

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞE İADE DAVASININ
HUKUKİ SONUÇLARI**

Yüksek Lisans Tezi

OSMAN KÜNYE

İstanbul, 2023

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞE İADE DAVASININ
HUKUKİ SONUÇLARI**

Yüksek Lisans Tezi

OSMAN KÜNYE

Danışman: PROF. DR. ERCÜMENT ÖZKARACA

İstanbul, 2023

ÖZ

İş Hukukunu temel amaçlarından birisi de, ekonomik olarak zayıf konumda bulunan, çoğu zaman kendisinin ve ailesinin geçimini iş sözleşmesi kapsamında aldığı ücretle sağlayan işçilerin, sözleşmelerinin işverence haksız ve geçersiz bir şekilde feshedilmesinin önlenmesidir. Bu nedenle de, işverenin keyfi feshine engel olunarak, işçi ile işveren arasındaki ilişkinin devamının temini amacıyla, gerek uluslararası gerekse de ulusal düzeyde iş güvencesine ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler sonucunda, işçi tarafından, işverenin yaptığı feshin geçersizliğinin tespiti ve işine geri dönebilmek amacıyla yönelik işe iade davası açabilecektir. Bu tez çalışmamızda, Türk İş Hukukunda İşe İade Davasının Hukuki Sonuçları, doktrinde ileri sürülen görüşler, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları ve yasal düzenlemelerde meydana gelen değişiklikler nazara alınarak incelenmiştir. Çalışmamız üç temel bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, İş Güvencesi Kavramı, Kapsamı ve İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi hakkında bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde, Türk İş Hukukunda İşe İade Davası incelenirken, son bölümde İşe İade Davasının Hukuki Sonuçları hakkında açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar sözcükler ; işe iade, işe iade davası, feshin geçersizliğinin tespiti, iş güvencesi

ABSTRACT

One of the main objectives of Labor Law is to prevent the unfair and invalid termination of the contracts of workers who are in an economically weak position and who often earn their living with the wages they receive within the scope of the employment contract, by the employer. For this reason, various regulations regarding job security have been made at both international and national levels in order to prevent arbitrary termination by the employer and to ensure the continuation of the relationship between the employee and the employer. As a result of these regulations, the employee may file a reinstatement lawsuit in order to determine the invalidity of the employer's termination and to return to work. In this thesis, the Legal Consequences of the Reinstatement Case in Turkish Labor Law have been examined, taking into account the opinions put forward in the doctrine, the decisions of the Supreme Court and the Regional Court of Justice, and the changes in legal regulations. Our study consists of three basic parts. In the first part, information is given about the Concept and Scope of Job Security and Termination of the Employment Contract with Valid Reason. In the second part, the Reinstatement Case in Turkish Labor Law is examined, while in the last part, explanations are given about the Legal Consequences of the Reinstatement Case.

Key words ; returning to work, reemployment lawsuit, determinaiton of the invalidity of termination, job security

ÖNSÖZ

Türk İş Hukukunda İş Davalarının Hukuki Sonuçları isimli bu çalışma Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne sunulmak üzere yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış, danışman hocam Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA, Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU ve Dr. Öğr. Üyesi İpek KOCAGİL ERSOY'dan oluşan jüri önünde savunulmuştur. Bir dönem tez danışmanlığımı yapan, son ana kadar değerli fikirlerini ve yardımlarını hiçbir zaman esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Talat CANBOLAT'a teşekkürü borç bilirim. Danışmanlığımı üstlenen, ufuk açıcı görüşleri, yorumlarıyla tez yolumu aydınlatan, her daim bana zaman ayıran, her zaman her konuda desteğini, yardımlarını esirgemeyen, kendisinden gerek İş Hukukuna gerekse de hayata dair bir çok şey öğrendiğim kıymetli hocam Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA'ya şükranlarımı arz ederim. Tez jürisinde bulunmakla beni onurlandıran değerli hocalarım Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU ve Dr. Öğr. Üyesi İpek KOCAGİL ERSOY'a vakit ayırdıkları, değerli görüş ve katkılarını için teşekkürlerimi sunarım. İdari konularda her zaman yardımcı olan Arş.Gör. Zehra YILMAZ'a da teşekkür ederim.

Uzun, yorucu ve meşakkatli tez yazım sürecinde, akademik eser yazımının yol ve yöntemini anlatan ve gösteren, maddi ve manevi desteklerini eksik etmeyen değerli arkadaşlarım Dr. Öğr. Üyesi Buket ABANOZ ÖZTÜRK'e ve Dr. Öğr. Üyesi Muhammed SULU'ya teşekkür ederim. Bu süreçte, her daim yanımda olan, bıkmadan usanmadan her türlü soruma cevap veren, takıldığım, yorulduğum zamanlarda yeniden başlamama yardımcı olan, her konuda desteğini esirgemeyen çok değerli arkadaşım Arş. Gör. Emre SOYER'e, bu süreçte yardımlarını hiçbir zaman unutamayacağım arkadaşlarım Arş. Gör. Ali YAŞASIN'a, Arş. Gör. Rıdvan AKIN, Av. Muhammet Ali KOCA'ya, sorularıma her zaman içtenlikle cevap veren Arş. Gör. Dr. Ebru ERENER YILMAZ'a ve Dr. Öğr. Üyesi Merve ARBAK'a teşekkürlerimi sunarım. Yoğun iş temposuyla birleşen azami süre baskısıyla belki de hayatı ıskaladığım bu dönemde gerektiği ve hak ettiği kadar zaman ayıramadığım aileme ve arkadaşlarıma da sabırları için teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	İİ
ABSTRACT.....	Vi
ÖNSÖZ	Vii
KISALTMALAR	Xii
GİRİŞ.....	Xiv

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI, KAPSAMI VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİ

I. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI	5
A. İş Güvencesi Kavramı	5
B. İş Güvencesine İlişkin Hukuki Düzenlemeler	10
1. Uluslararası Düzenlemeler	10
2. Türk Hukukundaki Düzenlemeler.....	16
II. İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMI	18
A. Genel Olarak.....	18
B. İşçinin İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na Tabi Olma.....	19
C. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Tabi Olarak Çalışması	21
D. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması	25
E. İşçinin Otuz veya Daha Çok İşçi Çalıştıran Bir İşyerinde Çalışması.....	35
F. İşçinin Belirli Konumdaki İşveren Vekili Sıfatına Sahip Olmaması.....	42
G. İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmiş Olması	44
III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİ.....	46
A. Genel Olarak.....	46
B. Geçerli Fesih Nedenleri	48
1. İşçinin Yeterliliğinden ve Davranışlarından Kaynaklanan Nedenler	48
2. İşletmenin, İşin veya İşyerinin Gerekerinden Kaynaklanan Nedenler.....	51

3. Feshin Son Çare Olma İlkesi	52
C. İş Sözleşmesinin Feshinde Usul	54
1. Feshin Makul Sürede Yapılması	54
2. Feshin Yazılı Şekilde Yapılması	56
3. Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Şekilde Belirtilmesi	56
4. İşçinin Savunmasının Alınması	57

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞE İADE DAVA

I. GENEL OLARAK	59
II. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK	60
A. Arabulucuya Başvuru Süresi	60
B. Arabuluculuk Sürecinin Yürütülmesi	67
C. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi	69
1. Arabuluculuk Sürecinin Sonunda Anlaşma Sağlanması	70
2. Arabuluculuk Sürecinin Sonunda Anlaşma Sağlanamaması	73
III. İŞE İADE DAVASI	75
A. Davanın Tarafları	75
B. Görevli ve Yetkili Mahkeme	79
C. Dava Açma Süresi	81
D. Yargılama Usulü ve Kanun Yolu	82
E. İşe İade Talebi ile Birlikte veya Terditli olarak Diğer Taleplerinin İleri Sürülüp Sürülemediği Hususu	88
F. İspat Yüğü	93
G. Yargılama Süresince Ortaya Çıkabilecek Özel Durumlar	97
1. Genel Olarak	97
2. İşçinin Ölmesi	97
3. İşçinin Davadan Feragat Etmesi	99
4. İşçinin Emekliliği	102
5. İşyerinin Kapanması	103
6. İşyerinin Devri	105
7. İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışması	107
8. İşçinin İşe Davet Edilmesi	108
a. İşçinin Davete Olumlu Yanıt Vermesinin Yargılamaya Etkisi	108
b. İşçinin Davete Olumsuz Yanıt Vermesinin Yargılamaya Etkisi	111

9. İşçinin Tedbiren İşe İadesine Karar Verilmesi.....	112
---	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞE İADE DAVASININ HUKUKİ SONUÇLARI

I. DAVANIN SONUNDA MAHKEMECE VERİLEBİLECEK KARARLAR_____	115
A. Davanın Reddine Karar Verilmesi.....	115
B. Davanın Kabulüne Karar Verilmesi	116
II. MAHKEME KARARININ NİTELİĞİ _____	118
III. GEÇERSİZ FESHİN SONUÇLARINA İLİŞKİN KANUN HÜKÜMLERİNİN NİTELİĞİ_____	125
IV. İŞE İADE KARARININ UYGULANMASI _____	127
A. İşçinin İşe Başlamak Amacıyla İşverene Başvuruda Bulunmaması	127
B. İşçinin İşe Başlamak Amacıyla İşverene Başvuruda Bulunması	128
1. Başvurunun Kapsamı ve Süresi	128
2. Başvuru Şekli.....	132
3. Başvurunun Muhatabı.....	134
C. İşverenin İşçiyi İşe Başlatmak Amacıyla İşe Davet Etmesi.....	136
1. Genel Olarak.....	136
2. Davetin Süresi ve Şekli.....	138
3. Davetin İçeriği ve Samimi Olması.....	140
4. Davet Edilen İş ve İşyeri.....	141
D. İşverenin İşe Davetine Rağmen İşçinin İşe Başlamaması	144
E. İşverenin İşe Davetinin Ardından İşçinin İşe Başlaması.....	145
1. İşverence Yapılan Feshin Geçersiz Hale Gelmesi	145
2. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi	146
a. Genel Olarak.....	146
b. Boşta Geçen Zamana Ait Ücrete Hak Kazanma	148
c. Boşta Geçen Zamana Ait Ücret ve Diğer Hakların Hesaplanması	150
d. Boşta Geçen Sürede Başka Yerden Elde Edilen Gelirin Mahsup Edilip Edilmeyeceği	153
e. Faiz ve Zamanaşımı.....	157
3. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücret ve Diğer Hakların İşçinin Kıdemine Etkisi.....	158
4. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücret ve Diğer Hakların Mahsubu	159

G. İşverenin İşçiyi İşe Başlatmaması	163
1. Genel Olarak.....	163
2. İşe Başlatmama İle İş Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	164
3. Kıdem Tazminatı ve İhbar Tazminatının Ödenmesi	165
4. İşe Başlatmama Tazminatının Ödenmesi.....	167
a. Genel Olarak.....	167
b. İşe Başlatmama Tazminatının Hesaplanması	169
c. Faiz ve Zamanaşımı.....	173
d. İşe Başlatmama Tazminatının Kötü Niyet Tazminatı, Haksız Fesih Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatı ile İlişkisi	174

V. İŞE İADE DAVASININ SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI 176

SONUÇ	179
--------------------	-----

KAYNAKÇA	187
-----------------------	-----

KISALTMALAR

AYM : Anayasa Mahkemesi

B. : Baskı

BAM : Bölge Adliye Mahkemesi

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

DİK : Deniz İş Kanunu

E. : Esas

HD : Hukuk Dairesi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUAK : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

ILO : International Labour Organisation

İK : İş Kanunu

İMİK : İş Mahkemeleri Kanunu

K. : Karar

m. : Madde

TMK : Türk Medeni Kanunu

RG : Resmi Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

SGK : Sosyal Güvenlik Kurumu

T. : Tarih

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

UYAP : Ulusal Yargı Ağı Projesi

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Yarg. : Yargıtay

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Endüstri devrimiyle birlikte üretim metotlarının değişmesi ve çeşitlenmesi ile üretime duyulan ihtiyacın her geçen gün artması beraberinde üretim gücünü ve sermayeyi elinde bulunduran işverenler ile işçiler arasındaki ilişkiye yeni bir boyut kazandırmıştır. 18. ve 19. yüzyılda Avrupa’da meydana gelen çeşitli siyasi, sosyal ve toplumsal değişimler, zaman zaman işçi ve işverenlerin menfaat ve ihtiyaçlarında çeşitli çatışmalara yol açmış, ortaya çıkan bu çatışma ve sorunlara Devletlerin, taraf menfaat ve ihtiyaçlarına uygun çeşitli çözümler üretmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu çerçevede, özellikle de, kendisinin ve ailesinin geçimini yaptığı işten elde ettiği gelirle sağlayan işçinin, işini, bir anda herhangi bir makul neden olmaksızın kaybetmesinin taraflar arasında ciddi sorunlara yol açtığı görülmüştür. Bu nedenle de, bu sorunun bertaraf edebilmesi için bir takım düzenlemeler yapılmasının gerektiği anlaşılmıştır. Zira hayatını, yaptığı iş karşılığı elde ettiği kazançla sürdüren işçinin, her an işsiz kalma korkusu, işyerinde huzursuz ve mutsuz olmasına, performans kaybına ve diğer işçilerle sorunlar yaşamasına sebebiyet vererek işyerindeki çalışma barışına ciddi ölçüde zarar vermiştir. İşçinin taşıdığı bu riskin bertaraf edilmesi gerekmiştir. Ancak işçi lehine bu konuda bir düzenleme yapılırken, sözleşmenin diğer tarafı olan işverenin, sözleşme serbestisi ve yönetim hakkına sahip olduğu hususları da göz önünde bulundurulmuştur. Böylece tarafların ortak menfaatini göz önünde bulundurularak gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk sistemlerinde, işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinin devam etmesini amaçlayan ve sağlayan bir takım özel düzenlemelere yer verilmiştir.

İş güvencesi olarak kavramlaştırdığımız bir takım düzenlemeler kapsamında işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin devamı ile işçinin çalışma hakkının korunmasını sağlamak, işverenin keyfi davranışlarının engellenmesi amaçlarıyla işverenin sahip olduğu fesih hakkı sınırlandırılmış veya işçi lehine olacak şekilde işverene bir takım ek yükümlülükler getirilmiştir. Bazı özellikleri taşıyan işyerlerinde yine bazı şartları havi işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından geçerli neden olmaksızın feshedilemeyeceği düzenlenmiştir.

İş güvencesine ilişkin temel uluslararası metin, 22 Haziran 1982 tarihinde imzalanıp 23.11.1985 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı *“Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme”* olup mezkur sözleşme Ülkemiz tarafından, 09.06.1994 tarihli, 3999 sayılı kanunla onaylanmış ve Bakanlar Kurulunun kararıyla 04.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar 158 sayılı sözleşme ülkemizde 1995 yılında yürürlüğe girmişse de, çeşitli girişimlere rağmen iç hukukumuzda iş güvencesi hükümlerine ilişkin uzunca bir süre yasal bir düzenleme yapılmamıştır. İç hukukumuzdaki iş güvencesine ilişkin ilk düzenlemeler 15.03.2003'te yürürlüğe giren 4773 sayılı *“İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasında Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla”* yapılmış, akabinde de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmesiyle iş güvencesine ilişkin hükümler günümüzdeki temel şeklini almıştır.

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, bazı işyerlerinde, işverenler tarafından bir takım şartları taşıyan işçilerinin iş sözleşmelerinin haklı veya geçerli nedenlerle feshedilebileceği düzenlenerek işverenin fesih hakkına bir takım sınırlamalar getirilmiş, sözleşmesi işveren tarafından geçerli bir nedene dayanmaksızın feshedilen işçilerin, fesih işleminin mahkeme kararıyla geçersiz sayılarak işe iade edilmesi imkânı getirilmiştir. Böylece, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı sınırlandırılmış ve işverence yapılan feshe yargısal denetim imkânı sağlanarak işverenin keyfi fesihleri engellenirken, iş ilişkisinin devamını sağlama imkânı getirilmiştir. Mahkeme tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işçinin işe başlama başvurusuna bağlı olarak işverene bir takım mali yükümlülükler getirilmiştir.

Feshin geçersizliğinin tespiti amacıyla açılan ve hukuk uygulamamızda işe iade davası olarak adlandırılan davaların hem maddi hukuk hem de usul hukuku yönünden kendine özgü nitelikleri barındırması hem de iş hukuku uyuşmazlıklarından doğan davalar içerisinde belli bir yoğunluğa sahip olması beraberinde çeşitli tartışmaların ve farklı görüşlerin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. 4857 sayılı Kanundaki iş güvencesine dair hükümlerinin on dört sene uygulanmasının ardından, 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla iş güvencesi hükümlerinde bir takım değişiklikler

getirilmiştir. Ancak mezkûr değişiklikler tartışmaları tamamen sona erdirmemiş, dahası yeni bir takım tartışmalara sebep olmuştur. Belirtilen bu nedenlerle, iş güvencesi hükümleri ve işe iade davaları gerek hukuk teorimizde gerekse de hukuk uygulamamızda canlılığını ve önemini koruyan bir müessesedir.

Tezimizin konusu “Türk iş hukukunda işe iade davasının hukuki sonuçları” olup konu kanun düzenlemeleri, doktrinde ileri sürülen görüşler ile Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından verilen kararlar çerçevesinde incelenmiştir.

Çalışmamızın “*Türk iş hukukunda iş güvencesi kavramı, iş güvencesinden yararlanma koşulları ve iş sözleşmesinin feshi*” başlıklı ilk bölümünde iş güvencesi kavramı ile gelişimi, iş güvencesi hükümlerinin hangi işyerleri bakımından uygulanacağı, bu güvenceye hangi özelliklere sahip işçilerin sahip olacağı hususları incelenmiştir. Yine bu bölümde, işçi ile işveren arasındaki sözleşmesel ilişkisinin devamını sağlamak için getirilmiş iş güvencesi düzenlemelerinden olan işverenin iş sözleşmesinin fesih hakkının sınırlandırılması hususunun anlaşılabilmesi açısından iş sözleşmesinin feshi, geçerli fesih kavramı, geçerli fesih sebepleri ile geçerli fesih oluşturmayacak sebepler ayrı ayrı incelenmiştir. Bölümün devamında ise, işveren tarafından yapılan feshin usulüne ilişkin olarak feshin makul sürede yapılması, fesih ihbarının yazılı yapılması, fesih nedeninin açık, kesin bir şekilde belirtilmesi ile fesih öncesi işçinin savunmasının alınması hususlar açıklanmıştır.

Çalışmamızın “iş sözleşmesinin fesih bildirimine itiraz ve işe iade davası” başlıklı ikinci bölümünde ise fesih bildirimine itirazın için geçerli iki başvuru yolu olan feshin geçersizliğinin tespiti davası açmak ya da hakeme başvurmak olduğundan bu iki yol hakkında bilgi verilmiştir. Ancak 7036 sayılı kanunla getirilen değişikliklerden biri olan feshin geçersiz tespiti (işe iade) davası bakımından dava şartı haline getirilen arabuluculuk başvurusu bölümün başında incelenmiş ardından ise işe iade davası hakkında bilgi verilmiştir. İşe iade davasının tarafları, davanın konusu, görevli ve yetkili mahkeme, işe iade davasıyla başkaca işçilik alacaklarına dair davaların birlikte açılıp açılamayacağı, dava açma süresi ve sürenin niteliği, yargılama usulü, ispat yükü, verilecek kararlar, kararların niteliği ve kararın kesinleşmesi hususları açıklanmıştır. Bu bölümde yine yargılama süreci boyunca ortaya çıkabilecek özel durumlar olarak işçinin

ölmesi, emekli olması, davadan feragat etmesi, işyerinin kapanması, işyerinin devri, işçinin başka bir işte çalışmaya başlaması, işçinin işe davet edilmesi, işçinin tedbiren işe iade edilmesi, davanın ıslahı gibi konular hakkında açıklamalar yapılmıştır.

Çalışmamızın “işe iade davasının hukuki sonuçları” başlıklı 3. ve son bölümünde, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesinden sonraki süreç hakkında açıklamalar yapılmıştır. Bu kapsamda, mahkemece verilen kararın kesinleşmesinin ardından, işe iade kararının uygulanması için işçinin işverene başvuru yapmamasının sonuçları, işçinin başvuru yapması durumunda ise bu başvurunun süresi, muhatabı, usulü ve içeriği hakkında bilgiler verilmiştir. Devamında işveren tarafından işçinin davetinin süresi, şekli, kapsamı hususları açıklanmış, işe davet edilen işçinin işe gelmesinin sonuçları olan feshin geçersiz sayılması, işveren tarafından ödenmesi gereken boşta geçen zamana ait ücretin kapsamı, hesaplanması, faiz ve zamanaşımı ile işçinin başka yerde çalışması durumunun boşta geçen zamana ait ücrete etkisi, yine işsizlik ödeneğinin alınmasının bu alacağa olan etkisi açıklandıktan sonra işe geri başlayan işçiye daha önceden ödenmiş olan kıdem ve ihbar tazminatının durumu ifade edilmiştir. Akabinde ise, karar sonrasında işe başlamak için müracaatta bulunan işçinin, işveren tarafından davet edilmesine rağmen işe gelmemesinin sonuçları üzerinde durulmuştur. Bölümün devamında, işveren tarafından işçinin işe davet edilmemesi konusu kapsamında işe davet etmemenin sonuçları olarak iş sözleşmesinin işe başlatmama ile sona ermesi, işe başlatmama tazminatının kapsamı, miktarı, hesaplamada temel alınacak ücret, kesintiler, faiz ve zamanaşımı hususları, feshe bağlı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretinin ödenmesi konuları üzerinde durulmuştur. Son olarak, geçersiz feshin sonuçlarına ilişkin kanunda yer alan hükümlerin niteliği, işe iade kararının icrası ile geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları açısından sosyal güvenlik hukuku uygulaması konusu hakkında açıklamalarda bulunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ, YARARLANMA KOŞULLARI VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİ

I. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI

A. İş Güvencesi Kavramı

İşçi ile işveren arasındaki ilişkinin belirlenmesi, bu ilişkinin sınırlarının çizilmesi, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi iş hukukunun en önemli konu ve amaçlarından biridir¹. İşçi ve işveren arasındaki ilişkiye dair kurallar sadece sözleşmenin taraflarını değil iş ilişkisinin vasıf ve mahiyeti itibarıyla sözleşmenin tarafı olmayan kişileri de etkilemektedir. Zira ekonomik olarak zayıf konumda bulunan işçinin, kendisinin ve ailesinin geçimini işverene bağımlı olarak gerçekleştirdiği iş görme edimi karşılığında kazandığı ücretle sağladığından iş ilişkisi aynı zamanda işçinin aile bireylerini de etkilemektedir. İşçinin içinde bulunduğu bu ekonomik gerçeklik işçinin sadece hukuki bakımından değil aynı zamanda ekonomik olarak da işverene bağımlı hale gelmesi sonucunu doğurmaktadır².

Toplumların ekonomik, sosyal yapılarında radikal değişimlere yol açan Sanayi Devrimi döneminde, egemen olan klasik ekonomik liberalizm düşüncesi, herkesin özgür ve eşit olduğu varsayımına dayandığından sözleşme ilişkilerine devletin müdahalesini reddetmiştir³. Bu nedenle de, iş ve işverenin tam bir sözleşme serbestine sahip olduğu düşüncesiyle, ücret, çalışma koşulları, sözleşmenin feshi ve sonuçlarına ilişkin konularda serbestçe karar alabilecekleri kabul edilmiştir. Bu kabul, zamanla güçlü konumdaki işverenin istekleri ve arzuları çerçevesinde şekillenen, iş bulabilmek veya işini kaybetmemek adına işçilerin işverenin tüm taleplerini kabul ettiği, işverenin çalışma koşullarını dikte ettiği, işçilerin sefalet ücreti denebilecek kadar düşük ücretle, en ağır ve yıpratıcı işlerde gayri insanı şartlarda, on iki- on altı saat gibi olağanüstü sürelerle çalıştığı

¹ Çelik, Nuri/ Canıklıoğlu Nursen/Canbolat Talat/ Özkaraca Ercüment : İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 35. Bası, İstanbul, Ekim 2022, s. 486; Şahlanan, Fevzi: İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul, 2011, s. 650.

² Tulukçu, Nezihe Binnur : İş Mahkemeleri Kanunun ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi ve İşe İade, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2017, s. 17.

³ Süzek, Sarper : İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul, Eylül 2021, s. 9.

bir iş ilişkisinin doğmasına sebebiyet vermiştir⁴. Böylece klasik ekonomik liberalizm anlayışı, iş ve işveren arasındaki ilişkide görünüşte biçimsel bir eşitliğin söz konusu olduğu, fiiliyatta ise tek söz sahibinin işveren olduğu bir ilişkinin doğmasına sebep olmuştur.

İşçilerin içinde bulunduğu bu durum, çalışma ve toplum hayatında çeşitli çatışmalara yol açmış, sosyal gruplar arasındaki bu çatışmaların sonlanması, toplumsal barışın ve düzenin sağlanması amaçlarıyla devletin pasif rolünü terk ederek işçi ve işveren ilişkisine aktif müdahalesini zorunlu kılmıştır⁵. Devletin çalışma hayatına müdahalesi, ilki kanun koyma yöntemi, ikincisi de ise işçi ve işverenlerin kendi kendilerine yardım hareketi içeren kuruluşlarını, yani sendika kurmalarına imkân sağlaması şeklinde iki ayrı metotla olmuştur⁶. Devletin çalışma yaşantısına olan müdahalesi, ilk zamanlar kadın ve çocukların çalışma koşullarının düzeltilmesi, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmamaları konularına ilişkinen, ilerleyen dönemlerde bu müdahale tüm işçilerin çalışma koşullarına sirayet etmiş, ardından da sözleşmenin yapılması ve sona ermesine ilişkin konulara da sirayet etmiştir⁷.

İşçi ve işveren arasındaki ilişkinin sınırları çizilip taraflar arasında menfaat dengesi kurulmaya çalışılırken iş ilişkisinin kendine has özellikleri sebebiyle sözleşme serbestisi ilkesine, sosyal devlet anlayışı gereği çeşitli sınırlamalar ve kısıtlamalar getirilmiştir. İşverenin, işletmesi ile iş yerinin gereklerinin, ekonomik çıkar ve dengelerinin korunması, işçinin bir takım olumsuz davranışlarının önlenerek işletmesinin düzen ve disiplininin sağlanması amaçlarıyla işverenin sözleşmeyi fesih hakkı bertaraf edilmeksizin zayıf konumda olan, kendisinin ve aile bireylerinin geçimini yaptığı işten elde ettiği gelirle sağlayan işçinin, sürekli bir şekilde işten çıkartılarak muhtaç hale düşme riski ve endişesi taşımasının engellenmesi amacıyla çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir⁸. Bir diğer deyişle bu konuda düzenleme yapılırken sadece işçinin menfaat ve çıkarları

⁴ Narmanlıoğlu, Ünal : “Ferdî İş İlişkileri I”, Beta Yayınları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2014, s. 6, Süzek, İş Hukuku, s. 9.

⁵ Manav, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 16.

⁶ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 5.

⁷ Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 16.

⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 11.

değil aynı zamanda işverenin çıkarları ile toplumsal, ekonomik, sosyal menfaatler de nazara alınmıştır⁹.

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamı bakımından iş hukukunun en etkili metodu feshe karşı işçinin korunması olup bu korumanın çalışma yaşamının en uygun yöntemi ise işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasıdır¹⁰. Böylece işverenin keyfi ve gerekçesiz feshi engellenerek iş ilişkisinin devamı amaçlanmaktadır. İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin devamını sağlamak amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan ya da işveren feshine bir takım ek mali yükümlülükler getiren düzenlemeler, iş güvencesi hükümleri olarak nitelendirilmektedir¹¹. İş güvencesi hükümleri, işveren tarafından yapılan feshe ilişkin olduğundan işçinin iş sözleşmesini feshi, iş güvencesinin kapsamı dışındadır¹².

Belirtmek gerekir ki, mutlak manada iş güvencesinden bahsedilmesi mümkün değildir, zira iş güvencesi hükümleri mutlak suretle iş ve işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne şekilde ve sebeple olursa olsun devam edeceği anlamına gelmemektedir¹³. Bu bakımdan, iş güvencesi hükümleri, işverenin iş sözleşmesini feshetme hakkını ortadan kaldıran, fesih hakkını kısıtlayan değil söz konusu hakkın kullanımını sınırlandıran düzenlemelerdir¹⁴. İş güvencesi, işverenin fesih hakkının kullanılmasının sınırlandırılarak keyfi fesihleri engellemesi, işverence yapılan feshin yargı denetimine tabi hale getirilmesi ve feshin geçersizliğinin mahkemece tespiti halinde iş ilişkisinin yeniden kurulması yahut işverence işçiye ek tazminat ödenmesi yönünde hüküm kurulabilmesi şeklinde üç temel nokta bakımından önem arz etmektedir¹⁵.

⁹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 486.

¹⁰ Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal Ulaş : İş Hukuku, Lykeion Yayıncılık, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2022, s. 993.

¹¹ Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, Beta, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, İstanbul, 2016, s. 189; Göktaş, Seracettin: İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, S. 1, Kış 2008, s. 16; Ertekin, Özkan: İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, Adalet, Ankara, 2012, s. 1; Kurt, Resul/Koç, Muzaffer: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seçkin, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 237; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2020, s. 183; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 485, Tulukçu, s. 25.

¹² Centel, Tankut ; “İş Güvencesi”, Legal Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2020, s. 12.

¹³ Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 8.

¹⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 13.

¹⁵ Taşkent, Savaş : Türk İş Mevzuatında İş Güvencesi Sorunu ve Hazırlanan Yasa Tasarısının Esasları, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 2012, s. 156; Mollamahmutoğlu/Astarlı /Baysal, s. 993; Senyen Kaplan, Emine Tuncay : Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş – Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Ankara, 2022, s.395.

İş güvencesi kurumunun amacı, geçimini bedeni ve fikri emeği ile kazanan bağımlı çalışan işçinin iş akdini, haklı veya geçerli bir sebebe dayanmadan fesheden işverenin bu hakkını sınırlamak, işçiyi ise bu feshe karşı hukuki yollarla korumak, dolayısıyla iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaktır¹⁶. Diğer bir deyişle işverenin iş akdini feshederken ki sübjektifliği önlenmektedir¹⁷. Böylece iş güvencesi hükümleriyle işçi ve işveren arasında bir denge oluşturulması amaçlanmıştır¹⁸.

İş güvencesi, feshe karşı koruma sağlayacağından, işten çıkartılma korkusu yaşamayan işçilerin çalıştığı süre boyunca kanundan doğan hak ve alacaklarını talep etme konusunda daha istekli olabileceği gibi işverenin haksız taleplerinin yerine getirmemek konusunda daha dirençli konuma gelmesine katkı sağlayacaktır¹⁹. Yine, işverenin keyfi feshine maruz kalmayacağının farkına varan işçinin, bu güven içerisinde daha huzurlu ve verimli çalışarak, gerçek bir çalışma barışı kurulmasına katkı sağlayacaktır²⁰.

Öte yandan iş güvencesi kurumunun, kayıt dışı ekonomi oranının yüksek olduğu ülkeler bakımından işverenler arasında haksız rekabet oluşturan bu durumu engelleyici bir işlevi olduğu da söylenebilir. Zira iş güvencesi kapsamında olan bir işçi, sahip olduğu bütün alacak ve haklarını işverenden rahatlıkla talep edebilecek buna karşılık işveren de işçinin bu taleplerini karşılamak zorunda kalacak bunun yanında işyerleri arasında bu bakımdan farklılık da ortadan kalkacaktır²¹. Aynı zamanda iş güvencesi kurumuyla işçinin istihdamda tutulması sağlanırken, haksız yere işten atılmayacağını bilen işçi, işte kalıcı olmak adına kendini geliştirecek ve yeniliklere açık olacaktır. Bu durum da ülkedeki çalışma sistemi ve iş istihdamı bakımından olumlu sonuçlar doğuracaktır²². Bu kurumun işlevi, yalnızca bireysel olarak işçiyi korumak değil, kolektif haklar olan sendika özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve grev hakkı gibi kavramların da sağlıklı olarak

¹⁶ Kaya, Pir Ali: İş Güvencesi: “Türk Çalışma Mevzuatındaki Düzenleme - 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Temmuz 2000 Tarihli İş Güvencesi Yasa Taslağının Kısaca Değerlendirilmesi”, İş Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Yıl: 2003, Cilt: 3, Sayı: 1, Sıra: 1, No:114, <http://www.isguc.org/?p=article&id=114&cilt=3&sayi=1&yil> ; Şakar, s. 190.

¹⁷ Başterzi, Süleyman : Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk Ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, C.54, S. 3, Yıl: 2005, s. 56.

¹⁸ Şahlanan, Genel Esasları, s. 561; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 375.

¹⁹ Centel, İş Güvencesi, s.24

²⁰ Süzek, İş Hukuku, s. 570; Sarıbay Gizem : Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayınları, İstanbul, 2007, s. 26.

²¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 192; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 15.

²² Başterzi, İstihdam Üzerine Etkileri, s. 57; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 14.

işlemesini sağlamaktır²³. Belirtilen sebeplerle, iş güvencesi, iş hukukunun dolayısıyla işçi haklarının temel taşı olup bir nevi iş hukukunun olmazsa olmaz koşuludur²⁴.

İş güvencesi kavramı, “geniş anlamda iş güvencesi”, “dar anlamda iş güvencesi” olmak üzere iki farklı şekilde kullanılmaktadır. Bu kapsamda geniş anlamda iş güvencesi, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin devamını sağlamaya yönelik olarak işverenin fesih hakkına getirilen tüm sınırlamalar ile işverence yapılan feshin sonuçlarını azaltan yahut ortadan kaldıran tüm önlemler olarak kabul edilmektedir²⁵. İşçinin işten çıkartılmasını daha zor kılan, keyfi fesihleri engelleyerek işçinin işe dönmesine yönelik tedbirlerin yanı sıra, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, işsizlik sigortası gibi işten çıkartılan işçinin zararlarının gidermeye yönelik geniş çerçevedeki her türlü tedbir geniş anlamda iş güvencesi tedbirleri olarak nitelendirilmektedir²⁶. Dar anlamda iş güvencesi ise, iş sözleşmesinin işverence makul ve yeterli bir sebep olmaksızın feshini engelleyerek taraflar arasındaki iş sözleşmesinin devamını sağlamaya yönelik önlemler olarak tanımlanmaktadır²⁷.

Türk İş Hukukunda hem geniş anlamda hem de dar anlamda iş güvencesi hükümlerinin mevcut olduğunu ifade etmek mümkündür. Ancak Türk İş Hukuku teorisinde ve uygulamasında iş güvencesi kavramı, daha çok, dar anlamda iş güvencesi olarak tanımlayacağımız düzenlemeler için kullanılmaktadır²⁸.

İş güvencesi kavramının sınıflandırma metotlarından bir diğeri de güvencesinin kaynağına göre sınıflandırılmasıdır. Bu kapsamda, iş güvencesi, yasal iş güvencesi ve akdi iş güvencesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yasal iş güvencesi, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının sınırlandırılmasının devlet müdahalesi ile yani kanun düzenlemeleri yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesidir²⁹. Böylece yasama organları

²³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.192; Centel, İş Güvencesi, s. 23; Süzek, İş Hukuku, s. 570.

²⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 191.

²⁵ Sarıbay, s. 34; Centel, İş Güvencesi, s. 16; Kar, Bektaş : İş Güvencesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 30.

²⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı /Baysal, s. 993.

²⁷ Sarıbay, s. 34; Centel, İş Güvencesi, s. 16; Bektaş, s. 30; Tulukçu, s. 26.

²⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı /Baysal, s. 993.

²⁹ Centel, İş Güvencesi, s.17.

tarafından, işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına, işçinin feshe karşı korunmasını öngören özel düzenlemeler yapılarak iş güvencesi kanuni bir zemine kavuşturulmaktadır.

Akdi iş güvencesi ise, kanun düzenlemesi yerine, işveren ve işçi arasında imzalanan bireysel ya da toplu iş sözleşmelerine koyacakları özel düzenlemelerle işverenin fesih hakkına sınırlama getirilmesi durumudur³⁰. Özellikle, sendikal faaliyetlerin sıklıkla görüldüğü ve sendikalaşma oranının yüksek olduğu ülkelerde akdi iş güvencesinin daha sık görüldüğü söylenebilmektedir. Zira akdi iş güvencesi, kanun düzenlemelerinin bulunmadığı ülkelerde, genellikle işçi sendikaları ile işveren yahut işveren sendikaları arasında akdedilen toplu iş sözleşmeleri ile hüküm altına alınmaktadır. Bu çerçevede, taraflar arasında yapılacak sözleşmelerde, işverenin fesih bildiriminin belirli sebeplere dayalı olarak yapılabileceğine ilişkin düzenlemelere yer verdiği, iş sözleşmesinin feshinin işveren nezdinde oluşturulabilecek disiplin kurulu vb. kurullar vasıtasıyla gerçekleştirilecek özel fesih prosedürleri ihdas edildiği, fesih için kanunda öngörülen tazminat miktarlarının işçi lehine artırıldığı görülmektedir³¹.

B. İş Güvencesine İlişkin Hukuki Düzenlemeler

1. Uluslararası Düzenlemeler

Ülkemizde ve Batı Ülkelerinde, ekonomik ve sosyal gelişmeler neticesinde doğan ihtiyaçlara rağmen uzunca bir süre iş güvencesi hükümlerine ilişkin ulusal ya uluslararası düzenlemeler yapılmamıştır. Konuya ilişkin düzenlemeler ancak son elli yılda tedrici şekilde yapılmaya başlanmıştır³².

Yurt dışında, iş güvencesine ilişkin ilk Anayasal düzenlemelerden biri iş sözleşmesinin geçerli bir nedene dayanmaksızın feshedilemeyeceğine dair zorunluluğun getirildiği 1917 tarihli Meksika Anayasasıdır³³. Akabinde 1922 yılında Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde, 1934 yılında Küba'da kanun düzenlemeleri yapılmış, Avrupa kıtasında ise ancak 2. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde düzenlemelere yer verilmeye

³⁰ Centel, İş Güvencesi, s.17; Narmanlıoğlu, İş İlişkileri, s. 486.

³¹ Narmanlıoğlu, İş İlişkileri, s. 487; Centel, İş Güvencesi, s. 19.

³² Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 487; Aras, Talip: İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları Ve Emredicilik", TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 431.

³³ Demir, Cuma Arif : İş Güvencesi ve İşe İade Davaları- İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 22; Candan, Mehmet Ali : Ülkemizdeki İş Güvencesi Tartışmaları Ve İş Güvencesi Yasa Tasarısı Üzerine, TTB Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, Ocak 2002, s. 8.

başlanmıştır³⁴. 1951 yılında Almanya’da, sonrasında çıkartılacak olan pek çok düzenlemeye esas alınan iş güvencesine ilişkin müstakil kanun olan “Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu” yürürlüğe girmiş, İtalya’da 1966 yılında, İngiltere’de 1971 yılında, Fransa’da ise 1973 yılında çıkartılan kanun ile işçilerin işten çıkartılabilmesi için geçerli ve ciddi nedenlerin mevcut olma koşulu getirilmiştir³⁵.

Uluslararası düzenlemeler nazara alındığında konuya ilişkin ilk düzenleme Birleşmiş Milletler tarafından “*bütün halklar ve milletler için ulaşılabilecek ortak ideal olarak*” kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesiyle yapılmıştır³⁶. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 23. maddesinde yer alan “*Her şahsın çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma şartlarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır*” yönündeki düzenlemeyle işçilerin işsizlikten korunması gerektiği belirtilerek geniş anlamda iş güvencesine dair hedef, ulusal düzenlemelerde esas alınacak bir ölçüt ortaya konulmuştur. Bu beyanname ile bireyin çalışması bir hak olarak kabul edilerek bu hakkın korunabilmesi amacıyla ücret hakkının ve sendikal faaliyette bulunma özgürlüğü gibi sair haklar güvence altına alınması amaçlanmış, böylece iş güvencesinin ilk adımı atılmıştır³⁷.

Avrupa Konseyi tarafından 18.10.1961 tarihinde üye devletlere imzaya açılan, 26.02.1965 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi), Ülkemiz tarafından 18.10.1961 tarihinde imzalanarak 14.07.1989 tarihli Resmi Gazete’ de yayınlanan 3581 sayılı “*Avrupa Sosyal Şartı’nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*” ile yürürlüğe girmiştir³⁸. Avrupa Sosyal Şartı’nın çalışma hakkı başlıklı 1. maddesinde “*Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı*” akit devletlere yükümlülük olarak getirmiştir. Mezkûr bu düzenlemeyle, işçilere etkili bir iş güvencesi sisteminin getirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Avrupa Sosyal Şartının kabul edilmesinden sonraki yıllarda sosyal ve ekonomik ihtiyaçların değişmesi, işçi sınıfının taleplerinde meydana gelen değişimler ve bir takım

³⁴ Demir, s. 23.

³⁵ Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 17.

³⁶ Tulukçu, s. 53; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 18; Aktuğ, Semih : İş Güvencesinin Uluslararası Dayanakları, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. XIII, 2009, s. 218.

³⁷ Aktuğ, Uluslararası Dayanakları, s. 218.

³⁸ Centel, İş Güvencesi, s. 27; Tulukçu, s. 53; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 21.

farkındalıkların artması neticesinde Sosyal Şartların değişen ihtiyaç ve taleplere göre gözden geçirilmesinin gerekmiş, yapılan çalışmalar neticesinde 3 Mayıs 1996 tarihinde Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı imzalanmıştır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartına benzeyen bir yapısı bulunmasına karşın, ondan tümüyle bağımsız ayrı bir belge niteliğinde olup bu şart ülkemiz tarafından 6 Kasım 2004 tarihinde bazı çekincelerle imzalanmıştır. Ülkemiz tarafından imzalanan bu sözleşme 03.10.2006 tarihli Resmi Gazete’ de yayınlanan 5547 sayılı kanunla onaylanarak yürürlüğe girmiştir³⁹. Mezkûr sosyal şartların “İş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı” başlıklı 24. maddesinde iş güvencesine dair düzenlemelere yer verilmiştir. Her ne kadar Türkiye’nin de taraf olduğu Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 24. maddesinde, geçerli nedenler olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilememesine ilişkin düzenleme herhangi bir ayırım, sınırlama konulmaksızın tüm çalışanlar bakımından geçerli olduğu ifade edilmişse de, Türk hukukunda iş güvencesi hükümleri tüm işçiler bakımından uygulanmamaktadır. Bu çerçevede, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının, hem Uluslararası Çalışma Örgütünün 158 sayılı sözleşmesine hem de Türk hukukuna göre daha kapsayıcı bir iş güvencesi sistemi öngörmüştür.

İş güvencesini net bir şekilde somut olarak konu edinen, iş güvencesinin temel ölçüt ve ilkelerini belirleyen, iş güvencesinin tanınmasına ilişkin en önemli uluslararası metin Uluslararası Çalışma Örgütünün 2 Haziran 1982 tarihli “ *Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmedir*”. 158 sayılı Sözleşmeyle, iş güvencesi hükümleri bakımından genel bir çerçeve çizilmiş, sözleşmeyle bağitlanan ülkelerin sözleşmede belirlenen bu çerçeve içerisinde iç hukuklarında düzenleme yapmalarına izin verilmiştir⁴⁰. Bu sözleşmeyle, hem çok sayıda ülke tarafından kabul edilmesine imkân sağlanması hem de sözleşmenin tarafı olan ülkelerin iç hukuklarında kendi sosyal, ekonomik ve toplumsal şartlarına özgü düzenleme yapabilmelerine imkân sağlanabilmesi için geniş ve esnek bir çerçeve belirlenmiştir⁴¹.

³⁹ Aktuğ, Uluslararası Dayanakları, s. 240.

⁴⁰ Ekmekçi Ömer, Yiğit Esra : Bireysel İş Hukuku, 12. Levha Yayınları, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, Aralık 2022, s. 609.

⁴¹ Aktuğ, Uluslararası Dayanakları, s. 222; Kutal, Metin : İş Güvencesi İle İlgili ILO Normları ve Türk Mevzuatının Durumu, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 46 / 0, Ekim 2011, s. 25.

Daha öncede belirtildiği üzere, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşmesi” 2 Haziran 1982 tarihinde imzalanıp 23 Kasım 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz tarafından 158 sayılı sözleşme imzalandıktan sonra 244 sayılı kanun⁴² hükümleri çerçevesinde öncelikle bu uluslararası sözleşmenin onaylanmasının kanunla uygun bulunması gerektiğinden 09 Haziran 1994 tarihli ve 3999 sayılı “*Hizmet İlişkisine işveren Tarafından Son Yerilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun*” TBMM tarafından kabul edilerek 18 Haziran 1994 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır⁴³. Akabinde ise ilgili sözleşmenin yürürlüğe konulması için 10 Ağustos 1994 tarihli ve 94/5971 sayılı Bakanlar Kurulu tarafından gerekli bildirim kararı tesis edilmiş, bu Bakanlar kurulu kararının 12 Ekim 1994 tarihli Resmi Gazete yayımlanmasının ardından 158 Sayılı Sözleşme 4 Ocak 1995 tarihi itibarıyla Ülkemiz bakımından yürürlüğe girmiştir.

158 sayılı sözleşmenin 2. maddesinde sözleşmenin uygulama kapsamının bütün ekonomik faaliyet alanlarının ve tüm işçiler olduğu belirtilmişse de, düzenlemenin devamında belirli bir iş için ya da süreye bağlı olarak yapılan iş sözleşmeleriyle çalışan işçiler ile deneme süresinde olanlar ya da belirli bir kıdem sahip olmayan işçiler sözleşme kapsamı dışında bırakılabilecekleri gibi istihdam eden işletmenin büyüklüğü de sınırlamaya esas alınabilecek başka bir ölçüt olarak kabul edilmektedir.⁴⁴. Bir diğer deyişle, sözleşmeyle bağitlanmış ülkeler, kendi iç hukuk sistemlerinde, bir takım şartları taşımayan işverenlerle, bir kısım özellikleri havi işçilerin iş güvencesi sisteminin dışında tutabilme serbestisine sahiptirler.

⁴² 31 Mayıs 1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun

⁴³ Hizmet İlişkisine işveren Tarafından Son Yerilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmenin imzalanmasının uygun bulunmasına dair 25.11.1992 tarihli ve 3846 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı tarafından “ ilgili sözleşmenin imzalanmasının ardından yürürlüğe kaçınılmaz olan İş Güvencesi kanununun işveren yükleyeceği yeni külfetlerle, yatırımı güçleştireceği, yerli ve yabancı sermayeyi yatırıma yönelmede tereddüte sevk edeceği, işsizliği artıracığı, devletin işçi- işveren arasındaki ilişkide dengeleyici olduğu, işçilerin işten çıkarılmalarına karşı yargı yoluna başvurmalarına ilişkin iç hukukumuzda düzenlemelerin mevcut olduğu, Avrupa ülkelerinde bile itibar görmeyen bu sözleşmenin ülkemizi gereksiz şekilde taahhüt altına sokacağı, sözleşme ile getirilen bazı uygulamaların işveren ve işçi arasında yeni bir anlaşmazlık alanı yaratacağı, iş barışının sağlanmasında olumsuz etkileri olacak ve anlaşmazlıklara her iki tarafın genel hukuk kuralları dışında çözüm arayışlarını zorlama ihtimalini çoğaltacağı” gerekçeleriyle Mecliste yeniden görüşülmek üzere veto edilmiştir. Akabinde ilgili kanun TBMM’de yeniden görüşülerek kabul edilmiştir.

⁴⁴ Ekmekçi/Yiğit, s. 609; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 997; Aktuğ, Uluslararası Dayanakları, s. 223; Kutal, s. 25.

Sözleşmenin 4. maddesi, iş güvencesi sisteminin belki de en önemli düzenlenmesi niteliğindedir. Bu maddeyle işverenin fesih hakkı sınırlandırılarak, işçinin kapasitesi, işin yürütümü ya da işyerlerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli neden olmadı müddetçe iş ilişkisine son verilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Böylece asıl olanın, iş ilişkisinin devamını yönünde olduğu, işveren feshinin ise ancak belirli bir nitelikteki nedenlere dayalı gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu da, iş güvencesinin temel amacı olan, iş ilişkisinin devamını sağlamaya yönelik oldukça önemli bir adımdır. Sözleşmenin 5. maddesinde ise özellik arz eden bir takım sebeplerin, geçerli neden kabul edilemeyeceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. 8. madde ise işçinin makul bir süre içerisinde işverene yapılan feshe karşı mahkeme, tahkim gibi bağımsız ve tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı olduğu kabul edilmiştir.

Sözleşmesinin 9. maddesinde, itiraz süreci bakımından feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının ispatı noktasında temel ispat rejimini değiştirir nitelikte düzenlemeye yer verilerek “ *geçerli bir nedeninin bulunduğunu ispat yükü işverene ait olduğu*” hüküm altına alınmıştır. İspat yüküne ilişkin bu düzenleme iş güvencesi bakımından oldukça önemlidir. Zira geçerli bir nedeninin bulunmadığı hususunda ispat yükünün işçi tarafına bırakılması öngörülen iş güvencesi sisteminin uygulamada işlevsiz hale getirme riskini oluşturacağı gibi, işverenin kendisi tarafından ileri sürülen fesih nedeninin işçi tarafından ispatı gibi çelişkili bir duruma sebebiyet verecektir⁴⁵. Bu bakımdan, 158 sayılı sözleşmenin genel kabulünün ancak sınırlı ve özel hallerde sözleşmenin işverence geçerli nedenle feshedileceği kabul edileceğinden, bu sınırlı fesih gerekçesinin ispat külfetinin de işverene ait olduğunun kabulü tutarlıdır.

Sözleşmenin 10. maddesinde, işçi tarafından işverence yapılan feshe karşı itiraz edilmesi ve yapılan feshin ilgili merciiler tarafından haksız bulunduğunun tespiti halinde ne şekilde karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu maddede, sözleşmenin genelinde olduğu gibi her ülkenin kendi iç dinamiklerine uygun olarak kabul edebileceği birden fazla ihtimalin olduğu geniş bir çerçeve çizilmiştir. Bu çerçevede, fesih işleminin iptal ve/veya işçinin işe iadesine karar verme veya önermeye, bu konuda herhangi bir önermeye yetkili olunmaması durumunda ya da bunların uygulanması mümkün

⁴⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 998.

görülmese yeterli miktarda tazminata ya da uygun görülen başka bir telafi biçimi kararlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece 158 sayılı sözleşme, feshin hükümsüzlüğü ve/veya işçinin işe iade edilmesi, tazminat ya da başkaca telafi biçimi şeklinde farklı seçenekler, ihtimaller oluşturabilmesine imkân sağlanmıştır. Sözleşmede, feshin geçersizliğiyle işçinin işe iade/yeniden işe alınmaya karar verme yetkisi bulunsa bile belirli durumlarda işe iadesinin uygulanmasının tarafların durumu nazara alınarak mümkün ya makul olmaması durumunda yetkili merci tarafından sadece tazminat ya da sair telafi biçimi kararlaştırma yetkisinin bulunması nazara alındığında, sözleşme temel yaptırım olarak tazminatı öngördüğü söylenebilecektir⁴⁶.

158 sayılı ILO sözleşmesinin imzalanmasının ardından, sözleşmenin uygulanması bakımından bir takım açıklamalar getirmek, uygulanma bakımından tereddütleri gidererek sözleşmeyi tamamlamak amacıyla ayrıntılı düzenlemeler içeren Uluslararası Çalışma Genel Konferansı tarafından 22 Haziran 1982 tarihinde “ Geçerli Bir Sebebe Dayanmayan İşten Çıkarmalara Karşı Korunma Hakkında 166 sayılı Tavsiye Kararı” kabul edilmiştir⁴⁷. Mezkûr tavsiye kararlarında belirli iş sözleşmesi yapılmasıyla ilgili olarak daha geniş düzenlemelere yer verildiği gibi, sözleşmenin 5. Maddesinde “ işçinin yaşı, zorunlu askerlik hizmeti ve sair sivil yükümlülükler, hastalık ve kaza nedeniyle geçici işe devamsızlık” iş sözleşmenin feshi bakımından haklı görülmeyecek nedenler arasına dâhil edilmiştir⁴⁸. Tavsiye kararlarının 12. maddesinde “*İşveren, işine son verme kararını işçiye yazılı olarak bildirmelidir*” yönünde, 13. maddesinde ise “*İstihdamına son verildiği bildirilen veya işine son verilen bir işçi, talep üzerine işvereninden feshin sebep veya sebeplerine ilişkin yazılı bir açıklama alma hakkına sahip olmalıdır.*” yönünde düzenleme ihdas edilerek 158 sayılı ILO sözleşmesinde yer almayan önemli bir ek düzenlemeye yer verilmiştir. Böylece 158 sayılı sözleşmedeki feshin geçerli nedene dayandığına dair ispat külfetinin işveren üzerinde olduğuna dair hüküm, 166 sayılı tavsiye kararındaki işverenin feshi ve fesih sebebinin yazılı olarak bildirme yükümlülüğüne dair düzenleme birbirini tamamlayan iş güvencesine işlerlik kazandıracak önemli düzenlemelerdir.

⁴⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 999.

⁴⁷ Aktuğ, Semih Serkant, “İş güvencesinin sosyal ekonomik hukuki temelleri ve Türkiye değerlendirmesi”, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 2010, s. 82; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 999.

⁴⁸ Aktuğ, Hukuki Temelleri, s. 83.

2. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Türk Hukuku bakımından Anayasamızın 49. maddesinde çalışmanın bir hak olarak tanımlanması, yine Devletin, çalışma hayatını geliştirmek, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemek için gerekli tedbirleri alması gerektiğine dair ifade, geniş anlamda iş güvencesinin Anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Her ne kadar ilgili maddede “iş güvencesi” ibaresine yer verilmemiş olsa da, işsizliğin önlenmesi ve çalışmanın desteklenmesinin doğal sonucu olarak kurallara uygun olarak çalışan işçilerin iş ilişkisinin devamının sağlanmasına imkân sağlayacaktır ki bu da iş güvencesinin en önemli amaçlarından⁴⁹.

Türk İş Hukukunda, 1475 sayılı (mülga) İş Kanununda, 12.07.1975 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 1927 sayılı “1475 sayılı İş Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve 26. Maddesinin İkinci Fıkrasının Yürürlükten Kaldırılması, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 25. Maddesinin Yedinci Fıkrasının Değiştirilmesi ve Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun” düzenlemesiyle toplu işçi çıkma ve çıkarmaya ilişkin özel düzenleme getirilmiş, sözleşmesi sona eren işçilerin yerine altı ay süreyle başka işçilerin alınamayacağı, işe alım durumunda öncelikle işten çıkartılmış olan işçilere noter aracılığıyla bildirim yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine mezkur düzenleme ile kıdem tazminatına hak kazanma için üç yıl olan hizmet süresi bir yıla indirilirken, kıdem tazminatının tutarının her bir hizmet süresi için on beş gün yerine otuz günlük ücreti üzerinden hesaplanması hüküm altına alınmıştır⁵⁰.

158 Sayılı ILO Sözleşmesi 2 Haziran 1982 tarihinde imzalanmışsa da bu sözleşmeye uygun bir iç hukuk düzenlemesi uzun yıllar boyu yapılamamış 1978, 1980 ve 1992 yıllarında çeşitli kanun taslaklarını hazırlanmışsa da mezkûr taslakların hiç birisi kanunlaşmamıştır⁵¹. Hatta bu nedenle ülkemiz 2001 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü’nün denetim organı olan aplikasyon (sözleşmeleri uygulama) komisyonunda gündem olmuş ve ilgili komisyona bilgi vermek zorunda kalmıştır⁵².

⁴⁹ Centel, İş Güvencesi, s. 28.

⁵⁰ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 487; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 995.

⁵¹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 487; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 995.

⁵² Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.193.

Dar anlamda iş güvencesine ilişkin ilk düzenleme, 05.05.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan "İşyeri sendika temsilcilerinin teminatı" başlıklı madde de getirilen düzenlemedir. Görüleceği üzere bu kanunda, tüm işçiler bakımından değil sadece işyerindeki sendika temsilcisi olan işçiler yönünden düzenleme getirilmiştir⁵³. Ancak ilgili kanun düzenlemesinde feshin geçersiz olduğuna dair ispat külfetinin işçiye ait olması ile kanunun çok az sayıda işçiye kapsamı nedenleriyle uygulamada beklenen sonuç meydana gelmemiştir. 4773 sayılı Kanun ve 4857 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerde, ispat külfeti yer değiştirilerek feshin geçerli nedene dayalı olarak yapıldığının ispatının işverence yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

158 ILO Sözleşmesi'ne uyum için ÇSGB tarafından hazırlanan İş Güvencesi Kanun Tasarısı, 25 Ağustos 2000 tarihinde TBMM'ye gönderilmiştir. Söz konusu kanun tasarısına gelen itirazlar üzerine ÇSGB, yeni bir kanun tasarısı hazırlanması için dokuz kişilik bilim kurulu oluşturulmasına karar vermiştir. Kurul tarafından 158 sayılı ILO sözleşmesi ile 166 sayılı Tavsiye Kararı esas alınarak hazırlanan taslak 14 Şubat 2002 tarihinde TBMM'ye sevk edilmiş ve 9 Ağustos 2002 tarihinde 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun olarak kanunlaşmış, bu kanun 15 Mart 2003 tarihine ertelenmiştir⁵⁴. 4773 sayılı kanunla değişik 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E maddeleriyle Türk İş Hukukunda ilk defa iş güvencesi kurumuna yer verilmiştir⁵⁵. Bu kanunun yürürlüğe girmesinin üzerinden kısa bir süre sonra 10 Haziran 2003 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler, genel hatlarıyla 4773 sayılı Kanunun hükümlerine benzer mahiyettedir⁵⁶. İki kanunun hükümleri arasında biri 4773 sayılı Kanun'da on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerleri iş güvencesine tabi iken 4857 sayılı Kanun'da on olan işçi sayısının otuza çıkartılması, diğeri ise işe başlatmama tazminatının en az altı ay, en çok bir yıllık ücret tutarından, en az dört ay, en çok sekiz

⁵³ Koç, Yıldırım, "İş Güvencesinin Öyküsü". Mülkiye Dergisi 26, 2002, s. 136.

⁵⁴ Çelik, Aziz: Yeni İş Yasasının Anlamı, TBB Dergisi, S. 48, Yıl: 2003, s. 47; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 27; Kurt/Koç, s. 243; Şen, Murat: 4773 sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4 (Aralık 2003), s. 758.

⁵⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 995; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 487.

⁵⁶ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 488; Kurt/Koç, s. 244.

aylık ücrete düşürülmesidir. Böylece 4857 sayılı Kanun, hem iş daha fazla iş yerinin iş güvencesi kapsamının dışında bırakmış hem de işe başlatmama tazminatı işveren lehine olacak şekilde azaltmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "*feshin geçerli sebebe dayanması*" başlıklı 18. madde, "*sözleşmenin feshinde usul*" başlıklı 19. madde, "*fesih bildirimine itiraz ve usulü*" başlıklı 20. madde, "*geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları*" başlıklı 21. madde ve toplu işçi çıkarmada iş güvencesinin uygulanacağını öngören "*toplu işçi çıkarma*" başlıklı 29. maddesiyle iş güvencesi kurumu düzenlenmiştir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunun 11. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un "*fesih bildirimine itiraz ve usulü*" başlıklı 20. maddesinde, 12. maddesiyle de 4857 sayılı Kanun "*geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları*" başlıklı 21. maddesine ek fıkralar eklenmiş, böylece iş güvencesine ilişkin hükümler günümüzdeki şeklini almıştır.

II. İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMI

A. Genel Olarak

İş güvencesi hükümlerinden, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan tüm işçilerin faydalanması söz konusu değildir. İş güvencesinin uluslararası dayanağı olan 158 sayılı ILO sözleşmesinde, taraf ülkelere, kendi iç hukuk sistemlerinde bazı işyerleri ile bir kısım işçileri iş güvencesi sisteminin dışında tutabilme serbestisi tanındığından kanun koyucumuz sözleşmedeki bu geniş çerçeve içerisinde iş güvencesi kapsamını belirlemiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*" yönündeki düzenleme ve bu maddenin son fıkrasındaki "*işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe 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*" hükmüyle iş güvencesine tabi işçiler, bir diğer deyişle iş güvencesinin kapsamı hüküm altına alınmıştır.

B. İşçinin İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na Tabi Olma

İş güvencesi hükümleri, 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenmiş olup iş güvencesi hükümlerinin farklı kanunlara tabi iş sözleşmeleri ile çalışan diğer işçilere de uygulanacağına dair açık bir düzenleme mevcut olmadığından iş güvencesinden yararlanabilmenin ilk şartı işçinin 4857 sayılı Kanuna tabi bir işçi olarak çalışması gerektiğidir⁵⁷.

İş Kanununun 4. maddesine göre, deniz ve hava taşıma işlerinde, elliden az işçi çalıştırılan (eli dâhil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri, bir ailenin üyeleri ve üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, ev hizmetlerinde çalışanlar, çıraklar, sporcular, rehabilite edilenler ile 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışan kişiler hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanmadığından bu madde kapsamındaki bu kişiler iş güvencesine de tabi değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 116. maddesiyle 13.6.1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrası "*İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanır.*" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, Basın İş Kanunu'na tabi çalışanlar da iş güvencesi hükümlerine tabi hale gelmiştir. Yine 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 23. Maddesine göre medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın kartlı personel hakkında 5953 sayılı Basın- İş Kanunu hükümleri uygulanacağından bu kişilerin de iş güvencesi hükümlerine tabi olduğu söylenebilecektir⁵⁸.

Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununa tabi çalışanlar bakımından özel bir kanun düzenlemesi mevcut olmadığından bu kanunlara tabi çalışanların iş güvencesi hükümlerinden ise faydalanması mümkün değildir⁵⁹. 158 sayılı Sözleşmede, sözleşmenin

⁵⁷ Özkaraca, Ercüment : İş Güvencesinin Kapsamı, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ekim 2017, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 34.

⁵⁸ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 34.

⁵⁹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 488; Kar, İş Güvencesi, s. 43; Ekmekçi/Yiğit, s. 613; Centel, İş Güvencesi, s. 35.

bütün ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile çalıştırılanlara uygulanacağı belirtilmiş, yani işçinin tabi olduğu işkoluna bakılmaksızın, bu yönde bir ayırım yapılmaksızın işçilerin iş güvencesine sahip olacağı belirtilmiş, devamında istihdam şartları, istihdam eden işletmenin büyüklüğü, niteliği açısından esaslı problemler bulunan durumların ise sözleşmenin istisnaları kapsamında kabul edilebileceği belirtilmiştir. Bu bakımından Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununa tabi çalışanların tamamen iş güvencesinin kapsam dışında bırakılmış olması 158 sayılı ILO sözleşmesi ile bağdaşmamaktadır⁶⁰. Kaldı ki, iş güvencesine ilişkin ilk kanun düzenlememiz olan 4773 sayılı Kanun gerekçesinde “iş güvencesine yönelik olarak yapılan düzenlemelere paralel bir şekilde Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda ve tarım işlerinde çalışmalarla ilgili yeni düzenlemelere gidilmesi 158 sayılı ILO Sözleşmesinin bir gereğidir” yönünde açıklamaya yer verilmiştir. Ancak aradan geçen 20 senelik zaman zarfında ne TBK ne de Deniz İş Kanunu’na tabi işçiler yönünden düzenleme yapılmıştır.

İş Kanununun 21. maddesinin son fıkrasında yer alan “Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez” yönündeki düzenleme nazara alındığında iş güvencesine ilişkin diğer hükümlerin nispi emredici nitelikte olduğu, bir diğer deyişle söz konusu hükümlerin dışındaki konularda tarafların işçi lehine olacak şekilde düzenlemeler yapılabileceğinden, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanuna tabi işçiler, toplu iş sözleşmesi yahut bireysel iş sözleşmelerine koyabilecekleri özel bir düzenlemeyle 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki iş güvencesi hükümlerine tabi hale gelmeleri mümkündür⁶¹. Bu ihtimalde, 6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25/2. maddesindeki “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz” yönündeki düzenleme çerçevesinde, toplu iş sözleşmesiyle bağitlanmamış işçilerin de, iş sözleşmesinin feshi bakımından toplu iş sözleşmesini imzalamış işçilerle aynı hükümlere tabi olacağı açıktır⁶². Bu nedenle, iş güvencesine tabi olmayan Deniz İş yahut Türk Borçlar Kanuna tabi işçilerin toplu iş sözleşmesi yapması, bu sözleşmede iş

⁶⁰ Süzek, İş Hukuku, s. 575; Özkara Ercüment, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantısı, İstanbul, 2012, s. 93.

⁶¹ Özkara, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 61; Kar, İş Güvencesi, s. 43; Özkara, Eleştirel Bakış, s. 95.

⁶² Özkara, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 63.

güvencesine tabi kılınmaları durumunda, aynı işyerindeki toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan diğer işçiler de iş güvencesi hükümlerinden faydalanma imkânına sahip olacaklardır.

6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun “İşyeri sendika temsilciliğinin güvencesi” başlıklı 24. maddesinde işyeri sendika temsilcilerinin de işe iade davası açabileceği hüküm altına alınmış olup işyeri sendika temsilcisinin tabi olduğu kanuna bakılmaksızın iş güvencesi hükümlerinden faydalanma hakkı söz konusu olacaktır⁶³. Böylece, 6356 sayılı Kanunun 27. maddesi hükmüne göre usulüne uygun bir şekilde belirlenmiş “işyeri sendika temsilcisi”, diğer işçilerden farklı olarak Deniz İş Kanunu yahut Türk Borçlar Kanuna tabi olması halinde dahi iş güvencesi hükümlerinden faydalanma hakkı söz konusudur. 6356 sayılı Kanunun 24. maddesinin son fıkrasında, işyeri sendika temsilcisine ilişkin güvencenin, işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler hakkında da uygulanacağı ifade edilmiş olup sendika yöneticiliği yapan amatör yöneticiler de iş güvencesine tabidir⁶⁴.

C. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Tabi Olarak Çalışması

4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinde “belirsiz süreli iş sözleşmesinin” feshine ilişkin düzenleme yapıldığından sadece belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş güvencesine sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, belirli süreli iş sözleşmesine tabi olarak işçiler, en az otuz işçi çalıştırılan bir iş yerinde, en az altı aydır çalışıyor olsalar bile iş güvencesine tabi değillerdir⁶⁵.

Bilindiği üzere belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli iş sözleşmesinden farklı olarak, sözleşmenin akdedildiği esnada taraflar, sözleşmenin belirli süre, belirli bir işin tamamlanması, belirli olgunun ortaya çıkması gibi objektif olarak belirlenen bir süreç boyunca devam ettiğini bilmektedirler. Bu bakımdan da belirli süreli sözleşme belirlenen sürecin nihayetinde, fesih bildirimine gerek kalmaksızın sona ermektedir. Böylece belirli süreli iş sözleşmelerinde, işverene ihbar öneli vermek suretiyle sözleşmeyi feshetme imkânı tanınmayıp işçinin sözleşme süresi boyunca korunduğu bir sistem

⁶³ Kar, İş Güvencesi, s. 72; Demir, s. 37; Centel, İş Güvencesi, s. 291; Mollamahmutoğlu/Astarlı /Baysal, s. 1138.

⁶⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı /Baysal, s. 1139.

⁶⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 196; Yarg. 9. HD, 31.01.2005, E. 2005/70 K. 2205/2290 “Somut olayda dosyadaki bilgi belgelerden belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışıldığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenlerle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz”.

öngörölmüştür⁶⁶. Yine belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence haksız şekilde feshedilmesi durumunda TBK 438. maddesi kapsamında işçi sözleşme süresine uyulsaydı hak kazanacağı ücretin miktarı, tazminat olarak talep edebileceğinden işçiye makul bir hukuki menfaat tesis edilmiştir⁶⁷.

158 sayılı ILO sözleşmesinin 2. maddesinde açık bir şekilde “*Belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin*” iş güvencesi kapsamının dışına bırakılabileceği düzenlenmiştir⁶⁸. Bu nedenle, hukukumuzda belirli süreli- belirsiz süreli sözleşmeler için iş güvencesinden faydalanma yönünde yapılan ayırım, ülkemizin de taraf olduğu ILO’nun 158 sayılı sözleşmesine uygundur.

Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçinin, iş güvencesi kapsamında olmaması için bağitlandığı sözleşmenin kanuna uygun şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde işçinin, iş güvencesi kapsamında kaldığı kabul edilecektir. Bir diğer deyişle kanunun belirli süreli iş sözleşmesinin geçerliliği aradığı koşulların bulunmamasına rağmen salt işçinin iş güvencesi hükümlerinden mahrum bırakılması için belirli süreli olarak isimlendirilip akdedilen bu sözleşmeler belirsiz süreli sayıldığı için bu durumdaki işçiler iş güvencesi kapsamındadır⁶⁹. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11/2 hükmünde esaslı neden olmaksızın birden fazla üst üste yani zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılamayacağını, aksi takdirde yapılan sözleşmenin başlangıcından itibaren belirsiz süreli kabul edileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla objektif neden olmaksızın zincirleme olarak belirli süreli şekilde çalışan bir işçi de diğer şartları sağlaması durumunda iş güvencesi hükümleri kapsamında korunacaktır⁷⁰.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa göre özel okul öğretmenleriyle yapılan sözleşmenin belirli süreli olup olmadığı yönünde Yargıtay dairelerinin birbirinden farklı kararları mevcuttu⁷¹. Yargıtay 7. ve 9. Hukuk Dairesi tarafından 5580 sayılı kanun

⁶⁶ Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 103; Demir, s. 22; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 50.

⁶⁷ Aras, Talip : İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 0, no.119, s. 2015, s. 453.

⁶⁸ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 36; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 49,

⁶⁹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 487.

⁷⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 44; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1021.

⁷¹ Yarg. 9. HD, 24.01.2015, E. 2004/28341 K. 2005/1165; Yarg. 9. HD, 14.04.2009, E. 2008/14510 K. 2009/10568, Yarg. 9. HD, 07.09.2015, E. 2015/17183 K. 2015/24789, Yarg. 22. HD, 14.02.2012, E. 2011/9096 K. 2012/1864, Yarg. 22. HD, 25.03.2014, E. 2014/3400 K. 2014/3804.

çerçevesinde yapılan sözleşmelerin asgari süreli iş sözleşmeleri olduğu, işveren tarafından yapılan feshe karşı işe iade davası açılabilceği kabul edilirken, 22. Hukuk Dairesi ise kanunda kaynaklanan objektif sebebin bulunduğu, bu nedenle sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu ve işe iade davasını açılmayacağı kabul edilmekteydi⁷². YİBBGK 23.02.2018 tarihli⁷³ içtihadı birleştirme kararıyla, Özel Öğretim Kanunu ile eğitim ve öğretimin öğrenciler bakımından kesintisiz devam etmesi amaçlandığından en az bir takvim yılı süreli sözleşme imzalanmasının öngörüldüğü, kanuni düzenlemelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda özel öğretim kurumları personeli ile yapılan sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Bu çerçevede özel okul öğretmenleri iş güvencesi kapsamı dışındadır.

Mevsimlik iş sözleşmesi, faaliyetin sadece yılın belirli döneminde sürdürüldüğü ya da yıl boyunca çalışılmakla birlikte faaliyetin yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan sözleşmeler olup bu sözleşmeler belirli süreli ya da belirsiz süreli de yapılması mümkündür⁷⁴. Mevsimlik iş sözleşmesinin belirli süreli yani tek bir mevsim/dönem için yapılması durumunda sözleşme belirlenen mevsimin/dönemin bitmesiyle sona erecek olup bu durumda işçinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı alamayacağı gibi işçi tarafından feshin geçersizliğinin tespiti davası açılması da olanaklı değildir⁷⁵. İş sözleşmesinin bir sonraki dönem/mevsim devam etmesine karar verilmesi ya da sözleşmenin zincirleme şekilde yapılması durumunda ortaya belirsiz süreli mevsimlik iş sözleşmesi çıkacaktır. Bu durumda sözleşme, mevsim sonunda sona ermeyip bir sonraki mevsimin başlangıcına kadar askıda kalacaktır. İşverence yeni mevsim başında işçinin işe başlatılmaması fesih olarak nitelendirildiğinden gerek işçinin işe başlatılmaması suretiyle fesihte, gerekse de işverence askı yahut çalışma döneminde geçerli neden olmaksızın yapılan fesihte işçinin feshin geçersizliğini tespit amacıyla dava açma imkanı söz konusu olacaktır⁷⁶.

Kısmi süreli iş sözleşmesi, İş Kanunu'nun 13. maddesinde, normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli işçiye göre belirlenen süreden önemli ölçüde az olarak

⁷² Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s.38.

⁷³ Yarg. İBBGK, 23.02.2018, E. 2017/1 K. 2018/2.

⁷⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 270.

⁷⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 270; Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 39.

⁷⁶ Tulukçu, s. 121; Süzek, İş Hukuku, s. 270; Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 39; Centel, İş Güvencesi, s. 45.

belirlendiği sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Kısmi süreli iş sözleşmesinin de belirli yahut belirsiz süreli yapılmasında herhangi bir engel mevcut değildir⁷⁷. Bu bakımdan belirsiz süreli kısmi iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçinin, iş güvencesi hükümlerinden faydalanması söz konusu olacaktır.

Çağrı üzerine çalışma sözleşmesi, işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi olup bu sözleşme niteliği itibariyle kısmi süreli iş sözleşmesinin bir görünüm şekli olduğundan diğer kısmi süreli iş sözleşmelerinde olduğu üzere belirli ya da belirsiz süreli yapılması mümkündür. Bu çerçevede, objektif nedenlerin varlığı halinde sözleşmenin belirli süreli yapılması durumunda işçi iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacaktır.

4857 sayılı Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen bir diğer çalışma şekli olan uzaktan çalışma, işçinin iş görme edimini, işverenin oluşturduğu organizasyon çerçevesinde evinde ya da teknolojik araçlarla işyeri dışında yerine getirmesi şeklinde meydana gelen iş ilişkisidir. Bu sözleşme, kural olarak belirsiz süreli kabul edildiğinden, uzaktan çalışma kapsamındaki işçilerin, iş güvencesi kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁷⁸.

Azami süreli iş sözleşmesi, mevzuatımızda tanımı yapılmayan sözleşme türlerinden bir diğeridir. Taraflarca sözleşme bakımından azami bir sürenin belirlendiği, sözleşmenin belirlenen sürenin bitiminde herhangi bir fesih ihbarına gerek olmaksızın sona erdiği, sözleşmenin devam ettiği süre zarfında ise tarafların ihbar öneli vermek suretiyle aralarındaki sözleşmeyi sona erdirebildikleri sözleşmedir⁷⁹. Bu bakımdan azami süreli sözleşme, hem belirsiz süreli, hem de belirli süreli sözleşme niteliğini taşıyan mahiyettedir. Zira azami sürenin sonunda kendiliğinden sona erdiği için belirli süreli, azami süre içerisinde ihbarlı fesih hakkı bulunması nedeni ile de belirsiz süreli iş sözleşmesinin özelliklerini taşıdığı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁸⁰. Azami süreli iş sözleşmesinde taraflarca belirlenen sürenin sonunda sözleşme fesih beyanına gerek

⁷⁷ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 199; Ekmekçi/ Yiğit, s. 612.

⁷⁸ Tulukçu, s. 121.

⁷⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 265; Centel, İş Güvencesi, s. 46; Senyen Kaplan, s.143.

⁸⁰ Yarg. 22. HD, 19.09.2017, E. 2017/34873 K. 2017/17593, Yarg. 22. HD, 29.01.2015, E. 2015/1536 K. 2015/1572.

kalmaksızın kendiliğinden sona ereceğinden bu durumda işverence yapılan fesih söz konusu olmadığından iş güvencesi hükümlerinden faydalanılması mümkün değilken sözleşmenin devam ederken işverence fesih yapılması durumunda iş güvencesinin hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır⁸¹.

Asgari süreli iş sözleşmesi, tarafların belirledikleri süre zarfında sözleşmeyi feshedemedikleri, belirlenen sürenin geçmesinin ardından tarafların fesih hakkına sahip oldukları sözleşme türüdür. Bu sözleşmede belirlenen sürenin dolmasıyla sözleşmenin sona ermesi gibi bir durum mevcut olmayıp taraflarca fesih yapılana kadar sözleşme hüküm doğurmaya devam edecektir⁸². Bu nedenlerle bu sözleşme, belirsiz süreli niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan asgari süreli iş sözleşmesiyle istihdam olunan işçilerin iş güvencesi hükümlerine tabi olduğu, taraflarca belirlenen asgari süre içinde ya da asgari sürenin sona ermesinden sonraki dönemde işverence geçerli neden olmaksızın sözleşmenin feshedilmesi halinde işçinin işe iade davası açabileceği kabul edilmektedir⁸³.

D. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde, iş güvencesinden yararlanma bakımından işçinin "*en az altı aylık kıdeme*" sahip olması gerektiği düzenlenmiştir. Böylece, kanunda yer alan diğer şartları taşıyan işçilerinin tamamı değil bu işçilerden sadece en az altı aylık kıdeme sahip kısmı iş güvencesi hükümlerinden faydalanacaktır. Belirtmek gerekir ki, altı aylık kıdem şartı mutlak olmayıp bir takım istisnaları da mevcuttur. Zira 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin 1. fıkrasına 6552 sayılı kanunun 2. maddesiyle eklenen ikinci cümlesine göre yer altı işlerinde çalışan işçiler bakımından altı aylık kıdem şartı aranmamaktadır. Bu nedenle yer altında çalışan işçiler, çalıştıkları işyerinde altı aydan daha az kıdeme sahip olsalar bile iş güvencesinden yararlanabileceklerdir. İlgili kanun metninde herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin doğrudan yer altı işlerinden bahsedildiğinden maden işleriyle sınırlı olmaksızın tüm yer altı işçileri bakımından bu düzenleme uygulama alanı bulacaktır⁸⁴.

⁸¹ Süzek, İş Hukuku, s. 265; Centel, İş Güvencesi, s. 46.

⁸² Senyen Kaplan, s.143.

⁸³ Canbolat, Talat/Erener, Ebru : Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart, İş ve Hayat, C. 3, S. 5, Haziran 2017, s. 240.

⁸⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 580; Özkara, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 47; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1014.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca işyeri sendika temsilcileri bakımından da kıdem şartı aranmamaktadır. 6356 sayılı Kanunu'nun 25. maddesinin 5. fıkrasındaki “*Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir...*” yönündeki düzenlemenin “ 18....” ibaresi Anayasa Mahkemesinin 2013/1 E. 2014/161 K. 22.10.2014 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı sonrasında, 6356 sayılı kanunun 25. maddesi bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine yapılan atıf ortadan kalktığından, iş sözleşmesi sendikal sebeplerle feshedilen işçi tarafından açılan sendikal işe iade davası bakımından da altı aylık kıdem şartı ile otuz işçi koşulu aranmamaktadır⁸⁵.

4857 sayılı Kanunda yer alan altı aylık kıdem şartının, Türkiye'nin taraf olduğu 158 sayılı ILO sözleşmesine aykırı olup olmadığının da üzerinde durulması gerekmektedir. 158 sayılı sözleşmenin 2. maddesinde süresi önceden ve makul olarak belirlenmiş olması koşuluyla belli bir kıdeme, bekleme süresine sahip olmayan işçilerin iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılabileceği hüküm altına alınmış olup ulusal mevzuatımızda da altı aylık bir kıdem şartı getirilmiştir. Ülkemizde altı ay olarak belirlenen bu süre, Avrupa ülkelerinden Almanya, İtalya ve Avusturya'da altı ay, Danimarka, İngiltere ve İrlanda'da bir yıl, Fransa'da ise iki yıl olarak belirlenmiş olup bu bakımdan ülkemizde belirlenen sürenin makul olduğu görülmektedir⁸⁶. Kanunda düzenlenen bu altı aylık kıdem süresine dair düzenleme nispi emredici nitelikte olduğundan tarafların yapacakları bireysel ya da toplu iş sözleşmesine kapsamında azaltılabileceği gibi tamamen kaldırılması da mümkündür.

Kanunda düzenlenen bu altı aylık sürenin başlangıcı işçi ile işveren arasında sözleşmenin yapıldığı tarih değil işçinin fiilen işe başladığı tarihtir⁸⁷. İşçi tarafından fiilen çalışmaya hazır olduğunun işverene bildirilmesine ve işgücünü işverene sunulmasına rağmen işverence işe başlatılmaması durumunda işçinin kıdem süresi iş gücünü sunduğu an itibariyle, işçinin hastalanması nedeniyle taraflar arasında belirlenen sürede işçinin işe başlamaması halinde ise işçinin hasta olmasaydı işe başlayacağı tarih itibari kıdem süresi

⁸⁵ Ekmekçi/Yiğit s. 620; Centel, İş Güvencesi, s. 57.

⁸⁶ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 47.

⁸⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1014; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 55; Münir Ekonomi : Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi', Çimento İşveren Sendikaları Dergisi, Mart 2013, s. 5.

işlemeye başlayacaktır⁸⁸. İşçinin işveren ile yaptığı sözleşmede belirlediği işe başlama tarihinde kendi kusuruyla işe başlamaması durumunda ise doğal olarak kıdem süresinin işlemeye başlaması mümkün değildir.

İşçinin fiilen çalışmasıyla işlemeye başlayan altı aylık kıdem süresinin hesabında, işçinin sadece fiilen çalıştığı (4857 sayılı Kanun'un 66. maddesindeki süreler dahil) sürelerin mi yoksa fiilen çalışmadığı ancak raporlu geçen yahut sözleşmenin askıda kaldığı dönemlerin de nazara alınıp alınmayacağı önem arz etmektedir. Bu konuya ilişkin doktrindeki genel kabul, işçinin işe başladığı süreden altı aylık takvim süresine bakılması gerektiği, bir diğer ifadeyle altı aylık kıdem süresi hesaplanırken sadece fiili çalışma süresi üzerinden hesaplama yapılmayacağı deneme ve sözleşmenin askıda kaldığı sürelerini de kıdem hesabında nazara alınması gerektiği yönündedir⁸⁹.

Kanunda yer alan altı aylık sürenin hesabına ilişkin İş Kanununda sürelerin hesabına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hukukumuzda sürelerin hesabına ilişkin HMK 92/II hükümde, sürenin ay olarak belirlenmesi durumunda, ilgili günün son ay içinde karşılık gelen günün tatil saatinde biteceği, sürenin sona erdiği ayda, ilgili güne denk gelen günün olmaması durumunda ise ayın son günü tatil saatinde sürenin bittiği belirtilirken, TBK 92. maddesinde sürenin ay olarak belirlenmesi durumunda, ayın kaçınıcı günüyse, son ayın bunu karşılayan gününde sürenin sona erdiği hüküm altına alınmış olup bu hükümlerin kıyas yoluyla iş güvencesindeki altı aylık sürenin hesabında da baz alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁰. HMK'ta yer alan usul hukukundaki sürelerle ilişkin hükmün maddi hukuka dair sürelerle uygulanmasının mümkün olmadığı, HMK hükmü nazara alındığında 26 Ocak tarihinde işe başlayan işçinin altı aylık bekleme süresinin 26 Temmuz tarihinde sona ereceği, işçinin ancak 27 Temmuz tarihi itibarıyla iş güvencesine tabi olacağı, hâlbuki işçinin fiili çalışma süreleri nazara alınarak işçinin altı aylık süresinin dolduğu tarih olan 26 Temmuz tarihi itibarıyla iş güvencesinden

⁸⁸ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 55; Soyer, Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs, s. 2005, s. 33; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 55; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1014.

⁸⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 498; Güzel, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, s. 53; Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 48; aksi yönde, Günay Cevdet İlhan "İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler", s. 175.

⁹⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 57; benzer yönde, Yarg. 9. HD, 01.04.2013, E. 2012/35856 K. 2013/10606.

faydalanması gerektiği belirtilmekte olduğu gibi HMK 93. maddesinde yer alan sürenin son gününün tatil gününe denk gelmesi durumunda sürenin tatili takip eden ilk iş günü çalışma saati sonunda biteceğine dair düzenlemenin nazara alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁹¹. Zira HMK 92 ve 93.'te yer alan düzenlemenin usul hukukuna ilişkin olduğu, yine 4857 sayılı Kanunda yer alan altı aylık kıdem şartının, altı ay ve ilave bir gün haline gelmesi sonucunun kabulünün mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2018 tarihli kararında, altı aylık sürenin hesabında, işçinin çalıştığı ilk gün ile fesih bildiriminin yapıldığı tarihin yani işçinin fiilen çalıştığı (veya çalışılmış sayılan) son günün nazara alınması gerektiği, altı aylık çalışma süresinin niteliği itibariyle maddi hukuka dair süre olduğu, usule ilişkin süre hesabına dair düzenlemelerin burada uygulanmaması gerektiği, bu çerçevede 28.12.2015 tarihinde işe başlayıp 27.06.2016 tarihinde sözleşmesi feshedilen işçinin tam olarak altı ay çalıştığı kabul edilmiştir⁹².

İş Kanununun 18. maddenin 4. fıkrasında, altı aylık kıdem hesabında aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilmesi suretiyle hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede, işyerleri coğrafi olarak sınırlandırılmamakta, aynı işverenin farklı illerdeki işyerlerinde geçen çalışma sürelerinin birleştirilmesi mümkün olduğu gibi işverenin yurt dışındaki işyerlerinde geçen çalışmalar da altı aylık kıdemden sayılacaktır. Ancak işçinin holding ya da şirketler grubu bünyesinde yer alan farklı şirketlerde çalışması halinde, her bir şirketin farklı tüzel kişilikleri olmasından ötürü ayrı ayrı bağımsız işveren olarak kabul edilmesi gerekeceğinden hizmet sürelerinin birleştirilmesi mümkün değildir⁹³. Kanun koyucu tarafından aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışmaların birleştirileceği düzenlemesinde açıkça değişik işyerlerinin aynı iş kolunda olması gerektiğine dair bir ibareye yer vermediğinden işçinin aynı işverenin

⁹¹ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 51; Yarg. 9. HD, 14.02.2018, E. 2017/20305 K. 2018/2781.

⁹² Yarg. 9. HD, 14.02.2018, E. 2017/20305 K. 2018/2781; benzer yönde, Yarg. 9. HD, 22.4.2019, E. 2018/10524 K. 2019/9450 "altı aylık kıdem hesabında çalışılan gün ile fesih bildiriminin yapıldığı tarihte çalışılan(veya çalışılmış sayılan) günün dikkate alınması gerekir. Kısaca çalışılmış sayılma, hizmet süresi maddi hukuka ilişkin olduğundan, usule ilişkin süre hesaplanması kurallarının burada uygulanmaması gerekir. İşçinin fiilen çalıştığı ilk gün ile son gün süre hesabında nazara alınmalıdır"; benzer yönde, Bursa BAM 9. HD, 04.03.2020, E. 2019/4017 K. 2020/501, Diyarbakır BAM 8. HD, 27.12.2019, E. 2019/87 K. 2019/91; aksi yönde Sakarya BAM 9. HD, 10.06.2020, E. 2019/2043 K. 2020/605.

⁹³ Süzek, İş Hukuku, s. 12; Başterzi Süleyman, : 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdam Etkisi, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 632.

değişik işyerlerindeki çalışması farklı iş kollarında olsa dahi sürelerin birleştirilmesi gerekecektir⁹⁴.

Aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilmesi hususunda işçinin bağitlandığı sözleşmenin türünün öneminin olup olmadığı, bir dönem iş güvencesi kapsamında olmayan konumda çalışan işçinin daha sonraki işyerinde iş güvencesine tabi konumda çalışmasının hizmet sürelerinin birleştirilmesine herhangi bir etkisinin olup olmadığı hususlarının da üzerinde durulması gerekmektedir. Zira işçi, aynı işverene ait işyerinde öncelikle belirli süreli, akabinde geçiş yaptığı diğer işyerinde ise belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışma ihtimali mevcut olabileceği gibi, bir işyerinde işveren vekili konumunda olan işçinin aynı işverenin başka bir işyerinde işveren vekili sıfatı olmaksızın çalışabilmesi imkân dâhilindedir. Bu konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir görüşe göre, iş güvencesi hükümlerinin fesih anına göre belirleneceği, dolayısıyla fesih anı itibarıyla belirsiz süreli iş sözleşmesine tabi işveren vekili olmayan işçinin, aynı işverenin daha önceki işyerlerinde bu özelliklere sahip olmamasının birleştirmeye engel olmayacağı, vasıf ve türe bakılmaksızın çalışmaların birleştirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁵.

4857 sayılı Kanunda yer alan 6 aylık kıdem şartının, “altı aylık işçilik kıdemi” şeklinde anlaşılması gerektiği, bu bakımından işçinin çalışmasının bir kısmının iş ilişkisi kapsamı dışında vekâlet, ortaklık ve çıraklık ilişkisi kapsamındaki çalışmalarının birleştirilmesinin mümkün olmadığı, sürenin tamamı bakımından iş ilişkisinin mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁶. Yargıtay tarafından da, kanunda yer alan 6 aylık kıdem kavramı, işçilik kıdemi olarak kabul edilmektedir⁹⁷.

Altı aylık kıdem süresinin belirlenmesinde aynı işveren nezdinde yapılan fasıllı çalışmaların birleştirip birleştirilmeyeceği hususunun da üzerinde durulması gerekmektedir. Doktrinde ileri sürülen görüşlerden ilkinin iş güvencesinde altı aylık sürenin mevcut olmasının sebeplerinden ilkinin işverence işçinin denemesi, tanınması,

⁹⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 581; Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/ Göktaş Seracettin, : İşe İade Davaları, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2006, s. 175; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 190.

⁹⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 580; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 57; Sarıbay, s. 66; Centel, İş Güvencesi, s. 46; Baysal Ulaş, : İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, İHSGHD, 2011, S. 32, s.1327.

⁹⁶ Özkara, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 48; Centel, İş Güvencesi, s. 62.

⁹⁷ Yarg. 22. HD, 12.10.2015, E. 2015/27837 K. 2015/27965; Yarg. 9. HD 13.11.2017, E. 2016/29628 K. 2017/18043.

işverenle işçi arasında bir aidiyet ilişkisinin temin edilmesi olduğundan uzun bir süre önce işe alınmış olan işçinin sözleşmesinin sona ermesinin ardından uzunca bir süre sonra yeniden işe başlaması nedeniyle yeniden deneme ve tanıma sürecinin olacağı bu nedenle fasılalı sürelerinin birleştirilmemesi gerektiği altı aylık sürenin kesintisiz olması koşulu aranması gerektiği, ancak işverence salt işçinin kesintisiz çalışma koşulunu bertaraf edebilme amacıyla feshin yapılması halinde kesintiye rağmen koşulunu gerçekleştirmiş sayılması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁸. Doktrinde ileri sürülen diğer görüş ise kanun düzenlememizde altı aylık sürenin fasılasız olarak geçirilmesi gerektiğine dair açık bir düzenleme olmadığından fasılalı sürelerin birleştirilmesinin mümkün olduğu yönündedir⁹⁹. Fasılalı sürelerin birleştirilmesi konusunda da iki ayrı yaklaşım söz konusudur. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden ilki, fasılalı çalışmalardan ilk çalışma döneminin kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek sonlandırılmış olması, yani ilk dönemin tasfiyesinin yapılmasının çalışma sürelerinin birleştirilmesinde herhangi bir etkisi olmadığı, ilk çalışma döneminin işçi tarafından gerçekleşen fesihle sona ermesinin de önemi olmadığı yönündedir¹⁰⁰. Aksi yöndeki görüşte ise ilk dönemin tasfiye edilmesi durumunda hizmet sürelerinin birleştirilmesinin mümkün olmadığı, yine işçinin ilk çalışma döneminin işçinin kendi isteğiyle feshetmesi durumunda, sözleşmeyi fesheden işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilme imkânı olmamasından ötürü bu halde de ilk dönemin birleştirmeye esas alınamayacağı ileri sürülmektedir¹⁰¹. İşçinin iş sözleşmesinin emeklilik sebebiyle sona ermesi halinde, sonradan aynı işyerinde yeniden çalışmaya başlaması durumunda, taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulduğundan altı aylık bekleme süresinin hesabında ilk çalışma sürecinin nazara alınmaması gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁰².

⁹⁸ Alpagut, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, s. 208; Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 54; Ekmekçi/Yiğit, s. 621.

⁹⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 582; Soyer, s. 34; Tulukçu, s. 147; Başterzi, Uygulama Alanı, s. 628; Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s. 501; Yıldız, Gaye Burcu : "Karar İncelemesi İşçinin Aynı İşveren Nezdinde Fasılalı Çalışması Durumunda İş Güvencesinden Yararlanması İçin Gereken Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesaplanması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72 / 2, Haziran 2014, s.491.

¹⁰⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1015; Yıldız, s. 493; Yiğit, Yusuf : Türk İş Hukuku Açısından İş Güvencesi Uygulamasında En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olma Koşulu, Selçuk Hukuk Fakültesi, C. 20, No, 2, 2012, s. 222; Tulukçu, s. 148.

¹⁰¹ Uçum, Mehmet: İş İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, S. 11, s. 57.

¹⁰² Centel, İş Güvencesi, s. 59.

4857 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, işyerinin tamamının ya da bir bölümünün hukukî işleme dayalı olarak devredildiğinde, mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği, hizmet süresinin esas alındığı durumlarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihin nazara alınması gerektiği belirtildiğinden, altı aylık bekleme süresinin işçinin devreden işyerinde çalışmaya başladığı ilk tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Geçici iş ilişkisinde istihdam olunan işçinin altı aylık kıdemi, 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesinden hareketle, işçinin başka işyerinde geçirdiği sürelerin, ödünç veren işveren nezdindeki çalışma süresinden sayılacağı kabul edilirken, mezkûr işçinin daha sonrasında ödünç alan işverenin işçisi olarak yeni bir iş sözleşmesiyle çalışması durumunda, geçici iş ilişkisi çerçevesinde geçirilen sürelerin altı aylık süre hesabında nazara alınmayacağı kabul edilmektedir¹⁰³.

Yargıtay tarafından işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi bakımından altı aylık sürenin kesintisiz olmak zorunda olmadığı, fasıllı çalışmanın birleştirilebileceği kabul edilirken, Yüksek Mahkemenin iş uyuşmazlıklarına bakan daireleri arasında fasıllı çalışmaların birleştirilmesinde ilk fesih döneminin birleştirilmesinin şartları bakımından farklı görüşler ileri sürülmektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi¹⁰⁴ tarafından işçinin ilk çalışma döneminin tasfiye edilmesi bir diğer deyişle ilk çalışma dönemine ilişkin kıdem tazminatının ve hak kazanıldıysa ihbar tazminatının ödenmesi durumunda ilk çalışma dönemiyle ikinci çalışma dönemiyle birleştirilmesinin mümkün olmadığı kabul edilirken, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu yönde bir ayrıma gitmeksizin ister tasfiye edilsin ister edilmesinin fasıllı çalışmaların birleştirilmesi gerektiği kanaatindedir¹⁰⁵.

İşçinin iş güvencesinden faydalanmak için sahip olması gerektiği altı aylık bekleme süresinin sonu, işverence yapılan fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, bildirim öneli verilerek fesih yapılması durumunda dahi bu bildirimin yapıldığı tarih esas alınarak, bildirim önelinin kıdem süresine eklenmesi kabul edilmemektedir. Yine işçinin işyerinde bulunmadığı (raporlu olması vb.)

¹⁰³ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 48; Tulukçu, s. 154.

¹⁰⁴ Yarg. 22. HD, 20.10.2011, E. 2011/1014 K. 2011/3133 “davacının davalı işverene ait işyerindeki 26.10.2007-31.03.2009 tarihleri arasındaki çalışma döneminin 4857 sayılı Kanunun 17.maddesince sona erdirildiği, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, 19.06.2009 tarihinde yeniden iş sözleşmesi imzalanarak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.”

¹⁰⁵ Yarg. 9. HD, 04.11.2013, E. 2013/10672 K. 2013/27981, Yarg. 9. HD, 25.02.2015, E. 2014/36038 K. 2015/8016.

durumlarda da fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih esas alınarak altı aylık bekleme süre hesaplanacaktır¹⁰⁶.

İşçinin iş güvencesi hükümlerine engel olunması amacıyla işveren tarafından altı aylık kıdem süresinin dolmasına oldukça kısa bir süre önce işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği uygulamada görülmektedir. Bu durumda kanun iş güvencesi hükümlerini belirlerken kabul ettiği altı aylık sürenin mutlak olarak uygulanıp uygulanmayacağı bir diğer deyişle işverenin bu tavrının dürüstlük kuralına aykırı olduğundan bahisle geçersizliğinin ileri sürülüp sürülemeyeceği hususunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Doktrinde bazı yazarlar bu durumda dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle geçersizliğin ileri sürülebileceğini ifade ederken¹⁰⁸, bir başka yazar aynı sonuca TBK m. 175/1 gereği, sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesi kapsamında sayılması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁹. Bazı yazarlar ise mutlak suretle altı aylık kıdem şartının uygulanması gerektiği, işçinin bu ihtimalde işe iade davası açamasa bile kötü niyet tazminatı alabileceğini savunmuştur¹¹⁰.

Yargıtay uygulamasında 9. Hukuk Dairesi öncelikle altı aylık sürenin dolmasına az bir zaman kala yapılan feshin açıkça iyi niyet kurallarına aykırı olarak salt kıdem şartının doğmasına engel olunmuşsa, şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsni niyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart gerçekleşmiş olur yönündeki BK'nın 154. maddesinden hareketle şartın gerçekleşmiş olarak kabulünün mümkün olduğunu belirtirken¹¹¹, sonraki tarihli kararlarında altı aylık sürenin dolmasına çok az bir süre kalan feshin kötü niyetli, dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapılıp yapılmadığının nazara alınarak kanunda belirtilen altı aylık kidedi olmayan işçilerin işe iade davası

¹⁰⁶ Özkaraca, İş Güvencesi Kapsamı, s. 52.

¹⁰⁷ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 482.

¹⁰⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 482; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 189; Kılıçoğlu, Mustafa: Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi, s. 7 “Uygulamada bu tür kötü niyeti ispat etmek çok zordur. Bu nedenle bu doğru ve iyi niyetli görüşlerin pratikte faydası bulunmamaktadır”; Soyer, s. 37.

¹⁰⁹ Soyer, s. 37; Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 102; Şahlanan, Fevzi: İş Güvencesi Hükümleri ve Uygulama Sorunları, 10. Yılında İş Hukuku Semineri, TİSK, İstanbul, 15 Kasım 2013, s. 22.

¹¹⁰ Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 102; Şahlanan, İş Güvencesi, s. 22.

¹¹¹ Yarg. 9. HD, 01.04.2013, E. 2012/35856 K. 2013/10606; Yarg. 9. HD, 14.02.2018, E. 2017/20305 K. 2018/2781.

açamayacağı, mutlak şekilde altı aylık kıdem süresinin dolması gerektiğini hüküm altına alarak bu konudaki görüşünü değiştirmiştir¹¹².

2019 yılının sonunda Çin’de ortaya çıkıp 2020 yılı Mart ayı itibariyle ülkemizde de etkisi gösteren covid-19 hastalığı, Dünya Sağlık Örgütü tarafından, 11 Mart 2020 tarihi itibariyle küresel salgın olarak kabul edilmiştir. Covid-19 salgının yayılmasını engellemek ve çalışma yaşamına etkilerini azaltmak amacıyla 26 Mart 2020 tarihli Resmi Gazetenin mükerrer sayısında yayımlanan 7226 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile korona virüs kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle kısa çalışma uygulamasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. 17 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7224 sayılı Yeni Korona virüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 4857 sayılı İş Kanunu’na geçici 10. madde eklenerek, tabi olduğu kanuna bakılmaksızın her türlü iş ve hizmet sözleşmesi bakımından üç ay süreyle İş Kanunu’nun madde 25/II de düzenlenen “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” hali dışında işçinin iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği, yine işveren tarafından üç ayı geçmemek üzere istihdam ettiği işçileri kısmen ya da tamamen ücretsiz izne ayırabileceği hüküm altına alınmıştır. Yine aynı madde de, ücretsiz izne ayrılmanın işçi için haklı fesih nedeni olmayacağı düzenlendiği gibi kanunda yer alan üç aylık sürenin Cumhurbaşkanı kararıyla uzatılabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, en son 30.04.2021 tarihli Resmî Gazete’ de yayımlanan 3930 numaralı Cumhurbaşkanı Kararı ile 4857 sayılı Kanun’un geçici 10’uncu maddesi gereği işten çıkarma yasağı ve işverenin işçilerini ücretsiz izne çıkarma yetkisi 30.06.2021 tarihine kadar uzatılmıştır. Böylece hukukumuzda 17.04.2020 tarihinden 30.06.2021 kadarki süre zarfında hukukumuzda fesih yasağı ve işverenin tek taraflı ücretsiz izne çıkartma yetkisi mevcut olmuştur.

Ücretsiz izin dönemi ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanılan dönemlerin, iş güvencesinin şartlarından biri olan altı aylık bekleme süresine ne şekilde etki edeceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Bilindiği üzere, mezkûr kanuni düzenlemeden önce hukukumuzda işçinin rızası/muvafakati olmadan, işçinin işverence tek taraflı bir şekilde

¹¹² Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 483; Yarg. 9. HD, 15.10.2018, E. 2009/30688 K. 2010/29172; Yarg. 9. HD, 01.04.2013, E. 2012/35856 K. 2013/10606; Yarg. 9. HD, 01.06.2016, E. 2015/31667 K. 2016/13091; Yarg. 9. HD 25.03.2014, E. 2013/15714 K. 2014/10061.

ücretsiz izne çıkartmasının işveren feshi niteliğinde olduğu, işverenin ancak işçiyle anlaşma durumunda işçiyi ücretsiz izne çıkartma yetkisi olduğu kabul edilmekteydi¹¹³. Yargıtay tarafından, işçi ve işverenin anlaştığı durumlarda, ücretsiz izin döneminin tamamında taraflar arasındaki iş sözleşmesinin askıda kaldığı kabul edilerek bu sürelerin işçinin kıdeminden sayılmayacaktır¹¹⁴.

7224 sayılı kanun ile getirilen ücretsiz izin uygulaması, bu zamana kadar kabul edilen tarafların karşılıklı rızasıyla, anlaşmasıyla yürürlük kazanan ücretsiz izin uygulamasından tamamen farklı niteliktedir. Zira bu düzenlemeyle, işçinin rızasına gerek kalmaksızın tek taraflı ücretsiz izin getirilmektedir. Bu bakımdan önceki döneme ait Yargıtay uygulamasının 7224 sayılı kanundan kaynaklanan ücretsiz izin uygulamasına teşmil edilmesinin mümkün olmadığı, ücretsiz izin uygulamasının Yüksek Mahkeme tarafından kıdem tazminatına esas hizmet süresinin tespitinde referans olarak alınan İş Kanunu m.55/1 hükmünün (j) bendindeki “işveren tarafından verilen diğer izinler” kapsamında değerlendirilerek ücretsiz izin sürelerinin işçinin altı aylık bekleme süresine dâhil edilmesi gerektiği ifade edilirken, kısa çalışma döneminin de yine altı aylık süreye dahil edileceği kabul edilmektedir¹¹⁵.

İşçi ve işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesinin bulunması halinde her ne kadar işçi iş güvencesinden faydalanması mümkün değilse de, belirli süreli iş sözleşmesinin devamı için gereken esaslı nedenler ortadan kalkmış, esaslı bir neden olmaksızın birden fazla kez üst üste yani zincirleme olarak yapılmışsa bu sözleşme belirsiz süreli sözleşme niteliğinin kazanıp iş güvencesi hükümlerinin faydalanılması ihtimalinde, işçinin altı aylık kıdeminin başlangıç tarihi işçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile fiilen işe başlama tarihi olacaktır. Yine muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti halinde, alt işverenin işçilerinin başlangıcından itibaren asıl işverenin işçisi sayılması gerekeceğinden, altı aylık kıdem süresinin başlangıcının işçinin alt işveren nezdinde çalıştığı ilk an olarak kabulü gerekmektedir.

¹¹³ Yarg. 9. HD, 04.03.2020, E. 2016/15183 K. 2020/3692.

¹¹⁴ Özkara, Ercüment/Ünal Adınır, Canan : Yeni Koronavirüs (COVİD-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasağının İşçinin Hizmet Süresine Etkisi, Çimento İşveren Dergisi, Cilt. 34, S.4, 2020, s. 25.

¹¹⁵ Özkara/Ünal Adınır, s. 35; Sakarya BAM 11. HD, 23.03.2022, E. 2022/542 K. 2022/693.

E. İşçinin Otuz veya Daha Çok İşçi Çalıştıran Bir İşyerinde Çalışması

İş Kanununun aradığı şartlardan bir diğeri de işçinin, otuz veya daha fazla işçi istihdam eden bir işyerinde çalışıyor olmasıdır. Bu sebeple, işçi, otuzdan daha az işçi çalıştıran bir işyerinde çalışıyorsa iş güvencesi kapsamında değildir. 4857 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri veya işletmeleri ancak elliden daha fazla işçi çalıştırılması durumunda İş Kanunu kapsamına girdiğinden bu işyerlerinin hem İş Kanunu'nun kapsamına girmesi hem de iş güvencesi hükümlerine tabi olması için en az elli bir işçiye sahip olması gerekmektedir. 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerine tabi olması için çalıştıkları işyerlerinde de yine en az otuz işçi şartı mevcuttur.

İş güvencesine ilişkin iç hukukumuzdaki ilk düzenleme olan 1475 sayılı İş Kanunu'na 4773 sayılı kanun ile eklenen 13/a-1'te, iş güvencesinin kapsamı on işçi olarak belirlenmiş olup 4857 sayılı İş Kanunu tasarısının TBMM'ye sunulan metninde de iş güvencesi kapsamı bakımından on işçi şartı muhafaza edilmişse de tasarıda yapılan değişiklikle işçi sayısı ondan otuza çıkartılarak kanunlaşmıştır¹¹⁶. Böylece 1475 sayılı kanunda yer alan şart 4857 sayılı Kanun'da işçi aleyhine değiştirilmiştir. Ancak kanun koyucu, iş güvencesi bakımından dikkate alınması gereken işçi sayısını otuza çıkartırken 1475 sayılı kanunda yer almayan bir düzenleme getirerek işçi sayındaki artışın etkisi bir nebze azaltmayı amaçladığı görülmektedir. 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesinde işçi sayısının, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirleneceğini hüküm altına alarak iş güvencesinin kapsamını genişletilmesi amaçlanmıştır.

4857 sayılı Kanun ile iş güvencesi kapsamının otuz işçi sınırına çıkartılması çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. 158 sayılı ILO sözleşmesinin 2. maddesinin 5. paragrafında *“İşçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda hizmet sözleşmesiyle istihdam olunanlardan sınırlı bir kategori, gerektiği takdirde, bir ülkedeki yetkili makam veya uygun bir kuruluşça, varsa, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra bu Sözleşme hükümlerinin tamamı veya bazı hükümlerinin kapsamı dışında*

¹¹⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 575; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 33; Mollamahmutoğlu /Astarlı /Baysal, s. 1001; Tulukçu, s. 134.

bırakabilir” düzenlemesi mevcuttur. Görüldüğü üzere 158 sayılı ILO sözleşmesi “ işletmenin şartları, istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği” kriterleri bakımından bir takım kısıtlamaların yapılabileceği, bir kısım işçilerin kapsam dışı bırakılabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır¹¹⁷. Bu kapsamda da, kanun koyucumuz “ekonomik gücü zayıf olan işyerlerini uzun süreli ve daha pahalı bir fesih usulüne karşı korumak, işçi-işveren ilişkisinin daha yakın olduğu görece küçük işyerleri için işçi çıkarmada daha basit bir usulün getirilmesi de amaçlandığı, iş güvencesinin genişlemesiyle ekonomik yönde gelen yük nedeniyle sistemin istihdamda daralmaya yol açabileceği, ”¹¹⁸ gerekçeleriyle iş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından otuz işçi sınırını getirmiştir. Belirtmek gerekir ki, iş hukukumuzdaki bu düzenlemenin 158 sayılı ILO sözleşmesine uygun olmadığı, zira sözleşmede “sınırlı bir kategorinin” kapsam dışı bırakılacağı belirtilerek, esas olanın iş güvencesine tabi olunmasının, istisnai olarak kapsam dışı bırakılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak ülkemizin gerçekleri nazara alındığından otuz işçi sayısı ile 158 sayılı sözleşmede istisnai düzenlemenin ötesine geçilerek, sınırlı bir kategorinin değil orta ölçekli çok sayıda işyerinin ve bu nedenle de geniş işçi grubunun kapsam dışında bırakıldığı, zira 2022 yılı SGK istatistiklerine göre Türkiye’deki toplam işyeri sayısının % 96,24 ünün otuzdan az işçi çalıştırdığı, kapsam dışı kalan işyerlerinde çalışan işçi sayısının ise toplam işçilerin ise % 48 sine tekabül ettiğinden ülkemizde işçilerin yarısının iş güvencesinden yararlanamadığı ortadadır¹¹⁹. Yine Avusturya’da beşten, Fransa ve Almanya’da on birden, İtalya’da on beşten çok işçi çalıştıran işyerleri iş güvencesine tabi iken, İngiltere, Norveç’te ise herhangi bir işçi sınırlaması yapılmaksızın tüm işyerlerinin iş güvencesine tabi olduğu düzenlenmiş olmakla ülkemizdeki düzenlemelerin Avrupa ülkelerinde yapılan düzenlemeye göre oldukça kısıtlayıcı nitelikte olduğu da açıktır¹²⁰. Belirtilen nedenlerle, mevcut kanuni düzenlemenin iş güvencesi sistemine ve amacına uygun olduğunu kabul etmemiz mümkün değildir.

¹¹⁷ Güzel, Yasal Esasların Değerlendirilmesi, s. 28,

¹¹⁸ Sarıbay, s. 59; Soyer, s. 38; Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 210; Aras, s. 438.

¹¹⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1002; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 491; Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 40; Çelik, Nuri : İş Güvencesi Kapsamında İle İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 4.

¹²⁰ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 41.

İş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından getirilen otuz işçi sayısının Anayasaya aykırı olduğu yönünde başvuruda bulunulmuş ise de Anayasa Mahkemesi 19.10.2005 tarihli kararıyla, “iş güvencesi ölçütlerinin her ülkenin kendi iş yaşamı koşulları göz önüne alınarak belirleneceği, işçi ve işveren arasındaki dengenin kamu yararı çerçevesinde gözetileceği, kanundaki otuz işçi koşulunun değiştirilmesi halinde işveren tarafından oluşacak ek mali külfetin kayıt dışı uygulamalara sebep olabileceği, kanuni değişiklikle küçük işletmelerin iş güvencesinden kaynaklanan ağır mali yükten uzak tutulmasının amaçlandığı, bu çerçevede kanuni düzenlemede işçi ve işveren arasında kurulan dengede ölçüsüzlük bulunmadığı, 158 sayılı sözleşmede de esaslı sorunlar bulunan hallerde iş güvencesi hükümleri bakımından bir kısım işletmelerin kapsam dışında tutulabileceğinin belirtildiği, hak ve yükümlülükler konusunda işçi ve işveren arasında Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir dengenin kurulduğu” belirtilerek iptal talebini reddetmiştir¹²¹.

Otuz işçi sayısının tespitinde esas alınması gereken an bakımından farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu hususta ileri sürülen görüşlerden ilki fesihden önceki işçi sayısı ile işyerinin normal işleyişi bakımından işyerinin büyüklüğüne göre en az otuz işçinin çalıştırılıp çalıştırılmayacağı yönünden incelemenin yapılması suretiyle, fesih tarihi itibarıyla işyerinin normal işleyişi için çalıştırılması icap eden işçisi sayısının, işçi kapasitesinin otuz olup olmadığının tespiti gerektiği yönündedir¹²². Doktrinde ileri sürülen diğer görüş ise, herhangi bir başka değerlendirme yapılmaksızın fesih bildiriminin yapıldığı an itibarıyla sadece işyerindeki mevcut işçi sayısının nazara alınarak değerlendirilmesi yapılması gerektiği yönündedir¹²³.

Yüksek Mahkeme tarafından, her ne kadar fesih bildiriminin yapıldığı tarih itibarıyla işyerinde otuz ve daha fazla işçi çalıştırılması baz alınıyorsa da, bu çerçevede ayrıca fesih bildirimi yapılmadan önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliğinin tespiti davası açan ve kararın kesinleşmesinin ardından işe başlamak için

¹²¹ Çelik, Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler, s. 2, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 19.10.2005, E. 2003/66 K. 2005/72 K.

¹²² Alpagut, Gülsevil : İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı , Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005 , Ankara, s. 81; Soyer, s. 42; Ekonomi, Münir : Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003, C. 17, S. 2, Özel Ek, s. 4; İstanbul BAM 47. HD, E. 2020/1628 K. 2020/173, Yarg. 9. HD, 22.11.2017, E. 2016/28027 K. 2017/18860.

¹²³ Sützek, İş Hukuku, s. 496; Eyrenci/ Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 196; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1011; Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 41.

başvuruda bulunan işçinin de otuz işçi koşulu bakımından değerlendirilmeye alınması gerektiği de kabul edilmektedir¹²⁴. Ayrıca işveren tarafından kötü niyetli bir şekilde, sırf işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanmasını engellemek amacıyla öncelikle başkaca işçiler çıkararak otuz işçi sınırının altına indikten sonra işçi çıkartması durumunda, sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesinden faydalanması gerektiği kabul edilmektedir¹²⁵.

Otuz işçinin sayısının tespitinde, hem belirli ve belirsiz hem de tam ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilen işçilerin tamamı hesaba katılmaktadır¹²⁶. Bu hesaplama yapılırken, her ne kadar iş güvencesi kapsamında olmasalar bile işveren vekillerinin ve yardımcılarının bu sayıya dâhil edilmesi gerekmektedir. Buna karşın, bu sayının belirlenmesinde İş Kanunu kapsamı dışında çıraklar, stajyerler, asıl işverenler yönünden alt işveren işçileri¹²⁷ ve geçici iş ilişkisine tabi olan işçiler hesaba katılmazlar¹²⁸. Ayrıca otuz işçi tespiti yapılırken işyerinde sadece fiilen çalışan işçiler değil aynı zaman da hastalık, izin ve başkaca bir nedenden dolayı iş sözleşmesi askıda bulunan işçilerin de hesaplama dâhil edilmesi gerekmektedir¹²⁹. Bu çerçevede, mevsim içinde çalışan işçilerin yanı sıra, mevsimin sona ermesi yüzünden iş sözleşmesi askıda bulunan işçilerin de otuz işçi sayısında nazara alınması gerektiği açıktır¹³⁰.

Otuz işçi sayısının belirlenmesi bakımından, İş Kanunu hükümlerine tabi olmayan işçilerin hesaba katılıp katılmayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, Deniz İş Kanunu'na veya Türk Borçlar Kanunu'na tabi

¹²⁴ Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 41; Centel, İş Güvencesi, s. 48; aksi yönde, Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 47 “ böyle bir durumda devam eden işe iade davasının sonucunun beklenmeyeceği, fesih tarihi itibarıyla işyerinde çalışan işçi sayısının yasal sınırın altında olsa dahi, işyerinin kapasitesinin belirlenmesi için gerekli araştırmaların yapılması gerekmektedir”; Yarg. 9. HD, 13.06.2011, E. 2011/27853 K. 2011/17745, Yarg. 9. HD, 05.11.2012, E. 2012/17292 K. 2012/36239; Yarg. 9. HD, 01.06.2020, E. 2020/1076 K. 2020/4530.

¹²⁵ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 478; Akyiğit, Ercan : Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade) Açıklamalı ve İhtihatl, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 235.

¹²⁶ Tuncay, Aziz Can: İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 6, Haziran 2007, s. 78; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 381; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 188; Kurt/Koç, s. 259; Ertekin, s. 189.

¹²⁷ Yarg. 9. HD, 01.06.2020, E. 2020/1076 K. 2020/4530, Yarg. 9. HD, 12.04.2018, E.2017/23664 K. 2018/8529, İstanbul BAM 32. HD, 10.12.2020, E. 2019/2983 K. 2020/1445, Sakarya BAM 9. HD, 17.06.2020, E. 2019/4440 K. 2020/646.

¹²⁸ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 381; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 172; Tuncay, Otuz İşçi Ölçütünün Yorumu, s. 78; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 188; Kurt/Koç, s. 260; Ertekin, s. 189; İstanbul BAM 29. HD, 31.12.2020, E. 2020/2709 K. 2020/1908.

¹²⁹ Ekmekçi/Yiğit, s. 616.

¹³⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 49.

olarak çalışanların bu sayının hesabında dikkate alınmaması gerektiği ileri sürüldüğü¹³¹ gibi, işyerinin iş güvencesi kapsamına girmesiyle işçinin iş güvencesine tabi olmasının farklı kavramlar olduğu, kanunda otuz işçi sayısının belirlenmesi yönünde özel bir sınırlamaya gidilmediği, 18. maddede yer alan “işçi” ifadesinden 4857 sayılı Kanuna tabi işçi kavramından ziyade iş görme edimini gerçekleştiren kişiye dair atıf olduğu bu bakımdan hangi kanuna tabi olduğuna bakılmaksızın hiçbir istisnaya yer vermeksizin tüm işçilerin otuz işçi sayısında nazara alınması gerektiği ifade edilmektedir¹³².

İş Kanununun 18. maddesine göre, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması durumunda, otuz işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı nazara alınarak belirlenecektir. Bu düzenlemede, bu işyerlerinin aynı bölge, aynı il içinde bulunma şartı getirilmemiş olduğundan coğrafi sınırlara tabi olmaksızın işverenin aynı iş kolundaki işçilerinin sayısı toplanacaktır. Bu sayede, işverenin kötü niyetli olarak işyerini parçalara, bölümlere ayırarak bir kısım işçilerini iş güvencesi hükümlerinden mahrum etmesi engellenmektedir¹³³. İlgili hükmün sonucu olarak, işverenin farklı iş kollarındaki işyerlerindeki işçiler, otuz işçi sayısı bakımından kapsam dışında kalacaktır. Belirtmek gerekir ki, kanunda yer alan “aynı iş kolu” sınırlaması çeşitli eleştirilere maruz kalmaktadır. Zira “aynı iş kolu” tabirinin esas itibarıyla toplu iş hukuku düzenlemeleri bakımından önem arz ettiği, iş güvencesi bakımından bu yönde bir sınırlamanın getirilmesinin herhangi bir faydası olmadığı, yine aynı iş kolundaki işyerlerindeki işçi sayısının esas alınmasını gerektirir haklı ve makul bir gerekçenin mevcut olmadığı, kötü niyetli işverenlerin işyerindeki yardımcı işleri ayırmak suretiyle başka iş kolları ihdas ederek işyerindeki işçi sayısının otuz işçi sayısının altına indirebilecekleri nedenleriyle bahsi geçen düzenlenmenin isabetli olmadığı ileri sürülmektedir¹³⁴.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde aynı işverene ait aynı işkolunda faaliyet gösteren ancak yurtdışında bulunan işyerlerindeki işçilerin hesaplama dâhil edilip edilmeyeceği hususunda da farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden ilkinin göre kanunların mülkiliği ilkesinden hareketle devletin egemenlik hakkının münhasıran kendi ülke sınırları bakımından geçerli olduğundan Türk kanun koyucunun ülke sınırları

¹³¹ Ekmekçi/Yiğit, s. 616; Centel, İş Güvencesi, s. 49.

¹³² Süzek, İş Hukuku, s. 578.

¹³³ Centel, İş Güvencesi, s. 52.

¹³⁴ Ekmekçi/Yiğit, s. 615; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1003; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 482.

dışındaki işletmeler için hüküm tesis edemeyeceğinden bahisle yurtdışında kurulmuş şirketler bakımından işçi sayısının Türkiye’de bulunan işyerlerinde çalışan işçi sayısına dâhil edilemeyecektir¹³⁵. Doktrinde ileri sürülen ve Yargıtay tarafından da benimsenen diğer görüşte ise, İş Kanununda yurtdışındaki işyerlerinin otuz işçi sayısına dâhil edilmeyeceği yönünde herhangi bir yasaklayıcı hükmün olmadığı, iş güvencesi hükümlerinin ne kadar geniş yorumlanırsa işçinin korunmasının o kadar geniş olacağı, bu durumun işçi lehine yorum ilkesine de uygun olduğu ve ayrıca 4857 sayılı Kanun’un 18. maddesinin devlet özel hukuku bakımından uygulanabilir nitelikte olduğundan bahisle yurtdışındaki işyerlerinde çalışan işçilerin sayısının otuz işçi sayısının tespiti bakımından hesaplamaya dâhil edilmesi gerektiğini kabul edilmektedir¹³⁶.

İşverenle aynı şirketler grubunda ya da holding bünyesinde başka şirketlerin mevcudiyeti halinde işçinin çalıştığı işyerindeki işçi sayısı belirlenirken, ayrı tüzel kişiliklere sahip grup/holding bünyesindeki diğer şirketlerin işçi sayısının bir bütün olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.¹³⁷ Zira burada tamamen farklı tüzel kişilikler mevcut olup hukuken ayrı işveren niteliğindedir. Genellikle grup şirketler bünyesinde gerçekleşen çalışma türlerinden biri olan ve birlikte istihdam olarak adlandırılan durumda, işçi aynı iş sözleşmesi çerçevesinde, aynı zamanda, aynı yerde, aynı kapsamdaki, tek bir iş taahhüdüyle birden fazla gerçek ya da tüzel kişi işverene karşı iş görme edimini gerçekleştirmekte olup bu durumda, iş güvencesi bakımından otuz işçi sayısının, tüm işverenlerdeki işçi sayısının toplamı üzerinden değerlendirme yapılması gerekmektedir¹³⁸. Ayrıca, tüzel kişi işverenin, kanuna karşı hile yaparak işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanmasını engellemek maksadıyla, tarafta muvazaa ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil hallerinde, tüzel kişiliğin perdesinin

¹³⁵ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 43; Sarıbay s. 55-56; Ekonomi, Münir : Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, Özel Ek, Mart 2003, C. 17, S. 2, s. 4.

¹³⁶ Odaman, Serkan : Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, İstanbul, Haziran 2007, s. 86; Aygöl, Musa/ Uşan, Fatih : İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tesbitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi ?, Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, İstanbul, Nisan 2007, s. 76.

¹³⁷ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 42; Tulukçu, s. 138; Centel, İş Güvencesi, s. 53; İstanbul BAM 32. HD, 10.12.2020, E. 2019/2983 K. 2020/1445.

¹³⁸ Aktay Nizamettin : İş Güvencesinde Otuz İşçi Sayısının Tespiti Şirketler Grubu Kavramı, Bordro İşvereni Tabiri Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, İstanbul, Eylül 2008, s. 63; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1009; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 495; Ekmekçi/Yiğit, s. 61; Senyen Kaplan, s. 397.

aralanması suretiyle gerçek işveren veya organik bağ içindeki bütün işverenlerin sayısının, 30 işçi sayısının hesabında dikkate alınması gerekmektedir¹³⁹.

İşçinin çalıştığı işverenin adi ortaklık olması durumunda otuz işçi sayısının ne şekilde belirlenmesi gerektiğinin de üzerinde durulması gerekmektedir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından işe iade davasının adi ortaklığı oluşturan gerçek/tüzel kişilerin tamamının ayrı ayrı husumet yöneltilerek açılması gerektiği ifade edilse de bu durum işçi sayısının belirlenmesi noktasında önem taşımamaktadır. Yani işçi sayısı belirlenirken adi ortaklığı oluşturan kişilerin ayrı ayrı işçi sayısının belirlenmesi yöntemi değil o adi ortaklığın çalıştırdığı işçi sayısının nazara alınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁰.

Uluslararası şirketlerin ülkemizde bulunan şubelerindeki işçi sayısının ne şekilde tespit edildiğinin de üzerinde durulması gerekmektedir. Bir diğer deyişle, ülkemizde şubesi bulunan uluslararası şirketler bakımından iş güvencesinin şartlarından biri olan otuz işçi sayısının sadece ülkemizde istihdam edilen işçi sayısı üzerinden mi yoksa bu şirketin yurtdışındaki işçi sayısının da nazara alınarak belirlenen işçi sayısı üzerinden mi tespit yapılacağı gündeme gelmektedir. Bu konuda, Yargıtay tarafından, işçi lehine yorum yapılarak Türkiye’de şubesi bulunan işverenin yurt dışındaki başka işyerlerinde çalışan işçi sayısının da nazara alınarak otuz işçi sayısının belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴¹. Ancak yurtdışında bulunan Türk Hukukuna tabi olmayan şirketin yine Türk hukuku uygulanamayacak olan işçilerinin, otuz işçi sayısının belirlenmesi yönünden nazara alınmasının, kanunların ülkeselliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir¹⁴².

İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrasında sadece aynı maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları bakımından düzenleme getirilmiş olduğundan İş Kanunu’nun 18. maddesinde yer alan iş güvencesinin kapsamına ilişkin koşullar bakımından kanunun yasaklayıcı bir düzenleme getirmediğini iş güvencesine ilişkin koşulların nispi emredici nitelikte olduğu bu nedenle de taraflar arasında işçi lehine olacak şekilde düzenlemeler yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁴³. Bu kapsamda tarafların iş sözleşmesine yahut toplu

¹³⁹ Yarg. 9. HD, 01.06.2020, E. 2020/1076 K. 2020/4530.

¹⁴⁰ Ekmekçi/ Yiğit, s. 617; Yarg. 22. HD, 04.02.2020, E. 2019/8764 K. 2020/1548, İstanbul BAM 27. HD 04.11.2020, E. 2020/508 K. 2020/2127, Gaziantep BAM 14. HD, 22.06.2020, E. 2019/1747 K. 2020/331.

¹⁴¹ Yarg. 9. HD, 27.04.2016, E. 2015/29686 K. 2016/10614.

¹⁴² Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 498; Centel, İş Güvencesi, s. 55; Ekmekçi/ Yiğit, s. 617.

¹⁴³ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 60.

iş sözleşmesine¹⁴⁴ koyacakları hükümlerle, İş Kanunu'na girmeyen işlerde dahi iş güvencesi hükümlerinin uygulanabileceğini, otuz işçi koşulunun ve altı aylık kıdem şartının işçi lehine değiştirilebilmesinin mümkün olduğu Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir¹⁴⁵.

F. İşçinin Belirli Konumdaki İşveren Vekili Sıfatına Sahip Olmaması

4857 sayılı Kanun'un 18/5. maddesinde yer alan düzenlemeye göre işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında iş güvencesi hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Bu kanuni düzenleme gereğince iş güvencesinden faydalanılabilmemesinin başka bir şartı olarak, sözleşmesi feshedilen işçinin kanunun belirttiği şekilde üst düzey işveren vekili sıfatına sahip olmaması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Kanunumuzda yapılan bu düzenleme ILO'nun 158 sayılı sözleşmesinin 2. maddesinin 5. paragrafında yer alan *“İşçilerin özel istihdam şartları bakımından... Sözleşme hükümlerinin tamamı ya da bazı hükümlerinin kapsamı dışında bırakabilir”* yönündeki düzenleme nazara alınarak yapıldığını söylemek mümkündür. Böylece kanun koyucu, üst düzey yönetim görevini gerçekleştiren bazı kişileri, işverene olan yakınlığı nazara alınarak iş güvencesi kapsamı dışında bırakmayı uygun görmüştür. İşçinin, 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin 5. fıkrasında yer alan özelliklere, iş sözleşmesinin fesih tarihi itibarıyla sahip olması gerekmektedir¹⁴⁶.

4857 sayılı Kanun'un 18. son fıkrasında işveren vekilleri hakkında uygulanmayacak maddeler sıralanırken Kanun'un 20. maddesine yer verilmemiştir. Bu konuda savunulan bir görüşe göre, kanunda özellikleri belirtilen işveren vekilleri tarafından her ne kadar feshin geçersizliğiyle işe iade ve işe iadenin mali sonuçları olan işe başlatmama tazminatıyla boşa geçen zamana ait ücrete hak kazanılamayacak ise de, işçinin sadece hakkında yapılan feshin geçerli sebebe dayanmadığının tespiti amacıyla dava açabileceğini açacağı bu davada da ispat yükümlülüğü işverene ait olduğu, yani bu

¹⁴⁴ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 63.

¹⁴⁵ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 60; Yarg. 9. HD, 14.06.2016, E. 2016/13363 K. 2016/14311, Yarg. 9. HD 04.12.2014, E. 2014/25001 K. 2014/36926.

¹⁴⁶ Göktaş Seracettin : İşveren Vekilinin İş Güvencesi, Çalışma ve Toplum Dergisi , 2009, C. 1, S. 20, s. 65.

statüdeki işçinin işe iade davasının usulü hükümlerinden faydalanabileceği ileri sürülmektedir¹⁴⁷. Buna karşın ileri sürülen görüş ise iş güvencesi kapsamı dışında bulunanlar işe iade davası açamayacağı, işe iade davasına özgü usul kurallarının sadece bu davayı açabilenlere uygulanacağı, kanunun iş güvencesi hükümlerinin bir bütün olduğu, kanunda yer alan 19 ve 21. maddeler ifadesindeki “ve” kelimesinin “ila” olarak anlaşılması gerektiği, kanun koyucunun 20. maddesinin usule ilişkin olması nedeniyle gözden kaçırdığını belirtmişlerdir¹⁴⁸.

Kanuni düzenlemeye göre, iki ana grup iş güvencesi kapsamı dışındadır. Bunlardan birinci grup işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcılardır. Bu çerçevede uygulamada, ilgili işverenin yönetim organizasyonuna göre işletmeyi yöneten genel müdür ve genel müdür yardımcıları¹⁴⁹ bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁵⁰. Ancak burada değerlendirme yapılırken, ilgili işveren vekili ya da yardımcısının unvanına değil yapmış olduğu işin vasıf ve mahiyetinin nazara alınması gerektiği açıktır¹⁵¹. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme, işçinin, işletmenin bütününe yönetilip bu konuda temsil yetkisinin mevcut olup olmadığı hususunun üzerinde durmaktadır¹⁵². Yargıtay tarafından işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri yönünden ayrıca temsil yetkisinin olup olmadığının araştırılmasının hatalı olduğu zira bu şarta kanunumuzda yer verilmediği, kanunda belirtilmeyen bir şartın eklenmesinin mümkün olmadığı görüşü de ileri sürülmektedir¹⁵³.

4857 sayılı Kanun’un 18. maddesinde, iş güvencesi kapsamı dışındaki ikinci grup , “işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri” olarak ifade edilmiştir. Doktrinde kanuni düzenlemenin amacı da dikkate alınarak, özellikle işe alma ve çıkartma yetkisinin belki de işverenin en önemli yetkisi olduğu, bu bakımdan işyerinin bütününe yönetmeyen ancak işe alım ve çıkartma yetkisi olan işveren vekilinin de bu madde kapsamında değerlendirilmesinin daha makul

¹⁴⁷ Akyiğit, İş Güvencesi, s. 228; Demir, s. 192; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1021.

¹⁴⁸ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 60; Soyer, s. 44

¹⁴⁹ İstanbul BAM 28. HD, 25.11.2020, E. 2020/1212 K. 2020/1898,

¹⁵⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1018; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 503; Centel, İş Güvencesi, s. 55.

¹⁵¹ İstanbul BAM 29. HD, 27.02.2019, E. 2018/3670 K. 2019/582; Adana BAM 7. HD, 11.06.2020, E. 2019/4324 K. 2020/884; İstanbul BAM 27. HD, 03.02.2020, E. 2018/2033 K. 2020/180.

¹⁵² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1018; Yarg. 9. HD, 13.09.2022, E. 2022/8588 K. 2022/8979; Yarg. 9. HD, 25.11.2019, E. 2019/3457 K. 2019/20863; Yarg. 9. HD, 25.1.2018, E. 2016/33456 K. 2018/1280.

¹⁵³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 503.

olduğu ileri sürülse de¹⁵⁴, Yargıtay tarafından da benimsenen baskın görüş kanun lafzında açıkça “ve” sözcüğüne yer verilerek her iki şartın bir arada olması gerektiği yani işyerinin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilinin ayrıca işe alım ve işten çıkarma yetkisi olması halinde iş güvencesi kapsamı dışında kaldığı kabul edilmektedir¹⁵⁵. Görüleceği üzere kanun koyucu, işletmeyi sevk ve idare eden kişi ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden kişi bakımından farklılık getirmiştir. Böylece işyerinin yönetilmesi tek başına yeterli görülmemiş, işyerinin bütününe sevk ve idare eden bu kişinin aynı zamanda tek başına, başka bir yetkilinin, sorumlunun onayı, rızası, muvafakatine tabi olmaksızın işçi alma ve çıkartma yetkisine sahip olmasını şart koşturmuştur¹⁵⁶. İşveren vekilinin, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisinin, süreklilik arz edecek nitelikte olması gerektiği gibi bu yetkinin sözleşmenin feshedildiği tarih itibarıyla bulunması gerekmektedir. Bu bakımdan işçiyi işe alma ve çıkartma yetkisinin geçici bir süre verilmiş olması ya da sözleşmenin feshi tarihinde bu yetkinin bulunmaması halinde işçinin iş güvencesi kapsamında olacaktır¹⁵⁷. Bu çerçevede, işyerinin bütünü yönetmeyen ancak işçi alma çıkartma yetkisi olan işçinin de, işyerinin bütününe yönetip işçi alma çıkartma yetkisi olmayan işçinin de iş güvencesi kapsamında olduğu kabul edilmektedir.

G. İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmiş Olması

İş sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesinin bir diğer şartı ise, iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş olmasıdır. Zira iş güvencesi, işçinin iş akdini, haklı veya geçerli bir sebebe dayanmadan fesheden işverenin bu hakkını sınırlamak, işçiyi ise bu feshe karşı hukuki yollarla korumak, dolayısıyla çalışma hakkının devamlılığını sağlamaktır. Bu sebeple sözleşmenin işçi tarafından ister bildirimli ister bildirimsiz olarak feshedilmesi durumunda işçinin iş güvencesinden faydalanma hakkı mevcut değildir¹⁵⁸. Yine iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle de olsa feshedilmesi halinde sonuç değişmeyecek, bu işçi tarafından işe iade davası açılmayacaktır. Bu çerçevede işçinin istifa ederek iş sözleşmesini feshetmesi ihtimalinde de işe iade davası açılmayacaktır.

¹⁵⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1019.

¹⁵⁵ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 503; Centel, İş Güvencesi, s. 55; Ekmekçi/Yiğit, s. 630; Süzek, İş Hukuku, s. 587.

¹⁵⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1019; Ekmekçi/Yiğit, s. 632.

¹⁵⁷ Göktaş, İşveren Vekilinin İş Güvencesi, s. 70.

¹⁵⁸ Narmanlıoğlu, İş İlişkileri, s. 506.

İş sözleşmesi, işçi tarafından feshedilmiş görölse de, işçiden sadır bu fesih beyanının işçinin iradesinin sakatlanarak ortaya çıkmış olması durumunda işçinin gerçek bir fesih iradesine sahip olmadığından ortada işveren tarafından yapılan fesih varmışçasına işe iade davası açılacaktır¹⁵⁹. Bu bakımdan Mahkemece, işçi tarafından yapılan feshin gerçekten de işçinin serbest iradesinin ürünü olup olmadığı, iradeyi sakatlayan bir halin olup olmadığı hususlarının irdelenmesi gerekmektedir.

İş sözleşmesinin işveren tarafından ihbar süresi verilerek feshedilmesi durumunda ihbar süresi içerisinde ya da sözleşmenin ihbar tazminatının peşin ödenmesi suretiyle feshi durumunda fesihle aynı gün içerisinde işçinin yaşlılık aylığı bağlanmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurması halinde, iş güvencesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığı konusunda Yargıtay zamanla farklı yönlerde kararlar vermiştir. Yüksek Mahkeme, eski tarihli kararlarında iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği kabul edilerek iş güvencesinin uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmişse de sonraki tarihli kararlarında görüş değiştirerek fesih bildiriminin muhatabına ulaşmasıyla sonuçlarını doğuracağı, bu sebeple fesih beyanından tek taraflı olarak dönülemeyeceği, işverenin feshinin ardından, işçinin yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının, işveren feshini ortadan kaldırmayacağı, işçinin başvurusunun fesih niteliğinde kabulünün mümkün olmadığı belirtilerek, işçinin işe iade davası açılacağı kabul edilmiştir¹⁶⁰.

İşçi ile işverenin anlaşarak aralarındaki iş sözleşmesini sona erdirmelerine dair ikale sözleşmesi yapmaları halinde ortada tek taraflı işveren feshi olmadığından işe iade davasının açılması mümkün değildir. İkale sözleşmesinin bu niteliğinden dolayı uygulamada kötü niyetli işverenler tarafından işe iade davasının açılmasının önlenmesi amacıyla gerçekte işveren feshi şeklinde gerçekleşen duruma çeşitli yöntemlerle ikale sözleşmesi görünümü verilmeye çalışılmaktadır. Bu sebeple de Yargıtay, işe iade davası açma imkânı, kıdem tazminatı talep etme hakkı olan işçinin herhangi bir menfaat, karşılık beklemeksizin işverenle anlaşarak iş sözleşmesinin sonlandırmasının hayatın olağan akışına uygun olmayacağından bahisle ikale sözleşmelerinin geçerliliği bakımından iş hukukundaki “işçi yararına yorum” ilkesi de göz önünde bulundurularak makul yarar

¹⁵⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 490; Narmanlıoğlu, İş İlişkileri, s. 506; Tulukçu, s. 132; Süzek, İş Hukuku, s. 589; Sakarya BAM 9. HD, 23.12.2020, E. 2019/4270 K. 2020/1788; İstanbul BAM 28. HD, 04.06.2020, E. 2019/2755 K. 2020/777; İstanbul BAM, 29. HD, 16.04.2019, E. 2018/3183 K. 2019/1211.

¹⁶⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 42 ; Tulukçu, s. 133; Yarg. 9. HD, 08.06.2020, E. 2016/16373 K. 2020/5009.

ölçütünü geliştirmiştir¹⁶¹. Böylece ikale sözleşmelerinin geçerliliği bakımından işçinin makul yararının olup olmadığı değerlendirilerek yapılarak tarafların gerçek amaç ve iradeleri tespit edilmeye çalışılmıştır. Makul yararın belirlenmesinde ise ikale sözleşmesi yapılması yönündeki talebin işçiden gelmesi hali ile işverenden gelmesi hali ayrı farklı şekilde yorumlanması benimsenmiştir. Bu çerçevede, Yargıtay tarafından ikale yapma yönündeki icabın işçiden gelmesi durumunda kıdem tazminatına ilaveten herhangi bir ek menfaate gerek olmadığı¹⁶² belirtilirken, ikale talebinin işverenden gelmesi durumunda kıdem ve ihbar tazminatlarına ilaveten ek bir yararın sağlanması gerektiği kabul edilmekte olup makul bir yararının bulunmaması durumunda yapılan ikale sözleşmesinin geçersiz olduğu belirtilmektedir¹⁶³.

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİ

A. Genel Olarak

İş sözleşmesi, niteliği itibariyle karşılıklı sürekli borç ilişkisi doğuran mahiyette olup işçi ve işveren taraflarından her biri muhataba ulaşmasıyla birlikte hüküm doğuracak tek taraflı irade beyanıyla derhal ya da belirli sürenin ardından sözleşmeyi sona erdirecek fesih beyanında bulunabileceklerdir. Bu çerçevede, fesih beyanı niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olup bu nedenle ileri sürüldükten sonra geri alınması, rücu edilmesi mümkün olmadığı gibi irade beyanının muhataba ulaşmasıyla birlikte hüküm ve sonuç doğuracaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda, geçerli neden ve haklı neden olmak üzere iki farklı fesih türü düzenlemesine gidilmiştir. 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde geçerli nedenle fesih, 24. maddesinde işçinin haklı nedenle derhal fesih, 25. maddesinde ise işverenin haklı nedenle derhal feshine dair düzenlemelere yer verilmiştir. Geçerli nedenle, haklı neden ayrımının gerek işçi gerekse de işveren bakımından büyük önemi vardır. Zira haklı nedenin varlığı halinde işveren, işçiye herhangi bir bildirim süresi vermeksizin iş sözleşmesini derhal feshetme hakkına sahiptir. Bu durumda işçinin kıdem ve ihbar

¹⁶¹ Centel, İş Güvencesi, s. 37; Tulukçu, s. 127; Yarg. 9. HD, 22.01.2020, E. 2019/8260 K. 2020/903; Yarg. 22. HD, 12.09.2018, E. 2018/10044 K. 2018/18478.

¹⁶² Yarg. 9. HD, 11.12.2019, E. 2019/4569 K. 2019/22095; Yarg. 9. HD, 11.12.2019, E. 2019/4569 K. 2019/22095.

¹⁶³ Yarg. 9. HD, 28.09.2017, E. 2016/21357 K. 2017/14484, Bursa BAM 9. HD, 01.06.2020, E. 2019/412 K. 2020/701.

tazminatına hak kazanması mümkün değildir. Geçerli fesih halinde ise, işveren hem ihbar süresi vermesi gerekmekte hem de işçiye kıdem tazminatı ödemesi gerekmektedir.

İş Kanununda ve madde gerekçelerinde geçerli nedenle feshin tanımı yapılmamıştır. Ancak İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde “26. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla beraber işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerin, işveren açısından iş ilişkisinin sürdürülmesinin makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği haller” olduğu belirtilerek geçerli nedenlere ilişkin yol gösterici mahiyette birtakım örneklerle yer verilmiştir¹⁶⁴. Geçerli nedene ilişkin kanunda somut, net bir tanımın yapılmaması hem geçerli nedenlerin önceden dökümünün yapılmasının makul ve mümkün olmamasından hem de feshin her somut olay bakımından işçi ve işveren arasındaki fiili ilişki, fesih öncesindeki davranışlar gibi olaydan olaya değişik şekilde yorumlanmasının mümkün olmasından kaynaklanmaktadır.

Ülkemizin de tarafı olduğu 158 sayılı ILO sözleşmesinin 4. maddesindeki “İşçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez” yönündeki düzenleme baz alınarak kanun koyucumuz, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi bakımından, işverenin geçerli bir neden bildirme zorunluluğunu getirmiştir¹⁶⁵. Bu çerçevede, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde, işveren tarafından, belirsiz süreli iş sözleşmesinin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Böylece kanunumuzda geçerli sebep olarak, işçinin yeterliliği ve davranışlarından kaynaklanan yani işçinin kişiliği ile ilgili nedenler ile işyerinden kaynaklanan nedenler olarak işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler olmak üzere iki tür sebep öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki, Kanunun 18. maddesinde yer alan geçerli nedenler, tahdidi olarak sayılmış olup bu sebeplerin dışında başkaca geçerli sebep türünün ilave edilmesi mümkün değildir¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Tulukçu, s 178; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 506.

¹⁶⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 201.

¹⁶⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 506; Centel, İş Güvencesi, s. 73; Ekmekçi/Yiğit, s. 63; Süzek, İş Hukuku, s. 593.

Kanun koyucu tarafından, 158 sayılı sözleşmenin 4. maddesi baz alınarak, İş Kanunu'nun 18. maddesinde “ *Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, İşyeri 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, Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler, 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 devamsızlık*” hallerinin geçerli neden hali olarak sayılamayacağı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. İlgili kanun maddesinde açıkça, “özellikle” vurgusu yapılmak suretiyle geçerli neden sayılmayacak hallerin kanunda sayılan hallerden ibaret olmadığı da vurgulanmıştır.

İşveren bakımından, işçinin sözleşmesinin feshedebileceği geçerli bir nedenin ortaya çıkması durumunda, işverenin sözleşmeyi hangi sürede feshetmesi gerektiğine dair kanunumuzda özel bir düzenleme mevcut olmayıp bu durumda işverenin sözleşmeyi somut olayın özelliklerine göre makul bir süre zarfında feshetmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁷.

B. Geçerli Fesih Nedenleri

1. İşçinin Yeterliliğinden ve Davranışlarından Kaynaklanan Nedenler

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yer alan geçerli fesih nedenlerinden ilki “işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan” nedenlerdir. Kanun lafzında “işçinin yeterliliği” ifadesine yer verilmişse de, bu ifadenin “işçinin yetersizliği veya yeterli olmayışı” biçiminde anlaşılması gerekmektedir¹⁶⁸.

İşçinin yetersizliği ya da davranışlarının geçerli neden sayılabilmesi için bu hareketlerin işçinin çalıştığı işyerinde somut olumsuzluklara sebep olması gerekmektedir. Yoksa işçinin hareketlerinin, sosyal ya da toplumsal açıdan onaylanmayacak yahut olumsuz olarak tanımlanması tek başına ilgili hareketleri geçerli fesih nedeni haline

¹⁶⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 201; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 544.

¹⁶⁸ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 201; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1024,

getirmeyecek, bu hareketlerin iş ilişkisine, iş yerindeki üretim ilişkisine olumsuz şekilde etkilemesi gerekecektir¹⁶⁹. İşçinin yetersizliği nedeniyle, sözleşmenin geçerli nedenle feshedilebilmesi için işçinin kusurlu olması şart değilken, işçinin davranışından dolayı feshi için mutlaka işçinin kusurunun olması gerekmektedir¹⁷⁰.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler, İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde, işçinin benzer işi yapanlardan daha düşük verimle çalışması, niteliğine göre beklenenden daha düşük performans göstermesi, işe dair konsantrasyonunun azalması, işe yatkın olmaması, işçinin kendisi geliştirme ve yeni şeyler öğrenme konusundaki yetersizliği, sık sık hastalanması, işçinin sözleşme kapsamında yapmakla yükümlü olduğu işe ilişkin sahip olduğu izin, belge veya sertifikasını geçici olarak ya da sürekli bir şekilde yitirmesi halleri örnek olarak gösterilmiştir. Bu çerçevede, haklı fesih nedeni ağırlığında olmamasına rağmen, işyerinin normal işleyişini ve düzenini bozan, mevcut çalışma uyumunu olumsuz şekilde etkileyen, iş görme ediminin ifasını engelleyen ya da zorlayan haller olarak ifade edilmektedir¹⁷¹.

İşçinin yeterliliği bakımından uygulamada çok sık karşılan geçerli nedenlerden biri olan performans veya verimliliğin nasıl ve neye göre belirleneceği, hangi durumlarda performans düşüklüğünün geçerli neden oluşturacağının üzerinden durulması önem arz etmektedir. Performans ve verim düşüklüğü, işçinin gerektiği gibi çalışmaması, işinin ve konumunun gerektirdiği kararları almaması, çalışma temposunu azalması, dikkatinin azalması, kendini yetiştirme eksikliği gibi nedenlerle beklenen düzeyde üretim yapamaması halleri olarak örneklendirilebilmektedir. İşçinin performans ve verimi bakımından değerlendirme yapılırken, performansı etkileyen ancak işçiden kaynaklanmayan, işverenden – işyerinden yahut üçüncü kişilerden kaynaklanan nedenlerin nazara alınmaması gerektiği açıktır¹⁷². İşçinin performansının ve verimliliğin düşüklüğünün geçerli neden kabul edilebilmesi için işverenden önceden işçinin ve işyerinin özellikleri nazara alınarak gerçekçi ve makul objektif bir ölçüm sisteminin

¹⁶⁹ Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s. 507; Senyen Kaplan, s. 402; Yarg. 9. HD, 14.06.2022, E. 2022/5007 K. 2022/7736 “İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Yargılama sırasında bu sebeplerin ağırlıkları her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir.”

¹⁷⁰ Caniklioglu, Nurşen: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ekim 2017, İstanbul, s. 75.

¹⁷¹ Süzek, İş Hukuku, s. 593.

¹⁷² Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s. 512.

mevcut olması gerekmektedir¹⁷³. Yargıtay, performans değerlendirme kriterlerini önceden saptanarak işçilere tebliğ edilmesi gerektiğini, hedefin ulaşılabilir ve belirli, işçinin özelliklerine uygun olması gerektiğini, işçinin performansı yükseltici eğitimlerin verilmesi gerektiğini, objektif bir şekilde belirlenen standartların, aynı işi yapanların aynı şekilde uygulanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁷⁴. İşçinin objektif olarak belirlenmiş performans kriterlerine göre düşük performans ve verim göstermesi, bu düşüklüğün geçici değil süreklilik arz etmeye başlaması, işçiye verilen eğitime rağmen performansını artırmak için çaba harcamaması durumunda işçinin sözleşmesi performans ve verim düşüklüğü sebebiyle geçerli nedenle feshedilmesi mümkündür¹⁷⁵.

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin gerekçesinde, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler olarak, haklı nedenle fesih ağırlığında olmamasına rağmen işverene zarar vermek, yeniden zarar verme ihtimalini oluşturmak, iş ortamında rahatsızlık oluşturacak ölçüde diğer işçilerden borç istemek, diğer işçileri işverene karşı kışkırtmak, işçiye yapılan uyarılara rağmen yapmakla yükümlü olduğu işi eksik, yetersiz ya da kötü olarak yerine getirmesi, işi yavaşlatacak, akışı etkileyecek ölçüde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sıklıkla işe geç gelmek, işyerindeki diğer işçilerle ya da amirleriyle sıkça, gereksiz şekilde tartışmak gibi haller örnek olarak sayılmıştır. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenleri, iş ilişkisinin taraflar açısından tamamen katlanılmaz hale getirmemesine rağmen, işin ifasını, işin düzenini ve işleyişini bozması, işverenin işçiye olan güvenin zedelemesi nedenleriyle, işverenden iş ilişkisini devam ettirmesinin beklenemeyeceği nitelikteki davranışlardır. İşçiden sadır olan davranışlar mutlaka aktif bir eylem, davranış biçimi olarak ortaya çıkmak zorunda olmadığı gibi işçinin yapması gereken bir takım davranışları gerçekleştirilerek eylemsiz halde durmasının da geçerli fesih nedeni olarak kabulü mümkündür¹⁷⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, her halükarda, işçinin davranışlarından dolayı sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin kusurlu olması şarttır¹⁷⁷.

¹⁷³ Senyen Kaplan, s. 402; Centel, İş Güvencesi, s. 94; Yarg. 22. HD, 04.07.2018, E. 2018/8007 K. 2018/16757.

¹⁷⁴ Yarg. 22. HD, 19.11.2018, E. 2018/14692 K. 2018/24703.

¹⁷⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 201.

¹⁷⁶ Caniklioğlu, İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s. 96.

¹⁷⁷ Yarg. 9. HD, 12.01.2021, E. 2020/8871, K. 2021/425; Yarg. 9. HD, 25.11.2019, E. 2019/3668 K. 2019/20769; İstanbul BAM 28. HD, 30.12.2020, E. 2020/2515 K. 2020/2343; Sakarya BAM, 9. HD, 23.12.2020, E. 2019/4532 K. 2020/1774; Bursa BAM 3. HD, 10.12.2020, E. 2019/2357, K. 2020/2214, İstanbul BAM 47. HD, 14.10.2020, E. 2020/2795 K. 2020/146.

4857 sayılı İş Kanunu 26. maddesinde, işverenin, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayalı olarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshi hakkının, işçinin davranışının öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günü içerisinde kullanılması gerektiği hüküm altına alınmış olup işveren tarafından haklı nedenle fesih hakkının kanunda belirtilen süre zarfında kullanmaması durumunda haklı nedenin geçerli nedene dönüştüğü kabul edilmektedir¹⁷⁸.

İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçinin davranışı ya da verimi nedeniyle feshedilebilmesi için bu konuda işçiden savunma alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, fesihten önce işçiden savunma alınması, savunma istenilen konuların açık ve net bir şekilde işçiye bildirilmesi, savunma yapılmadığı durumunda savunma hakkından vazgeçilmiş sayılacağına hatırlatılması, savunma için uygun zaman ve yerin tanınması gerekmektedir ki aksi takdirde fesih geçersiz hale gelecektir¹⁷⁹. İş sözleşmesi haklı neden iddialarıyla feshedilmişse, mahkemece feshin haklı olmayıp geçerli sayıldığı hallerde salt savunmanın alınmamış olmasının feshin geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁸⁰.

2. İşletmenin, İşin veya İşyerinin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenler

İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan geçerli fesih nedenlerinden bir diğeri de işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir. İlgili Kanun maddesinin gerekçesinde, fesih nedenleri ikili ayrıma tabi tutulmuş, talep ve siparişin azalması, emtia ve ham madde sorunları, satışların düşmesi, enerji sorunları, ekonomik kriz ve durgunluk, pazar kaybı gibi haller işyeri dışından kaynaklanan nedenler olarak ifade edilirken işyeri içi nedenler olarak ise yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, bazı bölümlerin kapatılması, bazı faaliyetlerin kaldırılması gibi sebepler sayılmıştır¹⁸¹.

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde “işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri” geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmişse de, bu kavramın ne olduğu, kavramın içinde hangi unsurların olduğu Kanunda ya da gerekçede ifade edilmemişse de toplu işçi

¹⁷⁸ Caniklioğlu, İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, s. 129.

¹⁷⁹ Centel, İş Güvencesi, s. 132.

¹⁸⁰ Ekmekçi/Yiğit, s. 655, Yarg. 9. HD, 03.05.2018, E. 2017/24792 K. 2018/9808; İstanbul BAM 26. HD, 27.02.2020, E. 2018/564 K. 2020/450; Sakarya BAM 9. HD, 08.07.2020, E. 2019/2008 K. 2020/779.

¹⁸¹ Yarg. 9. HD, 13.03.2023, E. 2023/3529 K. 2023/3640.

çıkarmayı düzenleyen 29. maddede “*ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işyeri veya işin gerekli sonucu*” ibaresi ve işyerinin devrini düzenleyen 6. maddedeki “*ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin ... sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır*” yönündeki düzenlemelerden hareketle, ekonomik nedenler, teknolojik değişimler ya da yapısal (reorganizasyon) vb. gereklerin işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁸².

İşletmenin, işin veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan nedenler, işçinin kişiliği ve davranışlarıyla herhangi bir alakası bulunmayan, çeşitli ekonomik sıkıntılar, verimliliğin değişmesi, pazar içi rekabet, teknolojik değişimlere bağlı olarak ekonomik nitelikteki objektif nedenlerle, işçinin ifa ettiği işin sona ermesi ya da işçiye olan ihtiyacın ortadan kalkması halleridir¹⁸³. Belirtmek gerekir ki, işyerinden kaynaklanan sebepler, işçinin işini doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyerek işçinin istihdamına duyulan ihtiyacı gerçekten ortadan kaldırması halinde geçerli neden olarak kabul edilmektedir.

Kanuni düzenlememizde açıkça ifade edilmemesine rağmen, Yargıtay, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayanarak gerçekleştirilen fesihlerde istikrarlı bir biçimde işletmesel kararın varlığını aramaktadır¹⁸⁴. Yüksek Mahkeme, işletmesel karar bakımından yerindelik denetimi yapılmasını kabul etmemekle beraber, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işletmesel kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığı, fesihte keyfi davranılıp davranılmadığı, feshin kaçınılmaz nitelikte olup olmadığı hususlarının araştırılması gerektiğini kabul etmektedir¹⁸⁵.

3. Feshin Son Çare Olma İlkesi

İşçinin iş sözleşmesinin, işini, işyerinin ve işletmenin gereklerine dayalı fesihlere ilişkin, 18. maddeye ait gerekçede, işverenin feshi son çare olarak görmesi gerektiği, geçerli sebep kavramına uygun yorum yapılarak işverenin fesihten kaçınma imkânının olup olmadığı hususunun araştırılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu çerçevede de, fesihten önce, fesihten daha hafif tedbirlerin yani feshe alternatif başkaca seçeneklerin olması halinde öncelikle bu alternatif imkânların uygulanması, buna rağmen iş ilişkisinin

¹⁸² Süzek, İş Hukuku, s. 618.

¹⁸³ Tulukçu, s. 204.

¹⁸⁴ Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 28-30 Nisan 2016, Seçkin, Ankara, 2017, s. 312.

¹⁸⁵ Yarg. 22. HD, 19.12.2019, E. 2019/8929 K. 2019/23853; Yarg. 9. HD, 27.10.2020, E. 2020/2904 K. 2020/13592.

sürdürülebilmesine imkân kalmaması halinde feshin son çare olarak uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁸⁶. Bir diğer deyişle, fesihle amaçlanan hedefe sözleşmeyi sona erdirmeksizin ölçülülük ilkesi çerçevesinde başka şekilde ulaşmak mümkünse, başkaca önlemlerin uygulanması gerekmektedir¹⁸⁷. Bu çerçevede, alternatif yöntemler olarak, çalışma şartlarında değişiklik, varsa işyerindeki fazla çalışmayı ortadan kaldırmak, kısa çalışma, ücretsiz izin uygulaması getirmek ya da işçinin işinin ve görevinin değiştirilmesi denenmesi gerekmektedir¹⁸⁸. Feshin son çare ilkesi çerçevesinde, işverence değerlendirilebilecek alternatif önlemlerin, uygulanabilir nitelikte, işletmenin amacına elverişli ve işletmeyi zarara sokacak nitelikte olmaması da gerekmektedir¹⁸⁹.

Feshin sona çare olma ilkesi, her ne kadar İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesindeki ifadede sadece işin, işyerinin ve işletmenin gereklerine dayalı fesihlerde uygulanması gerektiği düşünülse de, işçinin yetersizliği veya davranışından kaynaklanan sebepler yönünden de feshin son çare olma ilkesine uyulması gerektiği kabul edilmektedir¹⁹⁰.

Feshin son çare olma ilkesi her ne kadar Kanunumuzda açıkça düzenlenmemiş olsa da, Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralının bu ilkenin pozitif hukuktaki dayanağı olduğu kabul edilmektedir¹⁹¹. Zira iş güvencesinin amacı, işçi ve işveren arasındaki ilişkinin mevcudiyetini korumak olup sözleşmenin feshinde işverenin ölçülü davranarak sözleşmenin devamının teminine tüm alternatifleri değerlendirilerek sözleşmenin devamını sağlamaya çalışması gerektiği, fesih dışındaki başka bir seçeneğin olmaması durumunda sözleşmenin feshinin gündeme alabileceğini, bu durumun hem ölçülülük ilkesinin hem de dürüstlük kuralının sonucu olduğu ifade edilmektedir¹⁹².

Yargıtay tarafından feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı istikrarlı şekilde inceleme konusu yapılmaktadır. Bu çerçevede, Yüksek Mahkeme, işçinin rızası

¹⁸⁶ Ekmekçi/ Yiğit, s. 655; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 536.

¹⁸⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 623.

¹⁸⁸ Tulukçu, s. 249.

¹⁸⁹ Tulukçu, s. 249.

¹⁹⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1052; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 537; Süzek, İş Hukuku, s. 625.

¹⁹¹ Süzek, İş Hukuku, s. 624; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 537.

¹⁹² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1052.

ile çalışma süresini kısaltmak, esnek çalışma şekillerini geliştirmek, işi zamana yaymak, işçileri uygun başkaca işlerde çalıştırmak, işçiyi eğiterek sorunu aşmak gibi varsa fesihten kaçınma imkânlarının kullanılması gerektiği, ancak tüm bunlara rağmen alternatiflerin uygulanamaması durumunda feshin gerçekleştirilebileceği kabul etmektedir¹⁹³.

İşverenin, işyerinin, işletmenin ve işin gerekli sebebiyle birden fazla işçinin işten çıkartılması gerektiği durumlarda, işten çıkartılacak işçinin seçimi bakımından, keyfi ve ayrımcılık yasağına aykırı davranması halleri dışında yönetim hakkı çerçevesinde serbestçe karar verilebilecektir¹⁹⁴. Ancak kanuni düzenlememizde mevcut olmasa da Alman Feshe Karşı Korunması Kanunda düzenlenen, iş akdi feshedilecek olan işçinin bir takım özelliklere göre örneğin, işçiler arasında verim, hastalık, kıdem, yaş, emekli olma, evli ve/veya çocuk sahibi olmak gibi oluşturularak sosyal kriterler nazara alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde kabul edilen sosyal seçim ilkesi, Yargıtay tarafından 2005 yılında vermiş olduğu kararlarında uygulama alanı bulmuşsa da¹⁹⁵, sonraki tarihli kararlarında bu görüşten dönmüş olup fesih halinde işvereni bağlayan her hangi bir sosyal seçim ilkesinin öngörülmediğini kabul etmektedir¹⁹⁶.

C. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE USUL

1. Feshin Makul Sürede Yapılması

İş Kanunumuzda işçi ya da işveren tarafından ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayalı olarak haklı nedenle sözleşmeyi fesih hakkının altı iş günlük sürede kullanılması gerektiği belirtilmişse de, geçerli nedenle fesih hakkının kullanılması bakımından herhangi bir hak düşürücü süreye yer verilmemiştir. Ancak doğaldır ki, kanunda herhangi süreye yer verilmemiş olması, işverenin geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasının ardından süresiz bir şekilde, ilanihaye bu hakkı kullanabileceği anlamına gelmemektedir¹⁹⁷. Zira geçerli fesih nedeninin varlığına rağmen işveren tarafından fesih hakkının uzun bir süre sonra bile kullanabilecek olması ya da geçerli bir fesih nedeninin ortadan kalkmasına rağmen geçmişteki bir fesih sebebinin kullanılabilecek olduğunun

¹⁹³ Yarg. 22. HD 27.10.2014, E. 2014/27835 K. 2014/29066; Yarg. 9. HD, 22.12.2008, E. 2008/41184 K. 2008/34773; Yarg. 9. HD 07.02.2023, E. 2022/18804 K. 2023/1615, aksi yönde Ekmekçi/Yiğit, s. 663.

¹⁹⁴ Centel, İş Güvencesi, s.147; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 539.

¹⁹⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 628; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 208; Yarg. 9. HD, 13.03.2006, E. 2006/2894 K. 2006/6224; Yarg. 9. HD, 03.04.2006, E. 2006/4878 K. 2006/8253.

¹⁹⁶ Yarg. 9. HD, 02.07.2007, E. 2007/9620 K. 2007/21233.

¹⁹⁷ Ekmekçi/ Yiğit, s. 667.

kabulü, fesih hakkının işçi üzerinden bir baskı unsuruna dönüşmesine sebebiyet verecektir ki bunun kabulü mümkün değildir¹⁹⁸.

ILO'nun 166 sayılı tavsiye kararında, işverence, geçerli feshe dayanak yapılan nedenin ortaya çıkmasının ardından “makul süre” içerisinde fesih hakkının kullanılabileceği düzenlenmiştir¹⁹⁹. Bu çerçevede, iç hukukumuz bakımından da, feshin, dürüstlük kuralı çerçevesinde, her bir somut olayın özellikleri nazara alınarak makul bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir ki Yargıtay tarafından da feshin makul sürede gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁰.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, geçerli neden devam ettiği sürece, makul sürenin geçmesinin mümkün olmadığı, bir diğer deyişle işçinin davranışı veya yetersizliğinin iş görme edimini gerektiği biçimde ifayı engellemeye ya da işyerinde oluşturduğu sorunların devam ettiği müddetçe makul sürenin işlemeye devam ettiği kabul edilmektedir²⁰¹.

Geçerli nedenin işçinin davranış veya verimliliğine ilişkin fesihte işçinin sözleşmesinin feshedilmesinden önce savunmasının alınması gerekmekte olup bu savunmanın ardından makul bir süre içinde işçinin davranışlarında ve veriminde düzelme meydana gelmişse geçerli sebep de ortadan kalkmış olacağından işverenin sözleşmeyi feshetmesi mümkün değildir²⁰².

İşveren tarafından fesih sebebinin ortaya çıkmasının ardından gerçekleştirdiği davranışlarıyla sözleşmeyi feshetmeyeceğine dair güven oluşturma durumunda oluşan güvene aykırı davranarak sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda feshin geçersiz olduğu ileri sürülmektedir²⁰³.

¹⁹⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1075.

¹⁹⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 544.

²⁰⁰ Yarg. 9. HD, 06.03.2014, E. 2013/13126 K. 2014/7371.

²⁰¹ Mutlay, Faruk Barış : İş Sözleşmesinin Feshinde Süre, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 4, Şubat 2021, s. 1847.

²⁰² Yiğit, Yusuf : 4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Sözleşmesini Fesih Hakkını Kullanma Süresi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, Aralık 2019, s. 758.

²⁰³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1076.

2. Feshin Yazılı Şekilde Yapılması

Türkiye'nin de tarafı olduğu 158 sayılı ILO sözleşmesinin imzalanmasının ardından kabul edilen 166 sayılı Tavsiye Kararının 12. maddesinde “İşveren, işine son verme kararını işçiye yazılı olarak bildirmelidir” yönündeki düzenleme nazara alınarak İş Kanunu’nun 19. maddesinde, işveren tarafından yapılacak fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

İş Kanunu’nun “fesih bildirimine itiraz ve usulü” başlıklı 20. maddesinde fesih bildirimine itiraz sebepleri arasında yazılı şekil sayılmadığından kanundaki yazılı şeklin, geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu hususunda farklı görüşler ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Ancak doktrindeki genel kabul olan ve Yargıtay tarafından benimsenen görüş, kanunda yer alan yazılı şeklin geçerlilik koşulu olduğu yönündedir²⁰⁴. Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, geçerlilik koşulu olup feshin yazılı bir şekilde yapılmaması tek başına işverence yapılan feshi geçersiz hale getirecektir. Yine bu doğrultuda, yazılı bildirimin fesih esnasında yapılması gerekmekte olup sözlü şekilde yapılan feshe ilişkin sonradan yazılı bildirim yapılması feshe geçerlilik kazandırmayacaktır.

Feshin yazılı şekilde yapılmasının ispat yükü işverende olup yazılı fesih bildiriminin işçi tarafından tebellüğden imtina edilmesi halinde İş Kanunu’nun 109. maddesi çerçevesinde “ işçinin yazılı bildirimini imzalamadığı tutanakla kayıt altına” alınması gerekmektedir²⁰⁵.

3. Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Şekilde Belirtilmesi

4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesine göre, işveren tarafından yapılacak fesih bildiriminde fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Fesih gerekçesinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi geçerlilik koşulu olup bu düzenlemeye aykırı şekilde yapılan feshin geçersiz olacaktır²⁰⁶. Fesih bildiriminde, görülen lüzum üzerine, savunmanın yeterli görülmediği, işyerinin gerekleri vb. genel

²⁰⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 155; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 546; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 213; Yarg. 22. HD, 19.10.2017, E. 2017/42298 K. 2017/22385; Yarg. 9. HD, 19.12.2016, E. 2016/15998 K. 2016/22348.

²⁰⁵ Ekmekçi/Yiğit, s. 665.

²⁰⁶ Yarg. 9. HD, 21.10.2015, E. 2015/20129 K. 2015/29336 “İşverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalı ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi yanında ayrıca, sona erme zamanı da yeteri kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olmalıdır”.

geçer ifadeler yerine, işçinin hangi somut nedenlerle sözleşmesinin feshedildiğinin açık şekilde anlayabileceği tarzda ifade edilmesi gerekmektedir²⁰⁷. Böylece, işverence yapılan fesih bildiriyle, fesih nedeni belirli, somut bir olay veya durum olarak herhangi bir tereddüte mahal vermeyecek ölçüde açık ve kesin nitelikte olması gerektiği gibi sözleşmenin fesih tarihi de aynı şekilde tereddütsüz şekilde anlaşılması gerekmektedir²⁰⁸.

Fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesinin sonucu olarak, işveren, işçiye bildirdiği fesih sebebiyle bağlı hale gelmektedir. Bu nedenle işveren tarafından sonradan fesih sebebinin değiştirilmesi ya da başka bir sebebe dayanması mümkün olmadığı gibi birden fazla fesih sebebi mevcutken işverence fesih sebebi olarak sadece bir sebep bildirilmiş ise sonradan diğer sebebe dayanılması mümkün değildir²⁰⁹. Fesih anında var olmasına rağmen işverence bilinmeyen, bu nedenle de fesih bildiriminde dayanılmayan sebeplere, fesih bildiriminin yapılmasından sonra öğrenilse bile dayanılması mümkün değildir²¹⁰.

4. İşçinin Savunmasının Alınması

158 sayılı ILO sözleşmesinin 7. maddesindeki “*işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez*” düzenlemesi esas alınarak İş Kanunu’nun 19. maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmesinin, işçinin davranışı veya verimiyle ilgili nedenlerle feshedilmesi için işçinin bu iddialara karşı savunmasının alınması gerekmektedir.

Kanuni düzenlememizde “*işçinin davranışı veya verimi*” ifadesine yer verilmiş ise de, Kanunun bu lafzının işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih hallerinin tümünü kapsadığı kabul edilmektedir²¹¹. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebep hallerinde, işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur²¹². İşverenin İş Kanunu’nun 25. maddesinin II numaralı bendine göre, ahlak

²⁰⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 547.

²⁰⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1072.

²⁰⁹ Ekmekçi/Yiğit, s. 666; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1072.

²¹⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 159; aksi yönde Ekmekçi/Yiğit, s. 666.

²¹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 547.

²¹² Centel, İş Güvencesi, s. 159.

ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı olarak yapılan fesihlerde işçinin savunmasını almasına gerek yoktur.

Kanun düzenlemesi nazara alındığında, işçinin savunmasının alınması geçerlilik koşulu olup kanunda savunmanın alınmasının gerekli olduğunun belirtildiği hallerde fesih bildiriminden önce savunma alınmamış olması, feshi tek başına geçersiz hale getirmektedir.

İş Hukuku mevzuatında, savunmanın şekil ve yöntemi bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak işçinin savunmasının alınması, salt şekli bir muamele gibi görülmemesi gerekmektedir. Savunma alınmasına dair kanuni düzenlemenin amacının iş akinden önce tarafların son bir kez daha bir araya gelerek işçinin davranışlarının ve verim-performans düşüklüğünün altında yatan gerekçelerin öğrenilmesi olduğundan, savunmanın da iş ilişkisinin sürdürülüp sürdürülemeyeceğini anlaşılmasına hizmet edecek şekilde yapılması gerekmektedir²¹³. Bu çerçevede, işçinin savunması alınmak istendiğinde, işçinin savunmaya davet edilmesi, davet savunma istenen olay somut ve net olarak ifade edilmesi, feshin geçerli bir şekilde yapıldığının ispat külfetinin işveren üzerinde olduğu da nazara alınarak gerek savunmaya davet gerekse de savunmanın yazılı şekilde yapılması, savunma yapılmadığı durumunda savunma hakkından vazgeçilmiş sayılacağına hatırlatılması, savunma için somut olayın özelliklerine göre uygun zaman ve yerin tanınması, gerektiği takdirde işçinin talebi süresine makul bir ek sürenin tanınması da gerekmektedir²¹⁴.

²¹³ Süzek, İş Hukuku, s. 632. Yarg. İBBGK, 19.10.2018, E. 2017/9 K. 2018/10.

²¹⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 132; Duman, Barış : 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, Haziran 2020, s. 15.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞE İADE DAVASI

I. GENEL OLARAK

Türkiye'nin de tarafı olduğu 158 sayılı ILO sözleşmesinin 8. maddesinde, *"hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır...Bir işçi hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmamışsa bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır"* yönündeki düzenlemeyle, işçinin, iş sözleşmesinin feshinden itibaren makul bir süre içerisinde feshe itiraz edebileceği hüküm altına alınarak işverence yapılan fesih denetlenebilir hale gelmiştir.

Hukukumuzda feshin geçersizliği davasının açılabilmesi ilişkin ilk düzenleme işyeri sendika temsilcisine, işe iade davası açabilme imkânı tanıyan mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeyle işe iade davası açma süresi de feshin tebliğinden itibaren bir aylık süre olarak kabul edilmiştir. 09.08.2002 tarihli 4773 sayılı "İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasında Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile yapılan değişiklikle 1475 sayılı İş Kanununda ilk defa iş güvencesi hükümleri ile işe iade davası düzenlenmiştir. Böylece İş Kanununa tabi işçiler tarafından da işe iade davası açılabilmesi düzenlenmiştir. Mezkûr Kanun değişikliği ile 1475 sayılı Kanun 13/c maddesinde işe iade davasının 2821 sayılı Kanun'a paralel olarak bir ay içinde açılabilmesi hüküm altına alınmıştır²¹⁵.

10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin ilk halinde, işçinin fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde dava açmak zorunda olduğu düzenlenmişti. İş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların yapısı itibarıyla sözleşmenin taraflarının aralarındaki ihtilafları müzakere ederek alternatif uyuşmazlık çözüm yolları marifetiyle sonlandırmalarının mümkün olması, arabuluculuğun taraflar arasındaki uyuşmazlıkların kısa süre içinde ve daha az masrafla

²¹⁵ Aktay, Nizamettin : 4773 Sayılı Yeni İş Güvencesi Kanunu ve Getirdiği Yeni Düzenlemeler, **Kamu- İş Dergisi**, C. 7, S. 3, İstanbul, 2007, s. 4.

çözülmesine yardımcı olacağı, ihtilafın tarafların karşılıklı görüşerek sonlandırmalarının uyuşmazlıkları temelinden sonlandırarak sosyal barışa katkı sağlayacağından bahisle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde yer verilen düzenlemeyle kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulması dava şartı haline getirilmiştir²¹⁶. Böylece 4857 sayılı İş Kanunu'nun, 7036 sayılı Kanun ile değişik 20. maddesi gereği, feshin geçersizliği iddiasında bulunan işçi öncelikle arabulucuya başvurmak zorundadır. Hükmün devamında ise, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde, dava açabileceği belirtilmiştir. Yine kanuni düzenlememiz çerçevesinde tarafların dava açmak yerine bu hususta anlaşmaları durumunda aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için özel hakeme de başvurmaları mümkündür.

II. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

A. Arabulucuya Başvuru Süresi

İş Kanunu'nun 20. maddesinde, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Mezkûr bir aylık süre, gerek 2821 sayılı Kanun gerek 1475 sayılı gerekse de 4857 sayılı Kanun'un ilk halinde düzenlenen dava açma süresi olup bu bir aylık sürenin ILO 158 sayılı sözleşmede belirtilen “*makul süre*” kapsamında değerlendirilmesi mümkün olduğundan²¹⁷ kanun koyucu mevzuatta yer alan bu bir aylık süreyi aynen muhafaza ederek arabulucuya başvuru süresini bu şekilde belirlemiştir.

İşe iade amacıyla yapılacak dava şartı arabuluculuk başvurusu süresinin bir ay gibi kısa bir süre olarak belirlenmesinin amacı emeği karşılığı elde ettiği ücreti ile hayatını idame ettiren işçinin iş ilişkisi bakımından bir an önce netliğe kavuşması, işverenin kendisine karşı dava açılıp açılmayacağı hususunu bilerek iş sözleşmesi sona eren işçisi

²¹⁶ Ünal Narmanlıoğlu : İş Kanunun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 38, 2017, s.12.

²¹⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 409; Kaplan Senyen, s. 221; Ekmekçi, Ömer : 4773 sayılı İş Güvencesi Kapsamında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları, Mercék Dergisi, İstanbul, 2003, s. 106.

yerine istihdam edeceği yeni eleman temini vb. konularda gerekli kararları bir an önce almasını sağlayarak tarafların menfaatinin tesis edilmesidir²¹⁸.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeyle davacının, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğu, bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde sunulması için ihtarname göndereceği, bu ihtarın gereği yerine getirilmemesi durumunda ise davanın usulden reddine karar verileceği, ayrıca arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Mahkemece, dava şartı arabuluculuk başvurusu yapılmaksızın davanın açıldığını tespit etmesi durumunda davacı işçiye, dava şartını tamamlaması yani arabuluculuk başvurusu yapması için süre vermesi mümkün olmayıp davanın usulden reddine karar vermesi gerekmektedir²¹⁹.

İş Kanunumuzda, işçinin arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açması durumuna ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Zira işçinin, arabuluculuğa başvurmaksızın doğrudan doğruya dava açması durumunda, mahkemece bu durumun tespit edilerek dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar vermesine kadar geçecek sürede bir aylık başvurusu süresinin dolma ihtimali ortaya çıkmaktadır. İşte bu durumda hak kayıplarını önlemek isteyen kanun koyucu, hükme uyum sağlanması amacıyla işe iade davalarına özgü olarak 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinde özel bir düzenleme getirerek, arabulucuya başvuru yapılmaksızın doğrudan doğruya dava açılması durumunda, davanın usulden reddine karar verilmesinin ardından, kesinleşen usulden ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde arabulucuya başvuru yapabileceği hüküm altına alınmıştır.

Mezkur kanun düzenlemesinde, usulden red kararının ardından iki haftalık süre içerisinde arabuluculuk başvurusunun yapılacağı belirtilmişse de, usulden red kararının tesis edildiği davanın açılma zamanına ilişkin herhangi bir açıklama, ayırım ya da vurgu

²¹⁸ Er, Selami/Dursun, Halil İbrahim: İşe İade Davalarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, Ankara, 2014, s. 409; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 280.

²¹⁹ Centel, İş Güvencesi, s. 167; Narmanlıoğlu, Yeni Çerçevesi, s. 16.

yapılmamıştır. Kanunun lafzından hareketle ne zaman açıldığına bakılmaksızın, arabuluculuk başvurusu yapılmaksızın açılan her davada iki haftalık sürenin uygulanabileceği akla gelse de, hak düşürücü süreyi kaçırarak işçilerin doğrudan dava açarak bu iki haftalık ek süreden faydalanması gibi bir sonucun ortaya çıkacağı, bu nedenle de bu yorumun işe iade davasına ilişkin hak düşürücü sürenin varlığıyla çelişecek bir sonuca sebebiyet vereceği açıktır. Bu nedenlerle, bu hükmün, ancak bir aylık arabuluculuğa başvuru süresi içinde doğrudan dava açılması haline özgü olduğu kabul edilmektedir²²⁰. Bu nedenle, bir aylık arabuluculuk başvuru süresinin dolmasından ardından doğrudan dava açan işçinin, davanın usulden reddine ilişkin kesinleşen kararın tebliğinden sonra 2 hafta içinde arabuluculuk başvurusu yapması durumunda dahi davası usulden reddedilmesi gerekecektir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nu ile değişiklik yapılmadan önceki dönemde 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinde feshin tebliğinden itibaren bir ay olarak belirlenen dava açma süresi, arabuluculuk başvurusu süresi olarak değiştirilmiştir. Bu bakımdan önceki dönemde, gerek Yargıtay kararlarında gerekse de doktrinde ifade edilen dava açma için düzenlenen bir aylık sürenin başlangıcı ve niteliğine ilişkin tüm hususlar artık arabuluculuk başvurusuna dair süre için kabul edilecektir.

Belirtmek gerekir ki bir aylık arabuluculuk süresinin hak düşürücü mü yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu konusunda kanunumuzda ya da gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu konuda, 7036 sayılı kanun öncesindeki dönemde dava açma süresi için öğretide ekseriyetle 158 sayılı sözleşmesinin 8. maddesinde yer alan işçinin makul süre içerisinde başvuruyu yapmadığı takdirde, işçinin bu haktan yararlanamayacağı yönündeki düzenlemeden hareketle²²¹ bu sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmekteydi²²². Yargıtay müstakar kararlarında da tereddütleri ortadan kaldıracak şekilde kanunda belirtilen bu sürenin hak düşürücü süre olduğu açıkça ifade

²²⁰ Astarlı, 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, s. 41; Centel, İş Güvencesi, s. 167; Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s. 552; Mutlay, FARUK, İşe İade Davalarında Arabuluculuk, Çalışma ve Toplum, 2018, S. 59, s. 2135.

²²¹ Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 267; Alp, Mustafa : İşçinin Feshe Karşı Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir, 2003, S.1, s. 19; Aktepe, Sezin : İşe İade Davalarının Medeni Usul Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. 11, Özel Sayı, s. 70.

²²² Narmanlioğlu, İş İlişkileri, s. 520; Süzek, İş Hukuku, s. 633; Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s. 410; Kaplan Seylan, s. 221.

edilmiştir²²³. 7036 sayılı kanunun ardından, kanunda yer alan dava şartı arabuluculuk başvurusuna dair bir aylık sürenin de hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir²²⁴. Dolayısıyla bir aylık hak düşürücü süre zarfından, arabuluculuk başvurusu yapmayan işçinin işe iade davası açması mümkün olmayacaktır.

Kanunda yer alan bir aylık başvurusu süresi hak düşürücü nitelikte olduğundan, dava açıldığı takdirde mahkemece, feshin bildiriminin tebliğinden itibaren bir aylık süre içerisinde arabuluculuk başvurusunun yapıp yapılmadığı hususu tarafların bu yönde itirazlarının olup olmadığını bakılmaksızın resen incelenmesi gerekmektedir. Arabulucu tarafından kanunda yer alan bir aylık hak düşürücü sürenin geçmesinin ardından başvuru yapılmış olması hususu arabulucu tarafından dikkate alınması gerekmemekte olup başvuru süresi geçtikten sonra yapılan arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşmalarında mümkün olduğu düşünülmektedir.

İşçinin imzalamış olduğu iş sözleşmesinde yahut işyerinde uygulanmakta olan personel yönetmeliğinde feshe karşı şirket içi itiraz usulü öngörülmesi mümkündür. Bu durumda işçinin feshe karşı işveren nezdinde yapmış olduğu idari itiraz, gerek dava şartı arabuluculuğa başvurusu süresini gerekse de dava açma süresini kesmeyeceği kabul edilmektir²²⁵. Zira kanunla düzenlenen hak düşürücü sürelerin, işçi lehine olup olmadığının önemi olmaksızın tarafların anlaşmasıyla dahi olsa değiştirilebilmesi mümkün değildir.

İş Kanunu, İş Mahkemeleri Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda arabuluculuk başvurusu süresi ya da dava açma süresinin hesaplanmasına ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle sürelerin hesabında 6100 sayılı HMK'nın 92. ve 93. madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Arabuluculuk başvurusu ya da dava açma süresinin son gününün adli tatile denk gelmesi halinde dava açma süresinin HMK 104. maddesinde yer alan “*adli tatilin bittiği günden itibaren bir hafta uzatılmış sayılır*” hükmü doğrultusunda uzayıp uzamayacağının üzerinde durulması gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 103. maddesinde “*hizmet akdi veya iş*

²²³ Yarg. HGK, 05.12.2012, E. 2012/9-841 K. 2012/1077.

²²⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 551; Centel, İş Güvencesi, s. 167; Astarlı, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s. 41; Ekmekçi/Yiğit, s. 675.

²²⁵ Yarg. HGK, 03.12.2018, E. 2008/9-716 K. 2008/726; Yarg. 22. HD, 26.05.2016, E. 2016/13224 K. 2016/15233; Yarg. 7. HD, 09.11.2016, E. 2016/14066 K. 2016/19177; Yarg. 9. HD, 24.10.2016, E. 2015/35301 K. 2016/18315.

sözleşmesi sebebiyle işçilerin açtıkları davaların” adli tatilde görüleceği belirtildiğinden işe iade davaları bakımından HMK 104. hükmünün uygulanması mümkün değildir. Bir diğer deyişle iş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iade davasını ikame edeceği son günü adli tatil günleri içerisine denk gelmesi halinde de adli tatil gününe denk gelen gün içinde arabuluculuk başvurunun yapılması ya da davasını açması gerekmektedir²²⁶.

Bir aylık arabuluculuk başvuru süresinin hak düşürücü süre olması nedeniyle dava açma süresinin başlangıcının tespiti büyük önem arz etmektedir. 4857 sayılı Kanun’un 20. maddesinin gerek 7036 sayılı kanun ile değişikten önceki halinde gerekse değişiklik sonrası dönemde, bir aylık hak düşürücü sürenin “fesih bildiriminin tebliğinden itibaren” başlayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, arabuluculuk başvurusu süresi, feshin hüküm doğuracağı andan itibaren değil, “*fesih bildiriminin tebliği*”²²⁷ tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır²²⁸.

İşverence yapılan fesih ihbar süresi verilmek suretiyle yapılması durumunda işe iade davası açma süresi ihbar süresinin sonunda yani iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte değil, fesih bildiriminin yapıldığı tarihte bir diğer deyişle ihbar süresinin başladığı tarih itibariyle başlayacaktır²²⁹. Bu konuda öğretide ileri sürülen bir başka görüşte dava açma süresinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren değil; aksine iş sözleşmesinin hukuken ve fiilen sona erdiği tarihten itibaren başlayacağı ileri sürülmüştür. Bu nedenle bu görüş, ihbar süresi verilmek suretiyle iş akdinin feshedileceğine ilişkin bildirim yapılması halinde işe iade dava açma süresinin, fesih bildirim tarihinden itibaren değil, ihbar süresinin sonunda iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren başlayacaktır²³⁰. Demir, özellikle de bu durumda henüz işverenle irtibatı kopmamış halen bağımlılık ilişkisinin devam eden dolayısıyla da feshe bağlanan kıdem tazminatı gibi işçilik hak ve alacaklarını tahsil etmemiş olan işçinin iş akdi devam ederken işe iade davası açmasının beklenmesinin iş hukukunda cari işçi lehine yorum ilkesiyle bağdaşmayacağını

²²⁶ Yarg. 9. HD, 15.12.2016, E. 2016/1261 K. 2016/22196.

²²⁷ Astarlı, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s. 42.

²²⁸ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraca, s. 551; Centel, İş Güvencesi, s. 169; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/ Baskan, s.213.

²²⁹Süzek, İş Hukuku, s. 633; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraca, s. 408; Kaplan Seylan, s. 221; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/ Baskan, s. 203; Demir s. 311; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/ Baskan, s.213; Yarg. 9. HD, 13.01.2005, E. 2004/31429 K. 2005/632.

²³⁰ Uçum, Mehmet : İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, Ekim- Kasım- Aralık S. 4, s. 1305.

belirtmektedir²³¹. Yargıtay konuya ilişkin kararlarında “dava açma süresinin sözleşmenin sona erdiği tarihin değil fesih bildiriminin tebliğ tarihi itibarıyla başlayacağını” belirterek öğretideki baskın görüş çerçevesinde görüşünü bildirmiştir²³².

İş Kanunu’nun 18. madde ve 109. madde hükümlerinde açıkça düzenlendiği üzere işveren fesih bildirimini yazılı şekilde ve imza karşılığında yapmakla mükelleftir. Ancak işçinin işverence yapılan feshe ilişkin yazılı bildirimini imzalamaması halinde, işverenin bu hususu 109. madde hükmü kapsamında tutanak ile tespit etmesi gerekmektedir. İşçinin, yazılı feshi bildirimini imzalı bir şekilde tebliğ alması durumunda herhangi bir sorunla karşılaşılmayacak bu durumda dava açma süresi, yazılı tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır. Ancak işverenin, işçiye fesih bildirimini yazılı bir şekilde yaparken, işçinin ilgili tebliği almaktan kaçınarak, tebellüğ belgesine imza atmaktan imtina etmesi durumunda ise tebliğin ne zaman yapılmış sayılacağı sorunu ortaya çıkacaktır. İşçinin yazılı tebligatı almaması, imzadan imtina etmesi halinde işveren bu hususu İş Kanunu’nun 109. madde hükmü doğrultusunda tutanakla tespit edecektir. İşte, işverence hazırlanan bu tutanağın düzenlendiği an, tebliğin yapılmış olduğu an olarak kabul edilecek ve bu tarihten itibaren dava açma süresi başlayacaktır²³³. İşçinin yazılı fesih bildirimini, imzadan imtina etmesi halinde işverenin ilgili durumu tutanakla tespitinin ardından, fesih bildirimini ileri açılması muhtemel davada ispat vasıtası olması amacıyla, bir kez de yazılı olarak yapması halinde de işe iade davası açma süresi, imzadan imtina edilmesine dair tutanağın hazırlanması anından itibaren başlayacaktır²³⁴. Yine bu çerçevede, yazılı fesih bildirimi yapmak isteyen işverenin yazılı bildiriminin işçi tarafından tebliğ alınmaması üzerine noterden de fesih bildiriminin gönderildiği takdirde, başvuru süresinin, notere başvuru tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir²³⁵.

İşverenin fesih bildirimini yazılı yapmaması halinde, dava açma süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağı hususunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda öğretide ileri sürülen görüşlerden ilki kanunun süreyi açıkça tebliğden itibaren

²³¹ Demir, Fevzi : Sorularla Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2006, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, C. 1, s. 435.

²³² Yarg. 22. HD, 12.03.2015, E. 2015/4880 K. 2015/9814; Yarg. 7. HD, 30.09.2014, E. 2014/11555 K. 2014/18433; Yarg. 9. HD, 07.04.2008, E. 2007/30545 K. 2008/7776.

²³³ Yarg. 9. HD, 22.11.2016, E. 2016/34876 K. 2016/20605, Yarg. 7. HD, 28.01.2006, E. 2015/35555 K. 2016/1692.

²³⁴ Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 281.

²³⁵ Centel, İş Güvencesi, s. 169.

-yazılı bildirim- başlatmış olması nedeniyle, yazılı bildirimin olmaması halinde, arabuluculuğa başvuru ve dolayısıyla işe iade davasını ikame süresinin başlamayacağı, işverence ileri sürülen hak düşürücü sürenin geçtiğine dair itirazın dikkate alınamayacağı kabul edilmektedir²³⁶. Aynı görüş, söz konusu bu kuralın mutlak olmadığı, kuralın çerçevesinin iyi niyet kaidesi çerçevesinde çizilmesi gerektiğini örneğin; işverenin sözlü olarak fesih bildiriminde bulunmuş olmasına rağmen bu bildirimi yazılı bir şekilde bildirmediği hallerde, işçinin fesih bildirim tarihini net olarak belirleyecek bir işlem yapması halinde (işçi, resmi kurumlara şikâyet etmesi vb) artık bu tarihin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir.

Öğretideki baskın görüş ise işverence her ne kadar yazılı bir fesih bildirimi yapılmamış olsa da sözlü olarak yapılan bu fesih bildiriminin işçiye ulaştığı andan itibaren, bir aylık sürenin başlayacağı belirtilmiştir²³⁷. Nitekim Yargıtay'da emsal kararlarında “...dairemiz uygulamasına göre yazılı fesih bildirimi bulunmasa bile iş sözleşmesinin sözlü veya eylemli olarak sona erdiği tarihten itibaren dava açma süresinin başlatılması gerekir” diyerek öğretideki baskın görüşü doğrultusunda karar vermektedir²³⁸. İşverence, işçiye fesih bildiriminin yapılmadığı (yazılı veya sözlü) ancak işverenin eylem ve davranışlarının eylemli fesih olarak değerlendirilmesinin söz konusu olduğu hallerde de, feshe ilişkin hal ve hareketlerin sergilendiği tarih, dava açma süresinin başlangıcı olarak değerlendirilecektir²³⁹.

İş sözleşmesinin askıda olduğu dönemlerde ise iş sözleşmesinin fesih bildirimi yapılması halinde dava açma süresi, askı süresinin sonunda değil fesih bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren başlayacaktır²⁴⁰.

²³⁶ Özkes, Muhammet: İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 483.

²³⁷ Narmanlıoğlu, İş İlişkileri, s. 520; Süzek, İş Hukuku, s. 633; Centel, İş Güvencesi, s. 169; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 408; Kaplan Seylan, s. 221; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 203.

²³⁸ Yarg. 9. HD, 07.04.2008, E. 2007/30545 K. 2008/7776, Yarg. 7. HD, 30.09.2014, E. 2014/11555 K. 2014/18433, Yarg. 22. HD, 12.03.2015, E. 2015/4880 K. 2015/9814.

²³⁹ Narmanlıoğlu, İş İlişkileri, s. 520; Yarg. HGK, 03.12.2008, E. 2008/9-716 K. 2008/726; Yarg. 7. HD, 30.09.2014, E. 2014/11555 K. 2014/18433; Yarg. 22. HD, 01.12.2011, E. 2011/14911 K. 2011/6466, Yarg. 9. HD, 27.01.2014, E. 2013/13867 K. 2014/1822.

²⁴⁰ Alsulu, Hüseyin Orkun : Geçerli Fesih ve İşe İade Davalarında Usul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul 2009, s. 86.

Ayrıca, işveren tarafından 19. maddede belirtilen koşulların bertaraf edilmesi amacıyla feshi koşulları olmamasına rağmen derhal haklı feshe dayandırmasının dürüstlük kuralına uygun olmadığı açıktır. Bu durumda, işverenin yapılan yargılama sırasında verimlilik veya ekonomik nedenler gibi diğer geçerli nedenlere de dayanması mümkün değildir. Çünkü, feshin gerekçesinin açık ve net bir şekilde belirtilerek yazılı bir şekilde yapılması zorunluluğu fesih nedeniyle bağlılık kuralının da bir gereğidir²⁴¹.

B. Arabuluculuk Sürecinin Yürütülmesi

Arabuluculuk başvurusunun nerede yapılacağı ve bu sürecin ne kadarlık bir zaman zarfında tamamlanması gerektiğine dair tüm hususlar İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Mezkûr kanuni düzenlemeye göre, işçi, arabuluculuk başvurusunu işverenin, işveren birden çok ise işverenlerden herhangi birinin yerleşim yerinde ya da işin yapıldığı yerde bulunan arabuluculuk bürosuna, büronun kurulmadığı yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapacaktır. Böylece kanun koyucu, arabuluculuk bürosunun yetkisini, iş mahkemesinin yetkisine dair düzenlemelere paralel bir şekilde düzenlemiştir. Her ne kadar, iş mahkemelerinin yetkisi kesin yetki olup mahkemeler tarafından yetki hususu re'sen nazara alınmakta ise de, arabulucu tarafından, büronun yetkili olup olmadığını hususu resen dikkate alınarak değerlendirme yapılması mümkün değildir. Arabuluculuk bürosunun yetkisine işveren tarafın bir itirazı olması durumunda, bu itirazı en geç ilk toplantıda dayanak belgeleri de sunmak suretiyle ileri sürmesi gerekmektedir. Bu durumda arabulucu tarafından yetki hususunda karar verilebilmesi mümkün olmayıp dosyanın ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmesi için görevlendirildiği büroya teslim etmesi gerekmekte olup akabinde de ilgili sulh hukuk mahkemesi tarafından yetkili arabuluculuk bürosunda kesin olarak karara bağlanacaktır. Mahkemece yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilecek, yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde işçi tarafından yetkili arabuluculuk bürosuna başvuru yapılması gerekmektedir. Bu durumda, hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için kanun koyucu özel bir düzenleme getirerek, yetkisiz büroya başvurma tarihinin, yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edileceğini hüküm altına

²⁴¹ Canbolat, Talat : İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 89.

almıştır. Böylece, işçi tarafından yetkisiz arabuluculuk bürosuna başvuru yapılması durumunda, hak düşürücü sürenin kaçırılması ihtimali ortadan kaldırılmıştır.

İşe iade talebiyle yapılan arabuluculuk başvurusunda, arabuluculuk faaliyetinin ve görüşmelerin nasıl yürütülebileceğine ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiş olup bu kapsamda, temel arabuluculuk ilke ve kurallarının geçerli olduğu söylenecektir. HUAK'ta arabuluculuk görüşmelerine, taraflar bizzat katılabileceği gibi tarafların kanuni temsilcileri ya da avukatlarının katılabileceği hüküm altına alınmışken, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda, işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın da arabuluculuk görüşmelerine işvereni temsilen katılabileceği ve arabuluculuk süreci sonunda son tutanağı imzalayabileceği hüküm altına alınmıştır. Mezkûr kanuni düzenleme nazara alındığında, işveren ancak sigortalı çalışanın görüşmelerde kendisini temsil etmek üzere görevlendirebilecek olup işverenin sigortalı çalışanı olmayan mali müşavirin ya da insan kaynakları uzmanının, arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil etmesi mümkün değildir. Yine belirtmek gerekir ki, kanun koyucu temsil belgesi bakımından nitelikli bir şekil şartına yer vermediğinden işverenin imzasını taşıyan adi yazılı belgenin yeterli olduğu kabul edilmektedir²⁴².

İş Mahkemeleri Kanununda, diğer işçilik alacakları talebinden farklı olarak işe iade talebiyle yapılan arabuluculuk başvurularında, asıl işveren alt işveren ilişkisinin olması durumunda, arabuluculuk toplantılarına her iki işverenin de katılması ve iradelerinin birbirine uygun olması halinde anlaşmanın gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, alt işveren- asıl işveren ilişkisinin mevcut olması durumunda diğer işçilik alacaklarından farklı olarak işe iade talepli başvurularda her iki işverene de başvuru yapılması zorunludur.

Mezkûr düzenleme, 7036 sayılı Kanun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, yani dava şartı arabuluculuğun mevcut olmadığı dönemde, asıl işveren-alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığının olup olmadığı yönündeki tartışmaları ve Yargıtay daireleri arasındaki içtihatlar farklılıklarını giderecek mahiyette yapılmıştır²⁴³. Böylece asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğu ya da bu ilişkinin muvazaalı olduğuna

²⁴² Odaman, Serkan/ Odaman, Eda : İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt.39, 2018, s. 51.

²⁴³ Astarlı, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s. 43.

dair herhangi bir iddianın olup olmadığına bakılmaksızın arabuluculuk başvurusunun hem alt işverene hem de asıl işverene karşı yapılması zorunlu olmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 13.10.2021 tarihli E. 2021/9540 K. 2021/14240 sayılı Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarındaki uyuşmazlık giderilmesine dair kararında, “işe iade talebiyle arabulucuya başvuru dava şartının yerine getirilmesi için asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte başvuru yapılmasının zorunlu olduğu, sadece asıl işveren yahut sadece alt işverene yapılan başvurunun ardından işe iade davası açılması halinde, dava şartının yerine getirilmemesi nedeniyle davanın usulden reddedilmesi gerektiği” ifade edilmiştir.

İşe iade talepli yapılan arabuluculuk başvurusunda, arabulucunun, kendisinin görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde süreci sonuçlandırması gerekmektedir. Ancak zorunlu hallerin olması durumunda arabulucunun, bu süreci bir hafta daha uzatması mümkündür. Böylece arabuluculuk süreci en fazla dört haftada tamamlanacaktır.

Arabuluculuğun yürütüleceği yer kanunda özel olarak düzenlenmiş olmakla, görüşmeler, arabulucunun görevlendirildiği büronun bağlı bulunduğu adalet komisyonunun yargı çevresinde yapılması gerekmektedir. Tarafların mutabakata varmaları halinde, tarafların serbestçe kararlaştırdıkları yerlerde de görüşme yapılması mümkündür²⁴⁴.

İş Mahkemeleri Kanunu’nda, dava şartı arabuluculuk kapsamında tarafların arabuluculuk sürecine katılımlarını artırmak amacıyla, arabuluculuk sürecinin taraflardan birinin ilk toplantıya mazeretsiz bir şekilde katılmaması nedeniyle sona ermesi halinde, toplantıya katılmayan tarafın, açılacak davada kısmen veya tamamen haklı çıkması durumunda dahi yargılama giderinin tamamından sorumlu olacağı ve bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmeyeceği düzenlenmiştir.

C. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununa göre, arabuluculuk süreci, arabulucunun taraflara ulaşamaması, tarafların görüşmeye katılmaması nedeniyle toplantının yapılamaması, tarafların görüşmeler sonunda anlaşması ya da anlaşamamaları hâllerinde

²⁴⁴ Narmanlıoğlu, Yeni Çerçevesi, s. 13.

sona erecektir. HUAK'ın 17. maddesinde, arabuluculuk sürecinin sonunda, arabulucu tarafından tarafların anlaşmaları, anlaşamadıkları ya da faaliyetinin nasıl sonuçlandığına dair son tutanağın düzenleneceği belirtilmiştir. Bu son tutanağın da arabulucu, taraflar, ya da tarafların kanuni temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacağı hüküm altına alınmıştır. İlgili tutanak, herhangi bir taraf ya da vekili tarafından imzalanmaması halinde, tutanak sebebi de belirtilerek sadece arabulucu tarafından imzalanacaktır.

1. Arabuluculuk Sürecinin Sonunda Anlaşma Sağlanması

İş Kanununun 21. maddesinin 7. fıkrasında, işçinin işe başlatılması hususunda tarafların anlaşmaya varması durumunda, tutanakta işçinin işe başlatma tarihi, boşta geçen zamana ait ücret ve diğer hakları ile işe başlatılmaması durumunda ödenecek işe başlatmama tazminatının parasal miktarına yer verilmesinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. İlgili maddenin devamında ise, bu üç hususta belirlemenin yapılmaması halinde ise anlaşmanın sağlanamamış sayılacağı belirtilmiştir.

İşe iade talebiyle yapılan başvuruda, taraflarca işçinin işe başlatılması hususunda anlaşmaları halinde, işe başlatılma tarihini belirlerken herhangi bir sınırlamaya tabi olup olmadığı bir diğer deyişle işe başlatılma tarihini serbestçe belirleyebilmelerinin mümkün olup olmadığı hususunun üzerinde durulması gerekmektedir. İlgili kanun maddesinin lafzında herhangi bir özel kısıtlamaya yer verilmemiş ise de, hükmün kendisinden önce gelen hükümlerle birlikte yorumlanarak iş güvencesi sistemiyle uyumlu olacak şekilde, işletme riskinin işçiye yükletilmesinin de engellenmesi, işe iade anlaşmasının işçinin boşaltılmaması amaçlarıyla İş Kanunu'nun 21/1. maddesindeki hüküm de göz önüne alınarak işe başlatma süresinin arabuluculuk anlaşması tarihinden itibaren en geç bir ay olarak belirlenebileceği, aksi yöndeki anlaşmaların geçersiz olduğu ifade edilmektedir²⁴⁵. İlgili arabuluculuk anlaşmasında, işçinin işe başlatılma tarihi, taraflarca farklı anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek ölçüde net ve açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir.

İşçi tarafından işe iade istemiyle yapılan dava şartı arabuluculuk başvurusunda tarafların anlaşması durumunda, anlaşmada yukarıda belirtildiği üzere, işe başlatma tarihi açıkça belirleneceğinden, işçinin işe başlamak amacıyla yeniden işverene özel bir

²⁴⁵ Ekmekçi/Yiğit, s. 680; Centel, İş Güvencesi, s.172; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1083.

müracaatta bulunması gerekmemekte olup başkaca herhangi bir işleme gerek kalmaksızın belirlenen tarihte işçinin işe başlaması ve başlatılması gerekmektedir²⁴⁶. İşçinin belirlenen tarihte işe başlamaması durumunda ise fesih geçerli hâle gelecektir. Bu durumda işveren sadece geçerli feshin sonuçlarıyla sorumlu olacaktır.

İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrasındaki “*Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir*” yönündeki düzenlemenin, arabuluculuk süreci bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı önem arz etmektedir. Tarafların işe başlatma konusunda arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varmaları durumunda İş Kanununda emredici şekilde belirlenen en az dört aylık - en çok sekiz aylık ücret üzerinden belirlenen işe başlatmama tazminatı ile en fazla dört aya kadar belirlenebilecek boşta geçen zamana ait ücreti, aksinin arabuluculuk anlaşmasıyla belirlenip belirlenemeyeceği tartışmalı bir husustur. Tarafların işçi lehine olmak kaydıyla işe başlatmama ve boşta geçen zamana ait ücretin kanundaki sınırlamalara tabi olmaksızın düzenlenebilmesini amaçlandığı, İş Mahkemeleri Kanunu taslağında yer alıp İş Kanunu’nun 21. maddesinin 6. fıkrasına eklenmesi tasarlanan “*Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla*” ibaresinin taslaktan çıkartıldığı, bu sebeple kanun koyucunun iradesinin işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen zamana ait ücretin arabuluculuk bakımından da emredici nitelikte olduğu yönünde geliştiği, taraflar arabuluculuk anlaşmasıyla dahi olsa işe başlatmama ve boşta geçen zamana ait ücretin aksini kararlaştıramayacakları ileri sürülen görüşlerden ilkidir²⁴⁷. Doktrinde ileri sürülen diğer görüş ise, tasarıda yer alan ilgili ibarenin kanunlaşan metinde yer almamasının kanun koyucunun iradesinin aksi yönde olduğu yönünde kesin bir sonuca varılamayacağı, arabuluculuk aşamasında maddi hukuka ilişkin bu düzenlemelerle bağlı olunmadığını, bu bakımdan tarafların serbest ve özgür iradeleriyle kanunda yer alan alt ve üst sınıra tabi olmaksızın aksi yönde çözüm üretebilmelerinin geçerli olduğu ifade edilmektedir²⁴⁸.

Taraflar arabuluculuk sürecinde işçinin işe başlatılması noktasında geçerli bir anlaşmaya varmaları durumunda, işe iadeye ilişkin anlaşma belgesinin taraflara karşılıklı

²⁴⁶ Ekmekçi/Yiğit, s. 681; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1084.

²⁴⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1083; Astarlı, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s. 49; Ekmekçi/Yiğit, s. 679; Kar, İş Güvencesi, s. 369.

²⁴⁸ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 551.

edimler yüklediği, taraflardan birinin ediminin diğerinin davranışlarına bağlı olduğu, bir diğer ifadeyle üzerinden anlaşılan edimlerden işe başlatmama tazminatının şarta bağlı olduğu, şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ise yargılamayı gerektirdiğinden işverenin arabuluculuk anlaşma tutanağında belirlenen işe başlatma tarihinde işçiye işe başlatmaması halinde, işçinin ilgili arabuluculuk tutanağına icra edilebilirlik şerhi almak suretiyle cebri icra marifetiyle işe başlamasının ya da buna bağlı işe başlatmama tazminatının ilamlı icra marifetiyle tahsilinin mümkün olmadığı da ifade edilmektedir²⁴⁹.

İş Kanunumuz ilgili maddede, sadece işçinin işe başlatılması durumunu baz alarak anlaşma sağlanması ihtimalini hüküm altına almıştır. Bu nedenle, işe iade istemiyle yapılan arabuluculuk başvurusunda, tarafların serbest iradeleriyle işe başlatmama hususunda anlaşma yapmalarının mümkün olup olmadığının da üzerinde durulması gerekmektedir. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden ilkinde, İş Kanunu’nun 21. maddesinde açıkça “işe başlatma tarihinin” anlaşma tutanağında yer alması gerektiğinin belirtildiği, işe başlatma tarihinin yer almaması durumunda anlaşma sağlanamamış sayılacağına kanun metninde tereddütsüz şekilde ifade edildiğinden, tarafların işçinin işe başlatılmaması konusunda anlaşmalarının mümkün olmadığı kabul edilmektedir²⁵⁰. Savunulan diğer görüş ise, işe başlatılmama konusunda anlaşmada feshin geçersiz olduğunun taraflarca kabulüyle tarafların işveren feshini ortadan kaldırdığı, ardından da taraflar arasındaki sözleşmesinin sonlandırıldığı, sulh niteliğinde bir ikale ile tarafların işçinin işe başlatılmaması ve sadece parasal sonuçları bakımından anlaşabilecekleri, arabuluculuk sürecinde taraf iradelerinin ön plana çıktığından tarafların serbest ve hür iradelerine üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmektedir²⁵¹.

HUAK’ın 18. maddesinin 5. fıkrasına göre arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması durumunda, taraflarca üzerinde anlaşılan konular hakkında dava açamayacaklardır. Tarafların ortak iradesi sonucu oluşturulan anlaşma tutanağı, icra edilebilirlik şerhinin alınabileceği, ilam niteliğinde sayılacağından, tarafların dava açmalarına ilişkin ihtiyaç da ortadan kalkmış olduğundan, kanunda belirtilen dava açma yasağının, hukukî yarar şartının özel bir hali olduğu kabul edilmektedir. Arabuluculuk

²⁴⁹ Kar, İş Güvencesi, s. 369; İstanbul BAM 24. HD, 08.05.2018, E. 2018/3623 K. 2019/1025.

²⁵⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 172.

²⁵¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1085.

faaliyeti sonunda anlaşılan konularda dava açılması halinde, dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir. Arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen yanıltma, aldatma ve korkutma gibi iradeyi sakatlayan hâllerden biri ya da aşırı yararlanma gerekçesiyle kanunda öngörülen hak düşürücü süreler zarfından açılacak dava ile iptali mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki, arabuluculuk tutanağındaki anlaşmayla ilgili iptal davası ile işe iade davasının, arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ayrı ayrı açılması gerekmektedir²⁵².

2. Arabuluculuk Sürecinin Sonunda Anlaşma Sağlanamaması

İşçi tarafından işe iade talebiyle yapılan arabuluculuk başvurusu anlaşamama ile de sona ermesi mümkündür. Bu çerçevede, anlaşamama, tarafların iradelerinin örtüşmemesi şeklinde olabileceği gibi asıl işveren - alt işveren ilişkisinin mevcut olması halinde işverenlerin iradelerinin birbiriyle uyuşmaması formunda da ortaya çıkabileceği gibi, arabulucu, taraflara ulaşamaması ya da tarafların katılmadığı için görüşme yapılamaması sebeplerinden veya arabuluculuk için kanunda düzenlenen dört haftalık maksimum sürenin dolmasından da kaynaklanabilecektir. Anlaşmama halinde, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini sona erdirecek ve son tutanak düzenlenecektir. İş Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde dava açılacaktır.

Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşamaması halinde başvurulabilecek tek hukuki yöntem dava açmak değildir. Zira İş Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, tarafların aralarında anlaşmaları durumunda, aynı süre içerisinde dava açmak yerine özel hakeme de başvuru yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Mezkur kanuni düzenleme çerçevesinde, işçinin, işverenle anlaşma halinde dava açmak yerine özel hakeme başvurması da mümkündür. Kanunun kabul edildiği dönemde, ilgili maddenin Anayasaya aykırı olduğundan bahisle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuşsa da Anayasa Mahkemesi "*işçinin, özel hakeme götürme hususunun kendi iradesine bağlı olduğu, işçinin tamamen kendi iradesi ve isteğiyle dava açma seçeneğinden vazgeçmiş*

²⁵² Bursa BAM 3. HD, 22.10.2020, E. 2020/2327 K. 2020/1842.

olduğu” gerekçeleriyle ilgili düzenlemenin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine aykırı olmadığına karar verilmiştir.

Özel hakeme başvurulması bakımından şart olan taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının nasıl ve ne zaman yapılabileceğine dair gerek İş Kanununda gerekse de İş Mahkemeleri Kanununda özel düzenleme yer almadığından Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir²⁵³. Bu çerçevede HMK'nın 412. maddesinin 3. fıkrasına göre, bu anlaşmanın yazılı şekilde yapılmış olması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının en geç ne zamana kadar yapılması gerektiği hususunda ise farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, iş sözleşmesinin yapıldığı esnada ya da iş ilişkisinin devamı sürecinde, işçiyi koruma ilkesi gereği, işçinin gelir elde etmeyi amaçladığı ya da bağımlı konumda olduğu süreç boyunca özgür ve serbestçe iradesini ortaya koymasının her hal ve şartta mümkün olmadığından bahisle yapılan tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı, bu bakımdan tahkim yönündeki anlaşmanın iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılabileceği baskın şekilde ileri sürülmektedir²⁵⁴. Doktrindeki diğer görüşe göre, kanuni düzenlememizde tahkim anlaşmasının sözleşmenin feshinden sonra yapılabileceğine dair düzenleme olmadığı, bu yöndeki anlaşmanın zamansal olarak kısıtlamanın gerçekçi olmadığı, aksinin kabulünün kanunun amacına aykırı olacağı, tahkim sürecinin dava sürecine göre daha hızlı, ucuz ve seri olduğu nazara alındığında mahkeme sürecine göre tahkim sürecinin daha lehte olduğunu düşünen işçinin serbest iradesine geçerlilik tanınması gerektiği belirtilerek, iş sözleşmesinin akdedildiği andan itibaren yapılan tüm tahkim anlaşmalarının geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁵⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 26.11.2007, E. 2007/37878 K. 2007/353351 kararıyla “sözleşmenin yapılması ya da sözleşmenin devamı sırasında yapılan hakem kaydına ilişkin anlaşmanın, iradeyi sakatlayan hal ileri sürülüp ispatlanmadığı müddetçe geçerli olduğu” belirtilmişse de²⁵⁶, sonraki tarihli kararlarında²⁵⁷ bu görüşünden dönerek baskın

²⁵³ Şahin Emir, Asiye : İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, 2020, s. 919.

²⁵⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 204; Tulukçu, 289; Süzek, İş Hukuku, s. 616.

²⁵⁵ Güven/Çankaya/Göktaş, s. 257; Şahin Emir, s. 924.

²⁵⁶ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 559; Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2016/21367 K. 2017/14609; Yarg. 9. HD, 25.02.2013, E. 2013/1773 K. 2013/6664; İstanbul BAM 24. HD, 15.01.2019, E. 2018/1588 K. 2019/119; İstanbul BAM 31. HD, 30.04.2019, E. 2018/2402 K. 2019/897.

²⁵⁷ Şahin Emir, s. 921.

görüş doğrultusunda sadece fesihten sonra yapılmış olan tahkim şartını öngören sözleşme düzenlenmelerinin geçerli olduğu görüşünü kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki, Bölge Adliye Mahkemesi kararları da fesihten önce yapılan tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğu görüşündedir²⁵⁸.

III. İŞE İADE DAVASI

A. Davanın Tarafları

İşe iade davası, sözleşmesi feshedilen işçi tarafından işverene karşı açılacaktır. İşçi tarafından dava bizzat kendisi tarafından açılabilceği gibi usulüne uygun verilmiş vekaletname çerçevesinde avukatı tarafından da açılabilir. Özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından mevcut olan bu genel durumun yanı sıra iş hukuku bakımından özel bir düzenlemenin de mevcut olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Zira Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26. maddesinde yer alan hükme göre, sendikaların, iş sözleşmesinden ya da çalışma ilişkisinden doğan haklar ile sosyal güvenlik hakları bakımından üyeleri ve üyelerinin mirasçılarını temsilen dava açma ve açılan davaları takip etme yetkisine sahiptirler. Sendikanın bu yetkisini kullanabilmesi için, işçi tarafından üyesi olduğu sendikaya yazılı yetki belgesi verilmesi gerekmektedir. Böylece, sendikaların üye işçisi adına işe iade davası açma hakkına sahip olduğu söylenebilecektir. Bu madde kapsamında sendikanın dava açabilmesi bir diğer ifadeyle işçi adına sendikanın yetkili olabilmesi için ilgili sendikanın işçinin çalıştığı iş kolunda örgütlü olması gerekmektedir²⁵⁹. İşçi tarafından dava açma için yetki verilebilmesi için ilgili sendikaya iş sözleşmesi devam ederken üye olma zorunluluğu söz konusu olmayıp fesihten sonra hak düşürücü süre zarfında üye olunması halinde de sendikanın dava açma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir²⁶⁰.

İşçinin iş sözleşmesinin, tek başına ya da aynı sebebe bağlı olarak “toplu işçi çıkarma” yoluyla feshedilmesi durumunda da işe iade davasının her bir işçi tarafından

²⁵⁸ Yarg. 9. HD, 02.10.2017, E. 2016/21367 K. 2017/14609, İstanbul BAM 24. HD, 15.01.2019, E. 2018/1588 K. 2019/119; İstanbul BAM 24. HD, 25.10.2018, E. 2017/3585 K. 2018/2181.

²⁵⁹ Yarg. 9. HD, 02.10.2006, E. 2006/17766 K. 2006/25419, İzmir BAM 3. HD, 07.02.2020, E. 2019/2956 K. 2020/108; İzmir BAM 3. HD, 02.07.2020, E. 2020/305 K. 2020/634.

²⁶⁰ Yarg. 9. HD, 30.09.2004, E. 2004/4865 K. 2004/21086.

ayrı ayrı açılması gerekmekte, bu durumda işçiler tarafından açılan davalarda zorunlu dava arkadaşlığı olmadığından davaların tefriki gerekmektedir²⁶¹.

İşçinin işe iade davasını ikame etmesinin amacı, feshedilen sözleşmesine yeniden geçerlilik kazandırarak işe geri dönmek, bir diğer ifadeyle işçinin şahsen yerine getirmekle sorumlu olduğu iş görme edimini yerine getirmeye devam etmek olduğundan işe iade davası açma hakkının niteliği itibarıyla şahsa sıkı sıkıya bağlı haktır. İşçinin işe iade davasını ikame etmeden ölmesi halinde ölen işçinin yapılacak yargılama neticesinde işe başlayabilmesi imkânının söz konusu olmaması, işçi ile işveren arasındaki kişisel bağımlılık unsuru da taşıyan iş görme ediminin tesisinin tekrar mümkün olmaması nedenleriyle ölen işçinin mirasçılarının, murisleri adına işe iade için arabuluculuğa başvuru yapamayacağı gibi işe iade davası açamayacağı kabul edilmektedir²⁶². Bu bakımdan işe iade davası açma hakkı herhangi bir sebeple devri ya da miras yoluyla dahi olsa üçüncü kişilere intikali söz konusu değildir.

İşçinin, fesih ihbar süresi dolduktan sonra ancak işe iade davası için arabuluculuk başvurusu yapmasından önce ölmesi durumunda ise başvuruda bulunmayan işçilerin mirasçılarının, işe iadenin mali sonuçları bakımından arabuluculuk başvurusu ya da dava açıp açamayacağı yönünde çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, baskın görüşe göre, gerek işe başlatma tazminatının gerekse de boşta geçen zamana ait ücret alacağının doğumunun mahkemece işe iade davasının kabulüne dair kararın kesinleşmesi üzerine on günlük süre içerisinde işverene başvurulması şartına bağlı olduğu, işçi tarafından işe başlama konusunda işverene başvurunun yapılmaması durumunda işçinin bu alacaklara hak kazanamayacağı, iş ilişkisi kapsamında iş görme ediminin şahsa bağlı bir hak olduğu, vefat eden işçinin hem işe başlama başvurusunu hem de işverence işe başlatılmasının imkânsız olduğundan bu alacakların da doğumunun mümkün olmadığı, işe iade davası ile mali sonuçları hakkında mirasçılar tarafından dava

²⁶¹ Narmanlıoğlu, Ünal : İşe Başlatmama Tazminatı, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 8, Özel Sayı, Haziran 2013, s. 2006, Yarg. 9. HD, 30.01.2006, E. 2005/39008 K. 2006/1806.

²⁶² Centel, İş Güvencesi, s. 175; Erol Akı : İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 320; Uçum, Mehmet : Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 155; Akyiğit, Ercan : İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığı'na Etkisi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2008, S.17, s. 32.

açılmayacağı ileri sürülmektedir²⁶³. Buna karşın işçinin mirasçılarının fesih bildiriminin sona erdiği tarihten işçinin ölümü tarihine kadar işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin hakları talep edebilmesi amacıyla işe iade davası açılabileceği görüşü de ileri sürülmüştür²⁶⁴.

İşe iade davası, sözleşmesi feshedilen işçi tarafından, işverene karşı ikame edilecektir. İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. HMK'nın 50. maddesine göre “*medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir*”. Bu nedenle gerçek ve tüzel kişi işverenler taraf ehliyetine sahip olup bu işverenlere husumet yöneltilmesi noktasında herhangi bir tereddüt mevcut değildir. İş Kanunu'na göre işveren sıfatına sahip olan ancak tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara ne şekilde husumet yöneltileceği noktasının üzerinde durulması gerekmektedir. Zira tüzel kişilikleri olmayan kurum/kuruluşların yukarıda bahsi geçen kanun düzenlemesi gereğince taraf ehliyetleri bulunmamaktadır. Bu sebeple de tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara (adi ortaklık vb.) husumet ancak bunları meydana getiren, tüm gerçek/tüzel kişilere ayrı ayrı yöneltilmesi gerekmektedir. İşverenin adi ortaklık olması durumunda husumet bu ortaklıkları oluşturan tüm ortaklara karşı ileri sürülürken işverenin miras ortaklığı olması halinde ise mirasçıların tamamına karşı davanın açılması ya da miras ortaklığına temsilci atanması sağlandıktan sonra husumetin bu temsilciye yöneltilmesi gerekmektedir²⁶⁵. İşverenin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan kamu kurum ve kuruluşları olması halinde, davanın “bu kurum ve kuruluşların bağlı bulundukları tüzel kişiliğe karşı” açılmaları gerekmektedir²⁶⁶.

Davacı işçinin iş sözleşmesi, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde yer alan işveren vekili tarafından feshedilmiş olsa bile davanın işveren vekiline değil doğrudan işverene karşı yönetilmesi gerekmektedir. Zira işveren

²⁶³ Centel, İş Güvencesi, s. 175; Süzek, İş Hukuku, s. 649; Akyiğit, İşçinin Ölümünün Etkisi, s. 26; Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 113; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1104; Ekmekçi, Ömer : Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, MESS Mercek Dergisi, Temmuz 2003, s. 136; Akyiğit, İşçinin Ölümünün Etkisi, s. 26.

²⁶⁴ Manav, Eda: İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 3, Ankara, 2010, s. 268.

²⁶⁵ Yarg. HGK, 08.10.2003, E. 2003/12-574 K. 2003/564; Yarg. 9. HD, 21.01.2010, E. 2009/46168 K. 2010/759; Yarg. 9. HD, 19.12.2017, E. 2016/32622 K. 2017/21790; Yarg. 9. HD, 15.10.2018, E. 2015/22534 K. 2018/18303.

²⁶⁶ Yarg. 9. HD 17.10.2018, E. 2015/22784 K. 2018/18537; Yarg. 11. HD, 19.10.2004, E. 2004/962 K. 2004/10079.

vekillerinin kendilerine tanınan yetki ve sorumluluklar çerçevesinde işçilere karşı yapmış olduğu tüm işlemlerden şahsi sorumlulukları mevcut olmayıp bu işlemlerden doğan tüm sorumluluklar doğrudan doğruya işverene aittir²⁶⁷.

İşçinin geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan bir işçi olması durumunda, sözleşmesinin feshedilmesi halinde işe iade davasını geçici olarak çalıştığı işverene değil kendi sürekli işverenine karşı açması gerekmektedir. Çünkü geçici iş ilişkisinde işçi iş sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri geçici işverene karşı ifa ediyor ise de işçi ile geçici işveren arasında ayrı sözleşmesi akdedilmemekte, işçinin sürekli işvereni ile arasındaki iş sözleşmesinin yürürlüğü devam etmekte bu nedenlerle de işçinin iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı sürekli işverenine aittir²⁶⁸.

İşçinin çalıştığı iş yerinin tamamının veya bir bölümünün devredilmesi durumunda 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmeleri, tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçecektir. Bir diğer ifadeyle işyerinin devredilmesi birlikte, iş sözleşmesinin yeni tarafı devralan işveren olacaktır. Bu kapsamda da işçinin iş sözleşmesi, işyerinin devri esnasında yahut devirden sonra feshedilmesi durumunda işe iade davasının devralan işverene yönetilmesi gerekmektedir.

İşçinin, asıl işveren - alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalışması durumunda ise açacağı işe iade davasında husumetin hangi işveren/işverenlere yönetilmesi gerektiği hususu da önem arz etmektedir. Asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile olarak kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu olmasına rağmen, asıl işverenin iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı mevcut olmadığı gibi alt işverenin işçisini de işe başlatma gibi bir hakkı ya da yetkisi de söz konusu değildir²⁶⁹. Bu nedenle de alt işverenin işçisinin, işe iade davasının alt işverene karşı ikame etmesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle alt işverenin işçisi işe iade davası asıl işverene karşı açamayacaktır²⁷⁰.

²⁶⁷ Kar, Bektaş: Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarında Uygulanacak Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin, Ankara, 2017, s. 443; Tulukçu, s. 296; Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 290;

²⁶⁸ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 290; Sarıbay, s. 118.

²⁶⁹ Sarıbay, s. 111.

²⁷⁰ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 292; Tulukçu, s. 299.

Belirtilen konuda uzun yıllar boyunca Yargıtay daireleri arasında farklı yönde kararlar tesis edilmektedir. Buna göre Yargıtay 7. ve 22. Hukuk Daireleri tarafından, davacı işçi tarafından asıl işveren – alt işveren arasında muvazaa olduğuna dair bir iddiası olmaması ihtimalinde dahi işverenler arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğundan bahisle davanın hem asıl hem de alt işverene karşı birlikte açılması gerektiğini, davanın sadece tek işverene karşı açıldığında ise davada zorunlu dava arkadaşlığının var olduğundan hareketle diğer işverenin davaya dâhil edilmesi gerektiğini kabul etmekteyken²⁷¹, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacı işçi tarafından asıl işveren ile alt işveren ilişkisi bakımından muvazaa iddiası olmaması durumunda davanın sadece alt işverene karşı ikame edilmesi gerektiğini hüküm altına almaktaydı²⁷².

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 2. maddesinin 15. fıkrasında, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı durumunda, anlaşmanın gerçekleşmesi için her iki işverenin de arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılması ve iradelerinin uyuşması gerektiği düzenlenmiştir. Bahsi geçen maddenin gerekçesinde ise, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin olması durumunda, işe iade davalarına özgü olarak, muvazaa ya da geçersizlik iddiasının olup olmadığına bakılmaksızın davalılar bakımından mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu, hem arabuluculuk başvurusu hem de davanın her iki işverene birlikte açılması yönünde düzenleme yapıldığı belirtilmiştir.

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesinde, arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşılabilmesi halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılacağı belirtilmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu’nun 2. maddesinde, müstakil iş mahkemesinin kurulmadığı yerlerde, iş mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerde bulunan asliye hukuk mahkemesince bakılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu durumda yargılama Asliye hukuk mahkemeleri tarafından iş mahkemesi sıfatıyla yapacaktır. İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde her ne kadar Asliye hukuk mahkemelerinde iş mahkemesi sıfatıyla yargılama yapılacak ise de, davacı tarafından “iş mahkemesi sıfatı” açıklamasıyla dava ikame edilmemiş olması durumunda

²⁷¹ Kar, Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları, s. 446; Yarg. 7. HD, 05.10.2015, E. 2015/15167 K. 2015/18074; Yarg. 22. HD, 10.10.2017, E. 2017/39113 K. 2017/21278; Yarg. 22. HD, 03.07.2018, E. 2018/8456 K. 2018/16695.

²⁷² Yarg. 9. HD, 13.03.2014, E. 2014/5033 K. 2014/8140, Yarg. 9. HD, 20.09.2017, E. 2016/19135 K. 2017/13760; Yarg. 9. HD, 15.06.2016, E. 2016/17156 K. 2016/14403.

mahkeme görevsizlik karar verilmeyerek tesis edilecek ara kararla iş mahkemesi sıfatıyla yargılamaya devam edileceği belirtilerek davayı görmeyi devam edecektir²⁷³. İş mahkemesinin yargı çevresinde bulunan bir yerde, davanın iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde açılması durumunda Mahkemece görevsizlik değil yetkisizlik kararı vermesi gerekmektedir.

İş mahkemelerinde yetki kuralları ise 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiş olup söz konusu düzenlemede, davanın açıldığı tarih itibarıyla davalının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesinde veya işçinin işini ifa ettiği, işçinin işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu düzenlenmiştir. Böylece, kanunumuz iş mahkemelerinin yetkisi bakımından seçimlik yetki kuralı getirmiştir. Mezkûr kanun düzenlemesi açıkça ikametgâh ve iş yeri kavramları hakkında herhangi bir düzenleme yapmadığından ikametgâh kavramının genel düzenleme niteliğindeki Medeni Kanun hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 19. maddesine göre gerçek kişiler bakımından ikametgâh bir kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olup aynı kanunun 51. maddesinde ise tüzel kişilerinin işlerinin yönetildiği yer, yerleşim yeri olarak kabul edilmiştir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6. maddesinin 5. fıkrasında *“bu madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmeleri geçersizdir”* yönünde açık düzenlemeye yer verilerek, İş Mahkemeleri bakımından yetki sözleşmelerinin geçersiz olduğunu açık ve net şekilde hüküm altına almıştır. Bu düzenleme ile hem kanunda yer alan yetkili mahkemelerinin yerine başka mahkemelerin yetkili kılınmasını hem de kanunda belirtilen yerlere ilaveten başkaca yerlerin yetkili kılınmasının engellendiği kabul edilmiştir. Bu nedenle de, İş Mahkemelerinin yetkisi kesin yetki olup yetki kuralları kamu düzeninden sayılmaktadır²⁷⁴. Bu nedenledir ki, iş mahkemelerin de açılan davada yetki itirazı ilk itiraz olarak değerlendirilememekte taraflarca her aşamada yetki itirazını ileri sürülebileceği gibi mahkeme tarafından da bu hususun yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetilmesi gerekmektedir. İşe iade davasının süresi içerisinde yetkisiz mahkemede açılması durumunda, dava açma süresi, yetkisizlik kararının ardından dosyanın yetkili

²⁷³ Sarıbay, s. 120; Yarg. 9. HD 30.06.2016, E. 2015/4601 K. 2016/15773.

²⁷⁴ Köme Akpulat, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 200, Yarg. HGK, 17.02.2010, E. 2010/9-52 K. 2010/89.

mahkemeye gönderilmesi durumunda korunmuş olacaktır. Bu nedenle dava dosyasının dava açma süresinin geçmesinin ardından yetkisizlik/görevsizlik kararı verilerek görevli/yetkili mahkemeye gönderilmiş olması davacı işçinin hak kaybına sebebiyet vermeyecektir²⁷⁵.

C. Dava Açma Süresi

İş Kanunu'nun 20. maddesine göre, işe iade davası, anlaşamamaya ilişkin arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde açılabilir. Bahsi geçen iki haftalık süre, arabuluculuğa başvuru süresinde olduğu gibi hak düşürücü süre olup tarafların bu konuda herhangi bir itirazı olmasa dahi mahkemece resen nazara alınacaktır. İlgili sürenin hak düşürücü süre olması hasebiyle de, bu sürenin zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi durması yahut kesilmesi mümkün değildir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, dava açan işçinin, dava dilekçesine arabuluculuk son tutanağının aslını ya da arabulucu tarafından onaylanmış örneğini eklemek zorundadır. Davacı tarafından, dava dilekçesinin ekinde bu belgeyi sunmaması durumunda Mahkeme tarafından, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde sunulması için ihtar göndermesi gerekmektedir. Davacının bu ihtarın gereği yerine getirilmemesi durumunda ise davanın usulden reddine karar verilecektir. Yine davacı işçinin, arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açtığı anlaşıldığında herhangi bir işlem yapılmaksızın dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verilecektir. Mahkemece, dava şartı arabuluculuk başvurusu yapılmaksızın davanın açıldığını tespit etmesi durumunda davacı işçiye, dava şartını tamamlaması yani arabuluculuk başvurusu yapması için süre vermesi mümkün olmayıp davanın usulden reddine karar vermesi gerekmektedir²⁷⁶.

İş Kanunumuzda, işçinin arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açması durumuna ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Zira işçinin, arabuluculuğa başvurmaksızın doğrudan doğruya dava açması durumunda, mahkemece bu durumun tespit edilerek davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar vermesine kadar geçecek sürede bir aylık başvurusu süresinin dolması ihtimali ortaya çıkmaktadır. İşte bu

²⁷⁵ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 299.

²⁷⁶ Centel, İş Güvencesi, s. 167; Narmanlıoğlu, Yeni Çerçevesi, s. 16.

durumunda hak kayıplarını önlemek isteyen kanun koyucu, hükme uyum sağlanması amacıyla işe iade davalarına özgü olarak 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde, arabulucuya başvurmadan doğrudan dava açılması halinde davanın reddine karar verilmesinin ardından, kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde arabuluculuk başvurusu yapılabileceği düzenlenmiştir.

İş Kanununda her ne kadar, dava açma süresinin başlangıcının, arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren başlayacağı belirtilmişse de, doktrinde bazı yazarlar tarafından kanunda belirtilen “son tutanağın düzenlendiği tarih” olarak belirtilen ifadenin “son tutanağın işçiye tebliği tarihi” olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁷⁷. Yine benzer şekilde, kanunda yer alan düzenlemenin değiştirilerek özellikle arabuluculuk son tutanağın işçinin yokluğunda düzenlenmiş olması halinde işe iade davası açma süresinin tutanağın tebliğinden itibaren başlamasının uygun olduğu da ileri sürülmektedir²⁷⁸. Belirtilen sebeplerle, arabuluculuk görüşmelerinin ve son tutanağının düzenlenmesinin yüz yüze yapılması durumunda tutanağın düzenlendiği tarihte, arabuluculuk görüşmelerin telekonferansla yapılması durumunda tutanakta imzaların tamamlandığı, tarafların yokluğunda düzenlenen tutanaklar bakımından ise tebliğden itibaren sürenin başlaması gerektiği de ifade edilmektedir²⁷⁹.

D. Yargılama Usulü ve Kanun Yolu

İşe iade davasını düzenleyen İş Kanunu'nun 20. maddesinin ilk halinde, işe iade davasının, “seri muhakeme usulüne” göre yürütüleceği belirtilmişti. Ancak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğü giren HMK'da, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer verilen sözlü yargılama usulü ve seri yargılama usulü türlerine yer verilmemiştir. Bu nedenle de HMK 447. maddesinde, diğer kanunlarda sözlü yargılama ya da seri yargılama usulüne atıf yapılan hallerde, basit yargılama usulü hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca yine HMK 316. maddede “*hizmet ilişkisinden doğan davaların*” basit yargılama usulüne tabi olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu çerçevede gerek HMK'nın

²⁷⁷ Narmanlıoğlu, Yeni Çerçevesi, s. 17.

²⁷⁸ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 556.

²⁷⁹ Kar, s. 392, Ankara BAM 5. HD, 17.10.2019, E. 2019/2537 K. 2019/2413, Ankara BAM 7. HD, 09.10.2019, E. 2019/2557, K. 2019/2526 “arabuluculuk görüşmesinin telekonferans yoluyla yapıldığı ve anlaşmama ile sonuçlandığı halde iki haftalık dava süresi davacı vekiline son tutanağın gönderildiği tarihten itibaren başlar”; Ankara BAM 6. HD, 02.10.2019, E. 2019/2389 K. 2019/2073 “arabuluculuk görüşmesinin telekonferans yöntemi ile yapılması halinde imza eksiğinin tamamlanmasının ardından arabuluculuk sürecinin sonlandırılması üzerine, işe iadeye dair iki haftalık dava açma süresi, başvuran tarafın öğrendiği tarihten başlar”.

447. maddesinin yaptığı atıf gerekse de 316. maddede yapılan düzenleme neticesinde işe iade davalarında basit yargılama usulünün uygulanacağı kabul edilmekteydi ²⁸⁰.

İş Mahkemeleri Kanunu, HMK düzenlemelerini de dikkate alarak, 7. maddesinde iş mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanacağını açıklığa kavuşturarak usul kanunundaki düzenlemeyle İş Kanununda yer alan bu farklılığı sona erdirmiştir. Müstakil İş mahkemesinin kurulmayan mahallerde, İş mahkemesi sıfatıyla yargılama yapacak olan Asliye hukuk mahkemesince de basit yargılama usulü uygulanacaktır.

İş Kanunu’nun 20. maddesinin ilk halinde, işe iade davalarının iki aylık süre içerisinde sonuçlandırılacağı, temyiz incelemesinin ise Yargıtay tarafından bir ay içinde karara bağlanacağı hususu hüküm altına alınmıştı. Kanun koyucu bu yönde bir düzenleme yaparak işe iade davalarının mahiyetini de dikkate alarak taraflar arasındaki iş ilişkisinin uzunca bir süre muallakta kalmasına engel olmak için bu davaların oldukça kısa bir sürede sonuçlanmasını hedeflemişti²⁸¹. Ancak uygulamamızda kanunda yer alan süreler içinde davanın sonlandırılması mümkün olmamış hatta 4857 sayılı Kanuna göre yerel mahkemece hüküm verilme süresi olan iki aylık zaman zarfında ancak dilekçelerin teatisi ve ön inceleme aşamasının tamamlandığı görülmüştür. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün 2022 verilerinde²⁸² iş mahkemelerinde görülen davaların yerel mahkeme aşamasında ortalama karar verme süresinin beş yüz kırk dört gün olduğu hususu da nazara alındığında kanunda belirtilen sürede davanın sonuçlanmasının mümkün olmadığı bir kez daha gözler önüne serilmiştir.

Kanunda yer alan sürelerle uygulamada mahkemelerce riayet edilmesinin mümkün olmaması, kanun düzenlemesine mahkemelerce dahi uyulmadığı yönünde ortaya çıkan ve bireylerin yargı organına karşı güvenini zedeleyen fiili durumun sona ermesi amacıyla bu konuda kanun değişikliği yapılmıştır. Kanun koyucu tarafından 7036 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle, 4857 sayılı Kanun’un 20. maddesinin 3. fıkrasındaki “davanın iki ayda sonuçlandırılacağı, kararın temyizi halinde Yargıtay’ın bir ay içerisinde

²⁸⁰ Narmanlıoğlu, İş İlişkileri, s. 520; Süzek, İş Hukuku, s. 633; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 410; Kaplan Senyen, s. 221; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 203.

²⁸¹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 414.

²⁸² <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>.

kesin olarak karar vereceğine dair” hüküm “*dava ivedilikle sonuçlandırılır*” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece İş Kanununda işe iade davalarının ne kadar bir zamanda kesinleşeceğine dair uygulamayla bağdaşmayan süre düzenlemesi kaldırılarak genel bir ifadeye yer verilmiştir.

İşe iade davalarının 7036 sayılı Kanun’un 11. maddesi yürürlüğe girmeden önceki dönemde kanunda belirtilen sürede yahut yürürlükteki mevzuattaki düzenlemede ifade edildiği gibi “ivedilikle” sona ermemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verip vermediği hususunun da üzerinde durulması gerekmektedir. AİHM içtihatlarına göre, yargılamanın makul sürede olup olmadığı her olayın ve tarafların kendilerine özgü şartları olmasından ötürü, her bir olay birbirinden bağımsız olarak değerlendirilecektir. Bir diğer ifadeyle, AİHM makul yargılanma süresiyle ilgili önceden belirlemiş olduğu mutlak bir süre söz konusu değildir. İşe iade davasının makul sürede sonuçlanmadığı iddiasıyla AİHM’ye 2007 yılında yapılan bireysel başvuru neticesinde AİHM’in 2010 yılında bu konudaki emsal niteliğindeki, yargılamanın bir yıl beş ay sürmesini makul olarak değerlendirmiş ve İş Kanunu’nun 20. maddesinde öngörülen süreleri makul süre garantisi içinde değerlendirmeyerek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur²⁸³. Bu karardan görüleceği üzere AİHM, iç hukukta öngörülen sürenin düzenleyici nitelikte olduğunu, bu sürelerin aşılmış olmasının tek başına, başvuranların Sözleşme kapsamındaki makul sürede yargılanma haklarını ihlal etmeyeceğini kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, işe iade davalarının makul sürede sonlandırılmadığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda, makul sürenin her bir başvuru açısından başvuru özeline göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak tüm başvurular için geçerli olan bir takım somut ölçüler olduğu da ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihatlarını da nazara alarak, başvuruya konu olayın, bu davada uygulanacak olan hükümlerin karmaşık olup olmadığı, yargılama boyunca tarafların tutum ve davranışları ile gereken dikkat ve özeni gösterip göstermedikleri, mahkeme ve diğer devlet organlarına atfı kabil yapısal sorunlar ve eksikliğin olup olmadığı, yargılamanın hızlı

²⁸³ Er/ Dursun, s. 413; AİHM, Çalık/Türkiye, B. No: 3675/07, 31/8/2010; benzer karar, Dildirim/Türkiye, B. No: 42927/10, 12/3/2013.

bitirilmesi için gereken özenin gösterilip gösterilmediği, davanın niteliği gibi çok sayıda unsuru bir bütün olarak değerlendirilmektedir²⁸⁴.

Anayasa Mahkemesinin, işe iade davalarının makul sürede tamamlanmadığı yönünde yapılan bireysel başvurulara ilişkin kararları incelendiğinde üç yıl beş ay, iki yıl dokuz ay, üç yıl dokuz ay, üç yıl dört ay, üç yıl üç ay gibi sürelerde sonuçlanan işe iade davalarında başvurucunun makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar verirken, iki yıl bir ay süren yargılamanın makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.²⁸⁵

7036 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklik öncesinde, işe iade davaları bakımından Yargıtay tarafından verilen kararların kesin nitelikte olduğuna dair bir düzenleme mevcuttu. Bu düzenlemeye göre Yargıtay tarafından verilen kararın kesin nitelikte olmasından kasıt, Yargıtay’ca temyiz incelemesi sonunda ya yerel mahkeme kararının onanması ya da yerel mahkemenin kararını ortadan kaldırarak yeni bir yargılamaya ve incelemeye gerek duyulmayacak tarzda esas hakkında kesin nitelikte hüküm vermesidir. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın işe iade davası dışında, yerel mahkeme kararının kaldırıp esas hakkında yeniden hüküm tesis ettiği başkaca bir dava türü mevcut değildi. İş Kanunu’nun 20. maddesinin ilk halinde, Yargıtay’ın yerel mahkemenin vermiş olduğu kararı ortadan kaldırarak esas hakkında kesin olacak şekilde karar vermesinin adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verildiği gerekçesiyle Anayasa mahkemesine yapılan bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesi “... işçinin korunması ve mağduriyetinin önlenmesi için işe iade davalarının kısa sürede bitirilmesi gerektiği, bu nedenle davanın daha hızlı sonuçlanması için özel düzenlemeler yapabileceği, temyiz incelemesiyle hukuka aykırılığının tespit edilmesi durumunda dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine yönelik bir zorunluluk

²⁸⁴ AYM, Nesrin Kılıç Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/772, Karar Tarihi: 7/11/2013.

²⁸⁵ AYM, 2013/342 Başvuru Numarası: 17/11/2014 tarihli Zeynel Abit Yavuz Başvurusunda 3 yıl 9 ay süren yargılamayı, AYM, 2013/1021 Başvuru Numarası: 17/11/2014 tarihli Rami Vatandaş Başvurusunda 5 yıl 1 ay süren yargılamayı, AYM, 2013/1326 Başvuru Numarası: 17/07/2014 tarihli, Osman Geçer Başvurusunda 3 yıl 4 ay süren yargılamayı, AYM 2014/6325 Başvuru Numarası: 29/06/2016 tarihli İdris Timur Başvurusunda 2 yıl 9 ay süren yargılamayı, AYM, 2013/2364 Başvuru Numarası: 07/03/2014 tarihli Aysun Toka Başvurusunda 3 yıl 3 ay süren yargılamayı makul sürede yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verdiğini belirtirken; AYM, 2013/2929 Başvuru Numarası: 18/09/2014 tarihli Ali Osman Bayrak Başvurusunda 23 ay devam eden yargılamanın, makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.

olmadığından yasal düzenlemenin adil yargılanma hakkını ihlal etmediği” belirtilmiştir²⁸⁶.

Ülkemizde Bölge Adliye Mahkemelerinin 20.07.2016 tarihi itibarıyla faaliyete geçmesiyle HMK’nın 341/5 hükmü kapsamında *“kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay’a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir”* hükmü neticesinde işe iade davaları önce istinaf kanun yoluna, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği bir hukuki durum ortaya çıkmıştır. Böylece işe iade davaları, hem istinaf hem de temyize tabi hale gelmişti.

Ancak 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren İş Mahkemeleri Kanununda, işe iade davalarının istinaf ve ayrıca temyiz kanun yoluna tabi olmasının, işe iade davalarının niteliğine uygun düşmeyerek yargısal sürecin uzamasına sebebiyet vereceği, iş ilişkisinin özellikleri nazara alınarak davanın daha kısa sürede kesinleşmesinde fayda olduğu, Yargıtay’ın iş yükünün azaltılması gerektiği gerekçeleriyle işe iade davaları için özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda 7036 sayılı kanunun 8. maddesinde, 4857 sayılı Kanunu’nun 20. maddesi uyarınca açılan ve fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 7036 sayılı Kanunun 11. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesine değişiklik yapılarak işe iade davaları hakkındaki kararlara karşı yapılan istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemelerinin ivedilikle ve kesin olarak karar vereceği hüküm altına alınmıştır. Böylece mezkûr değişiklikler neticesinde, işe iade davalarında yerel mahkemece tesis edilen kararlara karşı sadece istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün olup bu kararlara karşı temyiz yolu kapalıdır.

Basın İş Kanunu m.6/son’da yer verilen *“İş Kanununun 18., 19., 20., 21. ve 29 maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır”* hükmü nedeniyle Basın İş Kanunu

²⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, 17.11.2014, başvuru numarası 2013/342, Zeynel Abit Yavuz Başvurusu.

çerçevesinde açılan işe iade davaları bakımında da Bölge Adliye Mahkemesinin verdiği kararlara kesin nitelikte olup temyize tabi değildir²⁸⁷.

İş Kanunu'nun 20. maddesi ile İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11. maddesinde, işe iade davaları bakımından Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının kesin nitelikte olduğu belirtilmişse de, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanununun 25. maddesi kapsamında açılan işe iade davaları bakımından özel bir düzenleme öngörülmemesi çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir²⁸⁸. Bu çerçevede, 6356 sayılı Kanunda düzenlenen işe iade davalarının, Anayasal nitelikteki sendika hakkının ve sendikal özgürlüğünü korumayı amaçladığından klasik anlamda İş Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen işe iade davası olarak kabulünün mümkün olmadığı, 7036 sayılı Kanunda açıkça 6356 sayılı Kanun çerçevesinde açılan işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşeceğine dair düzenlemeye yer verilmediğinden usul hukukuna ilişkin kanunun emredici, sınırlayıcı ve istisnai düzenlemesinin yorum yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığı gerekçeleriyle sendikal nedene dayanan işe iade davalarının temyize tabi olması gerektiği ileri sürülmektedir²⁸⁹. Yargıtay, "İş Mahkemeleri Kanununu 8. maddesinde 6356 sayılı Kanunun 25. maddesine açıkça atıf yapılmamasının sebebinin, ilgili kanunda yer alan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işçinin açacağı davanın İş Kanunu'nun 20. maddesi ile bağlantılanmış olduğu, bir diğer ifadeyle 6356 sayılı kanun kapsamında açılan işe iade davasının da esasında İş Kanununda düzenlenen işe iade davasından farklı bir dava olmadığından İş Mahkemeleri kanununda özel bir açıklamaya yer verilmesine gerek olmadığı gerekçeleriyle sendikal sebeple yapılan fesihler bakımından da İş Mahkeme Kanunun 8. maddesi hükümlerinin uygulanarak temyize tabi olmadığı kabul edilmektedir²⁹⁰.

Belirtmek gerekir ki, işe iade davaları neticesinde verilen kararların temyiz denetimden geçmemesinin, bir diğer deyişle işe iade gibi iş hukukumuzda oldukça önemli bir dava türünün tamamen Yargıtay denetimi dışında kalmasının içtihat oluşumu ve yeknesak bir hukuk uygulamasının sağlanması bakımından bir takım sorunlar

²⁸⁷ Özkaraca, Ercüment/ Özkan, Sema Deniz : Sendikal Nedene Dayanan İşe İade Davalarında Kanun Yolu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 41, 2019, s. 51.

²⁸⁸ Özkaraca/Özkan, s. 37.

²⁸⁹ Özkaraca/Özkan, s. 59.

²⁹⁰ Yarg. 9. HD, 04.09.2018, E. 2018/7335 K. 2018/15060; Yarg. 22. HD, 15.01.2019, E. 2018/16305 K. 2019/945; Yarg. 22. HD, 15.1.2019, E. 2018/16354 K. 2019/944.

doğurabilme ihtimali söz konusudur. Zira iş güvencesinin yürürlüğe girdiği 2003 yılından bu yana Yargıtay dairelerinin geçerli fesih nedenlerinin değerlendirilmesinde birbiriyle uyumlu ve müstakar kararlar vermediği hukuk uygulamamızda, çok sayıda Bölge Adliye Mahkemesinin olduğu ülkemizde işe iade davalarının temyize tabi olmamasının yeknesaklığa engel olacağı ifade edilmektedir²⁹¹. Gerçekten de ülkemizde hali hazırda faaliyette bulunan on beş Bölge Adliye Mahkemesinde toplam elli altı Hukuk Dairesi tarafından iş hukukundan doğan davaların istinaf incelemesinin yapılıyor olması, verilen kararların temyize tabi olmaması içtihat birliğinin sağlanamamasına, benzer konularda farklı kararların ortaya çıkmasına sebebiyet vermekte olup bu sebeple uygulamamızda Anayasa Mahkemesine çok sayıda bireysel başvuru yapıldığı görülmektedir. Yargıtay tarafından her ne kadar 5235 sayılı kanunun 35. maddesi doğrultusunda Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlıkları giderme imkânı mevcutsa da, ilgili kanun düzenlemesi tek başına Bölge Adliye Mahkemesinin kararları arasındaki farklılıkları gidermeye yetmediği, işe iade davaları bakımından Yargıtay'ın iş hukukunu içtihatlarla geliştirme fonksiyonunu da zedelediği bilinmektedir. Yine işe iade davalarının temyiz yolunun kapatılmasının gerekçesi, Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması, yargılamanın hızlanması olarak belirtilmişse de bu amaçlar, kanun yoluna başvuru hakkına sınırlama getirilmesine makul bir gerekçe oluşturmayacağı da açıktır²⁹². Bu sebeplerle, işe iade davaları bakımından temyiz kanun yolunun açılmasının daha uygun olacağını söylemek mümkündür²⁹³.

E. İşe İade Talebi ile Birlikte veya Terditli olarak Diğer Taleplerinin İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Hususu

Terditli dava, davacının biri asli diğeri de fer'i nitelikte birden fazla farklı talepte bulunduğu dava çeşididir. Bu dava türünde davacı öncelikle asli nitelikteki talebinin kabulünü talep ederken, bu talebinin kabul edilmemesi halinde ise mahkemece diğer talebinin incelenerek karara bağlanmasını istemektedir²⁹⁴. Terditli davanın ikame

²⁹¹ Özkes, Muhammet/ Atalı, Murat : 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme Ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, Oniki Levha Yayınevi, Temmuz 2018, s. 75; Ekmekçi, Ömer : Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, Oniki Levha Yayınevi, Temmuz 2018, s. 18.

²⁹² Özkaraca/ Özkan, s. 47.

²⁹³ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s. 561; Özkes/ Atalı, s. 17.

²⁹⁴ Kuru, Baki : İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 154.

edilebilmesi için, birbirinden farklı bu talepler arasında hukuki veya ekonomik bağlantının bulunması gerektiği 6100 sayılı HMK'nın 111. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Mahkemece, davacının asli talebi hakkında esastan red kararı verilmediği müddetçe, doğrudan fer'î talebini inceleyip bu konuda hüküm tesis etmesi mümkün değildir.

İşçi tarafından, işe iade davasıyla birlikte terditli olarak dava yani dava dilekçesinde asli talep olarak işe iade, bu talebin reddi halinde ise feshe bağlı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacaklarının tahsili isteminde bulunulup bulunulmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. İleri sürülen görüşlerden ilki her iki davanın açılma amacının farklı olduğu, işe iade davasının amacının iş sözleşmesinin devamını sağlamak iken, kıdem ve ihbar tazminatı gibi alacakların talebinde iş sözleşmesinin feshinin kabul edildiği belirtilmiş, bu nedenle de her iki taleplerin aynı davada istenmeyeceği yönündedir²⁹⁵. Bu yöndeki aynı görüşe farklı gerekçeyle ulaşan başka bir yazar ise, kayıt dışılıktan dolayı feshe bağlı alacakların belirlenmesinin tanık dinlenmesi, ücret araştırması yapılması, bilirkişi raporu aldırılması gibi uygulamada davaları oldukça uzatacağı, niteliği itibarıyla ivedi şekilde çözülmesi gereken işe iade davalarıyla yargılama usulü farklı olan feshe bağlı alacakların terditli olarak talep edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmekteydi²⁹⁶. Aksi yönde ileri sürülen görüş ise, terditli dava olarak açılmayacağını kabul eden görüşteki farklı yargılama usullerinin aynı davada görülemeyeceği değerlendirilmesinin hatalı olduğu zira farklı yargılama usulünden anlaşılması gerekenin farklı yargı kolu olduğu, aynı yargı kolunda farklı yargılama usullerine tabii davaların görülebileceği, bu nedenle kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı gibi taleplerin de işe iade davalarıyla beraber terditli açılabilmesi bunun usul ekonomisine uygun olduğu savunulmuştur²⁹⁷. Yargıtay, HMK'nın yürürlüğe girmesinden öncesindeki dönemde işe iade davasında seri yargılama usulünün, diğer talepler bakımından ise basit yargılama usulünün uygulanacağını,

²⁹⁵ Ertekin Özkan : İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, 2017, Nisan, 2. Baskı, s. 201.

²⁹⁶ Ekmekçi, Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları, s. 137.

²⁹⁷ Ertürk, Şükran : İşe İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yaratdığı Sorunlar, Legal İSGHD, 2009/23, s. 946-947; Güzel, Yasal Esasların Değerlendirilmesi, s. 102.

dolayısıyla bu durumda yargılama usulü farklı olan taleplerin terditli olarak aynı davada istenemeyeceği görüşündeydi²⁹⁸.

HMK'nın yürürlüğe girmesiyle, seri yargılama usulü kaldırılarak, gerek işe iade gerekse de işçilik alacaklarından doğan davalar aynı yargılama usulü olan basit yargılama usulüne tabi kılınmıştır. Bu nedenle de, doktrinde ileri sürülen ve Yargıtay tarafından da kabul edilen farklı yargılama usullerinin davaların terditli açılmasına engel olacağına dair görüşü temelsiz kalmıştır. Ancak doktrinde, yapılan bu kanun değişikliğinin, işçilik alacaklarını konu alan davayla işe iade davasının birlikte görülmesi bakımından yeterli olmadığı, davaların birlikte görülmesindeki temel engelin işe iade sisteminin yapısından ötürü davanın sonuçlarının başlangıçta kesin olarak öngörülmediği zira işe iade kararının kesinleşmesinin ardından işçinin davranışlarının önem arz ettiği, mahkemece şarta bağlı hüküm verilmesinin mümkün olmadığı, yine mahkemece işçinin işe iade yönündeki asli talep açısından davanın reddiyle feshin geçersiz olduğuna karar vererek diğer talepler bakımından hüküm kurması ancak bu kararın bozularak feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde sorunu güç, karmaşık ve zahmetli bir takım yeni sorunların ortaya çıkacağını gerekçeleriyle davaların bir arada yürütülmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir²⁹⁹. Buna karşın işe iade talebiyle, feshe bağlı alacakların terditli olarak ileri sürülmesinde herhangi bir engel olmadığı da ifade edilmektedir³⁰⁰.

İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen zamana ait ücretin, dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplanacaktır. Bu kapsamda, işe iade davasında, işe iadenin mali sonuçları bakımından dava tarihindeki ücretin mahkemece belirlenmesi şarttır. Yine işe iade davasında, feshin geçerli olup olmadığı, bir diğer deyişle feshin niteliği de yargılamayla belli olacaktır. Kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı bakımından da mahkemece feshin niteliği (haklı- haksız, geçerli- geçersiz) tespit olunacağı gibi ilgili alacakların hesaplanması için fesih tarihindeki ücretin de araştırması yapılacaktır. Görüleceği üzere, Mahkemece, işe iade davası ile kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı bakımından aynı yargılama usulüne tabi olarak aynı şekilde tahkikat yapacaktır. Diğer taraftan, bu taleplerin terditli olarak ileri sürülmesi durumunda

²⁹⁸ Yarg. 9. HD, 26.01.2005, E. 2004/28416 K. 2005/1498; Yarg. 7. HD, 19.02.2014, E. 2013/20398 K. 2014/4161.

²⁹⁹ Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 107-108.

³⁰⁰ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 563; Özkan, Yavuz/Aydın, Fatih : İşe İade Davası ile İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 45, 2021, s. 180.

mahkemece işe iade davasının kabul edilmesi halinde, terditli talep olan kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı bakımından herhangi bir karar verilmeyecek, asli talep olan işe iade davasının reddi halinde ise fer'i talepler hakkında karar verilecektir. Böylece, işe iade talebiyle birlikte terditli olarak feshe bağlı alacakların talep edilmesinde hukuken bir engel olmadığı gibi usul ekonomisi bakımından da işçi lehine durum olduğu ortadadır. Belirtilen nedenlerle, işe iade talebiyle terditli olarak feshe bağlı alacaklar talep edilebilir düşüncesindeyiz.

HMK döneminde de Yargıtay, feshin kesinleşmesine bağlı olan kıdem ve ihbar alacaklarının terditli olarak istenemeyeceğini davaların tefriki kararı verilmesi gerektiğini karar bağlamıştır³⁰¹. Bu durumda işe iade talebi ile terditli talep edilen feshe bağlı alacaklar tefrik edilerek, feshe bağlı alacak niteliğinde olan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti talebine ilişkin davanın, işe iade davasını bekletici mesele yaparak karar verilmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkemenin kıdem ve ihbar tazminatı dışında, feshe bağlı olan kötü niyet tazminatı yönünden terditli davanın konusu olabileceğini kabul etmiştir³⁰².

Uygulamada, işe iade davasının ve kıdem tazminatı, ihbar tazminatı alacağına ilişkin davanın ayrı ayrı açıldığı da görülmektedir. Bu durumda Yargıtay, işe iade davasının bekletici mesele yapılması gerektiği, işe iade davasının reddedilip kararın kesinleşmesi durumunda, mahkeme kararı çerçevesinde yapılan feshin haklı ya da geçerli olduğunun tespit edilmiş olacağı, işe iade davasının kabulü halinde ise kararın kesinleşmesinin ardından işçinin davranışlarına göre kıdem ve ihbar tazminatı talebinin değerlendirileceği belirtilmektedir. Zira işe iade davasının kabulü halinde, işçinin başvurusunun ardından işverene işe başlatılması durumunda fesih ortadan kalkacağından, kıdem ve ihbar tazminatının reddedileceği, işçinin işe başlamak için başvuruda bulunmaması durumunda ise fesih geçerli hale geleceğinden davaya devam edileceği kabul edilmiştir³⁰³.

³⁰¹ Yarg. 9. HD, 07.06.2012, E. 2012/12047 K. 2012/22762; Yarg. 22. HD, 24.01.2017, E. 2017/617 K. 2017/948.

³⁰² Yarg. 9. HD, 29.11.2016, E. 2015/36352 K. 2016/21310.

³⁰³ Yarg. 9. HD, 02.06.2021, E. 2021/5665 K. 2021/9809; Yarg. 9. HD, 02.06.2021, E. 2021/5668 K. 2021/9807; Sakarya BAM 11. HD, 16.12.2020, E. 2020/133 K. 2020/534; İzmir BAM 17. HD, 29.09.2022, E. 2019/1605 K. 2022/1488; İstanbul BAM 32. HD, 06.03.2019, E. 2017/1484 K. 2019/444.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, işe iade talebi ile doğumu feshe bağlı olmayan fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, UBGİT ücreti gibi alacakların terditli olarak talep edilmesi mümkün değildir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre terditli dava açılabilmesi için talepler arasında ekonomik yahut hukuki bağlantının varlığı gerekmekte olup bu çerçevede, feshe bağlı olmayan alacaklar ile işe iade davası arasındaki hukuki ya da ekonomik menfaat yoktur³⁰⁴.

İşçi tarafından feshe bağlı niteliği bulunmayan işçilik alacakları olan fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ve hafta tatili ücreti alacaklarının, işe iade davasıyla birlikte objektif dava yığılması yöntemiyle işe iade davası ile birlikte dava edilebileceği kanaatindeyiz. Zira 7036 sayılı kanun ile yapılan değişik neticesinde mahkemece işe iade davasında, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen zamana ait ücreti işçinin fesih tarihindeki ücreti üzerinden meblağ olarak hüküm altına alması gerekmektedir. Bu nedenle mahkemece yargılama sürecinde davacı işçinin aylık ücret tutarını tespit etmesi, ücret miktarında ihtilafın olması durumunda bu konuda tanık dinlemesi, banka kayıtlarının celp edilmesi, emsal ücret araştırması yapması gerecektir, bu araştırma aynı zamanda davacının hak etmiş olduğu feshe bağlı olmayan ücret alacaklarının da belirlenmesine imkân sağlayacağı ortadadır. İşçinin işe iade davasıyla birlikte feshe bağlı olmayan ücret alacaklarının da tahsili talep edebilmesi yargılamayı uzatan, sürünceme bırakan talep olarak değerlendirmesi de mümkün olmaması, her iki davanın aynı yargılama usulüne tabi olması, mezkûr alacakların doğmasının birbirine bağlı olmaması da bu görüşümüzün dayanaklarındandır.

Ayrıca gerek öğretide ve gerekse de Yargıtay uygulamasında işe iade davasının ıslah edilerek alacak davasına ya da alacak davasının ıslah yoluyla işe iade davasına dönüştürülebileceği genel olarak kabul edilmektedir³⁰⁵. İşçilik davası olarak ikame edilen davanın ıslah yoluyla işe iade davasına dönüştürülmesi durumunda dava şartı arabuluculuk başvurusunun ve hak düşürücü sürelerin göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu durumda hem arabuluculuğa başvuru hem de ıslah tarihinin hak düşürücü sürelerin içerisinde olması gerektiği zira ıslah müessesinin hak düşürücü

³⁰⁴ Özkan/ Aydın, s. 172.

³⁰⁵ Yarg. 9. HD, 05.03.2007, E. 2006/34954 K. 2007/5758.

sürelerin bertaraf edilmesine sebebiyet vermesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir³⁰⁶.

F. İspat Yükü

Hukuk yargılamasında çekişmeli olan vakıaların, yargılamanın hangi süjesi tarafından ispat edilmesi gerektiğini belirleyen kurallara ispat yükü kuralları denir³⁰⁷. Yargılamada taraflarca ileri sürülen ve hüküm bakımından önem taşıyan çekişmeli hususların kim tarafından ispatının gerektiği, hangi tarafın iddiasının gerçekliğini ispatlamak zorunda kaldığının tespiti ispat yükünün konusunu oluşturmaktadır. Bir diğer deyişle ispat yükü iddianın veya savunmalara dayanak vakıalarının ispat edilememesi halinde hâkimin aleyhe karar verme rizikosuna kimin katlanacağını belirlemektedir³⁰⁸. Böylece yargılama neticesinde hâkim, olayın ispat edilememesi halinde, ispat yükü üzerine düşen taraf iddiasını ispat edemediğinden, tarafın aleyhine hüküm tesis etme durumunda kalacaktır³⁰⁹.

İspat yükü, öncelikle TMK'nın 6. maddesinde ve HMK'nın 190. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde *“kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkının dayandığı, olguların varlığını ispatla yükümlüdür”* demek suretiyle düzenleme yapılırken, HMK 190. maddesinde ise mezkûr düzenlemeyi tamamlayıcı ve açıklayıcı mahiyette hüküm getirilerek *“iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait”* olduğunu açık bir şekilde hüküm altına almıştır. Söz konusu her iki kanuni düzenleme bir arada değerlendirildiği takdirde ispat yükünün belirlenmesinde önemli olan hususun vakıanın kim tarafından ileri sürüldüğü değil, ileri sürülen vakıanın hangi tarafın menfaatine yönelik olduğu hususudur³¹⁰. Bu sebeple ispat yükünün belirlenmesinde tarafların sıfatlarının doğrudan etkisinin olduğu söylenemeyecektir. Zira bazı durumlarda ispat yükü davacı da yanda iken bazı durumlarda bu yük davalının üzerindedir. Fiili

³⁰⁶ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 565.

³⁰⁷ Kuru, s. 320; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 387.

³⁰⁸ Tanrıver, Süha : Medeni Usul Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 777.

³⁰⁹ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 387.

³¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 387.

uygulamada ise genellikle kendi lehine sonuç doğuracak iddiaları ileri süren taraf davacı yan olduğundan, ispat yükü öncelikle davacıya düşmektedir³¹¹.

İspat yükünün belirlenmesinde genel kural her ne kadar yukarıda ifade etmiş olduğumuz şekilde de olsa yine kanun koyucu ispat yükünün belirlenmesinde istisnaların, ayırık düzenlemelerin olduğunu vurgulamak maksadıyla ispat yüküne ait genel kuralın ancak kanunda özel bir düzenleme bulunmadığı müddetçe uygulanabileceğini belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki, ispat yüküne kanun ile getirilebilecek özel düzenlemeler usule hukukuna ilişkin mevzuatımızda olabileceği gibi maddi hukuka ilişkin mevzuatımızda da olabilecektir.

Ülkemizin de taraf olduğu 158 sayılı Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının ispatı noktasında temel ispat rejimini değiştirir nitelikte düzenlemeye yer verilerek “*geçerli bir nedeninin bulunduğunu ispat yükü işverene ait olduğu*” hüküm altına alınmıştır. Gerçekten de İş Kanunu'nun 20. maddesinde “*feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir*” demek suretiyle ispat yükü bakımından işe iade davalarına özgü ayırık bir durum oluşturarak işe iade davalarında ispat yükünün davalı işverende olduğunu açıkça hüküm altına almıştır.

İşe iade davasında, feshin geçersizliğinin ispatı külfetini işverende olup işverence öncelikle feshin usul ve şekil bakımından geçerli olarak yapıldığını ispatlaması gerekmektedir³¹². Bu kapsamda da işverence, feshin yazılı bir şekilde yapıldığını ve fesih bildiriminde fesih sebebinin açık ve kesin şekilde belirtildiğini ve işçiden savunma alındığını ispat edecektir. İşverenin fesih bildirimindeki fesih sebebiyle bağlı olduğu ve yargılama sırasında bildiriminde gösterdiği sebebin dışında başka bir fesih sebebinin ileri sürülememesi nedeniyle işveren ancak feshi sebebinde bildirdiği sebebi ispatlaması gerekmektedir³¹³. Ancak işveren yazılı fesih bildiriminde birden fazla sebep ileri sürmüş ise bu sebeplerden birini ispatlaması yeterli olacaktır³¹⁴. İşveren şeklin usul ve şekline

³¹¹ Kuru, s. 321.

³¹² Centel, İş Güvencesi, s. 129; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 305.

³¹³ Yarg. 9. HD, 21.02.2019, E. 2018/6557 K. 2019/4426; Yarg. 9. HD, 19.12.2016, E. 2016/14629 K. 2016/22345; Yarg. 22. HD, 09.09.2015, E. 2015/19727 K. 2015/24533.

³¹⁴ Akyiğit, İş Güvencesi, s. 305.

ilişkin ispatı yerine getirdikten sonra bu seferde feshin esasına ilişkin yani feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat etmesi gerekmektedir³¹⁵.

Gerek işverenin fesih bildiriminde ileri sürmüş olduğu nedenin geçerli sebep olduğunu, gerekse işçi tarafından feshin işverence bildirilen sebebin dışında başka bir sebebe dayandığının iddiası, kesin delillerle ispat edilebileceği gibi takdiri delillerle de ispat edilmesi mümkündür.

Hukukumuzda geçerli olan iş güvencesi ilkeleri doğrultularında asıl olanın iş ilişkisinin devamı olduğundan, geçerli bir fesih nedeninin bir diğer deyişle olağan durumun aksini iddia edenin işveren olması nedeniyle, ispat yükünün işverene yükletilmesi iş hukuku sistemimize uygun olduğu söylenmektedir³¹⁶.

Kanun koyucu her ne kadar, işe iade davalarında feshin geçersizliğinin kanuna uygun olduğunu ispat yükünü işverene yüklemiş ise de söz konusu bu kurala İş Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında istisna getirmiştir. Buna göre işçi tarafından iş sözleşmesinin, işverenin iddia ettiği sebepten başka bir sebebe dayandığını ileri sürülürse, bu durumda ispat külfeti davacı işçiye düşmektedir. Bu halde, işçi işverenin ileri sürdüğü sebebi değiştirerek, yeni bir sebebin varlığını iddia ettiğinden ispat külfeti de bu kapsamda değişmektedir.

İşverenin ileri sürdüğü sebeplerin aksine işçi tarafından başka bir sebeple iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürülmesi durumunda işçi tarafından ileri sürülen sebebin ispat edilememesi halinde mahkemece işverence yapılan feshin geçerli olduğu sonucuna ulaşılamayacak olup bu ihtimalde de fesih sebebinin geçerli sebebe dayandığı ve şekil kurallarına riayet edildiği işverence ispatlanacaktır³¹⁷.

Feshin geçerli nedene dayandığının işverence ispatlanması halinde, işçi tarafından feshin başka bir sebebe dayandığı hususu ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu tartışmalıdır. İşveren tarafından fesih sebebinin ispat edilmesinin ardından, işçi tarafından feshin işveren tarafından ispat edilenden farklı bir sebebe dayalı olduğunun ileri

³¹⁵ Akyiğit, İş Güvencesi, s. 305; Centel, İş Güvencesi, s. 141.

³¹⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 641.

³¹⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1092.

sürülmesinin mümkün olmadığı, kanunda yer alan başka neden ifadesiyle kastedilenin geçerli neden oluşturmayan hallere yönelik olduğu, işverenin geçerli ispatlayacağı geçerli nedenin ardından başkaca bir fesih halinin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir³¹⁸. Yine bu doğrultuda, işverenin fesih sebebine dair iddiasının, davacı işçinin iddiasıyla beraber değerlendirilerek, ispat ettiğinin kabul edilmesi durumunda, işçinin feshin daha farklı sebebe dayandığını ispat etmesi de mümkün değildir³¹⁹. Öğretide bu görüşe karşı ortaya çıkan bir başka görüşe göre ise işverence fesih sebebi olarak ileri sürülen vakıanın ispat edilmesi durumunda dahi işçi tarafından feshin başka bir sebebe dayandığı hususunun ileri sürülebileceği bu iddianın da ispat edilebileceği, bir diğer deyişle işveren tarafından görünürdeki geçerli nedenden başka esasında farklı bir nedenin bulunduğunu ve bu gerçek nedeninde geçersiz olduğunun ispatlanabileceği ifade edilmektedir³²⁰.

İş Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen özel ispat yükü kuralı feshin geçersizliğinin ispatına yöneliktir. Bu sebeple feshin geçersizliğinin tespiti talebinde bulunulabilmesi için gerekli olan İş Kanunu'nun 18. ve 19. maddesinde belirtilen unsurların var olup olmadığı, gerçekleşip gerçekleşmediği hususlarının ispat külfetinin yargılamanın hangi tarafının üzerinde olduğunun tespiti de önem arz etmektedir. İşçinin sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde olduğu, kendisinin kanunda belirtilen kıdeme sahip olduğu, sözleşmenin işverence feshedildiğinin, arabuluculuğa başvurunun ve davanın hak düşürücü sürede açıldığını ispat yükü işçiye aittir³²¹. Çünkü söz konusu hususlar, işe iade davasının koşul vakıaları niteliğinde olup, söz konusu tüm iddiaların ispatında HMK 190. hükmü gereğince işçi menfaat sahibidir.

İş güvencesinin şartlarından biri olan otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı bir işyerinin mevcut olması hususunun davanın hangi tarafınca ispat edilmesi gerektiği, ispat yükünün hangi tarafta olduğu öğretide tartışmalıdır. Görüşlerden ilkinde göre kanunda işe iade davasına özgü ispat yükünün sadece feshin geçersizliği bakımından geçerli olduğu bu nedenle işe iade davasının fesih olgusu dışındaki diğer tüm koşul vakıaların ispat

³¹⁸ Centel, İş Güvencesi, s. 185; Özkes, 20. ve 21. maddelerinin değerlendirilmesi, s. 495.

³¹⁹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 559.

³²⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1093.

³²¹ Özkes, Muhammet : İş Güvencesi ve İşe İade davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 yılı Toplantısı Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Legal Yayıncılık, Mart 2015, s. 145; Kar, Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları, s. 929; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 304.

yükünün genel ispat kuralı çerçevesinde davacı işçi üzerinde olduğu belirtilerek işyerinde çalışan işçi sayısının otuz ve üzerinde olduğunun ispat yükünün davacı işçi üzerinde olduğunu kabul edilmektedir³²². Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşte ise işyerinde çalışan işçilerin tüm kayıtlarını işverence tutulduğu, bu kayıtlara göre resmi kurum ve kuruluşlara bildirimin yapıldığı, işverenin birden fazla işyeri olması durumunda diğer işyerlerinde çalışan işçi sayısının davacı işçi tarafından bilinmesinin de mümkün olmadığı buna karşın tüm bu bilgilere eksiksiz bir şekilde sahip olan tarafın işveren olduğu bu nedenle işçi sayısı konusundaki ispat yükünün işverende olduğu kabul edilmektedir³²³.

G. Yargılama Süresince Ortaya Çıkabilecek Özel Durumlar

1. Genel Olarak

İşçi tarafından, işe iade davasının ikame edilmesi anından mahkemece verilen kararın kesinleşmesi anına kadar hem işveren hem de işçiden kaynaklanan ölüm, işyerinin kapanması, işyerinin devri, işçinin işe davet edilmesi gibi çeşitli durumların ortaya çıkması mümkündür. Dava devam ederken ortaya çıkan bu özel durumların mevcut yargılamaya herhangi bir etkisinin olup olmadığının üzerinde durulması önem arz etmektedir. Bu nedenle uygulamada da sıklıkla karşılaşılabilecek ihtimali olan bazı özel durumlar sırasıyla incelenecektir.

2. İşçinin Ölmesi

İşçi tarafından, işe iade davasının açılmasının amacı, işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespitiyle işe geri dönmektir. Yani işçi, iş sözleşmesi kapsamında şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu iş görme edimini sürdürmeyi amaçlamaktadır. Bu çerçevede, işe iade davası devam ederken ölen işçinin mirasçılarının davaya devam edip edemeyeceği, işe iade davasının mali sonuçlarından olan boşta geçen zaman ücreti ve iş güvencesi tazminatını talep edip edemeyeceği hakkında zamanla farklı görüşler ve farklı kararlar ortaya çıkmıştır.

İşe iade davası açtıktan sonra davacı işçinin ölmesi üzerine, davacının mirasçılarının davaya devam ederek feshin geçersizliği ve ölüm tarihine kadar geçerli olmak üzere boşta geçen zamana ait ücret ve diğer hakları talep edebileceği zira boşta

³²² Akyiğit, İş Güvencesi, s. 305; Centel, İş Güvencesi, s. 140; Demir, s. 316; Çankaya/ Günay/ Göktaş, s. 171.

³²³ Kar, Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları, s. 929; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 33.

geçen zamana ait ücretin hak kazanılmasının işçinin fiilen çalışmana bağlı olmadığı, ancak işçi tarafından bizzat ifa edilmesi gereken iş görme ediminin yerine getirilmesi için işverene başvuruda bulunulmasının işçinin ölümüyle imkânsız hale geldiği, doğumu işçinin işe başlama başvurusuna bağlı olan işe başlatmama tazminatının işçinin ölümü nedeniyle istenemeyeceği bazı yazarlar tarafından ileri sürülmektedir³²⁴. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşte, gerek işe başlatma tazminatının gerekse de boşta geçen zamana ait ücret alacağının doğumunun mahkemece işe iade davasının kabulüne dair kararın kesinleşmesi üzerine on günlük süre içerisinde işverene başvurulması şartına bağlı olduğu, işçi tarafından işe başlama konusunda işverene başvurunun yapılmaması durumunda işçinin bu alacaklara hak kazanamayacağı, iş ilişkisi kapsamında iş görme ediminin şahsa bağlı bir hak olduğu, vefat eden işçinin hem işe başlama başvurusunu hem de işverence işe başlatılmasının imkânsız olduğundan bu alacakların da doğumunun mümkün olmadığı gerekçeleriyle işe iade davasının mirasçılar tarafından devam edilemeyeceği kabul edilmektedir³²⁵.

İşçi tarafından feshin geçersizliğine dair açılan davada mahkemece yapılan yargılama neticesinde davanın kabulüne dair kararın kesinleşmesinin ardından fakat kesinleşmeyi takip eden on iş günlük başvuru süresi dolmadan ve işçi tarafından işverene başvuru yapmadan önce ölmesi durumunda da yukarıda arz edilen görüşlere paralel görüşler ileri sürülmektedir³²⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2006 yılında oy çokluğuyla verdiği kararda, işçinin dava sırasında ölmesi durumunda, işe iade, iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen zamana ait tüm taleplerinin reddinin gerektiği, yargılamaya sadece yargılama giderlerinin hangi tarafa yükletilmesi gerektiğinin tespiti açısından devam edilebileceği kabul edilmiştir³²⁷. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009 yılından itibaren görüş değiştirerek, yargılama sırasında ölen işçinin, işe iade davası açmasıyla birlikte mahkeme verilecek işe iade kararı doğrultusundan işe başlama iradesini ortaya koydu, dava derdestken ölen işçinin

³²⁴ Ekmekçi, Ömer : İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, İstanbul, Mayıs 2015, s. 210; Süzek, İş Hukuku, s. 645; Kocagil, İpek : Karar İncelemesi İşe İade Davasında Davacı İşçinin Ölümü, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011, C. 1, s. 332; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1102.

³²⁵ Centel, İş Güvencesi, s. 195; Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 113; Tulukçu, 323.

³²⁶ Uçum, Seminer Notları, s. 135; Ekmekçi, İş Güvencesi Kurumu, s. 136; Sarıbay, s. 105; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 314; Süzek, İş Hukuku, s. 648; Centel, İş Güvencesi, s. 149; Çankaya/ Günay/ Gökteş, s. 211.

³²⁷ Yarg. 9. HD, 30.10.2006, E. 2006/19624 K. 2006/28700; Yarg. 9. HD, 06.11.2006, E. 2006/20109 K. 2006/29326.

mirasçılarının işe iade davasına devam ederek, boшта geçen zamana ait ücrete hak kazanacağını kabul etmiştir³²⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015 yılında verdiği kararda ise, yukarıda zikredilen kararın isabetli olduğunu “ *dava devam ederken işçinin ölmesi durumunda davanın akıbetinin aynı zaman sosyal güvenlik haklarını da ilgilendirdiği, boшта geçen zamana ait ücret yönünden işverence SGK’ya prim yatırılması gerektiği, işçinin mirasçılarının sosyal güvenlik haklarından yararlanması gerekeceği, bu nedenle sadece feshin geçersizliğinin tespitinin bu konuda bir takım sorunlar oluşturacağı, kararın hakkaniyete ve adalet duygusunu tatmin edecek mahiyette olması gerektiğinden işçinin mirasçılara dört aylık süre için boшта geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiği*” kabul etmiştir³²⁹.

3. İşçinin Davadan Feragat Etmesi

İşe iade davasından işçinin feragat edip edemeyeceği, işçinin bu feragat beyanının, iş sözleşmesi devam ederken, sözleşme feshedildikten sonra fakat bir aylık arabuluculuğa başvuru süresi dolmadan önce ya da dava açıldıktan sonra ileri sürülme zamanına göre doktrinde ve İstinaf uygulamasında farklı değerlendirmeler yapılmaktadır.

İşe iade davasının ikamesinin ardından, davacı işçinin davadan feragat etmesi bakımından herhangi bir tartışma mevcut olmayıp işe iade davasının niteliği taraflarının serbestçe tasarruf edebileceği, kamu düzenine ilişkin olmayan davalardan olması nedenleriyle işçinin devam eden işe iade davasından feragati geçerlidir.

Doğmamış haktan feragatin mümkün olmadığı, davanın açılmasından önce haktan feragatin hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırdığını bu durumun dahi tek başına Türk Borçlar Kanunu’nun 19-20. maddesi gereğince geçersiz olduğu, yine işçinin özellikle iş sözleşmesi akdedilirken yahut sözleşmenin devamı sırasında işsiz kalma kaygısı, sözleşmesinin feshedileceği endişesi gibi işverenin baskısına, zorlamasına maruz kalabilme ihtimalinin yüksek olduğu, yine iş güvencesine dair hükümlerin kamu düzenine

³²⁸ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 270; Yarg. 9. HD, 21.12.2009, E. 2009/10080 K. 2009/36320; Yarg. 9. HD, 15.09.2009, E. 2009/21710 K. 2009/22886; Yarg. 7. HD, 04.06.2014, E. 2014/6628 K. 2014/12349; Yarg. HGK, 16.09.2015, E. 2013/22-2309 K. 2015/1761.

³²⁹ Yarg. HGK, 16.09.2015, E. 2013/22-2309 K. 2015/1761, Bursa BAM 3. HD, 21.12.2020, E. 2020/183 K. 2020/2350.

yönelik olması nedenleriyle iş sözleşmesi yapılırken ya da iş sözleşmesi devam ederken işe iade davasından önceden feragatin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir³³⁰.

İş sözleşmesinin feshinden sonra ancak feshin geçersizliğinin tespiti amacıyla bir aylık arabuluculuğa başvurusu süresinden önce yapılan feragatin geçerli olup olmadığı hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu çerçevede ileri sürülen görüşlerden ilki, İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan düzenlemenin feshe itirazın sonuçları bakımından olduğu, feshe itiraz hakkının İş Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlendiği, kişinin herhangi bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi açtığı davayı da takip etmeye zorlanamayacağını, yine kanunda feragatin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından belirli bir süre sonra yapılması gerektiğine dair bir düzenleme olmadığı, iş sözleşmesi feshedilen işçinin bir aylık süre içinde arabuluculuğa başvuru süresinde sessiz kalarak, feshe itiraz hakkını kullanmama imkânına sahip olduğu bu sonuca feragatle de ulaşabileceği gerekçeleriyle fesih bildiriminden sonra fakat arabuluculuk başvurusu için 1 aylık süreden önce davadan feragatin geçerli olduğu ileri sürülmektedir³³¹. Bu durumda, feragat içeren ibra sözleşmelerinin işverenin sosyal ve ekonomik gücünü kullanarak irade sakatlığına sebebiyet verip vermemesine göre geçerli olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir³³².

Bu konudaki başka bir görüşe göre, İş Kanunu'na göre iş güvencesine ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu, işe iadenin mali sonuçlarının ancak işe iade davasının açılmasına bağlı olmasından dolayı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/son fıkrası hükmünün davadan feragati de içine alan bir düzenleme olduğu, dava açma süresi içerisinde de işveren tarafından aynı baskı ve zorlamanın geçerli olabileceği hususlarından hareketle dava açma süresi içerisinde de feragatin geçerli olmayacağı ileri sürülmektedir³³³. Arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen tutanaklarda da işe iade davası açma hakkından feragat edildiği, işe iade isteminden vazgeçildiğine dair kayıtların geçersiz olduğu ileri sürülmektedir³³⁴.

³³⁰ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 326; Centel, İş Güvencesi, s. 31; Süzek, İş Hukuku, s. 639; Tulukçu, s. 311.

³³¹ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 321; N. Hozar, Nağme: İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün müdür ? Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008, S. 9, s 205; Kar, İş Güvencesi, s. 465; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 294.

³³² Kar, İş Güvencesi, s. 465.

³³³ Süzek, İş Hukuku, s. 640; Tulukçu, s. 311; Centel, İş Güvencesi, s. 31.

³³⁴ Kar, İş Güvencesi, s. 465.

TBK'nın 420. maddesinde ibra sözleşmelerinin geçerlilik şartlarından birisi, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren en az bir aylık sürenin ardından yapılması olarak belirtilmiş olup bu düzenlemenin gerekçesi Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri verdikleri kararlarında, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin işe iade davasının 1 aylık süre açabileceği, işçinin dava açma hakkının olduğu dönemde baskı altında kalmasını önlemek olduğu belirtilmiştir³³⁵. İbra sözleşmeleri bakımından kanunda düzenlenen bu bir aylık sürenin işçinin işe iade davası açabileceği zaman zarfında baskı altında kalmasını engellemeye matuf olduğu ortadadır. İşçinin baskı altında kalma ihtimali olan bir dönemde de yapacağı feragate itibar edilmemesi gerektiği açıktır. Mezkûr görüş ve Yargıtay kararları, 7036 sayılı Kanun işe iade davalarında arabuluculuğun zorunlu hale gelmesinden önceki döneme ait olmakla birlikte aynı yoruma mer'î mevzuat hükümleri çerçevesinde de devam ettiğinin kabulü gerekmektedir. Bu düşünceden işçinin iş sözleşmesi devam ederken, sözleşmenin fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir aylık arabulucuya başvurma süresinde yahut anlaşamama tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren başlayan iki haftalık süre içerisinde işçinin işe iade davasından feragatinin geçerli olmadığı kabulü gerekmektedir.

Yargıtay, uygulamada sıklıkla görülen işçinin, iş ilişkisi devam ederken işverenle yapmış olduğu protokolle işe iade davası açmayacağını taahhüt etmesi³³⁶, işçinin işverenle yapmış olduğu protokolde tüm işçilik alacaklarını ibra etmesi³³⁷ beyanlarının işe iade davasından feragat ettiği anlamına gelmediğini açıkça vurgulamaktadır. Yargıtay, iş sözleşmesinin feshedilmesinin ardından dava açma süresinin sonuna kadar feragat sonucunu doğuracak hukuki işlemlerin geçersiz olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay kararlarında bu görüşüne dayanak olarak, işe iade davasını açma hakkının İş Kanunu'nun 21. maddesinde hüküm altına alındığı, aynı maddenin son fıkrasındaki hükmün sadece işe iadenin mali sonuçları yönünden değil işe iade davasının açılması bakımından da

³³⁵ Durmuş, Özcan/ Ocak, Uğur : Öğretide ve Uygulamada İbra Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 23; Yarg. 9. HD, 27.06.2012, E. 15479 K. 24830; Yarg. 9. HD, 14.11.2016, E. 2015/5524 K. 2016/19972; Antalya BAM 10. HD, 03.12.2018, E. 2018/2294 K. 2018/2712; Bursa BAM 3. HD, 17.06.2020, E. 2019/1461 K. 2020/955; Gaziantep BAM 9. HD, 23.09.2020, E. 2018/2759 K. 2020/610.

³³⁶ Yarg. 9. HD, 24.09.2007, E. 2007/13995 K. 2007/27723.

³³⁷ Yarg. 9. HD, 21.04.2005, E. 2004/23961 K. 2005/14007, Yarg. 9. HD, 03.06.2008, E. 2007/37496 K. 2008/13783.

geçerli olduđu³³⁸, bu bakımdan işe iade davası açma hakkını ortadan kaldıran işlemlere değeri verilemeyeceğini ifade etmektedir³³⁹.

İşçinin dava açmasının ardından, hüküm kesinleşinceye kadar davadan feragat edebilmesi mümkündür. Ancak işçi tarafından sadece işe iade talebinden feragat etmiş olmasına rağmen, boşta geçen zaman ücretinden feragat ettiğine dair herhangi bir açıklamada bulunmaz, bir diğer deyişle davacı işçi dava dilekçesindeki taleplerinin tamamı bakımından feragat etmez ise bu durumda mahkemece, boşta geçen zamana ait ücret alacağı bakımından yargılamaya devam edilebileceği ifade edilmektedir³⁴⁰. Çünkü bu düzenleme, işçinin boşta geçirdiği süre bakımından getirilmiş bir korumadır. Dava işe iade bakımından konusuz kalsa da boşta geçen süre ücreti ödenmedikçe talep ve dava konusu ayakta kalacaktır.

4. İşçinin Emekliliği

İşçi tarafından feshin geçersizliği davası ikame etmeden önce ya da davanın devamı sırasında emeklilik talebinde bulunmasının yahut yaşlılık aylığı almaya başlamasının işe iade davasına olan etkilerinin incelenmesi de gerekmektedir.

Yargıtay eski tarihli kararlarında işverenin ihbar öneli vererek fesih bildiriminde bulunması halinde, verilen bu ihbar süresi dolmadan işçinin emeklilik başvurusunda bulunmuş olması halinde, iş sözleşmesinin işçi tarafından emeklilik nedeniyle feshedildiğini kabul etmekte ve bu nedenle işçinin artık işe iade davası açamayacağını kabul etmekteydi³⁴¹. Yargıtay'ın bu yöndeki görüşünün temeli, ihbar tazminatının peşin ödenmediği hallerde iş sözleşmesinin önel süresince devam ettiği, fesih bildiriminin ancak ihbar süresinin sonunda hüküm ve sonuç doğuracağını, bu süre boyunca da işçi tarafından sözleşmenin feshedilebileceğinin kabul edilmesidir.

Yargıtay 2008 yılında vermiş olduğu kararıyla fesih bildiriminin öneli olsun ya da olmasın karşı tarafa ulaşmasıyla sonuç doğuracağından bundan dönülemeyeceğini ifade ederek işveren feshinin akabinde ihbar tazminatı ödenmediği sırada, işçinin

³³⁸ Yarg. 9. HD, 24.09.2007, E. 2007/13995 K. 2007/27723.

³³⁹ Yarg. 9. HD, 03.06.2008, E. 2007/37496 K. 2008/13783; Yarg. 22. HD, 20.09.2011, E. 2011/200 K. 2011/936.

³⁴⁰ Özkes, İşe İade Davaları, s. 152.

³⁴¹ Okur, Ali Rıza : İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebinin Çakışması, Sicil Hukuk Dergisi, İstanbul, Mart 2010, s. 129; Yarg. HGK, 23.11.2005, E. 2005/9-631 K. 2005/643; Yarg. HGK, 14.03.2004, E. 2004/959 K. 2004/8353.

emeklilik sebebiyle yaptığı başvurunun işveren feshinin işçi feshi haline döndürmeyeceğini ifade etmektedir³⁴². Bu sebeple işçinin, ihbar öneli verildikten sonra emeklilik başvurusu yapması, işe iade davasını açmasına engel bir durum oluşturmayacağı gibi, işe iade davası devam ederken, işçinin emeklilik başvurusu yapmasının da işe iade davasını herhangi bir etkisi olmayacaktır³⁴³.

İşveren tarafından kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı ödenmesi suretiyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda, işçinin sonradan kuruma emeklilik nedeniyle başvuru yapması, feshin işverence yapılan fesih bildirimiyle tüm sonuçlarıyla birlikte hüküm doğurmuş olmasından dolayı işe iade davasının açılmasının önünde engel olmamaktadır.

İşçinin işe iade davası açmasından sonra işçinin emekli olmak amacıyla başvuru yapması ya da emekli olmasının da devam etmekte olan işe iade davasına herhangi bir etkisi olmayacaktır³⁴⁴. Zira söz konusu bu durumda işçinin emekli olmasının işe iade davasını konusuz bırakabilecek mahiyeti olmadığı açıktır. Çünkü 5510 sayılı Kanuna göre emekli olan bir kişinin, sosyal güvenlik destek primini ödemek suretiyle yaşlılık aylığıyla birlikte fiilen çalışması mümkündür. Ayrıca işçi, gerektiği takdirde sonradan emekliliğini iptal edebilmesi mümkündür³⁴⁵. Bu konuda Yargıtay, işçinin işe iade davasını ikame ettikten sonra emekli olması, emeklilik için kuruma başvurması halinin işe iade davasını etkilemeyeceğini, işçinin yaşlılık aylığına hak kazanması halinde SGK'ya başvurmasının doğal olduğunu, işçinin bu başvurunun işe iade talebini ortadan kaldırıci nitelikte olmadığını, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin bir sonucun iş ilişkisini etkilemesinin mümkün olmadığı gerekçeleriyle doktrindeki görüş doğrultusunda, emekliliğin devam eden işe iade davasına etki etmeyeceğini kabul etmektedir³⁴⁶.

5. İşyerinin Kapanması

İşveren, işletme içi ve dışı sebeplerle alabileceği işletmesel kararlar işyerinin kapatılmasına karar verebilme imkânına sahiptir. İşyerinin kapatılmasına karar

³⁴² Okur, s. 133; Yarg. 9. HD, 14.07.2008, E. 2007 K. 24490; Yarg. 9. HD, 08.11.2016, E. 2015/3984 K. 2016/19520.

³⁴³ Yarg. HGK, 08.05.1991, E. 1991/9-148 K. 1991/245, Yarg. 9. HD, 08.11.2016, E. 2015/3984 K. 2016/19520.

³⁴⁴ Tulukçu, s. 327; Centel, İş Güvencesi, s. 195; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1106; Süzek, İş Hukuku, s. 639; Yamakoğlu, Efe : Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişkisine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 40, 2018, s.151; Manav, Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi, s. 66.

³⁴⁵ Akyiğit, İş Güvencesi, s. 307.

³⁴⁶ Manav, Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi, s. 66; Yarg. 9. HD, 26.05.2008, E. 2007/37485 K. 2008/12509.

verme, işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilecek bir hak olup hiç kimse bir işletmeyi işletmeye zorlanamaması yahut belli bir işyerini devama da zorlanamaması Anayasamızın 48. maddesinde düzenlenen “*çalışma ve sözleşme özgürlüğünün*” sonucudur³⁴⁷. Bu sebeple, işyerinin kapatmak isteyen işveren kural olarak herhangi bir gerekçe de ileri sunmakla yükümlü olmayıp mahkeme tarafından da işyerinin kapatılmasına ilişkin işveren tarafından alınan işletmesel kararın yerinde olup- olmadığı, amaca elverişli olup olmadığı yönünde bir denetimin yapılabilmesi mümkün değildir³⁴⁸. Ancak işverene tanınan bu hak tamamen sınırsız olmadığından, işletmesel kararın kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde alınmış olması gerekmektedir³⁴⁹. Bu kapsamda, İşyerinin kapatılmasına yönelik alınan kararın iş güvencesi hükümlerinin bertaraf edilmesi amacıyla muvazaalı ve hukuka aykırı kullanılmasının hukuk düzenince korunması mümkün değildir. Keza İş Kanunu’nun 29. maddenin son fıkrasındaki toplu işçi çıkarılmasına ilişkin hükümlerin, Kanun’un 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanmasına engel olacak şekilde kullanılması mümkün değildir. İşçi, işveren tarafından alınan işyerinin kapatılması dair işletmesel kararın, kötü niyetli, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde salt iş güvencesi hükümlerine karşı hile yapmak amacıyla alındığına dair iddiada bulunursa ilgili iddiasını genel ispat yükü kurallarına göre ispatlamakla mükelleftir ve bu durumda işçi, yukarıda ifade edildiği üzere, işe iade davası açabilecektir.

İşçi tarafından işe iade davasının açılmasının ardından, dava devam ederken işyerinin kapanmasının işe iade davasına etkisinin üzerinde durulması gerekmektedir.

İşverenin kapanan işyerine işçinin işe başlamak için başvuru yapmasının da işverence işçinin işe başlatılmasının da mümkün olmadığından işe iade talebinin konusuz kaldığı, hem boşta geçen zamana ait ücret hem de işe başlatmama tazminatının talep edilmesinin mümkün olmadığı gerekçeleriyle işe iade davasının konusuz kaldığı, yargılamaya ise sadece yargılama giderinin yükletilmesi bakımından devam edilebileceği savunulan görüşlerden ilkidir³⁵⁰.

³⁴⁷ Köseoğlu, Ali Cengiz : İşyerinin Kapatılması, Sicil Hukuk Dergisi, İstanbul, Aralık 2006, s. 51.

³⁴⁸ Gökteş, Seracettin : İşyeri Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi, Sicil Hukuk Dergisi, İstanbul, Aralık 2009, s. 70; Yarg. 7. HD, 19.09.2016, E. 2016/9728 K. 2016/14361.

³⁴⁹ Yarg. HGK, 24.02.2010, E. 2010/9-33 K. 2010/105.

³⁵⁰ Ekmekçi, (Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, s. 138; Özkes, İşe İade Davaları, s. 153.

Konuya ilişkin ileri sürülen aksi yöndeki görüşte ise, davanın fesih anına göre değerlendirileceği, fesih anında işyerinin mevcut olduğu bu nedenle işçi tarafından işe iade davası açılabileceği, işe iade davasının konusuz kalmadığı³⁵¹, işverenin işe başlatmamaya dair tüm hukuki sonuçlardan yani bir diğer ifadeyle hem işe başlatmama tazminatı hem boшта geçen zamana dair ücret alacaklarını ifa etmekle yükümlü olacağı, aksinin kabulünün kötü niyetli işverenlerin işyerlerini kapatarak iş güvencesi hükümleri işlevsiz hale getirebileceği, işverenin işçiyi işe başlatmasının mümkün olmamasının işe iadenin mali sonuçlarının ortadan kaldırmayacağı, zira işyerinin kapatılmasının işverenin aldığı karar çerçevesinde kapatıldığı burada meydana gelen imkansızlık halinin işverenin inisiyatifiyle kendi serbest iradesiyle gerçekleştirildiğinden bu durumun işçi aleyhine yorumlanmasının mümkün olmadığı kabul etmektedir³⁵².

İşe iade davası derdestken, işyerinin gerçek şekilde, sürekli olarak kapanması durumunda davanın konusuz kalmayacağını kabul eden yazarlardan bazıları ise işçinin işe iade edileceği bir işyeri olmadığından işçi tarafından bu konuda başvuruda yapılmasının ve işverenin işçiyi işyerinde işe başlatmasının hukuken mümkün olmadığı, işverenin işçiyi işe başlatmama iradesiyle hareket etmediği, işverenin işçiyi işe başlatmama değil işe başlatamama halinin mevcut olduğu gerekçeleriyle işçinin işe başlatmama tazminatına hak kazanamayacağı ileri sürülmektedir³⁵³.

6. İşyerinin Devri

İşyeri devrinin hukuki sonuçlarını düzenleyen İş Kanunu'nun 6. maddesindeki düzenlemeye göre, işyerinin tamamının ya da bir bölümünün hukuki işlemle dayalı olarak devredilmesi durumunda, devir tarihindeki iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla beraber devralana geçecektir. Diğer bir deyişle, işyerinin devri, zorunlu olarak “işveren değişikliğine” sebep olmaktadır. Kanun koyucu devreden ve devralan işverenin sorumluluğunu özel olarak düzenlemiş, devirden önce doğmuş olup devir anında ödenmesi gereken tüm hak ve alacaklardan devreden işverenle devralan işverenin müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağını hüküm almıştır. Ancak kanun koyucu,

³⁵¹ Yarg. 9. HD, 25.12.2006, E. 2006/27396 K. 2006/34577.

³⁵² Serkan Odaman, “Fesihten Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi”, Sicil Hukuk Dergisi, İstanbul, Aralık 2007, S. 8, s. 76; Centel, İş Güvencesi, s. 194; Süzek, İş Hukuku, s. 644; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1098, Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 109; Tulukçu, s. 326.

³⁵³ Kar, İş Güvencesi, s. 451; Gökteş, İşyeri Kapanması, s. 74.

devreden işveren bakımından, sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olacağını belirtmiştir.

İş sözleşmesinin feshinden sonra ancak işçi tarafından işe iade amacıyla arabuluculuk başvurusu ya da dava açmadan önce işyerinin devredilmesi durumunda, işçi tarafından davanın devralan işverene karşı yönetilmesi gerekmektedir. Zira işyerinin devriyle birlikte iş sözleşmesinin yeni tarafı tüm hak ve borçlarıyla devralan işverene geçtiğinden, askıda olan sözleşmenin tarafı olan devralan işveren ilişkinin tarafı konumundadır.

İşçi tarafından açılan işe iade davası devam ederken işyerinin devredilmesi durumunda, devralana husumet yöneltip yönetilmeyeceği, işe iade talebinin ne suretle yapılacağı hakkında farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Öğretide ileri sürülen görüşlerden ilki, davanın fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki hal ve şartlara göre görüleceğinden husumet konusunda herhangi bir hukuki sorunun yaşanmayacağı, davanın devreden işverene karşı devam edilmesi gerektiğini, dava sonunda verilecek işe iade kararının sonuçlarının devralan işveren bakımından da sonuçlarının olacağından bahisle, davanın devralan işverene ihbar edilmesi gerektiğini ileri sürülmektedir³⁵⁴. Konuya ilişkin savunulan diğer görüşte ise, devreden işverenin işyerini devretmesiyle birlikte iş sözleşmesinin tarafı olma vasfını kaybederek davanın tarafı olma sıfatını kaybedeceği o nedenle davanın husumet nedeniyle reddedilmesinin gerektiğini, ancak bu durumda dava konusunun devri başlıklı HMK 125. madde hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, işyerini devralan tarafın davaya dâhil olabilmesi için taraf değişikliğinin yapılması gerektiği ifade edilmektedir³⁵⁵.

İşyeri devrinin işe iade davasına dair mahkemece verilen kararın kesinleşmesinin ardından olması durumunda işe davasının sona ermiş olmasından dolayı husumetle ilgili herhangi bir ihtilaf söz konusu olmayacaktır³⁵⁶. Ancak bu durumda, kesinleşen mahkeme kararının yerine getirilmesi amacıyla devreden işverene

³⁵⁴ Alpagut, Gülsevil : İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, Birinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 180; Çankaya/Çil, 200.

³⁵⁵ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 279; Centel, İş Güvencesi, s. 174; Tulukçu, s. 327; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1108.

³⁵⁶ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 279.

başvurulması mümkün olmadığından, İş Kanunu 6. madde uyarınca devralan işverene başvuruda bulunulması gerekmektedir. Bu durumda da, kanunda belirtilen süre içerisinde usulüne uygun bir şekilde işçi tarafından işe iade başvurusunda bulunulmasına rağmen eğer devralan işverence işçi işe başlatılmazsa, işe başlatılmama tazminatı, boşta geçen zamana ait ücret ile işçinin sözleşmesinin devralan işveren tarafından feshedildiği kabul edilerek devralan işveren sorumlu olacaktır.

İşçinin sözleşmesinin işyeri devrinden sonraki bir süreçte, devralan işveren tarafından feshedilmesi halinde ise fesih işlemi, devralan işveren tarafından yapılması ve ilgili tarihte devreden işverenle işçi arasından devam edegelen bir iş sözleşmesi bulunmadığından davanın devralan işverene yöneltilmesi gerekmektedir. Gerek boşta geçen zamana ait ücret alacağı gerekse işe başlatmama tazminatından sadece devralan işveren sorumlu olacaktır. Çünkü devreden işveren ancak devir anına kadar doğmuş ve devir anında ödenmesi gereken alacaklardan sorumlu olduğundan, fesih işlemi devirden sonra gerçekleştiği bu ihtimalde ilgili alacaklarda devirden sonra doğduğundan devreden işverenin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

7. İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışması

İş sözleşmesi feshedilen işçi, feshin geçerli sebebe dayanmadığı iddiasıyla feshin geçersizliği davası açmasıyla başlayıp, mahkemece feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin kararın kesinleşmesiyle işverene başvuru da bulununcaya kadar ki zamana kadar devam eden süreçte, hayatını ve geçimini idame ettirecek gelirden yoksun kalması durumuyla karşı karşıya kalacaktır. İşe iade dava sürecinin uygulamada ortalama iki üç sene kadar sürmesi nedeniyle, davacı işçinin, dava süresince başka bir yerde çalışması gayet doğaldır.

İşçinin işe iade davası devam ederken ki süreçte, başka bir işveren yanında işe girmesi yahut serbest meslek gibi bir faaliyette bulunmaya başlamasının devam etmekte olan yargılamaya olumsuz etkisinin olmayacağı, işe iade davasının devam edeceği, zira dava konusu ile davanın sonunda verilecek karar ile işçinin işe iade yönünde işverene başvurup başvurmamasının birbirinden farklı aşamalar olduğu, işçinin başka bir işe

başlamasının tek başına işçinin artık feshin geçersizliği davasını açtığı işverene dönmek istemediği anlamına gelmeyeceği kabul edilmektedir³⁵⁷.

8. İşçinin İşe Davet Edilmesi

İşe iade davası açan işçinin, davanın devamı süresince işverence işe davet edilmesi uygulamada karşılaşılan bir durumdur. İşverenin yaptığı bu davetin, işe iade davasına etkisi olup olmadığı hususunun üzerinde durulması gerekmektedir.

İşe iade davası devam ederken, işverence yapılan işe davetin öncelikle dürüstlük kuralına uygun olması gerektiği gibi bu davetin işe iade davasında verilen kararın kesinleşmesinin ardından yapılan davette olduğu gibi samimi olmalı, şarta bağlanmamalı, fesihden önceki iş ve iş yerinde aynı koşullarla çalıştırılmasına yönelik olması da gerekmektedir.

Kanun koyucu işçinin işe iade davası devam ederken, işverence işe daveti edilmesi hususunda herhangi bir düzenleme yapmamış olduğundan mezkûr konu gerek doktrin de gerekse Yargıtay'ın uygulamalarında çeşitli görüşlerin ileri sürülmüştür. Öğretide ve uygulama da işe iade davası derdestken işçinin işe başlatılması durumunda önceden açılmış olan davanın konusuz kalıp kalmadığı, boşta geçen zamana ait ücretlerin işçi tarafından talep edilip edilmeyeceği, dava sonuçlanmadan işçinin işyerinde çalışmaya başlamasının yeni bir iş sözleşmesi sayılıp sayılmadığı hususları tartışmaların merkezinde yer almaktadır³⁵⁸.

a. İşçinin Davete Olumlu Yanıt Vermesinin Yargılamaya Etkisi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 08.07.2003, E. 2003/12444, K 2003/13125 sayılı kararı, iş güvencesi hükümlerine ilişkin ilk kararlarından biri olma özelliğini taşımaktadır³⁵⁹. Yargıtay, söz konusu kararında işe iade davası devam ettiği süreçte işçinin işverence işe daveti üzerine çalışmaya başlaması durumunda davanın konusuz kalacağını, bu nedenle de mahkemece fesih hakkında bir karar verilmeyeceği, bu kapsamda da geçerli feshin

³⁵⁷ Centel, İş Güvencesi, s. 192.

³⁵⁸ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 330.

³⁵⁹ Taşkent, Savaş : Boşta Geçen Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi), Kamu- İş Dergisi, İstanbul, C. 7 S. 3, 2004, s. 2.

sonuçları başlığı altında düzenlenen boşta geçen zamana ait ücret hakkında da hüküm kurulmasının mümkün olmadığını kabul etmişti³⁶⁰.

Mezkûr karar, doktrinde çeşitli yönlerden ele alınarak eleştirilmiştir. Buna göre; işçinin dava devam ettiği aşamada işe yeniden başlaması durumunda; işe iade davasının açılmasına sebebiyet veren fesih beyanının işverence ileri sürülmesiyle hüküm ve sonuçlarını doğurduğu, tek taraflı yenilik doğuran hakkın geri alınamayacağından işverenin işçiye işe davet etmesinin, işçi ile işveren arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğunu anlamına geldiği, tarafların akdettiği bu yeni iş sözleşmesiyle eski sözleşme arasında kesinti olmayacağı, işçinin açıkça boşta geçen zamana ait ücret alacağından feragat etmediği müddetçe davanın konusuz kalmayarak, yargılama gideri ile boşta geçen zamana ait ücret bakımından yargılamaya devam edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁶¹. Öğretide bu görüşü destekleyen başka bir yazarlar ise bu sonuca değişik gerekçeler ileri sürerek ulaşmıştır. Buna göre bu durumda işe iade davasında aynı hukuki olguya dayanan birden fazla birbirinden ayrı talebin olduğu bu taleplerden birinin konusuz kalmasının diğerini etkilemesinin mümkün olmadığından boşta geçen zamana ait ücret hakkında karar verilmesi gerektiği³⁶², davanın konusuz kalabilmesi için davanın her iki tarafı bakımından da davanın esası hakkında karar verilmesi bakımından yararının kalmaması gerektiği ancak yargılama devam ederken işçinin işverenin daveti üzerine iş yerinde yeniden çalışması durumunda sözleşmenin feshi ile yeniden işe başlama tarihleri arasındaki süreç bakımından boşta geçen zamana ait ücretin talep edilebileceğinden davanın konusuz kalmayacağı ve boşta geçen zamana ait ücret bakımından davanın devam edilmesi gerektiği zira aksi halde işçinin iş güvencesine ilişkin bir takım haklarının ortadan kalkmasının ortaya çıkacağı bu hususunda kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir³⁶³.

Öğretideki bir başka görüşte ise işçinin işe davetiyle birlikte işe başlatılmasının kural olarak işverenin feshinin geçersizliğini kabul ettiğini, işverenin işçiye yaptığı davetle daha önceden yapmış olduğu fesih beyanından vazgeçtiğini, bu davet üzerine işe

³⁶⁰ Yarg. 9. HD, 08.07.2003, E. 2003/12444 K. 2003/13125.

³⁶¹ Centel, Tankut : Boşta Kalınan Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, 2003, Eylül 2003, s. 42; Taşkent, Boşta Geçen Süre, s. 6; Sümer, Haluk Hadi : İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul, Aralık 2006, S. 4, s. 93.

³⁶² Tuncay, Aziz Can : İş Güvencesi Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, İstanbul, Mart 2004, C.18, S.2, s. 60.

³⁶³ Tulukçu, s. 314.

başlayan işçinin işverence yapılan vazgeçmeyi kabulü ettiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle de işçinin dava devam ederken işyerinde tekrar çalışmaya başlaması durumunda bunun ilişkinin yeni bir iş sözleşmesi olarak kabul edilmeyerek eski sözleşmenin devamı olarak değerlendirilmesinin işçi bakımından lehe sonuçlar doğurduğu ileri sürülmektedir³⁶⁴.

Söz konusu tartışmaya usul hukuku bakımından ayrı bir bakış getiren ÖZEKES ise objektif dava yığılmasının mevcut olduğu bu nedenle işçinin işe başlaması halinde sadece taleplerden birinin konusuz kaldığı diğer hak ve alacaklarının ödenmesi yahut bu alacaklardan feragat edilmemesi halinde yargılamaya diğer hak ve alacaklar bakımından devam edilmesi gerektiği ayrıca bu durumun hem kötü niyetli işverenler bakımından caydırıcı bir etki oluşturacağı ifade edildiği gibi, davanın konusuz kalması halinde yargılama giderlerinden sorumluluğun tespiti için yargılamaya devam edilmesi gerektiğini de ifade etmektedir³⁶⁵.

Bu görüşler doğrultusunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 30.06.2005 tarihinde vermiş olduğu 2005/19462 E., 2005/23336 sayılı kararıyla görüşünü *değiştirerek* “işçinin dava devam ederken ki süreçte işverenin daveti üzerine çalışmaya başlaması durumunda davanın tamamen konusuz kalmadığı bu durumda davacının feragat etmediği veya mevcut istemini geri almaması durumunda boşta geçen zamana ait ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması gerektiğine” karar vermiş ve bu kararını daire uygulama haline gelmiştir³⁶⁶. Ancak Yargıtay söz konusu içtihat değişikliğiyle sadece boşta geçen zamana ait ücret bakımından değerlendirme yapmamış aynı zamanda işçinin işverenin daveti ile işe başlaması durumunun aynı zamanda aksi ileri sürülmedikçe işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığının yine işverence kabul edildiğini gösterdiğini, bu nedenle mahkemece boşta geçen zamana ait ücretin yanı sıra feshin geçersizliği konusunda da karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir³⁶⁷. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları doğrultusunda mahkemelerce, feshin geçersizliği ve boşta geçen zamana ait ücrete karar verilmekte işe iade ve işe başlatmama tazminatı yönünden ise

³⁶⁴ Alpogut, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 242.

³⁶⁵ Özekes, İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, s. 152.

³⁶⁶ Kar, Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları, s. 1136; aynı doğrultuda, Yarg. 9. HD, 28.11.2005, E. 2005/34540 K. 2005/37460; Yarg. 9. HD, 18.12.2006, E. 2006/26675 K. 2006/33403.

³⁶⁷ Yarg. 9. HD, 30.06.2005, E. 2005/19426 K. 2005/23336; Yarg. 9. HD, 12.09.2015, E. 2015/22601 K. 2015/29568 ; Yarg. 7. HD, 14.04.2016, E. 2015/45407 K. 2016/8375.

karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm kurulmaktadır³⁶⁸. İşveren tarafından işe başlatılmakla beraber, feshin geçerli nedene dayandığının ileri sürülmeye devam edilmesi durumunda, işverence işe başlatmanın işçi ile yeni bir iş sözleşmesi kurulmasına yönelik olduğu kabul edilerek daha önce yapılan davaya konu feshin geçersizliğinin kabulü anlamını taşımayacağı gerekçeleriyle mahkemece devam eden işe iade davası bakımından esastan karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁶⁹.

b. İşçinin Davete Olumsuz Yanıt Vermesinin Yargılamaya Etkisi

İşe iade davası açan işçinin, dava devam ettiği süreçte, işverence işe davet edilmesi durumunda, işçinin bu teklifi kabul etmemesi de imkan dahilindedir.

İşveren tarafından işe davet edilen işçinin işe dönmemesi durumunda, işçinin devam etmekte olan dava bakımından herhangi bir hukuki yararının, menfaatinin kalmadığı zira işe iade davasının nihai amacının feshin geçersizliği neticesinde işçinin işe başlaması olduğu, işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmesi için işverence kanunda belirtilen süre içerisinde başvuruda bulunmasının zorunlu olduğu hususları da göz önüne alındığında işçinin daha yargılama devam ederken işe başlamama yönündeki davranışı nedeniyle iş güvencesi hükümlerinden faydalanmak istemediği şeklinde yorumlanması sonucunu doğurduğu gerekçeleriyle işe iade davasının konusuz kaldığı bir kısım yazarlarca kabul edilmektedir³⁷⁰. Yüksek Mahkeme de eski tarihli kararlarında öğretide ileri sürülen bu görüş doğrultusunda karar vererek işveren tarafından davete işçinin uymamasını, kendisinin iş ilişkisinin devamıyla ilgili talebinde samimi olmaması olarak değerlendirmiş ve davanın reddine karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir³⁷¹. İşveren tarafından yapılan kayıtsız, şartsız ve daha da önemlisi işçinin sözleşmenin feshi öncesinde sahip olduğu konuma göre ek yükümlülükler getiren, işçi aleyhine özellik taşıyan, bir diğer ifadeyle dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde sadece devam etmekte olan davanın sonuçsuz kalması için yapılan, gerçek bir davet içeriği taşımayan davetlerde

³⁶⁸ Centel, İş Güvencesi, s. 191, Ekmekçi/Yiğit, s. 591.

³⁶⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1097.

³⁷⁰ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 336; Sarıbay, s. 240; Alpogut, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 243 ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1105.

³⁷¹ Yarg. 9. HD, 21.06.2004, E. 2004/3377 K. 2004/15404.

işçinin mezkûr daveti kabul etmeyebileceğini, bu durumda da davanın reddedilmemesi gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmekteydi³⁷².

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşte ise, yukarıda belirtilen görüşlerin aksine işçinin yargılama sırasında işverenin teklifini kabul etme zorunluluğuna ilişkin bir düzenlemenin söz konusu olmadığı, sözleşme özgürlüğü kapsamında işçinin daveti kabul etmeme hakkına sahip olduğu, davetin kabul edilmemesinin iş güvencesine ilişkin haklardan vazgeçme olarak kabulünün mümkün olmadığı, zira söz konusu hakların ancak mahkemece verilecek olan kararın ardından işlerlik kazanacağı, işçinin davanın sonucunu bekleyerek yargı kararıyla işe dönmeyi istemesinin en doğal hakkı olduğu, yapılan fesih işleminin hukuka aykırı olduğunun tespitini isteme ve bekleme hukuki menfaatinin bulunduğu gerekçeleriyle işçinin daveti kabul etmemesinin devam etmekte olan yargılamaya herhangi bir etkisinin olmayacağı kabul edilmektedir³⁷³. Yargıtay her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere işçinin daveti kabul etmemesi halinde davanın reddine karar verilmesi gerektiğini kabul ediyor idiyse de söz konusu görüşünden sonraki dönenlerde dönmüş, işverence dava sırasında yapılan davetin daha önceki fesih ortadan kaldırmayacağı, işçi tarafından davete icabet edilmemesinin mahkemece verilecek olan kararı etkilememesi gerektiğini kabul edilmiştir³⁷⁴.

9. İşçinin Tedbiren İşe İadesine Karar Verilmesi

İşe iade davalarına ilişkin yargılamanın uzun sürmesi, yargılama sonucunda verilen işe iade kararının da ancak kararın kesinleşmesine müteakip işçinin yapacağı başvuruyla uygulanabileceği, işçinin davasının kabulü halinde yargılamanın ne kadar uzun sürerse sürsün kanuni düzenleme gereği boшта geçen sürelerle ilişkin isteyebileceği ücretin en fazla dört ayla sınırlandırılmış nedenleriyle işçinin, yargısal süreç sonunda ekonomik olarak zor durumda kalabilme ihtimali karşısında işe iade davası devam ederken, işçinin mahkemeden yargılamanın sona ermesine kadar “tedbiren işe iade talebinde” bulunup bulunamayacağı hususunun da üzerinde durulması gerekmektedir.

³⁷² Yarg. 9. HD, 19.11.2007, E. 2007/22435 K. 2007/34423, Yarg. 9. HD, 26.01.2017, E. 2016/26982 K. 2017/931.

³⁷³ Centel, İş Güvencesi, s. 191; Süzek, İş Hukuku, s. 642; Tulukçu, s. 320.

³⁷⁴ Yarg. 9. HD, 01.02.2010, E. 2009/13902 K. 2010/1829; Yarg. 9. HD, 25.05.2017, E. 2016/13328 K. 2017/9011; İstanbul BAM 31. HD, 13.07.2018, E. 2018/2044, K. 2018/1103; İstanbul BAM 31. HD, 17.05.2019, E. 2018/1678 K. 2019/1180.

İşe iade davasında çekişmeli olan husus, işverence yapılan feshin geçerli olup olmadığı hususu olup dava devam ederken davanın konusu olan iş ilişkisi hakkında esaslı sorunlardan kaçınmak veya işçiyi tehdit eden herhangi bir durumu önlemek amaçlarıyla uygun görülmesi halinde eda amaçlı geçici koruma tedbiri³⁷⁵ olarak davacının tedbiren işe iadesine karar verilebileceği ileri sürülmektedir³⁷⁶. Mahkemece verilecek olan tedbir mahiyetindeki işe iade kararı, feshin geçerli olup olmadığı yönünden bağlayıcı bir nitelikte olmaması, tedbir kararından ve sonuçlarından geri dönüşün mümkün olması, gerektiğinde hükümle tedbirin kaldırılabileninden mahkemece tarafların edimlerini iş ilişkisi son bulmamış gibi ifaya devam etmelerine yönelik düzenleme amaçlı bir tedbir kararı verebileceği ifade edilmektedir³⁷⁷.

İşe iade davası devam ederken mahkemece tedbir kararı verilebileceği, ancak davanın sonunda dahi işçiyi işe başlatmak zorunda olmayan işverenin ihtiyati tedbir yoluyla da işçiyi çalıştırmaya zorlanamayacağından, tedbiren işe iade yerine, tedbir talep edenin işçinin süresinde başvurusu üzerine işe başlatılmaması durumunda ödenmesi gereken tazminatın ödenmesine dair karar verebileceği de ileri sürülen ayrı bir görüştür³⁷⁸.

Bu görüşlere karşı ileri sürülen başka bir görüşte ise, iş güvencesi hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde mahkemece feshin geçersiz olduğuna karar verilmesi durumunda dahi işverenin işe başlatmama tazminatı ödemek suretiyle işçiyi işe başlatmama imkânı olduğu, kesinleşen mahkeme kararına rağmen işe başlatmama imkânı olan işverene henüz dava açılmadan ya da dava sırasında böyle bir yükümlülüğün getirilmesinin mümkün olmadığından bahisle tedbir yoluyla işçinin işe iadesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir³⁷⁹.

³⁷⁵ Deren Yıldırım, Nevhis : Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyatî Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2002, s. 84.

³⁷⁶ Özbek, Mustafa : İşe İade Davasında İşçini Tedbiren İşe İadesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 35, İstanbul, 2012, s. 31.

³⁷⁷ Özbek, s 34; Bozok, Salim : İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 227.

³⁷⁸ Evrim, Erişir : Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2013, s. 452.

³⁷⁹ Özcan, Durmuş : İşe İade Davalarında İhtiyati Tedbir Yoluyla veya Duruşma Açılmadan İşe İadeye Karar Verilip Verilmeyeceği Meselesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, s. 105.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞE İADE DAVASININ HUKUKİ SONUÇLARI

I. DAVANIN SONUNDA MAHKEMECE VERİLEBİLECEK KARARLAR

A. Davanın Reddine Karar Verilmesi

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme gereği davacı, dava açarken dava dilekçesinin ekinde arabuluculuk son tutanağın aslını ya da arabulucu tarafından onaylanmış örneğini mahkemeye ibraz etmesi gerekmektedir. Davacı tarafından bu zorunluluğa uyulmaması durumunda Mahkemece davacıya arabuluculuk son tutanağının dosyaya sunulması için bir haftalık kesin süre verilmesi gerekmektedir. Davacı tarafından Mahkemece verilen kesin süreye rağmen arabuluculuk son tutanağının dosyaya sunulmaması durumunda davanın usulden reddine karar verilecektir. Yine Mahkemece, işçinin dava şartı arabuluculuk başvurusu yapmadan doğrudan dava açtığına tespiti halinde, herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın dava şartı yokluğu usulden reddedilecektir³⁸⁰. Ayrıca, yukarıda ifade edildiği üzere, gerek arabuluculuk başvurusu süresi gerekse de dava açma süresi hak düşürücü süre niteliğinde olup işçinin hak düşürücü sürelerle riayet etmemesi halinde dava usulden reddedilecektir.

Mahkemece, dava şartının gerçekleştiği ve hak düşürücü sürelerle riayet edildiğinin tespit edilmesin ardından yargılamaya devam edilerek işçinin iş güvencesine tabi olup olmadığı, işverence yapılan feshin geçerli nedene dayalı olup olmadığı, işverenin yaptığı fesih bildiriminin yazılı bir şekilde fesih gerekçesinin de açık ve kesin şekilde belirtilip belirtilmediği hususlarında tahkikat yapılacaktır. Mahkemece, işçinin iş güvencesine tabi olmadığı yönünde tespit yapılması durumunda davanın reddine karar vereceği şüphesizdir. İşçinin iş güvencesine tabi işçi olması durumunda, işverence yapılan feshin geçerli nedene ya da haklı nedene dayalı olarak feshedildiği, fesih bildirimine ilişkin usule riayet edildiğinin tespiti durumunda da davanın reddine karar verilecektir. Yargıtay tarafından istikrarlı şekilde kabul edildiği üzere, işe iade istemiyle açılan davada mahkemece, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesiyle davanın reddine karar

³⁸⁰ İzmir BAM 4. HD, 16.04.2021, E. 2021/674 K. 2021/869; İzmir BAM 20. HD, 11.05.2023, E. 2023/769 K. 2023/812.

verilmesi durumunda, kesinleşen bu mahkeme kararındaki feshin hukuki nitelendirmesi, işçi tarafından kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı talebiyle açılacak davada, kuvvetli delil olarak kabul edilecektir³⁸¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinde, işverenin, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılığı nedeniyle sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkını, ilgili davranışın öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günü içerisinde kullanılması gerektiği hüküm altına alınmış olup işveren tarafından haklı nedenle fesih hakkının kanunda belirtilen süre zarfında kullanılmaması durumunda da davanın reddi gerekecektir³⁸². Yine İşverence yapılan feshin haklı nedene dayalı olduğu ileri sürülmesine rağmen, mahkemece feshin haklı neden değil ancak geçerli neden olduğuna dair değerlendirme yapılması durumunda da işe iade davasının reddi gerekecektir.

B. Davanın Kabulüne Karar Verilmesi

Mahkemece yapılan yargılama neticesinde işverence yapılan fesihte geçerli sebep gösterilmediği ya da fesih nedeninin geçerli olmadığı anlaşıldığında feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin işe iadesine karar verilecektir. Ayrıca işveren tarafından yapılan fesih, geçerli bir sebebe dayanmış olsa dahi fesih bildiriminin yazılı yapılmamış olması, fesih nedenlerinin her türlü şüpheden uzak net bir şekilde ifade edilmemiş olması, işçinin davranışı yahut veriminin düşüklüğünden kaynaklı fesih gerçekleşmiş ise işçinin bu durumlara özgü savunmasının alınmaması yahut feshin son çare olma ilkesine uyulmaması hallerinde de mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekmektedir³⁸³.

Yargılamayı yapan mahkemece, feshin yukarıda belirtildiği üzere geçerli bir nedenle yapılmadığı yönünde kanaat oluşması ihtimalinde, feshin geçersizliğiyle işe iade kararının yerine sadece belirlenen sürelerle ilişkin tazminat ödenmesine ilişkin hüküm vermesi mümkün değildir. Mahkemece feshin geçersizliği ile işe iade yönünde hüküm tesis edecek, aynı kararda işçinin işe başlamak için işverene başvurmasının üzerine bir ay içerisinde işe başlatılmaması halinde en az dört en fazla sekiz aylık ücret tutarında işe

³⁸¹ Yarg. 9. HD, 27.04.2022, E. 2022/4342 K. 2022/5354; Yarg. 9. HD, 30.06.2021, E. 2021/6757 K. 2021/11140; Yarg. 22. HD, 13.04.2017, E. 2017/6533 K. 2017/8459.

³⁸² Caniklioğlu, s. 129.

³⁸³ Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 343.

başlatmama tazminatı ile en çok dört aya kadar boşta geçen zamana ait ücretinin ödenmesi gerektiğinin tespitini de hüküm altına alacaktır. 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin ilk halinde Mahkemece hüküm tesis edilirken miktar olarak bir belirleme yapmaksızın işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen zamana ait ücreti aylık ücret belirtilmekteyken, 21. maddeye 7036 sayılı kanunun 12. Maddesi ile eklenen 4. fıkra ile bu alacakların dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirleneceği düzenlenmiştir. Böylece Mahkemece hüküm kurulurken hem işe başlatmama tazminatını hem de boşta geçen zamana ait ücreti parasal olarak belirtmek zorundadır³⁸⁴.

Bilindiği üzere, işçi tarafından alt işveren asıl işveren ilişkisinin mevcudiyeti halinde işe iade davasının hem alt işverene hem de asıl işverene karşı açılması gerekmektedir. Mahkemece yapılacak yargılama sonunda, işverence yapılan feshin geçersiz olduğunun tespiti halinde ise, işe iade kararı sadece alt işveren yönünden kurulurken, işe iadenin mali sonuçları bakımından tüm davalıların müteselsil sorumluluğuna hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı ya da geçersiz olduğunun tespiti halinde ise işe iade hükmü asıl işveren yönünden kurulacaktır³⁸⁵. Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı ya da geçersiz olma durumunda da işe iadenin mali sonuçlarından tüm davalılar müteselsil sorumlu olacağı açıktır.

Belirtmek gerekir ki, İş Kanunumuzda kabul edilen iş güvencesi sistemi, mahkeme tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde işverene, işçiyi mutlak suretle işe başlatma yükümlülüğü getirmemektedir. Her ne kadar İş Kanunu'nun 21. maddesinde, feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu ifade edilmişse de aynı maddede kesinleşen mahkeme kararı doğrultusunda işe başlamak amacıyla başvuruda bulunan işçiyi işe başlatılmaması

³⁸⁴ Mezkur yasal düzenleme sonrasında hüküm şu şekilde tesis edilmektedir ; “Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğinin, Davacının İşe İadesine, Davacının kararın kesinleşmesinden itibaren 10 işgünü içerisinde işe başlamak üzere işverene başvurması sonrası işverence işe başlatılmaması halinde davacının takdiren 4 aylık ücret tutarındaki tazminat olan net 19.864,08 TL'nin davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin TESPİTİNE, davacı işçinin işe iade için 10 günlük yasal süre içinde işveren başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşeceği tarihe kadar gerçekleşen en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarından oluşan net 17.836,24 TL'nin davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin Tespitine”

³⁸⁵ Ekmekçi/Yiğit, s. 697.

halinde tazminat ödeneceği belirtilerek işverenin işe başlatma hususunda seçim hakkına sahip olduğunu söylemek mümkündür³⁸⁶.

Mahkemece, işçi tarafından açılan davada verilen “feshin geçersizliğinin tespiti” kararındaki “geçersizlik” kavramı hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüş, kesin hükümsüzlük durumunda tarafların beyan ve iradelerine tabi olmaksızın hükmün derhal hüküm ve sonuç doğuracağı, taraflarca sözleşmeden doğan edimlerin yerine getirilmeye devam edilmek zorunda olduğu, fesih tarihi ile mahkeme kararı arasındaki dönem bakımından yasal düzenleme gereği en çok dört aylık ücrete de hak kazanacağı, İş Kanunu düzenlemeleri nazara alındığında geçersizlik kavramının TBK’nın 27. maddesindeki kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) anlamında kullanılmadığı, İş Kanunundaki geçersiz kavramının kendine özgü nitelikte geçersizlik olduğu yönündedir³⁸⁷. Doktrinde ileri sürülen diğer görüşte ise, Kanunda yer alan geçersizlik yaptırımının mutlak butlan olduğu, zira feshin geçersizliğine karar verilmesiyle birlikte işverence yapılan feshin hiç yapılmamış gibi iş sözleşmesi herhangi bir kesintiye uğramadığından hareketle işçinin ücrete hak kazandığı ve bu sayede işverenin işçiye en fazla dört aya kadar boşta geçen zamana ait ücretin ödemek zorunda kaldığı, bir diğer deyişle boşta geçen zamana ait ücretin dayanağının kesin hükümsüzlük yaptırımında bulunduğu ifade edilmektedir³⁸⁸.

II. MAHKEME KARARININ NİTELİĞİ

Medeni Usul Hukuku bakımından davalar talep edilen korumaya ya da sonuca göre çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Talep edilen hukuki korumaya göre davalar, inşai dava, tespit davası veya eda davası olmak üzere üç türe ayrılmaktadır.

HMK’nın 108. maddesine göre, yeni hukuki durumun yaratılması yahut mevcut bir durumun içeriğinin değiştirilmesi ya da ilişkinin ortadan kaldırılması noktasında taraflardan birinin tek taraflı iradesinin yeterli olmadığı veya bu konuda tarafların iradelerinin uyuşmasının mümkün olmadığı, belirtilen hususların ancak mahkeme

³⁸⁶ Centel, İş Güvencesi, s. 212; Süzek, İş Hukuku, s. 647; aksi yönde, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1111.

³⁸⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 648; Tulukçu s. 333, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1111; Centel, İş Güvencesi, s. 212; Yiğit, Yusuf : İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, s. 1160.

³⁸⁸ Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 467.

kararıyla sağlanabildiği durumlarda açılan davaya inşai dava denilmektedir³⁸⁹. Tespit davasında ise, davacı tarafından mahkemeden taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu ya da içeriğinin tespitinin yapılması talep edildiğinden mahkemece, tarafları bir şeyi yapmak ya da bir şeyi yapmaktan men etmeye mahkûm etmeksizin sadece talep doğrultusunda tespitte bulunulmakla yetinilecektir. Davacının, davalıdan bir şey yapılmasını, verilmesini ya da yapılmamasının sağlandığı davalar ise eda davası adlandırılmaktadır³⁹⁰. Her bir dava türünün kendine özgü kurallarının mevcut olması her bir dava türü bakımından verilecek olan kararın niteliği ve cebri icraya konu olup olmayacağı gibi nedenlerle çalışmamızın konusunu oluşturan işe iade davasının hukuki niteliğinin belirlenmesini büyük önem arz etmektedir.

İş hukukumuzda göre gerek işçi gerekse de işveren iş sözleşmesini tek taraflı bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki fesih beyanıyla sona erdirme hak ve imkânına sahiptir. Bir diğer deyişle taraflar bağitlanmış oldukları iş sözleşmesini dava açma zorunluluğuna tabi olmaksızın ileri süreceği irade beyanıyla feshedebileceklerdir. Bu nedenle tarafların aralarındaki sözleşmeyi feshetme veya aralarında yeni bir iş sözleşmesi kurmak amacıyla dava açmak zorunluluğu yoktur. İşe iade davası neticesinde mahkeme tarafından verilecek olan karar taraflar arasındaki iş sözleşmenin feshedilmesi yahut sona eren iş sözleşmesinin yeniden kurulması yönünde bir nitelikte olmadığından işe iade davasının inşai dava olarak nitelendirilmek mümkün görülmemektedir³⁹¹.

İşe iade davasının hukuki niteliği bakımından doktrinde var olan tartışma, bu davanın eda davası mı yoksa tespit davası mı olduğu noktasında toplanmaktadır. Doktrinde ÖZEKES ve GÜZEL tarafından, işçinin bu davayı açmasındaki temel amacının işe dönmek olduğu, bunun da ancak feshin geçersiz olduğunun mahkemece saptanmasının ardından olanaklı olduğu, mahkemece verilecek olan kararın da işe iadeye yönelik olduğu, davanın nitelendirilmesinin davayı açan işçinin bu davayı açmasındaki temel amacına göre değerlendirilmesi gerektiği, her eda davasının özü itibarıyla mutlak anlamda bir tespit hükmünü de içerdiğini belirtilerek, bu davada işçinin talebinin ikinci

³⁸⁹ Kuru, s. 151; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 208.

³⁹⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.209.

³⁹¹ Manav, Şartları ve Yargılama Usulü, s. 82; Yılmaz, Ejder : İşe İade Davasında Verilen Hükmün İcraya Konulması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, İstanbul, Mart 2010, s. 48; Özekes, İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddeleri, s. 495; aksi yönde, Özbek, Mustafa Serdar/Ertan, Emre : İşe İade İlâmlarının İcrasında Kesinleşme Şartı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 43, 2020, s. 63.

kısmı olan boшта geçen zamana ait ücreti bakımından İş Kanunu'nun 21/3 maddesinde açıkça “ ücret ve diğer hakları ödenir” denilmesi suretiyle açıkça ödeme yapılmasının kastedildiği, maddenin devamında yer alan “ işveren işçiyi ... işe başlatmak zorundadır” şeklindeki ifadenin de kanun koyucu tarafından işverence bir şeyi yapmayı zorunlu kıldığı, işe başlatmama tazminatının her ne kadar şarta bağlı bir alacak olsa dahi şarta bağlı hüküm verilemeyeceğine dair mutlak bir kanun düzenlemesi olmadığından hatta Yargıtay'ın şarta bağlı hükme olanak tanıyan kararlarının da olduğunu belirterek bu durumun davanın türüne etkisi olmadığı ifade edilerek işe iade davasının özel nitelikteki eda davası olarak kabul edilmektedir³⁹².

İşe iade davasının niteliği gereği tespit davası olduğunu savunan yazarlar ise; davanın niteliğinin asıl talebe göre değerlendirilmesi gerektiği İş Kanunu'nun 21. maddesinde “... mahkemece veya özel hakem tarafından *tespit edilerek*...” ibaresinin yer aldığı, mahkemece yapılacak yargılama neticesinde kanun düzenlemesi gereğince feshi geçersiz sayarak iş ilişkisinin devamı yönünde tespitte bulunulmasının zorunlu olduğunu belirtilmiştir. İşe iade davalarındaki asli talebin feshin geçersizliğin tespiti olduğu, işe başlatılmama tazminatı ile boшта geçen zamana ait ücret alacağı taleplerinin ise ancak asıl istemin kabulüne bağlı olduğu, bu taleplerin mezkûr davaya özgü kanuni düzenleme gereği ikincil ve zorunlu unsur olduğu, kaldı ki kanun düzenleme de bu alacakların tahsiline karar verileceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmediğinden işe iade davasının eda davası olarak nitelendirmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedirler³⁹³. Bu durumda mahkemece, fesih geçersizliğiyle işe iade ve ayrıca 21. madde kapsamında ödenmesi gereken ücret ve sair hakların tespiti yönünde karar verilmesi gerekmektedir³⁹⁴. Medeni Usul Hukuku ile İcra ve İflas Hukuku bakımından mahkemenin dava sonucu vereceği eda hükmünün mutlaka yerine getirilmesi gereken bir emir olduğunu, bu kapsamda işe iade davası neticesinde tesis edilen kararın eda hükmü olarak değerlendirilmesi halinde işçinin mutlak suretle işe döndürülmesi gibi bir durumun

³⁹² Özkes, İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, s. 136; Güzel, Yasal Esasların Değerlendirilmesi, s. 106; Özkes, Muhammet : 7036 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s. 67-68.

³⁹³ Kar, Bektaş : İşe İade Davasında Yargılama Hukuku Sorunları, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, S. 1, Ankara, 2008, s. 93; Yılmaz, Ejder : İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 4, İstanbul, Aralık 2006, s. 26.

³⁹⁴ Yılmaz, Yargılama Usulü, s. 26; Akı, Erol/Altıntaş, H. Olcay/ Bahçivancılar, İbrahim : Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, s. 136.

gerektiği ancak İş Kanunu’nun işverene, işçiyi işe iade ile tazminat-ücret ödeme arasında bir seçimlik hak tanıdığından bahisle bu davanın eda davası olarak kabulüne engel olduğunu belirtmektedirler³⁹⁵.

Belirtmek gerekir ki Yüksek Mahkeme 7036 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde de yürürlüğe girdikten sonraki dönemde işe iade davasının tespit davası niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme kararlarında “*işe iade davasında kurulacak hüküm tespit hükmü niteliğindedir*” demek suretiyle bu husustaki görüşünü açıkça ifade etmektedir³⁹⁶. Bu nedenledir ki mahkemece verilen hüküm, yargılama giderlerine ilişkin hükümleri saklı kaymak kaydıyla³⁹⁷ ilamlı icraya konu yapılamayacak, bir diğer deyişle işçi, işe iade yönündeki mahkeme kararına dayalı olarak işe başlamasını cebri icra yoluyla sağlayamayacaktır³⁹⁸.

Mahkemelerce işe iade davası sonunda tesis edilen hükmün tespit niteliğinde olması, hükümde gerek boşa geçen zamana dair ücretin gerekse de işe başlatmama tazminatının meblağ olarak belirlenmeyerek sadece süre olarak belirlenmesi birtakım sorunlara yol açmakta özellikle işçi ile işveren arasındaki alacak miktarlarının belirlenmesi ve tahsili konularında ortaya çıkan ihtilaflar taraflar arasında yeni davaların açılmasına sebebiyet vermektedir. İşverenin mahkeme kararın kesinleşmesinin ardından işçiyi işe başlatmaması durumunda işçi tarafından işe iade kararının tespit niteliğinde olması ve parasal haklar bakımından eda hükmünün bulunmamasından kaynaklı olarak ilamlı icra takibi yapılamamakta, mezkûr alacakların tahsiline yönelik ya ilamsız icra takibi ya da yeni bir eda davası açılması zarureti ortaya çıkmaktaydı. Belirtilen nedenlerle uygulamada neredeyse her bir işe iade davası yeni bir alacak davası yahut itirazın iptali davası açılmasına sebebiyet verir hale gelerek taraflar arasındaki hukuki ihtilafın senelerce sürer hale gelmiştir.

Söz konusu durumun yargıda meydana getirdiği iş yükünün bertaraf edilmesi, davanın tarafları için oluşturduğu dezavantajlı durumlarla iş yargılamasında yaşanan

³⁹⁵ Yılmaz, İcra Takibine Konulması, s. 49.

³⁹⁶ Yarg. 22. HD, 23.01.2017, E. 2017/799 K. 2017/667, Yarg. HGK, 25.06.2008, E. 2008/12-451 K. 2008/453, Yarg. 9. HD, 18.02.2021, E. 2021/586 K. 2021/4281.

³⁹⁷ Yarg. HGK, 25.06.2008, E. 2008/12-451 K. 2008/453.

³⁹⁸ Yılmaz, İcra Takibine Konulması, s. 48; Özkes, Muhammet : İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, İstanbul, Aralık 2006, s. 33.

aksaklıkların giderilebilmesi amacıyla Adalet Bakanlığı tarafından 23.06.2016 tarihinde İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı³⁹⁹ hazırlanmıştır. Mezkûr tasarı, 12.10.2017 tarihinde TBMM Genel Kurulu tarafından 6235 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda yapılması öngörülen bazı düzenlemelere ilişkin değişiklik (m. 19, 20, 22, 25, 28) ile görev ve yetkiye ilişkin hükümlerde ve yürürlük maddesinde yapılan değişikliklerle birlikte kabul edilerek 25.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu olarak Resmî Gazete yayımlanmıştır⁴⁰⁰.

7036 sayılı Kanunun 12. maddesi ile İş Kanunu’nun 21. maddesine “*Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkra da düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkra da düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler*” yönünde 4. fıkra eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre işe iade yargılamasını yapan mahkemece işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen zamana ait ücret meblağ belirtilmeksizin sadece ay üzerinden değil, açıkça meblağ olarak hüküm altına alınacaktır.

Bahsi geçen düzenlemeyi içeren 7036 sayılı Kanunun 12. maddesinin gerekçesinde yer alan, alacak ve tazminatın parasal olarak belirleneceği, işe başlatılmama halinde karardaki hüküm altına alınan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkân tanınmaktadır yönündeki ibarenin işe iade davasının hukuki niteliğine etkisi olup olmadığı, bir diğer deyişle doktrinde baskın olarak savunulan ve Yargıtay tarafından da kabul edilen işe iade davasının tespit davası olduğu yönündeki düşüncenin bu kanun değişikliğinden etkilenip etkilenmediği hususunun üzerinde durulması gerekmektedir.

Doktrinde Süzek tarafından, 7036 sayılı Kanunla yapılan düzenlemede, İş Kanunu’nun 21/1 maddesindeki “mahkemece tespit edilerek” yönündeki ibarenin aynen korunduğu, kanun değişikliği kapsamında eklenen 4. fıkra da ise eda hükmünün kurulacağı yahut ilamlı icra takibine gidilebileceğine dair bir düzenlemenin yapılmadığını, mahkemece boşta geçen zamana ait ücret ve işe başlatmama tazminatı bedel olarak hüküm altına alınacağı düzenlenmiş ise de bu alacakların tamamının doğumunun şarta bağlı olmaya devam ettiği alacakların gerek süre olarak gerekse de

³⁹⁹İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Karşılaştırmalı Tablo, 2016, <http://www.adalet.gov.tr/tasarilar/20160323-isMahkemeleriKanunuTasarisi-ikiliTABLO-istinaftansonra.pdf> (12.01.2019).

⁴⁰⁰Köme Akpulat, s. 31.

parasal olarak belirlense de mahkemece yapılacak olan esas işlemin feshin geçerliliğinin tespiti olduğunu belirtmiştir⁴⁰¹. Yapılan kanun düzenlemesinin özü itibariyle tespit davasına, gerçekleştirmeleri şarta bağlı ikincil sonuçlar olarak şarta bağlı eda hükmünün eklenmesine rağmen işe iade davasının halen tespit niteliğini koruduğunu ifade etmektedir⁴⁰². Mahkemece yapılacak yargılama neticesinde işe başlatmama tazminatını ile boşta geçen zamana ait ücretin kayıtsız şartsız ödenmesine karar verilmesinin mümkün olmadığı, alacakların şarta bağlı eda hükmü niteliğinde olduğundan şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ancak yargılama konusu olabileceğinden mezkûr mahkeme kararının ilamlı icraya konu yapılmasının da mümkün olmadığını, ilamlı icraya konu yapılamayacak bir ilamın da eda davası olarak değerlendirilemeyeceğini bu ilamın ancak ilamsız icraya konu olabileceğini ifade edilmektedir⁴⁰³.

Yine yapılan kanun değişikliğinin temel amacının işe iade davasının mali sonuçlarının parasal olarak belirlenerek ilamlı icra takibine başvurulmasını temin etmek olsa da, mevcut değişikliğinin bu sonucu doğurmaya elverişli olmadığı, kanun değişikliğine rağmen işe başlatmama tazminatının ve boşta geçen zamana ait ücretin şarta bağlı niteliğinin devam ettiği, bu kararın eda niteliğini taşıdığının kabulü halinde mahkeme ilamı gereği işverene geçerli bir başvuru olup olmadığı, işçinin samimi olup olmadığı vb. yargısal faaliyetin konusu olan hususların icra dairesi ya da icra hukuk mahkemesi tarafından incelenmesinin mümkün olmadığı gerekçeleri de, işe iade hükmünün tespit niteliğine sahip olduğu görüşüne dayanak yapılmaktadır⁴⁰⁴.

Doktrinde GÜZEL tarafından, işe başlatılmama halinde mahkeme kararında belirtilen miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebileceği belirtildiğinden bu ihtimalde icra takibinin başlatılabileceği, bu zamana kadar gerek doktrinde çoğunlukla gerekse Yargıtay uygulamasında kabul edilen işe iade davasının tespit davası olduğu yönündeki görüşün geçerliliğini yitirerek davanın artık eda davası olduğunun kabul

⁴⁰¹ Süzek, Sarper : İşe İade Davalarında Yargı Kararı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018, S. 40, s. 15.

⁴⁰² Süzek, İş Hukuku, s. 645.

⁴⁰³ Süzek, Yargı Kararı s. 16.

⁴⁰⁴ Astarlı, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s. 46; Kar, Bektaş : 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler, İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk Konferansı, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara: 2018, s. 33.

edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁰⁵. Yazar tarafından, kanun değişikliğinin gerekçesinde açıkça tazminat ve alacakların doğrudan doğruya icra takibine konu yapılacağı belirtilirken bir diğer deyişle ilgili alacaklar bakımından mahkemece eda hükmü verileceği ifade edilmeye çalışırken diğer yandan İK m. 21/1 hükmünde yer alan “tespit edilerek” ibaresinin aynen korunmasının da hatalı olduğu da ifade edilmektedir⁴⁰⁶.

7036 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde de işe iade davasının özel nitelikteki bir eda davası olduğunu savunan ÖZEKES, yapılan değişiklikle artık işe iade davasının tespit hükmü olduğu görüşünün savunulmasının güçleştiğini ifade ederek eski görüşünü sürdürmüştür. Kanunun gerekçesinde her ne kadar doğrudan icra takibine olanak sağlandığının ifade edilmesine karşın icra takip türünün belirtilmediği ancak gerekçede “yeni takip ve davaların önüne geçebilmesinin amaçlandığı” ifadesinin yer aldığı, “ilamların genel haciz yoluyla (ilamsız) icra takibine konu edilmesinin mümkün olmadığı ancak ilamlı icraya konu edileceği yönündeki Yargıtay’ın 26.05.2017 tarihli E. 2 K. 3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı da göz önüne alındığında gerekçede belirtilen durumun ancak ilamlı icra takibiyle mümkün olduğunu, bu sebeple de işe iade davası sonucunda verilecek olan hükmün eda hükmü olarak kabul edilmesinin gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca yazar tarafından, aynı kanun düzenlemesiyle işe iade taleplerinde zorunlu olarak düzenlenmesi buna bağlı olarak arabuluculuk anlaşmasının özel olarak düzenlendiği, arabuluculuk anlaşmasının geçerli olabilmesi için parasal haklar bakımından açıkça miktarın belirlenmesi gerektiği, arabuluculuk tutanaklarının icra edilebilirlik şerhi ile ilamlı icraya konu olurken aynı konudaki mahkeme kararının ilamlı icraya konu edilemeyeceğinin ileri sürülmesinin düşünölemeyeceğini, aksinin kabulü halinde mahkeme kararıyla doğrudan doğruya elde edilemeyecek olan sonucun arabuluculuk anlaşmasıyla elde edilmesinin çelişkiler oluşturacağını, yeni düzenleme karşısında özellikle parasal haklarla ilgili kısmın ilamlı icra konusu yapılabileceği ifade edilerek, bu sebep nedeniyle de işe iade davasının eda davası niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Güzel, Aykırı Düşünceler, s. 1144; Tulukçu, s. 295; Narmanlıoğlu, Yeni Çerçevesi, s. 20 “...davaya bakan mahkeme işveren tarafından yapılan feshin kanuni gereklere aykırı olduğu kanısına ulaşırsa feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verecektir”.

⁴⁰⁶ Güzel, Aykırı Düşünceler, s. 1144.

⁴⁰⁷ Özekes, Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, s. 69-71; Ekmekçi, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, s. 18, Ekmekçi/Yiğit, s. 714.

III. GEÇERSİZ FESHİN SONUÇLARINA İLİŞKİN KANUN HÜKÜMLERİNİN NİTELİĞİ

İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrasında “ *bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, 21. maddenin ilk üç fıkrasında yer alan, feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçinin başvurusu üzerine işçinin işverence işe başlatılmaması durumunda ödeyeceği işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen zamana ait ücretin ödenmesine ilişkin düzenlemeler kesin niteliktedir.

Kanun koyucu tarafından, İş Kanunu’nun 21. maddesinin ilk üç fıkrasındaki düzenlemelerin taraflarca değiştirilmesine “hiç bir suretle” izin verilmemiş olduğundan, bu hükümlerde sadece işveren lehine değil aynı zamanda işçi lehine de değişiklik yapılması imkânsız hale getirilmiş, böylece bu hükümler mutlak emredici nitelik kazanmıştır⁴⁰⁸. Belirttiğimiz bu husus mevcut kanuni düzenlemenin gerekçesinde, maddede düzenlenen tazminatların sözleşmelerle arttırılmaması için bunların değiştirilemeyeceğinin vurgulandığı şeklinde ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, tarafların sadece işe iadenin hukuki sonuçları olan işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen zamana ait ücret ilişkin değil, aynı zamanda işe iade kararına bağlı olarak belirledikleri cezai şart vb. ek ödemelerin de, İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrası kapsamında geçersiz olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁴⁰⁹. Böylece tarafların, kanunun mutlak emredici olarak benimsediği işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen zamana ait ücretini, cezai şart vb. ek ödemelerle aşması, kanun hükümlerinin dolanması engellenmektedir.

Bahsi geçen kanuni düzenlemenin Anayasa’da düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti ile toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkına aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuşsa da, Anayasa Mahkemesi 2003/66 E. 2005/72 K. 19.10.2005 tarihli kararıyla, mezkûr düzenlemeyle, işçilerin zor durumda kalmasından faydalanılarak, 21. maddedeki hakların sözleşmeyle ortadan kaldırılmasının

⁴⁰⁸ Ekmekçi/Yiğit, s. 712; Centel, İş Güvencesi, s. 30; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 586.

⁴⁰⁹ Yarg. HGK, 02.11.2022, E. 2021/830 K. 2022/1426.

veya daraltılmasının engellenmesinin amaçlandığı, böylece işçi ve işveren arasında Anayasanın 13. maddesindeki ölçülere uygun nitelikte denge oluşturulduğu belirtilerek iptal istemi reddedilmiştir.

İş Kanunundaki birçok düzenleme nispi emredici nitelikte olduğundan tarafların anlaşarak işçi lehine birtakım düzenlemeler yapabilmesine rağmen, 21. maddedeki bu düzenlemenin İş Kanunu'nun genel amacına uygun düşmediği, işe başlatmama tazminatı miktarının artırılması suretiyle işçinin işe iadesinin temini bakımından önemli bir etken olabilecek bir ihtimalin ortadan kaldırıldığı, özellikle uygulamada işe iade davasının kanunda belirlenen zaman zarfında sona ermemesine rağmen boşa geçen zamana ait ücretin kanunda 4 ayla sınırlandırılması nedeniyle bakiye dönem bakımından işçinin uğradığı zararı gidermesinin de bu düzenleme nedeniyle mümkün olamaması eleştirilere konu olmaktadır⁴¹⁰.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasında sadece aynı maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları bakımından düzenleme getirilmiş olduğundan kanunun 18. maddesinde yer alan iş güvencesinin kapsamına ilişkin koşullar bakımından kanunun yasaklayıcı bir düzenleme getirmediği, iş güvencesinin kapsamında ilişkin koşulların nispi emredici nitelikte olduğu, bu konuda taraflar arasında işçi lehine olacak şekilde düzenlemeler yapılabileceği kabul edilmektedir⁴¹¹. Bu kapsamda tarafların iş sözleşmesine yahut toplu iş sözleşmesine⁴¹² koyacakları hükümlerle, İş Kanunu'na kapsamında olmayan işlerde dahi iş güvencesine dair hükümlerin uygulanabileceğini, otuz işçi koşulunun ve altı aylık kıdem şartının işçi lehine değiştirilebilmesinin mümkün olduğu Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir⁴¹³.

İş güvencesinin kapsamının düzenlendiği 18. maddede yer alan, otuz işçi koşulu ile altı aylık kıdem şartının nispi emredici nitelikte olmadığı, aksi kararlaştırılmayacak hükümlerin sadece işe iadenin mali sonuçlarına ilişkin gibi düzenlenmişse de, bu hükmün

⁴¹⁰ Duran, Abdurrahman : Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi "Geçersiz Sebep ile Yapılan İşin Sonuçları", İHSGHD, 2004, C. 1, S. 3, s. 814, Güzel, Yasal Esasların Değerlendirilmesi, s.44 ; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 327.

⁴¹¹ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 60; Centel, İş Güvencesi, s. 30.

⁴¹² Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 63.

⁴¹³ Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı, s. 60; Yarg. 9. HD, 14.06.2016, E. 2016/13363 K. 2016/14311; Yarg. 9. HD, 04.12.2014, E. 2014/25001 K. 2014/36926; Ekmekçi/Yiğit, s. 712; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 586; Centel, İş Güvencesi, s. 30.

iş güvencesi düzenlemelerine yönelik genel bir yaklaşımı barındırdığı, parasal sonuçların mutlak emredici olarak düzenlendiği sistemde iş güvencesine ilişkin şartların da mutlak emredici olarak kabulünün gerektiği aksi görüş olarak ileri sürülmektedir⁴¹⁴.

IV. İŞE İADE KARARININ UYGULANMASI

A. İşçinin İşe Başlamak Amacıyla İşverene Başvuruda Bulunmaması

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrasındaki düzenlemeye göre, feshin geçersizliğinin mahkeme yahut özel hakem kararınca tespit edilmesi halinde, kesinleşen kararın tebliğinden itibaren işçi, on iş günü içinde işe başlamak amacıyla işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Böylece kanun koyucu, kararın kesinleşmesinin ardından işverenin doğrudan doğruya işçiye işe başlatması yönünde bir düzenlemeye yer vermemiş, işçinin bu konudaki talebini şart koşmuştur.

İşçi tarafından açılan davada lehine karar verilerek işverence yapılan feshin geçersiz olduğuna karar verilmesine rağmen, işe başlamak amacıyla işverene başvuru yapmaması da mümkündür. İşçi tarafından, kesinleşen mahkeme kararına rağmen işe başlamak amacıyla işverene başvuru yapmamasının sonucu İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, işçi tarafından on iş günlük zaman zarfında işverene başvuruda bulunulmazsa, işveren tarafından yapılan fesih artık geçerli fesih sayılarak işveren sadece geçerli feshin hukuki sonuçlarından sorumlu olacaktır.

İşçi tarafından işverene başvuru yapılmaması halinde, işçi hem işe başlatmama tazminatına hem de boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanamayacaktır. Sadece işçinin işverene başvurmaması halinde değil işçinin on iş günlük süreyi geçirdikten sonra başvuru yapması halinde de ortada geçerli bir başvurudan söz etmek mümkün olmadığından işe iadenin mali sonuçlarından faydalanması mümkün olmayacaktır⁴¹⁵.

İşçi tarafından başvuru yapılmaması durumunda kanun düzenlemesi çerçevesinde işverence yapılan fesih geçerli hale geldiğinden mahkeme kararına rağmen taraflar arasındaki iş sözleşmesi fesih tarihi itibarıyla geçerli nedenle sona ermiş sayılacaktır. Bu nedenle işveren tarafından, koşulları varsa fesih tarihi itibarıyla belirlenen ücret ve hizmet

⁴¹⁴ Ekmekçi/Yiğit, s. 712.

⁴¹⁵ Yarg. 9. HD, 10.01.2023, E. 2022/15482 K. 2023/99.

süresi esas alınarak daha önce ödenmemişse ihbar ve kıdem tazminatının işçiye ödenmesi gerekecektir⁴¹⁶.

Kanunda belirlenen süre içerisinde işe başlamak amacıyla işverene başvuruda bulunan işçinin, yaptığı bu başvuruyu geri alması, rücu etmesi mümkündür. Bu ihtimalde, işçinin İş Kanunu'nun 25. maddesinin 6. fıkrasına göre başvuruda bulunmamış gibi değerlendirilmesi gerekmektedir⁴¹⁷.

B. İşçinin İşe Başlamak Amacıyla İşverene Başvuruda Bulunması

1. Başvurunun Kapsamı ve Süresi

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrasına göre, işçinin kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekmektedir. İşçinin, mahkemece tesis edilen işe iade kararından ve işe iadenin mali sonuçlarından faydalanabilmesi için kanunda belirlenen süre zarfından yeniden işe başlamak amacıyla işverene başvuruda bulunması gerekmektedir. İşveren bakımından da işçiyi işe başlatma zorunluluğunun doğması için işçi tarafından usulüne uygun şekilde yapılan başvurunun varlığı gereklidir.

Belirtmek gerekir ki, işçi sadece işe başlamak amacıyla işverene başvuru yapma hakkına sahiptir. Kanun koyucu tarafından işçiye, işe başlamak yerine tazminat talep etme imkanı verilmediğinden işçi tarafından işe iade yerine tazminat, boşta geçen zamana ait ücret, başkaca herhangi bir talepte bulunma hakkı söz konusu değildir. Yani işçinin seçimlik yetkisi mevcut değildir⁴¹⁸. Bu nedenle, işçi tarafından kanunda verilmiş olan yetkinin haricinde işe iade talebi haricinde tazminata ilişkin taleplerinin ileri sürülmesi durumunda yapılacak olan başvuru geçersiz olarak kabul edilecek ve işveren işçinin taleplerini yerine getirmememe hakkına sahip olduğu gibi, 10 iş günlük kanuni sürenin dolmasının akabinde de işverence yapılan fesih geçerli hale gelecektir⁴¹⁹.

İşçi tarafından yapılacak olan başvuruda, işçinin samimi olması gerekmektedir. Yani işçi, yaptığı bu başvuruyu sadece kanundan doğan biçimsel, formel bir yükümlülüğü

⁴¹⁶ Yarg. 9. HD, 25.10.2022, E. 2022/10044 K. 2022/13134; Yarg. 9. HD, 01.02.2021, E. 2019/8265 K. 2021/2936.

⁴¹⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1119.

⁴¹⁸ Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 121.

⁴¹⁹ Sarıbay, s. 198; Canbolat, Dürüstlük Kuralı, s. 122.

getirme amacıyla değil tamamen işe başlama niyet ve iradesiyle yapmış olması gerekmektedir⁴²⁰. Yani işçi, işveren tarafından işe davet edildiğinde, işe başlama ve yeniden aynı işyerinde aynı şartlarda çalışma iradesinin olduğunu ortaya koyması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle işe başlama niyeti olmamasına rağmen sadece işe iadenin mali sonuçlarından faydalanmak için yapılan başvuru geçerli bir başvuru olarak kabulü mümkün değildir⁴²¹. Zira işe başlamayı hedeflemeyen bir başvurunun kanun düzenlemesiyle bağdaşmasının mümkün olmadığı gibi, sadece şeklen var olan bu yöndeki başvuruya hukuki sonuç bağlamak kanunun amacına uygun olmayacaktır⁴²². İşe başlamak amacıyla işverene başvuruda bulunan işçinin, aynı zamanda başka bir işveren nezdinde çalışıyor olması, başvurusunu geçersiz hale getirmesi mümkün olmadığı gibi bu durum işçinin başvurusunun samimi olmadığı sonucunu da doğurmayacaktır⁴²³.

Kanunda, düzenlenen bu on iş günlük süre, niteliği itibariyle hak düşürücü süredir⁴²⁴. Bu nedenle işçi tarafından işverene on iş günlük süre içerisinde başvuruda bulunup bulunmadığı hususu hâkim tarafından tarafların talebi olmaksızın kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. On iş günlük başvuru süresinin, İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrasında yer alan “işe iade ile ilgili kanun düzenlemesinin aksinin sözleşmeyle kararlaştırılmasının mümkün olmadığı, yapılan sözleşmelerin geçersiz olduğu” yönündeki düzenleme kapsamında kalmadığından, başvurusu süresinin nispi emredici nitelikte olduğu, tarafların anlaşmasıyla on iş günlük başvuru süresinin işçi lehine artırılabilmesi kabul edilmektedir⁴²⁵.

Kanuni düzenleme doğrultusunda işçi, feshin geçersizliğine dair mahkeme ya da hakem kararının verildiği tarihten itibaren değil ancak verilen kararın kesinleşmesinin ardından başvuruda bulunması gerekmektedir. İşçi tarafından işverene kararın kesinleşmesinden evvel başvuruda bulunulması durumunda yapılan bu başvuru geçerli

⁴²⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 213; Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s. 566; Elbir, Nazlı : Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu Ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S.1, 2020, s. 146.

⁴²¹ Yarg. 9. HD, 19.04.2016, E. 2014/33058 K. 2016/9957; Yarg. 9. HD, 16.06.2010, E. 2008/35175 K. 2010/19236; Yarg. 22. HD, 15.12.2016, E. 2015/14162 K. 2016/27896, Yarg. 9. HD, 10.01.2023, E. 2022/15482 K. 2023/99.

⁴²² Narmanlıoğlu, Ünal : İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül, 2010, s. 13.

⁴²³ Ekmekçi/Yiğit, s. 701; Elbir, s. 147; Yarg. HGK, 16.05.2018, E. 2015/7-1828 K. 2018/1093; Sakarya BAM 9. HD, 19.02.2020, E. 2019/3498K. 2020/226.

⁴²⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 216; Süzek, İş Hukuku, s. 657.

⁴²⁵ Akyiğit, İş Güvencesi, s. 317.

olmadığından işveren tarafından işçinin işe başlatılması gibi bir yükümlülüğün doğması mümkün değildir⁴²⁶. Bu bakımdan işçinin, kesinleşen kararın tebliğinden itibaren yeniden usulüne uygun başvuruda bulunması gerekmektedir⁴²⁷.

Mahkeme kararlarının kesinleşmesi birden fazla şekilde meydana gelecektir. Bu şekillerden ilki mahkemece verilen kararın tebliğ tarihinden itibaren kanunda düzenlenen süre içinde istinaf kanun yoluna başvurulmaması ihtimalidir. Bu durumda istinaf kanun yoluna başvurma süresinin bitimiyle birlikte karar kesinleşmiş olsa dahi işçinin işverene başvurması için mahkemece kesinleşme şerhinin yapılarak tebliğ edilmesi gerekecektir. Söz konusu düzenlemenin HMK düzenlemelerine uymasa bile⁴²⁸ özellikle işçinin diğer tarafın kanun yoluna başvurulup başvurulmadığının sürekli bir şekilde takip etmesinin oldukça güç olmasından ötürü kanun koyucu işverene yapılacak olan başvuru tarihini kesinleşen kararın tebliğinden itibaren başlatmaktadır⁴²⁹.

Kararın kesinleşmesinin bir diğer şekli ise taraflardan birinin yerel mahkeme tarafından tesis edilen kararın istinaf edilmesi üzerine, istinaf istemi hakkında Bölge Adliye Mahkemesi tarafından karar verilmesidir. Zira bölge adliye mahkemesi tarafından işe iade konusunda verilecek olan karar 4857 sayılı Kanun'un 20 maddesinin 3. fıkrasına göre kesin niteliktedir. HMK'nın 302. gereğince karara ilişkin kesinleşme şerhi ve kesinleşen kararın taraflara tebliği ilk derece mahkemesince yapılacaktır. Söz konusu tebliğ edilen karar kesin nitelikte olduğundan, işçinin işverene başvurması gerekli on iş günlük süre, tebliğden itibaren başlayacaktır. Ayrıca söz konusu on iş günlük hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi kesinleşen kararın davacı işçiye tebliğ tarihi olup, davalı işverene yapılan tebligatın tarihinin önemi bulunmamaktadır⁴³⁰.

İşe iade davasının vekille takip edilmesi durumunda kesinleşen kararın tebliğinin Tebligat Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca tebligatın vekile yapılması zorunluluğu mevcut olduğundan tebligatın asile yapılması durumunda hak düşürücü süre başlamayacaktır. Bu durumda süre, davayı takip eden avukata yapılan tebligatla veya

⁴²⁶ Yarg. 9. HD, 22.11.2006, E. 2006/1148 K. 2006/30849.

⁴²⁷ Ekmekçi/Yiğit, s. 701.

⁴²⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanununda, istinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararların taraflara tebliği gibi herhangi bir usul bulunmamaktadır.

⁴²⁹ Çil, Şahin : Kesinleşen İş Davasının Sonuçları, 2008, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, S. 1, s. 45.

⁴³⁰ Yılmaz, Ejder : İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, Sicil İş Hukuku Dergisi , S. 17, İstanbul, Haziran 2009, s. 129.

avukatın, doğrudan davacı işçiye yapılan tebligatı öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır⁴³¹. İşe iade kararının kesinleştiğinin işçi ya da vekili tarafından haricen UYAP sisteminden görmüş olmaları veya haricen öğrenmiş olmaları başvuru süresini başlatmayacaktır⁴³².

İşçi tarafından işverene yapılacak olan başvuru süresinin hesaplanmasında özel bir düzenleme yer almamasından ötürü sürenin hesaplanmasında HMK ve TBK hükümleri uygulanacağından kararın tebellüğ edildiği tarih sayılmayacak, süre tebellüğ tarihinin bir sonraki günden itibaren başlayacak ve onuncu günün sonunda süre dolmuş olacaktır. Sürenin son gününün tatil gününe denk gelmesi halinde ise süre tatilin ertesindeki ilk iş gününün sonunda sona ermiş olacaktır⁴³³.

İşçinin işverene başvurması gerekli on iş günlük hak düşürücü süre açıkça kanun koyucu tarafından iş günü olarak belirtilmiştir. Bu durumda cumartesi ve/veya pazar günlerinin süre hesabında nazara alınıp alınmayacağı önem arz etmektedir. Öğretide ilgililerin ancak resmi makamlar aracılığıyla yapabilecekleri işler bakımından cumartesi ve pazar günlerinin süreye dahil edilmemesi, resmi makamlar aracılığı olmaksızın yapılabilecek işlemler bakımından ise sadece Pazar gününün süreye dahil edilmemesi gerektiği işe iade başvurusunun resmi makamlar aracılığı olmaksızın yapılabileceğinden iş gününün hesaplanmasından sadece Pazar günlerinin süreye dahil olmayacağı ifade edilmektedir⁴³⁴.

Yüksek mahkeme de işe iade başvurusu bakımından sürenin hesaplanmasında sadece Pazar günlerinin on iş günlük hak düşürücü süreye dâhil edilmediğini ifade etmektedir⁴³⁵. Ancak belirtmek gerekir ki bu hesap yöntemi, benzer konulardaki iş günlerinin hesaplanmasına dair kararlarıyla çelişmektedir. Zira Yüksek Mahkeme, kararlarında iş gününü, “*işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak*⁴³⁶” kabul etmiştir. Yani Yargıtay, iş günü hesabında işyerindeki çalışılan günlerin hangi günler

⁴³¹ Uçum, Mehmet : İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s.79, Çelik, s. 215.

⁴³² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 565.

⁴³³ Sarıbay, s. 200.

⁴³⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 214.

⁴³⁵ Yarg. 9. HD, 17.05.2010, E. 2008/25997 K. 2010/13749.

⁴³⁶ Yarg. HGK, 01.03.2017, E. 2015/7-3373 K. 2017/377; Yarg. 9. HD, 25.04.2016, E. 2014/38099 K. 2016/10305; Yarg. 22. HD, 16.01.2017, E. 2015/16218 K. 2017/176.

olduğunu tespit ederek cumartesi ve Pazar günü çalışılmaması durumunda bu iki günü de iş günü hesabına dahil etmezken sadece Pazar günü çalışılmayan işyerinde ise sadece Pazar gününü hesaplama dışı bırakmaktadır. Bu bakımından her bir somut olayda işyerinin çalışma koşulları tespit edilerek iş günü süresinin belirlenmesi gerekmektedir⁴³⁷.

İşçi tarafından yapılan başvurunun süresinde yapılmış sayılabilmesi için işçinin on iş gününün içinde başvurusunu yapmış olmakla beraber, ilgili başvurunun yine on iş günü içinde işverene ulaşması bir diğer ifadeyle işverenin hâkimiyet alanına girmiş olması da şarttır. Burada önemli olan husus işveren tarafından on iş günlük sürede işverenin hâkimiyet alanına ulaşması söz konusu olup işverenin öğrenmesi mutlak olarak zorunlu değildir⁴³⁸. Ayrıca bu durumda, işçinin, makul bir süre içerisinde normal şartlarda işverene ulaşacağını düşünerek yapmış olduğu başvuruda çeşitli tebligat sorunları nedeniyle geç ulaşmasının külfetinin işçiye yüklenemeyecektir⁴³⁹. Ancak işçinin, postanın muhatabına ulaşacağı makul ve mutlak zamanı göz önünde bulundurarak başvurusunu yapması gerekmektedir. İşçinin başvurusunda, başvurunun işverenin hâkimiyet alanına girmesinden ziyade, işçinin notere ve posta idaresine başvuru tarihinin esas alınması gerektiği bu konuda ileri sürülen bir başka görüştür⁴⁴⁰.

2. Başvuru Şekli

İş Kanunu'nda işçinin işverene başvurması gerektiği ifade edilmişse de yapılması gereken bu başvuruya ilişkin yöntem ve şekil şartı öngörülmemiş, bir diğer deyişle başvurunun nasıl yapılması gerektiğine dair kanun koyucu tarafından bir düzenleme getirilmemiştir⁴⁴¹. İş Kanunu'nun 109. maddesinde, kanunda öngörülen bildirimlerin imza karşılığında yazılı olarak yapılması gerektiği hüküm altına alınmışsa da mezkûr kanun düzenlemesinin geçerlilik şekli değil ispat şeklini düzenlemiş olduğu kabul edildiğinden işçi tarafından işverene yazılı bir şekilde başvuruda bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁴².

⁴³⁷ Akyiğit, İş Güvencesi, s. 317.

⁴³⁸ Canbolat, Dürüstlük Kuralı, s. 115; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 319.

⁴³⁹ Canbolat, Dürüstlük Kuralı, s. 115; Yarg. 9. HD, 26.05.2021, E. 2021/5301, K. 2021/9585; Bursa BAM 3. HD, 07.04.2022, E. 2020/629 K. 2022/690; İstanbul BAM 26. HD, 29.12.2020, E. 2018/2802 K. 2020/2385, İzmir BAM 15. HD, 18.12.2020, E. 2018/2098 K. 2020/1467, Ekmekçi/Yiğit, s. 701, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1119.

⁴⁴⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 215.

⁴⁴¹ Narmanlıoğlu, İşe Başlamayan İşçinin, s. 13.

⁴⁴² Akyiğit, İş Güvencesi, s. 316, Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 349,

İşçi bu kapsamda ister dilekçe ile ister mektup ile ister noter aracılığıyla göndereceği taleple, isterse de e-posta, sms, telefon vb. her türlü iletişim aracıyla yazılı ya da sözlü bir şekilde işverene başvurabilme hakkına sahiptir⁴⁴³. Buradaki önemli olan husus, işçi tarafından kanunda belirlenen süre içerisinde işe başlama yönündeki iradesinin işverene gösterilmesidir. İş sözleşmesi haksız feshedilen işçinin işverene yazılı şekilde başvurma zarureti bulunmayan işçi hak düşürücü süre içerisinde işverene başvurmuş olduğunu her türlü delille, yani tanıkla yahut yazılı bir şekilde ispatlaması mümkündür⁴⁴⁴. Ancak uygulamada, ispat kolaylığı açısından işçi tarafından yapılan başvurunun noter aracılığıyla yapıldığı görülmektedir.

İşçi tarafından yapılacak olan başvuru kendisi tarafından yapılabileceği gibi üyesi olduğu sendika ya da avukatı tarafından da yapılması mümkündür. Zira, işçinin işe iade davasını ikame etmesi, dava neticesinde verilen kararın yerine getirilmesi için işverene müracaat etmesi münhasıran şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olmadığından ilgili davanın açılması yahut dava neticesinde verilen karara dayalı olarak işçinin vekili tarafından başvurunun yapılması konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır⁴⁴⁵. Gerek 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda gerekse de HMK'nın 74. maddesinde işe iade davasının ikamesi bakımından özel bir yetki düzenlemesine yer verilmemiştir. İşe iade davalarının kendine özgü niteliği gereği, kanun koyucu tarafından mahkemenin tespit niteliğindeki kararının ardından işverene başvurulmasının zorunlu olması nedeniyle bu başvuru davayı tamamlayan, işe iade prosedürünün bir parçası haline getirmiştir. Bu nedenle de, davayı yürüten vekilinin davanın sonucunun infazı için gerekli zorunlu başvuruyu yapma konusunda sınırlandırılması mümkün görülmemektedir⁴⁴⁶.

Ayrıca işçi, başvurusunu “haberci” aracılığı ile yapılması da mümkündür. Belirtmek gerekir ki haberci olarak bir tarafın iradesinin diğer tarafa ileten kişi olduğundan temsilciden farklı olarak kendi adına yahut beyanını ilettiği kişi adına hesabına herhangi bir işlem yapmamaktadır. Habercinin işçinin işe iade yönündeki

⁴⁴³ Centel, İş Güvencesi, s. 216; Ekmekçi/Yiğit, s. 701; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 566; Yarg. HGK, 15.04.2021, E. 2018/677 K. 2021/499.

⁴⁴⁴ Yılmaz, Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, s. 129.

⁴⁴⁵ Elbir, s. 145; Yarg. 9. HD, 10.06.2019, E. 2016/1601 K. 2019/12873; Yarg. 22. HD, 17.02.2016, E. 2015/893 K. 2016/4318.

⁴⁴⁶ Yılmaz, Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, s. 129.

talebini işverene iletmesi durumundan geçerli bir başvuru olacaktır. Bu ihtimalde, habercinin ilgili irade beyanını kanuni süre içerisinde işverene iletmemesi durumundan tüm sorumluluk işçiye ait olacaktır⁴⁴⁷.

3. Başvurunun Muhatabı

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre işçi, işe başlama başvurusunun işverene yapmış olması gerekmektedir. Bu nedenle yapılacak olan başvurunun muhatabı gerçek ya da tüzel kişi işverenin bizzat kendisidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, işçi tarafından yapılacak olan başvurunun niteliği itibarıyla münhasıran şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinden olmadığından işverene karşı başvurunun işçi tarafından bizzat yapılabileceği gibi işverenin avukatı ya da üyesi olduğu sendika aracılığıyla da iradesini açıklayabilirken, aynı durum işveren tarafı bakımından kabul edilmemekte, işe başlama iradesinin mutlak suretle işverene yönetilmesi gerekmektedir.

İşverenin davayı takip eden avukatına yapılan başvurunun geçerli olup olmadığı hususunda Yargıtay daireleri arasında farklı kararlar tesis edilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi eski kararlarında ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesi yakın tarihli kararlarında işverenin avukatına yapılan başvuruyu geçersiz kabul ederken⁴⁴⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yakın tarihli kararında şirket vekiline yapılan başvuruyu geçerli kabul etmektedir⁴⁴⁹. Ancak Yargıtay'ın şirketin vekiline yapılan başvuruyu kabul etmediği kararları incelendiğinde bu yöndeki görüşünün gerekçesinin iş hukukundan ziyade usul hukukuna ilişkin olduğu görülmektedir. Zira Yargıtay, işçi tarafından işverenin avukatına yapılan başvurunun geçersiz olduğuna ilişkin kararının gerekçesi “...avukat ...'a verilen vekaletnamenin "umumi vekaletname" mahiyetinde olduğu, avukata özel yetki verilmediği, vekaletin ilgili davanın sonuçlanması ve hükmün icra edilmesiyle sona erdiğinden, davacının usulüne uygun olarak süresi içerisinde işe başlatılması için işverene başvurduğunun kabul edilemeyeceği” şeklindedir. Yargıtay kararında açıkça ifade etmese bile karardan anlaşılan husus, işverenin vekili olan avukata başvuru yapılsa bile vekilin başvurunun gereklerini yerine getirebilecek bir durumda olmadığından, bir

⁴⁴⁷ Canbolat, Dürüstlük kuralı, s. 118.

⁴⁴⁸ Yarg. 9. HD, 27.03.2006, E. 2005/27660 K. 2006/7386; Yarg. 22. HD, 09.10.2018, E. 2016/12 K. 2018/21484.

⁴⁴⁹ Yarg. 9. HD, 09.11.2015, E. 2014/18380 K. 2015/31596; İstanbul BAM 28. HD, 22.03.2017, E. 2017/25 K. 2017/317.

diğer deyişle başvuru işçiyi işe başlatacak nitelikte bir yetkiye sahip olmadığından yapılan başvurunun geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Asıl işveren ile alt işveren ilişkisinin varlığı halinde, işçinin alt işverenin işçisi olması durumunda alt işverene, asıl işverenin işçisi olması durumunda ise asıl işverene başvurması gerekmektedir. Yargıtay da aynı doğrultuda karar vererek, alt işverenin işçinin asıl işverene, asıl işverenin işçinin alt işverene yapmış olduğu başvurunun geçersiz olduğunu ve on iş günlük hak düşürücü süre içerisinde doğru işverene başvurunun yapılmamış olması halinde hak düşürücü sürenin kaçırılmış olduğunu kabul edilmektedir⁴⁵⁰. İşçi tarafından ikame edilen işe iade davasında asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaalı bir ilişkinin mevcut olduğu tespit edildiğinden işçi tarafından asıl işverene başvurulabileceği kabul edilmektedir. Çünkü bu durumda mahkemece işe iade kararını gerçek işveren olan asıl işveren bakımından hüküm altına almaktadır⁴⁵¹.

Bu konuda öğretide ileri sürülen farklı görüşte ise, alt işverenin işçinin işe başlamak amacıyla asıl işveren yahut ödünç alan işverenin her ne kadar işçiyi başlatma hak ve yetkisi olmasa da işe iadenin mali sonuçları bakımından müteselsil sorumluluklarının mevcut olduğu, işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkesi gereği hukuki sorumlulukları olan diğer işverenlere yapılan başvuruda da işçinin işe başlamaya dair iradesinin dışı vurduğundan işçinin bu iradesine itibar edilmesi gerektiğinden hatalı yapılan başvuru nedeniyle hak düşürücü sürenin geçtiği kabul edilmeyerek işçinin yapmış olduğu hatalı başvurunun tespiti tarihinden itibaren yeniden on iş günlük sürenin başlaması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵². İşçi tarafından açılan işe iade davasında mahkemece verilen kararda hangi işverenden tarafından feshin yapıldığı belirtilip hüküm fıkrasında hangi işverence yapılan feshin geçersizliğine karar verildiği, bir diğer deyişle hangi davacı işçinin hangi işverene başvuru yapacağını her türlü şüpheden uzak, yoruma açıkça ifade edildiğinden⁴⁵³ öğretide ileri sürülen bu görüşe katılmamız mümkün değildir.

İşe iade davasının sonuçlanmasının ardından karar kesinleşmesinden evvel işverence işyerinin devredilmesi durumunda işçi tarafından yapılacak olan başvuru

⁴⁵⁰ Yarg. 9. HD, 19.09.2013, E. 2013/6606 K. 2013/23169; Yarg. 22. HD, 16.03.2017, E. 2017/10194 K. 2017/5157.

⁴⁵¹ Yarg. 22. HD, 24.01.2017, E. 2017/548 K. 2017/982.

⁴⁵² Akyiğit, İş Güvencesi, s. 317; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 349.

⁴⁵³ Yarg. 9. HD, 04.05.2017, E. 2016/11194 K. 2017/7802.

devralan işverene yapılması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, işe başvuru tarihindeki işverene, işçiyi işe başlatmakla yükümlü işverene müracaat edilmesi zorunludur⁴⁵⁴. Devreden işverene yapılan başvuru sonrasında, on iş günlük hak düşürücü süre zarfında devralan işverene başvuru yapılmadan sürenin dolması durumunda, başvurunun geçersiz sayılmaması, mevcut durumun işçi tarafından öğrenilmesinin ardından on iş günlük süre zarfından devralan işverene yaptığı başvurunun geçerli olduğu kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁴⁵⁵.

İşverenin adi ortaklık olması durumunda, işçinin adi ortaklığı oluşturan işverenlerden birine yaptığı başvuru da geçerli kabul edilmektedir⁴⁵⁶.

C. İşverenin İşçiyi İşe Başlatmak Amacıyla İşe Davet Etmesi

1. Genel Olarak

İş Kanunu'nun 21. madde hükmüne göre, mahkeme kararının kesinleşmesinin akabinde on iş günü içerisinde işçinin işe başlamak amacıyla işverene başvuru yapmasının ardından, işveren tarafından işçinin 1 ay içinde işe başlatması gerekmektedir. İşçi tarafından usulüne uygun bir başvuru yapılmasına rağmen işverence işçinin işe başlatılmaması halinde, işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücret tutarında tazminat ödenmesi gerekecektir.

Kanun düzenlemesinde, işverenin işçiyi işe başlatmak zorunda olduğu belirtilmişse de, hükmün devamında işverenin işe başlatmaması halinde tazminat ödeyeceği düzenlendiğinden, işverenin işçiyi işe başlatması hususunda seçimlik hakka sahip olup olmadığı üzerinde durulan ve tartışmalara sebebiyet veren bir konudur.

Kanun koyucu tarafından işverene ya işe başlatma ya da işe başlatmama tazminatı ödeme yönünde verilen tercih hakkı nedeniyle iş güvencesi modelimizin taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamlılığını sağlama yerine, tazminata ağırlık veren bir model olduğu ileri sürülmektedir⁴⁵⁷. Kanun koyucunun, söz konusu iradesinin değerlendirilmesinde kanaatimizce iş güvencesine ilişkin ilk kanun düzenlemelerinden

⁴⁵⁴ Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 349.

⁴⁵⁵ Tulukçu, s. 328.

⁴⁵⁶ Ekmekçi/Yiğit, s. 701; Yarg. HGK, 15.04.2021, E. 2016/1257 K. 2021/498.

⁴⁵⁷ Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 121; Centel, İş Güvencesi, s. 212; Süzek, İş Hukuku, s. 647.

biri olan mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4773 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki 30. maddesinin ilk halinin göz önüne alınması gerekmektedir. 2821 sayılı Kanun'un 4773 sayılı Kanun ile değişiklikten önceki 30. maddesinde kanun koyucu işçinin işe başlaması hususunda *“İşine iade kararı verilen işçi altı işgünü içinde işe başlamak zorundadır. Bu süre içinde de işe başlamayan işçiye mahkemece öngörülen tazminat ödenemez.”* şeklinde düzenleme yaparak işçinin işe altı gün içinde başlaması gerektiği ifade edildikten sonra işverence işe başlatılmama haline özgü özel bir düzenleme yapmayarak işverene herhangi bir serbesti tanımamıştır. Halbuki kanun koyucu daha sonraki düzenlemelerde işverence işçinin işe başlatılmama durumuna özgü tazminat belirleyerek kanaatimizce eski görüşünden vazgeçerek, işverene işçiye işe başlatma ya da tazminat ödeme hususunda seçim hakkı tanımıştır⁴⁵⁸.

Kanun maddesinin lafzında açıkça işverenin işçiye işe başlatmak zorunda olduğunun belirtildiği, işe başlatmama tazminatının ise alternatifli bir durum oluşturmaya sebebiyet vermediği, borçlar hukuku çerçevesinde zorunluluğa uymamanın yaptırımının tazminat olduğu, işe başlatmama tazminatı düzenlemesinin de işverenin işe başlatma zorunluluğa uymamasına yönelik getirilen yaptırım özel bir tazminat niteliğinde olduğu, bu düzenleme ile işverence ödenmesi gereken tazminat miktarının hakim tarafından belirlenerek usul ekonomisi doğrultusunda iş tarafından yeni bir tazminat davası açılmasına gerek olmaması için yapılan bir düzenleme olduğu, kaldı ki seçimlik yetkiden bahsedilebilmesi için eşit konumda olan hem işçiye hem de işverene karşılık yetkiler verilmesi gerektiği, yani işçinin de işe başlamak yerine tazminat talep etme hakkına sahip olması gerektiği, halbuki kanun sistemimizde işçiye bu yönde bir hak verilmediğinden işverenin seçimlik yetkiye sahip olmadığı ifade edilmektedir⁴⁵⁹.

158 sayılı sözleşmede, geçersiz feshin sonuçları bakımından akit devletlere, iş ilişkisi kesintiye uğramamış gibi işçinin işe iade edilmesi ya da tazminata hükmedilmesi, yeni bir sözleşme yapılması yahut tazminat ödenmesi veya sadece tazminat ödenmesi şeklinde üç ayrı model öngördüğü hususu da dikkate alındığında Türk kanun koyucunun, iş ilişkisinin kesintisiz devamından daha ziyade tazminat- işe iade arasında karma bir

⁴⁵⁸ Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 120.

⁴⁵⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1111.

model ortaya koymuş olduğunu ifade edebilmemiz mümkündür⁴⁶⁰. Yüksek Mahkeme bu konuda baskın görüş doğrultusunda karar vermekte olup görüşünü, işveren tarafından işçinin işe mutlak olarak işe başlatmak zorunda olmadığı, kanunun işverene işçiyi çalıştırma ya da tazminat ödemek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmeye şeklinde seçimlik hak tanıdığı şeklinde ifade etmektedir.

2. Davetin Süresi ve Şekli

İş Kanunu'nun 21. maddesinde, işçinin işverene başvurusunun ardından işveren tarafından işçinin bir ay içerisinde işe başlatması gerekmektedir⁴⁶¹. Kanunda belirtilen bir aylık süre, niteliği itibarıyla hak düşürücü süre niteliğinde olup işverene başvuru tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır⁴⁶².

İş Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasında, işverenin bir ay içerisinde işçiyi işe başlamak için davet etmesinden değil işçinin bir ay içinde işe başlatılmasından söz edilmektedir. Kanunda yer alan bu bir aylık süre işverenin düşünme, karar verme, işçinin işe başlatılması için gereken hazırlık ve bildirimleri yapması ve işe başlatılması için belirlenmiş süredir⁴⁶³. Yani bu bir aylık süre, iş davetinin işçiye ulaşması gereken tarih değil, işçinin işe başlatılması için öngörülen en geç tarihtir⁴⁶⁴. Bu nedenlerle, işveren tarafından işçiyi işe başlatma daveti bir ay içinde işçiye ulaşması yeterli olmayıp bu süre zarfından işçinin işe başlatılması da gerekmektedir.

İşverenin, usulüne uygun bir şekilde yapmış olduğu iş davetinin çeşitli kargo, tebligat sorunları nedeniyle bir aylık süre zarfında işçiye ulaşamaması nedeniyle birtakım gecikmelerin yaşanmasının işverene yüklenemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁶⁵. Yüksek Mahkeme, işçinin bir aylık işe başlatma süresinin sona ermesine yakın zamanda yapılan davetinin dürüstlük kuralı çerçevesinde tahlil edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁶⁶. İşçinin, işverenin daveti üzerinde, eğer işçinin bulunduğu yer ile işverenin bulunduğu yer aynı yerde ise iki gün, farklı yerlerde ise dört günlük işe başlama süresinin mevcut olduğu

⁴⁶⁰ Özkaraca, Eleştirel Bakış, s. 119.

⁴⁶¹ Akın, Levent : İşe İade Edilen İşçinin İş Davet Beyanı ve Değerlendirilmesi, Karar İncelemesi, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, Ankara, s. 36.

⁴⁶² Centel, İş Güvencesi, s. 223; Kar s. 496.

⁴⁶³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1120.

⁴⁶⁴ Ekmekçi/Yiğit, s. 702,

⁴⁶⁵ Kar, İş Güvencesi, s. 497; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1121.

⁴⁶⁶ Yarg. 9. HD, 11.05.2016, E. 2015/2713 K. 2016/11801.

Yargıtay kararlarıyla kabul edilmektedir⁴⁶⁷. İşveren tarafından işe davet yapılırken işçinin işe başlaması için gereken makul sürelerin, olağan posta/tebligat süresinin de nazara alınarak işe davete ilişkin hazırlık işlemlerinin yapılması gerekmektedir. İşçinin işverene bildirdiği adresten ayrılarak başka yere taşınması, bu durumu ve yeni adresini işverene bildirmemesi sebebiyle, işverenin yaptığı işe davetin bir aylık süre zarfında işçiye ulaşmaması durumunda işverenin herhangi bir sorumluluğun olmadığı kabulü gerekmektedir⁴⁶⁸.

İşveren tarafından kanunda öngörülen bir aylık süreye uyulmaması durumunda işçinin işverenin bu davete uyma zorunluluğu yoktur. İşçi, süresinden sonra yapılan işe başlatma davetine uyup uyamaması tamamen kendi takdirindedir. Kanunda öngörülen sürede işçinin işe başlatılmamasıyla birlikte taraflar arasındaki iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edildiğinden bu sürenin dolmasının ardından işçinin işe başlaması taraflar arasında bağımsız yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu anlamına gelmektedir⁴⁶⁹. Bu bakımdan işçinin, işe iade davası sonucuna bağlı talepleri ile koşulları oluşmuşsa ihbar tazminatı ile kıdem tazminatının işverence ödenmesi de gerekmektedir⁴⁷⁰.

İşveren tarafından yapılan işe davet bizzat işçinin kendisine yapılması gerekmekte olup işçi yerine işçinin vekiline yahut üyesi olduğu sendikaya yapılan davetin geçerli olmadığı kabul edilmektedir⁴⁷¹.

İşveren tarafından işçinin işe başlaması amacıyla yapılan davet için gerek kanunda gerekse de Yargıtay uygulamasında herhangi bir geçerlilik şekli öngörülmediğinden işverenin işçiyi ister adi yazılı ister noter aracılığıyla isterse de sözlü bir şekilde işçiyi işe davet edebilmesi mümkündür.

İşveren tarafından, işçiye işe başlatılmayacağına dair bildirim yapılması durumunda taraflar arasında iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılacağından, işçinin

⁴⁶⁷ Kar, İş Güvencesi, s. 497; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 566; Yarg. 9. HD, 05.02.2019, E. 2015/36281 K. 2019/2761; Yarg. 9. HD, 18.11.2008, E. 2007/32727 K. 2008/31214.

⁴⁶⁸ Yarg. 9. HD, 17.09.2009, E. 2008/6157 K. 2009/23311; Yarg. 9. HD, 18.04.2019, E. 2016/276 K. 2019/9234; Yarg. 9. HD, 05.12.2018, E. 2015/25243 K. 2018/22436.

⁴⁶⁹ Kar, İş Güvencesi, s. 497.

⁴⁷⁰ Kar, İş Güvencesi, s. 497.

⁴⁷¹ Centel, İş Güvencesi, s. 223; Ekmekçi/Yiğit, s. 702; Yarg. 9. HD, 20.05.2014, E. 2012/10994 K. 2014/16072; Yarg. HGK, 16.04.2014, E. 2013/22-1106 K. 2014/538.

işe başlama başvurusundan itibaren bir aylık süre geçmemiş olsa dahi işveren fikrini değiştirerek işçiye işe davet etmesinin sonuca herhangi bir etkisi olmayacaktır⁴⁷².

3. Davetin İçeriği ve Samimi Olması

İşveren tarafından işçiye yapılan işe başlatma davetinin dürüstlük kuralına uygun bir şekilde samimi ve içten olması gerekmektedir. İşveren tarafından davetin kesin ve herhangi bir şekilde şart içermeyen nitelikte olması da gerekmektedir⁴⁷³. İşveren tarafından işçinin işe başlayabilmesi için işçiye külfet yükleyen birtakım evrakların getirilmesini ya da fesihle beraber ödenen kıdem ve ihbar tazminatlarının iade edilmesi şartını ortaya koyan davetlerin gerçek bir davet olmadığı kabul edilmektedir⁴⁷⁴. Yine işveren tarafından yapılan davetin gerçek amacının işçinin işe başlatılmasını sağlamak olduğundan, salt kanundan doğan hakların bertaraf edilmesini amaçlayan, işe başlatmama tazminatının ödenmesini engellemeye matuf sembolik davetlerin de samimi bir davet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁷⁵. Bir diğer ifadeyle, işverenin işçiye işe başlatma düşüncesi olmamasına rağmen sırf işe başlatmama tazminatı ödememek adına yaptığı davet, geçerli bir davet olarak kabulü mümkün değildir.

Yüksek Mahkeme kararlarında, işverenin işçiye yaptığı davette, işçinin nerede, ne şekilde, hangi koşullarda ve hangi tarihte işe başlatılacağı hususlarının tamamının davet yazısında açıklanması gerektiği belirtilmiş, bu konularda herhangi bir açıklama içermeyen davetin ciddiyeti ve samimiyeti konusunda tereddütler oluşturabileceği ifade etmektedir⁴⁷⁶.

İşveren tarafından yapılan davette işveren tarafından işe başlama tarihi olarak belirlenen sürenin dürüstlük kuralına aykırı olarak belirlenmemesi gerektiği, belirtilen sürenin işçinin işe başlamasının zor ya da imkânsız olmaması, bir diğer deyişle işçiye verilen işe başlama süresinin makul bir süre olması gerekmektedir. Yargıtay uygulamasında makul süre, işçinin ikametgah yeri ile işyerinin aynı ilde olması

⁴⁷² Centel, İş Güvencesi, s. 225.

⁴⁷³ Sützek, İş Hukuku, s. 659; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca: s. 568.

⁴⁷⁴ Ekmekçi/Yiğit, s. 702.

⁴⁷⁵ Yarg. 9. HD, 08.05.2019, E. 2017/18305 K. 2019/10306; Yarg. 9. HD, 23.02.2017, E. 2017/3537 K. 2017/2503, Yar. 9. HD, 09.11.2015, E. 2014/18367 K. 2015/31589.

⁴⁷⁶ Yarg. 9. HD, 15.03.2016, E. 2014/33525 K. 2016/6124.

durumunda iki gün, farklı ilde olması durumunda ise dört günlük sürenin makul olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁷.

4. Davet Edilen İş ve İşyeri

Mahkemece tesis edilen karara dayalı olarak işverene başvuruda bulunan işçinin, geçersizliğine karar verilen fesih tarihindeki fesih öncesindeki çalışma koşulları nazara alınarak aynı işyerine, aynı işe, aradan geçen zaman zarfına göre emsal işçilere ödenmesi gereken ücretle işe davet edilmesi gerekmektedir⁴⁷⁸. Bu çerçevede işveren tarafından yapılacak olan davette başlatılacak işin, işyerinin, iş şartlarının, ücretin ve hazır olunması gereken tarihinin açıkça bildirilmesi gerektiği, bu şekilde yapılan davetin samimi nitelikte olduğu, işverenin işe başlatma iradesinin de yansıttığı kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

İşveren tarafından kesinleşen iade davasının ardından, işçiye çalışma koşullarını esaslı bir şekilde değiştirecek şekilde başka bir işte başlatması mümkün değildir. İşçiye, işveren tarafından önceki çalışma koşullarının tamamen sağlanması, aynı parasal hakların temin edilmesi temin edilmesi ve dahi dava sürecinde işçinin emsali konumundaki işçilere yapılan ücret artışlardan ve sair mahrum kalınan haklardan yararlandırılması gerekmektedir⁴⁸⁰. İşveren tarafından işçinin eski işine- işyerine iade etmesi imkânı varken eski işine iade etmemesi ya da eski çalışma koşullarında işçi aleyhine değişiklik yapmak suretiyle işe davet etmesi durumunda, gerçek ve samimi anlamda işe başlatma davetinden söz edilemeyeceğinden işçi, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanacaktır⁴⁸¹.

İşçinin fesih tarihi itibarıyla çalışmış olduğu işyerinin kısmen ya da tamamen kapanması, işverence yapılan feshin mahkemece, feshin son çare olma ilkesine uymadığından geçersizliğine karar verilen haller vb. durumlarda işçinin eski işyerinde çalışması mümkün olmayabilecektir.

⁴⁷⁷ Yarg. 9. HD, 08.05.2019, E. 2017/18305 K. 2019/10306.

⁴⁷⁸ Ekmekçi/Yiğit, s. 703; Tulukçu, 346.

⁴⁷⁹ Yarg. HGK, 01.10.2014, E. 2013/1158, K. 2014/743, İstanbul BAM 26. HD, 29.12.2020, E. 2018/2802 K. 2020/2385; Sakarya BAM 10. HD, 02.12.2020, E. 2019/1592 K. 2020/1298.

⁴⁸⁰ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 568.

⁴⁸¹ Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 356, Süzek, İş Hukuku, s. 660.

İşe iade davası açan işçinin çalıştığı işyerinin kapanmasına rağmen aynı işverenin işçiyi başlatabileceği başka bir işyerinin mevcut olması ihtimalinin de üzerinde durulması gerekmektedir. İşçinin mahkeme kararının kesinleşmesinin ardından işverene başvuru yapması ve işverenin başka bir işyerinde işçiyi çalışmaya davet etmesi, bu davetin işçi tarafından kabul edilmesi ihtimalinde herhangi bir ihtilaf yaşanmayacaktır. Ancak işçinin, bu teklifi kabul etmemesi durumunda farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Bu görüşlerden ilki, iş güvencesinin amacının işçinin fesih tarihindeki iş koşullarının temadisini amaçladığından “işçinin eski işine iadesini”, “işçinin işyerinde çalıştırılabileceği işe iadesine” dönüştürülmesinin kabulünün mümkün olmadığı, ayrıca işçinin eski işine iadesinin mümkün olmaması halinde başka bir işe iade edilmesinin işverenin işe başlatma yükümlülüğünü niteliği itibarıyla değiştireceği, işverenin işe başlatma yükümlülüğünün işçinin eski işi ile sınırlı olması gerektiği,⁴⁸² işçinin başka bir işyerinde çalıştırılma teklifini reddetmesinin, işe iade bakımından işe başlatmama olarak kabul edilemeyeceği, başka bir işyerinde çalışma teklifinin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik sayılacağı, bu esaslı değişiklik teklifinin işçi tarafından kabul edilmesinin zorunlu olmadığı gerekçeleriyle işçinin hem işe başlatmama hem de boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanacağı ifade edilmektedir⁴⁸³.

Konuya ilişkin ileri sürülen diğer görüşe göre ise, iş güvencesi hükümlerinin amacının taraflar arasındaki iş ilişkisinin sürdürülmesi olduğu, mahkemece verilen kararla iş ilişkisinin devamının temin edildiği, işçinin aynı işyeri ve işe başlamasının mümkün olmadığı hallerde benzer mahiyette işyerinde ve işte çalışmasının isabetli olduğu,⁴⁸⁴ bu davetle birlikte, işverenin işçiyi usulüne uygun bir şekilde işe davet ederek işçiyi işe başlatma iradesini ortaya koyduğu, işçinin çalışma koşullarındaki esaslı değişikliği kabul etmemesi nedeniyle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin işverenin değişiklik feshi ile son bulduğundan işçinin işe başlatmama tazminatına hak kazanamayacağı ancak boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanacağı ileri sürülmektedir⁴⁸⁵.

⁴⁸² Tulukçu, s. 349.

⁴⁸³ Süzek, İş Hukuku, s. 644; Tulukçu, s. 326; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1101; Senyen Kaplan, s. 428.

⁴⁸⁴ Canbolat, Dürüstlük Kuralı, s. 73.

⁴⁸⁵ Göktaş, İşyeri Kapanması, s. 74.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 21.07.2009 tarihli, E. 2009/472, K. 2009/21967, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 27.12.2011 tarihli, E. 2011/10719, K. 2011/8380 kararında, işe iade kararının kesinleşmesinin sonraki süreçte, işyerinin kapatılması ya da tasfiye girmesinin, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen zamana ait ücretin talep edilmesine etkisinin olmadığı ifade edilmişse de önce Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2013/13746 E. 2014/16197 K. 09.06.2014 T. kararıyla, işçinin görev yaptığı işyerinin kapatıldığından bu işyerinde işe başlatılamadığı, bu sebeple işçinin bu işyerinde işe başlatılmasının fiilen imkansız hale geldiği, işveren tarafından işe başlatma teklifi yapılan işyerinin esaslı değişiklik niteliğinde olduğundan işçinin bu teklifi kabul etmek zorunda olmadığı, bu durumda işçinin boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanırken, işe başlatmama tazminatına hak kazanılamayacağı belirtilerek eski görüşünden rücu etmiş, ardından da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2022/11623 E. 2022/18196 K. 29.12.2022 T. kararıyla, işçinin eski işine ya da işyerine daveti imkanı kalmaması durumundan işverenin öncelikle esaslı değişiklik niteliğinde olmayan iş teklifinin yapması gerektiği, buna imkan yoksa değişiklik teklifinde bulunabileceği, iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa ya da işverenin değişiklik teklifinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değilse işçinin yeni iş teklifini kabul etmemesi halinde işçinin işe iade başvurusunda bulunmadığı kabul edilerek sonuca gidilmesi gerektiği, işverenin teklifi esaslı değişiklik halinde ise işçinin işe başlamamasının değişiklik feshi olarak kabul edilerek, bu fesih tarihi itibarıyla işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ile boşta geçen zamana ait ücretin ödenmesi gerektiği fakat işe başlatmama tazminatı, işe başlatma koşulunun işçinin değişikliği kabul etmemesi nedeni ile gerçekleştiği dikkate alınarak ödenmemesi gerektiği yönündeki kararıyla oy çokluğuyla⁴⁸⁶ eski kararlarından farklı yönde karar verilmiştir.

Yüksek Mahkeme işçinin gerek işçi gerekse de işveren kaynaklanan sebeplerle objektif olarak önceki işi ya da işyerine iade edilme imkânının kalmadığı durumlarda, işçinin iş şartlarında esaslı değişiklik olanağı yaratmadan çalıştırılması mümkün olan işe iade edilmesine teklifte bulunulması gerektiği, bu imkânın olmadığı durumlarda ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunulması gerektiğini

⁴⁸⁶ Yarg. 9. HD, 29.12.2022, E. 2022/11623 K. 2022/18196 karşı oy şu şekildedir “İşe iade davası sürecinde işverenin işyerini kapatması durumunda, işe iade davasını kazanan işçiye, çalıştırabileceği başka bir işyerinin bulunması hâlinde, işveren bu işyerinde aynı koşullarla çalışmayı önermelidir. İşverenin işçinin başvurusu üzerine işçiye başka bir işyerinde çalışmayı önermiş olması, işçi tarafından ise çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olan bu önerinin kabul edilmemesi hâlinde, işveren işe başlatmama tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz”.

kabul edilmektedir⁴⁸⁷. Bu durumda da Yargıtay, işçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiği kabul etmektedir⁴⁸⁸.

D. İşverenin İşe Davetine Rağmen İşçinin İşe Başlamaması

İşçi tarafından işe başlamak amacıyla hak düşürücü süre zarfında işverene başvurulmasının akabinde işverenin, işçiyi usulüne uygun bir şekilde işe davet etmesine rağmen işçinin işe başlamama ihtimali de mümkündür. İş Kanunu'nun 21/5. maddesinde sadece işçinin işe başlamak amacıyla başvuruda bulunmaması durumunda feshin geçerli hale geleceği yönünde düzenleme yapılmışsa da işçinin yapmış olduğu başvurunun akabinde işveren tarafından yapılan işe başlatma davetine icabet etmemesinin sonuçları hüküm altına alınmamıştır⁴⁸⁹. Bu sebeple de doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Doktrinde ileri sürülen görüşlerden ilkinde göre, kesinleşen işe iade kararına dayalı olarak yapılan başvurunun ardından işveren tarafından samimi olarak işçinin işe başlatılmak üzere davet edilmesiyle birlikte işverence kanundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmiş olduğu, bu bakımdan taraflar arasındaki iş sözleşmesinin mahkeme kararına dayalı olarak baştan itibaren geçerli olacak şekilde yeniden hüküm doğurmaya başlayacağı, bu aşamadan sonra işçinin işe başlamamasının ise artık istifa olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁹⁰. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşmenin, işçi tarafından feshedildiğinden işçinin kıdem tazminatı ile ihbar tazminatına hak kazanmayacağı gibi işverence daha önceden kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi durumunda bu ödemelerin işçi tarafından iade edilmesi de gerekecektir. Yine bu durumda, işçinin işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen zamana ait ücreti talep hakkı da mevcut olmayacaktır.

⁴⁸⁷ Yarg 9. HD, 12.06.20007, E. 2007/8740 K. 2007/18743; Yarg 9. HD, 19.03.2012, E. 2012/10514 K. 2012/8813; Yarg 9. HD, 21.03.2016, E. 2014/35250 K. 2016/6633; Yarg 22. HD, 26.06.2012, E. 2012/10093 K. 2012/14566; Yarg 9. HD, 14.09.2017, E. 2015/11768 K. 2017/13346.

⁴⁸⁸ Yarg 9. HD, 01.11.2017, E. 2015/14502 K. 2017/17132; Adana BAM 7. HD, 28.12.2020, E. 2018/3344 K. 2020/2064; İstanbul BAM 47. HD, 04.11.2020, E. 2020/74 K. 2020/258; Bursa BAM 3. HD, 14.10.2020, E. 2020/2453 K. 2020/1772.

⁴⁸⁹ Centel, İş Güvencesi, s. 230, Süzek, İş Hukuku, s. 658.

⁴⁹⁰ Aktay, Nizamettin : İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Karar İncelemesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 3, Eylül 2006, s. 106; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1120.

Doktrinde ileri sürülen diğer görüş ise, başvuru yapıp başvuruya rağmen işe başlamayan işçinin bu davranışının istifa olarak değerlendirilmesinin kanun koyucunun işçinin hiç başvuru yapmaması halinde sadece feshin geçerli hale geleceğini kabul ettiği yönündeki düzenleme nazara alındığında çelişki oluşturacağını, işçinin kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına hak kazanamaması durumunun işçi aleyhine sonuç doğuracağını, işçi lehine yorum ilkesi gereğince işverence yapılan davete rağmen işe başlamamanın işçi tarafından yapılan işe başlama başvurusundan vazgeçme olarak değerlendirilmesi gerektiği, işçinin işe başlamamasının istifa olarak değerlendirilmesinin iş güvencesinin amacını ve kapsamını aşan bir yorum olduğu ifade edilmektedir⁴⁹¹. Yargıtay tarafından istikrarlı şekilde, işe iade için başvuruya rağmen işçinin işe başlamaması durumunda, kanun boşluğu olduğu ve İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrasının kıyasen uygulanmak suretiyle bu boşluğun doldurulması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹².

E. İşverenin İşe Davetinin Ardından İşçinin İşe Başlaması

1. İşverence Yapılan Feshin Geçersiz Hale Gelmesi

Kesinleşen işe iade kararına rağmen işçinin işe başlamak için işverene başvuruda bulunmaması ile yerleşik Yargıtay uygulaması çerçevesinde işverenin işçiyi işe davetine rağmen işçinin başlamaması hallerinde işverence yapılan feshin geçerli hale geleceğine dair düzenlemeler nazara alındığında, kesinleşen karar gereği işçinin işe başlaması durumunda geçersiz feshin sonuçlarının tamamen ortadan kalkmaktadır⁴⁹³.

İşçinin işe yeniden başlatılmasının, taraflar arasındaki iş ilişkisine etkisi konusunda farklı görüşler ileri sürülmekte olup bu konuda ileri sürülen ilk görüş, işverence yapılan fesihle işçinin işe başlamak için başvuruda bulunacağı ana kadar sözleşmesinin askıda kaldığı, işçinin işe başvurmasıyla birlikte iş sözleşmesinin kesintisiz olarak devam ettiği yönündeyken⁴⁹⁴, başka bir görüş, işverence feshedilmiş ancak mahkeme kararı çerçevesinde feshedilen iş sözleşmesinin şartlarını ve işçinin önceki

⁴⁹¹ Narmanlıoğlu, İşe Başlamayan İşçinin, s. 19; Uçum, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, s. 88; Centel, İş Güvencesi, s. 231; Süzek, İş Hukuku, s. 659; Özkara, Eleştirel Bakış, s. 127.

⁴⁹² Yarg. 9. HD, 11.07.2005, E. 2005/20810 K. 2005/24800; Yarg 9. HD, 22.06.2017, E. 2017/5466 K. 2017/11100; Yarg 9. HD, 25.01.2018, E. 2015/15817 K. 2018/1232; Yarg 9. HD, 14.03.2019, E. 2015/34033 K. 2019/5693.

⁴⁹³ Süzek, İş Hukuku, s. 659; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 220; aksi yönde Centel, İş Güvencesi, s. 217; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1120.

⁴⁹⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 548; Centel, İş Güvencesi, s. 217.

kıdemini saklı tutan yeni bir sözleşmesi kurulduğunu kabul etmektedir⁴⁹⁵. Konuya ilişkin diğer bir diğer görüş ise, işe iade sistemimizde işverene seçimlik hak tanıdığını, işçinin işe başvuruda bulunması ve bulunmamasının sonuçlarının kanun koyucu tarafından ayrı ayrı düzenlendiği, bu çerçevede iş güvencesi sistemimizin taraf iradelerine üstünlük tanıdığından iş sözleşmesinin kendiliğinden kesintisiz devam ettiğini kabulünün mümkün olmadığı, işçinin işe başlatılması halinde iş sözleşmesinin ihya edilmiş sayılacağı ifade edilmektedir⁴⁹⁶.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, işe iade davası açılması durumunda taraflar arasındaki iş sözleşmesinin askıda olduğu, işverence işçinin işe başlatılmasıyla birlikte iş ilişkisinin kesintisiz şekilde devam ettiği kabul edilmektedir⁴⁹⁷.

2. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi

a. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında “*kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği*” hüküm altına alınmıştır.

Kanun koyucu tarafından boşta geçen zamana ait ücretin azami süresi olarak belirlenen bu 4 aylık süre; kanun düzenlemesinin yapıldığı tarihte yürürlükte olan mevzuat düzenlememizde yer alan işe iade davasına ilişkin bir aylık dava açma süresi, iki aylık yargılama süresi ve bir aylık Yargıtay incelemesinden müteşekkil dört aylık dava sürecinden hareketle düzenlenmiştir. Kanun düzenlemesine göre işçinin, sözleşmesinin feshedildiği tarihten açacağı işe iade davasının kesinleşmesine kadar geçecek süre dört ay olarak belirlenmiş, dava açan işçinin de davanın kesinleşmesine kadar herhangi bir işyerinde çalışmama durumunda dört aylık ücret kaybının olacağı, feshin geçersizliği ile bu ücret kaybının giderilmesi amaçlanmıştır.

Ancak uygulamada işe iade davalarının kanunda belirtilen dört aylık sürede tamamlanmadığı neredeyse hiçbir zaman görülmemektedir. Kanunda düzenlenen dört

⁴⁹⁵ Narmanlıoğlu, Yeni Çerçevesi, s. 20.

⁴⁹⁶ Uçum, Başlıca Uygulama Sorunları, s. 45.

⁴⁹⁷ Yarg. 9. HD, 27.01.2022, E. 2021/12471 K. 2022/1343; Yarg. 9. HD, 15.10.2020, E. 2016/25817 K. 2020/12037; Yarg. 9. HD, 29.04.2021, E. 2021/4726 K. 2021/8890; Yarg. 7. HD, 31.03.2015, E. 2015/3809 K. 2015/6008; Yarg. 22. HD, 21.11.2017, E. 2015/29712 K. 2017/25391.

aylık sürenin yargı uygulamasının olağan akışına aykırı olduğu, davaların çok daha uzun sürmesine rağmen boшта geçen zamana ait ücretin uygulanması mümkün olmayan süre üzerinden sadece dört aylık bir süreyle sınırlandırılmasının hakkaniyet uygun düşmediği ileri sürülmektedir⁴⁹⁸.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*en çok dört aya kadar*” ibaresinin, Anayasada düzenlenen çalışma hakkı ve ödevi ile sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle başvuruda bulunulmuşsa da, Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla vermiş olduğu kararla⁴⁹⁹ 4857 sayılı Kanun'un 20. ve 21. maddelerindeki düzenlemelerde bütünlük olduğu, 20. maddedeki yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık sürenin, 21. maddede boшта geçen zamana ait ücretin belirlenmesinde ölçü olarak kabul edildiği, mezkûr düzenlemenin, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmadığı gerekçeleriyle başvurunun reddine karar vermiştir.

İşe iade davasının kabulüne dair kararın kesinleşmesi üzerine taraflar arasındaki iş ilişkisinin kesintisiz devam ettiğinin kabulünden ötürü burada tüm boшта geçen zamana ait ücretin hüküm altına alınmasının daha makul olduğu fikri ileri sürülürken⁵⁰⁰, işverenin kendisine kusur izafesinin mümkün olmadığı ötürü mahkemelerin dosya sayısının çokluğu, hakim sayısının ve donanımının eksikliği, tebligat sorunları gibi nedenlerle dava sürecinin tamamından ziyade olağan koşullar altında davanın ne kadar süreceğinin belirlenerek bu süre üzerinden boшта geçen zamana ait ücretin hüküm altına alınması gerektiği de ileri sürülmektedir⁵⁰¹.

Kanunda düzenlenen boшта geçen zamana ait ücretin en çok dört ay olarak belirlenmesinden dolayı işe iade davasının dört aydan daha uzun bir sürede tamamlanması yahut işçinin çalıştırılmadığı sürenin dört aydan daha uzun bir süre olması durumunda dahi mahkemece üst sınır olan dört aylık ücretin hüküm altına alınması

⁴⁹⁸ Senyen Kaplan, s. 423.

⁴⁹⁹ Anayasa Mahkemesi 18.12.2008, E. 2005/2, K. 2008/181.

⁵⁰⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 219; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 219; Sözek, İş Hukuku, s. 667.

⁵⁰¹ Sarıbay, s. 217.

gerekmektedir⁵⁰². Bu konuda hâkimin takdir hakkı olmayıp işe iade davasının dört ayı geçmesi ve dört ayı aşar miktarda bir boşta geçen zamana ait ücret talebinin davalı tarafından kabul edilmesi durumunda dahi boşta geçen zamana ait ücreti dört ay olarak belirlemesi gerekmektedir⁵⁰³. Davanın dört aydan daha kısa sürmesi durumunda ise mahkemece sadece davanın ettiği süre bakımından boşta geçen zamana ait ücreti hüküm altına alması gerekmektedir⁵⁰⁴.

İş Kanunu’nun 20/3 maddesindeki, davanın seri muhakeme usulüne göre iki ayda biteceği, kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay’ın bir ay içinde kesin olarak kara vereceğine dair hüküm 7036 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle “*dava ivedilikle sonuçlandırılır*” şeklinde değiştirilmiştir. Boşta geçen zamana ait ücretin en çok dört ay olarak belirlendiği kanuna dair iptal talebini değerlendiren Anayasa Mahkemesi’nin ret kararının gerekçesi nazara alınarak bu kanun değişikliğinin boşta geçen zamana ait ücret miktarına dair sınırlamanın kaldırılmasını gerektirip gerektirmediği üzerinde durulması gerekirken, kanunda değişiklik yapılırken bu konuda herhangi bir değerlendirmenin yapılmaması öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁰⁵. Kanaatimizce, boşta geçen zamana ait ücretin azami süresine dayanak olan kanun düzenlemesinin yürürlükte kalmış olması, boşta geçen zamana ait ücrete dair kurumun varlık amacı göz önüne bulunduğu azami süresinin tamamen kaldırılarak işçinin fiilen boşta geçirdiği süre yahut objektif koşullarda aynı şartlarda işe başlayacağı makul süre nazara alınarak boşta geçen tüm sürelerin hüküm altına alınabileceği kanun düzenlemesi yapılması makul olacaktır.

b. Boşta Geçen Zamana Ait Ücrete Hak Kazanma

İşe iade kararının kesinleşmesinin ardından işçi tarafından usulüne uygun bir şekilde işe başlamak amacıyla işverene başvurmasının akabinde, işverence işçinin işe başlatılıp başlatılmadığına bakılmaksızın işverence boşta geçen zamana ait ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekmektedir⁵⁰⁶. Zira ilgili kanun maddesinin gerekçesinde bu husus,

⁵⁰² Centel, İş Güvencesi, s. 219; Süzek, İş Hukuku, s. 667; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1130; Yarg. 9. HD, 13.04.2010, E. 2008/29930 K. 2010/10301.

⁵⁰³ Çil, İş Davasının Sonuçları, s. 54.

⁵⁰⁴ Yarg. 22. HD, 26.12.2011, E. 2011/12398 K. 2011/8363.

⁵⁰⁵ Astarlı, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s. 44.

⁵⁰⁶ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 576; Süzek, İş Hukuku, s. 667.

işçi işe başlatılsın ya da başlatılması, çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücretini ve diğer haklarını alabileceği şeklinde ifade edilmiştir.

İşçinin işe iade kararının ardından işe başlamak amacıyla işverene başvuruda bulunmaması durumunda, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrası gereği işverence yapılan feshin geçerli bir fesih sayılacağı için işçinin, işe iadenin mali sonuçlarından olan boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanması mümkün olmayacaktır.

İşçinin işe başlamak için işverene başvuru yapmasına ve işverence işe başlatmak amacıyla işçinin işe davetine rağmen işe başlamaması durumunda boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanıp kazanamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu çerçevede, yukarıda ifade edildiği üzere, kanun düzenlemesi ve kanunun gerekçesi nazara alındığında, işe iade kararının kesinleşmesinin ardından işçinin başvurusu yapmasının geçerli olduğu, böylece işçi tarafından kanundan doğan yükümlülüğün yerine getirilmiş olduğu, bu nedenle de işçinin işverene başvurusuyla birlikte boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanıldığı ifade edilirken⁵⁰⁷, savunulan başka bir görüşte ise işçinin işverenin davetine rağmen işe başlamamış olmasının başvurusunun gerçek ve samimi bir başvuru olmadığını gösterdiği, işverene yapılan başvurunun biçimsel, sembolik bir başvuru olmadığı gerçek iradenin işe başlamaya matuf olması gerektiğinden işverence yapılan davet rağmen işe başlamayan işçinin boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁰⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 11.07.2005 tarihli, E. 2005/20810, K. 2005/24800 kararıyla, işe iade için başvuruya rağmen işçinin işe başlamaması durumunda, kanun boşluğu olduğu ve İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrasının kıyasen uygulanmak suretiyle bu boşluğun doldurulması gerektiği ancak bu durumda işçinin hem boşta geçen zamana ait ücret hem de işe başlatmama tazminatının talep edemeyeceği hüküm altına alınmışsa da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2007/21601 E., 2007/29856 K., 09.10.2007 tarihli kararıyla, hem İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrası kıyasen uygulanarak işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılacağı hem de işçinin işe başvuruda bulunmuş olması sebebiyle ayrıca dört aylık boşta geçen zamana ait ücrete de hak kazanacağını

⁵⁰⁷ Tulukçu, s. 352,

⁵⁰⁸ Centel, İş Güvencesi, s. 213; Aktay, İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin, s. 106; Kar, İş Güvencesi, s. 506; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1120.

kabul edilmiştir⁵⁰⁹. İlerleyen dönemde Yargıtay yeniden görüş değiştirmiş ve istikrar kazanan uygulaması 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/6. Maddesi hükmünün kıyasen uygulanarak işçinin işe başlamak için işverene başvurmamış gibi sayılması gerektiği, bu durumda işçinin işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen zamana ait ücret ve diğer hakları talep edemeyeceği, ancak işçiye koşulları oluşması halinde ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacağı yönünde olmuştur⁵¹⁰.

Boşta geçen zamana ait ücrete hükmedilmesi için davacı işçinin işe iade davasında talepte bulunmak zorunda olup olmadığı hususunda, taleple bağıllık ilkesi gereği hâkimin davacının talebiyle bağlı olması, bu talebini aşar şekilde hüküm tesis etmesinin mümkün olmadığından işçinin açıkça boşta geçen zamana ait ücrete hükmedemeyeceği yönünde görüş ileri sürülmüşse de⁵¹¹, Yargıtay tarafından da istikrarlı şekilde kabul edilen görüş gerek işe başlatmama tazminatı gerekse de boşta geçen zamana ait ücretin açık kanun düzenlemesi gereği feshin geçersizliğine bağlanan mali sonuçlar olduğu, davacının açık bir talebi mevcut olmasa dahi mahkemece bu alacaklara resen hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵¹².

c. Boşta Geçen Zamana Ait Ücret ve Diğer Hakların Hesaplanması

Boşta geçen zamana ait ücret miktar belirtilmeksizin sadece ay olarak hüküm altına alınırken, 7036 sayılı Kanunun 12. maddesiyle İş Kanunu'nun 21. maddesine eklenen “*Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler*” yönündeki 4. fıkra gereği 01.01.2018 tarihinden itibaren mahkemelerce, boşta geçen zamana ait ücret parasal olarak hüküm altına alınmaktadır⁵¹³.

7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmeden önce, Kanun'da açıkça bir düzenleme olmamasından ötürü boşta geçen zamana ait ücretin işçinin hangi tarihteki ücreti nazara alınarak belirlenmesi gerektiği hususu çeşitli tartışmalar meydana getirmekteydi. Bu

⁵⁰⁹ Bostancı, Uygur : İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 16, 2009, s. 125.

⁵¹⁰ Yarg. 9. HD, 22.06.2017, E. 2017/5466 K. 2017/11100; Yarg. 9. HD, 25.01.2018, E. 2015/15817 K. 2018/1232; Yarg. 9. HD, 14.03.2019, E. 2015/34033 K. 2019/5693; Ekmekçi/Yiğit, s. 707.

⁵¹¹ Ekmekçi, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, s. 178.

⁵¹² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1134; Senyen Kaplan, s. 423; Yarg. 9. HD, 19.12.2016, E. 2016/10642 K. 2016/22375; Yarg. 9. HD, 04.05.2017, E. 2016/11203 K. 2017/7807.

⁵¹³ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 577.

dönemde, doktrinde bir kısım yazarlar, işçinin kesinleşen mahkeme kararının ardından işe başlamak için işverene başvuru yaptığı tarihin nazara alınmasını gerektiğini ifade ederken⁵¹⁴ bazı yazarlar ise kanunun amacının fesih geçersiz olduğu için fesih olmasaydı işçinin işverende çalışmaya devam edeceği, ancak haksız fesih nedeniyle çalıştırılmadığı dönemde uğradığı zararın giderilmesi yönelik olduğu aksinin kabulüyle birlikte, kaldı ki işçinin feshin geçersizliğinin kesinleşerek işverene başvurduğu tarihin bilhassa uygulamamızda davaların oldukça uzun sürmesi nazara alındığından işveren aleyhine işçi lehine sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet vereceğinden bahisle ücretin işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihe göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵¹⁵.

Yargıtay ise yerleşmiş kararlarında, boşta geçen zamana ait ücretin, işverence yapılan fesih tarihi ve devam eden aylara ait ücretler nazara alınarak hesaplanması gerektiği, bir diğer deyişle fesihten sonra en çok dört aylık sürede işçinin çalışıyormuş gibi ücret ve diğer hakların tespit edilmesi gerektiği kabul edilmekteydi⁵¹⁶.

7036 sayılı kanunla İş Kanunu'nun 21. maddesine eklenen 4. fıkra hükmüyle yukarıda ifade edilen tartışmalara son verecek bir düzenleme yapılarak, hem işe başlatmama tazminatının hem de boşta geçen zamana ait ücretin, davacı işçinin dava tarihindeki ücreti baz alınarak parasal olarak hükmedileceği hüküm altına alınmıştır. Bahsi geçen kanun düzenlemesinin gerekçesi, mahkemece boşta geçen zamana ait ücret ve işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlendiği, işçinin işe başlatılmaması halinde hükümde ay olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için uygulamada ikinci bir dava açıldığı, bu durumun taraflar için sorunlu olduğu, bu yöndeki uygulama sorunlarının bertaraf edilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Böylece mahkemece gerek işe başlatmama tazminatını gerekse de boşta geçen zamana ait ücreti ay olarak değil açıkça bedel hüküm altına alacak böylece taraflar arasında daha sonraki süreçte alacak bedelleri bakımından yeni bir hukuki ihtilafın ortaya çıkması engellenmiş olacaktır. Bu çerçevede, mahkemece, öncelikle işe iade davasının açıldığı tarihteki ücretin tespiti, işçinin boşta geçen zaman süresini en fazla dört ay olarak belirledikten sonra, boşta geçen

⁵¹⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1130.

⁵¹⁵ Centel, İş Güvencesi, s. 221; Sarıbay, s. 211; Kabakçı, Mahmut : İşe İade Kararında İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinin Anlamı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, 2004, s 671.

⁵¹⁶ Yarg. 9. HD, 12.11.2019, E. 2016/8224 K. 2019/19618.

süre ücretini parasal olarak hesaplamalıdır⁵¹⁷. Yine fesihten davanın açıldığı tarihe kadar ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, bu durumda da nazara alınması gerekmektedir⁵¹⁸.

7036 sayılı Kanunun 12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesine eklenen dördüncü fıkrada yer alan "...dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak..." ibaresinin Anayasa'nın hak arama hürriyeti, kanuni hakim güvencesi, çalışma hakkı ve ödevi maddelerine aykırı olduğundan bahisle ilgili düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ise de, Anayasa Mahkemesi E. 2017/178 K. 2018/82, T. 11.7.2018 kararıyla ilgili kanun düzenlemesinin Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Boşta geçen zamana ait ücretin, giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması gerekmektedir⁵¹⁹. Zira kanun lafzında yer alan "ücret ve diğer hakları" yönündeki ifadedeki "diğer hakları" ibaresinin giydirilmiş ücreti ifade ettiği, bu çerçevede asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ya da para ile ölçülmesi mümkün, sözleşmeden ya da kanundan doğan ayni ve/veya nakdi menfaatlerin nazara alınarak ücretin hesaplanması gerektiği ileri sürülmektedir⁵²⁰.

Giydirilmiş brüt ücret olarak hüküm altına alınması gereken boşta geçen zamana ait ücrette, hangi kalemlerin ücrete dâhil edilmesi gerektiği yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkinde, işçinin boşta geçen süreçte işverenin nezdinde çalışmış olsaydı elde edeceği ikramiye, prim, aile yardımı, yakacak- giyim yardımı gibi tüm ödemelerin dâhil edileceği, ancak çalışmaya bağlı olarak işverence fiilen temin edilen servis ücreti ve fiilen sağlanan yemek hizmetinin bedellerinin ücrete dahil edilmezken yol ve yemek hizmetinin fiilen işveren tarafından karşılanmayarak bedel olarak verilmesi durumunda bu kalemlerin ücrete dahil edilmesi gerektiği ifade edilmiş⁵²¹, başkaca yazarlar tarafından ise İş Kanunu 21/3 metninde "diğer haklar" ibaresinin işverene

⁵¹⁷ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 577.

⁵¹⁸ Yarg. 9. HD, 10.06.2019, E. 2016/1601 K. 2019/12873; Yarg. HGK, 02.10.2018, E. 2018/604 K. 2018/1399.

⁵¹⁹ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 577; Tulukçu, 367; Centel, İş Güvencesi, s. 218; Süzek, İş Hukuku, s. 668; Yarg. 9. HD, 12.11.2019, E. 2016/8224 K. 2019/19618; İstanbul BAM 24. HD, 13.03.2019, E. 2018/3312 K. 2019/897; Erzurum BAM 6 HD, 15.10.2020, E. 2020/779 K. 2020/1512.

⁵²⁰ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 577; Centel, İş Güvencesi, s. 218; Senyen Kaplan, s. 424.

⁵²¹ Çil, İş Davasının Sonuçları, s. 53; Duran, Abdurrahman: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 341.

yapılan nakdi ve aynı ödemeler bakımından hiçbir ayırım yapmadığından giydirilmiş ücretin belirlenmesinde sadece “nakdi yardımların” dikkate alınmasının mümkün olmadığını, para ile ölçülebilen tüm nakdi ve aynı yardımların hiçbir ayırım gözetmeksizin nazara alınması gerektiğini ileri sürülmüştür⁵²².

Yargıtay’ın yerleşik hale gelen içtihatlarında, kanunda boşta geçen zaman olarak kabul edilen azami süre olan dört aylık zaman zarfı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda- yol – yakacak- giyim yardımı, yemek hizmeti ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen hakların bir diğer deyişle işçi işyerinde çalışmaya davet etse idi elde edeceği tüm para ile ölçülebilen değerlerin dâhil edileceği kabul edilmektedir⁵²³. Yargıtay yakın tarihli kararlarında, işveren tarafından nakden karşılanmayan, bu nedenle boşta geçen süre zarfında işçi tarafından fiilen yararlanılamayan, bunu ikame edecek bir harcama yapmak zorunda da kalmayan işçinin, servis yardımı, barınma yardımı gibi ödemelerin giydirilmiş brüt ücrete dâhil edilemeyeceği kanaatindedir⁵²⁴. İşçinin fiili çalışması karşılığı hak kazanabileceği fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, çalışmaya bağlı olarak ortaya çıkan satışa bağlı prim ödemeleri, boşta geçen zamana ait ücretin içinde değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır⁵²⁵.

Brüt olarak hükmedilen boşta geçen zamana ait ücretten, gelir vergisi, sigorta prim kesintisi ve damga vergisinin kesilerek net tutar tespit edilecektir.

d. Boşta Geçen Sürede Başka Yerden Elde Edilen Gelirin Mahsup Edilip Edilmeyeceği

İşçinin, işe iade davası açması halinde, açtığı davaya ilişkin yargılamanın devam ettiği süre zarfında, herhangi bir işveren nezdinde çalışarak elde ettiği kazancın, işe iade davası sonucunda işveren tarafından ödenecek boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanmada etkisinin olup olmadığı ya da işçinin bu süre zarfında elde ettiği gelirin boşta

⁵²² Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 363.

⁵²³ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 577; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1130.

⁵²⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 578; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1130; Yarg. 9. HD, 03.11.2021, E. 2021/10930 K. 2021/15323; Yarg. 9. HD, 03.11.2021, E. 2021/10930 K. 2021/15323; Yarg. 9. HD, 03.11.2021, E. 2021/11159 K. 2021/15307.

⁵²⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 577; Süzek, İş Hukuku, s. 668; Yarg. 9. HD, 05.02.2019, E. 2015/36281 K. 2019/2761; Yarg. 9. HD, 18.03.2010, E. 2008/16401 K. 2010/7150; Yarg. 9. HD 18.03.2009, E. 2007/38730, K. 2009/7345.

geçen zamana ait ücretten mahsup edilip edilmeyeceği hususları, bu konuda kanun koyucu tarafından herhangi bir düzenleme yapılmasından ötürü tartışma konusu olmuştur.

Bu konuda öğretide ileri sürülen görüşlerden ilki, işçinin başka bir işveren nezdinde yapmış olduğu çalışmalar neticesinde elde etmiş olduğu gelirlerin, mahkemece hüküm altına alınacak olan boşta geçen zamana ait ücretten mahsup edilmesi gerektiği zira Borçlar Kanunda yer alan *“yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı ya da kazanmakta bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir”* hükmünün uygulama alanı bulacağı⁵²⁶, boşta geçen zamana ait ücretin bir tazminat niteliğinde olmadığı kanunun temel amacının taraflardan birine herhangi bir ek menfaat sağlamaktan ziyade sadece işçinin dava sürecinde çalışmadığından boşta geçirdiği süreye ait ücret kaybını bertaraf etmeye yönelik olduğu⁵²⁷ ancak işçinin başka bir işveren nezdinde çalışması halinde bu döneme ilişkin boşta geçirdiği sürenin olmadığı ifade edilerek işçinin başka bir işverende çalıştığı dönemde elde ettiği kazancın boşta geçen zamana ait ücret miktarından mahsup edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵²⁸.

Öğretide ileri sürülen ve baskın olan diğer görüş ise, doktrindeki diğer görüşün dayanağı olan Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nda boşta geçen zamana ait ücretin sadece 4 ay değil; davanın devam ettiği tüm süreci kapsadığı bu nedenle kanunda açık bir mahsup düzenlemesinin yapıldığı ancak Türk İş Kanunu’nda bu tür bir düzenlemenin olmadığı, mahsubun sadece, işe iade davasının devam ettiği tüm zamana ait ücretin ödendiği hallerde mümkün olabileceğini, Kanun’da sadece dört aylık bir sınır konulduğundan davanın mahiyeti itibarıyla dört ayı aşkın bir süreden sonlandırılmasından ötürü işçilerin yaşantısını devam ettirebilmek için başka işverenler nezdinde çalışmak durumunda kalmasından ötürü bu döneme ilişkin mahsup yapılmasının hakkaniyete aykırı olduğu, İş Kanunu’nun 21. maddesinde açıkça *“çalıştırılmadığı”* ibaresinin feshi gerçekleştiren işveren tarafından işçinin çalıştırılmadığı şeklinde anlaşılması gerektiği, bu ibarenin işçinin çalışmadığı dönem olarak yorumlanmasının mümkün olmadığı, bu nedenle davacı işçi ister başka bir işte çalışsın ister başka bir işte çalışmasın bu ücrete hak kazanacağı ifade edilmektedir⁵²⁹. Her ne kadar kanunda en fazla

⁵²⁶ Ekmekçi, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, s. 179.

⁵²⁷ Soyer, s. 63.

⁵²⁸ Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 247.

⁵²⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 577; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1132.

4 aylık boşta geçen zamana ait ücretin ödeneceği düzenlemesi karşısında fiili uygulamada yargılamaların 4 ayın oldukça üzerinde sürmesi karşısında oldukça sınırlı bir koruma sağladığı bu nedenle de zaten sınırlı olan ödemedir bir kez daha mahsubun yapılmasının işçiyi koruma, işçi lehine yorum ilkesiyle çelişeceği ifade edilmektedir⁵³⁰.

Kısa bir dönem Yargıtay'da iş hukukundan kaynaklanan ihtilaflara bakan dairelerden biri olan 7. Hukuk Dairesi 2013 yılında vermiş olduğu kararında ise doktrinde azınlık görüş tarafından ileri sürülen görüşü doğrultusunda “ işçinin gerçek/reel zararının gözetilmesi gerektiği, işçinin sözleşmesinin feshedildiği tarih ile işe iade davasına ait kararın kesinleştiği süre arasındaki boşta geçirdiği sürenin nazara alınması gerektiği, işçinin boşta geçen zamana ait ücretinin, en fazla dört aylık zarfında alacağı ücret ile işçinin başka bir işveren nezdinde elde ettiği ücret ve diğer hakların farkının tahsiline karar verilmesi gerekmektedir” yönünde karar vermişse de⁵³¹, gerek 22. Hukuk Dairesi gerekse de halen iş ihtilaflarına bakmakla görevli olan 9. Hukuk Dairesi yerleşik kararlarında “*işçinin işe iade devam ettiği süre zarfında ya da boşta geçen zaman olarak kabul edilen süre zarfında çalışması, boşta geçen zamana ait ücretin hak kazanılmasına hiçbir şekilde etkisinin olmadığı ya da boşta geçen zamana ait ücretin daha az miktarda belirlenmesine sebebiyet vermeyeceği*” açıkça ifade edilmektedir⁵³².

İşçinin işe iade davası ikame etmiş olduğu dönemde 4447 sayılı Kanun'un 47/c maddesi kapsamında işsizlik ödeneği almasının, işverence en çok dört aylık ücret miktarında ödenecek olan boşta geçen zamana ait ücrete etkisinin olup olmadığı hususunun da üzerinde durulması gerekmektedir. İşsizlik sigortası 4447 sayılı Kanun'un 47. maddesine göre “*Bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan*” sigorta olarak düzenlenmiştir. Görüleceği üzere mezkûr kanun düzenlemesiyle kendisine kusur izafesi mümkün olmayan şekilde işsiz kalan işçinin,

⁵³⁰ Abbas, Bilgili : Fesihten Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu, Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul, 2006, S.12, C. 3, s. 1427; Süzek, İş Hukuku, s. 669.

⁵³¹ Yarg. 7. HD, 30.05.2013, E. 2013/1937 K. 2013/10151.

⁵³² Yarg. 9. HD, 22.01.2007, E. 2006/27673 K. 2007/117; Yarg. 9. HD, 06.06.2006, E. 2006/942 K. 2006/2409; Sakarya BAM 9. HD, 06.03.2019, E. 2019/77 K. 2019/275; Ankara BAM 29. HD, 15.12.2020, E. 2020/2988 K. 2020/622; Bursa BAM 3. HD, 22.06.2020, E. 2019/1839 K. 2020/1007.

Kanun'da belirtilen bir süre boyunca uğramış olduğu kazanç kaybının bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle de, 4447 sayılı Kanun'un 52. maddesinde "*İşsizlik ödeneği aldığı sürede gelir getirici bir işte çalıştığı veya herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı aldığı tespit edilen*" işçinin işsizlik ödeneğinin kesilmesi gerekmektedir.

Doktrinde savunulan ilk görüşte, işsizlik ödeneğinin alınması için gerekli koşullardan birisinin "ücret alamamak" olduğu, bu koşul doğrultusunda işsizlik ödeneği alan işçinin, daha sonra aynı dönem için bu kez boşta geçen zamana ait ücret adı altında ücret almasının İşsizlik ödeneğinin alınması koşullarını ortadan kaldırdığı, işçinin hem SGK'dan hem de işverenden ayrı ayrı gelir elde etmesinin işsizlik ödeneğinin varlık amacına aykırı olacağı, aynı dönem için iki kez ödeme alan işçi lehine sebepsiz zenginleşme olduğu gerekçeleriyle işçinin ya işsizlik ödeneğinin iade etmesini ya da bu tutarın boşta geçen zamana ait ücretten mahsubuyla bakiye bedelin işçiye ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir ki Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir⁵³³.

Doktrinde farklı yönde savunulan diğer görüşe göre, 4447 sayılı kanuna göre işsizlik ödeneğinin iade edilmesinin işçinin kusurlu eylemine dayandırıldığı ancak belirtilen bu durumda kendisine kusurun izafesinin mümkün olmadığını, kanunda işe iade davasından kaynaklanan ödemenin mevcudiyeti halinde işsizlik ödeneğinin iade edilmesine dair düzenlemenin mevcut olmadığı, zaten işçinin bu dönemde başka bir işyerinde çalışması halinde işsizlik ödeneği almasının mümkün olmadığı, 4857 sayılı Kanun'a göre boşta geçen zamana dair ödemenin işverence çalıştırılmamasının yeterli olduğu, boşta geçen zamana ait ücretin işçiye kanun tarafından tanınan bir hak olduğu bu nedenle de işçinin hem boşta geçen zamana ait ücretin hem de işsizlik ödeneğinin alabileceğini kabul etmektedir⁵³⁴.

4447 sayılı Kanunun 50. maddesinin 3. fıkrasına 10.09.2014 tarihli 6552 sayılı kanun ile "*4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. gereği işe iade davası nedeniyle yatırılan primlerin son günü esas alınarak işsizlik ödeneği hak sahipliği belirlenir ve işsiz geçen dönem için ödeme yapılır*" şeklinde eklenen cümle ile konuya ilişkin tartışma Yargıtay

⁵³³ Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 372; Yarg. 10. HD, 05.04.2010, E. 2009/10508 K. 2010/4814.

⁵³⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 229; Şahlanan, Fevzi : Feshin Geçersizliği – İşsizlik Ödeneğinin İadesi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2012, S. 382, s. 67; Güzel, Yasal Esasların Değerlendirilmesi, s. 112.

uygulaması yönünde sonlandırılmış böylece, işverence işçinin boşta geçen zamana ait ücretinin ödenip bu döneme ilişkin primlerinin yatırıldığı en fazla dört aylık zamana ilişkin işsizlik ödeneklerinin geri istenebileceği, hüküm altına alınmıştır⁵³⁵.

e. Faiz ve Zamanaşımı

Boşta geçen zamana ait ücrete hangi tarihten itibaren faiz işletilmesi gerektiği hususunun da üzerinde durulması gerekmektedir. Zira doktrinde, faiz başlangıç tarihi olarak çeşitli tarihler ileri sürülmektedir.

Bu görüşlerden ilkinde göre, işçinin kesinleşen mahkeme kararına dayalı olarak işe başlamak amacıyla işverene başvuru tarihiyle birlikte boşta geçen zamana ait ücretin muaccel olacağı, başvuru tarihinden itibaren de faizin işletilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵³⁶. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 17.03.2008 tarihli, E. 2007/40624, K. 2008/5165 sayılı kararıyla *“İşe başlatılmak için işverene başvuru tarihi boşta geçen süre ücreti bakımından işverenin temerrüde düştüğü tarih olarak kabul edileceğinden bu tarih itibariyle faiz işlemeye başlanacaktır”* yönündeki kararıyla işçinin işverene başvuru tarihinin faiz başlangıç tarihi olarak kabul ettiği görülmektedir.

Doktrinde ayrıca faiz başlangıcının, boşta geçen zamana ait ücretin doğumunun başvuruya bağlı olmadığı, işçinin başvurusunun ardından işverence gerçekleştirilecek davetin ardından işçinin işe başlayıp başlamasına bağlı olduğundan faiz başlangıcının açılacak dava tarihi olduğu⁵³⁷ olduğu ileri sürüldüğü gibi, işe iade davası neticesinde verilen kararın kesinleştiği tarihin⁵³⁸ faizin başlangıç tarihi olduğuna ifade eden yazarlar da mevcuttur.

Doktrinde ileri sürülen bir başka görüş ise faizin başlangıcı bakımından tek bir tarihin belirlenmesinin mümkün olmadığı, işveren işe başlamak için yaptığı başvurunun içeriğine göre bir ayırım yapılması gerektiği buna göre kesinleşen kararın ardından on işgünü içerisinde işe başlamak üzere yapılan başvuruda bu ücreti talep etmesi halinde başvuru tarihinden aksi halde ise başvurunun ardından işverence işçiyi başlatması

⁵³⁵ Tulukçu, s. 377.

⁵³⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1133; Tulukçu, s. 362; Centel, İş Güvencesi, s. 221.

⁵³⁷ Duran, Feshin Sonuçları, s. 811.

⁵³⁸ Özkes, İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, s. 168.

gerektiği son gün olan otuzuncu günden itibaren faizin işlemeye başlayacağı ileri sürülmektedir⁵³⁹.

Yüksek Mahkeme yakın tarihli kararlarında ise, boşta geçen süre ücretin işçinin işe iade amacıyla işverene başvuruda bulunduğu tarih itibariyle muaccel olacağı, işçinin işe başlama başvurusunda ayrıca boşta geçen zamana ait ücretin de ödenmesi talebi mevcutsa bu başvuruyla işverenin aynı zamanda temerrüde düşürüldüğünden bu tarihten itibaren faizin işleyeceği belirtilmiştir⁵⁴⁰. İşçi tarafından işverene yapılan başvuruda, boşta geçen zamana ait ücretin ödenmesi yönünde açık bir talepte bulunulmaması durumunda, işverenin temerrüde düşürülmesi söz konusu olmadığından bu alacağın tahsili için dava açılmadan önce dava şartı arabuluculuk başvurusuna ilişkin son tutanağın düzenlendiği tarih faiz başlangıcı olarak kabul edilecektir⁵⁴¹.

Boşta geçen zamana ait ücret mahiyeti itibariyle ücret niteliğinde olduğundan, İş Kanunu'nun 34. maddesi çerçevesinde, mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanacaktır⁵⁴². Ayrıca mezkûr alacak, niteliği itibariyle tazminat alacağı olmayıp ücret alacağı olduğundan İş Kanunu'nun 32. maddesinin son fıkrasına göre, zamanaşımı süresi 5 yıldır.

3. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücret ve Diğer Hakların İşçinin Kıdemine Etkisi

İşe iade davasının sonucunda, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesinin ardından işçi tarafından işe başlamak amacıyla başvuru yapması durumunda işçinin kıdem süresinin ne suretle belirleneceği önem arz etmektedir. Konuya ilişkin olarak doktrinde, işçinin dava sürecinde çalışmadığı tüm sürenin mi yoksa İş Kanunu'nun 21. maddenin 3. fıkrasında boşta geçen zamana ait ücretin üst sınırı olan dört aylık sürenin mi kıdem süresinin hesabında nazara alınacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

⁵³⁹ Akı/Altınbaş/ Bahçıvanlar, s. 160, Sarıbay, s. 214.

⁵⁴⁰ Yarg. 9. HD, 28.01.2021, E. 2019/5886 K. 2021/2712; Yarg. 9. HD, 27.09.2018, E. 2018/7326 K. 2018/16821; Yarg. 9. HD, 05.12.2018, E. 2015/25930 K. 2018/22446.

⁵⁴¹ Yarg. 9. HD, 21.03.2022, E. 2022/3222 K. 2022/3813.

⁵⁴² Yarg. 9. HD, 28.01.2021, E. 2019/5886 K. 2021/2712; Yarg. 12. HD, 21.06.2018, E. 2018/2961 K. 2018/6488.

İleri sürülen görüşlerden ilki İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen 4 aylık sürenin sadece işverenin dava süreci bakımından işçiye ödemesi gereken ücret ve diğer hakların üst sınırının belirlenmesine matuf olduğu, halbuki mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde artık dava süresinin tamamı bakımından geçerli bir sözleşmenin mevcut olduğu dava süreci boyunca sözleşmenin kesintisiz bir şekilde devam ettiğinin kabul edildiği, kaldı ki mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükteki 14. maddesinde “işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin devamı süresince” ibaresinin mevcut olduğu, bir diğer ifadeyle kanunda fiili çalışma olgusunun aranmadığı, sözleşmenin askıda kaldığı dönemlerin dahi kıdem süresine dâhil edilmesi gerektiği hususları nazara alındığında fiili çalışma olup olmadığına bakılmaksızın sözleşmesinin yürürlükte olduğu tüm dönemin kıdem süresinin belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴³.

Doktrinde ifade edilen ve Yargıtay tarafından istikrarlı bir şekilde kabul edilen diğer görüşe göre, kıdemin belirlenmesinde sadece fiili çalışma olgusunun dikkate alınması gerektiği, kanunun dört aylık süre içinde bitmesini düzenlediği dava türünde yargılamanın daha uzun süre sürmesi nedeniyle işçinin çalışmadığı sürenin artmasının yükünün işverene yükletilmesinin hak ve nesafet kurallarına aykırı olduğu, Kanun'da dört aylık ücret ve diğer haklardan bahsedilmesinden kaynaklı olarak bu dört aylık sürenin işçilik haklarının söz konusu olduğu dönem olarak kabulünün gerektiğinden ise sadece dört aylık sürenin işçinin kıdem süresine dâhil edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴⁴.

4. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücret ve Diğer Hakların Mahsubu

İşveren tarafından, istihdam ettiği işçinin iş sözleşmesini feshederken aynı zamanda kıdem tazminatı ve/veya ihbar tazminatı ödemesi yapmış olması da mümkündür. Sözleşmesi feshedilen işçi açılan işe iade davasının sonucunda mahkeme tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesinin ardından işçinin işveren nezdinde yeniden çalışmaya başlaması durumunda taraflar arasındaki sözleşmenin hiç kesintiye uğramamış gibi devam ettiği kabul edilmektedir. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin kesintisiz bir şekilde devam ettiği kabul edildiğinde de, feshe bağlı nitelikte kıdem ve

⁵⁴³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1123; Tulukçu, 354; Sarıbay s. 207.

⁵⁴⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 222; Kar, İş Güvencesi, s. 553; Yarg. 9. HD, 23.11.2017, E. 2017/7309 K. 2017/18992, Yarg. 9. HD, 29.12.2010, E. 2010/30882 K. 2010/41818; Yarg. 22. HD, 19.03.2013, E. 2012/16503 K. 2013/5618; Yarg. 22. HD, , 13.01.2020, E. 2017/26790 K. 2020/77.

ihbar tazminatına dair ödemeler de hukuki dayanaktan yoksun hale gelip işçi tarafından tahsil edilen bu ödemelerin iadesi gerekmektedir⁵⁴⁵.

İşçinin, işe iade kararı çerçevesinde işe başlaması durumunda, işveren tarafından işçiye en fazla dört aya kadar boşta geçen zamana ait ücretin ödenmesi gerekmektedir. Böylece bir taraftan işverenin işçiye boşta geçen zamana ait ücreti ödemesi gerekirken diğer taraftan da işçiye daha önce ödediği kıdem ve ihbar tazminatını geri alması gerekmektedir.

Kanun koyucu tarafından, taraflar arasında çeşitli yeni ihtilafların ortaya çıkmaması amacıyla, işveren tarafından ödenmesi gereken bedelle, işçi tarafından iadesi gereken bedellerin mahsubuna ilişkin özel düzenleme getirerek bu sorunu çözmeyi amaçlamıştır. İş Kanunu'nun 21/5. maddesinde *“işçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edileceği”* hüküm altına alınmıştır. Böylece, işveren tarafından ödenmesi gereken boşta geçen zamana ait ücret, eğer işverence daha önceden ödenen kıdem ve ihbar tazminatından mahsup edilecektir. İşçinin sözleşmesinin ihbar tazminatı ödenmesi yerine ihbar süresi verilmek suretiyle feshedilmesi durumunda işçinin bildirim süresi zarfında işverene olan iş görme borcunun ifa ettiği için ihbar öneline dair ücretin iadesini isteyemeyeceği gibi bu süreye dair ücretin işçinin alacaklarından mahsup edilmesi de mümkün değildir⁵⁴⁶.

İşçi tarafından işverene iadesi gereken kıdem tazminatı ve ihbar tazminatıyla, işveren tarafından işçiye ödenmesi gereken boşta geçen zamana ait ücretin mahsup edilmesine rağmen, işçinin iade etmesi gereken bakiye bir bedelin kalması ihtimal dâhilindedir. Karşılıklı mahsuplaşmaya rağmen işçi tarafından iade edilmesi gereken bir bedelin kalması durumunda, iadenin hangi hukuki sebebe dayalı olarak yapılacağı konusunda farklı yönde görüşler ileri sürülmektedir. Konuya ilişkin sürülen görüşlerden ilkinde göre, işçi tarafından peşin alınan kıdem tazminatı ile ihbar tazminatının sebepsiz zenginleşme çerçevesinde iade edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴⁷. Türk Borçlar

⁵⁴⁵ Sützek, İş Hukuku, s. 661; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 220.

⁵⁴⁶ Subaşı, İbrahim : İşe İade Davaları ile İlgili Bazı Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Turhan ESENER II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ekim 2017, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 626; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 383.

⁵⁴⁷ Uçum, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, s. 86; Ekmekçi, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, s. 178.

Kanunu'nun 79. Maddesini sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğünün belirlenmesine zenginleşenin iyi niyetli olup olmadığına göre ayırım yapılmaktadır. Mezkûr kanun düzenlemesine göre, sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli olması halinde iade yükümlülüğü sadece elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanıyla sınırlıyken, zenginleşenin kötü niyetli olması halinde zenginleşmenin tamamının iade edilmesi gerekmektedir. Doktrinde işçinin iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenmesi gerektiğini ileri süren yazarlardan UÇUM, işçinin iyi niyetli sebepsiz zenginleşen olarak kabul edilmesi gerektiğini işçinin iade yükümlülüğünün sadece elinde kalan miktar ile sınırlı olduğunu kabul ederken ; ÖZEKES ise kıdem tazminatı ile ihbar tazminatına almasına rağmen feshin geçersizliğinin tespiti için dava açan işçinin iyi niyetli kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirterek işçinin temellük ettiği meblağın tamamı bakımdan sorumlu olduğu kabul etmektedir⁵⁴⁸.

Doktrinde ileri sürülen diğer görüş ise, ihbar ve kıdem tazminatının iadesiyle mahsuplaşmanın açıkça İş Kanununda özel olarak düzenlendiğini, Türk Borçlar Kanununa göre daha özel nitelikte olan İş Kanunu'nun açık hükmü varken iadenin genel nitelikteki sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenmesinin mümkün olmadığı, kıdem ve ihbar tazminatı aldığı sırada feshin geçerli olup olmadığı, iş sözleşmesinin sona erip ermediği henüz belirsiz olan bir aşamada işverence işçiye yapılan ödemeden ötürü işçinin haksız bir kazanımının belirli olmadığı bu kazanımın sebepsiz zenginleşme olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁴⁹. Bu bakımdan işçinin mahsuplaşmaya dayalı olarak iade etmesi gereken bakiye tutarın İş Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılacağı kabul edilmektedir.

Kanun düzenlemesi çerçevesinde yapılan mahsuplaşmanın ardından işçi tarafından iade edilmesi gereken kıdem ve ihbar tazminatı tutarının mevcut olması durumunda, bu tutarın işveren tarafından alınacak tek taraflı kararla işçiye ilerleyen aylarda ödenecek ücret ve sair haklarından mahsup edilemeyeceği Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir⁵⁵⁰. Zira TBK 144. maddesi gereğince de işçinin ücreti alacağın doğumundan sonra ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebileceğine dair

⁵⁴⁸ Uçum, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, s. 86; Ekmekçi, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, s. 180.

⁵⁴⁹ Centel, İş Güvencesi, s. 227; Uşan, Muhammed Fatih : İşe İade Davalarının Sonuçları, Adana Barosunun Avukatlar Günü Kutlama Etkinlikleri, s. 86.

⁵⁵⁰ Yarg. HGK, 18.12.1985, E. 1984/9-453 K. 1985/1072.

düzenleme dikkate alındığında, işçi tarafından iade edilmesi gereken bedeller ancak işçinin açık rızası halinde hak etmiş olduğu ücretinden mahsubu mümkündür. Bu durumda da, mahsubun İş Kanunu'nun 35. maddesindeki emredici düzenleme çerçevesinde işçinin aylık ücretinin dörtte biriyle sınırlı olacaktır⁵⁵¹.

4857 sayılı Kanun'un 21/5. maddesindeki mahsup düzenlenmesi sadece kıdem ve ihbar tazminatı bakımından getirilmiş olduğundan işverenin mahsup yetkisi sadece kıdem ve ihbar tazminatına matuf olup işçi tarafından iadesi gereken başkaca ücret ve hakların mevcut olması durumunda bu alacakların işverence tek taraflı bir şekilde mahsup edilmesi mümkün değildir⁵⁵². Mahkemece geçersizliğine karar verilen fesihle birlikte işverence işçiye yıllık izin ücreti ödenmesi halinde, feshin geçersizliğine karar verilmesiyle taraflar arasındaki iş ilişkisi devam edeceği ve İş Kanunu'nun 53. maddesine göre ödenmiş olan ücretin, işçinin kullanmadığı izin süresine sayılmasının mümkün olmadığı, yıllık izin ücretinin işçi tarafından iadesi gerekmektedir⁵⁵³.

İşçinin tarafından iade edilecek kıdem tazminatı ve ihbar tazminatının faiziyle birlikte iade edilip edilmeyeceği, faize iade yükümlülüğünün varlığı halinde ise hangi tarihten itibaren faizin işleyeceği ve işleyecek olan faizin türünün ne olduğu hususun da üzerinde durulması gereken başka bir konudur.

Geçersiz feshi yapan ve bu nedenle kıdem tazminatı ödemesi yapan işverenin, daha önce yaptığı ödemeyi geri alırken faizden menfaat elde etmesinin adalet duygularını zedeleyeceği, geçersiz fesih yapan işverenin hukuka aykırılığı mahkeme kararıyla sabit hale gelen eyleminden herhangi bir menfaat elde etmesinin uygun olmadığı gerekçeleriyle işçinin kıdem ve ihbar tazminatına dair ödemeyi iade ederken faiz işleterek ödeme yapmasının gerekmediği, işçinin işe başlamasına rağmen ödemeyi iade etmemesi durumunda, faiz başlangıcının işçinin kıdem ve ihbar tazminatını iade yükümlülüğünün muaccel olduğu tarih olan işe iade davasının ardından işçinin işe başladığı tarihinden

⁵⁵¹ Uşan, Muhammed Fatih : Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, Kamu-İş, C. 10 S. 1, 2008, s. 18.

⁵⁵² Kar, İş Güvencesi, s. 500.

⁵⁵³ Bilgili, Abbas : İşe İade Davası Sonunda İşe Başlatılan İşçinin Hakları, Adana Barosu Dergisi, Eylül 2013, Sayı : 9, s. 515; Yarg. 9. HD, 15.10.2020, E. 2016/25817 K. 2020/12037 "4857 sayılı Kanunun 53. maddesinde işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği kurala bağlandığına göre, işçinin daha önce ödenen izin ücretinin, işe iade sonunda işçinin işe başlaması halinde işçinin kullanmadığı izin hakkına sayılması da doğru olmaz".

itibaren faiz ödemesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁵⁴. Böylece işçinin sözleşmesinin feshedildiği tarih ile işe iade davasının ardından işçinin işe başladığı tarih arasındaki süre için faiz ödemekle yükümlü olmadığı, ödemelerin faizsiz olarak mahsup edilmesi gerekmektedir⁵⁵⁵.

İşçi tarafından iade edilmesi gereken ihbar tazminatına işleyecek faizin türü 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin kanun düzenlemesi çerçevesinde kanuni faiz olduğu açıktır. Ancak işçi tarafından iadesi gereken kıdem tazminatının kanuni faiz işletilerek mi yoksa mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilerek mi iade edileceği hususunda farklı⁵⁵⁶ görüşler ileri sürülmektedir. Ancak bu konudaki baskın görüş 1475 sayılı Kanun'un 14/12. maddesinde düzenlenen faiz türünün sadece kıdem tazminatının zamanında ödenmemesine yönelik olduğu bu düzenlemenin kıyas yoluyla geri ödeme için uygulanmasının mümkün olmadığı kaldı ki işverene yapılacak geri ödemenin tam olarak ne kıdem tazminatı ne de ücret niteliğinde olduğu bu nedenlerle de uygulanacak faizin kanuni faiz olacağı kabul edilmektedir⁵⁵⁷. Buna karşın doktrinde ileri sürülen bir başka görüşte ise, 1475 sayılı Kanun'un 14/12. maddesinin ödemenin iadesi yönünden de kıyas yoluyla uygulanarak işçinin iade etmesi gereken tutara mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilerek iade edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁵⁸.

G. İşverenin İşçiyi İşe Başlatmaması

1. Genel Olarak

İşçinin işe başlamak amacıyla işverene başvurmasına rağmen işveren tarafından işe başlatılmaması mümkündür. Bu durumda taraflar arasındaki iş sözleşmesi, işverence feshedilmiş sayılacaktır. Zira işverence yapılan feshin mahkemece geçersizliğine karar verilmesi durumunda, fesih ortadan kalkacağından, işçi tarafından mahkeme kararı çerçevesinde işe başlamak için başvuru yapılmasıyla taraflar arasındaki sözleşmenin kesintiye uğramadan devam ettiği kabul edilmesi nedeniyle işverenin işçiyi işe

⁵⁵⁴ Bilgili, İşçinin Hakları, s. 512; Çil, İş Davasının Sonuçları, s. 48; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 322; Tulukçu, s. 354; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1122; Kar, İş Güvencesi, s. 500.

⁵⁵⁵ Yarg. 9. HD, 01.06.2009, E. 2008/1017 K. 2009/15182; Yarg. 9. HD, 28.03.2016, E. 2014/37489 K. 2016/7359.

⁵⁵⁶ Demir, s. 241; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 177.

⁵⁵⁷ Centel, İş Güvencesi, s. 227; Tulukçu, s. 354; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1123.

⁵⁵⁸ Demir, s. 151.

başlatmaması sözleşmenin işe başlatmamak suretiyle işverence feshedildiği sonucunu doğurmaktadır.

İş Kanunu'nun 21/1 maddesindeki “işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur” düzenlemesi çerçevesinde işveren tarafından işçiye işe tazminatı ödenmesi gerekmektedir. İşveren tarafından boşa geçen zamana ait ücret ve diğer hakların da ödenmesi gerekmektedir.

2. İşe Başlatmama İle İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

İşverence yapılan feshin ardından açılan işe iade davası sonucunda feshin geçersizliğinin tespit edilmesinin ardından, kesinleşen karara dayalı olarak işçinin işe başlaması için işverene başvurması durumunda, taraflar arasındaki sözleşme feshedilmemişçesine devam etmiş sayılmaktadır.

İşçinin başvurusunun ardından işveren tarafından bir aylık hak düşürücü süre zarfında işçinin işe başlatılmaması hali, doktrince baskın şekilde kabul edildiği ve Yargıtay tarafından da benimsendiği üzere, işveren tarafından yapılan yeni bir fesih olarak değerlendirilmektedir⁵⁵⁹. Bu durumda taraflar arasındaki iş sözleşmesi ilk fesih tarihi itibarıyla değil, işverenin işçiye işe başlatmadığı tarih itibarıyla sona erecektir. Fesih tarihinin, işverenin işçiye işe almayacağını bildirdiği tarih ya da bir aylık süre zarfında sessiz kalması durumunda bir aylık sürenin bittiği gün fesih tarihi olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁰. İşverenin, iradesi açık ya da örtülü bir şekilde ortaya çıkması mümkün olup işverenin işçiye işe başlatamayacağını yazılı ya da sözlü bir şekilde bildirebileceği gibi, işverenin herhangi bir davet ya da bildirimde bulunmaksızın bir aylık süreyi geçirmesi suretiyle de işe başlatmaması mümkündür⁵⁶¹.

4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinde 7036 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle işe başlatmama tazminatının dava tarihindeki ücret nazara alınarak hesaplanacağı hüküm

⁵⁵⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1123; Centel, İş Güvencesi, s. 231; Süzek, İş Hukuku, s. 661; İstanbul BAM 27. HD, 17.06.2019, E. 2017/1995 K. 2019/1547; Yarg. 9. HD, 17.05.2022, E. 2022/5432 K. 2022/6141; Yarg. 9. HD, 27.04.2021, E. 2021/4642 K. 2021/8534; aksi yönde, Çil, Şahin : İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, 2013, s. 79 “işe başlatmamanın açık, örtülü ya da eylemli hiçbir şekilde fesih olarak nitelendirilmesinin mümkün değildir”.

⁵⁶⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 580, Tulukçu, 355, Centel, İş Güvencesi, s.231.

⁵⁶¹ Centel, İş Güvencesi, s. 232.

altına alındığından, fesih tarihinin artık işverence işe başlatmama tarihi değil, işe iade davasına konu olan fesih tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmüşse⁵⁶² de yukarıda ifade edildiği üzere doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay uygulaması işverence işe başlatmama tarihi itibarıyla iş sözleşmesinin işverence feshedildiği yönündedir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, işçinin işe başlatılmaması suretiyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda işçi tarafından bu fesih işlemine karşı bir kez daha işe iade talebinde bulunması ya da bu konuda işe iade davası açması mümkün olmayıp işçi sadece işe iadenin mali sonuçlarından yararlanabilecektir⁵⁶³.

3. Kıdem Tazminatı ve İhbar Tazminatının Ödenmesi

Feshin geçersizliğinin tespitine dair kararın kesinleşmesinin ardından işe başlamak amacıyla usulüne uygun bir şekilde işverene başvuran işçinin, işveren tarafından kendisine yapılan başvurunun ardından bir aylık zaman zarfında işe başlatmaması durumunda, sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği kabul edilmektedir. Bu durumda, gerek doktrindeki baskın görüş gerekse de Yargıtay, iş sözleşmesinin bir aylık işe başlatma süresinin sonunda yahut işverence bu süre içerisinde işçiye işe başlatılmayacağına bildirilmesi durumunda bu bildirim tarihi itibarıyla fesh edildiğini ifade etmektedir.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda her ne kadar fesih hiç gerçekleşmemişçesine taraflar arasındaki sözleşme devam ediyorsa da, yerleşik Yargıtay uygulaması çerçevesinde, boşta geçen süre alacağına ilişkin kanunda öngörülen dört aylık sürenin, işçinin kıdem süresine eklendiği kabul edilmektedir. Bu çerçevede, işçinin kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izne esas hizmet süresinin işe iade davasına konu fesih itibarıyla çalışma süresine, dört aylık süre eklenerek hesaplanması gerekmektedir⁵⁶⁴. İşe iade davasının dört aydan daha kısa sürmesi durumunda fiili çalışma süresine, işe iade davasının devam ettiği sürenin eklenmesi gerekmektedir⁵⁶⁵.

⁵⁶² Senyen Kaplan, s. 425; Narmanlıoğlu, Yeni Çerçevesi, s. 19.

⁵⁶³ Ekmekçi/Yiğit, s. 709.

⁵⁶⁴ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 581; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 220; Kar, İş Güvencesi, s. 555; Ankara BAM 9. HD, 06.02.2018, E. 2017/2702 K. 2018/252; Yarg. 9. HD, 03.03.2011, E. 2009/7061 K. 2011/5905.

⁵⁶⁵ Yarg. 9. HD, 23.11.2017, E. 2017/7309 K. 2017/18992; Yarg. 9. HD, 20.03.2019, E. 2016/21815 K. 2019/6261; Yarg. HGK, 02.10.2018, E. 2018/22-604 K. 2018/1399.

İşçinin, iş sözleşmesi, işverence işe başlatmama tarihi itibarıyla fesh edildiğinden, feshe bağlı alacaklar olan kıdem tazminatı ve yıllık izin ücretinin fesih tarihi itibarıyla belirlenecek ücret üzerinden hesaplanması gerekecektir⁵⁶⁶. İşverence, işe iade davasına konu fesih sırasında işçiye kıdem tazminatı ödemesi durumunda da, yeni kıdem süresi ve işe başlatmama tarihindeki ücret miktarı üzerinden kıdem tazminatı hesaplanacağından fark kıdem tazminatı doğacaktır⁵⁶⁷. Bu durumda, işçinin işe başlatılmama tarihindeki kıdemi ve ücreti esas alınarak belirlenen kıdem tazminatı miktarından, işverence ödenen kıdem tazminatının - herhangi bir faiz işletilmeksizin- mahsubu yapılarak bakiye kıdem tazminatı alacağı hesaplanacaktır⁵⁶⁸.

İşveren tarafından, ilk fesih gerçekleştirilirken ihbar tazminatı ödenmesi ya da ihbar süresine uygun şekilde fesih bildirimi yapması durumunda, işe başlatmamak suretiyle gerçekleşen fesihle de, yeni hizmet süresi ve işe başlatmama tarihindeki ücret nazara alınarak hesaplanacak ihbar tazminatının ödenmesi gerekecektir⁵⁶⁹. Bu husus 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin 4. fıkrasında "*İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.*" yönündeki düzenlemeyle de hüküm altına alınmıştır.

İşverence ilk fesih tarihinde bildirim sürelerine göre fesih bildiriminde bulunması yahut bildirim süresine dair ücretin peşin ödenmesi suretiyle feshi gerçekleştirmesi durumunda, işe başlatmamak suretiyle gerçekleşen fesihle de ihbar tazminatının ödenip ödenmemesi gerektiği noktasında farklı yönde görüşler ortaya çıkmaktadır. Bu konuda, ileri sürülen görüşlerden ilkinde göre, fesihle birlikte ihbar tazminatı ödenmesi durumunda da, işe başlatmama tarihindeki ücret ve hizmet süresi nazara alınarak ihbar tazminatının hesaplanıp ödenen tutardan mahsubu gerektiği zira ihbar süresinin verildiği ya da bedelinin peşin ödendiği feshin geçersizliğine karar verildiğinden bu ihbar bildiriminin artık hükümsüz hale geldiği, hükümsüz hale gelen

⁵⁶⁶ Yarg. 9. HD, 19.04.2022, E. 2022/3344 K. 2022/4832; Yarg. 9. HD, 11.10.2021, E. 2021/9854 K. 2021/14093; Yarg. 9. HD, 03.11.2021, E. 2021/10930 K. 2021/15323; Yarg. 9. HD, 05.10.2021, E. 2021/9402 K. 2021/13674; Yarg. 9. HD 22.01.2020, E. 2016/27290 K. 2020/1037.

⁵⁶⁷ Ekmekçi/Yiğit, s. 710; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1128; Çil, Fesih Olarak Değerlendirilmesi, s. 82.

⁵⁶⁸ Sakarya BAM 9. HD, 30.09.2020, E. 2019/1761 K. 2020/1113; Yarg. 9. HD, 28.03.2010, E. 2008/21906 K. 2010/8119; Yarg. 9. HD, 05.06.2014, E. 2012/14019 K. 2014/18274.

⁵⁶⁹ Bilgili, Abbas : İşe İade Davası Lehine Sonuçlanan İşçinin İşe Başlatılmaması Durumunda Kıdem Tazminatı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2012, s. 68; Manav, Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, s. 387.

bildirim sürelerine de artık hukuken değer verilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁷⁰.

İleri sürülen diğer bir görüşe göre, mahkemece yapılan feshin geçersizliğinin tespitinin Borçlar hukuku bakımından mutlak butlan niteliğinde olmadığı, bu nedenle işverence yapılan ihbar bildiriminin işe iade kararından etkilenmesinin mümkün olmadığı, işçiye bu bakımdan ikinci kez ihbar öneli verilmesine gerek olmadığı, kaldı ki İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan “*İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.*” yönündeki düzenleme nazara alındığında, işe iade davaları bakımından işçiye daha öncesinden ihbar süresi verilmemiş ya da ödenmemişse işe başlatmamayla birlikte ihbar tazminatının ödeneceğini hüküm altına alındığı belirtilmektedir⁵⁷¹.

Yargıtay bu konuda farklı yönlerde kararlar vermişse de, yakın tarihli kararında⁵⁷², işe iade davası açan işçiye dava konusu olan, mahkemece geçersiz sayılan fesihte, bildirim süresi verilmemiş olması ya da bildirim süresine ait ücretin peşin olarak ödenmemesi ihtimalinde işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği, bir diğer deyişle işçiye ilk fesih anında ihbar süresi verilmiş ya da tazminatı ödenmiş ise işe başlatmama durumunda bir kez daha ihbar tazminatının ödenmesinin gerekmediği, *işçiye daha önce* usulüne uygun şekilde verilen ihbara geçerlilik tanınmasının İş Kanunu'nun açık düzenlemesi olduğu, işe iade davası sonrasında işçiyi işe başlatmayan işverene ihbar öneli tanınmasını istemenin de işin mahiyeti ile bağdaşmadığı içtihat edilmiştir.

4. İşe Başlatmama Tazminatının Ödenmesi

a. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre işe iade davasının ardından işe başlamak için başvuruda bulunan işçinin, başvurudan itibaren bir ay içinde işe başlatılmaması halinde, işveren, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti

⁵⁷⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1128; Şahlanan, Fevzi : İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği Sonrası İşe Başlatılmayan İşçiye İhbar Tazminatı Ödenmeyeceği, Tekstil İşveren Dergisi, S. 388, Ağustos – Eylül 2012, s. 3; Şen, Murat : Geçersiz Fesihte İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullanılması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 17, Mart 2010, s. 16.

⁵⁷¹ Centel, İş Güvencesi, s. 232; Süzek, İş Hukuku, s. 666; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 581.

⁵⁷² Yarg. HGK, 11.04.2018, E. 2018/9-241 K. 2018/768; Yarg. 9. HD, 16.02.2021, E. 2019/8192 K. 2021/3909; Yarg. 9. HD, 03.04.2023, E. 2023/1457 K. 2023/4838.

tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür. Kanunda işe iade sürecine özgü düzenlenen bu tazminat, iş hukuku uygulamamızda, işe başlatmama tazminatı⁵⁷³, iş güvencesi tazminatı⁵⁷⁴ veya işe iade tazminatı gibi çeşitli şekillerde isimlendirilmekle birlikte çalışmamızda öğretide çoğunlukça kabul edilen ve uzun yıllardan beridir Yargıtay uygulamasında da kullanılan haliyle işe başlatmama tazminatı ibaresi kullanılacaktır.

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, işçinin sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshi durumunda, işveren tarafından işçiye bir yıllık ücret miktarından az olmamak üzere sendika tazminata hükmedilecektir. Bu durumda, işçinin, işe başvurmasına rağmen işverence işe başlatılmaması durumunda, ayrıca İş Kanunu 21/1 de düzenlenen işe başlatmama tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshi durumunda, işçinin hem işe başlatmama tazminatı hem de sendikal tazminat alması mümkün değildir⁵⁷⁵. Sendikal nedenle yapılan fesih neticesinde hükmedilen sendikal tazminat, işe başlatmama tazminatından farklı olarak işçinin işe başlamak amacıyla işverene başvuru yapıp yapmamasına, işe başlatılıp başlatılmamasına bağlı olmayıp iş sözleşmesinin sendikal sebeplerle feshinin tespiti durumunda işçi sendikal tazminata hak kazanacaktır.

İşveren tarafından işçiye, işe başlatmama tazminatının ödenmesi için işe iadeye dair kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işe başlatma amacıyla işverene başvurması ve işverenin işçiye bir aylık sürede işe başlatmaması gerekmektedir. Bu çerçevede, işçinin işe başlatılması ya da işçinin işe başlamak amacıyla hak düşürücü süre zarfında işverene başvurmaması durumlarında işçinin işe başlatmama tazminatını talep etmesi mümkün değildir.

İşe başlatmama tazminatının mahkemece hüküm altına alınması için davacı işçinin bu yönde bir talebinin olmasının gerekmediği zira işe başlatmama tazminatının, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda kararın uygulanmamasının yaptırımı

⁵⁷³ Centel, İş Güvencesi, s. 234 ; Narmanlıoğlu, İşe başlatmama tazminatı, s. 1959; Kar, İş Güvencesi, s. 505; Ekmekçi/Yiğit, s. 708; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 570; Yarg. 9. HD, 15.01.2019, E. 2015/33571 K. 2019/1171; Yarg. 9. HD, 04.02.2019, E. 2018/7703 K. 2019/2650; Yargıtay 22. HD, 15.01.2019, E. 2018/16305 K. 2019/945.

⁵⁷⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 669; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1124; Senyen Kaplan, s. 425; Öcal, Kemal Evren : İş Güvencesi Tazminatı, Terazi Hukuk Dergisi, S. 15, Kasım 2007, s. 52.

⁵⁷⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 665.

olduğu, açık kanun düzenlemesi gereği feshin geçersizliğine bağlanan mali sonuçlar olduğu, mahkemece bu alacaklara resen hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷⁶.

Kanun koyucu tarafından İş Kanunu'nun 21. maddesinde “en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti” ibaresine yer vermek suretiyle, işe başlatmama tazminatının alt sınırı ile üst sınırını açıkça belirlenmiştir. Bu kapsamda davacının, dava dilekçesinde kanunda belirtilen sınırların altında talepte bulunması durumunda mahkemece HMK'nın 26. maddesindeki “ *tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez.*” yönündeki düzenleme gereğince işçinin talebine bağlı kalarak hüküm tesis etmesi mi gerekmekte yoksa kanunda düzenlenen alt ve üst sınırın taleple bağlılık ilkesinin bir istisnası olduğundan hareketle kanunda belirlenen miktarların takdir edilmesinin gerektiği hususunun üzerinde durulması gerekmektedir.

Dava dilekçesinde daha az miktarda bir talepte bulunulmuş olması halinde dahi İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası gereği işe başlatmama tazminatının miktarına dair düzenlemenin de mutlak emredici olduğundan, mahkemece kanunda belirtilen alt sınırın altına inemeyeceği, bu nedenle işe başlatmama tazminatının en az 4 aylık ücret olarak hüküm altına alınması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁷⁷. Yüksek Mahkeme, işçinin sendikal nedenle sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle ikame etmiş olduğu davada bir yılın altında tazminat isteminde bulunan işçinin talebi doğrultusunda karar verilmesi gerektiğini belirterek kanunda öngörülen alt sınırında altında bir tazminata hükmedileceği konusunda karar vermiştir⁵⁷⁸.

b. İşe Başlatmama Tazminatının Hesaplanması

Kanun koyucu tarafından 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinde “*en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti*” demek suretiyle işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları belirlenmiştir. Böylece, kanun koyucu, işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde hakime takdir yetkisi verilmiştir. Ancak kanun düzenlemesinde, mahkemece hangi kriterler, hangi özellikler dikkate alınarak tazminat miktarının belirleneceği hususunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁷⁹. Kanunun madde

⁵⁷⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1134; Senyen Kaplan, s. 423; Narmanlıoğlu, İşe Başlatmama Tazminatı, s. 2043; Yarg. 9. HD, 19.12.2016, E. 2016/10642 K. 2016/22375; Yarg. 9. HD, 04.05.2017, E. 2016/11203 K. 2017/7807.

⁵⁷⁷ Akyiğit, İş Güvencesi, s. 325.

⁵⁷⁸ Yarg. 9. HD, 31.03.2005, E. 2005/9014 K. 2005/11551; Yarg. 9. HD, 20.12.2018, E. 2018/4661 K. 2018/23810.

⁵⁷⁹ Centel, İş Güvencesi, s. 235.

gerekçesinde ise, işe başlatmama tazminatının, sözleşmenin sona ermesi ve işçinin işverence işe başlatılmama nedenlerle nazara alınarak takdir edileceği ifade edilmiştir.

Doktrinde, kanunun gerekçesi de nazara alınarak işverenin fesih gerekçesi⁵⁸⁰ ve fesih sırasındaki hukuka aykırılığın ağırlığının ölçüsü, fesih şekli⁵⁸¹, işverenin fesihteki kötü niyeti⁵⁸², işçinin kıdemi, işçinin yaşı, ücreti, aile durumu, yaptığı işin mahiyeti⁵⁸³, emekli olması⁵⁸⁴ gibi çeşitli ölçütlerine nazara alınması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay, mevcut kanun düzenlemesi gereğince asıl olanın alt sınırdan hüküm verilmesi olduğu, mahkemece alt sınırdan uzaklaşarak işe başlatmama tazminatına hükmedilmesi durumunda alt sınırdan uzaklaşma sebebinin açıkça gerekçeli kararda açıklanması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁸⁵.

Yargıtay tarafından istikrarlı bir şekilde, bu konuda içtihat birliğinin sağlanabilmesi amacıyla almış olduğu ilke kararlarına göre yıllık ücretli izinle ilgili 53. maddesindeki kıdem süreleri nazara alarak işe başlatmama tazminatının; altı ay ile beş yıl arasında kıdemi olan işçi için dört aylık ücret tutarında, beş yıl ile on beş yıl arasındaki kıdem için beş aylık ücret tutarında, on beş yıldan fazla kıdem için ise altı aylık ücreti belirlenmektedir⁵⁸⁶. İşe iade ile hiçbir ilgi ve alakası olmayan yıllık izin ücretine özgü sürelerin işe başlatmama tazminatının belirlenmesine esas alınarak hâkimin takdir yetkisini kaldırıp matematiksel tespit yönteminin benimsendiği gerekçeleriyle Yargıtay'ın yerleşik bu uygulamasının isabetsiz olduğu ileri sürülmektedir⁵⁸⁷.

İşçinin iş sözleşmesinin fesih gerekçesi olarak emeklilik nedeninin gösterilmesi durumunda işe başlatmama tazminatının belirlenmesi hususunda Yargıtay dairelerinin farklı yönde uygulamaları beraberinde çeşitli tartışmaları ortaya çıkartmıştır⁵⁸⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi eski tarihli kararlarında, işe iade davası açan işçinin, emekliliğe hak kazanması nedeniyle yapılan fesihlerde, işe başlatmama tazminatının alt sınırdan

⁵⁸⁰ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 574; Yarg. 7. HD, 20.10.2016, E. 2016/12647 K. 2016/17032.

⁵⁸¹ Süzek, İş Hukuku, s. 666.

⁵⁸² Sarıbay, s. 260.

⁵⁸³ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 575.

⁵⁸⁴ Ünal, Canan : İşe Başlatmama Tazminatının Belirlenmesinde Emekliliğin Ölçüt Olarak Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 38, 2017, s. 130.

⁵⁸⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1125; Yarg. 9. HD, 30.06.2004, E. 2004/3420 K. 2004/16236.

⁵⁸⁶ Yarg. 9. HD, 04.02.2019, E. 2018/7703 K. 2019/2650; Yarg. 9. HD, 14.11.2018, E. 2018/2008 K. 2018/20600; Yarg. 22. HD, 24.09.2018, E. 2018/10573 K. 2018/19913; Yarg. 9. HD, 11.01.2022, E. 2021/12955 K. 2022/110.

⁵⁸⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 665.

⁵⁸⁸ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 574.

uzaklaşarak hüküm altına alınmayarak alt sınır olan dört aylık ücret tutarında tazminatın belirlenmesi gerektiği kabul etmekteyken⁵⁸⁹, aynı daire 2015 yılından itibaren verdiği kararlarında görüş değişikliğine giderek emeklilik sebebiyle fesihlerde işe başlatmama tazminatının alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesinin mümkün olduğunu içtihat etmiştir⁵⁹⁰. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016 ve 2017 yıllarında verdiği kararlarında ise, sadece işletme gereklerine dayalı fesih hâllerleriyle sınırlı olarak emeklilik ölçütünü uygulamaya başlayarak sadece bu hale özgü olarak işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir⁵⁹¹. Aynı dönemde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise, fesih gerekçesinin emeklilik olması halinde işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi gerektiğini kabul etmiş⁵⁹², Yargıtay 7. Hukuk Dairesi ise işçinin kıdemi, fesih sebebi nazara alınarak tazminat miktarı belirlenmesi gerektiğinden, işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesinde hususunda emeklilik kriterinin dikkate alınamayacağı kabul edilmiştir⁵⁹³. Daireler arasındaki bu görüş aykırılıkların giderilmesi amacıyla içtihatları birleştirme talebinde bulunulmuşsa da, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 13.04.2018 tarihli, E. 2017/3 K. 2018/3 kararıyla “*feshin ve işçinin işe başlatılmama nedenlerinin her olayın özelliğine göre değişiklik arz edebileceğın, kanun koyucunun somut olayın özelliğine göre hâkime takdir hakkı verildiğı durumda, bağlayıcı nitelikte İçtihadı Birleştirme Kararı ile konuya ilişkin sınırlandırma yapılmasının uygun olmadığı*” belirtilmiştir.

İlerleyen dönemde, istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi, farklı Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından farklı yönde kararlar çıkması üzerinde, uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla Yargıtay 9. Hukuk Dairesine başvurulmuş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.03.2021 tarihli, E. 2021/1681, K. 2021/6382 sayılı Bölge Adliye Mahkemesi kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi istemine dair kararıyla “*iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatının miktarının, Kanunun 21. maddesinin gerekçesinde yer alan “iş sözleşmesinin sona erdirilmesi” ve “işverenin işçiyi işe başlatmama sebeplerini” dikkate alarak, her somut olayın özelliğine göre takdir etmesi*

⁵⁸⁹ Ünal, s. 128; Yarg. 9. HD, 20.03.2006, E. 2006/3009 K. 2006/7002; Yarg. 9. HD, 16.04.2007, E. 2007/10043 K. 2007/10566; Yarg. 9. HD, 15.03.2010, E. 2009/49281 K. 2010/6751.

⁵⁹⁰ Ünal, s. 128.

⁵⁹¹ Ünal, s. 129; Yarg. 9. HD, 18.10.2016, E. 2015/34910 K. 2016/18061; Yarg. 9. HD, 13.02.2017, E. 2016/3550 K. 2017/1572; Yarg. 9. HD, 27.02.2017, E. 2016/15675 K. 2017/2554.

⁵⁹² Süzek, İş Hukuku, s. 666,

⁵⁹³ Yarg. 7. HD, 10.07.2013, E. 2013/19137 K. 2013/13064; Yarg. 7. HD, 16.11.2015, E. 2015/22286 K. 2015/22350.

gerektiği dikkate alındığında, soyut ve genel nitelikte olacak şekilde uyumsuzluğun giderilemeyeceğine” karar verilmiştir. Böylece mezkûr kararda, işe başlatmama tazminatının önceden belirlenmesinin mümkün olmadığı, her bir davaya özgü olarak olayın özelliğine göre yargıç tarafından takdir edileceği ifade edilmiştir.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 38. maddesi ile İş Kanunu’nun 21. maddesine 4. fıkra eklenmeden önce işe başlatmama tazminatının işçinin hangi tarihteki ücreti üzerinden belirleneceği konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmadığından konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmekteydi. Yargıtay ise işe başlatmama tazminatının, işverence işçinin işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte ya da işverence işçinin işe başlatılabileceği bir aylık sürenin bitimi itibariyle sözleşmenin işverence feshedilmiş sayıldığından bir aylık sürenin dolduğu tarihteki ücrete göre hesaplanması gerektiğini kabul etmekteydi⁵⁹⁴. 7036 sayılı Kanun ile İş Kanunu’nun 21. maddesine eklenen 4. fıkra yukarıda kısaca ifade edilen tartışmalara son verecek bir düzenleme yapılarak boşta geçen zamana ait ücret ile diğer hakların ve işe başlatmama tazminatının işçinin dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır⁵⁹⁵. Böylece mahkeme gerek işe başlatmama tazminatını gerekse de boşta geçen zamana ait ücreti ay olarak değil açıkça davanın ikame edildiği tarihteki ücret üzerinden hüküm altına alacak böylece taraflar arasında daha sonraki süreçte alacak bedelleri bakımından yeni bir hukuki ihtilafın ortaya çıkması engellenmiş olacaktır.

İşe başlatmama tazminatının giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağına dair herhangi bir özel bir düzenleme mevcut olmadığından, davacı işçinin dava tarihindeki çıplak brüt ücreti üzerinden hesaplanacaktır⁵⁹⁶. Bu kapsamda işçinin hak etmiş olduğu işe başlatmama tazminatında ikramiye, prim, fazla çalışma ücreti, yol ve yemek ücreti gibi sosyal yardımların, bir diğer deyişle asıl ücrete ilave parayla ölçülen menfaatlerin hesaba

⁵⁹⁴ Yarg. HGK, 02.10.2018, E. 2018/22-604 K. 2018/1399; Yarg. 22. HD, 22.01.2018, E. 2017/9344 K. 2018/923; Yarg. 9. HD, 05.12.2018, E. 2015/25930 K. 2018/22446..

⁵⁹⁵ Astarlı, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s. 47.

⁵⁹⁶ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 572; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 221.

dâhil edilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁹⁷. Nitekim Yargıtay tarafından verilen kararlar da bu yöndedir⁵⁹⁸.

İşe başlatmama tazminatı, 16.09.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı kanunla 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunun 25. maddesinde yapılan değişiklikle gelir vergisi istisnası kapsamında alındığından işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesintisi yapılmayacağı gibi, tazminat niteliğinden ötürü sigorta prim kesintisi yapılması da mümkün olmayıp sadece damga vergisi kesintisi yapılacaktır⁵⁹⁹.

c. Faiz ve Zamanaşımı

İşe başlatmama tazminatı, niteliği itibariyle tazminat niteliğinde olması, 7036 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 3'te bu tazminat türü bakımından özel bir düzenleme getirilmemiş olması nedenleriyle TBK 146. maddesi gereğince on yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁶⁰⁰. Ayrıca işe başlatmama tazminatına uygulanacak faize ilişkin herhangi bir özel düzenleme mevcut olmadığından, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun gereğince bu alacağa kanuni faiz işletilecektir⁶⁰¹.

İşe başlatmama tazminatına hangi tarihten itibaren faiz işletilmesi gerektiği hususunda farklı yönde görüşler ileri sürülmektedir. İleri sürülen görüşlerden ilkinde göre, işçinin işe başlatmama tazminatına ilişkin alacağını işverenden yazılı olarak talep ettiği tarih veya icra takibinin yapıldığı an yahut bu konuda alacak davasını ikame ettiği tarihin faiz başlangıcı tarihi olduğunu ileri sürmektedir. Zira bir alacağın muaccel olmasının kendiliğinde faizin işlemesine sebebiyet vermediği, bu konuda borçlunun temerrüde düşürülmesi gerektiği dava açılması, icra takip başlatılması yahut bu alacağın açıkça işverenden talep edilmesi durumunda borçlu temerrüdünün oluşacağı bu tarihten itibaren de faizin işletilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰². Öğretide ileri sürülen diğer bir görüş ise, işçinin işe başlamak amacıyla işverene başvurması durumunda bir ay içinde işverence

⁵⁹⁷ Centel, İş Güvencesi, s. 237.

⁵⁹⁸ Yarg. 22. HD, 22.02.2018, E. 2017/42948 K. 2018/4724; Yarg. 9. HD, 05.11.2015, E. 2015/30169 K. 2015/31378.

⁵⁹⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1126; Centel, İş Güvencesi, s. 238; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 575; Yarg. 9. HD, 04.11.2020, E. 2016/30347, K. 2020/14723.

⁶⁰⁰ Yarg. 9. HD, 26.05.2021, E. 2021/5434 K. 2021/9577; İstanbul BAM 27. HD, 18.04.2019, E. 2017/1297 K. 2019/1087; Gaziantep BAM 7. HD, 22.02.2017, E. 2017/148, K. 2017/236; İstanbul BAM 26. HD, 09.01.2020, E. 2017/3151 K. 2020/8;

⁶⁰¹ Centel, İş Güvencesi, s. 298.

⁶⁰² Sarıbay, s. 262-263.

işe başlatılmaması durumunda işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu bu nedenle işçinin işveren başvurusundan itibaren bir aylık sürenin dolduğu tarih itibarıyla faizin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir⁶⁰³.

Yargıtay ise, işçinin işe iade kararı çerçevesinde işe başlamak amacıyla işveren başvuru yapması durumunda, işe başlatmama tazminatı bakımından ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmeyeceği, işçinin geçerli başvurusunun ardından işverence işe başlatılmama anından itibaren faiz hakkının doğacağını kabul etmektedir⁶⁰⁴. Bir diğer deyişle Yargıtay işçi tarafından işe başlamak üzere yapılan başvurunun aynı zamanda işe başlatmama ihtimalinde işe başlatmama tazminatını talebini de içerdiğini, bu nedenle ayrıca bir kez daha temerrüt ihtarının gerekli olmadığını kabul etmektedir.

d. İşe Başlatmama Tazminatının Kötü Niyet Tazminatı, Haksız Fesih Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatı ile İlişkisi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan *"bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir."* yönündeki düzenleme çerçevesinde, kötü niyet tazminatının iş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından uygulama alanı bulacağı açıkça düzenlendiğinden, işe başlatmama tazminatı ile kötü niyet tazminatının birlikte talep edilmesi mümkün değildir⁶⁰⁵. İş güvencesine tabi olan işçinin, işe iade davası açmak yerine doğrudan doğruya kötü niyet tazminatı talebinde bulunması da mümkün değildir⁶⁰⁶.

Türk Borçlar Kanunun 438. maddesinde düzenlenen haksız fesih tazminatı, işçinin iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedilmesi durumunda ödenmesi gereken tazminat olarak hüküm altına alınmış, belirsiz süresi iş sözleşmesinde ihbar süresine, belirli süreli sözleşmede ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarın, işçi tarafından tazminat olarak talep edilebileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan İş Güvencesine tabi işçilerin, haksız fesih

⁶⁰³ Süzek, İş Hukuku, s. 667; Centel, İş Güvencesi, s. 298; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1126.

⁶⁰⁴ Yarg. 9. HD, 05.12.2018, E. 2015/25930 K. 2018/22446; Yarg. 9. HD, 02.11.2015, E. 2014/17964 K. 2015/30728.

⁶⁰⁵ Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat /Özkaraca, s. 576.

⁶⁰⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 544; Centel, İş Güvencesi, s. 238; Yarg. 22. HD, 24.12.2019, E. 2016/25681 K. 2019/24233; Yarg. 9. HD, 13.11.2019, E. 2019/6389 K. 2019/19766.

tazminatı talep edilemeyeceği hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu çerçevede, doktrinde, haksız fesih tazminatının genel hüküm niteliğinde olduğu, iş güvencesine tabi olan bir işçinin kişilik haklarının ihlal edilmesi suretiyle sözleşmesinin haksız şekilde feshi durumunda, işe geri dönmek istemeyen bu nedenle de işe iade davası açmayan işçinin kişilik haklarına verilen zararın yaptırımsız kalacağından bahisle iş güvencesine tabi olsun olmasın tüm işçilerin haksız fesih tazminatı talep edebileceği ifade edilmiştir⁶⁰⁷. Doktrinde baskın olarak savunulan görüşe göre, ise iş güvencesine ilişkin düzenlemelerde feshin geçersizliğine ilişkin hukuki sonuçların özel olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen zamana ait ücret şeklinde mutlak emredici şekilde hüküm altına alındığı, bu nedenle de genel hüküm niteliğinde Türk Borçlar Kanununda düzenlenen haksız fesih tazminatına dair düzenlemenin iş güvencesine tabi işçiler için uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmiştir⁶⁰⁸.

İş Kanununun “eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesinde, işverenin iş ilişkisinde, ırk, dil, cinsiyet, renk, engellilik, siyasal düşünce, din ve mezhep vb nedenlere dayalı olarak ayırım yapamayacağı, ayrıca esaslı nedenler olmadığı müddetçe tam süreli ile kısmî süreli, belirsiz süreli ile belirli süreli sözleşmeyle çalışanlar arasında farklı işlem yapamayacağı, cinsiyet veya gebelik sebepleriyle doğrudan veya dolaylı bir şekilde farklı işlem yapamayacağı düzenlenmiştir. Yine aynı maddede, işverenin gerek iş ilişkisinde gerekse de iş sözleşmesinin sona ermesinde bu eşit davranma ilkesine aykırı davranması durumunda, işçiye dört aya kadar tazminat ödemekle yükümlü hale getirilmiş, ayrıca işçinin yoksun bırakıldığı diğer hakları da talep edebileceği düzenlenmiştir. Özellikle kanun düzenlemesi de işe başlatmama tazminatının talep edilmeyeceğine dair özel düzenlemeye yer verilmemesi ile “işçinin yoksun bırakıldığı diğer hakları da talep edebileceği” yönündeki ibareye yer verilmesi, işe başlatmama tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenip istenmeyeceği tartışmasına sebebiyet vermiştir.

Doktrinde ileri sürülen görüşlerden ilkinе göre, İş Kanunu’nun 5. maddesinde sadece ayrımcılık tazminatıyla sendikal tazminatın birlikte talep edilmesinin mümkün olmadığına düzenlendiği, kanun koyucunun işe başlatmama tazminatının talebi yönünde

⁶⁰⁷ Doğan Yenisey, Kübra: Türk Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2014, s. 107.

⁶⁰⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 975; Süzek, İş Hukuku, s. 729.

bir iradesi olsaydı buna kanun düzenlemesinde yer verileceğini, ayrıca işe başlatmama tazminatının işverenin işçiyi işe başlatmaması iradesinin sonucu olduğu, ayrımcılık tazminatının ise eşit davranma yükümlülüğünün ihlalinin doğduğu, bu sebeple iki talebin aynı eylemden kaynaklandığı gerekçeleriyle şartları oluşması durumunda işçinin hem işe başlatmama tazminatı hem de ayrımcılık tazminatının talep edebileceği ifade edilmektedir⁶⁰⁹. İleri sürülen diğer görüş ise, işverenin feshinin tek bir davranış niteliğinde olduğu, tek davranışın da birden fazla hukuki yaptırımla karşılaşmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle işe başlatmama tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁶¹⁰. Yargıtay, işe başlatmama tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilemeyeceği, ancak ayrımcılık tazminatını gerektirir fesih gerekçesinin işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenirken nazara alınabileceği görüşündedir⁶¹¹.

V. İŞE İADE DAVASININ SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI

İşçi tarafından feshin geçersizliğinin tespiti talebiyle ikame edilen davada mahkemece verilen ve kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren 10 iş günlük süre zarfında işe başlamak amacıyla işverene başvurmaması ya da işverence usulüne uygun bir şekilde davete rağmen işçinin işe başlamaması hallerinde işverence yapılan feshin geçerli hale geleceğinden işveren tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na prim belgesi vb. belge verme yükümlülüğü olmadığı gibi herhangi bir ödeme yapması da gerekmemektedir⁶¹².

Sosyal Sigortalar Kurumu Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü tarafından, işe iade davasını kazanan sigortalılar için prim belgelerinin verilmesi ve primlerin ödenmesine dair 04.03.2005 tarihli 16-330 sayılı, İş sözleşmesi feshedilen sigortalıların işe iade edilmelerine ilişkin ise 27.04.2006 tarihli 16-370 sayılı olmak üzere iki ayrı tebliğ

⁶⁰⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 486; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 750; Odaman, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 14, Haziran 2009, s. 82; Karagöz, Veli : İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi , C. 5, S. 1, 2012, s. 72.

⁶¹⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 239.

⁶¹¹ Yarg. 9. HD, 14.04.2016, E. 2015/29051 K. 2016/9441; Yarg. 9. HD 17.09.2015, E. 2015/18355 K. 2015/26031.

⁶¹² Kurt, Resul : İşe İade Davalarında SGK işlemleri ve Uygulama Sorunları, Mali Çözüm Dergisi, 2012, s. 123.

yayımlanmıştır⁶¹³. Bu tebliğlere göre, işçi tarafından kanuna uygun olarak yapılan başvurunun ardından işveren tarafından işe başlatılıp başlatılmamasına bağlı olmaksızın çalıştırılmayan dönem için işçiye ödenecek olan en çok dört aya kadar ücret ve sair hakların, sözleşmenin feshedildiği aydan başlanılarak ilgili ayların prime esas kazançların dahil edilmek suretiyle işsizlik sigortası primleri de dahil olmak üzere tüm sigorta kollarına ait primlerin kesileceği, işçinin işe başlatılması durumunda daha önceden ödenmiş olan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatının boşta geçen zamana ait ücretten mahsup edilmesi ihtimalinde, kıdem ve ihbar tazminatının prime tabi tutulmasından ötürü boşta geçen zamana ait ücretin mahsup edilmemiş hali üzerinden prime tabi tutulacağı kabul edilmiştir⁶¹⁴.

Boşta geçen zamana ait ücrete ilişkin SGK primlerinin ödenmesi durumunda, prim ödenen bu dönemlerin fiili hizmet süresine eklenmesinin, işçinin aynı dönem içerisinde başta bir işverende çalışması durumunda çalıştığı işverenin prim ödemelerini yaptığı, yaptığı feshin geçersiz olduğu işverenin boşta geçen zamana ait prim ödemesi yaptığında çakışan sigortalılık durumunun ortaya çıkacağı, bu durumda çakışan bu iki sürenin birlikte değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, hangi işverene prim iadesi yapılması gerektiği gibi Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından çeşitli sorunların ortaya çıkacağı ifade edilmiş, bu nedenle de prim ödemelerinin işçilik alacakları ve sigortalılıkta geçen fiili hizmet süresinin belirlenmesinde dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁶¹⁵.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde feshin hiç yapılmamışçasına taraflar arasındaki iş sözleşmesinin kesintiye uğramaksızın devam ettiği kabul edildiğinden işçinin işyerinde yeni başlamış bir işçi olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından, SSK 16-330 ve 16-370 sayılı genelgelerinde yapılan düzenlemeye göre, işe iade davasının kazanan işçi bakımından yeniden işe giriş bildirgesi verilmesine gerek bulunmamaktadır⁶¹⁶.

⁶¹³ Kurt, s. 124; Subaşı, İbrahim : İşe İade Davaları ile İlgili Bazı Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Turhan ESENER II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ekim 2017, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 624.

⁶¹⁴ Sarıbay, s. 285.

⁶¹⁵ Çil, Fesih Olarak Değerlendirilmesi, s. 87.

⁶¹⁶ Sarıbay, s. 285; Kurt, s. 125.

İşveren tarafından yapılan feshin geçersizliğinin tespit edilmesinin ardından işe başlama talebinde bulunan işçinin, karar doğrultusunda işe başlatılmaması halinde ödenecek olan işe başlatmama tazminatı niteliği itibariyle ücret olarak kabul edilmemektedir. Mezkûr ödemenin ücret niteliğinde olmaması, ödeme yapılacak olan kişinin artık işverenin işçisi olarak kabul edilemeyeceğinden sigortalılık vasfının kalmamasından ötürü, yapılan tazminat ödemesinin prime tabi tutulmayacağı sabittir.



SONUÇ

Zaman içerisinde ortaya çıkan sosyal ve toplumsal paradigma değişimi, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin, tam bir serbesti içerisinde her iki tarafın da eşit konumda olduğu bir ilişki türü şeklinde ele alınmasına dair görüşün terk edilmesine sebep olmuştur. Bu doğrultuda, işçinin yaptığı işten elde ettiği gelirle kendisinin ve ailesinin geçimini sağladığı, işçinin işveren karşısında ekonomik olarak zayıf konumda bulunduğu sosyal gerçeklerinden hareketle, işçinin sözleşmesinin bir an da herhangi bir geçerli veya haklı neden olmaksızın feshedilmesi riskini azaltan ya da ortadan kaldıran nitelikte düzenlemeler yapılması gerektiği ileri sürülmeye başlanmıştır. Bu çerçevede de, gerek uluslararası gerekse ulusal hukukta, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin devamıyla işçinin çalışma hakkının korunmasını sağlayan, işverenin sahip olduğu iş sözleşmesini feshetme hakkını sınırlandırıp işçinin işini güvence altına alan, işçiyi hukuki, sosyal ve ekonomik açıdan koruyan iş güvencesi hükümlerine yer verilmiştir.

İş güvencesine ilişkin temel uluslararası metin, 22 Haziran 1982 tarihinde imzalanıp 23.11.1985 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşmedir. 158 sayılı sözleşme, iç hukukumuzda 09.06.1994 tarihli 3999 sayılı kanunla onaylanmış ve 04.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar 158 sayılı sözleşme ülkemizde 1995 yılında yürürlüğe girmişse de uzunca bir süre iş güvencesi hükümlerine ilişkin bir özel düzenleme yapılmamıştır. İç hukukumuzdaki iş güvencesine ilişkin ilk hükümler 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren kanunla düzenlenmiş, akabinde de benzer mahiyetteki düzenlemelere 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmiştir. 4857 sayılı Kanun'daki iş güvencesine dair hükümlerinin on dört sene uygulanmasının ardından, 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla iş güvencesi hükümlerinde bir takım değişiklikler yapılarak iş güvencesine ilişkin hükümler günümüzdeki şeklini almıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda, tüm işyerlerindeki bütün işçilerin iş güvencesine tabi olması yönünde bir düzenlemeye gidilmemiş, 158 sayılı ILO sözleşmesindeki çerçeve düzenlemeler nazara alınarak bir takım özelliklere sahip işyerlerindeki bazı niteliklere sahip işçilerin iş güvencesine sahip olacağı belirlenmiştir. İş Kanunu'nun 18. maddesinde,

otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, en az altı aylık kıdeme sahip belirsiz iş sözleşmesine tabi ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili sıfatına sahip olmayan işçiler, iş güvencesi hükümlerine tabi olmuştur. Kanun koyucu, Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinde “ Basın İş Kanunu'na tabi olan işçiler bakımından da 4857 sayılı Kanun'un 18-21. maddeleri arasında düzenlenen iş güvencesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağını” belirtmiş, yine yer altı işçileri bakımından altı aylık kıdem şartını kaldırarak iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını genişletmiştir. Belirtmek gerekir ki, belirsiz süreli çalışan işçinin iş güvencesi hükümlere tabi olmasının koşullarından biri olan en az otuz işçinin çalıştığı işyerinde çalışma şartı, ülkemizin ekonomik koşulları ve işyerlerinin istihdam özellikleri nazara alındığında özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerde çalışan işçilerin büyük kısmının iş güvencesinden mahrum kalmasına sebep olduğu açıktır. Bu bakımdan, işyerinde çalışan işçi sayısının on, on beş gibi daha makul sayılara indirilerek iş güvencesine tabi işçi sayısının artırılmasının işçilerin hak ve menfaatlerinin temini bakımından daha uygun olabileceği kanaatindeyiz.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 5. fıkrasında, işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi halinde işçi tarafından işe iade davası açma hakkına sahip olduğu, işçinin sözleşmesinin sendikal nedenle feshinin tespiti halinde, işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartlarına bağlı olmaksızın sendikal tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir. İşverence işe başlatılmayan işçinin sendikal tazminatın yanı sıra ayrıca işe başlatmama tazminatına hak kazanmayacağı hususu da ilgili madde de hüküm altına alındığı gibi işçinin işe iade davası açmamasının sendikal tazminat talebini engellemeyeceği de özel olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshi durumunda, işe iade davasının 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemeler ışığında işe iade davası açılabilmesi, ancak sendikal fesih durumuna özgü olarak işe başlatmama tazminatına hükmedilmeyerek sendikal tazminata hükmedilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin 22.10.2014 tarihli, E. 2013/1, K. 2014/161 sayılı kararıyla 6356 sayılı Kanunun 5. fıkrasında yer alan “ 18...” ibaresinin iptaline karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı neticesinde, iş güvencesinin

şartlarının belirlendiği İş Kanunu'nun 18. maddesine yönelik atıf iptal edildiğinden, sendikal nedenle sözleşmesi feshedilen işçiler, İş Kanununda iş güvencesi bakımından aranan şartlara sahip olmasalar dahi işe iade davası açma hakkı doğmuştur.

Kanun koyucu, yukarıda zikrettiğimiz özelliklere sahip işyerlerinde çalışıp bazı vasıfları haiz işçilerin iş sözleşmelerinin işverenin keyfi uygulamaları sonucunda geçerli bir sebebe dayanmaksızın feshedilmesini engellemeye çalışmış, işveren tarafından yapılan feshin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından yahut işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerektiğini belirtmiş, yine işverence yapılacak olan feshin yazılı bir şekilde yapılması gerektiğini hüküm altına alırken feshin nedeninin de net bir şekilde belirtilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

İşverence yukarıda bahsi geçen esaslara ya da usullere riayet edilmeksizin, iş güvencesine tabi işçisinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, sözleşmesi feshedilen işçinin taraflar arasındaki iş akdinin devamını sağlamak amacıyla feshin geçersizliğinin tespiti davasını açma hakkına sahiptir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile işçilik alacaklarından doğan davalarla, işe iade davalarının açılmasının önce zorunlu olarak arabuluculuk yoluna başvurulması kuralını getirmiş, böylece iş hukukundan doğan alacak davaları ile işe iade davası bakımından arabuluculuk özel dava şartı haline getirilmiştir. Sözleşmesi feshedilen işçi, feshin tebliğinden, feshin işverence yazılı bir şekilde tebliğ edilmemesi halinde ise fesih beyanının eylemli bir şekilde ileri sürülmesinden itibaren 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde arabuluculuk başvurusunda bulunması gerekmektedir. Tarafların arabuluculuk sürecinin sonunda işçinin işe başlatılma tarihi, boşta geçen zamana ait ücret ve diğer hakların parasal miktarıyla, işçinin işverence işe başlatılamaması halinde işçiye ödenmesi gereken işe başlatmama tazminatının parasal miktarı konularında tarafların anlaşması ihtimali söz konusudur. Belirtmek gerekir ki işe başlatılma tarihi, boşta geçen zamana ait ücret ve diğer hakların parasal miktarıyla, işçinin işverence işe başlatılamaması halinde işçiye ödenmesi gereken işe başlatmama tazminatının parasal miktarı hususlarının bir ya da birkaçında tarafların mutabakata varması geçerli bir anlaşma olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp yukarıda saydığımız tüm noktalarda tam bir mutabakata varılması gerekmektedir. Yine asıl ve alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda arabuluculuk başvurusunun her iki işverene birlikte

yapılması gerektiği gibi, arabuluculuk faaliyetinin sonunda anlaşmanın geçerli olabilmesi için hem alt hem de asıl işverenin anlaşma noktasında iradesinin uyuşması gerekmektedir.

Tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşamamaları halinde ise, anlaşamama tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki haftalık süre zarfında işçinin, işe iade davası açması gerekmektedir. Kanunda belirtilen iki haftalık dava açma süresi, niteliği itibarıyla hak düşürücü nitelikte olup mahkemece davanın iki haftalık süre içerisinde açılıp açılmadığı husus resen araştırılması gerekmektedir. İşe iade davasının mahiyeti, taraflar arasındaki iş akdinin akıbetinin, işçinin yeni işyeri, işverenin de ihtiyacı olması halinde yeni işçi arayışının temelde bu davaya bağlı olduğu düşüncesinden hareketle 4857 sayılı Kanun'un ilk halinde işe iade davasının seri yargılama usulüne tabi olduğunu, davanın yerel mahkemece üç ay, Yargıtay da ise bir aylık süre zarfından karara bağlanacağını hüküm altına alınmışsa da gerek 6100 sayılı HMK'ta seri yargılama usulünün kaldırılması gerekse de uygulamada davanın kanunda öngörülen zaman zarfında bitmemesi nedenleriyle ilgili kanun düzenlemesinde 7036 sayılı kanun ile değişiklik yapılarak işe iade davasının basit yargılama usulüne tabi olduğu belirtilerek davanın ivedilikle sonuçlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. 7036 sayılı Kanunun 8. maddesinin getirdiği değişiklikle işe iade davalarının istinaf kanun yoluna tabi olduğu, bölge adliye mahkemesinin bu konuda vereceği kararların kesin nitelikte olduğu belirtilerek işe iade davalarının Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşmesi sağlanmıştır. Ülkemizde hali hazırda faaliyette bulunan on beş adet Bölge Adliye Mahkemesinin bulunması, iş davalarına ilişkin dosya sayısının fazla olması nedeniyle bölge adliye mahkemelerinde birden fazla dairenin iş davaları bakımından görevli olması sebebiyle hali hazırda toplam da elli altı hukuk dairesi tarafından inceleniyor olması ve verilen kararların temyize tabi olmaması nedeniyle içtihat birliğinin sağlanamadığı, benzer konularda farklı kararların tesis edildiği uygulamada görülmektedir. Bu bakımdan içtihat birliğinin temini amacıyla işe iade davalarında verilen kararların temyiz kanun yoluna tabi hale getirilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

İşe iade davası bakımından kanun koyucu özel ispat kuralı getirmiş, feshin geçerli bir sebebe dayandığını, fesih sebebini de net bir şekilde izah eden yazılı bir fesih bildiriminin yapıldığını ve İş Kanunu'nun 25. maddenin (II) numaralı bendi hariç olmak

üzere fesihden önce işçinin savunmasının alındığını hususlarının işverence ispatlanması gerektiğini düzenlemiştir. İşçi tarafından ise kendisinin iş güvencesi hükümlerine tabi bir işçi olduğunu, gerek arabuluculuk başvurusunun gerekse de davanın hak düşürücü süre içinde açıldığını ispatlanması gerekmektedir. İşçi tarafından, feshin işverenin belirttiği sebebin dışında başkaca bir sebebe dayalı olarak gerçekleştiğinin ileri sürülmesi durumunda, ispat külfeti işverenden işçiye geçmektedir.

Mahkemece yapılan yargılamada işçinin iş güvencesine sahip olmadığı, feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığı, işçinin savunmasının alınması, yazılı bildirim yapılması gibi şekli koşullara uyulduğunun tespit edilmesi ya da gerek arabuluculuk başvurusunun gerekse de dava açılmasının hak düşürücü süre zarfında yapılmadığını tespit etmesi halinde davanın reddine karar verecektir. Arabuluculuk başvurusu yapılmaksızın doğrudan dava açılması nedeniyle işe iade davasının usulden reddi hâline ilişkin kanun koyucu özel bir düzenleme getirerek bu durumda mahkemece tesis edilen red kararın kesinleşmesinin ardından kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak her ne kadar kanunda açık bir düzenleme yapılmamış ise de, bu düzenlemenin bir aylık arabuluculuğa başvuru süresi içerisinde doğrudan açılan davalar için geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Aksi takdirde arabuluculuğa başvuru süresini kaçıran işçilerin doğrudan dava açarak yeniden arabuluculuğa başvurma hakkı kazanması gibi sonuç ortaya çıkacaktır ki kanun koyucunun amacının bu yönde olmadığı kanaatindeyiz.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda kararla birlikte “en çok dört aylık boşta geçen zamana ait ücret” ile “işçinin başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması durumunda ödenecek en az dört en çok sekiz aylık işe başlatmama tazminatına” hükmedecektir. 4857 sayılı Kanunun getirdiği ilk düzenlemede, Mahkemece, boşta geçen zamana ait ücret ile işe başlatmama tazminatının miktarı hükümde meblağ olarak belirtilmeyerek sadece ay olarak belirtilirken, bu durumun taraflar arasında yeni ihtilaflara ve dolayısıyla da davalara sebebiyet vermesi sebebiyle 7036 sayılı sayılı ile yapılan değişiklikle gerek işe başlatmama tazminatı gerekse de boşta geçen zamana ait ücretin, davacı işçinin dava tarihindeki ücreti üzerinden meblağ olarak hüküm altına alınacağı düzenlenmiştir.

Mezkûr düzenlemenin gerekçesinde “işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkân tanındığı” şeklinde yer alan ifade, gerek Yargıtay uygulamasında gerekse de doktrinde baskın bir şekilde tespit davası olarak kabul edilen işe iade davasının hukuki niteliğini değiştirip değiştirmediği yönünde farklı görüşler çıkmasına sebebiyet vermiştir. İşe iade davasının mahiyeti gereği hüküm altına alınan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen zamana ait ücretin, kararın kesinleşmesinin ardından işçi kesinleşen kararın ardından on iş günlük süre içerisinde işverene gerçekten işe başlamak amacıyla, samimi, içten başvurusu şartına bağlı olduğu hususuna, işçinin verilen kararla işverence işe başlatılmasının kanuni bir zorunluluk olmadığı işverenin işe başlatmama tazminatı ödeme yönünde seçimlik hakkını kullanabileceği, işverenin işçiyi işe başlatması konusunda zorlanamayacağı hususlarına, yapılan kanun değişikliğinin herhangi bir yenilik katmadığı görülmektedir. İşe iade davası sonucunda verilen kararın eda dava olduğunun kabul edilmesi halinde ilamların genel haciz yoluyla (ilamsız) icra takibine konu edilmesinin mümkün olmadığı sadece ilamlı icraya konu edileceği yönündeki Yargıtay’ın 26.05.2017 tarihli E. 2 K. 3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı dikkate alındığında kararın doğrudan doğruya ilamlı icraya konu edileceğinin kabulü gerekecektir. Ancak bu durumda da hükümde şarta bağlı tesis edilen alacaklar için şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin icra müdürlüğü tarafından tartışılmasının mümkün olmadığı, şartın gerçekleşmemesine rağmen işçi tarafından kötü niyetli bir şekilde ilamlı icra takibi yapılması durumundan ilama aykırılıkların icra hukuk mahkemelerinde şikayet yoluyla ileri sürülmesinin gerekeceği, dar yetkili icra hukuk mahkemelerinin bir nevi iş mahkemesinin yerine geçerek işe iade davasının sonuçları bakımından inceleme yapması gerekecektir ki bu hususların yargılama pratiğinde ciddi uygulama sorunları getireceği, işe iade davasının bitmek tükenmek bitmeyen yeni ihtilaflara sebebiyet vereceği, kanunun amacının da bu olmadığı açıktır. Belirtilen sebeplerle, yapılan kanun değişikliğinin işe iade davasının hukuki niteliğine bir etkisinin olmadığı, yapılan değişikliğin işe iade davasının eda davası niteliğini kazandırmadığı, işe iade davasının tespit davası niteliğine sahip olmaya devam ettiğinin kabulü gerekmektedir.

İşe iade davası sonucunda verilen kararın kesinleşmesinin ardından kesinleşen kararın tebliğinden itibaren 10 iş günlük süre içerisinde işçinin işe başlamak amacıyla

işverene başvuruda bulunması gerekmektedir. Kanun koyucu tarafından işe başlamak için işçi tarafından yapılan başvurunun şekli ve içeriğine dair bir düzenleme yapılmamış ise de işçi tarafından yapılan bu başvurunun samimi, içten ve gerçekten işe başlama iradesini gösterir bir şekilde yapılması gerekmektedir. Her ne kadar geçerlilik koşulu olmasa dahi ispat kolaylığı açısından bu başvurunun yazılı bir şekilde yapılması tercihe şayandır. İşçi tarafından sadece işe iade kararının mali sonuçlarından faydalanmak amacıyla yapılan bir diğer ifadeyle işe başlama iradesini içermeyen başvurunun geçerli bir başvuru olarak kabulü mümkün değildir. İşçi tarafından, on iş günlük süre içerisinde işe başlamak amacıyla işverene başvurulmaması ya da samimi, içten ve gerçekten işe başlama iradesini içerir mahiyette olmayan bir başvurunun yapılması halinde işverence yapılan fesih geçerli hale gelecektir. Bu durumda işçinin boşta geçen zamana ait ücret ile işe başlatmama tazminatı alma hakkı söz konusu olmayıp şartları oluşması halinde işçi kıdem ve ihbar tazminatına alma hakkına söz konusu olacaktır.

İşçi tarafından yapılan başvurunun ardından işverenin önünde iki seçenek vardır. Bu seçeneklerden ilki işçinin başvurusunun ardından bir aylık süre içerisinde işverence işe başlatılmasıdır. İşveren tarafından yapılan işe başlatma davetinin dürüstlük kuralına uygun, samimi, içten, kesin ve herhangi bir şekilde şart içermeyen nitelikte olması gerekmektedir. İşveren, işçiyi fesihten önceki çalışma koşullarına uygun bir işte çalıştıracak yine eski özlük hakları üzerinden davanın devam ettiği sürece meydana gelen artışları da nazara alarak istihdam etmesi gerekmektedir. Kanuna uygun bir şekilde işe başlatılan işçiye işverence işe başlatmama tazminatının ödenmesi gerekmezken boşta geçen zamana ait ücretin ödenmesi gerekecektir. İşe başlayan işçiye fesih esnasında işveren tarafından kıdem tazminatıyla ihbar tazminatının ödenmiş olması da ihtimal dahilindedir. Bu durumda işe başlayan işçinin kıdem ve ihbar tazminatını iade etmesi gerekmektedir. Ancak bu konuda kanun koyucu özel bir düzenleme getirerek işçiye ödenmesi olan bu tazminat bedellerinden işverence ödenmesi gereken boşta geçen zaman ait ücretinin mahsup edilebileceğini hüküm altına almıştır.

İşverence işe başlatmak amacıyla işçiye yapılan davete rağmen işçinin işe başlamaması durumunda kıyasen işçinin işe başlamak amacıyla işverene başvurmamasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacak bir diğer deyişle bu durumda

işverence yapılan fesih geçerli hale gelecek işçinin işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen zamana ait ücrete hak kazanması mümkün olmayacaktır.

İşçi tarafından yapılan başvurunun ardından işverenin ikinci seçeneği ise işçinin işe başlatılmamasıdır ki bu durumda işveren tarafından işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı ile en çok dört aylık ücret tutarında boşta geçen zamana ait ücret ödemesi yapması gerekmektedir. Mahkemece işe başlatmama tutarı belirlenirken işçinin kıdemi, yapmış olduğu iş, fesih gerekçeleri gibi bir takım hususlar göz önüne alınmaktadır.

İş güvencesi hükümleri ve işe iade davaları uygulamamızda oldukça geniş yer tutan ve kendine özgü özellikleri nedeniyle gerek hukuk teorimizde gerekse de uygulamamızda farklı görüşlerin ortaya çıktığı, canlılığını ve önemini koruyan bir alandır. Konuya ilişkin yapılan tüm tartışmaların, ileri sürülen tüm fikirlerin zamanla hatalı ve eksik uygulamaları ortadan kaldıracağı şüphesizdir.

KAYNAKÇA

AKIN, Levent : İşe İade Edilen İşçiyi İşe Davet Beyanı ve Değerlendirilmesi, Çimento İşverenleri Endüstrisi Sendikası Dergisi, Ankara, Temmuz 2011, C. 25, S. 4.

AKTAY, Nizamettin : 4773 Sayılı Yeni İş Güvencesi Kanunu ve Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Kamu- İş Dergisi, C. 7, S.3 , İstanbul, 2007. (İş Güvencesi)

AKTAY, Nizamettin : İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 1, İstanbul, S. 2006. (İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin).

AKTAY, Nizamettin : İş Güvencesinde Otuz İşçi Sayısının Tespiti Şirketler Grubu Kavramı “ Bordro İşvereni” Tabiri Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, İstanbul, Eylül 2008. (Otuz İşçi Sayısının Tespiti).

AKTEPE, Sezgin : İşe İade Davalarında Medeni Usul Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt :11, Özel Sayı, İzmir, 2009.

AKTUĞ, Semih Serkant : İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik ve Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi, Ankara 2010.

AKTUĞ Semih: İş Güvencesinin Uluslararası Dayanakları, EÜHFD, 2009, C. XIII, S. 1-2, 217-247. (Uluslararası Dayanak)

AKYİĞİT, Ercan : Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade) Açıklamalı ve İçtihatlı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007. (İş Güvencesi).

AKYİĞİT, Ercan : İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 17, İstanbul, 2008. (İşçinin Ölümünün Etkisi).

ALP, Mustafa : İşçinin Feshe Karşı Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, İzmir, 2003.

ALSULU Hüseyin Orkun : Geçerli Fesih ve İşe İade Davalarında Usul, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Nisan 2011.

ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum, 2005. (İş Sözleşmesinin Feshi).

ALPAGUT, Gülsevil : İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005. (Kıdem Tazminatı).

ALPAGUT, Gülsevil : İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, Birinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010. (İşyerinin Devri).

ARAS, Talip : İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015, S. 119.

ASTARLI, Muhittin: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, S. 38.

BAŞTERZİ, Süleyman: İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005. (Uygulama Alanı).

BAŞTERZİ, Süleyman: Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, 2005, S. 3. (İstihdam Üzerine Etkileri).

BAYSAL, Ulaş: İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, İHSGHD, 2011, C. 8, S. 32.

BİLGİLİ Abbas : Fesihden Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu, Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.3 , S. 12. (Dört Aylık Ücret)

BİLGİLİ Abbas : İşe İade Davası Lehine Sonuçlanan İşçinin İşe Başlatılmaması Durumunda Kıdem Tazminatı, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 68, İstanbul, Eylül 2012. (Kıdem Tazminatı).

BİLGİLİ, Abbas : İşe İade Davası Sonunda İşe Başlatılan İşçinin Hakları, Adana Barosu Dergisi, Eylül 2013, S. 9. (İşçinin Hakları).

BOSTANCI Uygur : İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 16, İstanbul, Aralık 2009.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz : İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri İle Fesih, İHSGHD, 2017, C. 14, S. 54.

BOZOK, Salim: İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

CANBOLAT, Talat/ ERENER, Ebru: Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart, İş ve Hayat Dergisi, 2017, C.3, S.5.

CANBOLAT, Talat : İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu, Seminer-İstanbul, 2010.

CANİKLİOĞLU, Nurşen: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, s. 67-131.

CANDAN, Mehmet Ali : Ülkemizdeki İş Güvencesi Tartışmaları Ve İş Güvencesi Yasa Tasarısı Üzerine, TTB Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, Ocak 2002.

CENTEL Tankut : Boşta Kalınan Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 285, Eylül 2003. (Boşta Kalınan Süre).

CENTEL Tankut : İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2020. (İş Güvencesi).

ÇANKAYA, Osman Güven/ GÜNAY, Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin : İşe İade Davaları, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2006.

ÇELİK, Aziz: Yeni İş Yasasının Anlamı, TBB Dergisi, S. 48, Yıl: 2003.

ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU Nurşen/ CANBOLAT Talat/ ÖZKARACA Ercüment : İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 35. Bası, İstanbul, Ekim 2022.

ÇELİK, Nuri: İş Güvencesi Kapsamı İle İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2007/2, S. 12.

ÇİL Şahin : İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul, S. 29, Mart 2013. (Fesih Olarak Değerlendirilmesi).

ÇİL Şahin : Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, S. 1, Ankara , 2008. (İşe İade Davasının Sonuçları).

DEMİR, Cuma Arif : İş Güvencesi ve İşe İade Davaları- İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018.

DEMİR Fevzi : Sorularla Bireysel İş Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, C. 1, Ankara, 2006.

DEREN- YILDIRIM, Nevhis : Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyatî Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2002.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Türk Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi” ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2014.

DURAN, Abdurrahman: Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 21. Maddesi “Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları”, İHSGHD, 2004, C. 1, S. 3. (Feshin Sonuçları).

DURAN, Abdurrahman: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006. (Alacak Davaları).

DURMUŞ, Özcan/ OCAK, Uğur : Öğretide ve Uygulamada İbra Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

DUMAN, Barış : 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, Haziran 2020.

EKMEKÇİ, Ömer: 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, MESS Mercek Dergisi, 2002. (Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları).

EKMEKÇİ, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, MESS Mercek Dergisi, 2003. (Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları).

EKMEKÇİ, Ömer : Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, Temmuz 2018. (7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu).

EKMEKÇİ Ömer/ YİĞİT Esra : Bireysel İş Hukuku, 12. Levha Yayınları, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, Aralık 2022.

EKONOMİ, Münir: Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi , Özel Ek, Mart 2003, C. 17, S.2.

ELBİR, Nazlı: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu, İnÜHFD, 2020, C. 11, S. 1.

ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2013.

ER, Selami/ DURSUN Halil İbrahim: İşe İade Davalarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, Ankara, 2014.

ERTÜRK, Şükran : İşe İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yarattığı Sorunlar, Legal İSGHD, 2009/23, s. 946-947.

ERTEKİN, Özkan: İş Güvencesi Hukuku- İşe İade Davaları” Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2017.

EYRENCİ Öner/ TAŞKENT Savaş/ ULUCAN, Devrim/ BASKAN Esra: İş Hukuku, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, İstanbul 2020.

GÖKTAŞ, Seracettin: Covid- 19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2020, S. 43. (Covid- 19 Etkisi)

GÖKTAŞ, Seracettin: İşveren Vekilinin İş Güvencesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/1. (İşveren Vekilinin İş Güvencesi).

GÖKTAŞ, Seracettin: İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, S. 1, Kış 2008. (İş Güvencesi):

GÖKTAŞ, Seracettin: İşyeri Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, S. 16. (İşyeri Kapanması).

GÜNAY Cevdet İlhan : İş Davaları, Açıklama - Dava Dilekçesi - İlgili Mevzuat - Yargı Kararları, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2016.

GÜZEL, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı. (Yasal Esasların Değerlendirilmesi).

GÜZEL, Ali: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/3. (Aykırı Düşünceler).

HOZAR, Nağme : İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün müdür ?, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 9, İstanbul, Mart 2008.

KABAKÇI, Mahmut : İşe İade Kararında İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinin Anlamı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, s. 2, İstanbul, 2004.

KAR, Bektaş: İşe İade (İş Güvencesi) Davasında Yargılama Hukuku Sorunları, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66 , S. 1, Ankara, 2008. (Yargılama Hukuku Sorunları).

KAR, Bektaş: Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarında Uygulanacak Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2017. (Usule İlişkin Yargıtay Uygulamaları).

KAR, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara; Yetkin Yayınları, 2020. (İş Güvencesi).

KAR, Bektaş : 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler, İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk Konferansı, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara: 2018. (7036 sayılı Kanun).

KARAGÖZ, Veli : İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi , C. 5, S. 1, 2012.

KAYA, Pir Ali: İş Güvencesi: Türk Çalışma Mevzuatındaki Düzenleme - 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Temmuz 2000 Tarihli İş Güvencesi Yasa Taslağının Kısaca Değerlendirilmesi, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, 2003, C.3, S.1.

KILIÇOĞLU, Mustafa: Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3628/kilicoglucalismahakki.pdf>, 1-22.

KOCAGİL, İpek : Karar İncelemesi İşe İade Davasında Davacı İşçinin Ölümü, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011, C. 1.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: İşyerinin Kapanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4, s, 43-68.

KÖME AKPULAT, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, Oniki levha yayınları, Temmuz, 2018.

KURT, Resul : İşe İade Davalarında SGK işlemleri ve Uygulama Sorunları, Mali Çözüm Dergisi, s. 2, 2012.

KURT, Resul/KOÇ, Muzaffer: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seçkin, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2017.

KURU, Baki : İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

KUTAL, Metin: İş Güvencesi İle İlgili ILO Normları ve Türk Mevzuatının Durumu, İÜİFM, 1988, C.46, s, 23-36.

MANAV, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009. (Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları).

MANAV, Eda: Feshe İtiraz Davasının Yargılama Sürecinde Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, İstanbul, Mart 2010. (Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi).

MANAV, Eda: İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 3, Ankara, 2010. (Şartları ve Yargılama Usulü).

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş; İş Hukuku Lykeion Yayıncılık, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2022.

MUTLAY, Faruk Barış : İş Sözleşmesinin Feshinde Süre, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 4, Şubat 2021. (Sözleşmenin Feshinde Süre)

MUTLAY, Faruk, İşe İade Davalarında Arabuluculuk, Çalışma ve Toplum, 2018, S. 59. (Arabuluculuk).

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi(İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yapığı Değişiklikler), Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, S. 38. (Yeni Çerçevesi).

NARMANLIOĞLU, Ünal : Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2014. (İş İlişkileri).

NARMANLIOĞLU, Ünal: İşe Başlatmama Tazminatı, Journal Of Yaşar University, C. 8, Özel Sayı, 2013. (İşe Başlatmama Tazminatı).

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül, 2010. (İşe Başlamayan İşçinin).

ODAMAN, Serkan: Fesihden Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, S.8. (İşyerinin Kapatılması).

ODAMAN, Serkan: Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, S. 6. (Yurtdışında Çalışan İşçiler).

ODAMAN, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 14, Haziran 2009. (Ayrımcılık Tazminatı).

ODAMAN, Serkan/ ODAMAN, Eda : İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt.39, 2018.

OKUR, Ali Rıza: İşe İade Davası İle Yaşlılık Aylığı Talebinin Çakışması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, S. 17.

ÖZBEK, Mustafa Serdar/ ERTAN, Emre: İşe İade İlamlarının İcrasında Kesinleşme Şartı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2020, S. 43, s. 53-76.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/4, s. 11-39.

ÖZCAN, DURMUŞ : İşe İade Davalarında İhtiyati Tedbir Yoluyla veya Duruşma Açılmadan İşe İadeye Karar Verilip Verilmeyeceği Meselesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29. , İstanbul, Mart 2013.

ÖZEKES Muhammet/ ATALI Murat: 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı, İstanbul 2018.

ÖZEKES, Muhammet: 7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018, S. 39. (7036 sayılı Kanun).

ÖZEKES, Muhammet: İş Kanunu’nun 20. ve 21. maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004. (İş Kanunu’nun 20. ve 21. maddeleri).

ÖZEKES, Muhammet: İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 yılı toplantısı, (Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005. (İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları).

ÖZEKES, Muhammet: İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, İstanbul, Aralık 2006. (Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları).

ÖZKAN Yavuz, AYDIN Fatih: İşe İade Davası İle İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2021, S. 45.

ÖZKARACA, Ercüment/ ÜNAL ADINIR, Canan: Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasağının İşçinin Hizmet Süresine Etkisi, Temmuz 2020, C. 34, S. 4.

ÖZKARACA, Ercüment/ ÖZKAN, Sema Deniz : Sendikal Nedene Dayanan İşe İade Davalarında Kanun Yolu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 41, 2019.

ÖZKARACA, Ercüment: İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012. (Eleştirel Bakış).

ÖZKARACA, Ercüment: İş Güvencesinin Kapsamı, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017. (İş Güvencesinin Kapsamı).

PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul, 2017.

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay : Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş – Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Ankara, 2022.

SARIBAY, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007.

SOYER, Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005.

SUBAŞI, İbrahim: İşe İade Davaları İle İlgili Bazı Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2017.

SÜMER, Haluk Hadi, İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 4, İstanbul, Aralık 2006.

SÜZEK, Sarper : İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul, Eylül 2021. (İş Hukuku).

SÜZEK, Sarper: İşe İade Davalarında Yargı Kararı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 40, İstanbul, Ocak 2019. (Yargı Kararı).

ŞAHİN EMİR, Asiye : İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, 2020.

ŞAHLANAN, Fevzi : Feshin Geçersizliği – İşsizlik Ödeneğinin İadesi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2012. (İşsizlik Ödeneği).

ŞAHLANAN, Fevzi : İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği Sonrası İşe Başlatılmayan İşçiye İhbar Tazminatı Ödenmeyeceği, Tekstil İşveren Dergisi, S. 388, Ağustos – Eylül 2012. (İhbar Tazminatı).

ŞAHLANAN, Fevzi: İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul, 2011. (Genel Esaslar).

ŞAHLANAN, Fevzi: İş Güvencesi Hükümleri ve Uygulama Sorunları, 10. Yılında İş Hukuku Semineri, TİSK, İstanbul, 15 Kasım 2013.(İş Güvencesi).

ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, Beta, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, İstanbul, 2016

ŞEN, Murat: 4773 sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade, AÜEHFD, C. VII, Aralık 2003, S. 3-4.(İşe İade).

ŞEN, Murat: Geçersiz Fesihte İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullandırılması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 17, Mart 2010. (Bildirim Süresi Kullandırılması):

TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

TAŞKENT, Savaş: İş Güvencesi Sorunu ve Yasa Tasarısının Esasları, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 2003, S. 45. (İş Güvencesi).

TAŞKENT, Savaş : Boşta Geçen Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi), Kamu- İş Dergisi, İstanbul, C. 7 S. 3, 2004. (Boşta Geçen Süre).

TUNCAY, Aziz Can: İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 6, Haziran 2007. (Otuz İşçi Ölçütünün Yorumu).

TUNCAY, Aziz Can : İş Güvencesi Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, İstanbul, Mart 2004, C.18, S.2. (İş Güvencesi).

TULUKÇU, Nezihe Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017.

UÇUM, Mehmet: İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, S. 11. (Bazı Uygulama Sorunları).

UÇUM, Mehmet: İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005. (İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar).

UÇUM, Mehmet: İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar, İHSGHD, 2004, S. 4. (Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar).

UŞAN, Fatih: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, Kamu-İş, C. 10 S. 1, 2008.

UŞAN, Fatih/ AYGÜL, Musa : İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tesbitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi ?, Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, İstanbul, Nisan 2007.

ÜNAL, Canan: İşe Başlatmama Tazminatının Belirlenmesinde Emekliliğin Ölçüt Olarak Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 38, İstanbul, 2017.

YAMAKOĞLU, Efe: Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişkisine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018, S. 40.

YILDIZ, Gaye Burcu: İşçinin Aynı İşveren Nezdinde Fasıllı Çalışması Durumunda İş Güvencesinden Yararlanması İçin Gereken Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesaplanması, İÜHF, 2014, C. 72, S. 2.

YILMAZ, Ejder: İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2009, S. 14. (Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği).

YILMAZ, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, S. 17. (İcra Takibine Konulması).

YİĞİT, Yusuf: 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Sözleşmesini Fesih Hakkını Kullanma Süresi, SÜHFD, 2019, C.27, S. 3. (Fesih Hakkını Kullanma Süresi).

YİĞİT, Yusuf: Türk İş Hukuku Açısından İş Güvencesi Uygulamasında En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olma Koşulu, SÜHFD, 2012, C. 20, S. 2. (Altı Aylık Kıdeme Sahip Olma Koşulu).

YİĞİT, Yusuf: İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 2, İstanbul 2011. (İşe Başlatılmaması).

<http://www.adalet.gov.tr/tasarilar/20160323-isMahkemeleriKanunuTasarisi-ikiliTABLO-istinaftansonra.pdf>

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>.

http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama>

<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>