

İŞ GÜVENCESİ UYGULAMASINDA HUKUKİ SORUNLAR VE ÖNERİLER

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY*

GİRİŞ

Çağdaş İş Hukukunun temel amaçlarından birisi de iş güvencesinin sağlanmasıdır¹. Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı ILO Sözleşmesi, iş güvencesini öngörmüştür. Ancak anılan sözleşme kural olarak iş sözleşmesi ile çalışan bütün işçiler için iş güvencesi getirilmesi amacıyla kabul edilmiş olsa da, 2/4 ve 5. maddelerinde belirli ölçütlere dayalı istisnalar getirilmesine de imkân tanımaktadır.

Türkiye’de 1994 yılında TBMM tarafından onaylanan sözleşme doğrultusunda 9.8.2002 tarihinde kabul edilen 4773 sayılı Kanun 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe girerek gerçek anlamda iş güvencesi kuralları tüm işçilere olmasa da belirli sayıda işçi çalıştıran ve altı aydan fazla işyeri kıdemi olan işçilere uygulanmaya başlamıştır.

Bu çalışmamızda öncelikle iş güvencesinden yararlanma koşullarını, işyerine ilişkin koşullar ve işçiye ilişkin koşullar olmak üzere iki başlık altında inceleyeceğim. Daha sonra geçersiz-geçerli fesih nedenlerini ortaya koyacağım. Feshin geçersizliğinin belirlenmesi halinde işe iade yöntemi ve işe iade kararının hukuki sonuçlarını açıklamaya çalışacağım.

I- İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

1- İşyerine İlişkin Koşullar

4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu’na eklenen 13/A maddesi uyarınca 15.3.2003 tarihinden itibaren işyeri baz alınarak on

* Rekabet Kurulu Üyesi

¹ Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul-2003, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yay., s.9, dn.1 deki yazarlar.

işçi çalışan işyerlerinde uygulanmaya başlayan iş güvencesi; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe girmesi ile işverene ait aynı işkolundaki tüm işyerlerini kapsama alan işletme bazında otuz işçi çalıştırılan işyerleri için uygulanmaya devam etmektedir.

Eskiden tek işyeri için öngörülen ve 1475 sayılı İş Kanununun 1. maddesindeki işin yapıldığı yere işyeri denileceği yolundaki dar tanımlama uyarınca on işçi çalıştırma koşulu yetersiz kalıyordu. Bu nedenle gerek 4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesinde işverenin mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlarla işçiyi örgütlediği yer olarak tanımlanması ve gerek işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısı dikkate alınmak suretiyle otuz işçi sayısına çıkarılmıştır. Böylece işletmede çalışan işçi sayısı otuz ve daha fazla ise bu işletmeye bağlı bir işyerinde üç işçi çalışıyor olsa da iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır. Otuz ve daha fazla işçi çalıştırma bakımından özellikle bankalar gibi aynı işkolunda çok sayıda işyeri olan işletmelerden olan birden çok şubeli bir bankada on ve daha fazla işçinin çalıştığı şubeler yanında üç dört işçinin çalıştığı şubeler de bulunmaktadır. Bu şubelerde çalışan işçiler de diğer işyerleri ile birlikte İş Kanunu'nun getirdiği iş güvencesi kapsamında olacaklardır. Aksi halde özellikle işletmelerin çoğunda işçinin işyeri değişikliği yetkisi işverende tutulduğundan, işçinin on işçiden daha az işçinin çalıştığı işyerine verilmesiyle, bu güvenden yoksun kalması söz konusu olacaktır. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanununun 18 maddesi ile kabul edilen düzenleme uyarınca, 10.6.2003 tarihinden itibaren aynı işkolunda birden fazla işyerine sahip olan işletmeye dahil işyerlerinde çalışan işçi sayısı otuz ve daha fazla ise, bu durumda bütün işçilerin iş güvencesinden yararlanacakları öngörülmüştür. İşletmenin Türkiye sınırları içinde olsun olmasın Dünyada aynı işkolundaki tüm işyerleri esas alınarak otuz işçi çalıştırması hususu araştırılacaktır.

İş güvencesi, 15.3.2003 tarihinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girme tarihi olan 10.6.2003'e kadar on ve daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde uygulanacaktır. Ancak belirli sayıda işçi çalıştırma ölçütünün tespitinde hangi zaman diliminin esas alınacağı konusu çok açık değildir. İlk bakışta hizmet akdinin işveren tarafından fesih edildiği anda işyerinde çalışan işçi sayısının esas alınması gerektiği düşünülebilir. İşletme kapasitesine göre otuz işçinin çalışmasının

gerekli olması aranabilir ise de, kayıtlı istihdamın yeterli olmadığı ülkemizde buradan bir sonuç elde etmek oldukça güçtür.

Gerçekten, işyerinin niteliği hizmet akdinin feshi sırasında da en az işletmede otuz işçinin çalışmasını zorunlu kılmış olmasına rağmen örneğin işyerinde çalışan otuzbeş çalışan işçiden altısı işten ayrıldığı sırada işveren, işyerinde o sırada yirmidokuz işçi çalıştığı iddiasıyla işçilerin iş güvencesi hükümlerinin dışında kaldığını savunabilecektir². Ancak otuzbeş işçiden işten çıkarılan altı işçinin feshin bildirim tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliğini ve işe iadeyi dava yoluyla istemeleri mümkün bulunduğundan, anılan tarihten itibaren bir aylık sürede iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçilerin işletmede çalışan işçi sayısında dikkate alınması gerekir.

İş sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesi uyarınca işyerinde fesih tarihi itibarıyla 30 veya daha fazla işçinin çalışması gerekir. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırılmalıdır. Bu nedenle, tarafların bu konuda talepte bulunup bulunmadıklarına bakılmaz. Mahkemece Bölge Çalışma Müdürlüğü ve Sosyal Sigortalar Kurumundan fesih tarihi itibarıyla çalışan işçi sayısı sorulmalı, gerekirse bu hususta tanık dinlenmek suretiyle sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.” denilmiştir³.

İşletmede veya işyerinde çalışan işçilerin hepsinin belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi olması şart değildir. İşçilerin yirmi dokuzu belirli süreli veya kısmi süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışsa da, diğer işçi belirsiz süreli çalışıyor ise, iş güvencesi düzenlemesinden yararlanacaktır. Buna karşılık geçici işçiler, başka bir anlamla örneğin yıllık ücretli iznini kullanan işçi yerine çalıştırılan işçi, işçi sayısının tesbitinde nazara alınamayacaktır⁴. Öte yandan, işyerinde çırak ve stajyer öğrenci olarak iş sözleşmesi ile çalışmayanlar işletmede otuz işçi hesabında göz önüne alınamayacaklardır. Ancak mevsimlik işçiler sayıya dahil edilmelidir⁵. Ayrıca işverenler İş Kanunu'nun 1.

² Ekonomi, Münir: Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, Mart 2003, C.:17, Sa:2, s.3-4.

³ Yrg.9.HD. 8.5.2006, E.2006/10023, K.2006/13003

⁴ Ekonomi, s.4.

⁵ Şahlanan, Fevzi. İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç. Mercek D., Nisan 2003 s.18.

maddesinin son fıkrasına göre başka bir işverene ait işin bir bölümünde veya eklentisinde iş alan işveren işçilerini münhasıran o işyerinde çalıştırır, o yer alt işveren için yeni bir işyeri haline geldiğinden alt işveren işçileri asıl işveren işyerindeki otuz işçinin hesabında dikkate alınamaz. Doğal olarak asıl işveren işçileri de alt işveren işyeri için otuz işçi hesabına dahil edilemez.

2- İşçiye ilişkin Koşullar

a) Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılma koşulu

İş Kanununda açıkça gösterilmese de, belirli süreli olmamak şartıyla kısmi süreli iş sözleşmesine göre işyerinde çalışan ve 6 ay kıdem olan işçiler de, iş güvencesinden yararlanacaklardır⁶. Ancak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılanlar iş güvencesinden yararlanamaz.

Gerçekten işveren işçiye belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak için işe aldıktan sonra, işverenin hizmet akdini bildirim sürelerine uymak suretiyle geçerli sebeple sona erdirmesi hukuken mümkün değildir. İşverenler işçilerini süresi belirsiz hizmet sözleşmesi ile çalıştırırken iş güvencesinden yararlanmalarını önlemek için belirli süreli iş sözleşmesi yapmak yoluna gitmeleri, esaslı bir neden olmaksızın geçerli sayılamaz. Kaldı ki, böyle çalıştırılan işçiler; belirli süreli hizmet akdi süresince kısmi bir güvenceye kavuşmuş olurlar. Ancak belirli süreli hizmet akdi ile çalışmaların ard arda devamı halinde bunlara zincirleme hizmet akitleri denilmektedir. Geçerli bir neden olmaksızın zincirleme hizmet akdi belirsiz süreli iş sözleşmesini ortaya çıkaracağından, yine, iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır. Ancak Özel Öğretim Kanunu uyarınca ard arda belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün olduğundan bunlar da iş güvencesinden yararlanamaz.

b) İşçinin en az altı aylık kıdemini olması koşulu

Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler ve gazetecilerin iş güvencesinden yararlanabilmeleri en az altı aylık bir işyeri kıdemini gerektirir. Altı aylık kıdeme, iş sözleşmesinde bir deneme süresi öngörülmüş ise bu deneme süresi de dahil edilmelidir. Kıdem kanımca işçinin işe başladığı tarihten itibaren altı aylık bir

⁶ Çelik, s. 20; Ekonomi.4.

takvim süresinin geçmesi yeterli değildir. Başka bir anlatımla işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işe başladıktan sonra alacağı uzun süreli rapor sonucu işe gelememesi sebebiyle hizmet akdinin askıda olduğu süre, altı aylık kıdemden sayılmaz. Ancak kısa süreli hastalık ve ücretsiz izin halinde kıdeme esas süre işlemeye devam edecektir. İşçinin işe başladığı tarih önemli olup, iş sözleşmesinin yapılma tarihine göre altı aylık sürenin dikkate alınması hukuken mümkün değildir. Yani işçinin işe başladığı tarihten itibaren kıdeme esas altı aylık sürenin dolduğu gün, işçi iş güvencesinden yararlanacak duruma gelecektir. Hatta o süre içinde işçinin bazı günler işe gelmemiş olması sonuca etkili değildir. Buna karşın altı aylık sürede her halükarda hizmet akdinin devam ettiği nazara alınmak suretiyle bir sonuca gidilmesi kanımca kabul edilemez⁷.

Gerçekten İş Kanunu'nun 18. maddesine göre altı aylık kıdem hesabında, anılan Kanununun 66. maddesinde düzenlenen "Çalışma süresinden sayılan haller" ile sınırlı kısa süreli aralıkların dikkate alınacağı kuralına yer verilmiştir. Yasa koyucu İş Kanununun 55. maddesindeki düzenlemeyi esas alsaydı farklı sonuca ulaşmak mümkün olabilirdi.

Öte yandan belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmaksızın zincirleme yapılmış ise başlangıçtan itibaren belirsiz süreli akde dönüştüğünden, altı aylık kıdem başlangıcı, belirli süreli iş sözleşmesi ile işçinin işe başladığı tarih olarak benimsenmesi gerekir⁸.

İşçinin bu güvenceden yararlanabilmesi o işyerinde altı aylık kıdemi olmasa da aynı işverenin değişik işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olması gereklidir. Bu süre kanımca altı takvim ayı çalışma veya çalışmış sayılma olmalıdır. Aralıklı çalışma halinde ise, en azından 180 günlük bir çalışma olmalıdır. Sigorta primlerinin yatırılmamış olması, diğer delillerle kanıtlanmış olması halinde bu çalışma olgusunu kabule engel oluşturmaz.

Belirtmek gerekir ki, iş güvencesinden o işyerinde veya işletmede altı aydan fazla kıdemi bulunan işçinin yararlanabilmesi için diğer yirmidokuz işçinin, altı aylık kıdeminin işverene ait o işyerinde veya işyerlerinde bulunması gerekmeyecektir.

⁷ Karşı görüş:Ekonomi,s.5.

⁸ Ekonomi, s.5.

c) İşveren vekili olmama koşulu

İş Kanununda iş güvencesinden yararlanmada işçiler açısından bir istisna getirilmiştir. İşletme birden çok işyerinden ibaret olabileceği gibi tek işyeri de ticari yönden bir işletmedir⁹. Bu bakımdan her işyerini yöneten değil, sadece işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri iş güvencesinden yararlanamayacaklardır.

İşletmenin bütününe yöneten işveren vekili ve yardımcıları yani, genel müdür ve yardımcıları iş güvencesi kapsamı dışına alınmıştır. Öte yandan, bir işveren vekili işyerinin bütününe yönetiyor ve işçi işe alma ve işten çıkarma yetkisi de bulunuyorsa onlar da İş Kanunundaki iş güvencesinden yararlanamayacaktır. Örneğin 3 fabrikası olan bir işletmede fabrika yönetimindeki fabrika müdürüne işyerinin bütününe yönetme yetkisi ile birlikte işçi alıp işten karma yetkisi veriliyorsa o taktirde bu işveren vekili de iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır¹⁰.

II- GEÇERSİZ- GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ

1- Geçersiz Fesih Nedenleri

İş güvencesi uygulanacak işyerlerinde gerekli şartlara sahip işçiler işveren tarafından geçerli bir neden bulunmadıkça ihbar öneli tanınmak suretiyle de olsa işten çıkarılamazlar.

Yasada geçersiz nedenler örneklendirilmiştir. Bunlar; 'sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılma, işyeri sendika temsilciliği veya işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya temsilciliğe aday olmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idarî veya adlî makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk, renk, cinsiyet, medenî hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, din, siyasî görüş, etnik veya sosyal köken, doğum nedeniyle kadın işçilerin çalıştırılmalarının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek, hastalık veya kaza nedeniyle anılan ihbar önelilerine altı hafta eklenmesi suretiyle bekleme süresinde işe geçici

⁹ Çelik, s.22

¹⁰ Ekonomi, s.6.

olarak devam etmemek' olarak sayılmıştır(İş K.m.18). Bunlar örnek olarak gösterilmiş olup benzer nedenler de iş güvencesi yönünden geçerli bir fesih nedenini oluşturmaz.

Yukarıda belirtilen ve kanımca örnek olarak gösterilen nedenler hizmet sözleşmesinin ihbar öneli tanınarak da olsa feshi için işverene imkan vermediğinden bu nedenler fesih bildiriminde yazılı olsa veya bu nedenlerle feshi gidilmiş olsa da fesih geçerli sayılamayacağından işçinin işe iadesine karar verilecektir.

2- Geçerli Fesih Nedenleri

a) Genel Olarak

Geçerli nedenlerden olan işçinin yeterliliği veya davranışları, işçinin kişiliği ile ilgili olan sebepleri oluştururken; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler ise işyeri ile ilgilidir. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceği yargı kararları ile belirginleşmektedir. Özellikle İş Kanununun 25. maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı sebeplerle feshi, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak; maddî olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak, yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacaktır. İş Kanununun 25. maddesinde sayılan haklı sebeplerden Kanunun 18. maddesinde belirtilen, işçinin kişiliğinden veya işyeri gereklerinden kaynaklanan sebepleri ayıran başlıca unsur bunların Kanunun 25. maddesinde sayılanların dışında geçerli sebepler olmasıdır.

Geçerli sebepler İş Kanununun 25. maddesinde belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen

ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine imkan vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuç olarak iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığının kabulünü gerektirecektir.

b) İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler

aa) Verimsizlik

İşçinin aynı ve benzer işi görenlerden daha az verimle çalışması geçerli fesih nedenidir. İşçinin verimsizliğinde kusurlu olması aranmaz. Verimsizlik kusura dayanabileceği gibi, kusur olmadan da ortaya çıkabilir¹¹. Önemli olan işçinin niteliklerine göre üstlendiği işte normal olarak verimli çalışmayı gösterip göstermemesidir. İşçinin iş görmede işe yoğunlaşmasının azalması veya işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği işçinin verimliliğine dayanan geçerli fesih nedenleridir.

Verimlilik, yapılan işin en iyi ve doğru biçimde, en az kaynak tüketimi ve en düşük maliyet ve en az masraf ile gerçekleştirmesidir. İşçinin verimliliği, zaman ve üretim miktarı olmak üzere iki farklı açıdan değerlendirilebilir. Bunlardan birincisi zaman yönünden işçinin verimliliğidir. İşçinin toplam standart zamanda, ölçülmemiş işlere harcadığı zamanın işçinin harcadığı (gerçek) zamana oranı işçinin verimliliğini ortaya çıkarmaktadır. Örneğin üretim miktarı x birim standart zaman (Standart zamanlar iş değerlendirme, iş ölçümleri, metot ve zaman etüdüleri vb. bilimsel metotlarla belirlenir.) veya toplam devam süresi-işçinin sorumlu olmadığı nedenlerden dolayı oluşan boş zamandır(Malzeme bekleme, makine arızası, bakım, enerji kesintisi, kazalar ve başka işlere harcanan süre.) İşçi verimliliğinin gerçek göstergesi olan bu oran, çalışanın çalışma süresi içinde verimli olarak gösterdiği çabanın gücünü ölçmektedir. Bu oranın, mevcut şartlarda ve mevcut yöntemlerde 100'e eşit olması, çalışmaların istenilen düzeyde gerçekleştiğini gösterir. Ancak bu oranın 100'ü geçmesi, beklenen ve özendirilen bir durum olarak kabul edilmektedir. İkincisi üretim

¹¹ Ekmekçi,Ömer:4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durum ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, Mess Mercek D.,Ekim-2002,s.102.

miktarı bakımından işçinin verimliliğidir. Bu durumda işçinin verimliliği=Çalışılan zaman içinde gerçek üretim miktarı/çalışılan zaman içinde standart üretim miktarı x 100 olarak işçinin verimlilik oranının hesaplanmasında zaman yerine üretim miktarı kullanılabilir. Ancak standart üretim miktarlarının hesaplanmasında değişik ürünler söz konusu olduğunda ortaya çıkacak zorluklar nedeniyle, genelde standart zamanların kullanılmasının seçildiği ifade edilebilir¹².

Verimin değerlendirilmesinde, ekip çalışması, değişime uyum, iletişim ve etkileme yeteneği, iş kalitesi, iş yönetimi ve planlama, karar alma, kişisel gelişim, sorun çözme ve öncelik kullanma-mesleki ve teknik uzmanlık, müşteri memnuniyeti gibi unsurlardan yararlanılabilecektir¹³.

Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendisini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yeterliliğinin azlığı, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma gibi hallerdir. Emeklilik şartlarına sahip olma tek başına performans düşüklüğünün kabulü için yeterli sebep olarak kabul edilemez. Şayet işyerinde küçülme söz konusu ise işverenin emekli olma hakkını kazanmış işçileri işten çıkarması toplu da olsa geçerlidir.

Performans eksikliğinde hakim; işverenin benimsediği performans ölçme sistemini değil, onun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, yani değişik işleri görenler yerine benzer işi yapanlara göre daha az verimli olup olmadığını araştırmalıdır¹⁴. İşçinin performans düşüklüğüne dair herhangi bir kayıt olmadığı halde elinden göstermelik bir savunma yazısı ve dilekçe alınarak iş sözleşmesinin feshedildiği takdirde feshin geçersizliğine karar vermek gerekir¹⁵.

Örneğin işçinin verimsizliğine ilişkin bir fesih davasının işyerinde satış şefi olarak çalıştığı sırada 31 müşteriden 21' inin hiç

¹² MESS Akıllı Kitap,B/020-021.

¹³ Ekmekçi,s.101.

¹⁴ Bkz. Yrg.9.HD.26.4.2004,2004/3740-15625.

¹⁵ Yrg.9.HD. 5.6.2006, E.2006/13434, K.2006/16180.

ziyaret edilmemesi ve davacının hazırladığı aktif-pasif listesi ile bilgilerin birbirini tutmaması sebepleri ile ilgili olarak işçinin savunmasının değerlendirilmesi için satış uzmanı bilirkişiden rapor alınarak feshin geçerli olup olmadığına karar verilmesi Yargıtay'ca istenilmiştir¹⁶.

bb) Performans Değerlendirme

İşçinin bilinen niteliklerine göre beklenenden daha düşük performans göstermesi de geçerli fesih nedenidir. Ancak, performans değerlendirmesinin hangi ölçütlere göre yapıldığı önem arz etmektedir. Her şeyden önce objektif kriterlerin dikkate alınması ve değerlendirilmenin "açıklık-şeffaflık" ilkesi gereğidir.

Performans değerlendirme önceden belirlenmiş standartlarla karşılaştırma ve ölçme yoluyla etkinlik ve oluşturuculuk hedefleri ile bireyin bilgi, beceri ve yeteneklerini, potansiyelini, iş alışkanlıklarını ve benzer niteliklerini içeren çalışma davranışlarını değerlendirerek işteki verimliliğinin ölçülmesi sürecini ifade eder. Performans değerlendirme, bir kişinin ya da bir ekibin, yapılan iş ile ilgili güçlü ve zayıf yönlerini sistematik olarak ortaya çıkarmaktadır. Performans değerlendirme; kaynakların kullanılma değerini karşılaştırmalı olarak incelemek, ücret politikalarına yön göstermek, ferdi ve örgütlü olarak eğitim ihtiyaçlarını belirlemek, çalışanları motive edebilmek, çalışanların istihdam edilebilirliklerini değerlendirmek amaçlarıyla uygulanan bilimsel bir metottur. İşletmelerin insan kaynakları ve personel bölümlerinin temel ve en önemli fonksiyonlarından birisi olan performans değerlendirme, her işyerine özgü performans kriterlerine göre, çalışanların belirli bir dönem içinde nasıl bir performans gösterdiklerini tespit etmek için yapılmaktadır¹⁷.

Performans ölçümleri çeşitli bilimsel yöntemlere göre yapılabilir. Performans değerlendirme dönemleri genelde yılda en az bir defa olmak üzere işyeri yönetimi tarafından belirlenmektedir. Çalışanın verimliliğini değerlendirebilmek için önce çalışanın görev tanımı belirlenmeli, çalışanın özellik ve yetenekleriyle işe uygun olması ve çalışanın performansının değerlendirilebilmesi için bir standardın belirlenmesi

¹⁶ Yrg.9.HD. 9.5.2006, E.2006/11451, K.2006/13071.

¹⁷ MESS Akıllı Kitap,J/28/001.:Çankaya, Osman Güven-Günay, Cevdet İlhan-Göktaş,Seracettin:Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları,B.2,Ankara-2006,s.75.

gerekir. Performans kriterleri, işyerinin ihtiyaçları ve işyerinde yapılan işler dikkate alınarak işyeri yönetimi tarafından belirlenip, işverence işçilerden yerine getirmelerini beklediği iş doğru, açık ve anlaşılır bir biçimde yazılı olarak hazırlamalı ve çalışanlara işe başladıkları gün imza karşılığı verilmelidir. Zira işçinin verimsizliğine dayalı fesihlerde, işverene ispat yükümlülüğü getirilmiştir. Bu nedenle "Performans" kavramı, işletme içine yönelik olmasının ötesinde mahkemeye karşı savunulması gereken ve ispat yükümlülüğü açısından önem taşıyan bir kavram durumuna gelmiştir. İşverenin bu yükümlülüğü yerine getirebilmesi için, işçinin performansına ilişkin ölçümleme sisteminin yeterli açıklığı taşıması ve belgelenmesi gerekir. İş Kanunu, bu yönü itibarıyla işletmelerin insan kaynakları ve personel bölümü'nün fonksiyonlarını artırmıştır. Bu bakımdan işçinin verimi ile ilgili fesihleri konu alan davalarda, yıllarca aynı işyerinde çalışan kıdemli bir işçinin verimsiz çalıştığı iddiasını kanıtlamasında performans değerlendirme formlarının incelenmesi ve gerekirse tanıkla bu halin ispatlanacağı söylenebilir. Gerçekten kıdemli bir işçinin verimsiz olsaydı çoktan işten çıkarılacağı gibi iddialara rastlanabilecek ise de, yıllarca verimli şekilde çalışan işçinin de bir dönem içerisinde verimsiz çalışabileceğinin göz önüne alınması gerekir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan işe iade davalarında ispat yükümlülüğü açısından önem taşıyan husus; açık hükümler içeren, işyeri ve işyeri hedeflerine özgü bir performans sisteminin geliştirilmesidir. Bunun için organizasyonun norm kadro yapısını ve her iş için yeterli işçi sayısının belirlenmesi, görev tanımlarının ve yeterlilik analizlerinin hazırlanması, temel başarı göstergelerinin işyerine ve yapılan işin gereklerine uygun olarak belirlenmesini, kişi bazında performans ölçümlerinin yapılmasını ve beklenen ve gerçekleşen hedeflerin yeterli açıklıkla ortaya konulmasını gerekli hale getirmiştir.

c) İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler

İş Kanununun 25. maddesinde belirtilen ve derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte işçinin hizmet sözleşmesine aykırı davranışları olabilir. Bunlara örnek olarak işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini oluşturmak; işyerinde rahatsızlığa neden olacak şekilde çalışma; işyerindeki işçi arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer

kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak gibi haller verilebilir.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe sebep olabilirler. Ancak, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz¹⁸.

d) İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin feshi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesindeki düzenleme uyarınca kabul edilmektedir. Kanunda öngörülen yargı denetiminin düzeyi ve sınırları ile ilgili hukuk politikasına yol gösteren hiçbir ilke ve kurala yer vermediğinden, yargı denetim ilkeleri kararlar ile biçimlenmektedir. Gerçekten 4857 sayılı İş Kanununun işe iade ile ilgili 18-21.madde hükümlerinin uygulaması konusunda, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi içtihatlarını geliştirerek sürdürmekte, işletme gereği alınan kararlar veya uygulama nedeniyle işçinin çalışma imkanının ortadan kalkıp kalkmadığının araştırılması istenilmektedir.

Öğretide, Alman Hukukunda Feshe Karşı Korunma Kanunu'nun "acil işletme gerekleri" teriminden esinlenerek, işletmesel kararın amacını işaret eden "işletme gerekleri" terimi öğretide benimsenmiştir. Gerçekten bu terimin hem kurucu işveren kararını hem de bağlı işveren kararının ekonomik amacını kapsamaktadır¹⁹.

1475 sayılı İş Kanununun uygulandığı dönemde kötüniyet tazminatı ile ilgili açılan davalarla ilgili verilen kararlarda mahkeme ekonomik nedenleri irdelerken makul ve meşru nedenlerin bulunması halinde feshin kötüniyetli yapılmış sayılamayacağını kabul ediyordu²⁰. Gerçekten, teknolojiye modernleşme, yeterli kadar ham madde

¹⁸ 4773 sayılı Kanunun 2. maddesinin Gerekçesi,

¹⁹ Engin, Murat:İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi,İstanbul-2003,s.72.

²⁰ Yrg. 9.HD.26.1.1967, 1967/71-600

bulunamaması, pazar teminindeki güçlük, işyerinde gerçekleşen işçi azaltma zorunluluğu nedeniyle işçi çıkarılıp yerlerine yeni işçi alınmaması makul ve meşru sebepler sayılarak kötüniet tazminatı istekleri reddediliyordu²¹.

İşletme gerekleri işyeri içinden ve dışından kaynaklanan sebepler olarak ikiye ayrılmaktadır. İşyerinin daraltılması kural olarak işyeri içi sebeplerdendir. Genel olarak da ekonomik nedenler içerisinde düşünülür. Ancak bu olgunun gerçek ve ciddi olması yanında istihdam imkanının ortadan kalkıp kalkmadığı, ekonomik güçlüklerin gerçek ve ciddi olup olmadığı öncelikle araştırılmalıdır.

İşverenler ekonomik dar boğaza girilmesini gerekçe göstererek işçi çıkarma yoluna gitmektedir. Ancak ekonomik sıkıntılar yerel nitelikte ise, işletme gerekleriyle fesih geçerli sayılamaz. Sadece genel ekonomik krizden sonraki işletme kararlarında ekonomik ve mali nedenlerle yapılan fesihler geçerli sayılmalıdır. İşveren verimlilik amacıyla yeniden yapılanmaya gidebilir. Bu durumda işletmenin rekabet koşullarına uyumu için işyerine yeni teknoloji getirilmesi ve işverenin gelecekteki ekonomik güçlükleri göz önünde bulundurarak yeniden yapılanmaya başvurabilir.

Ancak işçinin çalıştığı bölümde yeniden yapılanmaya gidilmesi kanıtlandığı durumlarda, fesih için gösterilen nedenin göstermelik olmadığı kabulü gerekir. İfayı kabul engelini oluşturan sebepler yanında verimliliğe yönelik tedbirler olarak işyerinde yapılan yeniden yapılanma işletme gereği olarak nitelendirilmelidir. İşyerinde yeniden yapılanmaya gidilmesi işletme gerekleri ile ilgili bir karar olup, kötünietli yapıldığı kanıtlanmadıkça, yargı kararıyla geçersiz sayılmaz. Geçici üretim düşüklükleri hariç olmak üzere, üretim miktarlarının ifayı kabul engeli sebebiyle sürekli biçimde düşmesi ve bunun sonucu bir veya birçok işçinin yaptığı işin ortadan kalkması halinde geçerli fesih nedeni doğmuş olur. İşverenin üretimin sürekli biçimde düştüğünü, sözleşmesi feshedilen işçileri çalıştırma olanağı kalmadığını, üretim düşüklüğü ile sözleşmesi feshedilen işçi sayısı arasında oran kurulduğunu tutarlılık denetimi çerçevesinde kanıtlaması gerekir²². Ancak işverenin işyerini kapatması işletmeyle ilgili bir karar

²¹ Bkz.Yrg. 9.HD. 19.3.1996, 38361-5648, 26.3.1996, 2360-6215, 19.3.1996. 4900-5688.

²² Çankaya-Günay-Göktaş,s.93.

olup kötüniyetli olsa da isim değiştirerek faaliyette bulunma gibi, muvazaalı kapatma dışında hakimnin denetimi dışındadır.

İşverenin, ifayı kabul engelini ortaya çıktığını ve gerçekleşen işletme riskinin geçici değil, sürekli bir engel oluşturduğunu kanıtlaması gerekir. Öncelikle ifayı kabul engelini varlığı, başka bir değişle krizin veya diğer bir olağanüstü halin işyerini doğrudan doğruya ve olumsuz etkilediği ispatlanmalıdır.

İşletme gerekleri ile ilgili iş sözleşmesinin feshini önleyen karara işçinin katılımı gerekmektedir. Feshin son çare olmasına ilişkin madde gerekçesinden hareketle işverenin değişiklik önerisini işçi kabul etmezse bu safhada fesih gündeme gelmektedir. Çalışma sürelerinde denkleştirme esası İş Kanununun işverene verimlilik amacı ile tanıdığı hukuki bir araç olduğundan, işçinin çalışma sürelerinde değişiklik önerisini reddi ile işletme gereği ortaya çıkar. Öte yandan hukuki niteliği itibarıyla iş görme alacağının temliki niteliğinde olan ödünç iş ilişkisi nerisi geçerli bir yapılanma tedbiri ve geçerli bir fesih nedeni değildir.

İşyerinin tümünü veya bir bölümünü devreden veya devralan işveren, ekonomik ve teknolojik sebepler yada iş organizasyonu değişikliğinin gerektirmesi durumunda o işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilir. Belirtilen nedenlerin kanıtlanamaması feshi geçerli kılacaktır. Ancak, işverenin başka işyerlerinin olması halinde işyerini tümüyle devrettiğinde diğer işyerlerinde; işyerinin bir bölümü devredilmiş ise diğer bölümlerinde değerlendirilme olanağının araştırılması gerekir. Bu nedenle, devralan işverenin işyerini işisiz devralmak istemesi devreden işçi bakımından geçerli fesih nedeni olamaz.

Yargıtay tüm işçilerin iş sözleşmesini fesheden işverenin daha sonra işyerini başka bir işverene devri halinde işveren aleyhine açılan işe iade davalarında, davalının işyerini devretmiş olması sebebiyle işçileri çalıştırabileceği bir işyeri olmadığı gerekçesiyle, işe iade isteklerinin reddine karar vermiřtir²³.

Öte yandan 5272 sayılı Belediye Kanunu'nun 67.maddesine göre belediyeler tarafından yapılan ihale sonucu temizlik işlerinin taşerona

²³ Yrg. 9. HD. 23.12.2004. 200/10726 -29238.

verilmesi mümkündür. Bu nedenle, sözü edilen işlerin alt işverene verilmesi sonucu işveren belediyenin temizlik işlerinde çalıştırdığı işçileri diğer ünitelerde değerlendirilebilmesinin mümkün olup olmadığı, işyerine davacının yapabileceği işlere yeni işçi alınıp alınmadığı, feshin son çare olduğu ilkesine uyulup uyulmadığı araştırılmadan karar verilmesi Yargıtay'ca doğru bulunmamıştır²⁴. Yine Yargıtay işyerinde laboratuvar teknisyeni olarak çalışan işçinin işyerinin Sağlık Bakanlığına devri sebebiyle devirden sonra laboratuvar teknisyeni olan davacının davalının diğer işyerlerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı hususunun araştırılmamış olmasını eksik inceleme nedeniyle bozma sebebi saymıştır²⁵.

İşveren işletme gerekleri ile işçilerin iş sözleşmelerini sona erderken Medeni Kanununun 2. maddesi uyarınca iyi niyetle hareket etmek zorundadır. Ancak bazı Yargıtay kararlarında söz edilen sosyal seçim kriterinin²⁶ yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle Özel Daire kararlarında objektif esaslardan hareketle işverenin geçerli fesih hakkını kullanması gerektiği kabul edilmektedir²⁷. Gerçekten işveren işyerine fesih tarihinden kısa süre önce aldığı işçiler yerine kıdemli ve başarılı işçileri işten çıkarması objektif kriterlere aykırı olduğundan geçersiz sayılmalıdır. İşvereni, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bağlayan özel bir hüküm bulunmadığı için yönetim hakkına müdahale edilmesi doğru değildir.

İşyerinden kaynaklanan fesihler işverenin işletme politikası ile ilgili işletme yönetimi kararları olup mutlaka sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı işyerini kapsamalıdır²⁸. Örneğin, sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi işyeri dışında ortaya çıkan sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin imkânsız hale gelmesi sayılabilir²⁹.

Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin kapatıl-

²⁴ Yrg. 9. HD.19.9.2005,2005/28125-30446.

²⁵ Yrg.9.HD.28.9.2005,2005/ 29563-31493.

²⁶ Yrg. 9. HD.2.12.2005,2005/35749-38673.

²⁷ Yrg. 9. HD.21.9.2005,2005/27368-30665.

²⁸ Ulucan, Devrim: İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yay. s. 59.

²⁹ Bkz. 4773 sayılı Kanununun 2. maddesinin Gerekçesi.

ması, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir. Ancak bu uygulamaya giderken işverenden beklenen, işyerinde fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken işverenin sürekli olarak fesihten kaçınma imkânının olup olmadığı araştırılmalıdır³⁰.

Bu nedenle özellikle bazı kamu kuruluşlarında işçi çıkartılırken işyerinin daraltılması bahanesi ile emekli olmaya hak kazanmış işçilerin işten çıkartılıp yerlerine işçi alınması halinde işyerinden kaynaklanan geçerli sebep savunması desteksiz kalmaktadır. Ancak yeni işçi alımına gitmemek kaydı ile özelleştirilen işyerlerinde emekli olmaya hak kazanan işçilerin işten çıkarılması halinde işe iadeye karar verilemeyeceği kanısındayım.

III-GEÇERLİ FESİH HAKKININ KULLANILMASI

1-Fesih Hakkını Kullanma Süresi

4857 sayılı İş Kanununda fesih için geçerli neden bulunması halinde fesih hakkının ne kadar bir süre içerisinde kullanılabilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Fesih sebebi varlığını devam ettirmekte ise süre bakımından sorun olmayacaktır.

Ancak, fesih için geçerli nedenin ortaya çıkması ve işverenin buna ilişkin bilgi sahibi olmasından itibaren bir süre geçmiş ise, bu sürenin ne kadar olması gerektiği önemlidir. Gerçekten, özellikle işçinin davranışı ya da yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihlerde fesih nedeni ortadan kalkmış yada uzun bir süre geçtiği halde işverenin sözleşmeyi sona erdirmemiş ise bu hakkı kullanması objektif iyiniyet kurallarına uygun düşmeyecektir.

Ancak kanun koyucunun haklı nedenle yapılan fesihler için süre öngördüğü bir yerde geçerli nedenle yapılacak fesihler için süre sınır-

³⁰ Bkz. 4773 sayılı Kanunun 2. maddesi Gerekçesi.

landırılmasına gidilmemesi, yapılacak fesihlerin her zaman mümkün olabileceği sonucu bizi götürmez. Geçerli nedene dayanan fesih hakkının makul bir süre içinde kullanılması gerekir. Makul süre, Borçlar Kanununun 344.maddesi çerçevesinde her olayın özelliğine göre hakim tarafından belirlenecektir³¹.

Yargıtay kararlarında, işçi ve işverenin derhal fesih hakkını kullanma süresini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanununun 26.madde-sinde öngörülen hak düşürücü sürelerin iş güvencesi hükümleri bakımından uygulanamayacağı, anılan maddedeki süreler geçmiş olsa bile feshin olayın özelliğine göre geçerli nedene dayanabileceğini, ancak fesih hakkının makul sürede kullanılması gerektiğini kabul edilmektedir³².

Makul süre, fesih hakkının Medeni Kanunun 2.maddesinde belirtilen objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığına göre her olayını özelliği dikkate alınarak hakim tarafından belirlenecektir. Makul sürenin belirlenmesinde işverenin süregelen tutumu ile işçide fesih yoluna başvurmayacağı yönünde haklı bir güven oluşturup oluşturmadığı dikkate alınmalıdır. İşveren feshe başvurmayacağı yolunda işçide bir güven oluşturmuş ise artık bu güvene üstünlük tanınması gerekir. İşverenin aksi yöndeki davranışı çelişkili bir davranış olarak korunmamalıdır³³.

2-Fesih Yöntemi

a- Genel Olarak

15.3.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Kanununa eklenen 13/B maddesi uyarınca yapılan düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19.maddesinde tekrarlanmış ve iş sözleşmesinin feshinde bir usul öngörmüştür.

Artık işveren fesih bildiriminde iş sözleşmesinin fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Gerek 4773 sayılı gerek 4857 sayılı Kanunlara göre işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapsa

³¹ Çankaya-Günay-Göktaş,s.105.

³² Bkz.Yrg.9.HD.27.1.2005,E.2004/26072,K.2005/2011.

³³ Soyer, M.Polat:Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları,15.1.2005 tarihinde Galatasaray Üniversitesi ile Legal Hukuk Yayınları Tarafından Av.Akkın Sokulu Anısına Düzenlenen Toplantıda Sunulan Tebliğ,Mayıs 2005.

da her hangi bir sebebe dayandırmadığı fesih işlemi, salt bu nedenle geçersiz sayılacaktır³⁴. “Görülen lüzum üzerine” gibi nedenlerle yapılan fesihler de geçerli sayılamaz³⁵. İş güvencesi uygulanacak işyerlerinde gerekli şartlara sahip işçiler işveren tarafından geçerli bir neden bulunmadıkça ihbar öneli tanınmak suretiyle de olsa işten çıkarılamaz³⁶. İşyerinde uygulanan ve hizmet sözleşmesinin eki niteliğinde bulunan personel yönetmeliğinde belirli yaş ve sigorta primi ödeme koşullarını taşıyanların emeklilik hakkı kazanmaları halinde iş sözleşmelerinin feshedilebileceği yolunda bir düzenleme geçerli neden olarak kabul edilemez³⁷.

Belirsiz süreli hizmet akdi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir. Ancak, madde gerekçesinde, işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınmasının işverenden beklenemeyeceği yazılıdır³⁸. Madde gerekçesinin pek isabetli olduğu söylenemez. Gerçekten işçinin bedensel yetersizliği açıkça görülse de davranışlarının zihinsel yetersizlikten kaynaklandığı veya arkadaşları veya amirleri ile girdiği tartışmaların gereksiz olup olmadığı çok açık olamayacağından savunmasının böyle durumlarda da alınması kanımca gereklidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendi şartları gerçekleşmiş ise, işveren buna göre bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecek ise de, işçiden savunma alması işverenin lehine olacaktır. Zira feshin derhal feshi gerektirmediği mahkemece kabul edildiğinde salt savunma alınmaması Yasaya (İş K.m.19) aykırılık oluşturacaktır. Ancak savunma alınmaması işveren bakımından kendisinden beklenemeyecek hal olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte işverenin ortada hiçbir geçerli neden bulunmazken haklı neden ile hizmet sözleşmesini feshettiğini iddia edip bunu ispatlayamaması mahkemece işe iadeye yol açacaktır.

İşveren işçisinin hizmet akdini geçerli bir sebep olduğunda, sebebini açık bir şekilde belirterek feshedebilir. İşe iade davasında

³⁴ Bkz. Yrg.9.HD.27.10.2003,2003/18040-18119.

³⁵ Bkz. Yrg.9.HD. 10.11.2003 tarih ve 2003/18715-19032 sayılı kararı ile onanan Kartal 1.İş Mah.nin 30.9.2003 tarih ve 2003/457-395 sayılı kararı.

³⁶ Günay, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara-2004,s.125

³⁷ Yrg.9.HD.19.1.2004, E.2003/22196, K.2004/261.

³⁸ 4773 sayılı Kanunun 2. madde Gerekçesi

işveren fesih bildirimindeki sebebin bulunduğunu ispatladığı takdirde işçi güvenceden yararlanamayacaktır. Buna karşılık işveren geçerli bir sebep olmadan veya söz konusu geçerli sebebi açık ve kesin şekilde belirtmeden yaptığı fesih mahkemece geçersiz sayılacaktır.

1475 sayılı İş Kanun'unun 7. maddesinde; bildirimlerin yazılı olması ve ilgiliye imza karşılığı yapılması, bildirim yapılanın imzalamaması halinde durumun o yerde tutanakla tespit edilmesini hükme bağlamıştı. Fesih bildirimının yazılı yapılması isbat şartı mı yoksa geçerlilik şartı mı olduğu tartışmalıdır. Öğretide yazılı olmayan bildirim de geçerli olduğu, yazılı olmasının ispat şartı olduğu savunulmaktadır³⁹. Yargıtay da bazı kararlarında hizmet akdinin feshi hakkındaki irade beyanının işçiye yazılı olarak bildirilmesinin şart olmadığını belirtmiş⁴⁰ ise de, yazılı bildirim zorunlu olduğu yolunda kararları da bulunmaktadır⁴¹. Kanımca burada bir ayırım yapmakta yarar bulunmaktadır. Şayet iş akdi önelsiz feshediliyorsa belirsiz süreli hizmet akdinin feshinde bildirim sözlü olması geçerlidir. Bir yıl veya daha uzun sürekli belirli süreli hizmet sözleşmesi yazılı yapılmak zorunda olduğundan feshinin de yazılı yapılması gerekir. Ayrıca 1475 sayılı İş Kanun'unun 7. maddesinin açık hükmü ve anılan Yasanın 13. maddesinde yer alan önelli fesihler için bildirim yazılı yapılmasını geçerlilik şartı olarak kabul etmek gerekir⁴².

4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesinde işverenin bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu açıkça gösterilmiş ve bu konuda ortaya çıkan tartışmaları sona erdirmiştir.

b- Fesih Bildirimi

İş sözleşmesi taraflara sürekli borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan tarafların böyle bir sözleşmeye ömür boyu bağlı kalmaları beklenemez⁴³. 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı

³⁹ Çelik, s.145; Oğuzman (Fesih), s.176

⁴⁰ Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Büyük Heyeti 18.2.1959, E:28, K:17, Günay, s.54

⁴¹ Yrg HGK 14.3.1962, E:4/31, K:27; Yrg 9HD 5.6.1964, E:3330, K:3682, Çelik, s.145 dn 19-20

⁴² Karş. Tunçomağ-Centel, s.184.

⁴³ Günay, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması, Ankara-2007,s.224.

Yasa ile 1475 sayılı İş Kanununa eklenen 13/B maddesi uyarınca yapılan düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19.maddesinde tekrarlanmış ve iş sözleşmesinin feshinde bir usul öngörmüştür.

Artık işveren fesih bildiriminde iş sözleşmesinin fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Gerek 4773 sayılı gerek 4857 sayılı Kanunlara göre işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapsa da her hangi bir sebebe dayandırmadığı fesih işlemi, salt bu nedenle geçersiz sayılacaktır⁴⁴. "Görülen lüzum üzerine" gibi nedenlerle yapılan fesihler de geçerli sayılamaz⁴⁵. İş güvencesi uygulanacak işyerlerinde gerekli şartlara sahip işçiler işveren tarafından geçerli bir neden bulunmadıkça ihbar öneli tanınmak suretiyle de olsa işten çıkarılamaz⁴⁶. İşyerinde uygulanan ve hizmet sözleşmesinin eki niteliğinde bulunan personel yönetmeliğinde belirli yaş ve sigorta primi ödeme koşullarını taşıyanların emeklilik hakkı kazanmaları halinde iş sözleşmelerinin feshedilebileceği yolunda bir düzenleme geçerli neden olarak kabul edilemez⁴⁷.

Belirsiz süreli hizmet akdi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir. Ancak, madde gerekçesinde, işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınmasının işverenden beklenemeyeceği yazılıdır⁴⁸. Madde gerekçesinin pek isabetli olduğu söylenemez. Gerçekten işçinin bedensel yetersizliği açıkça görülse de davranışlarının zihinsel yetersizlikten kaynaklandığı veya arkadaşları veya amirleri ile girdiği tartışmaların gereksiz olup olmadığı çok açık olamayacağından savunmasının böyle durumlarda da alınması kanımca gereklidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendi şartları gerçekleşmiş ise, işveren buna göre bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecektir. Şayet 4857 sayılı İş Kanununun 25/I veya 25/III, IV. maddesi uyarınca işveren işçinin iş sözleşmesinin feshine gidecekse savunma almak zorundadır. Ancak savunma alınmaması işveren bakımından kendisinden beklenemeyecek

⁴⁴ Bkz. Yrg.9.HD.27.10.2003, 2003/18040-18119.

⁴⁵ Bkz. Yrg.9.HD. 10.11.2003 tarih ve 2003/18715-19032 sayılı kararı ile onanan Kartal 1.İş Mah.nin 30.9.2003 tarih ve 2003/457-395 sayılı kararı.

⁴⁶ Günay, Cevdet İlhan :İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri,Ankara-2004, s.125

⁴⁷ Yrg. 9.HD. 19.1.2004, E.2003/22196, K.2004/261.

⁴⁸ 4773 sayılı Kanunun 2. madde Gerekçesi.

hal olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte işverenin ortada hiçbir geçerli neden bulunmazken haklı neden ile hizmet sözleşmesini feshettiğini iddia edip bunu ispatlayamaması yanında geçerli nedeni de kanıtlanamaması mahkemece işe iadeye yol açacaktır. Öte yandan haklı fesih hakkının kullanımında savunma alma zorunluluğu bulunmadığından Yargıtay geçerli neden varsa savunma alınmamasını böyle olaylara münhasıran feshin geçersizliği sebebi olarak kabul etmektedir.

İşveren işçisinin hizmet akdini geçerli bir sebep olduğunda, sebebini açık bir şekilde belirterek feshedebilir. İşe iade davasında işveren fesih bildirimindeki sebebin bulunduğunu ispatladığı takdirde işçi güvenceden yararlanamayacaktır. Buna karşılık işveren geçerli bir sebep olmadan veya söz konusu geçerli sebebi açık ve kesin şekilde belirtmeden yaptığı fesih mahkemece geçersiz sayılacaktır. İşçinin geçerli bir neden bulunmadan iş sözleşmesinin feshinden sonra ihbar tazminatının ödenmesinden önce sosyal güvenlik kuruluşuna aylıklık aylığı bağlanması için başvurmuş olması kanımca işe iade davasının açılmasına ve lehe karar alınmasına engel oluşturmaz.

3- Fesih Bildiriminin Yapılma Usulü

İş Kanun'unda fesih bildirimini yapılma yeri ve zamanı ile ilgili bir hükme rastlamamaktayız. Bu nedenle fesih bildirimini işyerinde veya dışarıda, çalışma saatleri içinde veya dışında yapılması mümkündür. Ancak MK m.2 uyarınca bu hakkın uygun yer ve zamanda kullanılması gerekir. Uygun olmayan yer ve zamanda yapılan fesih bildirimini karşı tarafça kabul edilmesi halinde varma ve öğrenme gerçekleşeceğinden geçerli sayılması, reddedilmesi durumunda ise geçersiz olacağı kabul edilmektedir⁴⁹.

Öte yandan işçinin iş sözleşmesini fesih konusunda işçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenler bulunduğu işveren işçinin bu iddialara karşı savunmasını almak zorundadır (İş K. m.19/II).

⁴⁹ Oğuzman,M.Kemal:Türk Borçlar Hukuku ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Aktinin Feshi,İstanbul-1955,s.176;Çelik, Nuri:İş Hukuku Dersleri,B.17,İstanbul-2004, s.145

IV- İŞE İADE YÖNTEMİ

1- İşçinin İşten Çıkarılma Kararına Karşı Mahkemeye Başvurusu

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca, işçi hizmet sözleşmesinin fesih bildiriminde sebep gösterilmeden veya geçerli bir sebep gösterilmediği yolundaki iddiası bulunduğu takdirde fesih bildirimimin kendisine tebliğ tarihinden itibaren bir aylık süre içinde iş mahkemesine dava açması gerekir. Şayet fesih bildirimini yazılı olarak yapılmamış ise, fiili olarak iş sözleşmesinin işverence sona erdirildiği tarih esas alınmalıdır. Bu tarih her türlü yazılı veya sözlü delille ispatlanabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm var veya taraflar anlaşmışlarsa aynı süre içinde özel hakeme başvurunun yapılması da bir ay içerisinde olmalıdır.

İşyerinin bulunduğu veya işverenin ikametgâhı iş mahkemesi; işçi veya yetki verdiği işçi sendikası tarafından açılacak davada, fesih bildirimimin tebliği tarihinden itibaren 1 ay içinde işçinin veya üyesi bulunduğu sendikanın dava açıp açmadığını inceleyecektir. Bu süre hak düşürücü süre olup hakim tarafından re'sen nazara alınacaktır. Fesih bildirimini veya işyerine alınmama gibi hizmet akdinin feshini gösteren fiili durumu tespit eden tutanak tarihini takip eden ayın ertesi günü akşamına kadar işe iade davasını açılması gerekir. Hak düşürücü süre geçmişse hâkim taraf teşkilinden sonra davayı bu sebeple red edecektir.

Dava seri muhakeme usulüne göre 2 ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin kararı kesin değildir. Yargıtay kararın temyizi halinde bir ay içinde onama kararı verebilecektir. Veya kararı bozarak ortadan kaldırıp kesin olarak karar verecektir. Ancak bu süreler içinde karar verilmesi yasa koyucunun direktifi niteliğinde olup, süre geçse de mahkeme ve Yargıtay incelemeyi devam ettirip en kısa sürede davayı sonuçlandıracaktır.

İş güvencenin işletilebilmesi için öncelikle işçinin hizmet aktinin işveren tarafından feshedilmesi gerekir. Şayet işçi hizmet akdini haklı sebeple olarak feshetmiş olsa da işe iade davası dinlenemeyecektir. Belirsiz süreli hizmet akdi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir. Ancak, madde gerekçesinde, işçinin zihinsel veya

bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınmasının işverenden beklenemeyeceği yazılıdır⁵⁰. Madde gerekçesinin pek isabetli olduğu söylenemez. Gerçekten işçinin bedensel yetersizliği açıkça görülse de davranışlarının zihinsel yetersizlikten kaynaklandığı veya arkadaşları veya amirleri ile girdiği tartışmaların gereksiz olup olmadığı çok açık olamayacağından savunmasının böyle durumlarda da alınması kanımca gereklidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendi şartları gerçekleşmiş ise, işveren buna göre bildirmsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecek ise de, işçiden savunma alması işverenin lehine olacaktır. Zira feshin derhal feshi gerektirmediği mahkemece kabul edildiğinde salt savunma alınmaması Yasaya(İş K.m.19)aykırılık oluşturacaktır. Ancak savunma alınmaması işveren bakımından kendisinden beklenemeyecek hal olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte işverenin ortada hiçbir geçerli neden bulunmazken haklı neden ile hizmet sözleşmesini feshettiğini iddia edip bunu ispatlayamaması mahkemece işe iadeye yol açacaktır.

İşveren işçisinin hizmet akdini geçerli bir sebep olduğunda, sebebini açık bir şekilde belirterek feshedebilir. İşe iade davasında işveren fesih bildirimindeki sebebini bulduğunu ispatladığı takdirde işçi güvenceden yararlanamayacaktır. Buna karşılık işverenin geçerli bir sebep olmadan veya söz konusu geçerli sebebi açık ve kesin şekilde belirtmeden yaptığı fesih, mahkemece geçersiz sayılacaktır.

İşveren işçilerin işine İş Kanununun m.18'e göre geçerli bir neden olmaksızın son veremeyecektir. Ancak İş K. m. 25/II de gösterilen "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri", sağlık nedenleri ve zorlayıcı sebeplerle olduğu gibi, 2822 sayılı Kanunun 45/I. maddesinde gösterilen yasadışı greve teşvik ve katılmaktan dolayı hizmet akdini feshedebileceğinin kabulü gerekir. Bunun dışındaki fesihlerde, feshin geçersiz sayılarak işçinin işe iadesine karar verilecektir.

2- İşçinin Özel Hakeme Başvurması

4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesi uyarınca toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa geçerli fesih sebebini

⁵⁰ 4773 sayılı Kanunun 2. madde Gerekçesi, s.20.

bulunmadığı halde iş sözleşmesi feshedilen işçi feshin tebliğinden itibaren bir aylık sürede konuyu özel hakeme götürebilir.

İş sözleşmesinin sona ermesinin geçerli bir sebebe dayandırılması konusundaki uyuşmazlığı çözecek özel hakem düzenlemesinin toplu iş sözleşmesine konularak sağlanmasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Ancak iş sözleşmesine konulan tahkim şartının geçerli olduğundan konu hakeme götürülmeden iş mahkemesine başvurulamayacağını burada belirtelim.

V- İŞE İADE KARARININ HUKUKİ SONUÇLARI

Hizmet sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçi veya üyesi bulunduğu sendika tarafından açılan davada mahkemece, işçinin işe iadesine karar verildiğinde fesih geçersiz sayılmaktadır. Bu durumda hizmet ilişkisi hiç bozulmamış gibi devam eder hale geldiği kabul edildiğinde işveren işçiye, geçersiz sayılan fesih dolayısıyla çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretini ve öteki bütün haklarını en çok dört aylık dava süreci için ödemekle yükümlüdür. İşçilerin hizmet akitlerinin feshedilmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine aykırı olduğu kabul edildiğinde fesih kararı iptal dilerek işe iade kararı verilir. İşe iade kararı işçinin “eski işine, tezgâhına, masasına” şeklinde anlaşılması gerekir.

Ancak işçinin de geçersiz fesih dolayısıyla almış bulunduğu ihbar sürelerine ait ücretini, kıdem tazminatını iade etmesi gerekir.

Öte yandan İş K.m. 21 uyarınca işe başlatılmayan işçiye işveren en az dört aylık en çok sekiz aylık ücret tutarında bir tazminat ödeyecektir. Bu tazminat, ihbar ve kıdem tazminatı için esas alınan sosyal yardımlı ücret değil, çıplak ücret dediğimiz ücrete göre hesaplanacaktır⁵¹. Ancak, işyeri sendika temsilcisinin işe iade kararının bir ay içinde işverence uygulanmaması halinde verilecek tazminat işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında(Sen. K.m.30) veya sendika üyeliği ya da sendikal faaliyeti nedeniyle hizmet sözleşmesi feshedilen işçiye ise bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tesbit edilecektir. (Sen. K.m.31).

⁵¹ Şahlanan, s.19.

İşe iade kararında şartlı karar verilmektedir. Gerçekten mahkemenin, iade kararı ile birlikte işverenin yönetim hakkına müdahaleyi önleyerek işverenin çalıştırmayacağı işçiye öteki tazminatları yanında dört aylık ücretinden az olmamak üzere bir tazminat ödemesi düzenlenmiştir. İş Kanununun 21/I.maddesi uyarınca bu tazminat dört aylık ücretten az sekiz aylık ücretten fazla olmamak üzere belirlenebilecektir. Ancak bu tazminat muaccel olmadığından ve edaya karar verilmediğinden faiz söz konusu olmaz.

İş mahkemesi işe iade kararında yargılama dört aydan fazla sürmemiş olsa da boşta geçen süre için dört aylık ücret ve diğer haklarının işverence işçiye ödenmesine karar verilmelidir. Zira kararın kesinleşmesi için ne kadar süre geçeceği önceden bilinmez. Bu durumun gerçekleşmesi halinde mahkeme, kararının kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları işçiye ödenmesine karar verecektir.

İşveren tarafından haksız olarak işten çıkarılan ve işe iadesine mahkemece karar verilen işçiye ödenecek ücret ve diğer hakların hangi tarihten itibaren hesaplanacağı da önemli bir konudur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca fesih geçersiz sayılacağından işçinin akdinin feshedildiği tarihten itibaren bu hakların hesaplanacağı kabul edilmelidir.

Feshin geçersiz sayılması sonucu iş ilişkisi devam eden işçi, mahkeme veya özel hakemin işe iade kararının tebliği üzerine on iş günü içinde işyerinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır (İş K. m.21/V).

Öte yandan, işçinin gerek işten çıkarılma kararına karşı bir ay içinde mahkemeye başvurmak zorunda olması ve gerekse mahkemenin kısa süre içinde karar vermek zorunda olması sebebiyle başka bir işte çalışarak para kazanması söz konusu olabilir. Burada belirtelim ki boşta geçen sürelerle ait ücret ve diğer haklardan B.K. 325. maddesi uyarınca bir indirimde gidilemez. Anılan ücret ve diğer haklardan işçi sanki hiç ara vermeden çalışıyormuş gibi, yasa gereği yararlanır.

Bildirim süresine ait ücret işçiye peşin ödenmişse, bu tutar sadece dört aylık boşta geçen süre ücretinden mahsup edilir ise de

tazminattan indirim söz konusu edilemez.⁵² İşçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin olarak ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı işe iade halinde değil, sadece işverence tazminat ödendiğinde işçiye ödenir. Çünkü hizmet sözleşmesi haklı bir neden bulunmadan feshedildiğinden işçiye ihbar öneli yerine ihbar tazminatı ödenmelidir.⁵³ Bu hükümler ferdi veya toplu iş sözleşmesi ile değiştirilemez. Aksi yöndeki sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu (İş K.m. 21/son) burada belirtelim. Bu nedenle toplu iş sözleşmeleri ile iş güvencesi tazminatı olarak yapılan düzenlemeler anılan kurala aykırı olamayacaktır.

İşçi, kesinleşen mahkeme kararı veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmazsa, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur(İş K.m.21/V). Yani ihbar ve kıdem tazminatı öder. Öte yandan işverenin işe daveti üzerine işçi hemen işe başlamak zorundadır. Davete rağmen işe başlamayan işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli hale geleceğinden boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı hakkında yoksun kalır.

Ayrıca işe başlatmama iradesinin işveren tarafından ortaya konulması veya başvurudan itibaren bir aylık süre geçmesi halinde fesih gerçekleşmiş olacaktır. Gerçekten işe başlatmama ya da süre bitiminde fesih gerçekleşmiş sayılacağından o tarihteki ücret seviyesi ile sınırlı ve anılan tarihteki tavan esas alınarak kıdem tazminatı hesaplanacaktır. Öte yandan boşta geçen dört aylık süre de eklenerek kıdem tazminatı ve dört ayın kıdeme ilave edilmesiyle miktarı değişiyorsa ihbar tazminatına karar verilmelidir. Örneğin 2 yıl 9 ay kıdemi olan işçinin işe iade davasını kazanıp süresinde başvurup işverenin işe başlatmadığı işçinin davası 4 aydan fazla sürmüş ise 3 yıl 1 ay için daha önceki kıdeme göre kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş olması halinde her iki tazminattan fark alması gerekir.

İşçinin işe iade kararının uygulanmasını isterken boşta geçen süre ücretini de talep ettiği için işe başlatılsa da ödenmeyen dört aya

⁵² Süzek, Sarper:İş Hukuku,B.2,İstanbul-2005,s.615.

⁵³ İhbar öneli için bkz.Akyiğit, Ercan: İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara-2001, s.305 vd.

kadar ücret ve diğer haklar için işverenin başvuru tarihinde temerrüde düştüğü kabul edilerek faize o tarihten karar verilmelidir.

SONUÇ

Haklı nedenle de olsa iş güvencesi hükümleri uygulanan işyerlerinde güvence kapsamında bulunan işçiler için iş sözleşmesinin feshinde yazılı bildirim ve gerekçe gösterme ve savunma alma zorunluluğu getirilmelidir. Bu konuda 4857 sayılı İş Kanununun 19. ve 25. maddelerinde yasa değişikliğine gidilerek yasada bu hususa açık bir şekilde yer verilmelidir. Böylece işverenin geçerli fesih hallerinde İş Kanununun 25.maddesine dayanması önlenmelidir.

İş güvencesi ülkemizde çalışan kayıtlı işçinin yüzde yirmi oranında bir kısmını kapsamaktadır. İşkolu itibariyle otuz işçi ölçütünün daha aşağılara çekilerek iş güvencesinin yaygınlaştırılması gerekir.

İş güvence hükümleri işverenin keyfi fesih kararlarının önleme yolunda yararlı olmuştur. Ancak işverenler genelde işe iade kararlarını “işe iade” şeklinde değil, tazminat ödeme olarak uygulamaktadır. Bu nedenle yargılama sırasında işverenden feshin geçersizliğinin kabul edilmesi halinde işverenden yazılı beyan alınmak suretiyle işe başlatmama iradesini açıklamasına olanak tanınmalıdır. Bu konuda da yasal düzenleme yapılmalıdır. Böylece mahkemelerdeki iş yükü ve Yargıtay’ın yoğunluğu nedeniyle çoğu kez işçiler, yargılamadaki gecikme sonucu geçersiz fesihle karşı karşıya geldiklerinde, başka bir iş bulmakta veya çalışma hayatından çekilmektedir. Bunu fırsat bilen işverenlerin, iade kararını sözde uygulamak yoluyla, işçileri işe davet ederek, tazminattan kurtulmaları önlenmelidir.

Ayrıca yukarıda önerdiğimiz yasa değişikliği, işe iade davalarının tespiti içermesi nedeniyle sonradan açılacak eda davalarına engel olacak ve mahkemelerin iş yükünü de azaltacaktır.