkün gözükmelidir³²⁷.

Yargıtay, toplu taşıma araçlarında şoför olarak çalışan bir kişinin bu vasfını kaybettiği bir kararda³²⁸, feshin son çare olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Dolayısıyla çok sayıda kişinin çalıştığı bir kamu kurumu olan işveren bünyesinde, başka bir şekilde istihdam edilemeyeceğinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Eğer, yapılan araştırma sonucunda davacının başka bir işte değerlendirilme olanağı ortaya çıkarsa, işe iade isteğinin kabul edilmesi gerektiği, aksi takdirde işe iade talebinin reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte davacının şoför olma vasfını kaybettiği psiko-teknik değerlendirmeler sonucunda tespit edildiğinden çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerektiği, Yargıtay tarafından ifade edilmektedir. Buna karşılık, Yargıtay bir holding bünyesinde yer alan şirketlerin her birini ayrı bir işveren kabul etmektedir³²⁹. Dolayısıyla bunlardan birinde değerlendirme imkanı bulunmayan bir işçiye aynı holding bünyesindeki başka bir şirkette değerlendirme zorunluluğunun söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Zira, aynı holding bünyesindeki her bir şirket ayrı bir işverendir. Söz

³²⁴ SÜZEK, s.618.

³²⁵Y22HD,3.10.2011T.,2011/7317E.,2011/1641K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 16.02.2018)

³²⁶ ORUÇ, H., İş Akdinin Feshinde Geçerli Sebep-Haklı Neden Ayrımı, Legal İHSGHD, C.12, S.45, Yıl:2015, s.30; SÜZEK, s.619-620.

³²⁷ GÜZEL, s.90.

³²⁸Y9HD,12.06.2007T.,2007/8740E.,2007/18743K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 25.02.2018)

³²⁹Y9HD,24.03.2008T.,2008/7977E.,2008/6091K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 25.02.2018)

konusu kararda Yargıtay şu şekilde bir değerlendirmeye yer vermektedir: “işçinin başka bir işverene ait işyerinde değerlendirilme yükümlülüğü işverene yükletilemez.”

B. SOSYAL SEÇİM İLKESİ

Sosyal seçim işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde söz konusu olmaktadır. Sosyal seçim ilkesine ilişkin olarak şu şekilde bir tanım doktrinde yapılmaktadır: “Sosyal seçim; işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder³³⁰.” Yargıtay, önceleri sosyal seçim ilkesini göz önünde bulundurma eğiliminde olmuştur. Örneğin, bir kararında,

“İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur³³¹.

Buna karşılık, sosyal seçim ilkesi doktrinde eleştirilmektedir³³². Gerekçe olarak da, sosyal seçim ilkesinin yasal bir dayanağının bulunmayışı, kriterler arasında öncelikli olanların tespit edilmesinin güçlüğü gibi nedenler gösterilmektedir.

Nitekim Yargıtay da, daha sonraki kararlarında, sosyal seçim ilkesini dikkate alarak bir hüküm tesis etmemiştir. Yargıtay’a göre³³³:

“Türk İş Hukuku’nda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 30 ve devamı

³³⁰ ALPAGUT, G., İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? , MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:4, Yıl:2006, s.99

³³¹Y9HD,3.04.2006T.,2006/4878E.,2006/8253K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 25.04.2018)

³³² ALPAGUT, Sosyal Seçim, s.104; SÜZEK, s.620-621.

³³³Y9HD,27.04.2009T.,2009/10026E.,2009/11699K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 25.04.2018)

maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir.” Kanımızca da belirsizliğe yol açma ihtimali bulunan ve yasal bir dayanaktan da yoksun olan sosyal seçim ilkesinin iş sözleşmelerinin feshinde dikkate alınmaması yerindedir.

C.EŞİT İŞLEM İLKESİ

Eşit işlem ilkesi, hukukumuzdaki temel dayanaklarını Anayasa m.10 ve 4857 Sayılı Kanun m.5’ten almaktadır. Bu ilke ile esas olarak anlatılmak istenen, işverenin farklı davranmasını haklı kılan bir neden olmadıkça tüm işçilere eşit şekilde davranılmasıdır.

Eşit işlem ilkesi, aslında Alman hukuku kökenli olmakla birlikte, Alman hukukundan etkilenen Türk hukukunda da bu ilke, işverenin temel borçlarından biri olarak görülmektedir.³³⁴Fesih sırasındaki eşit davranma ilkesine ilişkin olarak, doktrinde yapılan tanıma göre; “Fesihte eşit davranma ilkesi ile kastedilen objektif ve haklı bir neden bulunmaksızın sırf keyfi nedenlerle veya kötüniyetli bir biçimde bazı işçilerin sözleşmelerinin sona erdirilip diğerlerinin sona erdirilmemesidir.”³³⁵

Eşit işlem ilkesi, nispi nitelikte bir borç olup işveren, haklı nedenler bulunduğu takdirde farklı davranabilecektir³³⁶. Özellikle, konumuz içerisinde yer alan, iş ilişkisine son verme açısından bakıldığında, işverenin nisbi bir eşit işlem yükümlülüğünden söz etmek mümkündür.

Yargıtay kararlarına baktığımızda, somut olayda daha çok sorumluluğu olan işçiye uyarı cezası verilirken, daha az sorumluluk altındaki işçinin iş

³³⁴ DOĞAN YENİSEY, K., İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Yıl:1, s.61.

³³⁵ DOĞAN YENİSEY, s.62.

³³⁶ UŞAN, M. Fatih, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?, LEGAL İHSGHD, C.2, S.8, 2005, s.1627.

sözleşmesinin feshedilmesini Yargıtay kabul etmemiştir. Söz konusu kararda, Yargıtay, işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığına kanaat getirmiştir³³⁷.

Eşit işlem ilkesinin uygulanması bakımından doktrindeki bir görüş, bunun mutlak şekilde uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir. Zira, eşit işlem ilkesinin mutlak olarak uygulanması halinde, işverenin yönetim hakkının önemli ölçüde sınırlanacağı savunulmaktadır³³⁸. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, iş sözleşmeleri feshedilirken işverenin genel anlamda eşit işlem ilkesine uygun davranması gerekmektedir³³⁹. Doktrindeki bir diğer görüş de sözleşme özgürlüğü prensibine vurgu yaparak iş sözleşmesinin devam edip etmemesinde işverene serbesti tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, işverenin, iş sözleşmesi feshederken kural olarak eşit davranma borcu bulunmamaktadır³⁴⁰. Kanımızca, işvereni mutlak bir eşit işlem yükümlülüğü altına sokmak yerinde değildir³⁴¹. Zira, yukarıda belirtilen örnekten de anlaşılacağı üzere, işveren, mutlak olarak eşit işlemde bulunmaya zorlanırsa, bir olaya karışan iki işçiyi de işten çıkaracak ve sonrasında da dilediğini tekrar işe alacaktır³⁴².

İşçinin performansı nedeniyle fesih yoluna gidilen bir olayda, Yargıtay, “İşverenin eşit işlem yapma borcu çerçevesinde, ilgili tüm işyeri kayıtları getirtilerek, davacının çalıştığı eşdeğer sürede, genelde T4 puanı alanların iş sözleşmelerinin feshedilip edilmediği, davacının daha önce zam aldığı dönemlerde tüm işçilere zam verilip verilmediği araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir³⁴³.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Birbirlerini darp eden işçilere ilişkin olarak da Yargıtay önüne gelen dosyada şu şekilde hüküm vermiştir:

³³⁷Y9HD,1.02.2005T.,2004/7540E.,2005/2732K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 22.05.2018)

³³⁸ DOĞAN YENİSEY, s.64-65.

³³⁹ SÜZEK, s.484.

³⁴⁰ UŞAN, s.1630.

³⁴¹ Aynı doğrultuda bkz. MANAV, s.142.

³⁴² UŞAN, s.1630.

³⁴³Y9HD,2.02.2009T.,2008/9781E.,2009/996K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 22.05.2018)

“Ceza kararında olayı başlattığı kabul edilen N. S.’nin bu olay sebebiyle iş akdinin feshedilmediği ileri sürülmüştür. Davacının kaşını yararak yaralama fiilini ika eden N. S.’nin hizmet akdi bu olay nedeni ile feshedilmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı gibi dokuz yıl kıdemi bulunan davacının diğer işçiye sataştığı da kanıtlanamadığından, ihbar ve kıdem tazminatı alacak miktarları belirlenerek istekler hüküm altına alınmalıdır³⁴⁴.”

O halde, işçilerin objektif ve sübjektif nitelikleri, pozisyon, yaptıkları görevin önemi, çalışma şartları gibi nedenlerle işçiler arasında ücret, prim yahut sosyal hak ödemeleri farklı olabilir. Bu durum eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir³⁴⁵.

V.SÖZLEŞMENİN FESHİNDE USUL

İş Kanunu m.19 sözleşmenin feshinde izlenecek usulle ilgili olarak aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

“İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır.”

Dolayısıyla, bir işveren, işçisinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmek isterse belirli bir usule uyacaktır. İşveren, yazılı olarak yapacağı fesih bildirimini ile fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde ortaya koyacaktır³⁴⁶. Böylece, işverenin fesih nedenin geçerlilik teşkil edip etmediği denetlenebilecek ve işveren fesih nedenini daha sonradan değiştiremeyecektir³⁴⁷.

³⁴⁴Y9HD,4.11.2004T.,2004/8413E.,2004/24957K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 22.05.2018)

³⁴⁵Y9HD,20.05.1985T.,1985/2546E.,1985/5437K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 22.05.2018)

³⁴⁶Y9HD,22.06.2016T.,2016/15350E.,2016/15077K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.02.2018)

³⁴⁷ EYRENCİ, s.214.

A.FESHİN YAZILI YAPILMASI

İş Kanunu m.19, fesih bildirimin yazılı olarak yapılması zorunluluğunu getirmektedir. Feshin yazılı olarak yapılması, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından zorunludur ve geçerlilik şartıdır³⁴⁸. Kanun, resmi yazılı şekilden bahsetmediği için adi yazılı şekil, burada yeterlidir³⁴⁹. Doktrinde bir görüşe göre burada öngörülen yazılı şekil, geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla yazılı şekilde yapılmayan fesih bildirimi geçersizlik sonucu doğuracaktır³⁵⁰. Yargıtay da güncel tarihli bir kararında yazılılığını geçerlilik şartı olduğunu belirtmiştir³⁵¹. Buna karşılık Yargıtay daha eski tarihli kararında yazılı şeklin geçerlilik değil ispat şartı olduğunu ifade etmektedir³⁵². Bahsi geçen karara göre: “Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanununun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.” Doktrinde bir görüşe göre, feshin sözlü olarak yapılabilmesi de mümkündür. İşçi kendini ispat bakımından zora düşürülmüş hissetmiyorsa burada da geçersizlik öne sürülmemelidir³⁵³. Kanımızca, kanunda öngörülen yazılı şekil geçerlilik şartı olduğundan, yazılı şekilde yapılmayan bir fesih bildirimi geçersizlik

³⁴⁸ MANAV, s.144.

³⁴⁹ MANAV, s.144.

³⁵⁰ KURT/KOÇ, s.414; NARMANLIOĞLU, s.508.

³⁵¹ Y22HD, 23.01.2017T., 2017/794E., 2017/652K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.02.2018); Y9HD, 19.12.2016 T., 2016/14629 E., 2016/22345 K. (<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 15.02.2018)

³⁵² Y9HD, 9.04.2009T., 2007/38792E., 2009/10216K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 13.02.2018)

³⁵³ EKONOMİ'YE GÖRE: “Fesih bildirimi için öngörülen yazılı şeklin, resmi yazılı şekil olmadığı açıktır.. Bu şekil, bir gerçeklik şartı değil, ispat şartıdır. Geçerlilik şartı, işverence dayanılan geçerli bir sebep olduğu ve işçiye açıkça bildirildiği halde sırf yazılı şekle uyulmadığı için feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır ki, böyle ağır bir sonucun kabulü uygun görülemez. İşveren sadece fesih bildirimi yapıldığını değil, bunun geçerli bir sebebe dayandığını da ispatla yükümlü olduğu için, genellikle fesih bildirimini yazılı yapacaktır. Bildirim işçi tarafından imza edilip alınmadığında durumu bir tutanak ile tespit edecektir. Bununla beraber fesih sözlü olarak ve geçerli sebep de gösterilmek üzere işçiye bildirildiğinde, işveren kendini ispat yönünden güç durumda görmüyorsa, işlemi sırf fesih bildirimi yazılı yapılmadığı için geçersizliği ileri sürülemez. Ancak aşağıda görüleceği üzere, işçi sebebi açık ve kesin şekilde görebilmek ve savunması alınması gereken hallerde durumu her yönüyle bilerek inceleyebilmek için sebebin yazılı olarak verilmesini istediğinde, işveren, iyiniyet kurallarının gereği olarak işçiye sebebi yazılı şekilde bildirmekle yükümlüdür.” EKONOMİ, M., Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003 Eki, s.13.

yaptırımına tabi olmalıdır. İşçinin korunması ilkesi ve İş Kanunu'nun ruhu buna daha uygun gözükmektedir. Her halükarda, yineleyelim ki, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin yazılı yapılması geçerlilik şartıdır.

İş güvencesi kapsamına giren işçilerin, iş sözleşmelerinin feshinin yazılı olarak yapılması zorunludur. Bir başka deyişle, eğer bir işçi iş güvencesinin kapsamında değilse, feshin yazılı yapılma zorunluluğu bulunmamaktadır³⁵⁴.

Yargıtay, işverenin fesih bildiriminde gösterdiği sebeple bağlı olduğunu belirtmektedir. Ayrıca işveren, işe iade davasında başka bir sebep de ileri süremeyecek ve fesih bildirimindeki bu sebeple bağlı kalacaktır³⁵⁵.

Yargıtay, bir başka kararında³⁵⁶ da toplu iş çıkarmak isteyen işverenin bu durumu ilanen bildirmesini uygun görmemiştir. Bu durumda dahi işverenin kişiye özgü ve yazılı şekilde bildirimde bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu şekilde yapılan feshi de yasal ve usulüne uygun bulmamıştır.

İş Kanunu m.109 çerçevesinde fesih bildiriminin işçiye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekmektedir. İşçinin bunu imzalamaktan kaçınması halinde durum tutanakla tespit edilecek ve 7201 Sayılı Kanun uyarınca tebligat yapılacaktır.

B.FESİH NEDENİNİN AÇIK VE KESİN OLARAK BELİRTİLMESİ

İş Kanunu m.19 kapsamında bir iş sözleşmesi feshedilirken fesih bildiriminde fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi gerekmektedir. Fesih bildirimini işçinin anlayabileceği şekilde yapılmalıdır. Böylece işçi, bu bildirimin sonunda dava açıp açmamaya karar verebilecektir. Dolayısıyla sadece “davranışlarınızdan dolayı” şeklinde bir sebeple fesih bildiriminde bulunulması mümkün olmamalıdır³⁵⁷. Yargıtay, fesih nedenin açık ve kesin olarak

³⁵⁴ SÜZEK, s.624.

³⁵⁵Y9HD,28.11.2016T.,2016/429E.,2016/20906K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 15.02.2018); NARMANLIOĞLU, s.510.

³⁵⁶Y9HD,3.10.2016T.,2015/34377E.,2016/17018K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 19.02.2018)

³⁵⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.215.

belirtilmediği durumda İş Kanunu m.21 gereğince geçerli sebep gösterilmediğinin kabul edileceğini belirtmektedir³⁵⁸.

Maddede işçinin iş sözleşmesinin, yetersizliği ve davranışları nedeniyle feshinde işçinin uyarılmasının gerekip gerekmediği hususunda bir açıklık yoktur. Ancak, ILO'nun 166 Sayılı Tavsiye Kararı m.7-8 çerçevesinde, yetersizlik yahut davranışlar nedeniyle işçinin, iş sözleşmesi feshedilmek istendiği takdirde, önceden uyarılması gerekmektedir. Bu tavsiye kararında uyarının yazılı yapılması gerektiği belirtilmektedir. İşçinin, aynı davranışı tekrarlaması ya da varolan olumsuzluğu düzeltmemesi halinde iş sözleşmesinin feshi yoluna gidileceği yapılacak olan uyarı içerisinde belirtilmelidir³⁵⁹.

C.İŞÇİNİN SAVUNMASINA BAŞVURULMASI

İş Kanunu m.19/II kapsamında bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshedilmek isteniyorsa hakkındaki iddialara karşı savunmasının alınması gerekmektedir. Bununla birlikte işverenin İş Kanunu m.25/II şartlarına göre yapacağı fesihler için hakkı saklı tutulmuştur. Dolayısıyla, bir işveren, işçinin davranışı veya verimi yüzünden iş sözleşmesini feshetmeden önce onun savunmasına başvurmak zorundadır. Yani, işçinin savunmasına fesih bildiriminden önce başvurulmalıdır. 4857 Sayılı Kanun m.109 uyarınca kanunda öngörülen bildirimler yazılı yapılmalı ve muhatabın imzası alınmalıdır. Eğer işçiye, savunmasını yazıp vermesi için makul bir süre tanınmamışsa, burada işverenin geçerli şekilde savunma isteğinde bulunması söz konusu olmayacaktır³⁶⁰. İşçinin iş sözleşmesi hangi nedenle feshedilmek isteniyorsa savunma yazısı da o konuya ilişkin olarak alınmalıdır³⁶¹. Davranışa yönelik bir fesih nedeninin varlığı halinde yetersizliğe ilişkin bir savunma yazısının talep edilmesi yerinde değildir. İşveren, işletme, işyeri yahut işin gereklerine dayanan bir sebebe başvuruyorsa işçinin savunmasını isteme yükümlülüğü yoktur.

³⁵⁸Y22HD,24.01.2017T.,2017/496E.,2017/824K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.02.2018)

³⁵⁹ SÜZEK, s.623.

³⁶⁰ MANAV, s.155.

³⁶¹ MANAV, s.154.

İşçinin, sözleşmesinin feshi yoluna gidilmeden önce ikaz edilmesi, iş hukukunun amacına daha uygundur. İfade edelim ki, işçiye uyarıda bulunacak olan kişinin işveren yahut işveren vekili olması bir fark yaratmayacaktır. Zira, burada önemli olan, işçiye uyarının yapılmış olmasıdır. Uyarıyı yapan kişinin, iş sözleşmesini feshetme gücünün olup olmaması bir koşul değildir³⁶². Kanaatimizce, işverenin iş sözleşmesini sona erdirmekten önce, işçiye uyarması ve bu uyarılara rağmen işçinin performansında ya da davranışlarında bir değişiklik olmaması halinde, savunmasına başvurulması ve somut olayın şartları çerçevesinde fesih yoluna gidilmesi daha uygundur.

İşçinin savunmasına başvurulması hususu 158 Sayılı ILO Sözleşmesi m.7’de de ifade edilmiştir. Söz konusu maddede de işçiye hakkındaki iddialara karşı savunma hakkı verilmeden o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenler dolayısıyla iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği belirtilmektedir. Burada işverenden makul ölçüler çerçevesinde beklenemeyecek haller istisna tutulmuştur.

İş Kanunu m.19/II uyarınca haklı nedenle yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması zorunlu değildir. Bu durum, haklı olarak doktrinde eleştiri konusu yapılmakta ve isabetli bulunmamaktadır³⁶³.

Yargıtay, işçinin savunmasının alınmamış olması halinde feshin geçerli nedene dayanmadığını kabul etmektedir³⁶⁴. Söz konusu kararında sırf savunma alınmamış olması nedeniyle feshin geçerli nedene dayanmadığına hükmetmiştir.

D.FESHİN ZAMANI

İş Kanunu m.26’da haklı nedenle fesih hakkının ne kadar sürede kullanılabileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Oysa, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmek istenmesi halinde bunun ne kadar sürede yapılması gerektiğine ilişkin bir hüküm yoktur.

Geçerli nedenle fesih hakkının kullanılması süresine ilişkin ILO’nun 166 Sayılı Tavsiye Kararında feshin makul bir süre içerisinde yapılması ifade

³⁶² MANAV, s.94.

³⁶³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, S.215; SÜZEK, s.625-626.

³⁶⁴Y9HD,10.10.2016T.,2015/33961E.,2016/17624K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 19.02.2018)

edilmiştir. İş Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmaması bu hakkın her zaman kullanılabilceği sonucunu doğurmamaktadır. Bu hak, makul süre içinde kullanılmalıdır. Makul sürenin ne olduğu da MK m.2 çerçevesinde objektif iyiniyet kuralları dikkate alınarak hakim tarafından tespit edilebilecektir³⁶⁵. Yargıtay, makul süreye ilişkin olarak güncel tarihli bir kararında³⁶⁶ değerlendirme yapmaktadır:

“Geçerli fesih nedeninin doğmasından sonra, feshin etkisizleştiği ve geçersizliğini yitirdiği sonucunun çıkarılabilmesi için ne kadar bir süre geçmesi gerektiği konusunda mutlak bir süre verilemez. Geçerli fesihte, fesih hakkının kullanılması için süre unsuru, somut olayın özellikleri ile birlikte değerlendirilmelidir. Özellikle davranış ve yeterlilik nedeni ile fesihte, fesih hakkının kullandığı anda işçinin feshe konu edilen davranışı işyerinde olumsuzluklara neden olmaya devam ediyor ve işyerinde iş ilişkisinin devamını etkiliyorsa, kısaca işçinin davranışı veya diğer geçerli nedenler etkisini yitirmemiş ise makul süre geçmediğinin kabulü gerekir.”

Yargıtay, işçinin aynı davranışı nedeniyle savunmasının alınmış olduğu ve sonrasında da bunlar için uyarı cezası verildiği bir dosyayı incelemiştir³⁶⁷. Söz konusu dosyada işçinin bu savunma alınan davranışları için, iş sözleşmesi 5 ay sonra feshedilmiştir. Yargıtay, burada artık makul sürenin aşıldığını ve işçinin sonraki süreçte iş ilişkisinin devamını olumsuz etkileyecek bir davranış bulunmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla yapılan feshin geçersizliğine hükmetmiştir.

³⁶⁵ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.1026.

³⁶⁶Y9HD,28.11.2016T.,2016/763E.,2016/20982K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 14.02.2018)

³⁶⁷Y9HD,28.11.2016T.,2016/763E.,2016/20982K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 15.02.2018)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

VE İŞE İADE DAVASI

I.ARABULUCULUK MÜESSESİ

Uyuşmazlıkların mutlaka mahkeme yoluyla çözülmesi zorunlu değildir. Mahkeme yolu dışında da uyuşmazlıkların halledilmesi mümkündür. Bu yollardan birisi de arabuluculuktur.

A.GENEL OLARAK ARABULUCULUK KAVRAMI

Bağımsız yargının dışında uyuşmazlıkların bir alternatif çözüm yolu olan arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi amacıyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çıkarılmıştır³⁶⁸. Arabuluculuk³⁶⁹ alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde en sık başvurulanan çözüm yollarından birisidir. 6325 Sayılı Kanun kapsamındaki arabuluculuk tanımına göre: “Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, “tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen,” uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi.” Doktrinde yapılan bir tanıma göre arabuluculuk “tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık içerisinde bulunan kişilere taraflarca kabul edilebilir ortak bir çözüm bulması konusunda yol göstermesi³⁷⁰.” Arabuluculuk hızlı ve ekonomiktir; fakat bununla birlikte tarafları geleceğe bakmaya sevk eder ve

³⁶⁸ 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁶⁹ Arabuluculuk hakkında geniş bilgi için bkz. ŞAHİN, H.G., Arabuluculuk, Ankara, 2008;

ILDIR, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara, 2003.

³⁷⁰ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, M., Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2012, s.28.

uyuşmazlıkların çatışma ortamı dışında çözölmesini sağlar³⁷¹. Arabulucu ise, 6325 Sayılı Kanunda³⁷² ve buna paralel olarak çıkartılan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde³⁷³ şu şekilde tanımlanmaktadır: “Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi”dir.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda, 6325 Sayılı Kanun'dan³⁷⁴ farklı olarak arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak öngörölmüştür. Getirilen düzenlemeye göre, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Getirilen bu düzenleme çerçevesinde konunun önemi nedeniyle aşağıda önce arabuluculuk faaliyeti ile ilgili temel ilkeler, daha sonra 7036 Sayılı Kanun kapsamında getirilen düzenlemeler incelenmiştir.

B. ARABULUCULUK FAALİYETİYLE İLGİLİ TEMEL İLKELER

Arabuluculuk faaliyetinin yürütölmesi esnasında birtakım ilkelere uyulması gerekmektedir. Bunlar; gizlilik, eşitlik, tarafların egemenliği ve iradiliktir. Arabuluculuk görüşmelerini cazip kılan en önemli etkenlerden birisi gizlilik³⁷⁵. 6325 Sayılı Kanun m.4/1 uyarınca da arabulucu, eğer taraflar aksini öngörmemişlerse, arabuluculuk faaliyeti kapsamında kendisine sunulan veya diğeri bir şekilde elde ettiğı bilgi ve belgeler ile diğeri kayıtları gizli tutmak zorundadır. Gizliliğinin ihlali halinde uygulanacak yaptırım da aynı kanun m.33'te belirtilmekte ve gizlilik yükümlölüğünün ihlali suretiyle bir kişinin hukukten korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişiye altı aya kadar hapis cezası öngörölmektedir. Kanunda gizliliğe ilişkin olarak yer alan hüküm, Arabulucular Etik Kuralları m.6 ile de uyumludur.

³⁷¹ ÖZBEK, M.S., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2016, s.595.

³⁷² 22 Haziran 2012 tarih ve 28331 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁷³ 26 Ocak 2013 tarih ve 28540 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁷⁴ 7036 Sayılı Kanun m.3/21 gereğince “Bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanır.”

³⁷⁵ DÜR, O., Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlölükleri, Ankara, 2018, s.275; KEKEÇ, E.K., Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, 2016, s.78.

Arabuluculuk sürecinin sağlıklı işlemesi, anlaşma sağlandıktan sonra da bu anlaşmaya uyulmaya devam edilebilmesi için, bu süreç içerisinde tarafların çıkarlarının büyük ölçüde karşılanması gerekmektedir³⁷⁶. Bunun için de arabuluculuk sürecindeki gizlilik çok önemlidir. Zira, taraflar arabulucuya verdikleri bilgilerin ifşa edileceğinden tedirginlik duyarak sağlıklı bir şekilde katılım gösteremezler. Benzer şekilde, taraflar birbirlerinin sunmuş oldukları bilgilerin gizliliğini ihlal etmemek için de özen göstermelidirler.

Tarafların aksi hususunda anlaşmaları dışında gizlilik ilkesinin iki istisnasından bahsetmek uygun olacaktır. Bunlar; gizli kalması istenen bilgilerin açıklanmasının bir kanun hükmüyle emredilmiş olması yahut arabuluculuk faaliyetiyle ulaşılan çözümün uygulanması için bilgilerin açıklanmasının gerekmesidir³⁷⁷. Yine 7036 Sayılı Kanun m.3/2 uyarınca arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşmaya varılmadığına dair son tutanağın sunulması da gizlilik ilkesinin istisnasıdır.

Önemle belirtelim ki 6325 Sayılı Kanun m.5 uyarınca, taraflar, yahut arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil olmak üzere, üçüncü bir kişi, uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak bir hukuk davası açıldığında veya tahkim yoluna gidildiğinde maddede sayılan şu beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremeyecek ve bunlarla ilgili tanıklık yapamayacaktır: “a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü, ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.” Bu belgelerin açıklanması mahkeme veya hakem ya da bir idari makam tarafından talep edilemeyecektir. Eğer herhangi bir şekilde delil olarak sunulmuş olsalar dahi hükme esas alınamayacaklardır. Bu bilgiler, ifade edildiği üzere, bir kanun hükmü emrettiği takdirde ya da arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın uygulanması bakımından gerektiği oranda açıklanabilecektir.

³⁷⁶ YAZICI TIKTIK, Ç., Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013, s.55.

³⁷⁷ DÜR, s.283.

Arabuluculuk faaliyetinde gizlilik oldukça önemlidir. Zira, taraflar bu şekilde yapacakları beyanlarda kendilerini daha serbest ifade edebilirler. Ayrıca arabulucuya tanıklık yapmama hakkının verilmesiyle arabuluculuk görüşmelerinde gizlilik desteklenmiş olur ve taraflar açılacak bir davada arabulucunun hasım olacağını düşünmezler³⁷⁸.

Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili bir diğer ilke, eşitliktir. 6325 Sayılı Kanun m.3/2 gereğince hem arabulucuya başvururken hem de süreç boyunca taraflar eşit haklara haizdir. Aynı Kanun m.9/3 gereğince de arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmek zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti başvurusunda ve bu faaliyet boyunca, taraflar eşit olursa ve bunu da hissedерlerse, sürecin başarılı olma ihtimali daha yüksektir³⁷⁹.

Bir diğer ilke olan iradilik, 6325 Sayılı Kanun m.3/1’de hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükme göre, arabulucuya gitmek, devam etmek, sonlandırmak yahut vazgeçme konusunda taraflar hürdür. Her ne kadar arabuluculuğun zorunlu olması eleştirilmekte ise³⁸⁰, bu hallerde de arabulucuya gitme konusunda tereddütlü olan kişilerin arabuluculuk kurumuna başvurması sağlanmaktadır³⁸¹. Ayrıca zorunlu arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda tarafların serbest iradeleri ile hareket etmesi yahut mahkemeye başvuru hakları kısıtlanmadığından esasen iradilik ilkesinin zarar gördüğünü söylemek mümkün değildir³⁸². Buna karşılık, doktrinde, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin uzlaşmaya isteksiz olan toplumlarda bir yarar sağlamayacağı savunulmaktadır³⁸³. Kanımızca, bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira, arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesi durumunda dahi, çözüme ulaşılması gereken süre önceden belli olup taraflar anlaşımadıkları takdirde yargı yoluna gidebilmektedirler.

Tarafların egemenliği ilkesi tasarruf ilkesini de içerisinde barındıran bir üst kavramdır. Tarafların egemenliğinde taraflar hem arabuluculuk

³⁷⁸ ÖZBEK, s.615.

³⁷⁹ ÇİÇEK, M., İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018, s.39.

³⁸⁰ GÜZEL, A., İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!.., Çalışma ve Toplum, 2016/3, s.1137.

³⁸¹ ÖZBEK, s.666.

³⁸² TÜRKYILMAZ KABAKTEPE, İ., Açıklamalı Arabuluculuk Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul, 2017, s.225; YAZICI TIKTIK, s.41.

³⁸³ TANRIVER, S., s.154.

görüşmelerini başlatma, sürdürme hem de sona erdirmeye konusunda söz sahibidir hem de süreci iradeleri doğrultusunda şekillendirebilirler³⁸⁴.

II.7036 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ARABULUCULUK

12.10.2017 tarihli 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, bazı iş uyuşmazlıkları bakımından arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme ile getirilen yenilikler aşağıda incelenmektedir.

A.GENEL OLARAK

İş mahkemelerinin dava yükünün aşırı olması, bu yoğunluğun önüne geçmek amacıyla çeşitli önlemler alınmasını gerektirmiştir. Örnek olarak; istinaf mahkemeleri³⁸⁵, tüketici hakem heyetleri verilebilir. Her ne kadar 4857 Sayılı Kanun m.20'de yargılamanın 4 ayda sonuçlanması öngörülmüş ise de pratikte bu süre işlememektedir. Bu durum da işçilerin mağduriyetlerine neden olmaktadır. 7036 Sayılı Kanun³⁸⁶ ile getirilen bireysel iş uyuşmazlıklarının söz konusu olması halinde arabulucuya başvurma zorunluluğu da mahkemelerin iş yükünü azaltma girişiminin bir sonucudur.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3'te getirilen düzenleme ile “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı” olarak öngörülmüştür. 7036 Sayılı Kanun m.3 arabuluculuğa başvurmayı dava şartı haline getirmektedir. Maddenin gerekçesinde buna ilişkin olarak şu örnekler verilmektedir: “Örneğin işçi veya işverenin iş ilişkisi kapsamında birbirlerine hakaret etmekten kaynaklanan ya da işçinin işyerindeki işverene ait mal ve malzemelere zarar vermesinden doğan tazminat talepleri dava açılmadan önce bu madde kapsamında arabulucuya götürülecektir. Ancak işverenin kiracısı olan bir işçinin, kira borcunu ödememesinden kaynaklanan, bir

³⁸⁴ DÜR, s.269.

³⁸⁵ İstinaf mahkemeleri adli yargı ikinci dereceleri mahkemeleridir. 5235 Sayılı Kanun m.22 çerçevesinde bu mahkemelerin görevleri; “Adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamak, Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak”tır. Ayrıca geniş bilgi için bkz. ARSLAN, R., YILMAZ, E., TAŞPINAR AYVAZ, S., Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2017, s.87 vd.

³⁸⁶ 25.10.2017 Tarih ve 30221 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

başka ifadeyle iş ilişkisinden doğmayan alacak, kira alacağı olarak nitelendirilmeli ve görünüşte işçi ve işveren arasındaki bu uyuşmazlık, bir alacak uyuşmazlığı olsa da madde kapsamında değerlendirilmemeli ve genel hükümlere tabi tutulmalıdır.”

Kanunda belirtilen uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabulucuya başvurma şartına uyulmaması halinde 6100 Sayılı Kanun m.115 gereğince başvuruda dava şartı eksikliği söz konusu olacaktır. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m.115 “Dava Şartlarının İncelenmesi” başlığını taşımaktadır. Maddenin birinci fıkrasına göre, hem mahkeme dava şartlarının mevcut olup olmadığını kendiliğinden araştırabilir hem de taraflar dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilir. Maddenin ikinci fıkrası kapsamında ise, eğer dosyada dava şartı eksikliği söz konusu ise, mahkeme usulden ret kararı verecektir. Dava şartı eksikliği giderilmesi mümkün bir noksanlık ise, mahkeme bunun giderilmesi için kesin süre verecektir. Eğer bu süre içerisinde de noksanlık giderilmezse, mahkeme davayı usulden reddedecektir. Söz konusu hüküm, 6100 Sayılı Kanun m.119/2 ile de uyumludur.

Nitekim, 7036 Sayılı Kanun m.11 ile değişik 4857 Sayılı Kanun m.20/1’e göre, arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle, davanın usulden reddedilmesi durumunda ret kararı, taraflara re’sen tebliğ edilecektir. Bu, kararın re’sen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulması mümkündür.

7036 Sayılı Kanun m.3/2 kapsamında arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma sağlanamazsa, davacı, dava dilekçesine anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini eklemek zorundadır. Eğer bunu eklemezse, bir haftalık kesin süre içerisinde bunu tamamlamasını içeren bir ihtar gönderilir. Bu süre içerisinde eksiklik tamamlanmaz ise, dilekçe karşı tarafa gönderilmeksizin usulden reddedilir.

7036 Sayılı Kanunda getirilen düzenlemeler çerçevesinde İş Kanunu m.20 ve 21’de getirilen değişiklikleri arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda dava şartı olarak önce arabulucuya başvurma zorunluluğu ve tarafların arabulucu safhasında anlaşması ya da anlaşmamaları durumu dikkate alınarak değerlendirilmek gerekir.

B. ARABULUCULUK KAPSAMINDAKİ UYUŞMAZLIKLAR VE ARABULUCUYA BAŞVURMA ZORUNLULUĞU

7036 Sayılı Kanun m.3 çerçevesinde hangi uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvurma zorunluluğu olduğu ve hangi uyuşmazlıklarda bu yola başvurmak gerekmediği belirtilmektedir. Buna göre, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda zorunlu arabuluculuk uygulaması bulunmaktadır. Buna karşılık, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları bakımında arabulucuya başvurma zorunluluğu söz konusu değildir.

7036 Sayılı Kanun m.11 ile 4857 Sayılı Kanun m.20'nin birinci ve üçüncü fıkralarında değişiklik yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre: “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır.” Kanunda getirilen süre hak düşürücüdür. Feshin geçersizliği nedeniyle bir aylık süre içinde başvurulmazsa, işveren tarafından yapılan fesih, geçerli bir feshin hukuki sonuçlarını doğurur. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması halinde, davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının taraflara, resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir. Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verecektir.

Tarafların arabulucuya hiç başvurmadan doğrudan mahkemeye başvurduğu halini de değerlendirmek uygun olacaktır. Mahkeme bu noksanlığı davanın başında farketmese bile hakim davanın her aşamasında bunu kendiliğinden inceleyebilir veya taraflar bunu yargılamanın her aşamasında öne sürebilir. Hakim bu eksikliğin giderilmesi için süre verebilecek ve taraflar bu

süre içerisinde arabulucuya başvurabilecektir. Arabulucuda çözümlenmeyen uyuşmazlık için de yeniden yargı yoluna gidebilecektir³⁸⁷.

7036 Sayılı Kanun m.11'in 4857 Sayılı Kanun m.20/1'de yaptığı değişikliğe göre arabulucuya başvurulmadan doğrudan dava açıldığı için, dava usulden reddedildiği takdirde, bu ret kararının resen tebliğ edilmesinden itibaren iki hafta içerisinde arabulucuya başvurulabilecektir. Eğer, bu iki haftalık ek süre içerisinde de arabulucuya başvuru yapılmazsa, artık işçi işe iade davası da açamayacaktır. Burada ek süre hakkına sahip olan işçi, arabulucuya başvurma süresi içerisinde, doğrudan işe iade davası açan işçidir³⁸⁸.

İşçilik alacaklarına ilişkin olarak da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması gerekmektedir. Fazla mesaiden kaynaklanan alacaklar, kötünîyet tazminatı, yıllık ücretli izin nedeniyle doğan alacaklar, eşit davranma yükümlülüğüne uyulmadan yapılan fesihden doğan alacaklar, bildirim süresine uymadan yapılan fesihlerden doğan alacaklar, işçilik alacağı sayılmaktadır³⁸⁹. Yine işveren tarafından açılacak alacak davaları da zorunlu arabuluculuk kapsamı içerisinde. Dolayısıyla işverenin, bu alacaklar için arabulucuya hiç başvurmadan dava açması halinde dava usulden reddedilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 7036 Sayılı Kanun geçici madde 1/2 gereğince “dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri, bu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’da görülmekte olan davalar hakkında” uygulanmayacaktır. Dolayısıyla söz konusu dosyalar da 7036 Sayılı Kanun’un uygulama alanı dışındadır.

C. ARABULUCULUKTA USUL VE YETKİ

7036 Sayılı Kanun uyarınca, eğer taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa arabuluculuk görüşmeleri arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde

³⁸⁷ OĞUZ, Ö., Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul, 2016, s.79.

³⁸⁸ ASTARLI, M., 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38, Yıl:2017, s.41.

³⁸⁹ ŞAHİN, T.; ÇELİK, Y.; RUHİ, A.C., İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi, Ankara, 2018, s.22.

yürütülecektir. Her ne kadar 6325 Sayılı Kanun ile ihtiyari arabuluculuk mümkün ise de 7036 Sayılı Kanun kapsamında bazı iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulması dava şartı olarak getirilmiş durumdadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamazsa, son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır.

7036 Sayılı Kanun m.3'te yer alan "işçi kavramından" 4857 Sayılı Kanun kapsamındaki işçiler, gemiadamları ve gazeteciler anlaşılmalıdır (m.3/20). Ayrıca buradaki alacak yahut tazminat talebi iş ilişkisinden doğmuş olmalıdır³⁹⁰. Taraflar bizzat arabuluculuk görüşmelerine katılabilecekleri gibi, kanuni temsilcileri yahut avukatları vasıtasıyla da katılabilirler. İşveren, bir çalışanını yazılı bir belgeyle yetkilendirirse, bu kişi de görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir.

Eğer asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmaktaysa ve işe iade talebiyle arabulucuya gidilmişse, o zaman anlaşmanın söz konusu olabilmesi için işverenler arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmalıdır ve iradeleri birbirine uygun olmalıdır (m.3/15). 7036 Sayılı Kanun m.3/15 gereğince, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz veya muvaazaya dayalı ise işe iade talebiyle açılan davalarda davalı gerçek işveren çıkmayınca taraf sorunu belirmektedir. Bu takdirde hem işçinin bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ortaya çıkmakta hem de yeni bir dava açılması usul ekonomisine aykırı düşmektedir³⁹¹.

Zira, zaten arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi ile tarafların gönüllü olması bakımından bir kısıtlama söz konusudur³⁹². 4857 Sayılı Kanun m.2/6-7 kapsamında da asıl işveren-alt işverenin davada birlikte yer almaları ve haklarını koruyacak açıklamaları yapmaları uygun olacaktır. Böylece hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'ya (Adil Yargılanma Hakkı) hem de 6100 Sayılı Kanun m.27 (Hukuki Dinlenilme Hakkı) aykırılık söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla işe iade davaları bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisi varsa davalı taraf bakımından mecburi dava arkadaşlığı kabul edilmelidir³⁹³.

³⁹⁰ GÜNAY, C.İ., İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara, 2017, s.107.

³⁹¹ GÜNAY, Arabuluculuk, s.109-110.

³⁹² OĞUZ, s.80.

³⁹³ GÜNAY, Arabuluculuk, s.110.

Görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını arabulucu kendiliğinden araştırılmaz. En geç ilk toplantıda, karşı taraf, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgeleri sunarak arabuluculuk bürosunun yetkisine karşı çıkabilir. Bu takdirde, arabulucu, söz konusu dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmesi için büroya teslim edecektir. Mahkeme harç almadan dosya üzerinden inceleme yapar ve yetkili büroyu kesin olarak belirler ve dosyayı büroya geri gönderir. Bu mahkeme kararı, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'na göre taraflara tebliğ edilecektir. Yetki itirazı kabul edilmezse, aynı arabulucu atanır ve 7036 Sayılı Kanun m.3/10'daki süreler yeni görevlendirme tarihinden itibaren işlemeye başlar. Yetki itirazı kabul edilirse, kararın tebliğ edilmesinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvuru yapılabilir. Bu durumda yetkisiz büroya başvurulma tarihi, yetkili büroya başvurulma tarihi sayılır. Arabulucuyu 7036 Sayılı Kanun m.3/6 uyarınca yetkili büro atayacaktır. 7036 Sayılı Kanun kapsamında arabuluculuk faaliyeti, arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içerisinde sonuçlandırılmalıdır. Arabulucu, zorunlu hallerde bu süreyi en fazla bir haftaya kadar uzatabilecektir (m.3/10). Ayrıca belirtmek gerekir ki, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği zamana kadar zamanaşımı süresi durmakta ve hak düşürücü süre işlememektedir.

Arabuluculuğun esnek olması onun en önemli özelliklerinden birisi olmakla beraber süreci iki aşamaya ayırabiliriz. Bunlar; sorunun tanımlanması ve tanımı yapılan bu sorunların çözülmesi olarak gruplandırılabilir. Arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığı tespit edebilmeli ve ardından da uzlaşma sağlayacak müdahalede bulunmalıdır³⁹⁴.

D. ARABULUCUNUN SEÇİMİ

7036 Sayılı Kanun kapsamında arabulucu başvurusu; karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birisinin yerleşim yerindeki yahut işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna yapılacaktır. Eğer o yerde arabuluculuk bürosu yoksa, görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılacaktır (m.3/5).

Arabulucu, büro tarafından komisyon başkanlıklarına bildirilen liste içerisinde seçilecektir. Eğer, taraflar aralarında listedeki herhangi bir arabulucu

³⁹⁴ ÖZBEK, s.663.

üzerinde anlaşmışsa o arabulucu görevlendirilecektir. Ayrıca, sicile kayıtlı olan arabulucular içerisinde 7036 Sayılı Kanun m.3 gereğince arabuluculuk yapmak isteyenleri Arabuluculuk Daire Başkanlığı görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeleyecek ve bu listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirecektir. Bu komisyon başkanlıkları da söz konusu listeleri kendi yargı alanlarındaki arabuluculuk bürolarına, bu bürolar bulunmadığı takdirde de görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne göndereceklerdir.

Esas itibariyle arabuluculuk süreci gönüllülük esasına dayalı bir süreçtir. Her ne kadar, iş uyuşmazlıkları bakımından zorunlu arabuluculuk uygulaması getirilmiş ise de, tarafların bu süreci başlatmaları zorunlu olup anlaşma mecburiyetleri bulunmamaktadır. Yine, bu gönüllülük esasının bir yansıması olarak tarafların bir arabulucu ismi üzerinde anlaşmaları mümkündür; fakat bu anlaşmanın sağlanamaması halinde sistemin kilitlenme tehlikesi bulunmaktadır. Dolayısıyla da bu kilitlenmeyi önlemek adına tarafların bir arabulucu ismi üzerinde anlaşmamaları halinde komisyon başkanlıklarına bildirilen liste içerisinde büro tarafından belirlenmesinde bir sakınca yoktur. Bu durum, arabuluculukta gönüllülük esasına aykırılık teşkil eden bir hal arz etmemektedir.

Yine genel itibariyle arabuluculuğa başvurunun iradi olması gerektiği kuralından hareket edersek, iş uyuşmazlıklarında getirilen dava şartı uygulamasının bu iradilik ilkesiyle çeliştiği düşünülebilecektir. Oysaki, dava şartı arabuluculuğa başvurmak zorunlu olmakla birlikte burada tarafların hak arama özgürlüğü kısıtlanmamaktadır. Bir başka deyişle, taraflar bu görüşmeler sonucunda anlaşmaya varmak zorunda olmadığı gibi, sonrasında mahkemeye başvurma hakkına da sahiptirler³⁹⁵. Doktrinde, söz konusu düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 ve Anayasa m.36'ya aykırı olmadığı savunulmakta ve bu düzenlemenin meşru bir amacının olduğu, orantılı olduğu ve hakkın özüne dokunmadığı ifade edilmektedir³⁹⁶.

³⁹⁵ ŞAHİN, /ÇELİK/RUHİ, s.45-46.

³⁹⁶ ERDOĞAN, E., 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, C.14, S.55, 2017, s.1239.

E. ARABULUCUNUN ÜCRETİ

7036 Sayılı Kanun çerçevesinde arabulucuya ödenecek olan ücreti³⁹⁷ ikiye ayırarak ifade edebiliriz: Tarafların, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaları ve anlaşamamaları hali. Eğer, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşabilirlerse, arabuluculuk ücreti taraflarca eşit şekilde Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre ödenecektir. Eğer taraflar, işe iade talebi olan görüşmelerde anlaşmışlarsa, bu takdirde, işçiye işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, Tarifenin İkinci Kısım uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilecektir (m.3/13).

Arabuluculuk görüşmeleri sonucunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları söz konusuysa iki saatlik ücret, Tarifenin birinci kısmına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenecektir. İki saati aşan bir kısım varsa ve aksi kararlaştırılmamışsa, Tarifenin birinci kısmına göre taraflarca eşit biçimde ödenecektir (7036 Sayılı Kanun m.3/14). İki saate kadar olan ücretin Adalet Bakanlığı tarafından karşılanması hususu tarafların üzerindeki külfeti azaltması bakımından önemlidir. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan ücret, yargılama gideri olarak sayılacaktır.

F.ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUNDA TARAFLARIN ANLAŞMASI

7036 Sayılı Kanunun m.12’de 4857 Sayılı Kanun m.21’in beşinci fıkrasından sonra gelmek üzere getirilen ek fıkraya göre: “Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde; a) İşe başlatma tarihini, b) Üçüncü fıkroda düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkroda düzenlenen tazminatın parasal miktarını, belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan

³⁹⁷ Belirtmek gerekir ki, 30.12.2017 tarihli 30286 Sayılı Resmi Gazete’de 2018 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi yayımlanmış bulunmaktadır.

tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.”

Arabuluculuk görüşmeleri sonunda bir anlaşma sağlanması halinde, bu anlaşmanın kapsamını taraflar tespit eder ve eğer bir anlaşma belgesi düzenlenirse taraflar ve arabulucu bu belgeyi imzalar. Arabuluculuk faaliyetinde anlaşmaya varılması hali bakımından sıkı kurallar söz konusu değildir.³⁹⁸ Ayrıca 6325 Sayılı Kanun m.18/2 uyarınca, arabuluculuk faaliyetleri sonunda taraflar, anlaşmaya vardıkları takdirde söz konusu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine dair şerh verilmesini isteyebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuk kurumuna başvurulmuşsa, bu şerhi “arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesi” verecektir. Davanın görüldüğü esnada arabuluculuğa başvurulmuşsa bu şerh, davanın görüldüğü mahkemeden istenecektir. Şerhi ihtiva eden söz konusu anlaşma, ilam niteliğine haizdir. Şerhe ilişkin inceleme çekişmesiz yargı işi olup kural olarak dosya üzerinden yapılacaktır. Bunun istisnası aile hukukuna dair olup da arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklardır. Bu tip uyuşmazlıklar duruşmalı olarak yapılacaktır. Yapılacak inceleme, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığına ilişkindir. Eğer, taraflar ve avukatları ile arabulucunun anlaşma belgesini, birlikte imzalamışlarsa, bu belge icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç duyulmaksızın ilam niteliğinde sayılacaktır. Bu “ilam niteliğinde sayılma” durumu 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu m.35/A ile uyumludur.

7036 Sayılı Kanun m.24 ile 6325 Sayılı Kanun m.18/5 gereğince, arabuluculuk görüşmeleri sonunda taraflar uzlaşırlarsa, üzerinde anlaşılan hususlar için taraflar dava açamayacaklardır. Bu nedenle, arabulucunun düzenleyeceği ve tarafların, temsilcilerinin yahut avukatlarının imzalayacağı tutanakta anlaşılan hususların net bir biçimde ortaya konulması zorunludur. Mesela, taraflar, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai hususunda anlaşmışlarsa bunlar ayrı ve açık bir şekilde tutanağa yazılmalıdır³⁹⁹.

³⁹⁸ ÇİÇEK, s.58.

³⁹⁹ ÇİÇEK, s.60.

G.ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUNDA TARAFLARIN ANLAŞAMAMASI

7036 Sayılı Kanun m.11/2 ile 4857 Sayılı Kanun m.20/1'e getirilen değişikliğe göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Getirilen düzenlemeye göre, tarafların anlaşmaları halinde uyuşmazlık aynı sürede yani tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma sağlanamazsa son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde iş mahkemesinde dava açılması mümkün olacaktır. Buradaki iki haftalık süre hak düşürücüdür. Taraflar, anlaşamadıkları takdirde iş mahkemesinde dava açabilecekleri gibi özel hakeme de başvurabilirler. Belirtmek gerekir ki, arabulucuya başvurma süresi olan 1 ay içerisinde işçi, kanunla belirtilen bürolara başvurmalıdır. Yoksa, bu bir aylık sürenin geçtiği kabul edilebilecektir. 7036 Sayılı Kanun m.3/2'de ifade edildiği üzere, arabulucuya başvurmanın dava şartı olmasının sonucu olarak, dava açacak olan taraf arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşma sağlanamadığına ilişkin son tutanağın aslını yahut arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek mecburiyetindedir.

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinin birden fazla hali bulunmaktadır. Bunlardan birisini tarafların anlaşamaması olmakla birlikte başkaca hallerde de arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi mümkündür. Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini, taraflara ulaşamaması, taraflar iştirak etmediği için görüşme yapılamaması, görüşme sonucunda yukarıda bahsedildiği üzere anlaşmaya varılması yahut anlaşmaya varılamaması hallerinde sona erdirir ve son tutanağı düzenler, durumu arabuluculuk bürosuna haber verir (7036 Sayılı Kanun m.3/11). Eğer geçerli bir mazeret göstermeksizin taraflardan birisi, ilk toplantıya katılmazsa, toplantıya katılmayan taraf son tutanakta belirtilir ve bu taraf, davada kısmen yahut tamamen haklı bulunsa bile yargılama giderinin tamamını ödemek zorunda bırakılır. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine de hükmedilemeyecektir (7036 Sayılı Kanun m.3/12). Doktrinde de haklı olarak eleştirildiği üzere, tarafın toplantıya katılamaması nedeniyle avukatın vekalet

ücretine hükmedilememesi kanımızca da isabetli değildir. Zira bu durum, tarafların avukatla temsil edilme hakkını tehdit edebilecek bir düzenlemedir⁴⁰⁰.

7036 Sayılı Kanun m.3/2’de ifade edildiği üzere, arabulucuya başvurunun dava şartı olmasının sonucu olarak, dava açacak olan taraf arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşma sağlanamadığına ilişkin son tutanağın aslını yahut arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek mecburiyetindedir. Bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde, mahkeme, davacıya bir ihtar içeren bir davetiye gönderir. İhtarda, son tutanağın bir haftalık kesin süre içerisinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi durumda davanın usulden reddedileceği belirtilir. Eğer bu ihtarda belirtilen husus, yerine getirilmezse, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeksizin dava usulden reddedilir. Arabulucuya başvurmaksızın dava açıldığının farkedilmesi durumunda, herhangi bir işlem yapılmaz ve dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilir (7036 Sayılı Kanun m.11 ile değişik 4857 Sayılı Kanun m.20).

H. UYUŞMAZLIĞIN ÖZEL HAKEME GÖTÜRÜLMESİ

4857 Sayılı Kanun’un 7036 Sayılı Kanun m.11 ile değişik m.20/1 çerçevesinde tarafların uyuşmazlığı özel hakeme götürme hakkı bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre: “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir.” Burada önemli olan husus tarafların anlaşmasıdır. O halde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığı, iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürebilirler.

⁴⁰⁰ Aynı doğrultuda görüş için bkz. IŞIKTAÇ, N.C., Türkiye’de Arabuluculuk Uygulaması: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Değerlendirme, Legal İHSGHD, C.14, S.55, Yıl: 2017, s.1347-1348.

Yargıtay, özel hakeme gidilmesi üzerinde tarafların anlaşmasını iş sözleşmesinin feshinden sonra kabul etmektedir. Zira, iş sözleşmesinin kuruluşu ve devamında işçinin işverene bağımlı olduğu kabul edilmektedir⁴⁰¹. Ayrıca başka bir Yargıtay kararında⁴⁰² belirtildiği üzere, “4857 sayılı Kanun ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında, kalan diğer iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır.”

Yine 4857 Sayılı Kanun m.21/3’ten sonra gelmek üzere, eklenen fıkra göre, “Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkra düzenlenilen tazminat ile üçüncü fıkra düzenlenilen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.” Kanun m.21/2’de işe başlatmama tazminatı m.21/3’te ise, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenecek ücret ve diğer haklar düzenlenmiştir. O halde, mahkeme veya özel hakem 2. fıkra düzenlenilen işe başlatmama tazminatı ile 3. fıkra düzenlenilen kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirleyecektir (7036 Sayılı Kanun m.12/2).

III.İŞE İADE DAVASI, HÜKÜM VE SONUÇLARI

4857 Sayılı Kanun m.20 uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşamaması durumunda, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde iş mahkemesinde dava açılması mümkündür. Aşağıda, işe iade davası ve bunun hüküm ve sonuçları incelenmektedir.

A.GENEL ANLAMDA İŞE İADE DAVASI

7036 Sayılı Kanun m.11’in 4857 Sayılı Kanun m.20’de yaptığı değişiklik ile ve 7036 Sayılı Kanun m.3’te belirtildiği üzere, işe iade talebiyle dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. 7036 Sayılı Kanun m.11 ile değiştirilen 4857 Sayılı Kanun m.20/1’e göre, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin

⁴⁰¹Y9HD,26.05.2008T.,2008/10997E.,2008/12660K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.03.2018)

⁴⁰²Y9HD,22.03.2004T.,2004/5846E.,2004/5621K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.03.2018)

geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır.” Dolayısıyla, iş sözleşmesinin feshinin kanuna uygun olmadığını iddia eden, işçi, arabulucuya başvurmadan yargıya yahut özel hakeme gidemez⁴⁰³.

1.Davanın Konusu

Davanın konusu, feshin geçersizliğinin tespitine ilişkindir. Bir başka deyişle, işveren tarafından yapılan fesih işleminin yasayla uyumlu olup olmadığına karar verilmesidir⁴⁰⁴. İş Kanunu m.17/6 kötüniet tazminatı için iş güvencesi kapsamı dışında olmayı öngördüğünden iş güvencesi hükümleri içerisindeki işçiler bakımından kötüniet tazminatı ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Ayrıca 6356 Sayılı Kanun m.25/5’e göre iş sözleşmesi, sendikal nedenle feshedilen işçi, söz konusu hükümde atıf yapılan 4857 Sayılı Kanun hükümlerine göre dava açmasa dahi, sendikal tazminat talep edebilecektir.

2.Davanın Tarafları

İşe iade davasının, davacısı, iş sözleşmesi feshedilen ve fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığını iddia eden işçidir (4857 m.20/1). İş Kanunu m.2/1 çerçevesinde “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi”ye işçi denmektedir. Belirtmek gerekir ki 6356 Sayılı Kanun m.26/2 çerçevesinde sendikaların da üye işçiler adına dava açma yetkisi bulunmaktadır.

İşe iade davasında pasif husumet işverene aittir⁴⁰⁵. İş Kanunu m.2/1 kapsamında işveren, “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kamu kurum ve kuruluşları” şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay, dernekler bakımından bunların şubelerinin tüzel kişiliğinin ve taraf sıfatının

⁴⁰³ NARMANLIOĞLU, Ü., İş Kanunu’nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu’nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler), MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38, Yıl:2017, , s.16.

⁴⁰⁴ SÜZEK, s.633-634.

⁴⁰⁵ ERTEKİN, s.524.

bulunmadığını kabul etmektedir⁴⁰⁶. Kamu tüzel kişilerinin de taraf ehliyetine sahip olduğunu belirtmek uygun olacaktır⁴⁰⁷.

4857 Sayılı Kanun m.2/6-7’de asıl işveren-alt işveren ilişkisi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” Yargıtay, işe iade davasının asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açılması durumunda işe iadenin, alt işverene yöneltilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁰⁸. Buna karşılık, Yargıtay, işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücreti bakımından asıl işveren ve alt işvereni müşterek ve müteselsil sorumlu tutmaktadır⁴⁰⁹. Ayrıca alt-işveren-asıl işveren arasında muvazaa söz konusu ise bu takdirde de davanın asıl işverene karşı yöneltmesi gerekmektedir.⁴¹⁰ Yargıtay, mecburi dava arkadaşlığını maddi bakımından mecburi dava arkadaşlığı ve şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayırmaktadır⁴¹¹. 6100 Sayılı Kanun m.59 uyarınca, “Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.” Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında, bir davanın birden fazla kişiye açılmasında maddi bir zorunluluk söz konusu değildir. Bununla birlikte, kanun hükümleri, gerçeklerin daha iyi bir şekilde ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha

⁴⁰⁶Y9HD,13.04.2009T.,2008/24570E.,2009/10415K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.03.2018)

⁴⁰⁷ KAR, s.377.

⁴⁰⁸Y9HD,1.11.2016T.,2015/35662E.,2016/18915K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.03.2018)

⁴⁰⁹Y9HD,6.02.2006T.,2005/17213E.,2006/2266K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.03.2018)

⁴¹⁰Y9HD,3.05.2004T.,2003/22208E.,2004/10367K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.03.2018)

⁴¹¹Y7HD,1.04.2014T.,2014/2560E.,2014/7141K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.03.2018)

iyi bir şekilde karar bağlanmasını temin etmek amacıyla birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılmasını mecbur kılmıştır⁴¹². Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında, mahkeme bütün dava arkadaşları hakkında aynı doğrultuda bir karar vermek zorunda değildir⁴¹³. Asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunan işe iade davalarında şekli dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Yargıtay da “Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir.” demek suretiyle bunu kabul etmektedir⁴¹⁴. Dolayısıyla da işe iade davasının sadece asıl işverene veya alt işverene açıldığı durumlar bakımından, davanın davalı tarafında gösterilmeyen, asıl işveren veya alt işverene teşmili için süre verilmesi gerekmekte ve bu süre içerisinde teşmil edilmezse usulden reddedilmesi gerekmektedir.

Bu başlık kapsamında işveren vekilinin taraf olup olamayacağından da bahsetmek yerinde olacaktır. İş Kanunu m.2/4’te işveren vekili tanımlandıktan sonra, işveren vekilinin bu sıfatını kullanması esnasında işçilere yönelik olan işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işverenin sorumlu olacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, davada işveren vekiline karşı dava açılması söz konusu değildir. Buna ilişkin olarak Yargıtay da şu şekilde bir tespitte bulunarak işveren vekiline karşı dava açılmayacağını ifade etmektedir⁴¹⁵: “Bu anlamda işveren adına hareket eden ve bu anlamda emrindeki işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren vekilinin, bu işlemine karşı işveren taraf gösterilerek feshin geçersizliği isteminde bulunmak gerekir.” Benzer şekilde, başka bir kararında da Yargıtay, işveren vekili konumundaki genel müdürün yaptığı fesih işleminden işvereni sorumlu tutmuştur⁴¹⁶.

4857 Sayılı Kanun m.7’de düzenlenen geçici iş ilişkisinde asıl işveren, geçici suretle işçisini veren işveren olduğu için davanın tarafı da o olacaktır.

⁴¹² KURU, B., Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2017, s.357; PEKCANITEZ, H., ATALAY, O., ÖZEKES, M., Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2011, s.223.

⁴¹³ KURU, s.360.

⁴¹⁴ Y22HD,13.06.2016T.,2016/16296E.,2016/17573K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 25.05.2018)

⁴¹⁵ Y7HD,15.06.2016T.,2016/7981E.,2016/13424K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.03.2018)

⁴¹⁶ Y9HD,18.02.2008T.,2007/24595E.,2008/193K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.03.2018)

Zira, özlük hakları bakımından sorumluluk asıl işveren üzerindedir⁴¹⁷. Yargıtay, işverenin ispat yükünü yerine getirmiş sayılması için fesih sebebinin geçerli veya haklı olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı şekilde sunması gerektiğini belirtmektedir⁴¹⁸.

Geçici iş ilişkisinin özel istihdam bürosu aracılığıyla da kurulması mümkündür. 4857 Sayılı Kanun m.7/2 uyarınca bir özel istihdam bürosu ile geçici iş ilişkisi, Türkiye İş Kurumu tarafından müsaade edilen özel istihdam bürosunun bir işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapmak suretiyle işçisini geçici olarak o işverene devri ile kurulabilecektir. Özel istihdam bürosu ile işçi arasında bir iş sözleşmesi vardır ve işçi, özel istihdam bürosuna olan iş görme edimini üçüncü bir kişiye karşı yerine getirir⁴¹⁹. 4857 Sayılı Kanun m.7/11 gereğince özel istihdam bürosu aracılığıyla bir iş ilişkisi kurulmak istendiği takdirde, “geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi” yazılı olarak yapılacaktır. Burada yazılılık ispat koşulu olarak kabul edilebilecektir⁴²⁰. Yine aynı madde kapsamında ifade edildiği üzere, geçici iş ilişkisinin özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulduğu hallerde, işveren özel istihdam bürosudur⁴²¹.

3.Dava Açma Süresi Ve İspat Yükü

4857 Sayılı Kanunun, 7036 Sayılı Kanun m.11 ile değişik m.20/1 gereğince arabuluculuk faaliyetine başvuran taraflar, bu görüşmeler sonucunda anlaşamadıkları takdirde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde iş mahkemesinde dava açabilecektir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, işveren feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat etmek zorundadır. Eğer işçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ediyorsa bu iddiasını ispat ile yükümlüdür.

Nitekim Yargıtay da işverenin iş sözleşmesinin feshi esnasında, geçerli nedeni yeteri kadar ispatlaması gerektiğini de ifade etmiştir. Söz konusu kararda

⁴¹⁷ KAR, s.383.

⁴¹⁸Y9HD,24.02.2016T.,2015/26193E.,2016/3803K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 4.04.2018)

⁴¹⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.210; KAPLAN, İş Hukuku, s.93.

⁴²⁰ KAPLAN, İş Hukuku,s.93.

⁴²¹ Geniş bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.116 vd.; SÜZEK, s.300 vd.

bir belge sunmadan işçi hakkında şikayetler olduğu, görevini yapmadığı ve geçimsiz olduğu gibi nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilmesi kabul edilmemiştir. Ayrıca işverenin yanında çalışan soyut tanık beyanları doğrultusunda davanın reddine karar verilmesini de doğru bulmamıştır⁴²².

4.Hukuki Niteliği

İşe iade davası ile mahkeme yapılan feshin geçerli veya geçersiz olduğunu tespit edecektir⁴²³. Başka deyişle, mahkemeden talep edilen husus, feshin geçersiz olduğunun tespit edilmesidir ve dolayısıyla bu bir tespit davası niteliği taşımaktadır⁴²⁴. Nitekim Yargıtay da işçinin bir yandan feshin geçersiz olduğuna ve işe iadesine karar verilmesini, diğer taraftan da feshin sonucu olan tazminatları aynı davada istemesini doğru bulmamıştır⁴²⁵. Yine başka bir kararında da Yargıtay aşağıdaki şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur⁴²⁶: “Kabule göre ise; feshin geçersizliğine bağlı olarak verilen tazminat ve boşta geçen süreye ilişkin ücretle ilgili kararlar tesbit niteliğinde kararlardır. Böyle olunca süre olarak belirlenmesi yeterli olup ayrıca rakamsal tutarın da gösterilmesine gerek bulunmamaktadır”

İşe iade davasında verilen hükmün tespit niteliğinde olduğuna ilişkin olarak Yargıtay başka bir kararında da aşağıdaki şekilde bir ifadeye yer vermiştir⁴²⁷:

“Boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların ödenmesi, feshin geçersizliğine bağlı ikincil bir sonuçtur. Talep olmasa da mahkemece dikkate alınması gerekir. Ayrıca feshin geçersizliği istemi tespit niteliğinde olduğundan, boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların miktar belirtilmeksizin, hüküm altına alınması ve ödenmesi gerektiğinin tespiti ile yetinilmesi gerekir.”

⁴²²Y9HD,18.12.2003T.,2003/20315E.,2003/22148K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 9.05.2018)

⁴²³ SÜZEK, s.637.

⁴²⁴ ÇANKAYA, O.G., Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2006, s.223.

⁴²⁵Y9HD,11.09.2003T.,2003/14994E.,2003/14267K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 5.04.2018)

⁴²⁶Y9HD,24.06.2004T.,2004/3740E.,2004/15625K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 5.04.2018)

⁴²⁷Y9HD,31.01.2013T.,2012/26496E.,2013/3782K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 5.04.2018)

7036 Sayılı Kanun m.11 ile getirilen değişiklik gereğince, 4857 Sayılı Kanun m.20/3'te mahkemenin verdiği karara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde bölge adliye mahkemesi dosya hakkında ivedilikle ve kesin olarak karar vereceği öngörölmüştür. Mahkemelerin iş yükü, davaların görölme süreleri göz önünde bulundurulduğunda, kesin bir süre vermek yerine “ivedilikle” sonuçlandırılmasının öngörölmesi isabetlidir. Zira, aksi şekilde belirli süreler içerisinde davanın sonuçlandırılmasının öngörölmesi çok da gerçekçi olmayan bir yaklaşımdır⁴²⁸. Burada önemli olan ve mutlaka vurgulanması gereken husus, 7036 Sayılı Kanun m.8(a) gereğince, 4857 Sayılı Kanun m.20 uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurunun kapalı olduğudur. Doktrinde, temyiz yolunun kapatılması eleştirilmektedir⁴²⁹. Zira, salt Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması amacıyla adil yargılanma hakkını etkileyen temyiz kurumunun kapatılması haklı görölmemektedir. Özellikle işe iade davalarında temyiz kurumunun kaldırılmış olmasının hem işçi bakımından ağır sonuçları olabileceği hem de toplu işçi çıkaran işverenin, işletmesinin devamı etkileyebilecek rakamların söz konusu olabileceği noktasında eleştiri bulunmaktadır⁴³⁰. Doktrindeki, diğer bir görüş ise, işe iade davalarının ivedi görölmesi gereken davalardan olması sebebiyle yapılan düzenlemeyi yerinde görmektedir⁴³¹. Kanımızca, bu görüşü isabetli bulmak mümkün değildir. Zira, temyiz yolunun kapatılmış olması, uygulamada önemli hak kayıplarının meydana gelmesine neden olabilecek bir düzenlemedir.

5.Yargılama Usulü

7036 Sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, 4857 Sayılı Kanun'da davanın seri muhakeme usulüne göre iki ay içerisinde sonuçlandırılacağı öngörölmüştü. 6100 Sayılı Kanun m.447/1 uyarınca diğer kanunlarda, seri muhakeme yahut sözlü muhakemeye atıf yapılmışsa, 6100 Sayılı Kanun'un basit yargılamaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır. 7036 Sayılı Kanun m.7/1 uyarınca, iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanacaktır. 6100 Sayılı

⁴²⁸ ASTARLI, s.43.

⁴²⁹ ALPAGUT, G. , İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 2016, s.204.

⁴³⁰ ALPAGUT, İş Mahkemeleri Kanunu Değerlendirmesi, s.204.

⁴³¹ ÇİÇEK, s.251.

Kanun m.316 vd.'nda basit yargılama usulüne ilişkin açıklamalar yer almaktadır. 6100 Sayılı Kanun m.316/1 (a)'da da ifade edildiği üzere, hizmet ilişkisinden doğan davalar, basit yargılama usulüne tabidir.

6.Davadan Feragat

6100 Sayılı Kanun m.307'ye göre feragat, “davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir.” 4857 Sayılı Kanun'da işçinin iş güvencesi hükümlerinden feragat etmesini engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır⁴³². Dolayısıyla, işçinin iş güvencesi hükümlerinden vazgeçmesinin mümkün olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, iş güvencesi hükümlerinin sağlamış olduğu korumadan önceden feragat etmek geçerli değildir⁴³³. Nitekim Yargıtay da iş güvencesi hükümlerinden önceden feragati geçerli kabul etmemektedir⁴³⁴. Doktrindeki diğer bir görüşe göre de, iş güvencesinin işçiye sağladığı korumadan vazgeçmesini engelleyen bir düzenleme kanunda mevcut değildir. Dolayısıyla da işçinin, ister dava açmadan isterse de davanın görüldüğü mahkemeye hitaben vazgeçme beyanında bulunması mümkündür⁴³⁵. Kanaatimizce, işçinin iş güvencesinin sağlamış olduğu imkanlardan önceden vazgeçmesi uygun değildir. Zira, işçinin bu vazgeçmeyi kendi iradesiyle mi yoksa işverenin baskısıyla mı yaptığını tespit etmek güçlük arz edecektir.

İş güvencesinin sağladığı hükümlerden feragat edilmesine karşılık, işçiye birtakım ödemeler yapılması; fakat yine de işçinin hukuki haklarını kullanma yoluna gitmesi durumunda, yapılan ödemeler, sebepsiz zenginleşme çerçevesinde istenebilecektir⁴³⁶. Bu şekilde, önceden feragate ilişkin olarak

⁴³² MANAV, s.321.

⁴³³ HOZAR, N. N., İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün Müdür?, , MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:9, Yıl:3, s.205; KAPLAN, E.T., İşçinin İbraname ile 4857 Sayılı Kanunun 17,18,19,20,21,22 Maddeleri İle İş Kanunundan Doğan Talep ve Dava Haklarından Feragatinin Geçerli Olup Olmadığı Sorunu, Karar İncelemesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s.323-324.

⁴³⁴Y9HD,17.04.2006T.,2006/6103E.,2006/9953K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 23.05.2018)

⁴³⁵EKONOMİ, M., İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, LEGAL YKİ, 1, 2006, s.44.

⁴³⁶ UÇUM, M., İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:11, Yıl:3, s.45.

yapılan anlaşmalar, hak arama hürriyetine ilişkin olan Anayasa m.36 ile çelişmektedir ve 6098 Sayılı Kanun m.27 gereğince de kesin hükümsüzdür.

İşçi kendisine tanınan süre içerisinde, dava açmayacağını belirtmiş olsa dahi, süresi içerisinde dava yoluna başvurması durumunda, ibraname yahut protokoldeki iradenin sakatlanmış olması olasıdır. İşçi her ne kadar, fesih bildiriminden itibaren kendisine tanınan sürede dava açmayacağını belirtmiş, hatta işçilik alacaklarına ilişkin bir davada da bu şekilde bir beyanda bulunmuş olsa dahi yasal süresi içerisinde iş güvencesine ilişkin korumadan yararlanabilecektir⁴³⁷.

B.İŞE İADE DAVASI DEVAM EDERKEN DAVA SONUCUNU ETKİLEYEBİLECEK DURUMLAR

İşe iade davası açılıp devam ederken meydana gelen bazı olayların davanın seyrini etkilemesi mümkündür. Aşağıda, bu konuda sıkça karşılaşılabilecek durumlar incelenmeye çalışılmıştır.

1.Yargılama Esnasında İşçinin İşe Başlatılması

Yargılama devam ederken, işveren işçiyi işe başlaması için davet ederse ve işçi de bu daveti kabul ederse, bu takdirde işe iadeye ilişkin uyuşmazlık ortadan kalkacaktır. Buna karşılık, işçi boşta geçen süre ücretini talep edebileceği için yapılan feshin geçerli olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir⁴³⁸. Yargıtay'a göre, dava devam ederken işçinin işe başlatılması durumunda, işverenin geçerli bir nedene dayanmadığını kabul ettiği şeklinde yorumlamıştır⁴³⁹. Bununla birlikte, böylesi bir durumda, işe iade davasının reddedilmesi gerektiğini, işçi feragat etmemiş ise ya da talebini geri çekmemişse, boşta geçen süre ücretinin ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerektiğini ifade etmiştir.

İşveren tarafından yapılan daveti işçi, kabul edebileceği gibi, yargılama esnasında işe başlamayı kabul etmeyebilir. Nitekim Yargıtay da iş sözleşmesi

⁴³⁷ ÇİL, Ş., İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:7, Yıl:2, s.29.

⁴³⁸ SÜZEK, s.640.

⁴³⁹ Y9HD,2.02.2005T.,2004/31715E.,2005/2889K.,
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 6.04.2018)

feshedilen ve işe iade davası açan işçisini, öncekinden daha düşük maaşla işe almayı teklif eden işverenin bu davetinin samimi olmadığına karar vermiştir. Böylesi bir durumda işe başlamayan işçinin, işe iade davasının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁴⁰. Benzer şekilde başka bir kararında da feshin bozucu yenilik doğuran bir irade beyanı olması nedeniyle, Yargıtay yargılama sırasında yapılan işe davetin tek başına feshi ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Ayrıca işçinin, işverenin davetine olumlu yanıt vermemesinin de işçinin işe dönme isteğinde gerçek bir niyetinin bulunmadığı şeklinde anlaşılmaması gerektiğini belirtmiştir⁴⁴¹. Özetlemek gerekirse, işçiyi işe davet eden işverenin bu daveti ciddi, dürüst olmalı ve bir koşula bağlanmamalıdır. Başka deyişle, işverenin amacı, davanın olası olumsuz sonuçlarından kaçmak olmamalıdır⁴⁴².

2. Yargılama Esnasında İşçinin Ölümü

İşçinin işe iade davası açmak için kendisine verilen yasal süre içerisinde hayatını kaybetmesi durumunda artık mirasçıların işe iade davası açması söz konusu değildir⁴⁴³.

Eğer işçi, işe iade davası açtıktan sonra ölürse, Yargıtay feshin geçersizliğine ilişkin davanın konusuz kalmadığını savunmaktadır. Zira, söz konusu dava bir tespit davasıdır ve hüküm verilmesinde mirasçıların hukuki yararı bulunmaktadır. Dolayısıyla, eğer feshin geçersiz olduğu sonucuna varılırsa, davanın kabulü gibi hüküm kurulması gerekmektedir⁴⁴⁴.

Buna karşılık işçi feshin geçersizliği tespit edilip işe başlamak için başvuru yaptıktan sonra ölürse, mirasçılar en çok dört aya kadar ücret ile birlikte diğer hakları isteyebilirler⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰Y9HD,14.07.2008T.,2007/42753E.,2008/20175K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 6.04.2018)

⁴⁴¹Y9HD,1.02.2010T.,2009/13902E.,2010/1829K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 6.04.2018)

⁴⁴² TULUKÇU, s.314.

⁴⁴³ SÜZEK, s.643.

⁴⁴⁴Y9HD,6.11.2006T.,2006/20109E.,2006/29326K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 6.04.2018)

⁴⁴⁵ SÜZEK, s.644.

3.Yargılama Esnasında İşçinin Emekli Olmaya Hak Kazanması

Bir işveren, işçisinin iş sözleşmesini bildirim önellerine uyarak feshetmişse ve bu süre içerisinde işçi de emekliliğe hak kazanmışsa, bu durum iş sözleşmesinin işveren tarafından yapılan feshi etkilemeyecektir. Böylesi bir durumda hakim işe iade davasına devam etmeli ve karar vermelidir⁴⁴⁶.

4. Yargılama Esnasında İşyerinin Kapanması

Yargılama esnasında işyerinin kapanmasına ilişkin olarak Yargıtay, “Fesihden yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapatılmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.” şeklinde açıklama yapmıştır⁴⁴⁷. Ayrıca bir kararında da kapanan işyeri dışında işverenin başka bir işyeri olup olmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴⁸. Nitekim doktrinde de işverenin bir işyeri kapanmış; fakat başkaca işyerleri bulunmaktaysa, bu durumun yargılama ve ödemeler bakımından bir olumsuzluk yaratmayacağı savunulmaktadır⁴⁴⁹.

Doktrinde bir görüş, işyerinin kapanması halinde artık işe iade kararının bir anlamı olmayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre eğer işyerinin kapanması yahut işe başlatmama objektif bir imkansızlık nedeniyle gündeme gelmekteyse, işveren, boşta geçen süre ücretinden sorumlu tutulmalı; fakat işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatından sorumlu olmamalıdır. Buna karşılık eğer objektif bir neden söz konusu değilse, işveren hem boşta geçen süre ücretinden hem de işe başlatmama tazminatından sorumlu olmalıdır⁴⁵⁰. Doktrinindeki diğer bir görüşe göre ise, her ne kadar yargılama esnasında işyeri kapandığında işe iade mümkün değilse de boşta geçen süre ücreti, iş güvencesi tazminatı ve diğer hakların ödenmesi olanaklıdır⁴⁵¹. Kanımızca da yargılama esnasında işyeri kapansa dahi, boşta geçen süre ücreti, iş güvencesi tazminatı ve

⁴⁴⁶ SÜZEK, s.639-640.

⁴⁴⁷Y9HD,25.12.2006T.,2006/27396E.,2006/34577K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.04.2018)

⁴⁴⁸Y9HD,11.07.2005T.,2005/21402E.,2005/24448K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 21.04.2018)

⁴⁴⁹ AKYİĞİT, s.313.

⁴⁵⁰ ÇANKAYA, s.249.

⁴⁵¹ MANAV, s. 340; SÜZEK, s.642.

diğer hakların ödenmesi olanaklıdır. Bu ödemelerin işyerinin kapanması halinde dahi yapılması, iş hukukunun amacına daha uygun düşecek ve işçilerin korunması bakımından önem teşkil edecektir.

C.İŞE İADE DAVASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

İşe iade davası sonucunda verilebilecek iki hüküm bulunmaktadır. Bunlar; davanın kabul edilmesi ve reddedilmesidir. Davanın reddedilmesi halinde feshin geçerli olduğuna kabul edilecek ve davanın kabul edilmesi halinde feshin geçersiz olduğu sonucuna varılacaktır.

1. Feshin Geçerli Olduğuna Karar Verilmesi

Arabuluculuk görüşmeleri sonucunda veya açılan işe iade davası ile işveren tarafından yapılan fesih, geçerli kabul edilirse geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshine ilişkin sonuçlar doğacaktır.

Arabulucu görüşmeleriyle çözülemeyen işe iade talebi, mahkemeye taşınmışsa ve mahkeme yapılan feshin geçerli olduğuna karar vermişse, bu hüküm bir tespit hükmüdür⁴⁵². Söz konusu hükümle birlikte iş sözleşmesi işverenin feshi yaptığı tarihte son bulmuş olur⁴⁵³. Eklemek gerekir ki, geçerli bir fesih durumunda eğer şartları oluşmuşsa, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı talep etmesinde bir sakınca bulunmamaktadır⁴⁵⁴. Bununla birlikte Yargıtay'a göre; eğer işçi, işe iade davası dışında, kıdem ve ihbar tazminatı için de bir dava açmışsa, feshin geçersizliğine ilişkin davanın bekletici mesele yapılması gerekmektedir⁴⁵⁵.

⁴⁵² ÇANKAYA, s.245; GÖKÇE, E., Türk İş Hukukunda İşe İade Davası, İstanbul, 2008, s.137-138.

⁴⁵³ GÖKÇE, s.138.

⁴⁵⁴ GÖKÇE, s.138.

⁴⁵⁵Y9HD,2.07.2012T.,2012/23750E.,2012/25159K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 7.04.2018)

2.Feshin Geçersizliğine Karar Verilmesi

İşe iade davası sonucunda verilebilecek bir diğer hüküm de işverence yapılan feshin geçersiz olduğuna karar verilmesidir. Bunun hukuki sonuçları da aşağıda incelenmektedir.

a.Genel Olarak

Arabuluculuk görüşmeleri neticesinde yahut açılan işe iade davası sonunda feshin geçersiz olduğuna karar verilmesi halinde 4857 Sayılı Kanun m.21 uygulama alanı bulacaktır⁴⁵⁶. 4857 Sayılı Kanun m.21/1'e göre:

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak zorunluluğu altındadır. İşçiyi başvurusu üzerine, işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır.

Söz konusu hükümle işverene bir seçim hakkı tanınmaktadır. İşveren, işçiyi işe almayı kabul edebileceği gibi maddede sayılan tazminatları da ödemeyi tercih edebilir. Bu seçim hakkı işverene tanınmış bir hak olduğu için, işçinin dava açarken işe iade yerine tazminata hükmedilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır⁴⁵⁷. Eğer işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini düşünmekteyse 6356 Sayılı Kanun m.25/5 uyarınca işe iade davası açmayıp bunun yerine sendikal tazminata karar verilmesini talep edebilir.

4857 Sayılı Kanun m.21/6 gereğince, eğer kesinleşmiş bir mahkeme hükmü ya da özel hakem kararı varsa, işçi bu kararın tebliğinden itibaren on iş günü içinde işverene başvuruda bulunmak ve işe başlama isteğini bildirmek zorundadır. Eğer bu süre içerisinde işçi, işe başlamak için başvuruda bulunmazsa, yapılan fesih geçerli bir fesih sayılacak ve işveren yalnızca buna ilişkin hukuki sonuçlar nedeniyle sorumlu olacaktır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, işe başlatılma tarihini belirlemeleri gerekir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe

⁴⁵⁶ TULUKÇU, s.331-332.

⁴⁵⁷ TULUKÇU, s.332.

başlamaması halinde, fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşılırsa kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek iş güvencesi tazminatının parasal olarak miktarını da belirlemek zorundadırlar. Parasal olarak belirlemenin amacı, hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, miktarın tazmini için doğrudan doğruya icra takibine geçilmesidir; fakat bu takibin ilamlı mı yoksa ilamsız olacağı belirtilmemiştir. Dolayısıyla işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücretinin parasal olarak belirlenmesi, alacakların takip yoluyla tahsili aşamasında varolan sorunları ortadan kaldırmaya elverişli değildir⁴⁵⁸. Ekleyelim ki, getirilen bu düzenleme, davanın bir tespit davası olması niteliğini değiştirmemektedir. Nitekim, 4857 Sayılı Kanun m.21/1’de de “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek” ifadesi kullanılmaktadır.

4857 Sayılı Kanun’un 21.maddesine 7036 Sayılı Kanun’la eklenen fıkraya göre, eğer taraflar, işçinin işe başlaması hususunda arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşmışlarsa, işe başlatma tarihini, söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan ücret ve diğer hakların parasal olarak miktarını ve eğer işçi, işe başlatılamazsa, ikinci fıkra da düzenlenmiş olan tazminatın parasal miktarını da belirlemek zorundadırlar. Eğer bunlar tespit edilmemiş ise, anlaşma sağlanamamış kabul edilecek ve son tutanak bu şekilde tanzim edilecektir. İşçi, taraflarca kararlaştırılan tarihte işe başlamazsa, işverenin yaptığı fesih geçerli hale gelecek ve işveren yalnızca bunun hukuki sonuçları nedeniyle sorumlu olacaktır.

b.İşçinin İşe Başlama Başvurusu

İş Kanununda getirilen düzenleme çerçevesinde bu başlıkta; işçinin işverene başvuruda bulunmaması, işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması, işçinin başvuruda bulunması ve bunun üzerine işverenin onu işe davet etmesine

⁴⁵⁸ ASTARLI, s.45.

rağmen işe başlamaması, işverenin işçiyi işe başlatması durumlarının incelenmesi gerekir.

aa.İşçinin İşverene Başvuruda Bulunmaması

4857 Sayılı Kanun m.21/6 kapsamında işçi, kesinleşen mahkeme kararının veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmalıdır. Eğer işçi, başvurusunu bu süre içerisinde yapmaz ise, işverenin yaptığı fesih geçerli kabul edilecek ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları dolayısıyla sorumlu olacaktır.

İşçinin, işveren başvurusunu ne şekilde yapması gerektiğine ilişkin olarak mevzuatımızda bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, sözlü yapılacak başvurunun ispatı zor olacağından bu başvurunun yazılı şekilde yapılması ve hatta noter aracılığıyla yapılması daha uygun olacaktır.⁴⁵⁹ Yargıtay, işçinin bu başvurusunu işverene, onun vekiline yahut üyesi olduğu sendika aracılığıyla iletebileceğini ifade etmektedir.⁴⁶⁰Yine aynı kararda Yargıtay, feshin geçerli sayılması durumunda işçiye koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini belirtmektedir.

İşçi, işverene on işgünü içerisinde başvuruda bulunmak zorunluluğu altındadır. Bu süre hak düşürücü bir süre olduğundan re'sen dikkate alınacaktır. Ayrıca doktrinde, işçinin belirtilen süre içerisinde yapmış olmak kaydıyla bu başvurusunu tatil gününde de yapabileceğini savunulmaktadır⁴⁶¹. Bununla birlikte Yargıtay, işe iade kararı kesinleşmeden önce yapılan başvuruları geçerli kabul etmemektedir⁴⁶².

bb. İşçinin Kararlaştırılan Tarihte İşe Başlamaması

İş Kanunu'na, 7036 Sayılı Kanun ile eklenen fıkra gereğince, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, işçi bu tarihte işe başlamalıdır (m.21/6). Arabuluculuk görüşmeleri sırasında işçinin işe başlatılması için anlaşılması halinde on

⁴⁵⁹ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.1127.

⁴⁶⁰Y22HD,20.01.2012T.,2011/18310E.,2012/313K.

(http://www.kazancihukuk.com, E.T: 11.04.2018)

⁴⁶¹ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.1127-1128.

⁴⁶²Y9HD,22.11.2006T.,2006/11483E.,2006/30849K.

(http://www.kazancihukuk.com, E.T: 11.04.2018)

işgünlük bir süre söz konusu değildir. İşçi, kararlaştırılan tarihte işe başlamazsa, işveren tarafından yapılan fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olacaktır.

cc. İşçinin Başvuruda Bulunması ve Bunun Üzerine İşverenin Onu İşe Davet Etmesine Rağmen İşe Başlamaması

İşçi on iş günü içerisinde işverene, işe başlamak için başvuru yaptığında 4857 Sayılı Kanun m. 21/1 uyarınca işveren, işçinin kendisine yapmış olduğu başvuru üzerine bir ay içerisinde onu işe başlatmalıdır. Eğer başlatmazsa en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminatı işçiye ödemek zorundadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin hem işçinin başvurusu hem de işverenin işe daveti konusuna ilişkin kararına⁴⁶³ göre, işçinin işe iade edilme yönündeki başvurusunun samimi olması gerekmektedir. Aslında, işe başlamak istemediği halde, sırf işe iade davasının sonuçlarından istifade etmek amacıyla işçinin yapmış olduğu başvurunun işe iade başvurusu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Aynı kararında Yargıtay, işverene işe başlama başvurusu yaptıktan ve işverenin de davet etmesinden sonra işçi, işe başlamazsa, burada işçinin asıl amacının işe başlamak olmadığını ifade etmektedir. Böylesi bir durumda yapılan fesih, geçerli bir feshin hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Dolayısıyla da, işe iade davasının sonuçlarından olan işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre ücreti ile diğer hakları işçi talep edemeyecektir. Koşulları oluşmuşsa, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilmesi mümkündür.

İşveren bakımından ise, işverenin yapmış olduğu davet ciddi olmalıdır. İşveren, sırf işe başlatmama tazminatı ödememek için davet yapmışsa, bu aslında bir işe başlatma olarak kabul edilemez. İşçinin işe iade edilmesinden sonra, işveren tarafından işe başlatılmaması halinde, bu durumun sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte yahut bir aylık sürenin sonunda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği sonucuna varılır. Bu fesih tarihine göre, işçiye işveren tarafından ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gerekmektedir.

Önemle ifade etmemiz gerekir ki, işçinin başvuruda bulunduktan sonra işverenin de onu işe davet etmesine rağmen işe başlamaması halinde

⁴⁶³Y9HD,22.01.2010T.,2009/13227E.,2010/834K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 11.04.2018)

başvurulacak hukuki yöntem yasada belirtilmemiştir. Buna karşılık işçinin süresi içerisinde işverene işe başlamak için başvuruda bulunmaması hali ve bunun sonucunda geçerli bir feshin hukuki sonuçları yasada yer almaktadır. Bu nedenle, yasada yer alan bu kural benzer bir menfaati koruyan başka bir hal için de uygulanırsa bu çözüm yasanın amacına da uygun olacaktır. Dolayısıyla, işçinin süresi içinde başvurmaması halinde uygulanacak yaptırım, işçinin başvurup kendisine yapılan davete rağmen işe başlamaması haline de uygulanmalıdır⁴⁶⁴.

dd.İşverenin İşçiyi İşe Başlatması

Eğer işçinin yapmış olduğu başvuru üzerine, işveren işçiyi işe başlatmayı kabul ederse bu takdirde iş sözleşmesinin herhangi bir kesintiye uğramadan devam ettiği kabul edilmelidir⁴⁶⁵. İşverenin, yapacağı davetin şarta bağlanmaması gerekmektedir⁴⁶⁶. Nitekim Yargıtay da işverenin, boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak işçiyi işe almayı önermesi halinde yasada öngörülen şekilde bir işe başlatma bulunmadığına hükmetmiştir⁴⁶⁷.

İşveren, işçiyi işe başlatma istediği takdirde, eski işyerinde işe almalı ve aynı çalışma koşullarını sunmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın da konu ile ilgili kararına göre, işçinin kural olarak geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde işe başlatılması gerekmektedir. Önceki koşullar, işçiye tam olarak sağlanmalı ve parasal haklar ödenmelidir. Eğer, yargılama sürecinde mahrum kalınan ücret artışları varsa, işçi bunlardan da yararlandırılmalıdır. Eğer, işçinin önceki işine veya işyerine iade olanağı yoksa, işveren, iş şartlarında esaslı bir değişiklik yapmadan bir iş teklifi yapmalıdır. Eğer iş şartlarında esaslı bir değişiklik yoksa ya da işverenin yaptığı değişiklik teklifi, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmiyorsa, böyle bir durumda işçinin başvurmaması halinde feshin geçerli hale geldiği kabul edilecektir. Eğer, esaslı bir değişiklik söz

⁴⁶⁴ SÜZEK, s.648; TULUKÇU, s.343.

⁴⁶⁵ SÜZEK, s.648-649.

⁴⁶⁶ GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.1129.

⁴⁶⁷ Y9HD, 21.06.2004T., 2004/3377E., 2004/15404K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 11.04.2018)

konusu ise, işveren 4857 Sayılı Kanun m.22'ye uygun davranmalı ve değişiklik feshi yoluna başvurmalıdır.

Yargıtay, işçiyi işe başlatma konusunda işverenin samimi olmasını aradığından kararlarında bu hususu da irdelemektedir. Keza Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, incelemiş olduğu dosyada aşağıdaki şekilde hüküm kurmuştur⁴⁶⁸:

“Somut olayda, davalı işveren fesihden sonra davacıyı işe başlaması için çağrıda bulunmasına rağmen, davacının daha önce çalıştığı işyerinin kapandığını, bu sebeple Zonguldak'daki işyerinde işe başlaması gerektiğini belirterek davacıya ihtarname göndermiştir.

Bozma sonrasında yapılan araştırma yeterli değil ise de Dairemizce aynı konuda verilmiş birçok emsal karar bulunmaktadır. Buna göre davalı [...]’nin davacıyı ikamet ettiği İstanbul ilinde istihdam imkanı olmasına rağmen, sırf mahkemece verilen işe iade kararının infazından kurtulabilmek için davacıyı Zonguldak’ta işe davet ettiği, çağrısında samimi olmadığı anlaşılmaktadır.”

İşveren işçiyi işe başlatsın ya da başlatmasın 4857 Sayılı Kanun m.21/3 gereğince kararın kesinleşme tarihine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını ödeyecektir. Buna karşılık belirtmek gerekir ki, işçi işe başlatılmış ise, 4857 Sayılı Kanun m.21/2’de öngörülen en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında olan iş güvencesi tazminatı ödenmeyecektir.

Ayrıca 4857 Sayılı Kanun m.21/5 uyarınca işçi işe başlatıldığı takdirde, kendisine peşin olarak ödenen bildirim süresine ilişkin ücret ve kıdem tazminatı, en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarından mahsup edilecektir. Dolayısıyla, işçi işverene süresi içinde başvurduğunda en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir. Bunlar, işçinin işverene başvurduğu tarihte muacceliyet kazanacaktır⁴⁶⁹. Yasada öngörülen mahsubun nedeni, işçi işe iade edilip işveren tarafından işe başlatıldığında, iş sözleşmesinin hiç kesintiye uğramamış gibi devam edecek olmasıdır. Zira, bu takdirde, iş sözleşmesinin feshi bulunmayacağından yapılan ödemelerin hukuki dayanağı ortadan

⁴⁶⁸YHGK,5.04.2017T.,2015/3351E.,2017/651K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 11.04.2018)

⁴⁶⁹ TULUKÇU, s.352.

kalkacaktır⁴⁷⁰. Keza Yargıtay da feshin geçersizliğine karar verilmesi üzerine işe başlatılan işçiye ödenen bildirim süresine ait ücretin, boşa geçen sürelele ait ücretten mahsup edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁷¹.

c.İşçinin İşe Başlatılmamasının Hüküm ve Sonuçları

İşveren tarafından işçinin işe başlatılmaması üç şekilde gerçekleşebilecektir. İlk olarak, işveren bir aylık işe davet süresi içerisinde yahut sonunda işçiye işe çağırmayacağını ifade edebilir. Bir başka yol, söz konusu bir aylık sürenin sessiz geçirilmesi ve bunun sonucunda işçinin işe başlatılmamış sayılmasıdır. Üçüncü yol da işveren işçiye yeniden işe başlatmak üzere davet eder; fakat işçiye sunulan iş eski işi değildir. Hatta işverenin gerçek amacının da işçiye işe başlatmak olduğunu söyleyemeyebiliriz. İşte işverenin, işçiye işe başlatmayacağı bu yollardan biri ile ifade edilmiş olacaktır⁴⁷². Önemle belirtmek gerekir ki 4857 Sayılı Kanun m.21/8 uyarınca birinci, ikinci ve üçüncü fıkradaki hükümler sözleşme ile değiştirilemeyecektir ve aksi yönde yapılacak olan sözleşme hükümleri geçersizdir.

Yargıtay, işçinin işe başlatılmaması durumunda, feshin bu tarihte gerçekleşmiş olacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla, en çok dört aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesaplanması esnasında da dikkate alınmalıdır⁴⁷³.

İfade edelim ki, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaya varmaları ve işçiye işe başlatmaya karar vermeleri ve başlatma tarihini belirlemelerine rağmen, işveren işçiye işe başlatmazsa, işveren anlaşma metninde parasal olarak kararlaştırılan boşa geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ödeyecektir⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ SÜZEK, s.650.

⁴⁷¹Y9HD,15.10.2003T.,2003/16116E.,2003/17101K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 11.04.2018)

⁴⁷² ÇİL, Ş., İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2013, S.29, s.79.

⁴⁷³Y9HD,6.12.2004T.,2004/28355E.,2004/26161K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 11.04.2018)

⁴⁷⁴ ASTARLI, s.50.

aa.İş Güvencesi Tazminatı (İşe Başlatmama Tazminatı)

4857 Sayılı Kanun m.21/1-2’de getirilen düzenlemeye göre: “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından 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 dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.” 6356 Sayılı Kanun m.25/4 uyarınca işçinin, iş sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilmişse, işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilecektir. Dolayısıyla, eğer işçinin iş sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilmişse, işçi işe iade davası açmak yerine sendikal tazminat için dava açılabilecektir⁴⁷⁵.

7036 Sayılı Kanunla 4857 Sayılı Kanun m.21’in üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkraya göre, “Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkroda düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkroda düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.” Bu düzenlemeye göre, 4857 Sayılı Kanun m.21/4 gereğince mahkeme yahut özel hakem, bahsedilen tazminatı dava tarihindeki ücreti temel alarak parasal olarak tespit edecektir. Doktrinde, dava tarihindeki ücretin temel alınmasını bir geriye gidiş olarak tanımlanmaktadır⁴⁷⁶. Bunun nedeni olarak da alacakların doğdukları anlara göre değil, daha önceki bir tarihe göre hesaplanmalarını göstermektedir.

Belirtmek gerekir ki bir işçi, işe iade davası açtığı anda iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretine dair talebi olmasa dahi bu konularda karar verilmesi gerekmektedir. Zira, bunlar işe iadenin sonucunu teşkil etmektedir⁴⁷⁷.

Yargıtay, en çok dört aya kadar doğmuş olan ücret ve diğer haklar hesaplamasında, brüt çıplak ücret üzerinden hesaplama yapılmasını hatalı

⁴⁷⁵ TULUKÇU, s.362.

⁴⁷⁶ ASTARLI, s.47.

⁴⁷⁷Y9HD,11.09.2003T.,2003/14994E.,2003/14267K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 17.04.2018)

bulmaktadır⁴⁷⁸. Dolayısıyla burada hesaplama, temel ücret üzerinden yapılmalıdır⁴⁷⁹.

Yargıtay tazminatın belirlenmesi esnasında uyguladığı yöntemi şu şekilde ifade etmektedir⁴⁸⁰:

“Dairemiz yıllık ücretli izinle ilgili 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatın belirlenmesini öngörmekte, fesih sebebine göre bu miktarlarda azami sınır 8 aya kadar da çıkmaktadır. İşletme gerekleri ile fesihte emeklilik nedeninin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması halinde işe başlatmama tazminatı alt sınırdan belirlenmektedir.”

Doktrinde bu uygulama eleştirilmektedir. Zira, bu görüşe göre, iş güvencesi tazminatı yalnızca kıdem esas alınarak belirlenmemelidir. Özellikle, işverenin kötünियeti söz konusuysa bu tazminatın daha yüksek tutulması mümkündür. Hakim, tazminatı belirlerken feshin somut koşullarını göz önünde bulundurmalı ve o doğrultuda bir hüküm kurmalıdır. Burada özellikle, feshin yapılma şekli, mobbing, işçinin görmüş olduğu zarar dikkate alınmalıdır⁴⁸¹.

Yargıtay önceki içtihatlarında, emekliliğe hak kazanan kişilerin iş sözleşmelerinin feshinde tazminatın alt sınır olan 4 ay olarak belirlenmesi gerektiği kanaatindeydi. Buna ilişkin olarak söz konusu kararda şu ifadeye yer vermiştir: “Davacının emekliliğe hak kazandığı sabittir. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması uyarınca, emekliliği gelen ve iş sözleşmesi işletmeden kaynaklanan nedenle feshedilen, ancak geçerli neden kanıtlanmadığı hallerde fesih sebebine göre işe başlatmama tazminatının alt sınır olan 4 ay üzerinden belirlenmesi gerekir. 4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce

⁴⁷⁸Y9HD,1.12.2003T.2003/19181E.,2003/19777K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 17.04.2018)

⁴⁷⁹ SÜZEK, s.653.

⁴⁸⁰Y9HD,18.03.2013T.,2013/3199E.,2013/9270K.
(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 17.04.2018)

⁴⁸¹ ALP, M., İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2017, s.231.

aşağıdaki şekilde karar verilmiştir⁴⁸².” Ancak, daha güncel kararında, emeklilik yüzünden yapılan fesihlerde yahut emekli olup çalışan kişilerin iş sözleşmelerinin feshinde sadece 4 aylık ücret tutarında ücret hükmedilmesinin hakkaniyetli olmadığı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle de emekliliğin işe başlatmama tazminatının belirlenmesi esnasında dikkate alınmayacağını belirtmiştir⁴⁸³.

Söz konusu tazminata faiz yürütülmesiyle ilgili olarak ise, bu alacak işçinin, işverene başvurup işe başlatılmaması durumunda muaccel hale gelmektedir. Dolayısıyla Yargıtay, faizin dava tarihinden itibaren yürütülmesini doğru bulmamaktadır⁴⁸⁴.

bb.Boşta Geçen Süreye Ait Ücret

4857 Sayılı Kanun m.21/3 uyarınca işçiye, kararın kesinleşmesine kadar çalışmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenecektir. Bu dört aylık sürenin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle söz konusu iptal isteminin reddine karar vermiştir: “Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır⁴⁸⁵.” 4857 Sayılı Kanun m.21/4 gereğince mahkeme yahut özel hakem, bahsedilen boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları dava tarihindeki ücreti esas almak suretiyle parasal olarak tespit edecektir. Doktrinde, dava tarihindeki ücretin esas alınması nedeniyle, işçinin dava tarihinden sonra meydana gelecek artışlardan yararlanamama şeklinde bir olumsuzluğun ortaya çıktığını ifade edilmektedir.

⁴⁸²Y9HD,20.02.2007T.,2006/33626E.,2007/4723K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 17.04.2018)

⁴⁸³Y7HD,10.07.2013T.,2013/19137E.,2013/13064K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 17.04.2018)

⁴⁸⁴Y9HD,8.07.2003T.,2003/12442E.,2003/13123K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 17.04.2018)

⁴⁸⁵AYM,18.12.2008T.,2005/2E.,2008/181K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 18.04.2018)

Ayrıca bu dört aylık sürede doğmuş olan ücret eklerine ilişkin hesaplamanın ne şekilde yapılacağı da belirsiz olduğu için doktrinde bu husus eleştirilmektedir⁴⁸⁶.

Yargıtay'ın, boşta geçen süre ücretine ilişkin olarak verdiği kararına göre⁴⁸⁷ boşta geçen süre ücretindeki, diğer haklar kavramı içerisine ikramiye, yol yardımı, gıda yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal hakların da dahil edilmesi gerekmektedir. Burada sanki, işçi çalışıyormuş gibi değerlendirme yapılmalı ve para ile ölçülebilen tüm menfaatler dikkate alınmalıdır. İşçinin, fiilen çalışması ile ortaya çıkan, fazla çalışma ücreti, hafta tatili, bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ve satışa bağlı prim vb. ödemeler, diğer haklar kapsamında göz önünde bulundurulmayacaktır. Yargıtay, bahsedilen kararında boşta geçen süre ücreti ve diğer haklar için, 4857 Sayılı Kanun m.34'te öngörülen faizin, işe başlatmama tazminatı bakımından da yasal faizin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Buradaki, farklılık, işe başlatmama tazminatının, tazminat olma niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Yargıtay, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretine hak kazanan işçinin, bu süre içerisinde işsizlik sigortasından da yararlanmış olması halinde bunun İş Kurumuna iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁸⁸. Keza, işçi, dava devam ederken başka bir işte çalışmış ise, Yargıtay, iş sözleşmesinin fesih tarihi ile kararın kesinleştiği tarih arasındaki sigortalı çalışmaların incelenmesi gerektiğini ve ne kadar sürenin boşta geçirildiğinin tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴⁸⁹.

İşçi, işverenin kendisini işe başlatmasından bağımsız olarak boşta geçen süre ücretine hak kazanır. Bunun istinası işe iade davasının reddedilmesi halidir⁴⁹⁰.

Boşta geçen süre içerisinde, işçinin başka bir işte çalışmaya başlaması halinde, doktrinde işe iade davasının bu nedenle reddedilemeyeceği

⁴⁸⁶ ASTARLI, s.47.

⁴⁸⁷Y9HD,22.01.2010T.,2009/13227E.,2010/834K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 18.04.2018)

⁴⁸⁸Y10HD,5.04.2010T.,2009/10508E.,2010/4814K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 18.04.2018)

⁴⁸⁹Y7HD,30.05.2013T.,2013/1937E.,2013/10151K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 18.04.2018)

⁴⁹⁰ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.486.

savunulmaktadır⁴⁹¹. Buna gerekçe olarak da kanunda işçinin, bu süre içerisinde başka bir işte çalışmasını engelleyen bir hükmün mevcut olmaması gösterilmektedir. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, eğer işçi, bu dört aylık sürede çalışmışsa, kazanmış olduğu ücret, bu dört aylık ücretten mahsup edilmelidir⁴⁹². Kanımızca, davanın ne kadar sürede sonuçlanacağını bilmeyen işçinin, bir başka iş bulup çalışması olağandır. Bu nedenle, işçinin başka bir işte kazandığı ücret, boşta geçen süre ücretinden mahsup edilmemelidir⁴⁹³.

cc.İşçinin İhbar ve Kıdem Tazminatı

İşçinin işe başlatılmaması durumunda, ihbar ve kıdem tazminatının da ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

aaa.İhbar Tazminatı

İhbar tazminatı, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin varlığı halinde, bu sözleşmeyi haklı bir nedeni bulunmadan ve gereken şekilde bildirim süresi tanımadan fesheden kişinin, diğer tarafa ödemesi gereken bir miktar tazminattır⁴⁹⁴. 4857 Sayılı Kanun m.17/2 uyarınca, “İş sözleşmeleri; a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır.”

4857 Sayılı Kanun m.17/3 uyarınca maddedeki süreler asgari niteliktedir ve tarafların anlaşarak bu süreleri arttırmaları mümkündür. Yine m.17/5 uyarınca, işveren dilerse, bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini sona erdirebilecektir. Ekleyelim ki, işveren işçiye hiç bildirim

⁴⁹¹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.487.

⁴⁹² EKMEKÇİ, Ö., Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, C.1, S.1, 2004, s.179, dn.16.

⁴⁹³ Aynı doğrultuda bkz. MANAV, s.370.

⁴⁹⁴ BERBEROĞLU YENİPİNAR, F., İş Hukukunda İşçilik Alacakları ve Tazminat Davaları, Ankara, 2018, s.18.

süresi vermese yahut bildirim süresine ait ücreti peşin ödese dahi, koşulları varsa işçi, iş güvencesinin sağladığı korumadan yararlanabilecektir⁴⁹⁵.

bbb.Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı ise, işverene ait olan işyerinde/işyerlerinde belirli bir müddet çalışmış olan işçiye emekleri ve yıpranması karşılığında yasal sınırlar içerisinde verilen toplu bir paradır⁴⁹⁶. 4857 Sayılı Kanun geçici m.6 uyarınca bir kıdem tazminatı fonu kurulması öngörülmüştür. Kıdem tazminatı fonuyla ilgili olan kanun yürürlüğe girinceye kadar kıdem tazminatına ilişkin olarak mülga 1475 Sayılı Kanun m.14 uygulanacaktır. Kıdem tazminatına hak kazanabilmek bakımından önemli olan ilk koşul, iş kanununa tabi şekilde bir iş sözleşmesiyle çalışan işçi olmaktır. Zira, maddenin başlangıcında da “Bu Kanun`a tabi işçilerin hizmet akitlerinin” denmektedir. Ayrıca bu iş sözleşmelerinin sürekli nitelikte olması gerekmektedir; çünkü 4857 Sayılı İş Kanunu m.10/2 gereğince süreksiz işlerde kıdem tazminatına ilişkin madde uygulanmayacaktır. Kıdem tazminatına hak kazanabilmek için en az bir yıl çalışılmış olması gerektiğini de belirtmekte fayda vardır.

Mülga 1475 Sayılı Kanun’un yürürlükte olan 14.maddesinde öngörülen koşulların bulunması halinde işçi, kıdem tazminatına hak kazanır. Bu koşullar, iş sözleşmesinin işveren tarafından ahlak ve iyiniyete uymayan haller nedeniyle haklı feshi dışındaki nedenlerle sona erdirilmesi, işçi tarafından haklı nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi, muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, bağlı oldukları kanunla kurulu kurum yahut sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malûllük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla yahut 506 Sayılı Kanun m.60 (A) bendinin a ve b alt bentlerinde belirtilen yaşlar haricindeki diğer şartları yahut aynı kanunun geçici 81.maddesinde göre yaşlılık aylığı bağlanması için belirtilen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi arzuları ile işi bırakmaları nedeniyle feshedilmesidir. Ayrıca kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini sona erdirmesi yahut işçinin ölümü halinde de kıdem tazminatı ödenmektedir. Bu bahsedilen hallerde, iş sözleşmesinin son bulması

⁴⁹⁵ KAPLAN, s.243.

⁴⁹⁶ BERBEROĞLU YENİPİNAR, s.16.

durumunda, söz konusu madde hükmünde yer aldığı üzere, “işçinin işe başladığı tarihten hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir.”

Kural olarak, belirli süreli iş sözleşmesi sürenin bitiminde kendiliğinden sona erdiğinden kıdem tazminatı ödenmez. Ancak, bir görüşe göre, iş sözleşmesi belirli süreli de olsa, sözleşmeye getirilecek bir madde ile bu sürenin sonunda da kıdem tazminatının ödeneceğine ilişkin bir hüküm konulması uygun olacaktır⁴⁹⁷. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu doğrultuda kararları mevcuttur⁴⁹⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, başka bir kararında da aynı görüşe yer vermiştir⁴⁹⁹.

Ayrıca, işçilerin emeklilik nedeniyle işten ayrılmaları halinde de kıdem tazminatına hak kazanacakları Yargıtay tarafından da kabul edilmiş bulunmaktadır⁵⁰⁰. Yine, aynı kararda belirtildiği üzere, işçi, emekli olduktan kısa

⁴⁹⁷ AKYİĞİT, E., En Son Tarihli Yargı Kararları Eşliğinde İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı, Ankara, 2010, s.43-44.

⁴⁹⁸“Burada önemli olan fesih iradesinin kim tarafından ortaya konulduğu ve kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Örneğin belirli süreli iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu’nun 24 üncü maddesi uyarınca haklı nedenle fesheden işçi bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Elbette kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi kararlaştırılmış ve süre sonunda taraflardan herhangi biri fesih iradesini ortaya koymamış ise iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği açıktır. Ancak belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinden önce taraflardan biri yenilememe iradesini ortaya koymuş ise burada yenilemeyen tarafın iradesine göre kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılamayacağı araştırılmalıdır. İşveren yenilememe iradesini göstermiş ve haklı nedene dayanmıyor ise bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatı ödenmelidir.” YHGK, 1.04.2015T.,2013/22-1943E.,2015/1131K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 24.04.2018)

⁴⁹⁹“Hizmet ilişkisine işveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesine göre; bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınması gerektiği vurgulanmıştır (m 2/3). Bu nedenle gerek 158 sayılı ILO Sözleşmesi, gerekse iş hukukuna egemen olan "işçi lehine yorum" ilkesi gözetildiğinde, kanun gereği belirli süreli kabul edilen sözleşmeyi, haklı bir neden olmaksızın yenilememe iradesini gösteren işverenin koşulların var olması halinde sona eren sözleşme nedeniyle kıdem tazminatından sorumlu olduğunun kabulü gerekir.” YHGK,26.11.2014T.,2013/22-1443E.,2014/958K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 24.04.2018)

⁵⁰⁰“Yani ister 15 yıl 3600 prim gününü tamamlanmış olsun ve isterse yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ayrılmış olsun her iki halde de işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır.”

bir süre sonra yeniden çalışmaya başlayabilecek ve bu çalışması yukarıda bahsedilen ve kanunen tanınan haklarına bir hanel getirmeyecektir. Zira, emekli olduktan sonra da kişilerin çalışmasını yasaklayan herhangi bir norm bulunmadığı gibi çalışma hürriyet Anayasal bir haktır.

Kıdem tazminatıyla ilgili belirtilmesi gereken bir nokta da her ne kadar maddede “Bu Kanun’a tabi işçilerin hizmet akitlerinin” denmekteyse de bunu “4857 Sayılı Kanuna tabi olarak çalışan işçilerin iş sözleşmesinin” şeklinde anlamak uygun olacaktır. Zira, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda kıdem tazminatına ilişkin özel düzenleme bulunmaktadır⁵⁰¹.

Kıdem tazminatının hesaplanmasıyla ilgili olarak 1475 Sayılı Kanun m.14/2’de “işçinin işe başladığı tarihten itibaren” ibaresi yer almaktadır. Dolayısıyla kıdem başlangıcı, işçinin işe başlama tarihidir. Nitekim Yargıtay da kıdem başlangıcının işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarih olarak kabul etmektedir⁵⁰². Yine aynı kararda bildirimli fesih halinde, ihbar önelinin de kıdem süresine dahil edileceği belirtilmektedir.

Kıdem süresinin sona ermesi ise, iş sözleşmesinin sona ermesiyle ilişkili olacaktır. Eğer, bir bildirim süresi verilmişse bu sürenin sonu, peşin bir ödeme yapılmışsa son çalışılan gün ve eğer işçi ölmüşse, ölüm tarihi kıdem hesaplanacağı son gün olacaktır. Geçerli nedenle fesih sonucu açılan davada işe iade kararı verildiği takdirde dört aylık boşta geçen süre, kıdem süresine eklenecektir. Elbette belirtmek gerekir ki, fesih işlemi ile işe iade kararı verilen süre arasında dört aydan daha uzun bir süre geçmesi halinde de dört ay ilave edilecektir⁵⁰³.

ccc.İşçinin İşe Başlatılması veya Başlatılmaması ya da Kararlaştırılan Tarihte İşçinin İşe Başlamaması Durumunda İhbar ve Kıdem Tazminatı

4857 Sayılı Kanun m.21/5 uyarınca, “İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre

Y7HD,15.09.2014T.,2014/11021E.,2014/17167K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 25.04.2018)

⁵⁰¹ KILIÇOĞLU, M., İş Hukuku Esasları Yargıtay Uygulaması & İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018, s.611.

⁵⁰²Y9HD,18.04.2016T.,2016/8906E.,2016/9711K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 24.04.2018)

⁵⁰³ KILIÇOĞLU, s.615.

yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.” İşçinin işe başlatılması nedeniyle yapılacak olan mahsup, işçiye ödenecek en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarından yapılacaktır.⁵⁰⁴

İşçi işe başlatılmadığı takdirde, işçiye ihbar süreleri için peşin ödeme yapılmış ve ayrıca kıdem tazminatı da ödenmişse, bu ödemeler işe başlatılmayan işçide bırakılacaktır⁵⁰⁵. Nitekim Yargıtay da iş sözleşmesinin feshi esnasında uygun bildirim süresi veren işverenin, işe başlatmaması sonrasında tekrar ihbar öneli vermesine gerek olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla da ihbar tazminatı talebini reddetmiştir⁵⁰⁶. 4857 Sayılı Kanun m.17/6’daki hükme bakıldığında işveren, işçiyi işe başlatmadığında kötüniyet tazminatı ödeme yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

İşe başlatmama halinde ödenecek ihbar ve kıdem tazminatının miktarına ilişkin olarak Yargıtay’ın yaptığı açıklamaya göre⁵⁰⁷:

“İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. İhbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı belirtilen fesih tarihindeki emsal işçi ücretine hesaplanır.”

İşçinin işe başlatıldığı tarihte, peşin olarak almış olduğu ücret ve kıdem tazminatı iade zorunluluğu söz konusu olacaktır. İşçinin iade etmesi gereken tutar kıdem tazminatı meblağındadır ve buna gecikme faizi olarak kanuni faiz uygulanmalıdır.⁵⁰⁸ Diğer taraftan 4857 Sayılı Kanun’a 7036 Sayılı Kanun ile eklenen 4.fikrasına göre, mahkeme veya özel hakem işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücreti ve diğer hakları, dava tarihindeki ücretine göre parasal olarak belirler.

⁵⁰⁴ SÜZEK, s.650.

⁵⁰⁵ SÜZEK, s.651.

⁵⁰⁶Y22HD,6.12.2011T.,2011/10824E.,2011/6789K.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.04.2018)

⁵⁰⁷Y22HD,20.03.2012T.,2012/1451E.,2012/4933E.

(<http://www.kazancihukuk.com>, E.T: 20.04.2018)

⁵⁰⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.365.

Boşta geçen süre creti ile işe başlatmama tazminatının dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplanacak olması durumunda dahi, işçilerin işe başlatılmadıkları durumda fark kıdem tazminatlarını talep edebilmek için açabilmeleri mümkündür. Bir başka deyişle, geçersiz fesih nedeniyle işe iade edilen ve işverene başvurusuna rağmen işe başlatılmayan işçinin bu başlatılmama hali yeni bir fesih sayılacak ve kıdemi ile ücretinin bu tarihe göre hesap edilmesi gerekecektir. Sonuçta boşta geçen süre creti ile işe başlatmama tazminatı bakımından dava tarihindeki ücret esas alınsa da kıdem tazminatı bakımından bu tarihin esas alınmaması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁵⁰⁹. Dolayısıyla da bu durumun, yine iş mahkemelerinin iş yükünde bir azalma yaratmayacağı öngörülebilecektir.

İşçi, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda kararlaştırılan tarihte işe başlamadığı takdirde, işverenin yapmış olduğu fesih geçerli bir fesih halinde gelir ve işveren, yalnızca bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Böyle bir durumda, koşulları varsa, işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir.

⁵⁰⁹ ASTARLI, s.47.

SONUÇ

Bireyler arasında olabileceği gibi işçi ve işveren arasında da zaman zaman çatışmalar söz konusu olabilir. Özellikle, taraflardan birisinin tek taraflı irade beyanıyla iş sözleşmesini sona erdirmek istediği durumlarda anlaşmazlık çıkma ihtimali daha yüksektir. Burada özellikle daha zayıf konumda olan işçinin bazı özel hallerde daha fazla güvence altına alınması söz konusudur.

4857 Sayılı Kanun m.18/1 uyarınca belirli şartlar dahilinde işverenler, işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek istedikleri takdirde işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından yahut işletmenin, işyerinin ya da işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanma zorunluluğu bulunmaktadır. Bir başka deyişle, bir işçinin iş güvencesi kapsamında olması halinde, işveren belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek istediği takdirde geçerli bir nedenin varlığı halinde bu feshi yapabilecektir. Bir işçinin iş güvencesi kapsamında olabilmesi için iş kanunu kapsamında işçi sayılması, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi, işçinin en az altı aylık kıdeminin bulunması, işyerinde en az otuz işçi çalışması, işveren vekilliği sıfatının bulunmaması gerekir. İşçi, belirsiz süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışmalıdır.

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden feragat edip edemeyeceği konusu da tartışmalıdır. Kanımızca, işçinin iş güvencesi hükümlerinden önceden feragat etmesi geçerli sayılmamalıdır. Zira, böylesi bir iradeyi, işverenin baskısıyla ortaya koyup koymadığını ayırt etmek oldukça güçtür.

İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin geçerli nedene dayanma zorunluluğu bulunduğu bahsettik. Çalışma konumuz kapsamında, incelenen nedenler, işçinin kişiliğine ilişkin olan yetersizlik ve davranışlarla sınırlıdır. İşçinin yeterliliği tabiri ile, kanunda aslında kastedilen, işçinin yetersiz kalmış olması halidir. İşçinin yetersizliğini fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik olarak ikiye ayırmak uygun olacaktır. İşçinin fiziki yetersizliğini de hastalık ve yaşlılık olarak ikiye bölebiliriz. Mesleki yetersizlikte ise, işçinin verimi ve performansı gibi unsurlar devreye girmektedir. Özellikle performans kriterleri bakımından belirtmeliyiz ki, bu kriterlerin objektif olması, işyerine özgü olması, gerçekçi ve makul olması gerekmektedir. Ayrıca bu kriterler önceden saptanmalı ve işçiye

tebliğ edilmelidir. Burada işin gerektirdiği bilgi ve becerinin dikkate alınması da önemlidir.

Çalışma kapsamında işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler de incelenmiştir. Özellikle incelenen davranışlar; işçinin işvereni yanılgıya düşürmesi, işçinin işveren aleyhine söylemlerde bulunması, işçinin geçimsiz davranması, işçinin doğruluk ve bağlılığa aykırı davranması, işçinin işe gelmemesi yahut geç gelmesi, işçinin işverenin malına zarar vermesi, işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşüren davranışları, işçinin kısa süre tutuklu kalması, işçinin ücretinin haczi, işçinin görevini yerine getirmede yetersiz olması, işçinin cinsel tacizi, işçinin alkol veya uyuşturucu madde almasıdır. Ayrıca şüphe feshi ve baskı feshine de kısaca değinilmiştir. Şüphe feshinde, her ne kadar kanıtlanamamış olsa da işçinin güven sarsıcı bir davranışı söz konusudur. Baskı feshinde ise, bir işçinin iş sözleşmesi, işveren tarafından üçüncü bir kişinin ağır bir tehdidi nedeniyle sona erdirilmektedir.

İşçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde önemli olan husus, yetersizliğin veya davranışların işin düzenini bozacak nitelikte olup olmamasına tabidir.

İşveren, fesihten önce, iş ilişkisinin devamı için dürüstlük kuralı gereğince bütün çabayı göstermeli ve feshe son çare olarak başvurmalıdır. Örneğin, işçinin yeteneklerine uygun başka bir işte çalıştırılması mümkünse, öncelikle bu yol denenmelidir veya işçiye gerekli eğitimler sağlanmalıdır.

Geçerli neden ve haklı neden kavramı sıklıkla tartışma konusu haline gelmektedir. Haklı neden, dürüstlük kuralları kapsamında iş ilişkisinin devam edemeyeceği hallerdir. Oysa, geçerli neden teşkil eden haller bu ağırlıkta değildir. Haklı neden teşkil eden durumlarda, derhal fesih hakkı söz konusudur; fakat geçerli neden varsa süreli fesihten bahsedilecektir.

İşveren fesih işlemini yaparken, feshi yazılı yapmalı, fesih nedenini açık bir şekilde belirtmeli ve işçinin savunmasını almalıdır. Özellikle iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin yazılı yapılması geçerlilik şartıdır. Fesih, bildirimin işçinin anlamasına imkan verecek şekilde yapılması, fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi zorunludur. Zira, sonrasında işçi, dava açıp açmamaya karar verecektir. Ayrıca feshin makul bir süre içerisinde

yapılması da önem teşkil etmektedir. Bu zamanlamayla ilgili olarak mevzuatımızda kesin ve açık bir belirleme yapılmamıştır. Bu süre, her somut olayın özellikleri çerçevesinde iyiniyet kurallarına göre tespit edilebilecektir.

İşçi, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmediği iddiasındaysa, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na göre öncelikle arabulucuya başvuracaktır (m.3/1). Arabulucuya başvurulması, dava şartı halinde geldiğinden arabulucuya başvurulmadan doğrudan dava açılması halinde, mahkeme usulden ret kararı verecektir. Mahkeme, bunu davanın her aşamasında inceleyebileceği gibi, taraflardan birisi de böyle bir eksikliği her zaman ileri sürebilecektir.

Hangi uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu 7036 Sayılı Kanunda belirtilmektedir. Bunlar; bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalardır. Eğer taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa arabuluculuk görüşmeleri arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülecektir. Arabulucu, büro tarafından komisyon başkanlıklarına bildirilen liste içerisinde seçilecektir. Eğer, taraflar aralarında listedeki herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmışsa o arabulucu görevlendirilecektir.

7036 Sayılı Kanun m.24 ile 6325 Sayılı Kanun m.18/5 gereğince, arabuluculuk görüşmeleri sonunda taraflar uzlaşırlarsa, üzerinde anlaşılan hususlar için taraflar dava açamayacaklardır.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini, taraflara ulaşamaması, taraflar iştirak etmediği için görüşme yapılamaması, görüşme sonucunda yukarıda bahsedildiği üzere anlaşmaya varılması yahut anlaşmaya varılamaması hallerinde sona erdirir ve son tutanağı düzenler, durumu arabuluculuk bürosuna haber verir. Eğer geçerli bir mazeret göstermeksizin taraflardan birisi, ilk toplantıya katılmazsa, toplantıya katılmayan taraf son tutanakta belirtilir ve bu taraf, davada kısmen yahut tamamen haklı bulunsa bile yargılama giderinin tamamını ödemek zorunda bırakılır. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine de hükmedilemeyecektir. Tarafların görüşmeye katılmamasının külfetine avukatın katlanması haklı olarak doktrinde eleştirilmektedir.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 4857 Sayılı İş Kanunu'nu m.20 ve m.21'de önemli değişiklikler getirmiştir. Bu bağlamda İş Kanunu'nun 20. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarından sonra gelmek üzere bazı fıkralar eklenmiştir.

Getirilen değişikliklere göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya gösterilen nedenin geçerli bir neden olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle 7036 Sayılı Kanun hükümleri gereğince arabulucuya başvurmak zorundadır. Eğer arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşamazlarsa, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırsa, uyuşmazlığı iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürebilirler. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması nedeniyle, davanın usulden reddi halinde, ret kararı taraflara re'sen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının re'sen tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde arabulucuya tekrar başvurma imkanı tanınmıştır.

Arabuluculuk aşamasında anlaşmaya varılamaması halinde iş mahkemesinde açılan dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması durumunda bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir. 7036 Sayılı Kanun m.8/a gereğince 4857 Sayılı Kanun m.20 uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamaz. 4857 Sayılı Kanun'un 21.maddesine eklenen fıkralar gereğince, mahkeme veya özel hakem işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücreti ve diğer haklarını dava tarihindeki ücreti esas alarak belirleyecektir. Ayrıca mevcut beşinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen altıncı fıkraya göre, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşılırsa, işe başlatma tarihini, yukarıda belirtilen hakların parasal miktarını ve işçinin işe başlatılmaması durumunda 4857 Sayılı Kanun m.21/2'deki tazminatın parasal miktarını belirlemek zorundadırlar. Aksi takdirde, anlaşma sağlanamamış sayılarak, son tutanak buna göre düzenlenir.

İşçinin kararlaştırılan tarihte, işe başlanmaması halinde, fesih geçerli hale gelecektir. İşçinin işe başlanmaması halinde, işverenin geçerli bir fesih ile sorumlu tutulması yoluyla işçiyi korumaya yönelik bir düzenleme getirilmeye

alışılmıştır. Böylece, işveren geçerli bir feshin hukuki sonuçları ile sorumlu tutulmuştur.

Görüldüğü üzere, işe iade davasında zorunlu arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca işe iade davalarında verilen kararlara karşı temyiz yolu kapatılmıştır. Doktrinde de eleştirildiği üzere, temyiz yolunun kapatılması yerinde değildir. Zira, temyiz yoluna gidilmesi yeni içtihatlar yoluyla iş hukukunun gelişimine katkı sağlamaktaydı.

Kanımızca arabuluculuk kurumunun dava şartı olarak getirilmesi hem mahkemelerdeki iş yükünün azalması, hem uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve dostane bir şekilde üzülmesi yerindedir. Arabuluculuk kurumuna başvurudan sonra tarafların anlaşamaması halinde, yargı yolu kapatılmadığından, burada tarafların iradelerine haled getirecek bir durum da söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara, 2007.
- AKYİĞİT, Ercan: En Son Tarihli Yargı Kararları Eşliğinde İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı, Ankara, 2010.
- ALP, Mustafa: İş İlişisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2017, s.175-257.
- ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.1, Yıl:1, s.71-83.
- ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:4, Yıl:1, s.95-105 (Sosyal Seçim).
- ALPAGUT, Gülsevil: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 2016, s.195-217.
- ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder; TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2017.
- ASTARLI, Muhittin: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38, Yıl:2017, s.40-53.
- ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), Ankara, 2016.
- BAYCIK, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2011.
- BAYSAL, Ulaş: İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler, Doktora Tezi, Ankara, 2011
- BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: İş Hukukunda İşçilik Alacakları ve Tazminat Davaları, Ankara, 2018.
- CENGİZ, İftar; ERSOY, Uğur; KÜÇÜKAY, Alper: Psikoloji, Hukuki ce Cezai Boyutuyla Mobbing, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:36, Yıl:2016, s.62-90.
- CENTEL, Tankut: İş Güvencesi, İstanbul, 2013.
- ÇANKAYA, Osman Güven; GÜNAY, Cevdet İlhan; GÖKTAŞ, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2006.
- ÇELİK, Çağrı: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi ve Sonuçları, Ankara, 2007.

ÇELİK, Kader: Süreli Fesihle İşçinin Kişiliğine İlişkin Geçerli Sebep Olarak Yeterliliği ve Davranışları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006 (Süreli Fesih).

ÇELİK, Nuri; CANIKLIOĞLU, Nurşen; CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2017.

ÇİÇEK, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018.

ÇİL, Şahin: İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.29, Yıl:2013, s.77-97.

ÇİL, Şahin: İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:7, Yıl:2, s.25-35.

DEMİR, Fevzi: Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İHSGHD, C.3, S.10, 2006, s.469-498.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Yıl:1, s.60-65.

DULAY, Dilek: İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi, LEGAL İHSGHD, C.7, S.27, Yıl:2010, s.963-978.

DÜR, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, 2018.

ERDOĞAN, Ersin: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, C.14, S.55, 2017, s.1211-1242.

EKMEKÇİ, Ömer: Yargıtay'ın İş İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, C.1, S.1, 2004, s.165-181.

EKONOMİ, Münir: Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2, 2006, 125-140.

EKONOMİ, Münir: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İş Kanunu Toplantı Dizisi, I, Tüsiad, İstanbul, 2005, s.16-60 (İş Sözleşmesinin Feshi).

EKONOMİ, Münir: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003 Eki, s.1-19.

EKONOMİ, Münir: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, LEGAL YKİ, 1, 2006, s.29-47.

ERKOL DURSUN, Arzu; DURSUN, Nurullah: İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, Ankara, 2017.

- ERTEKİN, Özkan: İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, Ankara, 2017.
- ERTÜRK, Şükran: İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, 59-78.
- ESENER, Turhan: İş Hukuku, Ankara, 1978.
- EYRENCİ, Öner; TAŞKENT, Savaş; ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2017.
- GÖKÇE, Erdal: Türk İş Hukukunda İşe İade Davası, İstanbul, 2008.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2015. (İş Kanunu Şerhi).
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara, 2017. (Arabuluculuk).
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Davaları, Ankara, 2016.
- GÜZEL, Ali: İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, 57-90.
- GÜZEL, Ali: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!.., Çalışma ve Toplum, 2016/3, s.1131-1146.
- HOZAR, Nağme N., İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün Müdür?, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:9, Yıl:3, s.203-208.
- ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara, 2003.
- İŞIKTAÇ, Nazım Can: Türkiye'de Arabuluculuk Uygulaması: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Değerlendirme, Legal İHSGHD, C.14, S.55, Yıl: 2017, s.1335-1348.
- KABAKCI, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul, 2012.
- KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2017 (İş Hukuku).
- KAPLAN, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı, Ankara, 1987.
- KAPLAN, Emine Tuncay: İşçinin İbraname ile 4857 Sayılı Kanunun 17,18,19,20,21,22 Maddeleri İle İş Kanunundan Doğan Talep ve Dava Haklarından Feragatinin Geçerli Olup Olmadığı Sorunu, Karar İncelemesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s.323-331.

KAR, Bektaş: İş Güvencesi Kavramı, Legal İHSGHD, C.2, S.6, Yıl: 2005, s.559-568 (İş Güvencesi Kavramı).

KAR, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara, 2017.

KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, 2016.

KESER, Hakan: İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara, 2016.

KILIÇOĞLU, Mustafa: İş Hukuku Esasları Yargıtay Uygulaması & İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018.

KILIÇOĞLU, Mustafa; ŞENOCAK, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul, 2007.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul, 2011.

KURT, Resul; KOÇ, Muzaffer: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Ankara, 2017.

KURU, Baki: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2017.

MANAV, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2009.

MANAV, Hale: İş Sözleşmesinde Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2010.

MESS Akıllı Kitap İş Güvencesi, İstanbul, 2002, s.B008.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; ASTARLI, Muhittin; BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler), MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38, Yıl:2017, s.9-21.

NARTER, Sami: İş ve Borçlar Hukuku'nda İş Güvencesi ve Akdin Sona Ermesinden Doğan Tazminatlar, Ankara, 2013.

ODAMAN, Serkan: Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep Haklı Sebep Ayrımı, Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.3, 2003, s.20-32.

OĞUZ, Özgür: Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul, 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal: Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, 1955.

ORUÇ, Harun: İş Akdinin Feshinde Geçerli Sebep-Haklı Neden Ayrımı, Legal İHSGHD, C.12, S.45, Yıl:2015, s.21-40.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2016.

PEKCANITEZ, H., ATALAY, O., ÖZEKES, M., Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2011.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul.

SÜZEK, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976.

ŞAHİN, Hüseyin Güngör: Arabuluculuk, Ankara, 2008.

ŞAHİN, Tuğçem; ÇELİK, Yasin; RUHİ, Ahmet Cemal: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi, Ankara, 2018.

ŞAHLANAN, Fevzi: İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden-Geçerli Neden İlişkisi (Karar İncelemesi), Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2005, 37-42.

SAVAŞ, F. Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2012

TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, 2006/64, s.151-177.

TAŞKIN, Ahmet: İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Performans Nedeniyle Feshi, Ankara, 2012.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2012.

TINAZ, Pınar: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul, 2006

TİRYAKİ, Hamit: İşe İade Davalarında Geçerli ve Geçersiz Nedenler, Ankara, 2017.

TULUKÇU, Nezihe Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, Ankara, 2017.

TUNCAY, Aziz Can: İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.1, Yıl:2003, s.3-18.

TÜRKYILMAZ KABAKTEPE, İpek: Açıklamalı Arabuluculuk Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul, 2017.

UÇUM, Mehmet: İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması (Karar İncelemesi), A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, 385-394.

UÇUM, Mehmet: İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:11, Yıl:3, s.43-58.

UŞAN, M. Fatih, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır?, LEGAL İHSGHD, C.2, S.8, 2005, s.1623-1632.

YAZICI TIKTIK, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013.

YILDIZ, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara, 2014.