

İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMANIN KOŞULLARI VE EMREDİCİLİK

CONDITIONS OF APPLICABILITY OF JOB SECURITY AND MANDATORY

Talip ARAS*

Özet: İş Hukukunun en önemli konularından ve amaçlarından biri olan işçinin çalışması, başka bir deyişle, iş sözleşmesinin devamının koruma altına alınması iş güvencesi sistemi ile sağlanmaktadır. Bu anlamda işçinin iş güvencesi kapsamında değerlendirilebilmesi için kendisinin ve çalıştığı işyerinin kanunda belirtilen taşıması gerekli koşulların değiştirilip değiştirilemeyeceği konusu önem kazanmaktadır. Biz bu çalışmada iş güvencesinin kapsamı ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın koşullarını ve bu koşulların emrediciliğini inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: İş Güvencesinin Tarihçesi, İş Güvencesi Kapsamı, İş Güvencesi Koşulları, İşe İade Davası, Mutlak Ve Nispi Emredici Hükümler

Abstract: One of the most important topics in Employment Law is working of the employee; in other words, the protection of continuation of the employment contract. This is provided by the job security system. In order for an employee to be assessed within the scope of the job security, s/he and her/his workplace shall satisfy the criteria specified in the law. Our aim in this study is to analyze the scope and the criteria for benefiting from the job security together with the mandatory nature of these criteria.

Keywords: History of the Job Security, Scope of the Job Security, Criteria of the Job Security, Reemployment Proceedings, Absolute and Relative Mandatory Provisions.

* Avukat, İstanbul Barosu, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

Giriş

İşçilerin meslek hastalıkları ve iş kazalarından sonra karşılaşılabilecekleri en ciddi tehlike işlerini kaybetmektir. Bu nedenle iş hukukunun en önemli konularından ve amaçlarından biri işçinin çalışmasının, başka bir deyişle, iş sözleşmesinin devamını güvence altına almaktır.

Günümüzde işçinin yaptığı işin hem kendisi, hem ailesi hem de kişiliği ile olan yakın ilişkisi göz önünde bulundurularak işçinin işini koruyabilmesi için, işverenin fesih hakkının elinden alınması değil, sınırlandırılması ve bu bağlamda işçinin işini koruyabilmesi için iş güvencesi sisteminin sağlanması gerekliliği doğmuştur. Böylece, bu sistemin kapsamına giren işçiler açısından, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için işverenin ileri sürdüğü nedenin kanunun öngördüğü nedenler ile uyuşması gerekecektir.

Ancak iş sözleşmesinin feshinde işverenin böyle bir nedene dayanmasının gerekip gerekmediğinin tespiti açısından ise çalışmamızın kapsamını oluşturan iş güvencesi koşullarının somut olayda var olup olmadığının tespiti gerekecektir. Bu koşullar belirlenirken işçinin işini koruma amacı güdülmüşse de, işverenin durumu ve toplumun çıkarları ile olan ilişkisi de göz ardı edilmemiştir.

Bu anlamda işçinin iş güvencesi kapsamında değerlendirilebilmesi için kendisinin ve çalıştığı işyerinin kanunda belirtilen taşıması gerekli koşulların değiştirilip değiştirilemeyeceği konusu önem kazanmaktadır. Buradan hareketle işçinin korunması amacı ile getirilmiş olan iş güvencesi koşullarının emredicimi olduğu, başka bir anlatımla, bu koşulların mutlak ve nispi emredici ayrımında nerede yer aldığı çözüme muhtaç bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızın konusunu işçinin iş ilişkisinin korunmasına hizmet eden iş güvencesi koşullarının emredicilik açısından nerede yer aldığı oluşturacak olup bu bakımdan aşağıda öncelikle iş güvencesi sisteminin ülkemizde yasal düzenlemeye geçişi ve kapsamından söz ettikten sonra, iş hukukunda mutlak ve nispi emredici norm ayrımı ile ilgili açıklamalarda bulunup, iş güvencesi koşullarını ve bunların emredicilik açısından hukuki niteliğini inceleyeceğiz.

I. Türk Hukukunda İş Güvencesine İlişkin Mevzuatın Tarihçesi

İşini kaybetmek bir işçi için şüphesiz en önemli risktir. Bu nedendir ki işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin korunması iş hukukunun günümüzdeki en önemli konusudur.¹ Çağdaş iş hukukunun temel amaçlarından biri olan ve aslında Batılı ülkelerde eskiden beri var olan iş güvencesine ilişkin yasaların ülkemizde de kabul edilmesi gerektiğine yönelik düşüncelere² karşın uzun zaman bu konuda yasal düzenlemeler yapılmamıştır.

Ancak iş güvencesinin uluslararası dayanağını oluşturan Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı ILO Sözleşmesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde onaylanıp³ iş hukukunun bir parçası durumunu alması iş güvencesi konusunda ilgili yasal düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu kapsamda, öncelikle 9.8.2002 tarihinde 4773 sayılı Yasa⁴ çıkarılmış olup daha sonra bu yasanın iş güvencesini düzenleyen hükümleri bazı değişikliklerle 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına alınmıştır. Bu kanunlar ile iş güvencesi sistemi getirilene kadar işçilerin iş ilişkisinin korunduğunu söylemek mümkün değildir.⁵

158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun olarak hazırlanan 4857 sayılı İş Kanununda yer alan iş güvencesinin koşullarına ilişkin hükümler bir yandan iş ilişkisini korumayı amaçlarken diğer yandan bazı koşulların sağlanmasının zorluğundan kaynaklı olarak ülkemizdeki işçilerin

¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2012, s. 858; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 22. Bası, İstanbul 2009, s.212; Nuri Çelik, *İş Güvencesi*, İstanbul 2003, s.9.

² Devrim Ulucan, "Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt 2, İstanbul,183-198, s. 187 vd.; Nuri Çelik, "İşçinin Feshe Karşı Korunması", Ord. Prof. Reşat Kaynar'a Armağan, İTİA Siyasal Bilimler Fakültesi yayını, İstanbul 1981, 42-63; Sarper Süzek, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, Ankara 1976, s.29 vd.

³ TBMM, 158 sayılı Sözleşmenin onaylanmasını 9.6.1994 tarih ve 3999 sayılı kanun ile uygun bulduktan sonra (RG., 18.06.1994, S. 21964), Bakanlar Kurulu 10.08.1994 tarihinde 158 sayılı ILO sözleşmesini onaylamıştır (RG., 12.10.1994, S. 22079).

⁴ İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleği Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG., 15.08.202, S.24847).

⁵ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 9. Bası, İstanbul 2013, s. 555.

yaklaşık yarısının iş güvencesiz kalmasına yol açmıştır.⁶ Bu durum doğal olarak bu koşulların emrediciliğinin açıklığa kavuşturulması ihtiyacını pekiştirmiştir.

II. İş Güvencesinin Kapsamı

İş Kanunu m. 18 uyarınca “feshin geçerli sebebe dayandırılması başlığı” altında, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmek için sağlanması gereken koşulların neler olduğu belirtilmiştir. Aşağıda inceleneceği üzere⁷ bu madde uyarınca, iş güvencesi kapsamına girebilmek için işçinin tabi olduğu kanun, iş sözleşmesinin türü, işyerinde çalışan işçi sayısı, kıdemi ve işveren vekili olmamaya ilişkin koşullara sahip olunması gerekmektedir.⁸

Bir işçinin iş güvencesi kapsamına girip girmediği, sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından iki noktada önem teşkil etmektedir. İlk olarak, iş güvencesinin kapsamı içerisine giren işçiler açısından sözleşmelerinin feshi için geçerli bir nedenin varlığı zorunlu iken, buna karşılık kapsamı dışında kalanların sözleşmelerinin feshinde böyle bir nedene gerek olmayacaktır. İkinci olarak da, kapsam dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri feshedildiğinde, bu işçiler fesih hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesi ile kötüniyet tazminatına başvurabilecekken, iş güvencesi kapsamı içinde olup da aynı kötüniyete maruz kalan işçi daha koruyucu imkânlar sunan iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.⁹

Aşağıda iş güvencesinden yararlanabilmenin koşullarını ve emredici niteliklerini incelemeye geçmeden önce iş hukukunda genel olarak emredici normların nereden hareketle sınıflandırıldığı ve bu sınıflandırmanın önemi açıklanacaktır. Zira iş güvencesi koşullarının hukuki niteliğini açıklığa kavuşturabilmek için emredici normlar ayırımını ve iş hukukundaki hükümlerin neye göre mutlak veya nispi emredici olarak ayrıldıklarının açıklığa kavuşturulması gerektiği kanısındayız.

⁶ Süzek, s. 564; Cevdet Günay İlhan, “Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 623-651, s.182.

⁷ Bkz. aşağıdaki IV “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasının Koşulları”.

⁸ Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Sonuçları, İstanbul 2007, s.37.

⁹ Süzek, s. 561.

III. Mutlak -Nispi Emredici Normlar Ayrımı

Diğer hukuk dallarında ve özellikle iş hukukunda en çok kullanılan emredicilik kavramı, mutlak emredicilik ve nispi emredicilik diye bir ayrıma tabi olup normun kime yönelik olarak konulduğundan hareketle iki taraflı (mutlak) veya tek taraflı (nispi) emredici normlar olarak ikili bir ayrıma tabi tutulurlar.¹⁰ İş hukukuna baktığımızda iş hukukunun emredici hükümleri diğer özel hukuk kurallarından farklılık göstermektedir. Borçlar Kanunu m. 27/1 uyarınca emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşmeler kararlaştırılamaz, aksi halde kararlaştırılan hükümler kesin olarak hükümsüz sayılır. Oysa aşağıda görüleceği üzere iş hukuku açısından zayıf konumda olan işçinin korunması ilkesi gereğince her zaman emredici hükümlere aykırılık geçersizlik sonucunu doğurmamaktadır.

Tarafların kendi iradeleri ile bertaraf etmeleri veya aksini kararlaştırmaları hiçbir şekilde mümkün olmayan, başka bir deyişle, uymaları zorunlu olan normlar mutlak emredici normlardır.¹¹ Kamu düzeni hükümleri olarak da adlandırılan mutlak emredici normlar¹² sözleşmenin her iki tarafını ya da kamu düzenini korumak amacı ile getirilmiş normlardır ve herkese yöneliktirler.¹³ Bu sebeple işçi lehine bile değiştirilemeyen normlar olup iş hukukunda az sayıda yere sahiptirler.¹⁴

Sosyal kamu düzeni hükümleri olarak da nitelendirilen nispi emredici normlar ise işçinin korunması amacını güden ve bu sebeple işçi hakları açısından bir alt sınır çizip bunun üstüne çıkılabilmesine ola-

¹⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlemi Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 536; Süzek, s.30; Çelik, İş Hukuku, s. 18-19.

¹¹ Çelik, İş Hukuku, s.19; Süzek, s.30-31, Mollamahmutoglu, s. 13; Mutlak emredici normlar ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", *AÜHFD*, 2005, S.3, s.95-120.

¹² Süzek, s. 32; Nizamettin Aktay / Kadir Arıcı / Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013, s.10-11. Mutlak emredici hükümlerin arkasında aslında sadece kamu düzeninin, yani toplumun menfaatinin korunması düşüncesinin olmadığı, şahısların menfaatlerinin korunmasında mutlak emredici bir düzenleme getirilmesinin ardında yatan neden olabileceği konusunda Bkz. Özdemir, s.9.

¹³ Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 33-82, s.52.

¹⁴ Süzek, s. 31; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010, s. 40; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, s. 53-54; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 11-12; Özdemir, s. 101: Örneğin, koşulları gerçekleşmiş ise işverenin haklı nedenle fesih hakkı elinden alınamaz.

nak tanıyıp altına inilmesini yasaklayan yani işçi aleyhine anlaşma yapmaya imkân tanımayan kurallardır.¹⁵ İş hukukunda emredicilik işçi yararına olup daha çok işverene karşı ve işverenin sözleşme serbestisini kısıtlamış bulunmaktadır.¹⁶

Bu husus Yargıtay'ın şu kararında açıkça dile getirilmiştir: “İş Kanununa ait hükümlerin, kural olarak, nispi emredici hükümler olduğu şüphe dışıdır. Şu anlamda ki, iş kanununda öngörülen, haklar işçi için asgari olup bir taban teşkil eder: bu tabanın üstüne çıkılabilir, lakin altına inilemez. Bir başka söyleyişle, kamu düzeninin sınırlayıcı etkisi, kural olarak, sadece işveren için söz konusu olur”.¹⁷ Nitekim Yargıtay kararlarına bakıldığında, Yargıtay'ın esas olarak mutlak – nispi emredici norm ayrımını yapmaktan kaçındığı ve mutlak emredici norm olarak değerlendirilmesini istediği hükümler için “emredici-buyurucu” şeklinde ifadeler kullandığı görülmektedir.¹⁸

Yukarıda yapılan açıklamalar ile işçi açısından bir normun mutlak veya nispi emredici olarak değerlendirilmesinin ne kadar önemli olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır. Zira, norm nispi olarak nitelendirilmesi halinde işçi lehine değiştirilebilecek iken, mutlak emredici olarak adlandırılması halinde bu mümkün olmayacaktır. Durum böyle olunca, normun nispi mi yoksa mutlak mı olduğunun nasıl anlaşılacağı sorusu akla gelebilir. Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre normun niteliğini belirlerken normun lafzından ve konuluş amacından bir sonuca varılması gerekecektir.¹⁹

Ancak bazı hallerde normun lafzı yasaklayıcı bir ifade içermesine rağmen bu o normun mutlak emredici olduğu anlamına gelmez. Örneğin, İş Kanunu m. 32/3 yer alan “Emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtta geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya

¹⁵ Çelik, İş Hukuku, s. 19; Süzek, s. 30; Mollamahmutoğlu, s. 13; Akyiğit, s. 40; Kocayusufpaşaoğlu, s.536; Özdemir, s.96-97; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, s. 53: Bazı durumlarda nispi emredici normların işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün görülmüştür. Bunun en tipik örneğini ise deneme süresinin toplu iş sözleşmesi ile uzatılması teşkil etmektedir.

¹⁶ Çelik, İş Hukuku, s. 19 ve orda atıf yapılan yazarlar.

¹⁷ Y.9.HD, 10.04.1970, E. 1970/101, K. 1970/3487; Aynı yönde Y9. HD, 22.2.1969, E.1969/1702, K. 1969/1806.

¹⁸ Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1987, s. 17’de dpn. 59.

¹⁹ Süzek, s.32; Özdemir, s. 103.

diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamaz” hükmünün lafzı mutlak emredici olduğu izlenimini yaratsa da aslında normun amacı işçiyi korumak olduğu için nispi emredici norm olarak yorumlanmalıdır.²⁰ O halde, iş hukukunda bir hükmün emredici olup olmadığını belirlerken hükmün kaleme alınış biçiminden çok, konuluş amacının, izlediği doğrudan amacın dikkate alınması gerekir.²¹ Şüphe halinde ise norm, nispi emredici olarak değerlendirilmelidir.²²

Bu bağlamda aşağıda iş güvencesi koşullarına ilişkin normun nispi veya mutlak emredici olarak değerlendirmesi yapılırken normun lafzından çok konuluş amacı göz önünde bulundurulacaktır.

IV. İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasının Koşulları

1. İşçinin İş Kanunu veya Basın İş Kanununu Kapsamında Olması

İş güvencesinin uluslararası dayanağını oluşturan 158 sayılı ILO’nun 2. maddesi uyarınca iş güvencesine ilişkin hükümlerin bütün iş kollarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunan çalışanlara uygulanması gerekir. Ancak İş Kanunu ve dolayısıyla iş güvencesinin kapsamına İş Kanunu m. 2 uyarınca bir hizmet akdine dayanarak çalışıp İş Kanunu m.18/1’de belirtilen koşulları sağlayan işçilerle, Basın İş Kanunu m.6/son uyarınca gazeteciler girerler. Yasanın bu düzenlemesi ile kural olarak İş Kanunu m.2/1 uyarınca “işçi” sıfatını taşıyıp, İş Kanunu m.4 hükmünün kapsamı dışında bir “işte” veya “işyerinde” iş sözleşmesi ile çalışan işçiler iş güvencesinin kapsamına alınmıştır.²³ Bu anlamda, iş sözleşmesine dayanarak çalışmayan, sözleşmeli personel, çırak veya stajyer iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacaklardır.²⁴

Aynı şekilde, Borçlar Kanunu ve Deniz İş Kanununa tabi işçiler de, iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmışlardır.²⁵ Buna karşılık Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca iş güvencesi hükümler-

²⁰ Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, s.54; Özdemir, s. 103.

²¹ Süzek, s.32; Özdemir, s. 103.

²² Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, s.54.

²³ Ulucan, s.25-26; Tankut Centel, İş Güvencesi, İstanbul 2013, s. 29.

²⁴ Centel, s. 28-29.

²⁵ Süzek, s. 562; Centel, s. 29.

rinin işyeri sendika temsilcisine uygulanması konusunda herhangi bir ayırım yapılmamış olup temsilciye mutlak nitelikte bir güvence verilmiştir. Buna istinaden, işyeri sendika temsilcisi Borçlar Kanunu veya Deniz İş Kanununa tabi bir işyerinde çalışıyor olsa dahi iş güvencesi hükümlerinden yararlanır.²⁶ Nitekim kanunun öngördüğü bu güvence temsilcilik sıfatına bağlı olduğundan işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için bu sıfatına sahip bulunması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması yeterli olup ayrıca aşağıda açıklanan otuz işçi ölçütü ile altı aylık kıdem koşullarının sağlanması aranmaz.²⁷

İş güvencesinden yararlanabilecek işçiler açısından kapsamın bu derece dar tutulmasının, 158 Sayılı ILO'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında gösterilen ölçütler dikkate alınarak iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaya bazı istisnalar getirilebileceği hükmü ile bağdaştığını kabul etmek güçtür.²⁸ Zira iş güvencesi kapsamına alınmayan diğer işçiler bakımından durum henüz tam olarak bir çözüme kavuşturulamamıştır.

Hal böyle olunca, işçi ile işverenin, kapsam koşulunun sağlanmadığı bir durumda, karşılıklı anlaşarak işçinin iş güvencesi koşullarından faydalanmasını sağlayıp sağlayamayacakları konusu gündeme gelir. Kural olarak kapsam hükümleri de tanım hükümleri gibi emredici olduklarından doktrindeki bir görüşe göre İş Kanununun kapsamı dışında kalan işyeri veya işletmelerde çalışan işçilerle yapılan sözleşmede bu işçilere iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı yer olsa dahi bu tür hükümler geçersizdir.²⁹ İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin dayanağını oluşturan 158 Sayılı ILO sözleşmesinin 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iş güvencesi hükümlerinin bütün ekonomik faaliyet alanlarına uygulanacağı belirtilmesine rağmen İş Kanunumuz ile bunun sınırlandırılması kanunun amacına uygun olmadığı gerekçesi ile haklı olarak eleştirilmiştir.³⁰ Bunun yanı sıra,

²⁶ Centel, s. 29.

²⁷ Mollamahmutoglu, s. 882; Münir Ekonomi, "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", İş Kanunu Toplantı Dizisi, I, Tüsiad, İstanbul 2005, 16-60, 33.

²⁸ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.32; Sarıbay, s. 38; Süzek, s.562.

²⁹ Mollamahmutoglu, s.873.

³⁰ Bkz. yukarıdaki dpn. 28.

amacı işverenin keyfi fesihlerini önleyip iş ilişkisinin varlığının korunması olan ve özünde feshin son çare olarak kullanılması yatan iş güvencesi hükümleri bakımından kapsam koşulunun nispi emredici olarak değerlendirilmesinin uygun olacağı görüşündeyiz. Nitekim Yargıtay'ca verilen bir kararda İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamına girmeyen - somut olayda hava taşıma faaliyeti yapılan işyerinde uçucu personel olarak çalışan- işçi hakkında da İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağına toplu iş sözleşmesi ile öngörülmesi geçerli kabul edilmiştir.³¹

2. İşyerinde Otuz ve Daha Fazla İşçi Çalıştırılması

a. Otuz İşçi Ölçütü

Bireysel iş hukukunda birçok normun uygulanabilmesinin işyerinde belli işçi sayısının varlığına bağlandığı gibi iş güvencesine ilişkin hükümlerin de uygulanabilmesinin koşullarından bir tanesini iş yerinde çalışan işçi sayısı teşkil etmektedir.³² İş Kanunu m. 18/1'e göre iş güvencesi koşullarından yararlanabilmek için " *Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi[...]*" ile çalışıyor olması gerekmektedir. Batıda ve hukukumuzda işçi sayısına yönelik bir sınırlama konulmasının amacı, ekonomik yönden güçlü olmayan küçük işyerlerinin iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını kaldıramayacağı düşüncesidir ve bu sebeple buralarda çalışan işçiler kapsam dışında tutulmak istenmişlerdir.³³

İş Kanunu uyarınca bir işçinin iş güvencesi kapsamında olabilmesi için eğer işçi İş Kanunu veya Basın İş Kanunu uyarınca işçi/gazeteci statüsünde ise çalıştığı iş yerinde en az 30 işçi bulunması gerekmektedir. İş Kanunu m. 4/1 (b) uyarınca İş Kanunu kapsamına alınan tarım işlerinde ise en az 51 işçinin çalıştırılması halinde işçi iş güvencesinden faydalanabilecektir. Bu koşul iş güvencesini en çok daraltan koşul olması sebebi ile doktrinde en çok eleştirilen koşulların başında yer almaktadır; çünkü yirmi dokuz veya daha az işçi çalışan işyerlerinde-

³¹ Y. 9.H.D, 22.2.2008, E. 2008/40711, K. 2008/34678 < <http://www.calismatoplum.org>>.

³² Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s.116.

³³ Çelik, İş Güvencesi, s.17; aynı yazar İş Hukuku, s. 215.

ki işçiler bu yasanın kapsamı dışında kalmaktadırlar.³⁴ Nitekim 4473 sayılı İş Kanununda iş güvencesinin kapsamının belirlenmesinde *on* işçi ölçütü³⁵ esas alınırken, 4857 sayılı İş Kanunu ile bu ölçüt değiştirilerek *otuz* işçiye çıkarılmıştır. Her ne kadar bu ölçütün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile dava açılmış ise de Anayasa Mahkemesi iptal istemini şu gerekçe ile reddetmiştir: "İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır... 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır."³⁶ Doktrinde Anayasa Mahkemesinin bu kararı haklı olarak eleştirilmiş ve otuz işçi ölçütünün küçük işyerlerinin özellikleri nedeniyle konulduğu gerekçesinin geçerliliğini yitirmiş olup 4773 Sayılı İş Kanununda yer alan *on* işçi ölçütü eleştirilirken bunun otuza çıkarılmasının iş güvencesi sistemine ve yasanın güttüğü amaca ters düştüğü belirtilmiştir.³⁷

Kanımızca da ne küçük işletmelerin böyle bir yükü kaldıramayacaklarına ilişkin gerekçe ne de 158 sayılı ILO sözleşmesinin sınırlı bir işçi kategorisinin iş güvencesi kapsamı dışında bırakılabileceğine ilişkin m. 2/5 hükmü, ondan fazla işçi çalıştıran işyerlerinin kapsam dışında kalması için sağlam bir dayanak olamamaktadır. Zira, iş güvencesi kapsamına girme koşulunun otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler bakımından söz konusu olması ile birlikte ülkemizdeki işyerlerinin ortalama %90'ından fazlası ve işçilerinde yarısından fazlası iş güvencesizdir.³⁸

³⁴ Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme", İHSGHD, 1, Ocak-Mart 2004, 15-56, s.31; Süzek, s.562.

³⁵ Nitekim doktrinde *on* işçi ölçütünün dahi, ülkemizde 10'dan az işçi çalıştıran işyerlerinin büyük çoğunlukta olması ve bu ölçütünde iş güvencesinin çalışma hayatındaki etkisini azaltacağı gibi gerekçeler ile eleştirilmiştir. Bkz. Mustafa Alp, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", DEÜHFD, 2003, S. 1, 1-40, s. 7; Devrim Ulucan, İş Güvencesi, İstanbul 2003, s. 30.

³⁶ AYM, 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, RG 24 Kasım 2007, 26710.

³⁷ Ulucan, s. 30; Süzek, s. 563; Çelik, İş Hukuku, s. 217; Eyrenci, s.33; Sarıbay, s. 59 vd.; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 186-187 ; Mollamahmutoğlu, s. 864-865; Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulama Alanı, Ankara 2009, s.96; Günay, s.182.

³⁸ Süleyman Başterzi, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uy-

b. İşçi Sayısına Dahil Olanlar

İşçi sayısının belirlenmesi ile ilgili olarak ise İş Kanunu m. 18/4 uyarınca işverenin *aynı iş kolunda* birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısı esas alınır. İş kolu ölçütünün yasaya girmesi, bazı işverenlerin sırf iş güvencesinin kapsamı dışında kalmak amacıyla her işyerinde işçilerini otuzun altında tutmasının önüne geçtiği ve daha geniş bir kesime iş güvencesi hükümlerinden faydalanma imkânı vermesi sebebi ile doktrinde haklı görülse de³⁹ ölçüt iş koluna dayanması sebebiyle haklı olarak eleştirilmiş ve bu ölçütün normun amacı olan işçinin korunması ilkesi ile bağdaşmadığı kabul edilmiştir.⁴⁰ Zira bu hüküm nedeniyle, örneğin, bir işverenin sahip olduğu maden ocaklarının her birinde yirmişer işçi çalışıyor ancak sahip olduğu tek lokantasında 10 işçi çalışıyor ise maden ocağında çalışan işçilerin sayısı otuzu geçeceği için bunlar iş güvencesinden yararlanabilecek iken lokanta da çalışan işçiler bu hükümlerden yararlanamayacaklardır.

İş güvencesi hükümlerinin uygulanması için ihtiyaç duyulan otuz işçi ölçütü önemli bir husustur. Otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde dikkate alınacak ve alınmayacak çalışanlar konusunda öğretileri sürülen görüşlere⁴¹ uygun olarak Yargıtay bu sayının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılmadan dikkate alınacaklarını, bunların fesih tarihinde fiilen çalışmalarının gerekmediği iş sözleşmelerinin devam etmesinin yeterli olacağını belirtmiştir. Ayrıca konumu itibarıyla iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işveren vekilleri ve yardımcılarının da iş yerinde çalışan işçi sayısında dikkate alınacağını belirtmiştir. Ancak, işçi sıfatı taşımayan çırak, stajyer ve

gulama Alanı ve İstihdam Etkisi", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 623-651, s.635; Mollamahmutoğlu, s. 875.

³⁹ Çelik, İş Hukuku, s.215; aynı yazar, İş Güvencesi, s. 19-20; Süzek, s. 564-565; Günay, s.182; Mollamahmutoğlu, s. 864-865; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 10-11; Münir Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşv., Mart 2003, 1-40, s.4.

⁴⁰ Çelik, İş Hukuku, s.215; aynı yazar, İş Güvencesi, s. 19-20: Yazar isabetli olarak "Aynı iş kolunda" ibaresinin kanundan çıkarılması gerektiği görüşündedir. Aynı görüş için Bkz. Doğan Yenisey, s.119-120; Mollamahmutoğlu, s.865; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 10-11; Sarıbay, s. 48-49. Ayrıca "işkolu" teriminin yorumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Doğan Yenisey, s. 120-122.

⁴¹ Çelik, İş Hukuku, s. 218; Ekonomi, İş Güvencesi, s.4.

meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, geçici (ödünç) iş ilişkisiyle çalışanlar ve alt işverenin işçileri bu sayının hesabında dikkate alınmaz.⁴²

Yurtdışı merkezli bir firmanın Türkiye'deki işyerinde örneğin, şubesinde veya irtibat bürosunda çalışan işçilerin sayının otuzu geçmesi halinde yurt dışındaki işlerinde bu hesaplamada dikkate alınıp alınmayacağı ayrıca önem taşımaktadır. Yargıtay'ın konu ile ilgili görüşüne göre, yasa koyucu aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir sınırlama getirmediğinden işçi lehine hareket edilerek işverenin tüm işyerlerinin dikkate alınması gerekir.⁴³ Ancak, Yargıtay'ın bu görüşünün kanunların mülkiliği (ülkeselliği) ilkesi ile bağdaşmadığı, başka bir deyişle, devletin egemenlik alanı ülkesi ile sınırlı olduğu için hukukun uygulama alanının da devletin ülkesi olması gerektiği ilkesinden hareketle haklı olarak eleştirilmiş ve işçinin korunması amacının bu temel ilkenin göz ardı edilmesine yol açmaması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁴

c. Otuz İşçi Ölçütünün Hukuki Niteliği

İşçinin iş güvencesi kapsamında değerlendirilebilmesi için fesih anında bulunması gereken işçi ve işyerine ait koşulların nispi veya mutlak emredici olarak değerlendirilmesi otuz işçi ölçütü açısından da şüphesiz büyük önem arz etmektedir. Zira, işçi ile işveren otuz işçi ölçütünün sağlanmadığı bir durumda karşılıklı anlaşarak veya toplu iş sözleşmesi ile böyle bir halde dahi işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceğini belirleyebilirler. Yahut "işkolu" ölçütünün otuz işçinin hesabında göz ardı edileceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir anlaşma, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi konusunda son derece kilit bir role sahip olacaktır.

Öncelikle İş Kanununun lafzına baktığımız zaman m.18/1'de belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde işverenin işçinin iş sözleşmesini feshi için geçerli bir nedene dayanmasının zorunlu olduğu belir-

⁴² Centel, s. 48; Kar, s. 117; Y9. HD, 31.3.2008, E. 2007/27669, K. 2008/6006

⁴³ Y.9.HD, 3.7.2006, E. 2006/9818, K. 2006/19560. Aynı yönde Bkz. Y.9. HD, 25.01.2010, E.2008/32408, 2010/1126 <<http://www.kazanci.com>>.

⁴⁴ Doğan Yenisey, s.122; Mollamahmutoğlu, s. 865-868; Konu ile ilgili geniş bilgi için Bkz. Savaş Taşkent, "Otuz İşçi Ölçütü ve Yurtdışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 715-724; Sarıbay, s.57.

tilmiş olup buna karşın kanunun hiç bir yerinde işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih anında bulunması gereken otuz işçi ölçütünün emredici olduğuna ilişkin bir atf veya terim bulunmamaktadır. Örneğin, kanun koyucu İş Kanunu m. 21/son'da bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin sözleşme ile hiçbir şekilde değiştirilemeyeceğini hüküm altına alarak bu fıkraların mutlak emredici olduğunu ve taraflar bu hususlarda işçi lehine de anlaşsalar, kanunda düzenlendiği şekilde ifa edileceğini belirtmiştir.⁴⁵

Daha önce belirttiğimiz gibi işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmesi için belirli sayıda işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışması gerektiğine yönelik ölçüt, küçük işletmelerin finansal açıdan iş güvencesine ilişkin usul ve esasları kaldıracak kadar güçlü olmadıkları düşünülerek getirilmiştir. Ancak; bu ölçütün 4857 sayılı İş Kanunu ile ondan otuza çıkarılması normla korunmak istenen küçük işverenler, başka bir ifadeyle kamu düzeninin sağlanması gerekçesinin geçerliliğini yitirmesine neden olmuştur.⁴⁶ Buna istinaden gerek doktrin gerekse yargı kararları ile otuz işçi kapsamında değerlendirilebilecek işçi yelpazesi oldukça geniş tutulmaya çalışılarak normun korumak istediği amaca ulaşılması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu sebeple, kanımızca, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerden açık bir biçimde izlendiği görülen işçiyi koruma amacı, bu ölçütün nispi emredici olarak nitelenmesini gerekli kılmaktadır.⁴⁷

Nitekim Yargıtay'da otuz işçi ölçütüne ilişkin önüne gelen bir davada şu isabetli sonuca varmıştır: "... Taraflar arasında imzalanmış işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi ve işçi çıkartılması başlığını taşıyan 34. maddesinde iş akdinin feshedileceği durumlarda işyerin-

⁴⁵ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.29; Süzek, s. 31-32; Çelik, İş Hukuku, s. 248-249; Hükümün eleştirisi için Bkz. Özdemir, s. 117.

⁴⁶ Bkz. yukarıdaki dpn. 37.

⁴⁷ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.28; Süzek, s. 567; Özdemir, s. 117; Seracettin Göktaş, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2008, S.1, 16-43, s.25; Mollamahmutoglu, s. 73: "İş güvencesi kapsamına girilebilmesi için işyerinin otuz veya daha fazla işçi çalıştırılmasını öngören kanun hükmü, nispi emredici mahiyette olduğundan sözleşmelerle daha az sayıda işçi çalıştıran işyerlerinin iş güvencesi kapsamına alınması mümkündür". Otuz işçi koşulunun nispi emredici olduğu sonucuna hükmün amacından yola çıkılarak ulaşılabileceği gibi mefhumu muhalif ilkesinden yola çıkarak da ulaşılabileceğini savunan görüşle ilgili daha geniş bilgi için Bkz. Gaye Burcu Yıldız, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emrediciliği", *Legal IHSİGD*, S. 11, 2006.

de çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 Sayılı İş Yasası'nın iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmünü getirmiştir. Bu durumda işyerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi toplu iş sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır".⁴⁸

Bu halde doktrinde normun korumak istediği amacı tam anlamıyla gerçekleştirilmeye yönelik olmadığı gerekçesi ile haklı olarak eleştirilen ve kanundan çıkartılması⁴⁹ gerektiği ileri sürülen "aynı işkolunda" koşuluna ilişkin hükmün de mutlak emredici sayılması gereken nitelikte bir norm olmadığını düşünmekteyiz.

Buna karşılık her ne kadar doktrinde İş Kanunu m.4/f.1 (b) uyarınca 50'den az (50 dahil) işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmelerinin İş Kanununun *kapsamı* dışında kaldığı gerekçesi ile bu işyerlerinde veya işletmelerde iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağına dair sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu ileri sürülmekte⁵⁰ ise de kanaatimizce böyle bir sözleşmeyi geçerli sayarak bu işçilerin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını sağlamak kanun koyucunun amacına uygun olacaktır. Bu aşamada tekrardan kaçınmak amacıyla "kapsam" konusu ile ilgili olarak daha önce yapmış olduğumuz açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.⁵¹

3. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemine Olması

a. Altı Aylık Sınırlamanın Amacı ve Kıdeme Dahil Süreler

İş Kanunu m. 18/1 uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmesi için sağlanması gereken bir diğer koşul ise işçinin "*en az altı aylık kıdemi*" nin bulunmasıdır. Bu durumda altı aylık sürenin hesaplanmasında hangi sürelerin işçinin kıdemine dâhil edileceği önem kazanmaktadır. Ancak, belirtmek gerekir ki, otuz işçi ölçütünün aksine altı aylık ölçütün diğer ülkelere kıyasla fazla olmadığı ve yerinde olduğu kabul edilmektedir.⁵²

⁴⁸ Y.9.HD. 26.05.2005, E.2005/12317, K.2005/19404.

⁴⁹ Bkz. yukarıdaki dpn. 37.

⁵⁰ Mollamahmutoglu, s.873.

⁵¹ Bkz. yukarıdaki dpn. 29-31.

⁵² Başterzi, s.639-640; Sarıbay, s.64; Mollamahmutoglu, s. 879: Örneğin Fransız hukukunda işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için iki yıllık kıdeme sahip olması koşulu aranmaktadır.

Sürenin hesaplanması açısından öncelikle iş akdinde İş Kanunu m. 15 uyarınca bir deneme süresi öngörülmesi ise bu sürenin de kıdeme dâhil edilmesi gerekmektedir.⁵³ Ayrıca işçinin aynı işverenin yanında çalıştığı sürece altı aylık sürenin tamamının İş Kanununa ve/veya iş güvencesi hükümlerine tabi olarak geçirmesi şart değildir.⁵⁴ Bu demektir ki, işverenin kapsam dışı işyerinde belli bir süre çalışan işçi, son olarak aynı işverenin İş Kanunu kapsamında başka bir işyerine geçmişse, altı aylık kıdemin hesabında kapsam dışı geçen sürelerin de dikkate alınması gerektirir.⁵⁵ Bunun yanı sıra, m. 18'de askı sürelerine veya ücretli, ücretsiz izne ilişkin bir sınırlamaya yer verilmediği için bu sürelerin de kıdeme dâhil edilmesi gerekmektedir. Zira, bu dönemde de işçinin iş sözleşmesi devam etmekte olup iş güvencesi açısından da önemli olan işyerine aidiyettir.⁵⁶

İş güvencesine ilişkin altı aylık kıdemin saptanmasında işçinin hangi işyerinde yahut hangi işkolunda çalıştığı değil, işçinin iş sözleşmesinin ne kadar süre devam ettiği önemlidir.⁵⁷ Nitekim, İş Kanunu m.18/4 uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için aranan altı aylık kıdem aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilmek suretiyle hesap edilir. Kanımızca da bu halde, *aynı* işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilirken bu sürelerden öncekilerin belirli iş sözleşmesi ile yapılmış olmasının da önemi yoktur, önemli olan sözleşmenin feshi sırasında işçinin belirsiz sözleşme ile çalışıyor olmasıdır.⁵⁸ Zira, iş güvencesinden yararlanacak olan işçinin altı aylık kıdeme sahip olma şartının aranmasının

⁵³ Günay, s. 185; Sarıbay, s. 63; Kar, s.115; Süzek, s. 567.

⁵⁴ Süzek, s. 567; Mollamahmutoğlu, s. 877: Ancak çirak ya da sözleşmeli personel olarak geçirilen süreler işçilikte geçmediğinden bu süreler kıdeme dahil edilmez. Nitekim Yargıtay'da 6 aylık kıdemi işçilik kıdemi olarak kabul ettiğinden bu sürenin iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmiş olması gerekmektedir (Y.9. HD. 23.02.2009, E.2008/13047, K.2009/3265).

⁵⁵ M. Polat Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları", *Legal*, İstanbul 2005, 27-69, s.33.

⁵⁶ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.43; Eyrenci, s. 32; Sarıbay, s. 68; Süzek, 568.

⁵⁷ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.43; Doğan Yenisey, s. 128; Sarıbay, s. 65; Süzek, s. 568.

⁵⁸ Mollamahmutoğlu, s.876; Baysal Ulaş, "İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *İHSGHD*, 2011, S. 32, 1321-1337, s.1327. Öte yandan doktrinde altı aylık sürenin tek bir hizmet sözleşmesiyle geçirilmesinin uygun olacağını savunan görüş için Bkz. Akyiğit, s.182.

amacı işverenin işçiyi tanıması ve onunla çalışmak isteyip istemediğine karar vermesi⁵⁹ olduğuna göre örneğin, işçi ilk iki ay belirli süreli bir iş sözleşmesi ile işverenin yanında çalışmış ve ardından başka bir iş için belirsiz süreli sözleşme ile işe alınıp beşinci ayda sözleşmesi feshedilmiş ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanmalıdır.

İşçinin aynı işverenin işyerinde veya işyerlerinde aralıklı çalışmış olması halinde bu sürelerin işçinin kıdeminden sayılıp sayılmayacağına ilişkin kanunda herhangi bir hüküm yer almamakta olup kanunda sadece işçinin kıdeminden söz edilip bu kıdem hesabında sürekli bir çalışma gerektiğinden söz edilmediği için aralıklı çalışmaların birleştirilmesinin uygun olacağı kabul edilmektedir.⁶⁰

b. Kıdem Süresinin Tespiti ve Kıdem Dolmasına Yönelik Kötüniyetli Fesih

İşçi açısından önemli olan bir diğer husus ise iş akdinin feshi halinde altı aylık kıdemnin dolup dolmadığının tespitidir. Öncelikle, kıdem başlayacağı tarih, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin işe başladığı tarihtir.⁶¹ Ancak, işçi fiilen çalışmaya başlamaya hazır olmasına ve işgücünü işverene sunmasına rağmen, işverenin onu işe başlatmadığı durumlarda ise, sürenin işçinin işgücünü sunduğu an itibarıyla başladığını kabul etmek kanaatimizce de uygun olacaktır.⁶² Ayrıca, İş Kanunu m.11 uyarınca iş sözleşmesi esaslı neden olmaksızın bir kere ya da zincirleme olarak yapılmış ise belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü kabul edildiği için, altı aylık kıdem başlangıç tarihi işçinin belirli süreli sözleşme ile işe başladığı tarih olmalıdır.⁶³

Altı aylık sürenin dolması ile ilgili olarak ise doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilen görüşe göre sürenin belirlenmesinde işverenin fesih bildiriminin sonuç doğurduğu tarih değil fesih bildiriminin işçiye bildirildiği tarih dikkate alınmalıdır.⁶⁴ Bu halde, işçi bildirim sü-

⁵⁹ Başterzi, s. 638; Ulucan, s.29.

⁶⁰ Mollamahmutoğlu, s. 876; Süzek, s. 568; Aktay – Arıcı – Kaplan, s. 189; Çelik, İş Hukuku, s.219; aynı yazar İş Güvencesi, s. 21; Günay, s.186; Y9. HD, 10.4.2006, E.2006/5885, K. 2006/9361, <<http://www.kazanci.com>>.

⁶¹ Ekonomi, İş Güvencesi, s. 5; Baysal, s.1323.

⁶² Mollamahmutoğlu, s. 876; Sarıbay, s. 63; Günay, s. 186.

⁶³ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s. 5; Mollamahmutoğlu, s.881

⁶⁴ Çelik, İş Hukuku, s. 201; Ekonomi, İş Güvencesi, s. 5; Süzek, s.568; Mollamahmu-

resinde çalıştırılmış ise bu süreler altı aylık sürenin hesabında dikkate alınmazlar.⁶⁵ Belirtelim ki, bazı işverenler sırf iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak amacıyla işçinin altı ayının dolmasına kısa bir süre kala iş akdini feshetmek yoluna gidebilirler. Böyle bir feshin hukuki sonucunun ne olacağı noktasında öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bunlardan birinci görüşe göre, böyle bir durumda işveren fesih hakkını kötüye kullanmış olacağından işçi İş Kanunu m. 17/6'da öngörülen kötüniyet tazminatına hak kazanır.⁶⁶ Ancak, her ne kadar altı aylık süre içerisinde işçinin sözleşmesinin dürüstlük kurallarına aykırı şekilde feshedilmesi halinde işçi kural olarak kötü niyet tazminatına hak kazanacaksa da, burada dürüstlük kurallarına aykırılık diğer fesih nedenlerinden farklı olarak işçinin iş güvencesi kapsamına girmesini engellemek şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁶⁷ Zira, yaptırım olarak kötüniyet tazminatının kabul edilmesi halinde işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağından işveren amacına ulaşmış olacaktır.

İkinci görüşe göre ise, altı ayın dolmasına kısa bir süre kala işçinin işten çıkarılması halinde, taraflardan birinin dürüstlük kurallarına aykırı hareketi koşulun gerçekleşmesine engel olursa o koşulun gerçekleşmiş sayılacağını öngören Borçlar Kanunu m. 175 buraya kıyasen uygulanarak işverenin amaçladığı sonucu elde edememesi sağlanmalıdır.⁶⁸ Doktrinde bu görüş de eleştirilmiş olup, bu yola başvurmaya gerek olmadığı zira hakkın kötüye kullanılması genel yaptırımının bu sonuca ulaşmak için yeterli olacağı belirtilmiştir.⁶⁹

Bu konudaki son görüşe göre ise altı aylık kıdem tamamlanmasıyla iş güvencesi kapsamına girecek bir işçinin iş akdinin bu sürenin dolmasına kısa bir süre kala feshedilmesi halinde işçi iş güvencesi kapsamında kabul edilmelidir; çünkü MK m. 2/2 uyarınca hakkın kö-

toğlu, s.878; Kar, s.115-116; Y.9.HD, 28.11.2005, E. 2005/34667, K. 2005/37461 <<http://www.kazanci.com>>.

⁶⁵ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.43; Süzek, s. 568; Çelik, İş Hukuku, s. 201.

⁶⁶ Mollamahmutoğlu, s. 878; Baysal, s. 1334.

⁶⁷ Süzek, s. 569.

⁶⁸ Soyer, s.32; Mustafa Alp, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi 2006", Ankara 2009, 133-177, s.150.

⁶⁹ Süzek, s. 569-570. Bu görüşün kabul edilmesi halinde getireceği ileri sürülen hukuksal problemlerle ilgili daha geniş bilgi için Bkz. Baysal, s. 1330-1335.

tüye kullanılmasının genel yaptırımını, hakkın kötüye kullanılmasıyla varılmak istenen amacın ve hukuki sonucun engellenmesidir.⁷⁰ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, böyle bir durumda işçi işe iade davası açtığında, işveren işçinin altı aylık kıdem süresini doldurmadığını ileri sürerse, yargıç re'sen yapacağı araştırma sonucunda işçinin iş akdinin kötüniyetle yani sırf işçinin iş güvencesinden yararlanmasının engellenmesi amacı ile feshedildiği kanısına varırsa altı aylık süreyi tamamlanmış sayacaktır.⁷¹

c. Kıdem Ölçütünün Hukuki Niteliği

Yukarıda yapılan incelemeden anlaşılacağı üzere Otuz işçi ölçütü de olduğu gibi altı aylık kıdem ölçütü açısından da hem doktrin hem de Yargıtay'ca kıdemin doldurulması bakımından işçinin lehine yorum yapılarak iş güvencesi hükümlerinden yararlanması sağlanmaya çalışılmıştır.

Kıdem koşulu emredicilik yönünden ele alındığında aslında, işverenlere belirli bir süre işçiyi yakından tanıma ve onunla çalışma imkânı sunup, bu süre zarfında benimseyemediği işçiyi geçerli bir neden göstermek zorunda kalmaksızın işten çıkarma imkânı veren bu koşulun otuz işçi ölçütünden pek farklı olmadığı görülecektir. Kanımızca, işveren işçiyi yeterince tanıdığını düşünüyor ve de güveniyor ise işçi ile anlaşarak veya toplu iş sözleşmesine hüküm koyularak, kıdemi altı aydan az olan işçilerin de iş güvencesi kapsamına girmeleri sağlanmalıdır. Ayrıca işçi ile işveren arasında yapılacak bu türden bir sözleşmenin, işverenin korunmasını gerektirecek nitelikte kamu düzenini sarsacak bir durum olduğu da düşünülmemektedir.⁷²

Nitekim doktrinde de yer bulan ortak görüş kıdeme ilişkin hükmün nispi emredici olduğu ve bu sebeple sözleşmelerle kısaltılabileceği gibi tamamen kaldırılmasının da mümkün olduğudur.⁷³ Aynı şekilde, Yargıtay'a göre de altı aylık kıdem süresi koşulu nispi emredici nitelikte olup, işçi ile işveren arasında yapılacak sözleşmelerle bu sü-

⁷⁰ Başterzi, s.639; Süzek, s. 570.

⁷¹ Kar, s. 116; Başterzi, s. 639; Süzek, s. 570.

⁷² Sarıbay, s. 77.

⁷³ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.28; Mollamahmutoğlu, s. 879; Süzek, s.650-651, Centel, s. 52; Yıldız, s. 907; Kar, s. 116; Sarıbay; s. 77.

renin kısaltılması kararlaştırılabilir.⁷⁴ Ancak belirtmek gerekir ki, bu ölçüt de, otuz işçi ölçütün de olduğu gibi nispi emredici olması sebebi ile işçi aleyhine değiştirilemez

İş güvencesinin ilk üç koşulunun nispi emredici olarak kabul edilmesiyle birlikte aslında toplu iş sözleşmesi yapacak işçi sendikalarına, iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçileri yapacakları toplu iş sözleşmeleri ile kapsam içine alma konusunda, önemli bir rolün verildiği aşikârdır. Ancak, doktrinde eleştirildiği üzere işçi sendikalarının büyük bir bölümü iş güvencesi kapsamının darlığından şikâyet etmelerine rağmen, kendilerine tanınan bu yetkiyi sıklıkla kullanmamaktadırlar.⁷⁵

4. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmama

İş Kanunu m. 18/son belirli konumda yer alan işveren vekillerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağını öngörmüştür. İş Kanunu m. 18/son uyarınca; “İşletmenin 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.” Bu hükümle birlikte işverene yakın olan ve onun güvenine sahip olması gereken belirli konumdaki işveren vekillerinin iş akitlerinin, bu güvenin sarsılması halinde geçerli bir neden gösterilmeksizin sona erdirilmesi olanağı sağlanmıştır.⁷⁶

Madde 18 uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak olan işveren vekilleri öncelikle *işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri ve yardımcılarıdır*. Bu durumda işletmenin bütününe yöneten genel müdürler ve bunların yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır.⁷⁷ Bununla birlikte, Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, işletmede genel müdür veya yardımcısı ünvanına sahip olmanın iş güvencesi kapsamı dışında kalma sonucunu doğurmayacağını önemli olanın bu kişiye temsil yetkisinin verilip verilmediği ve

⁷⁴ Y.9.HD., 23.02.2009, E.2008/13047, K.2009/3265.

⁷⁵ Centel, s. 25.

⁷⁶ Ulucan, s.27; Mollamahmutoglu, s. 880; Süzek, s. 571; Çelik, İş Güvencesi, s. 22-23; Sarıbay, s. 70-71; Başterzi, s. 640.

⁷⁷ Süzek, s. 571.

işletmenin tamamını yönetip yönetmediğinin tespiti olduğu şeklinde karar vermiştir.⁷⁸ Yargıtay işveren vekili yardımcısına ilişkin bir kararında Genel Müdürün hemen altında Finans Müdürü olarak çalışan ve emri altında Finans Departmanı, IT Koordinatör, Kredi Süpervizörü birimleri bulunan işçinin işveren vekili yardımcısı olduğu gerekçesi ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağını hükme bağlamıştır.⁷⁹

Ayrıca, işletmenin bütününe yönetmemekle birlikte, *işyerinin bütününe yöneten ve işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi* bulunan işveren vekilleri de iş güvencesi hükümlerinden faydalanamaz. Öğretide belirtildiği üzere, burada kümülatif bir koşul yer almakta olup, işveren vekilinin iş güvencesi kapsamının dışında kalması için hem işyerinin tümünü yönetmesi hem de işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunması gerekmektedir.⁸⁰ Bu anlamda örneğin, işyerinin bütününe yönetme yetkisine sahip olmakla birlikte işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisine sahip olmayan şube müdürü, fabrika müdürü de iş güvencesi hüküm-

⁷⁸ Y.9.HD. 1.2.2010, 13573/1871; Kararın eleştirisi için Bkz. Centel, s. 50. Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak önüne gelen bir uyuşmazlıkta "davacının işvereni yönetim kurulu üyeleriyle birlikte tek ya da müştereken temsil etmek üzere imza yetkisi bulunmaktadır. Dosya içeriğine göre zaman zaman genel müdürün yokluğunda tüm yetkileri kullanmak üzere kendisine vekâlet verildiği, iç yazışmalarda adının merkez tesisin işveren vekili olarak geçtiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının işveren vekili sıfatı olduğu, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı" sonucuna varılmıştır. Y.9.H.D 4.4.2008, E. 2007/29740, K. 2008/7437 <<http://www.kazanci.com>>. Konuya ilişkin bir başka kararda ise Yargıtay haklı olarak "davacının, davalı şirketin müdürü olarak şirketi her konuda münferiden temsil ve ilzam etmek üzere yetkili olduğu ticaret sicil kayıtlarından anlaşılmaktadır. Ticaret sicil kayıtlarındaki bu tescil karşısında davalı şirket ile davacı arasında düzenlenecek sözleşme ile bu yetkinin bölünmesi üçüncü kişileri bağlamayacağından davacının işveren vekili sayılması gerekir. Bu nedenle iş güvencesi kapsamı dışında kaldığı" sonucuna varmıştır.

⁷⁹ Y.22.HD. 27.10.2011, E. 2011/2040, K. 2011/3480 <<http://www.kazanci.com>>. Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararına göre "davacının, davalı şirkette "Başkan ve kıdemli ortak unvanı ile görev yapan işveren vekili konumundaki kişiye bağlı olarak Eğitim Bölüm Başkanı unvanı ile çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacının belirtilen unvan ile görev yaptığı sabit olduğuna göre ortak olup olmamasının uyuşmazlığın çözümü bakımından bir önemi yoktur. Davacı fesih tarihi itibari ile işveren vekili yardımcısı olduğundan iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz." <<http://www.kazanci.com>>.

⁸⁰ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s. 6; Mollamahmutoğlu, s. 880; Çelik, İş Hukuku, s. 221; Süzek, s. 571; Başterzi, s. 640. Aynı şekilde Yargıtay'da bu iki unsur birlikte değerlendirilerek işveren vekilinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanıp faydalanamayacağı sonucuna varılmaktadır. Bkz. Y9. HD. 26.5.2008, E.2007/35929, K.2008/12484.

lerinden yararlanır.⁸¹ Aynı şekilde, işyerinin bütününi yönetmeyen ancak işçi alma ve işten çıkarma yetkisine sahip olan insan kaynakları veya personel müdürü de iş güvencesi hükümlerinden yararlanır.⁸² Bu doğrultuda Yargıtay bir kararında haklı olarak “davacının işletme düzeyindeki davalı işverenin Sakarya işyerinde Depo ve Lojistik Müdürü olarak görev yaptığı, görev tanımına göre doğrudan Genel Müdüre rapor sunduğu, Bölüm şefleri dışında diğer işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı bulunduğu işyerini sevk ve idare etme görevi yanında, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisine de sahiptir. Davacı işveren vekili konumundadır. İş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz”⁸³ şeklinde karar vermiştir.

İşveren vekilinin bu yetkilere sahip olup olmadığı konusunda ise kanımızca fesih anının dikkate alınması gerekmektedir. Bu halde iş akdinin feshedildiğine dair bildirim yapıldığı tarihte yukarıda belirtilen özellikleri taşımayan işveren vekili iş güvencesi hükümlerinden yararlanmalıdır.⁸⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki, işverenin sırf işçiyi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmamak amacıyla işçiye m. 18/son’da ki yetkileri verip sonra da iş sözleşmesini feshetmesi halinde işverenin kötüniyeti korunmayarak işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmalıdır.⁸⁵

Bu hüküm doktrinde ve yargı kararlarında yukarıda belirtildiği şekilde yorumlanmakla birlikte hükmün emrediciliği açısından öncelikle lafsızına bakıldığı zaman m. 18/son daki yetkilere sahip işveren vekilinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı “uygulanmaz” kelimesi ile ifade edilmiştir. Ancak daha önce ifade ettiğimiz gibi normun lafzı yasaklayıcı bir ifade içermesine rağmen bu her zaman o normun mutlak emredici olduğu anlamına gelmeyeceği için hükmün emredici olup olmadığını belirlerken konuluş amacının dikkate alınması gerekmektedir.⁸⁶ *İşveren vekilinin iş güvencesi kapsamı dışında kalmasını sağlayan bu hüküm aslında işveren vekilinin işverenle pazarlık*

⁸¹ Mollamahmutoğlu, s.880-881; Süzek, s. 571; Centel, s. 51.

⁸² Y.9.HD. 2.3.2009, E. 2008/16621, K. 2009/5561.

⁸³ Y.9.HD. 25.05.2008, E. 2007/35929, K. 2008/12484.

⁸⁴ Seracettin Göktaş, “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, 2009/1, S. 20, 61-73, s. 65

⁸⁵ Göktaş, İşveren Vekilinin İş Güvencesi, s. 65.

⁸⁶ Bkz. yukarıdaki dpn. 21.

imkânına sahip olması ve diğer işçiler gibi güçsüz konumda olmaması esasına dayanır. Ayrıca, bu hüküm işverenle çok yakın çalışan işveren vekilinin bir anlaşmazlık veya güvensizlik durumunda geçerli bir neden olmaksızın işten çıkarılmasını sağladığı için işvereni koruma amacı taşımaktadır.⁸⁷ Buna karşılık, işveren vekili de diğer işçiler gibi işverene bağımlıdır ve başlıca geçim kaynağı ücrettir.⁸⁸

Yukarıda diğer koşullarla ilgili yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere öğreti ve Yargıtay'ın genel kabulü İş Kanunu m. 18'de yer alan iş güvencesine ilişkin koşulların nispi emredici olduğudur; çünkü bunların mutlak emredici sayılması halinde iş güvencesi ile ulaşılmak istenen amaçtan ayrı düşülecektir. Bu halde, iş sözleşmesinde yönetim hakkına sahip olan işverenin, bu hakkını sınırlayarak işveren vekiline iş güvencesi hükümlerinden faydalanma imkânı sağlaması halinde, artık kanunun işvereni korumasının bir gereği kalmadığı görüşündeyiz.⁸⁹ Nitekim İş Kanunu m. 2/6'da da işveren vekilliğinin işçilere tanıyan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmayacağı ifade edilmişken ve Kılıçoğlu'nun belirttiği üzere "*iş güvencesi de bir işçi hakkı olduğuna göre özünde bir işçi olan işveren vekilinden bu hak neden sakınılsın?*"⁹⁰

5. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışma

İş Kanunu m.18/1 uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için çalışmasını dayandırdığı iş sözleşmesinin "*belirsiz süreli iş sözleşmesi*" olması gerekmektedir. İş güvencesi kapsamına girebilme açısından işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışması yeterli olup, işçinin tam veya kısmi süreli çalışmasının bir önemi bulunmamaktadır.⁹¹ Aynı şekilde, mevsimlik iş sözleşmeleri de ardı ardına tekrarlanmaları halinde belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilip işçiler iş güvencesinden yararlanabilmektedirler.⁹² Zira, Yargıtay mevsimlik işlerde belirli süreli iş sözleşmesinin tek bir mev-

⁸⁷ Sarıbay, s.78.

⁸⁸ Göktaş, İşveren Vekilinin İş Güvencesi, s. 61.

⁸⁹ Sarıbay, s. 79.

⁹⁰ Mustafa Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması, 2. Bası, Ankara 2013, s. 201.

⁹¹ Mollamahmutoğlu, s. 882.

⁹² Mollamahmutoğlu, s. 881-882; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 186; Göktaş, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 22.

sim için yapılabileceğini kabul etmekte olup, mevsimlik işin her yıl yenilenmesi halinde ise, bunun belirsiz süreli iş akdine dönüşeceğini ve işçinin mevsim başında işe çağrılmaması halinde iş sözleşmesinin sona erdirildiği ve böylelikle iş güvencesi hükümlerinden faydalanabileceğini kabul etmektedir.⁹³

Bu halde, madde 18/1 hükmü uyarınca belirli süreli iş sözleşmelerinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Nitekim iş güvencesine ilişkin hükümlere esas olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi de, iş güvencesinin uygulama alanı dışında bırakılabilecek konuları düzenlerken, *“belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin”* iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılabileceğini ifade etmiştir.

Uygulamada bazı işverenlerin iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecekleri öngörülmüş ve bu sebeple İş Kanunu m. 11/1 uyarınca belirli süreli sözleşme yapma olanağı *objektif koşullara* bağlanmış olup tarafların keyfi bir şekilde belirli süreli iş sözleşmesi yaparak işçiyi iş güvencesi dışında bırakmalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır.⁹⁴ Ayrıca İK m. 11/2 uyarınca da esaslı bir neden olmadıkça zincirleme iş sözleşmesi yapılamayacağı, yapılması halinde bunun baştan itibaren belirsiz süreli sayılacağı düzenlenmiştir.⁹⁵ Ancak, 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu uyarınca özel okul öğretmenleriyle belirli süreli iş sözleşmesi yapılması zorunlu olduğu için, bu kişilerle zincirleme olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılması halinde dahi, kanundan doğan objektif bir neden bulunduğundan, sözleşmelerin belirsiz süreliye dönüşüp bu kişilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları söz konusu değildir.⁹⁶

⁹³ Y.9. HD. 10.1.2005, E. 2004/21961, K. 2005/110.

⁹⁴ Süzek, s. 572; Başterzi, s.642-643.

⁹⁵ Yargıtay'ın da kararları bu yöndedir. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir davada; özel okulda çalışan bir hizmetli, iki defa belirli süreli iş sözleşmesi çalıştırılmıştır. Ancak, hizmetlinin yaptığı işin mahiyeti ve konumu dikkate alındığında belirli süreli hizmet akdi ile çalışmasını gerektirir bir neden bulunmamıştır. Bu sebeple devamlılık arz eden ve özel bir bilgi ya da yetenek gerektirmeyen temizlik işlerinde hizmet akdinin belirsiz süreli olduğuna karar vermiştir. Y.9.DH. 18.02.2004, E. 2003/12750, K. 2004/2701.

⁹⁶ Mollamahmutoğlu, s. 875; Sarıbay, s. 45; Y.9.HD. 22.1. 2004, E. 2003/23775, K. 2004/948.

Öğretide belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacakları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesi, sürenin dolmasına kadar feshedilemeyeceği için, güvenceli bir istihdam türü olarak görünmektedir. Ancak burada söz konusu olan güvenceli olma görünüştedir; çünkü belirli süreli sözleşmenin süresi dolduğunda, işçi işsiz kalma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bu sebeple belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların iş güvencesi hükümleri dışında tutulması eşitsizlik yaratabilecektir.⁹⁷

Bir diğer görüşe göre ise iş güvencesi kapsamında kabul edilecek işçinin, belirsiz süreli sözleşme ile çalışıyor olması zorunluluğu m. 18'de yer alan iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilme koşullarından mutlak emredici olarak kabul edilebilecek tek koşuldur. Nitekim iş güvencesi işçi yararına olsa dahi, belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilerin iş güvencesi kapsamında değerlendirilmesi halinde işveren geçerli bir sebep göstermeksizin iş sözleşmesini feshettiğinde işçi işe iade davası açıp işe iade edilebilecektir. Ancak, belirli süreli sözleşmelerin doğası gereği, sözleşmenin devamı asıl olmayıp sözleşmenin süresi boyunca işveren işçiye bu yönde bir taahhütte bulunmamaktadır. Bu anlamda iş güvencesi hükümlerinin belirli süreli sözleşmelere de uygulanması belirli süreli sözleşmenin doğasına aykırı olacaktır.⁹⁸

İşveren belirli süreli iş sözleşmesinde haklı bir sebep olmaksızın işçiyi işten çıkarırsa işçi haksız fesih hükümleri uyarınca işverene karşı dava açabilme hakkına sahiptir. Çünkü İş Kanunu m. 24 ve 25'te yer alan haklı nedenler belirli veya belirsiz iş sözleşmesi ayrımı yapılmaksızın bütün iş sözleşmelerine uygulanır.⁹⁹ Buna istinaden, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi ya sürenin sonunda kendiliğinden sona erecektir¹⁰⁰ ya da İş Kanunu uyarınca haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde işveren tarafından feshedilebilecektir. İşverenin sözleşmeyi haklı sebebin bulunmadığı bir durumda feshetmesi durumunda ise

⁹⁷ Soyer, s. 29.

⁹⁸ Sarıbay, s. 78.

⁹⁹ Süzek, s. 723.

¹⁰⁰ TBK. m.430/1 uyarınca "Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminden kendiliğinden sona erer."

TBK m. 438/1 uyarınca “ İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, [...] belirli süreli sözleşmelerde, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir.” Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca da “*Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.*”

Başka bir deyişle, yukarıdaki madde uyarınca belirli süreli hizmet akdinin haklı sebep olmaksızın feshi halinde, işçi sözleşme süresine uyulmuş olsaydı ne kadar ücrete hak kazanacak idiye o miktarı tazminat olarak talep edebilecektir. Aynı şekilde eğer şartlar oluşmuş ise işçi halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu m.14 uyarınca haksız fesih halinde kıdem tazminatına da hak kazanacaktır. Zira bu Kanun kıdem tazminatına hak kazanma açısından belirli-belirsiz sözleşme ayrımı yapmamıştır.¹⁰¹

Kanaatimizce belirli süreli iş sözleşmesinin feshine bağlanan yukarıda belirtilen sonuçların yanı sıra bu sözleşme türü ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak olmalarının özünde yatan asıl neden İş Kanunu m. 17'dir. Zira bu madde uyarınca sadece belirsiz süreli iş akdi ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde ihbar öneli verilir. Buna bağlı olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıp iş güvencesinin diğer koşullarını sağlayan işçinin işten geçerli nedenle çıkarılması halinde m. 17 uyarınca ihbar öneli vermek gerekmektedir. Ancak belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından böyle bir ihbar öneli söz konusu olmadığından bu tür bir sözleşme ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi için öngörülmüş şartlar ve bu sözleşmenin haksız feshine bağlanan sonuçlar ve özellikle m. 17 göz önünde bulundurulduğunda belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin iş güvencesi kapsamı dışında bırakılması yerindedir. Bu sebeplerle belirli süreli iş sözleşmesinin feshi halinde işçinin iş güvencesinden yararlanacağına dair hükümlerin bu sözleş-

¹⁰¹ Süzek, s. 730.

me türünün doğasına aykırı düşeceği görüşündeyiz. Nitekim Yargıtay tarafından da belirli süreli sözleşme ile çalıştığı tespit edilen işçinin, iş güvencesi kapsamında işe iade davası hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı yönünde kararlar verilmiştir.¹⁰²

V. Sonuç

Çalışmamızda İş Kanunu m. 18' de öngörülen İş Güvencesi koşullarını ve özellikle bu koşulların İş Hukukunda yapılan en önemli ayrımlardan mutlak emredici norm-nispi emredici norm ayrımında nerede yer aldığını incelemeye çalıştık. Buna istinaden temelinde 158 Sayılı ILO Sözleşmesi yatan iş güvencesi koşullarına ilişkin 18. maddenin özellikle kapsam ve otuz işçi ölçütü açısından adil bir çözüm getirmediği ve 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ile bağdaşmadığı söylenebilir.

İş güvencesi kapsamının nispeten dar tutulması karşısında, iş güvencesinin daha geniş bir tabakaya yayılmasına ilişkin görüş ve düşünceler ağırlık kazanmaktadır. Bu anlamda, iş güvencesine ilişkin hükümlerin emredici olmakla birlikte bu emrediciliğin nispi olduğu ve dolayısıyla bunların aksinin işçi lehine kararlaştırılması halinde geçerlilik kazanacakları kabul edilmektedir.

Nitekim doktrin tarafından iş güvencesi koşullarının genel olarak -iş güvencesinin doğasına aykırı olabilecek "belirli süreli sözleşme" durumu dışında- nispi emredici olduğu belirtilmektedir. İş güvencesi koşullarının "nispi emredici" olduğuna dair husus Yargıtay kararları ile de desteklenip, bu koşulların taraflarca anlaşarak her zaman işçi lehine kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir.

Bu halde, işçi sendikalarına önemli bir rol düştüğü aşikârdır. Zira onlar, yapacakları toplu iş sözleşmesiyle, işçi yararına olmak üzere, iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçilerin, iş güvencesinin sağladığı koruma şemsiyesi altına alınmalarını hukuken gerçekleştirebilirler.

¹⁰² Y.9.HD. 20.11.2003, E. 2003/19338, K. 2003/19593 < <http://www.kazanci.com>>.

Kaynakça

- Aktay Nizamettin/ Arıcı Kadir/ Senyen-Kaplan Tuncay, İş Hukuku, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013.
- Akyiğit Ercan, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010.
- Centel Tankut, İş Güvencesi, İstanbul 2013.
- Çelik Nuri, İş Güvencesi, İstanbul 2003. (İş Güvencesi)
- Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2009. (İş Hukuku)
- Doğan Yenisey Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.
- Ekonomi Münir, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1987. (İş Hukuku)
- Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulama Alanı, Ankara 2009.
- Kılıçoğlu Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması, 2. Bası, Ankara 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlemi Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.
- Mollamahmutoglu Hamdi, İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012.
- Sarıbay Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Sonuçları, İstanbul 2007.
- Süzek Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976. (Fesih Hakkı)
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2013.
- Ulucan Devrim, İş Güvencesi, 2. Bası, İstanbul 2003.
- Alp Mustafa, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi 2006", Ankara 2009, 133-177. (Değerlendirme 2006)
- Alp Mustafa, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", *DEÜHFD*, 2003, S. 1, 1-40. (Feshe Karşı)
- Başterzi Süleyman, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdam Etkisi", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 623-651.
- Çelik Nuri, "İşçinin Feshe Karşı Korunması", Ord. Prof. Reşat Kaynar'a Armağan, İTİA Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını, İstanbul 1981, 42-63. (İşçinin Feshe Karşı Korunması)
- Doğan Yenisey Kübra, "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 33-82. (Sosyal Kamu Düzeni)
- Ekonomi Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşv., Mart 2003, 1-40. (İş Güvencesi)
- Ekonomi Münir, "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İş Kanunu Toplantı Dizisi", I, Tüsiad, İstanbul 2005, 16-60. (Hizmet Akdinin Feshi)
- Eyrenci Öner, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir De-

- ğerlendirme", *İHSGHD*, 1, Ocak-Mart 2004, 15-56.
- Göktaş Seracettin, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2008, S.1, 16-43. (İş Sözleşmesinin Feshi)
- Göktaş Seracettin, "İşveren Vekilinin İş Güvencesi", *Çalışma ve Toplum*, 2009/1, S. 20, 61-73. (İşveren Vekilinin İş Güvencesi)
- Günay İlhan Cevdet, "Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 623-651.
- Özdemir Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", *AÜHFHD*, 2005, S.3, 95-120.
- Soyer M. Polat, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları", *Legal*, İstanbul 2005, 27-69.
- Taşkent Savaş, "Otuz İşçi Ölçütü ve Yurtdışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu", Prof. Dr.
- Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 715-724.
- Ulaş Baysal, "İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *İHSGHD*, 2011, S. 32, 1321-1337.
- Ulucan Devrim, "Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına
- Armağan, Cilt 2, İstanbul 1982, 183-198. (Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi)
- Yıldız Gaye Burcu, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emrediciliği", *Legal İHSGHD*, S. 11, 2006, 901-911.