

**İŞÇİNİN ÖLÜMÜNÜN İŞ GÜVENCESİ UYUŞMAZLIĞINA ETKİSİ**  
**(Karar İncelemesi)**

**Prof.Dr. Ercan AKYİĞİT**

SAÜ. İ.İ.B.F. Öğretim Üyesi

**I. ÖZET:** İş sözleşmesi işverence feshedilen işçinin yasal süresinde iş mahkemesinde feshe itirazı üzerine dava sürerken ölmesi halinde davanın tümünden reddine gidilmemelidir.İşe iade ve boştaki süre ücretiyle iş güvencesi tazminatı kalemlerinin reddine ve fakat yargılama masraflarının kime yükleneceği bağlamında feshin geçersiz olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir..

**II. YARGITAY KARARI:** Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan davalı işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile iş iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur. Davalı işveren, iş kadro fazlalığı nedeniyle işçi çıkarmak zorunda kaldıklarını, davacının emekliliğe hak kazanması nedeniyle iş feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece, davacının yargılama sırasında ölmesi nedeniyle işe iade konusunda karar verilmesine yer olmadığına ve boşta geçen süre ücreti ile ilgili talebin reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 21.maddesine göre mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçi kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Buna göre işçinin işe başlatmama

**Kamu-İş; C:9, S:4/2008**

tazminatı ile çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklara hak kazanması için kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. Aksi halde, işverence yapılmış olan fesih geçerli hale gelir. Somut olayda davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olduğuna göre işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir. Bu nedenle, ölen işçinin mirasçıları yönünden boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer hakların belirlenmesine yönelik talebin reddine karar verilmiş olması isabetlidir.

Ancak, işe iade davaları niteliği itibariyle tespit davası olduğundan ve mirasçılar yönünden feshin geçersizliğine karar verilmesinde hukuki yarar bulunduğundan feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekir. Ayrıca, asıl talep feshin geçersizliği olduğuna göre yargılama gideri ve vekalet ücreti yönünden feshin geçersizliğine karar verildiğinde, dava kabul edilmiş gibi hüküm kurulmalıdır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanununun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

**HÜKÜM:**

Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1-) İskenderun İş Mahkemesinin 23.5.2006 gün ve 2439-316 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2-) İşverence yapılan feshin geçersizliğine,

3-) Davacının yargılama sırasında ölmesi nedeni ile konusuz kalan işe iade ve işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklar hakkında karar verilmesine yer olmadığına,

4-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

5-) Asıl talep olan feshin geçersizliğine karar verildiğinden, kendisini vekille temsil ettiren davacılar vekili yararına karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 40.YTL vekalet ücretinin davalıdan tahsiline,

6-) Davacılar tarafından yapılan (79.40) YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacılara verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7-) Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak,oybirliğiyle 30.10.2006 tarihinde karar verildi.(9 HD.30.10.2006-19624/28700)

**III. KARARIN İNCELENMESİ:** Kararın incelenmesi şöylece sunulabilir.

Yargıtay (9.HD.) kararından anlaşıldığı kadarıyla inceleyeceğimiz karara konu olay;iş yasal (İşK.18-21) iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi ve bunun üzerine ilgili işçinin yasal sürede iş mahkemesine itirazda bulunup yargılama sürerken ölmesi olgusunun iş güvencesi yargılamasına etkisinin ne olacağı noktasında odaklanmaktadır. Karardan edinilen bilgilere göre, böyle bir durumda yerel iş mahkemesi ilgili işçinin ölümünü dikkate alarak “işe iade konusunda karar verilmesine yer olmadığına” ve “boşta geçen süre ücreti ile ilgili ücret ve sosyal haklar ile ilgili talebin reddine karar vermiştir.

Yerel mahkemenin bu kararının temyizi üzerine soruna eğilen Yargıtay (9.HD.) ise; Yargılama sırasında ilgili işçinin ölümü halinde, (feshin geçersizliği kararının tebliği üzerine 10 işgünü içinde) işe başlatılmak üzere işverene başvuru koşulu sağlanamayacağından işe iadeye karar verilemeyeceğini,bu yönden yerel mahkeme kararının isabetli bulunduğunu belirtmiştir. Keza Yargıtay, yerel mahkemenin ancak söz konusu başvuru üzerine yaşanabilecek boştaki süre ücretiyle bu evreye ait sosyal hak vs.nin de reddine dair kararının da isabetli olduğu kanısındadır. Ancak Yargıtay, yargılama giderlerinin ve vekalet ücretinin kime yükleneceği konusunun yargılamaya devam edilerek feshin geçerli mi yoksa geçersiz mi olduğunun tespitine bağlı bulunduğunu, bu yüzden de yargılamaya devam edilerek öncelikle somut olaydaki feshin iş güvencesi bağlamında geçerli olup olmadığının tespit edilmesi ve sonucuna göre de yargılama masraflarıyla vekalet ücretinin taraflardan birine yüklenmesine karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. İşte bu son noktada Yargıtay yerel mahkemeden ayrılmaktadır.

Neticede sorun, yukarıda da belirtildiği gibi yargılama sırasında işçinin ölümünün iş güvencesi yargılamasına etkisinin ne olacağı

noktasında düğümlenmektedir. Biz de problemi bu yönüyle ele almaya çalışacağız.Ancak konunun daha iyi anlaşılacağına hizmet edeceği inancıyla kısaca iş güvencesi hakkında bilgi vermek gerekecektir. Buna göre;

1- Konumuzla ilgisi nedeniyle “iş güvencesi”ne gelince, bilindiği üzere çalışma yaşamının yaşamsal öneme sahip konularından birini “iş güvencesi” oluşturur. Aslında iş güvencesi bir kimsenin işe girme konusunda sahip olduğu garantiyi ve bunun yanında işe girdikten sonra iş koşullarının işverence keyfi biçimde değiştirimini önleyecek mekanizma ile onun hizmet sözleşmesinin işverence keyfi olarak feshine karşı getirilen güvenceyi yani bir güvenceler yumağını anlatır.<sup>1</sup> Ancak bu geniş anlamda iş güvencesi tanımı olup sistemimizde işe giriş konusunda kimseye güvence tanınmamıştır. Özürlü ve eski hükümlü (İşK.30) ile askerlik ve yasal ödev nedeniyle ayrılanların işe alınması (İşK.31) ve işyeri hekimi (İşK.81) ile iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümü (İşK.82) ve sendika yöneticiliği sona erenlerin yeniden işe alınması (SenK.29) gibi hükümlerin de ilgili kimselere gerçek anlamda bir işe girme garantisi getirdiğini söylemek zordur. Zira bunların bir kısmında işveren anılan yükümünü yerine getirmediğinde ilgiliye bir miktar tazminat ödeyerek olayı geçiştirebilmekte (İşK.30/8, 31/son) diğerlerindeyse böyle bir tazminat ödeme yükümü dahi bulunmamaktadır.

Çalışırken iş koşullarının işverence tek taraflı olarak değiştirilmesine karşı güvenceye gelince; Esaslı (önemli) değişiklikler bakımından böyle bir güvencenin getirildiği görülmektedir. (İşK. 22) Fakat işçinin onaylamadığı bir esaslı “değişiklik önerisinin işçiyi bağlamamasının” neyi anlattığı pek de netlik içinde belirtilmemiştir.<sup>2</sup>

İşverence yapılan keyfi fesihlere karşı güvence boyutuna gelince; 1475 sy. İşK.’nun ilk döneminde (4773 sy. Kanunla yapılan değişikliğe kadar) yalnızca işyeri sendika temsilcilerinin sözleşmesinin işverence feshi bakımından bir güvence mevcuttu. (Sen K.30’un 4773 sy. Kanuna

<sup>1</sup> Fazla bilgi için bkz. **Akviğit**, İş Hukuku 222 vd. **A. Bilgili**, İş Güvencesi Hukuku (İşe lade Davaları) Adana 2004, 1 vd. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, 548 vd. **Akviğit**, İşK.18-21, 776 vd. **Cankaya/Günay/Göktaş**, Türk İş Hukukunda İşe lade Davaları, Ankara 2005, 37 vd. **B.Kar**, İş Güvencesi Kavramı, Legal İSGHD, 2005/6, 559-569. **A. Güzel**, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, (İş Hukuku ve Sos. Güv. Huk.’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı) İstanbul 2004, 15-146. **İ. Tepecik**, İş Güvencesine İlişkin Uygulama Sorunları ve Yargı Kararları (Aynı Eser), 149-168. **Akviğit**, Türk Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007 ve orada anılanlar.Bu konuda bkz. **Akviğit**, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007, 152 vd., **B.Kar**, İş Güvencesi Kavramı, Legal İSGHD.2005/6,559. **İ.Ağer**, Türk Çalışma Yaşamında İş Güvencesi, Ankara 2006, 3-4. Ayrıca bkz. **F.Demir**, İş Güvencesi Hukuku, 2.Basım, İzmir 1999, 1 vd. 67.

<sup>2</sup> Bkz. **Akviğit**, İş Güvencesi, 89-90, **Akviğit**, İş Hukuku, 205-206.

kadarki metni) Onun dışındaki işçilere kanunen bu çerçevede bir güvence verilmemişti fakat bu alandaki boşluğun sözleşmelerle, özellikle de toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılan düzenlemelerle doldurulmaya çalışıldığı görülmekteydi. Cezai şart ve işe iade yolları buna örnekti fakat Yargıtay, sözleşmeyle getirilen işe iade imkanına geçerlilik tanııyordu. Oysa 1475 sy. İşK.13 çerçevesindeki fesihler (önelli fesih ve peşin parayla fesih) de keyfiligi önleyici bir güvenceye ihtiyaç vardı ve bunun için çeşitli dönemlerde yasa tasarıları hazırlanmışsa da bir türlü yasa halini alamamıştı. Daha sonra birazda çeşitli nedenlerle Bakanlığında insiyatifi ile 09.08.2002 de kabul edilen 4773 sayılı kanunla 1475 sy. İşK.24'de değişiklikler yapılarak ilk defa geniş kapsamlı bir iş güvencesi getirilmişti. Ama bu hükümlerin hemen yürürlüğe girmesi istenmeyip 15.03.2003'den itibaren yürürlük kazanacağı belirtilmiş ve ayrıca sendika işyeri temsilcilerinin güvencesinde bir kötüleşmeye yol açmıştı. Fakat henüz 15.03.2003 gelmeden 4773 sy. Kanunla getirilen hükümlerin yürürlüğe girişini engelleyip erteleleyen bir yasa tasarısı TBMM'nde kabul edilip Cumhurbaşkanının onayına sunulmuşsa da Cumhurbaşkanının onayı reddetmesi üzerine TBMM ve Hükümet buna direnmemiş ve iş güvencesi hükümleri 15.03.2003'den itibaren yürürlüğe girmiştir. Fakat bu durum fazla sürmemiş ve nihayet 22.05.2003'de kabul edilip de 10.06.2003'den itibaren yürürlüğe giren 4857 sy. İş Kanunu ile 4773 sy. Kanunun getirdiği güvenceden kimi yönleriyle farklı bir iş güvencesi getirilmiş olup halen yürürlükte olan da budur. (İşK.18-21)<sup>3</sup>

İşte incelemeye çalıştığımız somut olayda işçinin dava açarak gündeme getirdiği de "feshe karşı güvence" olarak niteleyeceğimiz bu güvence (hükümleri) dir. Bu bağlamda denebilir ki; Hizmet sözleşmesinin sona ermesinin doğurabileceği sonuçlardan birisi de iş güvencesinin işlerlik kazanmasıdır ama bu, her sözleşmede değil şu özellikleri taşıyan sözleşmelerde gündeme gelebilir.

A- Belli Sayıda İşçi Çalıştıran Bir İşyeri Bulunmalıdır; Güvenceden yararlanabilmek için o işyerinde 30'dan (Tarım ve ormanda 51'den) az işçi çalıştırılmaması gerekir. Eğer işverenin tek işyeri varsa, bu işyerindeki işçi sayısının 30 (Tarım ve ormanda 51) dan az olmaması zorunludur. Fakat işverenin aynı işkolunda birden çok işyeri varsa, 30 (tarım ve ormanda 51) işçinin hesabında bu işyerlerindeki toplam işçi sayısı baz alınır (İşK.18/4). Örneğin, işveren (A)'nın Adana'da 10, Denizli'de 13 ve Eskişehir'de 8 işçinin çalıştığı üç ayrı dokuma fabrikası veya gıda marketi olsun. Bu işyerlerinin üçü de

<sup>3</sup> **Akıgüt**, İş Güvencesi, 153.

## Kamu-İş; C:9, S:4/2008

aynı (dokuma veya gıda) işkolunda faaliyet gösterdiğinden bunların tümündeki toplam işçi sayısı 30'u aştığından bu işyerlerinden her birinde çalışan işçiler işgüvencesinden yararlanabilir.<sup>4</sup> Yalnız işverenin yurtdışındaki işyerlerinde çalışan işçilerin(eğer oraya geçici olarak gönderilmemişlerse) hesaba katılmamaları gerekir.<sup>5</sup> Bu yüzdendir ki Yargıtay'ın aksi yöndeki kararlarına katılmıyoruz. (Krş. 9.HD.03.07.2006-9818/19560;12.02.2007-32297/3272)Buna karşın, bu işyerlerinin her biri farklı işkollarında (örneğin biri gıda, diğeri metal ve öbürü inşaat işkolu gibi) olsaydı, her bir işyerindeki işçi sayısı tek başına 30 veya daha fazla ise iş güvencesi uygulanabilir.

İşyerindeki işçi sayısına sadece işçiler katılır. Memur/sözleşmeli personel, çırak ve stajyer gibi işçilik dışı bir statüyle orada faaliyet gösterenler katılmaz. Ayrıca hesaba katılacak işçi, hukuken oranın işçisidir ve bu nitelikten yoksun olan ödünç alınan işçilerin yasal ödünç süresi içindeyken ödünç alanın işyerindeki işçi sayısında dikkate alınmaması gerekir. Bu evrede o, ödünç verenin işçisi olarak ödünç verenin işyerindeki işçi sayısına katılır. Ancak yasal azami ödünç süresinin tüm tarafların ortak iradesiyle aşılması halinde ödünç ortadan kalkacağından artık sözde ödünç alanın işçisi olarak hesaba katılması icap edecektir.

Güvenceden yararlanmak için aranan en az 30 (Tarımda en az 51) işçi koşulunun (mutlak emredici olmadığından) sözleşmelerle daha aşağıya çekilerek daha az sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde de iş güvencesine işlerlik kazandırımı geçerlidir.<sup>6</sup> Ancak tarım/orman işyerlerindeki "50'den çok" (en az 51) işçi çalıştırma olgusunda, daha az sayıdaki işyerlerinde de iş güvencesi uygulanacağına dair sözleşme geçerliyse de, bu tutum, anılan işyerlerinde İşK.'nin tüm kurallarının uygulanacağı anlamını vermez. Yani 51'den az işçiye sahip o işyerlerini İşK. Kapsamına sokmayıp, sadece İşK.'nin iş güvencesi hükümlerinin sözleşmesel olarak burada da uygulanacağını gösterir.<sup>7</sup> İncelemeye

<sup>4</sup> Yargıtay'a göre de; "... otuz veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerleri kavramının 4857 sayılı İş Kanun'unun 18/IV maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Buna göre işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenmelidir". (9 HD. 10.11.2003, 18919/18913).

<sup>5</sup> Bu anlamı verecek tarzda bkz. **Zwanziger / Altmann / Schnependahl**, KSchG. & 23Rn. 6. **Tuncay**, Sicil / Hzn 2007, 75 vd. **Odaman**, Sicil / Hzn 2007, 82-86. Krş. **Aygül / Uşan**, LegalYKİ. 2007/3, 75-93.

<sup>6</sup> 9. HD. 26.05.2005-12317/19404. **Akviğit**, İş Güvencesi, 212-214. GB. **Yıldız**, İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nisbi Emredici Niteliği, Legal İSGHD. 2006/11, 901-911. **Sahlanan** İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emredici Niteliği, TİD. Tmz. 2006/2-4.

<sup>7</sup> **Akviğit**, İş Güvencesi, 213 vd.

çalıştığımız Yargıtay kararına konu olayda iş güvencesi için aranan asgari işçi sayısı tartışılmadığına göre, bu koşulun gerçekleştiği söylenebilir.

Bu arada belirtilsin ki, 4773 sy Kanunla, iş güvencesi uygulanacak işyerlerindeki işçi sayısı 30 değil “en az 10” olarak belirlenmiş ve 4857 sy. İş K.’nun yürürlüğe girdiği 10.06.2003’e dek böylece uygulanmıştı. Fakat 4857 sy. İşK. Sayıyı arttırarak iş güvencesinin uygulanmasını zorlaştırmıştır. Aslında bu yönde bir eğilimin Alman hukukunda da yaşandığını söyleyebiliriz. Öyle ki, önceden en az 10 işçinin çalıştığı işyerlerinde güvence uygulanırken bu sayı daha sonra en az 5 işçi olarak belirlenmişti. Sonrasındaysa (ve halen) tekrar en az 10 işçiye çıkarılmıştır. Öyle ki ilk kısım hükümleri (& 4-7 ve 13/1 dışında) düzenli olarak 5 veya daha az işçi çalıştıran işyerlerinde geçerli değildir.<sup>8</sup> İçinde kural olarak 10 veya daha az işçi çalıştıran işyerlerinde de birinci kısım hükümleri bazı istisnalarla uygulanır ama işe 31.12.2003’den sonra giren işçiler bakımından geçerli değildir. Zira 01.01.2004’de yürürlüğe giren “İş piyasasında Reform Kanunu” ile böyle bir değişiklik yapılmıştır.

Buna karşın yasanın tüm hükümleri 01.01.2004’den itibaren 10 veya daha çok işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanacaktır.<sup>9</sup> Böylece Feshe Karşı Koruma Yasası çerçevesindeki güvenceden yararlanmanın “5 işçiden fazla” değil “10 dan fazla” işçi çalıştırılan işyerlerine yöneltildiğinden söz edilir.<sup>10</sup>

B-İlgili İşçi Belirsiz Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışmalıdır: İş güvencesi yalnızca belirsiz süreli sözleşmelerde uygulanır belirli süreli sözleşmelerde uygulanmaz.<sup>11</sup> Ama belirsiz sürelilik gerçekleştikten sonra bu sözleşmenin tam veya kısmi süreli yahut çağrı üzerine çalışmayı öngörmesi farklılığa yol açmaz. Kısaca hatırlatırsak, belirsiz süreli sözleşme, ya baştan belirsiz süreli yapılan ya da belirli süresi geçersiz olan veya birden çok zincirleme nedeniyle belirli sürelilikten belirsiz süreliliğe dönüşen sözleşmelerdir.<sup>12</sup> İnceleme konumuzu oluşturan

<sup>8</sup> **KSchutz** G. & 23/1, Satz 2

<sup>9</sup> Fazla bilgi için bkz. **Zwanziger/ Altmann / Schneppendahl, Kündigungsschutzgesetz (Basiskommentar)** Frankfurt am Main 2006, & 23 Rn. 7, 14. **Hanau/Adomeit**, 9 Rn.26 ve 245 Rn. 920 vd.

<sup>10</sup> **Hanau/Adomeit**, 9 Rn.26.

<sup>11</sup> 9 HD.31.01.2005-70/2290; 23.12.2004-15758/29260. **Akyiğit**, İş Güvencesi, 218 vd.

<sup>12</sup> 9 HD.10.01.2005-21022/191; 12.01.2005-12486/531.625 sy. ÖÖKK’na tabi sözleşmelerde zincirleme sebebiyle belirsiz süreliye dönüşümün gerçekleşmeyeceği yönünde bkz. 9 HD.24.01.2005-28341/1165. Bu arada 625 sy. ÖÖKK’nun 14.02.2007’den itibaren 08.02.2007 tarih ve 5580 sy. ÖÖKK ile yürürlükten kaldırıldığını ve yeni ÖÖKK’da 625 sayılı ÖÖKK’dan farklılık taşıyan çeşitli hükümlere yer verildiğini belirtelim.

**Kamu-İş; C:9, S:4/2008**

Yargıtay kararına konu olayda bu husus tartışılmadığına göre, bunun da gerçekleştiği kabul edilmek gerekir.

C- İşçi Üst Düzey İşveren Vekili Niteliği Taşımamalıdır; İş güvencesinden yararlanabilecek işçinin sadece diğer koşulları taşıması yetmez. Ayrıca, onun, "işletmenin bütünü yöneten işveren vekili ve yardımcısı" veya "işyerinin bütünü yöneten ve işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili" niteliği taşımaması da zorunludur (İşK.18/son). Bunlar; işletmede genel müdür ve genel müdür yardımcısı iken, işyerinde müdür olarak göze çarpar.

Anılan konumdaki kimselerin (işçi olması mümkünse de) işveren otoritesini çok üst düzeyde temsil etmeleri, onların normal işçiler için getirilen güvenceye ihtiyaç duymadıkları sonucuna götürülebilir.<sup>13</sup> İncelemeye çalıştığımız karara konu olaydaki müteveffa işçi açısından bunun da gerçekleştiğini düşünüyoruz.

D- İşçi Belli Bir Kıdeme Sahip Olmalıdır; İş güvencesinden yararlanacak işçinin, ayrıca en az 6 aylık kıdeme (hizmet süresine) sahip bulunması da şarttır (İşK.18/1). Daha aşağı kıdeme sahip işçiler anılan güvenceden (aksine bir sözleşme yoksa ) yararlanamazlar. Bu 6 aylık kıdem hesaplanırken işçinin o işverenin aynı veya değişik işyerlerinde, fiilen çalışarak veya çalışmış sayılarak (İş K.66) geçirdiği süreler dikkate alınır. (İş K. 18/2,4) Yasada açıklık bulunmamakla birlikte bu sürelerin aynı (tek bir) hizmet sözleşmesiyle geçirilmiş olmasını aramak uygundur.<sup>14</sup>

E- Bu İşçinin Sözleşmesi Geçerli Bir Neden Olmadan İşverence Feshedilmelidir; 30( tarımda 51) veya daha çok işçiye sahip işyerinde belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan bir işçinin sözleşmesinin her sona erişinde değil, sadece geçerli bir neden olmadan işverence feshinde iş güvencesi uygulanabilir. Öyle ki, böylesi niteliğe sahip bir işçinin hizmet sözleşmesini (haklı bir neden yokken) önellere uyararak veya peşin parayla feshetmek isteyen işverenin bu feshi geçerli bir nedene dayandırması ve yazılı fesih beyanında bu sebebi açıkça göstermesi gerekir. Geçerli neden;yasada sayılan haklı nedenler veya haklı sebep derecesine ulaşmayan fakat sözleşmenin bu yüzden işverence feshini

<sup>13</sup> Bkz. **Akyiğit**, İşveren Vekilinin İş Güvencesi, Yargı Dünyası, Eylül 2004, 9-22 ve burada metinleri verilen 9.HD. 03.11.2003, 18017/18601, Bkz. **Akyiğit**, İş Güvencesi, 225 vd. ile orada anılan öğretisi ve yargı kararları.

<sup>14</sup> Fazla bilgi için bkz. **Akyiğit**, İş Güvencesi, 230-248 ve orada anılanlar. Alman hukukundaysa iş güvencesinden yararlanabilecek işçinin aynı işletme veya işyerinde kesintisiz olarak 6 aydan çok kıdeme sahip olması aranır. (KSchutz G & 1/1) Bilgi içinse bkz. **Zwanziger/Altmann/Schippendahl, KSchutz** G. & 1, Rn. vd. **Hanau/Adomeit**, 246 Rn. 924.



makul (mazur) gösteren bir olgudur. Bunun işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından<sup>15</sup> yahut işyeri/işletme ve işin gereklerinden kaynaklanması mümkündür. Örneğin, işyerinin kısmen/tümden kapatımı yahut işyerinde otomasyona geçilmesi işçinin sık sık geç gelip erken işten ayrılması hallerinde böyle bir nedenin bulunduğu söylenebilir. Bazı olguların geçerli neden oluşturmayacağını yasa bizzat belirtmiştir. (İşK.18)<sup>16</sup>

Fesih nedeninin ve dolayısıyla feshin geçerli olup olmayacağı noktasında, işverenin öncelikle işçiyi işletmede tutabilecek başka yolları denemesi ve feshe en son çare olarak başvurması aranır. Bizde yasada açıkça düzenlenmeyen bu nokta öğretide ve uygulamada isabetli biçimde kabul edilmektedir. (Örneğin bkz.9 HD. 13.02.2006-37555/3454).

Geçerli nedenin işçinin davranışı veya verimiyle ilgili olduğu hallerde fesihden önce işçinin bu konudaki savunması da alınmak zorundadır (İş K. 19/2). Bu bir geçerlilik koşulu olup buna uyulmaması feshi geçersiz kılar. (9 HD. 30.12.2004-20194/30074)Ancak fesih nedeni olarak İşK.25/II'ye dayanılan hallerde işçiden savunma almaya gerek yoktur.(9.HD.20.11.2006-22067/30622)

İşte güvencenin işleyebilmesi için, yukarıda dile getirilen özellikleri taşıyan bir işçinin sözleşmesinin işverence, geçerli bir neden olmadan veya geçerli neden olsa da (duruma göre) işçinin savunması alınmadan yahut alınsa bile bu sebep yazılı fesih bildiriminden açıkça belirtilmeden sözleşmenin feshedilmesi gerekir.<sup>17</sup> Sözleşmenin işverence feshi, güvencenin işleyebilmesi için zorunludur ancak uygulamada zaman zaman iş sözleşmesinin kim tarafından feshedildiği noktasında sorunlar da yaşanmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin işverence feshinin gerçekleşmediği hallerde iş güvencesi de gündeme gelmeyecektir.<sup>18</sup> İncelemeye çalıştığımız Yargıtay kararına konu olaya baktığımızda ise hizmet sözleşmesinin işverence feshi olgusunun kabul edildiği görülür.

<sup>15</sup> Bkz. **Odaman**, Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayırımı (K. Turan'a Arm.) Ankara 2003, 587-606. **C.Celik** İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Fesih ve Sonuçları, Ankara 2007, 56 vd. **Akviğit**, İş Güvencesi, 253 vd. ile orada anılan Yargı Kararları ve öğretisi. Alman Hukuku için bkz. **Zwanziger/Altmann/Schippendahl, Kschutz** G. & 1, Rn. 25 vd. **Hanau/Adomeit**, 247 Rn. 926 vd.

<sup>16</sup> Konu hakkında bilgi için bkz. **Akviğit**, İş Güvencesi, 254-257.

<sup>17</sup> Fesih bildiriminin yazılı yapılmaması halinde sırf bu yüzden fesih geçersiz sayılır. (.)HD. 03.02.2005-1084/3101).

<sup>18</sup> **Akviğit**, İş Güvencesi, 249 vd.

**Kamu-İş; C:9, S:4/2008**

F- İlgili İşçi Güvenceyi İşletmelidir; Belirsiz süreli sözleşmesi yukarıda belirtilen olgular içinde feshedilen işçi, fesih beyanının kendisine tebliğ edildiği (bildirildiği),tebliğe gidilmeyen hallerdeyse fesihden haberdar olduğu tarihten itibaren 1 ay içinde bu fesih işlemine karşı itiraz edebilir.<sup>19</sup> İtiraz ya İş Mahkemesine yapılır veya özel bir anlaşmada öngörülmüşse, özel hakeme yapılır. Özel hakem uygulaması mahkemeye götürmenin yanında mı yoksa yerine mi işletileceği konularında bazı sorunlara yol açabilir.<sup>20</sup>

Özel hakem kaydının TİS ile getirimine imkan veren yasal düzenleme 2005 yılında Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş ve iptal kararı (AYM 19.10.2005-66/72) RG'de yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir(RG.24.11.2007).

Eğer işçi bu bir aylık süreyi sessiz geçirirse, itiraz hakkı düşer ve fesih geçerli olur. Zira bu süre bir hak düşürücü süredir. (9.HD.19.02.2007-3415/4391;0912.2004-11325/27373). Ama süresinde itiraz ederse, bu kez işçi itirazında fesih bildiriminde sebep gösterilmediği" veya "gösterilen sebebin geçerli olmadığını" dile getirir (İşK.20/1). Keza bildirim hiç veya yazılı yapılmadığı yahut savunmasının alınmadığını da ileri sürebilir.

Böyle bir durumda işveren, yaptığı feshin geçerli bir nedene dayandığını kanıtlamak zorundadır. Eğer kanıtlayamazsa, feshin geçerli bir fesih olmadığı kabul edilir. İşveren bir neden gösterip de kanıtlayamazsa işçi, feshin aslında başka bir nedene dayandığını iddia edebilir ama bu kez kanıt yükü kendisine düşer.

Mahkeme (veya hakem) itirazı 2 ay içinde karara bağlar. Mahkemece verilen karar temyiz edilebilir ve temyiz halinde de Yargıtay konuyu 1 ay içinde kesin olarak karara bağlar. Ancak tüm yargılamanın 4 ay gibi kesin bir sürede bitmesi, Türk yargı sisteminin şu anki yapısı içinde pek mümkün gözükmemektedir.

Mahkemece (veya hakemce) verilen ve kesinleşen karar iki yönde olabilir. Öyle ki,

<sup>19</sup> Yargıtay'a göre de "...feshin geçersizliğinin ve işe iade isteğinin fesih tarihinden değil, fesih bildirim tarihinden itibaren bir ay içinde dava konusu yapılması gerekir". (9.HD:13.06.2005-14156/20913).

<sup>20</sup> Bu konuda fazla bilgi ve eleştiri için bkz. **Akviçit**, İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi, Yargı Dünyası (Yeni Dönem Tanıtım Sayısı) Eylül 2004, 53-68 veya Tühis Ağustos/Kasım 2004,106-123 ve orada anılan 9.HD. 22.03.2004, 5846/5621. Keza bkz. **Akviçit**, İş Güvencesi, 277 vd.

1- Feshin geçerliliğine karar verilmişse, işçi sadece (varsa) kıdem tazminatı, vs. gibi alacaklarını alabilir ama artık işi kaybetmiştir.

2- Ancak mahkeme (veya hakem) geçerli bir nedenin bildirilmediği veya bildirilse bile bunun geçerli olmadığı sonucuna varmışsa, “feshin geçersizliğine” ve işçinin “işine iadesine”, (işçinin süresinde başvurması koşuluyla )işveren işe başlatmazsa da “ne miktar tazminat ödeneceğine” karar verir. (Feshin geçerliliğine ve tazminata karar veremez). İşçi süresinde başvurup işverence işe başlatıldığı takdirde böyle bir durumda sözleşme hiç feshedilmemiş gibi işlem görür. Feshin geçersizliği ve işe iade halinde işçiye, mahkemenin bu kararının kesinleştiği süreye kadar boşta geçen süre için en çok 4 ayın ücret vs. işçilik hakları ödenir. (9.HD.11.02.2004, 1018/2013) Taraflar dava sırasında anlaşarak feshi ortadan kaldırıp işçinin işe dönmesini sağarlarsa, bu durumda yargıç veya hakemin boşta geçen sürenin ücretine karar verip veremeyeceği ve mevcut davayı konusu kalktığından reddetmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. (Bu konuda bkz. 9.HD.08.07.2003- 12444/13125 fakat krş. 9.HD. 02.02.2005- 31715/2889 ve 9. HD.13.01.2005- 33309/645). Hatta tartışmayı işverenin yargılama sırasındaki işe davetinin işçi tarafından kabul edilmesi gerekip gerekmediği ve sonuçlarının ne olacağı noktasına kaydırmak da mümkündür. Fakat konuyu uzatmamak için bunlar üzerinde durmayacağız.

Feshin geçersizliğine ve işe iadeye dair kesinleşen karar kendisine tebliğ edilen işçi, bunu aldığı tarihten itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmalıdır. Eğer süreyi geçirirsa fesih geçerli sayılır ve işçiye iş güvencesi kalemi olarak herhangi bir ödeme yapılmayıp sadece (varsa) kıdem tazminatı vs. ödenir (İş K. 21/5).

Ancak işçi süresinde başvurursa,işçinin iş güvencesi yargılaması nedeniyle boşta geçirdiği sürenin en çok dört aylık kısmının ücret vs. haklarına hak kazanması sözkonusudur. Boştaki süre ücreti diye anılan bu ödemeye hak kazanabilmek için sadece işçinin yasal on işgünlük sürede işverene başvurması gerekli ve yeterlidir,ayrıca işverence işe başlatılması da gerekmez.Fakat süresinde başvuru koşulu sağlandıktan sonra bu kez işverenin onu 1 ay içinde işe başlatması gerekir. Eğer başlatmazsa, sözleşmenin bu kez işverenin bu işe başlatmama biçimindeki tutumuyla feshedilmiş sayılacağı kabul edilmektedir ve işverenin işçiye (iş güvencesi tazminatı diye anabileceğimiz) bir tazminat ödemesi gerekmektedir. Bu tazminat, feshin sendikal nedene dayanmadığı hallerde işçinin en az 4 aylık en

#### **Kamu-İş; C:9, S:4/2008**

çok 8 aylık ücreti tutarındadır. Ama feshin sendikal nedenle yapılması durumunda bu tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz (SenK. 30/2, 31/6, 7). İş güvencesiyle ilgili kararlarında Yargıtay'da bu sonuca varmıştır.<sup>21</sup> İşverenin, işçiyi işe başlatmaması halinde ne miktar tazminat ödeyeceğini feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verirken mahkemenin (veya hakemin) kararında belirtmesi gerekir (İşK.21/2). Yani sonradan yargılama söz konusu değildir.

Sonuçta ülkemizde iş güvencesinin işletiminin zor şartlara (30 işçi şartı vs.) bağlandığını ve işlese bile işçiye işini geri getiremeyebileceğini, isterse, en çok 8 aylık (sendikal nedenli fesih) en az 1 yıllık) ücreti ödeyerek işverenin hiçbir gerekçesi olmayan feshi bile geçerli kılabileceğini belirtmeliyiz.<sup>22</sup>

**IV.İncelemeye çalıştığımız Yargıtay kararına konu olayda da karardan anlaşıldığı kadarıyla;iş sözleşmesi işverence feshedilen işçi iş güvencesi talebiyle iş mahkemesine başvurmuş ve fakat yargılama sürerken vefat etmiştir. Bu durum ise işçinin ölümünün iş güvencesi uyumsuzluğuna (iş güvencesi yargılamasına) etkisinin ne olacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Konunun şöylece incelenmesi düşünülebilir;**

1- Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla birlikte bağlantılı olarak değinilecek ilk husus, işçinin henüz feshe itiraz etmeden, itiraz süresi içinde ölmesi halidir.Mevcut yasal iş güvencesi sistemimiz içinde kalırsa,iş ilişkisinde işçinin kişiliğinin önemli olması ve işe iadenin ve işe başlatım için başvuru ve işe başlatımın/başlatmamanın ancak hayattaki bir işçi için gündeme gelebileceği, böyle bir durumda işçinin mirasçılarının feshe itiraz davası açamayacağı sonucuna götürür.<sup>23</sup> Buna karşın Alman hukukunda sözleşmenin fesih bildirim önelleri içerisindeyken, işçinin ölümü ile sona ermemesi ve henüz itiraz süresinin geçmemesi halinde, onun mirasçılarının feshe itiraz davası açabileceği kabul edilmektedir.<sup>24</sup>

2- İşçinin dava açtıktan sonra ölmesi halinde ise, işçinin mirasçılarının zaten işçi tarafından açılmış olan bu davayı sürdürüp sürdüremeyecekleri problemi ile karşılaşılır. Nitekim incelemeye

<sup>21</sup> Bkz. 9.HD.08.07.2003-12442/13123.

<sup>22</sup> Fazla bilgi için bkz. **Akyiğit**, İş Güvencesi, 314 vd.

<sup>23</sup> **Akyiğit**, İş Güvencesi, 283 vd. 313, Krş. **Ekmekçi**, 4773 Sayılı Yasa, 110. **Tuncay**, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor ? 11.

<sup>24</sup> **Scwerdtner, Münk**, §622 anh. Rn. 220, **Zwanziger / Altmann / Schnependahl, KschG**, § 4 Rn. 17

çalıştığımız bu Yargıtay kararına konu olayda yerel mahkemenin yargılama sırasında işçi ölünce, davayı konusuz kaldığı gerekçesiyle reddettiği görülmektedir. Aslında böyle bir anlayış öğretide de vardır. Zira iş güvencesinin nihai hedefi feshin geçersiz kılınıp işçinin işe iadesi olduğuna göre, ölmüş (artık mevcut olmayan) bir işçinin iş güvencesi bağlamında böyle bir imkânın bulunmadığı görülür. İşçinin ölümü halinde iş ilişkisinin mirasçıya geçemeyeceği prensibi de bunu destekler.<sup>25</sup> Ancak bir anlayışa göre, böyle bir halde davanın, konusuz kaldığından bahisle reddine gidilmemeli, yargılama masraflarının kime ait olacağını tespit için de olsa mirasçılar davaya devam ederek feshin geçerli mi yoksa geçersiz mi olduğu saptanmalı, fakat işe iade ve boştaki süre ücreti ile iş güvencesi tazminatına karar verilmemelidir.<sup>26</sup> Yargıtay 9. HD. mensuplarına ait bu anlayış, aynı dairenin incelediğimiz bu kararına da aynen yansımıştır.

Öğretide savunulan bir başka anlayışa göre ise mirasçılar davaya devam ederek en çok dört aylık boştaki süre ücretini isteyebilirler ve fakat iş güvencesi tazminatı isteyemezler.<sup>27</sup>

Görüldüğü üzere durum öğretide ve yargı uygulamasında tartışmalıdır. Bu tartışmanın, biraz da bizim yasal sistemin 158 sy. UÇÖ Sözleşmesinin tanıdığı imkanı (madde 10) tanımayışımdan kaynaklandığı söylenebilir. Gerçekten de bizim yasal sistemin iş güvencesi yargılamasında feshin geçersizliği ile işe iadeye ve işçinin işe başlatımı için başvurması olgusuna ağırlıklı /temel sonuç olarak bakıp Yargıç'a (veya hakeme) işe iade yerine feshin geçerliliğine ve bir miktar tazminata karar verme yetkisi tanımayışının doğal sonucu budur. Oysa 158 sy. UÇÖ Sözleşmesi'nin tanıdığı bu imkan (söz. 10) bizim yasaya alınmış olsaydı, feshe itiraz davasının işçinin ölümü halinde mirasçılarınca açılması ve/veya sürdürülmesi tereddütsüz mümkün olabilirdi. Böyle bir yargılama sonucu feshin geçersizliği ve işe iade anlamsız (imkansız) düşeceğinden, feshin geçerliliğine ve bir miktar tazminata (iş güvencesi tazminatına) karar verilmesi isabetli olurdu. Nitekim Alman hukukunda böyle bir imkanın tanındığını görüyoruz. Fakat 4857 sy. İş Kanunu sisteminde Yargıç veya özel hakem böyle bir yetkiyle donatılmamışlardır. Böyle bir yetki olsa olsa, AY. 90'da yapılan değişiklik sonucu, 158 sy. sözleşmedeki (işe iadeyi uygulanabilir bulmama halinde uygun bir tazminat veya telafi biçimine karar vermeye yetkili kılınma hükmünden) hükümden hareket etme imkanı vardır denirse gündeme gelebilir. Gerçekten de 158 sy. sözleşme; yargılamayı yapacak mercilerin feshi

<sup>25</sup> **Akviğit**, İş Güvencesi, 283. **Ekmekçi**, Yeni İş K. 136

<sup>26</sup> **Çankaya/Günay/Göktaş**, 211

<sup>27</sup> **Tuncay**, İş Güvencesi, 11. **Ekmekçi**, 4773 sy. K..., 110

**Kamu-İş; C:9, S:4/2008**

haksız bulması halinde "fesih işlemi iptale ve/veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye yetkili değilse" veya "bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır" demektir (158 sy. Söz. 10). Bununla bizim yasa hükmü karşılaştırıldığı-nda; itirazı çözecek makama , duruma göre "feshin geçersizliğine ve işe iadeye" yahut "feshin geçerliliğine ve bir miktar tazminata" veya " diğer bir telafi yoluna" hükmetme imkanlarının tanınması gerekirken tanınmadığı görülecektir. Sözleşmenin böyle bir düzenlemeyi ilgili devletin isteğine bırakmadığı da bir gerçektir. Hal böyle olunca, itirazın sonuçları bağlamında 158 sy. Söz. md. 10 ile 4857 sy. İş K. arasında bir farklılık(çatışma ) mevcuttur. Çünkü, 158 sy. sözleşmenin tanınmasını emrettiği bir alternatif çözüm tarzı, 4857 sy. İş Kanunu'na alınmamış, sadece tek bir çözüm (feshin geçersizliği ve işe iade çözümü) ile konu geçiştirilmiştir. Durum böyle olunca, AY. md. 90 gereği olarak, İş K.- 158 sy. Sözleşme çatışmasında 158 sy. Sözleşmenin getirdiği çözüm esas alınarak sonuca varılması ihtimali akla gelebilir. Yani yasada yer almış olmamasına rağmen, mahkeme veya hakem somut olayın özelliklerini de dikkate alarak (feshin geçersizliği ve işe iade yerine) geçerli bir sebebi olmadığı halde feshin geçerliliğine ve bir miktar tazminata (veya uygun bir diğer telafi yoluna) karar verebilecektir. İşte bu tutum benimsenirse; sözleşmesi feshedildikten sonra itiraz süresi içinde dava açmadan veya açıp ta henüz sonuçlanmadan ölen bir işçinin mirasçılarının feshe itiraz davası açmalarını veya işçinin açtığı davaya devamlarını da mümkün ve anlamlı kılacaktır. Zira mirasçılar dava açarak (veya açılmış davaya devam ederek) hiç değilse iş güvencesi bağlamında bir tazminatı (ve 4 ay daha önce dolmamışsa, işçinin ölümü tarihine kadar boşta geçen sürenin ücret vs. haklarını) alabileceklerdir. Fakat ilgili işçi öldüğü için feshin geçersizliği ve işe iade mümkün ve uygulanabilir değildir. Kısacası, böyle bir anlayışın kabulü halinde ilgili işçinin ölümüyle birlikte itiraz davasının davacısı ve neticesi/içeriği zorunlu bir değişime uğrayacaktır. Böyle bir tutum, sözleşmesi geçerli bir neden olmadan feshedilen ve yaşayıp çözümden sonra ölen işçiyle henüz itiraz süresi veya yargılama sürecinde ölen işçinin mirasçılarını da farklı konuma sokmamış olurdu. (Bkz. Akyiğit, İş Güvencesi, 282-284) Nitekim Türk İş Hukuku öğretisinde de ilgili işçinin (davayı açmadan ölmüşse mirasçılarının davayı açamayacağı ve fakat) davayı açtıktan sonra ölmesi durumunda mirasçıların açılmış bu davayı sürdürerek hiç değilse boştaki süre ücretinin karara bağlanmasının yapılabileceği söylenmektedir(Tuncay, 11 ve C. S. Özdemir, THD. Mart 2007,54 ) Fakat Yargıtay incelemeye çalıştığımız bu kararında boştaki süre ücretini kaale almadan, yargılama sırasında işçi ölürse mirasçıların davaya devamına ve feshin geçerli olup olmadığıyla yargılama masraflarının kime yükleneceğine karar verilmesini benimsemiştir. (9.HD.30.10.2006-

19624/28700) Bunun sonucu, böyle bir durumda işe iade ile boştaki süre ücretinin ve iş güvencesi tazminatının gündeme gelemeyeceği ve karara bağlanamayacağı olacaktır. Nitekim bu husus kararda "davacının yargılama sırasında ölmesi nendi ile konusuz kalan işe iade ve işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklar hakkında karar verilmesine yer olmadığına" biçimindeki ifadelerle açıkça dile getirilmektedir. Yargıtay'ın bu tutumunun nedeni ise, anılan kalemlerin gerçekleşebilmesinin, bizzat yasa tarafından, işe iade üzerine işçinin yasal süresinde (on işgünü içinde) işverene başvurması koşuluna bağlanmış bulunmasıdır. Bu ise ancak ilgili sürelerde işçinin halen yaşıyor olmasına bağlıdır. Oysa tartışılan olayda işçi dava yürürken öldüğüne göre bu koşulun gerçekleşmeyeceği açıktır ve Yargıtay 'da bu yöndeki gerekçeyle boştaki süre ücreti vs. hakların reddine karar verilmesini uygun görerek yerel mahkemenin bu yöndeki kararını isabetli bulmuştur. Şüphesiz bu tutum, konunun, 158 sy. Sözleşme'nin ilgili hükmünün (md.10) olaya uygulanabilir olup olmadığı tartışılmadan karara bağlandığını da göstermektedir. Anılan Sözleşme hükmünü olaya uygulanır görüp görmemesi şüphesiz Yüksek Mahkemenin kendi bileceği bir iştir ama hiç değilse tartışıp öyle veya böyle bir karara varması daha isabetli olurdu.

3-Tüm bunlardan sonra diyebiliriz ki, mevcut yasal itiraz süresi içinde işçinin ölmesi durumunda, (tartışmalar bir yana, yasal sistemin getirdiği tercih nedeniyle) mirasçılarının onun yerine iş güvencesi davası açamayacağı kabul edilir. Bunun sonucu, yargılama merciiince davanın reddi olacaktır.<sup>363</sup> Mevcut yasal sistem çerçevesinde bu noktada pek bir sorun yoktur denilebilir ama 158 sy. Sözleşme hükümleri bağlamında AY. 90 hükmü de dikkate alınırsa durum tartışılabilir. Ayrıca uygulamada yargılama sırasında işçinin ölmesi durumu da karşımıza gelebilir. Nitekim incelemeye çalıştığımız karara konu olay böyledir. Şüphesiz bu halde işe iade ve boştaki süre ücretiyle iş güvencesi tazminatına karar vermek, (158 sy. Sözleşmenin yukarıda değinip dile getirdiğimiz hükmünün uygulanamayacağı benimsenirse) mevcut yasal sistemde yasa hükümlerinin gereği ve iş ilişkisinin kişiselliği nedeniyle mümkün değildir. Zira yasal sistem bu ödemelerin ve işe iadenin gerçekleşebilmesini kesinleşen işe iade kararının kendisine tebliğinden itibaren ilgili işçinin on işgünü içinde işe başlatılmak üzere işverene başvurması koşuluna bağlamıştır. Yargılama sırasında ölen bir işçi içinse bunun gerçekleşmeyeceği açıktır. Zira artık mevcut olmayan bir işçinin işverene başvurusundan ve böylece işe iade ile işe başlatımından/başlatılmasından, sonuçtada iş ilişkisinin devamından veya işe başlatmama ile sona ermesinden vs. söz etmek anlamsız düşecektir. Bu yüzdendirki

**Kamu-İş; C:9, S:4/2008**

(mevcut yasal sistemde) davada işe iadenin ve boştaki süre ücretiyle iş güvencesi tazminatının konusuzluk/ imkansızlık nedeniyle reddine karar verilmesinin isabetli olduğu söylenebilir. O halde mevcut yasal sistem açısından bu yöndeki yerel mahkeme kararı ile ona katılan Yargıtay kararının isabet taşıdığı görülür. Fakat yargılama masraflarının kime yükletileceği konusu feshin geçerli olup olmadığına bağlıdır ve bu yüzdendir ki yargılamaya devam edilerek feshin geçerli olup olmadığı saptanır. Sonrasındaysa duruma göre yargılama masrafları ya işçinin mirasçılara ya da işverene yüklenir. Bu yöndeki Yargıtay kararının (9. HD. 30.10.2006-19624/28700) ve öğreti anlayışının<sup>28</sup> (Akyiğit, Askerlik Sonrası İşe Alınmama, 44). İsaletli olduğu ve fakat yargılama masraflarıyla vekalet ücretini dikkate almadan davayı tümünden reddettiği izlenimi uyandıran yerel mahkeme kararının bu noktada isabetli gözükmediği söylenebilir. Bununla birlikte, Yargıtay anlayışının da bilhassa işçinin yargılamanın yasal dört aylık süre geçtiği halde halen bitmeyip devam ettiği bir evrede ölmesi halinde hakkaniyet duygularını tatminden uzak olduğunu düşünüyoruz. Gerek bu noktada ve gerekse yargılama sırasında işçinin işe dönmeyeceğinin yahut dönemeyeceğinin veya işverenin işçiyi işe başlatmayacağına anlaşılması vs. gibi feshin geçersizliği ve işe iadenin anlamsız gözüktüğü hallerde yargılama makamına feshin geçerliliği ne ve uygun bir ödentiyeye karar verme imkanının tanınması, çoğu problemi daha baştan ve adil biçimde çözecekmiş inancını uyandırmaktadır. Bu yüzden, temennimiz, ya yasakoyucunun bir hüküm getirerek böyle bir imkanı açıkça öngörmesi ya da Yargıtay'ın AY.90 hükmünden hareketle 158 sy. Sözleşmenin bu noktada bahsettiği imkanı ülkemiz açısından da geçerli görerek uygulamaya taşınmasıdır.

4- Bu arada, incelediğimiz kararı biraz taşar biçimde de olsa, sözleşmesi feshedilen işçinin feshe itiraz edip feshin geçersizliğine ve işe iadeye dair kesin kararı aldıktan sonra 10 iş günlük başvuru süresi içinde fakat henüz başvuruyu yapmadan veya süresinde başvuruyu yaptıktan sonra işverene tanınan bir aylık sürede henüz işveren bir karar belirtmeden ölmesi halinde durumun ne olacağı üzerinde de durulmalıdır. Bu halde kesin olan bir sonuç vardır ki o da, artık işe iadenin (işe dönmenin) mümkün bulunmadığıdır. Bu imkansızlık hem ilgili işçi açısından hem de onun mirasçıları bakımındandır. Zira işçi ölünce, onun iş ilişkisi mirasçıya geçmez, son bulur. Fakat feshin geçersizliğine kesin olarak karar verildiğine ve işçi de gerekli başvuruyu süresinde yaptığına göre, sözleşme işçi ölene dek devam ediyor sayılır. Buna bağlı olarak da eğer işçi 10 günlük yasal sürede başvurduktan sonra ölmüşse, işçinin

<sup>28</sup> Cankaya/Günay/Göktaş, 211. Krş. Akyiğit, İş Güvencesi, 313-314. Ekmekçi, Yeni İş K. Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Temmuz 2003, 132-139-136



mirasçılara boшта geçen sürenin en çok 4 ayının ücret vs. haklarının ödenmesi gerekir?<sup>29</sup> Çünkü, işçi bu noktada kendisine düşen son bir yüküm olan işe başlatımı için gerekli başvuruyu yapmış ve boştaki sürenin ücretine böylece hak kazandıktan sonra ölmüştür. Fakat bu ihtimalde bile işçinin mirasçılara sadece boştaki sürenin (en çok 4 ayının) ücreti vs. ödenecek, hatta bu süre muris işçinin sigortalı hizmetinden sayılacağı gibi kıdem tazminatı/yıllık izin gibi haklarında da dikkate alınacaktır. Bizce kıdem bakımından bunu 4 ayla sınırlı tutmayıp (bu ihtimalde) işçinin öldüğü tarihe kadar götürmelidir. Ancak yine bu ihtimalde işçinin mirasçılara, işverenin işçiyi işe başlatmamasına bağlı iş güvencesi tazminatının ödenmemesi gerekir. Zira işveren henüz işe başlatma veya başlatmama konusunda açık veya (bir aylık süreyi sessiz geçirme gibi)örtülü biçimde bir karar açıklamadan işçi öldüğünden, işe başlatılıp başlatılmamanın bilinemediği bu evrede işe başlatmamanın bir sonucu olan iş güvencesi tazminatının ödenmesi koşulunun gerçekleşmediği açıktır.

Buna karşın işçinin yasal 10 işgünlük başvuru süresi içindeyken ama henüz başvuruyu yapmadan (isterse başvuru beyanı için gittiği noterde) ölmesi halinde, onun mirasçıları başvuruda bulunamaz ve mirasçılara hiçbir iş güvencesi ödemesi yapılmaz. Zira iş ilişkisi mirasçıya geçmeyeceğinden mirasçıların böyle bir başvuruda bulunma ve onun doğurabileceği hukuki sonuçlara muhatap olma imkanı yoktur. Bununla birlikte işçinin ölümü dahil, tüm olgular düşünülerek, yargıca/hakeme feshin geçersizliği ve işe iade yerine feshin geçerliliği ve tazminata karar verme imkanı tanınsa, bir çok sorun halledilmiş olurdu.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Çankaya/Günay/ Göktaş, 211. Akviğit, İş Güvencesi, 314

<sup>30</sup> Akviğit, İş Güvencesi, 314