

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

İŞ İLİŞKİSİNDE ŞÜPHE VE ŞÜPHE FESHİ
(ALMAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI)

Ece Sıla HAFIZOĞLU

DANIŞMAN
PROF. DR. MUSTAFA ALP

İZMİR - 2022

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “İş İlişkisinde ş p he ve ş p he Feshi (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı)” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden olduğuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğuğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

20/12/2021

Ece Sıla HAFIZOĞLU

 mza

ÖZET
Doktora Tezi
İş İlişkisinde Şüphe ve Şüphe Feshi
(Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı)
Ece Sıla HAFIZOĞLU

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

İş sözleşmesi, tarafların karşılıklı olarak borç yüklendiği sürekli bir borç ilişkisi yaratır. Bu sebeple, karşılıklı ve sürekli borç ilişkisi doğuran diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi iş sözleşmesinde de güven önemlidir. İş ilişkisinin kişisel niteliği, güveni daha da önemli hale getirmiştir. Sonuç olarak, iş sözleşmesinin temelini “taraflar arasındaki güven ilişkisi”nin oluşturduğu kabul edilmektedir.

İşçi adayı ve işveren arasında güven sağlanamadığında iş ilişkisi kurulamayacaktır. Dahası, taraflar arasındaki güvenin zedelenmesi ya da tamamen yok olması ve bunun telafi edilememesi durumunda kurulan iş ilişkilerinin sürdürülebilmesi beklenemeyecektir.

Güven ilişkisinin kurulmasını önleyen ya da zedeleyip yok eden en önemli şeylerden biri işverenin işçiye karşı duyduğu şüphedir. Şüphe kavramı, iş ilişkisinin tüm evrelerinde her zaman etkili olmuştur. Ancak “şüphe”nin iş hukuku alanında açıkça ifade edilip yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanması ve hukuki niteliğinin irdelenip şartlara bağlanması yakın bir tarihte iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından gerçekleşmiştir. Bu, 2007’de bir Yargıtay kararında, Alman Hukuku örnek gösterilerek “şüphe feshi”ne yer verilmesiyle yaşanmıştır.

Tezimizin birinci bölümünde genel ve hukuki olmak üzere tüm açılardan “şüphe”nin ne anlama geldiği ele alınmıştır. Ardından, diğer bölümlerdeki

açıklama ve değerlendirmelerde esas olacak kavramlara, hak ve ilkelere yer verilmiştir.

İş ilişkisinde önemli etkileri olan “şüphe”nin, iş sözleşmesinin tüm evreleri bakımından ayrı ayrı irdelenmesi amaçlanmıştır. Bu sebeple, ikinci bölümde “iş ilişkisinin kurulması ve devamında şüphenin etkisi” ve üçüncü bölümde ise hukukumuz açısından önemli bir yenilik olan “şüphe feshi” tüm ayrıntılarıyla incelenmiştir.

Çalışmamızda konular ele alınırken Alman Hukuku karşılaştırması yapılmaya çalışılmıştır. Ancak, “şüphe feshi”nin Alman Hukuku’nun örnek gösterildiği bir Yargıtay kararıyla hukukumuza girmesi ve kavramın doğduğu ülkenin de Almanya olması sebepleriyle, özellikle şüphe feshinin incelendiği üçüncü bölümde yoğun olarak Alman Doktrini ve İctihadına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: şüphe, şüphe Dereceleri, İş İlişkisinde şüphe, şüphe Feshi, Güven İlişkisi, İş İlişkisinde Güven, İşçi-İşveren Menfaat Dengesi, Ceza Muhakemesinin İş İlişkisine Etkisi, İş Hukukunda Kamu Yararı, Yeniden İşe Alınmayı Talep Hakkı.

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy(PhD)

**Suspicion in Labour Relations and Termination on Grounds of Suspicion
(Comparative to German Law)**

Ece Sila HAFIZOĞLU

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

The employment contract creates a permanent debt relationship in which the parties are indebted to each other. For this reason, trust is important in employment contracts, as in all other contracts that create a mutual and permanent debt relationship. The personal nature of the labour relations has made trust even more important. In conclusion, it is accepted that the fundamental of the employment contract is the “trust relationship between the parties”.

If trust cannot be provided between the employee candidate and the employer, a labour relation cannot be established. Moreover, if the trust between the parties is damaged or completely destroyed and this cannot be compensated, it will not be able to expected to continue the established labour relations.

One of the most important things that prevents or damages the establishment of a trust relationship is the employer's suspicion of the employee. The concept of doubt has always been effective in all phases of the labour relations. However, the fact that "doubt" was clearly expressed and widely used in the field of labour law, and its legal nature was examined and tied to conditions, occurred in the near future in terms of the termination of the employment contract. It has been experienced by including the "termination on

grounds of suspicion" by showing the German Law as an example in a Supreme Court decision in 2007.

In the first part of our thesis, the meaning of "suspicion" in all aspects, both general and legal, is discussed. Then, the concepts, rights and principles that will be the basis for the explanations and evaluations in the other sections are included.

It is aimed to examine the "suspicion", which has important effects on the labour relations, separately in terms of all phases of the employment contract. For this reason, in the second part, "the effect of suspicion on the establishment and continuation of the labour relations" and in the third part, "termination on grounds of suspicion" which is an important innovation in our law, are examined in detail.

In our thesis, while the subjects are being discussed, a comparison of German Law has been tried to be made. However, due to the fact that "the termination on grounds of suspicion" entered our law with a Supreme Court decision in which German Law is given as an example and the country where the concept was born is Germany; in the third part, especially in which the termination on grounds of suspicion is examined, German Doctrine and Jurisprudence are extensively included.

Keywords: Suspicion, The Grads of Suspicion, Suspicion in Labour Relations, Termination on Grounds of Suspicion, Trust Relationship, Trust in Labour Relations, Balance of Interest of Employee-Employer, The Effect of Criminal Procedure on Labour Relations, Public Interest in Labour Law, Right to Reemployment Claim.

İŞ İLİŞKİSİNDE ŞÜPHE VE ŞÜPHE FESHİ
(ALMAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI)

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xvii

GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM
ŞÜPHE KAVRAMI, İŞ HUKUKU İLE İLİŞKİSİ
VE DİĞER TEMEL KAVRAMLAR

I. ŞÜPHE	4
A. Şüphe Kavramı	4
1. Etimolojik Açıdan Şüphe	4
a. Şüphenin Kelime Anlamı	4
b. Şüphe ile Yakın Anlamalı Diğer Kelimeler	7
2. Hukuki Terim Olarak Şüphe	10
B. Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe Dereceleri	13
1. Basit Şüphe (Başlangıç Şüphesi)	14
2. Makul Şüphe	15
3. Kuvvetli Şüphe Sebepleri	17
4. Yeterli Şüphe	19
5. Kuvvetli Şüphe	20
C. İş İlişkisi Bakımından Şüphe	22
II. ŞÜPHENİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ İLE İLGİLİ HUKUK İLKELERİ VE ANAYASAL HAKLAR	25

A. Anayasal Düzenlemelerin Özel Hukuka Etkisi (Yatay Etki)	25
1. Genel Olarak	25
2. Doğrudan Etki (unmittelbare Drittwirkung) Görüşü	32
3. Dolaylı Etki (mittelbare Drittwirkung) Görüşü	38
B. Eşitlik İlkesi	43
C. Çalışma, Sözleşme ve Teşebbüs Kurma Hürriyeti	47
D. Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama/Cezalandırma Olmaz (Non Bis In Idem) İlkesi	52
E. Masumiyet/Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı	54
1.Genel Olarak	54
2. Masumiyet Karinesi ile Lekelenmeme Hakkının Uygulama Alanı ve İş Hukuku İlişkisi	64
F. Şüpheden/Kuşkudan Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo)	71
G. Kamu Yararı	72
1. Genel Olarak	72
a. Kamu Yararı Kavramı	72
b. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı	78
2. Genel Olarak İş Hukukunda Kamu Yararı	80
3. İş İlişkisindeki Şüphe Konusunda Kamu Yararının Yeri ve Önemi	83
III. CEZA MUHALEMESİNİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ	88
A. Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılamasına Etkisi	89
1. Genel Olarak	89
a. Ceza Mahkemesi Mahkûmiyet Kararı	91
b. Ceza Mahkemesi Beraat Kararı	93
c. Maddi Olgı Tespiti	94
2. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) Kararı	96
a. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu	96
b. HAGB'nin Hukuk Mahkemesine Etkisi	98
3. Ceza Mahkemesinde Görülmekte Olan Bir Davanın Hukuk Mahkemesinde Bekletici Mesele Yapılması	101
B. Konunun İş Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	104

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASI VE DEVAMINDA ŞÜPHEİN ETKİSİ

I. İŞ İLİŞKİSİNDE ŞÜPHEYE İLİŞKİN İŞ HUKUKU TEMEL

KAVRAMLARI	110
A. İş Sözleşmesi	110
1. İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları	110
a. İş Görme Unsuru	110
b. Ücret Unsuru	111
c. Bağımlılık Unsuru	111
2. İş Sözleşmesinin Nitelikleri	114
B. İş Akdinin Kurulması	114
1. Tarafların Yükümlülükleri	114
2. Tarafların Kusurlu Davranışları ve Sonuçları	116
C. İş Sözleşmesinde Güven İlişkisi ve Önemi	117
D. Ölçülülük İlkesi	121
1. Genel Olarak	121
2. İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi	124
E. İş İlişkisinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	125
1. İşçiyi Gözetme Borcu	127
a. Gözetme Borcunun Niteliği ve Hukuki Dayanağı	127
b. Gözetme Borcu Kapsamı	129
2. İşverenin Yönetim Hakkı	131
3. İşverenin Eşit Davranma Borcu	135
a. Çalışma Hayatında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Hukuki Dayanakları	135
b. İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı	141
4. İşçinin Sadakat Borcu	143
5. İşçinin Emir ve Talimatlara Uyma (İtaat) Borcu	145
F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması	146
II. İŞ SÖZLEŞMESİ KURULUŞUNDA İŞVERENİN ŞÜPHELERİ VE SONUÇLARI	156

A. Şüphe Konuları ve Etkileri	156
B. İş Sözleşmesi Kuruluşu Aşamasında Şüphe Giderme Yolları ve Hukukilik Sınırları	157
1. İşverenin Aday İşçiden Bilgi Alması	159
a. Kişisel Durum ve Mesleki Hayata İlişkin Sorular	161
b. Eski Hükümlülük ve Genel Bilgi Toplama (GBT) Kaydına İlişkin Sorular	164
c. Siyasî Görüş, Dinî İnanç ya da Sendika Üyeliğine İlişkin Sorular	168
d. Sağlık Durumuna İlişkin Sorular	171
e. Hamileliğe İlişkin Sorular	172
2. İşverenin Üçüncü Kişilerden Bilgi Alması	174
3. Aday İşçiye Test Yapma ya da Yaptırmasını Talep Etme Hakkı	178
C. Yok Edilemeyen Şüphenin Sonuçları ve Hukuka Uygunlukları	179
III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVAMINDA İŞVERENİN ŞÜPHELERİ VE SONUÇLARI	181
A. Şüphe Konuları ve Etkileri	181
B. İş Sözleşmesinin Devamında İşverenin Şüphesini Giderme Yolları ve Hukukilik Sınırları	182
1. Şüphe Gidermeye Dayanak İşveren Hak ve Yükümlülükleri	182
a. İşverenin Denetim Hakkı	182
b. Özlük Dosyası Düzenleme Borcu	185
2. Şüphe Gidermede Başvurulan Yollar	188
a. Soru Sorma, Bilgi ve Belge Talep Etme	189
b. Arama ve Elektronik Gözetleme	190
C. İşten El Çektirme	191
1. İş Sözleşmesi Askı Hali	192
a. Askı Hali Şartları	194
b. Askı Halinin Ortaya Çıkışı, Sonuçları ve Süresi	195
2. Şüphe Giderme Bakımından Ortaya Çıkabilecek Askı Halleri ve Özellikleri	198

D. Yok Edilemeyen Şüphenin Sonuçları ve Hukuka Uygunlukları	205

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ BAKIMINDAN ETKİSİ

-ŞÜPHE FESHİ-

I. ŞÜPHE FESHİ KAVRAMI	207
A. Şüphe Feshi Tanımı	207
B. Güven Sermayesi Kavramı ve Oluşma Şartları	210
1. Uzun Çalışma Süresi	213
2. Sorunsuz Çalışma Süreci	214
3. İşçinin Aktif Katılımının ve Özverili İfasının Etkileri	217
4. Güven Sermayesinin Oluşmasının Engellenmesi	219
C. İşçi – İşveren Arasındaki Güvenin Zarar Görmesi ve Sonuçları	221
D. Şüphe Feshinin Hukuki Niteliği	223
1. İş Sözleşmesinin Feshi Türleri	223
a. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilmesi	224
b. İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshedilmesi	226
c. Haklı ve Geçerli Neden Kavramları	228
(1) Haklı Neden Kavramı	229
(i) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi Halleri	232
(ii) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinde Suç	
Ve Suç Şüphesi	236
(2) Geçerli Neden Kavramı ve Türleri	237
(i) İşçinin Yetersizliği ile İlgili Geçerli Fesih	
Sebepleri	240
(ii) İşçinin Davranışları ile İlgili Geçerli Fesih	
Sebepleri	244
2. Alman Hukuku'nda Fesih Türleri	246
a. Olağan Fesih (Ordentliche Kündigung)	247
b. Olağanüstü Fesih (Außerordentliche Kündigung)	251
c. Küçük Boyutlu Nedenlerle Fesih (Bagatellkündigung)	255

3. Şüphe Feshinin Dahil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi	261
a. Şüphe Feshinin Dahil Olduğu Fesih Türü	261
b. Şüphe Feshinin Geçerli Nedenle Fesih Sayılmasının Sonuçları	266
4. Fesih Beyanından Sonra Gündeme Gelen Hususların Şüphe Feshine Etkisi	271
a. Genel Olarak	271
b. Şüphe Duyulan Konunun Aydınlanması	275
5. Bir Feshin Şüphe Feshine Dönüşmesi	278
II. ŞÜPHE FESHİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİM SÜRECİ	282
A. Şüphe Feshinin Türk Hukukuna Girişi	282
B. Şüphe Feshinin Alman Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Gelişimi	287
1. II. Dünya Savaşı Sonuna Kadarki Süreç	287
2. II. Dünya Savaşı Sonrasındaki Süreç	292
a. Alman Demokratik Cumhuriyeti (Deutsche Demokratische Republik)	292
b. Almanya Federal Cumhuriyeti (Bundesrepublik Deutschland) ve Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) İçtihadı	293
3. Emmely Kararı Süreci ve Şüphe Feshine Yönelik Kanun Tasarıları	298
a. DIE LINKE Parti Grubu Kanun Tasarısı	299
b. SPD Parti Grubu Kanun Tasarısı	301
c. Kanun Tasarılarının Reddedilmesi	302
III. ŞÜPHE FESHİ ÇEŞİTLERİ VE ÖNGÖRÜ PRENSİBİ	305
A. Öngörü Prensibi (Prognoseprinzip)	305
B. Şüphe Feshi Çeşitleri	308
IV. ŞÜPHE FESHİNİN HUKUKA UYGUN OLMADIĞINA YÖNELİK ELEŞTİRİLER	311
A. Hakimin Hukuk Yaratması Açısından Şüphe Feshi Kavramı	312
B. Masumiyet Karinesinin İhlali	316
C. İspat Yükünün Hukuka Aykırı Olarak Yer Değiştirmesi	322

D. Anayasal Çalışma Hakkı ve Özgürlüğünün İhlali	324
V. ŞÜPHE FESHİNİN KOŞULLARI	327
A. Suç ya da Esaslı Yükümlülük İhlali Teşkil Edecek Harekete İlişkin	
Kuvvetli Şüphe	327
1. Şüphe Duyulan Eylemler	327
2. Kuvvetli Şüphenin Niteliği	334
3. Kuvvetli Şüphenin Güven İlişkisini Ortadan Kaldırması	338
4. Şüphe Feshine İlişkin Olayın Ceza Soruşturması ya da	
Kovuşturmasına Konu Olması ve İşçiye Koruma Tedbirleri	
Uygulanması	340
B. İşverenin Olayı Aydınlatma Yükümlülüğü	346
1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Ölçüsü	349
2. İşçiden Savunma Alma Yükümlülüğü	351
a. Savunma İle İlgili Şekli Hususlar	356
(1) Savunmanın Zamanı	356
(2) Savunmanın Yapılış Şekli	357
(3) Savunmanın Belgelenmesi	359
(4) İşçiye Davet	362
(5) Savunma Yeri ve Koşulları	369
b. Savunmanın İçeriği	371
c. İşçinin Savunma Davetine Karşı/Savunmadaki Tutumu ve	
Sonuçları	373
(1) İşçinin Savunmada Bulunup Görüşlerini İfade Etmesi	378
(2) İşçinin Savunmaya Katılması Ama Bir Açıklama	
Yapmaması	378
(3) İşçinin Koşulları Değişen Savunmaya Katılabilecek	
Olması	380
(4) İşçinin Savunma Görüşmesine Katılmaması veya Yazılı	
Savunmayı Zamanında Teslim Etmemesi	380
(5) İşçinin Savunmaya Katılmayacağını Belirtmesi	381
3. Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Başvurulabilecek Diğer	
Yollar	383

a. İşyeri Dökümanları ve İşçinin Özlük Dosyası Kontrolü	383
b. Üçüncü Kişilerin Soruşturulması	384
c. Arama	385
d. Elektronik Gözetleme Verileri	388
(1) Bilgisayar, İnternet, Elektronik Posta ve Sosyal Medya Kullanımları	388
(2) Video Kayıtları	393
e. Olayın Aydınlatılması için Yetkili Makamlara Başvurulması	397
4. Aydınlatma Yükümlülüğü Bakımından Hukuka Aykırı Deliller	398
C. Menfaat Dengesi	398
1. Genel Olarak İş Sözleşmesi Fesihlerinde Menfaat Değerlendirmesi	399
2. Değerlendirmede Ele Alınacak Hususlar ve Uygulanacak Kriterler	402
3. Şüphe Feshinde Menfaat Değerlendirmesi	408
D. İşyeri Kurulunun Görüşünün Alınması	414
VI. ŞÜPHE FESHİNDE SON ÇARE İLKESİ	418
A. Son Çare İlkesi (Ultima Ratio)	418
B. İhtarın Gerekliliği	424
1. Genel Olarak İhtar Kavramı ve Hukuki Dayanakları	424
a. İhtarda Bulunulması Gereken Durumlar	427
b. İhtarın Şekli, İçeriği ve Süre	431
2. Şüphe Feshinde İhtar /Şüphe İhtarı (Verdachtsabmahnung)	434
C. Şüphe Feshi Yerine Başvurulabilecek Daha Hafif Diğer Yollar	436
1. Başka Bir İşte ya da İşyerinde Çalıştırılmaya Devam Edilmesi İmkânı	436
2. Sözleşmenin Askıya Alınması	437
3. İş Sözleşmesinin Şarta Bağlı Sona Erdirilmesi	440
4. İkale	445
VII. ŞÜPHE FESHİNDE SÜRE	446
A. Makul Süre	441
B. Sürenin Başlangıcı	451

C. Sürenin Durması	455
D. Aynı Süreçte Ceza Soruşturması ya da Kovuşturması Olması	458
VIII. YENİDEN İŞE ALINMAYI TALEP HAKKI	
(WIEDEREINSTELLUNGSANSPRUCH)	460
A. Alman Hukuku'nda Yeniden İşe Alınmayı Talep Hakkı	454
B. Türk Hukuku'nda Yeniden İşe Alınmayı Talep Hakkı	462
C. Şüphe Feshinde Yeniden İşe Alınmayı Talep Hakkı	464
SONUÇ	468
KAYNAKÇA	489



KISALTMALAR

AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRB	Arbeits-Rechtsberater
ArbuR	Arbeit und Recht - Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
ARS	Arbeitsrechts Sammlung
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AuR	Arbeit und Recht
AY	Anayasa
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BB	Betriebs Berater
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BZGR	Bundeszentralregistergesetz
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
DB	Der Betrieb
DStR	Deutsches Steuerrecht
E.	Esas Numarası
EUGRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Kurzkommentare
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
GewO	Gewerbeordnung

GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HD.	Hukuk Dairesi
ILO	Internatioanl Labour Organization
İşK	İş Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	Juristische Arbeitsblätter
JM	Juris die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
K.	Karar Numarası
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
Parg.	Paragraf
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
ss.	sayfa sayıları
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
STİSK	Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği

TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfP	Zeitschrift für Personalforschung
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik



GİRİŞ

Karşılıklı ve süreklilik arz eden borç ilişkilerinde “güven” çok önemlidir. İş sözleşmesi de bu nitelikte bir borç ilişkisi oluşturduğundan, iş ilişkisinin temelinde güven olduğunu söylemek mümkündür. İş sözleşmesinin kişisel niteliği ise, güvenin önemini daha da arttırmaktadır.

İş ilişkisinin kurulabilmesi için taraflar arasında güven sağlanması gerekir ve oluşturulan sözleşmenin devam edebilmesi bu güvenin varlığını sürdürmesine bağlıdır. Eğer işçi – işveren arasındaki güven ilişkisi zedelenir ya da tamamen yıkılırsa, iş ilişkisine devam edilmesi beklenemeyecektir. Güven ilişkisinin kurulması ve zarar görmeden sürdürülebilmesi bakımından önemli tehlikelerden biri ise konumuz olan “işverenin işçiye karşı duyduğu şüphe”dir.

Hukuki bir terim olarak şüphenin, temelde ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ait olduğu söylenebilirse de, şüphe kavramının iş hukuku bakımından da değerlendirilmesi gerekir. Ancak burada belirtmemiz gereken husus, çalışmamızda ayrıntılı olarak iş ilişkisindeki etkilerini inceleyeceğimiz “şüphe”nin, temelde “işverenin işçiye karşı duyduğu şüphe” olacağıdır. Ceza ve ceza muhakemesinde esas olan şüphe ise “adli makamlarda oluşan şüphe”dir. Ancak kavramın ortaya çıktığı hukuk alanı olması, şüphenin anlamına ilişkin kavramsal açıklamaların bu alandaki çalışmalarda yer alması ve işverende oluşan şüpheyeye de dayanak teşkil edebildiğinden, ceza ve ceza muhakemesi hukuku anlamında şüphe çalışmamızda irdelenecektir.

Çalışmamızın konusu “iş ilişkisinde şüphe ve şüphe feshi”dir. İş hukukunda şüphe denilince akla ilk gelecek kavram, “şüphe feshi” ise de; şüphenin iş ilişkisine etkisi sadece iş sözleşmesinin feshedilmesi bakımından ortaya çıkmamaktadır. İşverenin şüphelerinin, iş sözleşmesinin kuruluşu ve devamında da çeşitli etkileri olmakta ve önemli sonuçlar doğurabilmektedir.

İşverenin şüpheleri, özellikle “ceza soruşturma/kovuşturmaları ve adli sicil” kaynaklılar başta olmak üzere, “işe alımlar”, “iş ilişkisinin devamı” ve “iş sözleşmesinin feshi”nde her zaman etkili olmuştur. Ancak, “şüphe” nin iş hukukunda ön plana çıkması, hukuki ve etkili sonuçlar doğurabilmesinin açıkça benimsenip

yaygınlaşması ve fesih bakımından bazı kriterlere bağlanması, “şüphe feshi” kavramının bir Yargıtay kararı ile hukukumuza girmesiyle gerçekleşmiştir.

Başlığımızda görüldüğü üzere incelemelerimiz Alman Hukuku ile karşılaştırmalı olarak yapılmıştır. Çalışmamızın üç bölümünde de bu durum geçerlidir. Ancak, özellikle üçüncü bölümde, kavramın hukukumuza yeni girdiği söylenebileceğinden ve “şüphe feshi”nin ortaya çıktığı ülke olmasından dolayı, konunun Alman Hukuku’ndaki durumuna, Alman doktrinindeki görüşlere ve içtihada daha ayrıntılı şekilde yer verilmiştir.

Birinci bölümde, öncelikle “genel olarak şüphe kavramı” ele alınmıştır. Bunun yanı sıra “ceza muhakemesi hukuku bakımından şüphe ve şüphe dereceleri” incelenmiş ve ardından tezimizin tamamında ayrıntılı olarak ele alacağımız “şüphenin iş ilişkisindeki durumu” genel bir şekilde ortaya konmuştur. Daha sonra, diğer bölümlerdeki açıklamalarımızda dayanak olacak çeşitli “anayasal temel hak ve hürriyetler”e, “hukuk ilkeleri”ne ve “kamu yararı kavramı”na; bunlar ele alınmadan önce de bu kavramların iş hukuku alanında dikkate alabilmemize imkân sağlayan “yatay etki” konusuna yer verilmiştir. Son olarak da “ceza soruşturma ve kovuşturmaları ile adli sicilin”, işverenin işçiye karşı şüphesine ve bunun sonuçlarına hukuki bir gerekçe teşkil edip edemeyeceğinin değerlendirilmesi bakımından “ceza muhakemesinin iş ilişkisine etkisi” ele alınmıştır.

Her ne kadar tez konumuz özel hukuk içinde yer alan iş hukukuna ilişkin olsa da, görüldüğü üzere çalışmamızın birinci bölümünde, kamu hukuku alanındaki hukuk dalları kapsamında çeşitli konulara da yer verilmiştir. Bu, ikinci ve üçüncü bölümlerde yapılacak açıklamaların daha anlaşılır olabilmesi, değerlendirmelerin ve varılacak sonuçların sağlam bir zemine oturtulabilmesi açısından gerekli ve önemlidir.

“İş İlişkisinin Kurulması ve Devamında Şüphenin Etkisi” başlıklı ikinci bölümde ise önce konumuz bakımından önem arz eden temel iş hukuku kavramlarına yer verilmiştir. Ardından iş sözleşmesinin kuruluşu ve devamında söz konusu olabilecek işverenin şüpheleri ve sonuçları, şüphe giderme yolları ve tüm bunların hukukilik sınırları irdelenmiştir. Bu bölümde, “işverenin şüpheleri ve sonuçları” adı altında incelediğimiz konular diğer bilimsel çalışmalarda esasen başka başlıklar altında ele alınmıştır. Zaten şüphenin iş ilişkisine etkisi denildiğinde akla ilk “iş

sözleşmesinin sona erdirilmesi”nin gelme nedenlerinden birinin de bu olduğu söylenebilir.

İş Hukuku alanında “şüphe”nin yer aldığı çalışmalar, 2007 yılında bir Yargıtay kararıyla hukukumuza giren “şüphe feshi” ile ilgili olmuştur. Feshin iş ilişkisindeki önemi, en çok bu konuda iş uyuşmazlıkları çıkması ve daha önce incelenmiş pek çok konuyu başka bir kavram çerçevesinde ele alabilmemizin çıkış noktası olması sebepleriyle “şüphe feshi” çalışmamızın da esaslı kısmını oluşturmaktadır.

Üçüncü bölümde “şüphe feshi” ayrıntılı olarak incelenmiştir. Kavramın anlamı, hukuki niteliği, ortaya çıkışı, tarihsel gelişimi, koşulları ve uygulama esasları başta olmak üzere konu tüm ayrıntılarıyla ele alınmıştır. Teorik açıklamalar yapılmış ama aynı zamanda hem Alman hem Türk İçtihat örneklerine yer verilerek uygulamadaki durum da ortaya konmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞÜPHE KAVRAMI, İŞ HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

VE DİĞER TEMEL KAVRAMLAR

I. ŞÜPHE

A. Şüphe Kavramı

1. Etimolojik Açıdan Şüphe

a. Şüphenin Kelime Anlamı

“Şüphe”, Arapça’daki “şbh” kökünden gelen “belirsizlik, kuşkulu olma” anlamındaki “şubhe/a(t)” kelimesine dayanmaktadır¹. Türkçe sözlüklerde karşılık olarak genelde “kuşku” kelimesine yer verilmiştir². Ama “*bir konuda kesin bilgi veya kanaate varamamaktan doğan tereddüt, şekk, iltibas, güman*” olarak daha ayrıntılı da tanımlanmış ve “kararsızlık”, “inançsızlık” anlamlarına geleceği belirtilmiştir³. Bu doğrultuda, belleğin bir hususta alternatifler arasında kararsız kalıp seçim yapamaması; neyin doğru olduğu konusunda bir yargıya varamaması; bir şeyin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda tereddüt şekillerinde de tanımlanabilmektedir⁴.

¹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr>, (23.07.2019); Ali Püsküllüoğlu, **Türkçe Sözlük**, 7.

Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, Mayıs 2004, s. 1265; Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com>, (23.07.2019).

² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr>, (23.07.2019); Püsküllüoğlu, s. 1265.

³ Mehmet Doğan, **Büyük Türkçe Sözlük**, 16. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara, Ekim 2003, s. 1243.

⁴ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül, 2021, s. 442; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, Özdem Özaydın, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül, 2021, s. 269; Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2017, s. 88; Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, ss. 184-185; A. Caner Yenidünya, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları Ve İadesi”, **e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Şubat 2007, Sayı: 60, www.e-akademi.org, (04.11.2021), Parg. 69; Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin**

Eş anlamlı olarak kullanılan “kuşku” kelimesi ise, şüphe kelimesinin aksine yabancı kökenli değildir. Türkiye Türkçesi’nde “tedirgin olmak” anlamına gelen “kuş-” fiiline “-gu” ekinin gelmesiyle türemiştir⁵.

“Kuşku” kelimesi, ilk ortaya çıktığı dönemde Anadolu ağızlarında "tedirginlik, ürküntü" anlamında kullanılırken, Dil Devrimi ile yazı diline aktarıldıktan sonra, Türk Dil Kurumu ve bazı yazarların çabalarına rağmen değişikliğe uğramış ve “şüphe” anlamı kazanmıştır⁶. Hatta bu doğrultuda, şüphenin açıklamasında “kuşku” kelimesine yer vermemiş bir sözlükte “kuşku”, “*kuş gibi korku ve ürkeklik gösterme, huylanma, pirelenme, işkil, vesvese, veshim*” olarak tanımlanmış; dahası “kelimenin yanlış şekilde ‘şüphe’ ve ‘tereddüt’ kelimelerinin karşılığı olarak kullanıldığı” belirtilmiştir⁷. Ancak günümüzde Türk Dil Kurumu’nun da kabul ettiği üzere “şüphe” kuşku ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Sonuç olarak, “kuşku” “*bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık, kuruntu, işkil, şüphe, acaba, şek*”⁸, “*bir şeyle, bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu tam olarak bilememekten, kestirememekten doğan kararsızlık, güvensizlik duygusu*” ve “*zihnin, bir şey için var ya da yok demeyip duraksaması*”⁹ olarak çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Aslında güncel anlamına bakıldığında kuşkunun hala kökenine uygun olarak bir “tedirginlik hali”ni de barındırdığını söylemek mümkündür.

Tezimizin esaslı kısmını oluşturan şüphe feshinin Almanca karşılığı “Verdachtskündigung” tur. Görüldüğü üzere Alman Hukuku’nda kavram olarak şüphe “Verdacht” şeklinde ifade edilmiştir. “Verdacht” kelimesinin kökeni “denken” fiiline dayanır. “Denken” fiili düşünmek, tahmin etmek, fikrinde olmak, zannetmek, inanmak gibi çeşitli anlamlarda kullanılır. Ve bu fiilin anlamının yanı sıra geçmiş zaman formlarına (dachte, hat gedacht) da baktığımızda “verdacht”ın buradan türemiş olduğu açıkça görülmektedir¹⁰.

Denetlenmesi, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2015, s. 222.

⁵ Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com>, (23.07.2019).

⁶ Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com>, (23.07.2019).

⁷ M. Doğan, s. 1243.

⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (<http://sozluk.gov.tr>, (23.07.2019).

⁹ Püsküllüoğlu, s. 855.

¹⁰ Suupso - Online Almanca Türkçe Sözlük, <https://www.suupso.de>; Beluka- Online Almanca-Türkçe Sözlük, <https://beluka.de>; Langenscheidt Online Almanca-Türkçe Sözlük, <https://tr.langenscheidt.com>, (11.11.2021).

Verdacht (Şüphe), kelimesinin yapısına bakıldığında Almanca bir başka fiil olan “verdenken” (geçmiş zaman formları “verdachte, hat verdacht”)kelimesinin isimleştirilmiş hali olarak düşünülebilirse de, bu yanlış olur. Çünkü bu kelimelerin anlamları tamamen birbirinden farklıdır. “Verdenken”, “alınmak, gücenmek” demektir. Zaten “verdacht” kelimesinin fiil hali olan “şüphelenmek” Almanca “verdächtigen” e, sıfat/isim olan “şüpheli” kelimesi ise “verdächtig” /Verdächtige” ye karşılık gelmektedir¹¹.

Almanca sözlükte verdacht’ın karşılığında, “argwohn” kelimesi de yer alır. Elbette bu hukuki bir nitelendirme değildir. “Argwohn”, kelimesi daha günlük bir ifadedir ve kuruntu, kuşku, evham, güvensizlik ve tabii ki şüphe anlamlarını taşır. Almanca-Almanca sözlüklerin bazılarında şüphenin eş anlamlı olduğu kelimeler arasında “Zweifel” sayılabilmekte ve Almanca-Türkçe sözlüklerde Zweifel kelimesinin karşılığı olarak şüphe kelimesi de kullanılmaktadır. Bu doğrultuda “Zweifel” ın şüphe anlamı taşıyabileceği söylenebilirse de; esas olarak kaygı, ikilem, kuruntu anlamına gelir. Almanca-Almanca sözlüklerde “zweifel” güvensizlik, emin olmama, belirsizlik şeklinde de ifade edilmiştir¹².

Şüphe kelimesi açısından Almanca terminolojiye ilişkin belirtmemiz gereken en önemli hususlardan biri de “Verdacht” kelimesinin barındırdığı “emin olmama” ve “güvensizlik” kavramlarının, “kararsızlık, ikilem ve benzeri anlamlar”ın ötesinde negatif, suça yönelik bir nitelik taşımasıdır. Çünkü Almanca-Almanca sözlüklerde şüphe, “bir kişinin hatalı ya da suçlu bir harekette bulunduğu dair tahmin” olarak tanımlanmıştır¹³.

¹¹ DWDS (Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache) Dijital Almanca Sözlüğü <https://www.dwds.de> (09.08.2019); Duden Online Almanca-Almanca Sözlük, <https://www.duden.de>, (09.08.2019); Suupso - Online Almanca Türkçe Sözlük, <https://www.suupso.de>; Beluka- Online Almanca-Türkçe Sözlük, <https://beluka.de>, (31.07.2009); Langenscheidt Online Almanca-Türkçe Sözlük, <https://tr.langenscheidt.com>, (09.08.2019).

¹² DWDS (Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache) Dijital Almanca Sözlüğü <https://www.dwds.de>; Duden Online Almanca-Almanca Sözlük, <https://www.duden.de>; Suupso - Online Almanca Türkçe Sözlük, <https://www.suupso.de>; Beluka- Online Almanca-Türkçe Sözlük, <https://beluka.de>; Langenscheidt Online Almanca-Türkçe Sözlük, <https://tr.langenscheidt.com>, (31.07.2019); M. Saim Çakar, **Türkçe - Almanca Almanca- Türkçe Hukuk Sözlüğü**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2007, ss. 236, 550.

¹³ Duden Online Almanca-Almanca Sözlük, <https://www.duden.de>, (31.07.2009); DWDS (Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache) Dijital Almanca Sözlüğü <https://www.dwds.de>, (31.07.2009).

Ayrıca sadece şüphe feshinde değil ceza muhakemesi hukuku kavramı olarak şüphe için de “Verdacht” ifadesi kullanılmıştır¹⁴. Bu da “Verdacht” kelimesinin diğerlerine göre daha hukuki bir nitelik taşıdığını göstermektedir.

b. Şüphe ile Yakın Anlamlı Diğer Kelimeler

Şüphe kelimesini tanımlarken açıkladığımız üzere, “kuşku” ile arasında nüanslar olduğu ileri sürülebilirse de günlük dilde bu iki kelime eş anlamlı kullanılır. Kuşku dışında şüphe kelimesiyle yakın anlamlı ve kullanıldıklarında akla şüpheyi getirebilecek bazı başka kelimeler de mevcuttur. Örneğin “kuruntu” şüphe ve kuşku ile yakın anlamlı olarak kabul edilmektedir¹⁵. Ancak “kuruntu” iş ilişkisinde hukuki bir sonuç doğuramayacaktır. Çünkü sözlükteki tanıma göre “yanlış ve yersiz düşünce, evham” anlamına gelmektedir ve bunun iş ilişkisinde bir etkisi olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Kuruntu dışında şüpheyle ilişkilendirebileceğimiz başka kelimeler de mevcuttur. Örneğin, kaygılanma. Kaygı, TDK sözlüğünde “*Üzüntü, endişe duyulan düşünce, gam, tasa*”¹⁶ ve “*genellikle kötü bir şey olacaktı düşünceyle ortaya çıkan ve sebebi bilinmeyen gerginlik duygusu*”¹⁷ olarak açıklanmıştır. Endişe kelimesi ise farsça kökenlidir ve kaygı ile eş anlamlı olduğu ifade edilmiştir¹⁸. Bu doğrultuda kaygı ve endişe de kuruntu gibi sübjektif ve soyut niteliğinden dolayı tek başına hukuki bir sonuç için yeterli değildir.

Şüphenin de soyut ve sübjektif bir yapısı olduğundan, “kuruntu ve kaygı hukuki sonuçlar doğurmak için yeterli olmayacaktır” ifadesi çok tutarlı görülmeyebilir. Bu durumu iki farklı yönüyle açıklamak gerekir. İlk olarak ifade edilmelidir ki, şüphe sübjektif bir kavram olabilir; ancak maddi vakıa ve olgulara dayanıyor, bir anlamda haklı bir gerekçesi var denebiliyorsa artık sübjektif değil

¹⁴ Örneğin, StPO m. 91: “...Verdacht einer Vergiftung...”, StPO m. 92: “...der Verdacht einer Geld- oder Wertzeichenfälschung...”, StPO m. 100d: “...den Verdacht begründen...” vb. Aynı şekilde şüpheli kavramı kullanımı için bkz. StPO m. 60/II: “...Hehlerei verdächtig...”; StPO m. 163b: “...Verdächtige...”.

¹⁵ Özcan Yalım, **Türkçe’de Yakın ve Karşıt Anlamlılar Sözlüğü**, İmge Kitabevi, 1998, ss. 530, 638.

¹⁶ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr>, (23.07.2019). Benzer şekilde bkz. M. Doğan, s. 734; Püsküllüoğlu, s. 757.

¹⁷ Türk Dili Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr>, (23.07.2019). Benzer şekilde bkz. Püsküllüoğlu, s. 757.

¹⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr>, (04.02.2021); Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com>, (04.02.2021).

objektif bir şüphe söz konusu olacaktır. Özellikle şüphe feshi bakımından doktrinde üzerinde durulduğu ve çalışmamızda inceleneceği üzere “salt şüphe”, bir diğer ifadeyle maddi olgulara dayandırılmayan şüphe, hukuki bir etki doğurması bakımından yeterli olmayacaktır¹⁹. Fakat kaygı, endişe ve kuruntu kelimelerinin anlamlarına bakıldığında görüleceği üzere objektifleştirilebilmeleri mümkün değildir. Çünkü bunlar nedeni bilinmeyen, yersiz ve hatta yanlış olabilecek duygu durumlarıdır.

Açıklamalarımıza rağmen işverenin sadece objektif şüphesinin sonuçlarının olacağını söylemek de çok doğru olmayabilir. Anlatılmak istenen bunların meşru sonuçlarının olmayacağıdır. İşverenin kaygıları, kuruntuları, maddi olgulara dayanmayan yersiz şüpheleri, aday işçinin işe alınmamasına ya da iş sözleşmesinin sona erdirilmesine sebep olabilir. Ancak bunların hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. İşverenin kaygı, kuruntu, subjektif şüphelerinin sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmak (somut olayın koşullarına göre her zaman mümkün olmaz), önüne geçmek ya da zararlarının telafisi için, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde iş güvencesi hükümleri ya da kötü niyet tazminatı, işe alımda ise ayrımcılık tazminatı ya da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) uyarınca zararların talebi imkânları bulunmaktadır.

“Sanmak” ve eş anlamlısı arapça kökenli “zannetmek”²⁰ fiilleri ile “şüphe” arasında ise her ne kadar sözlüklerde doğrudan bir bağlantı kurulmamışsa da, ilerideki başlıklarda görüleceği üzere, iş ilişkisindeki şüphenin temelinde bu eylemlerin bulunduğu söylenebilir. Sanmak, “*Bir şeyin olma veya olmama ihtimalini kabul etmekle birlikte, olabileceğine daha çok inanmak, zannetmek, zannelemek*”, “*gibi gelmek*”, veya “*farz etmek*”²¹’tir²². Elbetteki şüphe de olduğu gibi salt “sanı”nın iş ilişkisini etkileyeceği söylenemez; ancak çalışmamız açısından şüphe, bünyesinde “sanı” yı barındırır.

¹⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 2. Kuvvetli Şüphenin Niteliği

²⁰ Arapça’daki znn kökünden gelen zann sözcüğüne dayanır. Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com>, (23.07.2019).

²¹ Ancak çalışmamız açısından “sanmak” kelimesini “farz etmek” olarak açıklamak uygun olmaz. Çünkü “farz etmek” ve eş anlama gelen “varsaymak” ifadeleri “sanmak” fiilinin ilk anlamının aksine tez konumuz olan şüpheden uzak bir anlam taşımaktadır. “Varsayım” ya da “farzetme” bir dayanak olmaksızın mecazi anlamda ön kabul (bir düşünceyi derinlemesine incelemeden, fazla üzerinde durmadan benimseme) teşkil edecektir. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr>, (23.07.2019).

²² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr>, (23.07.2019). Benzer şekilde bkz. M. Doğan, s. 1141; Püsküllüoğlu, s. 1137.

Örneğin, şüphe feshi incelenirken “bir suçun ya da esaslı bir sözleşme ihlalinin gerçekleştirildiği/gerçekleştirileceğine dair şüphe” ifadesine yer verilecektir. Bu durumda işveren, o eylemin işçi tarafından gerçekleştirildiğini ya da mevcut bir duruma dayanarak ileride bir eylem gerçekleştirebileceğini sanmaktadır. İşverenin “ileriye yönelik bir sanısı” işe alımlarda da ayrıca önem arzedecektir.

Bir sözlükte “sanmak” kelimesinin karşılığı olarak “tahmin etmek” kavramına da yer verilmiştir²³. Dolayısıyla eğer somut ve objektif vakıalara dayanarak yapılan bir tahmin söz konusu ise burada yine şüphenin iş ilişkisine etkisi ile bağlantılı bir durum ortaya çıkacaktır.

Son olarak bu tahmin ve sözlükte birbirlerinin karşılığı olarak ifade edilmese de benzer anlam taşıyan “öngörü” kavramını da ele almak gerekir.

Tahmin, “yaklaşık olarak değerlendirme”, “akla, sezgiye veya verilere dayanarak olabilecek bir şeyi önceden kestirme”, “önceden kestirilen, düşünülen şey” olarak ifade edilmiştir. Öngörü ise, “bir işin ilerisini kestirme veya bir işin nasıl bir yol alacağını önceden anlayabilme ve ona göre davranma” şeklinde tanımlanmıştır²⁴.

Tezimiz açısından bu kavramlar da önem taşımaktadır. Çünkü mevzuatımızda açıkça düzenlenmemişse de yargı kararlarında dikkate alınan, Alman Doktrini’nde “negative Prognose” şeklinde adlandırılan “olumsuz öngörü ilkesi”, genel bir ifadeyle “öngörü prensibi (Prognoseprinzip)” geçerli nedenle feshin hukukiliğinin denetiminde bir kriter olarak kabul edilmektedir²⁵. Doktrinde bu ilke “tahmin ilkesi” olarak da nitelendirilmiştir²⁶. Ancak “tahmin” kelimesi, “öngörü”ye göre daha soyut ve sübjektif anlamlar da barındırdığından “öngörü ilkesi” ifadesinin daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

²³ M. Doğan, s. 1141.

²⁴ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr>, (06.12.2021).

²⁵ “...Keza feshin geçersizliğini etkileyen ilkelere biri de olumsuz öngörü ilkesidir. Özellikle işçinin iş sözleşmesinin feshinde, bu fesih aynı zamanda olumsuz bir öngörüye şart kılmalıdır (olumsuz öngörü ilkesi). Kısaca işçinin davranışlarının veya verimliliğinin geçerli neden olması için, bunun gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir...”, 9. HD. 05.10.2017, 2016/24041 E. , 2017/15069 K., www.legalbank.net, (07.05.2019). Daha güncel karar için ayrıca bkz. 9. HD. 10.12.2018, 2018/3767 E., 2018/22771 K., www.legalbank.net, (23.07.2019).

²⁶ Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, “İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip)”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 34, Sıra Sayı: 124, Cilt: 34, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2008, ss. 97-110. İlke ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm III. A. Öngörü Prensibi (Prognoseprinzip)

2. Hukuki Terim Olarak Şüphe

Hukuki terim olarak şüphe, esas olarak ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanına ait bir kavramdır. Zaten şüphe denildiğinde akla ilk “suç şüphesi” gelmektedir²⁷. Bu sebeple de doktrinde şüphe kavramı genelde “suç şüphesi” olarak ele alınıp irdelenmiş ve kavramın derecelendirilmesi suç şüphesi bağlamında yapılmıştır. Bu yönüyle şüphe, bir suçun işlenip işlenmediği konusunda tereddüte düşme durumu olarak ifade edilmiştir²⁸.

Ceza muhakemesi terimi olarak, şüphenin objektif bir anlam taşıdığı ve bu sebeple varsaymak, farzetmek ya da bir şeyin gerçekleştiğini ummak gibi subjektif kavramlardan ayrıldığı belirtilmektedir. Şüphenin objektif anlamına da konuyla ilgili kanuni düzenlemelerin yorumlanmasıyla ulaşılabileceği ileri sürülmüştür. Buna göre şüphe, somut vakıalara dayanmalıdır. Suçla mücadele eden kişilerin (polis memurları, savcı vs.) soyut izlenimleri, tahminleri, günlük tecrübeleri, tecrübelere dayanan tavsiyeleri ve görüşleri ceza muhakemesi hukukunda hukuki sonuç doğuran bir şüphenin varlığına dayanak teşkil edemeyecektir²⁹. Bu doğrultuda, delile dayanan bir suç şüphesi yoksa hiçbir ceza muhakemesi işlemi gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmiştir³⁰.

Ceza muhakemesi açısından şüphe kavramı çok önemlidir. Çünkü soruşturma ve kovuşturma aşamalarında ya da koruma tedbirlerinin uygulanması konusunda şüphe temel kriterdir. Ceza muhakemesi hukuku temel ilkelerinden olan “şüpheden/kuşkudan sanık yararlanır” ilkesi suç şüphesinin önemine bir engel teşkil etmemektedir. Çünkü bu ilke esas olarak kovuşturma aşamasında hâkimin hüküm vermesi esnasında etkili olmaktadır. Bu sebeple şüphe, soruşturma evresinin vazgeçilmez bir unsurudur³¹.

²⁷ Aslında ceza muhakemesi hukuku bakımından da suç şüphesi dışında kaçma, delilleri karartma gibi başka konularda şüphe de söz konusudur bkz. Birinci Bölüm I. B. Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe Dereceleri

²⁸ Centel ve Zafer, s. 88.

²⁹ Öztürk ve diğerleri, ss. 269-270; Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi - Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihadlı)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2005, s. 410; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021, ss. 68, 167.

³⁰ Kaymaz, s. 223.

³¹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021, s. 601; Centel ve Zafer ss. 87-88, 511; Özbek ve diğerleri, s. 223; Yenidünya, Parg. 74; Özkan Gültekin, “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Şüphe’ Kavramı”, **Terazi**

Şüphe, ceza muhakemesinde bir konunun gündeme gelip soruşturmanın başlatılabilmesi, koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi ve daha sonra kovuşturma evresine geçilebilmesinde gereklidir³². Sonuç olarak şüphe sınıflandırması iyi yapılmalı ve ne anlama geldikleri tam olarak tespit edilmelidir. Şüphe ve türlerini iyi tespit etmemek ve somut olay bakımından iyi değerlendirememek çeşitli temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebep olacaktır. Örneğin, bir kişi “basit şüphe” varlığı ile şüpheli sıfatı kazanabilmekte, “yeterli şüphe” ile sanık konumuna geçebilmekte, “kuvvetli şüphe”yle tutuklanarak özgürlüğünü kaybedebilmektedir. Eğer nitelendirmeler iyi yapılmazsa, masumiyet karinesi (AY m. 38), kişinin lekelenmeme hakkı³³ ve kişi hürriyeti ve güvenliği (AY m. 19) gibi temel insan haklarının ihlali gündeme gelebilecektir. Bu durum, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali gibi kötü bir duruma sebep olmasının yanı sıra hukuka güveni de sarsacak ve bu ihlaller sebebiyle devletin tazminat ödemesi söz konusu olursa ülke ekonomisi de zedeleneyecektir. Görüldüğü üzere şüphe, ceza muhakemesi açısından temel bir ölçüttür ve büyük öneme sahiptir.

Ceza muhakemesi hukuku anlamında şüphe, esasen suçun işlenmiş olma ihtimaline karşı düşünülse de, önem arz eden başka şüphe konuları da bulunmaktadır. Bunlar tutuklama nedenlerinden biri olan, somut olgulara dayanan “kaçma şüphesi”, “ ‘delillere zarar verme veya birine baskı yapma’³⁴ konularında kuvvetli şüphe” ve şüpheli ya da sanığın aranmasındaki “makul şüphe”³⁵ dir. Ama ceza ve ceza

Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 46, Haziran 2010, s. 129; Erkut Güçlü Kahraman, “Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Yıl: 2014, Cilt: 16, Sayı: 1, ss. 139, 144, 148. Ancak kovuşturma evresinde (koruma tedbirleri hariç), amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan durum sanığın lehine olarak değişmektedir. Özellikle hüküm aşamasında “şüpheden (kuşkudan) sanık yararlanır” ilkesi esas alınacaktır. Koray Doğan, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2018, (Kuşkudan Sanık Yararlanır), ss. 128, 358; Gültekin, s. 129; Kahraman, ss. 144, 148.

³² Yenisey ve Nuhoglu, s. 601; Özbek ve diğerleri, s. 223; Kaymaz, s. 223; Gültekin, s. 122; Kahraman, s. 139.

³³ Kahraman, ss. 130, 140.

³⁴ CMK m. 100/II: “Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.”

³⁵ CMK m. 116: “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir”.

muhakemesi hukukunun doğası gereği bu şüpheler de kaçınılmaz şekilde bir suç ile bağlantılı olarak gündeme gelmekte ve önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Şüpheyi “*soruşturma veya kovuşturma makamlarının delillere ve olgulara dayanarak yapmış olduğu tahmin*” olarak ifade etmek mümkündür. Tanımda görüldüğü üzere kavramın içerisinde hep bir yanılma payı vardır³⁶. Şüphe, bu yanılma payının derecesine göre, diğer bir ifadeyle tahminlerin gerçek olma ihtimallerine göre derecelendirilmektedir. Bu sebeple farklı şüphe türleri mevcuttur³⁷.

Hukuki terim olarak şüphe, ceza ve ceza muhakemesi hukuku kökenli bir kavram olsa da, çalışma konumuzdan anlaşıldığı üzere iş ilişkisinde de önemli etki ve sonuçları bulunmaktadır. Ancak burada ortaya çıkan önemli husus, bu kavramın biri özel diğeri kamu hukuku alanındaki iki ayrı dalda tamamen farklı anlamlar mı taşıyacağı, yoksa kavramın farklı hukuk alanlarındaki değerlendirmelerinde bir paralellik sağlanması gerekip gerekmeyeceğidir. Tezimizdeki çeşitli başlıklarda yapacağımız incelemeler sonucunda bu duruma ilişkin bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır³⁸. Bu sebeple burada öncelikle iki hukuk alanındaki şüphe kavramı bakımından açık olan farklılıklar belirtilecektir.

En önemli farklılık şüphe duyan makamdır. İş ilişkisinde bu işverendir. Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda ise konuya göre değişmektedir. Her ne kadar işverende oluşan şüphenin, somut ve objektif olgulara dayandırılması gereklyse de, ceza muhakemesindeki şüphe iş hukukundakine göre daha objektiftir. Yine ceza ve ceza muhakemesi hukukunun doğası gereği burada bir tarafın şüphe duymasından ziyade “şüpheli durumun tespiti” ifadesi daha uygun düşecektir. Tespiti yapacak taraf

³⁶ Burada belirtmemiz gereken önemli bir husus, şüpheyi etimolojik açıdan incelerken yer verdiğimiz üzere kelime anlamı bakımında “şüphe”, “kuşku” aynı kabul edilebilirse de; ceza muhakemesi hukukunda farklı nitelik taşıdığıının ileri sürülmesidir. Bu görüşe göre, “şüphe”, sanığın aleyhine olan, “kuşku” ise hüküm aşamasında sanığın lehine olan durumlar bakımından kullanılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, ss. 173-177. Çalışmamızda iş ilişkisi bakımından “şüphe” kavramı esas alınmıştır. Her ne kadar ceza muhakemesi bakımından ileri sürülmüşse de, iş hukuku alanında ve elbette çalışmamızdaki bu durum, “kuşku” ve “şüphe” kavramlarına ilişkin düşünceye de aykırı olmayacaktır. Çünkü işverenin şüphesinde, işçinin aleyhine bir durum söz konusudur.

³⁷ Centel ve Zafer, s. 88; Gültekin, ss. 121, 123, 135. Bkz. Birinci Bölüm I. B. Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe Dereceleri

³⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 4. Şüphe Feshine İlişkin Olayın Ceza Soruşturması ya da Kovuşturmasına Konu Olması ve İşçiye Koruma Tedbirleri Uygulanması

ise şüphe türlerini incelerken görüleceği üzere savcı, kolluk kuvveti ya da hâkim/mahkeme olacaktır.

Diğer doğal bir farklılık şüphe konusudur. Ceza muhakemesi hukuku bakımından şüphenin değerlendirilmesi esasen suç şüphesine ilişkin olsa da³⁹, iş ilişkisinde sadece suç işlenip işlenmediği konusunda şüphe önem arzetmez. İşçinin iş sözleşmesi yükümlülüklerini ihlal ettiğine/edeceğine dair şüphe de iş ilişkisini etkileyebilecektir⁴⁰.

B. Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe Dereceleri

Belirtildiği üzere şüphe, akademik çalışmalarda ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir kavram olmasından dolayı suç açısından tanımlanmış ve sınıflandırılmıştır. Tez çalışmamız bakımından suça ilişkin şüphe de önem arz ettiğinden ve sonuç olarak farklı alanlar olsa da aynı kavram kullanıldığından ceza muhakemesi hukuku alanındaki açıklamalara ve sınıflandırmalara çalışmamızda yer verilecektir. Ayrıca yapılan ceza muhakemesi işlemlerinin iş ilişkisinin kurulması, devamı ve işverenin iş ilişkisini sona erdirmesinde etkili olup olamayacağının yorumlanması bakımından da ceza muhakemesi hukuku bakımından şüphenin ne anlama geldiğini ve ne şekilde derecelendirildiğini açıklamanın faydalı olabileceği kanaatindeyiz. Ancak özel hukuk alanı olması bakımından bu tanımlamaların ve sınıflandırmaların iş hukukunda aynı anlama gelip gelmeyeceği ya da ne kadar paralellik göstereceğinin incelenmesi gerekir⁴¹.

³⁹ Ceza ve ceza muhakemesinde şüphe esasen suç işlenmesine ilişkin ise de, yukarıda da belirttiğimiz üzere tutuklama nedenlerinden biri olan, somut olgulara dayanan “kaçma şüphesi”, “delillere zarar verme veya birine baskı yapma” konularında kuvvetli şüphe” ve şüpheli ve sanığın aranmasındaki “makul şüphe” bunun istisnalarını oluşturur. Ama hukuk dalının doğası gereği bu şüpheler de bir suç ile bağlantılı olarak gündeme gelmektedir.

⁴⁰ Bkz. İkinci Bölüm III. A. Şüphe Konuları ve Etkileri ve Üçüncü Bölüm V. A. Suç ya da Esaslı Yükümlülük İhlali Teşkil Edecek Harekete İlişkin Kuvvetli Şüphe

⁴¹ Şüphe feshi Alman Hukuku’ndan örnek alınarak sistemimize getirilmiş olduğundan Türkçe’ye çevirilerde şüphenin niteliği için farklı adlandırmalar yapılmıştır. Ve bunların bir kısmı, ceza hukuku alanında daha önce şüphe bakımından kullanılmamış ve karşılığı olmayan Türkçe terimlerdir (güçlü şüphe, ciddi şüphe gibi). Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. Suç ya da Esaslı Yükümlülük İhlali Teşkil Edecek Harekete İlişkin Kuvvetli Şüphe. Bu bağlamda şüphe feshinde ceza hukukundaki ifadelerin kullanılıp kullanılmaması gerektiği hususu ve çalışmamızda “kuvvetli şüphe” ifadesinin tercih edilmesinin nedeni için bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 4. Şüphe Feshine İlişkin Olayın Ceza Soruşturması ya da Kovuşturmasına Konu Olması ve İşçiye Koruma Tedbirleri Uygulanması

Doktrin ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)⁴² uyarınca 5 farklı şüphe türü olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar **basit şüphe, makul şüphe, kuvvetli şüphe sebepleri, yeterli şüphe, kuvvetli şüphe** olarak sayılabilir⁴³. Ayrıca bu beş şüphe türü doktrinde ikiye ayrılarak da ele alınmış; ceza muhakemesinde esasen basit ve yeterli olmak üzere iki şüphe türü olduğu, koruma tedbirleri bakımından ise makul şüphe, kuvvetli şüphe sebepleri ve kuvvetli şüphe derecelerinin esas alındığı ifade edilmiştir⁴⁴. Dahası yeterli ve kuvvetli şüphenin “yoğun şüphe” üst başlığı altında incelenmesi de söz konusu olmuştur⁴⁵.

1. Basit Şüphe (Başlangıç Şüphesi)

Basit şüphe, diğer şüphe derecelerine göre en hafif, dayandığı deliller en basit, az veya yetersiz olan şüphe türüdür⁴⁶. Bir kişiye karşı soruşturmaya başlanması için bu şüphenin varlığı şarttır. Basit şüphe CMK m. 160/I’de “bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâl” olarak açıklanmıştır. Doktrinde de belirtildiği üzere buradaki “izlenim” kavramıyla soyut nitelikli sübjektif bir durum ifade edilmemiştir. Basit şüphenin varlığının kabulü için, “kriminalist tecrübelerine göre suçun mümkün olduğunu gösteren somut vakıaların mevcut olması gerektiği” belirtilir⁴⁷. Bu sebeple suçun işlenmiş olup olmadığına yönelik günlük tecrübeler, yapılan bir tahmin veya basit bir varsayım, basit şüphe şartının gerçekleşmesi için yeterli görülmemektedir⁴⁸.

⁴² RG Tarihi: 17.12.2004 ve RG Sayısı: 25673

⁴³ Ancak doktrinde genel olarak “kuvvetli şüphe” ile “kuvvetli şüphe sebepleri” ifadeleri ayrı ele alınmamakta ve şüphe türleri dört tane olarak da sayılabilmektedir. Bkz. Öztürk ve diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 443; Öztürk ve diğerleri, ss. 270-271; Gültekin, ss. 123-135; Kahraman, ss. 139-141.

⁴⁴ Özbek ve diğerleri, s. 224.

⁴⁵ Öztürk ve diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, ss. 442, 443; Öztürk ve diğerleri, s. 270; İlker Uçdu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s. 83.

⁴⁶ Öztürk ve diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 443; Öztürk ve diğerleri, s. 270; Centel ve Zafer, s. 89; Özbek ve diğerleri, s. 224; Yenidünya, Parg. 71; Kaymaz, s. 223; Gültekin, s. 124; Kahraman, s. 140.

⁴⁷ Yenisey ve Nuhoglu, ss. 196, 328; Öztürk ve diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 443; Özbek ve diğerleri, s. 156; Yenidünya, Parg. 71; Kaymaz, s. 223.

⁴⁸ Yenisey ve Nuhoglu, s. 328; Öztürk ve diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 443; Öztürk ve Diğerleri, s. 270; Özbek, s. 686; Heribert Ostendorf, Strafprozessrecht, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2019, s. 61 Rn. 75; Centel ve Zafer, s. 89; Özbek ve diğerleri, ss. 68, 156, 167; Yenidünya, Parg. 71; Kaymaz, s. 224; Kahraman, s. 140.

Basit şüpheden söz edebilmek için delillerin en azından emare⁴⁹ (belirti) niteliği taşıması gerektiği belirtilir⁵⁰.

Basit şüphenin bulunup bulunmadığının takdiri yetkisi savcıya aittir, ama bu yetkisini sınırsız şekilde kullanamamaktadır. Ceza muhakemesine başlanılmasındaki menfaatleri tam olarak değerlendirdikten sonra, şüpheliye karşı soruşturma başlatılması “anlaşılabilir” ve “kabul edilebilir” bulunamamasına rağmen savcı bir soruşturma kararı almışsa, yetkisini aşmış olacağı kabul edilmektedir⁵¹.

Bu şüphe derecesi “başlangıç şüphesi” olarak da adlandırılır⁵². Alman Hukuku’nda da bu şüphe türü mevcuttur ve Türk Hukuku’na benzer şekilde soruşturma aşamasının başlatılması için gereklidir⁵³. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda açıkça kullanılmamışsa da doktrinde bu şüphe derecesi “Anfangsverdacht (başlangıç şüphesi)” olarak adlandırılmaktadır⁵⁴. Alman Hukuku’nda da sadece tahmin yeterli görülmemiştir. Başlangıç şüphesi için yeterli miktarda ve gerçek emareler (zureichende tatsächliche Anhaltspunkte⁵⁵) in olması gereklidir⁵⁶.

2. Makul Şüphe

Makul şüphe kavramına “şüpheli veya sanığın aranması”na ilişkin CMK m. 116/I’de yer verilmiştir⁵⁷. CMK m. 116/I’e göre “*şüphelinin yakalanabileceği*” veya

⁴⁹ “Başlıbaşına bir hususun varlığını ispata yetmemekle beraber onun vuku bulduğuna işaret eden ve ancak diğer delillerle desteklenmesi kaydıyla hükme dayanak yapılabilen olgulardır”, <https://sozluk.adalet.gov.tr>, (30.08.2020)

⁵⁰ Öztürk ve Diğerleri, s. 270; Centel ve Zafer, s. 89; Yenidünya, Parg. 71; Kaymaz, ss. 223-224.

⁵¹ Özbek ve Diğerleri, s. 156.

⁵² Yenisey ve Nuhoglu, ss. 196, 292, 327; Öztürk ve diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, ss. 443, 464, 468; Öztürk ve Diğerleri, ss. 270, 287, 290; Özbek ve Diğerleri, ss. 156, 166, 223, 224; Yenidünya, Parg. 71.

⁵³ Hukuki dayanağı Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozeßordnung – StPO) m. 152/II ve m. 160/I.

⁵⁴ Ostendorf, s. 61 Rn. 75.

⁵⁵ StPO m. 152/II.

⁵⁶ Ostendorf, s. 61, Rn. 75,

⁵⁷ Kuvvetli şüpheyi açıklarken de bahsedeceğimiz 2014 tarihli 6526 sayılı Kanunla adli arama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için gerekli olan bu “makul şüphe”, “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” olarak değiştirilmişti. Ancak aynı yıl içinde 6572 sayılı Kanunla bu değişiklikten vazgeçilmiş ve adli arama için tekrar makul şüphe şartı konmuştur. Bu dönüş, kuvvetli şüphelinin arama koruma tedbirine başvurulmasını olanaksız hale getirebilecek olması gerekçesiyle doktrinde uygun bulunmuştur. Özbek ve diğerleri, s. 292.

“suç delilleri elde edilebileceği” hususunda “makul şüphe” varsa şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilecektir.

Doktrinde, somut olaylar karşısında genelde hayatın olağan akışının içinde duyulacak⁵⁸, makul ve orta zekalı bir insanı inandıracak nitelikte şüphe olarak ifade edilmiştir⁵⁹.

Bu şüphe türü ceza muhakemesi denildiğinde akla ilk gelen ve CMK’da daha sık geçen suç şüphesine yönelik bir derecelendirme değildir. Basit, yeterli, kuvvetli şüphe ve kuvvetli şüphe sebepleri derecelendirmesinden ayrı bir nitelik taşır⁶⁰. Bu sebeple bu şüphe türleri arasında konumunu söylemek zordur. Örneğin, Yargıtay bir kararında karışıklığı gidermek için yeterli şüphe ile makul şüphenin denk olmadığını açıkça tespit etmiştir⁶¹.

Makul şüphe, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği⁶² m. 6’da açıklanmıştır. Düzenlemeye göre makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir ve şüphenin makul olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken aramanın yapılacağı zaman, yer, ilgili kişi ve yanında bulunanların tutumları, aranacak olan eşyanın nitelikleri dikkate alınmalıdır (Yön. m. 6/II). Bu şüphenin de somut vakıalara dayanması gerekir⁶³. Zira basit şüphede aranan somut vakıalar makul şüphede evleviyetle olmalıdır. Zaten Yönetmelik, aramada belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngördüren somut olguların ve ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekliliğini açıkça belirtmiştir. Bu doğrultuda makul şüphenin kriminalistik biliminin verilerine dayanan ve mevcut olaylardan doğan şüphe olduğu ifade edilmiştir⁶⁴.

Doktrinde “sadece bir şey olduğunu umma” makul şüphenin kabulü ve bu doğrultuda aramaya başvurulabilmesi için yeterli görülmemiş; basit de olsa aranan kişi ve/veya delillerin orada bulunduğuyla ilişkin bir şüphe aranmıştır. Makul

⁵⁸ Özbek ve diğerleri, s. 224; Yenidünya, Parg. 72.

⁵⁹ Yenisey ve Nuhoğlu, s. 573

⁶⁰ Özbek, ss. 409-410; Özbek ve diğerleri, s. 292.

⁶¹ “...Unutulmamalıdır ki; yasa koyucu, dava açmak için makul değil, YETERLİ ŞÜPHE aramaktadır. Ağır Ceza Mahkemesi’nin iddianamenin iadesi kararına gerekçe olarak gösterdiği, ‘... hakkında kesin rapor aldırılması’, CMK’nun 174/1-b maddesinde sözü edilen “suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan” delillerden değildir...”, Y. 1. CD., 13.1.2010, E. 2009/8224, K. 2010/3, www.kazancı.com, (14.08.2019).

⁶² RG. Tarihi: 01.06.2005, RG No: 25832

⁶³ Öztürk ve diğerleri, s. 290; Özbek, s. 410; Özbek ve diğerleri, s. 293

⁶⁴ Yenisey ve Nuhoğlu, s. 573.

şüphenin bir şeyi ummadan daha fazla, ama yeterli ve kuvvetli şüpheden daha dar bir anlama geldiği kabul edilir⁶⁵. “Makul” ifadesiyle şüphenin mantıklı olması gerektiğinin vurgulandığı ve eylemi “arama ile bağlantılı kişi”nin gerçekleştirmiş olduğunun kabul edilebilir olması gerektiği belirtilmiştir⁶⁶.

Doktrinde Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (StPO) kullanılmış “Anfangsverdacht” kavramının makul şüpheyne karşılık geldiği belirtilmiştir⁶⁷. Ancak bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü “Anfangsverdacht”ın basit başlangıç şüphesi (basit şüphe)ne karşılık gelmektedir⁶⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yakalama, gözaltı ve tutuklama koruma tedbirleri için de “makul şüphe” aramaktadır. AİHM, kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek yeterli olayların ve bilgilerin varlığı durumunda makul şüphenin bulunduğunu kabul etmektedir⁶⁹. AİHS m. 5/I-c⁷⁰ bakımından koruma tedbirleri için gerekli olan makul şüphenin, CMK m. 100’de aranan kuvvetli şüpheden daha az yoğun olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁷¹.

Makul şüphe her ne kadar diğer şüphe derecelerinden farklı bir konuya sahip olsa da derece bakımından aşağıda açıklayacağımız kuvvetli şüphe sebeplerine benzer kabul edilebileceğini düşünüyoruz.

3. Kuvvetli Şüphe Sebepleri

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan bir başka şüphe derecesi nitelendirmesi “kuvvetli şüphe sebepleri”dir. Bu kavramın, kuvvetli şüphe ile aynı anlama gelmediği, basit şüphe (başlangıç şüphesi)den daha yoğun ama henüz iddianame düzenlenmesini mümkün kılan yeterli şüphe seviyesine ulaşmamış (ya da ulaşma zorunluluğu olmayan) bir şüphe derecesini ifade ettiği söylenmiştir⁷².

⁶⁵ Öztürk ve diğerleri, s. 290; Özbek, s. 410; Özbek ve diğerleri, s. 293; Gültekin, s. 125.

⁶⁶ Özbek, s. 410; Özbek ve diğerleri, s. 293; Gültekin, s. 125.

⁶⁷ Elvan Keçelioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2015, Sayı: 3, s. 232.

⁶⁸ Bkz. Birinci Bölüm I. B. 1. Basit Şüphe (Başlangıç Şüphesi)

⁶⁹ Bkz. Tabita-İtalya Başvuru no. 26772/95 06.05.2000 tarihli AİHM Kararı, ss. 767-807, s. 793, www.anayasa.gov.tr, (30.08.2020).

⁷⁰ “c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması”

⁷¹ Öztürk ve Diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 469

⁷² Yenisey ve Nuhoglu, ss. 464-465; Zafer, s. 92; Özbek, s. 567; Özbek ve diğerleri, ss. 224, 363, 372.

Bununla bağılı olarak da somut delile dayanmayan kuvvetli şüphe sebebinin mümkün olmayacağı, somut delillerin kuvvetli şüphe sebebi için şart olduğu kabul edilmiştir⁷³. Doktrinde kuvvetli şüphe sebeplerinin, şüpheli/sanığın mahkûm edilme ihtimalinin yüksek olması anlamına geldiği de belirtilmiştir⁷⁴.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, "kuvvetli şüphe sebepleri", tutuklama nedenin bulunduğu kabulü (CMK m. 100/III), malvarlığına el koyma (CMK m. 128), şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK m. 133/I), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma uygulanabilmesi (CMK m. 134/I), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135/I), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m. 139/I) ve teknik araçlarla izleme (CMK m. 140/I) için gerekli görülmüştür. Polis Vazife Ve Salâhiyet Kanunu Ek m. 6/VIII'de de kuvvetli şüphe sebeplerine yer verilmiştir.

Makul şüphenin; kuvvetli şüphe sebepleri, basit, yeterli ve kuvvetli şüphe ayrımındakinden ayrı bir nitelik taşıdığına yer vermiştik⁷⁵. Ama bununla birlikte, makul şüphenin bir şeyi ummadan daha fazla, ama yeterli ve kuvvetli şüpheden daha dar bir anlama geldiğinin belirtildiğini ifade ettik. Kuvvetli şüphe sebeplerine ilişkin açıklamalarımıza da bakıldığında, basit şüpheyi aşan ama yeterli şüpheyeye erişememiş olan bir derece söz konusu olduğunu görmekteyiz. Bu bakış açısıyla her ne kadar farklı nitelikleri olsa da yanılma ihtimali oranı bakımından kuvvetli şüphe sebeplerinin makul şüpheyeye denk ya da benzer olduğu söylenebilir. Ancak doktrinde kuvvetli şüphe sebepleri ifadesi ile kuvvetli suç şüphesinin arasında bir fark olmadığı görüşü de mevcuttur⁷⁶. Bu görüşü kabul ettiğimizde yapmış olduğumuz çıkarım bir anlam ifade etmeyecektir.

Ayrıca konuyu daha da karmaşık bir hale getirebilecek husus, Polis Vazife Ve Salâhiyet Kanunu Ek m. 6/VIII düzenlemesidir. Madde gereğince "*Olay yeri dışında*

⁷³ Yenisey ve Nuhoğlu, s. 497; Özbek, s. 567; Özbek ve diğerleri, ss. 352, 372, 373, 403.

⁷⁴ Centel ve Zafer, s. 459.

⁷⁵ Bkz. Birinci Bölüm I. B. 2. Makul Şüphe.

⁷⁶ Kaymaz, ss. 224, 229; Ahmet Hulusi Akkaş, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *TAAD*, Yıl: 6, Sayı: 21, Nisan 2015, ss. 471-472. Açıkça aynı anlama geldiği belirtilmemişse de, kuvvetli şüphe aranan haller olarak kuvvetli şüphe sebeplerine yer verilen CMK maddelerinin örnek gösterilmesiyle de bu görüşe katılmıştır, bkz. Öztürk ve diğerleri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi*, s. 443; Öztürk ve diğerleri, s. 271; Gültekin, s. 132. Ancak kuvvetli şüphe ile kuvvetli şüphe sebeplerinin aynı anlama gelmediği görüşünü savunanlar da "tutuklama nedenleri"nin düzenlendiği CMK m. 100'ün üçüncü fıkrasında yer alan kuvvetli şüphe sebepleri ifadesinin kuvvetli şüphe ile aynı anlama geldiğini kabul etmektedir. Özbek ve diğerleri, s. 247.

kalan ve o suça ilişkin delil elde edilebileceği yönünde kuvvetli şüphe sebebi bulunan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak işlemler için Ceza Muhakemesi Kanunu'nun arama ve elkoymaya ilişkin hükümleri uygulanır". Bu düzenlemede, 2.6.2007 Gün ve 5681 sayılı Yasa⁷⁷ nın 5. maddesiyle yapılan değişiklik öncesi "kuvvetli şüphe sebebi" yerine "makul şüphe" kavramı bulunuyordu. Görüldüğü üzere böyle bir değişiklik yapılması bu kavramların aynı dereceyi ifade etmediği anlamına gelebilecektir. Doktrinde bu değişiklikte aranan makul şüphenin kuvvetli şüphe seviyesine yükseltildiği ifade edilmiştir. Ayrıca arama ve el koyma bakımından aranan makul şüphe⁷⁸(CMK m. 116/I)'nin zımnen değişmiş olduğu ileri sürülmüştür. Doktrinde bu görüşü esas alacak olursak kuvvetli şüphe ve kuvvetli şüphe sebepleri aynı anlama gelmektedir ve bu yüzden makul şüphe ile denk olmamanın ötesinde daha üst seviyede bir şüphe niteliği taşımaktadır.

Sonuç olarak doktrinde, basit, yeterli ve kuvvetli şüphenin yanı sıra böyle bir ifadenin daha kullanılmış olmasının açıklamalarımızda da görüldüğü üzere tereddütlere yol açabileceği belirtilir. Bu sebeple kanunlarda yeni kavramlara yer verilmemesi, yeni ifadelerin kullanılması zorunluysa da tanımının yapılmasının gerekliliği savunulmuştur⁷⁹.

4. Yeterli Şüphe

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yeterli şüphe, iddianamenin düzenlenmesi ve kamu davasının açılabilmesi (CMK 170/II) için ulaşılması gereken bir şüphe çeşidini oluşturmaktadır. Doktrinde yeterli şüphe (hinreichender Verdacht), yapılacak muhakemede şüpheli ya da sanığın mahkûm olma ihtimalinin (Verurteilungswahrscheinlichkeit) beraat etme ihtimalinden daha yüksek olması şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁰. Yapılan soruşturma işlemleri sonucunda, soruşturmanın başlangıcı için yeterli olan "basit şüphe" soruşturmayla birlikte yoğunlaşmış ve bir

⁷⁷ RG. Tarihi: 14.6.2007 RG. Numarası: 26552.

⁷⁸ Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma uygulanabilmesi bakımından makul şüphe değil "kuvvetli şüphe sebepleri" aranmıştır (CMK m. 134/I).

⁷⁹ Özbek ve diğerleri, ss. 247, 363.

⁸⁰ Yenisey ve Nuhoglu, ss. 592, 601; Öztürk ve diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 443; Öztürk ve diğerleri, s. 271; Centel ve Zafer, s. 92; Özbek, s. 733; Özbek ve diğerleri, s. 224; Yenidünya, Parg. 73; Kaymaz, s. 224; Gültekin, ss. 127-128, 135; Kahraman, ss. 141, 148; Keçelioğlu, s. 232.

mahkûmiyet beklentisi oluşacak “yeterli şüphe” haline gelmiştir⁸¹. Böylece yeterli şüphe, iddianamenin temelini oluşturan ve kovuşturmanın meşruiyetini sağlayan unsur olarak nitelendirilmiştir⁸². Bu doğrultuda yeterli şüpheden “şüphenin somut delillere dayandırılması gerekliliği” anlaşılmaktadır⁸³. Zaten CMK m. 170/II’deki “*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa*” ifadesinde de bu durum açıkça düzenlenmiştir. Uzlaştırma teklifi yapılabilmesi için de kamu davası açılabilmesi için gerekli olan yeterli şüphe derecesi mevcut olmalıdır⁸⁴.

Burada tekrar şunu vurgulayabiliriz ki makul şüphe, şiddet olarak yeterli şüpheyeye denk düşmez. Zaten yeterli şüphe ile makul şüphenin denk olmadığı hususu Yargıtay kararında da tespit edilmiştir⁸⁵.

Alman Hukuku’nda da durum benzer şekildedir. StPO m. 203 uyarınca soruşturma sonunda kişi hala yeterli derecede şüpheli (hinreichend verdächtig) ise kovuşturma başlatılabilecektir. Bu şüphe türü “Hauptverfahrensverdacht (kovuşturma evresi şüphesi)” olarak ifade edilmiştir⁸⁶.

5. Kuvvetli Şüphe

Kuvvetli şüphenin, kovuşturma sonunda sanığın mahkûm olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması anlamına geldiği kabul edilmektedir⁸⁷. Bir başka ifadeyle “kuvvetli suç şüphesi” kavramı, şüpheli ve sanığın fiili işlediği, cezalandırma ve cezai takibat için şikâyet hariç bütün koşulların gerçekleşmiş olduğu hususunda basit

⁸¹ Öztürk ve diğerleri, s. 271; Özbek, s. 727; Özbek ve diğerleri, ss. 223, 224; Kahraman, s. 141; Keçelioğlu, s. 232.

⁸² Keçelioğlu, s. 233.

⁸³ Özbek ve diğerleri, s. 224, Yenidünya, Parg. 73; Gültekin, s. 127; Kahraman, s. 141.

⁸⁴ Yenisey ve Nuhoğlu, s. 850.

⁸⁵ “Unutulmamalıdır ki; yasa koyucu, dava açmak için makul değil, YETERLİ ŞÜPHE aramaktadır. Ağır Ceza Mahkemesi’nin iddianamenin iadesi kararına gerekçe olarak gösterdiği, ‘... hakkında kesin rapor aldırılması’, CMK’nun 174/1-b maddesinde sözü edilen “suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan” delillerden değildir”, Y. 1. CD., 13.1.2010, E. 2009/8224, K. 2010/3, www.kazancı.com, (14.08.2019).

⁸⁶ Ostendorf, s. 61 Rn. 75

⁸⁷ Öztürk ve diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 443; Öztürk ve diğerleri, s. 271; Centel ve Zafer, s. 92; Özbek ve diğerleri, s. 224; Yenidünya, Parg. 76; Kaymaz, s. 224; Uçdu, s. 83; Gültekin, ss. 132, 135; Keçelioğlu, s. 233.

bir sanının çok ötesinde, kamu davası açılması için gerekli olan yeterli şüpheyi de aşan yüksek bir suç şüphesi bulunmasıdır⁸⁸.

CMK m. 100/I’de belirtildiği üzere tutuklama kararı verilebilmesi için gereken şüphe derecesi “kuvvetli şüphe” dir. Yine bu hükümde belirtildiği üzere kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu kabulü için “somut delillerin” olması gerekmektedir. Bu somut delillerin de olayı aydınlatma açısından kesinlik boyutuna yaklaşması söz konusudur⁸⁹. AİHM’e göre “daha önce işlenmiş benzer bir suç” koruma tedbiri için gerekli şüphenin oluşması bakımından yeterli olmamaktadır⁹⁰. AİHM bu değerlendirmeyi, koruma tedbirlerinde aradığı “makul şüphe” bakımından yapıyorsa, hukukumuzda bu tespit kuvvetli şüphe için evleviyetle geçerli kabul edilebilir.

21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun’un kabulüyle yapılan değişiklikten önce CMK m. 100/I’deki “**somut delillerin**” yerinde “**olgular**” ifadesi yer almaktaydı. Bu değişiklik doktrinde yerinde görülmüştür. Çünkü TDK sözlüğünde de yer aldığı üzere olgu “birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç, vakıa”⁹¹ yı ifade etmektedir ve bu anlamıyla “olgu”nun ispatın konusunu oluşturacağı ve kuvvetli şüphenin varlığı için yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Hatta olgu ifadesi “karine” anlamıyla kullanılmışsa da, bunun yeterli olmayacağı; çünkü aksi ispatlanabilen bir durum ya da bir başka ifadeyle “varsayım” ile mutlak gerçeğe ulaşılmaya çalışılan ceza muhakemesinde karar alınmasının uygun olmayacağı düşünülmüştür. Delil ise, bir suçun işlenip işlenmediğini ispat etme aracıdır. Bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği delillerle ispatlanabileceği için bu değişiklik uygun bulunmuştur⁹².

CMK m. 100/I’deki suça ilişkin kuvvetli şüphenin yanı sıra, tutuklama nedenleri sayılırken başka bir kuvvetli şüpheye daha yer verilmiştir. Bu şüphenin derecesi I. fıkradaki ile aynıdır; ancak şüphe konusu farklıdır. Burada şüphe “şüpheli

⁸⁸ Centel ve Zafer, s. 376; Yenidünya, Parg. 76, 77; Uçdu, s. 83; Gültekin, ss. 132, 135; Keçelioğlu, s. 233.

⁸⁹ Centel ve Zafer, s. 92; Özbek ve diğerleri, s. 224; Mehmet Reşat Koparan, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 65, s. 158; Gültekin, s. 132, 133.

⁹⁰ Murray-İngiltere, Başvuru No: 14310/88, 28.10.1994, tarihli AİHM kararı, www.hudoc.echr.coe.int, (14.11.2021).

⁹¹ Türk Dili Kurumu Sözlükleri, <http://sozluk.gov.tr>, (24.07.2019),

⁹² Özbek ve diğerleri, s. 245.

veya sanığın delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimi”ne ilişkindir.

Tutuklama dışında, “gözlem altına alınma” (CMK m. 74) açısından da kuvvetli suç şüphesinin varlığı şart koşulmuştur.

Alman Hukuku’nda da kuvvetli şüphe (dringend Verdacht) kavramı vardır. StPO’nun çeşitli maddelerinde (m. 81/II, m. 103, m. 112, m. 114, m. 131a, m. 132, m. 148) kuvvetli şüpheli (dringend verdächtig) ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca Türk Hukuku’nda olduğu gibi Alman Hukuku’nda da yapılan soruşturma sonuçlarına göre sanığın suç işlemiş olma ihtimalinin çok yüksek olması durumu kuvvetli şüphe olarak kabul edilerek, Tutuklama (StPO m. 112/I) ve Gözlem Altına Alma (StPO m. 81/II) için bu şüphe derecesi aranmıştır⁹³. Bu sebeple de söz konusu şüphe türü “U-Haftverdacht”⁹⁴ (Tutuklama Şüphesi) olarak doktrinde ifade edilmektedir⁹⁵.

C. İş İlişkisi Bakımından Şüphe

Her ne kadar iş hukukunda şüphe dendiğinde akla şüphe feshi gelse ve bunun ilk olarak bir suç şüphesinden dolayı gerçekleştirildiği düşünülse de, suç şüphesi dışındaki çeşitli şüpheler de iş ilişkisinin her aşamasında söz konusu olabilmektedir. Şüphenin etkisi, iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında başlar ve sözleşmenin sona erip iş ilişkisi ortadan kalkıncaya kadar devam eder.

Sadece bir durumun işçi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunda değil, işçinin ileride bazı davranışlarda bulunabileceği konusunda da şüphe duyulmasının sonuçları olabilmektedir. Bu şüphe türü, işçi ile iş sözleşmesinin yapılmamasına yol açabileceği gibi iş ilişkisinin sona ermesine (şüphe feshine) de dayanak gösterilebilecektir.

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında işveren, bulunduğu konum gereği, öncelikle aday işçinin başvurduğu işe uygun olup olmadığı konusunda şüphe taşır. Bu doğrultuda yaptığı araştırmalar ve işçiden aldığı belgeler (sabıka kaydı vb gibi)

⁹³ Ostendorf, s. 127 Rn. 210. Bkz. BGH, 05.05.1992 - 2 BJs 15/92-5 - StB 9/92, **NJW**, Yıl: 1992, Sayı: 31, ss. 1975-1977; BVerfG, 12.09.1995 - 2 BvR 2475/94, **NJW**, Yıl: 1996, Sayı: 16, ss. 1049-1051. Ancak bunun aksine, “dringender Verdacht”ın suçun işlenmiş olma olasılığının %50’nin altında olan ama somut olgulara dayandırılan şüphe olduğu da belirtilmiştir. Bkz. Yenisey ve Nuhoglu, s. 328.

⁹⁴ Untersuchungshaftverdacht

⁹⁵ Ostendorf, s. 61 Rn. 75.

sonucunda işverende, adayın “ileride suç işleyebileceği” konusunda şüphe de oluşabilir. Buna ek olarak, yine edindiği bilgiler ışığında aday işçinin ileride sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal edebileceği veya işe uygunluğun yakın zamanda zarar görebileceğine dair şüphe de ortaya çıkabilecektir. Örneğin, bir işveren fotoğraf ajansına model ya da radyoloji bölümüne bir tekniker almak istemektedir. Söz konusu pozisyonlara başvuranlar arasında evli ve çocuğu olmayan kadın işçiler de bulunmaktadır. İşin gerekleri ve iş sağlığı ve güvenliği sebebiyle bu işlerdeki kadın işçilerin hamile kalması durumunda işverenin onları çalıştırması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple işveren, evli ve henüz çocuğu olmayan bir kadın işçiyi işe alırsa yakın zamanda bir hamilelik durumu ortaya çıkabileceğini ve işe uygunluğun ortadan kalkmasıyla bu pozisyonlarda tekrar bir alım yapmak zorunda kalabileceğini düşünebilir. Sonuç olarak hamile kalma olasılıklarının daha yüksek olduğu kanaatiyle, evli ve çocuksuz adaylardan başka adaylarla (bekâr kadın ve özellikle erkek işçi adaylarıyla) iş sözleşmesi imzalamayı tercih edebilir. Görüldüğü üzere bu durumda işverenin bir “öngörüsü”nün, “kanaati”nin başka bir ifadeyle “sanı”sının kısacası bazı durumların gerçekleşebileceğine dair “şüphe”sinin iş sözleşmesine etkisiyle karşılaşmaktayız.

İş sözleşmesi devamında da kuruluş aşaması için belirttiğimiz, işe uygunluk bakımından veya yükümlülükler aykırı davranılabileceği ya da suç işlenebileceğine yönelik işverenin şüphesi ortaya çıkabilmektedir. Burada kuruluş aşamasından farklı olarak, işçinin bir yükümlülük ihlalinde bulunduğu ya da suç işlediği konusunda şüphe de gündeme gelebilecektir. İş sözleşmesi devam ederken oluşan bu şüpheler, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi aşamasına geçilmeden (şüphe feshi yoluna başvurulmadan önce) şüphenin giderilmesi ya da hiç oluşmaması için başvuru yolları bakımından önem arz eder.

İş ilişkisinin kuruluşundaki şüpheyle bağlantılı “iş görüşmelerinde tarafların yükümlülükleri”, “işçinin kişisel verilerinin korunması”, “işverenin soru sorma hakkı”, “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” ile işin devamındaki şüphe bakımından önemli olan “işverenin yönetim ve denetim hakkı” ve “işçinin sadakat borcu” gibi konular başlı başına birer çalışma konusudur ve çeşitli tezlerde ele alınmıştır. Bu sebeple çalışmamızda konular tüm yönleriyle değil iş ilişkisinde şüphe ve etkileri yönüyle incelenecektir. Çünkü işverenin sözleşme özgürlüğü ve teşebbüs kurma

özgürlüğü doğrultusunda müphem durumlara dayanarak nasıl hareket edebileceği ve şüphesini gidermek adına ne gibi tedbirler uygulayabileceği; ama eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve her ne kadar özel hukuk ilişkisi olsa da işçinin iş sözleşmesinden doğan haklarının yanı sıra esasen anayasal hak ve özgürlükleri de düşünüldüğünde şüpheli durumların, iş ilişkisini etkilemesinin hukukiliği ve sınırının ne olması gerektiği irdelenmelidir. Çalışmamız bakımından konuları ele alırken yapacağımız açıklamalarda üzerinde durmak istediğimiz bir husus da, “mevcut olmayan ya da mevcut olup olmadığından emin olunmayan bir durumun işverene dayanak teşkil edip edemeyeceği ve edecekse de bunun ne kadar hukuki olacağıdır”.

İş sözleşmesinin sona ermesi aşamasında (kısaca şüphe feshinde) ise zedelenebilecek temel haklar bakımından hassas bir niteliğe sahip olan “işçinin suç işlediğine dair şüphe” daha ön plandadır ancak sadece suça dair değil “esaslı bir sözleşme ihlaline dair şüphe” de söz konusudur. Dava konusu somut olayların genelde suç niteliği taşıması da suç şüphesinin daha önem taşımasına ve ilk akla gelmesine sebep olmuştur. Türk Hukuku’nda olduğu gibi Alman Hukuku’nda da durum benzerdir. Hatta hukuki olmayan Almanca-Almanca sözlüklerde “Şüphe Feshi (Verdachtskündigung)” işverenin işçinin bir suç işlediğine dair kuvvetli şüphe duyması sebebiyle iş sözleşmesini feshetmesi olarak tanımlanmış ve diğer ihtimale yer verilmemiştir⁹⁶. Ancak iş hukuku anlamında şüphenin suça dair olabileceği gibi sözleşme yükümlülüğü ihlaline yönelik olabileceğini unutmamak gerekir. Şüphe duyulan yükümlülük ihlali çoğunlukla bir suç niteliği taşıyabilmektedir ama böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır⁹⁷.

Ayrıca daha önceden de belirtildiği üzere, işçinin bir davranışı gerçekleştirip gerçekleştirmediği belirsizliğinin yanı sıra, “ileride bir davranışı gerçekleştirebileceği şüphesi”nin de şüphe feshine konu olduğu görülmüştür⁹⁸. İşçinin gerçekleşen söz ve eylemlerine dayanarak gelecekte bazı davranışlarda bulunabileceği konusundaki şüphe sebebiyle yapılan fesih, Türk doktrini ve yargı kararlarında şüphe feshi olarak

⁹⁶DWDS (Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache) Dijital Almanca Sözlüğü <https://www.dwds.de>, (31.07.2009); Duden Online Almanca-Almanca Sözlük, <https://www.duden.de>, (31.07.2009).

⁹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 1. Şüphe Duyulan Eylemler

⁹⁸ İş sözleşmesinin kuruluşu aşaması içinde söz konusu olabilecek bu şüpheye iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından dayanılmasının etkileri hem işçi hem de işveren açısından daha fazla ve ciddi olacaktır. Hem kuruluş hem de sona erme aşamasında geleceğe yönelik bu şüphenin işverenin iş akdi imzalamaya ya da sona erme kararlarına esas teşkil etmesinin hukukiliği ise ikinci ve üçüncü bölümde ele alınacaktır.

nitelendirilmişse de, şüphe feshi konusunda örnek alınan Alman Hukuku'nda bu şekilde bir şüphe feshi çeşidine rastlanmamaktadır. Bu durum ancak “olumsuz öngörü ilkesi (negative Prognose)” kapsamında değerlendirilerek feshe esas teşkil edebilecektir⁹⁹.

II. ŞÜPHENİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ İLE İLGİLİ HUKUK İLKELERİ VE ANAYASAL HAKLAR

A. Anayasal Düzenlemelerin Özel Hukuka Etkisi (Yatay Etki)

1. Genel Olarak

Temel hak ve özgürlükler esasen Anayasa'da güvence altına alınmıştır. Kanunlarda yapılan düzenlemeler ile de bu hak ve özgürlükler özel hukuk ilişkileri bakımından uygulamaya dâhil edilmiştir. Ancak herhangi bir kanun düzenlemesi olmaksızın Anayasa hükümlerinin bir özel hukuk ilişkisini ne ölçüde ve nasıl etkileyeceği veya hukuki geçerlilik değerlendirmelerinde bir kriter olup olmayacağı sorularını yanıtlamak gerekmektedir.

Çalışmamızda tartışmalı hususların aydınlatılmasında da kritik bir yere sahip anayasal temel hak ve ilkelerin üçüncü kişilere yani bireyler arasındaki ilişkiye etkisi konusu (özel hukuk alanına etki), Almanca “drittwirkung” olarak adlandırılmıştır¹⁰⁰.

⁹⁹ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm III. Şüphe Feshi Çeşitleri ve Öngörü Prensibi

¹⁰⁰ Alman Hukuku'nda yatay etki (Drittwirkung) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. H. C. Nipperdey, **Grundrechte und Privatrecht**, Im Scherpe Verlag, Krefeld, 1961, ss. 14 vd.; Johannes Hager, “Grundrechte im Privatrecht”, **JZ**, Yıl: 1994, Sayı: 8, ss. 383 vd.; Martin Oldiges, “Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht”, **Staat Wirtschaft Steuern**, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996; Claudia Camastral, **Grundrechte im Arbeitsverhältnis**, Verlag Rüegger AG, Zürich, 1996; Jörg Lücke, “Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG”, **JZ**, Yıl: 1999, Sayı: 8, ss. 377-384; Annette Guckelberger, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, **JuS**, Yıl: 2003, Sayı: 12, ss. 1151-1157; Detlev W. Belling, Antje Herold ve Marek Kneis, “Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten”, **Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert**, Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, 2014, ss. 53-111; Volker Epping, **Grundrechte**, 8. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2019, ss. 170-187; Sophie Victoria Knebel, **Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten**, Nomos, Hamburg, 2018; Alina Lengauer, **Drittwirkung von Grundfreiheiten**, Springer Verlag, Wien, 2011.

Türk Doktrini'nde ise “anayasal normların yatay ilişkilere etkisi” kısaca “yatay etki” olarak nitelendirilmiştir¹⁰¹.

Bu yatay etki doğrultusunda, özel hukuk ilişkilerindeki temel hak ve özgürlük ihlalleri de “yatay ihlal”ler olarak ifade edilmiştir. Yatay ilişkide de insan haklarının korunması gereği kabul edildiğinden, devletin yatay ihlallerden doğan bir sorumluluğu olduğu da düşünülmektedir¹⁰².

Yatay etki anlayışının hukuk sistemlerinde farklı şekillenmesi, “ülkelerin kamu hukuku-özel hukuk ayrımındaki bakış açısı”, daha genel düşündüğümüzde ise “hukuk sistemi” ve “yargısal örgütlenme biçimleri” farklılıklarından kaynaklanmaktadır¹⁰³.

Kamu-özel hukuk ayrımı Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Anglo Sakson Hukuk Sistemi (Common Law)'e göre daha önemli ve işlevseldir. Ama ayırımdaki bakış açısı sadece hukuk sisteminin türüne göre şekillenmez. Anglo Sakson Hukuk Sisteminde kamu-özel hukuk ayrımının Kıta Avrupası Hukuk sistemindeki kadar belirleyici bir nitelik taşıması sadece farklı sistem özelliklerine sahip olmalarından değil ülkelerin tarihlerindeki olaylara dayandığı ifade edilmiştir. Örneğin, İngiltere’de bu ayrımın kökleşmemesinin nedeni olarak feodal yapı da gösterilmektedir¹⁰⁴. Bu doğrultuda kamu hukuku-özel hukuk ayrımında, aynı hukuk sistemini benimseyen ülkeler de farklı anlayışlara sahip olabilir. Bu sebeple de her Roma Hukuku etkisindeki ülkenin “Anayasanın özel hukuka etkisi” konusunda aynı yaklaşıma sahip olduğu söylenemeyecektir.

Konunun en çok ele alındığı ülke Almanya’dır. Almanya, tarihindeki acı olaylar (1933-1945 yıllarındaki nasyonal sosyalizmden dolayı insalık dışı

¹⁰¹ Fevzi Şahlanan, **Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelerle Uygunluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 28; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayınları, Ankara, Mayıs 2002, (Temel Haklar), s. 31; Sezgi Öktem Songu, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2014, (İfade Özgürlüğü), ss. 614-625; Sunay, ss. 9-52. Ayrıca “yatay etkileme”, “anayasanın özel hukuka etkisi”, “anayasanın kişiler arası ilişkilere uygulanması”, “üçüncü kişilere etki” gibi ifadeler de kullanılabilmektedir. Ertürk, Temel Haklar, s. 34.

¹⁰² Ayrıca bkz. John H. Knox, “Horizontal Human Rights Law”, **The American Journal of International Law**, Volume: 102, No: 1, Ocak 2008, ss. 1-2; Mehmet Akif Poroy, “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 80, Sayı: 3, ss. 1005-1011; Reyhan Sunay, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 23, Sayı: 1, ss. 9-52.

¹⁰³ Oya Boyar, **Anayasa ve Özel Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2019, s. 16.

¹⁰⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Boyar, ss. 17-18.

yaşananlar) sebebiyle, 2. Dünya Savaşı sonrası temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda daha çok hassasiyet göstermiş ve 23 Mayıs 1949 tarihli Federal Alman Anayasası ilk hükmü olarak (m. 1/I) “İnsan onuruna dokunulmaz. Tüm devlet otoritesi, onu gözetmek ve korumakla yükümlüdür” düzenlemesi kabul edilmiştir. Bu yeni Alman Anayasası’nın kabul edilmesiyle birlikte de yatay etki tartışmaları başlamıştır¹⁰⁵. Alman Hukuku’nda bu konu ciddi şekilde ele alınmış ve yapılan tartışmalar diğer ülkelerde de etkili olmuştur¹⁰⁶. Pek çok ülkede temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi farklı şekillerde ele alınmışsa da, genelde Alman öğretisi ve yargı kararları bu konudaki tartışmalarda esas teşkil etmiştir¹⁰⁷.

Yatay etki kavramı uygulamada ilk defa Alman Anayasa Mahkemesi’nin 1958 tarihli Lüth kararı¹⁰⁸’nda gündeme gelmiştir¹⁰⁹. Bu karar günümüzde de hala önemini korumaktadır. Çünkü yatay etkiye ilişkin içtihatların çıkış noktasıdır.

AIHM de kararlarında bu olguya yer vermektedir¹¹⁰. Ülkemizde ise 2014 yılından itibaren Anayasa Mahkemesi içtihadında kavram etkin şekilde kullanılmıştır¹¹¹. Hem AIHM¹¹² hem de Anayasa Mahkemesi¹¹³ kararlarında yatay

¹⁰⁵ Belling ve diğerleri, ss. 53-54; Detlev W. Belling ve Nurten İnce, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt 12, Sayı: 137, ss. 4,5; Boyar, ss. 18-19.

¹⁰⁶ Belling ve İnce, s. 3.

¹⁰⁷ Belling ve İnce, ss. 6,7.

¹⁰⁸ BVerfG, 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, <https://openjur.de>, (15.11.2021).

¹⁰⁹ Karar içeriğine ilişkin bkz. Birinci Bölüm II. A. 3. Dolaylı Etki (mittelbare Drittwirkung) Görüşü.

¹¹⁰ **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi**, Avrupa Konseyi – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çev. H. Burak Gemalmaz, 2019, ss. 31-32.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi, Başvurusu Numarası: 2012/1035, 17.07.2014 tarihli Türkiye Emekliler Derneği Kararı; Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2014/1167, 25.10.2017 tarihli Kamil İnce Kararı; Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2014/2085, 26.10.2017 tarihli Birgül Pişkin ve Diğerleri Kararı, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (15.11.2021).

¹¹² Öneriyıldız-Türkiye Başvuru no: 48939/99, 30.11.2004 tarihli AIHM kararı; Broniowski-Polonya Başvuru no: 31443/96, 22.06.2004 tarihli AIHM kararı, www.hudoc.echr.coe.int, (15.11.2021).

¹¹³ “...Bireysel başvuru devlet tarafından kamu gücü kullanılarak bireylerin temel haklarına yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen hak ihlallerini gidermek amacıyla ihdas edilmiş bir ikincil koruma mekanizması olmakla birlikte kimi durumlarda özel kişiler arası ilişkiler sonucu özel kişilerin birbirlerinin haklarına yaptıkları müdahalelerde devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabilmektedir. Bu durumlarda bireysel başvuru konusu yapılan dava sadece adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmekle kalmayıp özel kişiler tarafından başlatılan süreç sonucu etkilenen diğer haklar yönünden de incelenebilir...”, Anayasa Mahkemesi, Başvurusu Numarası: 2012/1035, 17.07.2014 tarihli Türkiye Emekliler Derneği Kararı. “...Bireysel başvuru, devlet tarafından kamu gücü kullanılarak bireylerin temel haklarına yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen hak ihlallerini gidermek amacıyla ihdas edilmiş bir ikincil koruma mekanizması olmakla birlikte kimi durumlarda özel kişiler arası ilişkiler sonucu özel kişilerin birbirlerinin haklarına yaptıkları müdahalelerde devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabilmektedir. Bu durumlarda bireysel başvuru konusu yapılan dava sadece adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmekle kalmayıp özel kişiler tarafından başlatılan süreç sonucu etkilenen diğer haklar yönünden de incelenebilir...”,

etki sebebiyle ortaya çıktığı kabul edilen yatay ihllaller bakımından devletin sorumluluğunun doğabileceğini de kabul etmiştir.

Anayasal düzenlemelerin özel hukuka etkisi bakımından üç farklı görüş mevcuttur. İlk görüş etkiyi tamamen reddetmektedir. Bu görüşün dayandığı klasik kamu hukuku teorisi, anayasa ve birey ilişkisini sadece devlet-birey arasındaki bir ilişki olarak görmektedir. Bu doğrultuda da Anayasa'nın "özel hukukta eşit taraflar arasındaki ilişki"ye etkisi olmayacağı kabul edilmiştir¹¹⁴. Görüşe göre tek ve esas olan "klasik koruma" diğer bir ifadeyle "dikey koruma"dır. "Dikey koruma" ile Anayasa'daki düzenlemeler kural olarak devletin kamu gücünü kullanan organları vasıtasıyla bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalesini engellemektedir¹¹⁵. Dikey etki dışında bir koruma olmadığı görüşü, yatay etkinin kabul edilmesinin uygulama güçlüğü doğuracağını da belirtir. Çünkü bu düşünceye göre temel haklar, özel hukuk alanındaki diğer haklardan farklı özelliklere sahiptir. Anayasal hükümlerin özel ilişkilere uygulanması, tarafların serbestçe aralarında kararlaştırdıkları özgürlük sınırlandırmalarının geçersizliğine yol açabileceğinden "yatay etki"nin irade özerkliğine saldırı teşkil edeceği belirtilmiştir¹¹⁶.

Anayasaların ortaya çıkışı ve bünyesinde temel haklara yer verilmesindeki temel amaç kuşkusuz dikey korumaydı. Çünkü toplumdaki bireyler, tüm yetkilerini devlet erkine devretmişti. Yaptırım gücü devletteydi ve karşısında zayıf konumda olan bireyin müdahalelere açık hak ve özgürlüklerinin korunması gerekiyordu¹¹⁷. Fakat geçen zamanla birlikte, yaşam şartlarının ve toplumsal düzenin değişikliğe uğraması yeni toplumsal güçleri ortaya çıkarmıştır. Böylece bireylere zorluklar yaratan, hak ve özgürlükleri sınırlayan hatta ihlal eden tek güç devlet olmaktan çıkmıştır¹¹⁸. Yeni oluşan bu güç dengelerinden dolayı da bireylerin hak ve

Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2014/1167, 25.10.2017 tarihli Kamil İnce Kararı, , <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (15.11.2021).

¹¹⁴ Şahlanan, ss. 28-29; Zafer Gören, **Temel Hak Teorisi**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 57, Ankara, 1995, s. 68; Ertürk, Temel Haklar, s. 32.

¹¹⁵ Belling ve diğerleri, s. 53; Belling ve İnce, s. 5.

¹¹⁶ Ertürk, Temel Haklar, s. 32.

¹¹⁷ Gerhard Wagner, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 8. Baskı, C. H. BECK, Nisan 2020, (Münchener Kommentar zum BGB), Band 7, BGB §823 Schadensersatzpflicht, Rn. 549; Ertürk, Temel Haklar, s. 26; Poroy, s. 1005.

¹¹⁸ A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 2963, İstanbul, 1982, s. 63; M. Polat Soyer, **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, 1987, (Genel İş Koşulu), ss. 164-165; Ertürk, Temel Haklar, s. 26.

özgürlüklerinin sadece devlete karşı korunması yetersiz gelmeye başlamıştır¹¹⁹. Bu durum karşısında Anayasanın özel hukuk ilişkilerini hiçbir şekilde etkilemeyeceğini savunan görüş gün geçtikçe etkisini yitirmiş¹²⁰ ve bireyler arasındaki etki kabul edilmekle birlikte bunun nasıl olacağı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır¹²¹.

Devlet ve toplumdaki diğer güçler dışında, günlük hayatta bireyler de birbirlerinin temel haklarını ihlal edebilirler ve bu durum karşısında da bir koruma ihtiyacı doğar. Aslında buradaki sorunun temelinde de yine güç dengesizliği bulunur. Her ne kadar özel hukuk ilişkilerinde karşılıklı olarak taraflar eşit ve bir tarafın elinde kamu gücü olmasa da, yatay ihlal örneklerine bakıldığında görüldüğü üzere, mağdur genellikle fiziksel, ekonomik, eğitim gibi bir bakımdan ihlalde bulunan tarafa göre daha güçsüz konumdadır¹²². Devlet, Anayasa m. 5¹²³ uyarınca bir koruma yükümlülüğü altında olduğundan ihlalleri önleyici tedbirler almalı ve bir ihlal gerçekleştiğinde de bunun sonuçlarını ortadan kaldırılabilmesi için gerekli normatif düzenlemeleri yapmalıdır. Ceza Kanunu’nda düzenlenen suçlar (yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, konut dokunulmazlığı ve mala karşı işlenen suçlar vb.) bunun en açık örneğidir. Ceza hukuku alanındaki suçlar kapsamına giren bu ihlaller dışında özel hukuk ilişkilerinde de temel hak ihlallerinin gerçekleştiği kabul edilir. Özel hukuk ilişkilerinde ihlaller genelde temel hakların yarışması şeklinde gerçekleşmektedir. Söz konusu ister ceza hukuku alanına giren suçlar ister özel hukuk ilişkilerindeki ihlaller olsun, her iki durumda da Anayasal düzenlemelerin yatay etkisinden söz edilecektir. Zaten AY. m. 11/I “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” ifadesi uyarınca da temel hakların tek muhatabının devlet olmadığı belirtilir. Bu sebeple, Anayasamızda düzenlenmiş temel hak ve ilkeler sadece kamu hukuku alanında değil özel hukuk ilişkilerinde de esas alınmalıdır¹²⁴.

¹¹⁹ Tuncay, s. 63; Soyer, Genel İş Koşulu, s. 165; Ertürk, Temel Haklar, s. 27.

¹²⁰ Şahlanan, s. 28; Tuncay, s. 63; Soyer, Genel İş Koşulu, s. 164.

¹²¹ Tuncay, s. 63; Soyer, Genel İş Koşulu, s. 165; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 614.

¹²² Poroy, s. 1006; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 615.

¹²³ AY m. 5: “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”.

¹²⁴ Devrim Ulucan, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2014, s. 371-372;

Temel hak ve özgürlüklere, “onlarsız insani bir yaşamın sürdürülemeyeceği” esasına dayanılarak insanların sahip olması gerektiği savunulur¹²⁵. Bunun sonucu olarak da Anayasal düzenlemelerin özel hukuk ilişkisinde dikkate alınmayacağını kabul etmek çok anlamlı olmayacaktır. İnsan hayatı bir bütündür ve ilişkinin karşı tarafı kim olursa olsun insanların bu hak ve özgürlüklere sahip olması ve bunların ihlal edilmemeleri gerekir¹²⁶. Hukuku ve konumuz açısından hak ve özgürlükleri birbirinden bağımsız belli alanlarla sınırlandırmak hem teorik açıdan uygun olmayacak hem de uygulamada her zaman gerçekleştirilemeyecektir. Örneğin, Adli Yargı, Hukuk ve Ceza Mahkemeleri olarak 2 kola ayrılır. Ancak yeri geldiğinde Ceza Mahkemesinin Hukuk Mahkemesi yetkisindeki bir konuda karar vermesi söz konusu olabilmekte¹²⁷, ya da ceza mahkemesi kararları kural olarak hukuk mahkemelerini bağlamasa da bazı konularda esas alınmaları gerekebilmektedir¹²⁸.

Ayrıca Anayasa’nın Başlangıç hükmünde

Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu

ve

Topluca Türk vatandaşlarının... birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve ‘Yurtta sulh, cihanda sulh’ arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu

na yer verilmiştir ve bu ifadelerin, Anayasal temel hakların sadece devlet-birey ilişkisinde değil toplumsal yaşamdaki özel hukuk ilişkilerinde de dikkate alınacağını

Osman Can, “ ‘Dolaylı Etki’ ve ‘İyi Yönetişim’ Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 35, ss. 28-29.

¹²⁵ İoanna Kuçuradi, “Laiklik ve İnsan Hakları”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2004, Sayı: 52, ss. 89-90; İoanna Kuçuradi, “İnsan Hakları: Kavramı ve Çeşitleri”, **İnsan Hakları (Konferans, Panel ve Sempozyumlar)**, 2. Baskı, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2007, ss. 29-45, (İnsan Hakları), s. 30; ss. Sunay, ss. 10-11. İnsan haklarının anlamına ilişkin ayrıntılı teorik açıklamalar için bkz. Kuçuradi, İnsan Hakları, ss. 29-45.

¹²⁶ Kuçuradi, s. 90.

¹²⁷ Ceza mahkemelerinin ek yetkisi başlıklı CMK m. 218:

(1) *Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir.*

(2) *Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir.* Bu konuda bkz. Y. 14. CD., 19.06.2017, 2014/8708 E., 2017/3421 K., www.legalbank.net, (26.02.2021).

¹²⁸ Bkz. Birinci Bölüm III. A. Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılamasına Etkisi

bir göstergesi olduğu kanaatindeyiz¹²⁹. Sonuç olarak da, insanların insan onuruna uygun şekilde yaşayabilmeleri için anayasal temel hakların sadece kamu otoritesince yapılacak ihlallere karşı korunması tek başına yeterli olmaz. Temel haklara ayrıca özel hukuk ilişkilerinde de dikkat edilmesi gereklidir¹³⁰.

Uluslararası sözleşmeler de devletlerin, özel hayatta bireylerin birbirilerine karşı gerçekleştirdiği temel hak ihlallerine karşı korunması yönünde yükümlülüğü olduğunu göstermektedir. Bu konudaki en önemli örneklerden biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹³¹,nin 1. ve 13. maddeleridir. Birinci madde “*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar*” hükmüyle devletlere açıkça pozitif yükümlülük getirilmiştir¹³². Onüçüncü maddede “sözleşmede tanınan haklar resmi bir merci tarafından ihlal edilse dahi” ulusal hak arama yollarına başvurabileceği ifade edildiğinden evleviyetle bu durum bireylerin birbirlerine karşı gerçekleştirdiği ihlaller için de geçerli olacaktır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 12 No’lu Protokolü¹³³,ne göre herkesin temel haklarından yararlanması ve ayrımcılık yapılmadan tam bir eşitlik sağlanması bakımından devletler gerekli tedbirleri almak durumundadır¹³⁴. Her ne kadar uluslararası sözleşmelerde kabul edilen devletin yatay ilişkilerdeki yükümlülükleri sözleşmede yer verilen temel haklar bakımından öngörülmüşse de bu durum Anayasa’da düzenlenen temel hakların yatay etkisini destekleyici niteliktedir.

¹²⁹ AY m. 176/I: “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir”. Başlangıç kısımlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Korkut, “Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 4, Sayı: 2, ss. 43-82.

¹³⁰ Poroy, s. 1005.

¹³¹ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Kabul Tarihi: 04.11.1950, Türkiye 20.03.1952 tarihinde imzalanmış ve 19.03.1954 tarihinde Resmi Gazete de yayınlanan 10.03.1954 tarihli Kanunla onaylanmıştır.

¹³² David Leckie, “The Human Rights Act and Employment Law” **The Journal**, Ekim 2000, <https://www.lawscot.org.uk/members/journal/issues/vol-45-issue-10/the-human-rights-act-and-employment-law/>, (12.04.2021); Poroy, s. 1007. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ian Leigh, “Horizontal Rights, The Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?” **The International and Comparative Law Quarterly**, Yıl: 1999, Cilt: 48, Sayı: 1, ss. 57-87.

¹³³ Protokol 04.11.2000 tarihinde imzaya açılmış ve 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Protokolü 18.01. 2001’de imzalamışsa da henüz onaylamamıştır.

¹³⁴ Ayrıca bağlayıcı olmayıp yol gösterici nitelik taşısa da 1993 tarihli “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirgesi” de yatay ilişkilerde temel haklar bakımından kadınların her türlü şiddete karşı korunmasına yönelik pozitif yükümlülük getirmiştir. Zaten Türkiye için 1986 tarihinde yürürlüğe girmiş 1979 tarihli BM Genel Kurulu Kararı ile kabul edilen “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi” de devlete pozitif yükümlülükler getirmiştir.

Sonuç olarak, Anayasamızda devlete getirilen pozitif yükümlülükler de düşünüldüğünde, anayasal düzenlemelerin, esasen anayasal temel hakların, özel hukuk ilişkilerinde etkili olacağı konusunda şüphe yoktur. Ancak devlet herhangi bir kanuni düzenlemede bulunmadıysa, özel hukuk ilişkilerinde doğrudan Anayasal hükümlerin bir bağlayıcılığı olup olmayacağı sorusunun yanıtlanması gerekir. Bu soruya ilişkin olarak, Drittwirkung yani yatay etkiyi kabul eden yaklaşımda iki farklı bakış açısı bulunmaktadır. Bunlar doğrudan etki ve dolaylı etki görüşüdür.

2. Doğrudan Etki (unmittelbare Drittwirkung) Görüşü

Doğrudan etki, doktrindeki diğer anıldığı şekilleriyle “mutlak”, “doğrudan doğruya” veya “direkt etki” görüşüne göre¹³⁵, özel hukuk kişileri de, devlet gibi Anayasal hak ve ilkelerin muhatabıdır; bu sebeple söz konusu anayasal düzenlemelere uymalı ve onları özel hukuk ilişkilerinde direkt olarak esas almalıdır¹³⁶. Daha açık ifade etmek gerekirse, yatay etki sonucunda özel hukuk kişileri, kanun düzenlemelerine ya da başka bir bağlantıya ihtiyaç olmaksızın birbirlerinden doğrudan anayasal temel hak ve ilkelere dikkat edilmesini talep edebilecekler; böylece anayasal düzenlemeler, zorlayıcı özel hukuk kuralları haline dönüşebileceklerdir¹³⁷. Bu görüş, “Anayasa uyarınca devlet temel hak ve ilkelerle bağlıysa, özel hukuk kişilerinin evleviyetle bu düzenlemelere uygun hareket etmesi gerekir” mantığına dayanır¹³⁸.

Anayasal temel haklar ve ilkeler korunmaya değer temel insani olgulardır. Zaten Anayasa’da güvenceye alınmış olmasının sebebi de budur. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’da düzenlenmesinde elbette ilk olarak devlete karşı korunma amacı vardır. Çünkü özel hukuk kişileri ile devlet arasındaki eşitler arası olmayan ilişkide kişiler, yaptırım gücünü tekelinde bulunduran devlet karşısında savunmasızdır ve korunmaya muhtaçtır. Dolayısıyla Anayasa’nın öncelikli amacı bu korunmasızlığı ortadan kaldırmaktır. Yasama, yürütme ve yargı erklerini bünyesinde barındıran, yaptırım gücüne sahip devlet dahi kural olarak temel hak ve özgürlükleri

¹³⁵ Nipperdey, ss. 14 vd.; J. Lücke, ss. 377 vd.

¹³⁶ Hager, ss. 383 vd.; J. Lücke, ss. 378 vd.; Soyer, Genel İş Koşulu, s. 167.

¹³⁷ Ertürk, Temel Haklar, s. 34; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 616.

¹³⁸ Belling ve İnce, s. 7.

ihlal edemiyor ve sınırlandıramıyorsa (istisnai hallerde bile bazı şartlara tabi tutuluyorsa), eşitler arası bir ilişkide tarafların karşılıklı olarak bu hak ve ilkeleri ihlal edemeyeceği şüphesizdir. Bu sebeple, doğrudan etki görüşü açıklanırken kullanılmış olan bu “evleviyetle dikkat etmesi gerekir” çıkarımına, doğrudan etki bakımından değilse de, drittwirkung (yatay etki)’nin varlığının dayanağı olarak katılmak mümkündür. Ancak yatay etkinin doğrudan ya da dolaylı mı olup olduğuna ilişkin olarak bu çıkarım yeterli görülmeyebilir.

Doğrudan etki sonucu, Anayasal temel hak ve ilkelerin tüm hukuk sisteminde objektif olarak geçerli ve bağlayıcı oluşunun, hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesine de uygun olduğu ifade edilmiştir. Anayasa hükümlerinin bu bağlayıcılığının, özel hukuk alanındaki etkiyi, sadece bir yorum aracı olmanın ötesine taşıdığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda temel haklar özel hukuk ilişkilerinde normatif etkiye sahiptir ve bu hükümlere aykırılık durumunda hukuki işlemler yok hükmünde olacaktır¹³⁹.

Doğrudan etki görüşü savunucuları, “kanunda yer alan düzenlemelere aykırı hukuki işlemlerin aksi belirtilmedikçe kesin hükümsüz olacağı”na ilişkin düzenlemeye (BGB¹⁴⁰ m. 134¹⁴¹, hukukumuzda ise TBK¹⁴² m. 27/I¹⁴³) dayanır. Bu görüşe göre madde hükmü uyarınca temel haklara aykırı eylem ve işlemlerde bulunulmamalıdır¹⁴⁴.

Bir başka dayanak olarak da zararların tazmini yükümlülüğüne ilişkin BGB m. 823/I¹⁴⁵ gösterilmiştir. Eğer temel hakların sadece sübjektif bir etkisi olacağı objektif olarak uygulanamayacağı kabul edilirse bunun BGB m. 823/I’de sayılan “ein sonstiges Recht” (diğer haklar)’ın zedelenmiş olacağı belirtilmektedir¹⁴⁶. Ancak bu düzenlemenin dolaylı etkiyi desteklediği şeklinde aksi görüş de mevcuttur. Buna göre Alman Hukuku’nda kişilik haklarını genel olarak açıkça düzenleyen özel bir

¹³⁹ Nipperdey, s. 14.

¹⁴⁰ Bürgerliches Gesetzbuch – Alman Medeni Kanunu

¹⁴¹ BGB m. 134: “Kanunda düzenlenmiş yasaklara aykırı olan her hukuki işlem, kanunda aksi belirtilmediği sürece kesin hükümsüzdür”

¹⁴² Türk Borçlar Kanunu, RG Tarihi: 04.02.2011, RG Sayısı: 27836

¹⁴³ TBK m. 27/I: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”.

¹⁴⁴ Belling ve İnce, s. 8.

¹⁴⁵ BGB m 823/I: “Kasıtlı veya ihmal sonucu başka bir kişinin yaşamını, bedenini, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya başka herhangi bir hakkını ihlal eden kişi, ortaya çıkan zararı diğer kişiye tazmin etmekle yükümlüdür”. Türk Hukuku’nda TBK m. 49/I “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür” şeklinde genel bir ifade kullanılmış ve haksız fiillerle hangi hakların ihlalinin doğan zararların tazmin edileceği belirtilmemiştir.

¹⁴⁶ Nipperdey, s. 15.

madde olmadığı için 823/I'deki “diğer haklar” kavramı kapsamında oldukları kabul edilmektedir¹⁴⁷. Alman Anayasası (Grundgesetz – GG) m. 2¹⁴⁸de kişilik hakları açıkça düzenlenmiş ve burada genel kişilik haklarının temel esaslarının olduğu vurgulanmıştır¹⁴⁹. Ancak “diğer haklar” ifadesi içinde kabul edilen kişilik hakları kapsamının GG m. 2 düzenlemesiyle aynı olmayacağı ve açıkça bu hakların maddede yazılmamış olmasının da Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanamayacağının göstergesi olacağı belirtilmiştir¹⁵⁰.

Esas olarak GG m. 1/III “Aşağıda yer verilen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar” hükmünün mefhumu muhalifinden özel hukuk ilişkilerinde temel hakların tarafları doğrudan bağlamayacağı sonucu çıkarılmıştır¹⁵¹. Kural bu olsa da özel hükümlerle bazı istisnai durumlarda doğrudan etki kabul edilmiştir. Bu istisnalara vereceğimiz örnek, iş hukuku ile ilgili olduğundan GG m. 9/III olacaktır¹⁵². Alman Anayasa’nın bu fıkrası uyarınca *çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için sendika kurma hakkı herkes ve bütün meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı sınırlamayı veya ona engel olmayı amaç edinen anlaşmalar batıldır ve bunlara yönelik önlem ve işlemler hukuka aykırıdır. 12 a, 35 f. 2 ve 3, 87 a f. 4 ve 91. maddelere göre alınan önlemler, çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için 1. cümle anlamındaki sendikalar tarafından sürdürülen iş mücadelelerine yönelik olamaz*. Bu sebeple işçi ile işveren arasında imzalanan bir iş sözleşmesinde, işçinin sendika üyesi olmamasını öngören bir madde zikredilen Anayasa hükmü gereğince geçersiz olacaktır¹⁵³.

¹⁴⁷ Belling ve İnce, ss. 8-9, dpn. 21; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 617.

¹⁴⁸ GG m. 2: “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.

Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir”.

¹⁴⁹ BGH, 25. 5. 1954 - I ZR 211/53 (Hamburg), NJW, 1954, Heft: 38, ss. 1404-1405.

¹⁵⁰ Hans D. Jarass, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz”, NJW, 1989, Heft: 14, s. 858; Belling ve İnce, ss. 8-9, dpn. 21.

¹⁵¹ Epping, ss. 170, 171, 172.

¹⁵² Gören, s. 69; Ercüment Özkaraca, “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2013/3, Sayı: 38, ss. 173-215, s. 207. Ayrıca bkz. BAG, 28. 3. 2000 - 1 ABR 16/99, NZA, 2000, Heft: 23, ss. 1294-1297.

¹⁵³ Avrupa Birliği yasal dayanaklarının iş hukuku ve istihdam ilişkisi üzerindeki etkileri için bkz. Hartmut Oetker, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I**, 4. Auflage, C. H. BECK, 2018, (Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1), § 12 Europarechtliche Grundlagen des Arbeitsrechts, Rn. 20-28

Hukukumuzda doğrudan etkinin dayanağı olarak anayasal düzenlemelerin yatay etkisini genel olarak açıklarken ele aldığımız AY m. 11/I gösterilmiştir¹⁵⁴. Doğrudan etkiyi savunan görüş, bu düzenlemeden yola çıkarak Anayasa normlarının sadece devlet ve vatandaşlar arasında değil, özel hukuk ilişkilerinde de uygulanacağını; ayrıca doğrudan etkinin sadece anayasal temel hak ve özgürlükler değil, diğer Anayasa hükümleri için de geçerli olacağını; bu sebeple Anayasa'nın başlangıç hükümleri ve bunun sonuçlarının da özel hukuk alanında sonuç doğuracağını ifade etmiştir¹⁵⁵. Ancak aksi görüşe göre, AY m. 11/I'deki "diğer kuruluş ve kişiler" ifadesi, lafzi yorum yapıldığında "özel hukuk kişileri"ni kapsayacak olsa da, sistematik yorum yapıldığında bu sonuca ulaşamayacaktır. Çünkü bu ifadenin hemen öncesinde "yasama, yürütme ve yargı organları, idare makamları" sayıldıktan sonra "diğer" kelimesi kullanılmıştır ve bu sebeple söz konusu "kuruluş ve kişiler" in önceden sayılmış kamu gücü erkleriyle bağlantılı olması gereklidir. Sonuç olarak AY m. 11/I'in özel hukuk ilişkilerinde anayasal hükümlerinin doğrudan etkisine dayanak teşkil etmeyeceği, dahası hükmün mefhumu muhalifinden kural olarak anayasal düzenlemelerin özel hukuk ilişkilerinde doğrudan bağlayıcı olmayacağı çıkarılmıştır¹⁵⁶. Ancak doğrudan etki görüşü kabul edilmese dahi, Alman Hukuku bakımından belirtmiş olduğumuz gibi Türk Hukuku'nda da açık düzenlemelerle anayasal hükümlerin özel hukuk ilişkilerini doğrudan etkilediği noktalar bulunmaktadır. Vereceğimiz ilk örnek yukarıda değindiğimiz GG m. 9/III'e paralel AY m. 51/I'dir. AY m. 51/I'e göre

Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Bu Anayasa normu uyarınca özel hukuk ilişkisi olan işçi-işveren arasındaki iş ilişkisinde, işverenin sahip olduğu yönetim hakkı kapsamında işçisini sendika üyeliğinden ayrılmaya zorlaması yasaklanmıştır.

¹⁵⁴ Bkz. Birinci Bölüm II. A. 1. Genel Olarak

¹⁵⁵ Tuncay, s. 69; Gören, ss. 71-72.

¹⁵⁶ Sibel Kılıçarslan İsfen, "Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme Ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 203.

Benzer şekilde AY m. 54 “Grev Hakkı ve Lokavt”da yer alan “*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler*” ifadesi de işçi-işveren arasındaki özel hukuk ilişkisinde temel hakkın doğrudan etkisine örnek olarak verilmiştir. Ancak bunun dahi doğrudan mı yoksa dolaylı olarak mı özel hukuku etkileyeceği maddenin devamındaki “*Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir*” hükmünden dolayı tartışılabilir. Ayrıca çeşitli Anayasa normlarından yola çıkarak yapılmış olan kanun düzenlemeleri de istisnai olarak özel hukuk ilişkilerini Anayasa’nın doğrudan etkilediği örnekler¹⁵⁷ olarak verilmiştir¹⁵⁸. Fakat kanaatimizce bunlar da dolaylı etkiyi anlatırken yer vereceğimiz üzere¹⁵⁹, yatay etkinin yasama aracılığıyla gerçekleşen dolaylı etkisi olarak değerlendirilebilecektir.

Genel olarak doğrudan etkinin savunulmasının altında yatan düşünce, temel hakların sadece devlet tarafından değil diğer üçüncü kişilerce de ihlal edilebileceğidir. Özellikle ekonomik açıdan üstünlük arz eden özel hukuk ilişkisi taraflarının temel hak ve özgürlükler açısından ciddi bir tehdit olduğu, bu güçlere karşı da temel hak ve özgürlüklerin korunması gerektiği savunulur¹⁶⁰. Küreselleşmenin günden güne artmasıyla uluslararası şirketlerin özellikle gelişmekte olan ülkelerde kazanmış olduğu güç karşısında anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin doğrudan uygulanabilirliğinin daha da önem arz ettiği savunulmuştur¹⁶¹. Çünkü temel haklar sadece devlete karşı değil herkese karşı ileri sürülebilen, kural olarak kimsenin müdahale edemeyeceği haklardır. Söz konusu temel insani değerlerin Anayasa’da düzenlenmesiyle bireyler için önemli bir koruma sağlanmıştır, ama bunun etkili olması için hükümlerin doğrudan uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶².

Alman Federal İş Mahkemesi (Bundesarbeitsgericht – BAG), görüşü her zaman net olmasa da temel hakların toplumsal yaşamı düzenlemesinden dolayı, bazı sınırlar koysa da sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak eski içtihadlarında

¹⁵⁷ AY m. 51’e dayanılarak kabul edilen İşK m. 18/III – a ve İşK m. 55 vb.

¹⁵⁸ Kılıçarslan İsfen, ss. 203-204.

¹⁵⁹ Bkz. Birinci Bölüm II. A. 3. Dolaylı Etki (mittelbare Drittwirkung) Görüşü

¹⁶⁰ Belling ve İnce, s. 7.

¹⁶¹ Belling ve İnce, ss. 7-8.

¹⁶² Nipperdey, s. 14; Belling ve İnce, s. 9.

doğrudan etki anlayışını benimsemiştir¹⁶³; ancak günümüzde hem yargı kararları hem de doktrinde genel görüş doğrudan etkiyi kabul etmemektedir¹⁶⁴.

Tarihsel sürece bakıldığında, sistematik ve amaçsal yorum temelinde değerlendirme de yapılırsa temel hakların doğrudan etkisinin olmayacağı konusunda pek çok argüman elde edileceği ifade edilmiştir¹⁶⁵. Tarihi açıdan bakıldığında temel hakların liberalizmden doğduğu, devlet vatandaş ilişkisinde vatandaşın özgürlüğünün önce geldiği ve bu özgürlüğe devletin ancak makul nedenler varsa müdahale edebileceği, sonuçta da temel hakların vatandaşın devlete karşı koruyucu nitelik taşıyan bir ana güvencesi olduğu ortaya konmuştur¹⁶⁶. Sistematik yorum yapıldığında, “yatay ilişkide doğrudan etki için ancak açık bir düzenleme olması gerektiği”, amaçsal yorumda ise “ ‘doğrudan etki’nin taraflar arasındaki sözleşme serbestisine hukuka aykırı bir müdahalesi olarak değerlendirilebileceği” sonucu çıkarılmıştır¹⁶⁷. Bu değerlendirmelere göre, elinde bulundurduğu kamu gücüne dayanarak devletin vatandaşa yapabileceği müdahaleler özel hukuk ilişkileri bakımından söz konusu olmayacaktır. Özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde serbesti esastır ve dolayısıyla devlet müdahalelerine karşı koruma sağlayan temel haklar, özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulamaya elverişli değildir¹⁶⁸.

Doğrudan etkinin varlığına yönelik yapılmış olan açıklamaların doğruluğuna, görüşlerin “evleviyetle özel hukuk ilişkisinde uygulanır” çıkarımında olduğu gibi en azından genel anlamda “drittwirkung”a dayanak teşkil etmesi bakımından katılmaktayız ve aslında dolaylı etkiyi açıklarken ifade edeceğimiz üzere doğrudan etkiyi kabul etsek de uygulama açısından sonuçlar dolaylı etkiyi kabul ettiğimizden farklı olmayacaktır. Örnek vermek gerekirse bir özel hukuk ilişkisinde, konumuz açısından baktığımızda iş ilişkisinde, işçi ve işverenin Anayasa hükmüne dayanarak

¹⁶³ BAG, 03.12.1954 - 1 AZR 150/54, **AP**, KSchG § 13 Nr. 2; BAG, 28.09.1972 - 2 AZR 469/71, **AP**, BGB § 134 Nr. 2.

¹⁶⁴ Zöllner, Wolfgang, Karl-Georg Loritz ve Curt Wolfgang Hergenröder, **Arbeitsrecht**, 7. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, München, 2015, s. 101; Oldiges, s. 282; Camastral, s. 34; Annette Guckelberger, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, **JuS**, 2003, s. 1154. Bkz. BAG (GS), 27.02.1985 - GS 1/84, **AP**, BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14; BAG (2. Senat), 01.07.1999 - 2 AZR 676/98, **AP**, BBiG § 15 Nr. 11.

¹⁶⁵ Kılıçarslan İsfen, s. 196; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 618.

¹⁶⁶ Kılıçarslan İsfen, s. 196

¹⁶⁷ Guckelberger, s. 1153; Kılıçarslan İsfen, ss. 196-197. Bkz. BVerfG, 23. 04. 1986 - 2 BvR 487/80, **NJW**, 1987, Heft: 14, ss. 827-830; BVerfG, 12. 12. 2000 - 1 BvR 1762/95 u. 1787/95, **NJW**, 2001, Heft: 8, ss. 591-594.

¹⁶⁸ Epping, s. 170; Zafer, s. 69; Kılıçarslan İsfen, s. 197; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 619.

doğrudan bir hak iddiasında bulunması uygulama açısından mümkün olmayacaktır. Taraflar Anayasal temel haklarını, ancak yasama organının kabul ettiği Kanun düzenlemelerine dayanarak talep edebilecek ya da başvuracağı uyuşmazlık çözüm yollarıyla savunabilecektir. Ve yine yargının ya da diğer alternatif çözüm yollarının aracılığıyla, sözleşme ya da kanun düzenlemelerinin yorumlanması ve uygulanmasıyla anayasal temel haklar özel hukuk ilişkilerinde dolaylı olarak etkili olacaktır.

Doktrinde de Anayasanın tüm hükümlerinin özel hukuk alanında doğrudan etkili olacağı görüşünü savunmanın, aslında bu düzenlemelerin doğrudan doğruya özel hukuk ilişkilerinde uygulanacağı anlamına gelmediği, zaten düzenlemelerinin çoğunun uygulanabilirlik niteliği taşımadığı program hüküm niteliği taşıdığı ifade edilmiştir¹⁶⁹.

3. Dolaylı Etki (mittelbare Drittwirkung) Görüşü

Kavramın kendisinden de açıkça görüldüğü üzere bu etkiyi savunanlar, anayasal temel hak ve ilkelerin özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanamayacağını kabul eder. Zaten yukarıda da yer verdiğimiz üzere genel kabul doğrudan bir etkinin mümkün olmadığı yönündedir. Ancak bu özel hukuk ilişkilerinde temel hakların göz ardı edileceği anlamına gelmez. Yatay ilişkilerde etkinin dolaylı şekilde söz konusu olacağı ifade edilir¹⁷⁰.

Anayasal düzenlemelerin özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanacağı kabul edilirse, bireylerin irade özerkliği sınırlanmış olacağından dolaylı etkinin varlığı esas alınmıştır¹⁷¹. Bu görüş, yatay etkiyi (Drittwirkung) kabul etmesinden dolayı devlet dışında, özel hukuk kişileri tarafından da anayasal temel hak ve ilkelerin ihlal edilebileceğini kabul eder. Ancak, sadece bu ihlalin doğrudan etki için yeterli olmayacağı belirtilir. Çünkü temel hakların sadece devlete yönelik kamu hakları olduğu, özel hak niteliği taşımadığı ve bu sebeple birincil amacının bireyi devletin ihlallerinden korumak olduğu savunulmuştur. Özel hukuk Anayasa

¹⁶⁹ Tuncay, ss. 69-70 dñn.161.

¹⁷⁰ Ulrich Koebe, "Grundrechte und Privatrecht: Eine Rezensionsabhandlung", **JZ**, 1961, Nummer: 17, ss. 525-526.

¹⁷¹ Tuncay, s. 66; Soyer, Genel İş Koşulu, s. 171; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 619.

karşısında bağımsız ve kendine özgü bir nitelik taşır. Anayasa hukuku, kamu hukuku alanına girdiğinden ve kamu hukuku ile özel hukuk kendine has ilkeleri olan ayrı iki hukuk alanı olduğundan, temel hakların ancak dolaylı olarak etkisinin söz konusu olabileceği belirtilmiştir¹⁷².

Dolaylı etki ile hem özel hukuk esasları ve bu bağlamda irade özerkliği zedelenmemiş olacak hem de Anayasal düzenlemelere aykırı hareket edilmeyerek Anayasa Hukuku'na uygun davranışlarla kişilerin temel hakları korunabilecektir. Böylece hukukun yeknesaklığı sağlanarak hukuka olan güvenin zedelenmesinin de önüne geçilebilecektir¹⁷³.

Bu dolaylı etki öncelikle GG m. 1/III'e dayandırılmıştır. Doğrudan etki başlığında yer verdiğimiz bu hükme göre Anayasa hükümleri ile bağlı olduklarından, “yasama ve yürütme”nin, düzenleyeceği ve özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak olan kanun, tüzük ve yönetmelikleri bu çerçevede oluşturması; “yargı”nın ise söz konusu normları yine Anayasa hükümlerini göz önünde tutarak yorumlayıp uygulaması gerekecektir¹⁷⁴. Aynı sonuca Türk Hukuku'nda yukarıda incelediğimiz Anayasamızın 11. maddesi “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*” hükmünden ulaşılabilir. Doktrinde özel hukuk kurallarının yorumunda ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde anayasal hak ve ilkelerin bir değerlendirme kriteri olarak kullanılmasıyla dolaylı etkinin gerçekleşeceği belirtilir¹⁷⁵. Örneğin mülkiyet kavramının ne anlama geldiği belirlenirken Anayasa'daki sosyal devlet ilkesinin göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir¹⁷⁶.

¹⁷² Ertürk, Temel Haklar, s. 37.

¹⁷³ Tuncay, s. 66; Soyer, Genel İş Koşulu, s. 171; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 619.

¹⁷⁴ Soyer, Genel İş Koşulu, ss. 176-177.

¹⁷⁵ A. Recal Seçkin, “Hukuk Kurallarını Uygulamada Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Anayasaya Dayanan Kural Belirleme Yetkileri ve Geçerli Olmayan Tüzük Gibi İdari Düzenleyici İşlemler Yerine Daha Üstün Olan Kuralı Uygulama Ödevleri”, **İmran Öktem'e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 275, Ankara, 1970, s. 55; Sarper Süzek, “İş Hukukunda Yorum”, **İnan Kırac'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 1, İstanbul, 1994, (Yorum), s. 235; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 618.

¹⁷⁶ Şahlanan, s. 33; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 618.

Alman Hukuku'ndaki mevcut genel kabul dolaylı yatay etkidir ve hem Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) hem de Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) bu anlayışı taşımaktadır¹⁷⁷.

Dolaylı yatay etki uyarınca, Anayasal temel hakların özel hukuk ilişkilerine genel bir değerler sistemi oluşturacağı ifade edilmiştir¹⁷⁸. Anayasaya uygun olarak oluşturulan kanunlarda, yer verilen çeşitli kavramlarla temel hakların özel hukuk ilişkilerinde dikkate alınması sağlanmış olacaktır. Örneğin “dürüstlük kuralı (Treu und Galuben – BGB m. 242)”, ahlaka aykırılık (Sittenwidrigkeit – BGB m. 138)” ve “hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit – BGB m. 823/I)” gibi. Hukukumuz açısından da aynı durum söz konusudur. TBK m. 27/I'deki “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” ve TBK m. 49/I'deki “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” hükümleri buna örnek gösterilir. Hatta hizmet sözleşmesinde haklı sebeplere ilişkin TBK m. 435 kapsamında da temel hakların değerlendirmeye alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁷⁹. Çünkü bu kavramlar somut olaya uygulanırken, objektif değerler sisteminin esasını oluşturacak “temel haklar” gözardı edilemeyecektir. Sonuç olarak her ne kadar söz konusu hükümler birer özel hukuk düzenlemesi olsa da, bunların yorumlanması ve uygulanması aracılığıyla anayasal temel haklar yatay ilişkilerde dikkate alınmış olacaktır¹⁸⁰.

Dolaylı etkinin zayıf yönü ise temel hakların özel hukuka etkisini, kapsamı belirsiz genel nitelikli kavramlara bağlamanın uygun görülmemesidir. Çünkü her temel hakkın (Ör: çalışma hakkı) genel nitelikli hükümlerden yararlanarak korunmalarının mümkün olamayacağı ifade edilmiştir¹⁸¹. Ancak çalışma hakkı vb. temel hakların “genel nitelikli özel hukuk hükümleri” bağlamında korunması mümkün olmasa da, “kanun koyucu ve yargı aracılığı ile gerçekleşen yatay etki” bağlamında anayasal bu haklar göz ardı edilemeyecektir. Yasama organının, AY m.

¹⁷⁷ Zöllner ve diğerleri, s. 101; Oldiges, s. 282; Camastral, s. 34; Annette Guckelberger, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, *JuS*, 2003, s. 1154. Bkz. BAG (GS), 27.02.1985 - GS 1/84, *AP*, BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14; BAG (2. Senat), 01.07.1999 - 2 AZR 676/98, *AP*, BBiG § 15 Nr. 11; BVerfG, 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, *NJW*, Yıl: 2011, Sayı: 17, ss. 1201-1211.

¹⁷⁸ Soyer, Genel İş Koşulu, s. 169.

¹⁷⁹ Kanaatimizce bu maddede temel hakların esas alınacağının en büyük dayanağı da ikinci fıkrada kriter olarak dürüstlük kuralına yer verilmiş olmasıdır.

¹⁸⁰ Gören, s. 72; Kılıçarslan İsfen, ss. 197, 206; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 620.

¹⁸¹ Soyer s. 176; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 620.

54 “Grev hakkı ve lokavt” daki “*Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir*” hükmü uyarınca 6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK)¹⁸²’nda kabul ettiği maddeler; Anayasal dayanağını “Sendika kurma hakkı” m. 51’de bulan İş Kanunu¹⁸³ m. 18/III – a¹⁸⁴ ve m. 55/I –h¹⁸⁵ buna örnek kabul edilebilir¹⁸⁶. Aynı doğrultuda kanun koyucunun iş güvencesine, çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin İş Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda getirdiği tüm düzenlemeler AY m. 49 “Çalışma hakkı ve ödevi” ve AY m. 50 “Çalışma şartları ve dinlenme hakkı”nın yasama organı aracılığıyla sağlanan yatay etki örneği olarak verilebilir. Ayrıca bu şekilde düzenlemeler olsun olmasın konumuz bakımından iş uyuşmazlıklarının çözümünde iş mahkemesi mevcut düzenlemeleri yorumlarken ve konuya ilişkin kanaatini oluştururken anayasadaki bu hakları göz önünde tutması gerekir. Anayasal temel haklara aykırı Kanun hükümlerinin mevcut olduğu durumlarda ise yine “dolaylı etki” soyut ve somut norm denetimleri vasıtasıyla devreye girecektir. Dahası yargı mercilerinin tamamının anayasal temel hakları göz ardı etmesi söz konusu olsa dahi bireyler, tüm yargı yollarını tükettikten sonra şartlar mevcutsa Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunabilmektedirler (6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun¹⁸⁷ m. 45- m. 51) . Bu da hukuk sistemimizde özel hukuk ilişkilerinde dolaylı ama etkin bir yatay etki anlayışının esas alındığının göstergesi olarak kabul edilebilir¹⁸⁸. Her ne kadar bireysel başvurunun m. 45’deki “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*” hükmünden dolayı, ilk

¹⁸² RG Tarihi: 07.11.2012, RG Sayısı: 28460

¹⁸³ RG Tarihi: 10.06.2003, RG Sayısı: 25134

¹⁸⁴ “**Sendika üyeliği** veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde **sendikal faaliyetlere katılmak**”.

¹⁸⁵“İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler”.

¹⁸⁶ Aksine bu örneklerin doğrudan etkinin söz konusu olduğu istisnai durumlar için de verilmesine ilişkin olarak bkz Birinci Bölüm II. A. 2. Doğrudan Etki.

¹⁸⁷ RG Tarih: 03.04.2011, RG Sayı: 27894.

¹⁸⁸ Kılıçarslan İsfen, ss. 205-206.

bakışta bireysel başvurunun dikey ilişkide temel hakların etkisine ilişkin olduğu söylenebilir de; verilen kararlar incelendiğinde bu yolun da özel hukuk ilişkilerine dolaylı yatay etkinin önemli bir göstergesi olduğu söylenebilir.

Alman Hukuku'nda yatay etki kavramına ilk kez yer verilen Alman Anayasa Mahkemesi'nin Lüth kararında da dolaylı yatay etki anlayışı benimsenmiştir¹⁸⁹. Kararda, Anayasada yer alan haklarda objektif bir değerler düzeninin var olduğu ve bunların anayasal temel tercihler olarak hukukun her alanında geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca temel hakların özel hukuk ilişkilerini, dolaylı olarak özel hukuk kuralları aracılığıyla etkilediği ifade edilmiştir. Bu bakımdan temel haklara etkinlik kazandırılmasının, özellikle özel hukuktaki serbesti ilkesine rağmen tarafların tasarrufuna kapalı zorlayıcı hükümler ve genel hükümler yoluyla gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Mahkeme, yargı organı aracılığıyla yatay etki üzerinde de durmuş ve özel hukuk hâkiminin “temel hakların özel hukuka etkisi”ni dikkate alarak karar vermesi gerektiğini; bunu yapmayıp kişilerin anayasal temel haklarını ihlal ettikleri durumda hukukumuzda da söz konusu olduğu üzere temel hakların ihlâlüne münhasır olarak Anayasa Mahkemesi'nin inceleme yapabileceği tespitinde bulunmuştur¹⁹⁰.

Sonuç olarak, ister doğrudan ister dolaylı etki esas alınsın Anayasal düzenlemelerin özel hukuk ilişkilerinde esas teşkil edeceği kuşkusuzdur. Farklı teorik görüş benimsenmesi, günümüz hukuk isteminde yatay etkinin uygulamadaki durumu bakımından çok farklı sonuç doğuramayacaktır. Örneğin aşağıda inceleyeceğimiz üzere çalışma hakkının devlete karşı ileri sürülecek bir hak olduğu kabul edilmesine rağmen, bu hakkın bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermediği de ifade edilmiştir¹⁹¹. Kanaatimizce de önemli olan ve esas almamız gereken, özel hukuk ilişkilerinde Anayasal ilke ve kurallardan bağımsız hareket edilemeyeceği, özel hukuk kanun düzenlemeleri ve özel hukuk işlemlerinden doğacak kurallar yorumlanırken anayasal düzenlemelerin ışığında hareket edilmesi gerektiğidir¹⁹².

¹⁸⁹ BVerfG, 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, <https://openjur.de>, (15.11.2021).

¹⁹⁰ Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Kılıçarslan İsfen, ss. 198-202.

¹⁹¹ Bkz. Birinci Bölüm II. C. Çalışma, Sözleşme ve Teşebbüs Kurma Hürriyeti

¹⁹² Gören, s. 72.

B. Eşitlik İlkesi

Eşitlik İlkesi, “kanun önünde eşitlik” başlığıyla Anayasa m. 10’da düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit*” tir ve dördüncü fıkra göre de “*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz*”.

İlk fıkroda cinsiyet dâhil hiçbir ayırım yapılamayacağı belirtilmişse de, ikinci fıkroda dünyada olduğu gibi ülkemizde de karşılaşılan cinsiyet ayrımcılığı ve yaşanan şiddet olaylarından dolayı kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olacağına ayrıca yer verilmiştir. Devamında ise bu eşitliğin teoride kalmayıp hayata geçirilebilmesi için devletin yükümlü olduğu ve uygulayacağı tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir. Aynı doğrultuda çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için yapılacakların da eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı vurgulanmıştır. Bir başka ifadeyle Anayasa’nın bu düzenlemesi uyarınca eşitliğin sağlanabilmesi için devlet “pozitif ayrımcılık” yapabilecektir¹⁹³. Maddenin son fıkrasında ise zaten bu düzenlemenin doğal sonucu olarak, devlet organları ve idari makamlar bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmekle yükümlü tutulmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde de kabul edildiği üzere yer verdiğimiz AY m. 10 hem örnekseyici olarak sayılmış haller nedeniyle yapılabilecek ayrımları yasaklamış hem de genel anlamda bir eşit davranma borcunu kabul etmiştir¹⁹⁴.

¹⁹³ Ulucan, s. 372.

¹⁹⁴ Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, ss. 129-130, 146-147; Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, (Eşit Davranma Borcu), ss. 25, 26; Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, (Eşit İşlem Yapma Borcu), ss. 56-57, 65; Süzek, s. 440-441; Ertuğrul Yuvalı, **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Ankara, Mart 2012, ss. 36-37; Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2006/4, Sayı:11, ss. 48-49; Melda Sur, “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 47, s. 35; Gizem Sarıbay Öztürk, “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 37, s. 122; Kaptan Merter Adınır, **İşverenin Yönetim Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2019, s. 101; Betül Erkanlı Başbüyük, **İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2020, (İş Görmekten Kaçınma), s. 214.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, sadece Anayasamızda değil ülkemizin onayladığı uluslararası kaynaklarda da yer almaktadır. Bunlardan bazıları İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB m. 1, m. 2, m. 7)¹⁹⁵, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS m. 14)¹⁹⁶, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (m.2/I); Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (m.2/II); Avrupa Sosyal Şartı (Bölüm V Madde E¹⁹⁷) dir¹⁹⁸. Ayrıca belirli konularda ayrımcılığa ilişkin Birleşmiş Milletler “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme” ve “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşme” de ülkemizin onayladığı uluslararası belgeler arasındadır.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı sadece anayasal bir ilke olarak düzenlenerek bırakılmamış çeşitlik kanunlarda da yer verilmiştir. Bu konudaki en son gelişme 2016 yılında kabul edilen 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (TİHEKK)¹⁹⁹’dur. Kanunu’nun “ayrımcılıkla mücadele” başlıklı ikinci bölümünde “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” düzenlenmiştir (m. 3). Anayasa’daki düzenlemeye paralel olarak bu Kanun maddesine göre de herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir ve Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır (m. 3/I-II). Ayrıca Anayasa’daki devletin eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi ödevine uygun olarak ayrımcılık yasağı ihlali durumunda, konuya ilişkin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları “ihlalin sona erdirilmesi, ortadan kaldırılması ve tekrarının önlenmesi ve bunların takibi için tedbirler alınması” konularında yükümlü kılınmıştır (m. 3/III). Madde son olarak “*ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel*

¹⁹⁵ Madde 23’te de eşitlik ilkesi’ne ilişkin düzenleme yapılmıştır ancak bunlar genel anlamda değil çalışma hayatına yönelik özel bir düzenlemedir. Bkz. İkinci Bölüm I. E. 3. a. Çalışma Hayatında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Hukuki Dayanakları

¹⁹⁶ Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12 Numaralı Ek Protokolü’nün birinci maddesinde de genel ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Türkiye bu Protokol’ü 18 Nisan 2001’de imzalamış, ancak daha onaylamamıştır.

¹⁹⁷ Bölüm V Madde E’de ayrımcılık yasağını incelenmiştir. Bölüm I’de ise çalışma hayatında eşitlik ile ilgili düzenleme bulunmaktadır. Bkz. İkinci Bölüm I. E. 3. a. Çalışma Hayatında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Hukuki Dayanakları

¹⁹⁸ Çalışma hayatında eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası belgeler için bkz. İkinci Bölüm I. E. 3. a. Çalışma Hayatında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Hukuki Dayanakları

¹⁹⁹ RG Tarih: 20.04.2016, RG Sayı: 29690

kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür” ifadesine yer verilmiştir. Bu son fıkra önemlidir. Çünkü her ne kadar anayasal eşitlik ilkesi AY m. 11 ve yatay etki bağlamında özel hukuk ilişkilerinde dikkate alınması gerekli görülebilecekse de, ayrımcılık yasağı sorumluluğu altındaki gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin bu şekilde açıkça sorumlu tutulması önemli bir gelişmedir. Benzer şekilde “ayrımcılık yasağı kapsamı” başlıklı beşinci madde²⁰⁰deki düzenlemede gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri (dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütleri vb) bakımından ayrımcılık yasaklarına yer verilmiştir²⁰¹.

TİHEKK’in getirdiği en büyük yenilik ise Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu²⁰²dur (m. 8 vd). Bu Kurum, Kurul ve Başkanlıktan oluşur ve görevleri kapsamlı olarak Kanun’da tek tek sayılmıştır. Bu Kurumla birlikte Kanun’da getirilmiş en büyük farklılık idari yaptırımlar kabul edilmiş olmasıdır (m. 25²⁰³).

²⁰⁰ TİHEKK m. 5: “(1)Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar.

(2) Birinci fıkrafta belirtilen hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesinden sorumlu olan kişi ve kurumlar, farklı engelli grupların ihtiyaçlarını dikkate almakla ve makul düzenlemelerin yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.

(3) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve bunlar tarafından yetkilendirilenler, taşınır ve taşınmazları kamuya açık bir şekilde sunarken bu malları edinmek veya kiralamak isteyenler ile bunlar hakkında bilgi almak isteyenler aleyhine, bunların kiralanması, kira akdinin şartlarının belirlenmesi, kira akdinin yenilenmesi veya sona erdirilmesi, satışı ve devri süreçlerinin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.

(4) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapılamaz”.

²⁰¹ TİHEKK çalışmamız bakımından esas önemli olan çalışma alanında ayrımcılık yasağına ilişkin olarak düzenlemeler de getirmiştir. Bunun için bkz. İkinci Bölüm I. E. 3. a. Çalışma Hayatında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Hukuki Dayanakları

²⁰² Esasen bu Kurum 2012 yılında 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu (RG Tarih: 30.06.2012 RG Sayı: 28339) ile oluşturulmuştur. Ancak 2016 yılında 6701 sayılı TİHEKK’in kabul edilmesiyle Kanun mülga olmuş ve Türkiye İnsan Hakları Kurumu, görev ve yetkileri genişletilip idari yaptırımların da öngörülebildiği daha etkin ve yetkin “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu” olarak değiştirilmiştir.

²⁰³ TİHEKK m. 25: “(1) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel

Ayrımcılık yasağı, kanunun onay vermemesine rağmen çeşitli nedenlere dayanarak farklı muamele yapılmaması anlamına gelir. Uygulamada eşitlik ilkesinin içini dolduran onu somutlaştıran²⁰⁴, eşitlik ilkesinin bir unsuru olarak nitelendirebileceğimiz ayrımcılık yasağı, temel hak ve özgürlük olmasının yanı sıra Aristoteles'in kabul ettiği üzere adaletin ve diğer haklardan yararlanabilmenin bir ön koşulu sayılmıştır²⁰⁵. Başka bir ifadeyle eşitlik ilkesi sadece temel bir insan hakkı olmanın ötesinde tüm diğer insan hakları için gereken temeli sağlamaktadır²⁰⁶. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi AİHS'nin çeşitli hükümlerine aykırılık iddialarına ilişkin kararlarında AİHS m. 14'deki ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğini saptamıştır²⁰⁷.

Ayrımcılık yasağı önemine binaen Türk Ceza Kanunu (TCK)²⁰⁸,nda da suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 122'ye göre bir kişi “*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan*” nefret nedeniyle bir başka kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz

hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir.

(3) 19 uncu maddede öngörülen yükümlülüklerle, uyarıya rağmen haklı bir neden olmaksızın belirtilen sürede uymayan birinci fıkra kapsamındaki kişi ve kuruluşlar hakkında beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bu fıkra düzenlenenen idari para cezaları hakkında da ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz.

(5) Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

(6) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır.

²⁰⁴ Kübra Doğan Yenisey, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları” **Kamu-İş Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 6, Sayı: 4, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, (Kadın Erkek Eşitliği), s. 38; Yıldız, Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 69.

²⁰⁵ Sur, s. 40; Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2006/4, Sayı: 11, (Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı), s. 63; Murat Kandemir ve Didem Yardımcıoğlu, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 19, Sayı: 30-31, s. 3.

²⁰⁶ Emmanuel Dockès, “Equality in Labour Law: An Economically Efficient Human Right? Reflections from a French Law Perspective”, **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, Cilt:18, Sayı: 2, Summer 2002, s. 188; Kübra Doğan Yenisey, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt:2, Sayı: 7, s. 975.

²⁰⁷ Sur, s. 40.

²⁰⁸ RG Tarih: 12.10.2004 RG Sayı: 25611

malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, bir başka kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını ya da olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellerse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır²⁰⁹.

C. Çalışma, Sözleşme ve Teşebbüs Kurma Hürriyeti

Çalışma hürriyeti, “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı Anayasa’nın 48. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilmiştir. Ayrıca 49. maddede çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu yer almaktadır.

Doktrinde kabul edildiği üzere çalışma hakkının iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak kişilerin çalışmalarının engellenemeyeceğini ifade etmektedir. Bu yönüyle çalışma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve ondan feragat edilmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer açıdan ise kişilerin çalışacak bir işe sahip olabilmeleri anlamına gelmektedir. Bu yönüyle çalışma hakkı devlete bir yükümlülük getirir. Devlet çalışma hakkı uyarınca herkes için olanaklar yaratmalıdır²¹⁰. Bu anlayışa paralel olarak da m. 49/II’de devletin çalışma hakkına ilişkin yükümlülükleri sayılmıştır. Düzenlemeye göre devlet,

- Çalışanların hayat seviyesini yükseltmek,
- Çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak,
- Çalışmayı desteklemek,
- İşsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve
- Çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır.

²⁰⁹ İşe alımla ilgili olarak nefret ve ayrımcılık bendine yer verilmiştir. Buna İkinci Bölüm I. E. 3. a. Çalışma Hayatında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Hukuki Dayanakları’nda değinilecektir. Ayrımcılık suçu’na ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2006/4, Sayı: 11, ss. 97-115, (Ayrımcılık); Burcu Demren Dönmez, “Ayrımcılık Suçu”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 102, ss. 9-58; Ümit Kocasakal, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2015, Sayı: 28, ss. 7-40; Uğur Ersoy, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 34, ss. 9-56; Gökçe Serim Çiçek, **Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2021.

²¹⁰ Turhan Esener, İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, (İş Hukuku); Ertürk, Temel Haklar, ss. 50-51; Murat Şen, “İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 147.

Ayrıca m. 48/II uyarınca devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri de alacaktır.

AY m. 48’de güvence altına alınmış sözleşme hürriyeti, Borçlar Kanunu’nun esasını teşkil etmektedir. Özel Hukuk dalı olan İş Hukuku bakımından doğal olarak sözleşme özgürlüğü esas olsa da, bazı açılardan mevzuatlardaki çeşitli emredici hükümlerle bu hak sınırlandırılmıştır²¹¹. Bu durum iş hukukunun çıkış sebebi ve bu alanda önemli bir ilke olan işçiyi koruma ilkesinden kaynaklanmaktadır.

İlk bakışta özellikle işçi ve işveren tarafları açısından, iş sözleşmesinin kurulmaması ya da sona erdirilmesi durumlarında ele alındığında birbiri ile çatışan karşıt hak ve özgürlükler olduğu söylenebilirse de iki hak da kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının bir uzantısı olarak nitelendirilebilecektir²¹². Ayrıca her ne kadar “çalışma hakkı” işçiyle, “sözleşme özgürlüğü” işverenle özdeşleşmişse de aslında iki taraf da bu hak ve özgürlüklere karşılıklı olarak sahiptirler. Özellikle çalışma hakkının iki farklı yönü olmasından dolayı çalışma hakkı ve özgürlüğü kavramlarının ayrı olarak tanımlanarak, çalışma hakkı kapsamında genel olarak irdelemek yerine farkının vurgulanması gerekli görülmüştür²¹³. Bu incelemeden sonra da iş sözleşmesinin her iki taraf bakımından da çalışma ve sözleşme özgürlüğünün önem arz ettiği görülecektir.

Çalışma hak ve özgürlüğü içinde çeşitli hak ve koruma alanları barındırdığından ve farklı yükümlülükler doğurduğundan ayrıştırılması uygun görülmüştür. Çalışma özgürlüğü işçi/işçi adayı bakımından işçiye çalışıp çalışmamaya karar verme hakkı, çalışmayı istemesi durumunda da çalışacağı işi,

²¹¹ Ertürk, Temel Haklar, s. 51.

²¹² Ertürk, Temel Haklar, s. 51. Alman Hukuku’nda konuya ilişkin olarak bkz. Rupert Scholz, **Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar**, C. H. BECK, Band II, 92. Ergänzungslieferung, August 2020, (Maunz/Dürig Kommentar), GG. Art. 12 Rn. 91; Udo Di Fabio, **Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar**, C. H. BECK, Band I, 92. Ergänzungslieferung, August 2020, (Maunz/Dürig Kommentar), GG. Art. 2, Rn. 77 vd.; Martina Benecke, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I**, 4. Auflage, C. H. BECK, 2018, (Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1), § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 1-3; Ralf Blaha ve Tobias Mehlich, “Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra ‘Azubi-Schutz’”, **NZA**, 2005, Heft: 12, ss. 667-672, s. 672; Michael Horcher, “Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht – unter besonderer Berücksichtigung von § 15 Abs. 6 AGG”, **RdA**, 2014, Heft: 2, ss. 93-102, s. 94. İlgili kararlar için bkz. BAG, 29.06.1962 – 1 AZR 343/61, **NJW**, 1962, Heft: 43, ss. 1981-1983; BVerfG, 15.12.1987 - 1 BvR 563/85 u. a., **NJW**, 1988, Heft: 31, ss. 1899-1902; BVerfG, 07.09.2010 – 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10, **NJW**, 2011, Heft: 19, ss. 1339-1341.

²¹³ Ertürk, Temel Haklar, s. 52

işyerini, işverenini seçme ve çalışmaya başladıktan sonra da isterse işyerinden ayrılabilme hakkını ifade etmektedir²¹⁴. Bu hak zorla çalıştırma yasağını da içinde barındırır. Anayasa m. 18’de²¹⁵ de bu yasak açıkça düzenlenmiştir.

Çalışma hakkı ise ancak çalışma özgürlüğü sağlandıktan sonra gündeme gelebilecektir. Bu da öncelikli olarak toplumdaki iş olanaklarının mevcudiyetiyle olacaktır. Yeterli iş imkânlarının sağlanması da devletin kaynaklarının bu yönde kullanılmasını gerektirmektedir²¹⁶. AY m. 48/II ve 49/II de bu anlayışa uygun olarak yukarıda saydığımız yükümlülükler yer verilmiştir. Devletin pozitif edim yükümlülükleri karşısında irdelenmesi gereken bir husus da çıkmaktadır. Bu, devletin bu yükümlülükleri ne ölçüde yerine getirmesi gerektiği ve getirmemesi durumunda kişilerin bir talebinin olup olmayacağıdır. Çalışma hakkının devleti sorumluluk altına soktuğu ve olumlu edimde bulunması gerektiği anayasal düzenlemelerde de açıkça görülse de, kişilerin devleti bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından zorlama hakkına sahip olmadığı kabul edilir²¹⁷. Çünkü AY m. 65’de de açıkça *devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki anayasal görevlerini, bunların amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği düzenlenmiştir*. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, çalışma hakkının devlete karşı ileri sürülecek bir hak olduğuna ama bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermediğine hükmetmiştir²¹⁸. Yine karara göre, devlet olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür; ama herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu da yoktur.

Çalışma hakkının özel hukuk alanında etkisinin ne olacağı ve ne gibi sonuçlar doğuracağını belirtmek gerekirse; doktrinde AY m. 49/I’in, devlete yetki veren, yol gösteren ve ödev yükleyen genel bir düzenleme olmadığı, hükümle kişiye bir hak tahsis edildiği de ifade edilmiştir. Bu sebeple anayasal çalışma hakkının doğrudan doğruya ve kendiliğinden etkide bulunabileceği; kısaca bir anlamda doğrudan yatay etkinin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Hakkın özel hukuk alanında yükümlüsü de

²¹⁴ Ertürk, Temel Haklar, s. 54.

²¹⁵ AY. m. 18/I: “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır”.

²¹⁶ Ertürk, Temel Haklar, s. 55; Şen, s. 148.

²¹⁷ Ertürk, Temel Haklar, s. 57.

²¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 19.12.1989, 1989/14 E. 1989/49 K., RG Tarihi: 02.03.1990, RG Sayı:20449 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1989/49?EsasNo=1989%2F14&KararAramaRaporu=1&KararNo=1989%2F49>, 12.02.2021).

işveren olacaktır²¹⁹. Ancak bu işverenlerin işe alma yükümlülüğü altında olduğu anlamına gelemeyecektir.

Alman İş Hukuku'nda da sözleşme özgürlüğü esastır. Bireyler sosyal piyasa ekonomisi ve serbest ekonomik sistemin temel unsurlarından biri olarak özgürce sözleşme yapma hakkına sahiptirler²²⁰. Alman Hukuku'nda sözleşme özgürlüğünün Alman Anayasası (GG) m. 2/I deki "kişiliğin serbest geliştirilmesi" hakkı kapsamında güvence altına alınmış olduğu kabul edilmiştir. Sözleşme özgürlüğü, GG m. 2 kapsamında genel davranış özgürlüğü ve kişi özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir²²¹. Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının aynı zamanda mesleki özgürlüğü (hukukumuz anlamında çalışma özgürlüğü) nü de kapsadığı ifade edilmiştir²²².

Alman Hukuku'nda çalışma özgürlüğüne baktığımızda kavram bazı yönlerden Türk Hukuku'na göre farklılıklar göstermektedir. Alman Hukuku'nda da çalışma özgürlüğü anayasal güvence altındadır ve GG m. 12/I'de düzenlenmiştir. "Çalışma" ifadesi Almancada "Arbeit" kelimesine karşılık gelir. Ancak Alman Hukuku'nda GG m. 12'nin düzenlenişinden dolayı çalışma özgürlüğü ifadesi değil meslek/iş özgürlüğü olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "Berufsfreiheit" kavramı kullanılmaktadır. Madde metnine göre her Alman kendi mesleğini, çalışacağı işyerini ve alacağı mesleki eğitimini serbetçe seçme hakkına sahiptir²²³ ve mesleğin icrası da ancak yasayla veya bir yasaya dayanarak düzenlenebilecektir²²⁴.

İşveren açısından ise çalışma ve sözleşme hürriyeti, "sözleşme ve teşebbüs kurma hürriyeti" olarak adlandırılacaktır. İşverenin bu özgürlüğüne de çalışma

²¹⁹ Ertürk, Temel Haklar, s. 58.

²²⁰ Di Fabio, Maunz/Dürig Kommentar, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 vd.; Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 1-3; BVerfG, 19.10.1983 - 2 BvR 298/81, **AP**, BetrAVG § 1 Unterstützungskassen Nr. 2; BVerfG, 23.04.1986 - 2 BvR 487/80, **AP**, GG Art. 2 Nr. 28.

²²¹ Di Fabio, Maunz/Dürig Kommentar, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 76 vd.; Ingrid Schmidt, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 21. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, München, 2021, (Erfurter), GG Art. 2 Rn. 2; Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 1.

²²² Scholz, Maunz/Dürig Kommentar, GG Art. 12 Rn. 91; Di Fabio, Maunz/Dürig Kommentar, GG Art. 2 Rn. 77; Blaha ve Mehlich, s. 672; Horcher, s. 94; Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 2. İlgili kararlar için bkz. BAG, 29.06.1962 – 1 AZR 343/61, **NJW**, 1962, Heft: 43, ss. 1981-1983; BVerfG, 15.12.1987 - 1 BvR 563/85 u. a., **NJW**, 1988, Heft: 31, ss. 1899-1902; BVerfG, 07.09.2010 – 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10, **NJW**, 2011, Heft: 19, ss. 1339-1341;

²²³ Schmidt, Erfurter, GG Art. 2 Rn. 2.

²²⁴ Ertürk, Temel Haklar, ss. 42-53.

özgürlüğünün düzenlenmiş olduğu AY m. 48’de yer verilmiştir. Burada herkesin dilediği alanda çalışıp sözleşme kurabileceğine yer verilirken, aynı zamanda özel teşebbüs kurmakta da serbest olduğu ifade edilmiştir. Bu özgürlük de içinde “istenildiği zaman ve alanda ticari faaliyetle bulunabilme hakkı”, “işyeri açabilme, işyerini değiştirme veya kapatma, istediği kişi ile iş sözleşmesi yapabilme ve istediğinde bu sözleşmeyi sona erdirebilme hakları”²²⁵. Hukumuzda işverenin teşebbüs hürriyetine Anayasa’da açıkça yer verilirken, Alman Anayasası’nda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak açık bir düzenleme olmasa da bu hürriyetin GG m. 2/I kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı kapsamında koruma altında olduğu kabul edilmiştir²²⁶. Doktrinde teşebbüs hürriyeti GG m. 12 (meslek özgürlüğü) ve GG m. 14 (Mülkiyet, miras hakkı ve kamulaştırma)’e de dayandırılmıştır²²⁷. Alman Mevzuatında bu hürriyet özel olarak düzenlenmemişse de Avruğa Birliği Anayasası 6. maddesi uyarınca Alman Hukuk Sistemi’nde doğrudan ve birincil olarak geçerli Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi (EUGRCh²²⁸) m. 16’da topluluk hukuku ile ulusal hukuk ve uygulamalara uygun olarak, teşebbüs serbestisi tanındığı açıkça ifade edilmiştir²²⁹.

İş sözleşmelerinin sona ermesi bakımından işçiler için GG m. 12’in, GG m. 2/I’e göre öncelikli olduğu belirtilmiştir. Çünkü iş sözleşmeleri işçinin meslek seçimi ve mesleğin icrası esaslarını belirlemektedir²³⁰. Aynı doğrultuda iş sözleşmesi taraflarının sahip olduğu sözleşme yapma özgürlüğünün de sadece temel hüküm olan GG m. 2’ye değil GG m. 12/I’ deki meslek özgürlüğüne de dayandığı kabul edilmiştir. İşverenler açısından ise, iş sözleşmesinin sona ermesinde bu hüküm yalnız sınırlı şekilde uygulanabilmektedir. Çünkü işverenin meslek özgürlüğü etkilenmemektedir²³¹. Ama bununla birlikte genel olarak meslek özgürlüğü

²²⁵ Ertürk, Temel Haklar, s. 54.

²²⁶ Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 3. Bkz. BVerfG, 01.03.1979 - 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, **AP**, MitbestG § 1 Nr. 1; BVerfG, 23.01.1990 - 1 BvL 44/86 und 48/87, **NZA**, 1990, Heft: 4, ss. 161-168; BVerfG, 27.01.1998 - 1 BvL 15/87, **NZA**, 1998, Heft: 9, ss. 470-474.

²²⁷ Wertz, s. 84.

²²⁸ Charta der Grundrechte der Europäischen Union

²²⁹ Schmidt, Erfurter, GG m. 12 Rn. 1; Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 3.

²³⁰ Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 2

²³¹ Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 3.

düzenlemesi (GG m. 12) işveren açısından da önemlidir. Çünkü iş sözleşmelerinin hazırlanması, şirket içindeki işbölümü ve işverenin bulunduğu iş kolunda mesleğin uygulanmasında bu anayasal düzenleme dikkate alınacaktır²³².

Alman Federal Anayasa Mahkemesi işverenin sadece taleplerini karşılayan işçileri işyerinde çalıştırma menfaati olduğunu kabul eder ama bununla birlikte GG m. 12/I anlamında meslek özgürlüğünü de korumaktadır. Sonuç olarak hem meslek özgürlüğünü hem de teşebbüs hürriyetini gözetir²³³. Bu bağlamda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, teşebbüs hürriyeti kapsamında işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünü dikkate alarak iş sözleşmelerinin sona erdirilip erdirilemeyeceği konusunda karar vermiştir. Ama aynı zamanda çalışanların yetkinliklerine dayalı olarak işe seçilmesi ve iş sözleşmelerinin düzenlenmesi bakımından meslek özgürlüğünün (GG m. 12) öncelikli olarak göz önünde tutulacağı kabul edilmiştir²³⁴.

D. Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama/Cezalandırma Olmaz (Non Bis In Idem) İlkesi

“Aynı fiilden dolayı iki kez yargılama/cezalandırma olmaz” ilkesi, doktrinde “kesin hükmün önleme etkisi”, “tekrarlama yasağı”, “bir defaya mahsus oluş ilkesi”, “ceza davasının tüketilmesi” gibi çeşitli şekillerde de ifade edilse²³⁵ de, yaygın olarak kullanılan şekliyle “**non/ne bis in idem**”, bir kişiye aynı fiilden dolayı birden fazla dava açılmayacağı ve hüküm verilemeyeceği anlamına gelmektedir²³⁶. Bu ilke adil

²³² Scholz, Maunz/Dürig Kommentar, GG Art. 12 Rn. 91; Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 3.

²³³ Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 3. Bkz. BVerfG, 01.03.1979 - 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, **AP**, MitbestG § 1 Nr. 1; BVerfG, 23.01.1990 - 1 BvL 44/86 und 48/87, **NZA**, 1990, Heft: 4, ss. 161-168; BVerfG, 27.01.1998 - 1 BvL 15/87, **NZA**, 1998, Heft: 9, ss. 470-474.

²³⁴ Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 31 Grundsatz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien Rn. 3.

²³⁵ Bkz. Karl Peters, **Strafprozeß**, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985, s. 504; Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, 2. Bası Yenileştirilmiş, Kazancı Hukuk Yayınları No. 57, İstanbul, 1987, ss. 33-34.

²³⁶ Yurtcan, s. 34; Faruk Erem, “Ceza Usulünde Kesin Hüküm”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1963, Cilt: 20, Sayı: 1, s. 46; Erol Cihan ve Feridun Yenisey, “‘Ne Bis in idem’ İlkesi”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Haziran 2004, s. 219; Recep Gülşen, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis In Idem İlkesi”, **Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, Yıl: III, Sayı: 6, Eylül 2005, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Diyarbakır, 2005, ss. 317-318; Mustafa Özen, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez

yargılanma ilkesinin sonuçlarından biridir. Çünkü zaten mahkum olmuş bir kişinin tekrar yargılanması ve ikinci bir ceza alması adalet duygusunu ve suç-ceza dengesini bozacak bir durum oluşturacaktır²³⁷. Ayrıca kişi işlediği bir suç sebebiyle cezasını çekmesine rağmen, aynı suçtan ömür boyu tekrar tekrar cezalandırılabilme olasılığı devam etse hep tedirgin bir hayat sürmek zorunda kalacaktır²³⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı Ek Protokolü'nün 4. maddesinin 1. fıkrasında bu ilke “*Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez*” şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte Anayasa’da ya da mevzuatımızda herhangi bir kanunda açıkça non bis in idem kavramına yer verilmemişse de, CMK m. 223/7’de “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*” hükmüyle ilke hukuk sistemimizde kabul edilmiştir.

Non bis in idem’in temelinde “*yapılan bir yargılama sonunda verilmiş olan hüküm, geleceğe karşı bir güvence niteliği taşır*” düşüncesi olduğu kabul edilir²³⁹. Çünkü bu ilke uyarınca bir kişi hakkında işlediği bir fiilden dolayı açılmış bir dava ya da verilmiş bir hüküm varsa artık aynı fiile başka bir dava açılmayacaktır. Ancak “non bis in idem”’in sadece ceza davasında geçerli olacağı ve bu sebeple hukuk davası açılmasına ya da disiplin soruşturması başlatılmasına engel teşkil etmeyeceği de doktrinde belirtilmiştir²⁴⁰.

Ayrıca, non bis in idem her ne kadar ceza muhakemesi hukukuna ait bir ilke olsa da; özel hukukta da gözardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bir kişi cezalandırıldıktan sonra, ceza aldığı bu eylem sebebiyle karşı karşıya kaldığı hukuki eylem ya da işlem, özel hukuk alanına ait ve ceza niteliği taşıyor olsa da; eğer bu durum, başkalarının mağduriyetini önleme ya da gidermenin ötesinde, adeta ikinci bir ceza niteliği taşıyacaksa, non bis in ideme aykırılık teşkil edebileceği düşüncesindeyiz.

Yargılama Olmaz) İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: XIV, Sayı:1, s. 391.

²³⁷ Hakkı Demirel, “Yabancı Ceza İlamlarının Değeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1952, Cilt: 9, Sayı 1, s. 314; Cihan ve Yenisey, s. 220; Özen, s. 391.

²³⁸ Erem, s. 40.

²³⁹ Özen, s. 391.

²⁴⁰ Erem, s. 47; Özen, s. 390.

Örneğin, her ne kadar feshin bir ceza niteliği taşımadığı ifade edilse de²⁴¹, sonuçları bakımından işçi için bir ceza niteliği taşıyabileceğinden, işçinin uyarı cezası aldığı bir eylem sebebiyle iş sözleşmesi sona erdirilmesi Yargıtay tarafından non bi in ideme aykırılık olarak kabul edilmiştir²⁴².

E. Masumiyet/Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı

1. Genel Olarak

Kişinin suç işlediği şüphe olmayan şekilde ispatlanamadıkça, bir başka ifadeyle suçluluğuna dair kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmadıkça bu kişinin masumiyeti esastır. Bu esasa da masumiyet karinesi denir²⁴³. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği²⁴⁴ ve adil yargılanmanın esas bir unsuru olarak görülen²⁴⁵ masumiyet karinesine hem Anayasamızda hem de kabul ettiğimiz çeşitli uluslararası metinlerde yer verilmiştir²⁴⁶. Anayasanın Temel Haklar ve Ödevler kısmındaki 15. maddesinin ikinci fıkrasında "*suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*", 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ise "*suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*" şeklinde bir temel hak olarak

²⁴¹ Bkz. Üçüncü Bölüm III. A. Öngörü Prensibi (Prognoseprinzip) ve Üçüncü Bölüm IV. B. 2. Masumiyet Karinesinin İhlali

²⁴² Y. 9. HD., 23.12.2015, 2015/23876 E., 2015/36594, Muhittin Astarlı, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, (Değerlendirme 2015), s. 297.

²⁴³ Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1999, Cilt:48, Sayı: 1-4, (Suçsuzluk Karinesi), s. 139; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 144; Akif Yıldırım, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 9, Haziran 2017, (Masumiyet Karinesi), s. 492.

²⁴⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, 26.12.2013, 2013/133 E., 2013/169 K., R.G. Tarihi: 09.01.2014, R.G. Sayısı: 28877, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (16.11.2021).

²⁴⁵ Aşağıda yer vereceğimiz üzere, birden fazla uluslararası metinde madde başlıklarının adil yargılanma hakkı olması bunun bir göstergesidir.

²⁴⁶ İlhan Üzülmüş, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:18, Sayı:58, Mayıs-Haziran 2005, ss. 52, 56, 70; Özen Atlıhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel unsuru Olarak 'Masumiyet Karinesi'", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, ss. 291, 294, 301; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 144; Esra Şeker, "**Masumiyet Karinesi**", **Bireysel Çalışma Raporu**, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 79, Sayı: 2, Mayıs 2014, ss. 176, 177, 200; Hüseyin Şık, "Suçsuzluk Karinesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı:1, ss. 103, 104; Hatice Derya Ormanoğlu, "Anayasal Bağlamda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 4, ss. 2241, 2243; Yıldırım, Masumiyet Karinesi, s. 492.

düzenlenmiştir²⁴⁷. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında “*Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır*” şeklinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “adli yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin ikinci fıkrası’nda “*bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır*” hükmüyle bu ilkeye açıkça yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki bakış açısına benzer şekilde Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ise yine “adil yargılanma hakkı” başlıklı 14. maddesinin 2. fıkrasında *hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahip olduğu* vurgulanmıştır.

Almanya’da ise masumiyet karinesi Anayasa(GG)’da açıkça düzenlenmemiştir²⁴⁸; ancak dayanağı GG m. 20/III olan “hukuk devleti ilkesi” gereği adil bir yargılamanın özelliği olarak kabul edilmektedir. Ayrıca açıkça düzenlenmemesine rağmen masumiyet karinesi, Alman Anayasası m. 1/I’e göre anayasal koruma altındaki insan onurunun bir unsuru olarak hem objektif bir esas hem de anayasal bir hak olarak değerlendirilmiştir²⁴⁹. Yukarıda da ifade ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/II düzenlemesi sebebiyle de zaten masumiyet karinesinin Alman Hukuku’nun bir parçası haline geldiği ifade edilmiştir²⁵⁰. Bu doğrultuda da ilkenin açıklanması ve yorumlanmasında AİHS m. 6/II ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına başvurulmuştur²⁵¹.

²⁴⁷ Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi, ss. 136, 137.

²⁴⁸ Bunununla birlikte, bazı Almanya’nın bazı eyaletlerin anayasalarında masumiyet karinesi açıkça düzenlenmiştir. Bkz. Art. 9 Abs. 2 BerlVerf; Art. 53 Abs. 2 VerfBrand; Art. 6 Abs. 3 BremVerf; Art. 20 Abs. 2. S. 1, HessVerf, Art. 6 Abs. 4 Satz 2, RhPfVerf; Art. 14 Abs. 2 SLVerf.

²⁴⁹ BVerfG, 15.12.1965 - 1 BvR 513/65, **NJW**, Yıl: 1966, Sayı: 6, ss. 243-245; BVerfG, 26.03.1987 - 2 BvR 589/79, **NJW**, Yıl: 1987, ss. 2427-2429; BVerfG, 29.05.1990 - 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, **NJW**, Yıl: 1990, Sayı: 43, ss. 2741-2744.

²⁵⁰ BVerfG, 16.05.2002 - 1 BvR 2257/01, **NJW**, Yıl: 2002, Sayı: 44, ss. 3231-3232.

²⁵¹ BVerfG, 26.03.1987-2 BvR 589/79, **NJW**, Yıl: 1987, Sayı: 39, ss. 2427-2429. Masumiyet karinesi Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi (EUGRCh) m. 48/I’de de düzenlenmiştir. Fakat Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi uygulama alanı tartışmalıdır. Michael Meyer, “Kündigungsschutz im Kleinbetrieb oder in der Wartezeit nach der Grundrechtecharta?”, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 993-994. Ancak bu tartışma, masumiyet karinesi bakımından bir sorun teşkil etmeyecektir. Çünkü Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi m. 52/III’e göre, Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi m. 48/I’de düzenlenen masumiyet karinesi anlamı ve uygulama alanının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/II ile aynı olduğu ifade edildiğinden ulusal hukuka etkisi tanınmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/II’ye başvurulmuştur. Bkz. BVerfG, 16.05.2002 - 1 BvR 2257/01, **NJW**, Yıl: 2002, Sayı:44, ss. 3231-3232.

Yukarıda yer verdiğimiz düzenlemelere ve konu başlığımıza bakıldığında anlaşılacağı üzere bu hukuk prensibi iki farklı şekli adlandırılabilir. Hangisini kullanmanın daha uygun olacağına ilişkin inceleme yapmadan önce tespit etmemiz gereken husus bu temel ilkenin gerçek anlamda karine olup olmadığıdır.

Karine, bilinen bir olaydan, başka bir olayın veya hukuksal durumun varlığı ya da yokluğu sonucunun çıkarılması anlamına gelmektedir²⁵². Yukarıda yer verdiğimiz hukuki düzenlemelerin içeriğinden anlaşıldığı üzere her ne kadar ilke karine olarak adlandırılmışsa da karine tanımındaki özellikleri barındırmamaktadır. Bu sebeple doktrinde ilkenin gerçek anlamda karine olmadığı savunulmuştur²⁵³. Çünkü masumiyet karinesinde kişinin temel bir hakkı olarak masum olduğu kabul edilir²⁵⁴. Aksi ispatlanabilir bir olgu niteliğinde olmasından dolayı ilke karine kavramıyla benzerlik gösterse de, masumiyet karinesinin olgusal bir varsayım olduğu belirtilmiştir²⁵⁵.

Teknik anlamda karine niteliğinde olmayan ispat kuralları “sözde karine” ya da “karine benzerleri” olarak adlandırılabilirler. Karine benzerleri karine temeli bulunmaksızın karine sonucu doğurdıklarından geniş anlamda karine içinde değerlendirilebilecekleri de kabul edilmiştir²⁵⁶. TMK m. 3’de yer alan iyiniyet karinesi, karine benzeri olarak örnek gösterilmiştir²⁵⁷. Kanaatimizce masumiyet karinesi de iyiniyet karinesine benzer ve bu sebeple açıklamalar doğrultusunda “karine benzeri” veya “geniş anlamda karine” olarak değerlendirilebilir.

“Masumiyet karinesi” mi yoksa “suçsuzluk karinesi” ifadesini mi kullanmak daha uygun olacağı sorusuna gelirsek, her ne kadar hukukumuzda karşılık geldiği anlam değişmeyecek olsa da masumiyet karinesinin tercih edilmesinin yerinde olacağı görüşüne katılmaktayız²⁵⁸.

²⁵² Murat Topuz ve Osman Gökhan Antalya, **Medeni Hukuk (Giriş – Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri)**, Cilt I, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2019, s. 614; Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2013, Cilt: 62, Sayı:3, ss. 729, 731.

²⁵³ Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi, s. 139, Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 146. Aksi görüş için bkz. Turhan Tufan Yüce, “Saniğin Savunması Ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 1988, Sayı: 1, ss. 156-167, s. 160.

²⁵⁴ Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi, ss. 136,137,139; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 146.

²⁵⁵ Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi, s. 139; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 146.

²⁵⁶ Topuz ve Antalya, ss. 613-614.

²⁵⁷ Topuz ve Antalya, s. 613.

²⁵⁸ Gerçek anlamda karine olmamasından ve insanın lekelenmeme hakkına temel anayasal bir düzenleme olması sebebiyle “masumiyet ilkesi” nitelendirmesinin daha da uygun olabileceğini düşünsek de Türk ve Alman Doktrini’nde “karine”/“vermutung” nitelendirilmesi yerleşmiş

Masumiyet karinesinin açıklanmasında psikolojik ve normatif olmak üzere 2 farklı yaklaşım bulunmaktadır. Psikolojik yaklaşıma göre kişi üzerinde şüphe yoğunlaştıkça masumiyet karinesinin etkisi azalmaktadır²⁵⁹. Bu doğrultuda masumiyet karinesi vicdani kanaat sisteminin bir sonucu olarak değerlendirildiğinde, ilkenin keyfiliğe neden olmaması gerektiği de savunulmuştur²⁶⁰. Çünkü bu yaklaşımda karine değişebilir psikolojik bir faktör olarak görülmüştür²⁶¹. Normatif yaklaşımda ise kuvvetli bir şüphenin varlığı hâkimin düşüncesinde etkili olsa da bu masumiyet karinesinin sınırlandırılmasına sebep olamayacaktır. Böylece hâkimde oluşan kanaat ne yönde olursa olsun kişinin mahkûmiyeti kesinleşinceye kadar ceza muhakemesinin tüm aşamalarında masumiyet karinesinin etkisi aynı şekilde devam edecektir²⁶². Bu sebeple normatif anlayışı benimsemek ve masumiyeti değişken durumlara bağlı tutmaksızın muhakemenin tüm aşamalarında esas almak daha uygundur. Çünkü yeterli şüphe sonucunda başlatılmış kovuşturma ve kuvvetli şüphenin varlığı sebebiyle alınan tutuklama kararına rağmen sanığın karar aşamasında ortaya çıkan yeni bir delille masumiyeti kanıtlanabilir. Bu sebeple mahkûmiyet kararının kesinleşmesine kadarki süreçte, şüphenin derecesi ve bu doğrultuda uygulanan koruma tedbirleri ne olursa olsun kişinin masum olduğu gerçeğinin değişmeyeceğinin kabulü gerekli görülmektedir²⁶³. Mahkûmiyet kararı verildikten sonra dahi çıkan delille yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulup kişinin suçsuzluğunun ortaya çıkma ihtimalinin dahi bulunduğu düşünüldüğünde, bu kabulün gerekliliği daha da iyi anlaşılmaktadır. Sonuç olarak normatif yaklaşımı kabul ettiğimizde benimseyeceğimiz anlayış bir kişinin ya suçlu ya da masum olduğudur. Bu sebeple şüphe kuvvetli dahi olsa kişinin suçlu olduğu söylenemiyorsa

olduğundan çalışmamızda “masumiyet karinesi” ifadesini esas olarak kullanmaktayız. Doktrinde masumiyet karinesini tercih eden diğer çalışmalar için bkz. Centel ve Zafer, ss. 174-176; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Mayıs 2019, ss. 70 vd.; Atlıhan, ss. 291 vd.; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, ss. 143-161; Yıldırım, Masumiyet Karinesi, ss. 491 vd. Anayasa Mahkememesi kararlarında her iki ifade de kullanılmaktadır. “Masumiyet karinesi” kullanımı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 31.03.2021, 2020/35 E., 2021/26 K., R.G. Tarihi:15.06.2021, R.G. Sayısı: 31512; “suçsuzluk karinesi” kullanımı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 03.06.2021, 2019/114 E., 2021/36 K., RG Tarihi: 14.07.2021, RG Sayısı: 31541, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (16.11.2021).

²⁵⁹ Atlıhan, s. 293; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 145; Burcu Değirmencioglu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında ‘Masumiyet Karinesi’”nin Korunması”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt:1 Sayı: 2, ss. 307-356.

²⁶⁰ Atlıhan, s. 294.

²⁶¹ Atlıhan, s. 293.

²⁶² Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 145.

²⁶³ Atlıhan, ss. 291, 292.

masumiyeti kabul edilecektir²⁶⁴. Ancak suçsuzluk karanesi ifadesinin daha uygun olacağı aksi görüşüne²⁶⁵ göre masum olarak kabul edilen bir kişiye şartları sağlandığında tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi çok açıklanabilecek bir durum olmayacaktır. Yine bu görüşe göre, sanık sıfatını alan bir kişi artık başka bir statüye geçmiştir ve sanık artık ne masum ne de suçlu olarak kabul edilmektedir. Sanığın hukuki durumunun masumiyet ve suçluluk arasında bir çizgide yer aldığı savunulmuştur²⁶⁶.

Sonuç olarak, her ne kadar Anayasamızda ilke suçsuzluk üzerinden açıklanmışsa da uluslararası hukuki normlardaki gibi karinenin, kişinin masumiyeti üzerine kurulmasının uygun olacağı görüşüne katıldığımızdan ilke için masumiyet karanesi ifadesini kullanmaktayız²⁶⁷.

Ceza muhakemesi işlemleri sırasında temel hak ve özgürlükler ağır tehdit altındadır. Bu sebeple, insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devletinin gereği olarak uyulması gereken çeşitli ilkeler kabul edilmiştir²⁶⁸. Bunlardan konumuz içinde önemli ilkelerden birisi masumiyet karanesidir²⁶⁹.

Adil yargılanmanın unsuru olarak görülen masumiyet karanesinin bu doğrultuda savunma hakkı ile yakın ilişki içinde olduğu da kabul edilmektedir. Çünkü bir kişi en başından itibaren suçlu olarak kabul edilirse, o kişinin kendini savunması bir anlam taşımayacaktır²⁷⁰.

²⁶⁴ Yüce, s. 160; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 145.

²⁶⁵ Üzülmöz, ss. 41-72; Sulhi Dönmezer, “Suçsuzluk Karanesi Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998, İstanbul, ss. 67-74; Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’” **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1994, Cilt: 49, Sayı: 1, ss. 220; Güneş Okuyucu Ergün, “Suçsuzluk Karanesi: ‘Alice Harikalar Diyarında’”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 10-14 Ocak 2012**, 3. Cilt, Ankara, 2012, ss. 39 vd.; Feyzioğlu, Suçsuzluk Karanesi, ss. 135 vd., Ormanoğlu, ss. 2241-1176.

²⁶⁶ Feyzioğlu, Suçsuzluk Karanesi, s. 138. Bu nitelendirmeyi kabul etmeyen görüş için bkz. Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 145. Ancak Zafer ve Centel, her ne kadar masumiyet karanesi ifadesini kullanmayı terich etse de Feyzioğlu’nun nitelendirmesine paralel olarak sanığın kendine özgü bir statüde olduğunu, ne suçlu ne de masum olmadığını, masumiyet karanesi ile kişiye suçlu gibi davranılmasının önüne geçildiğini belirtmektedir, (Zafer ve Centel, s. 147).

²⁶⁷ Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 146. Terim sorunuyla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Değirmencioğlu, ss. 309-313.

²⁶⁸ Ormanoğlu, ss. 2242, 2248-2249.

²⁶⁹ Feyzioğlu, Suçsuzluk Karanesi, s. 135, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2004, s. 356; Ormanoğlu, ss. 2242, 2248-2249.

²⁷⁰ Feyzioğlu, Suçsuzluk Karanesi, s. 140; Atlıhan, s. 301; Okuyucu Ergün, s. 42; Ormanoğlu, s. 2246; Yıldırım, Masumiyet Karanesi, ss. 494-495.

Masumiyet karanesinin adil yargılanma hakkının özünü oluşturduğu düşüncesi doğrultusunda çeşitli hak ve ilkelerin de onun doğal bir uzantısı olduğu kabul edilmektedir. Bunlar: “Şüpheden sanık yararlanır ilkesi (In Dubio Pro Reo)”²⁷¹, “Susma hakkı”²⁷², “Kendi aleyhinde delil vermeye zorlanmama ilkesi (Nemo tenetur)”²⁷³ dir. Esasen sadece bu hak ve ilkeler değil adil yargılanma hakkı perspektifinde güvence altına alınan her hak ve ilke dolaylı olarak da olsa masumiyet karanesi ile bağlantılıdır²⁷⁴.

Masumiyet karanesinin bir sonucu olarak nitelendirilebilecek²⁷⁵, aralarında çok kuvvetli bir bağ olsa da aslında başlı başına ve çok önemli temel bir insan hakkı olduğunu düşündüğümüz, iş ilişkisinde şüphenin sonuçlarına ilişkin değerlendirmelerde masumiyet karanesi ile birlikte göz önünde bulundurulması gereken kavramlardan biri de “lekelenmeme hakkı”dır. Lekelenmeme hakkı, kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın bir kişinin suçlu gibi gösterilmesinin önlenmesi anlamına gelmektedir²⁷⁶.

Masumiyet karanesinin iki şekilde lekelenmeme hakkını güvence altına aldığını söyleyebiliriz. İlk olarak, somut olay hukukken kesinleşmeden suçlu olarak nitelendirilemeyeceğinden masum kişi lekelenmemiş olur. İkinci ve daha dolaylı etkisi ise masumiyet karanesi, adil yargılanmanın sağlanmasına uygun zemin hazırlamakta, maddi gerçeğe ulaşma kolaylaşmakta ve olasılığı artmaktadır; böylece masum kişi zan altında kalmadan ve adı lekelenmeden adil şekilde yargılanarak beraat etmektedir²⁷⁷.

Lekelenmeme hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü²⁷⁸ ile çatışmaktadır. Ancak “düşünce ve ifade özgürlüğü” de diğer hak ve özgürlükler gibi sınırsız değildir. “Lekelenmeme hakkı” ve “masumiyet karanesi” düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırlarındandır²⁷⁹.

²⁷¹ Dönmezer s. 68; Atlıhan, ss. 294-295; Yıldırım, Masumiyet Karanesi, ss. 496, 507, 514.

²⁷² Dönmezer s. 69; Atlıhan, ss. 294-295; Okuyucu Ergün, s. 47; Yıldırım, Masumiyet Karanesi, s. 500.

²⁷³ Atlıhan, ss. 294-295; Okuyucu Ergün, s. 47.

²⁷⁴ Atlıhan, s. 295.

²⁷⁵ Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 156.

²⁷⁶ Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 156.

²⁷⁷ Şık, s. 105.

²⁷⁸ AY m. 25: “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”.

²⁷⁹ Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 156.

Anayasa’da lekelenmeme hakkı kavramına yer verilmemiştir. Bununla birlikte Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da hem masumiyet karinesi hem lekelenmeme hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak CMK m. 157’de “Soruşturmanın Gizliliği İlkesi”ne yer verilerek sanığın lekelenmeme hakkı korunmuş ve bağlantılı olarak masumiyet karinesi esasına dayanılmıştır²⁸⁰. CMK m. 183’de yer verilen, Kanun’da sayılan istisnalar dışında adliye binası içinde veya dışındaki tüm adli işlemlerde uygulanacak “ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı” da lekelenmeme hakkının korunması amacı taşımaktadır²⁸¹. Ayrıca CMK m. 223’deki isnad edilen suçun işlendiğinin sabit olmaması durumunda beraat kararı verileceği (ikinci fıkra e bendi), mahkûmiyet kararına da suçun sabit olması durumunda hükmedileceği (beşinci fıkra) düzenlemeleri de masumiyet karinesinin bir görüntüsü olarak kabul edilir²⁸². Hâkimin vicdani kanaatine dayanarak serbestçe değerlendirmesi ve kararında ancak duruşmada tartışılmış delilleri gerekçe olarak gösterebilecek olması (CMK m. 217/I) da masumiyet karinesinin gerekleri olarak gösterilmiştir²⁸³.

CMK’nın dışında çeşitli kanun ve yönetmelik hükümlerinde doğrudan ya da dolaylı olarak masumiyet karinesi ile lekelenmeme hakkı düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır.

8197 sayılı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği²⁸⁴ 27. maddede soruşturmanın gizliliğinin uygulanması başlığı altında *suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esas olduğu ve soruşturma evresi gizliliği* belirtilmiştir. Ayrıca soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin "suçlu" olarak,

- kamuoyuna duyurulması,
- basın önüne çıkartılması,
- kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmeleri,
- görüntülerinin alınması,
- teşhir edilmeleri yasaklanmıştır.

²⁸⁰ Ünver ve Hakeri, s. 72; Şeker, s. 199.

²⁸¹ Ünver ve Hakeri, s. 72.

²⁸² Özbek ve diğerleri, s. 57; Ormanoğlu, s. 2246.

²⁸³ Özbek ve diğerleri, s. 57.

²⁸⁴ RG Tarihi: 01.06.2005 RG Sayısı: 25832

Böylece Yönetmelikte hem masumiyet ilkesi hem lekelenmeme hakkı korunmuştur²⁸⁵. Madde metninde görüldüğü üzere de karine Anayasal düzenlemeden farklı olarak masumiyet kavramı üzerinden ele alınmıştır.

Her ne kadar Adliye Karşı Suçlar başlığında yer alsada TCK m. 267/I'deki²⁸⁶ iftira suçu ve özellikle üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralardaki suçun mağdurunun iftiradan etkilenişinin derecesine göre düzenlenmiş olan cezayı ağırlaştıran sebepler "lekelenmeme hakkı"na verilen önemin bir göstergesidir. Aynı bakış açısıyla adliye karşı işlenen TCK m. 271 suç uydurma suçu ve TCK m. 272 yalan tanıklık suçu ile özellikle dördüncü ve devamındaki fıkralarda aleyhine tanıklık edilen kişinin suçtan etkileniş derecesine göre düzenlenmiş cezayı ağırlaştıran sebepler de "lekelenmeme hakkı"nı korumaktadır.

Türk Ceza Kanunu m. 285'deki²⁸⁷ Gizliliğin İhlali düzenlemesinde ise Türk Hukuku'nda masumiyet karinesinin esas alındığı ve lekelenmeme hakkına verilen önem anlaşılmaktadır²⁸⁸. Maddede hem masumiyet karinesine açıkça yer verilmiş hem de kavram olarak ifade edilmemişse de TCK m. 285/V "*soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde*

²⁸⁵ Öztürk ve diğerleri, s. 171.

²⁸⁶ TCK m. 267/I: "*Yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*"

²⁸⁷ TCK m. 285 "(1) *Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için;*

a) *Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,*

b) *Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması,*
gerekir.

(2) *Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

(3) *Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.*

(4) *Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde, ceza yarısına kadar artırılır.*

(5) *Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(6) *Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz."*

²⁸⁸ Centel ve Zafer, s. 176; Öztürk ve diğerleri, s. 171.

görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır” düzenlemesiyle “lekelenmeme hakkı” korumaya alınmıştır

TCK m. 285’e ilişkin değinebileceğimiz şekli bir husus ise birinci fıkranın a bendi²⁸⁹nde “*masumiyet karinesi*” ya da “*suçsuzluk karinesi*” olarak adlandırılabilirdiğini belirttiğimiz ilkenin burada “*suçlu sayılmama karinesi*” şeklinde kullanılmış olmasıdır.

TCK m. 285’deki gizliliğin ihlali suçundan da anlaşılacağı üzere, aslında masumiyet karinesi, lekelenmeme hakkı ve gizlilik ilkesini bir sacın üç ayağı olarak nitelendirmek mümkündür. Soruşturmanın gizliliği olmadığında masumiyet ilkesi ve lekelenmeme hakkının bir işlevi kalmayacaktır. Bu doğrultuda CMK’da soruşturmanın gizliliğini²⁹⁰ (m. 157), ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağını²⁹¹ (m. 183) ve TCK’da ses veya görüntülerin kaydına ilişkin suçu²⁹² (m. 286) düzenleyen hükümler masumiyet karinesinin²⁹³ ve lekelenmeme hakkının güvencesi olarak kabul edilebilecektir.

Her ne kadar soruşturma evresinin gizliliğinin aksine kovuşturma evresinde aleniyet esas olsa da bu kişinin mahkeme sürecinde lekelenmeme hakkının olmadığı ve korunmadığı anlamına gelmez. Zaten yukarıda belirttiğimiz üzere TCK m. 285 uyarınca *soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması* suç olarak düzenlenmiştir.

Bununla birlikte soruşturma evresinin gizliliği de Anayasa m. 28’deki basın hürriyetine engel teşkil etmez. AY m. 28/5’e göre kanunla belirtilecek sınırlar içinde olaylar hakkında, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, yayım yapılması yasaklanamaz. 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu gerekçesinde de demokratik ülkelerde, bilgi edinme özgürlüğünün, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez temel haklardan birini teşkil ettiği vurgulanmıştır. Fakat bu bilgilenme hakkı, masumiyet karinesi ve lekelenmeme

²⁸⁹TCK m. 285/I-a: “...Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, **suçlu sayılmama karinesinden** yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi...”

²⁹⁰CMK m. 157: “Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir”.

²⁹¹CMK m. 183: “...adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır”.

²⁹²TCK m. 286: “Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır”

²⁹³Ormanoğlu, s. 2246.

hakkına zarar verecek şekilde kullanılmamalıdır. Zaten Bilgi Edinme Kanunu’nda da m. 20/I-c,d uyarınca *yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek ve hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlâl edecek* nitelikteki bilgi ve belgeler bilgi edinme kanunu kapsamı dışında tutulmuştur.

2012 yılına kadar basının soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin yasal bir şekilde haber yapması çok daha zordu. Ancak 2012 yılında 6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun”²⁹⁴ ile Basın Kanunu yargıyı etkileme başlıklı 19. maddesinin²⁹⁵ mülga edilmesi, TCK m. 285’e “*soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz*” şeklindeki altıncı fıkranın eklenmesi ve aynı maddedeki *suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezayı yarı oranında arttırılacağına* ilişkin fıkranın kaldırılmasıyla basının soruşturma ve kovuşturma aşamalarına ilişkin haber serbestisi genişletilmiştir²⁹⁶. Bu durum basın özgürlüğü ve kamunun bilgi edinme hakkı bakımından olumlu bir gelişmedir. Ayrıca çağdaş ceza hukuku anlayışına da uygun bir adım olarak değerlendirilmiştir²⁹⁷. Ancak bu serbestinin sınırlarına dikkat etmeli, masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı ihlal edilmemelidir. Zaten aksi halde TCK m. 285 kapsamında suç işlenmiş olacaktır.

Sonuç olarak masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkının basın özgürlüğü ve kamunun bilgi ve haber alma hakkına engel teşkil ettiği kabul edilmemekte, ama yetkili mercilerin soruşturma ve kovuşturma sürecine ilişkin açıklama yaparken özenli davranması gerektiği de belirtilmektedir²⁹⁸.

²⁹⁴ R.G. Tarihi: 5.7.2012 R.G. Sayısı: 28344

²⁹⁵ Basın Kanunu mülga m. 19: “*Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, ikimilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda onmilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmimilyar liradan az olamaz.*”

Görülmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkra da yer alan cezalar uygulanır”

²⁹⁶ TCK m. 285 ve 6352 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Merve Nur Yılmaz, **Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Gizliliğin İhlali Suçları (TCK m. 285)**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2019.

²⁹⁷ Yılmaz, s. 27.

²⁹⁸ Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 157.

2. Masumiyet Karinesi ile Lekelenmeme Hakkının Uygulama Alanı ve İş Hukuku İlişkisi

Masumiyet karanesinin, kamu davasının açılması ile değil kişi hakkında suç şüphesinin açığa çıkıp soruşturmanın başlatılması anında ortaya çıktığı kabul edilir. Kesinleşmiş ve icra edilebilir bir yargı kararına kadar da varlığını korur²⁹⁹. Ancak bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi masumiyet karanesi etkisinin yargılama sona erdikten sonra da devam edeceğini kabul etmektedir. Burada etkinin devam edip etmeyeceği sorusu elbette kişinin hakkında mahkûmiyet kararı verilip kesinleşmesi haricindeki durumlar için söz konusu olacaktır. Kişinin kesinleşmiş bir mahkûmiyeti varsa suçluluğu da kesinleşmiş olduğundan masumiyet karanesi gündeme gelmeyecektir.

AIHM'ne göre, bir ceza yargılamasında düşme kararı ya da her ne gerekçeyle olursa olsun bir beraat kararı verilmişse, artık o kişinin masum olmayabileceği düşünülerek muamele edilmemelidir³⁰⁰. Aksi bir tutum masumiyet karanesi ihlali teşkil edecektir. Örneğin, Minelli - İsviçre, Başvuru No: 8660/79, 25.03.1983 tarihli kararda³⁰¹, AIHM'ne başvuran kişinin yargılanmasında yasal zaman aşımı sebebiyle dava düşürülmüştür. Ama buna rağmen yerel mahkeme, zaman aşımı süresi dolmamış olsaydı hüküm giyecekmiş gibi düşünüp, bu kişinin yargılama masraflarının bir kısmını ödemesine ve mağdur olduğu iddia edilen kişiye tazminat vermesine hükmetmiştir. Bu hüküm de AIHM tarafından masumiyet karanesi ihlali olarak değerlendirilmiştir³⁰². Kararda görüldüğü üzere yerel mahkemenin kesinleşmiş kararına rağmen hala masumiyet karanesi esası varlığını sürdürmektedir. Benzer anlayış Sekanina - Avusturya, Başvuru No: 13126/87, 25.08.1993 tarihli

²⁹⁹ Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 146

³⁰⁰ Tendam-İspanya Başvuru no. 25720/05 13.07.2010 tarihli AIHM kararında geçen açıklama durumu çok net bir şekilde izah etmektedir: "...kişinin delil yokluğu nedeniyle serbest bırakılması ile masum olduğunun hiç bir şüphe götürmeyecek şekilde tespit edilmiş olması nedeniyle serbest bırakılması arasında hiç bir nitelik farkı bulunamayacağını belirtmektedir. Gerçekten de beraat hükümleri her seferinde ceza yargıcının benimsediği gerekçelere göre değişmez. Tam aksine ilgilinin cezai sorumluluğu hakkında doğrudan ya da dolaylı biçimde beyanda bulunan tüm makamlar, Sözleşme'nin 6(2). fıkrası çerçevesinde, bir beraat kararının hüküm kısmına saygı duymalıdır..."(kararın çevirisi için bkz., Çev. Hülya Dinçer, www.anayasa.gov.tr, (22.10.2019).

³⁰¹ Sibel İnceoğlu, **Adil Yargılama Hakkı**, Eğitim Modülü – Hukuk Yargılaması, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2018, (Adil Yargılama), s. 35

³⁰² Nuala Mole ve Catharina Harby, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Strasbourg, Eylül 2005, s. 50.

kararda da görülmüştür. Olayda başvuru Sekanina eşini kasten öldürmek ve hücre arkadaşlarının kendisini ele verirse onları öldüreceklerine dair tehdit suçlarına ilişkin olarak yargılanmıştır. İlk suçlamadan oyçokluğu ikinci suçlamadan ise oybirliği ile beraat etmiştir. Daha sonra başvuru bu yargılamalarda yaptığı zorunlu masraflar ve tutukluluğu için tazminat talebiyle mahkemeye başvurmuştur. İstinaf mahkemesi, “yerel mahkemenin şüphenin mahkûmiyet kararı vermeye yeterli olmaması sebebiyle beraat kararı vermiş olduğu”nu belirtmiş ve bu doğrultuda kişi beraat etmişse de tüm şüphenin giderilmemiş olması sebebiyle tutukluluk tazminatı talebini reddetmiştir. Bir mahkemenin şüphenin varlığını sürdürdüğüne dair çıkarımının masumiyet karinesine aykırı olmayacağını vurgulamıştır³⁰³. AİHM ise beraat kararı kesinleştikten sonra artık ulusal mahkemelerin kişi hakkında giderilemeyen şüpheyeye dayanılmasının kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir³⁰⁴.

AİHM, masumiyet karinesinin uygulama alanını zamansal açıdan geniş yorumlamasının yanı sıra, ilkenin sadece ceza yargılamasında değil kabahatler hukuku ve disiplin hukuku alanında da esas alınması gerektiğini kabul etmiştir³⁰⁵.

AİHS m. 6/II'ye göre, özellikle AİHS son maddesi uyarınca hükmün yorumlamak için İngilizce ve Fransızca versiyonları ele alındığında açıkça masumiyet karinesinin uygulama alanının sadece ceza hukuku dosyaları olduğu (strafrechtliche Anklage) tespit edilmiştir³⁰⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “ceza hukuku dosyası” ile, yetkili makamların kişiyi bir suçla itham etmesi ve bunu resmi olarak bildirilmesiyle³⁰⁷ ya da bazı tedbirlere (tutuklama, arama vb³⁰⁸) başvurarak suçlamanın dolaylı olarak ifade edilmesiyle başlayan sürecin anlatılmaya

³⁰³ İnceoğlu, Adil Yargılanma, ss. 24-25.

³⁰⁴ Mole ve Harby, s. 51.

³⁰⁵ Atlıhan, s. 300; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 148. Ayrıca mesleki disiplin yargılamasına örnek AİHM kararı içi bkz. Albert ve Le Compte - Belçika, Başvuru No: 7299/75-7496/76, 10.02.1983; kabahatler hukukuna örnek AİHM karar için bkz. Lutz - Almanya Başvuru No: 9912/82, 25.08.1987, www.hudoc.echr.coe.int, (22.10.2019)

³⁰⁶ Naujok, s. 400; Hoefs, s. 90.

³⁰⁷ Deweer-Belçika Başvuru No: 6903/75, 27.02.1980 tarihli AİHM kararı, www.hudoc.echr.coe.int, (20.12.2021).

³⁰⁸ Eckle - Almanya Başvuru No: 8130/78, 15.07.1982 ve O'Halloran ve Francis – Birleşik Krallık Başvuru No: 15809/02 ve Başvuru No: 25624/02, 29.06.2007 tarihli AİHM kararları, www.hudoc.echr.coe.int, (20.12.2021).

çalışıldığını belirtmiştir³⁰⁹. Sonuç olarak geniş anlamda suçlanan herkesin bir sanık durumunda olacağı ve masumiyet karanesi kapsamına gireceği kabul edilmiştir³¹⁰.

AİHM, “bir olayın m. 6/II’nin uygulama alanı teşkil edip etmeyeceği”ni, Hüseyin Turan-Türkiye Başvuru No: 11529/02, 04.03.2008 tarihli kararında belirtildiği üzere “Engel kriterleri” olarak bilinen üç kriter temelinde incelemektedir. Bunlar,

- iç hukukta suçun sınıflandırılması
- suçun niteliği
- ilgili kişinin karşılaşılabileceği cezanın ağırlığıdır.

Kararda ayrıca 6. maddenin uygulanabilmesi için, sözkonusu suçun doğası gereği ceza yaptırımını gerektirmesi veya bu suç nedeniyle ilgili kişiye, niteliği ve ağırlık derecesi bakımından genel olarak ceza hukukunun yetkisine giren bir yaptırım uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak kriterlerden her birinin ayrı ayrı incelenmesi ceza hukuku alanına giren bir suçlamanın varlığına ilişkin kesin bir sonuca ulaşma imkânı sağlamıyorsa da toplu bir değerlendirme yapılabileceği kabul edilmiştir³¹¹.

Görüldüğü üzere masumiyet karanesi sadece ceza hukuku anlamında bir suç isnadı yapılmış olması ve bir kovuşturmanın başlamış olmasına bağlı değildir. Bir disiplin cezası ya da kabahete ilişkin bir durumda da bu ilke devreye girecektir³¹². Ama iş hukukunda bir etkisi olup olmayacağını söyleyebilmek için öncelikle karinenin hukuk yargılamasında uygulanıp uygulanamayacağını irdelemek yerinde olacaktır.

Doktrinde, AİHS m. 6/II’nin lafzından hukuk yargılamasında bu karinenin geçerli olacağı sonucunun çıkarılamayacağı ifade edilmiştir; AİHS m. 6 sistematığının de bu tespiti desteklediği vurgulanmıştır³¹³. Çünkü, AİHS m. 6/I’de hukuk ya da ceza mahkemeleri, her yargı kolu için geçerli olacak genel adil

³⁰⁹Shabelnik-Ukraine Başvuru No:16404/03, 19.02.2009 tarihli AİHM kararı, www.hudoc.echr.coe.int, (20.12.2021).

³¹⁰Wertz, s. 71.

³¹¹ Bu yaklaşım için ayrıca bkz. Lauko- Slovakya Başvuru No: 26138/95, 02.09.1998 tarihli AİHM kararı; Jussila - Finlandiya Başvuru No: 73053/01, 23.11.2006 tarihli AİHM kararı ve Zaicevs - Letonya, Başvuru No: 65022/01, 31.07. 2007 tarihli AİHM kararı, www.hudoc.echr.coe.int, (22.10.2019).

³¹² Lutz - Almanya Başvuru No: 9912/82, 25.08.1987 tarihli AİHM kararı, www.hudoc.echr.coe.int, (22.10.2019)

³¹³ Ebeling s. 50.

yargılanma hakkı esasları düzenlenmiş; 3. fıkra da ise ceza yargılamasında sanık olan bir kişinin sahip olduğu haklara kapsamlı şekilde yer verilmiştir. Bu açıdan iki hüküm arasında bulunan 2. fıkranın geçiş görevini üstlendiği ileri sürülmüş³¹⁴ ve düzenlemede masumiyet karinesinin, adil bir ceza yargılamasının temel yapı taşı olarak öne çıkarıldığı belirtilmiştir³¹⁵. Bir başka ifadeyle madde sistematigi uyarınca “m. 6/III”, masumiyet karinesi uygulama alanındaki kısıtlamanın göstergesidir³¹⁶. Sonuç olarak AİHS m. 6/II’nin mantığı ve düzenlenme amacının, bir kişiye cezayı gerektiren bir davranışta bulunduğu konusunda suçlama yapıldığında, ona korunma hakkı sağlamak olduğu ifade edilmiştir³¹⁷. Masumiyet karinesinin uygulama alanı bakımından Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nca benimsenen “tüm devlet prosedürlerini kapsayacak ancak özel hukukta geçerliliği reddedecek şekildeki genişletici anlayış” karşısında BAG doğrudan bağlayıcılığın sadece ceza hakimleri için söz konusu olduğunu belirtmiştir³¹⁸.

İş Hukuku özellikle iş yargılaması veya genel olarak özel hukuk konuları³¹⁹ için AİHM m. 6/II doğrudan bağlayıcı etkisi olmadığı da belirtilmiştir³²⁰. Bu görüşe göre AİHM m. 6/II’nin özel hukuk ilişkilerine ve özel hukuk davalarına yatay etkisine ilişkin bir çıkış noktası yoktur³²¹. AİHS m. 1 uyarınca, sadece üye ülkeler ve onların organları, AİHS’de sağlanan hak ve özgürlükleri koruma altına almakla görevlendirilmiştir. Bu sebeple AİHS m. 6/II, üçüncü kişiler (özel hukuk alanındaki işverenler için) için doğrudan yükümlülükler oluşturmaz. Bununla birlikte, AİHS uyarınca temel hak koruması sadece devletlerin bireylerin özel alanlarına müdahalelerine karşı korumayla sınırlandırılmamıştır³²². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS’den devletin (kamu gücünün) temel hakların objektif içeriğinden

³¹⁴ Wertz, s. 71.

³¹⁵ Daniela Demko, “Zur Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK bei Einstellung des Strafverfahrens und damit verknüpften Nebenfolgen”, **HRRS**, Yıl: 2007, Sayı: 7, s. 292. Ayrıca bkz. Phillips-Birleşik Krallık, Başvuru No: 41087/98, 05.07.2001 tarihli AİHM kararı, www.hudoc.echr.coe.int, (20.12.2021).

³¹⁶ Hoefs, s. 90.

³¹⁷ Wertz, ss. 71-72

³¹⁸ Hoefs, s. 90. Bkz. BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272.

³¹⁹ Eylert, Verdachtskündigung, 397.

³²⁰ Ebeling, s. 51; Hoefs, s. 91.

³²¹ Wertz, s. 72.

³²² Wertz, ss. 72-73.

türetilmiş çeşitli güvence yükümlülükleri olduğunu tespit etmiştir³²³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından temel haklara yönelik sadece bu tarz güvence yükümlülükleri kabul edilmiştir, çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi davranış yükümlülükleri için bir sistematik geliştirmekten kaçınmıştır³²⁴. Bu sebeple AIHS m.6/II'deki masumiyet karinesi bakımından henüz pozitif bir yükümlülük geliştirilmemiştir.

Belirttiğimiz üzere, Alman Anayasası'nda Türk Anayasası'ndan farklı olarak açıkça masumiyet karinesi düzenlenmemişse de, hukuk devleti ilkesi gereği olarak masumiyet karinesinin bir anayasal esas teşkil edeceği kabul edilmiştir³²⁵. Hukuk devleti ilkesi uyarınca devlet yetkisini, anayasa temelinde, insan onuru ve özgürlüğünü, adaleti ve yasal güvenliği güvence altına almak amacıyla anayasaya uygun olarak oluşturulan yasalar çerçevesinde kullanacaktır. Bu doğrultuda hukuk devleti ilkesi, objektif anayasal bir değerlendirme kriteri olarak, anayasanın temel yapı ve esasını oluşturan pek çok münferit unsurdan oluşur³²⁶. Masumiyet karinesi de bu objektif anayasal değerlendirme kriterinin bir parçası olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, belirsiz hukuki kavramların yorumlanmasında ve uygulanmasında BGB m. 138'deki ahlaka uygunluk veya BGB m. 242'deki dürüstlük gibi özel hukuk genel hükümlerinin esas alınarak, bu esasların tüm özel hukuk ilişkilerinin geneline yansıtılmasındaki değerlendirme mantığıyla; tüm kanunların üstünde yer alan Anayasadaki bir ilkenin (masumiyet karinesi) özel hukuka etki edeceğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³²⁷. Sonuç olarak katıldığımız bu görüşe göre masumiyet karinesi işçi ve işveren arasındaki sözleşme ilişkisinde dikkate alınabilecektir.

Diğer taraftan doktrinde masumiyet karinesinin hukuk yargılamasında uygulanabilmesi için, hukuk yargılamasının ceza yargılamasına paralel ilerlemesi ya da onun bir sonucu niteliği taşıması gerektiği belirtilmektedir. Bir başka ifadeyle

³²³ Z ve Diğerleri – Birleşik Krallık Başvuru No: 29392/95, 10.05.2001; Novoseletskiy - Ukranya Başvuru No: 47148/99, 22.02.2005 ve Immobiliare Saffi – İtalya Başvuru No: 22774/93, 28.07.1999 tarihli AIHM kararları, www.hudoc.echr.coe.int, (20.12.2021).

³²⁴ Hubertus Gersdorf, **Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht**, 12. Baskı, München, 2016, (BeckOK InfomedienR), Art. 8, A. II. 2. Status positivus: Gewährleistungspflichten („positive obligations“) Rn. 6.

³²⁵ BVerfG, 19.07.1967 - 2 BvR 489/66, **NJW**, Yıl: 1967, Sayı: 46, ss. 2151-2153.

³²⁶ Wertz, s. 73.

³²⁷ Tino Schlegel, **Das BAG und die Verdachtskündigung**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008, s. 55; Hahn, s. 32; Ebeling, s. 53 vd.

AIHS m. 6/II'nin ceza yargılaması niteliğinde olmayan ama kişinin ceza hukuku bağlamında suçluluğuna değinen yargılamalarda da uygulanması söz konusu olabilecektir. Ancak beraat eden sanığa karşı açılan tazminat davasının bu niteliği taşımayacağı da vurgulanmıştır³²⁸. Sonuç olarak bu görüşe göre, ceza mahkemesi sonucu olan hukuk yargılamalarında masumiyet karinesinin dikkate alınması gerektiği, ancak ceza yargılamasının sanığa açılan tazminat davalarının bu kapsama girmeyeceği kabul edilmiştir. Zaten “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılaması”na etkisini incelerken değineceğimiz üzere, maddi bir vakıa tespiti yoksa ceza mahkemesi kararıyla hukuk hâkimi bağlı olmaması prensibi karşısında aksinin söylenmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak bununla birlikte sadece ceza yargılamasının sonucu olan hukuk davalarında (Ör: tutuklama tazminatı) masumiyet karinesinin dikkate alınabileceğini de düşünmemekteyiz.

Masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı ceza muhakemesi hukuku alanına ait temel esaslar olarak kabul edilse de; özel hukuk ilişkilerine ve tez çalışmamız bakımından asıl önemlisi iş ilişkilerinde de gözardı edilmemesi gereken hususlar olduğu görüşündeyiz. Yukarıda irdelediğimiz “yatay etki” doğrultusunda, anayasal temel bir hak olan masumiyet karinesinin dolaylı ya da doğrudan özel hukuk ilişkilerinde de dikkate alınması gerekmektedir³²⁹.

AIHM eskiden AIHS m. 6/II'de düzenlenmiş olan masumiyet karinesinin sadece yargı organlarının dikkate alması gerektiğini kabul ederken, daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve tüm devlet organlarının bu ilkeyle bağlı olduğunu belirtmiştir. Örneğin, AIHM Allenet de Ribemont-Fransa, Başvuru No: 15175/89, 10.02.1995 davasında üst düzey bir polis memuru tarafından, AIHM'ne başvuran kişi, daha gözaltındayken basına bir cinayetin azmettiricisi olarak gösterilmiştir. AIHM de Sözleşme m.6/II'nin mahkeme dışındaki kamu yetkilileri için de geçerli olduğunu belirterek, hakkında bir mahkûmiyet kararı olmayan sadece gözaltında bulunan başvurucunun “çekince dahi konmadan kamuoyuna suçlu olarak duyurulması”nı masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirmiştir³³⁰. Her ne

³²⁸ Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 149.

³²⁹ Reinhard Schütte, “Die Verdachtskündigung”, **NZA**, Ek: 2, Yıl: 1991, Sayı:13, s. 22; Detlev W. Belling, “Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls”, **RdA**, Yıl: 1996, Sayı: 4, s. 227; Volker Naujok, “Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung”, **ArbuR**, Yıl: 1998, Sayı: 10, s. 400.

³³⁰ Mole ve Harby, s. 51; Tezcan ve diğerleri, s. 357.

kadar AİHM kararlarında, yargı dışında kamu kurum ve kuruluşlarının masumiyet karinesine uygun davranması gerektiğine yer verilmişse de; kararlarda varılan sonucun mahkemeleri etki altına almaya yönelik her türlü müdahalenin masumiyet karinesine aykırılık teşkil edebileceği şeklinde yorumlanabileceği doktrinde ifade edilmiştir³³¹. Bu doğrultuda istisnai de olsa basın da bu karineyi dikkate alması gerektiği belirtilmiştir³³². Söz konusu bakış açısıyla, AY m. 28’de yer alan basın hürriyeti ve haber alma hürriyetleri bile bu haklar yarışında geri planda kalabilirken; bir özel hukuk ilişkisinde eşitler arasında masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkının gözardı edilmesinin hukuka uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

Konumuz iş ilişkisinde şüphe ve şüphe feshi bakımından bu ilke büyük önem arz eder. İkinci bölümde inceleyeceğimiz üzere, işe alımda ve iş ilişkisi devamında işverenin “işçi/aday işçi hakkında uygulanan mahkûmiyetle sonuçlanmamış cezai prosedürler³³³”den haberdar olması sonrası işçiye karşı tutum ve davranışları, somut olaya göre, anayasal masumiyet karinesi ve işçinin lekelenmeme hakkına aykırı bir durum teşkil edebilecektir. Bu sebeple işverenin iş sözleşmesi kuruluşu ve devamındaki tutum ve davranışlarının hukukiliğine ilişkin değerlendirmelerde bu ilke ve hakkın dikkate alınması gerekir. Üçüncü bölümde inceleyeceğimiz şüphe feshi bakımından ise bu konunun ele alınması daha da elzemdir. Zira doktrinde, masumiyet karinesini ihlal ettiği gerekçesi ile şüphe feshinin hukuka uygun olmadığı savunulmuştur. Ayrıca, sadece bu eleştiriyi inceleyebilmek adına değil; “hukuka ve hakkaniyete uygun bir şüphe feshi için masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkının anlam ve öneminin anlaşılması gerektiği”ni düşünmemiz sebebiyle de kavramlar ve uygulama alanları ayrıntılı şekilde incelenmeye çalışılmıştır. Her ne kadar, masumiyet karinesine aykırı olduğu gerekçesiyle hiçbir şekilde şüphe feshinin mümkün olmadığı görüşünde değilsek de, bu feshin şartları ve uygulaması bağlamında yapılacak değerlendirmelerde “masumiyet karinesi” ve “lekelenmeme hakkı”nın göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz³³⁴.

³³¹ Tezcan ve diğerleri, s. 357.

³³² Tezcan ve diğerleri, s. 357; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 157.

³³³ İşçi hakkında soruşturma ya da kovuşturma yapılması veya işçiye koruma tedbirleri uygulanması

³³⁴ Üçüncü Bölüm IV. B. 2. Masumiyet Karinesi İhlali

F. Şüpheden/Kuşkudan Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo)

Şüpheden/Kuşkudan³³⁵ sanık yararlanır ilkesinin temelinde "Bir suçlunun cezasız kalmasının, bir suçsuzun mahkûm olmasına tercih edilmesi" düşüncesi bulunmaktadır³³⁶.

Açıkça zikredilmemişse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/II'deki masumiyet karinesinin "şüpheden sanık yararlanır" ilkesine de dayanak olduğu ifade edilmiştir³³⁷. CMK m. 223/II e bendinde "yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması" durumunda beraat kararı verileceğinin düzenlenmiş olması da ilkenin göstergesidir³³⁸.

AİHM de şüpheden sanık yararlanır ilkesinin, masumiyet karinesinin özel bir görünüşü olduğunu kabul etmiştir³³⁹. Bununla birlikte masumiyet karinesinin şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre daha genel ve ceza hukukunu aşan bir kavram olduğu da ifade edilmiştir³⁴⁰.

Her ne kadar son dönemde çocuğa ve kadına karşı işlenen suçlar sebebiyle toplum olarak ister istemez tam aksi bir anlayışa doğru sürüklensek de, tercihi yaparken masum bir insanın yerine kendimizi koymalı ve empati kuralmalıyız. Belki bazı durumlarda duygularımıza kapılıp kimi suçların cezasız kaldığına şahit olarak bu ilkeyi görmezden gelmek istesek de; bir masumun suçsuz yere yargılanmasına tanık olduğumuzda bu ilkenin önemini hatırlamaktayız. Dolayısıyla bu ilkeden vazgeçilmesi elbette düşünülemeyecektir. Ancak bu ilke bir şüphe durumunda hemen beraat kararı verileceği anlamına da gelmemektedir³⁴¹.

³³⁵ "Kuşkudan sanık yararlanır" ifadesinin kullanılmasının uygun olduğu görüşü gerekçesi için bkz. Birinci Bölüm I. A. 2. Hukuki Terim Olarak Şüphe, dpn. 36.

³³⁶ Feyzioğlu, s. 197.

³³⁷ Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi, s. 78; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 156.

³³⁸ Özbek ve diğerleri, Ceza Muhakemesi, s. 78.

³³⁹ "...in dubio pro reo ilkesi uyarınca, kişinin delil yokluğu nedeniyle serbest bırakılması ile masum olduğunun hiç bir şüphe götürmeyecek şekilde tespit edilmiş olması nedeniyle serbest bırakılması arasında hiç bir nitelik farkı bulunamayacağı...", Tendam-İspanya Başvuru no. 25720/05 13.07.2010 tarihli AİHM kararı, kararın çevirisi için bkz., Çev. Hülya Dinçer, www.anayasa.gov.tr, (07.07.2021). Masumiyet karinesi ile şüpheden sanık yararlanır ilkesinin arasındaki ilişki ile farklı görüşler için bkz. Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, ss. 157-158.

³⁴⁰ Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, s. 158

³⁴¹ Atlıhan, s. 296. Şüpheden sanık yararlanır ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için Feyzioğlu, ss. 192-212; Koray Doğan, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2018, (Kuşkudan Sanık Yararlanır).

İş ilişkisinde masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkının göz ardı edilmemesi gerektiğini ve diğer bölümler yapacağımız değerlendirmelerde görüleceği üzere taraflar arasında menfaat dengesi bakımından ölçülük değerlendirmesinde bu ilkelerin de önem arzettiğini düşünsek de; şüpheden sanık yararlanır ilkesinin iş ilişkisinde uygulanabileceğini söylemek mümkün değildir. Aksi halde iş ilişkisinde şüphe ve şüphe feshi gibi bir çalışmanın varlığından da söz edilemezdi.

Zaten bu ilke, tüm ceza muhakemesi süreçlerinde değil, ceza mahkemesinde hüküm verilme aşamasında devreye girmektir³⁴².

G. Kamu Yararı

1. Genel Olarak

a. Kamu Yararı Kavramı

Kamu yararı kavramı, hukuk sistemleri için önemli bir olgudur. Hukukun toplumsal yapıyı düzenleme amacı düşünüldüğünde bu durum kaçınılmazdır. Özellikle kamu hukuku alanında bu kavram çok sık kullanılsa da, yazılı hukuk kaynaklarında açıkça bir tanıma yer verilmemiştir. Kamu yararının ne olduğu doktrinde açıklanmaya çalışılmış ve yargı kararlarıyla şekillenmiştir.

Devlet genel anlamda eylem ve işlemlerinde kamu yararını amaçlar³⁴³. Türk Hukuku'nda da benimsenen Fransız Devrimi ile kabul edilen “yasa, kamu yararıdır” ilkesi uyarınca kamu yararının yasaların temel dayanağı olduğu söylenebilmektedir³⁴⁴.

³⁴² Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır, ss. 128, 358; Gültekin, s. 129; Kahraman, ss. 144, 148.

³⁴³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2017, s. 29; Oğuz Sancakdar, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Önüt ve Serkan Seyhan, **İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, s. 299; Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri Cilt-I**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2018, ss. 47-48; Nermin Tombaloğlu, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 5, Sayı:1, s. 355.

³⁴⁴ Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl: 1991, Cilt 24, s. 11,12, 14; Filiz Zabcı, “Kamu Yararı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Kuramsal ve Tarihsel**

“Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlıklı AY m. 13³⁴⁵,de 2001 yılı değişikliği ile içinde kamu yararının da bulunduğu özel sınırlama nedenleri kaldırılmıştır. Ama buna rağmen, kamu yararının, artık özel neden olamasa da temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmasında esas teşkil edeceği kabul edilebilecektir³⁴⁶. Çünkü Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere *kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılması hukuk devleti ilkesinin bir gereği*³⁴⁷ dir. Bu anlayışa göre de, kanunların esasen kamunun yararını gözettiği ve de temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının kamu yararına aykırı şekilde yapılamayacağı sonucu çıkartılabilecektir. Zaten bu doğrultuda Anayasamızın çeşitli maddelerinde “kamu yararı” kavramına yer verilmiştir.

“Kıyılardan yararlanma”, “toprak mülkiyeti” ve “tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması” (AY m. 43, 44 ve 45) konuları kamu yararı başlığı altında düzenlenmiştir³⁴⁸. Bunun yanı sıra kamulaştırma (AY m. 46) ile devletleştirme ve özelleştirme (AY m. 47) ye ilişkin hükümlerde de kamu yararı amacı taşındığı açıkça belirtilmiştir. Madde 35’ de, mülkiyet ve miras hakkının ancak kamu yararı amacı ile kanunla sınırlandırılabilmesine hükmedilmiş; Madde 39’da kamu görev ve hizmetlerinde bulunanlara karşı görev ve hizmetin yerine getirilmesine ilişkin olanlar dışındaki çeşitli isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında isnadın doğruluğunu ispat hakkı doğacak durumlardan birinin “**kamu yararı** bulunması” olduğu ve Madde 169/II’de ise devlet ormanlarında irtifak hakkının yalnızca “**kamu yararı**” varsa kurulabileceği ifade edilmiştir. Bu anayasal

Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri I, (der. Y. Bürkev, M. Özügürlü, Y. Özdek ve E.V. Elgür), Ankara, NotaBene Yayınları, 2011, s. 255-256.

³⁴⁵ AY m. 13: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*”.

³⁴⁶ Akıllıoğlu, s. 11; Akyılmaz ve diğerleri, s. 29; Sancakdar ve diğerleri, s. 299; Kalabalık, ss. 47-48; Zabcı, s. 256; Tombaloğlu, s. 355.

³⁴⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı 2.6.2011, 2008/88 E. , 2011/85 K. , R.G. Tarihi: 21.10.2011, R.G. Sayısı: 28091; Anayasa Mahkemesi Kararı 13.5.2015, 2015/34 E. , 2015/48 K. , R.G. Tarihi: 23.5.2015, R.G. Sayısı: 29364; Anayasa Mahkemesi Kararı 26.07.2017, 2015/46 E. , 2017/130 K. , R.G. Tarihi: 04.10.2017, R.G. Sayısı: 30200, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (07.07.2019). Kararlardaki bu ifadedden anlaşılabileceği üzere Anayasa Mahkemesi “yasa kamu yararadır” ilkesini benimsemiştir.

³⁴⁸ Her ne kadar AY m. 176/II “*Madde kenar başlıkları, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı gösterir. Bu başlıklar, Anayasa metninden sayılmaz*” hükmü bulunsu da bu başlıklandırmanın kamu yararının önemini belirtmesi açısından önem arzettiğini düşünmekteyiz. Ayrıca burada doktrindeki kamu yararı kavramının biçimsel tanımının yapılabileceği konu bakımından belirlenemeyeceği geleneksel düşüncesinden uzaklaşıldığı düşünülmüştür, bkz. Akıllıoğlu, s. 12.

düzenlemelerde, devletin eylem ve işlemlerinde “kamu yararı” amacı taşındığı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında da ölçüt olması gerektiği açıkça görülmektedir.

Kamu yararı, devletin eylem ve işlemlerinin temel dayanaklarından biri olsa da Anayasa’da sadece yedi yerde açıkça yazılmıştır. Ancak bu kamu yararının sadece açıkça belirtildiği konularda esas alındığı anlamına gelmez. “Kamu yararı” ifadesi yer almasa da pek çok düzenleme doğrudan ya da dolaylı olarak kamu yararı esasına dayanır³⁴⁹. Hangi hususlarda kamu yararına dayanıldığı ve kriter teşkil ettiğini anlamak için de kavramın ne anlama geldiğinin tespiti gereklidir. Bununla birlikte kamu yararının, Anayasamızda bu önemli yerine rağmen, bir tanımına yer verilmemiştir.

Kamu yararı, hukuk dışında sosyal, siyasi ve felsefi alanda da önem arz eden ve farklı yönleri olan bir kavramdır. Çok yönlü ve soyut bu kavramın³⁵⁰ ne ifade edeceği kişilere, toplumlara, yaşanan yere ve döneme göre değişmektedir³⁵¹. Bu yönüyle kavram öğretide farklı yönlerden ele alınmış ve konumuzun kapsamını aşacağından burada yer veremeyeceğimiz çeşitli teorik yaklaşımlarla açıklanmaya çalışılmıştır³⁵². Ancak çok fonksiyonlu oluşu, belirsiz ve belirttiğimiz üzere değişime açık yapısı gereği kamu yararının genel geçer somut bir tanımının yapılması zordur³⁵³. Zor olmasının yanı sıra sınırlı bir tanımının yapılmasının doğru olmayacağı da düşünülmektedir³⁵⁴. Çünkü çok işlevli oluşunun, kavramın belirsizliğine yol açtığı ve bu sebeple somut olaya göre belirlemenin kavrama esneklik kazandırdığı belirtilmiştir. Kazandırılan esneklikle kamu yararı kavramı her zaman kullanılabilir. Ama bu düşünce kavramın sınırlarının çizilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu fikre göre de, kamu yararı kavramı, içerik, konu ya da düzenlendiği madde bakımından belirsiz olsa da biçimsel bir tanımının

³⁴⁹ Örnek için bkz. Birinci Bölüm II. G. 2. Genel Olarak İş Hukukunda Kamu Yararı

³⁵⁰ Sancakdar ve diğerleri, s. 40; Tombaloğlu, ss. 355, 356.

³⁵¹ Akyılmaz ve diğerleri, ss. 28, 29; Kalabalık, ss. 47, 59; Zabcı, ss. 4, 268; N. Münci Çakmak, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2013, s. 57; Tombaloğlu, ss. 355, 356, 363.

³⁵² Kavramı derinlemesine ele alan bu teorik yaklaşımlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Korkut, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 44, (Kamu Yararı), ss. 79-96; Zabcı, ss. 256-268.

³⁵³ Akıllıoğlu, s. 11; Akyılmaz ve diğerleri, s. 27; Sancakdar ve diğerleri, s. 299; Çakmak, s. 58; Tombaloğlu, ss. 363, 385. Kamu yararını tanımlamayı zorlaştıran nedenlerle ilgili bilgi için bkz. Çakmak, ss. 58 vd.

³⁵⁴ Akyılmaz ve diğerleri, s. 27

yapılabileceği³⁵⁵ ve bunun önemli olduğu kabul edilmiştir³⁵⁶. Anayasa Mahkemesi de kamu yararı kavramının objektif bir tanıma elverişli olmadığını bu ölçütün her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁵⁷.

Kamu yararının, toplumu meydana getiren bireylerin kişisel yararlarının birleşimi olmadığı belirtilir. Bu sebeple, kamu yararı mevcutsa bunun toplumdaki herkesin kişisel yararına uygun olduğu da söylenemeyecektir. Ama bu bireylerin kişisel yararlarının kamu yararıyla ilişkisi olmadığı anlamına gelmez. Durumu bir örnekle açıklarsak eğer, bir binanın okul yapılması için kamulaştırılmasında mülk sahibinin kişisel yararı, kamu yararı sebebiyle bertaraf edildiğinden, burada yararların çatışması söz konusudur. Ancak binanın sahibinin bir çocuğu olması durumunda, okul yapımında bu kişinin de kişisel yararı olacaktır³⁵⁸. Sonuçta kamu yararı kişisel bir yararla çatışsa da aynı kişinin başka bir açıdan kişisel yararına olabilmektedir. Görüldüğü üzere kamu yararına ilişkin güncel görüşlerde, bireysel yarar-kamu yararı çatışmasını esas alan fikirlerin her zaman geçerli olmayacağı üzerinde durulmaktadır³⁵⁹.

Genel olarak kamu yararının saptanmasında iki kıstastan söz edilebilmektedir. Bunlar, “çoğunluğun yararı” olup olmaması ya da niceliğe bakılmaksızın kamu yararıyla ihlal edilecek olan “hakkın niteliksel üstünlüğü”dür³⁶⁰. Kamu yararı, tek tek kişilerin yararını değil genel olarak toplumun yararını korumaya çalışır. Bu sebeple genellikle çoğunluğun yararının, ortak çıkar olduğu söylenebilmektedir³⁶¹. Ancak bu şekilde bir nitelendirme her zaman doğru olmayacaktır. Çünkü çoğunluğun yararıyla ters düşen ve tek bir kişinin yararına uyan bir durumda da kamu yararı söz konusu olabilir³⁶². Örneğin, hasta taşıyan bir ambulansın acilen hastaneye varabilmesi için trafik kurallarına aykırı tehlikeli bir şekilde hızlı gitmesi ve diğer araçlara göre geçiş üstünlüğüne sahip olması. Örnekte, ambulansın sahip olduğu bu yetki tek bir kişisel yarar için gibi dursa da, aslında kamu yararına hizmet eder. Çünkü söz konusu kişisel

³⁵⁵ Ancak yukarıda ilgili Anayasa maddelerini incelerken görüldüğü üzere sadece biçimsel bir açıklama dışında içeriğine ilişkin de bazı hükümler mevcuttur.

³⁵⁶ Akıllıoğlu, s. 11.

³⁵⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı 10.4.2019, 2018/136 E. , 2019/21 K. , R.G. Tarihi: 20/6/2019, R.G. Sayısı: 30807, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (10.07.2019).

³⁵⁸ Akyılmaz ve diğerleri, ss. 28-29.

³⁵⁹ Tombaloğlu, s. 362.

³⁶⁰ Sancakdar ve diğerleri, ss. 40, 300.

³⁶¹ Sancakdar ve diğerleri, s. 299, Akyılmaz ve diğerleri, s. 29.

³⁶² Akyılmaz ve diğerleri, s. 29.

yarar, en temel insan hakkı olan yaşam hakkıdır ve bu hakkın korunması idarenin temel görevidir³⁶³.

Doktrinde kavram, demokrasi, kamu düzeni, kamu hizmeti, kamu sağlığı, milli güvenlik ve milli savunma gibi kavramlarla ilişkilendirilmiştir³⁶⁴. Örneğin, doktrinde “kamu düzeni”nin amacı, bireysel çıkardan daha ziyade genel çıkarı korumak olduğundan; yani “kamu düzeni”nin toplumsal değerlerle ilişkisinden dolayı, ihlali hâlinde kamu yararının da ihlal edilmiş olacağı kabul edilmektedir. Çünkü kamu düzeninden sayılan hukuki prensipler, mutlak olarak kamu yararını da korurlar³⁶⁵. Doktrinde, “kamu düzeni” kavramı en çok kamu yararı kavramı ile ilişkilendirilmekte ve onun üzerinden de açıklanmaya çalışılmaktadır³⁶⁶.

Kamu düzeni, kamu hizmeti, kamu sağlığı, milli güvenlik ve milli savunma gibi kavramların kamu yararından ayrı kavramlar olmadığı, tümünün kamu yararı kavramı içine girdiği ancak alan ayrımı yapılmış olduğu söylenilmiştir³⁶⁷. AY m. 13’deki 2001 yılı değişikliği öncesinde

Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir

ifadesi bulunmaktaydı. Bu düzenlemeye bakıldığında, diğer kavramlarla birlikte kamu yararının ayrıca belirtilmesi sebebiyle, bunların farklı kavramlar oldukları sonucu çıkarılabilecektir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin bir karşı görüş yazısında³⁶⁸ da aynı bakış açısıyla AY m. 51’de “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk” ın sınırlama nedenleri olarak sayıldığı, burada kamu yararına yer verilmediği için sınırlama nedeni olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

³⁶³ Sancakdar ve diğerleri, s. 40.

³⁶⁴ Akıllıoğlu, ss. 16-17; Akyılmaz ve diğerleri, ss. 27-28; Zabcı, s. 255.

³⁶⁵ Ozan Tok, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılaması Üzerinde Etkisinin Hukuki Niteliği Üzerine”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 2, ss. 437-464, s. 454.

³⁶⁶ Pelin Akın, “Kamu Düzeni Kavramı ve İş Hukukundaki Yansımaları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 11, Sayı: 43, s. 63. Ayrıca kamu düzenine ilişkin her kuralın kamu yararına dayanması, ancak aksinin her zaman geçerli olmayabileceği de ifade edilmiştir. Kamu düzenine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, ss. 57-98.

³⁶⁷ Akıllıoğlu, ss. 16-17.

³⁶⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı 22.10.2014, 2013/1 E. , 2014/161 K. Erdal TERCAN’nın Karşı Görüş Yazısı, R.G. Tarihi: 11.11.2015, R.G. Sayısı: 29529, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (25.06.2019).

Ancak milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, genel sağlığın kamu yararı olarak kabul edilmemesinin uygun olmayacağını düşünmekteyiz. Zaten Anayasa Mahkemesi'nin, yukarıda karşı görüş yazısından söz ettiğimiz kararda³⁶⁹ yer verdiği “*milli güvenlik ve genel sağlık gibi kamu yararı içeren*” ifadesi bu görüşümüze dayanak teşkil eder.

Doktrinde kamu yararına ilişkin çeşitli tanımlara yer verilmiştir. “Toplumdaki kurulu düzenin korunmasındaki çıkar”³⁷⁰, “toplumun ortak çıkarı için yapılan ve idarenin kamu hizmetlerini yerine getirmek için bir takım faaliyetlerde araması gereken olgu”³⁷¹, “doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde toplumun genelinin menfaatlerine uygun olan ve bu nedenle de öncelikli olarak korunmasında veya tercih edilmesinde gereklilik görülen üstün yarar”³⁷², ve “toplumun düzen, refah ve istikrarının devamı için diğer menfaatlere nazaran üstün tutulması gereken bütüncül ve meşru yarar”³⁷³ gibi çeşitli tanımlar yapılmıştır.

Çalışmamız açısından “üstün kamu yararı” kavramına da yer vermek yerinde olur. Çünkü “iş ilişkisinde şüphe”ye ilişkin olarak, farklı kamu yararlarının birbiriyle çatışmasında veya bireysel menfaat-toplumsal yarar çatışmasında denge sağlanmasında korunmaya değer olan üstün kamu yararının tespit edilmesi söz konusudur. Bir olayda mevcut en az iki kamu yararından birinin seçilmesi durumunda, seçilen kamu yararı “üstün kamu yararı” olarak nitelendirilmiştir³⁷⁴. “Üstün kamu yararı” kavramı yerine Danıştay, “baskın kamu yararı”³⁷⁵ gibi ifadeler de kullanmıştır.

³⁶⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı 22.10.2014, 2013/1 E. , 2014/161 K. , R.G. Tarihi: 11.11.2015, R.G. Sayısı: 29529, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (25.06.2019)

³⁷⁰ İlhan Tekeli, “Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine”, **Planlama Dergisi**, Yıl: 1988, Sayı: 2, s. 10.

³⁷¹ Gökçe Gencay, “Ormancılıkta Kamu Yararı”, **İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 60, Sayı: 1, s. 38.

³⁷² Cem Ayaydın, “İdari Yargı'nın Sahip Olduğu İşlevler Ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler Ve Değerlendirmeler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2011, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, s. 566.

³⁷³ Tombaloğlu, s. 385.

³⁷⁴ Sancakdar ve diğerleri, s. 300.

³⁷⁵ Danıştay, 5. Daire, 11.10.2012, 2009/6690 E., 2012/6136 K., www.legalbank.net, (28.02.2021).

b. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı

Anayasa Mahkemesinin temel değerlendirme kriterlerinden birinin kamu yararı olmasından ötürü³⁷⁶ kararlarında çoğu kez ne anlama geleceğine ve diğer kavramlarla arasındaki ilişkiye dair değerlendirmelerde bulunmuştur.

Son dönemde vermiş olduğu kararlarda belirttiği üzere “*kamu yararı kavramı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir*”³⁷⁷. Eski kararlarında da kavrama ilişkin çeşitli nitelendirmeler yapmıştır. Kamu yararının “...*kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak...*”³⁷⁸, “...*milli huzurun bozulmaması...*”³⁷⁹ olduğunu belirtmiştir.

Bunun dışında “ekonomik ve sosyal dengeyi sağlamak gibi haklı nedenlere dayanılarak kullanılan lokavt hakkının, mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmaması ya da kamu yararına aykırılık olarak nitelendirilemeyeceği”, “kamu yararı ve kamu düzeni gereği özel hayatın gizliliğine dokunulabileceği”³⁸⁰, “kamu yararıyla da olsa bir hakkın özüne dokunulamayacağı”³⁸¹ yorumlarını da yapmıştır. Ve bir kararında³⁸², bireysel haklar - kamu yararı arasındaki çatışma durumunu şu şekilde ifade etmiştir:

Temel hak ve özgürlüklerin bir yasa ile sınırlandırılması özelde, özgürlükleri kısıtlananların zararına olsa bile, genelde toplumun yararına olabilir. Yasayla temel hak ve özgürlükler kısıtlanmasının topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği zarara göre ağır basması durumunda, kamu yararının varlığı kabul edilmelidir.

³⁷⁶ Tombaloğlu, s. 370.

³⁷⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, 02.06.2011, 2008/88 E. , 2011/85 K. , R.G. Tarihi: 21.10.2011, R.G. Sayısı: 28091; Anayasa Mahkemesi Kararı, 13.5.2015, 2015/34 E. , 2015/48 K., R.G. Tarihi: 23.5.2015, R.G. Sayısı: 29364; Anayasa Mahkemesi Kararı, 26.07.2017, 2015/46 E., 2017/130 K. , R.G. Tarihi: 04.10.2017, R.G. Sayısı: 30200, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (07.07.2019)

³⁷⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, 05.04.1977, 1977/1 E., 1977/20 K., R.G. Tarihi: 05.12.1977, R.G. Sayısı: 16130, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (16.11.2021).

³⁷⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 08.04.1963, 1963/16 E., 1963/83 K., R.G. Tarihi: 09.07.1963, R.G. Sayısı: 11449, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (16.11.2021).

³⁸⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, 26-27.9.1967, 1963/336 E., 1967/29 K., R.G. Tarihi: 19.10.1968, R.G. Sayısı: 13031, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (16.11.2021).

³⁸¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 26.3.1963, 1963/3 E., 1963/67 K., R.G. Tarihi: 31.05.1963, R.G. Sayısı: 11416, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (16.11.2021).

³⁸² Anayasa Mahkemesi Kararı, 08.02.1979, 1978/54 E., 1979/9 K., RG Tarihi: 24.04.1979, RG Sayısı: 16618, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (16.11.2021).

Anayasa Mahkemesi, “kamu yararı”nı yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere “hukuk devleti ilkesi”nin kapsamında kabul etmiştir. 17.01.2013 tarihli 2012/19 E., 2013/17 K. sayılı kararı’ndaki³⁸³

Hukuk devletinin unsurları arasında, kanunların kamu yararına dayanması ilkesi de vardır. Bunun anlamı, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişiler yararına herhangi bir kanun kuralının konulamayacağıdır

ifadesinde de bu durum açıkça belirtmiştir. Bu konuya ilişkin daha yeni bir kararında da,

Anayasa’nın anılan maddesinde belirtilen hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerek...

tiğini belirtmiştir³⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi kamu yararını kanun önünde eşitlik ilkesi açısından değerlendirirken de, kamu yararının, farklı düzenlemeler yapılması ya da uygulamalarda bulunulması durumunda eşitlik ilkesine aykırılığı ortadan kaldıran bir unsur olarak kabul etmiştir. Ama elbette bunun bir sınırını da çizmiştir. Buna göre, “kamu yararının eşitliğe aykırılığı ortadan kaldırması” için, yapılan düzenlemenin ya da uygulamanın taşıması gereken kamu yararının ne olduğu netleştirilip anlaşılır hale getirilmeli ve düzenleme ya da uygulama “amaçla ilgili olma”, “makul olma” ve “adil olma” özelliklerini taşımalıdır³⁸⁵.

³⁸³ RG Tarihi: 12.05.2013, RG Sayısı: 28645, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (10.07.2019). Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 2.6.2011, 2008/88 E. , 2011/85 K. , RG Tarihi: 21.10.2011, RG Sayısı: 28091; Anayasa Mahkemesi Kararı, 13.5.2015, 2015/34 E. , 2015/48 K. , RG Tarihi: 23.5.2015, RG Sayısı: 29364; Anayasa Mahkemesi Kararı 26.07.2017, 2015/46 E. , 2017/130 K., RG Tarihi: 04.10.2017, RG Sayısı: 30200, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (07.07.2019).

³⁸⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, 15/5/2019, 2018/142 E. , 2019/38 K. , RG Tarihi: 20/6/2019, RG Sayısı: 30807, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (10.07.2019).

³⁸⁵“...Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyaset düşüncesi, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa’nın 10. maddesi karşısında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak, aynı hukuksal durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasını sağlamakta, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını ise engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, aynı düzenlemeyi aykırı değil geçerli kılar. Aynı hukuksal durumda bulunanlar için ayrı düzenleme Anayasa’ya aykırılık

Sadece eşitlik ilkesi bakımından değil genel olarak, belirsiz ve esnek olan kamu yararı kavramının, bir kanun, eylem veya işlemde söz konusu olduğunda somutlaştırılması ve olgularla desteklenmesi gerektiği kabul edilmiştir³⁸⁶.

2. Genel Olarak İş Hukukunda Kamu Yararı

Kamu hukuku alanında, kamu yararının idarenin hareket alanını şekillendirmesi ve kamu yararı amacıyla idareye kişilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale etme yetkisi verilmesi bakımından, kavramın kapsamını belirlemek elzemdir³⁸⁷.

Çalışmamızda ise kamu yararı kavramını ele almamızın nedeni, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, hatta ihlalini hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğini değerlendirebilmektir.

İş Hukuku hem özel hukuk hem kamu hukuku alanına giren nitelikler taşır. Söz konusu durum, hukuk dalının ortaya çıkmasına sebep olan toplumsal nedenler ve bu doğrultuda esas ilke olan işçiyi korumadan kaynaklanır. Ancak iş sözleşmesinin kişisel bir nitelik taşıyan özel hukuk sözleşmesi olması onu doğrudan kamu hukuku alanına dâhil kabul etmenin önüne geçer. Ancak özel hukuk konusu olsa da iş

oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında yasalara değişik kurallar konulamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinden, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.

Bu durumda, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmaktaysa ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden sözedilemez.

Ancak, 'kamu yararı' ve 'haklı neden'in a) Anlaşılabilir b) Amaçla İlgili c) Makul ve adil olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir. Çünkü eşitliği bozduğu öne sürülen kural haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi halinde de Anayasa kuralına aykırı hale gelebilirler...”, Anayasa Mahkemesi Kararı, 19.2.1992, 1991/13 E. , 1992/10 K. , RG Tarihi: 17.11.1994, RG Sayısı: 22114, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (10.07. 2019).

³⁸⁶ “...Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlemleri almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve görevidir. Yeterki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan hizmetin gerekleri gözönünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmuş olabilsin...”, Anayasa Mahkemesi Kararı, 26.07.2017, 1992/40 E., 1992/55 K., RG Tarihi: 24.04.1993, RG Sayısı: 21561, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (10.07. 2019).

³⁸⁷ Kalabalık, s. 61; Tombaloğlu, s. 355.

hukukunun ve iş mevzuatının kamusal niteliği tartışılmayacaktır. İş Kanunu hükümlerinin nispi emredici niteliği taşıması bunun en çarpıcı örneğini teşkil eder.

İş Hukukunun sosyal ve toplumsal özelliği sonucunda, kamu yararının çalışmamız açısından önem taşıyan niteliği, hem toplu iş hukuku hem de bireysel iş hukukunda karşımıza çıkar. Hem kanunların kamu yararını amaçladığı anlayışı hem de iş hukukunun çıkışındaki işçi-işveren arasındaki dengesizliği bir ölçüde dengeleyerek toplumsal adaleti sağlama amacı ışığında, tüm düzenlemeleri dolaylı olarak kamu yararı ile bağdaştırmak mümkünse de; bazı kanun düzenlemelerinde bu bağ daha ön plandadır. Söz konusu hükümlerde kanun koyucu tarafından kamu yararı gereği açıkça ortaya konmuştur ya da açıkça ortaya konmasa da kamu yararı ilişkisi diğerlerine göre daha anlaşılırdır.

Toplu İş Hukuku açısından kamu yararına ilişkin düzenlemeleri incelemek için öncelikle Anayasa'daki hükümleri ele almak gerekir. Sendika kurma hakkını düzenleyen AY m. 51/II'de bu hakkın ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin V. fıkrasında “*sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz*” ifadesine yer verilmiştir. “Cumhuriyetin Nitelikleri” madde başlıklı AY m. 2’de ise Türkiye Cumhuriyeti’nin “*toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti*” olduğu belirtilmiştir. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi’nin “hukuk devleti”nin unsurları arasında kamu yararına dayanma ilkesi olduğunu kabul ettiği de dikkate alındığında, AY m. 51/V’deki bu düzenleme de kamu yararının iş ilişkisine etkisinin görüntüsü olarak ifade edilebilecektir³⁸⁸.

Anayasal temel hak olan grevin ise AY m. 54/II’de iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamayacağı belirtilmiştir. Anayasada yer alan “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “suç işlenmesini önleme”, “genel sağlık”, “genel ahlak”, “toplum zararı”, “milli servet” kavramları ise “kamu yararı” olgusunu gündeme getirecektir.

³⁸⁸ Bkz. Birinci Bölüm II. G. 1. b. Anayasa Mahkemesi Kararlarınca Kamu Yararı Kavramı

AY m. 54/IV 'de de “grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenleneceği” belirtilmiştir. Bu sebeple kamu yararı ilişkisi bakımından AY m. 54/IV ile bağlantılı olarak STİSK m. 62, m. 63 ve m. 72’yi hatta m. 31’i incelemek gerekir.

STİSK m. 62’de, AY m. 54/IV uyarınca grev ve lokavt yasakları düzenlenmiştir. Burada açıkça kamu yararı ifade edilmemiş olsa da kanun kayucunun düzenlemeleri getirmesinin temelinde bu esas bulunur. STİSK’nın çeşitli hükümlerinin anayasaya aykırılığının iddia edildiği davada da bu düzenleme bakımından kamu yararının varlığından söz edilmiştir.³⁸⁹

Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavtın genel sağlığı veya millî güvenliği, büyükşehir belediyelerinin şehir içi toplu taşıma hizmetlerini, bankacılık hizmetlerinde ekonomik veya finansal istikrarı bozucu nitelikte olması durumunda Cumhurbaşkanıya bir erteleme yetkisi ise STİSK m. 63’de tanınmıştır. Burada, Anayasa’daki düzenlemelere benzer şekilde “genel sağlık”, “milli güvenlik”, “ekonomik veya finansal istikrar” olgularına yer verilmiştir. Dolayısıyla STİSK m. 63’de kamu yararının iş hukukuna bir etkisinden söz etmek mümkün olabilir. Yine STİSK m 72’de grev hakkı veya lokavtın iyi niyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına veya millî servete zarar verecek şekilde kullanıldığının mahkemede tespit edilmesi durumunda grev veya lokavtın durdurulmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere burada da “toplum zararı” ve “milli servet” olguları gündeme gelmiştir.

Son olarak bu hususta ele alabileceğimiz STİSK düzenlemesi ise 31. maddedir. Hükme göre, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyetlerde bulunan kuruluş, merkezlerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcısının talebi üzerine mahkeme kararı ile kapatılabilecektir. Burada da AY m. 51/V’de incelerken yaptığımız açıklamaları yinelemek gerekecektir. AY m. 2’de “Cumhuriyetin Nitelikleri” sayılırken hukuk devleti özelliğine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi de hukuk devletinin unsurları arasında kamu yararına dayanma ilkesi olduğunu kabul etmesi sebebiyle düzenlemenin kamu yararıyla bağlantısı olduğu söylenebilecektir.

³⁸⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 22.10.2014, 2013/1 E., 2014/161 K., R.G. Tarihi: 11.11.2015, R.G. Sayısı: 29529, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (16.11.2021).

Bireysel iş hukuku bakımından kamu yararının gündeme gelmesi toplu iş hukukuna kıyasen daha zordur. Çünkü bu alan esasen, işçi ve işveren arasındaki kişisel nitelikli özel hukuk sözleşmesine dayanır. Ama yine de bu alanda da kamu yararı dikkate alınabilir. Ancak bu toplu iş hukuku hükümlerine oranla daha dolaylı olacaktır.

Bireysel iş ilişkisi ile kamu yararı bağlantısını ilk olarak TBK m. 27'ye dayanarak iş sözleşmesinin kurulması bakımından tespit edebiliriz³⁹⁰. TBK m. 27/1'de "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz"lüğü düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu genel kanun olduğundan bu düzenlemenin iş sözleşmesi içinde geçerliliği açıktır. İş sözleşmesi, kamu düzenine aykırı olamayacaktır. Kamu düzeni de kamu yararı kapsamına girdiğinden bireysel iş ilişkisinin de kamu yararına aykırılık teşkil edemeyeceğini belirtebiliriz.

Kamu yararının bireysel iş hukukunda gündeme geldiği ve iş ilişkisini önemli şekilde etkilediği bir konu ise işverenin işçiye karşı duyduğu şüphe ve sonuçlarıdır. Çalışmamız iş ilişkisinde şüphe ve şüphe feshi olduğundan bu konuya ayrı bir başlıkta yer vermek uygun olacaktır.

3. İş İlişkisindeki Şüphe Konusunda Kamu Yararının Yeri ve Önemi

Kamu yararı, iş ilişkisinin kuruluşunda, devamında ve sona ermesinde şüphenin etkisi ve sonuçları ile ilişki içerisindedir. Bu ilişki, hem dolaylı ve hem doğrudan olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.

İkinci bölümde inceleyeceğimiz üzere, işveren iş ilişkisinin kuruluşu ve devamında işçiye duyduğu şüpheleri gidermek için çeşitli yollara başvurabilir. İşverenin hem anayasal hem de iş sözleşmesinden doğan hakları uyarınca bu mümkündür; ancak her hak ve özgürlükte geçerli olduğu üzere işverenin belirli sınırlar dâhilinde hareket etmesi gereklidir. Aksi halde işverenin kullandığı yöntemler hukuka aykırı olacaktır.

Daha sonra ayrıntılı olarak yer vereceğimiz üzere işverenin şüphesini giderme yolları bakımından uyması gereken hukukilik sınırlarını, işveren ile işçinin hak ve

³⁹⁰ Tok, s. 453.

yükümlülükleri oluşturacaktır. Ama kamu yararı ile ilişki bakımından önemli olan ve ele alınması gereken sınır, işçinin ve işverenin sahip olduğu “anayasal haklar”dır. Anayasal düzenlemelerin özel hukuka, çalışmamız açısından ifade edersek iş hukukuna yatay etkisi sonucunda işverenin işçinin sahip olduğu hak ve özgürlükleri dikkate alması gerekir³⁹¹. Ama işverenin ihlal etmemesi gereken işçinin hak ve özgürlükleri (çalışma hakkı, sendika özgürlüğü, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, özel hayatın gizliliği, masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı vb) karşısında kendisinin anayasal teşşebbüs hürriyeti yer almaktadır. “Yasa kamunun yararınadır” görüşü de düşünüldüğünde iş ilişkisinin başlangıcı ve devamında kriter olarak çıkacak Anayasal temel hak ve özgürlükler ile hukuk ilkelerinin kamu yararı taşımadığı kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla, işverenin şüphesini giderirken başvurduğu yolların hukukilik değerlendirmesinde, işçi ve işveren arasındaki haklar çatışması ele alınırken aslında bir anlamda karşı karşıya kalan kamu yararları arasında somut olaya göre üstün kamu yararı tespiti yapılması gerekecektir. Bu, iş ilişkisi kuruluşu ve devamındaki şüphe ile kamu yararının dolaylı ilişkisidir. Ancak doğrudan kamu yararının dikkate alınması gerektiği durumlar da söz konusu olabilir.

İşin ve işyerinin niteliğine göre işveren, işe alımlarda ve iş ilişkisi devam ederken işçi adayına karşı şüpheleri bakımından taraf hak ve yükümlülükleri dışında “kamu yararı”nı da gözetmesi gerekebilecektir. Örneğin, anaokulu temizlik görevliliği için başvuran işçiye adli siciline ilişkin ayrıntılı sorular sorulması, işçi adayının adli sicilden silinmiş veya işlenmemiş (HAGB kararları) bir suçunun ya da hakkındaki çocuk istismarı vb. suçlara ilişkin iddiaların öğrenilmesi durumlarında; işverenin iş sözleşmesi yapıp yapmayacağına karar vermesi ve kararının anayasal hak ve özgürlük ihlali teşkil edip etmeyeceğinin söylenebilmesi bakımından sadece işçi ve işveren menfaatleri değil “kamu yararı da dikkate alınacaktır. Benzer şekilde, anaokulunda çalışmakta olan bir öğretmen için şüpheli durumlar oluşmaması adına işverenin yapacağı denetimler ve koyacağı çeşitli kurallarda veya öğretmenin

³⁹¹ Doğrudan herhangi bir yaptırımı gündeme getirmeyecek yatay etki haricinde, İş Kanunu’nda yer alan çeşitli ilkeler ve öngörülen tazminatlar (eşitlik davranma ilkesine aykırılıkta İşK m. 5/VI, sendikal nedenle ayrımcılıkta STİSK m. 25/IV, fesih hakkının kötüniyetli kullanılması İşK m. 17/VI) ve herhangi bir düzenleme bulunmayan konularda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı (Anayasa m. 148, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun³⁹¹ m. 45) dolaylı olarak işverenin işçinin anayasal haklarını dikkate alınması gereğini ortaya koyar.

hakkında çeşitli dedikodular ya da yürütülen soruşturmalar öğrenildiğinde dikkate alınan sadece taraf hak ve yükümlülükleri değil aynı zaman kamu yararı da olacaktır.

Sonuç olarak iş ve işyerinin niteliğine göre “genel sağlık”, “genel ahlak”, “milli servet”, “milli güvenlik” vb. konularda sonuçlar doğması söz konusuysa işverenin kamu yararını da gözetmesi gerekli hatta zorunludur.

İş sözleşmesinin sona ermesi bakımından şüphe, kısaca şüphe feshinde de menfaat değerlendirmesi yapılırken irdelenecek anayasal haklar ve hukuk ilkeleri kapsamında yukarıda belirttiğimiz gibi kamu yararlarının karşı karşıya kalması ve üstün kamu yararı tespiti yapılması söz konusudur. Ve yine anayasal hak ve ilkelerin kamu yararına hizmet ettiği şeklinde dolaylı değerlendirmenin yanı sıra şüphe feshinde de “kamu yararı” doğrudan bir değerlendirme kriteri olabilmektedir.

Geçerli nedenle fesihlerde, feshin geçerliliği ve son çare ilkesine uygunluğun tespiti bakımından yapılması gereken menfaat değerlendirmesinde, işverenin ve işçinin karşılıklı menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışılır. Hukuk sistemimizde şüphe feshi esasen geçerli nedenle fesih olarak kabul edilebileceğinden, bu fesih türünde de menfaat değerlendirmesi yapılması gerekir. Şüphe feshi tanımı yapılırken görüleceği üzere, “şüphe” hem işçinin iş sözleşmesinden doğan bir yükümlülük ihlali hem de bir suç işleyip işlemediği konusunda olabilecektir. Her suç bazında bir kamu yararı bulunduğu değerlendirilmesi yapılabilirse de; “kamu yararının menfaat değerlendirilmesinde doğrudan bir kriter olması”, eylemin suç teşkil etmesinin ötesinde, şüphe konusu suçun ya da yükümlülük ihlalinin devletin varlığına ilişkin, milli güvenliği ve temel sağlığı bozacak ve doğrudan toplumu etkileyecek konulara dair olmasına bağlıdır.

Hukuk sistemimize şüphe feshi kavramını getiren Yargıtay Kararı³⁹²,na konu olayda (her ne kadar Alman Hukuku bakımından buradaki fesih şüphe feshi olarak nitelendirilemezse de³⁹³) kamu yararı, işçi ve işverenin menfaatlerinden ayrı bağımsız bir unsur olarak karşımıza çıkmıştır. Kamu yararının işçi ve işverenin arasındaki menfaat değerlendirmesinde ayrı bir unsur olarak kabul edilip, aslında bu üç taraf arasında yapılacak menfaat değerlendirmesi 15 Temmuz 2016 sonrasında verilmiş kararlarda da karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kararlara konu somut

³⁹² Y. 9. HD., 22.10.2007, 2007/16878 E., 2007/30923 K.,
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/9hd-2007-16878.htm>, (23.02.2021).

³⁹³ Bkz. Üçüncü Bölüm III. Şüphe Feshi Çeşitleri ve Öngörü Prensibi

olaylardaki gibi işçiye karşı şüpheler terör örgütü bağlamında olduğunda, “milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık” gibi doğrudan “kamu yararı” gündeme geleceğinden, şüphe feshinde sadece işverenin değil kamunun da bir menfaati olacaktır.

Örneğin, benzin istasyonunda düzenli olarak geceleri sigara içildiği tespit edilmiş, ancak bunu hangi işçinin gerçekleştirildiği kesin olarak bulunamamıştır. İşveren bu konuda belirli (A) işçisinden şüphe etmektedir. Bu durumda işverenin şüphe feshi uygulaması bakımından yapılacak değerlendirmede kamu yararının da göz önünde tutulması gerekecektir. Çünkü sigara yüzünden gerçekleşebilecek bir patlamada benzin istasyonundaki müşteriler başta olmak üzere işyerinin bulunduğu yerleşimdeki tüm insanların ve doğanın zarar görmesi söz konusu olacaktır.

Yargıtay kararlarına yansıyan olaylardan yola çıkarak, şüphe feshi bakımından kamu yararının önemli olduğu, somut olaydaki duruma göre menfaat değerlendirmesinde doğrudan esaslı kriter teşkil edeceği ve şüphe feshinin sonuçları bakımından farklı değerlendirmelere yol açabileceği yönündeki açıklamalarımızı destekleyecek önemli dayanaklar da 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname³⁹⁴ ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun³⁹⁵, dur.

667 sayılı KHK m. 4/I’de

terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen kamu görevinde çalışan işçilerin de işten çıkarılacağı

belirtilmiştir (f ve g fıkraları). Ayrıca m. 4/II’de

birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemeyeceği, her türlü müteveli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılacağı ve sayılan görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanacağı ifade edilmiştir.

³⁹⁴ RG Tarihi: 23.07.2016, RG Sayısı: 29779

³⁹⁵ RG Tarihi: 29.10.2016, RG Sayısı: 29872

Bu düzenlemelere 6749 sayılı Kanunu m. 4/I-f³⁹⁶, m. 4/I-g³⁹⁷ ve m. 4/II³⁹⁸’de de aynı şekilde yer verilmiştir.

Madde gerekçesinde³⁹⁹ özel olarak bir açıklama yapılmamışsa da, görüldüğü üzere söz konusu milli güvenlik olduğundan, getirilen hükümlerin devletin aralarında bir özel hukuk ilişkisi olduğu işçiler açısından da uygulanabileceği belirtilmiştir. Böylece devletin özel hukuk alanındaki iş sözleşmelerinin oluşturulması ve sona erdirilmesi konusuna yönelik bir müdahale yapmasından yola çıkarak, somut olaya göre hem işe alımlarda hem de şüphe feshinde yapılacak değerlendirmelerde denge sağlanırken sadece işçi ve işveren menfaatleri değil kamu yararının (şüphesi duyulan konuya göre “milli güvenlik” ya da “kamu sağlığı gibi) da gözönünde tutulması gerektiği sonucunu çıkarmak mümkündür⁴⁰⁰.

Ayrıca sadece değindiğimiz KHK ve Kanun bakımından değil, terör olayları başta olmak üzere tüm kamusal sonuçları olabilecek suçlar ve yükümlülük ihlallerine yönelik şüpheler söz konusu olduğunda, yukarıda da somut örneklerle de ifade

³⁹⁶ 6749 sayılı Kanun m. 4/I-f: “657 sayılı Devlet Memurları Kanununa ve diğer mevzuata tabi her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personel, ilgili kurum veya kuruluşun en üst yöneticisi başkanlığında bağlı, ilgili veya ilişkili olunan bakan tarafından oluşturulan kurulun teklifi üzerine ilgili bakan onayıyla kamu görevinden çıkarılır. Bu Kanunun 3 üncü maddesinde belirtilenlerin işlemleri ise söz konusu maddedeki usule göre yapılır.”

³⁹⁷ 6749 sayılı Kanun m. 4/I-g: “Bir bakanlığa bağlı, ilgili veya ilişkili olmayan diğer kurumlarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personel, birim amirinin teklifi üzerine atamaya yetkili amirin onayıyla kamu görevinden çıkarılır.”

³⁹⁸ 6749 sayılı Kanun m. 4/II: “Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bu fıkra da sayılan görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 25/7/2018-7145/21 md.) Birinci fıkra uyarınca kamu görevinden çıkarılan asker kişilerin askerî rütbeleri, mahkeme kararı aranmaksızın karar tarihinden geçerli olmak üzere geri alınır”.

³⁹⁹ 6749 Sayılı Kanun m. 4 Gerekçesi: “Madde ile kamu görevlilerinden terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin hususlar düzenlenmektedir”.

⁴⁰⁰ Bu 667 sayılı KHK ve 6749 sayılı Kanun uyarınca gerçekleşen ve iş sözleşmesinin şüphe nedeniyle feshinin geçerli kabul edildiği kararlar için bkz. Y. 9. HD. 20.02.2019, 2019/1256 E. 2019/4311 K., www.legalbank.net, (28.07.2019); Erzurum, BAM, 6. HD. 09.01.2020, 2019/4382 E., 2020/11 K., www.legalbank.net, (07.03.2021). Ayrıca bu mevzuat hükümlerine dayanılsa da, şüphe feshinin geçerliliği için işçiye yönelik objektif somut vakia ve olgulara dayanan bir şüphenin olması gerektiğinin belirtildiği Bölge Adliye Mahkemesi Kararı için bkz. Gaziantep, BAM, 9. HD. 2017/2641 E., 2017/2003 K., www. legalbank.net, (06.03.2021). Yargıtay da bu durumu “...dosyada şüphe feshine dayanak oluşturacak nedenler araştırılmamıştır. Öncelikle davacı hakkında varsa adli ya da idari soruşturma evrakları, emniyet ve diğer güvenlik güçlerinden gelecek feshe dayanak bilgi ve belgeler ile taraf delilleri toplanmak suretiyle bir değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre...” karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Y. 22. HD., 02.10.2017, 2017/40671 E., 2017/20227 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (06.03.2021).

ettiğimiz üzere “kamu yararı”, işe alımlarda ve devamında şüphe giderme ya da oluşmaması bakımından başvurulacak yolların hukukilik sınırlarının belirlenmesi, işe alım kararlarının ayrımcılık yasağına aykırı olup olmayacağının tespiti ve şüphe feshinin geçerliliği için yapılması gereken menfaat değerlendirmesinde temel bir kriter olacaktır.

Kamu yararının bir kriter olarak dikkate almanın yanı sıra doktrinde, kamu ve bireysel menfaat çatışmasında kamu yararının öncellenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁰¹; ancak Danıştay’ın da bir kararında açıkça ifade etmiş olduğu üzere kişilerin fedakarlığa katlanması söz konusu olsa da toplumsal yarar ile bireysel menfaatler arasında bir denge sağlanmalıdır⁴⁰². Anayasa Mahkemesi’nin bir kararı⁴⁰³’nın karşılığı gerekçesinde belirtildiği üzere “*Anayasa Mahkemesi’nin anayasaya uygunluk denetiminde öncelikle Anayasaya aykırılığı iddia edilen bir kuralın, kişinin temel hakları ile üstün kamu yararı arasında adil ve makul bir denge kurup kurmadığına bakılmalıdır*”. Hele ki iş sözleşmesinin özel hukuk ilişkisi olduğu ve işçi-işveren-kamu olmak üzere üç farklı tarafın menfaati bulunduğu düşünüldüğünde bu denge daha da önem arz edecektir.

III. CEZA MUHALEMESİNİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

Genel olarak ceza muhakemesi hukuku ile bir özel hukuk dalının birbiriyle ilişkisi düşünüldüğünde akla ilk ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine etkisinin ne olacağı gelir. Zaten bu husus çeşitli bilimsel çalışmalara konu edilmiştir. Ancak iş hukuku açısından önemli olan sadece ceza mahkemesi kararlarının değil diğer çeşitli ceza muhakemesi kurum ve uygulamalarının da etkisinin olup olmayacağı ve etkisi olacaksa da bunun derecesidir. Özellikle konumuzun şüphenin iş ilişkisine etkisi olduğu düşünüldüğünde bunun gerekliliği açıktır. Ayrıca iş hukuku açısından yapacağımız açıklamalardaki farklılık, sadece ceza muhakemesine ilişkin prosedürlerin iş mahkemeleri açısından değil, işveren ve işçi bakımından yani uyuşmazlık daha yargıya yansımada önce iş ilişkisine ne gibi etkileri olacağı

⁴⁰¹ İbrahim Gül, “Danıştay Kararlarında ‘Kamu Yararı’ Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2014/2, s. 541.

⁴⁰² Danıştay, 6. Daire, 18.10.2011, 2009/10109 E., 2011/3784 K., www.legalbank.net, (28.02.2021).

⁴⁰³ Anayasa Mahkemesi Kararı 12.07.2017, 2017/122 E. , 2017/122 K., R.G. Tarihi: 15.08.2017, R.G. Sayısı: 30155, www.legalbank.net, (28.02.2021)

yönüyle incelenecek olmasıdır. Ama elbette hukuki problemlerin çözümünde mahkeme kararları esaslı rol oynadığından ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemelerine dolayısıyla iş mahkemelerine etkisi bu başlığın esaslı kısmını oluşturacaktır.

A. Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılamasına Etkisi

Yargı kolları arasındaki etki iki taraflı olabilir, ancak tez çalışmamız bakımından önemli olan, ceza muhakemesinin iş ilişkisine etkileri olduğundan, konu esas olarak ceza davaları ve kararlarının hukuk mahkemelerine etkisi bakımından incelenecektir. Sadece gerektiği yerlerde hukuk mahkemesi kararlarının ceza mahkemesine etkisinden söz edilecektir.

1. Genel Olarak

Medeni yargı ve ceza yargısı pek çok yönden birbirinden ayrılır. Bu iki yargı kolu, konusu, kaynağı, tarafları, amaçları, uygulanan ilkeler ve ispat araçları (kısacası usulü) bakımından farklı özellikler taşırlar⁴⁰⁴. İki yargı da kendine özgü usule ve ilkelere sahiptir. Bu konuda çeşitli örnekler verilebilir. Örneğin, ceza yargısında “şüpheden sanık yararlanır” şeklinde bir ön kabul mevcutken, medeni yargıda böyle bir durum söz konusu değildir. Medeni yargıda uyuşmazlık, ispat yükü ve delil ikâme yükü kurallarına göre çözülmektedir; “belirsizlik - ispatsızlık” halinde ispat yükü taşıyan taraf, ceza yargısındaki aksine bu belirsizliğin riskine katlanacaktır. Bir başka farklı durum, ceza davalarında resen araştırma ilkesi geçerliyken, hukuk davalarında kural olarak taraflarca getirilme ve hazırlanma ilkesi esas alınmaktadır⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ İsmail Doğanay, “Hukuk Hâkimi Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararları ile Bağlıdır?”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 1975, Cilt: I, Sayı: 2, s. 23; Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku**, Legal Yayıncılık, Ağustos 2016, s. 777; Murat Atalı, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017, (Pekcanitez Usul III), ss. 2074, 2084; Tok, s. 437; Kadir Berk Kapancı, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt:7, Sayı: 1, s. 511.

⁴⁰⁵ Doğanay, s. 23. Medeni usul hukukundaki ilkelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, ss. 296-308; Güray Erdönmez, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt I**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017, (Pekcanitez Usul I), ss. 775-922. Ceza muhakemesi hukukundaki ilkelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek ve diğerleri, ss. 46-82.

Bu doğrultuda kural olarak ceza mahkemesi kararları hukuk mahkemelerini bağlamayacaktır⁴⁰⁶. Zaten bulundukları yargı kollarını belirtirken söylediğimiz gibi farklı kaynakları, tarafları, usul ve ilkeleri vardır. Konuları da kural olarak farklıdır. Ceza mahkemelerinde konu suç olarak nitelendirilebilecek eylemlerdir. Hukuk mahkemelerinin konusu olmak için ise bir hareketin suç teşkil etmesi gerekmez, haksız fiil niteliği taşıması yeterlidir⁴⁰⁷. Ancak ceza ve hukuk hâkimlerinin birbirinden bağımsız olarak karar verileceğinin kabulüne rağmen, bazı durumlarda birbirlerini etkileyebileceklerdir. Çünkü zaman zaman bu iki farklı yargı kolu kesişmektedir. Örneğin, bir trafik kazasında hem gerçekleştirilen eylem suç teşkil edebilecek, dolayısıyla ceza yargısına konu olacak, hem de ortaya çıkan zarar sebebiyle doğacak tazminat talebi bakımından hukuk mahkemeleri devreye girecektir.

Bu gibi durumlarda bir yargı kolu, diğer yargı koluna ilişkin ön sorunlar hakkında karar verebilecektir. Örneğin, hukuk mahkemesi bir senet hakkında ileri sürülen sahtelik iddiasını ön sorun olarak kendisi inceleyebilir. Ama bunun yerine, eğer diğer yargı kolunda görülmekte olan bir dava varsa, daha sonra ayrıntılı olarak belirteceğimiz “ceza davasını bekletici mesele yapma” yolunu da seçebilecektir⁴⁰⁸. Ancak yargı yolunun uyuşmalık konusuna göre ön sorunlar hakkında karar verebilmesi, görev alanına girmeyen ve elindeki davanın konusu olmayan bir durum hakkında karar verebilmesi anlamına da gelmeyecektir.

Konu esas olarak Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 74⁴⁰⁹, de ele alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nun yanı sıra, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)⁴¹⁰ m. 214’de özel bir düzenlemeye (sahtelik iddiasına ilişkin olarak) yer verilmiştir.

Ceza mahkemesi kararları kural olarak hukuk mahkemelerini bağlamaz ve kesin hüküm teşkil etmez ama istisnai durumlar söz konusu olmaktadır⁴¹¹. TBK m.

⁴⁰⁶ Ahmet Kılıçoğlu, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1973, Cilt: XXIX, Sayı: 3-4, ss. 187, 191; Kapancı, s. 515-516; Tok, s. 442.

⁴⁰⁷ Kapancı, ss. 511-512, 515, 517.

⁴⁰⁸ Bkz. Birinci Bölüm IV. A. 3. Ceza Mahkemesinde Görülmekte Olan Bir Davanın Hukuk Mahkemesinde Bekletici Mesele Yapılması

⁴⁰⁹ TBK m. 74: “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.”

⁴¹⁰ RG Tarihi: 04.02.2011, RG Sayısı: 27836.

74 hukuk hâkiminin bağılı olmayacağı durumları vurgulamıştır. Ancak sayılan haller haricindeki durumlara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İlk bakışta bu düzenlemeyle farklı yargı kollarının birbirlerini hiç etkileyeceği hususunun vurgulanmak istediği düşünülebilir; ama doktrinde, yapılan “menfi sayım” ile hükümdeki durumlar dışındaki konulara ilişkin tespitlerin hukuk yargılamasına etki edeceğinin kabul edildiği ve Yargıtay’ın da bu görüşü desteklediği ifade edilmiştir⁴¹². Alt başlıklarda yer vereceğimiz üzere Yargıtay’ın bu kararlarında maddi bir vakıa tespiti varsa bunun hâkimi bağlaması gerekeceği kabul edilmiştir. Bu sebeple, TBK m. 74’ü istisna olarak düşünüp esas olarak farklı yargı kollarının birbirini bağlayabileceği genel çıkarımı da doğru olmayacaktır. Sonuç olarak ceza mahkemesi kararlarıyla bağılı olup olmayacağının ölçütü maddi vakıaların tespit edilmesidir⁴¹³.

a. Ceza Mahkemesi Mahkûmiyet Kararı

TBK m. 74/II’de haksız fiil sebebiyle açılan davalarda verilmiş olan ceza mahkemesi kararlarına ilişkin durum ele alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca hukuk mahkemesi hâkimi, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı ile bağılı olmayacak bir başka ifadeyle mahkûmiyet kararları hukuk davasında kesin delil teşkil etmeyecektir⁴¹⁴. Ancak Yargıtay’ın kabul etmiş olduğu üzere, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı, haksız fiil teşkil eden olayın tespitine ilişkin bölümü bakımından kesin delil teşkil etmelidir. Bir başka ifadeyle ceza mahkemesinde varlığı tespit edilen maddi olgu artık hukuk mahkemesinde tartışma konusu yapılamayacaktır⁴¹⁵. Yargıtay’ın yerleşik içtihatı olan bu durum bir kararında şu şekilde ortaya konmuştur:

...Olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK’nın 53. maddesi ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı T.B.K.’nin 74 md. uyarınca hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağılı değil ise de hem ilmi, hem de kökleşmiş yargı kararlarında ceza mahkemesince belirlenen maddi olgunun hukuk hakimini bağlayacağı kabul olunmaktadır. Ceza Mahkemesinin hakaret

⁴¹¹ Kılıçoğlu, s. 187, 191; Kapancı, s. 515-517.

⁴¹² Kılıçoğlu, s. 199; Tok, ss. 440, 441.

⁴¹³ Bkz. Birinci Bölüm III. A. c. Maddi Olgu Tespiti

⁴¹⁴ Kuru, ss. 780, 781, 782.

⁴¹⁵ Doğanay, s. 24; Dişel, s. 191

*suçundan kesinleşmiş mahkûmiyet kararı artık hukuk hâkimini bağlayıcı niteliktedir...*⁴¹⁶

TBK m. 74/II, kusurun değerlendirilmesine ilişkin kararın hukuk hâkimini bağlamayacağını açıkça düzenlemiştir. Dolayısıyla kusur ile zarar arasındaki illiyet bağının mevcudiyetine ilişkin ceza mahkemesi kararının da hâkimi bağlamayacağı belirtilmiştir⁴¹⁷. Yargıtay da, TBK m. 74/II doğrultusunda benzer şekilde karar vermiş⁴¹⁸; ama kusurun varlığının tespitine ilişkin olarak farklı bir görüş de ortaya koymuştur. Örneğin 2012 tarihli bir kararı şu şekildedir:

*Davalı sürücü M. hakkında İstanbul Altıncı Ağır Ceza Mahkemesi'ne açılan ceza davasında davalı 8/8 kusurlu bulunarak mahkûmiyetine karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Davalı hakkında açılan ve kesinleşen ceza davasında davalı kusurlu bulunduğu ve mahkûmiyet kararı verildiğine göre bu maddi olgu BK'nın 53. maddesi gereğince hukuk hâkimi yönünden bağlayıcıdır. Mahkemece buna rağmen davalı M.'in kusursuz, davacı Bakanlığın tam kusurlu kabul edilmesi doğru olmamıştır. Mahkemece yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak tarafların meydana gelen trafik kazasından kusur oranları saptanmalı ve kusurları oranında sorumluluklarına karar verilmelidir. Mahkemece bu doğrultuda bir araştırma ve inceleme yapılmadan eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...*⁴¹⁹

Sonuç olarak ceza mahkemesi mahkûmiyet kararlarının hukuk mahkemelerindeki bağlayıcılığı hususu şu şekilde özetlenebilmektedir:

Ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı, aynı fiil hakkında hukuk mahkemesinde görülmekte olan tazminat davasında,

- Fiil ve hukuka aykırılık açısından ve
- Haksız fiilin unsurlarından biri olan kusurun “varlığı” açısından bağlayıcı

olacak⁴²⁰; ancak kusurun derecesinin takdiri ile haksız fiilin diğer unsurları olan zarar ve illiyet bağı bakımından bağlayıcı olmayacaktır⁴²¹.

⁴¹⁶ Y. 4. HD., 03.03.2015, 2014/6921 E., 2015/2415 K., www.legalbank.net, (02.03.2021).

⁴¹⁷ Kuru, ss. 780-781.

⁴¹⁸ Kusur değerlendirmesi bakımından hukuk hakiminin, ceza mahkemesi kararındaki bilirkişi raporuna dayanılamayacağını da belirtildiği karar için bkz. Y. 13. HD., 17.09.2018, 2016/6397 E., 2018/8029, <http://kazanci.com.tr/gunluk/13hd-2016-6397.htm>, (01.12.2021).

⁴¹⁹ Y. 4. HD., 19.01.2012, 2010/12396 E., 2012/548 K., www.kazanci.com, (20.01.2016).

⁴²⁰ Ancak tam tersi mümkün olmayacaktır. Hukuk hâkiminin, ceza mahkemesinin “kişinin kusursuz olduğunun tespiti” ile bağlı olmayacağı ifade edilmiştir. Tok, s. 444.

⁴²¹ Dişel, s. 208; Tok, ss. 442-445; Kapancı, s. 532.

b. Ceza Mahkemesi Beraat Kararı

TBK m. 74/I, hukuk mahkemesi hâkiminin,

- zarar verenin kusurunun olup olmadığı ve
- ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı

hakkında karar verirken ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla bağlı olmadığını belirtmektedir. Bu hüküm mutlak bir hüküm gibi görünse de bazı durumlarda beraat kararının da hukuk hâkimince dikkate alınması gerekebilecektir.

Borçlar Kanunu düzenlemesinde beraat kararı ifadesi geçtiği için başlıklandırmayı bu şekilde yapmış bulunuyoruz. Ancak kararın hukuk mahkemesi hâkimince dikkate alınıp alınmayacağının tespiti, mahkûmiyet kararlarında olduğu gibi ceza mahkemesi kararının maddi olgulara ilişkin bir tespit yapıp yapmadığına göre değişecektir. Zaten düzenlemede de beraat kararının dikkate alınmayışı, zarar verenin “kusuruna” ve “ayırt etme gücüne” ilişkin olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla beraat kararında da haksız fiilin tespitine ilişkin kısmın kesin delil teşkil etmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Eğer ceza mahkemesi kararında haksız fiilin işlenmediği veya sanık tarafından işlenmediği tespit edilmişse hukuk mahkemesi hâkimi bununla bağlı olmalıdır⁴²².

Hukuk Genel Kurul’unun bir kararında bu durum açıkça şu şekilde belirtilmiştir:

*...Ceza Mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir. Bunun nedeni, ceza yargılamasındaki ispat araçları bakımından ceza hâkiminin hukuk hakiminden çok daha elverişli konumda bulunmasıdır. Maddi olgu saptanarak beraat kararı verilmiş ise; bu yön, hukuk yargılaması sırasında dışlanamaz ve aksi benimsenemez. Yerleşik yargısal uygulamalar bu doğrultudadır (Hukuk Genel Kurulu’nun 24.05.2006 gün ve E:2006/9-280, K:319; 04.11.2009 gün ve E:2009/4-413, K:2009/481 sayılı ilamları)...*⁴²³

Ancak belirtmemiz gerekli olan önemli bir husus vardır. Bu da, ceza mahkemesi beraat kararının tespit edilen maddi vakıa bakımından hukuk mahkemesinde kesin delil kabul edilebilmesi için, beraat kararında o vakıanın mevcudiyetinin kesin şekilde tespit edilmiş olmasının gerekliliğidir. Eğer delil

⁴²²Kuru, s. 782; Tok s. 442.

⁴²³Y., HGK, 22.01.2014, 2013/11-158 E., 2014/33 K., www.kazanci.com, (20.01.2016).

yetersizliğinden dolayı verilmiş bir beraat kararı varsa, burada maddi olgunun mevcudiyeti kesin biçimde tespit edilmediğinden hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil etmeyecektir. Çünkü yargılama usulleri ve hâkim olan ilkeler farklı olduğundan ceza mahkemesinin yeterli görmediği deliller hukuk mahkemesince yeterli görülebilecektir⁴²⁴. HMK m. 214/II’de bu belirttiğimiz sebepten ötürü “*Ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez*” hükmüne yer verilmiştir. Ancak belgenin sahte olmadığı şeklinde bir maddi olgu tespitine dayanarak beraat kararı verildiyse, hukuk mahkemesinde bu durumun dikkate alınması zorunlu olacaktır.

c. Maddi Olgu Tespiti

Açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere, ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, bir “maddi olgu” tespiti yapılmış olup olmadığına bağlıdır⁴²⁵. Bu sebeple “maddi olgu tespiti”nden ne anlaşılması gerektiğine de yer verilmez.

Öncelikle maddi olgu tespitinin söz konusu olması için, bakış açısına göre değişen (göreceli) bir durum olmamalıdır. Zaten TBK m. 74/II’de kusurun değerlendirilmesi ve zararın belirlenmesine ilişkin kararların hukuk hâkimini bağlamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu doğrultuda, HMK m. 214⁴²⁶’den yola çıkılarak da, ceza mahkemesi bir senedin sahte olduğunu tespit ederse, kararın hukuk mahkemesi için kesin hüküm/delil teşkil edeceği kabul edilir⁴²⁷. Yargıtay kararları da

⁴²⁴ Kuru, s. 783; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 2**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 2133; Kapancı, s. 519. Y., HGK, 28.11.2001, E. 2001/11-1103, K. 2001/1084; Y., 19. HD., 6.6.2008, E. 2008/12188, K. 2008/6304, www.legalbank.net, (02.03.2021).

⁴²⁵ Maddi vakıalara ilişkin tespitlere dahi gerekçe gösterilerek hukuk mahkemelerince bağlı kalınamayabileceği şeklinde görüş için bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 829

⁴²⁶ HMK m. 214: “*Belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez.*”

Ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez”.

⁴²⁷ Kuru, s. 779; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2015, s. 856; Kapancı, s. 517. Belgenin sahteliği hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının birbirine etkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, Pekcanitez Usul III, ss. 2079-2083.

bu yöndedir⁴²⁸. Eğer ceza mahkemesi bir senedin sahteliğine ilişkin karar verdiyse, artık hukuk mahkemesinde aynı senet için sahtelik davası açılmayacaktır. Çünkü ceza mahkemesinde, suç sayılan bir fiili işlediği için ceza alan kişinin, hukuk mahkemesinde haksız fiil olarak adlandırılan aynı durumun gerçekleşmemiş kabul edilmesi çelişki yaratacak ve hukuk mantığıyla bağdaşmayacak; bu da yargı sistemine ve genel olarak hukuka duyulan güveni sarsacaktır⁴²⁹.

Yargıtay, hukuk hâkiminin ceza mahkemesi kararındaki “maddi olgularla bağlılığının ölçüsü”nün, “söz konusu bir durumun varlığı ya da yokluğunun veya davranışın gerçekleştirildiği ya da gerçekleştirilmediğinin kesin olarak delillerle tespit edilip edilmediği” olduğunu ifade etmiştir⁴³⁰.

Ayrıca Yargıtay, “fail-eylem ilişki”sinin “maddi bir olgu” olduğuna ve iş mahkemesinin bunu dikkate alması gerektiğine açıkça yer vermiştir⁴³¹.

Sonuç olarak, haksız fiil teşkil eden olayın mevcut olup olmadığı ya da sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, ceza mahkemesi kararında kesin olarak ortaya çıktıysa, bu “maddi olgu tespiti” teşkil edecek ve hukuk mahkemesi hâkimi bununla bağlı olacaktır⁴³².

Maddi olgu tespiti ve bağlayıcılık bakımından tartışmalı olarak nitelendirebileceğimiz husus ise kusurun bulunup bulunmadığı konusunda hâkimin kararıdır. Çünkü TBK m. 74/I’de zarar verenin kusurunun olup olmadığı ve ayırt etme gücü bulunup bulunmadığının tespitinde hukuk hâkiminin “ceza hukukunun

⁴²⁸ “...Her ne kadar, 6098 Sayılı T.B.K.nun 74. (818 Sayılı B.K.nun 53.) maddesi hükmüne göre ceza mahkemesince verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz ise de, beraatin gerekçesini teşkil eden maddi olgular yönünden hukuk hakiminin bağlı olacağı tartışmasızdır...”, Y., 1. HD., 25.03.2015, 2014/4916 E., 2015/4189 K., www.legalbank.net, (02.03.2021).

⁴²⁹Doğanay, ss. 23-24; Atalı, Pekcanitez Usul III, s. 2084; Buse Dişel, “Ceza Mahkemesinin Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi Ve Bekletici Sorun Yapılması”, Bilge Umar’a Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2009, Cilt: 11, Özel Sayı, s. 188; Kapancı, ss. 518, 521; Tok, s. 459. Aynı mantıkla yaş düzeltilmesine ilişkin ceza mahkemesi kararının da hukuk mahkemesinde kesin hüküm/delil teşkil edeceği kabul ediliyordu. Doğanay, ss. 27-28; Pekcanitez ve diğerleri, s. 856. Ancak, Anayasa mahkemesinin sadece bir defa yaş düzeltme davası açılabilmesine ilişkin kanun maddesini (5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 36/I) iptal etmesiyle (6.10.2012 tarih ve 28433 sayılı RG’de yayımlanan, 30.03.2012 yarihli, 34 E., 48 K. sayılı kararı ile) birlikte bu durum değişmiştir. Bu iptal kararıyla birlikte yaş düzeltme davası birden fazla kere açılabilir. Dolayısıyla, artık ceza mahkemesinde önceden böyle bir karar verilmiş olması, hukuk mahkemesini bağlayıcı özellik göstermemektedir. Kapancı, s. 517 dñn. 28. Fakat AY Mahkemesi iptal kararından önce de Yargıtay’ın hukuk mahkemesinde kesinleşen mahkeme kararının ceza yargıcını bağlamayacağı yönünde kararı mevcuttur, bkz. Y. CGK., 18.04.2000, 2000/5-74 E., 2000/79 K., www.legalbank.net, (02.03.2021).

⁴³⁰ Y. 9.HD., 16.09.2013, 2011/22011 E., 2013/22543 K., www.kazanci.com, (14.09.2020).

⁴³¹ Y. 9.HD., 06.06.2011, 2011/26212 E., 2011/16791 K., www.kazanci.com, (23.09.2020).

⁴³²Kuru, s. 782; Tok s. 442.

sorumlulukla ilgili hükümleri” ve “ceza hâkiminin beraat kararı”yla bağlı olmadığına yer verilmiştir. Ancak doktrinde, ceza mahkemesinde kusurlu olduğu tespit edilen bir kişinin hukuk mahkemesinde evleviyetle kusurlu olacağı da ifade edilmiştir⁴³³. Bu sebeple, yukarıda mahkûmiyet kararlarının etkisini incelerken yer verdiğimiz Yargıtay kararı⁴³⁴nda da görüldüğü üzere hukuk mahkemesinde, “ceza mahkemesinin 8/8 kusurlu bulduğu bir kişi”nin hiçbir kusuru olmadığı yönünde karar verilmesi doğru olmayacaktır. Ancak bu görüşün, kusur oranı ve ceza mahkemesi kararında esas alınan bilirkişi raporundaki değerlendirmelerle bağlı olunacağı anlamına gelmeyeceği de ifade edilmiştir⁴³⁵.

2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) Kararı

Ceza mahkemesinin vermiş olduğu hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı, suç tespit edilmiş olup bir ceza kararlaştırılmasından ötürü “mahkûmiyet kararı” gibi düşünülebilirse de teknik anlamda bir hüküm değildir. Çünkü CMK m. 223’te düzenlenmiş hüküm çeşitleri arasında sayılmamıştır⁴³⁶. Bu sebeple ceza mahkemesi mahkûmiyet kararının hukuk mahkemesi kararına etkisi ile aynı açıklamaların geçerli olacağı kabul edilemeyecektir. HAGB kararının bu özel niteliği gereği etkisinin ayrı olarak incelenmesi gereklidir.

a. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, CMK m. 231’de düzenlenmiştir. Buna göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, belli şartların sağlanması durumunda bir mahkûmiyet kararının sanık hakkında hukukî sonuç doğurmamasını ifade etmektedir.

Bu kurum 2006 yılında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yapılan değişiklikle hukuk sistemimize girmiştir.

⁴³³ Tok, s. 444.

⁴³⁴ Y. 4. HD., 19.1.2012, 2010/12396 E., 2012/548 K., www.kazancı.com, (20.01.2016).

⁴³⁵ Tok, s. 444 dpn. 21.

⁴³⁶ Özbek ve diğerleri, s. 699.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması her zaman mümkün değildir. HAGB kararı verilebilmesi için, hükmedilen cezanın 2 yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası olması gereklidir⁴³⁷. Ayrıca,

- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmaması,
- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması⁴³⁸,
- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulları⁴³⁹ da gerçekleşmiş olmalıdır.

HAGB kararı sanık bunu kabul ederse verilebilecektir. Çünkü önemli sonuçları vardır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde hükmedilen hapis cezası ertelenemez, kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez ve sanık beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verilemez.

HAGB kararıyla birlikte, beş yıllık denetim süresi içinde bir yılı aşmayacak şekilde,

- Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmeye,
- Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmaya,
- Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmeye de hükmedilebilir.

⁴³⁷ Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.

⁴³⁸ HAGB için aranan bu koşul, “tüm geçerli nedenle fesihlerde sağlanması gereken ve şüphe feshi bakımından da ayrıca önem arz eden ‘öngörü prensibi’nin ceza muhakemesi hukukundaki görüntüsü” olarak ifade edilebilir. Ceza hukuku’nda olumsuz öngörüye sonuç bağlanan husus ise TCK m. 51/I-b “Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması” hükmü uyarınca hapis cezasının ertelenmesinde bulunmaktadır. İş Hukuku’nda olumsuz öngörü için bkz. Üçüncü Bölüm III. Şüphe Feshi Çeşitleri ve Öngörü Prensibi

⁴³⁹ Bu koşul sağlanamıyorsa eğer sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi imkânı verilebilir.

Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlölöklere aykırı davranılması halinde mahkeme hükmü açıklar⁴⁴⁰.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, HAGB'ye özgü bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturma ile bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, CMK m. 231 kapsamındaki amaçlar için kullanılabilir.

Göröldüğü üzere sanık beş yıl sürece tüm şartları yerine getirmişse düşme kararı verilecek, ancak aksi halde hüküm açıklanacak yani mahkûmiyet kararı verilmiş olacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, şartların sağlanması durumunda hüküm sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacağından, Yargıtay bu kurumun getiriliş amacının "lekelenmeme hakkı" için fırsat tanımak olduğuna ve HAGB kararı verilebilecekken verilmemesinin adli yönden lekelenmeme hakkının elden alınması sonucunu doğuracağına hükmetmiştir⁴⁴¹. Ancak doktrinde HAGB kararı verilebilmesi için suçun sabit olması gerektiğinden kurumun lekelenmeme hakkının doğrudan bir uzantısı olmadığı da belirtilmektedir⁴⁴².

b. HAGB'nin Hukuk Mahkemesine Etkisi

HAGB kararı, kişi hakkında ne bir mahkûmiyet kararı ne de beraat kararı teşkil eder⁴⁴³ ve doğurduğu sonuçlar bakımından karma bir niteliğı vardır⁴⁴⁴. Doktrinde bu kararın durma kararı olarak kabul edilebileceğı düşünölse de, Yargıtay

⁴⁴⁰ Denetim süresi içinde dava zamanasını durur.

⁴⁴¹ Y. CGK., 13.03.2012, 2011/2-376 E., 2012/90 K., www.legalbank.net, (08.08.2019).

⁴⁴² Özbek ve diğlereri, ss. 187, 690. Bu kuruma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Enver Kumbasar, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2012, ss. 111vd., Akif Yıldırım, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2018, ss. 211 vd.

⁴⁴³ E. Yılmaz, s. 2142.

⁴⁴⁴ Y. CGK., 19.02.2008, 2006/6.MD-346 E., 2008/25 K.; Y. CGK., 13.03.2012, 2011/2-376 E., 2012/90 K.; Y. HGK., 01.02.2012, 2011/19-639 E., 2012/30 K., www.legalbank.net, (08.08.2019).

bu şekilde karar vermemiş⁴⁴⁵ ve “koşullu bir düşme kararı” nitelendirmesi yapmıştır⁴⁴⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, HAGB kararı ile kurulan hükmün, belli bir süre sanık hakkında herhangi bir sonuç doğurmayacağını ve yapılan yargılamanın geçici bir süre askıda kalmış olacağını belirtmiştir. Bu askı süresi boyunca, yargılanan kimsenin sanık sıfatı devam edeceğini ve hiçbir şekilde hükümlü sayılamayacağını vurgulamıştır. Bu nedenle hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kimsenin, hiçbir haktan yoksun bırakılamayacağına ve bu karara dayanarak hiçbir hukuki statüden çıkarılamayacağına hükmetmiştir. Bu doğrultuda HAGB’nin hukuk mahkemelerince dikkate alınıp alınmayacağını TBK m. 74 (Eski Borçlar Kanunu m. 53) ile bağlantılı olarak değerlendirmiş ve kararın hâkimi bağlamayacağı sonucuna varmıştır⁴⁴⁷.

Bu sonuca varırken önemli ve yerinde tespitlerde bulunmuştur. Öncelikli olarak hâkimi bağlayacak bir mahkûmiyet hükmü olmadığını esas olarak belirtmiştir. Aksinin kabul edilmesinin hukuka olan güveni sarsabileceğini vurgulamıştır. Çünkü 5 yıllık deneme süresi içinde ya da sonunda hükmün açıklanması söz konusu olursa karar temyiz edilebilecek ve kararın bozulması durumunda hukuk mahkemesinin dayandığı husus ortadan kalmış olacaktır. Denetim süresi sorunsuz geçip düşme kararı verilmesi durumunda da ortada bir ceza mahkememesi kararı bulunmayacağından yine bir bağlayıcılıktan söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Eğer bu durumda maddi olgu tespiti dikkate alınır denirse de birden fazla sanığın bulunduğu olaylar bakımından farklı durumlar oluşabilme tehlikesi ve hukuki yeknasaklığın bozulmasıyla yine hukuka ve adalete duyulan güvenin zedelenebileceğinin altı çizilmiştir⁴⁴⁸. Örneğin, bir sanık için “HAGB kararı denetim süresi” sorunsuz geçip düşme kararı verilmişken, diğer sanığın suç işleyip bu süreci bozduğunu daha sonra da temyize gidip beraat ettiğini varsayalım. Bu durumda eğer HAGB sonucu verilen karardaki maddi olgu tespitinin hukuk mahkemesince dikkate alınacağı kabul edilirse, yeniden suç işleyen kişi eski durumdan aklanmış olurken, suç işlemeyip süreci gereği gibi tamamlayan kişi HAGB’nin getiriliş amacına

⁴⁴⁵Y. HGK., 01.02.2012, 2011/19-639 E., 2012/30 K., www.legalbank.net, (08.08.2019).

⁴⁴⁶Y. CGK., 19.02.2008, 2006/6.MD-346 E., 2008/25 K.; Y. CGK., 13.03.2012, 2011/2-376 E., 2012/90 K.; Y. HGK., 01.02.2012, 2011/19-639 E., 2012/30 K., www.legalbank.net, (08.08.2019).

⁴⁴⁷Y. HGK., 01.02.2012, 2011/19-639 E., 2012/30 K., www.legalbank.net, (08.08.2019).

⁴⁴⁸Y. HGK., 01.02.2012, 2011/19-639 E., 2012/30 K., www.legalbank.net, (08.08.2019).

tamamen aykırı olarak kurumun şartlarını sağlamasına rağmen sonuç doğurmama niteliğinden faydalanamamış olacaktır. Bu da kesinlikle hakkaniyete ve hukukun genel ilkelerine aykırı bir durum teşkil edecektir. Sonuç olarak kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti bulunmadığından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararındaki maddi olgu tespitleri ile hukuk mahkemesi hâkiminin bağlı olmayacağını ve bunların kesin delil teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir⁴⁴⁹.

Doktrinde ise, hukuk hâkiminin ceza mahkemesinin maddi olgu tespitiyle bağlı olmayacağı, ama karara konu olgunun kendisinin delil teşkil etmeye devam edeceği belirtilmiştir. Hukuk mahkemesi hâkimi, ceza mahkemesine dava konusu olan olgunun varlığını kendi tespit edebiliyorsa, kararına esas teşkil etmesinde bir engel olmayacağı kabul edilmiştir⁴⁵⁰. Ancak doktrinde, Yargıtay'ın HAGB kararındaki maddi vakıa tespitleriyle bağlı olunmayacağı kabulüne tamamen karşı çıkan görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre HAGB kararları, diğer ceza mahkemesi kararlarında olduğu gibi maddi olgu tespitleri yönünden hukuk mahkemesi hâkimi için bağlayıcıdır. Aksini kabul etmenin, Yargıtay'ın “ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemelerine etkisine ilişkin görüşleri”ne ters düştüğü ifade edilmiştir⁴⁵¹.

İncelemiş olduğumuz Hukuk Genel Kurulu Kararı'na rağmen Yargıtay Hukuk Daireleri'nin daha yeni tarihli çeşitli kararlarında farklı hükümler verilebilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2013 tarihli bir kararı⁴⁵²ndaki,

Bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacının fesih nedeni yapılan eylemleri ile ilgili ceza mahkemesi kararındaki tespitler karşısında hükme dayanak yapılan maddi olgular sabittir. Beraat kararının delil yetersizliğinden hukuk hakimini bağlamadığı bir ortamda, suçun unsurlarını tespit ederek maddi olguları somutlaştıran, ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönündeki ceza hakimii kararının hukuk mahkemesinde en azından unsur etkisi yaratması gerekir. Davacının işyerinde çalışma hürriyetini tahdit ve yasadışı örgüte üye olma suçunu işlediği, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunduğu, davranışının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/11 maddesi bentlerinde belirtilen haklı neden teşkil ettiği sabittir. Ayrıca davacının feshin geçersizliği ve işe iade davasında, aynı yönde tespit yanında işveren feshinin usulsüz olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bu tespit de unsur etkisi açıktır. Davacının iş sözleşmesi haklı

⁴⁴⁹ Y. HGK., 01.02.2012, 2011/19-639 E., 2012/30 K., www.legalbank.net, (08.08.2019). Ayrıca bkz. Y. 17. HD., 03.11.2014, 2013/11484 E., 2014/14914 K., www.kazancı.com, (20.01.2016).

⁴⁵⁰ Yıldırım, s. 500.

⁴⁵¹ Sıla Sencer ve Ali Suphi Kurşun, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Hukuk Davalarına Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 129, Mayıs 2017, s. 48.

⁴⁵² Y. 9. HD., 16.09.2013, 2011/22011 E., 2013/22543 K., www.legalbank.net, (05.11.2021).

nedenle feshedildiğinden, kıdem ve ihbar tazminatının reddi gerekir. Yazılı ve hatalı gerekçe ile davanın kabulü hatalıdır.

hükümünde görüldüğü üzere “maddi olguları somutlaştıran ceza mahkemesinin HAGB kararı”nın hukuk mahkemesinde en azından **bir unsur etkisi yaratacağı** sonucuna varmıştır. Ama bununla birlikte 19. Hukuk Dairesi 2014 yılında, incelediğimiz Hukuk Genel Kurul Kararı’na atıfta bulunarak,

818 Sayılı B.K.’nın 53. maddesi uyarınca ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararında tespit ettiği maddi olgu hukuk hâkimini bağlar ise de, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair ceza mahkemesi kararlarının böyle bir etkiye sahip olmayacağı⁴⁵³

na hükmetmiştir. Daha yeni tarihli 4. Hukuk Dairesi’nin bir kararı⁴⁵⁴nda ise,

CMK’nun 231/5. maddesi uyarınca; “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.” Ceza mahkemesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile sonuçlanan kararı, kesinleşmiş bir mahkûmiyet niteliğinde olmadığı gibi, TBK’nun 74. maddesi anlamında hukuk hâkimi yönünden bağlayıcılığı yoktur.

hükmüne yer verilerek “hakaret sebebiyle manevi tazminat talepli hukuk davasında HAGB kararının hukuk hakimini bağlamayacağı” sonucuna ulaşılmıştır.

Sonuç olarak aksi yönde diyebileceğimiz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararı mevcut olsa da, Yargıtay HGK ve aynı yönde verilen Hukuk Dairesi kararlarına da dayanarak, HAGB kararlarının hukuk mahkemelerinde dikkate alınamayacağı; ancak bunun, HAGB kararı konusu maddi olguların hukuk mahkemesi süresince ortaya çıkıp tespit edilmesi durumunda değerlendirilmeyeceği anlamına gelmediğini söylemek mümkündür⁴⁵⁵.

3. Ceza Mahkemesinde Görülmekte Olan Bir Davanın Hukuk Mahkemesinde Bekletici Mesele Yapılması

HMK m. 165’de bekletici soruna ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin

⁴⁵³ Y. 19. HD., 07.07.2014, 2014/7800 E., 2014/12287 K., www.legalbank.net, (05.11.2021).

⁴⁵⁴ Y. 4. HD., 18.09.2017, 2017/2801 E., 2017/4714 K., www.legalbank.net, (05.11.2021). Benzer gerekçeli karar için bkz. Y. 4. HD., 05.10.2015, 2014/13443 E., 2015/10738 K., www.legalbank.net, (01.12.2021).

⁴⁵⁵ Yıldırım, s. 500.

mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilecektir. Görüldüğü üzere burada genel bir zorunluluk söz konusu değildir. Sadece istisnai olarak bekletici mesele yapma⁴⁵⁶ ya da yapmama⁴⁵⁷ zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

Bekletici mesele yapma; bir konuda iki defa inceleme yapılmasının önüne geçmek, kararı o konuda daha uzman bir merciin vermesine olanak sağlamak, kararlar arasında çelişki olmasını engelleyip hukuka duyulan güveni korumak gibi sebeplerle başvurulmuş bir yoldur⁴⁵⁸. Ama özel düzenlemeler olmadıkça bekletici mesele yapma zorunluluğu bulunmayacağından, hukuk mahkemesi hâkimi iddialara ilişkin olarak diğer davadaki sürecin tamamlanmasını beklemeden kendisi karar verebilecektir⁴⁵⁹. Taraflar kötüniyetli olarak bekletici mesele yapılmasını talep ediyorsa ya da kötüniyet olmasa bile bekletici mesele yapmak davayı gereksiz yere uzatıp yargılamadan elde edilmek istenen yararın önüne geçilmesine sebep olabilecekse, hâkim bekletici mesele yapılmasından kaçınabilecektir⁴⁶⁰. Görüldüğü üzere “bekletici mesele yapmak” kural olarak hâkimin takdirinde olsa da; bu hâkimin yetkisini istediği gibi kullanabilmesi anlamına gelmemektedir. Hâkim bu yetkisini keyfi bir şekilde kullanmışsa Yargıtay söz konusu durumun gerçekleştiği kararı bozabilecektir⁴⁶¹.

Bu doğrultuda, hukuk mahkemesi hâkiminin ceza mahkemesinde görülmekte olan davayı bekletici sorun yapabilmektedir. Böylece de hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararını otomatik olarak kabul etmiş olduğu ileri sürülmektedir⁴⁶². Ama

⁴⁵⁶ Anayasa’ya aykırılık iddialarında Anayasa Mahkemesi Kararı için AY m. 152; yargı uyuşmazlığı bakımından Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı için UMK m. 14 istisnaları gibi.

⁴⁵⁷ HMK m. 239: “*Yemin edildikten sonra, yalan yere yemin nedeniyle açılan ceza davası, esas dava bakımından bekletici sorun yapılamaz*”

⁴⁵⁸ Muhammet Özekes, **Pekcanitez Medeni Usul Hukuku Cilt II**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017, (Pekcanitez Usul II), s. 1404. Bekletici mesele konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, Pekcanitez Usul II, ss. 1403-1425 vd.

⁴⁵⁹ Doğanay, s. 30; Kılıçoğlu, s. 205; Kapancı, s. 542.

⁴⁶⁰ Özekes, Pekcanitez Usul II, ss. 1420-1421.

⁴⁶¹ Özekes, Pekcanitez Usul II, s. 1419; Dişel, s. 211. “...*Hal böyle olunca; mahkemece Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2011/13478 esas sayılı dosyasındaki mahkeme kararının bozulmasına konu, İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesindeki davada, bozma sonucunda verilecek kararının kesinleşmesi beklenilerek, bu davaya etkisi üzerinde durulup karar yerinde tartışıldıktan sonra varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle hüküm kurulması doğru görülmemiştir...*”, Y. 19. HD., 6.11.2012, E. 2012/8736, K. 2012/15989, www. kazanci.com, (21.06.2016).

⁴⁶² Kuru, s. 783.

kanaatimizce böyle bir ön kabul çok doğru olmayacaktır. Çünkü yukarıda kararların bağlayıcılığına ilişkin açıkladığımız hususlar uyarınca, çıkacak karara göre etki etme durumunun değişebileceği söylenebilir. Yargıtay da bir kararında bu şekilde ceza mahkemesi kararının bekletici mesele yapılması gerektiğini belirtmiş; ancak kararın doğrudan kabul edilmesine hükmetmemiştir:

*...818 sayılı Borçlar Yasası'nın 53. maddesi gereğince hukuk hâkimi ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değil ise de ceza mahkemesince belirlenecek maddi olgular ile bağlıdır. Dava konusu olayın özelliği nedeniyle ceza mahkemesindeki davanın sonucu beklenmeli ve ondan sonra tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek varılacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeyerek, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...*⁴⁶³

Ayrıca bu karardan anlaşıldığı üzere, ceza mahkemesi kararlarının maddi olgu tespitleriyle hukuk mahkemesi hâkimi bağlı olacağından Yargıtay, ceza mahkemesi kararlarının beklenmesi gerektiği yönünde genel bir bakış açısına da sahiptir⁴⁶⁴. Bölge Adliye Mahkemeleri de hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararını beklemesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir⁴⁶⁵.

Sonuç olarak diğer bekletici meselelerdeki gibi ceza mahkemesi bakımından da hâkimin bekletici mesele yapması hususunda takdir yetkisi vardır; ama bu keyfi bir yetki değildir. Verdiğimiz örnekler ve ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin açıklamalarımızda görüldüğü üzere, kararın somut olaya etki edip etmeyeceğinin ve karar için hukuki bir yarar olup olmadığının tespiti ve bu doğrultuda hâkimin takdir yetkisini kullanması gerekmektedir. Eğer çıkacak karar hukuk mahkemesi hâkiminin vereceği kararı değiştirmeyecekse ya da somut olaya göre hukuk mahkemesi ceza mahkemesinden çok ileriki bir aşamada ise usul ekonomisi ilkesi de dikkate alınarak davaya devam etmek daha uygun olabilecektir⁴⁶⁶.

Her ne kadar inceleme sonucunda hâkimin takdir yetkisi bulunduğu ve bekleme yükümlülüğü olmadığı sonucuna ulaşılmışsa da; Yargıtay esas olarak hukuk

⁴⁶³ Y., HGK, 18.03.2015, 2013/4-1698 E., 2015/1048 K., www.kazanci.com, (20.01.2016).

⁴⁶⁴ Y., HGK, 31.01.2019, 2017/11-55 E., 2019/43 K., www.kazanci.com.tr, (25.06.2020).

⁴⁶⁵ Samsun, BAM, 2. HD., 22.06.2017, 2017/429 E., 2017/477 K.; İstanbul, BAM, 9. HD., 12.11.2019, 2017/2172 E., 2019/3773 K. Dava konusu somut olay bakımından bekletici mesele yapılmasına gerek olmadığı yönünde ise bkz. Antalya, BAM, 6. HD., 02.05.2019, 2018/867 E., 2019/534 K., www.kazanci.com, (14.09.2020).

⁴⁶⁶ Dişel, ss. 210-211.

mahkemelerinde ceza mahkemesi kararlarının bekletici mesele yapılmasının zorunlu olduğuna hükmetmiş ve aksi yöndeki kararları bozmuştur. Bir kararında yer verdiği “...ceza ve hukuk mahkemelerinin verecekleri kararlar arasında, aynı olay için ayrı ayrı sonuçlar doğmasını önlemek bakımından da bekletici meselenin kabulünde zorunluluk vardır...”⁴⁶⁷ ifadesinde bunun hukuka duyulan güveni koruma amacıyla kabul edildiğini ortaya koymuştur.

B. Konunun İş Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Ceza Muhakemesinin iş ilişkisine etkisi daha iş ilişkisinin kurulması aşamasında karşımıza çıkmaktadır.

İşçi adayı iş sözleşmesi yapmak üzere işverenle iş görüşmesine gittiğinde, işe alınmasında öncelikle işçinin adli sicili etkili olacaktır. Zaten iş başvurusunda istenen evraklar arasında genelde adli sicil kaydı ve hatta arşiv kaydı yer almaktadır. Ayrıca işveren, işçi adayında mülakat sırasında daha önce başından bir ceza muhakemesi prosedürü geçip geçmediğini (hakkında soruşturma başlatılıp başlatılmadığını, gözaltına alınıp alınmadığını ya da tutuklanıp tutuklanmadığını vb.) sorabilir ya da bu konuda eski işverenle irtibat kurarak bilgi edinebilir. İşveren adli sicilde yer alan bir mahkûmiyet ya da araştırmalar sonucunda öğrendiği işçi adayının geçirmiş olduğu bir soruşturma ya da uygulanmış bir koruma tedbiri sebebiyle, işçiye karşı şüphe duyabilir. Sonuç olarak da işveren, aralarında güven ilişkisi kurulamamasından ve bu doğrultuda da işverenin başvuru konum için işçi adayını yetkin bulmaması sebebiyle işe almayabilir. Görüldüğü üzere daha iş ilişkisinin kurulması aşamasında konuya ilişkin açıklanması gerekli pek çok husus çıkmaktadır. Bunlar:

- İşveren işçi adayından adli sicil kaydı ya da arşiv kaydı isteyebilecek midir?
- İşçi, kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilen bir soruşturma, ya da hakkında uygulanan koruma tedbirlerine ilişkin olarak işverene bilgi verme ya da doğruyu söyleme yükümlülüğü altında mıdır?
- Üçüncü kişilerden, işçi hakkında soruşturma, kovuşturma ya da uygulanan koruma tedbirlerine ilişkin olarak işveren bilgi alabilecek midir?

⁴⁶⁷ Y., 7. HD., 11.02.2015, E. 2014/15809, K. 2015/1320, www.legalbank.net, (12.08.2019). Daha yeni tarihli kararlarında da bu görüşünü devam ettirmiştir, bkz. Y., 13. HD., 20.05.2019, 2016/13456 E., 2019/6346 K., www.legalbank.net, (12.08.2019).

- İşveren yukarıdaki sorularda yer alan hususları işçiden ya da üçüncü kişilerden öğrenmesi durumunda, bu bilgileri işçi adayının işe alınıp alınmamasında ne ölçüde dikkate alabilecektir ve bu hukuka uygun olacak mıdır?

Belirttiğimiz sorular ya da bu doğrultuda oluşabilecek diğer hususlar, işçi ve işverenin iş sözleşmesinin yapılması sırasındaki hak ve yükümlülükleri (işverenin soru sorma hakkı, sözleşme özgürlüğü, işçi/işçi adayının doğruyu söyleme yükümlülüğü gibi) çerçevesinde yanıtlanabilecektir⁴⁶⁸.

İş ilişkisi kurulduktan sonra devamına ilişkin olarak da az önce belirttiğimiz hususlar önemli olabilir. Örneğin, işverenin düzenli aralıklarla işçiden adli sicil kaydı sunmasını talep edip edemeyeceği ya da işçinin kendisine uygulanan bir koruma tedbirine ilişkin işverene doğru bilgi vermesi gerekip gerekmediği hususları aydınlatılmalıdır. Bu konular da işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan yan yükümlülükleri ve hakları (işçinin itaat borcu, sadakat borcu, işverenin işçiyi gözetme borcu, işverenin yönetim ve denetim hakkı) kapsamında yanıtlanabilecektir. Bunlar iş ilişkisinin sona ermesi bakımından da önem arzedecektir. Çünkü İşK m. 25/I II-a altbendinde

İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması

sebebiyle işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla da işverenin öğrenebileceği ve işçinin doğru söylemekle yükümlü olduğu konuların sınırı iş ilişkisinin feshinde de rol oynayacaktır.

İş ilişkisinin sona ermesi bakımından ceza muhakemesi kurumlarının etkisi diğer iki evreye göre daha da önem arz etmektedir. Burada konuyu iki açıdan incelemek gerekecektir. Bunlardan ilki işverenin ceza muhakemesi prosedürlerine dayanarak iş sözleşmesini feshedip feshedemeyeceği ve bu doğrultuda işverenin dayandığı sebeplerin iş mahkemesince yeterli bulunup bulunmayacağıdır. Diğer nokta ise iş sözleşmesinin feshi için ceza mahkemesi kararı gerekip gerekmeyeceği ve bu kararlarla iş mahkemesinin bağlı olup olmayacağıdır. Konu şüphe feshi

⁴⁶⁸ Bkz. İkinci Bölüm II. B. 1. b. Eski Hükümlülük ve Genel Bilgi Toplama (GBT) Kaydına İlişkin Sorular ve İkinci Bölüm II. B. 2. İşverenin Üçüncü Kişilerden Bilgi Alması. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 4. Aydınlatma Yükümlülüğü Bakımından Hukuka Aykırı Deliller

bakımından üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır⁴⁶⁹, ancak iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından bazı genel açıklamalar yapmak yerinde olur.

Üçüncü bölümde inceleyeceğimiz üzere iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından iş sözleşmesi haklı ve geçerli nedenle olmak üzere esas olarak iki şekilde feshedilebilir. İşverenin iş sözleşmesini feshedebileceği haklı nedenler⁴⁷⁰ın düzenlendiği İşK m. 25'in I. fıkrasının ikinci bendinde sayılan davranışların çoğunluğu, suç teşkil edebilecek niteliktedir. Ancak bu, kanun hükümleri doğrultusunda işverenin iş akdini feshedebilmesi için, feshe konu davranışların suç niteliği taşıması⁴⁷¹ ve bunların ceza mahkemesince tespit edilip işçinin suçlu olduğuna hükmedilmesi gerektiği anlamına gelmez⁴⁷². Zaten kanun hükümlerinde bir mahkûmiyet kararı şartına da yer verilmemiştir. Burada önemli olan söz konusu eylemlerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesidir. Ceza hukuku anlamında işçinin suçlu kabul edilmesi ve bir mahkûmiyet kararı verilmesi gerekmeyecektir. Yukarıda incelediğimiz üzere kural olarak ceza mahkemesi kararlarının iş mahkemeleri için (genel anlamıyla hukuk mahkemeleri için) bağlayıcı olmaması, ceza mahkûmiyeti şartının aranmamasını desteklemektedir⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 4. Şüphe Feshine İlişkin Olayın Ceza Soruşturması ya da Kovuşturmasına Konu Olması ve İşçiye Koruma Tedbirleri Uygulanması

⁴⁷⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 1. c. (1) (i) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi Halleri

⁴⁷¹ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2016, ss. 219, 223, 225, 226; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2018, ss. 296, 579; Fevzi Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir, Eylül 2018, s. 408; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul, Mart 2019, s. 245; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Beta Yayıncılık, 5. Bası, İstanbul, Aralık 2014, (Ferdî İş İlişkileri), ss. 425 427 429, 444; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2019, ss. 672, 673, 674, 684, 685; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı - Cilt 1: Bireysel İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, Eylül 2019, ss. 230, 231, 232, 240; Serkan Odaman, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Ankara, 2003, s. 148; Hediye Ergin, "İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2015, Sayı: 34, s. 75; Sezgi Öktem Songu, "Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak 'Sataşma'", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2018, Sayı: 39, (Sataşma), s. 121; Seda Arslan, **İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, (Haklı Neden), s. 87; Efe Yamakoğlu, **Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2020, s. 137. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. "...davacının eyleminin *hırsızlık olarak kabul edilmese bile işverenin işçiye olan güvenini ortadan kaldıracak nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak kabulü gerekir...*", Y. 22. HD. 10.04.2012, 2011/13991 E., 2012/6817 K., www.kazanci.com, (25.06.2020).

⁴⁷² Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 230; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, ss. 425, 429.

⁴⁷³ İşçi aleyhine ciddi sonuçları olan İşK m. 25/I II. bendi kapsamında bu açıklamaları yapabildiğimize göre, işverenin haklı nedenle fesih yerine geçerli nedenle feshe başvurması durumunda mahkûmiyet şartı aranmaması evleviyetle geçerli olacaktır.

İşK m. 25/I ikinci bentte “İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi” düzenlemesine yer vererek işyerindeki herhangi bir suç işlenmesi durumunda da haklı nedenle feshe başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda “haklı nedenle fesihte kural olarak mahkûmiyet şartı olmadığını”ı ifade etmişsek de, belirttiğimiz hükümde “cezalandırılan” ve “cezası ertelenmeyen” ifadelerine yer verilmiş olması sebebiyle İşK m. 25/I II - f alt bendinin neden olarak gösterilebilmesi için diğer alt bentlerden farklı olarak bir ceza mahkûmiyeti gerekmektedir.

Sonuç olarak İşK m. 25/I II-f alt bendi dışındaki durumlarda bir ceza mahkûmiyeti kararı şart değildir. İş mahkemesinin yapacağı incelemede mahkûmiyet kararı aranmayacak ve ceza mahkemesinde yapılan bir yargılama varsa onu bekletici mesele yapma zorunluluğu olmayacaktır. Ancak ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemeleri kararlarına etkisi kısmındaki açıklamalarımız iş mahkemeleri bakımından da geçerli olacaktır. Bu doğrultuda iş mahkemesinin de diğer hukuk mahkemelerinde olduğu gibi ceza yargılaması ve sonunda verilen kararlardan bağımsızlığı sınırsız değildir⁴⁷⁴. Hukuka duyulan güvenin korunması ve yeknesaklığın sağlanması için “ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararları” ve “ceza yargılamasında tespit edilen maddi olgular”la iş yargıcı da bağlıdır⁴⁷⁵. Böylece ceza mahkemesinde bir olayın varlığı ya da yokluğuna ilişkin kesinleşmiş bir karar varsa, bu konu yeniden tartışılmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay’ın da belirttiği üzere maddi olguları ve yasak fiilleri tespit eden ceza mahkemesi kararları, taraflar yönünden kesin delil teşkil edeceklerdir⁴⁷⁶.

Bu doğrultuda işçinin haklı neden teşkil eden eyleminin gerçekleştiği ceza mahkemesi kararı ile sabit olursa, ilgili davranış sebebiyle işçi ceza alsın almasın, haklı nedenle feshe karşı açılmış bir davada iş hâkiminin bunu dikkate alması gerekecektir. Çünkü varlığı hukuken kanıtlanmış, bakış açısına göre değişmeyecek bir maddi olgu tespiti vardır ve aksinin bir yargı kararıyla kabulü hem madden hem

⁴⁷⁴ Y.4. HD., 16.06.2016, 2015/7085 E., 2016/8005 K., www.kazanci.com, (14.09.2020).

⁴⁷⁵ Süzek, s. 674; Öktem Songu, Sataşma, ss. 121-122; Yamakoğlu, s. 137. Bkz. Y. 9. HD., 06.06.1994, 1994/3809 E., 1994/8607 K.; Y. 21. HD., 28.03.2017, 2016/5673 E., 2017/2484K.; Y.10. HD., 18.12.2019, 2019/2612 E., 2019/10045 K., www.kazanci.com, (14.09.2020).

⁴⁷⁶ Süzek, s. 674. Y. HGK., 10.01.1975, 1971/406 E. , 1975/1 K.; Y. HGK. , 23.01.1985, 1983/10-372 E., 1985/21K.; Y. HGK., 09.04.2014, 2013/4-1008, 2014/490; Y. HGK. 06.06.2018, 2017/15-248E. , 2018/1175K.; Y. HGK., 31.01.2019 2017/11-55 E., 2019/43K.; Ankara, BAM, 25. HD., 05.10.2017, 2017/966 E., 2017/994; Ayrıca bkz. Samsun, BAM, 2. HD., 22.06.2017, 2017/429 E., 2017/477 K., www.kazanci.com, (14.09.2020).

de hukuken mümkün olamaz. Yargıtay da bir kararında **fail-eylem ilişkisinin maddi bir olgu olduğunu** ve iş mahkemesi hâkiminin bunu dikkate alması gerektiğini açıkça ifade etmiştir⁴⁷⁷. Örneğin, iş mahkemesine konu olayda bir belgenin sahteliği ile ilgili bir durum varsa ve ceza mahkemesinde o belgenin sahte olup olmadığı bakımından bir karar verildiyse, iş mahkemesi hâkimi bu tespiti dikkate almak durumundandır⁴⁷⁸. Böylece iş mahkemesi hâkimi, ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmiş maddi olgular ölçüsünde bağlı olacak ve devam etmekte olan bir ceza yargılaması varsa bunu duruma göre bekletici mesele yapıp yapmayacağına karar verebilecektir.

Kuşkusuz bekletici meseleye ilişkin genel açıklamalarımız da iş mahkemesi bakımından geçerli olacaktır. Bu sebeple, iş mahkemesi hâkiminin de ceza yargılamasını bekletici mesele yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ama devam etmekte olan kovuşturma veya soruşturmanın konusu olgular, elindeki davayla ilgiliyse ve somut olay hali hazırda açıkça ortada değilse, “dava taraflarının menfaatleri” ve “iş yargılamasında hâkim olan çabukluk ilkesi”⁴⁷⁹ni de göz önünde tutarak, iş mahkemesi hâkiminin cezai süreci bekletici mesele yapması gerekebilecektir. Hatta soruşturma ve kovuşturma konusu olan olay, doğrudan kendi davasının esasını oluşturuyorsa; yeknesaklığın sağlanması ve hukuka duyulan güvenin korunması açısından bekletici mesele yapma adeta bir zorunluluk haline gelecektir.

Yargıtay’ın ceza soruşturma ya da kovuşturmalarının bekletici mesele yapılması gerektiği anlayışı iş mahkemeleri açısından da geçerli olmuştur⁴⁸⁰. Ancak bununla birlikte ceza mahkemesi kararının doğrudan bekletici mesele yapılmadığı,

⁴⁷⁷ Y. 9.HD., 6.6.2011, 2011/26212 E., 2011/16791 K., www.kazanci.com, (23.09.2020).

⁴⁷⁸ Bu sonuca HMK m. 214/II’den yola çıkarak da ulaşılabilecektir. Bkz. Birinci Bölüm III. A. 1. Genel Olarak

⁴⁷⁹ İş Yargılamasında hâkim olan ilkeler için bkz. Bektaş Kar, “İş Yargılamasında Hâkim Olan İlkeler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2014, ss. 869-882.

⁴⁸⁰ “...dosya içeriğinden davacı hakkında ceza soruşturması bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı hakkında ceza soruşturması bulunduğu, **ceza soruşturmasının sonucu beklenmeden karar verilmesi hatalıdır...**”, Y. 9. HD., 05.07.2018, 2018/5986 E., 2018/14976 K.; benzer şekilde bkz. Y. 9. HD., 07.06.2018, 2018/5184 E., 2018/12833 K.“...Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre öncelikle işveren feshinin haklı olup olmadığı,ceza mahkemesinde maddi vakıa tespiti kesinleşmemiştir. Bu nedenle **ceza yargılamasının bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...**”, Y. 9. HD., 17.10.2017, 2017/24102 E., 2017/15922 K., www.legalbank.net, (30.11.2021).

hâkimin bekletici mesele yapılıp yapılmayacağı konusunda irdeleme yapılması gerektiğini de belirtmiştir⁴⁸¹.

“Adil yargılanma hakkı”nın ihlal edilmemesi bakımından makul sürede yargılanma esastır. Bu sebeple, süresinin uzamaması mahkemeler açısından önemlidir. Özellikle iş mahkemelerinde bu durum daha da önem kazanmaktadır. Zaten iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanmasının sebeplerinden biri olarak da “yargılama süresini kısaltmak” gösterilebilecektir. Bu doğrultuda her ceza yargılamasının bekletici mesele yapılmasını söylemek uygun olmayacaktır. Yargıtay’ın da belirttiği üzere bu konuda bir değerlendirme yapılmalıdır.

Mahkeme iddia edilen fesih nedeninin varlığını kendi tespit edebildiyse, artık ceza mahkemesi kararını beklemesi, özellikle dava sürecini çok uzatacaksa uygun olmaz. Ancak şüphe feshi söz konusuysa ve hali hazırda bir ceza yargılaması varsa onu bekletici mesele yapması, daha sonra göreceğimiz işçinin anayasal hak ve özgürlüklerinin zedelenmemesi bakımından önem kazanır.

Ceza muhakemesinin iş ilişkisine etkisi konusunu tamamlamadan önce belirtmemiz gereken, “iş ilişkisinde şüphe ve şüphe feshi” bakımından en çok önem arz eden husus ise; “güven ilişkisinin kurulamaması ya da zedelenmesi” veya “işçinin iş için yetersizliği” bağlamında “eski mahkûmiyetler, uygulanan koruma tedbirleri ya da sadece suç isnadları” dayanak gösterilerek iş sözleşmesi kurmama, işçiye karşı çeşitli tedbirler uygulama ya da iş sözleşmesini sona erdirmeye (şüphe feshi)nin mümkün olup olmadığı ve bunun masumiyet karinesi ile işçinin lekelenmeme hakkına aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir. Bu sorular, çalışmamızda yer verdiğimiz masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkına ilişkin açıklamalarımız doğrultusunda özellikle ikinci ve üçüncü bölümde ilgili konu başlıklarında yeri geldikçe aydınlatılmaya çalışılacaktır.

⁴⁸¹ Y. 9. HD., 22.01.2019, 2016/18886 E., 2019/1913 K., www.legalbank.net, (12.08.2019).

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASI VE DEVAMINDA ŞÜPHENİN ETKİSİ

I. İŞ İLİŞKİSİNDE ŞÜPHEYE İLİŞKİN İŞ HUKUKU TEMEL KAVRAMLARI

A. İş Sözleşmesi

1. İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

İş Kanunu m. 8/I'de iş sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Bu düzenlemede iş sözleşmesi, bir tarafın (işçinin) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işverenin de) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmeler olarak açıklanmıştır. Ayrıca aksi belirtilmedikçe, sözleşmenin özel bir şekle tâbi olmadığı da belirtilmiştir. Sadece İş Kanunu değil Borçlar Kanunu da bir tanıma yer vermiştir. TBK m. 393/I'e göre hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Tanımlarda görüldüğü ve doktrinde de kabul edildiği üzere iş sözleşmesi 3 unsurdan oluşur. Bunlar “iş görme”, “ücret” ve “bağımlılık”tır⁴⁸².

a. İş Görme Unsuru

İş sözleşmesinin varlığından söz edebilmemiz için öncelikle bir gerçek kişi tarafından yerine getirilmesi gereken iş olmalıdır. Bu iş görme unsuru kapsamına, ekonomik açıdan iş kabul edilebilecek her türlü çalışma girebilir. İş görme sadece

⁴⁸² Ferit H. Saymen, **Türk İş Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, ss. 392-397; Çelik ve diğerleri, ss. 161, 164-172; Süzek, ss. 223, 224, 225; Demir, ss. 74-78; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, ss. 164-174; Eyrenci ve diğerleri, ss. 61-63; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 74-79; Ercan Akyiğit, **Bireysel İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2020, ss. 97-103; Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2003, ss. 3-4; Sevil Doğan, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2016, ss. 65-74. İş Kanunu'nda yer almasa da, TBK'daki tanım uyarınca “zaman”ı da iş sözleşmesinin unsurlarında biri olarak sayan görüş için bkz. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 75-76. Ancak aksi görüşe göre “zaman” bağımsız bir unsur değil; bağımlılık unsurunun saptanmasında dikkate alınacak bir ölçüttür. Süzek, s. 223.

bedensel değil, düşünsel, teknik, sanatsal veya bilimsel de olabilir⁴⁸³. İşçi iş görme edimini bizzat yerine getirmeyi taahhüt eder. Bu da iş sözleşmesinin kişisel bir nitelik taşımasına ilişkindir⁴⁸⁴.

b. Ücret Unsuru

İşçinin iş görme ediminin ardından bir diğer iş sözleşmesi esaslı unsur, işverenin ifa etmesi gereken “ücret”tir. İşverenin sözleşme amacı işin görülmesiyken, işçinin ki ücretin ödenmesidir. Bu iki unsur iş sözleşmesinin sinallagmatik özelliğini gösterir. İşçi bir iş görecektir, işveren de bunun karşılığında ücret ödeyecektir. Bu sebeple hatır için veya başka amaçlarla yapılan işler iş sözleşmesi olarak adlandırılmaz⁴⁸⁵. Hatır veya başka ahlaki amaçlar olmadan ücretsiz iş görmenin Anayasa m. 18/I’de düzenlenen angarya yasağına da uygun olmayacağını söyleyebiliriz. Sonuç olarak bir iş ilişkisinden söz edebilmemiz için ücret ödemesi gereklidir. Ancak ücretin açıkça belirtilmesi zorunluluğu yoktur. Eğer yapılan iş için ücret ödenmesi gerektiği zaten aradaki ilişkiden belli oluyorsa, burada ücret kararlaştırılmasa da iş sözleşmesi kurulmuş olacak ve işverenin ücret ödeme yükümlülüğü doğacaktır⁴⁸⁶.

c. Bağımlılık Unsuru

İş akdinin sonuncu ve karakteristik unsuru “bağımlılık”tır. İş görme ve özellikle de ücret unsuru, iş sözleşmesinin tespitinde önemli bir ölçüt olsa da (örneğin vekâlet akdinde ancak aksi kararlaştırıldığında veya teamül varsa ücret ödeneceğinden); asıl ayırt edici unsur bağımlılıktır⁴⁸⁷. Bağımlılık unsurunun “bir

⁴⁸³ Çelik ve diğerleri, ss. 164-165; Süzek, s. 223; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 167; Eyrenci ve diğerleri, s. 61; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 74-75; Akyiğit, ss. 98-99.

⁴⁸⁴ Çelik ve diğerleri, s. 282; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 167; Eyrenci ve diğerleri, s. 61, Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 74; S. Doğan, s. 63. İş görmenin bizzat işçi tarafından yerine getirilmesi ilke olsa da; bunun bir zorunluluk teşkil etmediği, işverenin ve yerine geçecek kişinin rızasıyla yükümlülüğü başkasının ifa edebileceği de ifade edilmiştir. Akyiğit, s. 100.

⁴⁸⁵ Bkz. Y. 9. HD. 18. 06. 2001, 2001/8123 E., 2001/10422 K. , www.legalbank.net, (02.03.2021)

⁴⁸⁶ Y. 7. HD. 09.05.2013, 2013/3356 E., 2013/8526 K.; Y. 9. HD. 06.06.2013, 2001/8123 E., 2013/17351 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/anaindex.html>, (25.06.2021).

⁴⁸⁷ Çelik ve diğerleri, ss. 169-172; Süzek, s. 229; Demir, s. 76; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, ss. 167-168; Eyrenci ve diğerleri, ss. 61-62; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 77; Akyiğit, s. 101; Engin,

sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığının tespiti”nde belirleyici olduğu hususu Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtilmiştir⁴⁸⁸.

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesinin varlığının tespiti açısından önem taşıdığından niteliğinin ne olduğu belirlenmelidir. Ödeme yapan işveren ile işçi arasında ekonomik bir bağın olduğu tartışmasızdır ancak bu iş ilişkisine özgü bir durum değildir. Bu sebeple iş ilişkisinin ayırt edici unsuru olan bağımlılığın türünün, ekonomik ya da teknik değil “kişisel” ve aynı zamanda “hukuki” olduğunu kabul etmenin daha uygun olacağı ifade edilmiştir⁴⁸⁹. Çünkü işçi işverenin otoritesi altında çalışmaktadır. Bunun bir göstergesi de işverenin yönetim hakkı kapsamında emir ve talimatlar verebilmesi ve işçinin de bunlara itaat borcu kapsamında uyma yükümlülüğü olmasıdır. Bu otorite ilişkisi, iş sözleşmesini diğerlerinden farklılaştırır ve daha kişisel bir nitelik katar. Ayrıca işverenin faydalandığı “iş gücü”nün işçinin kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olması da sözleşmeyi kişiselleştirir⁴⁹⁰. İş ilişkisindeki bu kişisel bağımlılık hukuki bir hiyerarşi yaratır⁴⁹¹. İşçi-işveren arasındaki bu durum Yargıtay tarafından da aşağıdaki şekilde açıkça ifade edilmiştir:

Bir işin görülmesi süreci içinde işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işyerindeki davranışları düzenleyen talimatlar veren işveren onu kişisel bağımlılığı altında tutar. Bu sözleşmede varolan otorite/bağımlılık ilişkisi taraflar arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratır. Bu nedenle iş akdinde bağımlılık hem işçinin kişiliğini ilgilendirmekte hem de bir hukuki bağımlılık niteliği taşımaktadır⁴⁹².

s. 4; S. Doğan, s. 98; C. Gökhan Erbaş, “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: Haziran 2017, Cilt: 7, Sayı: 1, Prof. Dr. Mehmet Yüksel Armağanı, s. 100; Bkz. 9. HD. 22.02.2010, E. 2008/10530, K. 2010/4617; Y. 9. HD. 09.03.2017, 2017/1419 E., 2017/3599 K., www.hukukturk.com, (25.06.2021); Y. 9. HD. 24.01.2017, 2016/26980 E., 2017/701 K., www.legalbank.net, (19.11.2021); Y. HGK. 01.03.2017, 2015/22-3235 E., 2017/381 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/anaindex.html>, (25.06.2021); Y. 9. HD. 03.11.2020, 2020/2942 E., 2020/14478 K., www.legalbank.net, (02.03.2021).

⁴⁸⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, 26-27.09.1967, 1963/336 E., 1967/29 K., RG. Tarihi: 19.10.1968, RG. Sayısı: 13031, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13031.pdf>, (02.03.2021).

⁴⁸⁹ Süzek, s. 225; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 169; Engin, s. 5; Bkz. Y. HGK. 01.03.2017, 2015/22-3235 E., 2017/381 K., <http://www.kazanci.com>, (25.06.2021); Y. 9. HD. 09.03.2017, 2017/1419 E., 2017/3599 K., www.hukukturk.com, (25.06.2021).

⁴⁹⁰ Saymen, ss. 395-396; Ali Güzel, “Fabrikadan Internet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara 1997, ss. 105-107; Süzek, ss. 225-226; Engin, s. 6; Doğan, s. 73. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm I. A. 2. İş Sözleşmesinin Nitelikleri.

⁴⁹¹ Güzel, s. 105; Süzek, s. 226; S. Doğan, s. 73.

⁴⁹² Y. 10. HD., 05.02.2013, 2013/327 E., 2013/1329 K., www.legalbank.net, (19.11.2021).

İş ilişkisinin doğasındaki işçi – işveren hiyerarşisi, özel hukuk ilişkilerinde esas olan “ taraflar arasındaki eşitlik”te dengesizliğe yol açar. Bu durumu hukuka uygun hale getiren işçinin iradesidir. İşçi kendi özgür iradesiyle işverenin otoritesini kabul etmiştir⁴⁹³. Ancak kişi rızası ile hukuki hale gelen bu bağımlılık sınırsız değildir. Zaten, her ne kadar TMK m. 24/II’e uygun olarak işçinin rızası mevcutsa da, TMK m. 23/II uyarınca işçinin kişilik hakları kendine karşı dahi korunduğundan bu bağımlılığı sınırsız kabul etmek mümkün değildir. Bağımlılık unsurunun sınırı sözleşmeden sözleşmeye değişebilecektir. İşçinin mesleği, yaptığı işin niteliği ve işçinin işyerindeki hiyerarşik konumu bu sınırı belirleyen faktörlerdir⁴⁹⁴.

Çalışma dünyasındaki yenilik ve gelişmelerle birlikte iş hukukunda esneklik kavramı ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda artık klasik anlamda bir bağımlılık ilişkisinden söz etmek mümkün olmamaktadır. Yeni atipik iş sözleşmesi türleri (Tele Çalışma, Evde Çalışma vb.) ya da yeni iş organizasyonu teknikleriyle işçinin iş görme edimini yerine getireceği yer ve zaman çeşitlilik kazanmıştır. Bir başka ifadeyle işyeri kavramı sınırı genişlemiştir. Bu sebeple yönetim, denetim ve gözetim olanaklarının azaldığı ve bağımlılık ilişkisinin gevşediği belirtilmektedir⁴⁹⁵. Ama bu durumun bağımlılık unsurunu önemsizleştirip ortadan kaldırmadığı da kabul edilir⁴⁹⁶. Sadece bağımlılık unsurunun değerlendirilmesinin gelişmelere uygun daha esnek yapılması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁹⁷. Yargıtay kararlarında da yer verildiği üzere⁴⁹⁸ bağımlılık unsurunun bulunup bulunmadığı ve bunun sonucu olarak iş sözleşmesinin varlığının tespiti için klasik anlamda somut bir işyeri kavramı ötesine geçilip “iş organizasyonu kapsamında iş görme” ölçütü kabul edilmiştir⁴⁹⁹. Sonuç

⁴⁹³ Güzel, s. 105; Süzek, s. 226.

⁴⁹⁴ Güzel, s. 108; Süzek, s. 227; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 171; Eyrenci ve diğerleri, ss. 62-63; Haluk Hadi Sümer, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 19, Eylül 2010, (Bağımlılık), ss. 69-71; Ayrıca bkz. Y. 9HD., 22.02.2010, 2008/10530 E., 2010/4617 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2010/4, Sayı: 27, ss. 259-266.

⁴⁹⁵ Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 172; Süzek, s. 227; S. Doğan, s. 99.

⁴⁹⁶ Çelik ve diğerleri, s. 168; Güzel, s. 108; Akyiğit, s. 102.

⁴⁹⁷ Çelik ve diğerleri, s. 168; Süzek, s. 227; Güzel, s. 109.

⁴⁹⁸ Y. 9HD., 22.02.2010, 2008/10530 E., 2010/4617 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2010/4, Sayı: 27, ss. 259-266.

⁴⁹⁹ Çelik ve diğerleri, s. 168; Süzek, ss. 227-228; Güzel, ss. 109-112; Sümer, Bağımlılık, s. 70; Süleyman Başterzi, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, Kamu-İş, Ankara, 2011, ss. 10-11. Ayrıca bkz. İbrahim Aydın, **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2004, s. 105; Erbaş, s. 100.

olarak bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığını söyleyebilmek için somut olaya bakıp bir değerlendirme yapmak gerekir⁵⁰⁰.

2. İş Sözleşmesinin Nitelikleri

İş sözleşmesi taraflara karşılıklı borç yükleyen (sinallagmatik)⁵⁰¹ ve sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşmedir. Bu nitelikleriyle satış sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmelerle benzerlik gösterse de, önemli bir farklılığı bulunmaktadır. İş sözleşmesi taraflar arasında sadece malvarlığına yönelik bir ilişki kurmaz, aynı zamanda kişisel bir niteliğe sahiptir⁵⁰². Kurulan bu kişisel ilişki sonucunda işçinin sadakat ve itaat borcu, işverenin ise gözetme ve eşit işlem yapma gibi borçları doğmaktadır⁵⁰³. Ayrıca bu kişisel nitelik, iş sözleşmesinin temelini güven ilişkisinin oluşturmaya sebep olmuştur⁵⁰⁴.

B. İş Akdinin Kurulması

1. Tarafların Yükümlülükleri

Her karşılıklı borç yükleyen sözleşme ilişkisinde olacağı gibi iş sözleşmesi tarafı işçi ve işverenin de farklı ve genellikle çatışan menfaatleri vardır. İşveren kendi çıkarları doğrultusunda bir sözleşme yapabilmek için işçi adayına doğrudan sorular yöneltme, testler yapma ya da üçüncü kişilerden işçi adayına ilişkin bilgi edinme gibi çeşitli yollara başvurabilir. Ancak işverenin bu yaptıkları doğal olarak işçi menfaati

⁵⁰⁰ Sümer, Bağımlılık, s. 72. Bağımlılık unsuru ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Sevil Doğan, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2016; Abdullah Erol, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2020.

⁵⁰¹ Bazı durumlarda işçi iş görmemesine rağmen kendisine ücret ödenebilmektedir. Bu sosyal ücret istisnai bir durumdur. Çalışmamızda da olan ve olması gerektiğini düşündüğümüz bu örnekler için bkz. İkinci Bölüm III. C. 1. b. Askı Halinin Ortaya Çıkışı, Sonuçları ve Süresi ve İkinci Bölüm III. C. 2. 2. Şüphe Giderme Bakımından Ortaya Çıkabilecek Askı Halleri ve Özellikleri.

⁵⁰² Zöllner ve diğerleri, ss. 184-185; Çelik ve diğerleri, ss. 172-173; Eyrenci ve diğerleri, ss. 63-64; Süzek, ss. 231-232; Demir, s. 74; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 79-82; Akyiğit, s. 34; S. Doğan, ss. 60-65; Ulaş Baysal, “Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 35, (Şüphe Feshi), s. 84.

⁵⁰³ Çelik ve diğerleri, s. 173; Eyrenci ve diğerleri ss. 63-64; Süzek, s. 232; S. Doğan, ss. 64-65.

⁵⁰⁴ Süzek, s. 232. Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm I. C. İş Sözleşmesinde Güven İlişkisi ve Önemi

ile ters düşmektedir. İşçi de kendi menfaatleri doğrultusunda, muhtaç olduğu işi elde edebilmek için işverene karşı güçlü özelliklerini öne çıkarabilmekte, zayıf özelliklerini saklayabilmekte, hatta kendi hakkında yalan beyanlarda bulunabilmektedir⁵⁰⁵.

İşçi ve işverenin iş sözleşmesinin kuruluş aşamasındaki bu tutum ve davranışları, henüz bir sözleşme bulunmadığından genel hukuk normları kapsamında incelenebilecektir. İş görüşmeleri sırasında taraflar arasında mevcut bir sözleşme ilişkisi yoktur; ama işveren ve işçi adayı birbirlerine karşı zarar verici davranışlarından sözleşmeden doğan borç ihlallerine ilişkin hükümler uyarınca sorumlu olacaktırlar. Bu durum, dayanağı Türk Medeni Kanunu 2. maddesi olan borçlar hukukundaki “koruma yükümlülükleri”nden kaynaklanmaktadır⁵⁰⁶.

Bir borç ilişkisi kurmak isteyen taraflar, iletişime geçtikleri andan itibaren birbirlerinin hukuki menfaat ve değerlerine müdahale etme hatta zarar verme riskini taşımaktadırlar. Bu risk karşısında tarafların zaten mevcut olan hak ve menfaatlerinin korunması en az kurulacak olan ilişkideki borcun ifası kadar önemlidir⁵⁰⁷. Sözleşme kurulması aşamasında hak ve menfaatlerin bu korunma ihtiyacı sebebiyle, sosyal temas içine giren taraflar ilk andan itibaren birbirlerine zarar vermeme, bunun için her türlü özen ve çabayı gösterme yükümlülüklerini taşırlar. Borcun ifası dışında tarafların hak ve menfaatlerini (malvarlığı ya da şahıs varlığına ilişkin) gözetmeye yönelik bu yükümlülükler “koruma yükümlülükleri” denir⁵⁰⁸. Koruma yükümlülükleri, edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin ürünüdür⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Süzek, ss. 296-297. İşverenin şüphe giderme adına başvurduğu yollar, bunların kapsamı ve hukukilik sınırları için bkz. İkinci Bölüm II. B. İş Sözleşmesi Kuruluşu Aşamasında Şüphe Giderme Yolları ve Hukukilik Sınırları

⁵⁰⁶ Eren, s. 40; Eyrenci ve diğerleri, ss. 101-102; Süzek, s. 296. Ayrıntılı bilgi için bkz. Betül Erkanlı, **Tarafların İş sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, Mart 2015.

⁵⁰⁷ Tiryaki, s. 272; Erkanlı, s. 13.

⁵⁰⁸ Eren, ss. 39-40; Süzek, s. 296; Betül Tiryaki, “Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: XII, Sayı: 3-4, s. 272; Erkanlı, s. 13.

⁵⁰⁹ Serozan, s. 119; Süzek, s. 296; Tiryaki, s. 272; Erkanlı, s. 15. Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri için ayrıca bkz. Rona, Serozan, “ ‘Culpa In Contrahendo, ‘Akdin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 1968, Cilt: 2, Sayı: 3, ss. 108-129; Eren, ss. 42-44; Cem Baygın, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, ss. 345-377; Sabahattin Yürekli, “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2014, Cilt: 72, Sayı: 2, ss. 541-579; Özge Erbek

Edim yükümlülüklerinden bağımsız bu borç ilişkisi, kişilerin sözleşme yapmak üzere ya da hukuki ilişki kurma amacı taşımaksızın sosyal temas içerisine girmeleriyle ortaya çıkabilir⁵¹⁰. Çünkü TMK m. 2'nin 1. fıkrası⁵¹¹ndaki dürüstlük kuralı ve güven ilkesi uyarınca, bir kişinin bir başkasından gelebilecek herhangi bir zarardan korunmayı beklemesi haklı ise bu güvenin korunması gerektiği kabul edilmektedir⁵¹². Bu sebeple karşı tarafı korumasını gerektirecek yakınlıkta sosyal temasta bulunan kişiler birbirlerine karşı özen gösterme, gerekli bilgileri verme, hak ve menfaatlerine zarar vermeme yükümlülüklerini taşımaktadır. İş ilişkisi kuruluşu aşamasında da bu şüphesiz geçerli olacaktır⁵¹³.

Sonuç olarak iş görüşmelerinde işveren hak ve menfaatleri doğrultusunda işçi adayına sorular yöneltebilirken ve işçi adayı da bunları kendi menfaatleri çerçevesinde yanıtlayabilecektir. Ancak her iki taraf koruma yükümlülüklerini göz önünde tutarak hareket etmelidir⁵¹⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki işveren sözleşmenin meydana geleceği konusunda gerçek olmayan bir güven de yaratmamalıdır⁵¹⁵.

2. Tarafların Kusurlu Davranışları ve Sonuçları

Sözleşme görüşmelerinde tarafların birbirlerini koruma yükümlülüğü altında olduğunu inceledik. Eğer taraflar edim yükümlülüklerinden bağımsız bu koruma yükümlülüklerini kusurlu bir şekilde ihlal ederlerse sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) durumu ortaya çıkacaktır. Bu durumda sözleşme ihlali hükümleri uygulanacağından tazminat veya görüşme sonrası sözleşme kurulmuş ise iş akdinin haklı nedenle feshi gibi sonuçlar doğabilecektir⁵¹⁶.

Odabaşı, “Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2020, ss. 110-137.

⁵¹⁰ Eren, s. 41; Aydın, ss. 18, 70; Tiryaki, s. 272; Erkanlı, ss. 13, 16, 18.

⁵¹¹ TMK m. 2/I: “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”.

⁵¹² Eren, s. 40; Aydın, s. 18; Süzek, s. 311; Serozan, s. 119; Baygın, s. 356; Tiryaki, s. 272; Erkanlı, s. 15.

⁵¹³ Süzek, ss. 311-312; Akyiğit, ss. 104-105; Yürekli, ss. 550; Baygın, s. 356; Erkanlı, ss. 18, 60.

⁵¹⁴ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm II. B. İş Sözleşmesi Kuruluşu Aşamasında Şüphe Giderme Yolları ve Hukukilik Sınırları

⁵¹⁵ Süzek, s. 312; Erkanlı, ss. 60, 97, 187.

⁵¹⁶ Öner Eyrenci, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, Bayrak Matbaacılık, 1991, (Personel Seçimi), ss. 247-248; Eyrenci ve diğerleri, ss. 102-103; Eren, ss. 41, 42; Süzek, s. 298; Akyiğit, ss. 104-105; Baygın 362-364. Ayrıca sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in

Eğer işveren soru sokma hakkını aşmış ve işçinin kişilik hakkını ihlal etmişse manevi tazminat ödeyebilecek ya da işveren iş sözleşmesinin kurulacağına dair güven yarattıktan sonra kusuru sonucunda iş sözleşmesi kurulamışsa da maddi tazminatla işçinin menfi (olumsuz) zararını karşılamak zorunda kalabilecektir. İşçinin bu aşamadaki menfi zararı kapsamına, “tanışma için yapılan giderler”, “konut değiştirme masrafları”, daha önce çalıştığı iş kurulamayan bu yeni sözleşme sebebiyle kaybedildiyse oluşan “ücret kaybı” girecektir⁵¹⁷.

Tarafların kusurlu davranışlarına rağmen iş sözleşmesi kurulmuş ise de yine manevi tazminat ya da menfi zarar tazminatı doğabilecek ama bunun yanı sıra somut olaya göre İş Kanunu m. 24 veya İş Kanunu m. 25 uyarınca işçi ya da işverence iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedebileceklerdir⁵¹⁸.

C. İş Sözleşmesinde Güven İlişkisi ve Önemi

Karşılıklı borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin kurulabilmesi için, sözleşmeye sadık kalınacağı, borçlanılacak edimlerin her iki tarafça tam olarak yerine getireleceği ve sadece tek tarafın menfaatlerinin korunmayacağı konusunda karşılıklı asgari bir güven şarttır⁵¹⁹. Sözleşmeye uyulması, diğer bir ifadeyle sözleşmeye sadakat “Ahde Vefa” ilkesine dayanır. Bu doğrultuda özel hukukta tarafların güvenlerini korumasının esasını da Ahde Vefa ilkesi oluşturduğunu söylemek mümkündür⁵²⁰. Çünkü bu ilke uyarınca hukuki güvenliği sağlamak için sözleşme tarafları her durumda sözleşmeye riayet edecek, ve sadık kalacaktır⁵²¹.

Süreklilik arz eden karşılıklı borç ilişkilerinde ise güven kavramının önemi daha da fazladır. Çünkü, karşılıklı sürekli borç ilişkisinin bulunduğu sözleşmelerde, edimin bir defa gerçekleştirilmesiyle sona erme olmadığından, tarafların menfaatleri

contrahendo) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Serozan, ss. 108-129; Baygın, ss. 345-377; Yürekli, ss. 541-579; Erbek Odabaşı, ss. 110-137; Erkanlı, ss. 18 vd.

⁵¹⁷ Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 242-248; Süzek, s. 298; Baygın, ss. 362-363.

⁵¹⁸ Eyrenci ve diğerleri, s. 103; Süzek, s. 298.

⁵¹⁹ Süzek, s. 232; Peter Bengelsdorf, “Rationalität des Vertrauens im Arbeitsverhältnis”, FA, 2013, ss. 66-70, (Vertrauen), s. 67.

⁵²⁰ Mario Wertz, **Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des “Vertrauenskapitals”**, Cuvillier Verlag, Goettingen, 2016, s. 25; Özenç Resuloğlu, **Aşırı İfa Güçlüğü ve Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2021, ss. 30, 31.

⁵²¹ Ümmühan Kaya, “Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar Ve Öngörülemezlik İlkesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, ss.1569, 1570; Resuloğlu, s. 31.

süreklilik kazanmakta, bu durum güven ilişkisini yoğunlaştırmaktadır. Eğer taraflar arasındaki bu güven yıkılırsa da artık o ilişkinin devam ettirilmesini beklemek mümkün olmamaktadır⁵²².

İncelediğimiz üzere iş sözleşmesi, bağımlılık içinde diğer borç ilişkilerindeki gibi birbirlerinin hak ve menfaatlerine saygılı olunması gereken sinallagmatik sürekli bir ilişkidir⁵²³ ve kişisel bir nitelik taşır⁵²⁴. Hatta bu sebeple iş sözleşmesi işçinin şahsına bağlı bir sözleşme (iş sözleşmesinin *instuitus personae* özelliği⁵²⁵) olarak nitelendirilir. İş ilişkisinin tüm bu özellikleri güveni çok daha önemli ve vazgeçilmez hale getirmektedir⁵²⁶.

Sinallagmatik yapının bir sonucu olarak, bir taraf kendi hak ve menfaatlerine aykırılıklar olmasın istiyorsa, karşı tarafın menfaatlerine uygun davranması şarttır. İşveren kar etme, rekabet gücünü attırabilme gibi işletmesel başarılarla işçilerini destekleyerek, onların hak ve menfaatlerini koruyarak ulaşabilir. Çünkü işveren, işçinin çıkarlarını korudukça, işçi tüm gücü ve yeteneğini işveren yararına kullanmaya çalışacaktır. Aksi halde işveren de zarar görecektir⁵²⁷. Aynı şekilde işçi, işini kaybetme tehlikesi olmadan düzenli bir şekilde gelir sağlamaya devam edebilmesi için, işletmenin gelecekte varlığını sürdürebilmesi adına iş görme borcunu düzgün bir şekilde yerine getirmeli ve işverenin menfaatlerini

⁵²² Süzek, s. 665; Öcal Kemal Evren, “Şüphe Feshi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 39, Kasım, 2009, s. 45; Sedef Koç, “İşçinin Suç Teşkil Eden Fiillerinin İş Sözleşmesine Etkisi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt II**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 1435; Hakan Keser, **4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mayıs 2016, s. 314; Baysal, Şüphe Feshi, s. 84.

⁵²³ Eren, s. 211; Süzek, ss. 232-233; Demir, s. 74; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 80; Dirk Gilberg, “Statt Tat- und Verdachtskündigung: Die Vertrauenskündigung”, **DB**, 2006, (Vertrauenskündigung), s. 1558; Bengelsdorf, Vertrauen, s. 67; Wertz, s. 26. Ayrıca bkz. BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272.

⁵²⁴ Bkz. İkinci Bölüm I. A. c. Bağımlılık Unsuru ve İkinci Bölüm I. A. 2. İş Sözleşmesinin Nitelikleri

⁵²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Engin, ss. 9-10.

⁵²⁶ Melda Sur, “Şüphe Feshinde İşçinin Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesinin Üç Kararı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2020/4, Sayı: 67, (Şüphe Feshi), s. 2488; Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi 1. Cilt**, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 358; Koç, s. 1435; Ulaş Baysal, **İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi**, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2011, (Geçerli Sebep), s. 165; Baysal, Şüphe Feshi, s. 84; Mario Eylert, “Verdachtskündigung” **NZA-RR**, Yıl: 2014, Sayı: 8, (Verdachtskündigung), s. 393; Wertz, s. 26. Güven kavramının bu önemi sebebiyle genel olarak çalışanlar ve yöneticiler arasındaki bu ilişki özel olarak teorik incelemelere konu olmuştur. Bkz. Matthias Seifert, “Vertrauen als Organisationsprinzip. Eine theoretische und empirische Studie über Vertrauen zwischen Angestellten und Führungskräften”, **ZfP**, 2001, Heft: 4, ss. 461-465.

⁵²⁷ Örneğin, işveren ücret borcunu gününde ifa etmiyorsa ve koşulları sağlandıysa İşK m. 34 uyarınca iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak kendi borcunu yerine getirmeyebilecektir.

gözetmelidir⁵²⁸. Bu döngünün sorunsuz olarak işleyebilmesi için de karşılıklı güven esastır.

Sürekli ve kişisel nitelikli iş ilişkisinde, karşılıklı “ücret” ve “iş görme” borçlarının yüklenilmesinin yanı sıra, taraflar başka hak ve menfaatlerini de birbirlerine emanet edip bazı yetkiler verirler⁵²⁹. Bu yüzden taraflar birbirlerinden, asli edimlerini düzgün bir şekilde yerine getirilmesinin yanı sıra; iş sözleşmesi sebebiyle emanet edilen haklara ve malvarlığı değerlerine dikkat edilmesini ve verilen yetkileri de sorumluluklarının bilincinde, hukuka uygun olarak kullanılmasını beklerler⁵³⁰.

İşveren işçiye, iş görme borcunun bir gereği olarak, alındığı pozisyona bağlı şekilde işletme tesislerine erişim ve işyeri araçlarını, iş için gerekli malzemeleri kullanma imkanı da vermiş olur⁵³¹. İşverenin yönetim hakkı ve denetleme yetkisini kullanarak işçiye verdiği yetkilerin suistimal edilip edilmediği, kullanımına sunduğu taşınır ya da taşınmaz malvarlığı değerlerine zarar verip vermediğini ya da iş görme edimini işverenin menfaatlerine ve iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uygun bir şekilde yerine getirip getirmediğini kontrol edebilir. Ancak iş ilişkisinde esneklikle birlikte ortaya çıkan yeni çalışma şekilleri, özellikle müşterilerle yakın temasta olan, anlık karar verilebilmesi gereken durumların oluşabildiği işlerde, ihtiyaçların hemen giderilmesi ve işin sekteye uğramaması için işçiye tanınan yetkiler arttırılabilir; böylece denetim ve talimat alma bakımından bağımlılık ilişkisi zayıflayabilir⁵³². Sonuç olarak, hayatın olağan koşullarında işverenin, denetleme yetkisi⁵³³ ve yönetim hakkına rağmen her an işçinin başında olması, onu denetleyip sözleşmeye ve hukuka aykırı durumları tespit etmesi mümkün değildir. Teknolojik ilerlemeler sonucunda ortaya çıkan yeni ve gelişmiş denetleme yollarına (elektronik gözetleme gibi) rağmen bu söylenemez. Çünkü artık işyeri ya da işçi denildiğinde yalnızca bir bina ve içinde çalışan işçiler söz konusu değildir. Denetim yolları çok gelişmiş ancak aynı

⁵²⁸ Bengelsdorf, Vertrauen, s. 67; Wertz, s. 26.

⁵²⁹ Wertz, s. 26.

⁵³⁰ Bengelsdorf, Vertrauen, ss. 67-68; Michael Eckert, “(Vermeintliche) Bagatell-Delikte als Kündigungsgrund?” BC, Yıl: 2010, Sayı:1, (Bagatell-Delikte), s. 26; Wertz, ss. 26-27.

⁵³¹ Alexander Otto, **Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses**, Duncker & Humbolt, Berlin, 2000, s. 97; Bengelsdorf, Vertrauen, s. 67; Eylert, Verdachtskündigung, s. 393; Wertz, s. 27

⁵³² Wertz, s. 27.

⁵³³ Denetleme, işverenin iş görme ediminin düzgün bir şekilde yerine getirilmesi bakımından bir hak, iş sağlığı ve güvenliği ve adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından bir yükümlülüktür.

oranda hatta daha fazla işyeri ve işçi kavramlarının kapsamı da genişlemiştir. Çalışma şekillerinde esneklikle birlikte iş görme, işverenin işçiye erişiminin, sözleşme/hukuka aykırı durumların⁵³⁴ tespitinin kolay olmadığı ve aykırılıklara anında müdahale edemeyeceği, (özellikle işçinin yalnız çalıştığı yanında başka bir işçi ya da işveren vekili olmadığına), denetimden uzak şekilde gerçekleşebilecektir⁵³⁵. Bu bakımından işverenin işçiye haklar sağlayıp çeşitli yetkiler vermesi için ona güveniyor olması zorunludur. Çünkü işçinin verilen hak ve yetkileri suistimal etmesi ve edimini uygun bir şekilde yerine getirmemesi sadece sözleşme yükümlülüğüne aykırılık bakımından değil, aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliği ya da adam çalıştırma bakımından sorumlulukları uyarınca da işvereni zarara uğratabilecektir. Bu sebeplerle işverenin güvenmediği birisiyle iş ilişkisi kurulabilmesi veya sürdürebilmesi beklenemeyecektir.

Olaya işçi açısından ele aldığımızda da durum benzerdir. İş sözleşmesi imzalanmasıyla işçi, iş görme borcuna girer ve karşılık olarak işverenden ücret talep eder. Ama bunun yanı sıra işçi, işverenin işçiyi gözetme borcu uyarınca (TBK m. 417, BGB m. 618/III),

- İşverenin yönetim hakkı ve bu kapsamda kullanacağı denetleme yetkisi adı altında hukuka aykırı olarak kişilik haklarına müdahale etmemesini,

- İşin niteliğine göre fiziksel veya ruhsal sağlığının zarar görmemesi ve iş kazalarından korunması için iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyecektir⁵³⁶.

İşçi, iş sözleşmesini imzalayarak kendi iradesi ile özel hukuktaki taraflar arasındaki eşitlik ilkesine ters olarak bir hiyerarşiyi kabul etmesinin yanı sıra kişilik haklarını dahası hayatını işverene emanet etmektedir. Görüldüğü üzere işveren yükümlülüklerini yerine getirmemezse, işçi sadece ücret almama sebebiyle ekonomik bir zarar yaşamaz; ayrıca kişilik hakları daha da önemlisi yaşama hakkı dahi tehlikeye girer⁵³⁷.

⁵³⁴ Örneğin: Evde çalışmalarda iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uymama veya çalışmada saatlerini fazla bildirme gibi.

⁵³⁵ Eylert, Verdachtskündigung, s. 393; Jens Tiedemann, "Vertrauenskapital langjährig Beschäftigter Interessenabwägung bei fristlosen Kündigungen wegen Bagatelldelikte nach 'Emmely'", **ArbRB**, 2011, (Vertrauenskapital), s. 94; Wertz, s. 27.

⁵³⁶ Eckert, Bagatell-Delikte, s. 26; Tiedemann, Vertrauenskapital, s. 94; Wertz, s. 28.

⁵³⁷ Bengelsdorf, Vertrauen, s. 67; Wertz, s. 27

Sonuç olarak iş ilişkisinin temelinde taraflar arasındaki güvenin olduğu ve bu güven bulunmadan iş sözleşmesi kurulamayacağı açıktır. Kurulduktan sonra bu güven ilişkisinin zedelenmesi hatta tamamen kalkması halinde ise, iş ilişkisine devam edilmesi beklenemeyecektir. Çünkü iş ilişkisinin düzgün bir şekilde yürütülebilmesi için işyerinde işveren ve işçileri arasında güven dolu bir iletişimin olması gerekir⁵³⁸.

D. Ölçülülük İlkesi

1. Genel Olarak

Ölçülülük, Anayasa m. 13’de düzenlenmiş, ortaya çıkışına baktığımızda esas olarak kamu hukukuna ilişkin bir kavramdır. Anayasa Hukuku’nda ölçülülük ilkesi, bireylerin hak ve özgürlüklerini kısıtlayan kanunla yapılan müdahalelerin denetlenmesi açısından kullanılmaktadır⁵³⁹. Bu sebeple ilkenin çıkış noktasında, devlet-birey ilişkisinin esas alındığını söylemek mümkündür⁵⁴⁰. Anayasal bu ilke, Alman Hukuku’nda olduğu gibi Türk Hukuku’nda da başlangıçta anayasa ve idare hukuku alanlarında etkili olsa da, zaman içinde özel hukukta da önem kazanmıştır⁵⁴¹. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda karar vermiştir. Ölçülülüğün sadece devlet değil bireylerin de hukuki tasarruflarına uygulanacağı⁵⁴², özel hukuk normlarının uygulanması ve yorumunda da esas alınmasının zorunlu olduğu sonucuna varmıştır⁵⁴³. Yargıtay’ın da içtihadı⁵⁴⁴ ölçülülüğün özel hukuk ilişkisinde

⁵³⁸ Wertz, s. 28. Bkz. Üçüncü Bölüm II. B. Güven Sermayesi Kavramı ve Oluşma Şartları ve Üçüncü Bölüm II. C. İşçi-İşveren Arasındaki Güvenin Zarar Görmesi ve Sonuçları

⁵³⁹ Mustafa Alp, “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması - Alman Hukukuna Göre -”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Yıl: 21, Cilt: 17, Sayı: 205, Ocak 1999, (Ölçülülük), s. 1519; Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, (Orantılılık), s. 681

⁵⁴⁰ Alp, Ölçülülük, s. 1519.

⁵⁴¹ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 288; Alp, Ölçülülük, s. 1519; Yıldız, Orantılılık, s. 681.

⁵⁴² BVerfG, 05.06. 1973 - 1 BvR 536/72, **NJW**, Yıl: 1973, Sayı: 28, ss. 1226-1234.

⁵⁴³ BVerfG, 09. 11.1976 - 2 BvL 1/76, **NJW**, Yıl: 1977, Sayı: 7, ss. 293-294.

⁵⁴⁴ “...*Hakim, tazminat miktarını saptarken, bir yandan kişilik hakları zedelenen tarafın, ekonomik ve sosyal durumunu ve boşanmada kusuru bulunup bulunmadığını ve varsa kusur derecesini, fiilin ağırlığını; öbür yandan da, kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusur derecesini, ekonomik ve sosyal durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır. Açıklanan ilkeler gözetildiğinde davacı-davalı kadın yararına takdir edilen manevi tazminat miktarı, ölçülülük ilkesine uygun olmayıp fazla bulunmuştur. Türk Medeni Kanununun 4. maddesinde yer alan hakkaniyet ilkesi gözetilerek daha uygun miktarda*

uygulanabileceği yönündedir ki bu sebeple İş Hukuku’nda söz konusu ilke önemli bir kritere dönüşmüştür⁵⁴⁵.

İlkenin uygulamasının genişleyip özel hukuku da etkilemeye başlamasının, daha önce ele alacağımız yatay etkinin bir sonucu olduğunu söylemek mümkündür.

Doktrinde “aşırıya kaçma yasağı” olarak da adlandırılan⁵⁴⁶ ölçülülük ilkesinin, kullanılan bir hukuki yolun, o amacın gerçekleştirilmesine elverişli ve gerekli olması ve araçla amaç arasında oransızlık bulunmaması anlamına geldiği kabul edilmiştir⁵⁴⁷. Taşıdığı anlam sebebiyle de ölçülülük ilkesinin, bir hukuk kuralının uygulanmasının farklı taraf menfaatlerinin çatışmasına yol açtığı ve bu çatışmanın çözümü için önceden düzenlenmiş kuralların bulunmadığı durumlar açısından önem arz ettiği belirtilmiştir⁵⁴⁸. Ölçülülük esasının, kanuni bir düzenlemeyle açıkça ya da yorum ölçütü olarak, özgürlüklerin bir arada dengeli şekilde kullanılıp, varlıklarını sürdürebilmenin anahtarı olduğu da ifade edilmiştir⁵⁴⁹.

4709 sayılı Kanun ile 03.10.2001 tarihinde AY m. 13’de yapılan değişiklik sonrası ölçülülük ilkesi Anayasamıza girmiştir. Bu madde değişikliğinin gerekçesi⁵⁵⁰nde, düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki ilkeler doğrultusunda yenilendiği belirtilmiştir⁵⁵¹. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesini nasıl ifade ettiğine bakmak yerinde olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesine ilişkin kararlarına

tazminat takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...”Y. 2. HD., 19.01.2016, 2015/9722 E., 2016/883 K. Ayrıca bkz. Y. 2. HD., 01.10.2018, 2016/23322 E., 2018/10266 K.; Y. 2. HD., 06.04.2021, 2021/1313 E., 2021/2727 K., www.legalbank.net, (20.11.2021).

⁵⁴⁵ Bkz. İkinci Bölüm I. D. 2. İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi

⁵⁴⁶ Alp, Ölçülülük, s. 1519.

⁵⁴⁷ Osman Güven Çankaya, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 91; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 288; Alp, Ölçülülük, s. 1519; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”, **Osman Güven Çankaya’ya Armağan**, Kamu-İş, 2010, (Ölçülülük), s. 181; İlke Gürsel, **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 233; Dilek Dulay Yangın, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire’nin İşçilerin Gizli Kamera ile İzlenmesine İlişkin 17 Ekim 2019 Tarihli Lopez Rıbalda ve Diğerleri Kararı’nın Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2020/3, Sayı: 66, (Gizli Kamera), s. 1721.

⁵⁴⁸ Alp, Ölçülülük, s. 1519; Yıldız, Orantılılık, s. 683.

⁵⁴⁹ Deniz Ugan Çatalkaya, **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Mayıs 2017, s. 29.

⁵⁵⁰ **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli**, TBMM, Ankara, 2008, s. 20.

⁵⁵¹ Bu değişiklik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri Ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2001 Sayı: 4, ss. 53-67.

bakıldığında, kavramı “meşru bir amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki, yani müdahale ile elde edilecek yarar ile sınırlamadan doğan bireysel zarar arasındaki ölçüyü kaçırmamak, sınırlamanın demokratik bir toplumda ancak gerektiği ölçüde kullanılması” olarak kabul ettiği doktrinde ifade edilmiştir⁵⁵².

Anayasa Mahkemesi’ne göre ise 13. maddeye eklenen “ölçülülük ilkesi”, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereği anlamına gelir⁵⁵³.

Sonuç olarak, özel hukuk kişileri TBK m. 26 ve m. 27 uyarınca kanuna ve ahlaka aykırı olmadıkça, orantısız karşılıklı edim yükümlülükleri içeren sözleşmeler yapabildiklerinden, kısaca irade serbestisi esas sebebiyle ilk bakışta ölçülülük ilkesi özel hukuk alanına uygulanmaya elverişli gözükmese de⁵⁵⁴; temel bir ilke haline gelmiştir. Çünkü özel hukuk ilişkilerinde de, tarafların konumları bakımından bir dengesizlik mevcutsa ve bir taraf daha güçlü olup, düşük konumda olan aleyhine tek taraflı olarak düzenlemeler yapabilme imkânına sahipse, sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi ihtiyacı doğacaktır. Türk Borçlar Kanunu’nda kural olan sözleşme serbestisine rağmen, TBK m. 28’de “aşırı yararlanma (gabin)”⁵⁵⁵ ve TBK m. 20 ve devamında “genel işlem şartları”na yönelik düzenlemeler getirilmiş olması da özel hukuk alanında ölçülülüğün önem arz ettiğinin bir göstergesidir.

⁵⁵² Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Mart 2011, s. 179 dpn *. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından ölçülülük veya oranlılık ilkesi için ayrıca bkz. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Nisan 2004, ss. 144-146.

⁵⁵³ Anayasa Mahkemesi Kararı 13.5.2015, 2015/34 E., 2015/48 K., RG Tarihi: 23.05.2015, RG Sayısı: 29364, www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi, (07.07.2019).

⁵⁵⁴ Ulrich Preis, **Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen**, C.H. BECK, München, 1987, (Prinzipien), s. 283; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük, s. 182.

⁵⁵⁵ TBK m. 28: “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir”.

2. İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi

İşçi ve işveren, iş ilişkisinin doğası gereği özel hukuk ilişkilerinde esas olanın aksine eşit değillerdir ve işçi sömürülmeye müsait bir konumda bulunmaktadır. Zaten bu sebeple İş Hukuku ortaya çıkmış; işçi lehine youm ve işçiyi koruma ilkesi benimsenip İş Kanunu'nda nispi emredici hükümlere yer verilmiştir. Görüldüğü üzere iş hukukunda işçinin korunması önemli ve esastır. Ancak işletme gerekleri ve işveren menfaatinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bu doğrultuda iş sözleşmesi feshinde, işçinin anayasal çalışma hakkı (AY m. 49) ile işverenin çalışma ve sözleşme özgürlüğü (AY m. 48) arasında ölçülülük ilkesi uyarınca bir denge kurulmalıdır⁵⁵⁶.

Sonuç olarak zayıf tarafın korunması ve tarafların çatışan hak ve özgürlükleri bakımından menfaat dengesinin adil olarak sağlanması için, ölçülülük ilkesinin iş hukukunda da esas alınması bir gereklilik olmuştur⁵⁵⁷.

Belirttiğimiz üzere genel olarak özel hukuk ilişkilerinde “ölçülülük ilkesi”ni dikkate alan Yargıtay, aynı tutumu iş ilişkileri bakımından da göstermiştir. İş ilişkisinde ölçülülük ilkesi, Yargıtay kararlarına genel olarak sözleşmenin sona ermesi bakımından konu olmuş ve iş sözleşmesi feshinin değerlendirilmesinde önemli bir kriter haline getirilmiştir⁵⁵⁸.

İş sözleşmesinin feshi, bozucu yenilik doğuran haktır. İşverenin hukuken tanınmış bu hakkını kullanması, işçinin hak ve menfaatlerini ağır bir şekilde etkileyecektir. Bu sebeple işverenin, iş sözleşmesini feshederken de ölçülülük ilkesine uygun davranmış olması gerektiği ifade edilir⁵⁵⁹. Yargıtay'ın kararlarında yer verildiği ve doktrinde de kabul edildiği üzere son çare ilkesi ile bu ilkeye uyulup

⁵⁵⁶ Süzek, s. 569; Engin, ss. 26-28; Ugan Çataalkaya, s. 425.

⁵⁵⁷ Preis, Prinzipien, s. 284; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük, s. 182. Ölçülülük ilkesine ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Erhan Birben, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2006; Deniz Ugan Çataalkaya, **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Mayıs 2017.

⁵⁵⁸ Y. 9. HD., 04.11.2020, 2016/30978 E., 2020/14673 K.; Y. 9. HD., 17.03.2008, 2007/27583 E., 2008/5294 K.; Y. 9. HD., 02.05.2008, 2007/17448 E., 2008/11049 K., www.legalbank.net, (20.11.2021).

⁵⁵⁹ Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük, ss. 183-184; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 288; Alp, Ölçülülük, s. 1525.

uyulmadığı denetlenmektedir⁵⁶⁰. “...feshihte ölçülülük ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu ilkeye göre davranışı nedeniyle fesih, ancak sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur...”⁵⁶¹ ve “...feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi - feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır...” ifadeleriyle bu durumu açıkça ortaya koymuştur⁵⁶².

E. İş İlişkisinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Hem işçinin hem işverenin iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte doğan ve işliki boyunca süren hatta sözleşme sona erdikten sonra dahi belirli bir müddet devam eden hak ve yükümlülükleri vardır.

İşçinin öncelikle asli edimi olan “iş görme borcu” ve bunun alt yükümlülükleri olarak nitelendirebileceğimiz “bizzat ifa” ve “özenli ifa” borçları bulunmaktadır⁵⁶³. İşçinin bu asli edimine doğrudan bağlı ve onun kadar önemli, iş ilişkisinin karakteristik özelliği olan bağımlılık unsurunun bir sonucu olarak nitelendirebileceğimiz “itaat borcu” da doğmaktadır⁵⁶⁴. Bunun yanı sıra işçi, iş ilişkisi boyunca hatta sonrasında da belli ölçülerde devam edecek olan “sadakat borcu” na da uygun hareket etmelidir⁵⁶⁵. İşçinin bu borcunun kapsamı çok geniştir. TBK m. 396’da “...işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır...” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla işçinin işverenin menfaatlerini koruyacak şekilde hareket etmesi bu borcun ifası olarak değerlendirilebilir. Sadakat borcu kapsamında işçinin “sır saklama”⁵⁶⁶ ve “rekabet etmeme”⁵⁶⁷ yükümlülükleri de

⁵⁶⁰ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 288. Son çare ilkesine ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm VI. A. Son Çare İlkesi (Ultima Ratio)

⁵⁶¹ Y. 9. HD., 02.05.2008, 2007/17448 E., 2008/11049 K., www.legalbank.net, (20.11.2021).

⁵⁶² Y. 9. HD., 03.04.2014, 2014/761 E., 2014/11250 K., (Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl: 2015/2, Sayı: 45, ss. 305-309). Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 11.09.2008 2008/25324 E., 2008/23401 K. ve Y. 9. HD., 13.07.2009 2009/289 E., 2009/20632 K., www.legalbank.net, (14.11.2018).

⁵⁶³ Çelik ve diğerleri, ss. 281-285; Eyrenci ve diğerleri, ss. 115-118; Süzek, ss. 325-334; Demir, ss. 157-161; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 137-143.

⁵⁶⁴ Çelik ve diğerleri, ss. 290-294; Eyrenci ve diğerleri, ss. 23, 24; Sarper Süzek, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutsal’a Armağan, Mavi Ofset, Ankara, 1998, (Yönetim Hakkı), s. 226; Süzek, s. 335; Demir, ss. 168-173; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 143-146,

⁵⁶⁵ Saymen, ss. 483-486; Çelik ve diğerleri, ss. 294-299; Eyrenci ve diğerleri, ss. 137-138; Süzek, ss. 335 vd., Demir, ss. 173-177; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 147 vd.

⁵⁶⁶ Eyrenci ve diğerleri, s. 138.

bulunur⁵⁶⁸. Son olarak doktrinde ayrı bir borç olarak da belirtilebilen ve TBK m. 397’de düzenlenmiş “teslim ve hesap verme borcu” vardır. Ancak bunlar sadakat borcundan doğan yükümlülükler olarak kabul edilebilir⁵⁶⁹.

İşverenin borçlarından ilki, asli edimi olan ücret ödemedir⁵⁷⁰. Diğer temel borcu ise, sözleşmede karşılıklı olarak menfaatlerin korunması gerektiğinden işçinin sadakat borcunun işveren tarafındaki görüntüsü diyebileceğimiz kapsamı çok geniş olan “işçiyi gözetme borcu”dur⁵⁷¹. Bu borcun da bir gereği olarak kabul edilebilecek bir diğer önemli yükümlülüğü ise “eşit davranma ve ayrımcılık yapmama”⁵⁷²’dır. Bunların yanı sıra işverenin “özlük dosyası düzenleme”, “buluş yapan çalışana bedel ödeme”, “işçinin yapmış olduğu giderleri ödeme”, “araç ve malzeme sağlama” borçları da bulunmaktadır⁵⁷³.

Her biri kendi içinde daha başka gereklilikleri barındıran saymaya çalıştığımız işçi - işveren hak ve yükümlülükleri, aslında ayrı birer çalışma konusu olabilecek niteliktedir. Ancak iş ilişkisinde şüphe kapsamında işçinin şüphelerini giderme yolları ve şüpheyeye dayalı olarak feshe ilişkin yapacağımız değerlendirmelerde önem arzedecek ilgili hak ve yükümlülükler genel itibariyle yer vereceğiz.

⁵⁶⁷ Çelik ve diğerleri, ss. 299-310; Eyrenci ve diğerleri, ss. 138-141; Süzek, ss. 338-348; Demir, ss. 177-180; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 149-156.

⁵⁶⁸ Sözleşme devam ederken her iki yükümlülük de sadakat borcu kapsamındadır. Ancak iş sözleşmesi sona erdikten sonrası için durum farklıdır. TBK m. 396/4 uyarınca işverenin haklı menfaati bakımından gerekli olduğu ölçüde iş sözleşmesi sona erdikten sonra da işçi sır saklamakla yükümlü olacaktır. Ancak rekabet yasağının iş sözleşmesinden sonra devam edebilmesi için iş sözleşmesinin için de ya da ayrı bir sözleşme yaparak bunu kararlaştırmaları gerekir. Çelik ve diğerleri, ss. 299-300.

⁵⁶⁹ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 156.

⁵⁷⁰ Çelik ve diğerleri, ss. 310 vd.; Eyrenci ve diğerleri, ss. 141 vd.; Süzek, ss. 351 vd.; Demir, ss. 180 vd.; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 157 vd.,

⁵⁷¹ Çelik ve diğerleri, ss. 339 vd.; Eyrenci ve diğerleri, ss. 173-174; Süzek, s. 386 vd.; Demir, ss. 212 vd.

⁵⁷² Çelik ve diğerleri, ss. 400-418; Eyrenci ve diğerleri, ss. 167-173; Süzek, ss. 440-464; Demir, ss. 204-212; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 191-201.

⁵⁷³ Çelik ve diğerleri, ss. 418-424; Süzek, ss. 464-475.

1. İşçiyi Gözetme Borcu

a. Gözetme Borcunun Niteliği ve Hukuki Dayanağı

Gözetme borcu⁵⁷⁴, iş ilişkisinin kişisel niteliğinin bir sonucu olan, işçinin sadakat borcuna ikame eden bir yan edim yükümlülüğüdür⁵⁷⁵

İşverenin bu borcunda ön planda olanın bir yapmama – sakınma- borcu olduğu ifade edilmişse de⁵⁷⁶; aktif bir şekilde bu borcun yerine getirilmesi de gerekmektedir. Örneğin, işveren gözetme borcunu, işyerinde gereksiz üst aramaları yapmayarak pasif veya işyerinde bir işçisinin diğer işçisine yaptığı tacize müdahale edip mağdur işçiyi koruyarak ya da baştan bu kötü durumu engellemeye yönelik tedbirler alarak aktif bir şekilde yerine getirebilir. Özellikle iş sağlığı ve güvenliği ve işçinin kişisel verilerinin korunması hususları düşünüldüğünde “sakınma borcu özelliği”nin geri planda kaldığı söylenebilecektir.

Anayasa’nın çeşitli maddeleri gözetme borcuna dayanak teşkil etmektedir. Öncelikle Anayasa m. 12’de herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu düzenlenmiştir. Ardından 17. maddede herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı, işkence ve eziyet yapılamayacağı, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamayacağı belirtilmiştir. 19. maddede ise herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği olduğu eklenmiştir. “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. madde’de de herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteyebileceğine ve bunların gizliliklerine dokunulamayacağına hükmedilmiştir. Son olarak 24. ve 25. maddelerde “din ve vicdan hürriyeti” ile “düşünce ve kanaat hürriyeti” düzenlenmiştir.

⁵⁷⁴İşverenin bu yükümlülüğü doktrinde “koruma borcu” ya da “koruma ve gözetme” olarak da ifade edilmektedir, bkz. Çelik ve diğerleri, ss. 339 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 320 vd.; Emine Tuncay Senyen Kaplan, “İşverenin Koruma Ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Kamu-İş Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt: 7, Sayı: 2, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, ss. 2-16, (Gözetme Borcu).

⁵⁷⁵ Süzek, s. 416; Ertürk, Temel Haklar, s. 90; Emine Tuncay Senyen Kaplan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 24, Aralık 2011, (İşçinin Kişilik Haklarının Korunması), s. 41.

⁵⁷⁶Kaplan, Gözetme Borcu, s. 3.

Anayasamızın haricinde Türk Borçlar Kanunu m. 58’de ve Türk Medeni Kanunu 23. ve devamında kişilik haklarını güvence altına alan düzenlemeler bulunmaktadır. Belirtmiş olduğumuz tüm düzenlemeler sadece işçiler için değil herkes için geçerlidir. Ama bunların yanı sıra sadece işçilerin kişiliğine yönelik düzenleme de mevcuttur. Bu düzenlemeye İş Kanunu’nda değil Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmiştir. Genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu’nun genel hizmet sözleşmesinin düzenlendiği kısımda yer alan madde 417’de işverenin işçiye gözetme borcu açıkça düzenlenmiştir. “İşçinin kişiliğinin korunması” genel başlıklı bu maddenin 1. fıkrası uyarınca işveren,

- Hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek,
- İşyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamak,
- Özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Türk Borçlar Kanunu genel kanun olduğundan ve İş Kanunu’nda da bu konuda bir düzenleme yer almadığından İş Kanunu kapsamındaki işçiler için de bu hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁷⁷.

Düzenlemede irdelenmesi gereken tartışmaya açık bazı ifadeler yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasında geçen “dürüstlük ilkelerine uygunluk” ile ne ifade edildiğinin tespit edilmesi gerekir. Doktrinde bir görüş, bunun Türk Medeni Kanunu m. 2’deki dürüstlük kavramını işaret ettiğini belirtirken⁵⁷⁸; diğer görüş Türk Borçlar Kanunu yasa tasarısında, madde gerekçesinde ve mehzaz kanun İsviçre Borçlar Kanunu’nun 328. maddesinde geçen “ahlaka uygunluk” kavramı şeklinde anlaşılmasının uygun olacağı ileri sürülmüştür⁵⁷⁹. Maddenin gerekçesindeki “ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirme” ifadesi ve “psikolojik ve cinsel tacizin önlenmesi veya oluşan zararın artmaması için önlemlerin alınması” hususunun özellikle vurgulanması bu düşünceye dayanak gösterilmektedir⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Süzek, s. 418.

⁵⁷⁸ Çelik ve diğerleri, s. 340.

⁵⁷⁹ Süzek, ss. 418-419; Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında Ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 58.

⁵⁸⁰ Süzek, s. 419.

Maddenin 2. fıkrasında ise yine işçinin gözetme borcunun da bir sonucu olarak iş sağlığı ve güvenliği hususu düzenlenmiştir. Bu konuda zaten Türk Borçlar Kanunu'nun kabul edilışinden yaklaşık bir yıl sonra çıkarılan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) bulunmaktadır⁵⁸¹.

b. Gözetme Borcu Kapsamı

İş sözleşmesinde karşılıklı olarak menfaatlerin korunması gerekliliğı ve iş ilişkisinin kişisel niteliğinin sonuçlarından biri olarak işçinin işverene karşı bir sadakat borcu⁵⁸² bulunmaktadır. İşverenin ise işçinin bu borcuna karşılık işçiyi gözetmesi gerekmektedir⁵⁸³.

Gözetme borcunun konusu geniştir ve bu sebeple kapsamını belirlemek çok kolay olmamaktadır⁵⁸⁴. İşçinin korunması çok önemli bir husus olmakla birlikte kapsamı aşırı derecede geniş tutma da doktrinde uygun görülmemektedir. Belirleme yapılırken hem işçi hem işveren haklarının göz önünde tutulması, her konuda olması gerektiğı gibi menfaat dengesine dikkat edilmesi gerekir⁵⁸⁵. İşverenin gözetme borcu kapsamı sınırları, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümleri yanı sıra Türk Medeni Kanunu m. 2'deki dürüstlük ve iyiniyet kuralları ile belirlenecektir⁵⁸⁶.

Bu borç kapsamında işçinin kişiliğinin korunması gerekmektedir. "İşçinin kişiliğı" denildiğinde de işverenin hem maddi anlamda hem de manevi anlamda kişiliğı gözetmesi gerekecektir. Örneğın, işveren hem işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünü korumalı hem de işçinin özel yaşamına saygı göstermelidir⁵⁸⁷.

İşverenin işçiyi gerekli bilgileri vermesi, ona işinde yol göstermesi, işçinin kendisine ilişkin belgelere erişme imkânı sağlaması vb. yükümlölükler bu borç kapsamında kabul edilmektedir⁵⁸⁸.

⁵⁸¹ Bu Kanunun kapsamında, bazı istisnalar hariç, sadece İş Kanunu kapsamına giren ya da girmeyip Türk Borçlar Kanunu kapsamında olan işçiler değil tüm çalışanlar yer almaktadır (İSGK m. 2).

⁵⁸² Bkz. İkinci Bölüm I. E. 4. İşçinin Sadakat Borcu

⁵⁸³ Çelik ve diğerleri, s. 341; Eyrenci ve diğerleri, s. 137; Süzek, s. 416; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 147; Senyen Kaplan, Gözetme Borcu, s. 2; Senyen Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 41.

⁵⁸⁴ Süzek, s. 416; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 320.

⁵⁸⁵ Senyen Kaplan, Gözetme Borcu, 3.

⁵⁸⁶ Süzek, s. 416; Ertürk, Temel Haklar, s. 89; Senyen Kaplan, Gözetme Borcu, 3.

⁵⁸⁷ Ertürk, Temel Haklar, s. 87; Süzek, s. 416.

⁵⁸⁸ Süzek, s. 416; Tuncay Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 41.

İş Hukuku'nun tarihsel süreci düşünüldüğünde işverenin bu yükümlülüğü daha da önem kazanmaktadır. Çünkü iş hukukunun ortaya çıkışında işverene hem kişisel hem ekonomik yönden bağımlı işçinin korunması düşüncesi bulunmaktadır⁵⁸⁹.

İşverenin diğer yükümlülükleri ve işçinin haklarının bünyesinde gözetme borcunun da barındığı kabul edilebilir. Örneğin, işçinin hafta tatili, yıllık ücretli izin hakları, işverenin yönetim hakkı ve benzeri hak ve yükümlülükleri geniş anlamda işçiyi gözetme borcu kapsamına girecektir. Bir başka açıdan ise gözetim borcunun işverenin haklarının sınırlarını belirlediğini söylemek mümkündür. Eğer işveren gözetme borcuna aykırı olarak işçinin kişilik haklarını ihlal edecek emir ve talimatlar veriyorsa, bunlar geçersiz olacaktır⁵⁹⁰.

İşveren bu borç kapsamında işçinin kişiliğini korumak ve kişilik haklarına saygı göstermek zorundadır. Ancak bu zorunluluğun neyi ifade ettiğini tam olarak açıklamak gerekir. İşçinin kişiliğinin korunması, işçinin

- yaşamının,
- bedensel ve ruhsal bütünlüğünün,
- şeref ve onurunun,
- kişisel ve mesleki saygınlığının,
- ahlaki değerlerinin,
- özel yaşam alanının,
- genel olarak özgürlüğünün korunması hususlarını kapsamaktadır⁵⁹¹.

Bu doğrultuda işveren, işçilerin cinsel ve psikolojik tacize uğramamalarını sağlamak ya da böyle bir durumda olaya müdahale etmek, işçinin kişisel verilerini hukuka uygun olarak elde etmek, işlemek ve açıklamamak, işçinin özel yaşamına saygı göstermekle yükümlüdür⁵⁹².

Kişisel verilerin hukuka uygun olarak elde edilmesi hususunda ise konu daha da genişlemektedir. İşçi adaylarına ya da işçilere sorulacak sorularda, uygulanacak sağlık testlerinde, işyerindeki güvenlik amacıyla yapılan uygulamalarda (elektronik

⁵⁸⁹ Senyen Kaplan, Gözetme Borcu, s. 2

⁵⁹⁰ Senyen Kaplan, Gözetme Borcu, s. 3; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 41.

⁵⁹¹ Çelik ve diğerleri, s. 340; Süzek, ss. 386-387. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Aydın, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler Ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi", **TÜHİS**, Cilt: 19, Sayı: 6, Kasım 2005, (Kişiliğin Korunması), ss. 21-42.

⁵⁹² Çelik ve diğerleri, s. 341; Süzek, s. 387; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 321; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 183.

gözetleme, kapı denetimi, aramalar vb.) kısaca işçinin kişisel verilerinin işlenmesinde işveren Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerekliliklerini yerine getirmeli⁵⁹³, işçinin kişiliğine saygı gösterilmeli ve kişilik hakları ihlal edilmemelidir⁵⁹⁴

2. İşverenin Yönetim Hakkı

Kuruluş aşamasında, tarafların asli yükümlülüklerine iş sözleşmesinde yer verilir. Ancak işçinin iş görme edimini nasıl yerine getireceğinin tüm ayrıntılarıyla (ne zaman, nerede, nasıl, ne kadar süre, hangi araçlarla ifa edileceği) açıklanması zordur. Sözleşme çok ayrıntılı hazırlanmış ve işyeri yönetmelikleri çıkarılmış olsa da; iş sözleşmesi devamı süresince yaşanabilecek değişiklikler ya da işverenin yeni işletmesel kararları karşısında işçilerin iş görme edimlerine ilişkin yeni düzenlemeler yapılması gerekecektir⁵⁹⁵. İşçinin iş görme edimi veya iş ilişkisi bakımından yaşanabilecek her türlü soruna ilişkin olarak tüm resmi ya da özel iş hukuku kaynaklarının çözüm getirememeleri ve düzenlenmesi gereken boş bir alan ortaya çıkması durumunda işveren yönetim hakkına başvurabilecektir. Bu sebeple tarafların hak ve yükümlülükleri başlığı altında incelediğimiz işverenin yönetim hakkı, aynı zamanda iş hukukunun özel kaynaklarının son basamağını teşkil etmektedir⁵⁹⁶. Sonuç olarak yönetim hakkı, işverenin iş organizasyonu sağlamak için yasalara, toplu iş sözleşmesine ve aralarındaki iş sözleşmesine aykırı olmayan emir ve

⁵⁹³ Bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

⁵⁹⁴ Çelik ve diğerleri, s. 342; Süzek, s. 387; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 183.

⁵⁹⁵ Çelik ve diğerleri, s. 256; Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, 1981, ss. 9-12, Süzek, s. 78; Eyrenci ve diğerleri, ss. 22, 23; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 18, 144; Z. Gönül Balkır, “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Sınırları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008 ss. 73-74; K. Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2006, (Özel Yaşama Müdahale), s. 82; Zeki Okur, **İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2011, s. 35; Adınır, ss. 10, 11; Dilek Dulay Yangın, “İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2019/3, Sayı: 62, s. 2055.

⁵⁹⁶ Süzek, ss. 78, 80, 84; Eyrenci ve diğerleri, s. 23; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 21; Abbo Junker, **Grundkurs Arbeitsrecht**, 18. Yenilenmiş Baskı, Münih, 2019, s. 30 Rn. 63; Mehmet Tekergül, **İşyerinde Elektronik Gözetleme Uygulamaları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 86; Gaye Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 182; Adınır, s. 10; Dulay Yangın, s. 2057.

talimatlarla, işin yürütülmesini ve işçilerin davranışlarını düzenleyebilme hakkı olarak tanımlanmıştır⁵⁹⁷.

“İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar” şeklindeki “düzenlemelere ve talimata uyma borcu”⁵⁹⁸ başlıklı TBK m. 399 uyarınca işverenin “yönetim hakkı”na sahip olduğu açıktır. Alman Hukuku’nda ise yönetim hakkı (Weisungsrecht⁵⁹⁹), iş hukukuna ilişkin temel düzenlemelerin bulunduğu BGB’de değil⁶⁰⁰, Alman Mesleki Faaliyetler Kanunu (Gewerbeordnung-GewO)’da düzenlenmiştir. GewO m. 106 uyarınca işveren, kanun hükümleri, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve iç yönetmeliklerde bir düzenleme bulunmuyorsa iş görme ediminin ne zaman nerede ve nasıl gerçekleştirileceğini belirleyebilecektir. İşverenin bu hakkının sadece işin görülmesi değil, işyeri düzeni ve işçinin işyerinde gerçekleştireceği diğer davranışlar bakımından da bulunduğu ifade edilmiştir. Ayrıca işverenin bu hakkını makul bir şekilde ve varsa işçinin engeli de dikkate alınarak kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. Ancak hem Türk hem Alman Hukuku’nda belirttiğimiz Kanun maddeleri (TBK m. 399 ve GewO m. 106) bulunmasa dahi işverenin yönetim hakkının var olduğu belirtilmiştir. Çünkü işverenin yönetim hakkının dayanağı konusunda farklı görüşler ileri sürülse de, öğretide baskın görüş iş sözleşmesinden doğmasıdır⁶⁰¹. Bunun için hakka iş sözleşmesinde açıkça yer verilmesi dahi gerekli görülmemiştir. Çünkü sözleşmenin imzalanmasıyla tarafların, “işverenin işin yürütümünü ve işçinin işyerindeki davranışlarını, yasa ve sözleşmelerde boşluk bulunan konuları tek taraflı olarak düzenleme yetkisi olduğu konusu”nda örtülü olarak anlaştığı kabul edilmektedir⁶⁰². Bu doğrultuda işveren “işverenin iş görme

⁵⁹⁷, Taşkent, ss. 9-11; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 225; Süzek, s. 78; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 19; Baycık, s. 182; Adınır, ss. 10, 11;

⁵⁹⁸ Bkz. İkinci Bölüm I. E. 5. İşçinin Emir ve Talimatlara Uyma (İtaat) Borcu

⁵⁹⁹ Direktionsrecht olarak da ifade edilebilmektedir, bkz. Ulrich Preis, **Arbeitsrecht**, 5. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2017, ss. 157-161; Rüdiger Krause, **Arbeitsrecht**, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2015, s. 72 Rn. 6; Junker, s. 30 Rn. 62, 63, s. 33 Rn. 68, s. 110 Rn. 204.

⁶⁰⁰ Alman Hukuku’nda Türk Hukuku’ndaki gibi bir İş Kanunu kabul edilmemiştir. Bunun yerine genel esaslar, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nun bir arada olduğu BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)’de düzenlenmiş ve diğer hususlar ayrı Kanunlar ile ele alınmıştır.

⁶⁰¹ Taşkent, s. 36; Eyrenci ve diğerleri, s. 23, Süzek, Yönetim Hakkı, s. 226; Süzek, s. 78; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 18; Baycık, s. 182; Adınır, s. 16.

⁶⁰² Taşkent, ss. 36, 37; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 226; Süzek, s. 78; Krause, s. 161 Rn. 5; Baycık, s. 182; Adınır, s. 16.

borcunun alacaklısı ve ona en üst düzeyde emir ve talimat veren kişi” şeklinde de tanımlanmıştır⁶⁰³. Ayrıca “yönetim hakkı”nın, işletmenin başarısızlığı durumunda sorumluluğu yüklenecek tarafın, bir başka ifadeyle işletmesel risklere katlanmak zorunda olanın işverenin kendisi olacağından dolayı ona tanınan hukuki bir imkân olduğu ifade edilmiştir⁶⁰⁴.

İşverenin yukarıda incelediğimiz gözetme borcu kapsamında yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için de yönetim hakkı ve bu kapsamda emir ve talimat verme, denetleme yetkilerine sahip olmalıdır. İş ilişkisi devamı sırasında gerçekleşecekler karşısında işverenin, işin ve işletmenin yürütülmesini sağlamanın yanı sıra, işçiyi gözetme borcu uyarınca da çeşitli emir ve talimatlar verip bazı tedbirler uygulaması gerekebilecektir⁶⁰⁵.

İş hukukunun ortaya çıkışı noktalarından biri işverenin çok geniş olarak kullandığı yönetim hakkından dolayı işçilerin yaşadıkları hukuka ve ahlaka aykırılıkların önüne geçebilmektir. Ayrıca her hak ve yetkide olduğu gibi yönetim hakkının da sınırsız olarak kullanılmasının kabul edilmesi mümkün değildir. Öncelikle diğer haklar gibi yönetim hakkı kullanılırken de dürüstlük kuralına uygun hareket etmeli⁶⁰⁶ ve TBK m. 27 uyarınca ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı talimat vermemelidir⁶⁰⁷. Üstelik yönetim hakkı bakımından dürüstlük kuralı sınırı TBK m. 399’da yer verilerek vurgulanmıştır.

İş hukuku kaynakları hiyerarşisinde son sırada olan işverenin yönetim hakkının başta Anayasa olmak üzere iş hukukunun tüm resmi ve özel hukuk kaynaklarına uygun olması zorunludur⁶⁰⁸. Özellikle resmi kaynakların emredici hükümlerle düzenlemediği alanlarda en önemli sınır kuşkusuz işçi-işveren arasındaki iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmeleridir. Yönetim hakkı, iş sözleşmesinin açıklığa

⁶⁰³ Süzek, s. 143.

⁶⁰⁴ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 143.

⁶⁰⁵ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm III. B. 1. a. İşverenin Denetim Hakkı

⁶⁰⁶ Taşkent, ss. 118-119; Eyrenci ve diğerleri, s. 23; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Süzek, s. 82; Güzel ve Ugan Çataalkaya, s. 45; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 19; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 84; Tekergül, s. 86.

⁶⁰⁷ Taşkent, s. 123; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 230; Süzek, s. 81; Güzel ve Ugan Çataalkaya, s. 45; Sevimli s. 84.

⁶⁰⁸ Taşkent, ss. 82- 137; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 229; Süzek, ss. 80-81; Krause, s. 162 Rn. 10; Junker, s. 111 Rn. 206; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, ss. 83-84; Baycık, s. 182; Tekergül, s. 86; Adınır, ss. 98-99.

kavuşturmadığı alanlarda devreye gireceğine göre, sözleşme hükümleri ne kadar ayrıntılı ise o kadar daralacaktır⁶⁰⁹.

Yönetim hakkının sınırları konusunda çalışmamız bakımından belirtmemiz gereken önemli husus ise “işverenin yükümlülükleri” ile “işçinin temel hak ve özgürlükleri”dir. Hem iş ilişkisinin devamında şüpheyi dağıtabilme hem de dağıtılamayan şüphe sonucunda hukuka uygun bir şüphe feshi uygulayabilmek adına işverenin başvurabileceği ya da başvurması zorunlu yollarda (şüphe feshi şartlarından aydınlatma yükümlülüğü gereği yönetim hakkına dayanarak yapacağı denetimler ve bu kapsamda verilecek emir ve talimatlar) eşitlik ilkesi, özel hayatın gizliliği, lekelenmeme hakkı başta olmak üzere anayasal hak ve ilkeler göz ardı edilmemeli; eşit davranma borcuna, işçiyi gözetme borcuna ve bu kapsamdaki işçinin kişisel verilerinin korunması ile iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması yükümlülüklerine uygun olarak yönetim hakkı kullanılmalıdır⁶¹⁰. Ancak belirttiğimiz hususlar dışında⁶¹¹ yönetim hakkında, öncelikle dikkat edilmesi gereken sınır kendi amacıdır. Bu sebeple işveren, işin görülmesi, işyeri düzeninin ve güvenliğinin sağlanması amacı taşımayan ve iş hukuku kaynaklarınca da düzenlenmiş konularda yönetim hakkını kullanamayacaktır⁶¹². Eğer işveren bu sınırlara aykırı olarak

⁶⁰⁹ Taşkent, s. 139; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 230; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 19; Krause, s. 162 Rn. 9; Junker, s. 111 Rn. 207; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 83; Tekergül, s. 86; s Adınır, s. 99.

⁶¹⁰ Taşkent, s. 101; Süzek, s. 81; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 83; Sezgi Öktem Songu, “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2011, (Özel Amaçlı İnternet), s.1072; Dulay Yangın, s. 2057. İşverenin yönetim hakkı sınırları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Adınır, ss. 98-159. Sınırları aşan şekilde yönetim hakkının kullanılması durumunda ne olacağına ilişkin bkz. İkinci Bölüm I. E. 5. İşçinin Emir ve Talimatlara Uyma Borcu

⁶¹¹ Hukukumuzda bulunmayan ancak Alman Hukuku bakımından söz konusu yönetim hakkının bir başka sınırı ise işyeri kurulunun yönetime katılma hakkıdır (BetrVG m. 87 ve m. 99), bkz. Krause, ss. 162-163 Rn 12; Junker, s. 111 Rn. 206.

⁶¹² Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Süzek, s. 81; Güzel ve Ugan Çatalkaya, s. 45; Doktrinde iş ve işletme etkileniyorsa işçinin işyeri dışı özel hayatına yönelik konularda yönetim hakkının kullanabileceği ileri sürülmüştür. Tunçomağ ve Centel, s. 103; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 19; Tuncay, ss. 162-163. Ancak aksi görüşe, ne olursa olsun işyerinin düzen ve güvenliği sağlamaya yönelik olmayan işçi davranışları bakımından işverenin işçiye emir ve talimatlar verilemeyecektir. Bu gibi durumlarda işçinin sadakat borcu bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. İşverenin, iş ve işletmeyi etkileyecekse işçinin işyeri dışı özel hayatına yönelik isteklerde bulunmasının, yönetim hakkı kapsamında bir emir ya da talimat olarak değil işçinin sadakat borcunu ihlal etmemesine yönelik uyarı olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir. İşverenin bu istekleri bağlayıcı olmayacak ve uyarıda bulunulan konu sebebiyle bir fesih söz konusu olabileceyse de işçi talebinin yerine getirilmemesi tek başına bir fesih nedeni teşkil etmeyecektir. Taşkent, ss. 101-104; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Süzek, s. 81; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 241; Erhan Birben, “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2016, (İşçinin Özel Yaşamı), s. 142.

yönetim hakkı kapsamında emir ve talimatlarda bulunursa da işverenin itaat borcu doğmayacaktır⁶¹³.

3. İşverenin Eşit Davranma Borcu

a. Çalışma Hayatında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Hukuki Dayanakları

İncelemiş olduğumuz yatay etki⁶¹⁴ sonucunda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı işveren-işçi ilişkisinde de uygulanır⁶¹⁵. Ancak anayasal eşitlik ilkesinin iş hukukunda uygulanışı kamu hukukundaki kadar kapsamlı olamayacaktır. Bu hem özel hukuk ilişkilerinde esas olan irade serbestisi hem de anayasal diğer hak ve özgürlüklerden kaynaklanır. Özel hukuk ilişkilerine anayasal eşitlik ilkesinin kamu hukukundaki şekliyle uygulanması durumunda “anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğü (AY m. 48)”, “teşebbüs kurma özgürlüğü (AY m. 48)” ve “mülkiyet hakkı (AY m. 35)” ile bir çatışma ortaya çıkabilir⁶¹⁶. Bir çatışma doğabilecek olması elbette tamamen bu borcun göz ardı edileceği anlamına gelmez. Sadece iş ilişkilerinde değil hiyerarşinin bulunduğu özel hukuk ilişkilerinin genelinde eşitlik ilkesi ve sözleşme özgürlüğü (diğer hak ve özgürlüklerle de) arasında bir karşıtlık olacağı açıktır. Ancak burada her iki ilkenin de aynı değerde olduğunun kabulünün sorunun çözümünde doğru bir bakış açısı olduğu⁶¹⁷ ve çatışmanın optimal normatif etki sağlayacak şekilde çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶¹⁸. Bunun için iki temel hak arasında bir denge sağlarken amaç ile araç arasında ölçülülük ilkesinin gerekleri (elverişlilik, gereklilik ve orantılılık)⁶¹⁹ dikkate alınmalıdır⁶²⁰.

⁶¹³ Bkz. İkinci Bölüm I. E. 5. İşçinin Emir ve Talimatlara Uyma (İtaat) Borcu

⁶¹⁴ Bkz. Birinci Bölüm II. A. Anayasal Düzenlemelerin Özel Hukuka Etkisi (Yatay Etki)

⁶¹⁵ Taşkent, s. 82; Tuncay, s. 62 vd., Süzek, Yorum, s. 235; Ertürk, Temel Haklar, ss. 99, 101; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 26; Sur, s. 35; Doğan Yenisey, ss. 975, 976; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 66; Yıldız, Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 65; Rabia Sever, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Yıl: 2012, Cilt: 9, Sayı: 34, s. 36.

⁶¹⁶ Ulucan, ss. 372-373.

⁶¹⁷ Doğan Yenisey, s. 976.

⁶¹⁸ Doğan Yenisey, s. 976; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 66.

⁶¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm I. D. Ölçülülük İlkesi

⁶²⁰ Doğan Yenisey, s. 976; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 66.

Anayasal hak ve özgürlüklerin iş hukukundaki durumunun incelenmesi, yatay etki bakımından değerlendirilmesi, bu etkinin nasıl olacağının tespiti ve çatışan haklardan hangisinin öne çıkacağı, dengenin nasıl sağlanacağı hususları kolay değildir. Bunlar özellikle İş Kanunu’nda özel olarak düzenlenmemiş ve çalışma hayatı ile özel bir bağı olmayan AY m. 25 “düşünce ve kanaat hürriyeti”, AY m. 26 “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” ya da AY m. 15 “masumiyet karinesi” gibi kavramlar bakımından zor olacaktır. Ancak, Anayasal eşitlik ilkesinin (AY m. 10) iş hukuku bakımından değerlendirilmesi bunlara kıyasla daha kolaydır. Çünkü bu alanda konu ile ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Bunun nedeni, iş hukukunun da çıkış noktası olan ekonomik ve sosyal açıdan işverene göre daha zayıf konumda olmasından kaynaklanan işçinin özel olarak korunması ihtiyacıdır⁶²¹. Bu ihtiyaç karşısında, sosyal devlet ilkesi ve Devlete yüklenen “eşitliğin hayata geçirilmesi ödevi” uyarınca da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık çalışma hayatı açısından ele alınmıştır⁶²².

İş Kanunu m. 5 ve m. 13/II’de işverenin işçiye karşı eşit davranması yükümlülüğü ve ayrımcılık yasağı getirilmiştir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25’de ise sendikal ayrımcılık özel olarak yasaklanmıştır. Bu düzenlemelere aykırılıklar için İşK m. 5/VI’da ayrımcılık tazminatı ve STİSK m. 25/IV’de sendikal tazminat düzenlenmiştir.

İşçiye ödenecek olan tazminatların yanı sıra İşK m. 5’deki ilke ve yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda, işveren veya işveren vekilinin eşitliğe aykırılıkta bulunulan her bir işçi için yüz elli türk lirası para cezası öngörülmüştür (İşK m. 99/I-a). Açıkçası bu idari para cezası miktarının, işverenin eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı davranmasının önüne geçecek nitelikte olmadığı kanaatindeyiz.

İş Hukuku’nda sadece bireysel iş ilişkileri bakımından eşit davranma getirilip ayrımcılık yasaklanmamıştır. Toplu iş ilişkileri bakımından kuruluşların bünyesinde de bu hususa yer verilmiştir. STİSK m. 26/III’e göre kuruluşlar⁶²³, faaliyetlerinden

⁶²¹ Her ne kadar iş hukuku alanında işveren- işçi arasındaki ilişki dışında da eşit davranma ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenleme (Bkz. STİSK m. 26/III) getirilmişse de bu istisnadır.

⁶²² Ulucan, s. 373

⁶²³ STİSK m. 2’de verilmiş olan tanımlara göre “kuruluşlar” “sendika ve konfederasyonlar”ı ifade eder.

yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür ve faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmelidir.

Hukukumuzda İş Kanunu ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu dışında da çalışma hayatında eşitlik ve ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bunlar 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun (EHK) ve yukarıda ayrıntılı olarak yer verdiğimiz Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (TİHEKK)⁶²⁴ ile Türk Ceza Kanunu (TCK)⁶²⁵, dur.

Engelliler Hakkında Kanun m. 14⁶²⁶, de istihdam konusu düzenlenmiştir. Burada çalışma hayatında ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi bakımından gerekli olan pozitif ayrımcılık bağlamında hem devlete hem de işverene yükümlülük getirilmiştir.

TİHEKK m. 6'da hem istihdam edilenler hem de istihdam edecek serbest meslek mensuplarına ilişkin ayrımcılık yasağı getirilmiştir. Bu düzenleme için ilk olarak belirtmemiz gereken önemli husus buradaki düzenlemenin İş Kanunu kapsamına giren ya da girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmelerini kapsamına almasıdır (TİHEKK m. 6/VI). "İstihdam ve serbest meslek" başlıklı bu madde uyarınca işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi;

- işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi,
- uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve
- herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine,
- bilgilenme,

⁶²⁴ RG Tarihi: 07.07.2005, RG Sayısı: 25868

⁶²⁵ RG Tarihi: 12.10.2004, RG Sayısı: 25611.

⁶²⁶ EHK m. 14: "Engellilerin iş gücü piyasası ve çalışma ortamında sürdürülebilir istihdamı için kendi işini kurmaya rehberlik ve mesleki danışmanlık hizmetlerinin geliştirilmesi de dâhil olmak üzere gerekli tedbirler alınır.

İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.

Çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve engellilerin çalıştığı iş yerlerinde makul düzenlemelerin, bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işverenler tarafından yapılması zorunludur.

Engellilik durumları sebebiyle iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan engellilerin istihdam edildiği korumalı işyerlerinin statüsü ve bu işyerleriyle ilgili usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca müştereken çıkarılan yönetmelikle düzenlenir".

- başvuru,
- seçim kriterleri,
- işe alım şartları
- iş ilanı,
- işyeri,
- çalışma şartları,
- mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine

ve türlerine erişim,

- meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim,
- hizmet içi eğitim,
- sosyal menfaatler ve benzeri hususlar,
- çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere

işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamayacaktır (TİHEKK m. 6/I-II).

Kadınların iş hayatında çok karşılaşması ve sıkıntı yaşamasından dolayı ise hamilelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle istihdam başvurusunun reddedilemeyeceği de ayrıca belirtilmiştir (TİHEKK m. 6/III)⁶²⁷.

Türk Ceza Kanunu’nda ise m. 122/I-c bendi ile nefret ve ayrımcılık suçu⁶²⁸ kapsamına “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle kişinin bir işe alınmasının engellenmesi” de dâhil edilmiştir. 2014 yılında maddede yapılan değişiklik öncesi, işe almamanın yanı sıra ayrımcılık teşkil edecek nedenlerle işçinin iş alınması da suç teşkil etmekteydi. Ancak değişiklik sonrası “nefret” unsuru getirilmesiyle birlikte işe alım hareketi kapsamdan çıkarılmıştır⁶²⁹. Ayrıca maddenin eski halinde olduğu gibi yeni halinde de ayrımcılıktan kaynaklanan nefret nedeniyle işten çıkarmaya yer verilmemiştir. Ama bu işten çıkarmanın suç niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Öncelikle kanunilik ilkesi uyarınca bu davranışın suç oluşturmayacağı görüşü mevcuttur⁶³⁰. Ama bununla birlikte, işe

⁶²⁷ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm II. B. 1. e. Hamileliğe İlişkin Sorular

⁶²⁸ Ayrıca bkz. Birinci Bölüm II. B. Eşitlik İlkesi

⁶²⁹ Her ne kadar bu değişiklik ilk bakışta uygun gözüktü de; işverenin nefret duygusuyla bir işçi adayını onun için tehlike arz edecek bir işe alması da mümkündür. Ancak maddenin mevcut hali karşısında işverenin söz konusu bu davranışının suç teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir, bkz. Serim Çiçek, s. 113.

⁶³⁰ Demren Dönmez, s. 43; Ersoy, s. 41.

alınmama sebebiyle yapılan ayrımcılık TCK m. 122/I-c bendi uyarınca suç teşkil edebilirken; aynı nitelikte hatta belki de güven ilişkisine dayalı bir sözleşme sona erdirildiğinden daha ağır bir davranış olarak nitelendirilebilecek ayrımcılık yaparak işten çıkarmanın İŞK m. 99/I –a bendi uyarınca kabahat şeklinde nitelendirilmesinin ceza hukukunun mantığına uygun olmadığı ifade edilmiştir⁶³¹. Böylece ayrımcılığa karşı getirilen bir hükmün failler arası eşitsizlik de yaratacağı belirtilmiştir⁶³². Ancak işten çıkarmada yapılacak ayrımcılığın TCK m. 122/I-d “bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunması” bendi uyarınca ayrımcılık suçu kapsamına gireceği görüşü⁶³³ kabul edilirse böyle bir sorun söz konusu olmayacaktır.

Ülkemizin çalışma hayatında eşitlik ve ayrımcılık yasağı ile ilgili kabul ettiği uluslararası düzenlemeler⁶³⁴ de bulunmaktadır. Bunlardan öncelikle değinmemiz gerekenler Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nün Sözleşmeleri’dir. ILO’nun çalışma hayatında eşitliğe ilişkin ilk sözleşmesi Türkiye’nin de kabul etmiş olduğu 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme’dir. Kadın ve erkek işçiler arasındaki ücret ayrımcılığına yönelik bu düzenlemeden sonra ayrımcılığın genel olarak yasaklanması için 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Sözleşmesi kabul edilmiştir⁶³⁵. ILO’nun çalışma hayatında eşitlik ve ayrımcılık yasağına yönelik bu belgeleri dışında kabul ettiği diğer sözleşmelerinde (158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme⁶³⁶, 45 sayılı Yeraltı İşlerinde

⁶³¹ Ersoy, s. 41; Serim Çiçek, s. 114. İşe alımda yapılan ayrımcılıkta da işten çıkarmada ayrımcılıktaki gibi esasen İŞK m. 99/I-a uyarınca idari para cezası ödenmesi gerekir. Ancak 5326 sayılı Kabahatlar Kanunu m. 15/III uyarınca işverenin davranışı hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığından sadece ayrımcılık suçundan dolayı yaptırım uygulanacak ve eğer suçtan dolayı ceza verilemiyorsa işveren kabahat dolayısıyla idari para cezası ödeyecektir.

⁶³² Demren Dönmez, s. 43; Serim Çiçek, s. 115.

⁶³³ Mehmet Onat Öztürk, **Türk Ceza Kanunu’nda İş ve Çalışma Hürriyeti İhlali Suçu**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2006, s. 125; Serim Çiçek, s. 115.

⁶³⁴ Uluslararası metinlerde “eşitlik ilkesi”ne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, Eşit İşlem Yapma Borcu, ss. 34-53. Avrupa Birliği’nde “eşitlik ilkesi”ne ilişkin bilgi için bkz. Doğan Yenisey, Kadın Erkek Eşitliği, ss. 33-72; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, ss. 69-74.

⁶³⁵ 1951 ve 1958 tarihli bu sözleşmeler Türkiye tarafından 1966 yılında kabul edilmiş ve 1977 yılında yürürlüğe girmiştir, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377269/lang--tr/index.htm, (16.04.2021).

Sözleşme 1958 tarihinde kabul edilmiş, Türkiye’de ise 1966 yılında kabul edilip 1967 yılında yürürlüğe girmiştir.

⁶³⁶ 1982 tarihinde kabul edilmiş, Türkiye’de ise 1994’de imzalanarak 1995’de yürürlüğe girmiştir, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm, (16.04.2021).

Kadınların Çalıştırılması Sözleşmesi⁶³⁷) de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Son olarak ILO düzenlemeleriyle ilgili belirteceğimiz eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin en önemli husus ise 1998’de kabul ettiği Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi’nde “çalışma yaşamında ayrımcılığın ortadan kaldırılması”nın genel bir ilke olarak kabul edilmiş olmasıdır⁶³⁸. Çünkü bu bildirge uyarınca ILO üyesi ülkeler, ILO Sözleşmeleri’ni imzalamamışsa da söz konusu temel ilkelere (konumuz olan ayrımcılık yasağına) uymakla yükümlü olduğunu belirtmişlerdir.

ILO Sözleşmeleri dışında çalışma hayatına özel olmayan belgelerde de çalışma hayatında eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler yer alır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23. maddesinde⁶³⁹ çalışma hayatına ilişkin bireysel ve toplu iş hukuku alanında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş; Avrupa Sosyal Şartı Bölüm II m. 4/III’de sözleşmeye taraf ülkeler, çalışan erkeklerle kadınlara eşit işe eşit ücret hakkı tanımakla yükümlü tutulmuştur⁶⁴⁰.

⁶³⁷ 1935 tarihli bu sözleşme, Türkiye tarafından 1937 yılında imzalanmış ve 1938’de yürürlüğe girmiştir, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377248/lang--tr/index.htm, (16.04.2021).

⁶³⁸ Bkz. https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412372/lang--tr/index.htm, (16.04.2021).

⁶³⁹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 23: “1. Herkesin çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma koşullarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır.

2. Herkesin, hiçbir ayırım gözetilmeksizin, eşit iş karşılığında eşit ücrete hakkı vardır.

3. Çalışan herkesin kendisine ve ailesine insanlık onuruna yaraşır bir yaşam sağlayan ve gerektiğinde her türlü sosyal koruma yollarıyla da desteklenen adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır.

4. Herkesin, çıkarlarının korunması için sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı vardır.”

⁶⁴⁰ Genel esas olan eşitlik ve ayrımcılık yasağının ötesinde söz konusu bu madde ve yukarıda belirttiğimiz ILO 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme’nin gereği olarak ülkemizde İşK m. 5/IV’de aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamayacağı kabul edilmiştir. Almanya’da ise bu konuda gerçekleşen önemli ihlaller sebebiyle ayrımcılıkların önüne geçebilmek adına 2017 yılında “Entgelttransparenzgesetz - EntgTranspG (Ücrette Şeffaflık Kanunu)” kabul edilmiştir. Bu Kanuna ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Gregor Thüsing, “Fünf Schritte zu einem besseren Entgelttransparenzgesetz”, **BB**, Yıl: 2017, Sayı: 10, ss. 565-569; İrem Yayvak Namlı, “Almanya’da Yürürlüğe Giren Ücrette Şeffaflık Kanunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 2017, Cilt: LXXV, Sayı: 2, ss. 741-764; Dilek Dulay Yangın, “Ulusalüstü Hukukta Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 15, Sayı: 59, (Eşit Ücret), ss. 848-851; Rolf Wank, “Das Entgelttransparenzgesetz – Prämissen und Umsetzung”, **RdA**, 2018, Heft: 1, ss. 34-46; Wilhelm Dütz ve Gregor Thüsing, **Arbeitsrecht**, 23. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, 2018, Rn. 301a; Manfred Löwisch, Georg Caspers and Steffen Klumpp, **Arbeitsrecht**, 11. neubearbeitete Auflage, Franz Vahlen, 2017, s. 92-93, Rn. 306a; Wolfgang Hromadka ve Frank Maschmann, **Arbeitsrecht Band 1**, 7. Auflage, Springer, Berlin 2018, s. 285-289, Rn. 87-101; Hermann Reichold, **Arbeitsrecht**, 6. Auflage, C.H. BECK, München 2019, ss. 193-194 Rn. 109.

Tüm bu belirttiğimiz hukuki dayanaklar ve anayasal düzenlemelerin yatay etkisi dikkate alındığında iş hukukunda da eşitlik ilkesinin sadece işverene yüklenen bir borç değil temel bir ilke olduğu anlaşılmaktadır⁶⁴¹.

b. İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere yasa koyucu, işçinin işveren karşısındaki durumu ve devlete yüklenen ödevler gereğince iş ilişkisinde eşitlik ilkesini özel olarak ele almıştır.

İş hukukunda eşitlik “eşit işlem yapma yükümlülüğü” olarak vücut bulmuştur. Anayasal bir hak olan eşitlik ilkesi (AY m. 10)nin açıkça işverene bir yükümlülük ve ayrımcılık yasağı olarak düzenlenmesiyle işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim hakkına sınırlamalar getirilmiştir⁶⁴². Böylece işveren daha sözleşme kurulmadan önce (işe alım aşamasında) başlayıp iş ilişkisi sona erene kadar (sona erme aşaması dâhil) eşitlik ilkesine uygun davranmak zorunda kalmıştır⁶⁴³.

İş Kanunu’nda, iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı (İşK m. 5/I), haklı ve esaslı sebeple olmadıkça salt iş sözleşme türleri arasındaki farklılık sebebiyle işçilerin farklı işleme tabi tutulamayacağı (İşK m. 5/II ve İşK m. 13/II) düzenlenmiştir.

Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de ciddi bir sorun olan cinsiyet ayrımcılığının öneminden dolayı da İş Kanunu madde 5 birinci fıkranın yanı sıra, üçüncü fıkra *“biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, işçilere iş sözleşmesinin kurulmasından başlayıp sona erene kadarki tüm aşamalarında cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılması”*, dördüncü fıkra *“işçiler arasında cinsiyetten kaynaklanan bir ücret eşitsizliği yaratılması”* ve beşinci fıkra *“işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasından dolayı daha düşük bir ücretin verilmesi”* yasaklanmıştır. İşK m. 5’de yer verilen bu kuralların ihlali durumunda işçi, yoksun

⁶⁴¹ Doğan Yenisey, ss. 974-975.

⁶⁴² Ulucan, s. 373; Sever, s. 42; Kandemir ve Yardımcıoğlu, s. 2; Adınır, ss. 100, 103.

⁶⁴³ Seçkin Nazlı, “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 2016, Cilt: 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, ss. 571-586, (Eşit Davranma İlkesi), s. 574.

bırakıldığı hakların yanı sıra dört aya kadar ücret tutarında bir tazminat (m. 5/VI); sendikal bir ayrımcılık söz konusu olduğunda ise bu ayrımcılık tazminatı yerine İşK m. 25/III’de düzenlenmiş olan⁶⁴⁴ sendikal tazminatı talep edebilir.

Yer verdiğimiz Kanun maddelerinden de anlaşıldığı üzere ayrımcılık yasağı kapsamına esasen işçinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek özelliklerin gireceği belirtilmiştir⁶⁴⁵. Koruma kapsamına giren bu özellikler sebebiyle işveren bir işçiye diğer işçi/işçi adaylarına göre daha kötü davranması durumunda ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olacaktır⁶⁴⁶.

İş mevzuatında eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağı kabul edilmişse de bu her zaman her işçiye aynı davranılacağı anlamına gelmez⁶⁴⁷. Platon’un da savunduğu üzere eşit olmayana eşit davranmak eşitsizlik yaratacaktır. Bu sebeple, günümüz bakış açısıyla esas almamız gereken adalet anlayışı olan sosyal adaleti sağlayabilmek için, orantılı eşitlik uygulanmalı ve her şeyin herkese aynı uygulandığı değil koşullara bakılarak⁶⁴⁸ kişilere gerekenin verildiği bir sistem oluşturulmalıdır⁶⁴⁹. Platon’nun görüşüne paralel olarak Aristotelesin oluşturduğu sistemdeki dağıtıcı adalet⁶⁵⁰ mantalitesiyle Anayasamızdaki anlayışa da uygun olarak⁶⁵¹ İş Kanunu’nda pozitif ayrımcılık teşkil eden kadın, çocuk ve bazı özel durumlar içinde olan işçilere özel düzenlemelere yer verilmiştir.

⁶⁴⁴ Sendikal ayrımcılık iş sözleşmesinin sona ermesinde söz konusuysa dayanan hüküm aynı maddenin beşinci fıkrası olacaktır.

⁶⁴⁵ Doğan Yenisey, ss. 976; Yıldız, Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 88; Kandemir ve Yardımcıoğlu, s. 14; Nazlı, Eşit Davranma İlkesi, s. 574.

⁶⁴⁶ Nazlı, Eşit Davranma İlkesi, s. 574.

⁶⁴⁷ Doğan Yenisey, ss. 977; Yıldız, Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 32; Sever, s. 42; Kandemir ve Yardımcıoğlu, s. 4, 5.

⁶⁴⁸ Tüm insanlar gibi her bir işçi pek çok yönden birbirinden farklı olduğundan doğacak belirsizlik sebebiyle Aristoteles’in “eşitlere eşit davranılmalı” şeklindeki şekli eşitlik anlayışının da eşitsizliklere sebep olup onları haklılaştırabileceği; bunun önüne geçilmesi için de işçilerin hangi açılardan benzediklerinin hangi açılardan eşit ya da eşit olmadıklarının ve son olarak işverenin hangi konularda işçiler arasında eşitlik sağlaması zorunda olduğunun düzgün bir şekilde belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dagmar Schiek, “Torn between Arithmetic and Substantive Equality? Perspectives on Equality in German Labour Law”, **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, Cilt: 18, Sayı: 2, Summer 2002, s. 150; Dockès, s. 189; Öden, ss. 26-27; Elisa Holmes, "Anti-Discrimination Rights without Equality", **Modern Law Review**, Cilt: 68, Sayı: 2, Mart 2005, s. 179; Doğan Yenisey, s. 977; Yıldız, Eşit İşlem Yapma Borcu, ss. 57-58.

⁶⁴⁹ A. Can Tuncay, “Adalet Nedir?”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2018, Cilt:13, Sayı: 171-172, (Adalet), s. 218, 224; Yıldız, Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 32; Sever, s. 35.

⁶⁵⁰ Dağıtıcı adalet, sayısal değil orantılı (nisbi) eşitlik fikrine dayanır. Hak ve çıkarların paylaşılması, kişilerin toplum içindeki değer, mevki ve göreceği hizmetlere göre olur. Örneğin, İşçilerin çalışma sürelerine ve meydana getirdikleri işin miktarına göre değişik ücret almaları temelini ve meşruluğu dağıtıcı adalete dayanır. Tuncay, Adalet, ss. 209, 231; Yıldız, Eşit İşlem Yapma Borcu, ss. 29-30; Kandemir ve Yardımcıoğlu, s. 3.

⁶⁵¹ Bkz. Birinci Bölüm II. B. Eşitlik İlkesi

4. İşçinin Sadakat Borcu

Sürekli borç ilişkilerinde esas olan ve iş sözleşmelerinin kişisel niteliğinden dolayı daha da önem arz eden “güven”in bir gereği olarak işçi ve işverenin karşılıklı birbirlerinin çıkarlarını koruma borcu doğmaktadır⁶⁵². İşveren bakımından “gözetme borcu” şeklinde nitelendirilen bu borcun işçi tarafında karşılığı “sadakat borcu” şeklindedir.

Yargıtay işçinin sadakat yükümlülüğünü,

*Sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma*⁶⁵³

olarak ifade etmiştir. Başka bir kararında ise⁶⁵⁴ işçinin sadakat borcunun temelini “İşçinin, işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken korunması mümkün haklı menfaatlerini koruması, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınması” olduğunu belirtmiştir.

İşçinin sadakat borcuna TBK m. 396’da açıkça yer verilmiştir. Maddede belirtildiği üzere “işçi, yüklendiği işi özenle yapma”⁶⁵⁵ nın yanı sıra “işverenin haklı

⁶⁵² Tunçomağ ve Centel, s. 100; Süzek, ss. 335-336; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 147; Emine Tuncay Senyen Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2019, (İş Hukuku), s. 165; Gülsevil Alpagut, “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 25, Mart 2012, (Sadakat Borcu), s. 23; Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2010, s. 2; Hasan Kayırgan, “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 460.

⁶⁵³ Y. 9. HD. 01.02.2010, 2009/13571E. 2010/1815K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2010/3 Sayı: 26, <https://calismatoplum.org/yargitay-karari/iscinin-sadakat-borcu>, (07.05.2021).

⁶⁵⁴ Y. HGK. 14.03.2018, 2015/7-908 E. 2018/483 K., <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2015-7-908.htm>, (07.05.2021).

⁶⁵⁵ İşçinin özen borcu, bağımsız bir borç olarak görülmeyip iş görme borcu kapsamında onu tamamlayan bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Bu durumda özen borcuna aykırılık bir asli edim yükümlülüğü ihlali; sadakat borcuna aykırılık ise bir yan yükümlülük ihlali olarak değerlendirilecektir. Saymen, s. 480; Mahmut Kabakcı, **Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2012, ss. 56 vd.; Ancak doktrinde özen ve sadakat borçlarının iç içe geçmiş olduğu, işçinin sadakatle davranma yükümlülüğü kapsamına işçinin işini özenle yapmasının da girdiği ve yapılan nitelendirmeler farklı olsa da her iki yükümlülük ihlalinin de aynı sonuçları doğuracağı görüşü de mevcuttur. Arslan Ertürk, s. 284; Hande Albayrak Gül, “İşçinin Sadakat Borcu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, C.11, Sayı: 141-142, s. 141.

menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır”⁶⁵⁶. Düzenlemede işçiye işverene sadık olması yükümlülüğü getirilirken, bunun sınırının ne olacağı da belirtilmiştir. İşçinin bir konuda sadakat borcunun bulunduğunu söyleyebilmek için öncelikle işverenin haklı bir menfaati olup olmadığına bakılmalıdır. Haklı menfaat, “meşru” bir başka ifadeyle “hukuka uygun” menfaattir⁶⁵⁷. İşverenin haklı bir menfaatinin bulunup bulunmadığı değerlendirmesi ise TMK m. 2 temelinde somut olayın koşulları, çalışma hayatının gerekleri ve ölçülülük ilkesi dikkate alınarak yapılacaktır. Bundan yola çıkılarak sadakat borcunun sınırlarını dürüstlük kuralının çizdiği de kabul edilmiştir⁶⁵⁸. Sonuç olarak da sadakat borcunun, dürüstlük kuralı esaslarında, işyerindeki konumu da dikkate alınarak işçinin kendisine duyulması gereken güvenin derecesine göre işverenin menfaatlerini korumak ve gözetmek olduğu ifade edilmiştir⁶⁵⁹. Ancak tek sınır dürüstlük kuralı değildir.

Sadakat borcunun kapsamının belirlenmesi için işçinin kişilik hakları ile anayasal temel hak ve özgürlükleri de dikkat alınmak zorundadır. Çünkü işverenin menfaatlerini koruyan sadakat borcu ile işçinin menfaatleri (kişilik hakları ile anayasal temel hak ve özgürlükleri) çatıştığında işçinin haklarından feraget etmesi beklenemez⁶⁶⁰. Bu sebeple işverenin meşru menfaati olan her durumda işçinin sadakat yükümlülüğü doğacağı otomatik olarak kabul edilmemelidir. İşçinin haklı menfaati ile işverenin haklı menfaati karşı karşıya gelip gelmediğine bakılmalı, böyle bir durum varsa hangisinin üstün geleceğine de somut olaya göre değerlendirme yapıp “ölçülülük ilkesi” doğrultusunda karar verilmelidir⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ Alman Hukuku’nda ise bu yükümlülüğe BGB m. 241/II’de yer verilmiştir. Bu hükme göre kurulacak bir borç ilişkisiyle her bir taraf karşı tarafı menfaatlerini gözetmekle yükümlü kılabilir.

⁶⁵⁷ Mustafa Alp, **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (Whistleblowing)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2013, (Whistleblowing), s.121; Albayrak Gül, s. 138.

⁶⁵⁸ Süzek, s. 337; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 147, 148; Ertürk, Temel Haklar, ss. 113-114; Alpagut, Sadakat Borcu, s. 31; Kayırgan, s. 463, 464; Albayrak Gül, s.138;.

⁶⁵⁹ Alpagut, Sadakat Borcu, s. 24; Kayırgan, s. 461.

⁶⁶⁰ Alp, Whistleblowing, s. 123; Albayrak Gül, s. 139.

⁶⁶¹ Ertürk, Temel Haklar, ss. 115,116; Alp, Whistleblowing, s. 123; Kayırgan, s. 463; Albayrak Gül, ss. 138-139.

5. İşçinin Emir ve Talimatlara Uyma (İtaat) Borcu

Yönetim hakkı kapsamında işveren, işin görülmesinin yanı sıra, işyeri organizasyonun düzeninin sağlanması adına işçinin işyerindeki iş görme edimi dışındaki davranışlara ilişkin de emir ve talimatlar verebilir⁶⁶². İşin görülmesine yönelik emir ve talimatlara işçi uymak zorundadır. Aksi halde iş görme borcunu ihlal etmiş olacaktır. Ancak iş görme dışında işyerindeki diğer hal ve hareketleri iş görme edimi kapsamına girmeyeceğinden, işverenin bu konuda yönetim hakkı uyarınca vereceği emir ve talimatlar, işçinin yerine getirmesi gereken bağımsız bir borç olarak “emir ve talimatlara uyma borcu” bir başka ifadeyle “itaat borcu” şeklinde nitelendirilmektedir⁶⁶³. İtaat borcu, işverenin yönetim hakkının işçi bakımından karşılığını teşkil etmektedir⁶⁶⁴.

Yönetim hakkının Kanun hükmü olarak da gösterilen TBK m. 399, “düzenleme ve talimatlara uyma borcu” başlığından anlaşıldığı üzere esasen “itaat borcu”nu düzenlemiştir. Maddeye göre işçinin itaat borcu dürüstlük kuralınca kendisinden uyulması beklenebilecek emir ve talimatlarla sınırlı olacaktır.

İtaat borcu, iş sözleşmesinin karakteristik unsuru olan bağımlılık ilişkisinin bir sonucu olarak değerlendirilmiştir⁶⁶⁵. İşçi, yönetim hakkına sahip işverenle arasındaki bağımlılık ilişkisinin sonucu oluşan hiyerarşi gereği, verilen emir ve talimatlara uyma borcu altındadır⁶⁶⁶. Bu sebeple işçinin itaat borcunun sınırını, sadece TBK m. 399’da belirtildiği şekilde dürüstlük ilkesi oluşturmaz. İşverenin yönetim hakkının kapsamı, işçinin itaat borcunun sınırlarını da belirlemektedir⁶⁶⁷. İşveren yönetim hakkının sınırlarını aşip hukuka aykırı emir ve talimatlarda bulunursa işçinin itaat borcu olmayacaktır⁶⁶⁸.

İşçinin itaat borcuna aykırılığı bir disiplin kusuru olarak da nitelendirilebildiğinden somut olaya göre iş sözleşmesinin feshi ve işverenin

⁶⁶² Okur, ss. 35-36. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm I. E. 2. İşverenin Yönetim Hakkı

⁶⁶³ Okur, s. 36. Bu sebeple doktrinde işyeri düzenine ilişkin emir ve talimata itaat borcunun, bağımsız bir borç niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Süzek, ss. 79, 335; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 144, 145; Tekergül, s. 84.

⁶⁶⁴ Süzek, s. 335; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 144; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, ss. 253 vd.; Tekergül, s. 84.

⁶⁶⁵ Süzek, s. 143; S. Doğan, ss.190 vd.; Dulay Yangın, s. 2056.

⁶⁶⁶ Dulay Yangın, s. 2056.

⁶⁶⁷ Adil İzveren ve Erol Akı, **İş Hukuku, I. Cilt Bireysel İş Hukuku**, Barış Yayınları, 1999, İzmir, s. 190; Süzek, s. 335; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 144.

⁶⁶⁸ Süzek, s. 83.

zararının tazmini dışında disiplin cezası yaptırımına da sebep olabilecektir. İşverenin yönetim hakkı iş sözleşmesinden kaynaklandığından, işverenin bu şekilde disiplin cezası uygulama yetkisinin de iş sözleşmesine dayandığı ifade edilmektedir. Çünkü işçinin iş sözleşmesini imzalamasıyla, işverenin yönetim hakkı olduğunu, kurulan bağımlılık ilişkisi içinde yönetim hakkı kapsamında verilecek emir ve talimatlara uyacağını, itaat etmezse de yaptırım uygulanacağını kabul ettiği belirtilir⁶⁶⁹.

F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

İşçinin kişisel verileri ve korunmasına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Ancak bu durum mevzuatımızda konuya ilişkin hiçbir hüküm olmadığı anlamına gelmez. Bu konuda İş Kanunu'nda işverenin “işçi özlük dosyası tutma yükümlülüğü”nün düzenlendiği 75. madde vardır. Birinci fıkra uyarınca işveren, her işçisi için bir özlük dosyası düzenlemek zorundadır. Dosyada, işçinin kimlik bilgileri, İş Kanunu'nu ve diğer Kanunlardan dolayı işverenin düzenlemek ya da işçiden almak zorunda olduğu her türlü belge ve kayıt bulunacaktır. Özlük dosyası yetkili memur ve merciler tarafından istendiği takdirde de işveren bunu göstermek zorundadır. İkinci fıkra uyarınca da işveren, işçi hakkında edindiği bilgi ve belgeleri dürüstlük kurallarına uyarak ve hukuka uygun şekilde kullanmakla ve söz konusu kişisel verilerin açığa çıkmamasında işçinin haklı bir çıkarı varsa bunları gizli tutmakla yükümlü kılınmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda ise m. 417 ve m. 419'a bakmak gerekir. TBK m. 417 uyarınca doğan işverenin gözetme borcu kapsamına, işçinin kişisel verileri de girmektedir⁶⁷⁰. Yine “işçinin kişiliğinin korunması” genel başlığı altındaki TBK m. 419'da ise “kişisel verilerin kullanılması” ele alınmıştır. Maddede düzenlendiği üzere işveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilecektir. Hükümde özel kanun düzenlemeleri de saklı tutulmuştur. Madde sadece veri kullanımına ilişkindir. Ancak işçinin kişisel verilerine ilişkin düzenlenmesi gereken husus sadece kullanım

⁶⁶⁹ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 145. İşverenin disiplin yetkisi ile bağlantılı olarak ayrıca bkz. İkinci Bölüm III. C. İşçinin İşten El Çekmesi

⁶⁷⁰ Bkz. İkinci Bölüm I. E. 1. İşçiyi Gözetme Borcu

değildir. Elde edilme, saklanma, verme, silinme ve diğer kişisel veriler bakımından önem arz eden her konu iş ilişkisi bakımından da gündeme gelecektir. Bu durumda TBK ve İşK'da yer almayan ya da ayrıntılı düzenleme ihtiyacı duyulan konularda, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)⁶⁷¹ ve ilgili yönetmelikler devreye girecektir.

Hayatımızda olduğu gibi iş ilişkisindeki her hususta kişisel veri ve korunması önem arz edecektir. Ancak çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümlerinde görüldüğü üzere, hem iş ilişkisinin devamında hem de sona ermesinde (şüphe feshi) şüphe etkisi bakımından işçinin kişisel verileri özel bir öneme sahiptir. Bu sebeple “işçinin kişisel verilerinin korunması” başlığına ayrıca yer verilmektedir. Bununla birlikte “işçinin kişisel verilerinin korunması” tek başına ayrı ve çok kapsamlı bir çalışma konusu olduğundan, temel hususlar genel çerçevesiyle ve çalışmamızla bağlantıları doğrultusunda ele alınmaktadır.

Dijitalleşmenin günden güne artmasıyla Kişisel Veri Koruma Hukuku'nun dünyada olduğu gibi ülkemizde de çok önem kazanması sonucu, uluslararası düzenlemelerin esas alınarak hazırlandığı KVKK ve devamındaki süreçte ilgili yönetmelikler çıkarılmıştır. Yukarıda belirtilen TBK ve İşK'daki hükümler dışında işçinin kişisel verileri ve korunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bu kanun diğer tüm alanlarda olduğu gibi iş ilişkilerinde de esas alınacaktır.

KVKK'nın amacının açıklandığı birinci maddesi aslında şüphenin etkilerini incelerken çok sık değinilecek ve işçi-işveren arasındaki menfaat dengesini sağlamaya yönelik değerlendirmelerde üzerinde durulacak hususu ifade etmiştir. Düzenlemeye göre Kanun'un amacı “*kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek*” ama asıl önemlisi “*kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak*” tır. Çalışmamızda işverenin duyduğu şüphe sonucunda gerçekleşen durumları incelememizde, her iki tarafın menfaatlerini göz önünde tutarken, işçi açısından öncelikle dikkate aldığımız hususlardan biri de bu olmaktadır.

Çok ayrıntıya girilmeyecek olsa da, burada bazı terimlerin kanun kapsamında ne anlama geldiğinin belirtilmesi faydalı olacaktır. Bunlardan ilki elbette kişisel

⁶⁷¹ RG Tarih: 24.03.2006, RG Sayı: 29677

veridir. Kişisel veri, "Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi"(KVKK m. 3/I-d) ifade eder. Açık rıza, "belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza" (KVKK m. 3/I-a); ilgili kişi, "kişisel verisi işlenen gerçek kişi" (KVKK m. 3/I-ç); veri işleyen "veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi"(KVKK m. 3/I-ğ); veri sorumlusu ise "kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi" (KVKK m. 3/I-h) anlamındadır. Çok geniş bir kapsamı olan ve bu sebeple tanımına yer vermemiz çok önemli olan terim ise "kişisel verilerin işlenmesi"dir.

Kişisel veri işlenmesi denince akla "elde edilen verilerin bir yere aktarılması, kaydedilmesi" gelse de kavram bununla sınırlı değildir.

Kişisel verilerin,

- elde edilmesi,	- kaydedilmesi,
- muhafaza edilmesi,	- depolanması,
- değiştirilmesi,	- yeniden düzenlenmesi,
- açıklanması,	- aktarılması,
- devralınması,	- elde edilebilir hâle getirilmesi,
- sınıflandırılması	- kullanılmasının engellenmesi

gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsar.

Çalışmamız bakımından ilgili kişi, "işçi ya da aday işçi", veri sorumlusu ve veri işleyen ise somut olaya göre "işveren veya işveren vekili" olabilecektir.

İşverenin yukarıda saydığımız veri işleme sayılacak herhangi bir davranışta bulunabilmesi için öncelikle işçinin ya da işçi adayın açık rızası olması gerekir. Kural bu olsa da bazı istisnalar da vardır (KVKK m. 5). Bunlar:

- Kanunlarda açıkça öngörülmesi,
- Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması,
- Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması,

- Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması,
- İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması,
- Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması,
- İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olmasıdır.

Açık rıza almanın yanı sıra işveren kanunlarda öngörülen usul ve esaslara göre kişisel verileri işlerken aşağıdaki ilkelere de uymalıdır (KVKK m. 4/II):

- Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma,
- Doğru ve gerektiğinde güncel olma,
- Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme,
- İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma,
- İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.

KVKK'ye "özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi"ne ilişkin ayrı bir madde de konulmuştur. KVKK m. 6/I'e göre,

ırk, etnik köken, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançlar, kılık ve kıyafet, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlık, cinsel hayat, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili veriler ile biyometrik ve genetik veriler

özel nitelikli kişisel verilerdir. Bu verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır (KVKK m. 6/II).

Kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza alınması zorunlu tutulmuşken, özel veriler için ayrı bir düzenleme getirilip açık rıza olmaksızın işlenmesinin yasaktır denmesinin anlamı olmayacağı düşünülebilirse de; bunun özel nitelikli kişisel verilerin öneminin ve bunların açık rıza olmaksızın işlenmesinde bir cezai işlem uygulayabilmek açısından kanuna aykırı davranılmış olduğunun vurgulanması için yapıldığı kanaatindeyiz.

Özel nitelikli kişisel verilerin içinde br alt küme daha oluşturularak sağlık ve cinsel hayata ilişkin özel nitelikli kişisel veriler, diğer özel nitelikli kişisel verilerden de ayrı tutulmuştur. Sağlık ve cinsel hayat kişisel verilerinin açık rıza olmaksızın işlenmesi ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi

ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından gerçekleştirilebilir. Diğer özel nitelikli kişisel verilerin açık rıza olmaksızın işlenmesinin şartı daha geniş tutulmuş ve kanunlarda öngörülen durumlarda bunun mümkün olduğu ifade edilmiştir (KVKK m. 6/III). Ayrıca tüm özel nitelikli kişisel verilerin diğer kişisel verilere oranla daha hassas bir korumayı gerektirdiğinden, Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmasının şart olduğu da ifade edilmiştir (KVKK m. 6/IV).

Her ne kadar yukarıda verdiğimiz tanımda görüldüğü üzere kişisel verilere ilişkin tüm işlemler, “veri işleme” kapsamına girmektedir de farklı özellikleri sebebiyle “kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi, anonim hâle getirilmesi” ve “başkalarına aktarılması”na ilişkin ayrı hükümler de Kanuna konmuştur. KVKK m. 7’ye göre kişisel veriler hukuka uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlemeyi gerektiren sebepler ortadan kalktıysa, bunlar resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinmeli, yok edilmeli veya anonim hâle getirilmelidir. KVKK m. 8 uyarınca da kişisel verilerin işlenmesi bakımından aranan açık rızanın aktarılabilirliği açısından da gerekli olduğu belirtilerek bu durum tekrar pekiştirilmiştir. Ayrıca genel olarak kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin belirttiğimiz KVKK daki açık rıza aranmayacak istisnai hallerin, söz konusu verilerin aktarılması bakımından da geçerli olacağı belirtilmiştir⁶⁷².

Bu hükümler dışında kanunda verim sorumlusu ve ilgili kişinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin maddeler de düzenlenmiştir.

Öncelikle açık rıza alınmasının gerekliliğiyle de paralel olarak bir bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre kişisel veriler işlenirken veri sorumlusu/yetkilendirdiği kişi, ilgiliyi

- Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
- Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilirliği,
- Kişisel veri toplamanın yöntemi ile hukuki sebebi ve

⁶⁷² KVKK m. 9’da kişisel verilerin yurt dışına aktarılması özel olarak düzenlenmiştir. Ancak konumuz açısından çok ayrıntı olacağından burada ele alınmayacaktır.

- İlgilin sahip olduğu KVKK m. 11’de sayılan hakları konusunda bilgilendirmek zorundadır (KVKK m. 10).

KVKK’da kabul edilen bu bilgilendirme yükümlülüğü, ilgili kişilerin (işyerindeki işçiler ya da işyerindeki üçüncü kişiler) talebine de bağılı değildir. Kişilerin, işverene işyerinde bir izleme/gözetleme kısaca herhangi bir veri işleme faaliyetinde bulunup bulunmadığını öğrenmek için soru sorması gerekmez. İşveren, hukuka uygun bir işleme yapabilmek için bu faaliyete başlamadan bir bilgilendirme yapmak zorundadır. Bu yükümlülük kişisel verilerin işlenmesinde esas alınması gereken “şeffaflık ilkesi” ne uygunluk bakımından şarttır⁶⁷³.

Aydınlatma dışında da veri sorumlusuna bazı yükümlülükler getirilmiştir (KVKK m. 12). Veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve erişilmesini önlemek ve muhafazalarını sağlamak için gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır. Ayrıca, kendi kurum veya kuruluşunda (çalışmamız bakımından bu işveren işyeri veya işletmesinde olarak düşünülecektir) Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapacak veya yaptıracaktır. Son olarak belirtilecek yükümlülük ise ki yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, veri sorumluları ile veri işleyen kişilerin, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklamama ve işleme amacı dışında kullanamamalarıdır. Bu yasak kişilerin görevden ayrılmalardan sonra da devam edecektir. İş ilişkisi bakımından yasağın görevden ayrılmalardan sonra da devam edeceği düzenlemesi, işveren açısından işyerini kapaması ya da devretmesi, işveren vekili açısından da maddede belirtildiği şekliyle görevden ayrılması olarak düşünülebilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere KVKK m. 11 de ise ilgilinin yani çalışmamız açısından işçi/aday işçinin hatta işyerine gelen üçüncü kişilerin hakları düzenlenmiştir. Çoğunluğu incelediğimiz veri sorumlusu yükümlülüklerinden de çıkarılabilecek bu haklar ilgili kişinin,

- Kişisel verilerinin işlenip işlenmediğini öğrenebilmesi, eğer işlenmişse bunların neler olduğu konusunda bilgi talep edebilmesi,

⁶⁷³ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2008, s. 88; İlke Gürsel, “Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişisine Etkileri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 13, Sayı: 40, (Kişisel Verilerin Korunması), s. 797.

- Kişisel verilerinin işlenme amacını ve verilerinin bu işlenme amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenebilmesi,
- Kişisel verilerinin aktarıldığı üçüncü kişileri bilmeyi isteyebilmesi,
- Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini ve KVKK m. 7 çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini talep edebilmesi,
- Eski ve yanlış işlenen verilerin düzeltilmesi ya da verilerin silip yok edilmesi durumlarında bu işlemlerin, eğer kişisel veriler üçüncü kişilere aktarıldıysa bu kişilere bildirilmesini isteyebilmesi,
- İşlenen verilerin otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz edebilmesi
- Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde ise zararın giderilmesini talep edebilmesidir.

KVKK'da genel hatlarıyla verdiğimiz bu ayrıntılı düzenlemelerin yanı sıra kişisel verilere ilişkin 24038 sayılı “Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi Veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik” ve 16405 sayılı “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik” de kabul edilmiştir⁶⁷⁴.

İncelendiği üzere kişisel verilerin korunmasında kamu ya da özel alan da dâhil olmak üzere hiçbir ayırım yapılmamış; belli kesimlere özel düzenleme getirmeksizin herkes için geçerli olan kişisel verilerin korunması hükümleri getirilmiştir. Özel düzenlemeler bulunmadığı için de iş ilişkisinde KVKK esas alınacaktır. “İş ilişkisinde şüphe ve şüphe feshi” çalışmamızda karşılaştırmalı olarak ele aldığımız Alman Hukuku’nda ise durum farklıdır.

Alman Hukuku’nda kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak Alman Federal Veri Koruma Yasası (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin yanı sıra Avrupa Birliği (AB) üyesi devletlerde herhangi bir yasa

⁶⁷⁴ Bunların dışında Kişisel Verileri Koruma Kurumu’yla ilgili yönetmelikler de çıkarılmıştır. Bkz. 201811296 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kurumu Teşkilat Yönetmeliği (RG Tarihi: 26.04.2018 RG Sayısı: 30403), 31518 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği (RG Tarihi: 17.05.2019 RG Sayısı: 30777), 24570 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kurumu Personeli Görevde Yükselme Ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği (RG Tarihi: 05.05.2018 RG Sayısı: 30412), 24372 sayılı Kişisel Verileri Koruma Uzmanlığı Yönetmeliği (RG Tarihi: 09.02.2018 RG Sayısı: 30327), 24088 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kurulu Çalışma Usul Ve Esaslarına Dair Yönetmelik (RG Tarihi: 16.11.2017 RG Sayısı: 30242).

çıkarılmasına gerek olmaksızın doğrudan geçerli olan 2016/679 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (Europäische Union Datenschutz-Grundverordnung – DSGVO)⁶⁷⁵ de bulunmaktadır⁶⁷⁶.

“İstihdam bakımından veri işleme” başlıklı DSGVO m. 88’de Avrupa Birliği üye devletlerinin, metinde sayılmış olan tüm amaçlar doğrultusunda (işe almaya karar verebilme, Kanunların ya da toplu iş sözleşmelerinin yükümlülüklerini yerine getirme, iş sağlığı ve güvenliği gerekleri, iş yerinde eşitlik ve çeşitliliğin sağlanması, iş ilişkisine devam edilmesine ya da sona erdirilmesine karar verme vb.) yapılacak çalışanların kişisel verilerinin işlenmesi kapsamında, hakların ve özgürlüklerin korunmasının sağlanması için kanun veya toplu sözleşmeler çerçevesinde daha spesifik kurallar belirleyebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca bu kuralların, “işlemenin şeffaflığını”, “verilerin işlenmesinde ya da aktarılmasında kullanılacak sistemlerin insanlık onuruna uygunluğunu” ve “ilgilinin temel hakları ile meşru menfaatlerinin korunmasını” sağlayacak özel tedbirleri içereceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, çalışmamız ile ilgili olarak kişisel verilerin işlenmesine yönelik değinilmesi gereken Alman Hukuku’ndaki önemli farklılık BDSG m. 26⁶⁷⁷, da çalışma hayatındaki veri işlemeye özel düzenleme getirilmiş olmasıdır⁶⁷⁸. Madde kapsamına sadece hukukumuz anlamında İş Kanunu’na tabi işçiler girmeyecektir⁶⁷⁹. Zaten bu sebeple maddeyi incelerken görüleceği üzere işçi değil çalışan kavramı kullanılmıştır.

⁶⁷⁵ AB Genel Veri Koruma Tüzüğü ve KVKK bakımından değerlendirmesi için bkz. Ayşe Nur Akıncı, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler Ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, Kalkınma Bakanlığı Yayın No: 2968, Haziran 2017.

⁶⁷⁶ KVKK’da söz konusu olduğu gibi (bkz. m. 2) sadece gerçek kişilerin korunmasına yönelik olan bu tüzük 95/56/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Verilerin Serbest Dolaşımına ilişkin Veri Koruma Direktifini yürürlükten kaldırılmasıyla 27.04.2016’da kabul edilmiş ve 24 Mayıs 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak metnin uygulanmaya başlama tarihi 25 Mayıs 2018 olarak belirlenmiştir. Ayrıca 27 Nisan’da Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü kabul edilirken 2016/680 sayılı “Süreçlerin yürütülmesi amacıyla işlenen kişisel verilere ilişkin gerçek kişilerin korunmasına ve bu tür verilerin serbest dolaşımına” dair Direktif de kabul edilmiştir. Bu direktif de 5 Mayıs 2016’da yürürlüğe girmesine rağmen, AB üye ülkelerinin bu metni iç hukuklarına aktarmaları için 6 Mayıs 2018’e kadar süre tanınmıştır, bkz. (<https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection>, 26.01.2021). Almanya’da 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde BDSG’de değişiklik yaparak Kanunu bu tüzük ve direktife uygun olarak revize etmiştir. Hem eski hem yeni BDSG için bkz. <https://dejure.org/gesetze/BDSG>, (26.01.2021).

⁶⁷⁷ AB Genel Veri Koruma Tüzüğü doğrultusunda değişiklikten önce bu konu BDSG m. 32’de yer almaktaydı.

⁶⁷⁸ AB Genel Veri Koruma Tüzüğü doğrultusunda 25. Mayıs. 2018’de yeni BDSG’nin yürürlüğe girmesinin yanı sıra, incelediğimiz BDSG m. 26, AB Genel Veri Koruma Tüzüğü ve 2016/680 sayılı Direktif Doğrultusunda 20.11.2019’de değiştirilmiş ve bu değişiklik 26.11. 2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir, <https://dejure.org/gesetze/BDSG/26.html>, (26.01.2021).

⁶⁷⁹ Alman Hukuku’nda bu madde kapsamında kabul edilen çalışanlar için bkz. BDSG m. 26/VIII.

BDSG m. 26'ya göre, “iş ilişkisinin kurulup kurulmayacağı ya da mevcut bir iş ilişkisinin sona erdirilip erdirilmeyeceği konusunda karar verebilmek” veya “bir Kanun, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi hak ve yükümlükleri uyarınca çalışanların menfaati için gerekliyse”, çalışanların kişisel verileri işlenebilecektir.

Bir suçun açığa çıkarılması için çalışanın kişisel verilerinin işlenmesi ise sadece,

- Çalışanın iş ilişkisi içerisinde bir suç işlediğine dair şüphenin belgelendirilmiş somut olgulara dayanması durumunda,
- İşleme olayı aydınlatmak için gerekliyse,
- Çalışanın veri işlenmesinin önlenmesinde korunmaya değer üstün bir menfaati yoksa ve
- Son olarak bu işlemin türü ve kapsamı orantısız değilse mümkündür (BDSG m. 26/I)⁶⁸⁰.

Madde de dikkat çeken başka bir husus ise verilerin çalışanın rızasına dayalı olarak işlenebileceği ve bu rızanın gerçek olup olmadığını belirlemek için “iş ilişkisi içindeki bağımlılık durumu”nun ve “rızanın verildiği koşullar”ın dikkate alınması gerekliliğidir. Eğer çalışanın, kişisel verilerinin işlenmesine izin vermesi durumunda hukuki ya da ekonomik çıkar elde etmesi söz konusuysa ya da o konuda işverenle ortak çıkarları varsa, rızanın gönüllü olduğu kabul edilebilir. Bu rıza, eğer somut olayın koşulları özel başka bir şekli gerektirmiyorsa yazılı ya da elektronik şekilde verebilecektir. Ayrıca işveren, çalışana veri işlemedeki amacını ve AB Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 7/III (DSGVO m. 7/III) uyarınca çalışanın sahip olduğu rızasını geri çekme hakkını yazılı şekilde açıklamalıdır (BDSG m. 26/II). Bununla birlikte işverenin DSGVO m. 9/I’de yer alan özel nitelikli kişisel veriler⁶⁸¹inin işlenebilmesi, iş hukuku hak ve yükümlülükleri veya sosyal güvenlik hukuku gerektiriyorsa ve ilgili kişinin kişisel verisinin işlenmemesini gerektirecek korumayı gerektiren üstün meşru bir menfaati yoksa mümkün olacaktır. İşçinin kişisel verilerinin işlenmesi için gerekli olan rızayla ilgili BDSG m. 26/II’deki açıklamalar, özel nitelikli kişisel veriler

⁶⁸⁰ Bu düzenlemenin şüphe feshindeki savunma şartı bakımından sonuçları için bkz.Üçüncü Bölüm III. B. 2. a. (3) Savunmanın Belgelenmesi

⁶⁸¹ DSGVO m. 9/I uyarınca ırk, etnik köken, siyasi görüşler, dini ve felsefi inançlar, sendika üyeliğinin ifşa edildiği kişisel veriler, bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler, biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili veriler, cinsel yaşam ve cinsel eğilimine ilişkin veriler **özel nitelikli kişisel verilerdir**. Bunların işlenmesi yasaktır. Ancak maddenin devamındaki istisnalar söz konusuysa işleme söz konusu olabilir

bakımından da esas alınmıştır. Ancak burada rızanın söz konusu özel nitelikli kişisel veriler için verildiğinin açıkça ifade edilmiş olması zorunludur (BDSG m. 26/III). BDSG m. 26/III'de ayrıca BDSG m. 22'deki iş ilişkisi dışındaki özel nitelikli kişisel verilerle ilgili kabul edilen işleme yasağı istisnalarına da gönderme yapılmıştır. Konumuzdan daha da uzaklaşmamak adına tek tek m. 22'deki bu istisnalara yer vermesek de, BDSG 26. maddenin atıf yaptığı BDSG 22. maddenin I. fıkrası I. bendindeki konumuzla bağlantılı kısımlara yer vermek uygun olacaktır. Bu I-b alt bendine göre DSGVO m. 9/I'de ne olduğu ifade edilen özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, iş sağlığı ve güvenliği sebebiyle çalışanın işe uygunluğunun değerlendirilmesi, sosyal güvenlik hizmetlerinin yürütümü ya da hasta-sağlık personeli arasındaki ilişkinin bir gereği olması ve bu işleme tıbbi personel veya ona karşılık gelen bir gizlilik yükümlülüğüne tabi olan veya onların sorumluluğu altındaki diğer kişiler tarafından yapılacaksa mümkündür. Ayrıca özellikle şüphe feshini incelerken önemli olabilecek I-d alt bendinde ise ilgilinin menfaatlerine üstün gelecek bir kamu yararı söz konusuysa da özel nitelikli kişisel verilerin işlenebileceği kabul edilmiştir.

İşveren, veri işleme bakımından DSGVO m. 5'de sayılan veri işlemede esas alınması gereken ilkelere uyulmasını sağlamak için uygun tedbirleri de almak zorundadır (BDSG m. 26/V).

BDSG m. 26/IV'de ise toplu iş sözleşmeleri temelinde de özel nitelikli olanlar da dahil olmak üzere iş ilişkisine dayalı amaçlarla çalışanların kişisel verilerinin işlenmesi kabul edilmiştir. Ancak bu durumda sözleşme taraflarınca, DSGVO m. 88/II dikkate alınarak ilgilinin onuru, meşru menfaatleri ve temel haklarının korunmasına yönelik uygun ve spesifik tedbirlere yer verilmesi gerekir.

Bu madde ile ilgili son olarak belirteceğimiz önemli husus ise veri işlemenin mümkün olduğu durumları belirttiğimiz kısımdan da anlaşıldığı üzere, iş için başvuran adaylar ve çalışma ilişkisi sona erenler de kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına ilişkin yaptığımız açıklamalar kapsamında çalışan olarak değerlendirilecektir (BDSG m. 26/VIII 2. bendi).

II. İŞ SÖZLEŞMESİ KURULUŞUNDA İŞVERENİN ŞÜPHELERİ VE SONUÇLARI

İş Hukuku'nda şüphe denildiği ilk olarak akla üçüncü bölümde inceleyeceğimiz “şüphe feshi” gelse de, şüphenin iş ilişkisine etkisi sadece sözleşmenin sona ermesi bakımından değildir. Daha iş sözleşmesi kurulmadan işverende işçi adayına karşı oluşacak bir şüphe, iş sözleşmesinin geleceğine yön verecektir. Çünkü işverenin işçi adayı ile ilgili şüpheleri ve bunların giderilmemesi iş sözleşmesinin kurulmama sonucunu doğurabilecek ya da kurulsu bile iş sözleşmesinin şartlarının tespitinde önemli etkiler yaratabilecektir.

A. Şüphe Konuları ve Etkileri

“İş İlişkisi Bakımından Şüphe” başlığında genel hatlarıyla belirttiğimiz üzere işverenin işin kurulması aşamasında çeşitli hususlarda şüpheleri olacaktır.

İlk olarak işveren, her bir işçi adayının başvurduğu konuma uygun olup olmadığı konusunda bir şüpheyne sahiptir. Bu şüphe ceza ve ceza muhakemesi hukukunda dikkate alınabilecek ya da şüphe feshine konu edilebilecek anlamda objektif vaka ve olgulara dayanan bir şüphe değildir. Ancak iş ilişkisinin kurulması bakımından önem arz eder ve işverenin iş sözleşmesini kurması için giderilmesi gerekir. Burada söz konusu olan durum esas olarak bir emin olmama hali, subjektif nitelikteki bir kaygıdır. İşveren haklı olarak aday bakımından bir belirsizlik olmasını istemez ve aday işçinin alınacağı konuma uygun olacağı konusunda emin olmak ister.

İşveren, başvuran aday işçilerle görüştükçe ve onlarla ilgili bilgiler topladıkça kaygılarını giderebilecek ve işe uygunluk konusunda karar verebilecektir. Ancak bununla birlikte işveren kaygılarını gidereceğine bazı yeni şüpheleri de ortaya çıkabilir. Örneğin, işveren aday işçinin gerekli niteliklere sahip olduğunu tespit etmesine ve işe uygun olunduğu konusunda şüpheyi gidermesine rağmen, önceki işten çıkarılma nedenine, daha önce işlemiş olduğu bir suça veya geçirmiş olduğu bir

soruşturma/kovuşturmaya dayanarak gelecekte iş sözleşmesi yükümlülüklerini ihlal edebileceği ya da bir suç işleyebileceğine yönelik şüpheleri doğabilecektir⁶⁸².

Sonuç olarak iş sözleşmesinin kuruluşu aşamasında işveren, aday işçinin başvurduğu pozisyona uygun olup olmadığı, iş sözleşmesi kurulduktan sonraki süreçte iş sözleşmesi yükümlülüklerini ihlal edip etmeyeceği veya bir suç işleyip işlemeyeceği konusunda şüphe taşıyabilmektedir.

İşverenin şüphelerini giderememesinin sonuçları ve hukuka uygunluklarına çalışmamızda yer verilecektir. Ancak şüphenin doğurabileceği bu sonuçlara ve bunların hukukilik sınırına geçmeden, işverenin şüphesini giderebilmesi için hangi yollara başvurabileceğini ve bunlarda dikkat edilmesi gereken sınırlar irdelenecektir.

B. İş Sözleşmesi Kuruluşu Aşamasında Şüphe Giderme Yolları ve Hukukilik Sınırları

İşverenin şüphesini giderme yolları ve hukukilik sınırlarını tek tek incelenmeden önce, iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverende oluşan kanaatin hukuki anlamda bir şüphe olup olmadığı, hatta sübjektif anlamda bir şüphe dahi olmayıp işçiye karşı bir önyargı mı teşkil ettiği sorusunu yanıtlamak uygun olacaktır.

İşçi ile herhangi bir iş ilişkisi bulunmayan, bir yaşanmışlıkları olmayan işverende, şüphe feshinde aranan objektif vakıalara dayanan bir şüphe oluşacağını kabul etmek zor olabilir. Ama bu noktada, şüphe feshindeki gibi⁶⁸³ işverenin şüphesinin objektif olması ve somut vakıalara dayandırılmasının gerekip gerekmediği, işverenin önyargılarıyla hareket etmesinin hukuka aykırı mı olacağı hususu karşımıza çıkacaktır.

İş ilişkisinin kuruluş aşamasında ortada henüz bir sözleşme yoktur ve ülkemizde sözleşme özgürlüğü geçerlidir⁶⁸⁴. Bu sebeple ilk olarak işverenin istediği kişiyle istediği şekilde sözleşme yapabileceği kural olarak söylenebilir. Ancak ilk bölümde de yer verdiğimiz anayasal haklar ve bu doğrultuda kabul edilmiş kanuni

⁶⁸²Burada sadece ne gibi şüpheler doğabileceği tespit edilmektedir. Bu şüpheleri doğuracak bilgilere ulaşabilmesinin ve doğan şüphelere dayanarak sözleşme imzalayıp imzalamayacağına karar vermesinin hukuka uygunluğu ve sınırlarının ne olduğu ayrıca incelenecektir. Bkz. İkinci Bölüm II. B. İş Sözleşmesi Kuruluşu Aşamasında Şüphe Giderme Yolları ve Hukukilik Sınırları ve İkinci Bölüm II. C. Yok Edilemeyen Şüphenin Sonuçları ve Hukuka Uygunlukları

⁶⁸³ Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 2. Kuvvetli Şüphenin Niteliği

⁶⁸⁴ Bkz. Birinci Bölüm II. C. Çalışma, Sözleşme ve Teşebbüs Kurma Hürriyeti

düzenlemeler uyarınca, işverenin kuruluş aşamasındaki davranışlarında ve seçimlerinde sınırsız bir serbesti olduğu söylenemez.

Anayasa m. 48’de düzenlenen sözleşme özgürlüğü ve bu doğrultuda Türk Borçlar Kanunu’nda da esas alınan serbestiye rağmen (TBK m. 12 Şekil Serbestisi ve TBK m. 26 Sözleşme Özgürlüğü) kuruluş aşamasındaki hak ve yükümlülükleri sebebiyle işverenin ve tabii ki işçinin davranışlarının bir sınırının olması gerekir.

Sonuç olarak işveren sözleşme ve teşebbüs kurma özgürlüğü uyarınca çalışmak istediği kişiyle iş akdi imzalayabilecektir. Henüz ortada bir sözleşme bulunmadığından, sözleşme kurma serbestisi uyarınca kural olarak, iş sözleşmesi imzalama sürecinde ortaya çıkacak şüphelerin, şüphe feshi için aranan objektif vakıalara dayanan kuvvetli şüphe niteliğinde olmasa dahi dikkate alınacağını ve sonuçlarının olacağını söylemek mümkündür. Bu doğrultuda işveren, başvuru işin gereklerine uygunluğu tespit edebilmek, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin olmazsa olmaz güveni oluşturmak için işçi hakkında çeşitli şekillerde bilgi toplayabilecektir. İşveren yapacağı araştırmalar, anketler, testler, işçi adaylarından talep ettiği belgelerle öncelikle aday işçinin söz konusu işe uygun olup olmadığı şüphesini ortadan kaldırmaya çalışacaktır. Ayrıca işçi adayı hakkında edinilen bilgiler doğrultusunda ortaya çıkan şüpheler olursa, bunların giderilmesi adına da araştırma yapması söz konusu olabilecektir. Böylece işveren taşıdığı şüpheleri giderip giderememesine ve adayla arasında bir güven ilişkisi kurmasının mümkün olup olmasına göre iş sözleşmesini ne şekilde imzalayacağına ya da imzalamayacağına serbestçe karar verebilecektir. Fakat bu serbestiye rağmen işveren, iş sözleşmesini kurabilmek adına tüm şüphelerini giderebilmesinde başvuracağı yollarda ve giderilemeyen şüpheyeye dayanarak sözleşme yapıp yapmayacağına karar vermesinde bir hukuka aykırılık oluşmaması için anayasal haklar (AY m. 20- özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, AY m. 10 - eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, AY m. 59 – Çalışma Hakkı gibi) Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu düzenlemeleri uyarınca hareket etmesi gereklidir.

İşverenin belirli hukuki sınırlar çerçevesinde başvurabileceği şüphe giderme yolları kanunda sayılmış ve sınırlı sayıda belirlenmiş değildir. Bu sebeple

başvurulabilecek yollar, değişen ve gelişen koşullar doğrultusunda ve somut olaya göre çeşitlenebilecektir.

İşveren, işyerine işçi almak istediğinde hem aday işçilerin işe uygun olup olmadığı şüphesini gidererek hangi işçiyi seçeceğine karar vermek hem de işe uygun olan adayla iş sözleşmesinin temelini oluşturan güven ilişkisini oluşturabilmek için sözleşme serbestisinin de bir gereği olarak işe başvuru yapanlarla ilgili bilgi edinme hakkına sahiptir⁶⁸⁵. Bilgi toplama çeşitli şekillerde olabilir. İlk ve en temel yol, aday işçiden başvuru için istenen belgeler ve iş görüşmesine geldiğinde kendisine yöneltilen sorulardır. İşveren adaydan özgeçmiş, adli sicil kaydı, diploma, sağlık raporu vb. evrakları talep etmesinin ve görüşmede sözlü sorular sormasının yanı sıra, çeşitli testler yaptırılmasını da isteyebilmektedir. Aday işçi ile işveren arasında doğrudan gerçekleşen bu bilgi edinmenin yanı sıra işverenin üçüncü kişilerden aday ile ilgili bilgi edinmesi de söz konudur⁶⁸⁶. Bu işverenin, aday işçiden talep ettiği ya da kendisinin sunduğu referans kişilerle konuşması, onlara sorular sorması yoluyla gerçekleşebileceği gibi, işçinin bilgisi dâhilinde olmayan araştırma ve görüşmeler şeklinde de olabilir. Ancak bunların hukuka aykırı olmaması için işverenin belli sınırlar içinde hareket etmesi gerekir. Aksi halde aday işçinin kişilik hakları bağlamında Anayasa, TBK, İşK düzenlemelerine ve edinilen bilgilerin işlenmesi bakımından KVKK'na aykırılıklar oluşacaktır. Bunun engellenebilmesi için sözleşme özgürlüğü ile işçinin kişilik hakları arasında bir denge sağlanması gerekecektir⁶⁸⁷.

1. İşverenin Aday İşçiden Bilgi Alması

İşveren, alım yapacağı iş ve işyeri için en uygun işçiyi seçmek ve işçi ile bir güven ilişkisi içinde çalışabileceklerinden emin olmak için öncelikle adaylardan çeşitli belgeler talep edip sorular yönelterek bilgi edinebilecektir. Ancak bu bilgi

⁶⁸⁵ Ruprecht Großmann, “Arbeitsrechtliche Probleme des vorbestraften Arbeitnehmers”, **ArbuR**, Yıl: 1969, Sayı: 4, s. 107.

⁶⁸⁶ Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 239, 262-262; A. Eda. Manav, “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: XIX, Sayı: 2, ss. 95-136, (İşçinin Kişisel Verileri), ss. 113-114; Erkanlı, s. 62; Selen Uncular, **İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2018, ss. 208-211.

⁶⁸⁷ Erkanlı, s. 63.

edinmenin hukuka aykırı şekilde yapılmaması gerekir.

İşverenin sorularının hukuka uygunluğunun sınırını esasen dürüstlük kuralı ve işçinin kişilik hakları belirler⁶⁸⁸. Bu doğrultuda, işverenin bilgi edinme hakkı ve sınırının kaynağı “TMK m. 2 dürüstlük kuralı” ve sözleşme görüşmelerinde güven ilkesinden doğan “edimden bağımsız davranış yükümlülüğü” olduğu savunulmuştur⁶⁸⁹. Tüm bu dayanaklar temelinde işverenin hukukilik sınırını aşp aşmadığının belirlenmesi somut işin niteliğine göre olacaktır⁶⁹⁰. Sonuçta işveren, aday işçinin başvurduğu pozisyon ile bağlantılı olarak sahip olduğu bilgi ve beceriler konusunda bilgi edinmelidir⁶⁹¹.

Açıkladığımız işverenin bilgi edinme ve bu bağlamdaki soru sorabilme hakkına paralel olarak aday işçinin de soruları doğru bir şekilde yanıtlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Ama bu yükümlülük işverenin sahip olduğu hakkın sınırlarını aşmadığı sürece geçerli olacaktır. Aday işçi yalnızca işyeri veya görülecek işle ilgili soruları doğru yanıtlamak zorundadır. Doğrudan ya da dolaylı mesleki bilgisi veya meslek yaşantısıyla ilgisi olmayan, özel yaşama veya temel bir hakkın kullanılmasına yönelik sorular yükümlülüğünün kapsamı dışında kalacaktır⁶⁹². Dahası, kapsam dışı bu sorulara karşı adayın ya da işçinin bir savunma aracı olarak doğru yanıt vermeme hakkı olduğu da kabul edilir⁶⁹³. Bununa birlikte iş ilişkisinin özelliği gereği işverenin bir açıklama bekleyebileceği hallerde de işveren soru sormasa dahi aday işçinin kendiliğinden bilgi vermesi zorunludur⁶⁹⁴. Örneğin, işe başvuran kişi gerekli yeteneğe sahip olmadığını, işini etkileyecek kronik veya bulaşıcı hastalıkları olduğunu ya da işe başladığı sırada tedavi göreceğini işverenden

⁶⁸⁸ Manav, İşçinin Kişisel Verileri, s. 114; Erkanlı, s. 64

⁶⁸⁹ Ertürk, Temel Haklar, s. 65; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 250.

⁶⁹⁰ Manfred Rehbinder, “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, çev. Ömer Teoman, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XLV-XLVII, Sayılar: 1-4, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, 1982, ss. 752-753; Ertürk, Temel Haklar, s. 64; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 151.

⁶⁹¹ Ertürk, Temel Haklar, s. 64.

⁶⁹² Löwisch ve diğerleri, ss. 162-163 Rn. 592; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 245; Ertürk, Temel Haklar, s. 64; Aydınli, Kişiliğin Korunması, s. 29; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 152; Uncular, ss. 190-191; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, ss. 113-114; Erkanlı, s. 64.

⁶⁹³ Aydınli, s. 117; Rüdiger Linck, **Arbeitsrechts-Handbuch**, 18. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, 2019, (Schaub Arbeitsrechts-Handbuch), § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers Rn. 21; Ertürk, Temel Haklar, ss. 73-74, Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 152; Uncular, s. 192; Erkanlı, s. 64;

⁶⁹⁴ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 245; Ertürk, Temel Haklar, ss. 65, 77; SEVİMLİ, Özel Yaşama Müdahale, s. 152; Uncular, s. 191, 197, 198; Erkanlı, ss. 64-65,

saklayamaz⁶⁹⁵, aksi halde işvereni yanıltmış kabul edilecek ve İşK m. 25/II I-a bend kapsamında haklı nedenle feshe başvurulabilecektir⁶⁹⁶.

Belirtmiş olduğumuz bu soyut çerçevenin ardından somut olarak uygulamada işçiye yöneltilen sorular ve bunların kapsamının ne olması gerektiği ele alınmalıdır.

a. Kişisel Durum ve Mesleki Hayata İlişkin Sorular

Aday işçiye; adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, medeni durumu, yerleşim yeri, eğitim durumu ve dereceleri, askerlik durumu, yabancı dil bilgisi, daha önce çalıştığı işyerleri, mesleki tecrübesi, uyuşu⁶⁹⁷ gibi kişisel durumuna ilişkin sorular sorulabilir⁶⁹⁸. Ancak bu, işverenin medeni durumuna ilişkin her türlü soruyu yöneltebileceği anlamına gelmez. İşveren, adayların evli olup olmadıkları ve varsa çocuklarının sayılarını sorabilecektir. Çünkü bu soruların yanıtları çeşitli işlerde çalışma durumunu ve toplu iş sözleşmesi ile getirilen bazı parasal yükümlülükleri etkileyebilir⁶⁹⁹. Ama bu soruları sorabilecek olması işverene bu konuda ayrımcılık yapabileceği ve işe almayabileceği anlamına gelmez⁷⁰⁰. Ancak, evlenmeyi düşünüp düşünmediklerine yönelik sorular sadece bekâr işçilerin çalışmasını gerektirecek işe alımlarda sorulabilecektir. Aksi halde yakında evlenmek istenilip istenilmediği sorulması kabul edilemez⁷⁰¹; adayın sevgilisi olup olmadığı, boşanıp boşanmadığı gibi sorular ise kural olarak hiçbir şekilde yöneltilemeyecektir⁷⁰².

Aday işçinin daha önce çalışmalarında ne kadar maaş aldığı ve diğer işlerden ayrılma nedenleri konusunda soru sorulup sorulamayacağı da önemlidir. Eski ücretlerin her zaman sorulabileceği ve buna doğru cevap verme yükümlülüğü olduğu

⁶⁹⁵ Rehbinden, ss. 755-756; Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 245-246; Uncular, s. 191.

⁶⁹⁶ Süzek, s. 668; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 238; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 318; Odaman, s. 87; Arslan, Haklı Neden, s. 49; Uncular, s. 191.

⁶⁹⁷ Ancak burada 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m. 2/I uyarınca sorulabilecek olan kişinin hangi ülke vatandaşı olduğudur. Aday işçinin ırksal veya etnik kökenine ilişkin sorular kural olarak sorulamayacaktır. Uncular, s. 192 dpn. 375.

⁶⁹⁸ Aydın, s. 117; Aydın, Kişiliğin Korunması, s. 30; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 250; Ertürk, Temel Haklar, s. 66; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 152; Gürsel, ss. 290-322; Uncular, s. 192; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, ss. 114-116; s. Erkanlı, s. 65; Belge, s. 1035.

⁶⁹⁹ Rehbinden, s. 753; Ertürk, Temel Haklar, s. 66 dpn. 193; Uncular, ss. 192-193.

⁷⁰⁰ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm I. E. 3. İşverenin Eşit Davranma Borcu

⁷⁰¹ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers Rn. 33.

⁷⁰² Eyrenci, Personel Seçimi, s. 251; Uncular, s. 193; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, ss. 115-116; Erkanlı, s. 66

görüşü mevcuttur⁷⁰³. Ancak aksi genel görüşe göre, bu soru “çalışma yeri ve işin niteliği ile bir bağ kurulabiliyor” ise geçerli kabul edilebilecek ve bunlara ilişkin yanlış cevaplar her zaman (yeni ücreti için pazarlık amacıyla eski maaşını yüksek söylemesi durumu gibi) işvereni yanıltma olarak değerlendirilemeyecektir. Örneğin, eğer işveren eski işyerindeki ücreti, yeni kurulacak iş ilişkisinde asgari ücret olarak kabul edileceğini söylemesine rağmen aday işçi miktarı yanlış belirtmişse, bir yanıltma olduğu ve sözleşme kurulduktan sonra haklı nedenle fesih imkânı doğabileceği kabul edilecektir⁷⁰⁴. Ancak aday işçi, eski işvereni ile gizlilik anlaşması yapmış ve verilmiş olan maaş, prim ve ikramiyeleri kapsama almış ise işçiye bu sorunun sorulamayacağı işçinin de cevap verme yükümlülüğü olamayacağı açıktır. Bu noktada işverenin işçi ile eski işvereni arasında gizlilik anlaşması yapıp yapılmadığını sorabileceği⁷⁰⁵ sonucu da çıkacaktır. Ayrıca işçi adayı ve işveren arasındaki bir işlemin rekabet yasağına aykırı olması durumunda TBK m. 446/II uyarınca rekabet yasağı sözleşmesi tarafı eski işveren bu aykırı davranışın sona erdirilmesini talep edebilir. Bu talep üzerine de yeni işverenin zararı doğabileceğinden, işverenin aday işçiye rekabet yasağı sözleşmesi olup olmadığını sormakta haklı bir çıkarı olduğu kabul edilebilir⁷⁰⁶. Hatta işveren sormadan aday işçinin kendiliğinden açıklamasının beklenebileceği de belirtilir⁷⁰⁷.

Önceki işlerden ayrılma nedenlerine yönelik sorular da işverenin aday işçiye karşı geleceğe yönelik şüpheleri bakımından önem arz eder. Bu sorular işverenin duyduğu şüpheleri giderebileceği gibi yeni şüpheler doğurabilir; daha da kötüsü bazı önyargıların oluşmasına da sebep olabilir. İşten ayrılışların neden ve nasıl gerçekleştiği sorularının sınırlı bir çerçevede yöneltilebileceği; yeni işverenin İş Kanunu m. 23 uyarınca doğabileceği sorumluluğu engelleyebilmeye yönelik “iş sözleşmesinin kim tarafından sona erdirildiği”, “aday işçi feshettiyse ihbar süresine uyup uymadığı” gibi temel hususların öğrenilebileceği kabul edilmektedir⁷⁰⁸.

⁷⁰³ Rehbinden, s. 753.

⁷⁰⁴ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers Rn. 43; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 252; Ertürk, Temel Haklar, s. 67; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 153; Uncular, s. 194; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, s. 115; Erkanlı, ss. 67-68.

⁷⁰⁵ Ertürk, Temel Haklar, s. 67.

⁷⁰⁶ M. Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994, s. 47; Rehbinden, s. 753; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 153; Yürekli, s. 552; Erkanlı s. 69.

⁷⁰⁷ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 252; Ertürk, Temel Haklar, s. 67, Erkanlı, ss. 69-70.

⁷⁰⁸ Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 153; Uncular, s. 195; Erkanlı ss. 68-69.

Kanaatimizce de İşK m. 23 uyarınca bir sorumluluğunun söz konusu olacağı durum yoksa işçiye böyle bir soru sorulamaz, sorulursa da işçinin doğruyu söyleme yükümlülüğü olmamalıdır. Çünkü işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle işverence feshedilmiş veya hakkında şüphe feshi uygulanmış olabilir. İşverenin bu gibi bilgileri öğrenmesi de işverende şüphe doğuracak, aday işçiye karşı oluşan bir önyargı ile işi alınmayabilecek ya da aleyhine koşullar taşıyan bir iş sözleşmesi imzalamak zorunda kalabilecektir.

İş sözleşmesi gerçekten işçinin bir davranışından dolayı (yükümlülük ihlali ya da işlediği bir suç) sona ermiş olsa da, müstakbel işverenin bunu öğrenmesi yüzünden işi kaybetmesi ya da aleyhine durumlar oluşması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. İşçi zaten iş sözleşmesi sona erdirilerek, ceza mahkûmiyeti alarak bu davranışının sonuçlarına katlanmıştır. Bu sebeple işçi aynı davranışlarla adeta tekrar tekrar cezalandırılmamalıdır. Sonuçta, kural olarak işverenin sona erme nedenini sormaması gerektiği kabul edilmeli; sorduysa da işçi doğruyu söylemekle yükümlü tutulmamalıdır. Elbette işveren de sözleşme hürriyeti kapsamında kendi menfaatlerini korumakta ve işletmesinin geleceğini düşünmektedir. Bu sebeple işverenin her türlü soruyu sorup ona göre güven duyabileceği, işi için en mükemmel insanı seçebilmesi imkânı verilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak burada aday işçi ve işveren arasındaki hak ve menfaat dengesine bakıldığında bu soruların sorulmaması ya da doğru yanıtlanma yükümlülüğü olmaması öne geçecektir. Çünkü öncelikle, işverende oluşacak ön yargıdan dolayı işi kaybedeceğinden işçi ve ailesi maddi-manevi bir çıkmaza sürüklenebilir. Bu da anayasal insana yakışır bir şekilde yaşama hakkına (AY m. 17 ve m. 56) zarar verecektir. Ayrıca işçi geçmişteki davranışı sebebiyle ileriye yönelik olarak yaftalanarak, bir davranışından tekrar tekrar dolayı da olsa cezalandırılmış olacağından bu durumun iki kere cezalandırma yasağına⁷⁰⁹ aykırılık teşkil edeceği dahi söylenebilecektir. Ortada gerçekleşmiş bir suç varken, mevcut şüphe tamamen yok olmadığı sürece (şüpheden sanık yararlanır⁷¹⁰) şüphe duyulan kişinin suçlu olduğu söylenemiyor, aksi durumun masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkına aykırılık teşkil edeceği kabul ediliyorken; bir işçiyi daha önceki bir davranışından dolayı gelecekte de başka davranışlar işleyeceği gözüyle bakmanın hukuka uygun olmayacağı açıktır. Daha ortada suç olmamasına rağmen

⁷⁰⁹ Bkz. Birinci Bölüm II. D. Non Bis In Idem

⁷¹⁰ Bkz. Birinci Bölüm II. F. Şüpheden/Kuşkudan Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo)

kişi suçlu kabul edilmekte, daha suç oluşmadan suç isnadında bulunularak masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı⁷¹¹ zedelenebilmektedir⁷¹².

b. Eski Hükümlülük ve Genel Bilgi Toplama (GBT) Kaydına İlişkin Sorular

Aday işçiye, eski hükümlülüğe dair sorular da ancak başvurulmuş iş açısından önem taşıyorsa yöneltilebilecek ve cevaplandırılması (hatta sorulmasa bile bildirilmesi⁷¹³) gerekecektir⁷¹⁴. Çünkü işçinin işi ile ilgisi olmayan bir sabıkası konusunda açıklama yapma yükümlülüğü olduğunu kabul etmek, işçinin kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir. Doktrinde de işçi adayının işle maddi bağlantısı olan eski mahkûmiyetlerini bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Dahası, iş ile maddi bağlantısı olan mahkûmiyetler bile adli sicilden silindiyse ve işçinin kendisine bu konuda soru yöneltirse dahi sabıkası olmadığını söyleyebileceği ileri sürülmüştür⁷¹⁵. Ancak işin niteliğiyle doğrudan ilişkili mahkûmiyetler bakımından silinen kayıtlarla ilgili soru sorulabileceği ve doğru yanıtlanması gerektiği aksi görüşü de mevcuttur⁷¹⁶. Kanaatimizce esas olan sicile işlenmemiş veya sicilden silinmiş kayıtların açıklanmasının zorunlu olmayışındır ki aksi halde durumların adli sicile işlenmemesi ya da silinmesinin bir anlamı olmayacaktır. Yargıtay Ceza Dairesi, şartları gerçekleştiği için adli sicilden silinen suçlar ve kesinleşen HAGB kararının sanık

⁷¹¹ Bkz. Birinci Bölüm II. E. Masumiyet/Suçsuzluluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı

⁷¹² Ayrıca bkz. İkinci Bölüm II. B. 1. b. Eski Hükümlülük ve Genel Bilgi Toplama (GBT) Kaydına İlişkin Sorular. Bu açıklamalarımız esasen, ülkemizde oluştuğunu düşündüğümüz şüphe feshi çeşidi bakımından da önem arz eder. Bkz. Üçüncü Bölüm III. B. Şüphe Feshi Çeşitleri

⁷¹³ Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 156.

⁷¹⁴ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers Rn. 45; Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, §33 Faktische Bindung des Arbeitgebers durch Begrenzung seiner Informationsmöglichkeiten („Grenzen des Fragerechts“) Rn. 117; Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 255-256; Ertürk, Temel Haklar, s. 71; Uncular, s. 206. Ayrıca bkz. BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1071/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 20, ss. 1131-1136. Ancak Yargıtay’ın adli sicil ile ilgili olup olmadığına bakmaksızın işe girişte gizlenmesinin haklı neden teşkil ettiği yönünde kararı da bulunmaktadır. Bkz. Y. 9. HD. 06.06.2000, 2000/4727 E. 2000/7993 K., www.legalbank.net, (19.12.2021).

⁷¹⁵ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers Rn. 46; Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 255-256; Ertürk, Temel Haklar, ss. 71-72; Odaman, ss. 91-92; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 157; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, s. 119; Arslan, Haklı Neden, s. 54; Erkanlı, s. 80.

⁷¹⁶ Uncular, ss. 206-207.

hakkında HAGB'ye engel teşkil etmeyeceği kararı verebilirken; işçiyi esas olarak “adli sicilden silinen bilgiler”i açıklamakla yükümlü tutmak uygun olmayacaktır⁷¹⁷.

Ama somut olaya göre güvenliğin çok önemli olduğu, kamu güvenliği bakımından da önem arz eden, toplum için hassasiyet taşıyan işlerde silinmiş olan kayıtlarla ilgili de bilgi verilmesi gereklidir. Çünkü bu gibi işlerde artık korunmaya çalışılan sadece işverenin ve işletmesinin menfaati değildir. Kamu güvenliği söz konusu olduğundan bu konuda sorular sorulması kamu yararına olacaktır. Örneğin, anaokulu öğretmeni olarak çalışacak aday işçiye, çocuklarla temas halinde olacağından adli sicilde yer alsın ya da almasın “çocuklara yönelik veya onların güvenliğine tehdit oluşturabilecek tüm suçlar”a ilişkin soru sorulabilmelidir. Bu hususta aday işçinin de doğruyu söylememe hakkı bulunmadığı kabul edilmelidir⁷¹⁸.

İşçilerin sabıkalari hakkında işveren sorularına doğru söyleme ya da soru sorulmasa bile açıklama yapma yükümlülüğü hususu, “işçinin işvereni yanıltmasına dayanan haklı nedenle fesih davaları” aracılığıyla Yargıtay tarafından incelenmiştir. Çünkü işçinin açığa vurmama hakkı olduğu konularda, “işçinin işvereni yanıltması haklı nedeni” kural olarak oluşmayacaktır.

Yargıtay bir kararında güvenlik görevlisi bir işçinin, işe alım sırasında doldurduğu formda sabıkasını gizlemesini yalan beyan olarak değerlendirmiş ve bu durum işveren lehine haklı fesih nedeni kabul edilmiştir⁷¹⁹. Yargıtayın bu kararına göre, işveren güvenlik görevlisine adli sicile ilişkin soru sorabilecek, işçi de buna doğru cevap vermekle yükümlü olacaktır. Burada işçi güvenlik görevlisi olduğu için karar yerindedir. Çünkü bir güvenlik görevlisi için adli sicil kaydının işi açısından önemli olacağını doğrudan söylemek mümkündür. Zaten 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun⁷²⁰’un 10. maddesinin 2017 yılında eklenen I-d ve h bendi uyarınca aday işçiye güvenlik soruşturması yapılması ve adli sicil kaydının talep edilmesi gerekecektir. Ayrıca I-d bendine dayanarak işveren, “işle ilgili dahi olsa adli sicilden silinmiş sabıkalariin bildirilmesinin zorunlu olmayacağı” görüşünün aksine, özel güvenlik görevlisi adayına adli sicil kaydına işlenmemiş HAGB kararlarının var

⁷¹⁷ Y. 18. CD., 30.11.2015, 2015/9331 E. , 2015/12194 K., www.legalbank.net, (05.11.2021).

⁷¹⁸ Gürsel, s. 319.

⁷¹⁹ Bkz. Y. 9. HD. , 22.01.1998, E. 1998/19393, K. 1998/432, Y. 9. HD. , 6.6.2000, E. 2000/4727, K. 2000/7993, www.kazanci.com, (11.06.2020).

⁷²⁰ RG Tarihi: 26.06.2004, RG Sayısı: 25504.

olup olmadığını dahi sorabilecek, adayın da bu konuda bildirim yapma veya doğruyu söyleme yükümlülüğü olacaktır.

Ancak başka mesleklerde özel bir düzenleme bulunmadıkça, adli sicil kaydına yönelik soru sorma hakkı ve açıklama yapma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını söyleyebilmek için, sabıkanın ve başvurulmuş işin ne olduğunun tespit edilmesi gerekir. İşçilerin sabıkalarını açıklamaması veya adli sicil kayıtlarını sunmamasının haklı neden teşkil edip etmeyeceği “başvurulan iş ve sabıkanın niteliğinin esas alındığı bir değerlendirme” sonrası söylenmelidir. Böylece doktrindeki görüş doğrultusunda, işçi adayının suçunun işle bağlantısı olup olmadığı ve buna göre eski mahkûmiyetlerin bildirilmesi gerekip gerekmediği net bir şekilde tespit edilebilecektir. Bu anlayıştan yola çıkarak, her ne kadar iş hayatında aksi gerçekleşse de, özel güvenlik gibi istisnai durumlar olmadıkça, işverenin sadece işle bağlantılı sabıkası olup olmadığını sorma hakkı olacağı, tüm sabıkalarının yer aldığı adli sicil kaydını sunmasını aday işçiden talep edemeyeceği kabul edilmelidir⁷²¹.

Adli sicil kaydında yer almayan, ancak Genel Bilgi Toplama kısaca “GBT” olarak nitelendirilen kayıtlarda yer alan bilgilere ilişkin soru sorulup sorulamayacağı ve bu konuda bilgi verme ya da doğru söyleme yükümlülüğü olup olmadığına da bakmak gerekir. Burada sorular, evleviyet prensibi uyarınca yanıtlanabilir. Buna göre, eski hükümlülüğe ilişkin, yani aday işçinin işlediği kesinleşip hüküm giydiği suçlarla ilgili olarak işveren ancak sınırlı bir şekilde soru sorabiliyor, dahası bu suçlar adli sicil kaydında yer almıyor ise işle ilgili olsalar dahi aday işçi işverene sabıkası olmadığını söyleyebiliyorsa; henüz sonuçlanmamış ya da sonucunda herhangi bir mahkûmiyet kararı verilmemiş soruşturma ya da kovuşturma aşamalarına veya gözaltı, tutukluluk koruma tedbirlerine ilişkin soru sorulmasının ve aday işçinin bunlara doğru yanıt vermekle yükümlü tutulmasının mümkün olmaması gerekecektir. Ancak bunun da önemli istisnası Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun m. 10 olacaktır. Çünkü madde de özel güvenlik olacak kişi hakkında,

Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarından dolayı hakkında devam etmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma bulunmamak

şartı arandığından, işverenin belirtilen suçlarla ilgili soruşturma veya kovuşturma

⁷²¹ Uncular, s. 207.

bulunup bulunmadığını aday işçiye sormaya hakkı vardır. Aynı doğrultuda, işveren sormasa bile işçinin bu soruşturma veya kovuşturmaları işverene açıklamak zorunda olduğu söylenecektir.

Durumun HAGB kararı bakımından da irdelenmesi gerekir. Hem soru sorma hakkı hem de HAGB kararına ilişkin yaptığımız açıklamalar⁷²² uyarınca işçinin hakkındaki HAGB kararına ilişkin soruları doğru yanıtlama ya da sormadan bilgi verme zorunluluğu olduğu (özel güvenlik görevlisi adayları hariç) söylenemeyecektir. Aksi halde HAGB kararı verilmiş olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Yapılacak işle ilişkili olsa dahi adli sicilden silinmiş mahkûmiyetleri söyleme yükümlülüğü olmadığını belirten görüş⁷²³ bunu destekler niteliktedir.

Alman Hukuku'nda yargı içtihadlarına göre ise, işveren, başvuru iş bakımından işçinin yeterliliğini etkileyebilecek konularda devam eden soruşturma veya kovuşturmalara ilişkin soru sorabilecektir⁷²⁴. Örneğin, bir şoför adayına trafik suçlarına, banka memuruna ise zimmet, hırsızlık gibi suçlara ilişkin olarak bu soruları yöneltebilecektir. Ancak kovuşturma aşamasına geçilmeden sona ermiş soruşturmalar bakımından müstakbel işverenin meşru bir menfaatinin olmayacağı kabul edilmiştir⁷²⁵. Dolayısıyla da BDSG m. 26 uyarınca bu soruların sorulması mümkün görülmemiştir⁷²⁶. Özellikle de Alman Federal Adli Sicil Kanunu (BZRG⁷²⁷) m. 51⁷²⁸'deki kanıt olarak kullanma yasağı ve m. 53⁷²⁹'deki kişilerin mahkûmiyetlerinin açıklanmasına ilişkin düzenlemelerin bunu gerektirdiği ifade

⁷²² Bkz. Birinci Bölüm III. A. 2. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) Kararı

⁷²³ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers Rn. 46; Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 255-256; Ertürk, Temel Haklar, ss. 71-72; Odaman, ss. 91-92; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, s. 119; Arslan, Haklı Neden, s. 54; Erkanlı, s. 80.

⁷²⁴ BAG, 27. 7. 2005 - 7 AZR 508/04, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 21, ss. 1243-1246; BAG, 15. 11. 2012 - 6 AZR 339/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 8, ss. 429-433.

⁷²⁵ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, §26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers Rn. 48.

⁷²⁶ BDSG m. 26 ile ilgili bilgi için bkz. İkinci Bölüm Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

⁷²⁷ Bundeszentralregistergesetz

⁷²⁸ BZGR m. 51: “Adli sicildeki bir mahkûmiyet kaydı silinmişse veya silinecekse, ilgili kişinin söz konusu fiili ve mahkûmiyeti artık hukuki işlemlerde dikkate alınamaz ve aleyhine kullanılamaz.

Söz konusu fiil veya mahkûmiyetten doğan üçüncü şahıs hakları, fiil veya mahkûmiyetin kanuni/hukuki sonuçları ve mahkeme veya idari makamların fiil veya mahkûmiyetle bağlantılı olarak verilen kararları ise etkilenmeden varlığını sürdürecektir”.

⁷²⁹ BZGR m. 53: “Hüküm giymiş kişiler, mahkûmiyetleri adli siciline işlenmemişse veya m. 32/3-4 uyarınca adli sicilden silinmiş ya da iptal edilmişse kendilerini cezasız olarak tanımlayabilir ve mahkûmiyetinin dayandığı gerçekleri açıklamasına da gerek yoktur.

Mahkemeler veya resmi makamlar bilgi alma hakkına sahip oldukları ölçüde, hüküm giymiş kişiler, kendilerine bu konuda talimat verilirse birinci fıkra devreye giremeyecektir”.

edilmiştir. Çünkü görüldüğü üzere işçinin mahkûmiyetini söylememe hakkının dahi söz konusu olduğu kabul edilebiliyorsa, adli sicile zaten işlenmeyen kapanmış bir soruşturma için bu evleviyetle geçerli bulunmuştur⁷³⁰. Adli sicil bakımından da hukukumuzda olduğu gibi Alman Hukuku'nda da, kanunların açıklama yükümlülüğü getirdiği özel bir durum yoksa ve işçinin sözleşme konusu işin açıklanmasını gerektirdiği söylenemiyorsa işçinin sabıkasını gizlemesinin işverene haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceği ifade edilmiştir⁷³¹. İşveren, işçi adayının alınacağı işin gerektirmesi durumunda ve işle ilgili olacak ölçüde, işçinin sabıkasına yönelik sorular yöneltebilecek ve buradaki kıstas işverenin sübjektif bakış açısı olmayacaktır. Objektif olarak sabıka kaydının açıklanmasının iş için önemli olduğu söylenebilmelidir⁷³².

Son olarak belirteceğimiz husus ise, aday işçinin mahkûmiyetlerinin hiçbir sınır olmaksızın öğrenilmesi ve işçinin herhangi bir sabıkasından dolayı (işle ilgisi olsun olmasın) yaftalanması, gelecekte de suç işleyebilir önyargısıyla işe alınmaması⁷³³ durumunda, “işçinin daha önceki iş ilişkisinin sona erme nedeninin sorulup sorulamaması” bakımından yaptığımız “non bis in idem, lekelenmeme hakkı ve masumiyet karinesi”nin zedelenebileceğine ilişkin açıklamaların burada da geçerli olacağıdır⁷³⁴.

c. Siyasî Görüş, Dinî İnanç ya da Sendika Üyeliğine İlişkin Sorular

Dini ve felsefî inanca veya parti ve sendika üyeliğine ilişkin sorular kural olarak işçiye yöneltilemeyecektir. Sorulsa dahi işçinin bunlara cevap verme ve doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmayacaktır⁷³⁵. Çünkü bu sorular çeşitli anayasal

⁷³⁰ BAG, 15.11. 2012 – 6 AZR 339/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 8, ss. 430-433; BAG, 20.03.2014 – 2 AZR 1071/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 20, ss. 1131- 1136.

⁷³¹ Dietrich Korn, “Die Offenbarungspflicht des vorbestraften Arbeitnehmers bei einwandfreiem polizeilichen Führungszeugnis” **RdA**, Yıl: 1957, Sayı: 7/8, s. 292; Großmann, s. 107.

⁷³² BAG, 15.01.1970 - 2 AZR 64/69, **SAE**, Yıl: 1971, ss. 132-134.

⁷³³ İşe alındıktan sonrası için bu durum, adli sicil, ceza soruşturma ve kovuşturması ya da uygulanmış koruma tedbirlerinden dolayı doğan gelecekte yaşanabileceklere ilişkin şüpheden dolayı işçinin iş sözleşmesinin şüphe sebebiyle sona erdirilmesi şeklinde karşımıza çıkacaktır. Bkz. Üçüncü Bölüm III. B. Şüphe Feshi Çeşitleri.

⁷³⁴ Bu açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm II. B. 1. a. Kişisel Durum ve Mesleki Hayata İlişkin Sorular

⁷³⁵ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers Rn. 32, 40; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 256; Ertürk, Temel Haklar, s. 72; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 157; Zeki Okur, “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu-İş**

haklara (AY. m 10 “Kanun önünde eşitlik”, AY m. 24 “Din ve vicdan hürriyeti”, AY m. 25 “Düşünce ve kanaat hürriyeti”⁷³⁶, AY m. 67 “Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakkı”, AY m. 51 “Sendika Özgürlüğü”) aykırılık teşkil edecektir. Sadece anayasal düzenlemelerden değil bu gibi sorular sorulmaması gerektiği sonucu İŞK m. 5’deki eşitlik ilkesi ve STİSK m. 25’deki sendika özgürlüğü düzenlemelerinden de çıkarılabilecektir. Ayrıca nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin TCK m. 122/I-c⁷³⁷ düzenlemesiyle bir anlamda işverenin bu konularda sorular sormasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Sonuç olarak işveren işçiye bu konularda sorular soramayacak ve sorulmuş olan sorulara işçi yalan söylese dahi işvereni yanıltma sebebiyle haklı nedenle fesih imkânı doğmayacaktır⁷³⁸.

Fakat burada önemli bir istisna karşımıza çıkacaktır. Buna göre, işçi bir dini kurumda, siyasi partide, dini veya siyasi eğilimi olan bir kuruluşta çalışacaksa bu tür sorular yöneltilebilecektir⁷³⁹. Söz konusu istisnanın anlaşılması için manevi amaçlı işletmelerin ne olduğuna bakılması gerekir. “Manevi amaçlı işletme (Tendenzbetrieb)”, Alman İşyeri Düzeni Kanunu’nun (BetrVG)⁷⁴⁰ 118. maddesinde ele alınmıştır. Düzenlemeye göre, doğrudan doğruya ve ağırlıklı olarak belli bir dini, politik, sınıfsal, eğitsel, sanatsal amaçlara veya basın yayın ve film özgürlüğü kapsamında düşünce açıklaması ve raporlama amacına ulaşmaya hizmet eden işletmeler, “manevi amaçlı işletme” olarak nitelendirilir. Bu işletmelerde, işletmenin amacına bağlı olarak işverenin soru sorma hakkı genişleyebilmektedir⁷⁴¹. Bu

Dergisi, Yıl: 2006, Cilt: 8, Sayı: 4, <https://www.tuhis.org.tr/pdf/842.pdf>, (08.03.2021), (Düşünce Özgürlüğü), s. 12; Yürekli, s. 552; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 634; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, s. 119; Erkanlı, s. 71; Belge, s. 1036.

⁷³⁶ İşçinin siyasi, dini, sendikal vb. görüşlerini açıklaması bakımından ifade özgürlüğü hususunda bilgi için bkz. Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, ss. 644 vd.

⁷³⁷ TCK m. 122/I-c : “ (1)Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle ...

...c) Bir kişinin işe alınmasını... engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

⁷³⁸ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 256; Ertürk, Temel Haklar, s. 74; Odaman, s. 93; Okur, Düşünce Özgürlüğü s. 12; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 634; Erkanlı, s. 71, 72-73.

⁷³⁹ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 256; Okur, Düşünce Özgürlüğü, s. 13; Uncular, s. 207; Erkanlı, s. 72.

⁷⁴⁰ BetrVG-Betriebsverfassungsgesetz.

⁷⁴¹ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers, Rn. 42; Alman Hukuku’nda manevi amaçlı işletmeler bakımından soru sorma hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, § 33 Faktische Bindung des Arbeitgebers durch Begrenzung seiner Informationsmöglichkeiten („Grenzen des Fragerechts”) Rn. 101-107.

durumda söz konusu sorular Alman Genel Eşitlik Kanunu (AGG⁷⁴²) m. 8/I “mesleki gereklilikler sebebiyle bir farklı muamele söz konusu olabileceği” düzenlemesi kapsamında ayrımcılık olarak değerlendirilememektedir. Ancak maddede aday işçinin işyerindeki pozisyonu ve görev tanımının ne olduğunun da işletmenin manevi amacı bakımından göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin, kapıcı olarak çalışmak üzere işe girecek işçi bakımından manevi amaçlı işletmelerde doğrudan soru sorma hakkının genişleyeceğini söylemek mümkün olmayacaktır⁷⁴³.

Manevi amaçlı işletme kavramı, Türk Mevzuat’ında kullanılmamaktadır. Ancak 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu⁷⁴⁴ 7. maddesi bu konuyla ilgili örnek gösterilebilir. Söz konusu maddenin I-d bendince “*bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı mümkün görülebileceğinden*” bu kişilere dini inanca yönelik sorular sorulabilecektir⁷⁴⁵.

İşverenin soru sorma hakkına ilişkin genel açıklamalarda bulunurken de belirttiğimiz temel esas işle ilgili değildir. Dolayısıyla kural özel hayata ilişkin sorular sorulamayacak olmasıdır. Ancak bu “Tendenzbetrieb” kavramı bakımından bazı istisnalar olacağı kabul edilebilir. Örneğin, bir kişinin işyeri dışında alkol tüketip tüketmediği, işyerine alkol etkisi altındayken gelmediği sürece önem arz etmeyecektir. Bu sebeple işverenin özel hayatında alkol tüketip tüketmediğini sorma hakkı olmayacaktır⁷⁴⁶. Ancak manevi amaçlı işletme (Tendenzbetrieb) bakımından düşünüldüğünde Yeşilay kurumunda çalışması üzere bir işçi arandığında, adaylara özel yaşamında alkol kullanıp kullanmadığı, sigara içip içmediği ya da geçmişte alkol tedavisi görmüş olup olmadığı gibi soruların sorulmasının mümkün olabileceği düşüncesindeyiz⁷⁴⁷.

Tendenzbetrieb dışında dini inanca yönelik soru sorabilmenin istisnası ise, işverenin başka dinlere mensup işçilerinin işe başladıktan sonra onların dini bayramlarında özel olarak izin verebilmek adına hangi dine mensup olduklarını

⁷⁴² Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

⁷⁴³ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers, Rn. 42.

⁷⁴⁴ RG Tarihi: 20.04.2016, RG Sayısı: 29690.

⁷⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birben, İşçinin Özel Yaşamı, ss. 143-149.

⁷⁴⁶ Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, ss.155-156; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, s. 116.

⁷⁴⁷ Alkol, sigara ve zararlı madde kullanımına ilişkin sorularla ilgili ayrıca bkz. İkinci Bölüm II. B. 1. d. Sağlık Durumuna İlişkin Sorular

sorabilecektir. Ama işçinin bu konuda cevap verme ya da doğruyu söyleme yükümlülüğü olduğu kabul edilemeyecektir⁷⁴⁸.

d. Sağlık Durumuna İlişkin Sorular

Aday işçinin sağlık durumuna ilişkin sorular, gerçekten çalışma yeri ve işin niteliği gerektiriyorsa sorulabilecektir⁷⁴⁹. Örneğin, “amaçlanan faaliyete uygunluğu kalıcı olarak veya periyodik aralıklarla sınırlayan bir hastalık veya sağlık durumunda bozukluk olup olmadığı”, “performansı düşürmese de gelecekteki meslektaşları veya müşterileri tehlikeye atan bulaşıcı hastalıkları bulunup bulunmadığı”, “işe başlanılacak anda veya öngörülebilir bir gelecekte, planlanmış bir ameliyat, onaylanmış bir tedavi veya mevcut bir akut hastalık nedeniyle çalışamamanın söz konusu olup olmayacağı” sorulabilecektir⁷⁵⁰. Aday işçilerin sağlıklarının işe uygun olup olmadığına karar vermek sadece işverenin iş sözleşmesi yapıp yapmamasına ilişkin şüphelerini gidermek için bir yol değil, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmek ve sosyal yardımlardan yararlanma durumunun olup olmadığına karar vermek için bir gerekliliktir⁷⁵¹. Dahası 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)⁷⁵²ndaki işverenin, işçilerin sağlıklarının gözetimi ve çalışılacak iş için sağlık raporu alınmasına ilişkin yükümlülükler bakımından düşünüldüğünde⁷⁵³, işçiye sağlığına ilişkin sorular sorulması bir zorunluluk olacaktır.

⁷⁴⁸ Uncular, s. 208.

⁷⁴⁹ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers, Rn. 30; Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 252-253, 255; Şükran Ertürk, “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 4, Sayı: 2, İzmir 2002, (Hastalık Sebebiyle Fesih), s. 9; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 154; Uncular, s. 196.

⁷⁵⁰ BAG, 07.06.1984 - 2 AZR 270/83, **NZA**, Yıl: 1985, Sayı: 2, ss. 57-58.

⁷⁵¹ K. Ahmet Sevimli, “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 24, Aralık 2011, (Veri Koruma), s. 127; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, s. 116.

⁷⁵² RG Tarihi: 30.06.2012, RG Sayısı: 28339

⁷⁵³ İSGK m. 15: “(1) İşveren;

a) Çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar.

b) Aşağıdaki hallerde çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır:

1) İşe girişlerinde.

2) İş değişikliğinde.

3) İş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde.

4) İşin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla.

Buna paralel olarak işe başvuran kişi de sağlığının yapacağı işe uygun olmadığını, işini etkileyecek kronik veya bulaşıcı hastalıkları olduğunu ya da işe başladığı sırada tedavi göreceğini işverenden saklayamaz. İşveren sormasa da bilgisi dâhilinde olan durumları kendiliğinden bildirmek zorundadır⁷⁵⁴.

e. Hamileliğe İlişkin Sorular

Kural olarak kadın işçinin hamile olup olmadığını sormak, hem anayasal özel hayatın gizliliği hakkına (AY m. 20) hem de Türkiye'nin onaylamış olduğu Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne (m. 11) aykırı olacaktır⁷⁵⁵. Ayrıca bu sorular iş sözleşmesi yapılırken cinsiyet ve hamilelik gibi sebeplerle farklı işlemde bulunulmasını engelleyen İŞK m. 5'deki eşit davranma ilkesine'e de uygun görülemez⁷⁵⁶. Çünkü İŞK m. 5/III uyarınca,

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Bu sebeple kadın işçinin (ya da eşinin bebek bekleyip beklemediğine yönelik olarak erkek işçinin) bu tür sorulara da cevap vermeyebileceği ve yanlış bilgi verirse de bunun feshe neden olamayacağı kabul edilir⁷⁵⁷.

İŞK m. 5/III'deki belirtildiği şekilde, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılarsa, bu konulardaki soru sorulamaması ve açıklama yapma veya

(2) Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz.

(3) Bu Kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporları işyeri hekiminden alınır. 50'den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için ise kamu hizmet sunucuları veya aile hekimlerinden de alınabilir. Raporlara itirazlar

Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır, verilen kararlar kesindir.

(4) Sağlık gözetiminden doğan maliyet ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyet işverence karşılanır, çalışana yansıtılamaz.

(5) Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur". İşveren bu maddeye aykırı davranırsa, İSGK m. 26/I-f bendi uyarınca yükümlülüğünü yerine getirmediği her bir işçi için kendisine 1000 TL idari para cezası verilecektir.

⁷⁵⁴Rehbinder, ss. 755-756; Uncular, ss. 191, 197, 198; Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 245-246, 253; Süzek, s. 289; Ertürk, Temel Haklar, s. 68; Akyiğit, s. 100; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 154; Erkanlı, s. 75.

⁷⁵⁵ Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 254-255; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 318; Erkanlı, s. 77.

⁷⁵⁶ Erkanlı, s. 77.

⁷⁵⁷ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255. Kadının hamileliğine ilişkin sorularla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ertürk, Temel Haklar, s. 68-71; Yürekli, s. 551; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, ss. 115-118; Arslan, Haklı Neden, ss. 52-53, Erkanlı, ss. 76-79.

doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmayışı bakımından istisnalar olacaktır. Örneğin, kimyasal atıklarla uğraşma ya da x ışınlarına maruz kalma gibi iş sağlığı ve güvenliği bakımından sorun çıkaracak alanlarda kadın işçilere hamile olup olmadığı sorulabilecektir. Bu sorulara verilen yanlış cevaplar da işvereni yanıltma olarak kabul edilip haklı nedenle feshe imkân sağlayabilecektir. Dahası işveren soru sormasa bile bu gibi durumlarda işçinin kendiliğinden açıklama yapma zorunluluğu bulunmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği nedeni dışında, çalışılacak işin niteliğinden dolayı bu istisna sporculuk, mankenlik ve sahne sanatçılığı gibi mesleklerde de geçerli olacaktır⁷⁵⁸.

Fakat karşı görüşe göre, hamilelik her durumda işverene bir külfet olacağından, istisnalar olsun olmasın bu konuda her zaman soru sorulabilecek ve aday işçinin bildirimde bulunması gerekecektir⁷⁵⁹. Bu görüş doğrultusunda aday işçinin yakın zamanda hamile kalmayı düşünüp düşünmediğinin dahi sorulabileceği de savunulmuştur⁷⁶⁰. Alman Hukuku'nda da işle ilgisi olsun olmasın, işverenin işçi adayına hamile olup olmadığını sorma hakkı olduğu ileri sürülmüştür⁷⁶¹. Ama son dönemde bunun tam aksine “çalışanın sınırlı bir süre için veya kalıcı olarak işe alınıp alınmadığı”, “hamilelikte çalışıp çalışamayacağı”, “gece çalışmasının yasak olup olmadığı” vb. hususların dahi hamilelik ile ilgili soru sormasını mümkün kılmayacağı doktrinde savunulmuştur. Çünkü işçi adayının hamile olması sebebiyle işe alınmamasının kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir⁷⁶². AGG m. 3/I 2. cümlede belirtildiği üzere bir kişiye annelik veya hamilelik sebebiyle olumsuz olarak farklı davranılması da cinsiyet ayrımcılığı olarak görülmüştür⁷⁶³. Ayrıca aday işçi ister

⁷⁵⁸ Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 246, 255; Ertürk, Temel Haklar, ss. 76-77; Yürekli, s. 566; Arslan, Haklı Neden, s. 53; Uncular, s. 204; Erkanlı, s. 76.

⁷⁵⁹ Ali Nazım Sözer, “Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Sayı: 6, Kasım - Aralık 1982, ss. 1050-1051; Serkan Odaman, “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ekim-2002, s. 274, (İşçinin İşvereni Yanıltması), s. 41.

⁷⁶⁰ Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 42.

⁷⁶¹ Bu görüş, işverenin “işçi adayına hamile olup olmadığını sorma hakkı”nı kabul etmesine rağmen, işçiye hamile kalmayı planlayıp planlamadığının sorulamayacağını ifade etmiştir. Horst Neumann, “Persönlichkeitsrecht, Vertragsfreiheit und gegenseitige Sozialpflichtigkeit” **JZ**, Yıl: 1962, Sayı: 7, ss. 206-207.

⁷⁶² EuGH, 03.02.2000 - Rs. C-207/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 5, ss. 255-256; EuGH, 04.10.2001 - Rs. C-109/00, **NZA**, Yıl: 2001, Sayı: 22, ss. 1241-1243; EuGH, 04.10.2001 - Rs. C - 438/99, **NZA**, Yıl: 2001, Sayı: 22, ss. 1243-1246.

⁷⁶³ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers, Rn. 41.

kadın ister erkek olsun⁷⁶⁴, kendi ya da eşinin hamileliğine yönelik soruların sorulamamasının Alman Genel Eşitlik Kanunu'nun (AGG) kabulünden önce dahi mümkün olmadığı belirtilmiştir⁷⁶⁵.

Hamilelik ile ilgili sorular bakımından belirteceğimiz diğer bir husus da, yer verdiğimiz istisnalar olmasa da eğer dış görünüşünden belli oluyorsa, adayın hamileliğin kaçınıcı haftasında olduğunun, doğumun ne zaman gerçekleşebileceğinin sorulması mümkün görülmüştür. Aday işçinin de bu soruları doğru bir şekilde yanıtlaması gerekecektir. Çünkü işçinin, İşK m. 74 “Analık halinde çalışma ve süt izni” maddesi uyarınca, hamilelikte ve sonrasında ücretli ve istenirse ücretsiz izinler şeklinde uzun bir süre çalışmaması söz konusu olacaktır. Hamilelik zaten gözle görülür olduğundan bu soruları sormanın ve hatta annenin çalıştırılmama dönemine girdiği son 8 hafta (çoğul gebelikte son 10 hafta) hamilelik sebebiyle işe almamanın hukuka aykırı olmayacağı belirtilmiştir⁷⁶⁶. İş ilişkisinde işçinin güçsüz konumu sebebiyle her ne kadar işçiyi koruma ilkesi esassa da, değerlendirmelerde menfaat dengesinin korunması gerekir. Bu sebeple adayın çalıştırılmayacak döneme girmiş hamilelikleri bakımından yapılan tespit yanlış değildir.

2. İşverenin Üçüncü Kişilerden Bilgi Alması

İşveren, aday işçinin işe uygunluğunu tespit edip, gelecekte düzgün şekilde işi yürüteceğinden emin olup, aralarında güven ilişkisi kurabilmek için ona karşı şüphelerini gidermeye çalışırken, sadece aday işçinin kendisine soru sormakla yetinmeyecektir. Uygulamada çok sık rastlandığı üzere işveren referans (tavsiye)⁷⁶⁷ gösterilmesini isteyebilir ya da aday işçi kendiliğinden özgeçmişinde referans için başvurulacak kişileri belirtebilir. Bunların yanı sıra işveren, aday işçiden habersiz çeşitli araştırmalar yaparak ve üçüncü kişilere başvurarak onun hakkında bilgi toplamaya çalışabilir. İşveren genelde, işçiyle görüşüp ondan başvuru belgelerini aldıktan sonra ilk olarak aday işçinin daha önceki ya da varsa hala çalışmakta olduğu

⁷⁶⁴ BAG, 15.10.1992 - 2 AZR 227/92, NZA, Yıl: 1993, Sayı: 6, ss. 257-259.

⁷⁶⁵ Linck, Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, § 26 Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers, Rn. 41; Ulrich Preis, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 21. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, München, 2021, BGB § 611a Rn. 274. Ayrıca bkz. BAG, 06.02.2003, 2 AZR 621/01, NZA, Yıl: 2003, Sayı: 15, ss. 848-849.

⁷⁶⁶ Erkanlı, s. 78.

⁷⁶⁷ Bir şeyin, bir kimsenin iyi, işe yarar olduğunu ilgili kişiye söyleme, www.tdk.gov.tr, (16.08.2020).

işveren(ler)ine başvurup bilgi alma yolunu seçer.

İşverenin üçüncü kişilerden bilgi alması bakımından söylenebilecek ilk şey, aday işçilerin kendisine sormayacağı ve işverene doğru cevap verme yükümlülüğü olmayan konularda başkalarından bilgi edinilemeyeceğidir. Üçüncü kişiler sadece işle doğrudan ilgisi olan soruları yanıtlamalıdır. Aksi halde işçiye sorulacak sorular için kabul edilen sınırlar dolanılmış olacak ve bir anlamı kalmayacaktır ⁷⁶⁸.

Teknolojinin ilerleyişi, elektronik gözetleme ve çevrimiçi veri işlemenin hızla artışıyla paralel olarak kişisel veri ve korunması konusu günden günde önemini arttırmıştır. ABD’de başlayan kişisel veriler ve korunması hukuku, son dönemde tüm dünyada çok önem kazanmıştır. Bu anlayış doğrultusunda önce 16405 sayılı Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik⁷⁶⁹ çıkarılmış ve taslaklar üzerinde yapılan çalışmaların sonucunda 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)⁷⁷⁰ kabul edilmiştir. KVKK m. 12⁷⁷¹’deki veri güvenliğine ilişkin hükümler uyarınca üçüncü kişiler hukuka uygun olmayan sorulara yanıt vermesi durumunda, veri sorumlusu olarak yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaktır. Bu durumda da kabahatlerin düzenlendiği KVKK m. 18/b uyarınca kendisine idari para cezası verilecektir. İşçi ise, bilgiyi veren kişiye göre haksız fiilden ya da gözetme borcuna veya sözleşme sonrası gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklanan tazminat

⁷⁶⁸ Rehbinden, s. 747; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 260; Ertürk, Temel Haklar, s. 75; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 158; Uncular, ss. 208-209; Erkanlı, ss. 81,82.

⁷⁶⁹ RG Tarihi: 24.07.2012, RG Sayısı: 28363

⁷⁷⁰ RG Tarihi: 07.04.2016, RG Sayısı: 29677

⁷⁷¹ KVKK m. 12: “(1) Veri sorumlusu;

a) Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek,

b) Kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek,

c) Kişisel verilerin muhafazasını sağlamak,

amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır.

(2) Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, birinci fıkrada belirtilen tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur.

(3) Veri sorumlusu, kendi kurum veya kuruluşunda, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır.

(4) Veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalardan sonra da devam eder.

(5) İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kurula bildirir. Kurul, gerekmesi hâlinde bu durumu, kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilir”.

isteyebilecektir⁷⁷².

İşveren, üçüncü kişilerden bilgi alırken sadece işçi adayının diğer işverenlerine başvuramaz. Ancak genelde konu başvurulmuş işveren ve diğer işverenler arasındaki bilgi alışverişi odaklı incelenir. Bu açıdan, aday işçinin devam eden bir iş ilişkisindeki mevcut işvereninden bilgi alınması ve eski işverenlerine başvurulması olasılıklarına göre değerlendirme yapılmıştır. Doktrinde adayın hâlâ işçisi olduğu işvereninden bilgi edinilebilmesi için, aday işçinin rızası olması gerektiği ama sözleşmesinin sona erdiği eski işverenlerine başvurulmasında böyle bir rızanın gerekli olmadığı belirtilmiştir⁷⁷³. Burada rıza aranmasının nedeni olarak işverenin işçisinin başka bir işverenle iş görüşmesine gittiğinin öğrenmesinin kötü sonuçları olabilmesidir⁷⁷⁴. Hatta aday işçinin izni olmamasına rağmen müstakbel işveren, mevcut işverene sorular sorar ve bu aleyhe sonuçlar doğurursa, doğacak zararların culpa in contrahendo⁷⁷⁵ uyarınca istenebileceği de belirtilmiştir⁷⁷⁶.

KVKK kabulüyle birlikte bu ikili ayrım önemini yitirmiştir. Zaten KVKK öncesi geçerli olan rıza durumunda amaç, işçinin kişisel verilerinin korunmasından ziyade “aday işçinin başvurusunun duyurulmasının ona zarar vermemesi”dir. İş ilişkisi devam eden aday işçinin, mevcut işvereniyle iş başvurusundan dolayı sorun yaşamaması istenmiştir. KVKK’nun kabulüyle birlikte ise eski ya da mevcut işvereni (ya da başka bir üçüncü kişi), aday işçinin açık rızası olmadan müstakbel işverene bilgi aktaramayacak (KVKK m. 8/I); müstakbel işveren de soru sorup aday işçi hakkından bilgi edinerek bir veri işleme gerçekleştireceğinden, işçi adayından açık rıza almadan eski ya da mevcut işverene veya başka bir üçüncü kişiye başvuramayacaktır (KVKK m. 5/I). Aksi halde her ikisi de, aydınlatma yükümlülüğüne yer verilen KVKK m. 10 ve KVKK m. 12’deki veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri ihlal edeceğinden KVKK m. 18 uyarınca idari para cezası alacaklardır⁷⁷⁷.

⁷⁷² Rehbindir, s. 747; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, ss. 160-161; Uncular, s. 209. İşçinin kişisel verilerine ilişkin ayrıca bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

⁷⁷³ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 259; Ertürk, Temel Haklar, ss. 75-76; Yürekli, s. 564; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, ss. 158-159; Erkanlı, s. 81.

⁷⁷⁴ Erkanlı, s. 81.

⁷⁷⁵ İlgili olarak ayrıca bkz. İkinci Bölüm I. B. 2. Tarafların Kusurlu Davranışları ve Sonuçları.

⁷⁷⁶ Rehbindir, s. 747; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 260; Ertürk, Temel Haklar, s. 75; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 159; Uncular, s. 189; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, s. 129; Erkanlı, s. 81.

⁷⁷⁷ Kanunun kabulü öncesinde de ILO İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu (m. 6/II) ve kişisel verilerin önemi düşünüldüğünde eski işverenden bilgi alınabilmesinde

İşçinin referans gösterdiği kişiler bakımından KVKK kapsamında aranan açık rızanın olduğu kabul edilebilir⁷⁷⁸.

Bir kanuni yükümlülük yoksa işçi rıza vermesine rağmen üçüncü kişiler bilgi vermek zorunda da değildirler⁷⁷⁹; ancak bilgi veriyorlarsa bunların yanlış olmaması, işçiyi gözetmek şeklinde olması ve sınırı aşmaması gerekir⁷⁸⁰. Aksi halde, aday işçi işle ilgisi olmayan bilgi vermesi durumunda bilgiyi veren kişiye göre haksız fiilden ya da gözetme borcuna veya sözleşme sonrası gözetme borcuna aykırılıktan tazminat isteyebilecektir. Yanlış bilgi verilmesinde ise işçi yine bilgiyi veren kişiye göre haksız fiil ya da gözetme borcuna veya sözleşme sonrası gözetme borcuna aykırılıktan, yeni işveren ise haksız fiil ya da kıyasen İşK m. 28/II'e aykırılıktan tazminat talep edebilecektir⁷⁸¹. Elbette tazminat için üçüncü kişinin kastının olması gerekir⁷⁸². Bu aykırı durumlarda da KVKK m. 18/b uyarınca idari para cezası gündeme gelebilecektir.

Kendisine başvurulmuş işveren işyeri hekiminden, aile hekiminden veya işçinin mevcut ya da eski iş arkadaşlarından bilgi almak isteyebilir. Tüm üçüncü kişilerin KVKK'dan dolayı, bilgi verirken dikkatli olması gerekir. Ama elbette sorulan kişiye göre cevap verme zorunluluğu ve yükümlülükleri değişebilecektir (aday işçinin çalışmış olduğu işyerlerindeki işyeri hekiminin KVKK dışında da zaten sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır). Ama üçüncü kişilerden bilgi almada en temel ve yerleşik eski ya da mevcut işverenlerdir. Yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda eski ya da mevcut işveren, müstakbel işverene bilgi vermeden önce aday işçinin açık rızasını almalıdır. Eğer rıza varsa sorulan soruların içeriğine bakacaktır. İşle ilgisi olmayan işçiye sorulamayacak sorular kapsamındaysa bunları yanıtlamayacaktır. Ancak bunların dışında bilgilerin doğru olmasının yanı sıra net de olması gerekir. Müstakbel işveren aday işçi ile ilgili kafasındaki şüpheleri gidermeye çalışırken, eski ya da mevcut işveren bunları gidermeyip üstüne yenilerini

rızanın olması gerektiği kabul ediliyordu. Bu görüş için bkz. Uncular, s. 209; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, s. 129.

⁷⁷⁸ Ertürk, Temel Haklar, s.75; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 259; Manav, İşçinin Kişisel Verileri, 129; Erkanlı, s. 82.

⁷⁷⁹ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 259; Ertürk, Temel Haklar, s. 78; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 160; Uncular, s. 209. Ancak işçinin kendisinin talep ettiği çalışma belgesi bakımından tercih hakkı yoktur (İşK m. 28)

⁷⁸⁰ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 260; Ertürk, Temel Haklar, s. 75; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 160; Uncular, s. 209; Erkanlı, s. 82.

⁷⁸¹ Rehbinder, s. 747; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, ss. 160-161; Uncular, s. 209.

⁷⁸² Rehbinder, s. 747; Uncular, s. 209.

doğurmamalıdır. Eski ya da mevcut işveren, aday işçi hakkında işle ya da işyeri ile bağlantılı bir konuda yürütülmekte olan ya da mahkûmiyet olmaksızın tamamlanmış kovuşturma, soruşturma ya da koruma tedbirlerine ilişkin bilgi vermemelidir⁷⁸³. Verilen bilgilerin doğruluğu konusunda inandırıcı olunmasına da özen göstermelidir⁷⁸⁴. Eğer işverenler bu belirtilen hususlara dikkat etmezse yukarıda tek tek incelediğimiz üzere KVKK kapsamında idari para cezasıyla cezalandırılacaklar ve aday işçi kendilerinden tazminat talep edebilecektir. Ayrıca hukuka aykırı bu durumlarda, hem bilgiyi veren hem de bilgi edinen bakımından TCK m. 136⁷⁸⁵'daki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu gündeme gelebilecektir. Dahası TCK m. 137/I-b'deki "*belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*" nitelikli hali uyarınca, bilgi veren 3. kişi doktor, avukat ya da işveren vb. ise bu sıfatlarının verdiği yetkiyle veri işlediklerinden dolayı cezaları yarı oranında arttırılacaktır.

3. Aday İşçiye Test Yapma ya da Yaptırmasını Talep Etme Hakkı

Yukarıda ayrıntılarıyla incelediğimiz üzere işveren işçiye, çeşitli konularda sorular sorabileceği ya da belgeler talep edebileceği gibi bazı testler yapmayı ya da kendisinin yaptırmasını isteyebilir. Belirtildiği üzere işverenin belirli hukuki sınırlar çerçevesinde başvurabileceği şüphe giderme yolları kanunda sayılmış ve sınırlı sayıda belirlenmiş değildir. Bu doğrultuda aday işçinin başvurduğu işyeri ve mevcut pozisyona bağlı olarak işverenin talep ettiği bu testler çeşitlilik gösterebilecektir.

İşveren, işçinin işe uygun olup olmadığını görmek, çalışacağı pozisyonda ne kadar verimli olacağını tespit etmek, işin ve işyerinin işleyişine zarar verip vermeyeceğini anlamak ve gelecekte suç işleme/yükümlülük ihlalinde bulunmasıyla ilgili şüphelerini dağıtmak adına "alkol ve uyuşturucu, HIV/AIDS, solunum fonksiyon, görme, genetik ve psikolojik (kişilik, grafolojik veya dürüstlük)" gibi

⁷⁸³ LAG Düsseldorf, 03.05.2005 - 3 Sa 359/05, **BeckRS** 2005, 42221. İşle ilgisi olmayan soruşturma, kovuşturma ve koruma tedbirlerine ilişkin olarak zaten bilgi vermesi mümkün değildir. Bu konularda soru da sorulmaması gerekir.

⁷⁸⁴ LAG Nürnberg, 29.07.2005, 4 Ta 153/05, **BB**, Yıl: 2006, Sayı: 5, s. 276.

⁷⁸⁵ TCK m. 136: "*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*".

çeşitli testler yapabilmekte ya da yaptırılmasını talep edebilmektedir⁷⁸⁶. Gündeme gelecek bu testlerin hukuka uygunluğu, iş bakımından ne kadar zaruri olduğuyla doğru orantılı olarak değişecektir.

Bu doğrultuda yapılacak testin ne olduğuna göre 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)'ndaki işverenin, işçilerin sağlıklarının gözetimi ve çalışılacak iş için sağlık raporu alınmasına ilişkin yükümlülükler düşünüldüğünde, işçiye sağlığına ilişkin sorular sorulmasında belirtildiği gibi bu testler de birer zorunluluk olacaktır.

İşverenin testleri yapması ya da işçinin kendisinin yaptıracığı bu testlerle ilgili sonuçları talep etmesinde “veri işleme” söz konusu olduğundan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerine de uyulması zorunlu olacaktır. Bu testler özel nitelikli kişisel veriler⁷⁸⁷e ilişkin olduğundan durum daha hassas bir nitelik taşımaktadır.

C. Yok Edilemeyen Şüphenin Sonuçları ve Hukuka Uygunlukları

İş sözleşmesi kurulması aşamasında işveren, öncelikle aday işçinin işe uygun niteliklere sahip olup olmadığı konusundaki belirsizliği gidermek ve aralarında güven ilişkisi oluşturabilmek için işçi hakkında bilgi sahibi olmak ister. Bu şekilde işçi işverenin iş için yeterliliği konusundaki şüphesini giderirken aday işçi ile ilgili başka şüphe konularını ortaya çıkarabilir. İşveren hem iş için yeterlilik hem de işverenin şüphesinin doğabileceği diğer konularla ilgili (gelecekte yükümlülükleri ihlal edebileceği, suç işleyebileceği ya da işe yeterliliğinin yitirebileceği konusunda) yukarıda incelediğimiz yollara başvurarak şüphesini gidermeye çalışabilir ya da çalışmayabilir. İşveren bu yollara başvursa da duyduğu şüpheleri gideremeyebilir. Ama iş sözleşmesi kurulmasındaki bu süreç nasıl ilerlemiş olursa olsun işverenin aday işçi ile sözleşme yapılmasına dair bir karar vermesi gerekecektir.

Kural olarak iş sözleşmesi kurulması aşamasında da sözleşme serbestisi esastır⁷⁸⁸ ve işverenin istediği kişiyle istediği şekilde sözleşme imzalaması

⁷⁸⁶ Erkanlı, ss. 82-83. Bu testler ve hukuka uygunluklarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, ss. 163-196; Gürsel, ss. 324-348; Erkanlı, ss. 83- 95.

⁷⁸⁷ İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

⁷⁸⁸ Bkz. Birinci Bölüm II. C. Çalışma, Sözleşme ve Teşebbüs Kurma Hürriyeti

mümkündür. Ama bu işverenin karar aşamasında hiçbir kurala uymayacağı tamamen serbest olacağı anlamına gelmez. Her ne olursa olsun son noktada iş sözleşmesinin oluşturulup oluşturulmaması ve içeriğinin belirlenmesi taraf iradeleri uyarınca gerçekleştirilecekse de işverenin bu aşamadaki hukuka aykırı davranışlarının çeşitli sonuçları olacaktır.

Eğer işveren, aday işçinin başvurduğu pozisyon için yetersiz olduğuna kanaat getirirse sözleşme yapmamakta özgürdür. Bu herhangi bir hukuka aykırılık teşkil etmez. Ancak işveren işçiye sözleşmenin yapılacağı yolunda esas olmayan bir güven veriyse ve sonra yapmadıysa sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) uyarınca işçinin uğramış olduğu bazı zararları⁷⁸⁹ tazmin etmek zorunda kalabilecektir⁷⁹⁰.

Ancak işveren, aday işçiyi işe uygun bulmasına rağmen başka şüphelerini gidermeye çalışmadığı ya da gideremediği için işe almaması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olabilecektir. Örneğin, işveren, işçi daha önce bir suç işleyip hüküm giydiği ya da hüküm giymemesine rağmen sadece hakkında soruşturma veya kovuşturma yapıldığına dair duyum almasından dolayı, gelecekte tekrar suç işleyebileceğinden şüphe ettiği için adayla güven ilişkisi oluşturamayıp iş sözleşmesi kurmayabilir. İşveren adayın eski işinden ayrılma nedenini işçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi olduğunu öğrendiği için işçiye karşı şüphe duyduğundan sözleşme yapmaktan vazgeçmiş de olabilir. Hatta aday işçinin iş sözleşmesinin şüphe feshiyle sona erdirilmiş olduğunu öğrendiği için onunla iş sözleşmesi yapmayabilir. Bu örneklerde işverenin iş ilişkisini kurmaktan vazgeçmesinin bir aykırılık oluşturup oluşturmayacağına ilişkin genel bir tespit yapmak mümkün değildir. Aslında değişen hayat karşısında hukukun kazuistik bir yapıya uygun olmayışından hukuki problemlerde somut olaya göre değerlendirme zorunluluğu burada da karşımıza çıkacaktır. Öncelikle, işçi aranan işin niteliği bu değerlendirmede önem arz edecektir. Yukarıda incelediğimiz yollarda işverenin sınırı aşarak bu bilgileri edinmesi zaten işçinin kişilik haklarının ihlali olacak ve Anayasa

⁷⁸⁹ İş görüşmesi için yapılan yol giderleri, konaklama masrafları, işverenin yönlendirmesi ile eski işten çıkıldıysa bu sebeble uğranılan zarar vb., (Eyrenci, Personel Seçimi, s. 243; Erkanlı, s. 97).

⁷⁹⁰ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 243; Yürekli, s. 555; Erkanlı, s. 97. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sabahattin Yürekli, “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2014, Cilt: 72, Sayı: 2, ss. 541-579; Erkanlı, ss. 18 vd. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm I. B. 2. Tarafların Kusurlu Davranışları ve Sonuçları

başta olmak üzere KVKK, İŞK ve TBK'daki işçinin kişiliğinin korunması, kişisel verilerin korunması ve eşitlik ilkesine yönelik hükümlere aykırılık teşkil edecektir.

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVAMINDA İŞVERENİN ŞÜPHELERİ ve SONUÇLARI

A. Şüphe Konuları ve Etkileri

İş sözleşmesi devamında da kuruluş aşaması bakımından yer verdiğimiz işçinin işe uygunluğu veya yükümlülükler aykırı davranılabileceği ya da suç işlenebileceğine yönelik benzer kaygılar işverende bulunacaktır. Burada kuruluş aşamasından farklı olarak işçinin bir yükümlülük ihlalinde bulunup bulunmadığı ya da suç işleyip işlemediği konusunda şüphe etmesi de gündeme gelebilecektir. İş sözleşmesi devam ederken işveren, mevcut kaygılarını ortadan kaldırmak, işçilerinden şüphe duyduğu konuları aydınlatmak ya da aydınlatamıyorsa da bunların objektif şüpheler olup olmadığını tespit etmek ve hatta ilerleyen süreçte kuvvetli şüpheyeye dayanarak iş sözleşmesini feshedebilmek için yönetim hakkı kapsamında çeşitli yollara başvurabilecektir.

İşverenin şüphelerini giderme yolları olarak ifade edeceğimiz uygulamalar, işverenin Kanun'dan doğan yükümlülükleri olabileceği gibi iş ilişkisindeki işletmesel menfaatlerini korumak açısından sahip olduğu hak ve yetkiler de olabilecektir. Burada en önemli hususlardan biri, hukuki dayanağı ve gerçekleştirilmesindeki amaç ne olursa olsun, şüphelerin oluşmasına engel olmak, şüpheleri ortadan kaldırmak ya da kuvvetlendirmek için başvuru yöntemlerinin şekli, kapsamı, sınırlarının tespit edilip hukuka uygunluğu tartışılırken her zaman olduğu gibi tek taraflı bir değerlendirme yapılmamasıdır. Bir tarafın yükümlülükleri, hak ve menfaatleri değil, karşılıklı bir değerlendirme yapıp sınırların bir denge içinde çizilmesi gereklidir.

İş ilişkisi devamında şüphenin etkisi sadece, şüphenin oluşmasını engellemek, mevcut şüpheleri ispat etmek ya da yok etmek için işverenin hak ve yetkilerine dayanarak çeşitli yollara (belirli aralıklarla adli sicil, sağlık raporu vb. belgeler istemesi, işyerinde elektronik gözetleme yapması vb)⁷⁹¹ başvurusu değildir.

⁷⁹¹ Bkz. İkinci Bölüm III. B. 2. Şüphe Gidermede Başvurulan Yollar

İşverenin şüpheleri karşısında olayla ilgili olduğunu düşündüğü işçilere karşı soruşturma yapması ve bazı disiplin tedbirleri uygulaması da söz konusu olabilir. Ayrıca iş ilişkisinin devamında şüphenin etkisiyle ortaya çıkacak (işçi açısından özellikle işverenin şüpheleri doğru değilse aynı zamanda işveren açısından da) en istenmeyen sonuç ise üçüncü bölümde incelenecek “iş sözleşmesinin feshedilmesi (şüphe feshi)” olacaktır.

Belirttiğimiz bu etkiler işverenin usul ve şartları uygulamayıp hukuki sınırlara dikkat etmemesi sebebiyle hukuka aykırılığa yol açabilir. Ama bunların yanı sıra doğrudan hukuka aykırılık olarak kabul edilecek durumlarla da karşılaşılır. Bunlar şüphe duyulan hususlar aydınlatılmamasına rağmen bunları doğrudan ortadan kaldırmaya çalışmak veya ilgili işçiyi cezalandırmak ya da işyerinden kendi iradesiyle ayrılmasını sağlamak adına, ücretin düşürülmesi (doğrudan ya da çalışmaların azaltılması yoluyla dolaylı olarak), işin veya işyerinin değiştirilmesi, zam yapılmaması, ikramiye verilmemesi veya çeşitli şekillerde mobing uygulanmasıdır.

Bu başlıkta inceleyeceğimiz hususlar, hem çalışma hayatı hem de iş ilişkisinin tarafları bakımından en kötü seçenek olan iş ilişkisinin sona erdirilmesi aşamasına gelinmesini önlemek ya da önlenemese de iş ilişkisi devam ederken yaşanacakların her iki tarafın menfaatine şekilde, hak ihlalleri yaşanmadan ve hukuka uygun olarak gerçekleşmesine yöneliktir.

B. İş Sözleşmesinin Devamında İşverenin Şüphesini Giderme Yolları ve Hukukilik Sınırları

1. Şüphe Gidermeye Dayanak İşveren Hak ve Yükümlülükleri

a. İşverenin Denetim Hakkı

İşveren, iş sözleşmesi devamı süresince kendisine bağımlı olarak çalışan işçiye yönetim hakkı kapsamında emir ve talimatlar vererek işin işyerinde düzen ve güvenlik içinde yürütülmesini sağlamaya çalışır. İşçi de hem asli edimi olan iş görme borcu hem de itaat borcu gereği bu emir ve talimatlara uygun davranmaktadır. Ancak

söz konusu süreç bu kadarla sınırlı değildir. İşveren, işçi ile olan bağımlılık ilişkisi içinde verdiği emir ve talimatların kendisi ve işletmesi için en yararlı koşullarda ifa edilip edilmediğini kontrol ve denetleme imkânına da sahiptir⁷⁹². İşverenin bu kontrol ve denetim yetkisi, sadece verilen emir ve talimatların gereği gibi yerine getirilip getirilmemesiyle de sınırlı değildir. İşveren herhangi bir emir ve talimatta bulunmasa da her zaman, iş sözleşmesi, işyeri yönetmelikleri ve toplu iş sözleşmelerindeki düzenlemelere uygun davranılıp davranılmadığını da denetleme yetkisine sahiptir. Görüldüğü üzere bağımlılık unsuruna dayandırılan yönetim hakkının doğal sonucu olarak işverenin denetim ve gözetim hakkı bulunmaktadır⁷⁹³. Bir iş sözleşmesinde mevcut olması gereken karakteristik “bağımlılık unsuru”nun bulunduğu söylenmesi için de “işverenin yönetim hakkı ve buna bağlı olarak vereceği emir ve talimatlarla kuracağı otorite altında çalışanların varlığı”na bakılmaktadır⁷⁹⁴. Kısaca ifade edilmesi gerekirse “işverenin denetim ve gözetimi” bağımlılık unsurunun bir sonucu olmanın ötesinde varlığı için gerekli bir kriterdir⁷⁹⁵. İşverenin bu denetim hakkı karşısında da, işçinin iş görme borcu ve itaat borcunun yanı sıra, “işverenin yapacağı denetimlere katılma borcu” bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁹⁶.

Yönetim hakkının doğal sonucu olduğuna göre denetim hakkının da TBK m. 399’a dayandığı söylenebilir. Ancak işveren denetleme yetkisine, mevzuatta ya da iş sözleşmelerinde hiçbir özel düzenleme olmasa da sahiptir. Çünkü denetim hakkı, iş sözleşmesinin niteliği ve iş ilişkisindeki konumundan dolayı işverenin doğal olarak sahip olduğu yönetim hakkının bir sonucudur. Ancak yönetim hakkının uzantısı “denetleme yetkisi”, düzgün ve güvenli bir iş organizasyonu içinde işlerin gereği gibi yerine getirilmesini sağlamak adına işverenin sahip olduğu bir hakken, aynı zamanda yerine getirmesi gerektiği bir yükümlülüktür⁷⁹⁷. İş Mevzuatında işverenin denetleme yükümlülüğüne ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır; fakat bunlara yer verilmeden önce herhangi bir özel hüküm olmasaydı da işverenin çeşitli konularda denetleme yükümlülüğü olacağının belirtilmesi gerekir.

⁷⁹² Dulay Yangın, s. 2055.

⁷⁹³ Okur, s. 35; Tekergül, s. 85; Erbaş, s. 101.

⁷⁹⁴ Bkz. İkinci Bölüm I. A. 1. c. Bağımlılık Unsuru

⁷⁹⁵ Erbaş, s. 101.

⁷⁹⁶ Tunçomağ ve Centel, s. 103.

⁷⁹⁷ Erbaş, s. 101.

İşveren yönetim hakkını kullanarak, iş sözleşmesinin sorunsuz şekilde yürütülmesini sağlayıp kendi menfaatine işletmesel çıkarlarını korumanın yanı sıra, çeşitli yükümlülüklerini (başta işçiyi gözetme borcu olmak üzere) de yerine getirmektedir. İşverenin işçiyi gözetme borcunu tam olarak ifa edebilmesi için yönetim hakkı kapsamında talimat verme ve denetleme yetkilerine sahip olması gereklidir⁷⁹⁸ Bunun sonucu olarak da denetleme hem bir hak hem de yükümlülüktür.

Yönetim hakkında olduğu gibi denetim hakkının da sadece işin görülmesi ile sınırlı olduğu düşünülmemelidir. İşveren işin yürütülmesi dışında hiçbir konuda işyerinde yaşanan olaylarla ilgilenmez ve denetim yetkisini çeşitli şekillerde kullanmazsa, iş sözleşmesinden doğan çeşitli yükümlülüklerini ihlal etmesi (işçiyi gözetme borcuna aykırılık gibi) ve sonuçlarının yanı sıra, başka yaptırımlarla karşı karşıya kalabilecektir. Çünkü TBK m. 66 “adam çalıştıranın sorumluluğu”, TBK m. 69-70 “yapı malikinin sorumluluğu” ve TBK m. 71 “tehlike sorumluluğu ve denkleştirme” düzenlemeleri karşısında işverenin kusursuz sorumluluk halleri bulunmaktadır. Adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu uyarınca, işveren işçinin iş görme edimi sırasında başkalarına verdiği zararları giderecektir. İşverenin bu durumdan kurtulması da ancak işçisini seçerken, işle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken bir zarar oluşmamasını sağlamak için gerekli özeni gösterdiğini ve işletmesindeki çalışma düzeninin zararın önlenmesine elverişli olduğunu ispatlamasıyla mümkün olmaktadır (TBK m 66/II-III). Diğer kusursuz sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğu uyarınca da işveren önemli ölçüde tehlike arz eden işletmesinin faaliyetinden doğan zararları karşılamak zorundadır (TBK m. 71). Son olarak işletmesi tehlike arz eden bir iş değilse dahi iş organizasyonun sürdürüldüğü yapılar sebebiyle oluşacak zararlardan dolayı TBK m. 69-70 hükümleri uyarınca sorumluluğu doğabilecektir.

İşçiyi gözetme borcunun da bir gereği hem genel hüküm şeklinde TBK m. 417/II’de hem de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)⁷⁹⁹’nda iş sağlığı ve güvenliği sağlanması bakımından yükümlülükler getirilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca da işverenin işyeri ve işçileri denetleme ve gözetleme yetkisi bulunduğu görülür. İSGK m. 4/I-b “*İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini*

⁷⁹⁸ Aynı konuda bkz. İkinci Bölüm I. E. 2. İşverenin Yönetim Hakkı

⁷⁹⁹ RG Tarih: 30.06.2012, RG Sayı: 28339.

sağlar” hükmünde işverenin denetim ve gözetim yükümlülüğüne iş sağlığı ve güvenliği yönüyle açıkça yer verilmiştir⁸⁰⁰.

Tüm bu kusursuz sorumluluk halleri, işverenin iş organizasyonu içinde başta işin yürütülmesine ilişkin olan ancak bununla sınırlı kalmayan gözetim ve denetimlerde bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk sadece işverenin yükümlülüklerini ihlal etmemiş olmasının ve sorumluluğunun doğmasının önlemesini sağlamaz; ayrıca işçinin ve üçüncü kişilerin yaşama hakkı başta olmak üzere anayasal temel hak ve özgürlüklerinin gözetilmesi, kişiliğinin ve mevcut ilişkilerden doğan diğer haklarının korunması anlamına da gelecektir.

b. Özlük Dosyası Düzenleme Borcu

İş Kanunu’nun 75. maddesi uyarınca işveren çalıştırdığı her işçi için özlük dosyası düzenlemek ve istendiğinde bunları yetkili mercilere teslim etmek zorundadır.

Bu borç işverene işçilerden özlük dosyasına koyması gerekli bilgi ve belgeleri talep etme yetkisini, işçilere ise bunları sağlama (doğruyu söyleme ve bir anlamda emir ve talimatlara itaat etme) yükümlülüğü getirmektedir. İş Kanunu’nda herhangi bir sınırlama yapılmamış olduğundan özlük dosyasının yazılı olarak gerçek ortamda mı yoksa elektronik sistemlerde mi bulunduğu fark etmeyecektir. Önemli olan özlük dosyasının hukuka uygun şekilde tutulup tutulmadığıdır. Öncelikle işverenin bu borç kapsamında talep yetkisi ile işçinin bunları yerine getirme yükümlülüğünün kapsamı belirlenip sınırları çizilmelidir. Bunun için de işverenin hangi bilgi-belgeleri temin etmekle yükümlü olduğu ile özlük dosyası kavramının ne anlama geldiği ve nelerden oluşacağının tespiti gereklidir.

Doktrinde özlük dosyası,

işçinin mesleki durumuna ilişkin kanuni şekil ve şart belirlenmiş işe başlama, çalışma, yükselme ve iş ilişkisinin sona ermesine ilişkin bilgi ve belgelerin yer aldığı dosya⁸⁰¹

⁸⁰⁰ İşverenin Kanunda düzenlenmiş bu “izleme, denetleme ve uygunsuzlukların giderilmesi yükümlülüğü” için bkz. Seda Arslan, “İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, ss. 767-807.

⁸⁰¹ Ufuk Aydın, “İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü”, **30. Yıl Armağanı**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, Ağustos 2006, s. 492.

ve

*işçinin mevcut iş ilişkisinin gerektirdiği ölçüde çalışma yaşamına ilişkin bilgi ve belgeleri içeren, işçinin çalışma ilişkileri dışında başka bir amaçla kullanılamayan, işçinin özel yaşam alanına ait kabul edilen, işveren tarafından toplanmış olan bilgiler bütünü*⁸⁰²

olarak tanımlanmıştır. İş Kanunu’nda özlük dosyası tutma yükümlülüğü getirilmiş ancak tanıma ya da sınırlı sayıma yer verilmemiştir. İşK m. 75/I’de sadece özlük dosyasında işçinin kimlik bilgilerine ve bunun yanı sıra İş Kanunu ve diğer Kanunlarda zorunlu tutulan her türlü belge ve kayıtlara yer verileceği belirtilmiştir. Maddedeki genel ifade “özlük dosyasının kapsamının belirlenmemesi” şeklinde değerlendirilmiştir. Mevcut İş Kanunu’muzda, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde “işçi çizelgeleri” başlıklı 71. madde⁸⁰³deki gibi işçiyle ilgili tutulması gereken evrakların neleri barındıracağına tek tek sayılmaması ve konunun işverenin insiyatifine bırakılması uygun bulunmamıştır. Çünkü bu durumun özlük dosyası tutulması amacını aşacak şekilde işçinin kişisel verilerinin işlenmesini ve böylece işçinin kişilik haklarının, anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlalini kolaylaştırabileceği ifade edilmiştir⁸⁰⁴. Ancak doktrinde İşK m. 75’de özlük dosyası kapsamının belirlenmediğinin söylenemeyeceği, işçinin insiyatifine bırakılan bir durum olmadığı ve eski Kanun’dan farklı olarak sayım yapma yolu seçilmemesinin de yerinde olduğu ileri sürülmüştür. Çünkü belgeler tek tek sayılmasa da kanunlara dayalı olarak bilgi

⁸⁰² Gürsel, s. 167.

⁸⁰³ 1475 sayılı İş Kanunu m. 71: “Her işveren çalıştırdığı işçilerin doğum yılları itibariyle kadın ve erkek olarak ayrı ayrı çizelgelerini düzenlemek ve işyerine giren her işçiyi ilgili çizelgeye kaydetmek ve işyerinden ayrılan işçinin karşısına gerekli açıklamayı yapmak, bu çizelgeleri istendiği zaman yetkili memurlara göstermek zorundadır.

Bu çizelgelere işçinin:

- a) Adı ve soyadı,
- b) Varsa işyeri numarası,
- c) Doğum tarihi ve yeri,
- ç) Baba ve anasının adı,
- d) Tabiiyeti,
- e) Sigorta sicil numarası,
- f) İşyerine giriş tarihi,
- g) İşyerine giriş ücreti,
- h) Ücretindeki değişiklikler,
- i) İşyerinden çıkış tarihi,
- ı) Gittiği işyeri (biliniyorsa) nin yazılması gereklidir.

⁸⁰⁴ Aydın, ss. 492-493.

ve belge tutulabileceği belirtilerek “özlük dosyası kapsamı”nın ne olacağının genel bir çerçevesinin çizildiği ifade edilmiştir⁸⁰⁵

Özlük dosyası işçiye ait kişisel verilerden oluşmaktadır. Ancak bunlar sadece iş ve işyerinin yürütümüne ilişkin (performans değerlendirmeleri, yapılan ihtarlar, iş sözleşmesi ve ekleri vb.) değildir. Özlük dosyasında işçinin özel nitelikli kişisel verileri dahi bulunmaktadır. Temel olarak özlük dosyasının, işverenden düzenlenmesi veya temin edilmesi doğrudan zorunlu tutulanlar başta olmak üzere, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri ve yetkileri kapsamında (yükümlülükleri yerine getirdiğini, feshinin hukuka uygunluğunu göstermek gibi çeşitli amaçlarla) toplanan bilgi ve belgelerden oluştuğunu söylemek mümkündür. Bu doğrultuda doktrinde iş ilişkisinin kuruluş aşamasından itibaren işçinin işlenen ve özlük dosyası oluşturan kişisel veri örnekleri şu şekilde sayılmıştır:

- İşçinin nüfus cüzdanı örneği ve fotoğrafı (Evli personelin eş ve çocuklarının da)
- İş başvuru formu ve özgeçmiş (CV)
- Adli sicil kaydı
- İkametgâh belgesi
- Öğretimine ilişkin evraklar (diplomalar, not döküm belgesi -transkript-, dil sertifikaları)
- Eski işyerinden alınan çalışma belgesi
- Sürücü belgesi
- Askerlik belgesi
- Sağlık raporu
- Doktor onayları
- İmzalanan iş sözleşmesi ve ekleri (rekabet yasağı sözleşmesi, yetki anlaşması vb.)
- İşe giriş bildirgesi
- Fazla çalışma onay belgeleri
- Sendika üyesi işçilerin üyelik belgesi ve üye olmayanlar bakımından dayanışma aidatı ödeyerek TİS’den yararlanma talebini içeren dilekçe.
- Performan değerlendirme

⁸⁰⁵ Mehmet Uçum, “Personel Özlük Dosyası ve İşverenin İş İlişkisinde Temin Etmesi Gereken Belgeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 6, Haziran 2007, s. 38.

- İşçiye verilmesi zorunlu ücret hesap pusulaları
- İşçiye teslim edilen araç, gereç ve malzemelere ilişkin teslim tutanakları
- İşe devam çizelgeleri
- Denkleştirme çizelgeleri
- Yapılan bildirimler, ihtar ve uyarılara, savunma davetleri, işçinin savunmaları ve bunlara ilişkin evraklar
- Serbest zaman istek dilekçeleri ve çizelgesi
- İş sözleşmesinin sona ermesi durumunda imzalanan ibraname vb.⁸⁰⁶

Her ne kadar kanunlaştırmada soyut yöntem, kazuistik yöntemle göre daha modern ve ihtiyaçları karşılamaya uygun olsa da; özlük dosyası kapsamının ayrıntılı olarak belirlenmemesini uygun bulmayan, işçinin yaşayabileceği kişilik hakları ihlalleri endişesiyle toplanacak bilgi ve belgelerin sınırlayıcı şekilde düzenlenmesi gerektiğini ifade eden görüş, özellikle İş Kanunu’nun kabul edildiği dönem açısından haklı görülebilir. Ancak zaman içinde kişisel verilerin korunması hukukunun önem kazanmasıyla birlikte, TBK’da getirilen düzenlemeler ve her ne kadar çalışma hayatına özel hükümler barındırmasa da herkes bakımından uygulanacak KVKK kabulü, işçilerin kişisel verileri bakımından söz konusu endişelere ve özlük dosyası tutulması usul ve şartları konusunda cevapsız sorulara bir çözüm getirmiştir.

Böylece işveren İşK m. 75/II⁸⁰⁷, TBK m. 419/I⁸⁰⁸ ve esas olarak KVKK düzenlemelerine uygun şekilde veri işleyerek özlük dosyası düzenleme borcunu yerine getirmelidir⁸⁰⁹.

2. Şüphe Gidermede Başvurulan Yollar

Sürekli bir değişim içinde olan iş hayatı ve teknolojik gelişmeler karşısında, işverenin denetleme hakkı ve yükümlülüğü kapsamında nasıl yöntemlere başvurabileceği için yasal düzenlemelerle bir sayım yapılma yoluna

⁸⁰⁶ Aydın, ss. 493-494; Uçum, ss. 41-42.

⁸⁰⁷ İşK m. 75/II: “İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür”.

⁸⁰⁸ TBK m. 419/I: “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir”.

⁸⁰⁹ Özlük dosyası tutma yükümlülüğü için kişisel veri elde etme, saklama, kullanma, verme ve yok etme kısaca “veri işleme” usul ve şartlarına ilişkin bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

başvurulmamıştır⁸¹⁰. Ancak bu işverenin hangi yola başvuracağı konusunda tam bir serbesti olduğu anlamına gelmez. Çünkü bu konudaki uygulamalar açıkça sınırlandırılmamış olsa da, işverenin denetim hakkı ve özlük dosyası tutma borcu kapsamına uygun şekilde hareket etmesi ve bu doğrultuda yöntemler seçerek hukuka uygun şekilde uygulaması gerekecektir.

İş hayatına ve yargı kararlarına bakıldığında doktrinde de ele alındığı üzere işveren denetleme yetkisini çok çeşitli şekilde kullanabilmektedir. Yeni çıkan teknolojiler karşısında zaman içinde farklılaşıp yeni sistemlere başvurulması sebebiyle uygulamalarında çeşitli gelişmeler yaşansa da; en temel şekilde işverenin şüphesini gidermek için denetleme yetkisi kapsamında başvuracağı yolları, “soru sorma, bilgi ve belge talep etme”, “arama yapma” ve “gözetleme” şeklinde saymak mümkündür.

İşverenin başvurabileceği bu yollar şüphenin giderilmesini sağladığı gibi işçiye karşı şüphe oluşmasının da önüne geçebilecektir. Elbette işverenin yetkisini, hukukilik sınırlarını aşmadan kullanması gerekmektedir.

a. Soru Sorma, Bilgi ve Belge Talep Etme

İşverenin iş ilişkisinin devamında işçiye soru sorma, bilgi ve belge talep edeceği alan işe alıma göre daha da genişler. Bu aşamada başlangıçta olduğu gibi işverenin bilgi edinme hakkı, işçinin yanı sıra, artık işe ve işyerine ilişkin de olacaktır. İşçiye ilişkin bilgi edinme hakkı ve sınırları, iş ilişkisinin kurulması aşamasına ilişkin yaptığımız açıklamalardan farklı olmayacaktır. Burada ilaveten irdelenebilecek husus, işçiye işe alımda sorulan bir sorunun yanıtının değişmesi ya da sorulmamış ancak o anda mevcut olmayan daha sonra ortaya çıkmış bir durumu işçinin resen bildirmesi gerekip gerekmediğidir.

Türk Doktrini’nde doğrudan bu konuda değerlendirme olmasa da iş görüşmesinde hak ve yükümlülüklerle ilişkin değerlendirmelerdeki görüşler esas alınırsa, burada da işe alındıktan sonra yaşanan gelişmeleri işverene bildirme ya da bu konularda doğruyu söyleme yükümlülüğü, somut olayda konunun işle ilgili olma

⁸¹⁰ Okur, s. 21.

ölçütüne göre belirlenecektir. İşe alımda bilgi edinme ve doğru söyleme yükümlülüğü olan hususların işin devamında da aynen devam edeceği kuşkusuzdur.

Alman Hukuku bakımından da benzer anlayışın kabul edildiğini söylemek mümkündür. İş ilişkisi kurulduktan sonra işverenin işçinin sabıkasına ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerden bu sonuca varılabilir. İş ilişkisinin devamında işçinin işe alınmasından önceki mahkûmiyetleri bakımından tekrar soru sorulmasında, işçinin yaptığı iş değişmedikçe veya yeni bir iş sözleşmesi kurulmaya kalkılmadıkça işverenin hukuki bir menfaati olmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca, işçinin iş ilişkisi kurulmasından sonraki mahkûmiyetlerinin, yapılan işle ilgili olmadığı ve somut olayın koşullarına göre işveren - işçi arasındaki güven ilişkisini zarar gördüğü söylenemediği sürece ne haklı ne de geçerli nedenle feshe olanak sağlamayacağı savunulmuştur⁸¹¹. Dolayısıyla söz konusu mahkûmiyetlere ilişkin olarak işverenin soru sorma hakkı ve işçinin açıklama yapma ile doğruyu söyleme yükümlülüklerinin, mahkûmiyetlerin işin niteliğinden dolayı iş ilişkisini etkileyecek ya da taraflar arasındaki güven ilişkisini yıkacak özellikte olması halinde doğabileceği söylenebilir.

İşverenin, işe, işyeri işleyişine ilişkin sorduğu sorular, talep ettiği bilgi ve belgeler bakımından tartışılacak bir husus bulunmamaktadır.

b. Arama ve Elektronik Gözetleme

İşveren iş ilişkisinin devamında iş sözleşmesi yükümlülüklerini ihlal edip etmedikleri ya da suç teşkil edebilecek davranışlarda bulunup bulunmadıkları konusunda şüphesini gidermek için “soru sorma, bilgi ve belge talep etme” dışında, “arama” ve “elektronik gözetleme” yollarına da başvurabilmektedir. İşveren bu yollara sadece işi ve işyeri düzeninin bozulmaması ve kendi menfaatlerini korumak adına değil, iş sözleşmesi sebebiyle ortaya çıkan yükümlülüklerini (İSGK m. 4/I-b uyarınca “alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izleme, denetleme ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlama”, TBK m.66 “adam çalıştırmanın sorumluluğu” vb.⁸¹²) de yerine getirmek için başvurmaktadır. Esasen teknolojinin gelişmesi, iş hukukunda esnekliğin artması ve böylece işyeri kavramının

⁸¹¹ Großmann, s. 107.

⁸¹² Bu sorumluluklara ilişkin olarak bkz. İkinci Bölüm III. B. 1. a. İşverenin Denetim Hakkı.

sınırlarının genişlemesiyle özellikle elektronik gözetleme bir zorunluluk haline gelmiştir.

Ayrıca bu yolların uygulanması ve hukukiliklerine ilişkin daha ayrıntılı açıklamalara, üçüncü bölümde şüphe feshinin şartlarından biri olan aydınlatma yükümlülüğünün gerçekleştirilmesi için başvurulacak yollar kapsamında yer verilecektir. Zira işveren şüphe duyduğu konuyu aydınlatıp şüphe feshine başvurmamak ya da geçerli bir şüphe feshi uygulamak adına bu yükümlülük kapsamında arama ve elektronik gözetleme yollarına başvurabilmektedir.

C. İşten El Çektirme

İşçinin işten el çekmesi aslında şüpheyi giderme yollarından biri değildir. Ancak işverenin konuyu düzgün bir şekilde araştırıp işçiye ilişkin şüpheli durumu giderebilecek uygun ortamı sağlamak ve son çare ilkesi gereğince hemen şüphe feshi sürecini başlatmamak adına⁸¹³ ortaya çıkabilecek bir durumdur. Hatta şüphe konusunun niteliğine göre “işçinin çalışmaya devam etmesi” işveren, işletme, diğer işçiler ve kamu yararı bakımından ciddi bir risk teşkil edecekse, bu sadece işverenin menfaatleri gereği olmanın ötesinde işverenin bir yükümlülüğünü de teşkil edecek ve adeta bir zorunluluk olacaktır.

“İşçinin işten el çekmesi” denildiğinde akla ilk olarak, iş ilişkisinde disiplin cezaları gelecektir. Ancak, “işçinin işten el çekmesi”, kavramın somut anlamı bakımından sadece “işten el çektirme”, “işten uzaklaştırma” gibi işyeri iç yönetmelikler ve toplu iş sözleşmeleriyle öngörülen bir disiplin cezası olarak değil, başka şekillerde de gerçekleşebilir. Bunlar, işçinin bazı koşullarda tedbiren işyerinden uzaklaştırılması⁸¹⁴ ve iş sözleşmesinin genel olarak askıya alınmasıdır. Zaten doktrinde, iş sözleşmesinin askıya alınması temel şartı olan bir geçici ve kusursuz “ifa imkânsızlığı ya da ifanın kabulü imkânsızlığı” veya tarafların karşılıklı rızası (ücretsiz izinler) yoksa da, disiplin cezası türü olan işten uzaklaştırma/ işten el

⁸¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm VI. C. 2. Sözleşmenin Askıya Alınması

⁸¹⁴ Mustafa Baysal, “İşçinin Görevden Uzaklaştırılması Mümkün Mü?”, <https://mustafabaysal.com/iscinin-gorevden-uzaklastirilmesi-mumkun-mu/>, (04.02.2021).

çektirmenin iş sözleşmesinin askıya alınması hali olduğu ifade edilmiştir⁸¹⁵. Ayrıca uygulamada, “ ‘uzaklaştırma tedbiri’ boyunca işçinin ‘ücretsiz izinli’ sayılacağı” yönünde ifadeler de kullanılmıştır⁸¹⁶.

“İşçinin işte el çekmesi” şeklinde aynı maddi sonucuna sebep olsalar ve ortak bir başlık toplanabilseler de tüm iş sözleşmesinin askıya alınması halleri, ceza olarak işten el çekirme ve tedbiren el çekirme kavramları aynı özellikleri taşımamaktadırlar. En basit şekilde, kavramlar sadece dilbilgisi bakımından irdelense dahi bu farklılık anlaşılabilecektir. İş sözleşmesinin askıya alınmasında “işçinin işten el çekmesi” ifadesi kullanılırken, disiplin cezası ya da tedbirinde durum “işten el çekirme/işçinin uzaklaştırılması” olarak adlandırılmıştır. Dolayısıyla kavramın birinde el çekmeyi işçinin kendi iradesi ile gerçekleştirdiği, diğerinde ise başkası tarafından yaptırıldığı anlamı çıkmaktadır.

Sonuç olarak, genel bir askı hali üst kavramı kabul edilip; “kanundan doğan askı halleri”, “karşılıklı tarafların rızası ile gerçekleşecek askı hali (ücretsiz izin)⁸¹⁷”, “disiplin cezası olarak uzaklaştırma ya da tedbiren uzaklaştırma şeklinde farklı amaçlar ve özellikler barındıran askı halleri” olarak gruplandırma yapılması uygun olabilir. Bu sebeple şüphe giderilmesinde ortaya çıkabilecek durum olan işçinin işten el çekmesini incelerken öncelikle genel olarak iş sözleşmesinin askı hali kavramını ele almak yerinde olacaktır.

1. İş Sözleşmesi Askı Hali

İş mevzuatımızda çeşitli askı hali durum ve sonuçlarına yer verilmiş; ancak iş sözleşmesinin askıya alınmasının tanımı ve koşullarının ne olduğuna ilişkin bir kanun hükmü düzenlenmemiştir. Askı hali doktrinde, geçici ve kusursuz olarak

⁸¹⁵ Aydın Başbuğ, **Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları**, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara, 1999, (Disiplin Cezaları), s. 157; Nazlı Elbir, **Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 45.

⁸¹⁶ Erciyes Üniversitesi Sürekli İşçilere Disiplin Cezası Uygulanmasına İlişkin İşyeri İç Usul Yönetmeliği m. 10’da “...İşten el çektirildiği süre içerisinde işçi ücretsiz izinli sayılır...” ifadesine yer verilmiştir. Bkz. <https://personeldb.erciyes.edu.tr/ckfinder/userfiles/files/senato%20karar%C4%B1.docx>, (05.02.2021).

⁸¹⁷ Sarper Süzek, “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 9, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, (Askıya Alınma), s. 127.

işçinin edimini ifa edememesi ya da işverenin iş görme edimi ifasını kabul edememesinden dolayı ortaya çıkan bir durum olarak ifade edilmiştir⁸¹⁸. Ancak bu “askı hali” kavramının ortaya çıkmasındaki hukuki dayanaktan yola çıkılarak yapılmış genel bir tanımdır. Dolayısıyla daha sonra ortaya çıkan istisnai durumlar ve özel askı halleri de bulunduğundan, “genel tanım, şartlar ve özellikler” tüm askı halleri bakımından geçerli olmayabilmektedir⁸¹⁹.

Diğer sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi iş ilişkisinde de tarafların sözleşmenin niteliği gereği çıkabilecek aksaklıkları göze aldığı kabul edilir. Bu sebeple “kusursuz” ve geçici olarak taraflardan biri asli yükümlülüğünü yerine getiremediğinde hemen güven temelinin çöktüğü ve iş sözleşmesinin derhal sona erdirilebileceği söylenememektedir. Örneğin, kusursuz ifa imkânsızlığı sebebiyle işçi iş görme edimini yerine getiremediğinde, gecikme “çekilmez hal”e gelmediği ve “dürüstlük kuralına aykırılık” teşkil etmediği sürece işverenin fesih hakkı doğmayacaktır⁸²⁰. Sonuç olarak, imkânsızlık sebebiyle belirli bir süre “edimin ifası”, “ifayı talep hakkı” ve “fesih hakkı” ertelenecek, bir başka ifadeyle iş sözleşmesi askıya alınmış olacaktır⁸²¹.

İş Kanunu’nda bazı askı halleri öngörülmüştür. Kanunda bunların sınırlı sayım ilkesine tabi olduğu belirtilmemiş; ancak “bu sayılanların dışında askı halleri kabul edilebileceği”ne ve bunlar içinde geçerli olabilecek “genel kurallar”a ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ama buna rağmen uygulamada kanun hükümlerinde belirtilenlerle sınırlı kalınmayıp, iş ve toplu iş sözleşmeleriyle çeşitli askı halleri düzenlenmektedir. Doktrinde de kanunda belirtilenlerin dışında tarafların aralarında anlaşarak askı halleri kabul edilebileceği⁸²², dahası kanunda özel düzenleme olan askı hallerinde dahi, tarafların buradaki emredici hükümlere aykırı olmamak

⁸¹⁸ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 253; Rabiye Yaman, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2016, Cilt:74, Fevzi Şahlanan’a Armağan, s. 762.

⁸¹⁹ Bkz. İkinci Bölüm III. C. 1. a. Askı Hali Şartları.

⁸²⁰ Süzek, s. 478; Süzek, Askıya Alınma, s. 120; Selin İstanbulluoğlu, “İş Sözleşmelerinin Askıda Kalma Halleri”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 15, ss. 945-946.

⁸²¹ Süzek, s. 479; Süzek, Askıya Alınma, ss. 118-119

⁸²² Dirk Hesse, **Beck’sche Online-Kommentare Arbeitsrecht**, 61. Edition, C. H. Beck, München, 2021, (BeckOK Arbeitsrecht), BGB § 620 C. XII. Suspendierung Rn. 96; Süzek, s. 479; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 254; İstanbulluoğlu, s. 946; Yaman, s. 763.

koşuluyla askı süresinin uzatılması ya da askı haline farklı hukuki sonuçlar bağlanması gibi anlaşmalar yapabileceği ifade edilmektedir⁸²³.

Alman Hukuku'nda da Kanunda çeşitli askı hallerine yer verilmişse de iş sözleşmesinin askıya alınması, hüküm ve sonuçları düzenlenmemiştir. İş sözleşmesinin askıya alınması Almanca karşılığı "Suspendierung" dur. Alman doktrininde de iş sözleşmesi askı hali, hukuken iş ilişkisi sona erdirilmeden, hak ve yükümlülüklerin tamamen ya da kısmen durması olarak açıklanmıştır⁸²⁴. Askı hali doktrinde "die Freistellung (des Arbeitnehmers)" olarak da ifade edilmektedir⁸²⁵. Ancak bu kavram askı halinden ziyade "işçinin iş görmeyi bırakması", "iş görme borcunun durması" bir diğer ifadeyle "iş görme yükümlülüğünden muaf tutulması"⁸²⁶nı ifade etmektedir. Bir anlamda Freistellung, askı hali "Suspendierung"un bir parçasıdır ve iş sözleşmesinin askıya alınmasının sonuçlarından biri olarak nitelendirilebilir⁸²⁷.

a. Askı Hali Şartları

Doktrindeki görüşlerin tamamını inceleyip bir araya getirdiğimizde, iş sözleşmesinin askıda olduğunun söylenebilmesi için temel olarak,

- İşin görülmesinin ya da işverenin ifayı kabul etmesinin imkânsız veya beklenilemez olması,
- İmkazsızlık ve beklenilemezliğin geçici nitelik taşıması,
- İşin görülememesinin taraflardan birinin kusurundan kaynaklanmaması,

⁸²³ Süzek, ss. 479, 490; Süzek Askıya Alınma, s. 121. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm III. C. 1. b. Askı Halinin Ortaya Çıkışı, Süresi ve Sonuçları

⁸²⁴ Markus Stoffels, **Beck'sche Online-Kommentare Arbeitsrecht**, 61. Edition, C. H. Beck, München, 2021, (BeckOK Arbeitsrecht), BGB § 626 A. III. 4. Suspendierung Rn. 15; Hesse, BeckOK Arbeitsrecht, BGB § 620 C. XII. Suspendierung Rn. 96; Ulrich Preis, **Kündigungsgesetz**, 6. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2021, (APS Kündigungsrecht), 1. K. V. Suspendierung Rn. 74.

⁸²⁵ Jochen Kreitner, **Personalbuch 2021** (Ed. Jürgen Röllner) , 28. vollstaendig neubearbeitete Auflage 2021, C. H. Beck, München, 2021, (Küttner Personalbuch), Freistellung von der Arbeit Rn. 1-32; Günter Schaub ve Ulrich Koch, **Arbeitsrecht von A-Z**, 23. Baskı, Beck-Rechtsberater im dtv, Münih, 2019, s. 638.

⁸²⁶ Mustafa Alp ve Asiye Şahin Emir, "Bahçe İzni (Garden Leave) ve Türk İş Hukukunda Uygulanabilirliği" **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2021, Sayı: 45, s. 16.

⁸²⁷ Preis, APS-Kündigungsrecht, 1. K. V. Suspendierung Rn. 74.

- İş sözleşmesi ve işin konusunun askı haline uygun olması şartlarının gerekli olduğu söylenebilir⁸²⁸.

Askı hali şartları bakımından konumuz için incelememiz gereken esas husus, işçinin kusursuz geçici ifa imkânsızlığının yanı sıra işverenin ifayı geçici olarak kabul imkânsızlığının da askı halini ortaya çıkaracağı kabulüdür⁸²⁹. Kanaatimizce işçinin disiplin soruşturmasında uygulanan uzaklaştırma tedbirinin dayanağı da budur. Çünkü soruşturmaya konu olayın hassasiyeti işverenin işçinin edimini kabul etmesi imkânsızlığını gündeme getirebilecektir. Sonuç olarak işçinin uzaklaştırılması/el çektirme askı hali, işyeri disiplin yönetmeliklerinde belirtilmemişse de; buna rağmen, doktrindeki “işverenin kabul imkânsızlığında da askı halinin ortaya çıkacağı görüşü” uyarınca, şüphe duyulan konuların ciddiyetine göre işçinin çalışmasının derhal durdurulması adeta zorunluluk teşkil ediyorsa, olay soruşturulup bir sonuca vardırılana kadar (belirli ve uzun olmayan bu süre zarfında) iş sözleşmesinin askıya alınmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü ifade ettiğimiz üzere şüphe karşısındaki bu durumda, askı hali için gereken ifayı kabul imkânsızlığı ve bunun geçici olması koşulu sağlanmaktadır.

b. Askı Halinin Ortaya Çıkışı, Sonuçları ve Süresi

Kanunda açık düzenleme bulunduğu ya da taraflar aralarında bir sözleşmeyle kararlaştırdığında askı halinin ortaya çıkışı bakımından tartışılacak bir husus olmayacaktır. Örneğin, İşK m. 24/III ve İşK m. 25/III’e göre zorlayıcı sebeplerin varlığından dolayı işyerinde işin durması ya da işçinin çalışamaması “bir hafta”yı geçiyorsa işçi ve işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğacaktır. Bu sebeple, taraf iradesi aranmaksızın ya da genel ilkelere başvurmaksızın Kanun uyarınca otomatik olarak bu bir haftada, iş sözleşmesinin askı halinde olduğu kabul edilmektedir⁸³⁰. Ancak kanun ya da taraflar arasındaki bir sözleşme hükmüyle önceden kabul edilmediği hallerde de, eğer hukuki temel ve şartlar oluştuysa “askı

⁸²⁸ Süzek, ss. 480-484; Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 3, Eylül 2006, (Askıya Alınma), ss. 21-22; Süzek, Askıya Alınma, ss. 122-127; İstanbulluoğlu, ss. 946-949; Yaman, ss. 765-766. Ayrıca bkz. Y. 7. HD., 15.09.2015, 2015/28095 E., 2015/15036 K., www.legalbank.net, (30.10.2021).

⁸²⁹ Süzek, Askıya Alınma, s. 121.

⁸³⁰ Süzek, Askıya Alınma, s. 124; Süzek, ss. 680, 688.

halinin kendiliğinden ortaya çıkacağı” ifade edilmiştir. Çünkü iş sözleşmesi askı hali, sadece kanun veya tarafların sözleşmelerinde öngördükleri hallerle sınırlı değildir. Askı hali, teorik bir temeli ve belirli koşulları olan hukuki bir kurumdur⁸³¹. Bu doğrultuda, bir davada iş sözleşmesinin askı halinde olduğu iddiasında bulunulduğunda, kanunda ya da sözleşmede bir hüküm olmasa bile, koşulların varlığını tespit ederse hâkim bu yönde karar vermelidir⁸³².

Askı haline geçtiğinde iş sözleşmesi ortadan kalkmamaktadır. Bu sebeple yan borçlar (sadakat borcu, işçiyi gözetme borcu gibi) devam etse de sinallagmatik yapı gereği işçi ve işverenin asli edim yükümlülükleri karşılıklı olarak durmakta ve kural olarak işçiye bir ödeme yapılmamaktadır⁸³³. Kural ödeme yapılmaması olsa da iş hukukunun koruyucu ve ücretin sosyal niteliği sebebiyle istinalar bulunmaktadır⁸³⁴. İlk akla geleni ise, İş Kanunu’nda açıkça düzenlenmiş olan, zorlayıcı sebepler yüzünden iş sözleşmesinin otomatik olarak askı haline geçtiği (İşK m. 24/III ve m. 25/III) bir haftalık sürede İşK m. 40 uyarınca işçiye yarım ücret ödenmesidir. Bu ve bunun gibi (İşK m. 46/III-b, İşK m. 49, BİK m. 16/I, II, III ve VII, BİK m. 17/I ve IV vb.) kanunlarda yer alan istisnaların dışında; toplu iş sözleşmeleriyle ve iş akitleriyle de askı halinde ücret ödeneyeceğinin kararlaştırılabileceği kabul edilir⁸³⁵. Ancak çalışmamız bakımından önem arz edecek istisna, işçiye duyulan şüphe karşısında gerçekleşecek olan işten el çekme durumunda yaşanabilecek olandır. Dahası burada bir istisnanın mümkün olup olmadığının tespiti gerekecektir.

Askı halinde ücret ödenip ödenmeyeceğine karar verirken, İş Kanunu’nda ve sözleşmelerde (bireysel ya da TİS) dikkate almamız gereken bir düzenleme de TBK m. 409⁸³⁶’dur. Maddede askı hali şartlarının bulunduğu kusuru olmayan işçiye, askı süresi iş gördüğü süreye oranla kısa olan durumlarda, başka bir yolla karşılanmadığı

⁸³¹ Süzek, s. 479; Süzek, Askıya Alınma, s. 121; Efe Yamakoğlu ve Eda Karaçöp, “İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 488, dn. 45; Yaman, ss. 767, 769.

⁸³² Süzek, s. 479; Süzek, Askıya Alınma, ss. 121-122.

⁸³³ Süzek, s. 490; Eyrenci ve diğerleri, ss. 175-176; Taşkent, s. 20; Süzek, Askıya Alınma, ss. 118-119, 124; Elbir, s. 46; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 212; İstanbulluoğlu, s. 957; Yamakoğlu ve Karaçöp, s. 480; Yaman, s. 773.

⁸³⁴ Süzek, s. 490; Taşkent, s. 20; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 212; İstanbulluoğlu, ss. 958-959.

⁸³⁵ Süzek, s. 490; Taşkent, s. 20; İstanbulluoğlu, s. 958; Yaman s. 773.

⁸³⁶ TBK m. 409: “Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür”.

takdirde, işverenin o süre için hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü olacağı ifade edilmiştir. Bu düzenleme, iş hukuku temel ilkelerini göz önünde tutarak askı halinde ücret ödenmemesi durumuna bir istisna hükmü getirmiştir. Eğer İş Kanunu’nda duruma ilişkin bir düzenleme yoksa Borçlar Kanunu’nun bu hükmü uyarınca işçiye bir ödeme yapılması gerekecektir⁸³⁷. Sonuç olarak İş Kanunu’nda ücret ödeneceğine (İşK m. 40) veya ödenmeyeceğine (İşK m. 25/I I-b’deki gibi⁸³⁸) ilişkin bir hüküm yoksa ya da Kanun Koyucu’nun bilinçli susma yolu ile olumsuz bir çözüm istediği anlaşılmıyor kısaca yasa boşluğu olduğu söylenebiliyorsa, TBK m. 409’daki şartlar da mevcutsa askı halinde işçiye “sosyal ücret” şeklinde⁸³⁹ bir ödeme yapılmalıdır.

Alman Hukuku’nda ise esas olanın ücret ödeme yükümlülüğünün askı halinden etkilenmemesi olduğu ifade edilmiştir. Ücret ödeme yükümlülüğünden kurtulmanın, istisnai durumlarda, işverenden ücret ödemesi beklenmesi hakkaniyete uygun değilse mümkün olabileceği belirtilmiştir⁸⁴⁰. Ödeme yapılmayan işten muaf tutulma/işçinin işten el çekmesi için bir kanun, TİS veya iş sözleşmesi olması gerekmektedir⁸⁴¹. Bu doğrultuda tarafların karşılıklı rıza gösterek kabul ettikleri askı hallerinde, ücretin ödenmeyeceğini de kararlaştırabilecekleri; ancak ücrete ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadıysa, çalışanın askı halinde de ücret hakkından vazgeçme istemediğinin kabul edilebileceği sonucuna varılmıştır⁸⁴².

Askı hali bakımından özellikle ücretin ödenmediği durumlar için büyük önem taşıyan bir husus ise askı halinin ne kadar devam edebileceğidir. Kanun ya da sözleşmelerde bir süre belirlenmiş ise sorun çıkmayacak ve düzenleme dikkate alınacaktır. Ancak bu da her zaman süresi dolunca otomatik olarak askı halinin

⁸³⁷ Süzek, ss. 491-492; Yaman, s. 774.

⁸³⁸ “(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. **Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez**”.

⁸³⁹ Yaman, s. 774.

⁸⁴⁰ Hesse, BeckOK Arbeitsrecht, BGB § 620 C. XII. Suspendierung Rn. 97. Bkz. BAG, 26.04.1956 - GS 1/56, **AP** MuSchG § 9 Nr. 5; BAG, 29.10.1987 - 2 AZR 144/87, **AP** BGB § 615 Nr. 42.

⁸⁴¹ Kreitner, Küttner Personalbuch, A. 4. Freistellungsmöglichkeiten des Arbeitgebers Rn. 13-14.

⁸⁴² Preis, APS-Kündigungsrecht, 1. K. V. 1. Ruhen des Arbeitsverhältnisses kraft Vereinbarung Rn. 75.

ortadan kalkacağı ve sözleşmenin eski haline geri döneceği⁸⁴³ ya da sona ereceği anlamına gelmez. Örneğin, İşK m. 24/III ve İşK m. 25/III düzenlemesi kapsamında 1 haftalık süre dolduktan sonra zorlayıcı sebebler devam etmesine rağmen işçi ya da işveren hak kazandıkları derhal fesih hakkını kullanmıyorlarsa, iş sözleşmesini sona erdirmeye karar vermedikleri ve ifa imkânsızlığına sebep olan zorlayıcı sebebler devam ettiği sürece sözleşme askıda kalmaya devam edecektir⁸⁴⁴. Ancak İşK m. 40 ilk bir hafta için geçerli olduğundan istisnai olan yarım ücret ödemesi sona erecek ve klasik askı hali geçerli olacaktır.

Mevzuatta veya taraflar arasındaki anlaşmada bir hüküm bulunmuyorsa da, doktrinde ifa engeli kalkana kadar devam edeceği ifade edilmişse de katıldığımız görüşe göre askı hali süresini “dürüstlük kuralı” belirleyecektir⁸⁴⁵. Zaten saydığımız askı hali şartlarından da çıkarılacağı üzere Kanun’da ya da taraflar arasındaki sözleşmelerde belirlenmemiş olsa dahi askı hali süresi sınırsız olamayacaktır⁸⁴⁶.

2. Şüphe Giderme Bakımından Ortaya Çıkabilecek Askı Halleri ve Özellikleri

Daha önce belirttiğimiz gibi iş sözleşmesi askı hallerini bazı başlıklar altında kategorize etmek mümkündür. Kanun hükümleri, uygulama ve doktrin esas alınarak “kanundan doğan askı halleri”, “karşılıklı tarafların rızası ile gerçekleşecek askı hali (ücretsiz izin)⁸⁴⁷” ve “disiplin cezası olarak uzaklaştırma ya da tedbiren uzaklaştırma şeklinde farklı amaçlar ve özellikler barındıran askı halleri” şeklinde bir sınıflandırma yapmak çalışmamız bakımından da incelemelerimizin daha yalın ve anlaşılır olması bakımından yararlı olabilecektir. Konumuz bakımından değerlendireceklerimiz “ücretsiz izinler” ve “disiplin cezası olarak uzaklaştırma ya da tedbiren uzaklaştırma şeklinde farklı amaçlar ve özellikler barındıran askı halleri”dir.

⁸⁴³ İfa engeli ortadan kalktığında askı halinin kendiliğinden kalkacak, sözleşmeden doğan tüm borçların otomatik olarak yürürlüğe girecektir. Y. 7. HD., 15.09.2015, 2015/28095 E., 2015/15036 K., www.legalbank.net, (30.10.2021).

⁸⁴⁴ Süzek, ss. 680, 688.

⁸⁴⁵ Süzek, s. 479; Süzek, Askıya Alınma, s. 120.

⁸⁴⁶ İstanbulluoğlu, s. 964.

⁸⁴⁷ Süzek, Askıya Alınma, s. 127.

İşverenin işçiye karşı duyduğu şüpheyi giderirken uygulanabilecek ve bazı durumlarda uygulanması zorunluluk teşkil edebilecek “işçinin işten el çekmesi”nin çeşitli şekillerde gerçekleşebileceğini, ama bunların hepsinin esasen iş ilişkisinin askıya alınması teşkil edeceğini ifade etmiştik⁸⁴⁸.

Öncelikle belirtmek gerekir ki her ne kadar bir askı hali teşkil ettiği kabul edilse⁸⁴⁹ de ve işçinin işten el çekmesi sonucunu doğursa da, disiplin cezası olan “işten el çekirme”/“işten uzaklaştırma”, şüphe giderme bakımından değerlendirilmesi gereken bir kavram değildir. Çünkü bu disiplin cezası, işverenin işçiye karşı şüphe duyduğunda gündeme gelecek bir durum değildir. Tam aksine, bir ceza söz konusu olduğundan “tüm olayın aydınlatılmış olması” ve “ceza konusu olayın işçi tarafından gerçekleştirildiğinin kanıtlanması” gereklidir.

Şüphe giderme bakımından inceleyeceğimiz ilk işçinin işten el çekmesi durumu, disiplin tedbiri olarak uygulanan “uzaklaştırma/el çekirme”dir. Tedbir niteliğindeki uzaklaştırma da disiplin cezası olan işçinin işten el çektirilmesi gibi bir askı hali⁸⁵⁰ ise de farklı özellikler barındırdığı açıktır. En temel farklılık, işçiye karşı yürütülen bir soruşturmanın devam etmesi, diğer bir ifadeyle şüphelerin henüz giderilmemiş olmasıdır. Bir başka önemli farklılık ise “işten uzaklaştırma/işten el çekirme cezası”nda askı halinde temel kural olan “işçiye ücret ödenmemesi” geçerli iken (ki aksi halde işçiye verilmiş bir cezadan söz edilmesi mümkün olmayacaktır); tedbir niteliğindeki “uzaklaştırma/işten el çekirme” bunun bir istisnasını teşkil edebilmektedir⁸⁵¹.

Bir işçinin gerçekleştirdiğinden şüphe duyulan davranışın ağırlığına göre eğer işçi çalışmaya devam ettiğinde sakıncalı durumlar oluşabilecekse işveren ya da disiplin kurulu tarafından gerçek ortaya konuncaya kadar işten el çektirilebilir⁸⁵². Ancak tedbiren uygulanan el çekirme/uzaklaştırma da iş hukuku mevzuatında düzenlenmemiştir. Zaten Türk İş Hukuku’nda disiplin cezaları ve genel olarak disiplin hukukuna özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece bazı Borçlar

⁸⁴⁸ Bkz. İkinci Bölüm III. C. İşçinin İşten El Çekmesi

⁸⁴⁹ Başbuğ, Disiplin Cezaları, s. 157; Elbir, s. 45.

⁸⁵⁰ Erciyes Üniversitesi Sürekli İşçilere Disiplin Cezası Uygulanmasına İlişkin İşyeri İç Usul Yönetmeliği m. 10’da “...İşten el çektirildiği süre içerisinde işçi ücretsiz izinli sayılır...” ifadesine yer verilmiştir. Bkz. <https://personeldb.erciyes.edu.tr/ckfinder/userfiles/files/senato%20karar%C4%B1.docx>, (05.02.2021).

⁸⁵¹ Neden bir kesinlik olmadığı ilerleyen paragraflarda verilecek örnekler ve bağlantılı açıklamalardan anlaşılabacaktır.

⁸⁵² Aydın Başbuğ, **Toplu İş İlişkileri ve Hukuk**, Şeker-İş Sendikası, Ankara, Aralık 2012, s. 268.

Kanunu’nu ve İş Mevzuatı hükümlerine dayanarak (İşK m. 18/I, İşK m. 25/II, İşK m. 38, İşK m. 102/b; DİŞK m. 38; BİŞK m. 11/III; BK m. 315), iş hukuku ve genel hukuk ilkeleri kapsamında disiplin uygulamalarının mümkün olup olmadığı ya da sınırının ne olacağı belirlenmektedir. Bu sebeple bazı kanuni düzenlemeler olsa da iş ilişkisinde disiplin hukuku ve cezalarının şekillenmesi toplu iş sözleşmeleri (TİS), tip iş akitleri (genel iş koşulları içeren iş sözleşmeleri) ve iç yönetmeliklerle olmuştur⁸⁵³.

Sonuç olarak, disiplin uygulamaları her işyeri/işletme bakımından özel olarak TİS ve işyeri yönetmelikleriyle disiplin cezalarına ilişkin genel esaslar⁸⁵⁴ temelinde şekillenmektedir. Dolayısıyla iş ilişkisinde şüphe bakımından ele aldığımız disiplin tedbiri olan “işçinin işten el çektirilmesi” bakımından da genel geçer ayrıntılı bilgiler vermek mümkün değildir. Her işyerinin disiplin düzenlemelerindeki, “işçiye el çektirme tedbiri” prosedürüne bakmak gerekecektir. Örneğin, Erciyes Üniversitesi Sürekli İşçilere Disiplin Cezası Uygulanmasına İlişkin İşyeri İç Usul Yönetmeliği “İşten El Çektirme” başlıklı m. 10⁸⁵⁵ uyarınca işten çıkarılma cezası gerektirecek davranışlarda bulunulmasına karşı ceza verilmesi sürecinde işyeri disiplin kurulu tarafından 3 aylığına işçi ücretsiz izinli sayılarak işyerinden uzaklaştırılabilecektir. Hatta bu sürenin bir defalığına uzatılabileceği de kabul edilmiştir. Eğer bu sürecin sonunda işçiye işten çıkarılma cezası verilmezse de el çektirildiği sürelerin ücretinin ödeneceği ifade edilmiştir. Bingöl Üniversitesi Sürekli İşçi Disiplin Yönetmeliği m. 15⁸⁵⁶’de ise “görevden uzaklaştırma”, “Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek Personel hakkında alınan ihtiyati bir tedbir” olarak tanımlanmıştır. Madde uyarınca bu tedbir işçi hakkından

⁸⁵³ Sarper Süzek, “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2011/I, (Disiplin Cezaları), s. 10; Süzek, s. 127; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 145; Başbuğ, s. 229.

⁸⁵⁴ Bir disiplin cezası verilebilmesi için, öncelikle bunun bir hukuki dayanağının bulunması, işyeri düzenini ve disiplinini saplama amacı taşıması, İş Kanunu’ndaki düzenlemelerden daha ağır bir nitelikte olmaması, işçinin de kusurunun bulunması ve işçiye önceden bildirilmiş olması gereklidir. Bkz. Süzek, ss. 127-129; Süzek, Disiplin Cezaları, ss. 10-12.

⁸⁵⁵ “İşten ihracı gerektiren fiil ve haller nedeniyle işçi, İşyeri Disiplin Kurulu tarafından işten 3 (üç) ay süre ile el çektirilebilir. İşten el çektirildiği süre içerisinde işçi ücretsiz izinli sayılır. Fiilin niteliği ve ağırlığına göre bu süre bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. İşçiye işten çıkarma cezası verilmemesi halinde işten el çektirildiği süre ölçüsünde çalışmadığı günlerin ücreti ilgili idarelerce işçiye ödenir”, bkz. <https://personel.db.erciyes.edu.tr/ckfinder/userfiles/files/senato%20karar%C4%B1.docx>, (05.02.2021).

⁸⁵⁶ “Görevden uzaklaştırma, Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek Personel hakkında alınan ihtiyati bir tedbirdir.

Görevden uzaklaştırma tedbiri, soruşturmanın herhangi bir safhasında da alınabilir.

Uzaklaştırma süresi 1 ay olarak yapılır gerekli görüldüğü takdirde süre tekrar uzatılabilir”, http://www.bingol.edu.tr/documents/file/bu_RulesAndRegulations/2019%20DISIPLIN%20Y%C3%96NERGESI-96748706-b86e-4eac-80be-415846b6feab.pdf, (07.02.2021).

yapılan bir soruşturmanın herhangi bir safhasında uygulanabilecek ve gerekli görülürse süre her defasında 1 ay olmak üzere uzatılabilecektir. Ayrıca işçi daha sonra görevine devam etsin etmesin bu süre içerisindeki mali ve özlük haklarının verilmeyeceği de belirtilmiştir⁸⁵⁷. Uygulamadan verdiğimiz bu son örneğe rağmen doktrinde katıldığımız görüşe göre, işten el çekirme tedbirinde ücret ödenmesi gereklidir. Aksi halde iş sözleşmesinin ücret ödenmeyerek geçici askıya alınması, işten el çekirme tedbiri değil cezası olacaktır. Bununla birlikte temel ücret dışındaki ücretlerin soruşturma sonuçlanıncaya kadar ödenmemesi mümkün görülmüştür⁸⁵⁸.

Alman Hukuku'nda işçiye karşı duyulan şüphe konusunun niteliğine göre oluşacak işverenin ifayı kabul edememesi durumu ve bundan dolayı oluşan geçici ifa imkasızlığına dayanarak (ya da mevcut disiplin düzenlemeleri sebebiyle) iş sözleşmesi askıya alındığında ücret ödenmesi gerektiği şeklindeki bu görüşe, alacaklının temerrüdünde ödeme yapılacağına ilişkin düzenleme BGB m. 615 de dayanak gösterilmiştir⁸⁵⁹. Özellikle işçi bu askı sürecinde işveren tarafından tamamen serbest bırakılmamışsa (ki serbest bırakılsa bile çok uzun olmayan bir süreçte belirli süreli bir iş bulup başlaması günümüz şartlarında olası değildir) işçinin ücret talep hakkı kaçınılmaz olacaktır.

İş Hukuku'nda her ne kadar işçiyi koruma ilkesi esassa da işveren ve işçi arasında bir menfaat dengesi kurulması gerektiğinden, işçiye soruşturmanın sonucu olumlu da olumsuz da olsa çalışılmamış bir süre için ücret ödemek işveren tarafından çok adaletsiz görülebilir. Ancak tedbiren uygulanan el çekirmede söz konusu durumun özellikleri gereği (iş sözleşmesi devam ettiğinden başka bir işe devam etmesinin kural olarak mümkün olmaması, başka işte çalışma imkânı olsa da sürecin gidişatının ve belirsizliğinin yeni iş bulmaya ve çalışmaya elverişli olmaması) işçinin bir anda geçim kaynağının elinden alınması, tedbiren el çekirme bir cezalandırma da olmadığından kabul edilmemelidir. Hele ki işçinin masum olduğu ortaya çıkarsa işçi kendisinden kaynaklanmayan bir durum için bu zorlukları yaşayacağından

⁸⁵⁷ Bkz. Ek-1 Disiplin Ceza Cetveli No:77,

http://www.bingol.edu.tr/documents/file/bu_RulesAndRegulations/2019%20DISIPLIN%20Y%C3%96NERGESI-96748706-b86e-4eac-80be-415846b6feab.pdf, (07.02.2021).

⁸⁵⁸ Başbuğ, s. 268. İşverenin tek taraflı uyguladığı bu askı halinde ücretin kaldırılamayacağı hatta azaltılamayacağı yönünde bkz. BAG, 04.06.1964 - 2 AZR 310/63, **NJW**, Yıl: 1964, Sayı: 41, ss. 1918-1921.

⁸⁵⁹ Olaf Deinert, "Die Verdachtskündigung - Neues zu einem alten Thema?" **AuR**, Yıl: 2005, Cilt: 53, Sayı: 8-9, ss. 296-297.

hakkaniyetsizlik daha da artacaktır. Burada denge kurulması bakımından Devlet Memurları Kanunu (DMK)⁸⁶⁰, nun “göreden uzaklaştırma”ya ilişkin düzenlemelerinin örnek alınabileceği kanaatindeyiz. Buradaki hükümlere göre görevi başında kalmasında sakınca görülecek Devlet memurlarının uzaklaştırılmasında (DMK m. 137); aylıklarının 2/3 si ödenecek, ayrıca bu kişiler sosyal hak ve yardımlardan yararlanmaya devam edeceklerdir (DMK m. 141/I). DMK m. 143 uyarınca “görevden uzaklaştırma tedbiri kalkıp çalışmaya devam edenler” e aylığın ödenmemiş 1/3’ü de verilecektir.

Eğer somut olayda toplu iş sözleşmeleri (TİS), tip iş akitleri (genel iş koşulları içeren iş sözleşmeleri) ve iç yönetmeliklerince uygulanacak işçinin uzaklaştırılması/işten el çektirilmesi disiplin tedbiri söz konusu değilse, işverenin şüphelerini giderirken işçinin işten el çekmesinin mümkün olmayacağı her zaman söylenemeyecektir. Bu durumda ücretsiz izne başvurulabilecektir.

Ücretsiz izin, işçi ve işverenin karşılıklı rızalarıyla⁸⁶¹ belirli bir süre için iş sözleşmesini askıya almaları olarak tanımlanabilir⁸⁶². Ücretsiz izin uygulamalarında işverene ait olan işletme riskinin işçiye yüklenmiş olduğu ifade edilmektedir. Çünkü işveren işçileri işten çıkarma giderlerine maruz kalmadan ücret ödeme borcundan kurtulmakta; işçi ise hukuken işsiz kalmasa da fiilen işsiz olduğundan ücret ve sosyal haklardan mahrum kalarak işsizliğin sonuçlarına katlanmaktadır⁸⁶³. Bu sebeple ücretsiz izinler işçi aleyhine esaslı bir değişiklik sayılmış ve İşK m. 22’deki hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁸⁶⁴. Ama bununla birlikte, uygulamada muvazzaf askerlik hizmetine giden işçinin iş sözleşmesinin askıya alınması gibi ücretsiz iznin işçi lehine sonuçlar doğurabileceği bu durumda İşK m. 22’nin uygulanması gerekmediği de ifade edilmiştir⁸⁶⁵.

⁸⁶⁰ RG Tarihi: 23.07.1965 ve RG Sayısı: 12056

⁸⁶¹ İş Kanunu’nda işçiye tek taraflı olarak tanınan ücretsiz izin talep hakları bunun istisnalarıdır. Örneğin, İşK m. 74’deki altı aya kadar ücretsiz analık izni.

⁸⁶² Süzek, Askıya Alınma, s. 127; Yamakoğlu ve Karaçöp, s. 481.

⁸⁶³ Süzek, Askıya Alınma, s. 127; Engin, s. 107; Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2005, (Değişiklik), s. 228.

⁸⁶⁴ Süzek, ss. 484-487; Süzek, Askıya Alınma, ss. 127-133. Ayrıca aynı yönde bkz. Y. 7. HD., 15.09.2015, 2015/28095 E., 2015/15036 K., www.legalbank.net, (30.10.2021).

⁸⁶⁵ Süzek, Askıya Alınma, s. 127.

Ücretsiz izin durumundan ismiyle müsemma olarak işçiye ücret ödenmeyeceği söylenebilse de; doktrinde kabul edildiği üzere bu durumda da tarafların aralarında bir ödeme yapılması konusunda anlaşmaları mümkündür⁸⁶⁶.

İncelemeye çalıştığımız bir özel askı hali olarak nitelendirdiğimiz “tedbiren el çektirme/uzaklaştırma”nın, bu süreçte işçiye ücretinin kural olarak ödenmesi gerektiği de kabul edildiğinde, özellikle anglo sakson hukuk sistemlerinde daha yaygın olan “bahçe izni (garden leave)”⁸⁶⁷ kavramıyla da örtüştüğü söylenebilecektir. Çünkü her ikisinde de bir işten el çekme ve iş ilişkisinin askı halinde bulunması söz konusudur.

“Bahçe izni”, uygulamada rekabet yasağı sözleşme/kayıtlarının uygulanabilirliğinde çıkan belirsizlikler karşısında içtihatlarla alternatif bir yol olarak ortaya çıkmışsa da, bununla sınırlı kalmamış ve başka amaçlarla da kullanılmaya başlanmıştır⁸⁶⁸. Dolayısıyla “bahçe izni” temel olarak, işçinin ihbar süresinin bir kısmını veya tamamını çalışmamasına rağmen ücret alarak geçirdiği süre⁸⁶⁹ olarak açıklanabilirken, işyeri düzenini bozacağı veya güvenliğini tehdit edebileceği durumlarda işçiyi işyerinden uzaklaştırılması bakımından başvurulabileceği de kabul edilmiştir⁸⁷⁰. Ancak “bahçe izni”yle tedbiren başvuru alan işten el çektirmenin bu ortak dayanağına rağmen, iki kavramın birbirine denk gösterememize sebep olan en temel farklılık uzaklaştırma disiplin tedbirinin aksine bahçe izninin kabul edildiği içtihadlarda iki tarafın karşılıklı rızasının aranıyor olmasıdır. Bunun nedeni de elbette işten el çektirme tedbirinin söz konusu olduğu durumlarda uygulanan yazılı bir hukuk kaynağı bulunmasıdır.

Sonuç olarak “işten el çektirme tedbiri”, ücretin ödenebildiği ve iş hukuku kaynaklarından biri olan yönetmelik uyarınca işçi rızası aranmadığı özel bir iş sözleşmesi askı hali, “bahçe izni” ise tarafların karşılıklı rızasının gerekli olduğu ama istinai olarak ücretin ödeneceği ücretsiz izin türü olarak ifade etmek mümkündür

⁸⁶⁶ Süzek, Askıya Alınma, s. 127.

⁸⁶⁷ “Garden leave” kavramı ABD hukuk sisteminde “sitting out” olarak da ifade edilmiştir. Kavramla ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Alp ve Asiye Şahin Emir, “Bahçe İzni (Garden Leave) ve Türk İş Hukukunda Uygulanabilirliği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2021, Sayı: 45, ss. 11-31.

⁸⁶⁸ Alp ve Şahin Emir, ss. 12, 13, 16.

⁸⁶⁹ Gönenç Gürkaynak, “Garden Leave under Turkish Labor Law”, <https://www.gurkaynak.av.tr/docs/36afc-garden-leave-under-turkish-labor-law.pdf>, (20.12.2021), s. 1; Alp ve Şahin Emir, s. 14.

⁸⁷⁰ Gürkaynak, s. 1; Alp ve Şahin Emir, s. 15.

İster bir disiplin tedbiri olarak gerçekleştirilsin ister iş sözleşmesi, ücretsiz izin ya da bahçe izni adı altında askıya alınsın, “işçinin işten el çekmesi” işverenin işçiye karşı şüpheleri bakımından önemlidir. Bu şüpheyi giderme yolu olmasa da, şüphe giderme yolunda önemli bir araçtır.

İş sözleşmesi devamında oluşan şüpheler giderilmeye çalışılırken, kuvvetli bir şüphe söz konusu olduğunda işveren, bir fesih süreci başlatmak yerine son çare ilkesine de uygun olarak (ki işten el çekme tedbiri ve askı bir çözüm değil sadece çözüm bulmak için uygun koşul ve zaman sağlama aracıdır⁸⁷¹) işçiye işten el çektirip, sadece fesih şartını yerine getirmiş olmak adına değil gerçekten olayı aydınlatmak ve şüpheyi gidermek için telaş etmeden daha geniş ve etkili bir araştırma yapabilir.

Ayrıca işten el çekme sadece ayrıntılı bir araştırma yapmak için işverenin ihtiyari bir tercihi olarak da karşımıza çıkmaz. İşçinin işlediğinden ya da ihlal ettiğinden şüphe edilen suç veya yükümlülüğün ciddiyetine göre işveren, hem işletmesel çıkarları hem de gerçekleşen eylemlerin niteliğine göre kamu sağlığı/kamu güvenliği tehdidi içeren bir durum varsa, kamu yararı ve dolayısıyla bundan sorumluluğu doğmaması adına “eylemlerin gerçekleştiğini kesinleştirmeden” hatta belki de “şüphesi objektif olgulara dayanan kuvvetli şüphe haline gelmeden” hemen işçinin çalışmasına son vermek isteyebilir. Hatta bu kamu yararı bakımından zorunlu dahi olabilir. Ancak söz konusu ciddi konularda henüz objektif olgulara dayanan bir kuvvetli şüphe olmadan işveren iş ilişkisini sona erdirirse, ileride yaşanacak iş uyuşmazlığında feshin geçersizliğine hükmedilebilecek ve asıl önemlisi işçinin temel hakları menfaat dengesi gözetilmeksizin ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca söz konusu durumlarda kuvvetli şüphe oluşsa da, işverenin doğan şüphe feshi hakkını hemen kullanıp fesih beyanında bulunması “aydınlatma yükümlülüğü kapsamında araştırma yapması, savunma alması vs.”den dolayı mümkün olmayacaktır. Şüphe feshi beyanında bulunduktan sonra ise şüphe feshi bir geçerli nedenle fesih olduğundan kural olarak işçinin çalışması (ihbar tazminatı ödemek durumunda kalmak istemiyorsa) bildirim süresi boyunca devam edecektir. Dolayısıyla işverenin şüphe feshi imkânı olsa bile, işçiye daha hızlı bir şekilde çalışmayı bırakması ve sürecin sonunda yine şüphe feshi gerçekleştirirse de daha sonra sıkıntılarla (ihbar tazminatı

⁸⁷¹ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm IV. B. 3. Sözleşmenin Askıya Alınması

ödemek, aydınlatma yükümlülüğünü düzgünce yerine getirmediği için feshin geçersizliğine hükmedilmesi ya da son çare ilkesine uyulmadığının tespiti gibi) karşılaşmamak adına işçiye işten el çektirmesi yerinde olabilecektir.

Sonuç olarak, hem şüphelerin ortadan kaldırılıp iş sözleşmesinin feshedilmemesini sağlayabilmek hem de işverenin iş ilişkisine devam etme niyeti olmasa da fesih prosedürleri tamamlanana kadar ki aşamada işçinin çalışması önemli riskler barındırıyor buna mani olmak adına işten el çektirme önemli bir kavramdır ve yukarıda incelediğimiz üzere bu somut olayın koşullarına göre uzaklaştırma tedbiri olarak ya da iş sözleşmesinin askıya alınması şeklinde gerçekleştirilebilir.

D. Yok Edilemeyen Şüphenin Sonuçları ve Hukuka Uygunlukları

İş ilişkisinin devamında işverenin uyguladığı tüm yöntemlere rağmen, şüphe oluşmasının önüne geçilememesi ve oluşan şüphelerin giderilememesi durumunda şüphenin dercesine göre öncelikle “iş ilişkisinin devamındaki şüphe konuları ve etkileri” başlığında da değindiğimiz; doğrudan ya da iş saatlerini azaltarak, zam yapmayarak, iş değişikliğinde bulunarak işveren dolaylı şekilde ücreti azaltma yoluna gidebilir. Ya da ücretten bağımsız olarak, şüphe işçinin söz konusu mevcut görev yeri ve tanımıyla bağlantılı ise, iş ve işyeri değişikliği de yapabilir. Elbette işverenin yaptığı bu işlemler, çalışma koşullarında esaslı birer değişiklik teşkil edeceğinden İşK m. 22 prosedürünü işletmesi gerekir. Aksi halde değişiklikler işçiye bağlamayacaktır⁸⁷². Buna rağmen işveren bu kararlarında ısrar ederse, somut olayın koşullarına göre işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi (İşK m. 24/I II-e ve f altbentleri uyarınca) ya da iş sözleşmesinin işverence hukuka aykırı olarak sona erdirilmiş olduğunun kabulü (Örneğin, işçinin geçersiz işyeri değişikliği sonrası eski işyerine gittiğinde işe alınmayarak gerçekleştirilen eylemli feshi⁸⁷³) gündeme gelebilecektir⁸⁷⁴.

⁸⁷² İşK m. 22 ve değişiklik feshi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2005, (Değişiklik).

⁸⁷³ Süzek, s. 507.

⁸⁷⁴ Süzek, ss. 659-660; Mustafa Alp, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 213-214.

Eğer işverenin gideremediği şüphesi objektif olgulara dayanan kuvvetli bir şüphe ise de bu sefer iş sözleşmesinin şüphe feshiyle sona erdirilebilmesi durumu karşımıza çıkacaktır ki bunun ne zaman hangi koşullarda hukuka uygun olarak gerçekleştirilebileceği üçüncü bölümümüzün konusunu teşkil etmektedir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ BAKIMINDAN ETKİSİ

-ŞÜPHE FESHİ-

Daha önceki bölümlerde görüldüğü üzere işverenin işçiye karşı duyduğu şüphenin iş sözleşmesinin kuruluşu ve devamında önemli etki ve sonuçları vardır. Ama iş ilişkisinde şüphe denildiğinde akla gelen ilk hukuki kavram şüphe feshidir. Çünkü işçi bakımından hayati önem taşıyan ve iş yargılamasının ağırlıklı kısmını oluşturan konu fesihdir. İş hukukunda geniş bir yere sahip olan ve işçi bakımından hayati bir değer taşıyan bu konu, şüphe açısından daha da önem kazanır. Bu doğrultuda üçüncü bölümde şüphenin iş ilişkisinin sona ermesi bakımından etkisi kısaca şüphe feshi irdelenmektedir. Her ne kadar bu bölümün esas konusu şüphe feshi olsa da, kavramın hukuki niteliği, ortaya çıkışı ve barındırdığı tartışmaların daha iyi irdelenmesi bakımından genel çerçevede Türk ve Alman Hukukundaki fesih sistemlerine de yer verilecektir.

I. ŞÜPHE FESHİ KAVRAMI

A. Şüphe Feshi Tanımı

Güven ilişkisi, çalışmamızda ayrıntılarıyla yer verdiğimiz üzere iş ilişkisi için çok önemlidir⁸⁷⁵. Bu sebeple kaçınılmaz olarak işçi-işveren arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi ya da tamamen ortadan kalkmasının sonuçları olacaktır. Bunun en genel ve hayati sonucu fesihdir⁸⁷⁶. İş Kanunu'muzda açıkça güven ilişkisine yer verilmediği gibi doğrudan güvenin zedelenmesi bir fesih nedeni olarak öngörülmemiştir. Ancak İş Kanunu'nda düzenlenmiş veya doktrinde kabul edilen aşağıda incelenecek geçerli ya da haklı nedenler ne olursa olsun, feshe sebep olmalarının temelindeki husus⁸⁷⁷, bu durum ve davranışların güven ilişkisine telafisi

⁸⁷⁵ İkinci Bölüm I. C. İş İlişkisinde Güven İlişkisi ve Önemi

⁸⁷⁶ Konumuz iş ilişkisinde şüphe olduğundan fesih türlerini sadece işveren açısından inceleyecek olsak da elbette her iki tarafın da iş sözleşmesini çeşitli şekillerde feshedebilmesi mümkündür.

⁸⁷⁷ Sur, Şüphe Feshi, s. 2488.

olmayacak şekilde zarar vermesi sonucu güvenin kısmen ya da tamamen ortadan kalkmasıdır⁸⁷⁸.

İş sözleşmesindeki güven ilişkisinin zarar görmesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Örneğin, işçi iş sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğüne aykırı davranabilir ya da iş arkadaşlarına, işverene veya işyerinde herhangi birine karşı suç teşkil eden davranışta bulunabilir ki bu suçlar çoğunlukla bir iş sözleşmesi yükümlülüğü ihlali de teşkil edecektir. Geçerli - haklı nedenler incelenirken görüleceği üzere, bu konudaki ayırımda suç ve ihlallerin ağırlığı önem arz edebilecektir. Bir başka ifadeyle “davranış ne kadar ağırsa güven ilişkisi o kadar fazla zedelenecek ve sözleşme devamı o kadar beklenemeyecek” şeklinde bir mantık oluşturulabilecektir. Asıl konumuz olan şüphe feshinde ise durum çok daha farklıdır. Şüphe feshinde, fesih nedeni olarak gösterilen husus “işçinin içinde bulunduğu durum ya da gerçekleştirmiş olduğu davranışlar” değildir. Feshin ortaya çıkışı, güveni zedeleyecek durum ve davranışları işçinin gerçekleştirmesine değil, bunları gerçekleştirdiği konusunda işverende oluşan şüpheyeye dayanır. Bu doğrultuda şüphe feshi, “*işçinin sözleşme yükümlülüklerini esaslı bir biçimde ihlal ettiği veya suç niteliğinde bir eylemde bulunduğu konusunda giderilemeyen bir şüphe bulunması halinde, güven temeli çökmüş iş sözleşmesini işverenin feshetmesi*” olarak tanımlanabilir⁸⁷⁹. Ancak bu genel bir tanımdır ve şüphe feshi çeşitlerini ve bu feshin tüm özelliklerini ortaya koymamaktadır.

⁸⁷⁸ Y. 22. HD., 23.11.2015, 2015/29772 E., 2015/31112 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2016/3 Sayı: 50, www.calismatoplum.org, (27.05.2021).

⁸⁷⁹ Wolfgang Grunsky, “Die Verdachtskündigung”, **ZfA**, Yıl: 8, 1977, ss. 169, 170; Ulrich Preis, **Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis**, 11. völlig neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, 2015, (SPV), s. 321; Brox ve diğerleri, s. 196 Rn. 554; Holbeck ve Schwindl, s. 127 Rn. 488; Löwisch ve diğerleri, s. 177 Rn. 635; Krause, s. 274 Rn. 15; Hromodka ve Maschmann, s. 437 Rn. 120; Waltermann, s. 154 Rn. 347; Junker, ss. 228-229; Schütte, s. 17; Wilfried Berkowsky, **Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung**, 3. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 1997, ss. 217, 218; Klemens Dörner, “Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen”, **NZA**, Yıl: 1992, Sayı: 19, (Verdachtskündigung im Spiegel), ss. 865-866; Mathias Busch, “Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht”, **MDR**, Yıl: 1995, s. 217; Clemens Appel ve Doris Gerken, “Pro und contra Verdachtskündigung”, **ArbuR**, Yıl: 1995, Sayı: 6, s. 201; Başbuğ, Disiplin Cezaları, s. 142; Süzek, ss. 561, 562; Kübra Doğan Yenisey, “Şüphe Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 11, Eylül 2008, (Şüphe Feshi), s. 67; Evren, ss. 44, 45; A. Eda Manav, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, Haziran 2009, s. 85; Baysal, Geçerli Sebep, ss. 165, 171, Baysal, Şüphe Feshi, s. 87; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 321; Kübra Doğan Yenisey, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2018, (Değerlendirme 2016), s. 477; Keser, s. 314; Nurşen Caniklioğlu, “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”, **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, (Ed. Ender Demir ve Beste Gemici Filiz), Seçkin

Kural olarak işverenin feshe başvurabilmesi için, dayandığı nedeni (işçinin fiilleri ya da içinde bulunduğu durumu) ispatlaması gerekir. İşverenin hukuka uygun şekilde bu durum ve davranışları ispatlayamaması haklı nedenle feshi veya somut olaya göre geçerli nedenle feshi geçersiz hale getirebilecekse de, ne yazık ki işverenin işçiyle arasındaki güvenin zedelenmesinin önüne geçilemeyebilecektir. Çünkü somut olaydaki nedenler ispatlanamasa da, durum karşısında işçiye karşı işverenin giderilemeyecek bir şüphesi doğmuş olabilir. Giderilemeyen şüphe de eğer şartlar gerçekleştiyse “şüphe feshi” ile iş ilişkisinin sona ermesine sebep olabilecektir⁸⁸⁰. Zaten, şüphe feshini, diğer fesihlerden Alman Hukuku’ndaki ifadeyle “maddi olgulara dayanan fesih (Tatkündigung)”⁸⁸¹’ten ayıran özellik, feshin gerçekleştirilmiş bir eylemin değil bu eylemin gerçekleştirildiğine dair şüphenin gerekçe gösterilmesidir⁸⁸².

Şüphe feshine sebep olabilecek durumlara somut örnekler verecek olursak: İşçinin hırsızlık, zimmet gibi suçları işlemiş veya işçinin ek iş yasağını ihlal etmesi, hasta olmadığı halde hasta olduğunu söyleyerek işe gelmemesi gibi iş sözleşmesine aykırılık teşkil edecek davranışlarda bulunmuş olabileceğine ilişkin şüphe bu kapsama girecektir⁸⁸³.

İşçinin bir davranışta bulunmuş olduğuna dair şüphenin haricinde, işçinin bazı eylemlerine dayanarak ileride başka davranışlarda bulunabileceğine ilişkin duyulan şüpheyile gerçekleştirilen fesih de “şüphe feshi” olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu, diğer şüphe feshi türüne göre daha tartışmalı bir husustur⁸⁸⁴. Hatta şüphe

Yayınları, Ankara, Ekim 2017, s. 125; Sur, Şüphe Feshi, s. 2490; Kürşat Kaplan, “Şüphe Feshi ve Türk Hukukundaki Yeri”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2010, Sayı: 27, ss. 979, 980-981; Canan Erdoğan, **İş Hukukunda Şüphe Feshi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 31; Ersin Erdoğan ve Canan Erdoğan, “Şüphe Feshine Dayalı Davalarda Yargılamanın İadesi Ve Yeniden Yargılanma”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 2020/2, Sayı: 65, s. 467.

⁸⁸⁰ Baysal, Geçerli Sebep, ss. 165, 171; Keser, s. 314; Baysal, Şüphe Feshi, s. 84.

⁸⁸¹ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68; Baysal, Şüphe Feshi, s. 86. “Tatkündigung”, “ispatlanmış vakıya dayalı fesih” olarak da doktrinde ifade edilmektedir. Erdoğan, ss. 61, 66-68.

⁸⁸² Hoefs, ss. 54-55; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, ss. 67-68. Aslında gerekçe göstermek veya şüphe feshinin nedeninin şüphe olduğunu söylemek genel ve herkesçe kabul gören bir ifade olmayacaktır. Çünkü şüphe feshini hukuka uygun bulan görüşler feshi farklı temellere dayandırabilmektedir. Doktrinde şüphe feshini, “şüphe”ye, “işlem temelinin çökmesi”ne ve “güvenin sarsılması”na dayandıran görüşler bulunmaktadır. Bkz. Üçüncü Bölüm IV. A. Şüphe Feshini Kabul Eden Görüşler

⁸⁸³ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68. Ayrıntılı bilgi için Üçüncü Bölüm V. A. 1. Şüphe Duyulan Eylemler

⁸⁸⁴ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 70; Manav, s. 87.

feshinin örnek alındığı Alman Hukuku'nda bu durumlar şüphe feshi türü olarak nitelendirilmemiştir⁸⁸⁵.

B. Güven Sermayesi Kavramı ve Oluşma Şartları

Güven kelimesi, sözlükte “korku, çekinme ve kuşku duymadan inanma ve bağlanma duygusu, itimat”⁸⁸⁶ olarak tanımlanmıştır. İnanmak kelimesinin ise “bir şeyi doğru olarak benimsemek”, “birini doğru sözlü olarak bilmek, güvenmek” ve “bir şeyin varlığını, doğruluğunu kabul etmek” şeklinde anlamları olduğu belirtilir⁸⁸⁷. Tanımlardan anlaşılacağı üzere “güven” soyut ve karmaşık bir kavramdır. Bu sebeple sözleşmedeki güveni ve güven ilişkisini tam olarak ifade etmek ve hukuk alanında kavramı anlamlandırmak kolay değildir.

Sözleşmelerin kurulabilmesi için tarafların birbirine güvenmesi gerekir; ama sözleşme kurulur kurulmaz arada tam olarak sağlam bir güven ilişkisi olduğu söylenemez. Taraflar sözleşme kurabilmek için güven duymak ister ve bu doğrultuda kafasındaki şüpheleri gidermek için çeşitli yollara başvurur (adayla görüşerek sorular sorma, belgeler isteme, üçüncü kişilerden bilgi alma gibi)⁸⁸⁸. İşveren bu yollar sonucunda edindiği verilere göre şüphelerini giderirse, işçiye güven duymaya başlar. Böylece işverende işçinin sözleşmeye uyacağı ve her iki tarafın menfaatlerine uygun davranacağı konusunda bir beklenti⁸⁸⁹ oluşur. Aslında burada güveni bir “tohum”a benzetmek mümkündür. Şüphenin giderilmesi ile güven tohumları bulunacaktır. İşveren bir fidan ve daha sonra bir ağaç oluşacağı beklentisi ile iş sözleşmesi yaparak bu tohumları eker. Sözleşmenin devamında yaşananlar doğrultusunda bu tohumlar fidan ve daha sonra ulu bir ağaç olabilecektir. Ama diğer yandan tarafların davranışlarına göre tohum çürüyebilecek, fidan solabilecek hatta ulu ağaç yıkılabilecektir. Süreç düzgün bir şekilde ilerledikçe güven bitkisi güçlenecek ve başlangıçta gösterilen bir davranışla kolay bir şekilde zedelenebilecek güven, ilerleyen süreçte aynı davranış karşısında derinlere kök salmış ulu bir ağaç gibi daha

⁸⁸⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm III. Şüphe Feshi Çeşitleri ve Öngörü Prensibi

⁸⁸⁶ www.tdk.gov.tr, (19.08.2020)

⁸⁸⁷ www.tdk.gov.tr, (19.08.2020)

⁸⁸⁸ Bkz. İkinci Bölüm II. B. İş Sözleşmesi Kuruluşu Aşamasında Şüphe Giderme Yolları ve Hukukilik Sınırları

⁸⁸⁹ Beklenti, “gerçekleşmesi beklenen şey”, “bireyin belli şart ve durumların alacağı biçimler veya kendisinden beklenenler konusundaki öngörüsü” olarak tanımlanır, www.tdk.gov.tr, (19.08.2020)

dirayetli olabilecektir. Bu örnek güven ilişkisinin zedelenmesi ya da tamamen çökmesi durumlarını ve sonuçlarını anlamak açısından da kolaylık sağlayacaktır.

Sözleşme kurulmasıyla ekilen güven tohumları, taraflar bencil bir tutum göstermeden, her iki tarafın menfaatlerini gözeterek edimlerini yerine getirirse yeşerecek, yani başlangıçta oluşan beklentinin karşılanmasıyla kuruluştaki temeli atılan güven ilişkisi gelişip güçlenecektir⁸⁹⁰.

Bir başka ifadeyle, kişi birisine güvenip sözleşme yaptığında, hayal kırıklığına uğratılma ve zarar görebilme risklerini göze alarak karşı tarafa bir anlamda “güven avansı” vermiş olur⁸⁹¹. Alman Federal İş Mahkemesi (BAG), şüphe feshiyle ilgili tartışmaların tekrar ortaya çıkmasına sebep olan Emmely dava süreci sonunda verdiği Emmely kararıyla birlikte “güven sermayesi (Vertrauenskapital)” kavramını kullanmıştır⁸⁹². Daha sonraki kararlarında da bu ifade kullanılsa da ortaya çıkış Emmely kararı ile olmuştur. Aslında “güven sermayesi” ne karar metninde değil, Alman Federal İş Mahkemesi (BAG)’nin yapmış olduğu basın açıklamasında⁸⁹³ yer verilmiştir. Kararda, güven stoğu (Vorrat an Vertraun), güven kapsamı (Maß an Vertraun) kavramları kullanılmıştır. Ama sonuçta önemli olan adlandırmanın ne şekilde yapıldığı değil, kavramın niteliğinin ne olduğu ve taşıdığı anlamdır⁸⁹⁴.

Doktrinde “sermaye” ifadesinin kullanılması çok yerinde bulunmayarak eleştirilmiştir⁸⁹⁵. Çünkü güven, tarafların ortaya koyduğu bir sermaye olarak düşünüldüğünde, gerektiğinde bu sermayenin harcanabileceği ve daha sonra telafisinin yapıp onarılabileceği şeklinde bir anlayışa yol açarak, tarafların güven ilişkisine karşı göstermeleri gereken özeni zedeleyebilecektir⁸⁹⁶. Ayrıca kararla bu yeni kavram ortaya konurken yanıtlanmamış çeşitli hususların (Örneğin, hangi

⁸⁹⁰ Wertz, s. 26.

⁸⁹¹ Eylert, Verdachtskündigung, s. 393.

⁸⁹² BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 21, ss. 1227-1234. Emmely Kararı ve yaşanan sürece ilişkin ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. c. Küçük Boyutlu Nedenlerle Fesih (Bagatellkündigung) ve Üçüncü Bölüm II. B. 3. Emmely Kararı Süreci ve Şüphe Feshine Yönelik Kanun Tasarıları

⁸⁹³ BAG’nin 10.06.2010 tarihli 42/10 nolu basın açıklaması, <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&sid=98b6e6fea40a97d5a60c544be1e6895b&nr=14385&pos=0&anz=1>, (19.08.2020).

⁸⁹⁴ Wertz, s. 220.

⁸⁹⁵ Tiedemann, Vertrauenskapital, s. 94; Stefan Fandel ve Martin Kock, “BAG: Fall „Emmely” – Wiederherstellung zerstörten Vertrauens”, **BB**, Yıl: 2011, Sayı:1, ss. 61,62; Wertz, s. 220.

⁸⁹⁶ Bernd Weller, “Bei langer Betriebszugehörigkeit ist auch bei Straftaten gegen den Arbeitgeber in der Regel eine Abmahnung erforderlich – ‘Emmely’”, **GWR**, Yıl: 2010, Sayı: 22, s. 560; Tiedemann, Vertrauenskapital, s. 94; Wertz, s. 220.

derecedeki davranışların bu güven sermayesini tek bir seferde yok edebileceği vb.) ortaya çıktığı ve bunun fesih sonrası sürecin nasıl tamamlanacağını belirsizleştirdiği ifade edilmiştir⁸⁹⁷. Sonuç olarak her ne şekilde ifade edilirse edilsin burada güvenin kapsamı anlatılmaya çalışılmıştır⁸⁹⁸. Güvenin sabit bir şey olmadığı azalıp çoğalabileceği, sözleşme süresince yıpranabileceği hatta yok olabileceği ama bununla birlikte zamanla birikerek artadabileceği anlatılmak istenmiştir.

Kanaatimizce “güven sermayesi” çok yanlış bir ifade değildir. Özellikle sermayenin bir işletmedeki önemi, zarar gördüğünde veya yok olduğunda doğan sonuçlar düşünüldüğünde iş ilişkisinde güveni bir sermayeye benzetmek yanlış olmaz.

“Güven sermayesi” kavramın ortaya çıkmasına yol açan Emmely kararında, güvenin bir başka ifadeyle güven sermayesinin oluşma şartları net bir şekilde belirtilememiştir⁸⁹⁹. Bu sebeple güven sermayesinin oluşumu doktrinde netleştirilmeye çalışılmıştır.

Tarafların başlangıçtaki araştırmalarıyla oluşturduğu, sözleşme imzalanırken ortaya konan, “karşılıklı olarak sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirileceği, her iki tarafın da çıkarlarının korunacağı ve sözleşmeye sadık kalınacağı beklentisi konusunda güven”, sözleşme devamında belirli durum ve davranışlardan etkilenip şekillenecektir.

İş sözleşmesi süresince güven ilişkisinin nasıl şekillendiği, “zarar mı gördü yoksa güçlendi mi” şeklinde son durumunun ne olduğunun değerlendirilmesi, iş sözleşmesinin hukuka uygun haklı veya geçerli nedenle feshedilip edilmediğinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Ama maddi olgulara değil güvenin zedelenmesi veya tamamen kaybedilmesine dayandığından “şüphe feshi” bakımından bu tespit, zorunluluk olarak ifade edilecektir.

İşçi ve işveren arasında, başlangıçta ortaya konan güven avansının korunup hatta arttırılmasıyla oluşmuş bir güven sermayesi bulunup bulunmadığının söylenebilmesi için de aşağıda inceleyeceğimiz şartların varlığına bakılması gerekir.

⁸⁹⁷ Fandel ve Kock, s. 61.

⁸⁹⁸ Wertz, s. 220.

⁸⁹⁹ Peter Schrader, “Abmahnung und ‘Vertrauenskapital’”, *NJW*, Yıl: 2012, Sayı: 6, s. 347; Wertz, s. 220

1. Uzun Çalışma Süresi

İş sözleşmesinin uzun süredir devam etmesi, güven sermayesinin oluşması ve varlığını sürdürmesi bakımından önemli bir kriterse de elbette tek başına yeterli değildir. Sadece uzun süredir çalışma sağlam bir güven ilişkisi olduğu anlamına gelmez. Ancak bir emare olabilmektedir⁹⁰⁰.

Uzun çalışma süresi, güven sermayesinin bulunduğu konusunda bir emare kabul edilebilir. Çünkü iş ilişkisi varlığını sürdürdüğüne göre “sözleşmenin imzalanmasını sağlayan güven ve bu bağlamda oluşan beklentinin karşılandığı” ve “ileriye yönelik beklentilerinin de karşılanacağı inancının hala bulunduğu” söylenebilecektir. Kuruluş aşamasında, tarafların karşılıklı menfaatlerinin korunacağı ve edimlerin düzgün bir şekilde yerine getirileceği inancının oluşmasıyla ortaya çıkan güven sonucunda sözleşme imzalanmıştır. Başlangıçtaki bu güven aslında henüz doğrulanmamış bir beklentidir. İstihdam devam ettikçe, iş ilişkisinde yaşanacak olaylar karşısında, verilen güven avansının boşuna olup olmadığı, güvenilirlik bakımından beklentinin haklılığı anlaşılmış olacaktır⁹⁰¹. İlişki ne kadar uzun süre devam ederse, her bir olay karşısında tarafların güven konusunda haklılığı o kadar sınanmış olacaktır. Sonuç olarak da tüm bu sınanmalardan sonra sözleşmenin hala devam ediyor olması, güven ilişkisinin varlığını sürdürdüğü konusunda bir emare kabul edilebilecektir. Sınanmalar yani geçen süre ne kadar uzunsa da, o kadar güven sermayesinin artarak mevcudiyetini koruduğu söylenebilecektir.

“Uzun süre”nin tam olarak neye karşılık geleceğine ilişkin kesin bir şey söylenemez. Ne kadar süre sonra ilişkinin “uzun zamandır süren bir çalışma” kapsamına gireceği somut olayın özellikleri ve yargı kararlarıyla şekillenecektir. 10 yıl gibi genel geçer bir sınır verip, o sınırın altındaki çalışma süresinin güven stoğu oluşması bakımından yeterli olmayacağının savunulması için⁹⁰² çok sayıda kararda bunun teyit edilmiş olması gerekir. Ama bu da yeterli olmayacaktır. Her somut olay farklı özellikler taşıdığından “en az şu kadar yıl kesintisiz çalışma” şeklinde genel bir cevap doğru olmayacaktır. Bu sebeple somut olayın tüm koşulları değerlendirilmeli, işçinin işyerindeki konumu ve görevinin özel bir güven ilişkisi gerektirip

⁹⁰⁰ BAG,10.06.2010 - 2 AZR 541/09, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 21, ss. 1227-1234.

⁹⁰¹ Wertz, s. 222.

⁹⁰² Tiedemann, Vertrauenskapital, s. 94.

gerektirmedeği de hesaba katılmalıdır⁹⁰³. Zaten bu anlayış uyarınca Alman Federal İş Mahkemesi (BAG), güven sermayesinin önem arzettiği Emmely kararında, ne kadar bir kıdem tamamlandığında “uzun yıllardır süren bir çalışma ilişkisinin” varlığının kabul edileceği sorusunu yanıtlamamıştır. BAG’nin bu şekilde bir sınır koymamasının yerindeliğini desteklemek açısından ayrıca, kesin bir asgari süre tespit edilmesinin, işçinin belirlenen kıdemden sonra “kıdemli çalışan iyidir” anlayışıyla işçiyi özensiz davranmaya sevkdebileceği ve yanlış adım atmasına sebep olabileceği ileri sürülmüştür⁹⁰⁴.

Güven sermayesinin varlığına ilişkin uzun yıllardır çalışma koşulu bakımından belirteceğimiz bir husus da, fiili bir çalışmanın mevcut olması gerektiğidir. İş sözleşmesinin hukuken varlığını koruması tek başına yeterli olmayacaktır. Fiili bir çalışma da bulunmalıdır. Örneğin, kadın işçinin analık sebebiyle İşK m. 74 uyarınca izin kullanması durumunda, bu sürelerde iş ilişkisi varlığını korusa da sözleşme askıdadır⁹⁰⁵ ve aktif bir çalışma yoktur. Bu gibi pasif dönemler kanunen çalışma süresi olarak kabul edilse de, fiili bir çalışma olmadığından güven sermayesinin varlığı için gereken uzun yıllardır çalışma şartı açısından dikkate alınamayacaktır. Çünkü askı dönemi sürecinde de çeşitli yükümlülüklerin yerine getirilmesi zorunluluğu olsa da, fiili çalışma varsa iş sözleşmesinin esaslı yükümlülükleri karşılıklı olarak yerine getirilebilecek ve böylece sözleşmeye sadakat tam olarak gösterilerek duyulan güven derinleştirilebilecektir⁹⁰⁶.

2. Sorunsuz Çalışma Süreci

Tek başına uzun bir kıdemin, sağlam bir güven ilişkisi olduğu ve tüketilmemiş aksine güçlenmiş bir güven sermayesi bulunduğunu söylemek için yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Sağlam bir güven sermayesi olduğunun kabulü için iş ilişkisinin sorunsuz devam etmiş olması, işverenin bu süreçte haklı şikâyetlerinin

⁹⁰³ Wertz, s. 223.

⁹⁰⁴ Ulrich Koch, “Emmely und das ‘Vertrauenskapital’”, **BB**, Yıl: 2010, Sayı: 45, s. 2705; Fandel ve Kock, s. 61; Tiedemann, Vertrauenskapital, s. 94.

⁹⁰⁵ Münir Ekonomi, “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2019, Sayı: 22, s. 25.

⁹⁰⁶ Wertz, s. 223.

olmaması gereklidir. İşçiye ikaz ve ihtarlarda bulunulması sağlam bir güven sermayesinin oluşması için gereken süreyi daha da uzatmış olacaktır⁹⁰⁷.

İş sözleşmesi kuruluş aşamasında doğan güvenin, iş sözleşmesi devamında çeşitli durum ve davranışlardan etkilenmesi normaldir. Bu sebeple hiçbir şikâyet olmaksızın devam eden bir çalışma, çok önemli ve somut olayı etkileyecek bir durum olacaktır⁹⁰⁸

Bu koşula ilişkin olarak açıklanması gereken husus ise “sorunsuz, şikâyetsiz” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir⁹⁰⁹. Ancak “uzun süre” kavramında olduğu gibi BAG “sorunsuz ve şikâyetsiz geçirme” kavramını da net bir şekilde ortaya koymamıştır⁹¹⁰.

İşçi, kesintisiz şekilde iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri tam olarak gereği gibi yerine getirdiğinde, iş ilişkisinin herhangi bir şikâyet olmaksızın sorunsuz şekilde sürdürülmüş olduğu kabul edilecektir. Eğer işveren, bir ya da birden fazla kez işçiye iş sözleşmesi yükümlülüklerini yerine getirmesi konusunda hatırlatma yapmışsa, sorunsuz bir iş ilişkisinin bulunduğu söylenemeyecektir. Bu hatırlatmanın nasıl gerçekleştirildiğinin ise önemi yoktur. Önemli olan, işverenin, iş sözleşmesi yükümlülüklerinin düzgünce yerine getirilmediğini ve bu sebeple oluşan rahatsızlığını işçiye açıkça ifade etmiş olmasıdır⁹¹¹.

Sonuç olarak, sorunlu bir çalışma süreci geçirilmiş olduğunun kabulü için işverenin önemli şikâyetleri olmalı ve bunları işçiye bildirmelidir⁹¹². Ayrıca sorunsuz bir istihdam ilişkisi geçirilip geçirilmediği sonucuna varılırken, sürecin bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Özellikle uzun süren çalışmalarda, sorunlu bir istihdam ilişkisinden söz edilmesi için önemli de olsa sadece bir tek yükümlülük ihlali yeterli olmayacaktır. Örneğin sadece çalışma sürelerinin kaydında yapılan bir “manipülasyon tespiti” doğrudan sorunlu bir çalışma süreci olduğunun söylenmesini sağlamayabilecektir. Ancak “işçinin işe geç gelmesi”, “iş göremezlik halinde bildirme ve ispat yükümlülüğünü ihlali” ve “başına buyruk olarak tatile çıkma” gibi

⁹⁰⁷ Michael Fuhlrott, “Die fristlose Kündigung wegen Vermögensdelikten zwei Jahre nach «Emmely» – eine Bestandsaufnahme”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2012, Sayı: 20, s. 500.

⁹⁰⁸ Klaus Bartels, “Zur Interessenabwägung bei fristloser Kündigung wegen eines Bagatelldelikts (‘Emmely’)”, **EWiR**, Yıl: 2011, s. 75; Wertz, s. 221.

⁹⁰⁹ Wertz, s. 223.

⁹¹⁰ Bkz. BAG, 10.06.2010 —2 AZR 541109, **NJW**, Yıl: 2011, Sayı: 3, ss. 167-172.

⁹¹¹ Tiedemann, Vertrauenskapital, s. 95; Wertz, s. 224.

⁹¹² Mark Lembke, “Urteil in Sachen „Emmely“: Im Grundsatz richtig – im konkreten Fall auch?”, **DB**, Yıl: 2010, Sayı: 47, s. M1.

konularda 3 ihtarda bulunulmuşsa, artık işçinin sorunlu bir çalışma süreci geçirdiği doğrudan söylenebilecektir⁹¹³.

Ama tek bir şikâyetin “sorunlu çalışma” için yeterli olmayacağı belirtilse de, somut olaya göre bu değişebilir. Kural olarak hiç ikaz ve ihtarda bulunulmamış iş ilişkisi ile bir kez bulunmuş arasında güven stoğu bakımından fark olduğu söylenebilecektir. Ayrıca, daha önceki ikaz ve ihtarlar rağmen yine sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin ortadan kalkıp kalmadığının değerlendirilmesinde çok etkili olacaktır⁹¹⁴. Çünkü bu, işçinin uyarılmasına rağmen tekerrür eden iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunduğu göstergesi olacaktır.

Sorunsuz çalışma ve ihtar ilişkisi bakımından değerlendirmemiz gereken bir husus da ihtarın etki süresidir. Yargıtay ve doktrin tarafından da kabul edildiği üzere işçiye verilen ihtarın etkisi sınırsız değildir. Feshin gereği olarak yapılan ihtarın üzerinden illiyeti kesecek kadar uzun bir süre (bu somut olaya göre belirlenecektir) sonra işverenin, işçinin aynı ya da benzer davranışı tekrarladığında söz konusu ihtarla dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi uygun bulunmamıştır⁹¹⁵. Dahası Alman doktrininde işçinin ihtarla konu olayın ağırlığına göre belirlenen süre sonunda ihtarın personel dosyasından silinmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Mahkûmiyetlerin bile belli sürede silindiği düşünüldüğünde, İş Hukuku’nda bir ihtarın, işçiye karşı güvenin süresiz olarak sağlanamamasına sebebiyet vermesi hakkaniyetli bulunmamıştır⁹¹⁶. Sonuç olarak işçiye bir ihtarda bulunulmasının güven ilişkisini süresiz olarak etkilediğini düşünmek mümkün değildir. Zaten ihtardan ancak makul bir süre sonra iş sözleşmesinin feshedilebilmesi, işçinin iş ilişkisindeki sorunu telafi edilebilecek bir durumda olmasından dolayıdır. İhtarın amacı da zaten işçi-işveren arasındaki iş ilişkisini onarmayı ve korumayı sağlamaktır⁹¹⁷.

⁹¹³ Tiedemann, Vertrauenskapital, s. 95.

⁹¹⁴ Wolfgang Kleinebrink, “Arbeitgeberseitige Strategien zur Verhinderung eines Aufbaus und zum Abbau eines Vertrauenskapitals”, **BB**, Yıl: 2011, Sayı: 42, s. 2619; Schrader, s. 344; Wertz, s. 224.

⁹¹⁵ Muhittin Astarlı, “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2009, Cilt: 6, Sayı: 23, Temmuz 2009, s. 985; Caniklioğlu, Değerlendirme 2017, ss. 278-279. Bkz. Y. 9. HD. 21.01.2017, 2017/639 E. 2017/781 K., <https://www.hukukmedeniyeti.org/>, (22.11.2021).

⁹¹⁶ Brill Werner, “Verwirkung und Wirkungslosigkeit von Abmahnungen”, **NZA**, Yıl: 1985, Sayı: 4, s. 110.

⁹¹⁷ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. b. İhtarın Şekli, İçeriği ve Süre

Bu konuda tartişılması gereken bir başka husus ise işverenin şikâyetlerinin hukukiliğidir. Kural olarak işverenin şikâyetlerinin hukuka uygun olduğu kabul edilir. Örneğın, sadece şekli nedenlerden dolayı bir ihtar hukuka aykırı olduğunda, örneğın toplu iş sözleşmesinde belirtilmiş olan bir savunma alma yükümlölüğü gerçekteşirilmemişe de, ihtarla konu şikâyet heseba katılacaktır⁹¹⁸. Ama yine de somut olayda şikâyetin hukuka uygunluğunu ortadan kaldıracabilecek tüm durumların varlığı kontrol edilmelidir.

Anlatılmaya çalışılan güven sermayesi oluşmasının bu iki koşulla “sözleşmenin başlamasından kısa bir süre sonra iş sözleşmesi yükümlölüklerini ihlal eden işçi” ile “uzun yıllar iş sözleşmesinin sorunsuz şekilde uygulandığı güven içinde bir çalışmanın ardından ihlalde bulunan işçi” arasında bir ayırım yapılmış olmaktadır⁹¹⁹. Değerlendirmelerde iki koşul da önemlidir ve dikkate alınmalıdır. Uzun yıllardır birlikte çalışılan ama sürekli ihtarla bulunulan bir işçiye göre, kıdemi az olsa da sorunsuz bir çalışma gerçekteşiren işçiyle daha sağlam bir güven ilişkisi oluştuğu söylenebilecektir. Ama somut olay çok önemlidir ve her duruma göre değerlendirme şarttır. Çünkü bir başka örnek de; 30 yıl gibi çok uzun bir iş ilişkisinde bazı şikâyetlerde bulunulmuş olsa da bu ilişkideki güven sermayesinin, her ne kadar ikaz ve ihtarla bulunulmamışsa da 3 aylık bir iş ilişkisindekinden daha fazla olacağı söylenebilecektir. Ancak iki şartın da sağlandığı bir iş ilişkisinde güven sermayesinin bulunmadığını söylemek ise mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak güven sermayesi varlığının irdelenmesinde somut olayın özellikleri ve bu iki şartın birlikte ele alınması önem arzedecektir.

3. İşçinin Aktif Katılımının ve Özverili İfasının Etkileri

Güven sermayesinin yukarıda incelenen iki şartın (uzun süre çalışma ve sorunsuz çalışma) sağlanmasıyla oluşturulabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, işçinin edimlerini yerine getirirken ondan beklenen asgari özeni göstermekle kalmayıp “çok daha fazla çabalama” ve “özveride bulunma” güven sermayesinin oluşması bakımından ek katkı saėlayabilecektir⁹²⁰.

⁹¹⁸ Tiedemann, Vertrauenskapital, s. 95.

⁹¹⁹ Wertz, s. 222.

⁹²⁰ BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 21, ss. 1227-1234.

İşçinin sözleşmede yer alan görev tanımı haricinde kendisinden beklenebilecek olağan iş performansının üstünde çalışması, işyeri veya işle ilgili iyileştirme önerileri sunması gibi davranışlarla mümkün olacaktır. İşçi, çalışma süreleri bakımından, “fazla mesai”, “vardiya değişiklikleri” ya da “diğer işçilerin işlerinde aksaklık olması durumunda onların boşluğunu doldurma” gibi çeşitli konularda işverene sorun çıkarmıyor, her bir esneklik uygulamasını hayatın olağan koşullarında bir işçiden beklenemeyecek şekilde kabul ediyorsa, söz konusu ek katkının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Bunun yanı sıra işyerindeki projelere üst düzey katılım, yeni gelen çalışanlara karşı yol gösterip kılavuzluk etmeye her zaman hazır olma da güveni sağlamlaştıran ek katkılara örnek gösterilebilmektedir⁹²¹.

Bu konuda önemli olan, davranışların güven sermayesi oluşturulmasına katkısının olup olmayacağının tespit edilmesidir. Sözleşmeye uygun olarak edimlerin yerine getirilmesi ve her iki tarafın menfaatlerinin gözetilmesi zaten işçinin borcudur. İşçinin, güvenin oluşmasına ekstradan bir katkısı olacak özverili bir hareketinden söz edebilmek için, zaten yükümlü olduğu davranışlara ek bir şeyler yapması gerekir. İşçi, işverenin menfaatine olarak iş sözleşmesinden doğan yükümlülüğünün gerektirdiğinden fazla bir hizmette bulunursa, işverenin kendisiyle ilgili takdirini olumlu yönde geliştirecek, ona karşı olan güveni ve işletmedeki terfi şansını olabildiğince arttıracaktır. Ancak, işyerinde gösterilecek ekstra çabalar için objektif bir standart belirlenmişse, sadece “işletmeye yönelik olarak iyileştirme önerilerinde bulunmak”, “fazla çalışma yapmak”, “işyerindeki projelere özel olarak katılmak” tek başına ona karşı olan güveni bir başka ifadeyle, işverendeki kredisini arttırıcı bir etki yaratmayacaktır. Çünkü işverence performanslara yönelik objektif ölçütler kabul edilmişse; işçi, borçlu olunan yükümlülülere ek özen ve çaba için, ek hizmetler adı altına bir ücret alabilecektir. Örneğin, işçinin işi ve işyerini iyileştirmek adına verdiği öneriler için prim, fazla çalışma için fazla çalışma ücreti ödenecektir. Ama bu şekilde işçi yaptıklarının karşılığını aldığında, güven sermayesine sözleşmeden doğan yükümlülükleri düzgün bir şekilde yerine getirmeye ek bir katkı sağlamasa da, işverenin lehine olan bu davranışların, işçi bakımından işverende olumlu etkisi

⁹²¹ Wertz, s. 225.

olmayacağı söylenemez⁹²². Ayrıca kanaatimizce, her ne kadar bu özverili davranışların karşılığı prim, fazla çalışma ücreti, ikramiye gibi ödemelerle alınacak olsa da, işçinin seçim hakkı olduğu ve istese reddederek işvereni zora sokabileceği durumlarda, esneklik uygulamalarını kabul etmesinin güven sermayesi bakımından ek bir katkısı olacaktır.

İşverende güven oluşturma bakımından, işçiye kazanç sağlamak bir kıstas olmayacaktır. Elbette ekstra kar ettirmek ve maddi kazanımlar sağlamak, işçiye işverenin takdirini kazandıracaktır. Ancak buna paralel olarak işçiye karşı duyulan güvenin artacağı sonucu çıkarılmamıştır. Güven sermayesinin oluşmasında odak noktası, işverene kazandırılanlar ya da ekstra çalışmalar olarak kabul edilmemiştir. Esas olan, uzun yıllardır işçinin sözleşmeye uyması ve işverenin şikâyeti olmadan iş ilişkisinin sürdürülmesidir⁹²³. Bu sebeple karşılığında ek ücret ödenecek olan hizmetler, güven sermayesini elbette zedelemeyecek ancak sözleşmesini düzgünce yerine getiren diğer işçilerden güven bakımından farklı bir avantaj sağlamayabilecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere burada işvereni zor durumdan kurtarmak adına kabul edilen ek hizmetlerin güven sermayesi bakımından önem arzedeceğini düşünmekteyiz.

4. Güven Sermayesinin Oluşmasının Engellenmesi

Yukarıda saymış olduğumuz şartlar karşılanmamışsa sağlam bir güven ilişkisinden ve güven sermayesinden söz edilemeyecektir. Ancak burada irdedeceğimiz husus, işveren talimatları ve işyeri yönergeleri ile sorunsuz çalışma süresi şartının sağlanmasının önüne geçilerek, güven sermayesinin oluşmasının engellenip engellenemeyeceğidir.

Diğer şartlarda belirttiğimiz üzere bu süreç bir bütün olarak incelenmelidir. İşçiye yapılan bir hatırlatma ya da ihtarın her zaman sorunsuz çalışma şartını ortadan kaldırdığı kabul edilmemelidir. Bu işçi ile işveren arasındaki güvenin, hiç uyarı almamış bir işçiye göre zedelenmiş olacağı kabul edilebilirse de, yıkılmış zarara uğramış bir güven ilişkisinin bulunduğu da söylenememelidir. Çünkü iş sözleşmesi

⁹²² Wertz, ss. 225-226.

⁹²³ Wertz, s. 226.

kurulurken hak ve yükümlülükler ile tanınan yetkiler temel esaslarıyla genel bir çerçevede belirlenecektir. İş yaşamı içinde tüm olasılıkların hesap edilmesi her şeyin taraflarca başlangıçta öngörülmesi mümkün değildir. Zaten işverenin yönetim hakkıyla bu genel çerçevenin içinin doldurulduğu söylenmektedir⁹²⁴. Ayrıca hayatın olağan akışında sözleşmede açıklanan hususların yanlış anlaşılması da mümkündür. Dolayısıyla özellikle iş ilişkisinin başlangıcında işçiye yapılan uyarıların her zaman güven ilişkisi bakımından ağır sonuçları olduğunu, güven sermayesinin oluşumunu engellemiş olduğunu kabul etmek uygun değildir. Bu noktada karşımıza incelenmesi gereken bir başka husus çıkacaktır. Eğer işveren, iş sözleşmesinde yer almayan ya da net olmayan konuları, önceden verdiği talimatlar ve işyeri yönergeleri ile aydınlatıp işçi davranışlarının sınırlarını açıkça çizmişse, bunun güven sermayesinin oluşumunu nasıl etkileyeceği sorusunu yanıtlamak gerekecektir⁹²⁵.

Sadece, işverence verilen talimatlarla ya da hazırlanan işyeri yönergeleriyle işçinin gösterebileceği hangi davranışların hatalı kabul edileceği ve işverence hoş karşılanmayacağının önceden işçi tarafından öğrenilmesinin güven sermayesinin oluşmasını engelleyeceği kabul edilmemelidir. Bu şekilde, ihlal gerçekleşmeden yapılan, belirtilen hatalı davranışların tolere edilmeyeceği ve feshe yol açacağının yer aldığı ihtar, uyarı işlevi gerçekleştirecektir. Ancak önceden bir ihtar, güven sermayesinin oluşmasını engellemeyecektir⁹²⁶. Çünkü işçinin ileride gerçekleştirebileceği hatalı bir davranışa karşı fesihle korkutulması güven sermayesinin oluşmadığını göstermez. Eğer işçi, işverenin bir şikâyeti olmaksızın çalışır, ihtar da bulunduğu konuyu gündeme getirecek davranışlarda bulunmazsa zaten güven sermayesi oluşması bakımından tartışılacak bir sorun olmayacaktır. Sonuçta objektif olarak bir güvenin oluşturulmasında önceden yapılmış bir ihtarın etkisi mümkün değildir. İşverenin önceden yapacağı ikazların amacı işçinin göstermesi gereken davranışları şekillendirmek bu konudaki bilgisizliği ve yanlış anlaşılmaları azaltmaktır⁹²⁷. Bu sebeple önceden yapılan ihtarın tek başına güven ilişkisi bakımından bir etkisi olmayacağı açıktır. Kanaatimizce burada tartışılabilir husus, iş sözleşmesinde genel hatlarıyla yer verilen ya da hiç yer verilmeyen

⁹²⁴ Bkz. İkinci Bölüm I. E. 2. İşverenin Yönetim Hakkı

⁹²⁵ Wertz, s. 227.

⁹²⁶ Kleinebrink, ss. 2619-2620; Wertz, s. 227.

⁹²⁷ Wertz, s. 227.

hususların talimat ve yönergelerle ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve işçinin söz konusu olabilecek hatalı davranışları konusunda ayrıntılı şekilde uyarılması karşısında, işçi bu bilgilendirmeye aykırı sadece bir davranış gösterdi diye belki de yıllarca süren bir çalışmayla oluşmuş güven ilişkisinin yıkılıp yıkılmayacağı veya ne kadar zarar göreceğidir⁹²⁸.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, iş sözleşmesinde her husus net olmadığından, özellikle yeni kurulduğu dönemde sözleşmede açıkça yer almamış konularda “işçinin davranışına ilişkin işveren şikâyeti”nin güven ilişkisine çok etkisi olmayacağı kabul edilmelidir. Ancak işçinin dikkat etmesi gerektiği noktalar konusunda ayrıntılı bilgilendirilmesi durumunda, savımız kural olarak geçerli olmayacaktır. Ama somut olaya da bakmak gerekir. İşçinin ayrıntılı bilgilendirmenin hemen ardından ya da çok sonra gerçekleştirdiği davranışlar sebebiyle şikâyetlerin (Örneğin, işçinin kuralları henüz öğrenenemesi ya da hiç karşısına çıkmayan çok ayrıntı bir hususu yıllar sonra unutmuş olabilmesi gibi durumlar) güven ilişkisine etkisinin büyük olmayabileceğini düşünmekteyiz. Ayrıca genel kural olarak işçiyle ilgili şikâyetin, yapılan bir ihtarın üzerinden çok zaman geçmesi durumunda da, somut olaydaki diğer koşullar elverişliyse, güven ilişkisinin gördüğü zararın giderilmesi mümkün olabilmektedir⁹²⁹.

Sonuç olarak işverenin işyeri yönetmelikleri ve yönergeleriyle, işçinin göstermemesi gereken hatalı sayılacak davranışları başlangıçta ayrıntılı şekilde belirtilmesi sebebiyle, işçinin oluşturduğu güveni sadece bir yükümlülük ihlaliyle tamamen tüketip tüketmeyeceği, somut olayın koşulları ve karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesi çerçevesinde belirlenecektir⁹³⁰.

C. İşçi – İşveren Arasındaki Güvenin Zarar Görmesi ve Sonuçları

“Güven” iş sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran bir ilişki olduğunun göstergesidir ama onun ayırt edici bir özelliği değildir. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin kişisel niteliği uyarınca “güven” bu hukuki ilişkinin bir bütünleyici parçası olarak ifade edilebilecektir. İş sözleşmesinin kurulmasıyla, taraflar arasında

⁹²⁸ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. b. İhtarın Şekli, İçeriği ve Süre

⁹²⁹ Wertz, s. 227. Bu duruma ilişkin olarak ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. B. 2. Sorunsuz Çalışma Süreci ve Üçüncü Bölüm VI. B. 1. b. İhtarın Şekli, İçeriği ve Süre

⁹³⁰ Bkz. menfaat değerlendirmesi için bkz. Üçüncü Bölüm V. C. Menfaat Dengesi

bir güven ilişkisi de başlatılmış olur. Dahası iş sözleşmesi imzalanabilmesi için de taraflarının birbirlerine güven duyması ya da en azından güven duymaya başlaması gerekir⁹³¹. Dolayısıyla hukuki ilişki devam ediyorsa taraflar arasında hala güven olduğu, güven ilişkisinin yıkılmadığı anlamına gelecektir. Çünkü güven yıkıldığında, sözleşmenin imzalandığında varlığı otomatik olarak kabul edilen koşul ortadan kalkmış olacaktır. Bu şart olmadan işçi-işveren birlikteliğinin devam etmesi uygun da olmayacağından hukuki ilişkinin bitirilmesi gerekecektir⁹³².

İş sözleşmesindeki güven ilişkisi çeşitli durum ve davranışlardan etkilenip zarar görebilir. Aradaki güveni etkileyen durum ya da davranış, güvenin tamamen ortadan kalkmasına sebep olabileceği gibi, bir miktar zedelemiş de olabilir. Eğer güven ilişkisi çökmediyse ölçülülük ilkesi uyarınca⁹³³ sözleşmeyi sona erdirmek yerine daha hafif yollara başvurulması gerekir⁹³⁴. Bu yollar da çare olmaz ise sözleşmesinin sona ermesi söz konusu olacaktır.

Sonuç olarak diğer şartların da sağlanması durumunda güvenin tamamen ortadan kalkması haklı nedenle derhal fesih imkânı verecek, bir zedelenme varsa ancak geçerli nedenle fesih söz konusu olabilecektir.

Tüm fesihlerde olduğu gibi incelediğimiz şüphe feshinin temelinde güven ilişkisinin zarar görmesi hususu bulunur. Dahası şüphe feshinin temelinde yatan değil, şüphe feshinin esas nedeni “işverenin işçiye olan güveninin ona duyduğu şüphe sebebiyle zarar görmesi”dir. Bu nedenle şüphe feshi yerine “güven feshi” ifadesinin kullanılması önerisinde dahi bulunulmuştur⁹³⁵. Eğer şüphe karşısında güven, iş ilişkisinin devamı beklenemeyecek ölçüde ortadan kalkmışsa işveren bu feshe başvurulabilmektedir. Ancak işverendeki bu güven kaybının subjektif olmaması ve objektif somut vakalara dayandırılması gereklidir⁹³⁶.

“Güven ilişkisi iş ilişkisinin devamı beklenemeyecek ölçüde yıkılması”nın aranmasından dolayı şüphe feshinin haklı nedenle fesih kapsamına gireceği akla

⁹³¹ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm I. C. İş Sözleşmesinde Güven İlişkisi ve Önemi

⁹³² Keser, s. 314; Wertz, ss. 220-221.

⁹³³ Bkz. İkinci Bölüm I. D. Ölçülülük İlkesi

⁹³⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. C. Şüphe Feshi Yerine Başvurulabilecek Daha Hafif Yollar

⁹³⁵ Gilberg, Vertrauenskündigung, s. 1555.

⁹³⁶ Bkz. BAG, 14.09.1994 — 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 2. Kuvvetli Şüphenin Niteliği ve Üçüncü Bölüm V. A. 3. Kuvvetli Şüphenin Güven İlişkisini Ortadan Kaldırması

getirebilecek olsa da⁹³⁷, Türk Hukuku'nda haklı-geçerli nedenle fesih özellikleri bakımından şüphe feshi, haklı nedenle fesih değil, geçerli nedenle fesih şeklinde gerçekleştirilecektir⁹³⁸. Bu sebeple son çare olma ilkesi burada da devreye girecektir⁹³⁹.

İşçinin davranışları karşısında işverenin işçiye karşı duyduğu güveni ne ölçüde zedelediği ya da tamamen mi yok ettiği ve bunun eski haline döndürülüp döndürülemeyeceğinin tespiti için yukarıda irdelenen güven sermayesinin varlığı bakımından bir değerlendirme gerekli olacaktır. Bu insanın fizyolojisindeki demir depoları ve kansızlık ilişkisine benzetilebilir. İnsan vücuduna yeterli demir alınmamaya başlandığında demir eksikliğinden dolayı demir depoları kullanılmaya başlar; eğer demir depoları da yetersizse, depolarında tükenmesiyle eksikliğin giderilememesi en sonunda kişinin kansızlığına yol açacaktır. Bu sebeple de doktorlar kişinin kan değerleri düşük ve demiri eksik olmasa da demir depoları azsa tedbiren demir takviyesi vermektedirler. BAG'nin Emmely kararındaki güven sermayesi ve güven stoğunu insan vücudundaki demir depolarına benzetebiliriz. Eğer bunlarda sorun varsa, işverenin şüphe sonucu zedelenen güveni yenilenemediğinden kansızlık ortaya çıkacak yani iş ilişkisinin feshi gündeme gelebilecektir.

D. Şüphe Feshinin Hukuki Niteliği

1. İş Sözleşmesinin Feshi Türleri

İş sözleşmesinin sona erme durumlarından biri fesihtir. İş Hukuku'nda fesih, tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli, yeni bir hukuki sonuç doğuran, koşula bağlanamayan ve geri alınamayan ileriye yönelik bir irade beyanıyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi olarak tanımlanabilmektedir⁹⁴⁰.

⁹³⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 1. c. (1) Haklı Neden Kavramı.

⁹³⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

⁹³⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. Şüphe Feshinde Son Çare İlkesi

⁹⁴⁰ Schaub ve Koch, s. 465; Raimund Waltermann, *Arbeitsrecht*, 19. Auflage, Vahlen, Münih, 2018, s. 145; Junker, s. 180; Çelik ve diğerleri, ss. 439-445; Süzek, ss. 502-503; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, ss. 351-352; Eyrenci ve diğerleri, ss. 185-187.

Kanunumuzda açıkça belirtildiği üzere işverenin başlıca “derhal/haklı nedenle” ve “sürelî” şeklinde iki farklı fesih türüne başvurabilmesi mümkündür. Ancak iş güvencesi kapsamında olup olmamaya göre sürelî fesih türü “geçerli nedenle fesih” olarak nitelendirilmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere çalışmamızda “fesih sisteminin çerçevesini çizmek”, şüphe feshinin hukuki nitelendirilmesinin yapılması, sınıflandırmada hangi fesih kategorisine gireceğinin belirlenmesi ve bu doğrultuda hangi şartlara tabi tutulacağı sorularına yanıt bulmak için yerinde olacaktır.

a. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilmesi

İşveren, iş güvencesi kapsamına giren bir işçinin iş sözleşmesini ancak geçerli nedenle⁹⁴¹ veya haklı nedenle feshedebilir⁹⁴². Haklı nedenle fesih geçerli nedenle fesihten farklı olarak hem belirli hem belirsiz sürelî iş sözleşmeleri için uygulanabilmektedir. İlk olarak ele alacağımız “haklı nedenle fesih”⁹⁴³ in en önemli unsuru derhal gerçekleşmesidir. İşverenin uyması gereken bir bildirim süresi yoktur. İşveren eğer İş Kanunu’nda belirtilmiş olan sebepleri tespit ederse iş sözleşmesini derhal sona erdirebilecektir⁹⁴⁴. Zaten bu sebeple İş Kanunu m. 24 ve m. 25’de “işçinin/işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı” şeklinde başlık kullanılmıştır. Ama bu işverene sınırsız bir serbesti verildiği anlamına gelmez. İşveren İşK m. 25’de sayılan nedenlerin mevcut olup olmadığına bakacak ve İşK m. 26 uyarınca somut olayda İşK m. 24/II ve İşK m. 25/II’de sayılan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayayan haklı nedenler varsa, fesih hakkını işçinin davranışlarını öğrendiği günden başlayarak *altı iş günü içinde* ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren *bir yıl içinde* kullanabilecektir. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde

⁹⁴¹ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 1. b. İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshedilmesi

⁹⁴² Bu ayırım iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından geçerli olacaktır. İş güvencesi şartlarını taşımayan işçiler için feshin geçerli veya haklı nedenle yapıp yapılmadığına bakılmaz. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için sadece işverenin kötü niyetli olup olmadığı önemlidir. İşçiler koşulları oluştursa eğer kötü niyet tazminatı, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatına hak kazanabileceklerdir.

⁹⁴³ En yaygın şekli bu olsa da, doktrinde “derhal fesih”, “olağanüstü fesih”, “bildirimsiz fesih”, “süresiz fesih”, “önelsiz fesih” ya da “muhik sebeple fesih” şeklinde de isimlendirilebilmektedir. Eyrenci ve diğerleri, ss. 240-241; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 220; Baysal, Geçerli Sebep, s. 6; Hazal Tolu, **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2017, s. 26.

⁹⁴⁴ Çelik ve diğerleri, s. 575; Eyrenci ve diğerleri, ss. 240-241; Demir, s. 397; Süzek, s. 665; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, ss. 405-406; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 219, 220.

bir yıllık süre dikkate alınmayacaktır. Bu süre de hak düşürücü süre olarak nitelendirilmektedir⁹⁴⁵.

Bildirim süreleri ve haklı nedenler dışında işverenin haklı nedenle feshini geçerli nedenle fesihten ayıran önemli bir özellik de, fesihte uyulması gereken bir prosedür olmaması ve İşK m. 25/I'in II. bendinde sayılan “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” haklı nedenlerine dayanılarak yapılan fesihlerde 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 uyarınca kıdem tazminatına ve işsizlik ödeneğine hak kazanılamamasıdır.

İş Kanunu hükümleri uyarınca mevcut uygulamada Yargıtay haklı nedenle fesihte bir şekil şartı aramasa da⁹⁴⁶; doktrinde TBK m. 435/I “*Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır*” hükmüyle birlikte ortaya çıkan farklı görüşler vardır. Düzenleme pek çok yönüyle tartışılmıştır. Örneğin, bu hükmün İş Kanunu kapsamındaki haklı nedenle fesihlerde uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa bunun hem işveren hem işçi için mi geçerli olacağı, gerçekleştirilmediğinde feshin haksız fesih olup olmayacağı bir başka ifade ile geçerlilik şartı olup olmadığı, iş güvencesine tabi olup olmamanın bu şart bakımından nasıl bir etkisi olacağı vb.⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ Çelik ve diğerleri, s. 613; Demir, s. 421; Süzek, ss. 690-691; Eyrenci ve diğerleri, ss. 258,259; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 411; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 222.

⁹⁴⁶ “...haklı fesihlerde savunma alma zorunluluğunun bulunmaması ve *feshin yazılı olması zorunluluğunun olmaması karşısında* yerinde olmadığı, davalı işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır...”, Y. 9. HD., 24.09.2018, 2018/2118 E., 2018/16485 K., <http://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2018-2118.htm>, (25.11.2021).

⁹⁴⁷ İş Kanunu kapsamındaki işçiler için de TBK m. 435'in geçerli olacağı yönünde görüş için bkz. Süzek, ss. 696-698; M. Polat Soyer, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 22, Haziran 2011, (Türk Borçlar Kanunu), s. 14; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 221; DoğanYenisey, Değerlendirme 2016, ss. 401-402; Ender Gülver, “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 8, Sayı: 31, s. 1011. Boşluk kavramının bu kadar geniş düşünülmemesinin belirtildiği aksi görüş için bkz. Nuri Çelik, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 25, Mart 2012, s. 8; Gülsevil Alpagut, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 8, Sayı: 31, (Hizmet Sözleşmesi), ss. 938-939; Erdem Özdemir, “Yeni Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:7, Sayı: 27, Eylül 2012, ss. 38-39. Ayrıca haklı neden için şekil şartı geldiğini kabul etse de, bu şekil şartına uymamanın haksız feshe yol açmayacağı da savunulmuştur. Bkz. Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016, ss. 403. Bu tartışmaya

Son olarak belirtmeliyiz ki, somut olayda haklı neden bulunması işverenin haklı nedenle derhal fesih yapmasını zorunlu kılmamaktadır. Açıklamalardaki ifadelerden de anlaşıldığı üzere, işveren haklı neden varsa iş akdini derhal feshetme imkânına sahiptir ama isterse süreli/geçerli nedenle fesih yapma, dahası sözleşmeyi devam ettirme yolunu seçebilecektir⁹⁴⁸.

b. İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshedilmesi

İş sözleşmesi doktrinde, kanununda yer alan veya almayan çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Bunlardan biri sözleşmenin süresine göre yapılan ayrımdır. İş sözleşmesi belirli süreli⁹⁴⁹ ya da belirsiz süreli olarak düzenlenebilmektedir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde süre sınırlaması olmasa da bu iş ilişkisinin tarafların hayatları boyunca devam edeceği anlamına gelmez⁹⁵⁰. Taraflar koşullar oluştuğunda sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. Ama haklı nedenlerin oluşmadığı durumlar için de işverene fesih hakkı tanınmıştır⁹⁵¹. Ancak bu fesih, haklı nedenle fesihte olduğu gibi derhal yapılamayacaktır. Çünkü “haklı neden”siz ani bir sona ermenin sonuçları hafifletilmek istenmiştir. Kural olarak⁹⁵² sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri için uygulanan bu fesih türünde işçinin kıdemiyle orantılı olarak İşK m. 17’de düzenlenmiş bildirim sürelerine uyulması gerekir. Böylece taraflar sözleşmenin sona ermesine karşı kendilerini hazırlayabileceklerdir⁹⁵³. İşveren belli bir süre önce feshi bildirerek işçiye ekonomik açıdan zarar görmeden yeni bir iş bulma imkânı sağlamış olacaktır⁹⁵⁴. Aksi halde

ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu Savaş, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2012, ss. 171-181.

⁹⁴⁸ Demir, s. 398; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 270; Savaş, s. 171.

⁹⁴⁹ Bir iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması esas, belirli süreli olması ise istisnai bir durumdur. Geçerli bir belirli süreli sözleşme yapabilmek için bazı şartların sağlanmış olması gerekir (İşK m. 11).

⁹⁵⁰ Baysal, Geçerli Sebep, s. 8.

⁹⁵¹ Elbette hem işçi hem de işveren haklı nedenle ya da geçerli nedenle fesih yoluna başvurabilecektir. Ancak şüphe feshi bakımından çalışmamızda işverence gerçekleştirilen fesihler inceleme konusu yapılmıştır.

⁹⁵² İş Kanunu düzenlemesine baktığımızda süreli fesih sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri için mümkündür. Ancak TBK m. 430/III’de bir istisnaya yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre “*taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder*”. Bu istisna sadece TBK kapsamında olan işçiler için değil İş Kanunu kapsamında işçiler için de geçerli olacağı kabul edilmektedir. Baysal, Geçerli Sebep, s. 9.

⁹⁵³ Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 267; Engin, s. 14; Baysal, Geçerli Sebep, s. 8.

⁹⁵⁴ Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 267; Baysal, Geçerli Sebep, s. 8.

ihbar tazminatına hükmedilecektir. Bu fesih İş Kanunu'nda da adlandırıldığı şekliyle “sürelî fesih”tir. İşçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre ise bu feshin koşulları değişecektir.

İşverenin bu sürelî fesih hakkının sözleşme ile ortadan kaldırılması mümkün değildir⁹⁵⁵; ancak, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmelerinde bildirim sürelerinin artırılması yoluyla sınırlandırılabilir⁹⁵⁶. Ama Yargıtay aşırıya kaçılmayacağını da belirtmektedir. Bu sebeple fahiş bildirim süresi artırımlarına hâkimin hakkaniyete uygun olarak müdahale edebileceğini⁹⁵⁷, bu konudaki üst sınırın en çok ihbar ve kötü niyet tazminat sürelerinin toplamı kadar olabileceğini kabul etmektedir⁹⁵⁸.

Sürelî feshi, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığına göre incelemek gerekir. Bu noktada karşımıza geçerli nedenle fesih çıkacaktır. İş güvencesi şartlarını sağlayan işçiler bakımından işveren sürelî feshi ancak kanunda sayılan geçerli nedenlere dayanarak yapabilir. Ayrıca İşK m. 19'daki fesih usulünü uygulaması gerekecektir. Bu maddeyle işveren, öncelikle işçinin savunmasını almak⁹⁵⁹, daha sonra sebebine açık ve kesin bir şekilde yer verdiği fesih bildirimini yazılı olarak yapmak zorunda bırakılmıştır.

Haklı nedenle feshin aksine geçerli nedenle fesih için İş Kanunu'nda hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Ayrıca Yargıtay kararlarında ifade edildiği üzere haklı nedenle fesih için öngörülmüş olan hak düşürücü süre, geçerli nedenle feshler bakımından esas alınmayacaktır; ama bununla birlikte işverenin bir olay karşısında hiç bir süre sınırı olmaksızın istediği zaman geçerli nedene başvurabilmesi de mümkün değildir⁹⁶⁰. İşverenin makul süre içinde söz konusu geçerli nedenle iş sözleşmesini feshetmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹⁶¹.

⁹⁵⁵ Tunçomağ ve Centel, s. 201; Baysal, Geçerli Sebep, s. 9.

⁹⁵⁶ Baysal, Geçerli Sebep, s. 9.

⁹⁵⁷ Tunçomağ ve Centel, s. 202; Baysal, Geçerli Sebep, s. 10. Bkz. Y. 9. HD. 21.03.2006, 2006/109 E. 2006/7052 K.; Y. 9. HD., 11.04.2006, 2006/2630 E., 2006/9547 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/anaindex.html>, (25.06.2021)

⁹⁵⁸ Baysal, Geçerli Sebep, s. 10.

⁹⁵⁹ Madde metninde savunma almadan işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğine yer verilmiştir. Bundan ne anlaşıldığı ve savunma alma yükümlülüğüne ilişkin bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. İşçiden Savunma Alma Yükümlülüğü.

⁹⁶⁰ Y. 9. HD., 27.09.2017, 2016/22383 E., 2017/14275 K., www.hukukturk.com, (25.06.2021); 9.9.2019, 2016/6122 E., 2019/15301 K.; Y. 9. HD., 9.9.2019, 2016/6122 E., 2019/15301 K., <http://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2016-6122.htm>, (30.01.2021).

⁹⁶¹ Makul süre kavramına ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm VII. A. Makul Süre

Geçerli nedenler İşK m. 18’de düzenlenmiştir. Burada geçerli nedenler, haklı nedenlerin aksine tek tek değil genel bir başlık olarak belirtilmiştir. Ancak bazı hususların geçerli neden teşkil etmeyeceği tek tek sayılmıştır. Aslında sayılan bu hususların, mevzuat ve hukukun genel ilkeleri uyarınca geçerli neden olmayacağı açıktır; ama buna rağmen kanun koyucunun önemli konularda olan ve işverence çok ileri sürülen bu geçersiz nedenleri vurgulayarak bu yanlış uygulamaları ortadan kaldırmayı amaçladığı söylenebilir⁹⁶².

c. Haklı ve Geçerli Neden Kavramları

Türk Hukukunda yukarıda genel hatlarıyla ele aldığımız fesih sistemi bakımından haklı neden ve geçerli neden kavramlarının ne anlama geldiğini belirlemek hangi durumların hangi kapsama gireceğini tespit etmek önemlidir. Alman Hukuk Sistemi’nde, belirteceğimiz üzere olağan ve olağanüstü fesih ayrımı vardır. Olağanüstü fesih bakımından “önemli sebep” şartı sağlanırken; olağan fesih bakımından ise eğer Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu (Kündigungsschutzgesetz – KSchG⁹⁶³) kapsamına giriyorsa hukukumuzda “geçerli neden” olarak nitelendirilmiş “feshi sosyal açıdan haklı kılan”, işçi, işyeri ve işletmeden doğan sebeplerin yerine getirilmesi gerekecektir. Nitelendirmeler farklı olsa da KSchG kapsamındaki olağan fesihlerde aranan nedenler hukukumuzdaki geçerli nedenlere, olağanüstü feshe sebep olan önemli sebebin ise haklı nedene tekabül ettiğini söylemek mümkündür⁹⁶⁴. En önemli fark olağanüstü sebeplerin İş Kanunu’muzdaki gibi sayılmamış olmasıdır. Şüphe feshinin, aslında belirttiğimiz iki fesih türünden birinin kullanılması yoluyla gerçekleşeceğinden⁹⁶⁵ şüphe feshinin düzgün incelenebilmesi için nedenlerin iyi bir şekilde anlaşılması ve sınırlarının düzgün şekilde çizilmesi önemlidir⁹⁶⁶.

⁹⁶² Süzek, s. 573.

⁹⁶³ Türk Hukuku’nda iş güvencesi hükümlerine karşılık gelmektedir.

⁹⁶⁴ Üçüncü Bölüm I. D. 2. Alman Hukuku’nda Fesih Türleri

⁹⁶⁵ Hangisi olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi.

⁹⁶⁶ “Alman Hukuku’nda Fesih Türleri” başlığı dışında çoğunlukla Alman Fesih türleri için birebir aynı olmasalarda denk olduğu söylenebilecek Türk hukuku’ndaki fesih nitelendirmeleri kullanılacaktır. Bu doğrultuda aşağıda da uzun uzun anlatacağımız üzere “olağan fesih”, “olağanüstü fesih” ve “sosyal açıdan haklı fesih” yerine “sürelî fesih”, “haklı nedenle fesih/derhal fesih” ve “geçerli nedenle fesih” ifadeleri kullanılacaktır.

(1) Haklı Neden Kavramı

İş sözleşmesinde güven ilişkisinin önemli olduğu belirtilmiştir⁹⁶⁷. İş ilişkisinin temelini oluşturan bu güven ilişkisinin ortadan kalması durumunda da iş sözleşmesinin devamı taraflardan beklenemeyecek, böylece işveren derhal iş akdine son verebilecektir. Burada tespit edilmesi gereken husus, taraflar arasındaki güvenin ortadan kalkıp kalmadığı, bir başka ifadeyle iş ilişkisinin devamının çekilmez hale gelip gelmediğidir. Bu değerlendirmede kıstas olarak dürüstlük kuralı kabul edilmektedir. Eğer dürüstlük kuralı doğrultusunda ortada güveni yıkacak ve sözleşmenin devamına imkân vermeyecek haklı neden varsa işveren iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir⁹⁶⁸.

İşverenin haklı nedenle feshinin hukuki dayanakları TBK m. 435 ve İşK m. 25 dir. TBK m. 435'e göre işveren, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilecektir. Maddede haklı nedenler tek tek sayılmamış ve “*sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar*”ın haklı sebep kabul edileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere burada haklı neden değerlendirmesi bakımından beklenemezlik ölçütü kabul edilmiştir⁹⁶⁹.

İş Kanunu kapsamında, işverenin haklı nedenle feshinin dayanağı İşK m. 25’de ise bir tanım yapılmamış ama haklı sebeplerin neler olduğu gruplandırılarak belirtilmiştir. Somut olaydaki nedenin hangi gruba gireceği kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmayacağını tespiti açısından önem arz edecektir.

Burada belirtilmesi gereken önemli ve tartışmalı olan İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde TBK m. 435/II’ “*Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır*” hükmünün ne ölçüde etkili olacağıdır. Doktrinde bir görüşe göre İş Kanunu kapsamında işverenin haklı nedenle feshinde sadece İşK m. 25 esas alınacak ve bu hükümlere girmeyen durumlar, özel kanun-genel kanun ilişkisi kapsamında TBK m. 435’e dayanılarak haklı neden sayılamayacaktır⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ Bkz. İkinci Bölüm I. C. İş Sözleşmesinde Güven İlişkisi ve Önemi

⁹⁶⁸ Süzek, s. 700; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 221-222; Sur, Şüphe Feshi, s. 2488; Tolu, ss. 27-28.

⁹⁶⁹ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 222.

⁹⁷⁰ Çelik ve diğerleri, s. 576; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 223; Baysal, Geçerli Sebep, s. 7; Arslan, Haklı Neden, s. 7; Tolu, s. 37.

Çünkü çalışma hayatına ilişkin kanunlarda haklı nedenlerin, sınırlı sayıda ve emredici nitelikte düzenlendiği belirtilmektedir⁹⁷¹. Diğer görüş ise haklı sebeplerin sınırlı sayıya tabi olmadığı, özellikle İŞK m. 25/II'deki ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller vb. açısından bunun kabulünün kaçınılmaz olduğu, haklı nedenlerin önceden kesin bir çerçevesinin çizilmesinin mümkün ve gerekli olmadığı ve de İş Kanunu kapsamında olmayan nedenlerin TBK'daki genel düzenleme içinde kabul edilebileceği şeklindedir⁹⁷².

Doktrinde üçüncü bir görüş ise esas olarak ilk görüşü savunmakta ve İş Kanunu kapsamındaki İŞK m. 25 ile bağlı kalacağını kabul etmekte, ama İŞK m. 25/I II. bentte örnekseyici sayım yapıldığı gerekçesiyle hangi hallerin bu kapsama girdiğinin tespitinde TBK m. 435'deki "dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenememe" kriterine başvurulacağını belirtmektedir⁹⁷³.

Kanaatimizce ilk görüşü kabul etmek özellikle işçi tarafı açısından yerinde olacaktır. Kural olarak İş Kanunu'nda düzenlenmemiş hususlarda genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu hükümleri İş Kanunu amacına uygun düştüğü sürece uygulanacaktır; ama haklı neden açısından bu durum geçerli olmamalıdır. Çünkü haklı neden ağır sonuçları olan bir fesih türüdür. İş Kanunu'nda da genel bir tanım yapılmaktan kaçınılmasının da kanımızca sebebi budur. Bu doğrultuda genel kanuna başvurarak kapsamı genişletmek kanun koyucunun amacına, İşK m. 25'in özüne ve

⁹⁷¹ Tolu, s. 37.

⁹⁷² Saymen, ss. 570-571; Narmanlıoğlu, Ferdi İşlişkileri, s. 418; Ünal Narmanlıoğlu, "Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü içinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)", *İÜHFİM*, Yıl: 2016, Cilt: 74, Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, s. 553; Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 1, Mart 2006, s. 73; Sabahattin Yürekli, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2016, (Hizmet Sözleşmesi), s. 272. Bkz. "...*Borçlar Kanunu, Genel Kanun'dur. Bu kanun ile Basın İş Kanunu arasında genel-özel kanun ilişkisi olduğu açıktır. Özel kanunda düzenleme olmaması halinde, genel kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği tartışmasızdır. Ücretin zamanında ödenmemesi iş sözleşmesinin açıkça ihlali ve muhik bir nedendir. Kanununda ücretin özel bir biçimde korunması ve geç ödenmesinden dolayı günlük %5 fazla ödeme öngörülmesi, muhik nedenle fesih olanağını ortadan kaldırmaz. Ayrıca yukarıda açıklandığı gibi, açık boşluk halinde somut olaya uygulanacak kuralın tespiti için yorum yapıldığında ve kıyas yoluna başvurulduğunda, öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II.e maddesinin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Basın İş Kanunu'na tabi çalışan işçinin ücretinin zamanında ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini bildirimsiz feshinde belirtilen hükümler nedeni ile kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir. Mahkemece haklı nedenle basın iş çalışanının iş sözleşmesini feshettiği ve kıdem tazminatına hak kazanması gerektiği yönündeki gerekçesi açıklanan hukuksal olgular nedeni ile doğru bulunmuştur...*", Y. 9., 14.4.2008, 2007/14130 E., 2008/8314 K., www.kazancı.com, (25.11.2018).

⁹⁷³ Odaman, s. 245; Savaş, ss. 37-38; Arslan, Haklı Neden, ss. 8-9; Tolu, s. 38.

işçiyi koruma ile işçi lehine yorum ilkelerine uygun düşmeyecektir. Ayrıca bir durumu haklı nedenle fesih kapsamına almamak kişinin fesih hakkını elinden almak anlamına gelmez, istenirse ve şartlar yerine geldiyse geçerli nedenle/sürelili fesih yoluna gidilmesi de mümkündür.

Aşağıda İş Kanunu'nda sayılan haklı nedenle fesih hallerinin ne olduğu belirtilmeden önce “işçi ve işverenin kendi aralarında haklı nedenlere ilişkin anlaşma yapıp yapamayacağı” sorusunu yanıtlamak gerekir. Haklı nedenle feshe ilişkin hükümler emredici nitelikte hükümlerdir. Bu sebeple kanunda düzenlenmemiş bir haklı neden kabul etmek mümkün olmayacaktır⁹⁷⁴. Ancak Kanunda haklı neden olarak belirtilmiş durumların haklı neden teşkil etmeyeceğinin ya da haklı neden teşkil edebilmesi için daha ağır koşulların kararlaştırılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Ama işverenin bu şekilde fesih hakkından feragat etmesi veya kullanımının zorlaştırılması (devamsızlığın haklı neden teşkil etmesi için gerekli devamsızlık süresinin uzatılması gibi) her fesih bakımından mümkün görülmemiştir. Örneğin, işverenin şeref ve namusuna dokunacak sözler ve davranışların haklı neden teşkil etmeyeceğine yönelik bir anlaşma TBK m. 27/I⁹⁷⁵ uyarınca hukuken geçerli olmayacaktır⁹⁷⁶. Kanundaki “benzeri haller” ifadesi veya “şeref ve namusa dokunacak sözler” gibi genel ve soyut kavramlar sebebiyle somut olayda haklı nedenin tespitinde sorun çıkmaması için belli olayların haklı neden sayılacağı önceden taraflarca kararlaştırılabilecektir. Ancak bu kararlaştırmanın geçerli olması için, haklı neden kabul edilen olayların Kanunda sayılan haklı nedenlerle aynı nitelikleri taşıyor olması gerektiği, aksi halde Kanunun öngörmediği yeni bir haklı fesih sebebi ortaya çıkmış olacağından kararlaştırılan sözleşme hükümlerinin geçersiz hale geleceği belirtilmektedir⁹⁷⁷. Sonuç olarak Kanunda sayılmayan bir durum haklı neden haline dönüştürülmedikçe, işçi lehine haklı nedene ilişkin anlaşma yapılabileceği konusunda tartışma bulunmamaktadır⁹⁷⁸. Bu bağlamda İşK m. 25/II'de yer alan nedenlere ilişkin kuvvetli şüphe durumunda (şüphenin objektif

⁹⁷⁴ Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 418; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 226.

⁹⁷⁵ TBK m. 27/I: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”.

⁹⁷⁶ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 226.

⁹⁷⁷ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 227.

⁹⁷⁸ Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 418. Kanunda sayılmayan haklı nedenlerin kabulünün mümkün olduğu aksi görüşler ve konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik ve diğerleri, ss. 607-609.

olgulara dayandırılması gerektiği belirtilmiş olsa dahi) işverenin haklı nedenle feshe başvuracağı yönünde bir anlaşmanın yapılamayacağını söylemek mümkün olacaktır.

(i) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi Halleri

İşverenin haklı nedenle derhal iş sözleşmesini sona erdirebileceği haller İş Kanunu'nun 25. maddesinde sayılmıştır. Burada haklı nedenler belirli başlıklar altında yer alır. Somut olayda uygulanacak feshin, hangi alt bentdeki ve asıl önemlisi hangi üst başlık altındaki haklı nedene dayandırıldığı çok önemlidir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere İşK m. 25/I II. bendi “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kapsamında bir nedenle iş sözleşmesi sona erdirildiğinde kıdem tazminatı ödenmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca hangi haklı nedene dayanıldığına göre SGK işten çıkış bildirgesinde bir kod verileceğinden (Örneğin, “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri - m. 25/I II. bend” 25 nolu kodla, “işveren tarafından zorunlu nedenlerle ve tutukluluk nedeniyle fesih - m. 25/I IV. bend” 27 nolu kodla ifade edilmektedir) ilerideki müstakbel işverenler bakımından aday işçi söylemese bile koddan anlaşılan sona erme nedeni işçiye karşı bir ön yargı oluşmasına sebep olabilecektir. Bu sebeple doğru hükmün dayanak gösterilmemesiyle, zaten haksız olan bu ön yargının aslında gösterilmesine de yer olmayan bir kişiye karşı gerçekleştirilmiş olacak ve daha da hakkaniyetsiz bir durum ortaya çıkacaktır.

Maddede haklı nedenler “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”, “zorlayıcı sebepler” ve “koruma tedbirleri sebebiyle devamsızlık” olmak üzere dört alt bende toplanmıştır.

Aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere şüphe feshi geçerli nedenle fesih şeklinde uygulanacaktır⁹⁷⁹; ama buna rağmen haklı nedenlerin neler olduğuna yer vermemiz önemlidir. Ancak bu önem, şüphe feshi geçerli nedenle fesih olarak gerçekleştirileceğinden haklı neden - geçerli neden ayrımı yapıp somut olayda geçerli neden olduğunun tespit edilmesi gereğinden değildir. Çünkü tam tersine, söz

⁹⁷⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm bkz. I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

konusu şüphe konularının haklı neden teşkil edebilecek nitelikte olması gereklidir⁹⁸⁰. Sonuç olarak şüphe feshi uygulanıp uygulanmayacağına karar verebilmek için şüphe edilen durumların birer haklı neden olup olmadığını söylemek gerekir. Bunun için de geçerli – haklı neden ayrımı yapılmalı ve haklı nedenlerin neler olduğu tespit edilmelidir.

İşK m. 25/I I. bentte “sağlık sebepleri” başlıklı haklı nedenler sayılmıştır. Bu kapsamda

- İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi,
- İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumlarında, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesi feshedilebilecektir.

Şüphe feshi bakımından bu kapsamda oluşabilecek bir örnek verirsek: İşçi hastalık ya da engellilikte üst üste üç iş günü devamsızlık yapmıştır. Ancak işçinin kendi kastı ya da yaşantısından dolayı hasta olduğu ya da engelli hale geldiğini işveren ispatlayamamış; ama bu konuda işverenin kuvvetli şüphesi bulunmaktadır.

İşçinin kıdem tazminatını almasına engel olacak “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri (İşK m. 25/I II. bend)” düzenlemesine göre ise,

- İş sözleşmesi kuruluş aşamasında sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gereklilikler kendisinde olmamasına rağmen bulunduğunu söyler ya da gerçeğe aykırı bilgiler veya sözler söyleyerek işvereni yanıltırsa,
- İşveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söyler ya da davranışlarda bulunursa veya işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlar gerçekleştirirse,
- İşverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunursa,

⁹⁸⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm bkz. I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi ve Üçüncü Bölüm V. A. 1. Şüphe Duyulan Eylemler

- İşverene veya onun aile üyelerinden birine veya işverenin başka işçisine sataşır, işyerine sarhoş/uyuşturucu madde almış olarak gelir ya da işyerinde bu maddeleri kullanırsa,
- İşverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunursa,
- İşyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlerse,
- İşverenden izin almadan ya da haklı bir nedeni olmadan üst üste iki işgünü, bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü veya bir ayda üç işgünü işe gelmezse,
- Yükümlülüklerini hatırlatılmasına rağmen yerine getirmemekte direnirse,
- Kendi isteği veya özensizliği yüzünden işin güvenliğini tehlikeye atar, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makinelere, tesisata veya başka eşya ve maddelere otuz günlük ücretiyle karşılanmayacak ölçüde zarar verirse işçinin iş sözleşmesi, şartları sağlansa bile kıdem tazminatı ödenmeksizin derhal feshedilebilecektir.

II. bend kapsamında belirttiğimiz tüm bu alt bentler, esas olarak şüphe feshini tanımlarken ifade ettiğimiz “işçinin suç işlediğine ya da esaslı bir yükümlülük ihlali gerçekleştirdiğine ilişkin şüphe” kavramı kapsamında gündeme gelebilecek haklı nedenlerdir.

III. bentte, işçinin işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmasına engel olacak zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması ve IV. bentte ise “gözüaltına alınması” veya “tutuklanması” durumlarında bildirim süresini aşan devamsızlık yapması hallerinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği düzenlenmiştir. Ama bunlar elbette şüphe feshi bakımından değerlendirilebilecek nedenler değildir.

Yukarıda haklı nedenlerin sınırlı sayım olup olmadığına ilişkin görüşlere yer verilmiştir⁹⁸¹. İŞK m. 25’deki haklı nedenleri tek tek saydıktan sonra bu önemli konuyu özellikle II. bend kapsamında tekrar irdelemek gerekir. Bu bentteki nedenler düzenlenirken “ve benzeri haller” ifadesine yer verilerek örnekseyici sayım

⁹⁸¹ Üçüncü Bölüm I. D. 1. c. (1) Haklı Neden Kavramı

yapmanın tercih edildiği ifade edilmiş⁹⁸²; Yargıtay da bu doğrultuda karar vermiştir⁹⁸³. Örnekseyici sayımın, taraflardan sözleşmeyi devam ettirmesi beklenemeyecek farklı durumlara karşı işverenleri koruyabileceği doktrinde belirtilmiştir⁹⁸⁴. Kazuistik kanunların, gelişen ve değişen hayat şartlarına uyum gösteremeyeceğinden m. 25/I II. bent’de yapılan örnekseyici sayımın yerinde olduğunu kabul etsek de; iş sözleşmesinin m. 25/I II. bend kapsamında derhal sona ermesi, işçi için işsizlik ödeneğinden yararlanma mahrumiyeti ve kıdem tazminatı kaybı gibi önemli sonuçlara sebep olacağından “örnekseyici sayım”ın kötü durumlara yol açabileceği kanaatindeyiz. İşçi aleyhine olan bu durumun önüne geçebilmek için, doktrinde İşK m. 25’deki “ve benzerleri” genişletici ifadesinin ölçülülük ve işçi lehine yorum ilkeleri bağlamında dar yorumlanmasının uygun olacağı ifade edilmiştir⁹⁸⁵. Özellikle şüphe feshi bakımından düşündüğümüzde geniş bir yorum yapılması mümkün olmamalıdır.

Ayrıca zor olsa da burada gerçekten “ve benzerleri” ifadesinin bir örnekseyici sayım yapılması amacıyla kullanılıp kullanılmadığı da tartışılabilir. Çünkü II. bent “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığında “ve benzerleri” ifadesine, “sadece sayılan alt bentleri bir başlık altında toplamak ve İşK m. 25/I II-e’deki *‘İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması’*na girebilecek açıkça yer almamış çeşitli davranışları da bu kapsama sokabilen genel bir adlandırma yapmak” amacıyla yer verildiği savunulabilir. Bu doğrultuda da İş Kanunu m. 25/I II-e alt bendinde örnekseyici sayım olduğunu ama hem II. bendte hem de m. 25’in genelinde kural olarak sınırlı sayım ilkesinin esas alındığını kabul etmek, işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkeleri bakımından uygun olabilecektir. Zaten somut olayın haklı neden kapsamına alınmaması işvereni, kapsama alınmasında işçide oluşacak mağduriyetteki kadar zor bir duruma sokmayacaktır. Zira işçi bu nedenlerle zaten geçerli/sürelili feshe başvurabilecektir.

⁹⁸² Baysal, Geçerli Sebep, s. 7; Mehmet Nusret Bedük, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi Ve Feshin Hukuki Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 27, Sayı: 3, s. 693; Yamakoğlu, s. 47.

⁹⁸³ Bkz. 22. HD., 12.05.2014, 2014/11569 E., 2014/12397 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2015/3, Sayı: 46, www.calismatoplum.org, (16.02.2021).

⁹⁸⁴ Baysal, Geçerli Sebep, s. 7.

⁹⁸⁵ Alp, s. 194.

(ii) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinde Suç Ve Suç Şüphesi

Haklı neden olarak suçlar ve suç şüphesi denildiğinde akla “şüphe feshi” gelebilir de, kesişen özellikleri olmasına rağmen birbirlerinden bağımsız ayrı çalışma konusu olacak fesih halleridir.

Çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenen şüphe feshi, bir haklı nedenle fesih değildir. İşçinin belirli bir davranışta bulunduğu dair şüphe, bir haklı neden teşkil edemez. Haklı nedenle feshe başvurulabilmesi için sayılan hususların söz konusu işçi bakımından gerçekleştiği ispatlanmış olmalıdır. Her ne kadar şüphe feshinde, şüphe duyulan davranışların haklı neden teşkil edebilecek bir nitelik taşıması gerekiyorsa da, burada söz konusu olacak şüphe feshi, bir haklı nedenle fesih değil geçerli nedenle fesihtir.

Esasen şüphe feshi ile haklı neden olarak suç ve suç şüphesi, farklı ve bağımsız fesih türleri olmalarının yanı sıra; haklı neden olarak suç (İşK m. 25/I II. bend) ve haklı neden olarak suç şüphesi (İşK m. 25/IV)⁹⁸⁶ de birbirlerini çağrıştırmalarına rağmen, farklı nitelikleri ve sonuçları olan fesih halleridir. Bunlar arasında şüphe feshinden farklı olarak tek ortak nokta “suç”un da “suç şüphesi”nin de haklı nedenle feshe imkân sağlamalarıdır.

Haklı neden olarak suçlara, İşK m. 25/I II. bendte yer verilmiştir. Burada sayılan davranışların ceza hukuku anlamında suç sayılması zorunluluğu yoktur, ama sayılan davranışların hemen hemen hepsi çeşitli suç tanımlarına karşılık gelecek niteliktedirler. İşçinin İşK m. 25/I II. bendinde sayılan bir davranışta bulunulduğunda, bunu işçinin gerçekleştirdiği ispat edilebiliyorsa şüphe feshi kapsamındaki gibi “işveren şüphesi” söz konusu olmayacak ve işçinin davranışının suç vasfı taşıması ve kesinleşmesi de gerekmediğinden söz konusu haklı neden bakımından “suç şüphesi” değerlendirmesi de önem arz etmeyecektir.

Haklı neden olarak suç şüphesi ve şüphe feshi arasında bir değerlendirme yapılırsa da, birinin haklı diğerinin geçerli neden olmasının yanı sıra, birbirlerini akla

⁹⁸⁶ Esas olarak adli mercilerde oluşan suç şüphesinin haklı nedenle feshe yol açması doğrudan değildir. Çünkü suç şüphesi bakımından ele alınabilecek İşK m. 25/IV’de görüldüğü üzere buradaki fesih, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanmasından doğan devamsızlığın bildirim sürelerini aşmasından kaynaklanır. Ancak tutukluluk ve gözaltına sebep olan “suç şüphesi” doğrudan haklı nedenle feshe dayanak gösterilmemişse de; bu dolaylı olarak işçiye karşı suç şüphesi sebebiyle iş sözleşmesinin sona ereceği ve dolaylı da olsa suç şüphesinin bir haklı neden teşkil edebileceği gerçeğini değiştirmez.

getirmelerine sebep olan “şüphe” kelimesi aslında başka anlamlara karşılık gelmektedir. Şüphe feshinde, söz konusu olacak suç şüphesi, “işverende” oluşan işçinin suç işlediğine dair bir şüphedir. Ancak haklı neden olarak suç şüphesi, “adli mercilerde” oluşan bir kanaate karşılık gelir.

Ceza Muhakemesi Hukuku anlamında adli makamlarda tespit edilen “suç şüphesi”, “bunun işverende şüphe oluşmasına sebebiyet vermesi” ve böylece “feshe dayanak gösterilebilmeleri” yönüyle şüphe feshiyle bağlantılıdır. Ayrıca hem haklı neden teşkil edecek suçlarda hem de şüphe feshinde bir ceza mahkûmiyeti aranmayışı da konular arasındaki ortak bir diğer husustur. Ancak her şeyi bir kenara bıraktığımızda, işverenin şüphe feshi, bir haklı nedenle fesih değildir ve haklı neden olarak suç ve suç şüphesindekinin aksine şüphe konusu İŞK m. 25’de belirtilen haklı nedenin işçi tarafından gerçekleştirildiği kesin değildir. Dolayısıyla bağlantılı noktaları olsa da hepsi farklı ve ayrı çalışma konusu olacak kavramlardır⁹⁸⁷.

(2) Geçerli Neden⁹⁸⁸ Kavramı ve Türleri

İŞK m. 18’de, ILO 158 Sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi’ne uygun olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinin geçerli nedene dayandırılması zorunluluğu getirilmiştir. Maddeye göre iş güvencesi kapsamında bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence süreli fesih yolu ile sona erdirebilmesi için, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep gösterilmesi zorunludur.

İŞK m. 18’de bu genel çerçevesi çizilen geçerli nedenlerle ilgili bir tanıma veya örneğe yer verilmemiştir; ama gerekçede bu konu daha ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Gerekçeye göre⁹⁸⁹ geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar

⁹⁸⁷ Bkz. Ece Sıla Hafizoğlu, “İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinde Suç Şüphesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 18, Sayı: 69, ss. 117-144; Ece Sıla Hafizoğlu, “Haklı Nedenle Fesih Bakımından Suç Ve Suçu Bildirme Yükümlülüğü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 23, Sayı: 1, (Suçu Bildirme Yükümlülüğü), ss. 679 – 749.

⁹⁸⁸ İŞK m. 18’de “geçerli sebep” olarak ifade edilse de, çalışmamızda kavram bütünlüğü sağlamak amacıyla 158 Sayılı ILO Sözleşmesi’nde ve doktrinde de tercih edilen “geçerli neden” ifadesini kullanmaktayız. İŞK m. 24 - m. 25 ile m. 18 arasında uyum sağlamak açısından kanunda da sebep ya da neden ibarelerinden birinin seçilip kullanılmasının daha yerinde olacağı doktrinde belirtilmektedir. Baysal, Geçerli Sebep, s. 30.

⁹⁸⁹ İş Kanunu Madde 18 Gerekçesi, (4857 Sayılı İş Kanunu Ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, Kasım 2009, s. 95).

ağırlıklı olmayan ama işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Her ne kadar haklı neden kadar ağır olmasa da, bu sebeplerin iş görme borcunu ciddi biçimde olumsuz etkilediği ve iş görme borcunun yerine getirilmesine olanak vermediği belirtilmiştir. İşveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Ayrıca maddede geçerli neden bakımından objektif bir ölçü belirlenmeye çalışıldığı; maddi olayların haklı neden mi yoksa geçerli neden mi teşkil edeceğinin belirlenmesi, bir olayda hangisinin uygulanacağını tespiti bakımından iki fesih türü arasındaki farkların ortaya koyulmasının da ülke koşulları dikkate alınarak yargı kararları ve doktrin görüşleri katkısıyla gerçekleşeceği söylenmiştir⁹⁹⁰.

Sonuç olarak, geçerli nedenle fesih, “haklı nedenle feshe imkân verecek derecede ağır olmayan ve iş ilişkisinin çekilmez hale gelmediği, ancak işverenden makul ve önemli ölçüler içinde iş ilişkisinin devamının istenemeyeceği; çünkü işçinin çalışmaya devam etmesi durumunda işyerinin olumsuz etkileneceği hallerde yapılan, objektif iyiniyet kurallarına uygun ve fesih hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyecek fesihler” şeklinde nitelendirilmektedir⁹⁹¹.

Maddede belirtildiği doğrultuda geçerli nedenler ilk olarak, “işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri” ile “işçinin yetersizliği veya davranışları” şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir⁹⁹². Görüldüğü üzere bu nedenler kısaca “işçiden kaynaklananlar” ve “işletmeden kaynaklananlar” şeklinde ayrılabilir.

Doktrinde “işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan nedenler”, “işçinin kişiliğine ilişkin geçerli nedenler” şeklinde bir üst başlıkla da ifade edilmişse⁹⁹³ de böyle bir üst başlığın çok uygun olmayacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca pek çok konuda örnek olarak incelediğimiz Alman Hukuku gereğince de böyle bir

⁹⁹⁰ Manav, s. 65; Baysal, Geçerli Sebep, s. 30. Haklı neden-geçerli neden ayrımı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 1, Mart 2006, ss. 71-83.

⁹⁹¹ Süzek, ss. 535, 553; Devrim Ulucan, “İş Güvencesi Kapsamı ve Temel Kavramlar”, *İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, (İş Güvencesi Semineri), ss. 17-48, s. 25; Mollamahmutoğlu, ss. 280-281; Demir, s. 335; Engin, ss. 70-71; Manav, ss. 65, 66.

⁹⁹² Çalışmamız bakımından ilgili olan nedenler “işçinin yetersizliği veya davranışlarından kaynaklananlar” olduğundan burada “işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan” geçerli nedenler incelenmeyecektir.

⁹⁹³ Demir, ss. 325-336; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 513; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 281.

üst başlık uygun görülemeyebilir. Çünkü “işçiden kaynaklanan nedenler”, KSchG⁹⁹⁴ m. 1/II’de “işçinin kişiliğinden” ve “işçinin davranışlarından” kaynaklanan nedenler olarak ifade edilmiştir. Anlaşılacağı üzere KSchG’deki “işçinin kişiliğinden kaynaklanan nedenler” İş Kanunu’ndaki “işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler”e karşılık gelmektedir⁹⁹⁵.

İhtar konusuna ilişkin olarak doktrinde “işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde zorunlu olduğu” açıklaması yapılmıştır. Her ne kadar böyle bir genelleme uygun bulunmayıp başka bir kriter kabul edilse de⁹⁹⁶, buradan da yola çıkarak bir geçerli nedenin yetersizlikten mi yoksa davranışlardan mı kaynaklandığının tespitinin önemli olabileceğini söyleyebiliriz⁹⁹⁷.

İşçinin davranışından kaynaklanan fesih nedeninde, işçi başka türlü davranabilmesi mümkünken bunu yapmamakta; işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedeninde ise işçi başka türlü hareket etmek istese de bunu başarabilme ihtimali bulunmamaktadır. Somut olayda bu ayrımı yapmak zor olsa da sonuç olarak temel kıstasımız, feshe neden olan eylem ya da eylemsizliği kontrol edebilme kabiliyetine işçinin sahip olup olmadığıdır⁹⁹⁸.

Davranıştan kaynaklanan fesih sebeplerinde genelde işçinin kusurlu olacağı, bu sebeple “işçinin kusuru”nun “geçerli nedenin yetersizlikten mi davranıştan mı kaynaklanıyor ayrımı”nda önemli olacağı düşünülebilir. Fakat “kusur” ayrım için yeterli bir ölçüt olmayacaktır. Çünkü işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerin de işçinin kusuruna dayanması mümkündür. Örneğin, işçinin 8/8 kusurlu olduğu bir trafik kazası geçirip sakatlanması veya tedbirsiz davranıp bir bulaşıcı hastalığa yakalanması ve sonuçta işe uygunluğunu kaybetmesi mümkündür. Görüldüğü üzere bu örneklerde yetersizliğe sebep olan durumun oluşmasında işçinin kusuru vardır, ama yine de fesih sebebinin işçinin davranışından kaynaklandığı söylenemez.

⁹⁹⁴ Kündigungsschutzgesetz - Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu

⁹⁹⁵ Caniklioğlu, s. 69; Baysal, Geçerli Sebep, s. 35.

⁹⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. a. İhtarda Bulunulması Gereken Durumlar

⁹⁹⁷ Doğru bir ayrım yapılması bakımından özen gösterilmesi gereken işçinin verimliliğinin sınırlandırılması ile ilgili olarak bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 1. c. (2) (i) İşçinin Yetersizliği ile İlgili Geçerli Fesih Sebepleri

⁹⁹⁸ Ulucan, İş Güvencesi Semineri, ss. 30-31; Mustafa Alp, “Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi”, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 3, ss. 49-74, (Tıbbi Tanıtım Sorumlusu), s. 54; Baysal, Geçerli Sebep, ss. 40-41; Ali Cengiz Köseoğlu, **İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 151.

Aksinin kabulü işçinin özel hayatındaki davranışlarına müdahale olacağı da belirtilmiştir⁹⁹⁹.

(i) İşçinin Yetersizliği ile İlgili Geçerli Fesih Sebepleri

İşK m. 18’de “işçinin yeterliliği” ifadesine yer verilmiş olsa da konunun daha kolay anlaşılması için doktrinde “işçinin yetersizliği” kavramı kullanılmaktadır¹⁰⁰⁰. Çünkü Kanunda yeterlilik kelimesi kullanılmışsa da, işverenin feshe başvurmasının tam olarak nedeni, işçinin ifa etmesi gereken iş görme borcu için yetersizliğidir¹⁰⁰¹. Yargıtay kararlarında işçinin yetersizliği ifadesi de kullanılmaktadır¹⁰⁰².

Yeterlilik kavramı Kanunda açıklanmamışsa da, doktrinde ve Yargıtay kararlarında çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Yargıtay’a göre yeterlilik kavramı, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerilerdir. Başka bir ifadeyle, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceri, kısaca donanımdır¹⁰⁰³. Bu bağlamda sürekli veya uzun süreli olarak iş görme edimini gereği gibi düzgün şekilde ifa edebilmesi için gerekli yetileri kaybetmesi durumunda “işçinin yetersizliği” söz konusu olacaktır¹⁰⁰⁴.

Ayrıca, işçinin sözleşmenin kuruluş aşamasında yeterli olması durumu değiştirmeyecek; geleceğe dönük olarak işi görececek yetenek ve özelliklerden yoksun hale gelmesi geçerli nedenle feshi mümkün kılacaktır¹⁰⁰⁵. Bununla birlikte, eğer yetersizlik işçinin edimini ifa etmesini tamamen imkânsız hale getirecek seviyedeysen

⁹⁹⁹ Alp, Tıbbi Tanıtım Sorumlusu, s. 54.

¹⁰⁰⁰ Çelik ve diğerleri, ss. 493 vd.; Süzek, ss. 53 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, ss. 513 vd.; Eyrenci ve diğerleri, ss. 209-211; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 281 vd., Caniklioğlu, s. 74; Baysal, Geçerli Sebep, ss. 34 vd.; Köseoğlu, ss. 145 vd.; İbrahim Subaşı, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss. 125 vd.

¹⁰⁰¹ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 281; Caniklioğlu, s. 74; Baysal, Geçerli Sebep, s. 35.

¹⁰⁰² Y. 9. HD., 18.03.2021, 2021/1681 E., 2021/6382 K.; Y. 22. HD., 05.03.2020, 2016/29151 E., 2020/4269 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (26.11.2021).

¹⁰⁰³ Y. 9. HD. 15.12.2008, E. 2008 / 8488, K. 2008 / 33641, Y. 9. HD. 1.12.2009, E. 2009 / 8399, K. 2009 / 32595, www.hukukturk.com, (28.10.2018).

¹⁰⁰⁴ Astarlı, s. 973; Caniklioğlu, s. 75; Baysal, Geçerli Sebep, s. 36; Köseoğlu, ss. 152-153; Keser, s. 157.

¹⁰⁰⁵ Caniklioğlu s. 75; Baysal, Geçerli Sebep, s. 37.

artık işverenin haklı nedenle feshe başvurma hakkı da doğabilecektir (İşK m. 25/III- İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması ve İşK m. 25/IV- Zorlayıcı Sebepler)

Geçerli nedenle fesih için Kanunda sadece genel bir çerçeve çizilmiş olduğundan, bu konuda hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Hâkim, işçinin ne zaman yetersiz olarak nitelendirileceğini, işçi yetersizliğinin iş ilişkisindeki dengeyi ne derece bozması halinde geçerli neden teşkil edeceğini ve ne durumlarda ilişkinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceğini takdir edecektir¹⁰⁰⁶.

Kanunda ayrıntılı açıklamaya yer verilmemişse de madde gerekçesinde işçinin yetersizliğine ilişkin örnekler verilmiştir:

- Ortalama olarak benzer iş görenlerden daha az verimli çalışma,
- Gösterdiği niteliklerden daha düşük performansa sahip olma,
- İşçinin işe yoğunlaşmasının giderek azalması,
- İşe yatkın olmama,
- Öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği,
- Sık sık hastalanma,
- Çalışmayı sürdürmekle birlikte işinin gerektiği şekilde yapmasını etkileyen hastalık,
- Uyum yetersizliği,
- İşçinin zihinsel yetersizliği,
- İşçinin bedensel yetersizliği,
- İşyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma.

Şüphesiz işçinin yetersizlik halleri Kanun Gerekçesinde sayılmış durumlarla da sınırlı değildir. Gerekçede yer alsın almasın başka pek çok geçerli neden kabul edilebilir. Örneğin, iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği kurumsal çalışma ilkeleri ve işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde geçerli sebeple fesih söz konusu olabilecektir¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ Baysal, Geçerli Sebep, s. 39; Birben, ss. 301-302; Köseoğlu, s. 156; Aydın, s. 134.

¹⁰⁰⁷ Y. 9. HD.,15.11.2017, 2017/402 E., 2017/18289 K., www.hukukturk.com, (29.10.2018).

Doktrinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlere çok çeşitli örnekler verilebilse de, madde gerekçesindeki işçinin yetersizliğine ilişkin örneklerde işçinin verimliliğine ilişkin durumların esas alındığı görülmektedir¹⁰⁰⁸. Ancak gerekçedeki bu örneklendirme doktrinde uygun bulunmamıştır. Çünkü performans ve verimliliğe ilişkin durumlar her zaman yetersizlik sebebiyle feshe dayanak teşkil etmeyecektir¹⁰⁰⁹. Performans düşüklüğünün veya işçiden verim alınamamasının hangi tür “işçiden kaynaklanan fesih” kapsamına gireceğini tespit edebilmek için bu durumların temelinde yatan sebebe bakmak gerekecektir.

Somut olayda işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenin bulunduğu kabulü için, iş ilişkisinde olumsuzluğa sebep olan hususun, işçinin kendi iradesiyle oluşturulmamış olması ya da işçinin istese de etkileyemeyeceği bir kaynaktan doğması gerekir. Bu doğrultuda da, verim düşüklüğü işçinin iş için gerekli olan fikri ve fiziki özelliklere sahip olmamasından dolayı gerçekleşmişse, yetersizliğe dayanan bir geçerli nedenin mevcut olduğunu söylemek mümkün olacaktır. İş ilişkisindeki aksama, işçinin başka bir şekilde hareket etmesi mümkünken bunu yapmamasından, yani işçinin kendi iradesi ile ortaya koyduğu bir davranışından kaynaklanmışsa işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninin varlığını kabul etmek gerekecektir¹⁰¹⁰. Yargıtay’ın da her verime ilişkin geçerli nedenin yetersizlik ile ilgili olmadığı görüşünü benimsediği

...işçinin az verimli çalışması kendi isteğinden kaynaklanabileceği gibi yetersizliğinden de kaynaklanabilir, iş görme edimini yerine getirmek istememek ile yerine getirememek arasında sınırı çizmek çoğu kere zordur. İlk hal, İş Kanunu’nun 18’nci maddesi anlamında, işçinin davranışına dayanan

¹⁰⁰⁸ Demir, s. 328.

¹⁰⁰⁹ Astarlı, s. 973

¹⁰¹⁰ Münir Ekonomi, “Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi”, **Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 2, ss. 125-140, (Emekliliğe Hak Kazanma), s. 133; Astarlı, s. 973; Caniklioğlu, s. 75. Aynı anlayışın yer aldığı karar için bkz. “...İşçinin yetersizliğine dayanan fesihlerde, iş edimi işçinin yeteneği gibi kendisinde objektif olarak bulunan hal ve hususiyetlerden dolayı sözleşmeye uygun olarak yerine getirilemezken, işçinin davranışından kaynaklanan fesihle, sözleşmenin ifasında işçinin somut olarak akde aykırı bir davranışı nedeniyle iş edimi yerine getirilememektedir. Başka bir anlatımla, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin kabulü için, işçinin verim düşüklüğünün işçinin icra ettiği iş için gerekli olan fiziki veya fikri özellikleri haiz olmamasından kaynaklanmalıdır. Buna karşılık, yaptığı iş için gerekli olan şahsi özellikleri haiz ve mesleki bilgilerle donanımlı; yani mesleki yetenek ve uygunluk açısından aranan niteliklere sahip olan bir işçinin, daha önce kendisine ihtar edilmiş olmasına rağmen, aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmaya devam etmesi, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebidir...”, Y. 9. HD, 05.05.2008, 2007/35818 E. 2008/11433 K., www.legalbank.net, (20.12.2021).

sürekli fesih nedeni iken, ikinci hal işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sürekli fesih nedenidir...

açıklamasında görülmektedir¹⁰¹¹.

Görüldüğü üzere genelleme yapılarak verimliliğe ilişkin tüm aksaklıkların, yetersizliğe dayanan geçerli nedenler olarak kabul edilmesi uygun olmayacaktır. Sınıflandırmanın doğru yapılması ise, fesihten önce ihtarda bulunulması görüşü karşısında daha da önem arz edebilecektir¹⁰¹².

İşçinin yetersizliği geçerli nedeninde “verimlilik ve performans”a ilişkin olarak önemli bir başka husus ise, bu durumlarda geçerli nedenle feshin mümkün olması için Yargıtay tarafından aranan bazı koşulların sağlanmasının gerekmesidir. Bu doğrultuda öncelikle performans ve verimlilik değerlendirmelerinde objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Ayrıca performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Son olarak objektiflik ölçütü doğrultusunda da işyerinde aynı işi yapanlar aynı kurallara bağlı olarak değerlendirilecektir. Örneğin, “beyaz yakalı personel” ile “mavi yakalı personel” için yapılan performans değerlendirmeleri farklı esaslara tabi olmalıdır¹⁰¹³.

Performans ve verimlilik açısından diğer önemli bir husus ise performans ve verimlilik standartlarının gerçekçi ve makul olmasıdır. Tüm bu kıstaslar sağlandıktan sonra işçinin, yetersizliği nedeniyle iş sözleşmenin geçerli nedenle feshedilebilmesi için, performans ve verime yönelik değerlendirmelerden süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar almış olması gereklidir. Bu sebeple süreklilik göstermeyen ve koşullara göre değişen sonuçlar fesih için yeterli olmayabilir. Performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması da tek başına geçerli neden kabul edilmemektedir. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli olsa bile, ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa durum geçerli neden teşkil edebilecektir¹⁰¹⁴.

Verdiğimiz örneklerden görüldüğü üzere, işçinin yetersizliği ile ilgili geçerli nedenler bakımından işverenin şüphe duyması gibi bir durum çok spesifik

¹⁰¹¹ Y. 9. HD., 23.02.2009 2008/17133 E., 2009/3187 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 22, Yıl:2009/3, ss. 258-264, s. 262.

¹⁰¹² Baysal, Geçerli Sebep, s. 40. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. a. İhtarda Bulunulması Gereken Durumlar

¹⁰¹³ Çankaya ve diğerleri, s. 76; Çelik ve diğerleri, s. 496; Süzek, s. 559; Demir, s. 328; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 283; Caniklioğlu, ss. 81,82.

¹⁰¹⁴ Bkz. Y. 9. HD. 08.04.2008, 2007/27829E., 2008/7831 K., www.hukukturk.com, (29.10.2018).

durumlarda işçilerin verimliliği bakımından gerçekleşebilir. Örneğin, işyerinde üretimdeki verimde bir düşüş varsa ancak işveren sahip olduğu sistemin yetersizliğinden dolayı bunun kimden kaynaklandığını tam olarak tespit edemiyor ama bazı olgulara dayanarak birilerinden şüphe ediyor olabilir. Ancak ender olabilecek bu durumlarda da işverenin şüphe feshine başvuramayacağı açıktır. Çünkü işverenin şüphe duyduğu konuların haklı nedenle feshe dayanak olabilecek hususlar olması gereklidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki işverenin haklı nedenle feshe sebep olabilecek hususlarda duyduğu kuvvetli şüpheden dolayı uygulayacağı şüphe feshi, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenle fesihler kapsamında değerlendirilecektir. Burada yetersizliğe ilişkin geçerli neden, “işçiye, onu işte çalıştırılabilecek kadar güven duyulmaması”/ “güven yetersizliği” dir¹⁰¹⁵.

(ii) İşçinin Davranışları ile İlgili Geçerli Fesih Sebepleri

İşçiden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin diğer bir türü işçinin davranışlarıdır. İşçinin yetersizliği ile ilgili geçerli nedenlerde olduğu gibi işçinin davranışları için de madde gerekçesinde somut örnekler verilmiştir. Aslında burada İŞK m. 25’deki haklı nedenler sayılmıştır. Ancak belirtildiği üzere davranışların ağırlığı derhal feshi gerektirecek ölçüde değildir. Bu sebeple işçinin davranışlarına dayanan geçerli nedenlerin değerlendirilmesi önemli ve hassas bir konudur. Çünkü hâkim, yapacağı değerlendirme sonrasında, “işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilmiş bir sözleşme”nin, fiil yeterince ağır olmaması sebebiyle ancak “geçerli nedenle fesih”le sona erdirilebileceğine hükmedebilir¹⁰¹⁶.

İşverenin geçerli nedenle fesih hakkı doğması için, somut olaydaki “geçerli neden” yüzünden, iş ilişkisinin olumsuz şekilde etkilenmiş ve işyerindeki işleyişin zarar görmüş olması ve bu zarar karşısında, önemli ve makul ölçüler içinde işverenden iş ilişkisinin sürdürülmesi beklenememesi gereklidir¹⁰¹⁷. Bu sebeple, İŞK m. 18’in gerekçesinde de yer verildiği üzere, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir

¹⁰¹⁵ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

¹⁰¹⁶ Eyrenci ve diğerleri, s. 211; Süzek, s. 562; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 514; Manav, s. 81; Caniklioğlu, s. 95; Köseoğlu, s. 196; Keser, ss. 66, 193, 199.

¹⁰¹⁷ Demir, ss. 329-330; Manav, s. 81; Keser, ss. 66, 193, 198-199.

davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamayacaktır¹⁰¹⁸.

Yargıtay da bu durumu aşağıdaki hükmüyle açıkça ortaya koymuştur:

*...857 sayılı Kanun'un 18. maddesi bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, işçinin aynı Kanunun 25/II. maddesinde öngörülen ve işverene derhal fesih yetkisi tanıyan haklı sebepler niteliğinde ve ağırlığında olmayan, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen, sözleşmeye aykırı davranışlardır. İşçinin davranışı ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz...*¹⁰¹⁹.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle fesihte, kasıtlı olarak hareket etme şartı da aranmamaktadır. İşçi, özen yükümlülüğünü yerine getirmiyor ve ihmali bazı davranışlarda bulunuyorsa da işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmesi mümkün olmaktadır. Ancak, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan bir durum mevcutsa işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemeyecektir¹⁰²⁰.

Madde gerekçesinde geçerli sebep teşkil edecek işçi davranışları da örneklendirilmiştir. Bunlar:

- İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak,
- İşyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek,
- Arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak,
- İşini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek,

¹⁰¹⁸ İş Kanunu Madde 18 Gerekçesi, (4857 Sayılı İş Kanunu Ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, Kasım 2009, s. 96). Bu doğrultuda bkz. Y. 7. HD. 24.12.2015, 2015 / 31572 E., 2015 / 26704 K., www.hukukturk.com, (30.10.2018).

¹⁰¹⁹Y. 22. HD., 03.04.2012, 2011/10209 E., 2012/6210, www.legalbank.net, (26.11.2021).

¹⁰²⁰ “İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez”, Y. 9. HD. 07.09.2015, 2015/18744 E., 2015/24755 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 50, Yıl:2016/3, ss. 1508-1512, s. 1509). Benzer karar için bkz. Y. 9. HD., 23.02.2009 2008/17133 E., 2009/3187 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 22, Yıl:2009/3, ss. 258-264, s. 260.

- İşyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek¹⁰²¹,
- İşin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak,
- Sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak,
- Amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek.

Gerekçedeki bu örnekler İşK m. 25 kapsamında haklı neden olabilecek davranışlardır ama ağırlıkları derhal feshi gerektirecek ölçüde değildir. Dolayısıyla işveren, neler olduğunun sayılmaya çalışıldığı işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerin bir işçi tarafından gerçekleştirildiğine ilişkin kuvvetli şüphe duyuyorsa da şüphe feshi yoluna başvuramayacaktır. Bu durumda işveren ya şüphe duyduğu konuyu ispat edecek ya da olay sürmekte olan bir durum ise haklı neden boyutuna gelmesini bekleyecek veya başka bir geçerli ya da haklı nedene dayanabilecekse o yolla iş sözleşmesini feshedebilecektir¹⁰²².

2. Alman Hukuku'nda Fesih Türleri

İş sözleşmesinin feshi bakımından Alman Hukuk Sistemi ve Türk Hukuk Sistemi terimsel veya içeriksel farklılıklar barındırır da esasen benzerlik göstermektedirler. Bu doğrultuda da Alman Hukuk Sistemi incelediğimiz şüphe feshi konusunda hukukumuzda örnek teşkil etmiştir.

Şüphe feshi bakımından Alman Hukuku sadece hukukumuzda değil ilk kez kullanılan ülke olması sebebiyle diğer ülkeler hukuku bakımından da önem arz etmektedir¹⁰²³. Bu sebeple şüphe feshinin niteliği, koşulları ve bu fesih türüne karşı doktrindeki görüşlere ilişkin açıklamalarımızın bir temele oturması açısından Alman Fesih Sistemi'nin genel çerçevesini çizip yeri geldikçe Türk Hukuk Sistemi arasındaki farklılıklara değinilecektir.

¹⁰²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Mustafa Alp ve Dilek Dulay Yangın, "Haklı Yahut Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşyerinde Yaşanan Duygusal İlişkiler - Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 2, Aralık 2021, ss. 1380-1415.

¹⁰²² Bu durum elbette iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından söz konusu olur. İş güvencesi dışındaki işçiler bakımından bu konudaki şüphelerde süreli feshi uygulanabilecek, işçi ise ancak somut olaya göre kötüniyet tazminatına hak kazanabilecektir.

¹⁰²³ Bkz. II. B. Şüphe Feshinin Alman Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Alman Hukuku'nda Türk Hukuku'nda olduğu gibi Türk Borçlar Kanunu'ndan ayrı genel kapsamlı bir İş Kanunu yoktur. İş sözleşmesi ana hatlarıyla Alman Medeni Kanunu(BGB)'nda düzenlenmiştir. Ama tüm konuların genel kanun olan BGB'de düzenlenmesi mümkün olmadığından, burada ele alınmayan veya daha dar bir işçi kesimini ilgilendirilen konular için ayrıntılı özel kanunlar çıkarılmıştır.

Alman fesih sisteminin temeli BGB'de düzenlenmiştir. Ancak değişiklik feshi¹⁰²⁴ ve geçerli nedenle feshe¹⁰²⁵, İş Kanunu'muzdaki iş güvencesi hükümlerine denk düşeceğini söyleyebileceğimiz Feshe Karşı Koruma Kanunu (Kündigungsschutzgesetz - KSchG)'nda yer verilmiştir¹⁰²⁶.

Alman Hukuku'nda da Türk Hukuku'nda olduğu gibi fesih esas olarak ikiye ayrılır¹⁰²⁷. Bunlar, olağan fesih ve olağanüstü fesihtir.

a. Olağan Fesih (Ordentliche Kündigung)

İşverenin belirsiz süreli sözleşmelerini olağan fesih yoluyla sona erdirmesi mümkündür¹⁰²⁸. Türk Hukuk Sistemi'ne baktığımızda bu fesih türünün “süreli fesih”e denk düşeceğini söyleyebiliriz. Çünkü olağan fesihte de süreli fesihteki gibi bildirim süreleri düzenlenmiştir. BGB m. 622/I'e göre işveren bir ayın on beşinci ya

¹⁰²⁴ KSchG m. 2

¹⁰²⁵ KSchG m. 1

¹⁰²⁶ Kanaatimizce Türk Hukuk Sistemi'nden farklı olarak iş güvencesi hükümlerinin ve bu doğrultuda “iş güvencesi kapsamındaki bakımından aranacak geçerli nedenler”in ayrı bir kanunda düzenlenmiş olması, BGB'nin genel kanun olmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü aksi, genel kanunun daha dar bir kesimi kapsayan ayrıntılı düzenlemeler içermesine sebep olacak, bu da kanun yapma sistematigine uygun olmayacaktır. Ayrıca Türk Hukuk Sistemi'nde Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu ayrı olarak düzenlenirken Almanya'da bu iki genel kanun birlikte Alman Medeni Kanunu (BGB) olarak tek bir Kanun altında toplanmıştır. Bu sebeple 2385 maddeden oluşan uzun bir kanundur. Ülkemizde zaten özel kanun olan bir İş Kanunu mevcut olduğundan işçilere yönelik ayrıntılı düzenlemeler için ayrı ayrı Kanunlar çıkartılmamıştır. Basın ve Deniz İş Kanunlarını, Yönetmelikleri, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununu ve diğer Kanunlardaki iş ilişkisine yönelik özel düzenlemeleri hariç tutarsak kural olarak ülkemizde iş ilişkisine ilişkin düzenlemeler İş Kanunu'nu içinde toplanmıştır.

¹⁰²⁸ Zöllner ve Diğerleri, s. 346 Rn. 18; Waltermann, s. 150. Alman Hukuku'nda süreli fesih ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Arthur Nikisch, **Arbeitsrecht, I. Band**, 3. erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK), Tübingen, 1961, ss. 686-718; Zöllner ve diğerleri, ss. 346-350; Alfred Hueck, **Lehrbuch des Arbeitsrecht**, Erster Band, 7. neuarbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 1963, ss. 563-581; Hans Brox, Bernd Rütters ve Martin Henssler, **Arbeitsrecht**, 19. überarbeitete Auflage, Stuttgart, 2016, ss. 156-166; Preis, ss. 542-547; Zöllner ve diğerleri, ss. 346-350; Thomas Holbeck ve Ernst Schwindl, **Arbeitsrecht**, 13. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2017, ss. 86-96; Löwisch ve diğerleri, ss. 172-174; Krause, ss. 267-269; Hromodka ve Maschmann, ss. 426-431; Waltermann, s. 150; Junker, ss. 180-219; Rainer Wörlén ve Axel Kokemoor, **Arbeitsrecht**, 12. völlig überarbeitete und verbesserte Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2017, ss. 131-134.

da son gününde dört hafta öncesinden bildirmek suretiyle iş sözleşmesini sona erdirebilecektir. Bu süre hukukumuzda olduğu gibi işçinin işverenin yanında çalıştığı süre arttıkça fazlalaşmaktadır. Bildirim süresi, kıdemi

- İki yıldan beş yıla kadar olan işçiler için bir ay,
- Beş yıldan sekiz yıla kadar olan işçiler için iki ay,
- Sekiz yıldan on yıla kadar olan işçiler için üç ay,
- On yıldan on iki yıla kadar olan işçiler için dört ay,
- On iki yıldan on beş yıla kadar olan işçiler için beş ay,
- On beş yıldan yirmi yıla kadar olan işçiler için altı ay,
- 20 yıl ve daha fazla olan işçiler için yedi aydır (BGB m. 622/II).

Görüldüğü üzere bildirim süreleri ülkemize göre çok fazladır. Bir başka farklılık aynı maddenin 3. fıkrasında maksimum altı aylık olabilecek deneme süreli iş sözleşmeleri bakımından iki haftalık bildirim süresi düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca İşK m. 17 düzenlemesinin aksine bazı durumlarda kanundaki bildirim sürelerinin kısaltılabileceği de öngörülmüştür (BGB m. 622/V). Türk Hukuku'nda deneme süreli iş sözleşmeleri bakımından bir bildirim süresi yoktur. İşveren, deneme süresi boyunca sözleşmeyi derhal tazminatsız şekilde feshedebilecektir. Kanaatimizce bir bildirim süresi öngörülmemesi, Alman Hukukun'daki kadar uzun bir deneme süresi kabul edilmemesinden kaynaklanır. Hukukumuzda bir deneme kaydı süresi en çok iki ay olabilir ve bunu sadece toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatmak mümkündür (İşK m. 15).

Türk Hukuku'nda olduğu gibi Alman Hukuku'nda da toplu iş sözleşmelerinde kanuni sürelerden daha fazla bildirim süresi kararlaştırılması mümkündür. Ancak kanaatimizce sürelerin zaten uzun olması sebebiyle, bu arttırımın kanuni fesih bildirim süresinin bir ay, iki ay ve 3 ay olan işçiler için yapılabileceği düzenlenmiştir (BGB m. 622/IV 1. cümle). Ancak işçi ve işveren kendi arasında başka bir ihbar süresi kararlaştırmışsa toplu iş sözleşmesi değil bunun uygulanması gerekecektir (BGB m. 622/IV 2. cümle). Ayrıca kanun düzenlemesi dışında bir süre kararlaştırırken, işçi için öngörülmüş olan bildirim süresinin işverenkinden fazla olamayacağı da belirtilmiştir (BGB m. 622/VI).

Eğer istisnai durumlar haricinde, yukarıda ayrıntısıyla yer verdiğimiz kanuni fesih bildirim sürelerinden daha kısa bir süre uygulandıysa, bu fesih tarihine en

yakın, uygulanması gereken temel kanuni sürenin sonunda feshin iş ilişkisini sona erdirmiş sayılacağı belirtilmiştir¹⁰²⁹.

Olağan feshin BGB m. 623 uyarınca yazılı yapılması gereklidir. Bu fesih türündeki yazılı şekil şartı, Türk Hukuku ve Alman Hukuku fesih sistemleri arasındaki önemli farklardan birini teşkil eder. Hukukumuzda süreli fesih yazılı olmak zorunda değildir. İş güvencesi kapsamında olan bir işçi söz konusuysa, işveren süreli feshi geçerli nedenlerle yapmak zorunda olacak ve bu doğrultuda geçerli nedenle fesihdeki geçerlilik şartı olan “yazılı bildirimi” yerine getirmesi gerekecektir. Ancak Alman Hukuku’nda işçi, KSchG (Feshe Karşı Koruma Kanunu) kapsamında olsun ya da olmasın olağan feshin yazılı yapılması gereklidir.

Hukukumuzda belirli şartların sağlanmasıyla sms, e-mail vb. elektronik yollarla yazılı fesih bildirimi yapılabileceği doktrinde ifade edilmekteyken¹⁰³⁰; Alman Hukuku’nda BGB m. 623’de elektronik bildirimin geçerli olmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu sebeple kâğıda yazılı ve imzalı olarak fesih bildiriminde bulunulması zorunludur.

Hukukumuzda da olduğu gibi Alman Hukuku’nda da süreli fesihte kural olarak bir neden belirtilmesi gerekmez¹⁰³¹. Ancak işçi KSchG kapsamına giriyorsa (hukukumuzda iş güvencesi kapsamında olunması gibi) KSchG m. 1/II’deki şartlardan birinin bulunması gereklidir. Düzenlemeye göre, eğer işçinin çalışmaya devamına engel, işçinin kişiliğinden ya da davranışlarından kaynaklanan veya çok önemli işletmesel gerekliliklerden doğan nedenler varsa olağan fesih sosyal açıdan haklı¹⁰³² bir fesih niteliği taşıyacak ve hukuken geçerli olacaktır. Bu doğrultuda hukukumuzda “geçerli nedenle fesih” olarak nitelendirilen feshe karşı koruma kapsamında yapılan olağan fesihten, “sosyal açıdan haklı fesih (soziale gerechtfertigte Kündigung)” olarak nitelendirilmiştir. Ancak nedenin işçiye

¹⁰²⁹ BAG, 15.05.2013 – 5 AZR 130/12, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 19, ss. 1076-1078.

¹⁰³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şükran Ertürk, “İş Sözleşmesinin E-Posta veya Kısa Mesaj (SMS) ile Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 36, ss. 33-40.

¹⁰³¹ BBiG (Berufsbildungsgesetz-Meslek Eğitim Kanunu) m. 22/III ve MuSchG (Mutterschutzgesetz-Anne Koruma Kanunu) m. 17/II 2. cümlesi istisnai durumlardır.

¹⁰³² Alman iş hukukunda bir feshin geçerliliği “sozial gerechtfertigt” olarak ifade edilmektedir. Bu ifadeyi “sosyal açıdan haklı” olarak çevirmek mümkündür. Türk Hukuk Sistemi’nde bu şekilde ayrı bir nitelendirme yoktur. İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin süreli feshinde Kanunda aranan geçerli nedenler mevcutsa hukuken geçerli olacağı ifade edilmektedir. Sosyal açıdan haklılık olarak bir nitelendirme yapılmamaktadır.

bildirilmemiş olması işverene tazminat yükümlülüğü doğurmakla birlikte feshin geçersizliğine sebep olmayacaktır¹⁰³³.

Feshe Karşı Koruma Kanunu kapsamında her ne kadar KSchG m. 1'de, olağanüstü fesihdeki gibi (BGB m. 626/I) menfaat değerlendirmesi yapılması gerektiği açıkça düzenlenmemişse de; Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) kararları uyarınca KSchG m. 1/II kapsamında yapılacak işçinin davranışlarına¹⁰³⁴ ve kişiliğine¹⁰³⁵ dayanan fesihlerde hakkaniyeti sağlayabilmek için menfaat değerlendirmesi yapılması gerektiği kabul edilmiştir¹⁰³⁶. Bunun yanı sıra yine yargı içtihatlarıyla gelişen ve tüm geçerli fesih nedenlerinde dikkate alınacak olan, iki prensip mevcuttur¹⁰³⁷: Öngörü prensibi (Prognoseprinzip)¹⁰³⁸ ve son çare ilkesi (ultima ratio-Prinzip)¹⁰³⁹.

Olağan fesihde, Türk Hukuku'ndaki geçerli nedenle fesihde aranan işçinin savunmasının alınması şartı öngörülmemiştir. Ancak bu işçinin korunmasız bırakıldığı anlamına gelmez. Çünkü işverenin Türk Hukuku'nda bulunmayan, işçinin yönetime katılmasını mümkün kılan işyeri kuruluna (Betriebsrat), feshi ve nedenlerini bildirip görüşünü almak zorundadır¹⁰⁴⁰. Bu görüşün alınmamasının telafisi mümkün değildir. İşveren bu yükümlülüğü yerine getirmezse fesih geçersiz olacaktır (BetrVG m. 102/I). Bu bildirim ve görüşünü alma yükümlülüğü bakımından KSchG uyarınca koruma kapsamında olup olmama önemli değildir¹⁰⁴¹.

İşyeri kurulu, görüşünü gerekçesiyle birlikte en geç bir hafta içinde yazılı olarak paylaşmalıdır. Eğer bu süre içinde paylaşmazsa da feshi onayladığı kabul edilecektir. Dahası işyeri kurulu gerekirse görüşü bildirmeden önce söz konusu işçiyi dinleyebilecektir (BetrVG m. 102/II). Eğer işyeri kurulunun görüşü kanuna uygun bir şekilde alındıysa, kurulun karşı görüş bildirmesi feshin geçerliliğini

¹⁰³³ Waltermann, ss. 146-147.

¹⁰³⁴ BAG, 24.06.2004 - 2 AZR 63/03, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 3, ss. 158-161; BAG, 12.01.2006 - 2 AZR 179/05, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 17, ss. 980-985.

¹⁰³⁵ BAG, 29.07.1993 - 2 AZR 155/93, **NZA**, Yıl: 1994, Sayı: 2, ss. 67-70.

¹⁰³⁶ Brox ve diğerleri, s. 172 Rn. 478; Löwisch ve diğerleri, s. 191 Rn. 685; Waltermann, s. 153 Rn. 345; Junker, s. 201 Rn. 364; Wörlen ve Kokemoor, s. 139 Rn. 279; Wertz, s. 199. Menfaat Değerlendirmesi ile ilgili bkz. Üçüncü Bölüm V. C. Menfaat Dengesi

¹⁰³⁷ Löwisch ve diğerleri, s. 191 Rn. 683, 684; Junker, ss. 200-201 Rn. 363, 364; Wörlen ve Kokemoor, s. 138 Rn. 277, 278.

¹⁰³⁸ Üçüncü Bölüm III. Şüphe Feshi Çeşitleri ve Öngörü Prensibi

¹⁰³⁹ Üçüncü Bölüm VI. Şüphe Feshinde Son Çare İlkesi

¹⁰⁴⁰ İşyeri kurulu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. D. İşyeri Kurulunun Görüşünün Alınması.

¹⁰⁴¹ Holbeck ve Schwindle, s. 93 Rn. 351; Waltermann, s. 149; Wörlen ve Kokemoor, s. 133 Rn. 264.

etkilemeyecektir¹⁰⁴². Ancak işyeri kurulunun feshe karşı görüşte olması, kural olarak işçinin talebiyle fesih davası sırasında işyerinde çalışmaya devam ettirilmesini (Weiterbeschäftigung) sağlayacaktır¹⁰⁴³.

b. Olağanüstü Fesih (Außerordentliche Kündigung)

BGB m. 314'e göre sürekli bir borç ilişkisini, devam etmesi beklenemeyecek duruma getiren önemli bir neden olduğunda, sözleşme kendisi için katlanılamaz hale gelen tarafça sona erdirilebilecektir. Aynı durum iş ilişkisi için de geçerlidir. Zaten BGB m. 626'da bu durum hizmet sözleşmesi bakımından açıkça düzenlenmiştir. Önemli farklılıkları bulunsa da, feshe dayanak nedenin ehemmiyeti ve derhal uygulanması bakımından olağanüstü fesih Türk Hukuku'ndaki haklı nedenle feshe denk düşmektedir. Burada iki ülke hukukundaki bu fesih türü düzenlemeleri bakımından belirtebileceğimiz ilk fark, İş Kanunu'nda işveren (İşK m. 25) ve işçi (İşK m. 24)'nin haklı nedenle feshi ayrı ayrı maddelerde düzenlenmişken; BGB m. 626'nın hem işçi hem de işveren için düzenlenmiş olmasıdır¹⁰⁴⁴.

Olağan fesihten farklı olarak bu fesih türünde bir bildirim süresi öngörülmemiştir. BGB m. 626 uyarınca feshi yapan taraftan sözleşmenin devamı beklenemediğinden, işveren bildirim sürelerinin geçmesini ya da belirli süreli iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan tarihi beklemeden iş sözleşmesini sona erdirebilecektir. Sonuç olarak, haklı nedenle fesih gibi olağan fesih de derhal uygulanabilecektir. Ancak sosyal nedenlerden dolayı feshe başvurulabilmesi için belirli bir süre tanınmıştır. Türk Hukuku'nda haklı nedenle fesihte bu süre 6 iş günüken, olağanüstü fesihte bu süre 2 haftadır (BGB m. 626)¹⁰⁴⁵. Buradaki farklılık

¹⁰⁴² Holbeck ve Schwindle, s. 93 Rn. 351; Waltermann, s. 149; Wörlen ve Kokemoor, s. 133 Rn. 264.

¹⁰⁴³ Bazı durumlarda işveren talebi üzerine bu çalıştırma yükümlülüğünden muaf tutulabilecektir. Bunlar:

- İşçinin davayı kazanma şansının düşük görünmesi,
- İşçinin çalıştırılmaya devam edilmesinin işveren üzerinde makul olmayan bir yüke yol açacak olması,
- İşyeri kurulunun karşı görüşünü açıkça gerekçelendirilmemiş olması durumlarıdır (BetrVG m. 102/V).

¹⁰⁴⁴ Alman Hukuku'nda haklı nedenle fesih ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nikisch, ss. 718-748; Zöllner ve diğerleri, ss. 356-362; Hueck, ss. 581-598; Brox ve diğerleri, ss. 186-195; Holbeck ve Schwindl, ss. 130-135; Löwisch ve diğerleri, ss. 174-182; Krause, ss. 269-275; Hromodka ve Maschmann, ss. 431-437; Waltermann, ss. 151-155; Junker, ss. 219-228; Wörlen ve Kokemoor, ss. 127-130.

sadece sürenin uzunluğu bakımından da değildir. İş Kanunu'ndaki süre tüm haklı nedenler için değil sadece İşK m. 25/II'de sayılan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan nedenler bakımından getirilmiştir. BGB'de sayım yoluna gidilmeyip “önemli sebep” kavramına yer verilmiş olmanın da sonucu olarak tüm olağanüstü fesihler için hak düşürücü süre söz konusu olacaktır. Süre olayın öğrenilmesiyle başlar ve feshe yetkili olan birimin olayı öğrenmiş olması bu sürenin başlaması için yeterli görülmüştür¹⁰⁴⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere İş Kanunu'nda işverenin derhal fesih yapabilmesi için gerekli olan haklı nedenler kanunda tek tek sayılsa da, olağanüstü fesih için gerekli olan önemli sebep kavramının içeriğine ilişkin bir açıklamaya BGB m. 626'da yer verilmemiştir. Dolayısıyla kesin fesih sebebi olarak belirtilecek durumlar yoktur. Somut olayın koşulları ve menfaat dengesine bakılarak belirli süreli sözleşmenin ya da bildirim süresinin sonuna kadar dahi işveren bekleyemeyecek durumdaysa önemli sebep olduğu kabul edilebilecektir¹⁰⁴⁷.

Olağanüstü fesih beyanına ilişkin hususlar ise esasen olağan fesih konusunda yapılan açıklamalarla paraleldir. Olağan fesihte olduğu gibi BGB m. 626/II 3. cümle uyarınca fesih yapan fesih sebebinin derhal karşı tarafa yazılı olarak bildirmelidir. Ayrıca nedenin ne olduğunu da belirtmelidir. Ancak olağan fesih de olduğu gibi fesih nedeninin paylaşılmamış olması geçerliliği etkilemeyecektir.

Yargı kararlarında feshin geçerliliği iki aşamalı olarak yapılmaktadır. Bu aşamalarda belirsiz olan “önemli sebep” ve “beklenebilirlik” kavramlarının varlığı denetlenmektedir. İlk aşamada fesih nedeninin, somut olayın koşullarına bakılmaksızın genel anlamda objektif olarak “önemli bir fesih nedeni” teşkil edip etmediğine bakılır. Bununla birlikte bu ilk aşama için Alman Federal İş Mahkemesi bir nedenin olağanüstü feshi haklı kılıp kılmayacağına ilişkin temel ilkeler belirlemiştir¹⁰⁴⁸. Örneğin, konumuz olan şüphe feshini Alman Hukuku'nda tekrar gündeme getiren Emmely kararında¹⁰⁴⁹, işçinin, işverenin malvarlığına karşı hukuka aykırı ve kasıtlı davranışların çok az hatta hiç zarara sebep olmasa da olağanüstü

¹⁰⁴⁶ Waltermann, s. 154; Krause, s. 273.

¹⁰⁴⁷ Waltermann, ss. 152, 153; Krause, s. 272; Junker, s. 221 Rn. 400; Wörlén ve Kokemoor, s. 128 Rn. 253.

¹⁰⁴⁸ Zöllner, s. 350, Rn. 33; Waltermann, s. 160 Rn. 361; Junker, s. 221, Rn. 400; Wörlén ve Kokemoor, s. 128.

¹⁰⁴⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm II. B. 3. Emmely Kararı Süreci ve Şüphe Feshine Yönelik Kanun Tasarıları. Benzer bir başka karar için bkz. BAG 17.05.1984 – 2 AZR 3/83, **NZA**, Yıl: 1985, Sayı: 3, ss. 91-92.

fesih nedeni teşkil edeceği belirtilmiştir¹⁰⁵⁰. Bunun yanı sıra cinsel taciz¹⁰⁵¹ ve cinnet¹⁰⁵² de önemli sebep olarak kararlara yansımıştır.

İkinci aşamada menfaat dengesine bakılmaktadır¹⁰⁵³. Bu noktada somut olayın tüm koşulları hesaba katılarak ve her iki tarafın menfaatleri göz önünde bulundurularak söz konusu nedenler yüzünden iş ilişkisinin devamının bildirim süresi boyunca ya da sözleşmede belirlenmiş sona erme tarihine kadar beklenemeyecek olup olmadığına bakılır. Örneğin, BAG yine Emmely kararında uzun yıllardır kendisinden şikâyet edilmeden çalışan bir kasiyerin, düşük miktartlı bir zarar için fesihten önce bir ihtarda bulunulmasının daha hafif bir araç olabileceğini belirtmiştir. Sadece, eğer davranış değişikliği söz konusu olacak bir durum değilse ya da yükümlülük ihlalinin katlanılması beklenemeyecek kadar çok ciddi olduğu açık ise ihtar gereksiz görülmektedir¹⁰⁵⁴.

Anlaşıldığı üzere, “somut olay”ın olağanüstü feshi haklı kılacak “önemli sebep” teşkil edip etmeyeceğinin belirlenmesinde her iki tarafın menfaatlerinin değerlendirilmesi önemlidir. Hatta bu menfaat dengesinin uygulamada anlaşmazlığın odak noktasını teşkil ettiği belirtilmiştir. Zaten KSchG’in koruma kapsamındaki olağan fesihte olduğu gibi olağanüstü feshin denetiminin temelinde de, ölçülülük ilkesi gereği dikkate alınan "Ultima-Ratio", “öngörü prensibi”¹⁰⁵⁵ ve “menfaat dengesi” ilkeleri bulunmaktadır¹⁰⁵⁶.

Olağanüstü fesihe konu olacak olayların çıkış noktası, olağan fesihteki gibi işçinin kişiliğinden, davranışlarından ya da işletmesel nedenlerden olabilir. Uygulamada bu fesih türü çoğunlukla işçinin davranışlarından doğan esaslı bir sözleşme yükümlülüğü ihlalinden kaynaklanmaktadır. Genellikle de performans konusunda ortaya çıkmıştır. Ama feshe konu olayların, işletme düzeni bir başka

¹⁰⁵⁰ Waltermann, s. 152; Wolf-Dietrich Walker, “Die Kündigung wegen eines Bagatelldelikts Geklärte und ungeklärte Fragen nach der ‘Emmely’-Entscheidung des BAG”, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 1, ss. 1-5, (ungeklärte Fragen); Markus Stoffels, “Die „Emmely“-Entscheidung des BAG – bloß eine Klarstellung von Missverständnissen?”, **NJW**, Yıl: 2011, Sayı: 3, (Emmely), ss. 118, 123.

¹⁰⁵¹ BAG, 29.06.2017 – 2 AZR 302/16, **NZA**, Yıl: 2017, Sayı: 17, ss. 1121-1125.

¹⁰⁵² BAG, 29.06.2017 – 2 AZR 47/16, **NZA**, Yıl: 2017, Sayı: 24, ss. 1605-1612.

¹⁰⁵³ Zöllner, s. 351 Rn. 33; Waltermann, s. 160 Rn. 361; Junker, s. 221 Rn. 400; Wörlen ve Kokemoor, s. 128. Menfaat Değerlendirmesi ile ilgili bkz. Üçüncü Bölüm V. C. Menfaat Dengesi

¹⁰⁵⁴ Zöllner, ss. 351-352 Rn. 36; Waltermann, ss. 152, 153, 154. BAG, 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 21, ss. 1227-1234.

¹⁰⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm III. Şüphe Feshi Çeşitleri ve Öngörü Prensibi

¹⁰⁵⁶ Holbeck ve Schwindl, s. 132 Rn. 513; Junker, ss. 224-225, 228; Waltermann, s. 153; Krause, s. 271.

ifadeyle işletmesel huzura ilişkin olduğu da görülmüştür¹⁰⁵⁷. Ama kuvvetli işletmesel gerekliliklerin ise kural olarak işvereni sadece olağan fesih için yetkili kılacağı da belirtilmiştir¹⁰⁵⁸.

İşçinin kusuru olmadan yapmış olduğu yükümlülük ihlallerinin ise işçinin davranışlarına dayanan olağanüstü fesih için önemli sebep teşkil etmesi istisna olarak görülmektedir. Örneğin, işçinin bir kusuru olmasa da olayın tekrar etme riski varsa feshin söz konusu olabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁵⁹.

Genel olarak olağanüstü fesih nedenlerine örnek verirse: Hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet gibi işçinin suç teşkil edebilecek hareketleri¹⁰⁶⁰, işçinin iş sözleşmesi yükümlülüklerini sürekli olarak yerine getirmeyi reddetmesi, kalıcı olarak tekrarlanan geç gelmeler, cinsel taciz¹⁰⁶¹, hakaret, işyeri düzenini bozacak düşmanca ifadeler vb.¹⁰⁶²

Görüldüğü üzere Alman Hukuk Sistemi'nde yargı kararlarında kabul gören bu önemli sebepler esasen İş Kanunu'nda sayılmış olan haklı nedenlerdir.

Olağan fesihte olduğu gibi olağanüstü fesihte de işyeri kuruluna feshin bildirilmesi gereklidir. İşyeri kurulu feshe ilişkin çekinceleri varsa en geç üç gün içinde bunları nedenleriyle birlikte yazılı olarak bildirmelidir (BetrVG m. 102/II 3. cümle).

İşçi ve işverenin aralarında yapmış olduğu bireysel anlaşmalar ya da toplu iş sözleşmeleriyle olağanüstü feshe ilişkin kanuni imkânlar kaldırılamaz, sınırlandırılmaz ama aynı zamanda genişletilmesi de mümkün değildir¹⁰⁶³.

Türk Hukuku'ndaki gibi¹⁰⁶⁴ Alman Hukuku'nda da “önemli sebep” bulunmasına rağmen olağanüstü feshe başvurulamayacak bazı durumlarda olağan

¹⁰⁵⁷ Waltermann, ss. 152-153, Krause, ss. 270-271.

¹⁰⁵⁸ Waltermann, s. 153.

¹⁰⁵⁹ Ernst Fischermeier, **KR- Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften**, 12. Auflage, Luchterhand Verlag, 2019, (KR), BGB § 626 Rn. 146; Waltermann, s. 153. Bkz. BAG 21.1.1999 – 2 AZR 665/98, **NZA**, Yıl: 1999, Sayı: 16, ss. 863-866.

¹⁰⁶⁰ Örneğin, İş için tahsis edilen bilgisayardaki korsan kayıtlar sebebiyle haklı nedenle fesih bkz. 16.07.2015 – 2 AZR 85/15, **NZA**, Yıl: 2016, Sayı: 3, ss. 161-169.

¹⁰⁶¹ BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 651/13, **NZA**, Yıl: 2015, Sayı: 5, ss. 294-297.

¹⁰⁶² Holbeck ve Schwindle, ss. 132-134; Krause, ss. 270-271; Junker, ss. 222-224.

¹⁰⁶³ BAG, 05.02.1998 – 2 AZR 227/97, **NZA**, Yıl: 1998, Sayı: 14, ss. 771-775.

¹⁰⁶⁴ Somut olayda haklı neden bulunmasına rağmen hak düşürücü süre dolması sebebiyle haklı nedenle feshe başvurulmasa da geçerli nedenle fesih imkanının devam edeceği yönünde, Y. 9. HD., 02.10.2006, 2006/17797 E., 2006/25426 K., **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 5, Mart 2007, ss. 90-91.

feshin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, çalışmamızın esaslı kısmını oluşturan şüphe feshi, her ne kadar hukuki dayanağı BGB m. 626 “önemli sebep” olsa da ve bu sebeple olağanüstü fesih niteliği taşısa da (haklı nedenle fesih) hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması gibi durumlarda şüphe feshinin süreli fesih prosedürüyle gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir¹⁰⁶⁵.

c. Küçük Boyutlu Nedenlerle Fesih (Bagatellkündigung)

“Bagatellkündigung”, şüphe feshi gibi Alman Hukuku’nda yargı içtihatlarıyla ortaya çıkmış bir fesih türüdür. Kanunda bu feshe ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Şüphe feshi konusu kapsamında bu feshe yer vermemizin nedeni şüphe feshi tartışmalarını yeniden başlatan Emmely kararında bu feshin de ele alınarak tespit edilmesinin ve aynı süreçte küçük boyutlu nedenlerle fesih (Bagatellkündigung) ile ilgili düzenleme öngören ve bu bağlamda şüphe feshini sınırlandıracak kanun tasarısı sunulmuş olmasıdır¹⁰⁶⁶. Alman Hukuku’nda “bagatelldelikt” şeklinde bir ifade bulunur. Bu kelime önemli suçlar/haksız fiiller olarak ifade edilebilmektedir. Bu bağlamda işçinin önemsiz olarak nitelendirilebilecek suçları¹⁰⁶⁷ ya da işverenin malvarlığına karşı önemsiz görülebilecek cüzi miktarda zarar veren eylemleri¹⁰⁶⁸, bir başka ifadeyle ceza hukuku anlamında ehemmiyesizlik sınırının altındaki haksız fiilleri karşısında gerçekleştirilecek fesih “bagatellkündigung” olarak adlandırılmıştır¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

¹⁰⁶⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm II. B. 3. b. SPD Parti Grubu Kanun Tasarısı

¹⁰⁶⁷ Hukukumuzda CMK m. 171/I ve m. 171/II’e karşılık gelen StPO m. 153 ve m. 153a’da düzenlendiği üzere belli şartların mevcut olması durumunda işçinin söz konusu eylemleri karşısında kovuşturma dahi açılmayabilecek ya da düşme kararı verilebilecektir.

¹⁰⁶⁸ Bu husus da StGB m. 248a (Düşük değerli şeylerin çalınması ve zimmete geçirilmesi -Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen) da ele alınmıştır. Düşük değerli şeylerin çalınması ya da zimmete geçirilmesi durumunda bu suçların düzenlendiği (StGB m. 242 ve m. 246) hükümlere göre resen yargılanması ancak istisnai bir durum söz konusuysa mümkün olacaktır. Türk Ceza Kanunu’nda ise TCK m. 145 uyarınca hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı sebebiyle hâkim indirim yapabileceği gibi somut olaya göre (suçun işleniş şekli ve özelliklerine göre) ceza vermekten de vazgeçebilir. Zimmet (TCK m. 150/II) ve yağma suçlarında (TCK m. 249/I) ise ancak ceza indirimi söz konusu olabilmektedir.

¹⁰⁶⁹ Waltermann, s. 152 Rn. 341; Krause, s. 271; Walker, ungeklärte Fragen, s. 2; Marco Ferme, “Bagatellkündigungen ohne Abmahnung”, *AuA*, Yıl: 2011, Sayı: 2, ss. 80, 81.

Her ne kadar Türk doktrininde “sebebsiz yere yapılan fesih” şeklinde de çevirilmişse de¹⁰⁷⁰, “bagatellkündigung” kavramı karşılığı olarak “küçük boyutlu nedenlerle fesih”¹⁰⁷¹ ifadesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Emmely davasından¹⁰⁷² önce de BAG “küçük boyutlu nedenlerle fesih”e kararlarında yer vermiştir. Örneğin, Bienenstich (bir tür pasta) olarak adlandırılan davada, büfe görevlisi işçi bir parça pastayı hiçbir izin olmadan almış ve yemiştir. Kararda, hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde gerçekleştirilen izinsiz almalarda, alınan şey işveren açısından çok büyük bir değere sahip olmasa bile bunun olağanüstü fesih uygulamak için önemli bir sebep teşkil edebileceği; bu tarz bir davranışın olağanüstü feshe olanak sağlamaya yeterli olup olmayacağının, somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılan menfaat değerlendirilmesi sonucunda anlaşılabileceği belirtilmiştir¹⁰⁷³. Ayrıca BAG bu konuda, “*çalınan nesnenin güvenli bir şekilde saklanması için işçiye emanet edilip edilmediği hususu*”nun da dikkate alınması gereken bir kriter olduğunu ifade ederek¹⁰⁷⁴ söz konusu problemi açıkça güven alanıyla ilişkilendirmiştir. Çünkü işçinin davranışıyla işverenin malvarlığında bir zarar oluştuğunda, işverenin artık onunla çalışmak istememesi, oluşan hasardan ziyade anayasal koruma altında olan malvarlığı alanına müdahale ederek güvenini suiistimal etmesinden kaynaklanmaktadır¹⁰⁷⁵.

Benzer şekilde, tamamı satılamayacak halde olan ve bu sebeple ticari değeri olmayan 62 küçük şişe içki ve iki rulo zedelenmiş havlu kâğıdını yetkisi olmaksızın yanında götüren işçiye ilişkin davada, işverene karşı parasal açıdan bir zarar gerçekleştirilmemişse de, önceden yapılmış bir ihtar olmaksızın işverenin derhal feshinin geçerli olacağı kabul edilmiştir¹⁰⁷⁶. Çünkü BAG, satış mağazasında çalışan herhangi bir işçinin, normal şartlarda işyerinden küçük ve maddi değeri düşük de olsa yetkisiz olarak bir şeyler aldığında (çaldığında ya da zimmetine geçirdiğinde)

¹⁰⁷⁰ Erdoğan, s. 75, dpn. 240.

¹⁰⁷¹ Benzer kullanım için ayrıca bkz. Ekrem Ekici, “Bir Direniş Sembolü: Emmely1”, <http://www.emekdunyasi.net/ed/isci-sendika/8801-bir-direnis-sembolu-emmely>, (24.05.2021).

¹⁰⁷² Bkz. Üçüncü Bölüm II. B. 3. Emmely Kararı Süreci ve Şüphe Feshine Yönelik Kanun Tasarıları

¹⁰⁷³ BAG, 17.05.1984 - 2 AZR 3/83, **NZA**, Yıl: 1985, Sayı: 3, ss. 91-92.

¹⁰⁷⁴ Wertz, s. 209.

¹⁰⁷⁵ Ulrich Tschöpe, “Außerordentliche Kündigung bei Diebstahl geringwertiger Sachen”, **NZA**, Yıl: 1985, Sayı: 18, s. 589; Wertz, s. 210.

¹⁰⁷⁶ BAG v. 11.12.2003 — 2 AZR 36/03, **NZA**, Yıl: 2004, Sayı: 9, ss. 486-488; BAG, 12.08.1999 - 2 AZR 923/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 8, ss. 421-427.

işini riske atacağını tahmin edebileceğine dayanarak; kural olarak bu gibi hatalı davranışlar için ihtarda bulunulmasının gerekli olmadığını belirtmiştir¹⁰⁷⁷.

“İşverene verilen zararın boyutu”, işçinin işyerindeki konumu, haksız fiil konusu malların türü ve işletmeye ilişkin özel durumlara göre yükümlülük ihlalinin katlanılabilir olup olmadığı hususları ışığında ortaya konulabilecektir. Bu nedenle, olağanüstü fesih için davranışın önemli sebep teşkil edip etmeyeceği konusunda, yalnızca çalınan malın maddi değerine dayalı bir objektif kriterin belirlenmesi mümkün görülmemiştir¹⁰⁷⁸.

Sonuç olarak, işçinin doğrudan işverenin malvarlığına karşı gerçekleşen haksız fiilleri, suç konusunun değerinden ve verdiği zararın fazlalığından bağımsız olarak, BGB m. 626/I uyarınca “olağanüstü fesih” için neden teşkil edebilecektir. Bagatellgrenze (bagatellküdigüng teşkil edebilecek en düşük değer) şeklinde, bu değerden daha az kıymette bir malın kaybı ya da işverene karşı bir başka zarar söz konusu olduğunda bunun fesih nedeni olarak değerlendirilmeyeceğinin kabul edildiği bir alt sınır bulunmamaktadır¹⁰⁷⁹. Ama bununla birlikte yukarıda olağanüstü feshi anlatırken ifade ettiğimiz üzere “olağanüstü feshin geçerliliği” için, önemli nedenin mevcudiyetinin ardından ikinci aşamada kapsamlı şekilde tarafların karşılıklı menfaatlerinin değerlendirilmesi gereklidir¹⁰⁸⁰.

BAG içtihadı birçok kere eleştirilmiştir¹⁰⁸¹. Çünkü yer verdiğimiz kararlarında BAG “sıfır tolerans anlayışı”¹⁰⁸²yla hareket etmiş ve bu anlayış, hem feshe karşı koruma kapsamında uygulanan öngörü ilkesi (Prognoseprinzip) hem de ölçülülük ilkesi (bu bağlamda Ultima Ratio Prensibi) ile bağdaştırılamamıştır. Eğer kararlarda bu ilkeler tutarlı bir şekilde uygulansaydı, somut olayla ilgili olarak, ihtar durumunda işverenin gelecekte aynı şeyi gerçekleştirilmesinin önüne geçip geçilmeyeceği sorusunun sorulmuş olacağı belirtilmiştir. Örneğin Bienenstich davasında, ilkelerin dikkate alındığından söz edilebilmesi için “işçi ihtar edilseydi, gelecekte işçinin işverenin gıdalarını izinsiz tüketmekten kaçınabilir miydi”

¹⁰⁷⁷ BAG, 11.12.2003 — 2 AZR 36/03, **NZA**, Yıl: 2004, Sayı: 9, ss. 486-488.

¹⁰⁷⁸ BAG, 12.08.1999 - 2 AZR 923/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 8, ss. 421-427.

¹⁰⁷⁹ Eckert, Bagatell-Delikte, s. 26; Wertz, s. 211

¹⁰⁸⁰ Wertz, s. 211.

¹⁰⁸¹ Achim Klueß, “Geringwertige Vermögensdelikte – Keine zwangsläufige Entlassung”, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 7, ss. 337-343; Klaus Bartels, “Die arbeitsvertragliche Vertrauens(dis) kontinuierität und ihre Folgen für § 626 BGB Kündigungsgrund und nachträgliches Verhalten im Prozess”, **RdA**, Yıl: 2010, Sayı: 2, (Vertrauen), ss. 109-115.

¹⁰⁸² Klueß, s. 339; Wertz, s. 211.

sorusunun yanıtlanmış olması gerekirdi. Bu bakımdan eğer uyarı yapılmış olmasına rağmen çalışan davranışını değiştirmemişse, olumsuz öngörü ilkesine uygunluğun sağlanmış olduğu kabul edilebilecektir¹⁰⁸³. Ayrıca çok cüzi bir değerde maddi zarara yol açan hatalı davranışın güven ilişkisi temeline gerçekten zarar verip vermeyeceği de net olmayan bir husustur¹⁰⁸⁴.

Bagatellkündigung'un adlandırılmasından da anlaşılacağı üzere burada olay hiçbir maddi değeri olmayan bir şeyin dahi çalınmasının feshe dayanak gösterilebilmesidir. Önemli olan maddi değer ya da davranışın kompleksliği değil bunun işverenin güvenindeki yansımasıdır. Hiçbir maddi zarara uğratmasa da davranış, telafisi mümkün olmayan bir şekilde işverenin güvenine zarar vermişse fesih geçerli olabilecektir. Sonuç olarak hakkaniyetin sağlanabilmesi için bir önem sınırının esas alınması (Bagatellgrenze) değil somut olayın tüm koşullarının dikkate alındığı ve menfaatler arasında dengenin kurulacağı bir değerlendirme yapılması gereklidir. BAG kararlarının eleştirilmesine karşı Almanya Adalet Bakanı bir açıklamasında da, şirkette telefon şarj edilmesi sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi gibi durumları kendisinin de uygun bulmadığını, ama pek çok eleştiriye de katılmadığını ifade etmiştir. Çünkü bu konularda somut olayın çok önemli olduğunu; mahkemelerde olayın, zararın boyutunun ötesinde pek çok başka kritere göre değerlendirilip (çalışma süresi, işçiye yasakların bildirilmiş olup olmadığı, işçiyle ilgili daha önce bir şikâyet olup olmadığı, işçinin başka işçileri suçlayıp suçlamadığı vs.) feshin geçerliliğine hükmedilebildiğini vurgulamıştır¹⁰⁸⁵.

Sonuç olarak, iş hukuku konusu olan feshin değerlendirilmesi için, ne ceza ne de disiplin hukukunda geçerli olan maddi bir sınır kabul edilmemelidir. Çünkü “küçük boyutlu nedenlerle fesih”de özellikle şüphe feshinde daha da ön plana çıkacağı üzere, esas dikkate alınması gereken şey, ana ya da yan yükümlülüklerin ihlali/ihlali şüphesinin sebep olduğu subjektif olmayan objektif somut vakıalara dayandırılması gereken “güven kaybı”dır¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸³ Wertz, s. 211.

¹⁰⁸⁴ Brigitte Zypries, “‘Bagatellen rechtfertigen keine fristlose Kündigung’, ‘Für kleinkarierte Verbote im Betrieb fehlt mir jedes Verständnis’”, **ZRP**, Yıl: 2010, Sayı: 1, s. 29; Wertz, s. 211.

¹⁰⁸⁵ Zypries, s. 29.

¹⁰⁸⁶ Wertz, 213. Şüphe feshinde bu nitelikte güven kaybı gerekliliği, bkz. BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272.

Zaten Ceza Hukuku'nda da her ne kadar suç konusunun maddi değeri düşük olduğunda (Bagatellgrenze nin altında kaldığında) bir ceza alınamayabilirse de, bu yapılan eylemin bir suç teşkil etmediği anlamına gelmemektedir. Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch-StGB) m. 248a'nın düşük değerli eşyaların çalınması veya zimmetine para geçirmenin suç olmadığını ve bunun sonucunda hiçbir şekilde herhangi bir ceza uygulanmayacağını düzenlemediği de belirtilmiştir¹⁰⁸⁷. StGB m. 248a sadece bir yargılama prosedürüdür ve maddede konu olan durumlarla ilişkin bir adli kovuşturmanın gerçekleşmesinin sadece mağdur şikâyetine bağlı olduğu ama özel bir kamu yararı bulunuyorsa bu durumlarda resen kovuşturmanın da mümkün olacağı düzenlenmiştir¹⁰⁸⁸. Sonuç olarak StGB m. 248a'daki sınır, devletin ek bir şart aranmaksızın resen yaptırım uygulayabilmesine ilişkindir¹⁰⁸⁹. Bu sebeple işverenin sadece düşük değerli mallarının çalınmasında, yargılama sürecinin başlaması için şikâyet ya da kamu yararı gerekse de bu davranışın bir suç teşkil edebileceği gerçeği değişmeyecektir¹⁰⁹⁰. Hukukumuzda da, “suç sonucunda gerçekleşecek zararın maddi değerinin düşüklüğü”, cezanın indirilmesine, yargılama yapılmaması ya da failin cezalandırılmaması imkânı sağlayabilecek, ancak gerçekleştirilen davranışın suç niteliği ortadan kalkmayacaktır. Örneğin, Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 150, m. 249 ve m. 250 uyarınca sırasıyla yağma, zimmet ve irtikâp konusunun değeri az olduğunda ceza indirimi yapılabilecek; TCK m. 145'e göre ise hırsızlığa konu olan malın değeri az olduğunda cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri uyarınca, ceza vermekten dahi vazgeçilebilecektir. Ama bu, davranışın bir suç olduğu gerçeğini hem madden hem hukuken değiştirmeyecektir.

BAG'nin kararlarında da belirttiği üzere, işçinin iş sözleşmesinden doğan sadakat yükümlülüğü, bir taraftan BGB m. 241/II¹⁰⁹¹ uyarınca sözleşmenin karşı tarafının meşru menfaatlerini dikkate almayı, diğer taraftan da işverene kasten zarar

¹⁰⁸⁷ Wolf J. Reuter, “‘Geringwertige Vermögensdelikte’ und Kündigungen – kein Änderungsbedarf beim BAG”, *NZA*, Yıl: 2009, Sayı: 11, s. 594; Wertz, s. 216.

¹⁰⁸⁸ Reuter, s. 594; Wertz, s. 216

¹⁰⁸⁹ Wolf-Dietrich Walker, “Die begrenzte Bedeutung des Falles „Emmely” für die Entwicklung der Rechtsprechung zur außerordentlichen Kündigung”, *NZA*, Yıl: 2009, Sayı: 17, (Emmely), s. 925; Monika Schlachter, “Fristlose Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers”, *NZA*, Yıl: 2005, Sayı: 8, s. 435; Wertz, s. 216. Bkz. BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09, *NZA*, Yıl: 2010, Sayı: 21, ss. 1227-1234.

¹⁰⁹⁰ Grimm ve Windeln, s. 376; Wertz, s. 216.

¹⁰⁹¹ BGB m. 241/II: “*Borç ilişkisi, kapsamı doğrultusunda sözleşmenin her bir tarafını diğer tarafın kişiliği, hak ve menfaatlerine saygı gösterme yükümlülüğü altına sokar*”.

verme yasağını barındırmaktadır¹⁰⁹². Bu sebeple malvarlığına zarar verecek bir eylemde bulunulduğunda, bu zararın değerinden bağımsız olarak “işçiye karşı duyulan güven” ciddi şekilde zedelenecektir¹⁰⁹³.

Küçük boyutlu nedenlerle fesih ile şüphe feshinin kesişim kümesi de zaten bu husustur. Her ne kadar şüphe feshinde, şüphe duyulan hususların ciddi boyutta olması gerekse de iki fesih türünde de feshin nedeni somut olay değil işçiye duyulan güvenin yıkılmasıdır. Diğer fesih türlerinde de güvenin zedelenmesi önemli ve temel bir unsur olsa da, bu iki fesih türünde dayanan neden doğrudan güven zedelenmesidir. Çünkü şüphe feshinde işçinin şüphe duyulan davranışı gerçekleştirmemiş olma olasılığı vardır; diğerinde ise zaten somut olay işverene maddi anlamda zarar verecek boyutta değildir. Burada gerekçe iş sözleşmesindeki olmazsa olmaz güvenin sakatlanması hatta olayın boyutlarına göre yokluğudur. Bu doğrultuda iki fesihte de yapılan menfaat değerlendirmesinde esasen dikkate alınacak esaslar paralel olacaktır.

Ancak burada belirtmek istediğimiz bir husus “küçük boyutlu nedenlerle fesih”in BGB m. 626 kapsamında değerlendirilmesinin çok yerinde olmayacağı yönündeki düşüncemizdir. Küçük boyutlu nedenlerle feshin somut olayın koşullarına göre kural olarak geçerli nedenle fesih şeklinde gerçekleştirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Elbette eylemin defalarca tekrarlanması gibi istisnai durumlarda haklı nedenle feshi mümkün görsek de; kuralın geçerli nedenle feshe başvurma olması ve bildirim sürelerine uyulması işçiyi koruma ilkesine daha uygun olacaktır.

¹⁰⁹² Bkz. İkinci Bölüm I. E. 4. Sadakat Borcu.

¹⁰⁹³ Peter Schrader ve Gunnar Straube, “Dürfen ‘Alte’ klauen? – Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung bei Vermögensdelikten” **ArbRAktuell**, Yıl: 2009, Sayı: 1, ss. 8, 9. Bkz. BAG, 12.08.1999 - 2 AZR 923/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 8, ss. 421-427; LAG Rheinland-Pfalz, 30.01.2009 - 9 Sa 485/08, **NZA-RR**, Yıl: 2009, Sayı: 6, ss. 303-304.

3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

a. Şüphe Feshinin Dahil Olduğu Fesih Türü

Şüphe feshinin, doktrinde bazı durumlarda haklı nedenle fesih şeklinde uygulanabileceği ileri sürülmüşse de¹⁰⁹⁴, katıldığımız hâkim görüş geçerli nedenle fesih olduğudur¹⁰⁹⁵. Zaten Yargıtay da kararlarında açıkça “geçerli nedenle fesih” olarak kabul etmektedir¹⁰⁹⁶.

Geçerli nedenle fesih olarak kabul edilmesinin nedeni, bir iş sözleşmesinde haklı nedenle feshin söz konusu olabilmesi için bunun kanunda açıkça belirtilmesinin gerekliliğidir. Mevzuatımızda açıkça bir düzenleme olmadığından, şüphe feshini haklı nedenle fesih kabul etmek mümkün görülmemektedir¹⁰⁹⁷. Ayrıca, İşK m. 25’de sınırlı sayım yapılmadığı ve TBK m. 435 çerçevesinde başka haklı nedenlerin oluşturulabileceği görüşü kabul edilse bile, şüphe feshini haklı nedenle fesih olarak nitelendirmek mümkün değildir. Benzer şekilde, şüphe feshinin esas nedeni olan “güven ilişkisi çökmesi”, İşK m. 25/I II. bent’deki örnekseyici sayılan haklı nedenlere de dâhil edilemez. Çünkü dürüstlük ilkesi, işçi lehine yorum ilkesi ve işçiyi koruma ilkesi uyarınca, “objektif vakıa ve olgulara dayanan, iş ilişkisinin devamı beklenemeyecek bir ölçüde güven ilişkisini yıkan” bir kuvvetli şüphe olsa dahi, işçinin yaptığı ispat edilememiş bir eyleme dayanan fesih, örnekseyici sayım kapsamında haklı nedenle fesih olarak nitelendirilemeyecektir¹⁰⁹⁸. İşçinin gerçekleştirmemiş olma olasılığı bulunan bir duruma dayanılarak yapılan şüphe

¹⁰⁹⁴ Evren, ss. 50-51.

¹⁰⁹⁵ Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016, s. 477; Süzek, s. 561; Sur, Şüphe Feshi, s. 2490; Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 322, 326; Manav, ss. 84-85; Kaplan, s. 993; Tolu, s. 75; Baysal, Geçerli Sebep, s. 172; Baysal, Şüphe Feshi, ss. 86-87; Erdoğan ve Erdoğan, s. 469.

¹⁰⁹⁶ Bkz. Y. 22. HD. 16.01.2017, 2017/746 E. , 2017/34 K. , <https://legalbank.net>, (12.06.2018),

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bakımından şüphe feshinin süreli fesih mi yoksa haklı nedenle fesih mi teşkil edeceği şeklinde bir tespit yapılabilecektir. Şüphe feshi geçerli nedenle fesih olarak kabul edildiğinden, bu durumda güvence dışındakiler için somut olayda şüphe sebebiyle işverenin iş ilişkisini sona erdirip erdiremeyeceği değerlendirilemeyecek; işçinin iş sözleşmesini her zaman bildirim sürelerine uyarak süreli fesih yoluyla sona erdirebilecektir. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bakımından ancak İşK m. 17/VI uyarınca bildirim süresinin 3 katı tutarında tazminata hak kazanabilmesi için işverenin fesih hakkını kötüye kullanıp kullanmadığına bakılabilecektir.

¹⁰⁹⁷ Baysal, Geçerli Sebep, s. 172; Baysal, Şüphe Feshi, s. 91; Erdoğan, s. 106.

¹⁰⁹⁸ Haklı nedenlerde sınırlı sayımın mı yoksa örnekseyici sayımın mı esas olduğu konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi ve doktrindeki görüşler için bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 1. c. (1) Haklı Neden Kavramı ve Üçüncü Bölüm I. D. 1. c. (1) (i) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi Halleri

feshini, “savunma alma, yazılı bildirim ve nedenin belirtilmesi şartları”nı aramayan ama daha ağır sonuçları olan “haklı nedenle fesih” olarak kabul etmek¹⁰⁹⁹, ne ölçülülük ilkesine ne de hakkaniyete uygun olacaktır¹¹⁰⁰.

Ancak şüphe feshinin geçerli nedenle fesih olarak kabul edilmesi, “güven ilişkisinin ‘sadece zedelenmesi’ nin fesih için yeterli olması”, “sözleşmenin sürdürülmesinin imkânsız hale gelmesinin gerekmemesi” ya da “kanun uyarınca geçerli neden sayılabilecek haller kapsamındaki eylemlere ilişkin bir şüphenin fesih için yeterli olması” gibi yanlış sonuçların çıkarılmasına sebep olmamalıdır. Önemle belirtmek gerekir ki yukarıda açıklandığı üzere şüphe feshini haklı neden değil de geçerli nedenle fesih olarak değerlendirmemiz şüphe duyulan eyleminin haklı neden teşkil etmeyecek ağırlıkta olması ya da duyulan şüphenin çok güçlü olmasının gerekmemesinden değildir. Aksine, geçerlilik koşullarında da yine belirtileceği üzere, şüphe feshinden söz edilebilmesi için işçiye karşı güveni zedeleyecek “esaslı bir sözleşme ihlali” ya da “suç teşkil edecek bir fiil”e karşı kuvvetli bir şüphe var olmalıdır. Çünkü kuvvetli şüphe duyulan davranış eğer kanıtlanabilmiş olsaydı haklı nedenle derhal fesih imkânı verecek nitelikteyse¹¹⁰¹, yapılması gereken menfaat değerlendirmesinde¹¹⁰² “işverenin iş ilişkisinin sona erdirmeye menfaati” “işçinin çalışmaya devam etmesindeki menfaati”ne karşı ağır gelebilecektir¹¹⁰³.

Alman İş Hukuku’nda şüphe feshinin hangi fesih türü olarak değerlendirildiğini ayrıca incelemek gerekir. Çünkü ele alındığı üzere Alman Hukuku’ndaki fesih türleri, Türk Hukuku’ndaki fesih türleri ile pek çok noktadan benzerlik gösterse de önemli farklılıklar barındırmaktadır. Bu sebeple Alman Hukuk Sistemi’nde şüphe feshinin hangi fesih kapsamında değerlendirileceği, süreli fesih mi haklı nedenle derhal fesih olarak mı gerçekleştirileceği sorularının yanıtı Türk Hukuku’na paralel olmayacaktır. Öncelikle Alman Hukuk Sistemi’nde şüphe feshinin hukuki dayanağı olarak, bir “wichtiger Grund” yani “önemli neden” bulunması durumunda gerçekleştirilen haklı nedenle feshin düzenlendiği BGB m. 626 gösterilmektedir. Dolayısıyla şüphe feshinin Alman Hukuku’nda haklı nedenle

¹⁰⁹⁹ Haklı nedenle fesih ve sonuçlarına ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 1. a. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilmesi

¹¹⁰⁰ Kaplan, ss. 994, 995; Erdoğan, ss. 106, 107.

¹¹⁰¹ Waltermann, s. 154 Rn. 347; Junker, s. 229.

¹¹⁰² Bkz. Üçüncü Bölüm V. C. 3. Şüphe Feshinde Menfaat Değerlendirmesi

¹¹⁰³ Bkz. BAG, 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 243-250.

fesih kapsamına girdiği söylenecektir¹¹⁰⁴. Ancak uygulanabilecek fesih prosedürü bakımından tek bir yanıt vermek mümkün olmamaktadır. Şüphe feshinin derhal feshin yanı sıra süreli fesih olarak da uygulanabileceği kabul edilmiştir¹¹⁰⁵. Bu esasen haklı nedenle fesihler için öngörölmüş olan hak düşürücü sürenin aşılması durumundan kaynaklanmıştır¹¹⁰⁶. Ülkemizde de benzer şekilde haklı nedenle fesihlerde hak düşürücü sürenin kaçırılmış olması durumunda somut olaya dayanarak geçerli nedenle feshe başvurulabilineceği kabul edilmiştir¹¹⁰⁷. Hak düşürücü sürenin kaçırılmasının yanı sıra aradaki güven ilişkisi çökmesine rağmen taraflardan en azından bir süre iş ilişkisini sürdürmeleri beklenebileceği durumlarda süreli fesih uygulanması diğer durumlarda derhal fesih yapılabileceği kabul edilmiştir¹¹⁰⁸. Bu şekilde fesihte bildirim sürelerine uyulup uyulmayacağı bakımından bir karar verilmesi gerekecek ve bu şüphenin derecesine bakılarak belirlenmeyecektir. Süreli şüphe feshinin şüphenin derecesi daha düşük olduğu ya da bazı şartların gerçekleştirilmediği durumlarda yapılması gerekeceği şeklinde bir anlayış mümkün görülmemiştir¹¹⁰⁹. Çünkü kuvvetli olmayan bir şüpheyile ya da bazı şartların gerçekleşmemesine rağmen sözleşmenin şüphe nedeniyle feshedilmesi durumunda, katıldığımız üzere masumiyet karanesi ihlalinin menfaat değerlendirmesinde daha ağır basacağı düşünülmektedir¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁴ Brox ve diğerleri, s. 196 Rn. 553; Löwisch ve diğerleri, s. 177 Rn. 635; Krause, s. 273 Rn. 15; Waltermann, s. 154 Rn. 347; Junker, ss. 228-229; BAG 24.03.1958 - 2 AZR 587/55, **AP** BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung. Ayrıca Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. b. Olağanüstü Fesih (Außerordentliche Kündigung)

¹¹⁰⁵ Löwisch ve diğerleri, s. 177 Rn. 635; Waltermann, ss. 154 Rn. 347, 164 Rn. 370; Hoefs, ss. 258 vd.; Appel und Gerken, s. 201. Bkz. BAG, 04.11.1957 - 2 AZR 57/56, **AP** KSchG § 1 Nr. 39; BAG, 27.11.2008 — 2 AZR 98/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 11, ss. 604-607; BAG, 03.07.2003 — 2 AZR 437/02, **NZA**, Yıl: 2004, Sayı: 6, ss. 307-311.

¹¹⁰⁶ Hoefs, s. 238.

¹¹⁰⁷ “4857 sayılı Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca 6 günlük hak düşürücü süre içinde fesih hakkını kullanması gerekir. Bu süre içinde kullanılmayan fesih hakkı, iş sözleşmesinin feshini haksız hale getirir. İşverenin bu süre geçtikten sonra iş sözleşmesini feshetmesi, haklı nedeni bertaraf etse de, geçerli nedeni ortadan kaldırmayacaktır”, Y. 9. HD., 02.10.2006, 2006/17797 E., 2006/25426 K., **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 5, Mart 2007, ss. 90-91.

¹¹⁰⁸ Hoefs, s. 258; Doğan Yenisey, ss. 69-70.

¹¹⁰⁹ Jürgen vom Stein, **Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung**, Wermelskirchen, 1989, ss. 63-64; Stefan Gatz, “Verdachtskündigung infolge heimlicher Videoüberwachung”, **GWR**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 112. Derhal mi yoksa sadece bildirim sürelerine uyularak mı fesih gerçekleştirileceğine karar verilebilmesi bakımından “şüphe duyulan davranışın niteliği”, “şüphenin derecesi”, “şüphe duyulan işçinin konumunun” dikkate alınacağı görüşü için bkz. Heilmann, s. 74.

¹¹¹⁰ Hoefs, s. 262; Doğan Yenisey, s. 69; Caniklioğlu, s. 126.

Görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda şüphe feshi, özünde haklı nedenle fesihtir ve BGB m. 626 kapsamında somut olayda önemli neden adledilecek bir durum varsa bu fesih uygulanabilecektir. Ancak hak düşürücü sürenin kaçırılması¹¹¹¹ ya da iş ilişkisinin bildirim süresi boyunca devamının beklenebileceği durumlarda şekli açıdan süreli feshe başvurulacak, fesih derhal yapılmayacaktır. Böylece hak düşürücü süre de söz konusu olmayacaktır. Eğer sadece haklı nedenle şüphe feshi kabul edilirse, işçinin menfaatlerini gözetmek için bildirim sürelerine uyup 2 haftalık hak düşürücü süreyi kaçıran işveren de cezalandırılmış olacaktır¹¹¹². Sonuç olarak süreli ya da derhal gerçekleştirilecek şüphe fesihleri bakımından feshin şekli prosedürü değişiklik gösterecek, aşağıda inceleyeceğimiz şüphe feshi koşulları bakımından¹¹¹³ bir farklılık olmayacaktır.

Ayrıca hem haklı nedenle hem de geçerli nedenle şüphe feshine başvurulmasının mümkün olduğunun kabulü, haklı nedenle fesih nedeninin mevcut olduğu durumlarda, geçerli nedenle feshin de mümkün olması gerektiğine dayandırılmıştır. Çünkü geçerli nedenle ve haklı nedenle fesih arasında kademeli bir ilişki bulunduğu kabul edilmektedir¹¹¹⁴. Kademeli ilişki, geçerli nedenle feshin, Ultima Ratio (son çare olma ilkesi) uyarınca haklı nedenle derhal feshe karşı başvurulabilecek daha hafif bir önlem olarak görülmesindendir¹¹¹⁵. İşveren işçiye bir bildirim süresi tanıyacağından, geçerli nedenle feshin haklı nedenle feshe göre genelde daha avantajlı olacağı ifade edilmiştir¹¹¹⁶. Bu sebeple her haklı nedenle fesih sayılabilecek bir durumun KSchG m. 1/II kapsamında da kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹¹⁷. Aksi bir değerlendirmenin işçinin de aleyhine olacağı¹¹¹⁸, haklı nedenle derhal şüphe feshinin hukuken mümkün olduğu söyleniyorsa, süreli şüphe feshinin de mümkün kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır¹¹¹⁹.

Alman Hukuku'nda şüphe feshi için BGB m. 626 haklı nedenle fesih dayanak teşkil ettiğinden uygulanacak fesih prosedürü bakımından oluşabilen bu ikilik, Türk

¹¹¹¹ 2 haftalık sürenin kaçırılması kolay gibi dursa da aslında bu süre aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken işlemeyecektir, bkz. Üçüncü Bölüm VII. Şüphe Feshinde Süre

¹¹¹² Wertz, s. 45. Bkz. BAG 04.11.1957 — 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39.

¹¹¹³ Bkz. Üçüncü Bölüm V. Şüphe Feshinin Koşulları

¹¹¹⁴ Preis, Prinzipien, ss. 476-485; Hoefs, ss. 258-259.

¹¹¹⁵ Preis, Prinzipien ss. 476-485; Hoefs, s. 259.

¹¹¹⁶ Hoefs, s. 259.

¹¹¹⁷ Herbert Monjau, "Die Verdachtskündigung", DB, Yıl: 13, Sayı: 37, Eylül 1960, s. 1068; Heilmann, s. 75; Preis, Prinzipien, s. 483; Hoefs, s. 259.

¹¹¹⁸ Hoefs, s. 259.

¹¹¹⁹ Heilmann, s. 74; Strobel, s. 168; Preis, Prinzipien, ss. 476, 483; Vom Stein, s. 63; Hoefs, s. 259.

Hukuku bakımından yaşanmamaktadır. Bunun nedeni şüphe feshinin, kanunda öngörölmüş bir hak düşürücü süreye takılma sorunu olmayan geçerli nedenle fesih olarak nitelendirilmesidir. Ancak hukukumuzda şüphe feshi geçerli nedenle fesih kapsamına girse de, kuvvetli şüphe duyulan konu bakımından haklı nedenle fesihle bir bağlantı kurulması söz konusudur. Zira şüphe feshine başvurmak için, kuvvetli şüphe duyulan konununun “ispatlanabilseydi haklı neden teşkil edecek bir nitelikte olması” gereklidir¹¹²⁰. Bu, işçinin gerçekleştirmedığı bir eylemden işi kaybedebilme riskini ve lekelenmeme hakkını zedeleyici nitelikte bir durumu daha önemli nedenlere bağlamak istenmesindendir. Çünkü hukukumuzda fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde yazılı olarak bildirimi ve savunma alınması gereklilikleri gibi daha sıkı şekil şartları “geçerli nedenle fesih”te zorunludur. Zaten belirtildiği üzere bir feshin haklı nedenle fesih olarak kabul edilmesi için Kanun’da belirtilmesi de gerektiğinden hem işçiyi korumak hem de mevzuatımızdaki hükümlere uygunluk bakımından şüphe feshi “geçerli nedenle fesih” olarak nitelendirilmektedir.

Alman Hukuku’nda şüphe feshi gerekçesinin BGB m. 626’daki “wichtiger Grund - önemli neden” olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla şüphe edilen konunun “wichtiger Grund” teşkil edebilen haklı nedenler bağlamında değerlendirilmesi de yerinde olacaktır. Ancak şüphe konusu “haklı neden teşkil eden bir davranış” olması gerekse de, “işçinin haklı neden niteliğinde bir davranışta bulunduğundan şüphe edilmesi”ni, İşK m. 25’de sayılmamış olmasının haricinde, dürüstlük kuralı gereğince de iş sözleşmesinin derhal feshedilmesini gerektirecek bir durum olarak değerlendirip, haklı neden saymak mümkün değildir. Geçerli nedenle fesih, daha önce de belirtildiği üzere, “haklı nedenle feshi imkân verecek derecede ağır olmayan ve iş ilişkisinin çekilmez hale gelmediği, ancak işverenden makul ve önemli ölçüler içinde iş ilişkisinin devamının istenemeyeceği; çünkü işçinin çalışmaya devam etmesi durumunda işyerinin olumsuz etkileneceği hallerde yapılan, objektif iyiniyet kurallarına uygun ve fesih hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyecek fesihler”¹¹²¹, olarak tanımlandığından; “haklı neden niteliği

¹¹²⁰ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 609; Keser, s. 315. Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 1. Şüphe Duyulan Eylemler

¹¹²¹ Süzek, ss. 535, 553; Ulucan, İş Güvencesi Semineri, s. 25; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 280-281; Engin, ss. 70-71; Demir, s. 335.

taşıyan bir davranışa dair şüphe”nin ancak geçerli neden teşkil edeceğini ve şüphe feshinin bir geçerli neden fesih olduğunu kabul etmek kaçınılmazdır.

Sonuç olarak her ne kadar şüphe duyulan eylemlerin haklı neden teşkil edebilecek nitelikte olması gerekse de¹¹²² şüphe feshi hukukumuzda geçerli nedenle fesih olarak kabul edilmektedir¹¹²³.

b. Şüphe Feshinin Geçerli Nedenle Fesih Sayılmasının Sonuçları

Şüphe feshi geçerli nedenle fesih olarak kabul edildiğinden, bu fesih prosedürü şartlarının ne ölçüde uygulandığı ya da uygulanması gerektiği de irdelenmelidir.

İşçi açısından düşünüldüğünde, ispat edilememiş bir eylemden iş sözleşmesi feshedilebiliyorsa en azından işçinin savunmasının alınması zorunluluğu tartışılmayacaktır. Alman Hukuku’nda savunma, şüphe feshi geçerlilik koşullarından “işverenin şüpheyi ortadan kaldırmak için gerekli çabayı göstermiş olması”nın bir gereği olarak kabul edilmektedir¹¹²⁴. Hukukumuzda ise zaten geçerli nedenle fesihler bakımından zorunlu olduğundan, geçerli nedenle fesih niteliğindeki şüphe feshi için “işçinin savunmasının alınması” şartına Yargıtay kararlarında açıkça yer verilmiştir¹¹²⁵.

Ancak fesih prosedürü olan yazılılık ve ihtara ilişkin bir değerlendirmeye Yargıtay kararlarında rastlanmamaktadır. Kanaatimizce bunun nedeni, doktrinde tartışmalı olan haklı nedenin geçerli nedene tahvil edilmesi durumunda, geçerli nedenle fesihteki şartların aranmamasıdır. Uygulamada, Yargıtay’ın şüphe feshi olarak nitelendirdiği fesihler, genelde işverence haklı nedenle fesih şeklinde beyan edildiğinden mahkemelerde şüphe feshi davalarında tahvil söz konusu olmaktadır¹¹²⁶.

¹¹²² Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 1. Şüphe Duyulan Eylemler

¹¹²³ Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016, s. 477; Süzek, s. 561; Sur, Şüphe Feshi, s. 2490; Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 322, 326; Manav, ss. 84-85; Kaplan, s. 993; Tolu, s. 75; Baysal, Geçerli Sebep, s. 172; Baysal, Şüphe Feshi, ss. 86-87; Erdoğan ve Erdoğan, s. 469.

¹¹²⁴ Strobel, s. 185; Hoefs, s. 54; Zborowska, ss. 153-154.

¹¹²⁵ Y. 9. HD. 25.05.2009 tarihli ve 2009/309 E. 2009/14199 K., www.legalbank.net, (07.05.2019). Ancak Y. 9. HD. 24.05.2010, E. 2009/20403, K. 2010/14364 kararında, somut olayda işçinin savunması alınmadığı anlaşılmamasına rağmen “işçi savunmasının alınması gerekliliğine” ilişkin değerlendirme yapılmamıştır, Baysal, Şüphe Feshi, ss. 93-94.

¹¹²⁶ Bunun yerindeliği ve ayrıntılı bilgi için Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 5. Bir Feshin Şüphe Feshine Dönüşmesi

Şüphe feshinin geçerli nedenle fesih kabul edilmesi sonucu, şüphe feshinde de bildirim sürelerine uyulması gerekecektir. Yargıtay da şüphe feshi nitelendirmesi yaptığı kararlarda ihbar tazminatına hükmederek bu durumu ortaya koymuştur¹¹²⁷.

Sonuç olarak, şüphe feshi haklı nedenle fesih olarak kabul edilemiyor ve geçerli nedenle fesih sayılıyor ise bu fesih türü için gereken tüm şartların sağlanması gereklidir.

Geçerli nedenle fesihte yazılı bildirim yapılması ve fesih sebebinin açıkça belirtilmesi gerekliliğinin bir uzantısı olarak, mahkeme aşamasındaki sebeple bağlılık durumuna yer vermemiz de gereklidir. Şüphe feshi, geçerli nedenle fesihtir ve geçerli nedenle fesih prosedürü olarak, fesih nedeni işçiye yazılı olarak açıkça bildirilmelidir¹¹²⁸. Bu durumda genel kural geçerli olacak ve mahkemede işveren fesih sebebinin değiştiremeyecektir. Ancak burada şüphe feshi özelinde değerlendirilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Özellikle, eylemi gerçekleştirdiğine ya da gerçekleştireceğine dair şüpheyi dayanak durumlara, fesih anından önce gerçekleşmiş ama dava sonrası öğrenilmiş olması koşuluyla yenileri eklenebilecek ya da yine aynı koşulla ortaya çıkan şüpheyi çürüten durumlar dikkate alınabilecektir¹¹²⁹.

Şüphe feshinin hukukumuzda geçerli nedenle fesih kapsamında olduğunu tespit ettikten sonra değerlendirilmesi gereken başka bir durum ise bu feshin işçinin davranışlarından mı yoksa yetersizliğinden (kişiliğinden) mi kaynaklandığıdır. Alman doktrininde bu husus tartışılmıştır ve konuya ilişkin üç görüş bulunmaktadır:

Alman doktrinindeki genel görüşe göre şüphe feshinin, işçinin eylemi ispatlanamadığı için, davranıştan kaynaklanan bir fesih olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Böylece şüphe feshinin işçinin yetersizliğinden (kişiliğinden) kaynaklanan bir fesih olabileceği belirtilmektedir¹¹³⁰. Bu görüş Alman Federal İş

¹¹²⁷ Bkz. Y. 22. HD., 20.12.2017, 2015/30153 E., 2017/30267 K., <https://legalbank.net>, (28.11.2018).

¹¹²⁸ Elbette nedenin açıkça yazılı olarak bildirilmesi şartı iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından aranmayacaktır. Çünkü onların iş sözleşmesi geçerli nedenle değil süreli fesihle sona erdirilecektir.

¹¹²⁹ Baysal, Geçerli Sebep, s. 176. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Birinci Bölüm I. D. 4. Fesih Beyanından Sonra Gündeme Gelen Hususların Şüphe Feshine Etkisi

¹¹³⁰ Rüdiger Krause, **Kündigungsschutzgesetz Kommentar**, 15. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, (Kündigungsschutzgesetz), s. 212 Rn. 465; Hromadka ve Maschmann, s. 437, Rn. 120; Junker, s. 229; Appel ve Gerken, s. 205; Marius Hahn, **Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2004, ss. 64 vd.; Deinert, s. 287; Stephan Ebeling, **Die Kündigung wegen des Verdachts**, Nomos, Baden-Baden, 2006, s. 182; Robert von Steinau-Steinrück ve Peter Glanz, "Die Verdachtskündigung in der Praxis",

Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir¹¹³¹. Yargıtay da şüphe feshini açıkça işçinin yetersizliğine ilişkin geçerli nedenle fesih olarak nitelendirmiştir¹¹³². Türk doktrinindeki genel kabul de bu şekildedir¹¹³³.

İkinci bir görüş olarak, şüphe feshinin davranıştan kaynaklanan bir fesih olduğunu kabul edenler mevcuttur¹¹³⁴. Bu görüş kapsamında, şüphenin temelinde işçinin bir davranışı bulunduğundan, şüphe feshinin davranıştan kaynaklanan bir fesih olarak nitelendirilmesi ve bu doğrultuda hukuki denetime tabi tutulması gerektiği savunulmaktadır¹¹³⁵. Son görüşe göre ise, şüphe feshinin niteliği somut olaya göre tespit edilecektir. Bu anlayışa göre şüphe feshi, işçinin şüpheyne neden olan olaylara kendisinin yol açması halinde “davranıştan kaynaklanan”, kendisinin yol açmaması halinde ise “kişiliğinden (yetersizliğinden) kaynaklanan” fesih olarak nitelendirilecektir¹¹³⁶. Bu üçüncü görüş, verimliliğin hangi tür geçerli nedenle fesih olarak nitelendirileceğine ilişkin varılan sonuçla¹¹³⁷ da paraleldir. Ancak bu görüş de çalışanın ortaya çıkardığı şüpheli kanıtların tek başına şüphe feshiyle işten çıkarmayı haklı çıkarmak için yeterli olmadığı gerçeğiyle çatışmaktadır. Bu nedenle, sınıflandırmayı şüpheyne yol açan koşullara dayandırılması da haklı bulunmamıştır. Ayrıca işçinin ne zaman şüphe uyandırdığının tespiti veya işverenin sadece çalışanın davranışını şüpheyne yol açacak şekilde yorumlaması gibi durumlara karşı da bu kriter

NJW-Spezial, Yıl: 2008, Sayı: 9, ss. 274-275; Wolfhard Ulrich Orth, **Die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich Deutschland, Schweiz, Österreich, und ihre Vereinbarkeit mit Art 6 II EMRK**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Universitaet Wien, Wien, 2009, s. 9; Hoefs, s. 260; Katarzyna Zborowska, **Die außerordentliche Verdachtskündigung**, Duncker&Humbolt, 2015, Berlin, ss. 56 vd; Wertz, ss. 90 vd..

¹¹³¹ BAG, 26.03.1992, 2 AZR 519/91, **NZA**, Yıl: 1992, Sayı: 24, ss. 1121-1124; BAG, 03.04.1986 - 2 AZR 324/85, **NZA**, Yıl: 1986, Sayı: 20, ss. 677-679.

¹¹³² Bkz. Y. 22. HD. 16.01.2017, E. 2017/746, K. 2017/34, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2017/4, Sayı: 55, <https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/suphe-feshi>; Y. 9. HD., 17.12.2015, 2015/34482 E., 2015/35755, Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 322-323; Y. 9. HD. 01/12/2014, 2014/25713 E., 2014/36221 K., www.legalbank.net, (28.11.2021); Erzurum, BAM, 6. HD., 09.01.2020, 2019/4382 E. 2020/11 K., www.legalbank.net, (07.03.2021). Şüphe feshi kavramına ilk defa yer verilen kararda da aynı nitelendirilme yapılmıştır, Y. 9. HD. 22. 10. 2007, E. 2007/16878, K. 2007/30923, <https://legalbank.net>, (12.06.2018).

¹¹³³ Süzek, s. 561; Sur, Şüphe Feshi, s. 2490; Baysal, Geçerli Sebep, s. 171; Baysal, Şüphe Feshi, s. 87; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 321; Erdoğan, ss. 133-135. Şüphe feshinde geçerli nedenin bazen davranışa bazen yetersizliğe ilişkin olduğunun kabul edilmesi yönünde bkz. Manav, ss. 84, 85; Nağme N. Hozar, “Alman Hukuku’nda Şüphe Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, s. 242.

¹¹³⁴ Holbeck ve Schwindl, s. 127 Rn. 488; Waltermann, ss. 169, 154 Rn. 347; Schütte, 21.

¹¹³⁵ Schütte, s. 21.

¹¹³⁶ Oliver Lücke, “Unter Verdacht: Die Verdachtskündigung”, **BB**, Yıl: 1997, Sayı: 36, (Unter Verdacht), s. 1845; Naujok, s. 399; Hoefs, 260; Hozar, s. 242.

¹¹³⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 1. c. (2) (i) İşçinin Yetersizliği ile İlgili Geçerli Fesih Sebepleri.

uygun görülmemiştir. Örneğin, başlangıçta işçiden bağımsız dış koşullardan dolayı bir şüphe ortaya çıkıyor, ancak daha sonra işçi de şüpheyne yol açan veya onu pekiştiren davranışlarda bulunuyorsa, bir sınıflandırma yapmanın zor olacağı ifade edilmiştir¹¹³⁸. Buna rağmen söz konusu şekilde somut olaya dayalı olarak bir nitelendirmenin uygun olacağı; ancak dayanak noktanın şüpheyne neden olan durumların değil, şüphe duyulan eylemin türü olması gerektiği de ileri sürülmüştür. Buna göre şüphe konusu, suç teşkil eden ya da etmeyen işçinin esaslı bir yükümlülük ihlali ise davranışa dayanan, yükümlülük ihlali teşkil etmeyen bir suça ilişkin ise kişiliğe dayanan bir fesih nedeni olarak nitelendirilebilecektir¹¹³⁹.

Türk Doktrini'nde, şüphe feshinin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih niteliği taşıdığı kabul edilmektedir¹¹⁴⁰. Çünkü şüphe feshinin konusu işçinin bir davranışı değil, “ taraflar arasındaki güvene zarar vererek iş ilişkisini işveren açısından katlanılmaz kılan ve ortadan kaldırılamayan” bir şüphedir. Dolayısıyla şüphe feshinde, iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveni sağlayamayan bir işçi söz konusudur. İşçi, işveren için önemli bir kriter olan güvenilirlik konusunda yetersiz kalmaktadır¹¹⁴¹.

Feshin işçinin davranışından mı yoksa kişiliğinden mi kaynaklandığına ilişkin tartışmanın önemi, yukarıda yanıtı aranan “geçerli nedenle fesih prosedürünün ne ölçüde sağlanması gerektiği sorusu”nun cevabında ortaya çıkacaktır. Şüphe feshinin işçinin yetersizliğine dayandığını kabul edenler, ihtarla şüphenin ortadan kalkması mümkün olmayacağından, ihtarın gerekli olmadığını savunmaktadırlar¹¹⁴². Şüphe feshinin davranıştan kaynaklanan bir fesih olarak kabul edilmesi durumunda ise, feshin son çare olması ilkesi (ultima ratio) dolayısıyla “ihtar” gerekli görülebilecektir¹¹⁴³.

Şüphe feshindeki bu ihtar hususu da, geçerli nedenle fesihlerdeki verimlilik durumuna benzemektedir. Kanaatimizce, orada varılan sonuç doğrultusunda şüphe

¹¹³⁸ Hoefs, ss. 260-261.

¹¹³⁹ Dieter Gaul, “Mißbrauch einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit”, **NZA**, Yıl: 1993, Sayı: 19, ss. 870-871; Hoefs, s. 261.

¹¹⁴⁰ Süzek, s. 561; Sur, Şüphe Feshi, s. 2490; Baysal, Geçerli Sebep, s. 171; Baysal, Şüphe Feshi, s. 87; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 321; Erdoğan, ss. 133-135. Şüphe feshinde geçerli nedenin bazen davranışa bazen yetersizliğe ilişkin olduğunun kabul edilmesi yönünde bkz. Manav, s. 85; Nağme N. Hozar, “Alman Hukuku’nda Şüphe Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, s. 242.

¹¹⁴¹ Junker, s. 229; Baysal, Geçerli Sebep, s. 171, Baysal, Şüphe Feshi, s. 87.

¹¹⁴² Baysal, Geçerli Sebep, ss. 170-171; Baysal, Şüphe Feshi, 86.

¹¹⁴³ Baysal, Geçerli Sebep, s. 171, Baysal, Şüphe Feshi, 86.

feshinin ne tür bir fesih olduğu esas olarak ihtar için önem arz etmeyecektir. Böylece fesih nedeni işçinin davranışlarına ya da yetersizliğine ilişkin olsun, fesihten önce somut olaya bakılacak ve ihtardan olumlu sonuç alma ihtimali varsa ihtar gerekli olacaktır¹¹⁴⁴. Ancak şüphe feshinde somut olaya bakılmasa da ihtarın olumlu sonuç doğurma ihtimalinin yüksek olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü işverenin fesih gerekçesi bir şüphedir ve bunun işçi tarafından çeşitli şekillerde dağıtılması söz konusu olabilir. Bu sebeple Yargıtay'ın da verimlilik açısından vardığı sonuç¹¹⁴⁵ gibi, şüphe feshi ister davranıştan ister yeterlilikten kaynaklanan geçerli neden kabul edilsin, her durumda ihtarda bulunulmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bir ayrıma gitmeden bu şekilde ihtarda bulunmak, hem daha sonra fesih geçersizliğiyle karşılaşmaması açısından işverenin, hem de son çare ilkesi gerçekten uygulanmış olacağından işçinin lehine olacaktır. Ayrıca, “ihtarın yapılması” son çareye uygun olarak işçinin işini kaybetmesinin önüne geçebilmesinin ötesinde, menfaat değerlendirilmesinde güven ilişkisinin zedelendiğinin tespitinde kolaylık sağlaması açısından da işverenin lehine bir durumdur. Ancak burada yapılması gerektiğini savunduğumuz ihtar, şüpheyne konu davranışların bir daha gerçekleştirilmemesi şeklinde yapılacak klasik bir ihtar değil, işçinin şüpheli davranışlardan kaçınması, bu şekilde devam ederse iş sözleşmesinin şüphe feshiyle sona erdirilebileceğine yönelik şüphe feshi özelinde yapılacak bir ihtardır. Her ne kadar işverenin şüphe duyduğu durumlarda ihtarda bulunulmasının yerinde olacağını kabul etsek de; sadece bu ihtarın yapılmamış olmasının şüphe feshini doğrudan geçersiz kılması mümkün olmamalıdır. Mahkeme, somut olaya göre işverenin son çare ilkesini gerçekten yerine getirdiğini görüyor ve somut olay bakımından ihtarın etkisi olmayacağını da düşünüyorsa ihtarda bulunulmamış olması feshi geçersiz kılmalıdır¹¹⁴⁶. Dahası somut olayın ağırlığına ve durumun koşullarına göre ihtarın, eğer işçi gerçekten davranışı gerçekleştirdiyse savunma görüşmesine kadar olayı örtbas edebilme ihtimali sebebiyle verilmemesinin dahi işçi-işveren menfaat dengesi bakımından mümkün olacağı söylenebilir. Sonuçta, şüphe feshi bakımından ihtar, “savunma alma” niteliğinde bir geçerlilik şartı kabul edilemeyecektir.

¹¹⁴⁴ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. a. İhtarda Bulunulması Gereken Durumlar

¹¹⁴⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. a. İhtarda Bulunulması Gereken Durumlar

¹¹⁴⁶ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 2. Şüphe Feshinde İhtar (Şüphe İhtarı – Verdachtsabmahnung)

4. Fesih Beyanından Sonra Gündeme Gelen Hususların Şüphe Feshine Etkisi

a. Genel Olarak

Sebebe bağlı yenilik doğuran hak niteliğindeki feshin, geçerli olması için nedenlerin fesih anında mevcut olması gerekmektedir¹¹⁴⁷. Geçerli nedenle fesih, “sebebe bağlı yenilik doğuran bir hak”tır. Çünkü İş Kanunu gereği fesih bildiriminin yazılı şekilde yapılması ve fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilmesi zorunludur. Bu sebeple işveren sunduğu fesih nedeni ve dayanaklarıyla bağlı olacak feshin ardından yeni bir şey ileri süremeyecektir¹¹⁴⁸.

Türk İş Hukuku Doktrini’nde “fesih anından sonra ortaya çıkan durumlar” genelde yeni fesih sebepleri bağlamında değerlendirilmiştir. İş güvencesi hükümleri sebebiyle, geçerli nedenle feshin “sebebe bağlı bozucu yenilik doğuran hak” olması “bildirilen fesih sebebiyle bağlılık ilkesi”ni ortaya çıkarmıştır. Bu ilke uyarınca da, fesih anında var olsun olmasın, bilinsin bilinmesin “fesih anından sonra ortaya çıkan durumlar” fesih sebebi olarak gösterilemeyecektir.

Şüphe feshi, geçerli nedenle fesih olduğundan, “fesih sebebiyle bağlılık ilkesi” onun için de geçerli olacaktır. Ayrıca bu bağlamda işveren fesih beyanında belirtmiş olduğu geçerli nedeni, işe iade davası sürecinde değiştirip sunulan davranışlara ilişkin değil başka konularda şüpheyeye dayanarak sözleşmeyi geçerli nedenle feshettiğini ileri sürememesi gerekir¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁷ Baysal, Geçerli Sebep, s. 199; Erdoğan, s. 256. Yenilik doğuran haklarda sebeple bağlılığa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Baycık, ss. 344-415; Gaye Baycık, “Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 9, Sayı: 35, (Sebebin Belirtilmesi), ss. 79-83.

¹¹⁴⁸ Bu durum iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için geçerli değildir. Çünkü süreli fesihte bir neden belirtme yükümlülüğü yoktur ve sonuç olarak süreli fesih, sebebe bağlı yenilik doğuran hak değildir. Baycık, Sebebin Belirtilmesi, ss. 79-80. Ancak buna rağmen doktrinde işverenin tamamen keyfi davranamayacağı da savunulmuştur. Gaye Baycık, “İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 55, Sayı: 1, (Sebebin Değiştirilmesi), s. 125; Erdoğan, s. 264 dpn. 1202. Örneğin, 2 Nisan tarihinde iş sözleşme fesih beyanında bulunduktan sonra, işçinin kötüniet tazminatı için açmış olduğu davada işverenin fesih beyanından sonra gerçekleşmiş bir olayı ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Erdoğan, s. 264 dpn. 1202.

¹¹⁴⁹ İşveren işçinin hizmetine ihtiyacı olmaması sebebiyle iş sözleşmesini feshetmişken, daha sonra davaya cevap dileçesinde (hatta bir davada orada da yer verilmemiştir) şüphe feshine dayandığını ifade etmesinin ardından Yargıtay’ın davayı reddedip şüphe feshini geçerli kabul ettiği, belirttiğimiz fesihle bağlılık ilkesine uygun olmadığını düşüdüğümüz kararlar için bkz. Y. 9. HD. 17.04.2019,

Yine bu ilke doğrultusunda işveren, şüphe feshi yaptıktan sonra ortaya çıkan ya da daha sonra gerçekleşen işçinin davranışlarına dayanarak dava konusu feshin geçerliliğini (ya da haklılığını) ileri süremeyecektir. Bu sebepleri işveren ancak, şüphe feshi geçersiz sayılır ve işe iade söz konusu olursa gerçekleştirebileceği yeni bir fesihle kullanabilecektir¹¹⁵⁰. Ama “fesih beyanından sonra gündeme gelen hususlar” başlığında incelenmek istenen, doktrindeki özellikle geçerli nedenler bakımından ele alınan klasik bir “fesih sebebinin değiştirilip değiştirilememesi” sorununun ötesindedir.

Şüphe feshi, diğer geçerli nedenle fesihlerden farklı bir niteliğe sahiptir. Fesih gerekçesi işçinin gerçekleştirdiği bir davranışı değil; “*bir davranış gerçekleştirdiğine dair kuvvetli şüphenin, güven ilişkisini ‘iş ilişkisini çekilmez kılacak derecede’ zedelemesi*”dir. Bu özel nitelik sebebiyle, şüphe feshinde şüphe konusu olaydan tamamen bağımsız, “bambaşka bir fesih nedeni teşkil edecek” gerçekleştiği kesin olan işçinin bir davranışı ya da bir durum ortaya çıktığında yukarıda belirttiğimiz, klasik sebeple bağlılık ilkesi devreye girebilecektir. Ancak şüphe feshi konusuna ilişkin yeni bilgilerin edinilmesi, kuvvetli şüphenin dayandırılabilmesi objektif yeni vakıa ve olguların ortaya çıkması durumunda ne olacağına bu ilkeye dayanarak cevap vermenin uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü ortaya çıkan bu yeni durumlar bağımsız fesih nedeni teşkil edebilecek nitelikte olsalar dahi, aynı zamanda mevcut feshe ilişkin delil niteliği de taşımaktadırlar.

Bir başka özel durum da, işverenin davaya konu şüphe dışında, şüphe feshinden sonra “işverenin başka bir haklı neden teşkil edebilecek davranışa ilişkin kuvvetli şüphesinin ortaya çıkması”dır. Yeni bir kuvvetli şüphe doğuran, fesih sonrası ortaya çıkan/gerçekleşen objektif vakıa ve olguların, yeni bir fesih sebebi mi teşkil edeceği, yoksa her ikisinde de fesih gerekçesi güven ilişkisinin zedelenmesi olduğundan mahkemenin fesih değerlendirmesinde dikkate alınacak bir unsur olarak mı kabul edileceği sorusunun yanıtlanması gerekir.

2019/2042 E., 2019/8984 K.; Y. 9. HD. 17.04.2019 2019/2003 E., 2019/8983K, www.legalbank.net, (28.07.2019).

¹¹⁵⁰ Mevcut düzenlemeler karşısında varılan sonuç bu olsa da, son dönemde dürüstlük kuralı gereği işe iade prosedüründe başka bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği yönünde incelemeler olmuştur. Bu konuya ilişkin Yargıtay kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlar Çopuroğlu, “Geçersiz Fesihlerde Tarafların Fesihden Sonra Öğrendikleri veya İşe İade Sürecindeki Kusurlu Davranışlarının Davaya Etkisi”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, onikilevha yayıncılık, İstanbul, Ekim 2016, ss. 171-193.

Fesih sonrası ortaya çıkan durumlar, genellikle şüphe feshi özelinde çok fazla değerlendirilmediği¹¹⁵¹ için belirttiğimiz iki husus ile ilgili genel bir kabul mevcut değildir. Bu sebeple bir sonuca varmaya çalışırken çeşitli hukuk ilkeleri ve Alman Hukuku'ndaki durum yol gösterici olabilecektir.

Alman Hukuku'nda, fesihlerde esas olan kurala şüphe feshi bakımından istisna getirildiği için, şüphe feshi beyanından sonra ortaya çıkan durumlar dikkate alınabilmektedir. İstisnanın mümkün olabilmesi için “fesih anında mevcut olup olmama” kıstası kabul edilmiştir. Bu kritere göre fesih anında mevcut olan ancak sonradan ortaya çıkan durumların feshin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereklidir¹¹⁵². BAG kararları da bu yöndedir¹¹⁵³. Ayrıca “işçinin suçsuzluğunun ortaya çıkabilmesi adına, fesih anında mevcut ancak sonradan ortaya çıkan durumların dikkate alınması gerektiği” görüşünü savunanlardan, “eğer yeni ortaya çıkan hususlar işçiyi suçlayıcı nitelikte olursa işverenin işçiden yeniden savunma alması gerektiği”ni de ileri sürenler olmuştur¹¹⁵⁴. Ancak BAG'nin de kabul ettiği şüphe feshindeki bu istisnaya karşı çeşitli görüşler de mevcuttur. Bir görüşe göre, sonradan ortaya çıkan bütün hususlar hiçbir şekilde dikkate alınmamalıdır. Çünkü fesih yenilik doğuran bir haktır ve fesih beyanı karşı tarafa vardıktan sonra durumda değişiklik yapılamayacaktır¹¹⁵⁵. Yargı içtihadıyla yeniden işe alınmayı talep hakkı (Wiedereinstellungsanspruch) kabul edilmiş olduğundan, işçinin masum olduğu ortaya çıksa dahi bu bir sorun teşkil etmeyecektir¹¹⁵⁶. Bir diğer görüş ise “şüpheyi zayıftan durumlar”ın dikkate alınmaması gerektiğini savunmuş ve burada da, yeniden işe alınmayı talep hakkına dayanarak sorun çıkmayacağı ifade edilmiştir¹¹⁵⁷.

Türk doktrininde de katıldığımız görüşe göre, “fesih anından önce var olan ancak şüphe feshi gerçekleştirildikten sonra haberdar olunan, ister şüpheyi destekleyen ister şüpheyi zayıflatan (işçinin eylemi gerçekleştirmediği yönündeki) yeni durumlar, mahkemede sunulabilecek ve feshin değerlendirilmesinde dikkate

¹¹⁵¹ Bu konuya ilişkin değerlendirme yapan çalışmalar bkz. Baysal ss. 176-177; Erdoğan, ss. 260-264; Erdoğan ve Erdoğan, ss. 492-493.

¹¹⁵² Hoef, ss. 277-279; Ebeling, s. 227.

¹¹⁵³ BAG, 04.06.1964- 2 AZR 310/63, **NJW**, Yıl: 1964, Sayı: 41, ss. 1918-1920; BAG vom 06.11.2003, 2 AZR 631/02, **NZA**, Yıl: 2004, Sayı: 16, ss. 919-921.

¹¹⁵⁴ Rolf Otto Seeling ve Martin Zwickel, “Die Rechtsprobleme der Verdachtskündigung aus praktischer Sicht”, **MDR**, Yıl: 2008, Sayı: 18, s. 1024; Oliver Lücke, “Die Verdachtskündigung - Fragen aus der Praxis”, **BB**, Yıl: 1998, Sayı: 44, s. 2261.

¹¹⁵⁵ Hahn, ss. 114-115.

¹¹⁵⁶ Hahn, s. 125.

¹¹⁵⁷ Schlegel, ss. 138-139.

alınabileceklerdir¹¹⁵⁸. Ancak doktrinde bir başka görüş, şüpheyi yok eden olguların fesih sonrası öğrenilmesi durumunda bunların dikkate alınamayacağını ifade etmiştir. Çünkü işçinin masumiyeti ortaya çıksa dahi, şüphe feshinde önemli olan “fesih anında dayanılan objektif vakıa ve olguların oluşturduğu kuvvetli şüphenin güven ilişkisine zarar vermesidir”. Dolayısıyla işveren tüm geçerlilik şartlarını sağlamışsa, “daha sonradan işçinin masumiyetinin ortaya çıkması”nın durumu değiştirmeyeceği sonucuna varılmıştır¹¹⁵⁹. Ancak bu görüşe katılmamaktayız.

Şüphe feshi, Yargıtay kararları ile ortaya çıkmış bir geçerli nedenle fesih türüdür. Ve ilerideki başlıklarda yer verileceği üzere işçinin çeşitli haklarını zedeleyici niteliği bünyesinde barındırır. Ama buna rağmen, İş Hukuku’nun işverenin mahvına yol açacak şekilde sadece işçiye koruma olarak düşünülmemesi ve kurulmak istenen dengenin bu sefer de işveren bakımından bozulmaması adına, güvenin yapı taşı olduğu bir ilişkide güveni yok olan işverenin mağdur edilmemesi için “şüphe feshi”nin (inceleyeceğimiz şartlar sağlanmışsa) hukuka aykırı olmadığı kanaatindeyiz. Fakat uygulamada ortaya çıkan ve şartları yargı kararıyla şekillenen bu fesih türünde, “*şüphe feshinde neden, ‘kuvvetli şüphe’ ve bunun sonucunda oluşan ‘güven kaybıdır’*. *İşçinin masumiyetinin ortaya çıkması durumu değiştirmeyecektir*” şeklinde bir bakış açısı ne hukuka ne de hakkaniyete uygun olacaktır. “Kanun hükümlerinin dahi işçi lehine yorumlanması esası benimsenmişken”, uygulama ile getirilen işçinin temel hak ve hürriyetlerinin ihlalini bünyesinde taşıyan bir geçerli nedenle feshe ilişkin bu durumu işçinin aleyhine şekilde yorumlanmasının kabul edilmesi mümkün değildir. Zaten bu anlayışla Yargıtay’ın da içtihadına paralel olarak, eğer somut olay bakımından mümkünse mevcut olan ceza soruşturması ya da kovuşturmasının bekletici mesele yapılması kanaatindeyiz¹¹⁶⁰.

Sonuç olarak, özellikle hukukumuzda Alman Hukuku’ndaki şüphe feshi için kabul edilmiş olan yeniden işe alınmayı talep hakkı “wiedereinstellungsanspruch” da olmadığı düşünüldüğünde; “işçinin şüphe konusu olayı gerçekleştirmediği” ya da “duyulan şüphenin yerinde olmadığı” yönünde sonradan ortaya çıkan durumlar yargılamada dikkate alınmalıdır. Ayrıca sadece işçi lehine olarak şüpheyi zayıflatan

¹¹⁵⁸ Baysal, Geçerli Sebep, s. 176.

¹¹⁵⁹ Erdoğan, s. 258; Erdoğan ve Erdoğan, ss. 492-493. Alman Hukuku’nda benzer görüş için bkz. Schlegel, s. 121; Zborowska, s. 296.

¹¹⁶⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 4. Şüphe Feshine İlişkin Olayın Ceza Soruşturması ya da Kovuşturmasına Konu Olması ve İşçiye Koruma Tedbirleri Uygulanması

değil şüpheyi kuvvetlendiren, işveren lehine durumların da mahkemece dikkate alınması gerektiği kabul edildiğinde, işçi-işveren arasındaki denge korunmuş ve silahların eşitliği ilkesi¹¹⁶¹ gözetilmiş olacaktır.

İrdelenmesi gerektiği ifade edilen bir diğer husus, işverenin dava konusu şüphesi dışında başka bir konuda ortaya çıkan şüphedir. Doktrinde bu şüphenin, mevcut feshin değerlendirmesinde dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Burada “bildirilen fesih sebebiyle bağlılık ilkesi” devreye gireceğinden, işveren şüphelendiğini belirttiği eylemleri değiştiremeyecektir¹¹⁶². İşveren, fesih sebebiyle bağlı olduğundan dolayı bu görüşe katılmaktayız. İşverenin objektif vakıa ve olgulara dayandırılan feshe konu kuvvetli şüphesi, hangi eyleme ilişkinse feshin geçerliliğinin o bağlamda incelenmesi zorunludur. Aksinin kabulü geçerli nedenle fesihlerde geçerlilik şartı olan ve şüphe feshi açısından daha da önem arz eden “işçi savunması”nın alınmamış olmasına da yol açacaktır. Bu aynı zamanda şüphe feshindeki işverenin aydınlatma yükümlülüğü ihlali anlamına da gelecektir¹¹⁶³.

b. Şüphe Duyulan Konunun Aydınlanması

Fesih anında mevcut olan ancak sonradan ortaya çıkan şüpheyi kuvvetlendiren ya da zayıflatan durumların dikkate alınması gerektiği tespit edildikten sonra; bunun doğurabileceği sonuçlara da bakılmalıdır. Burada üç olasılık karşımıza çıkar. İlk olarak işverenin kuvvetli şüphanın dayanakları artar ve eğer şüphe feshinin diğer şartları da mevcutsa mahkeme tarafından geçerli kabul edilir. Diğer iki olasılık ise şüphe konusunun aydınlanmasına ilişkindir. İşverenin şüphanın aydınlanması durumunda ya işçinin eylemi gerçekleştirmediği ortaya

¹¹⁶¹ Tarafların yargılama süresince sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından eşitliğin gözetilmesine, silahların eşitliği ilkesi denir. Bu ilke, adil yargılanma hakkının unsurlarından biridir. Silahların eşitliği ilkesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, ss. 302; Erdönmez, Pekcanitez Usul I, ss. 854-857, 877.

¹¹⁶² Baysal, Geçerli Sebep, s. 176.

¹¹⁶³ Aynı anlayışla, “Şüphe edilen kişinin suçsuzluğunun ortaya çıkabilmesi adına fesih anında mevcut ancak sonradan ortaya çıkan durumların dikkate alınması gerektiği” görüşünü savunanlardan, “eğer yeni ortaya çıkan hususlar işçiyi suçlayacak nitelikte olursa işverenin işçiden yeniden savunma alması gerektiği”ni ileri sürenler olmuştur. Seeling ve Zwickel, s. 1024; Lücke, s. 2261.

çıkacak ve işe iadeye karar verilecek¹¹⁶⁴; ya da işverenin şüphesinin gerçek olduğu, işçinin söz konusu eylemleri gerçekleştirdiği ortaya çıkacaktır.

Bu son olasılıkla ilgili ortaya çıkabilecek durumları ve mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerektiğini incelemek gerekir.

Öncelikle yanıtlanması gereken soru, şüphe feshinin, olayın aydınlanmasıyla maddi olgulara dayanan feshe dönmesi durumunda, mahkemenin feshin haklı mı yoksa geçerli fesih olduğuna mı hükmedeceğidir. Yanıt, gerçeğin ortaya çıkması durumunda da mahkemenin “geçerli nedenle feshin mevcut olduğu yönünde karar vermesi” şeklinde olmalıdır. Bu işverenin bildirdiği fesih sebebiyle bağlı olması ilkesinin doğal sonucudur. İşveren kuvvetli şüphe sebebiyle yıkılan güven ilişkisine dayanarak iş sözleşmesini feshettikten sonra, gerçeğin ortaya çıkmasıyla doğan haklı nedene dayanamayacaktır. Ayrıca aksini kabul etmek işçi-işveren arasında korunması gereken menfaat dengesini bozacak, işçileri suistimale açık hale getirecek, dahası işverenin ispat yükünü mahkemeye yıkması gibi yanlış bir duruma dahi sebep olabilecektir. Çünkü işveren, mahkeme aşamasında gerçeklerin ortaya çıkması durumunda “yaptığı feshin haklı nedenle fesih olarak kabul edilebileceğini” ve olay şüphe boyutunda kalsa da “haksız feshin geçerli nedenle feshe tahvili mümkün olacağını” bildiğinden; haklı nedenle fesih teşkil edebilecek bir konuda işçiden şüphe ettiğinde, olayı araştırıp ispatlamaya çalışıp haklı nedenle feshe başvurmak yerine doğrudan “iş sözleşmesini şüphe sebebiyle haklı nedenle feshettiğini” beyan edebilecektir. Hatta tahvile güvenerek geçerli nedenle feshin prosedüründen de kaçabilmek için bu yola başvuru edilebilir.

İşçinin eylemi gerçekleştirdiğinin ortaya çıkması durumunda şüphe feshinin geçerliliğine hükmedilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra; irdelenmesi gereken bir başka husus, burada hala şüphe feshi şartları bakımından bir değerlendirme yapılması gerekip gerekmediği ve şartlarda eksiklik varsa feshin geçersizliğine hükmedilip edilmeyeceğidir.

¹¹⁶⁴ Eğer fesih anında işverenin şüphe feshine ilişkin bütün şartları sağladığı, objektif somut vakıalara dayanan kuvvetli şüphenin güven ilişkisini telafisi olmayacak ve iş ilişkisini çekilmez hale getirecek şekilde zedelediği tespit edilebiliyorsa feshin geçerli kabul edilmesi gerektiği aksi görüşü için bkz. Erdoğan, ss. 258, 264; Erdoğan ve Erdoğan, ss. 492-493. Şüphe feshinin iş mahkemesinde geçerli kabul edilmesinden sonra olayın aydınlanması ve işçinin masum olduğunun ortaya çıkması ise farklı bir tartışma konusudur. Bkz. Üçüncü Bölüm VIII. Yeniden İşe Alınmayı Talep Hakkı (Wiedereinstellungsanspruch)

Alman Hukuku’nda eğer yargılama sırasında işçinin şüphe konusu eylemi gerçekleştirdiği ortaya çıktıysa; şüphe feshi şartlarına uyulmamış, işçinin savunmasının dahi alınmamış olmasının, feshi hukuka aykırı hale getirmeyeceği ifade edilmiştir. İşçinin şüphe edilen eylemi gerçekleştirdiğinin ortaya çıkması ile doğan önemli neden (haklı neden) de bir karışıklığa yol açmayacaktır. Çünkü her ne kadar hem süreli hem de derhal fesih şeklinde uygulanabiliyorsa da, şüphe feshi esasen bir haklı nedenle fesihtir. Dolayısıyla “önemli neden teşkil edebilecek bir konudaki kuvvetli şüphenin güven ilişkisini iş sözleşmesine devamı imkânsız hale getirecek derecede zarar vermesi”nin kendisi de bir önemli neden arz etmektedir. Bu sebeple, fesih türünde bir değişiklik olmayacaktır. Somut olayda şüphe feshi, süreli fesih şeklinde gerçekleştirilmiş olsa dahi Alman Hukuku’nda yukarıda belirtilen anlayış sorun yaratmayacaktır. Çünkü ister geçerli nedenle ister haklı nedenle fesih olsun ispatlanmış maddi olgulara dayanan fesihlerde işçinin savunmasının alınması gerekli görülmemiştir¹¹⁶⁵. Savunma alma yükümlülüğü yargı kararlarıyla sadece şüphe feshi için kabul edilmiştir¹¹⁶⁶. Ayrıca her iki fesih türünde de yazılı bildirim şartı bulunmaktadır.

Hukukumuz açısından bu konuda net bir yanıt vermek zordur. İşçiyi suistimale açık bir duruma sokmamak adına, “işçinin olayı gerçekleştirdiği ortaya çıksa dahi geçerli nedenle fesih ve şüphe feshi koşullarına uygunluk denetimi yapılması ve geçerlilik şartlarında eksiklik varsa işe iade kararı alınması gerektiği” söylenmelidir. Ancak Yargıtay’ın işe iade sistemindeki bakış açısı (haksız feshin tahvilinde geçerlilik şartları aramayışı¹¹⁶⁷) hem de iş uyuşmazlıklarını kısa sürede nihai bir sonuca vardırıp mahkemelerin iş yükünü azaltmak adına bu şekilde bir denetim yapılmasının ve eksiklik durumunda işe iade kararı verilmesinin kabulü mümkün görülmemektedir¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 474/07, NZA Yıl: 2009, Sayı: 20, ss. 1136- 1143.

¹¹⁶⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. İşçiden Savunma Alma Yükümlülüğü

¹¹⁶⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 5. Bir Feshin Şüphe Feshine Dönüşmesi

¹¹⁶⁸ Bu görüşü destekleyici, “işe iade kararı sonrası işçinin iş ilişkisi sürecindeki bazı usulsüzlüklerin ortaya çıkması sebebiyle, karara rağmen işçinin işe başlatılmaması durumunda işverenin işe iade tazminatı ödemeyeceği” yönündeki Y. 22. HD., 13.12.2011, 2011/3986 E., 2011/7395 K. kararı ve değerlendirmesi için bkz. Çopuroğlu, ss. 180 vd.

5. Bir Feshin Şüphe Feshine Dönüşmesi

Aslında bu başlıktaki ifade tam olarak doğru bir nitelendirme değildir. Ancak daha uzun bir nitelendirme başlığa uygun olmayacağından bu şekilde yazılmıştır. Doğru bulunmayışının sebebi, ortada zaten gerçek anlamda bir ispatlanmış maddi olgulara dayalı fesih (Tatkündigung) olmayışdır. Bu sadece işverenin nitelendirmesidir. Çünkü zaten ortada haklı neden söz konusu olsa¹¹⁶⁹ mahkemede bu yönde karar verilecek ve haklı nedenle feshin şüphe feshine tahvil edilmesi gündeme gelmeyecektir.

Alman Hukuku'nda işveren, feshi şüpheyeye veya şüphe sebebiyle güvenin çökmesine değil, sadece bir eylemin işlendiği iddiasına dayandırıyor, işe iade davası sonunda elde kalan sadece kuvvetli bir şüphe olduğunda, kural olarak artık fikrini değiştirip şüphe feshine dayanamayacaktır¹¹⁷⁰. Bu durum özellikle iş sözleşmesi feshi için alınması gereken işyeri kurulu görüşünden kaynaklanır. Çünkü burada maddi olgulara dayanan feshin, şüphe feshine dönüşmesi kural olarak işyeri kurulu görüşünün eksikliğine yol açacaktır¹¹⁷¹. Çünkü işyeri kurulu feshe ilişkin görüşünü beyan ederken, ispatlanmış vakıalara dayanan fesihte farklı, şüphe feshinde farklı fesih gerekçeleri değerlendirmektedir¹¹⁷². İşyeri kurulundan maddi olgulara dayanan bir fesih için (Tatkündigung) görüş alındığında, verilen görüş sadece bu fesih için geçerli olacak, şüphe feshi bakımından esas alınamayacaktır¹¹⁷³. Şüphe feshinin işyeri kuruluna bildirilmesi kural olarak ispatlanmış maddi olgulara dayanan feshe (Tatkündigung) görüş verilmesine göre daha geniş hareket imkânı sağlamakta (ki bu sebeple yukarıda görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda şüphenin aydınlanması durumundan feshin geçersizliği söz konusu olmamıştır) ama tersi olan bu durumda kurallara uygun bir işyeri kurulu görüşü alınmış olduğu söylenememektedir¹¹⁷⁴. Bu yüzden uygulamada işveren yapacağı feshi, hem kanıtlanan yükümlülük ihlaline hem de söz konusu hatalı davranışa dair kuvvetli şüphesine dayandırmaktadır. Böylece

¹¹⁶⁹ İspatlanmış geçerli neden değil de haklı neden olsa denilmesinin sebebi, işverenin haklı neden teşkil edecek bir davranışına dair şüphenin feshe konu edilebilmesidir. Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 1. Şüphe Duyulan Eylemler.

¹¹⁷⁰ Wertz, s. 97. Bkz. LAG Saarland, 12.09.2012 - 2 Sa 7/12, www.openjur.de, (01.12.2021).

¹¹⁷¹ Wertz, s. 97.

¹¹⁷² BAG, 23.04.2008-2 ABR 71/07, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 18, ss. 1081-1083.

¹¹⁷³ BAG, 20.06.2013-2 AZR 546/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 3, ss. 143-149.

¹¹⁷⁴ BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 14, ss. 798-804.

işyeri kurulu iki açıdan da görüş belirtir¹¹⁷⁵. Ayrıca bu gibi durumlarda sadece işyeri kurulu görüşü değil, daha sonra ele alacağımız her şüphe feshinde aranması gereken geçerlilik şartı “işçinin savunması” bakımından da sorun çıkacaktır¹¹⁷⁶. Çünkü Alman Hukuku’nda işçinin savunması sadece şüphe feshi için aranmaktadır.

Bu dönüşüm, Türk İş Hukuku sistemindeki mahkemelerde görülen haksız feshin tahvil edilerek geçerli nedenle fesih olarak kabul edilmesine benzer. İş Mahkemeleri’nde bu durumla çok sık karşılaşılmaktadır. Çünkü işverenler somut olayda geçerli neden olsa dahi hem feshi derhal uygulayarak bildirim süresi başta olmak üzere tüm geçerli nedenle fesih prosedürlerinden kurtulmak, hem de kıdem tazminatı ödememek için haklı nedenle fesih yoluna başvurmaktadır. Eğer dava konusu olayda haklı nedenle fesih mümkün olmasa da geçerli neden bulunduğu kanaatine varılırsa da, fesih geçersiz kılınmayıp, geçerli nedenle feshin şartları incelenmeksizin dava reddedilip, somut olayın koşullarına göre ihbar ve kıdem tazminatlarına hükmedilmektedir. Geçerli nedenle fesih usulüne uygunluk aranmadan haklı nedenle feshin tahvil edilebileceğini Yargıtay,

*...26. maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı neden olarak feshi neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin red edilmesi gerekir...*¹¹⁷⁷

şeklinde açıkça ifade etmiştir.

Hatta daha yeni tarihli bir kararda, Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) feshi geçerli nedenle fesih prosedürüne uygun bulmadığından ve işveren geçerli nedene dayandığını da kanıtlamadığından davanın kabulüne hükmetmesine rağmen; Yargıtay içtihadını sürdürerek İşK m. 19’daki şartlar bakımından bir değerlendirme yapmaksızın geçerli nedenle feshin bulunduğu ve davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁵ Klaus Pawlak ve Michael Geißler, “Die Verdachtskündigung im öffentlichen Dienst”, *öAT*, Yıl: 2011, Sayı: 6, s. 131; Wolfgang Zimmerling, “Außerordentliche Kündigung eines Lehrers wegen sexueller Übergriffe”, *öAT*, Yıl: 2012, Sayı: 1, s. 18; Eylert, Verdachtskündigung, s. 398. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. D. İşyeri Kurulunun Görüşünün Alınması

¹¹⁷⁶ Wertz, s. 98.

¹¹⁷⁷ Y. 9. HD., 24.02.2004, 2004/22581 E. 2004/3229 K., www.legalbank.net, (24.11.2021).

¹¹⁷⁸ Y. 9. HD., 19.12.2018, 2018/4340 E., 2018/23633K., www.legalbank.net, (24.11.2021).

Bu uygulama, özellikle işverenlerin savunma alma, yazılı bildirim ve ihbar sürelerinden kaçma yolu olarak kullanılabileceğinden suistimale ve tartışmaya açıktır.

Doktrinde tahvil yoluyla İşK m. 19'un göz ardı edilmesi durumu eleştirilmiştir. Mahkemenin, “somut olayda haklı neden teşkil edecek ağırlıkta bir durum olmadığında feshin İşK m. 18/I kapsamında geçerli nedenle feshe tahvil edilebileceği” doktrinde kabul edilmektedir. Ancak bunun için, haklı nedenle olmadığı tespit edilen feshin, geçerli nedenle fesih unsurlarının tamamını taşıması gerektiği savunulmuştur¹¹⁷⁹. Bunun zaten tahvil kurumunun¹¹⁸⁰ bir gereği olduğu ifade edilmiştir¹¹⁸¹. Sonuç olarak, eğer mahkeme, dava konusu fesih nedeninin İşK m. 18/I kapsamına girdiğinin yanı sıra fesih bildiriminin yazılı şekilde yapıldığını, nedenin açık ve kesin şekilde bildirildiğini ve yazılı savunma alındığını tespit edebiliyorsa haksız feshi geçerli nedenle feshe tahvil edebileceği savunulmuştur¹¹⁸². Hatta bunun da yeterli olmadığı, işverenin son çare ve ölçülülük ilkelerine uygun hareket edip etmediğine de bakılması gerektiği ileri sürülmüştür¹¹⁸³.

“Geçerli nedenle feshin tüm geçerlilik şartlarının yerine getirilmesi gerektiği” görüşüne katılsak da, son çare ve ölçülük ilkelerine uygunluğun da özel olarak denetlenmesinin, bu konuda tahvil kurumunun uygulanmasını imkânsız hale getirebileceğini düşünüyoruz. Ayrıca tahvil ile Kanunda yazılı şekil şartları göz ardı edilebilirken, yargı kararıyla sistemimizde benimsenen ilkelerin denetlenmesini beklemek zor olacaktır. De lege ferenda açısından görüşe katılsak da, ilk aşamada

¹¹⁷⁹ Savaş Taşkent, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2006, (Değerlendirme 2004), ss. 76-77; Manav, ss. 194-199; Baycık, ss. 393-394; Gaye Burcu Yıldız, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 16, Aralık 2009, s. 117; Köseoğlu, ss. 282-283; Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 302, 303.

¹¹⁸⁰ Tahvil (dönüşme/çevirme), geçerlilik şartlarını sağlamamış olması nedeniyle batıl olacak hukuki işlem ya da sözleşmenin, benzer amaç -sonuçları taşıyan ve geçerlilik şartları sağlanmış bir başka hukuki işleme ikame edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda tahvilin mümkün olması için batıl işlemin dönüşeceği işlemin maddi ve şekli bütün unsurları içermesi gerektiği ifade edilmiştir. Turhan Esener, “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1959, Cilt: XVI, Sayı 1-4, ss. 234-235; Eren, ss. 295-296; Ayşe (Akdemir) Havutçu, “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1998, Cilt: III, Sayı: 1-4, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, ss. 651-652.

¹¹⁸¹ Manav, s. 194.

¹¹⁸² Taşkent, Değerlendirme 2004, s. 77; Manav, ss. 196-197; Baycık, s. 394; Yıldız, s. 117; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 302; Tolu, 122 vd., 182 vd.

¹¹⁸³ Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 303.

Yargıtay'ın savunma, yazılı fesih bildirimi ve nedenin açık ve kesin ifade edilmesi şartlarını denetlenmesi yönünde içtihad değişikliği yapması zaten önemli ve büyük bir gelişme olacaktır.

Şüphe feshi, bir geçerli nedenle fesih olduğundan, Yargıtay'ın bu uygulaması kapsamına gireceği düşünülebilirse de kanaatimizce uygun olmaz. Çünkü her ne kadar geçerli nedenler bakımından söz konusu durumlarda şekli prosedür mahkemelerde göz ardı edilebilse de, şüphe feshinde bunun mümkün olması işçinin anayasal haklarının ağır ihlaline sebep olacaktır. Masum olması ihtimali bulunan işçinin, şüphe feshi ile iş sözleşmesine son verilmesi için, bildirim sürelerine uyulması ve fesih nedeninin yazılı şekilde açıkça bildirilip savunma alınması zorunluyken; tahvil ile prosedürlerin denetlenmemesi sonucu işçi geçimini sağlayacak yeni bir iş bulma imkânına dahi sahip olamadan işsiz kalmış olacaktır. Burada işçinin belki de yok yere işini kaybetmesinin ötesinde, zan altında kalmasından dolayı fesih sonrası iş bulana kadar ki süreçte yaşayacağı mağduriyet daha büyük olacaktır.

Sonuç olarak, işverenin haklı nedenle fesih gerçekleştirmesi ve fesih beyanında işçiye karşı duyduğu kuvvetli şüpheyi dayandığını objektif olgularla ortaya koyup şüphe feshi ve genel geçerli nedenle fesih şartlarını yerine getirmemesi karşısında (savunma alma vs.), yargılamada her ne kadar ortada güveni yıkacak bir kuvvetli şüphe tespit edilse de, mahkemenin haklı nedenle feshi şüphe feshine (geçerli nedenle feshe) tahvil etmesi mümkün olmamalıdır.

Zaten Yargıtay da kararlarında haklı neden olmasa da şüphe feshinin mevcut olduğu yönünde karar verirken, geçerli nedenle fesih şekil şartları bakımından bir değerlendirme yapmasa da (yazılı bildirim, fesih nedenini açık ve kesin olması) şüphe feshi şartları bakımından bir değerlendirme yapıp, savunma alınıp alınmadığını incelemektedir. Ancak bunun yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü doktrinde genel olarak haklı nedenin geçerli nedene tahvilindeki uygulamaya yapılan eleştiriler, daha hassas nitelik taşıyan şüphe feshi bakımından da geçerli olacaktır. Haksız feshin şüphe feshine tahvil edilirken evleviyetle İşK m. 19'daki şekil şartları aranmalıdır. Hatta şüphe feshine tahvilde, son çare ve ölçülülük ilkelerine uygunluk

bakımından da inceleme yapılması gerektiği görüşü¹¹⁸⁴ daha da elzem hale gelmektedir.

II. ŞÜPHE FESHİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİM SÜRECİ

A. Şüphe Feshinin Türk Hukukuna Girişi

Türk Hukuku'nda şüphe feshi ilk olarak, 22.10.2007 tarihli bir Yargıtay kararında¹¹⁸⁵ açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay'ın şüphe feshi kavramına ilk kez yer verdiği oybirliği ile alınmış bu karara konu olayda, davalı işveren davacının geçmişten gelen sabıkası ve özellikle yasadışı örgütle bağlantısı nedeniyle güvenlik önlemi olarak iş sözleşmesini feshetmiştir. Bunun üzerine, 1976 tarihinden beri mevcut işyerinde çalışmakta olan davacı işçi, işe iade davası açarak feshin geçersizliğine karar verilmesini ve boşta geçen süre ücretinin ödenmesini talep etmiştir. Davalı taraf ise, davacı hakkında yapılan arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması sonucu, geçmişte terör örgütüne yardım ve yataklıktan ceza aldığının saptandığını, kamu hizmetlerinden yasaklı bulunduğu tespit edildiğini; bu sebeple de iş sözleşmesinin işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları nedeni ile haklı nedenle feshedildiğini savunmasında beyan etmiştir. Yerel Mahkeme de, davacının geçmişte sabıkasının olmasının doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak kabul edilemeyeceği, işyerinde çalışması sırasında zaten davacının isnat edilen suçtan yargılandığının bilindiği ve bu güne kadar belirtilen nedenle iş sözleşmesinin feshedilmediği; uzun süre sonra yapılan bu feshin ise iyi niyete ve hakkaniyete uygun olmadığı gerekçeleri ile davayı kabul etmiştir.

Karardan anlaşıldığı üzere, davacı hakkında 1985 yılında “bir terör örgütüne yardımcı olmak ve yataklık yapmak” suçlarından soruşturma yapılmış, ama takipsizlik kararı verilmiştir. Daha sonra aynı terör örgütüne üye olmak suçundan dolayı 08.03.1994 tarihinde tutuklanmış ve açılan kamu davasında 3 yıl 9 ay ağır hapis cezası alıp 3 yıl süre ile de kamu hizmetinden yasaklanmıştır. İşveren de bulundukları bölgede terör olaylarının artması ve demiryolunun söz konusu olayların

¹¹⁸⁴ Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 303.

¹¹⁸⁵ Bkz. Y. 9. HD. 22. 10. 2007, E. 2007/16878, K. 2007/30923, <https://legalbank.net>, (12.06.2018).

hedefinde bulunduğu duyumu üzerine, demiryolu ulaşımında çalışan personeli hakkında arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması yapmıştır.

Yargıtay bu bilgiler ışığında, işverenin, “geçmişte yasadışı örgütün üyesi olması ve ayrıca aynı örgüte yardım ve yataklıktan ceza soruşturması geçirmesi” sebepleriyle davacı işçinin işyerinde çalışmasını sakıncalı görmesinden dolayı “güvenlik önlemi” olarak iş sözleşmesini feshettiği sonucuna varmıştır. Daha sonra Alman Hukuku’ndaki “şüphe feshi kavramı”ndan söz etmiş, güven ilişkisinin zedelenmesinin işçinin yetersizliğine sebep olacağını ve bu sebeple şüphe feshinin kişiliğinden kaynaklanan bir fesih türü olduğunu belirtmiştir. Somut olay açısından ise “davacının geçmişte yasadışı örgüt üyesi olması”, “davacının görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması” ve “demiryolu ulaşımının da terör örgütü hedefinde bulunması” hususlarının davalı işveren açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveni sarstığından, objektif olgulara dayanan kuvvetli bir şüphenin bulunduğu sonucuna vararak, işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshettiğini kabul etmiştir.

Yargıtay sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini iddia eden işverenin feshini geçerli sebeple feshe tahvil etmiştir. Doktrinde de kabul edilen ve katıldığımız üzere feshin tahvil edilmesi hususu zorunlu prosedürlerin arkasından dolanılmış olma anlamına gelebileceğinden uygun değildir¹¹⁸⁶. Ama karar şüphe feshinin geçerli nedenle fesih olarak nitelendirmesi bakımından yerindedir¹¹⁸⁷. Bu sayede işçi diğer gerekli şartları sağlıyorsa kıdem tazminatını talep edebilecektir.

Karara konu fesih, kavramın ortaya çıkış şekli olan, işçinin bir davranışta bulunmuş olduğuna dair şüpheyne değil, işçinin gerçekleştirdiği bazı eylemlere dayanarak ileride başka davranışlarda bulunabileceğine ilişkin duyulan şüpheyne gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla söz konusu fesih, tartışmalı olan bir şüphe feshidir¹¹⁸⁸. Bu şüphe feshi çeşidi, söz konusu Yargıtay kararında da örnek gösterilmiş Alman Hukuku açısından şüphe feshi olarak nitelendirilemeyecektir. Burada Alman Hukuku bakımından, somut olayın koşullarına göre yapılacak bir

¹¹⁸⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 5. Bir Feshin Şüphe Feshine Dönüşmesi

¹¹⁸⁷ Baysal, Şüphe Feshi, s. 91.

¹¹⁸⁸ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 70; Manav, s. 87.

menfaat değerlendirilmesi sonucu olumsuz öngörü ilkesi temelinde geçerli nedenle fesih gerçekleştirilmesi mümkün görülebilecektir¹¹⁸⁹.

Yargıtay, davalının talebi olmadığından kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin bir değerlendirmeye yer vermemiştir. Ama esas önemli olan husus, şüphe feshinin tüm geçerlilik şartlarına ilişkin (ve geçerli nedenle feshin şartlarına da) inceleme yapılmamış olmasıdır¹¹⁹⁰. Objektif vakıalara dayanan “kuvvetli şüphe” kriterini ele almış (kararda “güçlü şüphe” ifadesi kullanılmıştır) ancak, işveren tarafından şüpheyi ortadan kaldırmaya yönelik herhangi bir girişimde bulunulup bulunulmadığı hususuna kararda yer vermemiştir. İşçinin savunmasının alınıp alınmadığı da belirtilmemiştir. Doktrinde yapılan değerlendirmelerde bu duruma dikkat çekilmiş ve Alman Hukuku’nda aranan geçerlilik şartlarının somut olayda mevcut olmaması sebebiyle karar eleştirilmiştir¹¹⁹¹. Ayrıca işveren tarafından zaten bilinen, işçinin eski mahkûmiyeti dışında objektif ve makul bir şüphe olmaması hususu da eleştirilerde vurgulanmıştır¹¹⁹². 30 yıldır aynı işyerinde çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin, somut davranışları ile ilişkilendirilmeden işçiyi güvenlik tehlikesi olarak nitelendirip, sadece sabıkasından dolayı oluşan soyut bir endişeye dayanarak feshedilmesi hakkaniyete uygun bulunmamıştır¹¹⁹³. Bu doğrultuda, somut olayda geçerli bir şüphe feshinin bulunduğu hükmedilmesinin isabetli olmadığı da söylenmiştir¹¹⁹⁴.

Kanaatimizce burada mahkemenin sadece kuvvetli şüphe şartı bakımından değerlendirme yapmış olmasının sebebi, şüphe feshi türünün, tartışmalı olan “gelecekteki bir olaya ilişkin duyulan şüphe” sebebiyle fesih olmasıdır. Çünkü somut olay bakımından kişinin daha önce terör örgütüne üye olmuş olduğu sabittir ve bu konuya ilişkin işçinin savunmasının alınacak ya da araştırma yapılacak bir husus bulunmamaktadır. Eğer işverenin dayanağı sadece takipsizlik kararı verilen ceza soruşturması olsaydı “işçinin savunmasının alınması” ve “araştırma yapılması” koşulları daha fazla önem arz edebilirdi. Elbette kararda durumun bu şekilde

¹¹⁸⁹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm III. B. Şüphe Feshi Çeşitleri

¹¹⁹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm V. Şüphe Feshinin Koşulları

¹¹⁹¹ Doğan Yenisey, ss. 70-72; Kaplan, ss. 990-991; Caniklioğlu, s. 127; Baysal, Şüphe Feshi, s. 91

¹¹⁹² Baysal, Şüphe Feshi, s. 91; Ünal Narmanlıoğlu, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2009, (Değerlendirme 2007), ss. 131-132; Caniklioğlu, s. 127.

¹¹⁹³ Narmanlıoğlu, Değerlendirme 2007, ss. 131-132.

¹¹⁹⁴ Doğan Yenisey, s. 72; Narmanlıoğlu, Değerlendirme 2007, s. 132; Baysal, Şüphe Feshi, s. 91.

açıklanması yerinde olurdu; ancak bu iki şartın yokluğunun feshin geçerliliğini etkilememesinin doğru olduğunu düşünüyoruz¹¹⁹⁵.

Genel olarak, geçmişteki bir sabıkanın tek başına objektif vakıalara dayanan kuvvetli şüphe teşkil etmeyeceği, geleceğe yönelik şüpheyi dağıtmak için de işçi ile görüşülüp çeşitli araştırmalar yapılması gerektiği, bu sebeple savunma alınması ve aydınlatma çabası gösterilmiş olması koşullarının geleceğe yönelik şüphede daha da önem ve gereklilik kazanacağı kanaatindeyiz¹¹⁹⁶. Fakat söz konusu kararda, bu görüş doğrultusunda feshin geçersizliğine hükmedilmesi uygun olmayacaktır. Çünkü somut olayda işçi ve işveren hak ve menfaatlerinin yanı sıra kamu yararı da bulunmaktadır. İşverenin gerçekleşeceğinden şüphe edilen durumlar, kamu için ciddi bir tehlike arz eder. Dolayısıyla işveren kamu menfaatini gözeterek tedbiren derhal işçinin iş sözleşmesini sona erdirmiştir. Gerçekleşeceğinden şüphe edilen tehlikenin toplumsal tehdit olması ve işin kamusal niteliği sebebiyle bu fesih işverenin bir tercihi değil yükümlülüğüdür. Zaten toplum sağlığı ve güvenliği için tehlike arz etmeyen sadece işyeri bazında bir tehdit söz konusu olsaydı dahi, işverenin işçiyi gözetme borcu sebebiyle diğer işçileri korumak için davacı işçiyi işten çıkarması gerekebilirdi.

Somut olayda, şüphenin kuvvetli ve objektif olduğunu kabul etsek de; kanaatimizce sözleşme feshinin geçerliliği incelemesinde son çare ilkesi bakımından bir değerlendirme de yapılması yerinde olurdu. Özellikle işçinin 30 yıllık kıdemi ve işverenin söz konusu sabıkadan zaten haberdar olması, son çare ilkesi değerlendirmesini gerekli kılmaktadır. Bu sebeple işçiyi başka işlerde ya da işyerlerinde çalıştırmanın (imkânı varsa) ya da işçiye bir süreliğine işten el çektirmenin tehlikeyi ortadan kaldırıp kaldırmayacağına göre öncelikle bu yola başvurunun mümkün olup olmadığına bakılabilirdi¹¹⁹⁷. Somut olay bakımından ele aldığımızda, işverenin eylem tehlikesi olduğu söylenen demir yolları dışında, güven bakımından özel önemi gerektirmeyen bir işletmesi ve burada uygun bir pozisyonu varsa ancak “feshe alternatif bir çözüm yolu bulunduğu” söylenebilirdi. Burada belirtmemiz gereken, “kamu yararı” mevcut olduğundan değerlendirmelerde işçi

¹¹⁹⁵ Hozar, s. 241. Benzer şekilde bazı durumlarda savunma aranmayabileceği yönünde bkz. Sur, Şüphe Feshi, ss. 2491, 2499.

¹¹⁹⁶ AİHM de geçmişte benzer bir suç işlenmiş olmasını şüphe için yeterli görmemiştir, Murray-İngiltere, Başvuru No: 14310/88, 28.10.1994, tarihli AİHM kararı, www.hudoc.echr.coe.int, (14.11.2021). Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 2. Kuvvetli Şüphenin Niteliği.

¹¹⁹⁷ Elbette son çare ilkesi kapsamında başvurulabilecek bu durumlarda kural olarak işçinin rızası da gerekecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm VI. Şüphe Feshinde Son Çare İlkesi

lehine olarak esnek bir anlayışın mümkün olamayacağıdır. Çünkü menfaat değerlendirmesinde, işçi-işveren ve kamu güvenliği/kamu yararı arasında bir denge kurulması gerekecektir¹¹⁹⁸ ve kamu yararının öne çıkacağı da açıktır¹¹⁹⁹.

Bunun haricinde, işverenin yaptığı güvenlik soruşturması öncesi işçinin sabıkasını zaten biliyor olması fesih nedenini belirlemek açısından önem arz etse de; bilmenin feshe engel olacağını doğrudan söylemek mümkün değildir. Çünkü işverenin olayı öğrendiği dönemdeki ile feshin gerçekleştirdiği dönemdeki koşullar farklıdır.

Verilen bu ilk kararın değerlendirmesinde, ihbar tazminatı konusu üzerinde de durmak gerekmektedir. Şüphe feshi, geçerli nedenle fesih olduğundan bu fesih türünde bildirim sürelerine uyulmadıysa ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak somut olay bazı özellikler arz etmektedir. Söz konusu fesihte işverenin kendi menfaati dışında kamu yararı bulunmaktadır. Kamusal nitelik taşıyan tehlikenin sonucunda yaşanabilecek olayların büyük ve üzücü sonuçları düşünüldüğünde, işverenin söz konusu riskleri en kısa zamanda ortadan kaldırabilmesi için işçinin derhal işten çıkarılması gerektiği kabul edilebilir. Bu durumda işverenin ihbar tazminatı ödemesinin çok hakkaniyetli olmadığı söylenebilir. Ancak “işçinin cezasını çekmiş olduğu bir eyleminden hareketle, gerçekleşmemiş bir olay yüzünden işten çıkarılması”nın yanı sıra bir de “ihbar tazminatı almaması” iki kere cezalandırılma yasağı ve hakkaniyet açısından uygun olmayacaktır.

2007 tarihli bu karardan sonra da şüphe feshi yargı kararlarına konu olmaya devam etmiştir. Sonuç olarak şüphe feshi, hukukumuzda yaklaşık 14 yıllık bir geçmişe sahiptir. Kararlardaki somut olay ve değerlendirmeleri bakımından eleştiriler olsa da şüphe feshinin Türk Hukuku’nda da mümkün olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Ayrıca Bireysel Başvuru kararlarına bakılarak Anayasa Mahkemesi’nin de şüphe feshinin hukukumuzda mümkün olduğunu kabul ettiği ve bu konudaki Yargıtay içtihadına katıldığı söylenebilecektir¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm V. C. Şüphe Feshinde Menfaat Değerlendirmesi

¹¹⁹⁹ Doktrinde, kamu ve bireysel menfaat çatışmasında kamu yararının öncellenmesi gerektiği belirtilmiştir. Gül, s. 541.

¹²⁰⁰ Emin Arda Büyük Başvurusu, 02.07.2020, Başvuru No: 2017/28079, Berrin Baran Eker Başvurusu 02.07.2020, Başvuru No: 2018/23568, R.G. Tarihi: 20.10.2020 R.G. Sayısı: 31280, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (15.12.2021). Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz.

Şüphe feshi, uygulamada karşımıza çıkan, iş hukuku mevzuatında düzenlenmemiş, Yargıtay kararıyla kabul edilip yıllar içinde içtihadlarla şekillenmiş bir kavramdır. Türk Hukuk Tarihi'nin geneli düşünüldüğünde, çok genç olan bu kavram için, Yargıtayımızın da örnek gösterdiği şüphe feshi açısından köklü bir geçmişe sahip Alman Hukuku yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Sadece ülkemiz değil diğer ülkelerde de Alman Hukuku'ndan yola çıkılmıştır¹²⁰¹. Bu yüzden, hem daha iyi anlaşılması hem de uygulama şartlarının irdelenip geliştirilebilmesi açısından şüphe feshinin ortaya çıktığı Alman Hukuku Doktrini ve İçtihadı dikkate alınarak incelemeler yapılmaktadır.

Bu doğrultuda şüphe feshinin mantığını kavrayabilmek, çıkış amacı ve gelişim sürecini tam olarak anlayabilmek için Alman Hukuku'ndaki tarihsel süreç de ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

B. Şüphe Feshinin Alman Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

1. II. Dünya Savaşı Sonuna Kadarki Süreç

Şüphe feshi ve onun hukukiliği tartışması ilk olarak 1954 yılında kurulan mevcut Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) kararlarıyla ortaya konmamıştır. Bu fesih türü Alman Hukuku'nda çok uzun bir geçmişe sahiptir. Ortaya çıkışı Alman İmparatorluğu (Deutsches Reich ya da Deutsches Kaiserreich) dönemine kadar dayanır. Yargı kararlarında kavrama ilk defa 1871 tarihli İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemesi (Reichsoberhandelsgericht – ROHG)nin bir kararı¹²⁰²nda rastlansa da, şüphe feshine dayanak olabilecek düşüncenin ortaya çıkışı için 1799'a kadar geri gitmek gereklidir. Bu tarihte yapılan, “bazı olaylarda hâkimlerin ifadesinin alınması ve soruşturulmasında hak ve yükümlülükler”e ilişkin bir incelemede, bir

Melda Sur, “Şüphe Feshinde İşçinin Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesinin Üç Kararı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2020/4, Sayı: 67, (Şüphe Feshi), ss. 2488-2499.

¹²⁰¹ Alman Hukuku'nu örnek alan diğer ülkelerde şüphe feshi kavramına ilişkin olarak bkz. Hoefs, ss. 40-53; Orth, ss. 28-61; Erdoğan, ss. 44-51.

¹²⁰² O dönemde iş uyuşmazlıklarına özel bağımsız mahkemeler bulunmamaktaydı. Alman Hukuku'nda ayrı bir iş yargılaması sistemi 1926 tarihinde İş Mahkemeleri Kanunu (Arbeitsgerichtsgesetz – ArbGG)nun kabul edilmesiyle ortaya çıkmıştır. Wolfgang Linsenmaier, “Von Lyon nach Erfurt - Zur Geschichte der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit”, **NZA**, Yıl: 2004, Sayı: 8, s. 405; Krause, s. 44. Alman Hukuku'nda iş yargılamasının tarihsel gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi bkz. Linsenmaier, ss. 401-408.

kişinin sadece söz konusu şüpheyeye dayanılarak görevinden veya meslek birliğinden çıkarılabileceği hususuna yer verilmiştir¹²⁰³.

Ama belirttiğimiz üzere yargıda bu feshe ilk kez İmparatorluk döneminde İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemesi'nin 29 Kasım 1871 tarihli kararında rastlanmıştır. Bu kararda, ticari temsilcinin görevinin zimmet şüphesiyle bildirim öneline uyulmaksızın sona erdirilmesi haklı görülmüştür. Söz konusu karar, şüphe feshi içtihadının başlangıcı olarak kabul edilse de, aslında burada şüphe sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi konusundaki açıklamalar doktrinde gereksiz bulunmuştur. Çünkü somut olayda işletme sahibinin, ticari temsilcinin tahsil edilen alacakların havalesinde yaptığı usulsüzlükleri ispat ederek, “derhal feshi” şüphe yerine bu kanıtlanabilir yükümlülük ihlaline dayandırabileceği ifade edilmiştir¹²⁰⁴.

Daha sonra Eyalet Yüksek Mahkemesi (Oberlandesgericht - OLG) ve Tacir Mahkemesi (Kaufmannsgericht) de şüphe feshi ile ilgili çeşitli kararlar vermiştir. Bazı kararlarda masum kişilere karşı da şüphelenilmiş olabileceğinden fesih geçersiz sayılmış; ama genelde şüphe feshinin yapılması mümkün görülmüştür. Çünkü kuvvetli bir şüphe olduğunda hizmet ilişkisinin devamının beklenebilir olmayacağı sonucuna varılmıştır. Hatta bir Eyalet Mahkemesi Kararında; yardımcı kişinin, üçüncü bir kişi tarafından yapılan suçlamalar karşısında görevden alınması, suçlamaların gerçek olup olmadığına bakılmaksızın geçerli kabul edilmiş; dahası işletme sahibinin araştırma yapma yükümlülüğünün gerekmediği de belirtilmiştir¹²⁰⁵. Tacir Mahkemesinin vermiş olduğu bir başka kararda ise, söz konusu olayla ilgili ceza yargılamasında işçi delil yetersizliğinden beraat etmesine rağmen, iş ilişkisine devam edilmesinin işverenden beklenemeyeceği kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere yargı kararlarında şüphe feshi konusunda başlangıçta daha rahat ve işçi aleyhine sonuç doğurabilecek bir anlayış varken; bu durum yeni kararlar alındıkça değişmiştir. Örneğin, ilerleyen süreçte yine İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht – RG) diğer kararlara benzer şekilde şüphe feshini geçerli kabul etmiş; ama buna ek olarak hizmet alacaklısının gerçekleri araştırması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca hizmet alacaklısının şüphe duyulan kişiye “olaya ilişkin görüşlerini sunabilme

¹²⁰³ Hoefs, s. 31.

¹²⁰⁴ Strobel, s. 6 dpn. 1; Hoefs, 31.

¹²⁰⁵ Hoefs, s. 31 dpn. 5.

imkânı” vermek zorunda olduğuna, kısaca “savunma almakla yükümlü olduğuna” hükmetmiştir¹²⁰⁶.

Weimarer Cumhuriyeti Dönemi’nde kurulan, İmparatorluk İş Mahkemesinde¹²⁰⁷ (Reichsarbeitsgericht – RAG) ise şüphe feshi kavramı ilk kez 14.11.1931 tarihli kararında kullanılmıştır¹²⁰⁸. Daha sonra şüphe feshine ilişkin kararlar devam etmiştir. Mahkeme başlangıçta İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin kararlarından farklı bir anlayış benimsemiş ve şüphe fesihlerini geçerli kabul etmemiş; şüpheyeye dayanılarak yapılan iş sözleşmesi fesihlerinin hukuka uygun olmayacağını belirtmiştir. Ayrıca, işçinin gerçekleştirdiğinden şüphe duyulan davranış suç teşkil etse bile bunun fesih için yeterli olmadığı ve evleviyetle önelsiz derhal gerçekleştirilecek bir feshe (haklı nedenle fesih - BGB m. 626) imkân vermeyeceği kararına varmıştır¹²⁰⁹.

O dönemdeki kararlarda fesihler çoğunlukla başka sebeplere dayandırılarak derhal fesih kabul edilebildiğinden (gözültü sebebiyle işçinin çalıştırılmaması gibi¹²¹⁰) mahkemenin başlangıçtaki bakış açısı, bir başka ifadeyle şüphe feshi ile ilgili negatif tutumu, hükümleri çok etkilememiştir¹²¹¹. Bu sebeple İmparatorluk İş Mahkemesi bu anlayışını bir müddet sürdürebilmiş; ancak şüphe sebebiyle güven ilişkisinin tamamen ortadan kalkmasından dolayı sözleşmenin devamının mümkün olamayacağı durumlarla karşılaşıldıkça istisnai olarak gitgide artan bir şekilde şüphe feshi kabul edilmiştir¹²¹². 1934 yılında verilmiş olan bir kararda, satış müdürü olan işçinin, aldığı müşteri ödemelerini işverene bildirmemesinin, muhasebe kayıtlarının

¹²⁰⁶ Hoefs, s. 32

¹²⁰⁷ Her ne kadar İmparatorluk sona erip Weimarer Cumhuriyeti kurulmuş olsa da Alman İmparatorluğu “Deutsches Reich” ismi de sürdürülmüştür. Bu sebeple, İmparatorluk İş Mahkemesi (Reichsarbeitsgericht) ifadesi kullanıldığını görülmektedir.

¹²⁰⁸ RAG, 14.11.1931 - RAG 237/31, **Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte**, Cilt: 13, J. Bensheimer Verlag, Mannheim, 1932, ss. 487-490.

¹²⁰⁹ RAG, 14.11.1931 - RAG 237/31, **Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte**, Cilt: 13, J. Bensheimer Verlag, Mannheim, 1932, ss. 487-490; RAG, 10.08.1932 - RAG 145/32 **Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte**, Cilt: 15, J. Bensheimer Verlag, Mannheim, 1932, ss. 570-573.

¹²¹⁰ Suç işlediği şüphesi fesih için yeterli olmasa da “işçinin gözültü süresinin uzunluğu” derhal fesih için haklı neden (önemli neden) olarak kabul edilmiştir, bkz. RAG, 14.11.1931 - RAG 237/31, **Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte**, Cilt: 13, J. Bensheimer Verlag, Mannheim, 1932, ss. 487-490; RAG, 10.08.1932 - RAG 145/32 **Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte**, Cilt: 15, J. Bensheimer Verlag, Mannheim, 1932, ss. 570-573.

¹²¹¹ Hoefs, s. 32; Hahn, ss. 7-8.

¹²¹² RAG, 23.06.1934 - RAG 318/33, **ARS**, Cilt: 21, Deutsches Druck und Verlagshaus GMBH, Mannheim, 1934, ss. 145-147; RAG, 06.05.1939-RAG 221/38, **ARS**, Cilt: 36, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1939, ss. 260-264. Hoefs, s. 32

eksikliği sebebiyle işverence ispatlanamaması ele alınmıştır. Mahkeme, normalde işçinin davranışı kesin olarak ispatlanamadığından burada bildirimsiz feshin mümkün olmayacağı, ancak işverence gerekçelendirilebilir inandırıcı bir şüphe varsa işçiye duyulan güven sarsılacağından işverenden iş sözleşmesini devam ettirilmesinin beklenemeyeceğine hükmetmiştir. Böylece İmparatorluk İş Mahkemesi şüphe feshini ilk defa kabul etmiştir. Kararda şüphe tek başına feshi geçerli kılmak için yeterli görülmemiştir. Eğer olay devamı gelmeyen tek bir seferlik durum olsaydı şüphenin yine haklı nedenle (olağanüstü) fesih hakkı tanımayacağı, ama dava konusu olayda devamlı bir açık söz konusu olduğundan feshin geçerli olacağı belirtilmiştir. Bu şekilde somut olayın koşullarının değerlendirilmesinin önemli olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca tekrarlanma ihtimalini de işverenin ispatlaması gerektiğine karar vermiştir¹²¹³. O zamandan beri de tutarlı şekilde yargı içtihadında ve doktrinde şüphe feshi güven zedelenmesi kriterine bağlanmıştır¹²¹⁴. Ama o dönemde henüz, belirsiz olan şüphe feshi kavramının sınırları tam olarak çizilememiştir¹²¹⁵.

RAG, güven kriteri doğrultusunda verdiği 1939 tarihli kararda, at yarışı sonuçlarında manipülasyon yaptığına ilişkin şüphe duyulan bir yarış işçisinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilmesini hukuken geçerli kabul etmiştir. Burada RG ve kendisinin, “gerekçelendirilmiş bir şüphe varsa” ve “bu şüphe sebebiyle iş ilişkisinin devamı için gereken güven zarar gördüyse” derhal feshi mümkün kabul ettiklerini açıkça ifade etmiştir¹²¹⁶.

İstisnai durumlarda şüphe feshini kabul etmeye başlayan RAG, daha sonra “olaya ilişkin henüz haklı bir şüphe doğurmamış”, ama “çalışanın dürüstlüğü bakımından kuşku uyandıran” davranışları fesih gerekçesi olarak kabul etmiştir. Böylece RAG başlangıçtaki bakış açısından tamamen kopmuştur¹²¹⁷. Bu gelişme, dayanaksız bir şüphenin bile, üçüncü bir kişinin yapmış olduğu suçlamayla birlikte, şüpheli durumdan haberder edilmeden derhal yapılan feshi geçerli kılabileceğinin

¹²¹³ RAG, 23.06.1934 - RAG 318/33, **ARS**, Cilt: 21, Deutsches Druck und Verlagshaus GMBH, Mannheim, 1934, ss. 145-147.

¹²¹⁴ Belling, s. 225; Brox ve diğerleri, s. 196; Holbeck ve Schwindl, s. 127; Waltermann, s. 154; Krause, s. 272; Hromodka ve Maschmann, s. 437; Junker, s. 229; Hoefs, s. 32; Hahn, ss. 2, 94; Zborowska, s. 30. Bkz. BAG, 20.08.1997 - 2 AZR 620/96, **NZA**, Yıl: 1997, Sayı: 24, ss. 1340-1343.

¹²¹⁵ Hoef, s. 32.

¹²¹⁶ RAG, 06.05.1939-RAG 221/38, **ARS**, Cilt: 36, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1939, ss. 260-264.

¹²¹⁷ Hoefs, 32.

tespit edilmesiyle sona ermiştir¹²¹⁸. Bu kararlarda şüphe feshine yer verilse de, olaylar daha çok yerleşik yükümlülük ihlalleri ile ilişkilendirilmiştir¹²¹⁹. Bu sebeple RAG çok serbest bulunan ve dikkat çekici olan bu iki kararı genelleştirilememiştir¹²²⁰. Zaten doktrinde de, 30.09.1941 tarihindeki İmparatorluk İş Mahkemesinin ilk bakış açısından tamamen koptuğu kararda, feshin kanıtlanmış yükümlülük ihlallerinin işçinin dürüstlüğü konusunda kuşku duyulmasına sebep oluşuna dayandırıldığı; 14.01.1944 tarihli kararın ise, aslında şüphe feshi değil, baskı feshiyle (Druckkündigung) ilgili olduğu belirtilmiştir¹²²¹.

Sonuç olarak başlangıçtaki şüphe feshini kabul etmeyen kısıtlayıcı bakış açısına ve sonra bu konudaki değişik kararlara rağmen RAG RG gibi, çoğu davada, tek başına şüpheyi yeterli görmemiş¹²²²; kuvvetli şüphe varsa ve istihdam ilişkisi katlanılamayacak ölçüde bozulduysa şüphe feshini mümkün kabul etmiştir¹²²³. RAG'nin başlangıçta şüphe feshini geçerli kabul etmediği bakış açısını değiştirmesine rağmen, değişiklik sonrası verdiği kararlarda da suç ya da yükümlülük ihlali şüphesi sebebiyle feshi kabul ettiğinde bunu ayrıntılı şekilde gerekçelendirmemesi eleştirilmiştir¹²²⁴. Gereke yetersizliği, şüphe feshinin kabul edildiği bu kararlarda somut olayın aslında şüphe feshi teşkil eden durumlar olmaması sebebiyle ortaya çıktığı ifade edilmiştir¹²²⁵.

Eyalet İş Mahkemeleri (Landesarbeitsgericht– LAG) de büyük ölçüde RAG kararlarını esas almıştır. LAG kararlarında da çıkış noktası, salt şüphenin fesih için yeterli olmadığıdır¹²²⁶. Ama makul bir bakış açısıyla bu kuralın istisnalarının olabileceği de kabul edilmiştir¹²²⁷.

¹²¹⁸ Hoefs, s. 33. RAG, 14.01.1944- RAG 89/43, **ARS**, Cilt: 47, s. 143.

¹²¹⁹ Hans G. Joachim, "Zur Problematik der Verdachtskündigung", **ArbuR**, Yıl: 1964, Sayı: 2, ss. 33-34; Schütte, s. 17; Hoefs, s. 33. Kararlar için bkz. RAG, 23.06.1934 - RAG 318/33, **ARS**, Cilt: 21, Deutsches Druck und Verlagshaus GMBH, Mannheim, 1934, ss. 145-147; RAG, 06.05.1939 - RAG 221/38, **ARS**, Cilt: 36, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1939, ss. 260-264.

¹²²⁰ Hoefs, s. 33

¹²²¹ Strobel, ss. 9, 10.

¹²²² RAG, 10.8.1932, **ARS**, Cilt: 15, s. 570 (LS 1); RAG, 14.11. 1931, **ARS**, Cilt: 13, ss. 487-489.

¹²²³ RAG, 06.05.1939-RAG 221/38, **ARS**, Cilt: 36, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1939, ss. 260-264.

¹²²⁴ Hoefs, s. 39.

¹²²⁵ Joachim, ss. 33-34; Strobel, s. 8 vd.; Schütte, s. 17.

¹²²⁶ LAG Essen, 11.07.1934 - LAG. 80/34, **ARS**, Cilt: 21, 2. Bölüm, ss. 99-100; LAG Krefeld-Ürdingen, 27.02.1935-4 Sa. 10/35, **ARS**, Cilt: 24, 2. Bölüm, ss. 163-165; LAG Breslau, 27.10.1936-15a Sa 24/36, **ARS**, Cilt: 28, 2. Bölüm, ss. 177-179.

¹²²⁷ LAG Hamburg vom 06.09.1937-20 Sa. 34/37, **ARS**, Cilt: 32, 2. Bölüm, ss. 30-33.

2. II. Dünya Savaşı Sonrasındaki Sürec

Bu dönem Almanya topraklarında iki ayrı devlet kurulmuş olduğundan süreci de ikiye ayırarak incelemek gerekecektir.

a. Alman Demokratik Cumhuriyeti (Deutsche Demokratische Republik)

Resmi adıyla Alman Demokratik Cumhuriyeti (Deutsche Demokratische Republik - DDR) yaygın kullanılan ifadeyle Doğu Almanya'da, kuruluşundan itibaren şüphe feshi üzerine bazı görüşler ortaya çıkmıştır. Ülkede 07.06.1951'den itibaren şüphe feshinin dayandırıldığı BGB m. 626 haklı nedenle fesih hükmü geçersiz hale gelmiş ve haklı nedenle fesih imkânı, fesih hukuku üzerine yapılan yönetmeliğin 9. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu hükümde, “çalışanın cezayı gerektiren bir eylemde bulunduğu için artık o işyerinde çalıştırılmaya devam etmesi söz konusu değilse, iş sözleşmesinin haklı nedenle fesihle sona erdirilebileceği” kabul edilmiştir¹²²⁸. Doktrinde, maddedeki bu ifadeden yola çıkılarak “haklı nedenle derhal şüphe feshi”nin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, haklı nedenle fesih için, işçinin işlediği suçun kanıtlanması zorunludur. Kişinin suçüstü yakalanması, suçunu itiraf etmesi ya da mahkûmiyet alması durumunda ispat şartının gerçekleştiği kabul edilmiştir¹²²⁹. Hazırlık soruşturmasının başlatılmasının kuvvetli şüphenin varlığı için yeterli olmayacağı ve bu aşamada hala işçinin suçu işleyip işlemediği kesin olmadığından, bu durumlarda ispat şartının gerçekleşmeyeceği belirtilmiştir¹²³⁰. Diğer görüşe göre, devlet organları tarafından soruşturma başlatılmış olan işletmesel suçla ilgili olarak kuvvetli şüphe mevcutsa işletmenin güvenliği sebebiyle haklı nedenle şüphe feshi yapılabilir. Bu düşüncenin Fesih Hukuku Yönetmeliği'nin 9. maddesine aykırılık olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Çünkü madde metninde, cezayı gerektiren bir eylem esas alınmış, ama ceza mahkûmiyeti aranmamıştır¹²³¹.

¹²²⁸ Hoefs, s. 34.

¹²²⁹ Gerhard Gutschmidt, “Ist bloßer Verdacht einer strafbaren Handlung ein Grund zur fristlosen Entlassung?”, *NJ*, Yıl: 1953, s. 490; Hoefs, s. 34.

¹²³⁰ Gutschmidt, ss. 490-491; Aribert Heilmann *Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitation*, Heidelberg, 1964, s. 36; Hoefs, s. 34.

¹²³¹ Hoefs, s. 34.

Bu tartışmadan bağımsız olarak Fesih Hukuku Yönetmeliğı'nin 10. maddesi uyarınca süreli şüphne feshine başvurmanın mümkün olabildiğı; ama bunun için menfaat değerlendirilmesi yapılması ve sonucunda işyeri düzeni ve güvenliğinin muhafazasındaki menfaatin, şüphelinin çıkarlarından daha çok korunmaya değer bulunması gerektiğı söylenmiştir¹²³².

b. Almanya Federal Cumhuriyeti (Bundesrepublik Deutschland) ve Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) İçtihadı

Federal Almanya resmi ifadeyle Almanya Federal Cumhuriyeti (Bundesrepublik Deutschland)'nde cezayı gerektiren bir davranışın gerçekleştirildiğı şüphesi yüzünden fesihlerle ilgili çok sayıda karar verilmiştir. Buna rağmen, sadece çok az sayıda mahkeme şüphne feshinin geçerliliğini reddetmiştir. Çoğunlukla eleştirmeksizin önceki kararlara atıfta bulunulmuştur. Kararlara göre, kişinin kusuruyla sebep olmadığı salt şüphne, haklı nedenle şüphne feshi imkânı vermeyecektir. İstisnai olarak, kuvvetli suç şüphesinin iş ilişkisine devamını beklenemeyecek derecede zarar vermesi mümkün görölmüştür. Cezalandırılacak bir davranışa ilişkin şüphenin sadece, iş ilişkisinin devamını olanaksız kılan başka şartlar da ortaya çıktığında, önemli sebep olarak dikkate alınabileceğı kabul edilmiştir¹²³³. Böylece başlangıçta da, şüphne feshinin belli şartları sağlamasıyla sınırlı şekilde geçerliliğı kabul edilmiştir¹²³⁴.

Alman Federal İş Mahkemesi (Bundesarbeitsgericht – BAG), 12 Mayıs 1955 tarihli şüphne feshiyle ilgili ilk kararında¹²³⁵, RAG kararına da gönderme yaparak geçmiş içtihatlarla bağlı kalmış ve kuvvetli suç şüphesinin haklı nedenle fesih için önemli neden olabileceğini kabul etmiştir¹²³⁶. Bu karara göre, şüphne feshi sadece özel güven duyulan veya duyulması gereken işçiler için uygulanabilecek bir fesih türüdür¹²³⁷.

¹²³² Gutschmidt, s. 491; Hoefs, s. 34.

¹²³³ Hoefs, s. 35

¹²³⁴ Erich Heinig, "Verdacht Als Wichtiger Kündigungsgrund", **RdA**, Yıl: 1951, Sayı: 9, ss. 332 vd.

¹²³⁵ BAG, 12.05.1955 - 2 AZR 77/53, **BeckRS**, Yıl: 1955, 102198.

¹²³⁶ Vom Stein, s. 5; Hoefs, s. 36; Hahn, s. 119; Lembke, Verdachtskündigung, s. 83; Eylert, s. 396.

¹²³⁷ Karardaki bu düşüncüyü savunan doktrindeki görüş için bkz. Klaus Moritz, "Grenzen der Verdachtskündigung", **NJW**, Yıl: 1978, Sayı: 9, s. 402. BAG bu anlayışını, her iş ilişkisinde güvenin esas olduğunu belirttiğı 05.05.1994 tarihli kararına kadar sürdürmüştür. Bkz. BAG, 05.05.1994 – 2

Aynı doğrultuda Alman Federal Temyiz Mahkemesi (Bundesgerichtshof – BGH), 13 Temmuz 1956'da şüphe feshinin geçerliliğini kabul etmiştir. Ama asıl önemlisi ilk kez, şüphe edilen işçilerin daha sonra suçsuz olduklarının ispatlanması halinde, onlara yeniden işe alınmayı talep hakkı (Wiedereinstellungsanspruch¹²³⁸) verileceğine hükmetmiştir¹²³⁹. Kararda, başlangıçta gerekçelendirilmiş haklı bir şüphesinin daha sonra ortadan kalkması durumunda, işverenin söz konusu kişiyi yeniden işe alma yükümlülüğünün, dürüstlük kuralı gereği iş sözleşmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. BAG de 1956 tarihinde verdiği bir kararla BGH'nin yeniden işe alınmayı talep hakkına ilişkin açıklamalarını onaylamış ve bu hakkı işçinin sadakat borcunun işverendeki karşılığı olarak nitelendirilebilecek işçiyi gözetme borcu ile gerekçelendirmiştir¹²⁴⁰.

BAG'nin başlardaki birçok kararında RAG nin ilk kararlarındakine benzer şekilde, yükümlülük ihlalleri kanıtlanabilir olduğundan, şüphe feshi konusuyla ilgilenmek zorunda kalınmamıştır. Ayrıca başlangıçta, suç veya yükümlülük ihlali şüphesinin neden iş sözleşmesinin feshi için önemli sebep teşkil edebileceğine ilişkin ayrıntılı bir gerekçe sunulmamıştır¹²⁴¹. Ama daha sonra BAG, şüphe feshi için daha sıkı bir çerçeve oluşturmaya çalışmıştır.

İlk olarak, kişinin kusuruyla kendisinden şüphe duyulmasına neden olmasının bir geçerlilik şartı olmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca işverenin bir tahmininin, sübjektif bir şüphesinin yeterli olmayacağı, objektif vakialara dayandırılması gerektiği ve şüphenin yalnızca, güven ilişkisi zarar görmüş ise fesih bakımından bir neden teşkil edeceği ifade edilmiştir¹²⁴². Diğer adımda ise BAG, “şüphe”nin esaslı bir yükümlülük ihlali veya ciddi bir suça dair olması ve işçinin şüpheli olduğu “eylem”in, yaptığı ispatlanabilse feshi haklı kılacak niteliği taşıması şartını ortaya koymuştur¹²⁴³.

AZR 799/93, **BeckRS**, Yıl: 1994, 30749126. Böyle sınırlama yapmasa da, benzer “güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş” ifadenin kullanıldığı karar için bkz. Erzurum, BAM, 6. HD., 09.01.2020, 2019/4382 E. 2020/11 K., www.legalbank.net, (07.03.2021).

¹²³⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm VIII. Yeniden İşe Alınmayı Talep Hakkı (Wiedereinstellungsanspruch)

¹²³⁹ BGH, 13. 7. 1956 - VI ZR 88/55, **NJW**, Yıl: 1956, Sayı: 41, ss. 1513.

¹²⁴⁰ BAG, 14.12.1956 - 1 AZR 29/55, https://www.prinz.law/urteile/BAG_1_AZR_29-55, (10.03.2021).

¹²⁴¹ BAG, 04.08.1955-2 AZR 88/54, **AP**, BGB § 626 Nr. 3; BAG, 03.11.1955 - 2 AZR 86/54, **NJW**, Yıl: 1956, Sayı: 6, ss. 239-240.

¹²⁴² BAG, 04.11.1957-2 AZR 57/56, **AP**, KSchG § 1 Nr. 39.

¹²⁴³ Hoefs, s. 37; Wertz, s. 45. Bkz. BAG, 23.02.1961-2 AZR 187/59, **BeckRS** 9998, 151423.

BAG, 14.06.1964 tarihindeki kararında¹²⁴⁴, doktrindeki eleştirilerin¹²⁴⁵ de bir sonucu olarak ilk defa şüphe feshini esaslı bir şekilde incelemiştir¹²⁴⁶. Yüksek Mahkeme kararında, şüphe feshinin hukuken mümkün olduğu kabul edilmiş; ama bunun için, objektif vakıalara dayanan kuvvetli bir şüphe bulunup bulunmadığı ve bu durum karşısında işverenden iş ilişkisinin devamının beklenip beklenemeyeceğinin tespiti ile somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak yapılacak kapsamlı bir menfaat değerlendirmesi gerekli görülmüştür. Bu gerekliliklerin düzgün bir şekilde yerine getirilmiş olması için somut olayın tüm ayrıntılarıyla ortaya konup açıklanması şartı aranmıştır. Bu şart da, şüphe duyulan işçiye konuyla ilgili görüşlerini sunabilmesi imkânı verilmesi sonucunu doğurmuştur. BAG, bu kararında belirttiği şüphe feshi şartlarını ilerleyen yıllarda da aramıştır¹²⁴⁷. 1985 yılında ise, işçinin savunmasının alınmasını, geçerli nedenle/sürelî ve haklı nedenle fesih prosedürlerindeki aksine BetrVG m. 102'deki işyeri kurulunun görüşü¹²⁴⁸nden ayrı, özel bir geçerlilik şartı olarak kabul etmiş ve bu savunmanın sadece şartın gerçekleştirilmesi amacıyla usulen alınmasının yeterli olmayacağını, gerçekten işçiye görüşlerini sunabilme imkânı sağlanması gerektiğini belirtmiştir¹²⁴⁹. Bu yeni şart da daha sonraki kararlarda aranıp yerleşik hale geldikten sonra¹²⁵⁰ BAG, özellikle içeriği ve süresi gibi konularda açıklamalarda bulunarak savunmanın gereklerini ayrıntılarıyla ortaya koymaya başlamıştır¹²⁵¹.

1994 tarihli kararı¹²⁵²nda ise, kişisel ve sürekli nitelik taşıyan iş ilişkisinin konusu ne olursa olsun her zaman bir güven ihtiyacı olacağı belirtilerek, sadece güvenin özel önem arzettiği işler bakımından şüphe feshi gerçekleştirilebileceği görüşünü değiştirmiştir.

Özetlemeye çalıştığımız bu süreç ve devamında BAG şüphe feshini geçerli kabul ederken, feshin şartları ve uygulama koşulları ile bunların kapsamını (suçun

¹²⁴⁴ BAG, 04.06.1964-2 AZR 310/63, **NJW**, Yıl: 1964, Sayı: 41, ss. 1918-1920.

¹²⁴⁵ Bkz. Joachim, ss. 33-35.

¹²⁴⁶ Hoefs, s. 37.

¹²⁴⁷ BAG, 10.02.1977-2 ABR 80/76, **NJW**, Yıl: 1977, Sayı: 31, ss. 1413-1415.

¹²⁴⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm V. D. İşyeri Kurulunun Görüşünün Alınması

¹²⁴⁹ BAG, 11.04.1985-2 AZR 239/84, **NZA**, Yıl: 1986, Sayı: 20, ss. 674-677.

¹²⁵⁰ BAG, 03.04.1986 - 2 AZR 324185, **NZA**, Yıl: 1986, Sayı: 20, ss. 677-679; BAG, 26.02.1987- 2 AZR 170/86, www.prinz.law, (05.12.2021); BAG, 30.04.1987-2 AZR 283/86, **Personal**, Yıl: 1989, Cilt: 41, Sayı: 2, s. 79.

¹²⁵¹ BAG, 13.09.1995 – 2 AZR 587/94, **NZA**, Yıl: 1996, Sayı: 2, ss. 81-84. Savunma alınması şartına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. İşçiden Savunma Alma Yükümlülüğü

¹²⁵² BAG, 05.05.1994 – 2 AZR 799/93, **BeckRS**, Yıl: 1994, 30749126.

yanı sıra sözleşme yükümlülüğü ihlaline ilişkin şüphenin de şüphe feshine dayanak olabileceği¹²⁵³, işverenin olayı aydınlatma yükümlülüğü¹²⁵⁴, geçerlilik şartı olarak işçiden savunma alma yükümlülüğünün süresi¹²⁵⁵, sınırları ve gereklilikleri¹²⁵⁶, savunmasının şekli¹²⁵⁷, şüphe feshinde süre¹²⁵⁸) şekillendirip geliştirmiştir¹²⁵⁹.

Eyalet İş Mahkemeleri (Landesarbeitsgericht - LAG) başlangıçtaki değerlendirmelerinde ihtiyatlı davranmış ama daha sonra Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) kararlarını takip etmiştir. İş Mahkemelerinde (Arbeitsgericht–ArbG) de durum aynı şekilde gerçekleşmiştir. Mahkemelerin nadiren, şüphe feshine ilişkin temel konularda çekinceleri ve şüphe feshini reddetmeleri söz konusu olmuştur¹²⁶⁰.

Doktrinde de şüphe feshi çoğunluk tarafından kabul edilmiştir¹²⁶¹. Bununla birlikte, şüphe feshi için aranan şartları (özellikle geçerlilik koşulu sayılan

¹²⁵³ BAG, 26.08.1976 - 2 AZR 377/75, www.prinz.law, (05.12.2021); BAG, 11.04.1985 -2 AZR 239/84, **NZA**, Yıl: 1986, Sayı: 20, ss. 674-677; BAG, 18.11.1999 - 2 AZR 743/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 8, ss. 418-421; BAG, 05.04.2001 - 2 AZR 217/00, **NZA**, Yıl: 2001, Sayı: 15, ss. 837-840; BAG, 28.11.2007 - 5 AZR 952/06, **NZA-RR**, Yıl: 2008, Sayı: 7, ss. 344-347; BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 474/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 20, ss. 1136-1143; BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812; BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 14, ss. 798-804; BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 206/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 137-142.

¹²⁵⁴ BAG, 08.08.1968 - 2 AZR 348/67, **AP**, BGB § 626 Nr. 57; BAG, 10.02.1977 - 2 ABR 80/76, **AP** BetrVG 1972 § 103 Nr. 9; BAG, 03.04.1986, 2 AZR 324/85, **NZA**, Yıl: 1986, ss. 677-678; BAG, 18.11.1999 - 2 AZR 743/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 8, ss. 418-421; BAG, 26.09.2002 - 2 AZR 424/01, **NJOZ**, Yıl: 2003, Sayı: 36, ss. 2259-2266; BAG, 27.03.2003 - 2 AZR 51/02, **NZA**, Yıl: 2003, ss. 1193-1196; BAG, 29.11.2007 - 2 AZR 724/06, **AP**, BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40; BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 102/12, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 24, ss. 1416-1419.

¹²⁵⁵ BAG, 27.06.2019 - 2 ABR 2/19, **NZA**, Yıl: 2019 Sayı: 20, ss. 1415-1419.

¹²⁵⁶ BAG, 11.04.1985-2 AZR 239/84, **NZA**, Yıl: 1986, Sayı: 20, ss. 674-677; BAG, 30.04.1987-2 AZR 283/86, **Personal**, Yıl: 1989, Cilt: 41, Sayı: 2, s. 79; BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272; BAG, 13.09.1995 - 2 AZR 587/94, **NZA**, Yıl: 1996, Sayı: 2, ss. 81-84; BAG, 28.11.2007 - 5 AZR 952/06, **NZA-RR**, Yıl: 2008, Sayı: 7, ss. 344-347; BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812; BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

¹²⁵⁷ BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812;

¹²⁵⁸ BAG, 27.01.1972 - 2 AZR 157/71, **NJW**, Yıl: 1972, Sayı: 33, ss. 1486-1488; BAG, 11.03.1976 - 2 AZR 29/75, **NJW**, Yıl: 1976, sayı: 38, s. 1766; BAG, 12.12.1984 - 7 AZR 575/83, **NJW**, Yıl: 1985, Sayı: 51, ss. 3094-3096; BAG, 10.06.1988 - 2 AZR 25/88, **NJW**, Yıl: 1989, Sayı: 11, ss. 733-735; BAG, 29.07.1993 -2 AZR 90/93, **NJW**, Yıl: 1994, Sayı: 25, ss. 1675-1678; BAG, 17.03.2005 - 2 AZR 245/04, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 2, ss. 101-104; BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 25/07, **AP** BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 45; BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 14, ss. 798-804; BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

¹²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm V. Şüphe Feshinin Koşulları ve Üçüncü Bölüm VII. Şüphe Feshinde Süre

¹²⁶⁰ Hoefs, s. 38

¹²⁶¹ Bkz. Peter Bengelsdorf, “Die Verdachtskündigung”, **AuA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 196-199, (Verdachtskündigung); Busch, ss. 217-223; Stefan Edenfeld, “Die außerordentliche Verdachtskündigung - Strafe für den Arbeitnehmer?” **JA**, Yıl: 1996, Sayı: 5, ss. 379-382.

savunmayı) eleştiren, onları reddeden görüşler¹²⁶² ile şüphe feshini “ek başka şartlar”la (örneğin, eskiden BAG’nin kabul ettiği gibi şüphe feshinin özel güven gerektiren işlerle¹²⁶³ sınırlı olması¹²⁶⁴) sınırlamak isteyenler olmuştur¹²⁶⁵. 1990’lı yılların başından itibaren, şüphe feshinin geçerliliği konusunda farklı gerekçelere dayanan itirazlar gitgide artmıştır¹²⁶⁶. Bu durum, aynı süreçte, şüphe feshi konusunda mahkeme kararlarının sayısında süre gelen önemli artıştan kaynaklanmıştır. Artan eleştiriler¹²⁶⁷, BAG’yi sessiz kalmayıp, şüphe feshinin geçerliliği konusunda yeniden temel açıklamalar yapmaya yöneltmiştir¹²⁶⁸.

Eleştiriler olsa da belirtmiş olduğumuz üzere sürecin sonunda şüphe feshi yargı içtihatlarında ve doktrinde genel olarak kabul edilen hukuki bir kavram olmuştur¹²⁶⁹. BVerfG de şüphe feshi kavramını anayasaya aykırı bulmayıp reddetmeyerek¹²⁷⁰ dolaylı olarak BAG’nin şüphe feshine ilişkin içtihadını onaylamıştır¹²⁷¹.

Zaman geçtikçe kavramın ne anlama geldiğinin anlaşılması ve aranan koşulların netleşmesiyle birlikte BAG’nin şüphe feshinin geçerliliğinin tartışıldığı ve bu feshin gerekçelendirilmeye çalışıldığı kararlara çok sık rastlanmamaya başlanmıştır¹²⁷². Ancak bu durgunluk, Berlin İş Mahkemesi’nin 21.08.2008 tarihli bir kararı¹²⁷³yla başlayıp, BAG’nin Emmely Kararı diye anılan hükmü¹²⁷⁴yle

¹²⁶² Strobel, ss. 191 vd.; Grunsky, ss. 184-185; Moritz, s. 404; Lücke, Unter Verdacht, s. 1847; Lücke, s. 2262.

¹²⁶³ Böyle sınırlama yapmasa da, benzer “güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş” ifadenin kullanıldığı karar için bkz. Erzurum, BAM, 6. HD., 09.01.2020, 2019/4382 E. 2020/11 K., www.legalbank.net, (07.03.2021).

¹²⁶⁴ Belirtildiği üzere BAG bu görüşünü 1994 yılında değiştirmiştir. Bkz. BAG, 05.05.1994 – 2 AZR 799/93, **BeckRS**, Yıl: 1994, 30749126.

¹²⁶⁵ Grunsky, ss. 173 vd.; Moritz, ss. 405-406; Belling, ss. 225 vd.

¹²⁶⁶ Bkz. Schütte, s. 21-22; Dörner, Verdachtskündigung im Spiegel, ss. 865-873; Klemens Dörner, “Abschied von der Verdachtskündigung?”, **NZA**, Yıl: 1993, Sayı: 19, ss. 873-877, (Verdachtskündigung); Naujok, ss. 398-402.

¹²⁶⁷ Bkz. Klemens Dörner, “Neues zur Verdachtskündigung” **AiB**, Yıl: 1995, Sayı: 10, ss. 663-669, (Neues zur Verdachtskündigung); Naujok, ss. 398-402.

¹²⁶⁸ BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NJW**, Yıl: 1995, Sayı: 16, ss. 1110-1112.

¹²⁶⁹ Stefan Lunk, “Die Verdachtskündigung: Eine Rechtsfigur vor dem Aus? Zugleich eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung”, **NJW**, Yıl: 2010, Sayı: 38, ss. 2753-2754; Walker, ungeklärte Fragen, s. 1.

¹²⁷⁰ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), 04.11.2008 - 1 BvR 2587/06, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 1, ss. 53-55.

¹²⁷¹ Burghard Kreft, “Kontinuität und Wandel beim Bestandsschutz”, **NZA-Beilage**, Yıl: 2012, Sayı: 2, ss. 64-65; Eylert, Verdachtskündigung, s. 394; Wertz, s. 51.

¹²⁷² Şüphe feshinin kabul edilebilirliğinin tartışıldığı karar için bkz. BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NJW**, Yıl: 1995, Sayı: 16, ss. 1110-1112.

¹²⁷³ ArbG Berlin 21.08.2008 - 2 Ca 3632/08, <https://openjur.de/u/278607.html>, (16.03.2021).

tamalananan süreçle birlikte sona ermiş ve şüphe feshi konusundaki tartışmalar tekrar alevlenmiştir.

3. Emmely Kararı Süreci ve Şüphe Feshine Yönelik Kanun Tasarıları

Şüphe feshi üzerine tekrardan bilimsel yazılar yazılmasına ve kanun tasarıları verilmesine vesile olan Emmely davasında konu, 49 yaşındaki bir kasiyerin 31 yıl bir markette çalışmasının ardından, müşterilerin unuttuğu toplamda 1.30 Euro'luk 2 depozit fişini (Bonus para - Pfandbons) alıp bunu kendi alışverişinde kullanması sonrası bildirimsiz olarak işten çıkarılmasıdır. İşveren, fesih nedeninin tek başına, değeri çok düşük maddi açıdan önemsiz olarak nitelendirilebilecek bu olayın olmadığı, müşterilerin markette unuttuğu ve market tarafından çalışanlara emanet edilen bonusları başka zamanlarda da bu kasiyerin almış olduğundan şüphelenmesinin feshe yol açtığını belirtmiştir¹²⁷⁵. İlk derece mahkemesi¹²⁷⁶, işçinin açtığı feshe karşı koruma davasını reddetmiş ve daha sonra başvuru Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi de ilk derece mahkemesi kararını onamıştır¹²⁷⁷. Son olarak dosya Alman Federal İş Mahkemesi'ne (BAG) gitmiş ve feshin geçersiz olduğu karara varılmıştır. Bu kararlar kamuoyunda çok ses getirdiğinden, üzerine pek çok haber yapılmış¹²⁷⁸, sadece doktrin değil, politikacılar da konuyu gündemlerine almışlardır.

Emmely davası ve o dönemde verilmiş bazı başka eyalet mahkemesi kararları¹²⁷⁹nın sebep olduğu tartışma çerçevesinde malvarlığına ve mülkiyete karşı işveren aleyhine düşük değerli zararlar doğuran suçların önemli sebeple fesih için uygun olup olmadığı, kısacası “küçük boyutlu nedenlerle feshin

¹²⁷⁴ BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 21, ss. 1227-1234.

¹²⁷⁵ Detlef Grimm ve Norbert Windeln, “Kündigung wegen Bagatelldelikte - Viel Lärm um Altbekanntes!” **ArbRB**, Yıl: 2009, s. 376; Eckert, Bagatell-Delikte, s. 27.

¹²⁷⁶ ArbG Berlin, 21.08.2008, 2 Ca 3632/08, <https://openjur.de/u/278607.html>, (20.12.2021).

¹²⁷⁷ LAG, Berlin-Brandenburg, 24.02.2009, 7 Sa 2017/08, <https://openjur.de/u/278607.html>, (20.12.2021).

¹²⁷⁸ Haberler için bkz. Oliver Voß, “Abmahnungen werden zunehmen”, 11.06.2010, **WiWo**, <https://www.wiwo.de/erfolg/emmely-urteil-abmahnungen-werden-zunehmen/5652594.html>; Ulrich Fischer, “Die ewige Vertrauensfrage”, **SZ**, 21.06.2010, <https://www.sueddeutsche.de/karriere/emmely-und-die-folgen-die-ewige-vertrauensfrage-1.962778>; Jobst-Hubertus Bauer, “Diebstahl bleibt Diebstahl”, **SZ**, 22.06.2010, <https://www.sueddeutsche.de/karriere/emmely-und-die-folgen-2-diebstahl-bleibt-diebstahl-1.963129>.

¹²⁷⁹ Örneğin bkz. LAG Baden-Württemberg, 10.02.2010 - 13 sa 59/09, **BeckRS**, 2010, 66411.

(Bagatellkündigung)”¹²⁸⁰ geçerliliği üzerine yapılan tartışmayla birlikte şüphe feshinin geçerliliğine ilişkin tartışma da yeniden alevlenmiştir¹²⁸¹. Çünkü Emmely davasında konu, “her ne kadar Bagatellkündigung olarak nitelendirilebilecek ‘ufak bir suç’” olsa da, işveren feshi “söz konusu olaydan sonra duyduğu ‘aynı eylemin pek çok kere daha yapılmış olduğu şüphesi’”ne dayandırmıştır. İşverenin duyduğu bu şüphe işçiye olan güveni yıkmış ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesine sebep olmuştur¹²⁸².

a. DIE LINKE Parti Grubu Kanun Tasarısı

Emmely olayında, Berlin Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi, Berlin İş Mahkemesinin feshe karşı koruma davasını reddi kararı¹²⁸³’nı onayladıktan¹²⁸⁴ sonra, olay kamu oyunda yankı uyandırmıştır. Yapılan tartışmalardan sonra da DIE LINKE parti grubu Alman Parlamentosu’nda sunduğu tasarıyla şüphe feshinin kanunen önlenmesini talep etmiştir¹²⁸⁵. DIE LINKE grubuna göre, hakimin hukuk yaratmasıyla oluşan “şüphe feshi”yle, tüm yük işçiye nakledilmiş ve yalnızca işveren çıkarları korunmuştur. DIE LINKE şüphe feshinin, Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSchG)’nun sosyal koruma fonksiyonuyla çeliştiğini ve işçinin hukuki konumuna kabul edilemeyecek şekilde müdahalesi anlamına geldiğini belirtmiştir. Ayrıca gruba göre sunulan tasarının başlığında da yer aldığı üzere masumiyet karinesinin iş hukukunda da geçerliliği sağlanmalıdır¹²⁸⁶.

¹²⁸⁰ Düşük değerli şeylerin çalınması veya tüketilmesi gibi önemsiz, çok cüzi zararlara sebep olan olaylar karşısında yapılan fesihlerdir. Her ne kadar “sebepsiz yere yapılan fesih” şeklinde çevirisine rastlasak da çalışmamızda “küçük boyutlu nedenlerle fesih” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. c. Küçük Boyutlu Nedenlerle Fesih (Bagatellkündigung)

¹²⁸¹ BAG’nin Emmely kararı ve değerlendirmeleri için bkz. Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. c. Küçük Boyutlu Nedenlerle Fesih (Bagatellkündigung).

¹²⁸² Claudia Keiser, “Der Verdacht des Bagatelldiebstahls im Arbeitsrecht – Das sog. Pfandbonurteil” **JR**, Yıl: 2010, Sayı: 2, ss. 55-56.

¹²⁸³ ArbG, Berlin, 21.08.2008 - 2 Ca 3632/08, **BeckRS**, 2009, 64609

¹²⁸⁴ LAG, Berlin-Brandenburg, 24.02.2009 — 7 sa 2017/08, **NZA-RR**, Yıl: 2009, Sayı: 4, ss. 188-195.

¹²⁸⁵ Bkz. “Unschuldsvermutung muss auch im Arbeitsrecht gelten – Verdachtskündigung gesetzlich ausschließen”, 17.06.2009, **BT Drucksache 16/13383**, <https://dserver.bundestag.de/btd/16/133/1613383.pdf>, (20.12.2021).

¹²⁸⁶ Parti grubu, Emmely’nin zaten şüphe feshine konu edilmemesi gerektiğini, çünkü aslında ortada şüphe olmadığını, Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi kararında, “Emmely”nin ona isnad edilen davranışı (1.30 Euro’luk depozit fişi kullanımı) işlemiş olduğunun tespit edildiği ve mahkemenin şüphe feshi (Verdachtskündigung)’nden değil gerçekleştiği kesin olan bir olaya dayanan

DIE LINKE'nin teklifi kabul edilmemesine rağmen daha sonra 17. seçim döneminde “Şüphe Feshi Yasağı ve Küçük Boyutlu Nedenlerle Fesih Şartlarının Geliştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı” başlıklı yeni bir kanun tasarısı sunmuştur¹²⁸⁷. Bu teklif kabul edilirse KSchG m. 1/III ve BGB m. 626/III hükümleri değiştirilecek ve değişiklikler sonucunda, bir işçi veya bir iş görme yükümlüsü¹²⁸⁸nün, düşük değerli konularla ilişkili mülkiyete ve malvarlığına karşı suçları işlemiş olmasına bağlı bir feshin geçerliliği için, önceden yapılmış bir ihtarın bulunması gerekecektir. Ayrıca şüphe feshinin geçersizliği de kanunda açıkça kabul edilmiş olacaktır.

Bu şekilde aşağıda incelenecek SPD parti Grubu tasarısının aksine, DIE LINKE Parti Grubu, şüphe feshi yasağını kabul ettirmek istemiştir. Teklif edilen yeni KSchG m. 1/IV ve BGB m. 626/IV'e göre fesih nedenleri şüpheyeye dayanıyorsa, bu fesihler kanunen geçersiz olacaktır. Çünkü şüphe feshinin geçerliliği için “soyut tespiti zor olan bir güven kavramı”na dayanılmasının yeterliliği ve mahkemelerin şüphe feshi kurumuyla hakimin hukuk yaratmasının sınırlarını aşp aşmadığı tartışmalıdır¹²⁸⁹. Ayrıca, şüphe feshinin hukuk yaratma değil BGB m. 626 kapsamında bir fesih olarak değerlendirilmesinin doğruluğunun kesin olmadığı belirtilmiştir¹²⁹⁰.

Tasarı, şüphe feshinin “işçinin aleyhine ve ispat kurallarına da aykırı şekilde açıklama ve ispat yükünü tersine çevirmesi hususu”¹²⁹¹nu reddilen ilk tasarıdaki gibi eleştirmeye devam etmiştir. Çünkü sözleşmesi feshedilen kişinin, kendisine isnad edilen yükümlülük ihlalini gerçekleştirmemiş olduğunu açıklamak ve ispat etmek durumunda kaldığı ileri sürülmüştür¹²⁹².

fesihten (Tatkündigung) yola çıktığını da belirtmiştir, **BT-Drucksache 16/13383**, <https://dserver.bundestag.de/btd/16/133/1613383.pdf>, (20.12.2021), s. 1.

¹²⁸⁷ Bkz. “Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten”, 09.02.2010, **BT-Drucksache 17/649**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700649.pdf>, (20.12.2021).

¹²⁸⁸ Die LINKE Parti Grubu, aşağıda inceleyeceğimiz SPD Parti Grubu tasarısından farklı olarak ihtar gerekliliğini sadece iş ilişkileri için değil genel olarak hizmet ilişkileri için de uygulanacağını belirtmiştir.

¹²⁸⁹ **BT-Drucksache 17/649**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700649.pdf>, (20.12.2021), s. 3. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm IV. A. Hâkimin Hukuk Yaratması Açısından Şüphe Feshi Kavramı

¹²⁹⁰ **BT-Drucksache 17/649**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700649.pdf>, (20.12.2021), s. 5.

¹²⁹¹ Şüphe feshinin bu gerekçeyle eleştirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm IV. C. İspat Yükünün Hukuka Aykırı Olarak Yer Değiştirmesi

¹²⁹² **BT-Drucksache 17/649**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700649.pdf>, (20.12.2021), s. 5.

Ayrıca şüphe feshi yasağının teklif edilmesinin bir başka gerekçesi olarak, “geçersiz bir feshe rağmen, ayrıntılı bir değerlendirmeye tazminata hükmederek mahkemenin iş ilişkisini sona erdirebilmesine ilişkin KSchG m. 9 ve m. 13’ün, bunlardan bağımsız şüphe feshi kavramının kabulüne ters düşeceği” gösterilmiştir. Mevcut olan Kanun hükümleri karşısında, şüphe feshinin geçerli kabul edilmesiyle hukuka aykırı şekilde fesih imkanları genişletilmiş olacağı ifade edilmiştir¹²⁹³.

b. SPD Parti Grubu Kanun Tasarısı

Alman Parlamentosu SPD (Alman Sosyal Demokrat Partisi) Grubu’nun “Kadın ve Erkek İşçilerin Feshe Karşı Korunmasının Genişletilmesi” (küçük boyutlu nedenlerle fesihlere karşı koruma) için sunduğu kanun teklifinde DIE LINKE’nin aksine doğrudan şüphe feshi tartışılmamıştır¹²⁹⁴.

Tasarı da, KSchG 1/III’ün değiştirilmesi gerektiği¹²⁹⁵ ve değişiklikle birlikte, küçük boyutlu suçlar (Bagatelldelikte) ya da cüzi zararlar sebebiyle yapılacak fesihlerin kısaca “küçük boyutlu nedenlerle fesihler”in geçerli olması için fesih beyanından önce ihtarda bulunulması şartı aranacağı belirtilmiştir. Bu şart, tek bir ihlal sebebiyle zarar gören güvenin yeniden inşa edilebileceği anlayışına dayandırılmıştır. İhtar zorunluluğuyla feshe karşı korumanın daha etkin hale geleceği ifade edilmiştir. Bu şekilde hukuken tartışmalı ve kanunla düzenlenemiş şüphe feshi, küçük boyutlu suçlar alanında uygulanamayacak; çünkü maddi olgulara dayanan feshin kabul edilemediği bir durumda, bu konudaki bir şüpheyeye dayanarak iş sözleşmesinin feshi evleviyetle imkansız olacaktır¹²⁹⁶.

SPD’nin bu tasarısı uyarınca ağır ekonomik zararların bulunmadığı bir suç veya sözleşme ihlalilini işlemiş olabileceğine ilişkin ilk defa olarak işçiden şüphe edilmesinin hiçbir sonucu olmayacaktır. Zaten şüphe konusu eylemi işçinin yaptığı,

¹²⁹³ **BT-Drucksache 17/649**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700649.pdf>, (20.12.2021), s. 6.

¹²⁹⁴ Bkz. “Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Schutz vor Kündigungen wegen eines unbedeutenden wirtschaftlichen Schadens)”, 09.02.2010, **BT Drucksache 17/648**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700648.pdf>, (20.12.2021).

¹²⁹⁵ **BT Drucksache 17/648**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700648.pdf>, (20.12.2021), s. 4.

¹²⁹⁶ **BT Drucksache 17/648**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700648.pdf>, (20.12.2021), s. 3.

bir ceza yargılaması sonrası ortaya çıksa da, düzenleme uyarınca bir ihtarda bulunması gerekecektir¹²⁹⁷.

Görüldüğü üzere SPD partisi doğrudan şüphe feshi konusuna ilişkin bir düzenleme öngörmemiştir. KSchG m. 1/III'ün önerilen yeni halindeki maddi olgulara dayanan fesihe ilişkin düzenlemeyle, şüphe feshi uygulama alanının sınırlandırılmış olacağı ve küçük boyutlu nedenlerle feshin şüphe feshi kapsamından çıkarılmış sayılacağı sonuçlarına ulaşılmıştır¹²⁹⁸.

c. Kanun Tasarılarının Reddedilmesi

SPD ve LINKE Parti Gruplarının Kanun Tasarılarının meclis görüşmesi sonrasında, tasarılar Çalışma Ve Sosyal İşler Yetkili Komisyonuna gönderilmiştir. Komisyon görüşmelerinde ilk olarak uzmanlardan yazılı raporlar alınmış ve ardından tasarılar kamuoyuna duyurulmuştur¹²⁹⁹.

Federal Avukatlar Birliği DIE LINKE Parti Grubunun önerdiği şüphe feshi yasağını reddetmiştir. Birliğe göre şüphe feshi yasağı gerekli değildir; çünkü o ana kadarki içtihadlarda şüphe feshi için öngörülmüş olan sıkı koşullar işçiyi yeterli derecede korumaktadır. Federal Avukatlar Birliği, BAG kararlarında da belirtildiği üzere, bir suç veya ciddi bir yükümlülük ihlaline ilişkin şüphenin objektif vakıalara dayanması gerektiğini, doğrudan işverenin tek taraflı subjektif değerlendirmesine dayanamayacağını, işçinin şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli savunma fırsatlarına sahip olması gerektiğini vurgulamıştır¹³⁰⁰.

Ayrıca Almanya Ticaret Birliği Temsilcileri ve Federal Alman İşveren Sendikaları Birliği¹³⁰¹ de açıkça şüphe feshinin muhafaza edilmesi yönünde görüş açıklamışlardır.

Federal Alman İşveren Sendikaları Birliği, şüphe feshinin bir ceza olmadığını ve işçi - işveren arasındaki güven ilişkisinin kuvvetli bir şüpheyile önemli derecede zedelenmesine, dahası tamamen yıkılmasına dayandığını; bu sebeple şüphe feshinin

¹²⁹⁷ **BT Drucksache 17/648**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700648.pdf>, (20.12.2021), s. 5.

¹²⁹⁸ Wertz, s. 57.

¹²⁹⁹ **Çalışma Ve Sosyal İşler Yetkili Komisyonu Tutanığı**, 24. Oturum, 28.06.2010, Protokol 17124 (752-2401), ss. 339 vd.

¹³⁰⁰ Federal Avukatlar Birliği Temsilcileri, **Ausschussdrucksache 17 (11) 181**, 25.6.2010, s. 5.

¹³⁰¹ **Çalışma Ve Sosyal İşler Yetkili Komisyonu Tutanakları**, 24. Oturum, 28.06.2010, Protokol 17124 (752-2401), s. 342.

uygulanmasına devam edilmesinin uygun olacağını belirtmiştir¹³⁰². Ayrıca DIE LINKE tasarısındaki kanaatin aksine bir ispat yükünün tersine dönmesinin söz konusu olmadığını¹³⁰³, çünkü işverenin şüphe feshinde de önemli şeyler sunup işçinin suçluluğuna yönelik durumları ikna edici kılması gerektiğini ifade etmiştir¹³⁰⁴.

Aynı şekilde, İş Mahkemesi Hakimler Birliği de raporunda şüphe feshi yasağına ilişkin kanun düzenlemesini reddetmiştir. Bu görüşe göre, DIE LINKE tasarısı fesih sistemini yanlış yorumlamıştır. Çünkü feshin hiçbir zaman işçinin geçmiş davranışları için bir ceza olarak gerçekleştirilemeyeceği beyan edilmiştir. Fesihte, işçinin bir suçu işlemiş olduğu ve bunu yine işleyebileceğine dair kuvvetli şüphe bulunduğunda, iş ilişkisinin zedelenip zedelenmediğinin önemli olduğu vurgulanmıştır. DIE LINKE parti grubu tasarısının keyfi bir şüphenin, fesih beyanı için yeterli olmasından yola çıktığını; ama zaten bunun şüphe feshinde söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Çünkü somut olayda, “makul, bir başka işvereni de rahatsız edecek” bir işçi yükümlülük ihlaline ilişkin kuvvetli bir şüphe olması gereklidir. Ayrıca şüphe feshinde, işverenin şüphenin dayandığı vakıaları ayrıntılarıyla ortaya koyması ve tartışmalı hususları kanıtlaması gerektiğinden, İşveren Sendikaları Birliği’nin de ifade ettiği üzere, mevcut fesih sisteminde kabul edilen ispat yükünün yer değiştirmesinin söz konusu olmadığı da kabul edilmiştir¹³⁰⁵.

Alman İşçi Sendikaları Birliği (DGB¹³⁰⁶) ise, yalnızca bir sözleşme ihlaline ilişkin şüpheyi, feshi gerekçelendirmek için yeterli kabul etmek hukuken yanlıştır. Çünkü bu şekilde, feshe karşı koruma prensibi olan “işverenin fesih nedenlerini ortaya koyma ve onları ispat etmesi gerekliliği” uygulamada tersine dönmüş olacaktır¹³⁰⁷. Görüldüğü üzere DGB, LINKE parti grubunun şüphe feshinin yasaklanması fikrini desteklemiştir¹³⁰⁸.

¹³⁰² Federal Alman İşveren Sendikaları Birliği, **Ausschussdrucksache 17 (11) 214**, 22.06.2010, s. 17.

¹³⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm IV. B. 3. İspat Yükünün Hukuka Aykırı Olarak Yer Değiştirmesi

¹³⁰⁴ **Çalışma Ve Sosyal İşler Yetkili Komisyonu Tutanağı**, 24. Oturum, 28.06.2010, Protokol 17124 (752-2401), s. 342.

¹³⁰⁵ İş Mahkemesi Hâkimler Birliği, **Ausschussdrucksache 17 (11) 212**, 25.06.2010, s. 13.

¹³⁰⁶ Deutscher Gewerkschaftsbund

¹³⁰⁷ **Çalışma Ve Sosyal İşler Yetkili Komisyonu Tutanağı**, 24. Oturum, 28.06.2010, Protokol 17124 (752-2401), s. 347.

¹³⁰⁸ Alman İşçi Sendikaları Birliği (DGB), **Ausschussdrucksache 17 (11) 210**, 25.06.2010, ss. 11-12.

Uzman olarak çağırılan Berlin Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi (LAG – Landesarbeitsgericht) başkanı Achim Klueß da, şüphe feshinin kaldırılması teklifinin büyük bir değişikliğe sebep olamayacağı, çünkü mahkemelerin ağırlıklı olarak maddi olgulara dayanan fesihden (Tatkündigung) yola çıkarak hareket ettiklerini beyan etmiştir¹³⁰⁹.

Konuyla ilgili uzman görüşleri dinlendikten sonra tasarılar Çalışma Ve Sosyal İşler Yetkili Komisyonun'da tekrar görüşülmüştür. Komisyon çalışma tutanaklarında belirtildiği üzere, CDU (Hristiyan Demokrat Parti)-CSU(Hristiyan Sosyal Birliği) ve FDP (Özgür Alman Demokrat Partisi) her bir kanun tasarısını yeterli bulmamış ve şüphe feshi konusunda kesinlikle bir yenilik gerekli görmemişlerdir. Şüphe feshi yasağı ikna edici de bulunmamıştır¹³¹⁰. BÜNDNIS`90/Die GRÜNEN Parti Grubu SPD'nin tasarısıyla görüş birliği içinde olmuş; ama LINKE Parti Grubunun şüphe feshi üzerine düzenlemelerini uygun bulmamıştır<sup>1311</sup>. Zaten BÜNDNIS`90/Die GRÜNEN grubu da tasarıların ardından Emmely vakası sebebiyle kanun yapılması gereksinimini hatırlatan bir önerge sunmuş; bu önergede SPD tasarısına benzer şekilde ihtar yükümlülüğü ile küçük boyutlu nedenlerle fesihlerde yaşanabilen adaletsizliklerin giderilmesi hususuna yer vermiştir¹³¹².

Sonuç olarak da Hükümet Parti Grubu CDU-CSU ve FDP'nin çoğunluk olması sebebiyle iki kanun tasarısı da oy çoğunluğuyla reddedilmiştir¹³¹³. Böylece şüphe feshinin uygulanılmasına hiçbir değişiklik olmadan devam edilmiştir.

¹³⁰⁹ Achim Klueß, **Ausschussdrucksache 17 (11) 208**, 22.06.2010. s. 20.

¹³¹⁰ "Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss)", 17.12.2010, **BT Drucksache 17/4281**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/042/1704281.pdf>, (20.12.2021), s. 7.

¹³¹¹ **BT Drucksache 17/4281**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/042/1704281.pdf>, (20.12.2021), s. 8.

¹³¹² "Ungerechtigkeiten bei Bagatellkündigungen korrigieren – Pflicht zur Abmahnung einführen", 09.06.2010, **BT Drucksache 17/1986**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/019/1701986.pdf>, (20.12.2021), s. 3.

¹³¹³ **BT Drucksache 17/4281**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/042/1704281.pdf>, (20.12.2021), s. 3.

III. ŞÜPHE FESHİ ÇEŞİTLERİ VE ÖNGÖRÜ PRENSİBİ

A. Öngörü Prensibi (Prognoseprinzip)

Geçerli nedenle fesihlerde dikkate alınması gereken kriterlerden biri de öngörü prensibidir. Bu prensip, işverenin geçmişteki çeşitli durum ve davranışlara dayanarak iş sözleşmesi feshedilmek istenen işçi ile ilgili geleceğe yönelik negatif çıkarımlarda bulunması gerektiğini ifade etmektedir¹³¹⁴.

İş sözleşmesini sona erdirmek isteyen taraf, yaşanan bazı olaylar sebebiyle ileride artık aynı kişiyle çalışmasının mümkün olmaması durumuna dayanır. Her ne kadar işçiye etkileri bakımından farklı görülebilirse de, fesih bir cezalandırma aracı değildir. Feshin amacı, işçinin geçerli neden niteliğinde olumsuz bir davranışı ya da yetersizliğine yaptırım uygulamak değil; bunların gelecekte de devam etmesi ve işyerine/işe/işverene zarar vermesi ihtimalini önlemektir¹³¹⁵. İşveren gelecekte işi aksatacak ve zarar verecek bu ihtimallere katlanmak, risk almak zorunda olmadığından da iş ilişkisini sona erdirmektedir. Görüldüğü üzere feshin çıkış noktası geçmişteki bir durum olsa da, kavram esasen gelecekle ilişkilidir. Bu sebeple fesih nedeninin gelecekte varlığını sürdürebileceği kanaatinin işverende oluşması gereklidir¹³¹⁶.

Sonuç olarak, geçerli nedenle feshe dayanak gösterilen hususların bir daha yaşanmayacağı açıkça öngörülüyorsa ya da bir başka ifadeyle işverenin fesih konusuna ilişkin bir olumsuz öngörüsü yoksa iş sözleşmesi işverence feshedilemeyecektir¹³¹⁷. Dürüstlük kuralı (TMK m. 2) gereğince de geçmişte kalacak,

¹³¹⁴ Zöllner ve diğerleri, s. 365 Rn. 12; Preis, s. 554 Rn. 2774; Çelik ve diğerleri, ss. 490, 491; Kılıçoğlu ve Şenocak ss. 100, 101; Manav, s. 135; Baysal, Geçerli Sebep, ss. 59, 182, 183; Kabakcı, s. 178; Caniklioğlu, ss. 70-71, 99. Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda da, hâkimin olumsuz öngörüsüne sonuç bağlanan bazı durumlar söz konusudur. Bkz. Birinci Bölüm III. A. 2. a. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu, s. 96 dpn. 438.

¹³¹⁵ Zöllner ve diğerleri, s. 365 Rn. 12; Preis, s. 605 Rn. 3040; Reinhard Vossen, **Kündigungsgesetz**, 5. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, München, 2017, (APS – Kündigungsgesetz), s. 1584 Rn. 26; Çelik ve diğerleri, ss. 491; Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 103-104; Manav, s. 137; Baysal, Geçerli Sebep, ss. 182-183; Caniklioğlu, ss. 71, 99. Bkz. BAG 22.10.2015 - 2 AZR 569/14, **NZA**, Yıl: 2016, Sayı: 7, ss. 417-422; BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 651/13, **NZA**, Yıl: 2015, Sayı: 5, ss. 294-297.

¹³¹⁶ Preis, s. 554 Rn. 2774; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 99; Manav, s. 136; Caniklioğlu, s. 71.

¹³¹⁷ Preis, s. 554 Rn. 2774; Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 102, 103; Baysal, Geçerli Sebep, s. 183; Caniklioğlu s. 71.

geleceğe yönelik etkisi olmayak hususların feshe başvurmak için dayanak teşkil etmemesi gerektiği söylenmiştir¹³¹⁸.

Ölçülük ilkesi ve bu bağlamda son çare olma ilkesi (ultima ratio) kadar eskiye dayanmasa da, son dönemde artarak Yargıtay kararlarında “olumsuz öngörü prensibi” kavramına yer verilmektedir¹³¹⁹. Ayrıca Yargıtay,

*...Keza feshin geçersizliğini etkileyen ilkelerden biri de olumsuz öngörü ilkesidir. Özellikle işçinin iş sözleşmesinin feshinde, bu fesih aynı zamanda olumsuz bir öngörüü şart kılmalıdır(olumsuz öngörü ilkesi). Kısaca işçinin davranışlarının veya verimliliğinin geçerli neden olması için, bunun gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir...*¹³²⁰

diyerek olumsuz öngörünün de geçerli nedenle fesihte aranması gereken bir kriter olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Ayrıca bir İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı’nda olumsuz öngörü ilkesi ifadesine yer verilmesi, geçerli nedenle fesih kriteri olarak kavramın yerleşik hale geldiğinin göstergesi kabul edilebilir¹³²¹.

Her ne kadar Yargıtay bu ilkenin işçinin davranışları ve yetersizliğine¹³²² dayanan geçerli nedenler bakımından arandığını ortaya koymuşsa da¹³²³; olumsuz öngörü prensibi tüm geçerli nedenle fesihler bakımından söz konusu olacaktır. Çünkü yukarıda yer verildiği üzere feshin gelecekle ilişkili olmasının, tüm geçerli nedenler için söz konusu olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple işletmesel nedenlerle fesihlerde de bu ilkeye uyulması gerektiği ortaya konmuştur¹³²⁴. Sonuç olarak da

¹³¹⁸ Baysal, Geçerli Sebep, s. 183.

¹³¹⁹ Baysal, Geçerli Sebep, s. 183. Bkz.Y. 9. HD. 13.09.2017, 2016/19025 E., 2017/13171 K.; Y. 9. HD. 21.11.2017, 2015/16220 E., 2017/18738 K., www.legalbank.net, (10.12.2021).

¹³²⁰ Y. 9. HD., 08.12.2016, 2016/1000 E., 2016/21771 K., www.legalbank.net, (10.12.2021); Aynı ifadenin geçtiği daha yeni kararlar için bkz. Y. 9. HD., 12.06.2017, 2016/14655 E., 2017/10166 K.; Y. 9. HD. 19.06.2017, 2016/15221 E., 2017/10917 K.; Y. 9. HD. 22.06.2017, 2016/16588 E., 2017/11110 K.; Y. 9. HD. 05.10.2017, 2016/24041 E., 2017/15069 K., www.legalbank.net, (07.05.2019). Aynı yönde Bölge Adliye Mahkemesi Kararı için bkz. İstanbul BAM, 21.12.2017, 2017/2615 E., 2017/1874 K., www.legalbank.net, (10.12.2021).

¹³²¹ “...Savunma alınması, sağlık nedeninin olumsuzluklara yol açıp açmayacağını (**olumsuz öngörü ilkesi**) ile iş ilişkisinin çekilmez hal alıp almayacağını (beklenmezlik ilkesi) belirler...”, Y. İBHGK, 19.10.2018, 2017/9 E., 2018/10 K., www.lexpera.com, (10.12.2021).

¹³²² İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde bu şartın aranması gerektiğini özel olarak vurguladığı karar için bkz. Y. 9. HD., 24.05.2017, 2016/14172 E., 2017/8809 K. www.legalbank.net, (10.12.2021).

¹³²³ Y. 9. HD., 08.12.2016, 2016/1000 E., 2016/21771 K., www.legalbank.net, (10.12.2021).

¹³²⁴ Preis, s. 554 Rn. 2774; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 106; Manav, s. 127.

tüm fesihlerde menfaat değerlendirmesi yapılırken bu prensip de esas alınacak hususlardan biri olacaktır¹³²⁵.

Ayrıca doktrinde belirtilen önemli bir husus da “işverenin olumsuz öngörüsü”nden, işverenin geçerli nedenin mutlak olarak tekrarlanacağını ortaya koymasının anlaşılmaması gerektiğidir. Zaten böyle bir kesin yargıya ulaşmanın imkânsız olduğu da ifade edilmiştir. Bir feshde olumsuz öngöründe bulunulduğunu söylemek için, ortalama bir insanda feshe konu durum ve davranışın gelecekte de gerçekleşeceği kuvvetli izlenimi oluşmasının yeteceği belirtilmiştir¹³²⁶.

Dikkat edilmesi gereken diğer önemli konu ise işverenin, geçerli nedenle fesih için olumsuz öngörüsünün, fesih beyanında bulunduğu andaki objektif koşullara göre oluşacağıdır. Dolayısıyla feshin geçerliliği denetiminde, olumsuz öngörü prensibine uyulup uyulmadığı belirlenirken fesih anı dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda fesih sonrası süreçte işverenin olumsuz öngörüsünün gerçekleşmemesi feshin geçersizliğine sebep olmayacaktır¹³²⁷.

Tüm geçerli nedenle fesihlerde olumsuz öngörü ilkesinin gerekli olduğu ifade edildiğine göre¹³²⁸, şüphe feshi bakımından da öngörü prensibi dikkate alınacaktır. Özellikle işçinin gerçekleştirdiği ispatlanmış bir maddi olguya değil, söz konusu olayın işçi tarafından gerçekleştirildiği şüphesinin taraflar arasındaki güveni yıkmasına dayanıldığından dolayı, şüphe feshinde bu prensibin daha da önem arz ettiği söylenebilir. İşverenin, güven ilişkisindeki zararın giderilemeyeceği ve fesih nedeni olan güven yetersizliğinin gelecekte de varlığını sürdüreceği yönünde olumsuz öngörüsü bulunması gereklidir¹³²⁹. Bu kriterin ne anlama geldiğini ayrı bir başlıkta incelemiş olmamızın nedeni, taşıdığı önemin yanı sıra iş hukukumuzda şüphe feshi kavramını getiren 2007 tarihli Yargıtay kararında, şüphe feshi olarak nitelendirilen feshin, aslında Alman Hukuku’nda doğmuş olan klasik şüphe feshinden farklılık arz etmesinden dolayıdır.

¹³²⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm V. C. 2. Değerlendirmede Ele Alınacak Hususlar ve Uygulanacak Kriterler

¹³²⁶ Baysal, Geçerli Sebep, ss. 183-184; Caniklioğlu, ss. 71-72.

¹³²⁷ Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 101-102, 107; Manav, ss. 136, 138; Caniklioğlu, s. 71.

¹³²⁸ Ayrıca Alman Hukuku’nda bu ilke hem geçeli nedenle hem haklı nedenle fesihler bakımından aranmaktadır, bkz. Junker, ss. 224-225 Rn. 404. BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 200/06; BAG, 08.11.2007 - 2 AZR 292/06; BAG, 13.12.2007 - 2 AZR 818/06, <https://openjur.de/u/172354.html>, (20.12.2021). Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. b. Olağanüstü Fesih (Außerordentliche Kündigung)

¹³²⁹ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 3. Kuvvetli Şüphenin Güven İlişkisini Ortadan Kaldırması

B. Şüphe Feshi Çeşitleri

Şüphe feshi, işçinin esaslı bir yükümlülük ihlali ya da suç teşkil edecek davranışta bulunduğu dair şüphe duyması sebebiyle gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, şüphe feshinde, işverenin işçinin bir davranışta “bulunduğu” yönünde kanaati mevcuttur. Ancak hukukumuzda girdiği Yargıtay Kararı¹³³⁰, na bakıldığında şüphe feshinin iki çeşit olduğunu söylemek mümkün olacaktır. Buna göre, işçinin bir davranışta bulunmuş olduğuna dair şüphenin haricinde, daha önceki bazı davranışlarına dayanarak ileride başka olayların yaşanabileceğine ilişkin duyulan şüpheyile gerçekleştirilen fesih de “şüphe feshi” olarak nitelendirilecektir. Ancak bu, diğer şüphe feshinden daha da fazla tartışmalı bir husustur¹³³¹. Özellikle adli sicil kayıtları, ceza soruşturma/kovuşturmaları ve koruma tedbirleri gibi bazı ceza hukukuna ilişkin hususlara dayanarak işverenin, işçinin gelecekte çeşitli suçlar işleyebileceğine yönelik şüphesi sebebiyle iş sözleşmesinin feshi, işçinin anayasal haklarının ihlali anlamına gelecektir. Çünkü şüphe konusu henüz gerçekleşmemiş bir davranıştır. Örneğin, işveren, işçinin bir ceza mahkûmiyetinden dolayı ileride benzer suçlar işleyebileceği şüphesiyle iş sözleşmesini feshederse, işçi adli sicili sebebiyle yaftalanmış ve masumiyet karinesinin yanı sıra iki kere cezalandırma yasağı bir anlamda ihlal edilmiş olacaktır. Bir başka örnek verirse, işveren işçiye uygulanmış koruma tedbirlerine dayanarak işçinin suç işleyebileceği konusunda ileriye yönelik öngörülerde bulunursa, burada da işçinin masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakları ihlali gündeme gelecektir. İşçinin bir yakınının davranışı ya da bir davranışta bulunduğu dair şüphe sebebiyle işçinin gelecekte yapabileceklerinden şüphe edilmesinden dolayı şüphe feshi gerçekleştirmesinde ise durum ayrıca suçların şahsiliği ilkesine de uygun olmayacaktır¹³³². Ancak bu söz konusu şüphe feshi çeşidinin hiçbir şekilde gerçekleştirilemeyeceği anlamına gelmez. Şüphe feshinin masumiyet karinesine uygun düşmediğini ilişkin açıklamalarda¹³³³ da görüleceği üzere, bu şüphe feshi çeşidi de temel hak ve ilkelerle çatıştığından somut olayın

¹³³⁰ Bkz. Y. 9. HD. 22. 10. 2007, E. 2007/16878, K. 2007/30923, <https://legalbank.net>, (12.06.2018). Kararın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. II. A. Şüphe Feshinin Türk Hukukuna Girişi

¹³³¹ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 70; Manav, s. 87.

¹³³² İşçinin yakınının davranışlarına ilişkin olarak ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 1. Şüphe Duyulan Eylemler

¹³³³ Bkz. Üçüncü Bölüm IV. B. Masumiyet Karinesinin İhlali

koşulları dikkate alınarak yapılacak menfaat değerlendirmesi, zorlayıcı şartların kabul edilmesi ve sıkı bir geçerlilik denetimine tabi tutulması koşuluyla istisnai olarak mümkün olabilecektir. Özellikle kamusal nitelikli tehlikelerin söz konusu durumlarda, kamu yararı da mevcut olacağından, bu fesih türünün geçerli kabul edilmesi gerekecektir.

Görüldüğü üzere iki şüphe feshi çeşidi esasen birbirinden çok farklıdır. Birinde olay gerçekleşmiştir, ancak bunu kimin yaptığı bilinmemekte ama bu konuda şüpheler bulunmaktadır. Diğer şüphe feshi çeşidinde ise, bir durum ya da davranışın gerçekleşeceğinden şüphe edilmektedir. Henüz korkulan durum gerçekleşmemiş; ancak işçinin daha önceki davranışları referans alınarak ileriye dair bir şüphe oluşmuştur. Başka bir ifadeyle işverenin söz konusu işçiyle ilgili olumsuz bir öngörüsü bulunmaktadır. Türlerden birinde işçinin eylemi “gerçekleştirmiş olma ihtimali” varken diğerinde “gerçekleştirebilme ihtimali” vardır.

Şüphe feshinin ortaya çıktığı örnek aldığımız Alman Hukuku’na baktığımızda farklı şüphe feshi çeşitleri olduğunu söylemek mümkün değildir. Esasen şüphe feshi, işçinin bir davranışı gerçekleştirmiş olduğu konusunda şüphe duyulması karşısında uygulanmaktadır. “Şüphe feshi”nin hukuk sistemimize ilk kez girdiği karara konu somut olaydaki gibi bir davranışın gerçekleştirileceğine yönelik şüphenin Alman Hukuku bakımından şüphe feshi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu durumlarda işverenin şüphe feshine değil, işçinin gerçekleştirdiği çeşitli davranışlara dayanarak sahip olduğu olumsuz öngörü sonucu yapacağı menfaat değerlendirmesine göre süreli feshe başvurabilmesi mümkün olabilecektir. Ancak bu fesihte de menfaat değerlendirmesi önemli olacak; işverenin işçiyi söz konusu davranışları zaten bilerek işe alması ya da söz konusu davranışlardan sonra uzun süre fesih gerçekleştirilmemesi ya da ihtarla veya ihtarsız işçinin aralarındaki güveni yeniden inşa etmesi gibi durumların göz önünde tutulması gerekecektir.

Şüphe duyulan suçun tamamlanmayıp teşebbüs aşamasında kaldığı ve sadece hazırlık hareketlerinin gerçekleştirilmesi bakımından işçiden şüphe edilmesi durumlarında da iş sözleşmesinin şüphe feshiyle sona erdirilebilmesini¹³³⁴ Türk Hukuku’nda söz konusu olduğunu söylediğimiz henüz gerçekleştirilmemiş bir duruma ilişkin şüphe feshiyle aynı olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü sadece hazırlık

¹³³⁴ Hoefs, ss. 161-165.

hareketlerinin gerçekleştirildiği veya teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından şüphe feshinde, “gelecekte gerçekleştirileceğinden şüphe duyulan bir olaydan bağımsız işçinin bazı davranışlarına dayanılması” durumu söz konusu değildir. Burada fesih, teşebbüs aşamasında kalan yani icra hareketlerine başlanmış bir suç/yükümlülük ihlali ya da bunların planlarına ilişkin şüpheden kaynaklanır. Yani burada da bazı davranışların gerçekleştirildiği konusunda şüphe söz konusudur. Şüphe feshinde konu zaten, işçinin o davranışı gerçekleştirmesinden ziyade, gerçekleştirdiği ispat edilse haklı neden teşkil edecek konuda şüpheye yol açan objektif vakıa ve olgular sebebiyle yaşanan güven kaybıdır.

Sonuç olarak Alman Hukuku’nda salt aynı ya da benzer konuda geçmişteki bir davranışı (suçu ya da yükümlülük ihlali) geleceğe yönelik bir şüphe feshi gerekçesi olarak öngörülmemiştir¹³³⁵. Sadece işçinin gerçekleştirildiğinden şüphe edilen hazırlık hareketlerine başlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından şüphe feshi söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Ama bunun için de suça ilişkin ayrıntılı planların ortaya konup ispatlanması gerektiği kabul edilmektedir¹³³⁶.

Hukukumuzda “gerçekleştirebilme ihtimali”ne dayanılarak yapılan fesihlerin Alman Hukuku’undaki “şüphe feshi” olarak nitelendirmenin doğru olmadığı ileri sürülebilirse de; bu adlandırma uygulama bakımından bir farklılığa yol açmayacaktır. Çünkü Alman Hukuku’nda olumsuz öngörüye dayanılarak yapılacak bir geçerli nedenle fesih olarak nitelendirilebilecek bu feshin “şüphe feshi” şeklinde ifade edilmesi, hukukumuzda şüphe feshi zaten “işçinin yetersizliğine dayalı geçerli nedenle fesih” olarak kabul edildiğinden bir farklılığa sebep olmayacaktır. Ancak Alman Hukuku için aynı tespiti yapmak mümkün değildir. Çünkü incelendiği üzere, Alman Hukuku’nda şüphe feshi, BGB m. 626’ya dayandırılmış ve dolayısıyla haklı nedenle fesih olarak ortaya çıkmıştır. Bu sebeple, kural olarak şüphe feshinde iş sözleşmesi derhal feshedilebilecektir¹³³⁷. Geleceğe yönelik konularda bu şüphe feshi çeşidi Alman Hukuku’nda kabul edildiğinde, işçinin ileride bir suç işleyebileceği

¹³³⁵ Appel ve Gerken, s. 202; Mark Lembke, “Die Verdachtskündigung in Rechtsprechung und Praxis”, **RdA**, Yıl: 2013, Sayı: 2, (Verdachtskündigung), s. 86; Manav, s. 87; Erdoğan, ss. 151-152. Bkz. BAG, 10.02.2005 - 2 AZR 189/04, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 18, ss. 1056-1059.

¹³³⁶ Hoefs, ss. 161, 164-165; Doğan Yenisey, s. 70.

¹³³⁷ Ancak bildirim süreleri boyunca iş sözleşmesine devam edilmesinin işverenden beklenebileceği durumlarda olağan feshe başvurulması gerektiği görüşü ile ilgili bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

şüphesiyle işverenin haklı nedenle derhal feshe başvurması gündeme gelebilecektir. Sonuç olarak, ağır sonuçları olabilen, işçinin çeşitli anayasal hak ve özgürlükleriyle çatışan “geleceğe yönelik şüphenin” mevcut olduğu fesihler bakımından “şüphe feshi” nitelendirilmesi yapılmayıp, işçinin geçmişteki davranışları (şüphe duyulan konudan bağımsız daha önce işlediği suçlar/suçta teşebbüsler/yükümlülük ihlalleri vb.) sebebiyle yapılan olumsuz öngörüye dayanılarak süreli fesih gerçekleştirilebilmesinin kabulü yerinde olmuştur.

IV. ŞÜPHE FESHİNİN HUKUKA UYGUN OLMADIĞINA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

2007 yılında Yargıtay içtihadıyla hukukumuza giren bu fesih türü “somut olay bakımından uygulanışı” ve “kararda feshin şartlarının denetimi” bakımından bazı eleştirilerde bulunulsa da genel olarak kavramın kendisi hukuka aykırı bulunmamıştır¹³³⁸. Alman Hukukunda da doktrindeki hâkim görüş, Federal Alman İş Mahkemesi yerleşik içtihadına katılmakta ve aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz koşulları¹³³⁹ gerçekleştirmiş ise derhal fesih veya süreli fesih olarak şüphe feshinin gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir¹³⁴⁰. Ancak baskın görüşün aksine şüphe feshi kurumunu hukuka aykırı bulup çeşitli gerekçelerle eleştirenler olmuştur¹³⁴¹. Bu eleştirileri dört başlık altında toplamak mümkündür.

¹³³⁸ Baysal, Geçerli Sebep, ss. 172 vd.; Baysal, Şüphe Feshi, s. 83 vd.; Doğan Yenisey, s. 65 vd.; Hozar, s.237 vd.; Sur, Şüphe Feshi, ss. 2490-2494, 2449; Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 321-327.

¹³³⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm V. Şüphe Feshinin Koşulları.

¹³⁴⁰ Uwe Meyer, **Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken**, Dunker&Humbolt, Berlin, 1997, ss. 114-115; Lücke, Unter Verdacht, ss. 1842-1848; Ulrich Fischer, “Die Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung”, **BB**, Yıl: 2003, Sayı: 10, s. 522; Hahn, 27; Ebeling, ss. 15 vd.; Sören Langner ve Boris Witt, “Aktuelles zur Verdachtskündigung”, **DSfR**, Yıl: 2008, Sayı: 17, ss. 825-830; Eylert, Verdachtskündigung, s. 393-408; Gerhard Binkert, “Hände weg vom Kündigungsschutzgesetz!”, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 8, s. 436; Walker, ungeklärte Fragen, s. 1; Thomas Ritter, “Die Verdachtsabmahnung”, **NZA**, Yıl: 2012, Sayı: 1, s. 19; Michael Fuhlrott, “Voraussetzungen von Verdachtskündigungen (Teil 1)”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2012, Sayı: 22, (Teil 1), ss. 553-554; Lunk, s. 2753.

¹³⁴¹ Joachim, ss. 33-39; Schütte, ss. 21-22; Dörner, Verdachtskündigung im Spiegel, ss. 865 vd.; Dörner, Verdachtskündigung, ss. 873-877; Dörner, Neues zur Verdachtskündigung, ss. 663-669; Naujok, ss. 398-402; Deinert, ss. 285-297.

A. Hakimin Hukuk Yaratması Açısından Şüphe Feshi Kavramı

Şüphe feshinin hukukiliğine karşı itiraz, öncelikle kanuni bir dayanağı olmadığı gerekçesi ile yapılmıştır¹³⁴². Bu görüşe göre, şüphe feshi kavramı, BGB m. 626'daki haklı nedenle feshin yorumlanmasıyla türetilmiştir; ancak madde metninde aranan önemli neden(wichtiger Grund)in kanıtlanabilir olaylara dayandırılması şarttır. Ne objektif olgulara dayandırılan şüphenin, ne de ileri sürülen güven kaybının bu şartı karşıladığı kabul edilir. İşverenin, gerçekleşen bazı olaylardan yaptığı çıkarımlar sonucu ortaya çıkan şüphe ve bunun sonucunda işçinin güvenilirliğinin zedelendiğinin ileri sürülmesi, gerçeklikten yoksun sadece iş sözleşmesini sona erdirebilmek adına ortaya konan bir husus olarak görülmüştür¹³⁴³.

Şüphe feshi BGB m. 626'da düzenlenen haklı nedenle feshe dayandırılmayacağına belirtilmesinin yanı sıra, KSchG m. 1 de sayılan kişisel, davranışsal ve işletmesel geçerli fesih nedenleriyle de örtüştürülememiştir¹³⁴⁴ ve bundan dolayı kanuni bir temeli olmayan ek bir dördüncü fesih nedeni teşkil edeceği ileri sürülmüştür¹³⁴⁵. Şüphe feshinin geçerliliğini savunurken ve feshe ilişkin kararlarda getirilen şartlar açıklanırken, bunların hâkimin hukuk yaratması suretiyle ortaya çıktığı da ifade edilmiştir¹³⁴⁶. Ancak, ileri sürülen bu görüşlere de itiraz edilmiş ve belirtilen şekilde yargı kararlarında hakimin hukuk yaratması yoluyla yeni bir fesih nedeni ortaya konarak, şüphe feshine dayanak oluşturulduğunun söylenemeyeceği savunulmuştur. Çünkü hakimin hukuk yaratabilmesi için bulunması gereken düzenleme boşluğunun mevcut olmadığı, bu sebeple hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir¹³⁴⁷. Bu görüşe göre, kanun koyucu işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin sona erdirilmesine ilişkin mevcut tartışmayı BGB m.

¹³⁴² Roman F. Adam, "Die Struktur der arbeitsrechtlichen Kündigungsgründe", **AuR**, Yıl: 2013, Sayı: 1, s. 17.

¹³⁴³ Schütte, s. 21.

¹³⁴⁴ Naujok, s. 399; Adam, s. 17.

¹³⁴⁵ Schütte, s. 21.

¹³⁴⁶ Ulrich Preis, "Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz (II)", **DB**, Yıl: 1988, Sayı: 28, (Neuere Tendenzen), s. 1448.

¹³⁴⁷ Daniel Egli, **Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000, s.87; Dörner, Verdachtskündigung, s.877.

626 (haklı nedenler fesih) ve KSchG m. 1 (geçerli nedenler) ve m. 9 ile kapsamlı ve nihai şekilde düzenlemiştir¹³⁴⁸.

Öncelikle yukarıda incelenmiş BGB m. 626 uyarınca haklı nedenle feshe¹³⁴⁹ başvurulabilmesi için önemli sebep olarak nitelendirilebilecek ve işverenden iş ilişkisine devam etmesini beklenemeyecek hale getiren bir “vakıa”nın gerçekleşmiş olması gerekir¹³⁵⁰. BGB m. 626 uyarınca haklı nedenle fesih gerçekleştirildikten sonra ise mahkemeye bir dava açılır ve fesih geçersiz kabul edilirse; KSchG m. 9/I 2. cümlesi uyarınca *“işletmesel çıkarlara uygun bir şekilde işçi ve işverenin birlikte çalışmasının daha fazla beklenilemediği nedenler olduğunda”* mahkemece iş ilişkisinin sona erdirilmesi mümkün olacaktır. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu m. 9/I’deki bu düzenlemeyle, işveren, haklı bir şüphesi olduğunda, iş ilişkisini mahkeme kararıyla sona erdirebilecektir. Bu doğrultuda doktrinde, BGB ve KSchG’in belirttiğimiz hükümleri sebebiyle kesinlikle bir düzenleme boşluğu bulunmadığı¹³⁵¹ ve şüphe feshinin kabulüyle mevcut kanuni düzenlemelere karşı olarak fesih imkanları genişletilmiş olacağı ifade edilmiştir¹³⁵². Ayrıca doktrinde, mahkemelerin görevi kanun hükümlerini anlayıp, yorum yapıp karar vermek olduğundan da şüphe feshi kurallarının yargı kararlarıyla oluşturulması eleştirilmiştir¹³⁵³.

Sonuç olarak da bir hukuk boşluğu olmamasına rağmen şüphe feshi konusunda hakimın hukuk yaratmasının Alman Anayasası GG m. 20/III’deki *“Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar”* hükmüne aykırılık teşkil edeceği düşünülmüştür¹³⁵⁴. DIE LINKE Parti Grubunun şüphe feshi yasağına yer vermiş olduğu Kanun Tasarısı bakımından da şüphe feshinin BGB m. 626 haklı nedenle fesih kapsamına sokulmasının tartışmalı

¹³⁴⁸ Dörner, Verdachtskündigung, s. 877; **BT Drucksache 17/649**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700649.pdf>, (20.12.2021), s. 6.

¹³⁴⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. b. Olağanüstü Fesih (Außerordentliche Kündigung)

¹³⁵⁰ Schütte, s. 21.

¹³⁵¹ Schütte, s. 21; Dörner, Verdachtskündigung im Spiegel, s. 868; Dörner Verdachtskündigung, s. 877; Naujok, s. 402; **BT Drucksache 17/649**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700649.pdf>, (20.12.2021), s. 6.

¹³⁵² **BT Drucksache 17/649**, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/006/1700649.pdf>, (20.12.2021), s. 6.

¹³⁵³ Dörner, Neues zur Verdachtskündigung, s. 677.

¹³⁵⁴ Dörner, Verdachtskündigung, s. 877.

olduğu ve hakimın hukuk yaratma sınırlarını aşıp aşmadığı konusunda anayasal bir sorun bulunduğu ileri sürülmüştür¹³⁵⁵.

Sonuç olarak, “hukuka aykırı hakimın hukuk yaratması” eleştirisi, şüphe feshinin kanunda düzenlenmiş bir fesih türüne sokulamayacağı düşüncesinden doğmuştur. Bu sebeple görüşün doğru olup olmadığı konusunda bir değerlendirme için BGB m. 626’nın yorumlanarak uygulanmasıyla şüphe feshi kavramının ortaya çıkıp çıkamayacağı ve hakimın hukuk yaratmasına sebep olacak bir boşluk olup olmadığı sorularını yanıtlamak gerekecektir.

BGB m. 626/I’de kanun koyucu, iş ilişkisinde katlanılamayacak sonuçlar doğuran önemli nedenler olduğunda, iş sözleşmesini sona erdirebilmesi için sözleşme taraflarına imkan vermiştir¹³⁵⁶. Şüphe feshinde de neden, güven ilişkisinin çökmesi olduğundan haklı nedenle fesihte aranan önemli nedenin varlığı konusunda bir tereddüt olduğu söylenemez.

Tarafların güvenilirliği konusunda objektif vakıalara dayanan bir şüphe varsa, bu durum iş ilişkisi için katlanılamaz bir yük olabilecek ve sözleşmenin devam ettirilmesi işverenden beklenemez hale gelebilecektir¹³⁵⁷. Dolayısıyla şüphe feshi hakkı doğması için güven ilişkisinin geri döndürülemez ve katlanılamayacak ölçüde zarar görmüş olması gerekir. Ancak işverenin şüphe feshine başvuracağı zaman işe devam edilebilmesi için gerekli güvenin işçiye karşı duyulan şüphe sebebiyle artık bulunmadığını açıklaması yeterli görülmeyecektir. Esaslı bir yükümlük ihlali ya da suça dair gerekçesiz salt şüphe, “katlanılamazlık” durumunun ortaya çıktığının kabulüne ve geçerli şüphe feshine imkan sağlamamaktadır. İşverenin, aynı durumlarda makul ve mantıklı objektif bir başka işverenin de duyabileceği bir suç ya da esaslı yükümlülük ihlaline ilişkin şüphenin varlığını, objektif vakıalar ortaya koyarak kanıtlaması gerekir¹³⁵⁸. Kısaca ifade edersek şüphe feshinde, fesih nedeni esas olarak işverenin şüphesi değil, yaşadığı güven kaybıdır¹³⁵⁹. Objektif olgulara dayanan kuvvetli şüphe sonucu geri dönüşü olmayacak şekilde güven kaybı da, BGB

¹³⁵⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm II. B. 3. a. DIE LINKE Parti Grubu Kanun Tasarısı

¹³⁵⁶ Müller-Glöge, Erfurter, § 626 BGB, Rn. 1.

¹³⁵⁷ Ernst Fischermeier, “Zulässigkeit und Grenzen der Verdachtskündigung”, **Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht**, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 2006, ss. 276-277.

¹³⁵⁸ Otto, s. 140. BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272. Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 2. Kuvvetli Şüphenin Niteliği

¹³⁵⁹ Orth, s. 81; Lücke, Unter Verdacht, s. 1844; Lunk, s. 2753. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 3. Kuvvetli Şüphenin Güven İlişisini Ortadan Kaldırması.

m. 626/I kapsamında haklı nedenle fesih için önemli sebep teşkil etmeye uygun olacaktır. Çünkü, iş sözleşmesinde güven ilişkisi ve önemi anlatılırken ifade edildiği üzere, iş sözleşmesi gibi kişisel nitelikli sürekli borç ilişkisi, tarafların karşılıklı olarak duyduğu güven üzerine kurulur¹³⁶⁰. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, şüphe feshinin, BGB m. 626'da düzenlenen haklı nedenle feshin işveren için hafifletilmiş hali gibi bir nitelendirmenin de mümkün olmadığı savunulmuştur¹³⁶¹.

Sonuç olarak, “şüphe feshinin geçersiz hakim hukuk yaratması” olduğu görüşü ikna edici bulunmamıştır. Zaten eleştirinin baştan yanlış bir temele dayandırıldığı ifade edilmiştir. Çünkü şüphe feshi, feshin sadece çerçevesinin çizildiği tipik bir genel hüküm olan BGB m. 626¹³⁶²'nin yorumlanarak uygulanmasıyla türetilmiştir ve ileri sürüldüğü gibi “hakimin hukuk yaratması durumu” değildir¹³⁶³. Geçersiz bir hukuk yaratma olmadığı ve şüphe feshinin hukukiliği, BGB m. 626'nin yorumlanması ile haklı nedenle feshe dayandırılmasına bağlanırken; süreli fesih şeklinde gerçekleştirilen şüphe feshinin hukukiliği de haklı nedenle şüphe feshinin hukuki bir kavram olarak kabul edilmesine dayandırılmıştır¹³⁶⁴. Çünkü bu iki fesih arasında kademeli bir ilişki olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla haklı nedenle şüphe feshinin kabul edildiği durumlarda süreli fesih şeklinde şüphe feshinin uygulanması evleviyetle mümkün olacaktır¹³⁶⁵.

Hukukumuz bakımından değerlendirildiğinde de hukuka aykırı şekilde hakim hukuk yarartmanın mevcut olmadığı kabul edilecektir. Çünkü ayrıntılı şekilde gerekçeleriyle incelemiş olduğumuz üzere şüphe feshi işçinin yetersizliğine dayanan geçerli nedenle fesih olarak kabul edilmiştir¹³⁶⁶. Hakimin hukuk yaratması ya da yeni bir fesih türü oluşturması gibi bir durum yoktur. Zaten Türk doktrinde de böyle bir eleştiri yapılmamıştır.

¹³⁶⁰ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm I. C. İş Sözleşmesinde Güven İlişkisi ve Önemi

¹³⁶¹ Christoph Weber, “Verdachtskündigung - Gemeinsame Anmerkung”, *SAE*, Yıl: 1996, Sayı: 2, s. 61.

¹³⁶² Müller-Glöge, Erfurter, § 626 BGB, Rn. 2.

¹³⁶³ Fischermeier, ss. 276-277; Wertz, ss. 66-67. Bkz. BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, *NZA*, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hoefs, ss. 74-122.

¹³⁶⁴ Heilmann, s. 74; Strobel, s. 168; Vom Stein, s. 63; Hoefs, s. 259. Bkz. BAG, 04.11.1957 - 2 AZR 57/56, *AP*, BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7; LAG Hamburg, 08.07.1998 - 4 Sa 38/97, *NZA*, Yıl: 1999, Sayı: 9, ss. 469-473.

¹³⁶⁵ Hem haklı nedenle derhal fesih hem süreli fesih uygulanabilmesine ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. a. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü

¹³⁶⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

Görüldüğü üzere, iki hukuk sisteminde de bir hukuk yaratma söz konusu olmamıştır. Burada kanun koyucuların, genel çerçevesini çizdiği fesih nedenleri bakımından hakimin somutlaştırma işi yapması durumu mevcuttur¹³⁶⁷.

B. Masumiyet Karinesinin İhlali

Şüphe feshinin hukuka uygun bulunmayış nedenlerinden bir diğeri de masumiyet karinesine aykırı olduğunun kabul edilmesidir¹³⁶⁸. Masumiyet karinesi kısaca, bir eylemi gerçekleştirdiğine ilişkin kanıt olmadığı durumlarda kişinin cezalandırılmaması için korunması olarak ifade edilebilir¹³⁶⁹. Şüphe feshini masumiyet karinesi ihlali olarak görenlerin dayanağı da, bu korumanın sadece ceza hukuku ile sınırlı kalmadığı ve masumiyet karinesinin özel hukuk alanı içinde dolayısıyla konumuz açısından iş hukuku alanında da etkili olacağı düşüncesidir¹³⁷⁰.

Her ne kadar feshin bir yaptırım aracı olmadığı ve işçiyi cezalandırmak amacı taşımadığı genel kabulü mevcutsa da¹³⁷¹, şüphe feshiyle işin kaybedilmesi ve sonuçlarının işçinin haklarına çok ağır bir şekilde müdahale ettiğinden, bu fesih türünün cezayla eş değer tutulması gerektiği doktrinde belirtilmiştir¹³⁷². Bu bakış açısıyla, ceza hukuku anlamında suç şüphesi derecelerinin anlamı ve hangi durumlar için arandığı dikkate alındığında¹³⁷³, özellikle işveren şüphesinin konusu bir suç ise, şüphenin işverene ancak soruşturma başlatmasına imkan verebileceği belirtilmiştir. Sonuçta şüphenin sadece gerçeklerin aydınlatılması için başvurulacak yollar ve alınacak önlemleri haklı kılacağı, fesih gibi nihai bir yaptırım için yeterli bulunmadığı ifade edilmiştir¹³⁷⁴.

Tüm fesihlerde olduğu gibi şüphe feshinde de en önemli sonuç, işçinin geçim kaynağını kaybederek, bir ekonomik zarara uğramasıdır. Dahası fesih nedeni, esaslı bir yükümlülük ihlali ya da suç işlemiş olabileceğine dair bir şüphe olduğundan işçi

¹³⁶⁷ Lücke, Unter Verdacht, s. 1844.

¹³⁶⁸ Naujok, s. 398; Schütte, s. 21; Dörner, Verdachtskündigung im Spiegel, s. 866; Deinert, s. 291; Rudolf Buschmann, "Anmerkung - LAG Berlin-Brandenburg, 24.2.2009 - 7 sa 2017/08", **AuR**, Yıl: 2009, Sayı: 6, s. 220.

¹³⁶⁹ Schütte, s. 22. Masumiyet karinesi ve uygulama alanı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm II. E. Masumiyet/Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı

¹³⁷⁰ Schütte, s. 22; Belling, s. 227; Naujok, s. 400.

¹³⁷¹ Bkz. Üçüncü Bölüm III. Şüphe Feshi Çeşitleri ve Öngörü Prensibi

¹³⁷² Schütte, s. 22; Hahn, s. 29.

¹³⁷³ Bkz. Birinci Bölüm I. B. Ceza Hukukunda Şüphe Dereceleri

¹³⁷⁴ Schütte, s. 22; Dörner, Verdachtskündigung im Spiegel, s. 869; Hahn, s. 29.

meslek ve hatta özel hayatındaki itibarını da kaybedebilecektir¹³⁷⁵. Görüldüğü üzere işçi, söz konusu eylemleri gerçekleştirmemiş olsa dahi, hem işini kaybetmekte hem de yapmadığı bir eylemi yapmışçasına adı lekelenebilmektedir. Bu yüzden şüphe sebebiyle işin kaybedilmesinin masumiyet karinesinin koruma alanına girdiği ve şüphe feshinin bu ilkeye aykırı olduğu ifade edilmiştir. Masumiyet karinesine uygun bir fesih için, işçinin bir suç veya ciddi bir yükümlülük ihlaline ilişkin şüphenin tek başına yeterli olmayacağı, işin kaybı için kanıtlanmış bir durum ya da davranışın bulunması gerektiği belirtilmiştir¹³⁷⁶.

Karşı görüşte olanlar ise masumiyet karinesinin özü, öncesinde suçun tespitine ilişkin bir yargılama gerçekleşmeden ve kişinin suçu ispat edilmeden, suçlu ilan edilip cezalandırılmasına karşı korumak olduğundan¹³⁷⁷, fesih beyanı bir suç isnadi ile bağlantılı olarak yaptırım içerseydi masumiyet karinesinin uygulama alanı olabileceği ama bunun söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Çünkü şüphe feshinde suç ile işçi arasında bir bağ kurulmadığı ve diğer fesihlerde olduğu gibi söz konusu işçinin daha önceki bir davranışı için ceza/herhangi bir yaptırım amacıyla gerçekleştirilmediği ifade edilmiştir¹³⁷⁸. Şüphe feshinde, fesih nedeninin salt şüphe olmadığı, işçinin mevcut bir suç ya da başka bir ciddi yükümlülük ihlalini kusuruyla gerçekleştirip gerçekleştirmediği belirsiz bir somut olay söz konusu olduğu ve dahası belirli şüpheyi destekleyen olgular işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisini zedelediği¹³⁷⁹; bu sebeplerle şüphe feshinin bir cezai nitelik taşımayacağı savunulmuştur¹³⁸⁰.

Tüm fesihlerde olduğu gibi şüphe feshiyle de mevcut sözleşme ilişkisinin değiştirilmesi ya da bitirilmesiyle bir bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması mevcuttur. Bir suçun cezalandırılmasında, kişinin “geçmiş”teki kusuruyla gerçekleştirdiği hatalı davranışlara yaptırım uygulanırken, fesih “gelecek”e yöneliktir. Şüphe feshinde şu anda ve gelecekte iş ilişkisini sıkıntıya sokarak feshi gerekçelendirecek ve işçiyle çalışmaya devam edilmesi beklenemeyecek nitelikte

¹³⁷⁵ Heilmann ss. 15-16; Naujok, s. 401.

¹³⁷⁶ Deinert, s. 295; Jens Peter Hjort, “Verdachtskündigung und heimliche Videüberwachung”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2014, Sayı: 4, s. 101.

¹³⁷⁷ BVerfG, 16.05.2002 - 1 BvR 2257/01, **NJW**, Yıl: 2002, Sayı: 44, ss. 3231-3231. Bkz. Ayrıca Birinci Bölüm II. E. Masumiyet/Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı

¹³⁷⁸ Edenfeld, s. 382.

¹³⁷⁹ Hahn, s. 35.

¹³⁸⁰ Baysal, Şüphe Feshi, ss. 87-88; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 322.

olaylar söz konusudur¹³⁸¹. Böylece şüphe feshinin, bir şüphenin cezalandırılması olarak görülemeyeceği ve masumiyet karinesi uygulama alanı olamayacağı sonucuna varılmıştır.

Ama belirtildiği üzere işin sona ermesiyle işçi önemli ekonomik bir kaybın yanı sıra, devamında sosyal ve mesleki anlamda bir itibar kaybı da yaşayabilmektedir. Bu sebeple işçi, iş sözleşmesinin feshedilmesini kendisine karşı yapılan bir cezalandırma olarak görebilecek ve hatta gerçekten şüphe edilen davranışları gerçekleştirmemiş bir kişi, bu fesihle ondan kurtulmaya çalışıldığını halk deyişi ile “ayağının kaydırıldığını” haklı olarak düşünebilecektir¹³⁸². Fakat bu düşüncelere karşı olarak da, işçiye ağır sonuçları olan durumların yaratılmasının masumiyet karinesinin ihlaline ilişkin bir kriter olmayacağı¹³⁸³ ve feshin sonuçlarının, sadece bir taraf için geçerli olan cezalandırma bakış açısıyla değil, iş ilişkisi devamının işveren için beklenebilirliği sorusu bağlamında da ele alınarak, her iki tarafın menfaatlerine bakılıp bir denge kurulması gerektiği belirtilir¹³⁸⁴.

Daha önce de belirttiğimiz üzere fesih hukukunda yaptırım prensibi kabul edilmemiş, dahası öngörü prensibi esas alınmıştır¹³⁸⁵. Bu ilke uyarınca işveren fesihten önce, işçinin gelecekte iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini usulüne uygun şekilde yerine getiremeyeceğine, iş, işyeri ve işverene zararlar vereceğine yönelik olumsuz öngöründe bulunmak durumundadır. Şüphe feshinde de diğer fesihlerde olduğu gibi, olumsuz öngörü uyarınca somut olay bakımından iş ilişkisine devam edilmesi beklenemediğinden sürekli bir borç ilişkisi sona erdirildiği ve işverence bir cezaya hükmedilmesi söz konusu olmadığı ifade edilmiştir¹³⁸⁶. Eyalet İş Mahkemeleri ve Alman Federal İş Mahkemesi de, şüphe feshinin gelecekle ilgili olduğu, bir yaptırım teşkil etmeyeceği, masumiyet karinesinin yeni bir uygulama alanının ortaya çıkmayacağı ve anayasal bir ilkeye aykırılıktan söz edilemeyeceği yönünde kararlar vermiştir¹³⁸⁷.

¹³⁸¹ Ebeling, s. 75.

¹³⁸² Wertz, s. 75

¹³⁸³ Ebeling, ss. 64, 74.

¹³⁸⁴ Wertz, s. 75.

¹³⁸⁵ Lembke, Verdachtskündigung, s. 85; Eylert, Verdachtskündigung, s. 397. Bkz. Üçüncü Bölüm III. Şüphe Feshi Çeşitleri ve Öngörü Prensibi

¹³⁸⁶ Otto, s. 217; Şüphe Feshi, ss. 87-88; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 322.

¹³⁸⁷ Otto, s. 217; Hoef, s. 92; Hahn, s. 36; Ebeling, s. 80; Schlegel, s. 59. Bkz. BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272; BAG, 06.12.2001 - 2 AZR 496/00, **NZA**, Yıl:

Doktrindeki bir başka görüş ise, şüphe feshinde şüphelenilen durum bir suçsa ve buna yönelik uygun bir cezai soruşturma başlatıldıysa iş mahkemesinin resmi makam olarak masumiyet karinesiniyle bağlı olduğunu ileri sürmüştür. Çünkü şüphe feshinde bir ceza hukukuna ilişkin yaptırıma hükmetme durumu olmasa da, iş yargılaması bakımından değil ama işçinin şüpheli olduğu suça ilişkin başlatılmış soruşturma bakımından masumiyet karinesinin dikkate alınması gerekecektir. Hatta henüz şüphe duyulan konularla ilgili bir soruşturma başlamamış ve AİHS m. 6/II mantığında davalı/sanık/zanlı sıfatı bulunmasa da suç teşkil edebilecek hareket açısından masumiyet karinesinin ön etkisi olacağını ve mahkemenin buna uygun davranması gerektiği düşünülmüştür¹³⁸⁸. İş mahkemeleri, gerçekten gerekli olanın ötesine geçip, şüphe feshini haklı bulduğu kararının gerekçesinde işçinin suçu hakkında bir açıklama yaptığı da, iş mahkemeleri tarafından masumiyet karinesinin ihlalinin gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Çünkü bu hallerde de iş mahkemesi o konuda yargılama yapmaksızın hukuka aykırı olarak bir suç tespiti yapmış olacaktır. Ancak bu görüşün de anlamlı ve işlevsel olmadığı, belirtilen sorunun, yalnızca çalışanın şüpheli olduğu ve söz konusu hukuka aykırı bir eylem nedeniyle, ilgili çalışana karşı cezai bir soruşturma başlatıldığında veya başlatılabileceği durumlarda ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Zaten ceza soruşturması ya da kovuşturması olsa da, İş Mahkemesi'nde konu olan bir şüphe feshinde değerlendirilmesi gerekenin, şüphe duyulan davranışın esas ya da yan yükümlülüklerle karşı bir ihlal teşkil edip etmeyeceği ve somut olayda iş ilişkisinin sürdürülebilmesinin beklenemezliği olduğu vurgulanmıştır. Bu doğrultuda davada ancak tartışmalı feshin geçerli olduğuna karar verilebilecektir. Dolayısıyla iş mahkemesi şüphe duyulan kişiyle ilgili bir suç isnadında bulunmayacaktır. Karar, sadece özel hukuka ilişkin bir yenilik doğuran (bozucu yenilik doğuran hak) hakkın uygulanması koşullarının bulunduğu anlamına gelecektir. Bu sebeple hiçbir şekilde masumiyet karinesinin bir uygulama alanı oluşmadığı ve işe iade davasının AİHS m.6/II'da belirtilen anlamda bir ceza yargılaması teşkil etmeyeceği savunulmuştur¹³⁸⁹.

2002, Sayı: 15, ss. 847-851; LAG Rheinland-Pfalz, 16.02.2012 - 10 TaBV 30/11, **BeckRS** 2012, 67721.

¹³⁸⁸ Wertz, s. 77.

¹³⁸⁹ BVerfG, 29.05.1990 - 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, **NJW**, Yıl: 1990, Sayı: 43, ss. 2741-2744.

Doktrindeki tüm bu görüşler doğrultusunda hem Alman hem Türk Hukuku'nda ortaya çıkan genel anlayış şüphe feshinin masumiyet karinesi ihlali teşkil etmeyeceğidir¹³⁹⁰.

Şüphe feshi ile masumiyet karinesi ihlali arasında ilişki bakımından düşüncemiz bu genel kabulden farklıdır. Doğrudan şüphe feshinin masumiyet karinesine aykırı olduğunu ve hukuka uygun bir kavram olmadığını söylemek doğru olmaz. Ancak şüphe feshiyle masumiyet karinesinin hiçbir bağlantısı olmadığını kabul etmek de mümkün değildir.

İşe iade davasından sonra ceza yargılaması yapılması veya ceza yargılaması başlamışsa sona erip işçinin aklanması her zaman mümkündür. Ayrıca iş mahkemesi kararında işçinin suçu da sabit kılınmamıştır. Daha önce incelediğimiz üzere de ceza mahkemesi kararları kural olarak iş mahkemelerini bağlamayacağı gibi iş mahkemeleri kararları da ceza mahkemeleri için bağlayıcı olmaz. Ancak işçinin suçlu olduğuna ve cezalandırılmasına yönelik bir karar verilmemiş ve şüphe feshinin geçerliliği kararı ceza yargılamasında negatif bir sonuç doğurmayacak olsa da; işçinin sosyal ve mesleki çevresinde, “şüphe edilen durumu aslında gerçekleştirdiğine yönelik bir kanaat” oluşabilir. İşçinin işten çıkarılması sadece iş sözleşmesinin geleceği ile ilgili bir karar sayılıp, ceza olarak algılanmadığından “masumiyet karinesi ihlal olmaz” denilse de; işçi için çevresinde oluşan yanlış bir kanaat ve müstakbel işveren açısından kendisine karşı oluşabilecek ön yargının lekelenmeme hakkı ihlaline sebep olabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca şüphe feshinde dayanılan şey “doğrudan şüphe edilen olay” olmasa da sonuçta dolaylı da olsa işçi, yaptığı kesin olmayan hatta henüz yapmadığı olaylar sebebiyle işini kaybetmektedir. Ve feshin bir ceza niteliğinde olmadığını belirtip masumiyet karinesi uygulama alanı oluşmaz denmesinin hakkaniyete uyacağını düşünmemekteyiz. İşçi bir davranışta bulunmamasına rağmen gelir kaynağının yanı sıra, mesleki hatta sosyal hayatında itibarını dahi kaybedebilecektir. Ayrıca hukukta bir şeyin nasıl adlandırıldığı değil niteliğinin ne olduğu önemlidir.

¹³⁹⁰ Fischermeier, s. 278; Hoefs, ss. 89 vd.; Schlegel, ss. 54 vd.; Eylert, s. 397; Beate Alt, “Die Verdachtskündigung”, **Aspekte der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Jahrbuch des Rechtsschutzes 2010**, Baden-Baden, 2010, s. 119; Baysal, Şüphe Feshi, ss. 87-88; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 322; Sur, Şüphe Feshi, s. 2491; Erdoğan, s. 82.

Sonuç olarak, şüphe feshinin masumiyet karinesine aykırı bir durum olduğunu kabul etmekteyiz¹³⁹¹; ancak bu kabulümüz şüphe feshine başvurulamayacağı anlamına gelmeyecektir. Somut olaya bakılmalı ve karşılıklı hak ve menfaatler irdelenmelidir. Yarışan haklar iyice değerlendirilip, işverenin masumiyet karinesi ihlalinin söz konusu olduğunun da bilincinde bir şekilde, özenle şüphe feshi hakkı doğup doğmayacağı ya da şüphe feshinin geçerli olup olmadığı konusunda karar verilmelidir.

“Masumiyet karinesinin uygulama alanı değildir” deyip konuyu kapamak bu hassas nitelikte feshe daha özensiz şekilde başvurulabilmesine sebep olabilecektir. Şüphe feshinin masumiyet karinesine aykırı olduğunu kabul edip, bunun geçerliliğini son çare olarak düşünüp sıkı koşullara tabi tutmak, istisnai olarak geçerli saymak gibi bir anlayışın daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak, somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak düzgün bir menfaat değerlendirilmesi yapılmalı, tüm işçi ve işveren çıkarları masumiyet karinesi göz ardı edilmeksizin dikkate alınmalı, güven sermayesinin durumu, ölçülülük ve uzantısı ultima ratio bağlamında irdelenmeli ve şüphe feshi geçerliliğine bu incelemelerin sonucuna göre karar verilmelidir. Örneğin kamu yararı dahası kamu güvenliği söz konusuysa artık üçlü bir menfaat değerlendirmesi olacak ve elbette kamu yararı¹³⁹² ağır basacağından şüphe feshinin geçerli kabul edilmesi gerekecektir.

Aslında iş güvencesi sisteminin “iş ilişkisinin devamı esas sona ermesi ise istisnadır” anlayışının, RAG nin bir dönem uyguladığı gibi şüphe feshinde “şüphe feshi kural olarak geçersizdir, ancak şartları sağlandıysa ve yeniden inşa edilemeyecek şekilde güven ilişkisi yıkıldıysa istisnaen geçerli olacaktır” görüşünün¹³⁹³ benimsenmesiyle esas alınması, işverenlerin bu fesih türüne başvurururken daha özenli davranmasını teşvik edebilecektir.

Sonuçta burada görüşümüz, “anayasal bir hak olan masumiyet karinesinin ceza yargılaması alanında geçerlidir” deyip görmezden gelinmemesi, işverenin şüphe feshi hakkı kabul edilmesi ama Alman Hukuku’nda yargı kararlarıyla oluşan “yeniden işe alınmayı talep hakkı (wiedereinstellungsanspruch)”nın, benzer

¹³⁹¹ Hoefs, ss. 141 vd.; Doğan Yenisey, ss. 68, 71.

¹³⁹² Kamu yararı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm II. G. Kamu Yararı. Ayrıca kamu yararının özel hukuk sisteminde dikkate alınabilme bakımından bkz. II. A. Anayasal Düzenlemelerin Özel Hukuka Etkisi (Yatay Etki)

¹³⁹³ Bkz. Üçüncü Bölüm II. B. 1. II. Dünya Savaşı Sonuna Kadarki Süreç

nitelikteki İşK m. 30/V’de işyerinden malulen ayrılanlar ve İşK m. 31/IV askerlik ve kanundan doğan çalışmalar bakımından düzenlenen “yeniden işe alma yükümlülüğü” gibi¹³⁹⁴, şüphe feshi bakımından hukukumuzda da kabul edilmesi şeklindedir. Böylece tartışmalı pek çok husus çözülecek ve işçinin haksız yere işinden olmasının önüne geçilirken, işveren de güvenmediği bir işçiyle çalışmaya zorlanmayarak arada denge kurulmuş olacaktır.

Ayrıca masumiyet karinesine aykırılığı ve işçinin lekelenmeme hakkının ihlalinin önüne geçebilmek adına işverenin şüphe feshi uyguladığı durumlarda, işten ayrılış bildirgesinde ayrılma nedenine ilişkin kodlara da dikkat etmesi gereklidir. Şüphe konularını işçinin gerçekleştirip gerçekleştirmediği ya da gerçekleştirileceği kesin değildir ve feshin nedeni de bu davranışlar değil işverenin yaşadığı güven kaybıdır. Dolayısıyla işverenin şüphe edilen davranışı işçinin gerçekleştirdiği ispatlansaydı bildirilecek olan kodun, şüphe feshiyle sona ermede esas alınması hem hakkaniyete hem de anayasal temel hak ve ilkelere aykırı olacaktır. Bu sebeple şüphe edilen konu ne olursa olsun, gerçekleştirilen şüphe feshi süreli fesih (iş güvencesi kapsamındakiler bakımından geçerli nedenle fesih) niteliği taşıdığından “belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi” anlamına gelen Kod 4 seçilmelidir.

C. İspat Yükünün Hukuka Aykırı Olarak Yer Değiştirmesi

BAG’in şüphe feshi ile ilgili içtihadının, iş sözleşmesinin feshine ilişkin genel esaslardan farklı olarak ispat yükünü yer değiştirip işçiye geçmesi ya da ispat yükünün işçi aleyhine olarak hafifletilmesine sebep olmasından dolayı, şüphe feshinin hukuka uygun olmadığı ileri sürülmüştür¹³⁹⁵. Bu görüşe göre şüphe feshinde de diğer fesihlerdeki gibi, işveren aranan şartların gerçekleştiğini ve şüphenin dayandığı objektif vakıaları ispatlamak zorundadır ve fesih beyanında bulunduğu, gerekçelerini ispatlayamama riskini taşır; ancak nihayetinde işçinin kendisine yöneltilen şüphelerin aslında temelini olmadığını kanıtlaması gerekecektir. Netice itibarıyla işçinin esaslı bir yükümlülük ihlali gerçekleştirmediğini veya bir suç

¹³⁹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. (1) (ii) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinde Suç Ve Suç Şüphesi

¹³⁹⁵ Grunsky, ss. 167 vd.; Schüttte, ss. 17 vd.; Egli, s. 90; Deinert, ss. 285 vd.

işlemediğini kanıtlamak zorunda kalacağı ifade edilmiştir¹³⁹⁶. Bu, genel ispat kurallarına aykırı bir durumdur. Çünkü kural bir şeyin var olduğunun ya da gerçekleştiğinin ispat edilmesidir. Yokun ispatı gibi bir durum söz konusu değildir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 6 “ispat yükü” düzenlemesine göre aksine hüküm olmadıkça kişi hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. HMK m. 190 uyarınca da, “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*” Hem ispat hukukun temel ilkeleri hem de iş kanunu (İŞK m. 20/II) uyarınca işverenin fesih nedenlerini ve feshi geçerli kılan olguları ispat yükümlülüğü altındadır.

Ancak ileri sürülen temel ispat yükü kurallarına aykırılık görüşünün aksine, şüphe feshinde temel esas geçerlidir. İşveren sunduğu nedenleri ispat etmekle mükelleftir. Kuvvetli şüpheyeye dayanak objektif vakıaların yanı sıra, şüphe sebebiyle oluşan güven kaybı ve bunun sonucunda iş ilişkisinin devamının beklenilmeyeceğinin ortaya konulması zorunludur. Bu gerekçelerle, ispat kurallarında değişiklik yapması sebebiyle hukuka aykırılık iddiası doğru bulunmamıştır¹³⁹⁷. Ayrıca hukukumuzdaki HMK m. 191 “*Diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz*” düzenlemesi de bunu destekler niteliktedir. Her ne kadar teorik olarak yazdığımız bu görüşe katılıyor olsak da; somut olayda yaşanacaklar bakımından işçinin zorunda olmasa da kaçınılmaz olarak bir ispat faaliyeti altına sokulmuş olacağı ve genel hukuk ilkelerinin aksine suçsuzluğunu ispatlamak zorunda kalacağı inkâr edilemez bir durumdur. Bu tespitimize karşı olarak, ceza muhakemesinde de kişilere suç isnadında bulunulduğunda, benzer bir durum oluştuğu ama kişilere suçsuzluğunun ispatı yükü altına sokulduğunun kabul edilmediği belirtilebilirse de; öncelikle bu farklı iki yargı kolundaki farklı ilkeler bakımından uygun bir sav olmaz. Çünkü ceza muhakemesinde resen araştırma ilkesi geçerlidir ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlanmıştır. Ve asıl önemlisi kuşkudan sanık yararlanacaktır¹³⁹⁸. Ancak konumuz olan fesihte dayanak zaten şüphedir. İşverenin ispat faaliyeti

¹³⁹⁶ Schütte, s. 21; Dörner, Verdachtskündigung im Spiegel, s. 872.

¹³⁹⁷ Appel ve Gerken, s. 205; Hahn, s. 51; Fischermeier, s. 276.

¹³⁹⁸ Bkz. Birinci Bölüm II. F. Şüpheden/Kuşkudan Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo)

şüphesini haklı kılmaya yöneliktir. İşçi suçsuzluğunu ispat faaliyeti altına girmezse, işini kaybedecek daha da kötüsü adının zan altında kalması durumu oluşacaktır. Bu sebeple işçi temel ispat kurallarına aykırı olarak, suçsuzluğunu ispat etme çabasına girmek zorunda kalacaktır.

İşçi, iş mahkemesinin feshi geçerli kabul etmesi durumunda hukuken suçlu bulunmasa da, toplumsal açıdan yaşanacak durum göz ardı edilmemelidir.

Sonuç olarak iş ilişkilerinde işçi – işverenin hak ve menfaatlerinin karşılıklı olarak korunması gerektiğinden, somut olaya göre bir üçüncü taraf olarak ortaya çıkabilecek kamu yararı da düşünüldüğünde, şüphe feshinin uygulanmasını hem doktrin hem de yargı içtihadlarında kabul edildiği üzere mümkün görülsede; işçinin işe iade davasında ya da daha sonra yeni işvereni veya çevresine karşı masumiyetini ispat etme yükü altında kalabileceğinin de unutulmaması gerekir. Bu doğrultuda ayrıntılarıyla açıklayacağımız fesih şartları esaslı şekilde denetlenmeli ve menfaat değerlendirmeleri somut olay bakımından çok iyi yapılmalıdır.

D. Anayasal Çalışma Hakkı ve Özgürlüğünün İhlali

Şüphe feshinin hukuka uygun olmadığı yönündeki görüşlerin bir başkası da, feshin Alman Anayasası (Grundgesetz-GG) m. 12/I’de düzenlenmiş “meslek özgürlüğü”ne (hukukumuzda “çalışma özgürlüğü” AY m. 48, “çalışma hakkı” ise AY m. 49’da yer almaktadır)¹³⁹⁹ aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Çünkü “işçi tarafından gerçekleştirdiği kesin olmayan bir durum” sebebiyle iş sözleşmesinin derhal feshedilebileceğinin kabul edilmesi, iş yeri seçme özgürlüğüyle birlikte, işe başlama, devam etme, görev ve de mesleğin icrası değişikliği konularındaki özgürlüğü de içinde barındıran GG m. 12’de düzenlenmiş temel insan hakkının orantısız sınırlaması olarak görülmüştür¹⁴⁰⁰. Ancak bu görüşe katılan olmamış, şüphe feshinin böyle bir ihlal teşkil etmeyeceği belirtilmiştir¹⁴⁰¹.

GG m. 12/I’in şüphe feshinde doğrudan uygulama alanı bulmayacağı; çünkü GG. 12/I ’deki temel hak, GG m. 1/III’deki “*Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar*” hükmü uyarınca

¹³⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm II. C. Çalışma, Sözleşme ve Teşebbüs Kurma Hürriyeti.

¹⁴⁰⁰ Dörner, Verdachtskündigung, ss. 876-877.

¹⁴⁰¹ Lücke, Unter Verdacht, s. 1845; Hoefs, s. 94-101; Ebeling, s. 81; Zborowska, s. 62.

doğrudan özel hukuk kişilerini değil sadece kamu gücünü yükümlü kılacağı ifade edilmiştir¹⁴⁰². Şüphe feshinin gerçekleştirilmesi bakımından hiçbir devlet erkinin müdahalesi ya da sürece katılması söz konusu olmadığı, “işverenin iş ilişkisini sona erdirebilmek için ona ait özel hukuka ilişkin yenilik doğuran hakkını kullandığı”¹⁴⁰³ belirtilmiştir¹⁴⁰⁴. Ancak bu durum elbette anayasal hakların özel hukuk ilişkilerine hiç etki etmeyeceği anlamına gelmez. Çünkü çalışma hakkı ve özgürlüğü ile anayasal diğer temel haklar doğrudan özel hukuk ilişkilerine uygulanamayacaktır ama Anayasa’nın dolaylı yatay etkisi (unmittelbare Drittwirkung) sebebiyle özel hukuk ilişkilerinde de göz önünde bulundurulması esastır¹⁴⁰⁵. Bu anlayışla, belirsiz bir hukuki kavram olan şüphe feshi için hukuki temel teşkil eden BGB m. 626/I’deki “önemli neden (wichtiges Grund)”nin yorumlanmasında meslek özgürlüğü temel hakkının bir anayasal objektif değerlendirme kriteri olarak dikkate alınması gerekli görülmüştür¹⁴⁰⁶. Doğrudan bir ihlal teşkil etmez denilmeyip, bu şekilde bir değerlendirme kriteri olarak dikkate alındığında, şüphe feshinin uygulamasında GG m. 12 /I’deki meslek özgürlüğünün ne derece göz ardı edildiği irdelenmiştir¹⁴⁰⁷. Sonuçta, BGB m. 626/I işverenin işçinin dürüstlüğüne ilişkin salt subjektif güven kaybının bir fesih nedeni olarak kabul edilebileceği şeklinde yorumlansaydı, işçinin anayasal temel hakkının yeteri kadar dikkate alınmamış olacağı ifade edilmiştir¹⁴⁰⁸. Ancak şüphe feshi, salt subjektif bir şüpheye değil; objektif vakıalara dayanan, iş ilişkisinin hemen sona erdirilmesini haklı çıkarabilecek işçinin yanlış bir davranışına ilişkin, güveni telafisiz şekilde zedeleyen kuvvetli şüpheye dayanır. Güven ilişkisinin onarılamayacak şekilde bozulmasıyla iş ilişkisi temelden sarsılan ve bu sebeple iş sözleşmesini sürdürmesi beklenemeyecek işveren, iş sözleşmesini feshedebilecektir. Şüphe feshiyle işveren kendini, malvarlığını, hatta diğer işçilerini ve bazı durumlarda üçüncü kişileri (örneğin, müşterilerini, somut olaya göre kamu yararını dahi gözetmiş olacaktırlar) koruyabilecektir¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰² Wertz, s. 82.

¹⁴⁰³ BVerfG, 24.04.1991 - 1 BvR 1341/90, <https://openjur.de/u/192249.html>, (12.12.2021).

¹⁴⁰⁴ Hoefs, s. 95; Ebeling, s. 81.

¹⁴⁰⁵ Yatay etki ve doğrudan ya da dolaylı oluşu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm II. A. Anayasal Düzenlemelerin Özel Hukuka Etkisi (Yatay Etki)

¹⁴⁰⁶ BVerfG, 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, <https://openjur.de/u/192249.html>, (12.12.2021); BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272.

¹⁴⁰⁷ Hoefs, s. 95.

¹⁴⁰⁸ BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272.

¹⁴⁰⁹ BAG, 21.11.2013 - 2 AZR 797/11, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 243-249.

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere de şüphe feshinin Anayasa ve yasalara uygun olmayan bir amaç taşıdığını söylemek mümkün değildir. Ama elbette, hukuka uygun bir amaç taşıyan, ele aldığımız eleştiride ileri sürüldüğünün aksine GG m. 12/I ya da hukukumuz bakımından AY m. 48 ve AY m. 49'a aykırılık teşkil etmeyen, sadece çalışma hakkı ve özgürlüğüne de değil Anayasa ve kanunlardaki diğer hak ve hürriyetlerini de ihlal etmeyen bir şüphe feshi için tezimizde incelenecek olan koşulların sağlanması gereklidir¹⁴¹⁰. Ayrıca işveren, ölçülülük ve son çare ilkeleri bağlamında şüphe feshi yerine başvurulacak daha hafif bir yol olup olmadığını ortaya koymalıdır¹⁴¹¹.

Böylece şüphe feshinin, GG m. 12/I'e hukukumuz bakımından AY m. 48 ve AY m. 49'a aykırılık teşkil ettiği ve bu sebeple hukuken geçersiz olacağı kabul edilemez. Hem Türk hem yabancı doktrindeki hâkim yatay etkinin dolaylı olduğu görüşüne katılmamızın dışında, böyle çerçeve bir hükmün dolaylı etkinin istisnası olarak dahi kabul edilemeyeceğini düşünmekteyiz. Ayrıca şüphe feshi anayasal çalışma hakkı ve özgürlüğüne aykırılık teşkil etse bile, kavramın değerlendirilmesinde sadece işçinin değil işverenin de hak ve özgürlükleri göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla işçinin anayasal çalışma hakkı ve özgürlüğünden söz ederken, işverenin teşebbüs kurma özgürlüğü göz ardı edilemez¹⁴¹². Bu bağlamda işverenin şüphe feshinin mümkün olup olmadığının tespiti ve gerçekleştirilen feshin hâkim tarafından yapılan geçerlilik denetiminde, diğer fesih türlerinde de söz konusu olduğu gibi bir menfaat değerlendirmesi yapılarak bir denge olup olmadığı kontrol edilmelidir¹⁴¹³. Bu yerine getirildiğinde, şüphe feshi nispeten daha somut hale gelecek ve işçinin çalışma hakkı ve özgürlüğüne karşı bir ihlali sorunu gündeme gelemeyecektir¹⁴¹⁴.

¹⁴¹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm V. Şüphe Feshinin Koşulları

¹⁴¹¹ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. Şüphe Feshinde Son Çare İlkesi

¹⁴¹² BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272. İşverenin teşebbüs kurma özgürlüğü için bkz. Birinci Bölüm II. C. Çalışma, Sözleşme ve Teşebbüs Kurma Hürriyeti.

¹⁴¹³ Bkz. Üçüncü Bölüm V. C. Menfaat Dengesi

¹⁴¹⁴ Hoefs s. 101; Ebeling, s. 83. Bkz. BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272; BVerfG, 04.11.2008 - 1 BvR 2587/06, <https://openjur.de/u/216005.html> (22.03.2021); BVerfG, 15.12.2008 - 1 BvR 347/08, **BeckRS**, 2011, 87024, (12.12.2021).

V. ŞÜPHE FESHİNİN KOŞULLARI

A. Suç ya da Esaslı Yükümlülük İhlali Teşkil Edecek Harekete İlişkin Kuvvetli Şüphe

Fesih türünün isminden de anlaşıldığı üzere geçerlilik için ilk şart bir şüphenin varlığı olacaktır. Ama işverenin işçiye karşı duyduğu her şüphe bu koşulu sağlamak için yeterli değildir. İşçinin iş sözleşmesi yükümlülüklerini esaslı bir şekilde ihlal ettiğine veya suç teşkil eden bir eylemde bulunduğu dair kuvvetli bir şüphenin varlığı gereklidir¹⁴¹⁵. Doktrinde ve yargı kararlarında bu koşul bakımından “yoğun”¹⁴¹⁶, “ciddi”¹⁴¹⁷ ve “güçlü”¹⁴¹⁸ şüphe ifadeleri de kullanılmıştır. Ancak çalışmamızda yine Yargıtay kararlarında¹⁴¹⁹ da geçen “kuvvetli şüphe” ifadesi tercih edilmiştir¹⁴²⁰.

1. Şüphe Duyulan Eylemler

“Kuvvetli şüphe şartı”nın sağlanması bakımından öncelikle şüphe duyulan eylemlerin değerlendirilmesi gereklidir. Şüphe duyulan eyleme yönelik incelenebilecek hususlardan biri, hareketin kime karşı yapılmış olduğudur. Çünkü yapıldığına dair şüphe duyulan eylem, işverene karşı değil üçüncü kişilere karşı da

¹⁴¹⁵ Brox ve diğerleri, s. 196 Rn. 554; Holbeck ve Schwindl. s. 127; Löwisch ve diğerleri, s. 177 Rn. 635; Krause, s. 274 Rn. 15; Waltermann, s. 154 Rn. 347; Hoefs, ss. 53, 168-171; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68; Baysal, Geçerli Sebep, s. 174; Keser, ss. 314, 315; Baysal, Şüphe Feshi, s. 88; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 321.

¹⁴¹⁶ Bkz. Y. 22. HD. 05.12.2013, 2013/30843 E., 2013/27914 K., Erdoğan, s. 132 dpn. 648.

¹⁴¹⁷ Sur, Şüphe Feshi, s. 2490; Erdoğan, ss. 131 vd.. Bkz. Y. 22. HD., 16.01.2017, 2017/746 E., 2017/34 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl: 2017/4 Sayı: 55, <https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/suphe-feshi>, (13.12.2021); Y. 22. HD., 23.01.2017, 2017/817 E., 2017/655 K., www.kazanci.com, (24.06.2021); 22. HD., 26.11.2018, 2018/11097 E., 2018/25472 K.; Y. 22. HD., 21.01.2019, 2018/16692 E., 2019/1412 K., www.legalbank.net, (13.12.2021).

¹⁴¹⁸ Doğan Yenisey, ss. 68 vd; Hozar, ss. 240 vd.; Kaplan, s. 984; Baysal, Geçerli Sebep, s. 174; Keser, s. 315; Caniklioğlu, s. 127; Sur, Şüphe Feshi, s. 2490; Baysal, Şüphe Feshi, ss. 88 vd.; Y. 9. HD., 22.10.2007, 2007/16878 E., 2007/30923 K.; Y. 9. HD., 05.10.2009, 2008/44383 E., 2009/25774 K.; Y. HGK., 15.11.2018, 2015/22-2715 E., 2018/1720 K., www.kazanci.com, (24.06.2021).

¹⁴¹⁹ Y. 9. HD., 02.06.2008, 2007/39391 E., 2008/13515 K., www.kazanci.com, (20.06.2021); Y. 9. HD., 01.12.2014, 2014/25713 E., 2014/36221 K., www.kazanci.com, (24.06.2021); Y. 9. HD., 04.02.2019, 2018/11109 E., 2019/2630 K., www.legalbank.net, (13.12.2021).

¹⁴²⁰ Aynı şekilde bkz. Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 321, 322; Kaplan, s. 984. Bu tercihimizin nedenine ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 4. Şüphe Feshine İlişkin Olayın Ceza Soruşturması ya da Kovuşturmasına Konu Olması ve İşçiye Koruma Tedbirleri Uygulanması

gerçekleştirilmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu eyleme ilişkin şüphenin feshe dayanak olup olmayacağını doğrudan söylemek mümkün değildir. Eylemin ne olduğuna göre verilecek yanıt değişecektir. Örneğin, bir işçinin iş arkadaşlarının malvarlığı aleyhine suç işlemesine ilişkin olarak duyulan şüphenin feshe dayanak teşkil edeceği düşünülebilirken¹⁴²¹, işyeri dışında işçinin iş görme borcu ile ilgisi olmayan bir konuda işçi tarafından suç işlenmesine dair şüphenin feshe konu olamayacağı kabul edilebilecektir¹⁴²².

Türk ve Alman İçtihatları'na da yansıdığı üzere aşağıdaki konulara ilişkin şüphelerde fesih gündeme gelebilmekte ve şartlar sağlandıysa geçerli kabul edilmektedir¹⁴²³:

- İşletmeye ait park yerinde çalıntı telefon alım-satımı yapıldığı şüphesi¹⁴²⁴,
- Bir uçuş programından kazanılan hediye millerin işçi tarafından haksız bir şekilde kendi hesabına geçirildiği şüphesi¹⁴²⁵,
- İş arkadaşlarına, müşterilere ya da işyeri/işverene karşı dolandırıcılık¹⁴²⁶, hırsızlık¹⁴²⁷, gasp¹⁴²⁸, zimmet¹⁴²⁹ gibi suçlar işlendiği şüphesi,
- Sözleşmeden doğan görevlerini yerine getiren işçinin bu görevlerden haksız kazanç sağladığı şüphesi¹⁴³⁰,
- Emniyeti suiistimal şüphesi¹⁴³¹,
- Cinsel taciz şüphesi¹⁴³²,
- Şirket gizli bilgilerinin rakiplere ve üçüncü kişilere aktarıldığı şüphesi¹⁴³³,
- Görev alanı dışında işler ifa ettiği şüphesi¹⁴³⁴

¹⁴²¹ Baysal, Geçerli Sebep, s. 175, Baysal, Şüphe Feshi, s. 88.

¹⁴²² Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274; Baysal, Geçerli Sebep, s. 175, Baysal, Şüphe Feshi, s. 88. BAG, 8.6.2000, **AP**, BGB § 626 Nr. 163; BAG, 27.11.2008, **AP**, KSchG 1969 § 1 Nr. 90.

¹⁴²³ Baysal, Şüphe Feshi, ss. 88-89.

¹⁴²⁴ BAG, 06.11.2003, **AP**, BGB § 626 Verdachtstraftbarer Handlung Nr 39.

¹⁴²⁵ BAG, 03.07.2003, **AP**, BGB § 626 Verdachtstraftbarer Handlung Nr 38.

¹⁴²⁶ Y. 9. HD., 28.04.2008, 2007/31288 E., 2008/10450 K., <https://legalbank.net>, (12.06.2018).

¹⁴²⁷ Y. 9. HD. 25.05.2009 tarihli ve 2009/309 E. 2009/14199 K. www.legalbank.net, (07.05.2019); Y. 9. HD. 08.04.2019, 2019/1352 E., 2019/7992K., www.legalbank.net, (28.07.2019); BAG, 12.08.1999, **AP**, BGB § 626 Verdachtstraftbarer Handlung Nr 28;

¹⁴²⁸ Ankara BAM, 8. HD. 30.05.2019, 2018/3565 E. 2019/1499 K., www.legalbank.net, (07.03.2021).

¹⁴²⁹ Y. 9. HD., 02.06.2008, 2007/39391 E., 2008/13515 K., www.legalbank.net, (07.05.2019); Y. 9. HD., 18.04.2013, 2012/32147 E., 2013/12471 K. www.legalbank.net, (05.03.2021); BAG, 05.04.2001, **AP**, BGB § 626 Verdachtstraftbarer Handlung Nr 34.

¹⁴³⁰ BAG, 26.09.2002, **AP**, BGB § 626 Verdachtstraftbarer Handlung Nr 37.

¹⁴³¹ BAG, 06.12.2001, **AP**, BGB § 626 Verdachtstraftbarer Handlung Nr 36.

¹⁴³² BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 14, Sayı: ss. 798-604.

¹⁴³³ Y. 9. HD., 05.10.2009, 2008/44383 E., 2009/25774 K., www.legalbank.net, (07.05.2019).

- Terör örgütleriyle bağlantılı olduğu şüphesi¹⁴³⁵,

Görüldüğü üzere söz konusu şüpheler işçinin suç ya da iş sözleşmesi yükümlülüğü ihlaline ilişkindir ve sadece işverene karşı gerçekleştirilmiş eylemlere ilişkin şüphe durumunda şüphe feshinin mümkün olacağı söylenemez. Bu sebeple eylemin kime karşı işlenmiş olduğu bir kriter olarak kabul edilmemektedir.

Doktrinde belirtildiği üzere şüphe duyulan davranışlar kime karşı ve nasıl olursa olsun, asıl önemli husus eylemin iş ilişkisiyle ilgisidir¹⁴³⁶. Ancak buradaki ilgi çok katı bir şekilde değerlendirilmemelidir. Dikkat edilmesi gereken husus, gerçekten iş ilişkisindeki güveni zedelemeye yönelik bir hareketin olup olmadığıdır. Zaten İş Kanunu m. 25'deki işverenin haklı fesih nedenlerinde de gördüğümüz üzere eylemler sadece işverene karşı değildir. İşverenin ailesine, işyerindeki diğer işçilere hatta işveren ve işyeri ile alakasız bir üçüncü kişiye karşı yapılan bazı eylemler dahi haklı nedenle feshe yol açabilmektedir. Alman Hukuku'nda da şüphe feshi sadece işverene karşı gerçekleşen durumlarla sınırlı olarak söz konusu olmamaktadır¹⁴³⁷.

Şüphe duyulan eylemin sadece işverene karşı olması gerekmediği belirtildikten sonra, şüphe duyulan eylemin işçi dışında biri tarafından gerçekleştirilmiş olması ya da işçinin yakınının davranışının işçiye karşı geleceğe yönelik bir şüphe doğurması hususunu da ele almak yerinde olacaktır. Bu durum bakımından haklı nedenle fesihlerde yapılan değerlendirmeler yol gösterici olabilir.

İşK m. 25/II-d alt bendinde “işçinin işverene, işverenin aile üyelerinden birine ya da işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması” haklı nedeni düzenlenmiştir. Madde metninde açıkça görüldüğü üzere feshe sebep olan işçinin sataşması ya da sarhoşluğudur. Ancak doktrinde işçinin yakınları tarafından gerçekleştirilen sataşmanın da somut olayın koşullarına göre haklı neden olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir¹⁴³⁸. Özellikle işçi, yakınının eylemini destekliyorsa, bu durumun işverene haklı nedenle fesih yetkisi verebileceği kabul

¹⁴³⁴ Y. 8. HD., 30.05.2019, 2018/3565 E. 2019/1499 K., www.legalbank.net, (07.03.2021).

¹⁴³⁵ Y. 22. HD., 09.01.2019, 2018/16494 E., 2019/314 K., www.yargitay.gov.tr, (13.05.2019); 9. HD., 20.02.2019, 2019/1256 E., 2019/4311 K., www.legalbank.net, (28.07.2019).

¹⁴³⁶ Doğan Yenisey, s. 68.

¹⁴³⁷ Hoefs, ss. 148-151.

¹⁴³⁸ Süzek, s. 672; Savaş, s. 85; Öktem Songu, Sataşma, s. 131; Arslan, Haklı Neden, s. 80.

edilmiştir¹⁴³⁹. Esasen işçi yakınlarının eylemlerinin haklı neden sayılabileceği şeklinde genişletici bir yorum yapılması, “işçi lehine yorum ilkesi”ne aykırıdır. Ayrıca işçinin kendisinin gerçekleştirmediği bir eylem yüzünden işini kaybetmesi, dahası kıdem tazminatı ile işsizlik ödeneğinden mahrum kalabilecek olması ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine de uygun olmayacaktır. Ancak iş ilişkisinin niteliği düşünüldüğünde bu gibi durumlarda işverenden işçiyle çalışmaya devam etmesi beklenemeyecektir. Bu sebeple işçinin yakınlarının eylemi haklı neden değil; ancak geçerli neden olarak değerlendirilebileceği düşüncesindeyiz. Ama genel bir kabul de mümkün değildir. İşçinin bir yakınının davranışının haklı neden ya da geçerli neden sayılmasına ilişkin tespit, her somut olaya göre yapılmalıdır¹⁴⁴⁰. Örneğin, işçinin iş sözleşmesinin, başkalarının davranışlarına dayanılarak haklı nedenle sona erdirilmesi kabul edilemez bir durum olsa da; işçinin doğrudan kendi davranışı olmasa da haklı neden olarak ileri sürülen olaya (yakınının davranışına) kendisi sebep olduysa, örneğin yakınına kışkırtmış ya da azmettirmişse bir haklı neden söz konusu olabilecektir¹⁴⁴¹.

Sonuç olarak işçinin bir yakınının davranışı kural olarak ancak geçerli neden sayılmalıdır. Somut olaya göre istisnaen haklı neden teşkil edebilecektir. Dolayısıyla işçinin yakınının bir davranışından şüphe edilmesi ya da mevcut bir davranıştan dolayı işçi bakımından geleceğe yönelik şüphe oluşması konusunda söylenebilecek ilk şey, söz konusu davranışların haklı neden teşkil edip etmeyeceğini tespitinin gereğidir. Eğer bu davranış haklı neden değil ancak geçerli neden kapsamına sokulabiliyorsa şüphe feshinin mümkün olmayacağı bakımından tartışmaya gerek olmayacaktır. Şüphe konusu durum haklı neden teşkil ettiğinde de, işçinin kendisinin değil yakınının, üstelik gerçekleştirildiğinden/gerçekleştirileceğinden emin olunmayan bir davranışı sebebiyle oluşan şüpheye dayanılarak iş sözleşmesinin feshedebilmesinin, başta suçun şahsiliği olmak üzere masumiyet karinesi,

¹⁴³⁹ Savaş, s. 85; Odaman, s. 130.

¹⁴⁴⁰ Örneğin, Yargıtay’ın bir kararında “davacının polis memuru olan kocasının Bankaya gelerek ...’ı personelin önünde dövüp küfür ettiği, olayın bu şekilde meydana gelmesinde davacının rolü ve etkisi bulunduğu”nu belirterek, her ne kadar sataşmayı işçinin eşi yapmış olsa da onu azmettiren kendisi olduğundan bu olay bakımından haklı neden nitelendirmesinin yerinde olduğu kabul etmiş, Y. HGK., 19.10.1983, 1981/9-618 E., 1983/981K., www.kazanci.com, (04.04.2020); işçinin eşinin işveren vekiline küfür etmek suretiyle sataştığı bir başka davada ise feshin geçerli olacağı ama haklı neden teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştır, Y. 9. HD, 13.10.1998, 1998/11465E., 1998/14315K., www.kazanci.com, (04.04.2020).

¹⁴⁴¹ Odaman, s. 130; Arslan, Haklı Neden, s. 80.

lekelenmeme hakkına ters düşeceği açıktır. Ancak buna rağmen, işçinin yakınının haklı neden teşkil edebilecek bir davranışına dair kuvvetli şüphenin ya da bir yakınının davranışı sebebiyle işçiye karşı oluşan kuvvetli şüphenin asla feshe imkân vermeyeceğini söylemek de doğru değildir. İstisnaen bu gibi durumlarda da şüphe feshi mümkün olabilecektir. Özellikle kamu güvenliği tehditi taşıyan, bir başka ifadeyle menfaat değerlendirmesinde işçi-işveren ve kamu yararı olmak üzere 3 tarafın dikkate alınmasının gerektiği durumlarda bu şekilde şüphe feshi geçerli kabul edilebilecektir¹⁴⁴². Böylece, somut olayın koşulları şüphe feshi bakımından bu konuda her zamankinden daha da fazla önem taşıyacaktır.

İncelenen hususlardan yola çıkarak şu söylenebilir ki, esas olan şüphe duyulan eylemin ne olduğudur. Şüphe feshinden söz edebilmemiz için işçiye karşı güveni zedeleyecek ağır bir sözleşmeye aykırılık ya da suç teşkil edecek bir fiile karşı kuvvetli şüphe bulunmalıdır¹⁴⁴³.

Şüphe feshinin hukukumuzda geçerli nedenle fesih olarak kabul gördüğü ancak bunun “geçerli neden teşkil edebilecek bir durumun şüphe feshine sebep olabileceği” anlamına gelmediği; “menfaat değerlendirmesinde¹⁴⁴⁴ işverenin menfaatinin ağır bastığının kabul edilebilmesi için kuvvetli şüphe duyulan olayın haklı neden teşkil edebilecek nitelikte olması gerektiği” belirtilmiştir¹⁴⁴⁵. Sonuç olarak mevzuatımızda bu fesih türü açıkça düzenlenmemişse de Türk ve Alman Hukuku’nda kabul gördüğü üzere bu fesih türü için haklı nedenle feshi gerektirecek nitelikte bir eyleme ilişkin şüphe duyulması gerekecektir. Eğer gerçekleştiği kanıtlansa da, haklı nedenle derhal feshi gerektirmeyecek bir davranışa ilişkin şüphe duyuluyorsa, bu iş ilişkisinin temelinin çökmesine neden olmayacak ve ne kadar kuvvetli olursa olsun şüphe feshine dayanak oluşturamayacaktır¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴² Yargıtay olayı bu yönüyle değerlendirmemiş olsa da uygulamada şüphe feshine dayanak gösterildiğine örnek olarak bkz. 22. HD. 09.01.2019, 2018/16494 E., 2019/314 K. www.yargitay.gov.tr, (13.05.2019).

¹⁴⁴³ Stephanie Rachor, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2 Individualarbeitsrecht II**, 4. Auflage, 2018, (Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2), § 126 Verdachtskündigung Rn. 4; Appel ve Gerken, s. 201.

¹⁴⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm V. C. 3. Şüphe Feshinde Menfaat Değerlendirmesi

¹⁴⁴⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

¹⁴⁴⁶ Hoefs, s. 158; Doğan Yenisey, s. 69; Baysal, Geçerli Sebep, s. 175; Baysal, Şüphe Feshi, s. 89. Bkz. BAG, 12.08.1999, **AP**, BGB § 626 VerdachtstraftbarerHandlung Nr 28; BAG, 05.04.2001, **AP**, BGB § 626 VerdachtstraftbarerHandlung Nr 34. Sadece haklı nedenle feshi gerektirecek bir davranışa ilişkin şüphe olmasını aramayan aksi görüş için bkz. Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274.

Şüphe duyulan eylemin geniş anlamda işle ilgili ve ispatlanmış olsa haklı neden teşkil edecek bir konuda olması gerektiğinden, işçinin özel yaşamındaki bir eylemi gerçekleştirdiğine dair şüphenin ne derece şüphe feshine imkân vereceği de incelenmelidir. Bu husus, işçinin özel yaşamı sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilip feshedilemeyeceği sorusunun yanıtıyla bağlantılıdır. Eğer işçinin özel yaşamı sebebiyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceğini söylersek, evleviyetle şüphe feshine başvurulamayacağı kabul edilecektir.

Kural olarak işçinin iş ilişkisi ile ilgili olarak değerlendirilemeyecek özel hayatına ilişkin davranışlar, iş sözleşmesinin feshine imkân vermeyecektir. Çünkü demokratik ve çağdaş hukuk devletlerinde, doğrudan doğruya iş ilişkisi ile bağlantısı olmayan işveren müdahalelerine karşı işçinin korunması gerektiği düşünülmektedir¹⁴⁴⁷.

2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'nda aynı anlayışı taşıdığını söylemek mümkündür. Çünkü mülga 1475 sayılı İş Kanunu m. 17/II'deki "işverenin evinde oturan işçinin yaşayışının o evin adabına ve usullerine uygun veya genel ahlak bakımından düzgün olmaması" haklı fesih nedeni mevcut İş Kanunu'na alınmamıştır¹⁴⁴⁸. Ahlak kavramı, çevreden çevreye ve hatta aynı çevre içinde dahi zaman içinde değişebilen göreceli bir kavramdır. Bu sebeple kavram ve gerçekleştirilebilecek ihlalin kesin şekilde tespit edilebilmesi mümkün görülmemektedir. Ayrıca iş ilişkisini etkilemeyen ve işçinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmeyen bir davranışın haklı neden olarak kabul edilmesi de uygun bulunmamıştır. Sonuç olarak İş Kanun'unda da kaldırılmış olduğu üzere işçinin işyeri dışındaki özel yaşamını işverenin değerlerine uygun şekilde devam ettirme zorunluluğu olmadığı gibi buna aykırı durumların haklı neden teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir¹⁴⁴⁹. 4857 sayılı İş Kanunu gerekçesinde de belirtildiği üzere "*İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz*". Bu durumda geçerli neden

¹⁴⁴⁷ Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 138.

¹⁴⁴⁸ Serkan Odaman, **İşçinin Haklı Sebeple Fesih Hakkı**, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezi Yayın No:16, Ankara, 2000, (Haklı Neden), s. 107.

¹⁴⁴⁹ Ertürk, Temel Haklar, ss. 127-128; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 617; Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 139.

dahi kabul edilemeyen hususu haklı neden olarak kabul etmek evleviyetle mümkün olmayacaktır. Doktrinde de bu görüş benimsenmiştir¹⁴⁵⁰.

Bununla birlikte işverenin yönetim hakkı ile işçinin özel yaşamına müdahale edip edemeyeceği, bu yapılan müdahalelerin bağlayıcılığı ve aykırı davranışların sonuçlarına yönelik farklı düşünceler de yer almaktadır. İşçi, işverenin yönetim hakkı kapsamındaki emir ve talimatlarına uymakla yükümlüdür. Ama işçinin işyeri dışındaki tutum ve davranışları bir başka ifadeyle özel yaşamına giren konularda bu bağlayıcı talimatları verip veremeyeceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir taraftan işyeri ve işletme çıkarlarına zarar verdiği veya işi olumsuz etkilediği ölçüde bu hususlarda işçinin iş dışındaki yaşamına müdahale edilmesi mümkün görülürken¹⁴⁵¹, aksi görüş işyeri işleyişi ve düzenine yönelik olmayan konularda yönetim hakkı kapsamında bağlayıcı talimat verilemeyeceği de kabul edilmektedir¹⁴⁵². Ancak işverenin bu talimatlarının işçi bakımından uyarı ya da hatırlatma olarak görülmesi gerektiği de savunulmuştur¹⁴⁵³. Bu görüşe göre de, işçinin işyeri dışındaki davranışları işçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin ihlaline sebebiyet veriyorsa işçinin bunun sonuçlarına katlanması gerekecektir¹⁴⁵⁴.

Sonuç olarak, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde özel yaşam alanına giren hususlarda bağlayıcı talimatlar verip veremeyeceği tartışmalı olsa da, konumuz açısından belirtebileceğimiz husus iş ilişkisinden doğan yükümlülük ihlali ya da kanunda belirtilen haklı nedenlerden birini teşkil ettiği ya da buna yol açtığı ölçüde feshe sebep olabileceğidir. Bu sebeple, eğer işçinin işyeri dışında gerçekleştirdiğinden şüphe edilen davranışının ispatlanmış olsaydı haklı neden teşkil edeceği düşünülüyorsa, işveren şüphesinin şüphe feshi hakkı doğuracağı da kabul edilebilir. Ancak bu sonuca varırken de somut olayda tarafların hak ve menfaatleri, temel hak ve özgürlükler dikkate alınmalı ve bir menfaat dengesi kurulmalıdır¹⁴⁵⁵.

Şüphe feshi çeşitleri başlığında da ele alındığı üzere, işçinin bazı eylemlerine dayanarak ileride başka davranışlarda bulunabileceğine ilişkin şüpheyile gerçekleştirilen fesih de hukukumuzda “şüphe feshi” olarak nitelendirilmektedir.

¹⁴⁵⁰ Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 243; Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 139.

¹⁴⁵¹ Ertürk, Temel Haklar, s. 93; Tuncay, s.163.

¹⁴⁵² Süzek, s. 231; Taşkent, s. 105.

¹⁴⁵³ Süzek, s. 231; Taşkent, s. 105; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 241; Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 142.

¹⁴⁵⁴ Süzek, s. 231; Taşkent, s. 105.

¹⁴⁵⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm V. C. Menfaat Dengesi

Burada işçinin gerçekleştirdiği davranışları esas olarak fesih sebebi teşkil etmemekte¹⁴⁵⁶, bunlardan yola çıkılarak ileride gerçekleştirileceğinden şüphe duyulan eylemler feshe yol açmaktadır. Dolayısıyla bu fesih türünde, haklı neden niteliği taşıması gereken, işçinin gerçekleştirdiğinden değil gerçekleştireceğinden şüphe edilen davranışlarıdır. Ve gerçekleşseydi haklı neden teşkil edecek bu davranışların diğer şüphe feshindekine oranla çok daha ciddi ve ağır sonuçları olacak nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁵⁷. Örneğin, terör eylemleri gerçekleştirileceği gibi¹⁴⁵⁸ kamu güvenliğini ve sağlığını tehdit edecek “kamu yararı”nın dikkate alınmasını gerektirecek davranışlara ilişkin şüpheler.

2. Kuvvetli Şüphenin Niteliği

Şüphe duyulan eylemin niteliği, eylemin kime karşı olduğu ve kim tarafından gerçekleştirildiği hususları açısından tüm şartlar sağlanmış olsa da, şüphe feshine başvurulup başvurulmayacağını belirleyen önemli kriter “duyulan şüphenin niteliği”dir. Bu fesih türüne konu edilen şüpheyle “işverenin subjektif bir şüphesi”, ifade edilmemektedir¹⁴⁵⁹. Öncelikle, makul her adil işverende aynı şekilde uyanacak bir şüphe gereklidir. Ve şüphe duyulan olayın işçi tarafından gerçekleştirilmiş ya da gerçekleştirilecek olma ihtimali yüksek bulunmalıdır¹⁴⁶⁰.

Kuvvetli bir şüphenin feshe konu edilebilmesi için de objektif ve somut olgularla desteklenmesi şarttır. Ciddiyetten yoksun, soyut, dayanaksız tahminler ve illiyet bağı bulunmayan olaylardan çıkarılan sonuçlar, şüphe feshi için aranan “kuvvetli ve objektif şüphe şartı”nı sağlamaya yeterli olmayacaktır¹⁴⁶¹. Örneğin,

¹⁴⁵⁶ Çünkü aksi halde şüphe feshi değil geçerli veya haklı nedenle fesih söz konusu olurdu.

¹⁴⁵⁷ Hoefs, ss. 161, 164-165; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 70.

¹⁴⁵⁸ Y. 9. HD. 22. 10. 2007, E. 2007/16878, K. 2007/30923, <https://legalbank.net>, (12.06.2018).

¹⁴⁵⁹ Rachor, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2, § 126 Verdachtskündigung Rn. 4; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68; Evren, s. 46; Baysal, Şüphe Feshi, s. 88; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 322. BAG, 29.11.2007 - 2 AZR 724/06, **AP**, BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40.

¹⁴⁶⁰ Rachor, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2, § 126 Verdachtskündigung Rn. 4; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68; Evren, s. 46; Bkz. BAG 10.2.2005, 2 AZR 189/04, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 18, ss. 1056-1059; BAG, 29.11.2007 - 2 AZR 724/06, **AP**, BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40; BAG, 25.11.2010 - 2 AZR 801/09, **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 4, ss. 222-224; BAG, 02.03.2017 - 2 AZR 698/15, **NZA**, Yıl: 2017, Sayı: 16, ss. 1051-1056.

¹⁴⁶¹ Brox ve diğerleri, s. 196 Rn. 554; Holbeck ve Schwindl. s. 127 Rn. 488, 489; Waltermann, s. 154 Rn. 347; Junker, s. 229; Rachor, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2, § 126 Verdachtskündigung Rn. 4; Hoefs, ss. 53, 168-171; Deinert, s. 286; Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274, Doğan Yenisey, ss. 68, 70; Manav, ss. 85, 86; Evren, s. 46; Baysal, Geçerli Sebep, s. 174,

işverenin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, usulüne uygun olarak işyerinde görevlilerce yapılan kontrollerde ulaşılan bilgiler veya güvenlik videosu kayıtları gibi somut veriler şartı sağlayabilecektir¹⁴⁶².

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri de Alman Hukuku'nda olduğu gibi sübjektif bir işveren değerlendirmesinin yeterli olmayacağını ve değerlendirme sonunda şüphe duyulan eylemin gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğunun tespitinin gerektiğini kabul etmiştir. Ayrıca, iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveni yıkmaya elverişli, objektif olay ve vakıalara dayanan güçlü bir şüphe mevcut olması gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁶³.

Yargıtay, yerinde bulduğumuz bir kararında¹⁴⁶⁴,

ceza yargılaması sonucunda mahkûm olan işçi ile 'işyerinde servis bulunmaması sebebiyle' çeşitli zamanlarda aynı arabaya binen davacı işçinin, sırf kişinin aracına binmesi ve araçtaki alkol kokusunu farketmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilemeyeceğini, aynı araçta bulunan hırsızlığa konu rakının araçta taşındığından başka bir ifadeyle işçinin hırsızlık olayından haberdar olduğu yönündeki bir şüphesinin makul ve objektif bir şüphe olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı

Keser, ss. 314, 315; Caniklioğlu, s. 126; Baysal, Şüphe Feshi, s. 88; Sur, Şüphe Feshi, 2490; Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 321-322. Bkz. Y. 9. HD., 17.12.2015, 2015/34482 E., 2015/35755 K., Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 322-323; BAG 10.2.2005, 2 AZR 189/04, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 18, ss. 1056-1059; BAG, 02.03.2017 - 2 AZR 698/15, **NZA**, Yıl: 2017, Sayı: 16, ss. 1051-1056.

¹⁴⁶² BAG 10.2.2005, 2 AZR 189/04, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 18, ss. 1056-1059; BAG, 03.04.1986, 2 AZR 324/85, **NZA**, Yıl: 1986, ss. 677-678. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 3. Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Başvurulabilecek Diğer Yollar

¹⁴⁶³ Y. 9. HD., 02.06.2008, 2007/39391 E., 2008/13515 K., www.kazancı.com, (20.06.2021); Y. 9. HD., 17.12.2015, 2015/34482 E., 2015/35755 K., Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 322-323; Y. 22. HD.

16.01.2017, 2017/746 E., 2017/34 K.; Y. 9. HD., 28.04.2008, 2007/31288 E., 2008/10450 K., www.legalbank.net, (12.06.2018); Y. 9. HD. 08.04.2019, 2019/1352 E., 2019/7992K., www.legalbank.net, (28.07.2019); İstanbul BAM, 31. HD., 15.12.2016, 2016/105 E., 2016/147 K., www.legalbank.net, (06.03.2021); Erzurum, BAM, 6. HD. 09.01.2020, 2019/4382 E., 2020/11 K., www.legalbank.net, (07.03.2021). Ancak somut olaya ilişkin karardaki verilerden anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay'ın bu görüşüne uygun olmadığını düşüdüğümüz kararları da mevcuttur. Örneğin, bir olayda işçinin, bankanın parasını "bu benim tazminatım" diye alıp işten ayrıldığı bir olayda şüphe feshi dayanağı olarak sadece diğer işçilerin tanık beyanları gösterilmiştir. Salt işverenin emri atında olan kişilerin beyanlarına dayanarak objektif vakıalara dayanan kuvvetli şüphe olduğunun söylenmesi uygun olmayacaktır. Yargıtay'ın anayasal bir hak olan bireysel sendika özgürlüğünün ihlaline ilişkin olarak açılan sendikal nedenle fesih davalarında "tek başına tanık ifadelerini yeterli görmeme tutumu"nu burada da göstermesi ve dayandığı başka hususlar var ise de gerekçede daha açık bir şekilde ifade etmesi yerinde olabilirdi. Davalı tarafın beyanına göre işçi işten ayrılıp söz konusu parayı tazminat olarak alması sonrasında, iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilmiş olması üzerine, işçinin işe iade davası açması birbiriyle tutarsız bir görüntü içerisindedir. Bu tutarsız görüntü karşısında yukarıda belirttiğimiz üzere şüphe feshinin yerindeliğine ilişkin net bir sonuca ulaşabilmemiz mümkün değildir. Karar için bkz. Y. 9. HD., 02.06.2008, 2007/39391 E., 2008/13515 K., www.legalbank.net, (07.05.2019.)

¹⁴⁶⁴ Y. 9. HD. 08.04.2019, 2019/1352 E., 2019/7992K., www.legalbank.net, (28.07.2019).

nı ifade ederek, objektif vakıa ve olgulara dayanan şüphe şartına verdiği önemi ve bu konuda ciddi bir denetim yaptığını açıkça ortaya koymuştur.

Dahası 667 sayılı KHK ve 6749 sayılı Kanun hükümleri¹⁴⁶⁵ uyarınca gerçekleşen fesihlerin de doğrudan geçerli olduklarının kabul edilemeyeceği, şüphe feshinin geçerliliği için işçiye yönelik objektif somut vakıa ve olgulara dayanan bir şüphenin olması gerektiği Bölge Adliye Mahkemesi kararında ifade edilmiştir¹⁴⁶⁶. BAM'ın burada dayanak gösterdiği Yargıtay kararında¹⁴⁶⁷ da,

...dosyada şüphe feshine dayanak oluşturacak nedenler araştırılmamıştır. Öncelikle davacı hakkında varsa adli ya da idari soruşturma evrakları, emniyet ve diğer güvenlik güçlerinden gelecek feshe dayanak bilgi ve belgeler ile taraf delilleri toplanmak suretiyle bir değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre...

karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Geleceğe yönelik duyulan şüphelere dayanılarak yapılacak fesihte de durum değişmeyecektir. İster işlendiğine ister işleneceğine dair şüphe duyulsun, şüphe belli bir yoğunlukta, somut ve objektif nitelikte olmalıdır. Ancak geleceğe yönelik şüpheyne dayanılarak yapılacak fesihte, olayın gerçekleşeceğine dair somut delillerin sunulması; hatta gerçekleşeceğinden şüphe edilen konuya ilişkin ayrıntılı planların ortaya konup ispatlanması gerektiği de doktrinde belirtilmektedir¹⁴⁶⁸. Aksi halde, örneğin aynı ya da benzer bir konuda sabıkası olan bir işçi, güven ilişkisi çökmesi gerekçesiyle her an işten çıkarılma tehlikesi yaşayabilecektir. Böyle bir durumda da işçi cezasını çekmiş olduğu bir suç sebebiyle ömür boyu potansiyel suçlu gibi muameleye maruz kalmış olacaktır. Bu durum daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere¹⁴⁶⁹ iki kere cezalandırılma yasağına (non bis in idem) aykırı olacaktır. Ayrıca işverenlerin bu anlayışları, işçilerin mağduriyetlerini bir nebze engellemek amacıyla getirilen eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu (İşK m. 30)yla da örtüşmeyecektir. Her ne kadar, şüphe değerlendirmesi yapıldığı husus farklı olsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, “kişinin geçmişte benzer suç

¹⁴⁶⁵ Bu hükümlerin ne olduğuna ilişkin bkz. Birinci Bölüm II. G. 3. İş İlişkisindeki Şüphe Konusunda Kamu Yararının Yeri ve Önemi.

¹⁴⁶⁶ Gaziantep, BAM, 9. HD. 2017/2641 E., 2017/2003 K., www. legalbank.net, (06.03.2021).

¹⁴⁶⁷ Y. 22. HD., 02.10.2017, 2017/40671 E., 2017/20227 K., https://karararama.yargitay.gov.tr, (06.03.2021).

¹⁴⁶⁸ Hoefs, ss. 161, 164-165; Doğan Yenisey, s. 70.

¹⁴⁶⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm III. B. Şüphe Feshi Çeşitleri

işlemiş olması”nı makul bir şüphenin bulunduğu kabulü için dahi yeterli bulmamıştır¹⁴⁷⁰.

Somut olaylardan, objektif vakıa ve olgulara dayanan kuvvetli şüphenin varlığının kabul edildiği durumlara örnekler verirsek eğer; Yargıtay,

- İşçinin “geçmişte yasadışı örgüt üyesi olması”, “görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması” ve “çalıştığı demiryolu ulaşımının da terör örgütü hedefinde bulunması” hususlarının birarada olması sonucu doğan¹⁴⁷¹,

- Şikâyet dilekçeleri ve işyerindeki diğer çalışan beyanları üzerine doğan ve müfettiş incelemesinde zarara da sebep olduğu tespit edilen “banka görevlisinin yetkisi dışında kredi parası adı altında ödemeler aldığı” yönündeki¹⁴⁷²,

- “Jandarmaya kamyon şoförlerinin kaçak motorin sattığına yönelik ihbar”, ve bunun üzerine düzenlenen “ayrıntılı idari soruşturma raporu” sonucu oluşan¹⁴⁷³,

- Bankamatikte kalan kredi kartının alınarak alışveriş yapıldığı konusunda “banka görevlisinin kendi kredi kartının sorgulanması ile müşterinin kredi kartının sorgulanmasının zamanlama yönünden iç içe geçmesi” ve “sorgulamanın yapıldığı terminalin aynı olması” ile desteklenen¹⁴⁷⁴ şüpheleri, objektif olgulara dayanan kuvvetli bir şüphe olarak kabul etmiştir.

Burada özel olarak incelemek istediğimiz husus ise işçinin sosyal medya paylaşımlarının, terör örgütü ile bağlantısı bakımından şüphe feshinin geçerliliği için yeterli olup olmayacağıdır. Bu konudaki bir BAM kararında¹⁴⁷⁵ davacı taraf sosyal medya paylaşımlarına dayanılarak bir bağlantı kurmanın hukuka aykırı olacağını beyan etmiştir. Ancak böyle bir genel kabulün mümkün olamayacağı, sosyal medya paylaşımlarının ne olduğuna bakılarak bir sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz. Her ne kadar davacı tarafça, bunun ifade özgürlüğü ihlali olacağı belirtilmişse de, somut olayda çatışan bir üstün kamu yararı bulunmaktadır. Kamu yararının söz konusu olmadığı bir duruma ilişkin şüphe sebebiyle gerçekleştirilen fesihte, daha

¹⁴⁷⁰ AİHM kararı Murray-İngiltere, 28.10.1994, Başvuru No: 14310/88, www.hudoc.echr.coe.int, (14.11.2021).

¹⁴⁷¹ Y. 9. HD. 22. 10. 2007, E. 2007/16878, K. 2007/30923, <https://legalbank.net>, (12.06.2018). Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm II. A. Şüphe Feshinin Türk Hukukuna Girişi

¹⁴⁷² Y. 9. HD., 28.04.2008 tarihli ve E. 2007/31288, K. 2008/10450, <https://legalbank.net>, (12.06.2018).

¹⁴⁷³ Y. 9. HD. 25.05.2009 tarihli ve 2009/309 E. 2009/14199 K., www.legalbank.net, (07.05.2019).

¹⁴⁷⁴ Y. 9. HD., 18.04.2013, 2012/32147 E., 2013/12471 K. www.legalbank.net, (05.03.2021).

¹⁴⁷⁵ Erzurum, BAM, 6. HD. 09.01.2020, 2019/4382 E., 2020/11 K., www.legalbank.net, (07.03.2021).

sonra işçinin aklanması söz konusu olabileceğinden dolayı (delil yetersizliğinden beraat alınması değil, kendisinin suçu işlemediğinin tespit edilmesi kastedilmektedir) hukukta ikilik yaratmamak ve yargıya olan güveni zedelememek adına ceza yargılamasının sonucunun beklenmesi gerektiği, sosyal medya paylaşımlarına itibar edilmesinin uygun olmayabileceği ya da son çare ilkesi uyarınca başka çözümler aranmasının gerekeceği ifade edilebilecekken; karar bakımından bu değerlendirmeyi yapabilmek mümkün değildir. Çünkü somut olayda, enerji sektöründe söz konusu şüpheyi uyandıran işçinin, çalıştırılmaya devam ettirilmesi kamu yararını tehlikeye düşürebileceğinden dolayı menfaat değerlendirmesini kamu yararını önde tutarak yapmak uygun olacaktır. Dolayısıyla özellikle kamu yararı söz konusuysa paylaşımların içeriğine göre şüphe feshi dayanağı kabul ederek feshin geçerliliğine hükmedilebilecektir¹⁴⁷⁶.

Sonuç olarak objektif vakıa ve olgulara dayanan ve feshi geçerli kılacak kuvvetli şüphe bulunup bulunmadığı tespit edilirken somut olayın özellikleri yine önem arz edecektir. Özellikle kamu yararı söz konusuysa burada işçi lehine bir bakış açısı her zamanki kadar geçerli olmayacaktır¹⁴⁷⁷.

3. Kuvvetli Şüphenin Güven İlişisini Ortadan Kaldırması

Feshe konu şüphe duyulan olay ve şüphenin kendisinin niteliğinin nasıl olması gerektiği incelenmiştir. Ancak genel olarak fesihlerin temelinde olan (özellikle haklı nedenle fesihte¹⁴⁷⁸) ama şüphe feshi bakımından daha da önem arz eden ve bir anlamda şüphe feshinin esasını oluşturan “ taraflar arasındaki güven ilişkisinin çökmesi”ni ayrı bir başlık altında ele almak gereklidir.

Kuvvetli şüphenin niteliğinin nasıl olması gerektiği açıklanırken yer verildiği üzere Yargıtay, objektif vakıalara dayanan kuvvetli şüphenin “iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güven”i yıkmaya elverişli olması gerektiğini kabul eder¹⁴⁷⁹. Çünkü

¹⁴⁷⁶ Sosyal platformlardaki bilgilerin olayların aydınlatılmasında kullanılması bakımından ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 3. d. (1) Bilgisayar, İnternet, Elektronik Posta ve Sosyal Medya Kullanımları

¹⁴⁷⁷ Doktrinde, kamu ve bireysel menfaat çatışmasında kamu yararının öncellenmesi gerektiği belirtilmiştir. Gül, s. 541

¹⁴⁷⁸ Sur, Şüphe Feshi, s. 2488.

¹⁴⁷⁹ Başbuğ, Disiplin Cezaları, s. 143; Baysal, Şüphe Feshi, s. 88.Y. 9. HD., 02.06.2008 2007/39391E., 2008/13515 K., www.kazancı.com, (20.06.2021); Y. 22. HD. 16.01.2017, E. 2017/746, K. 2017/34, Y. 9. HD., 28.04.2008, E. 2007/31288, K. 2008/10450, www.legalbank.net, (12.06.2018).

şüphe feshi için vazgeçilmez olan, işçiye karşı şüphenin, iş ilişkisinin devamı için gerekli “işçiye karşı güven”i zedelemesi ve böylece dayanılmaz bir yüke sebep olup iş ilişkisinin devamını işverenden beklenemez kılmasıdır¹⁴⁸⁰. Her ne kadar isminden de ilk akla geldiği üzere şüphe feshinde çıkış noktası “şüphe” olsa da, feshin esas nedeni “şüphe sebebiyle oluşmuş güven kaybı¹⁴⁸¹”dır¹⁴⁸². Hatta bu sebeple şüphe feshi yerine “güven feshi” ifadesinin kullanılması önerisinde bulunulmuştur¹⁴⁸³. Ama işverendeki bu güven kaybının sübjektif olmaması, yukarıda incelediğimiz üzere objektif somut vakıalara dayandırılmış olması gereklidir¹⁴⁸⁴.

Sonuç olarak, bir suç ya da esaslı bir iş sözleşmesi yükümlülüğü ihlaline ilişkin kuvvetli şüphe sebebiyle işçiye karşı objektif nitelikte bir güvensizlik oluşur ve iş sözleşmesinin temelini oluşturan güven ilişkisi zedelenirse (telafisi olmayacak şekilde¹⁴⁸⁵) işveren iş ilişkisini şüphe feshiyle sona erdirebilecektir¹⁴⁸⁶. Bu doğrultuda, eğer yukarıda belirttiğimiz nitelikte olayların gerçekleştiğine dair kuvvetli şüphe bulunuyor ancak bu eylemin tekrar edileceğine dair işverende bir şüphe oluşmuyor; bir başka ifadeyle “işçiye karşı ve iş ilişkisinin düzgün bir şekilde yürütüleceğine ilişkin güven” telafisi olmayacak şekilde zarar görmüyorsa işverenin şüphe feshi hakkı doğmayacaktır. Yargıtay’ın da ifade etmiş olduğu üzere “*şüphe feshinde, şüphenin, iş ilişkisinin devamı için gerekli olan işçinin dürüstlüğüne karşı olan güveni yıkmış olması şarttır*”¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁰ Brox ve diğerleri, s. 196 Rn. 553; Holbeck ve Schwindl. s. 127 Rn. 489, 492; Löwisch ve diğerleri, s. 177 Rn. 635; Krause, s. 274 Rn. 15; Waltermann, s. 154 Rn. 347; Junker, s. 229; Başbuğ, Disiplin Cezaları, s. 143. BAG, 03.04.1986 - 2 AZR 324/85, **NZA**, Yıl: 1986, Sayı: 20, ss. 677-679; BAG, 26.03.1992 - 2 AZR 519/91, **NZA**, Yıl: 1992, Sayı: 24, ss. 1121-1124; BAG, 06.12.2001 - 2 AZR 496/00, **NZA**, Yıl: 2002, Sayı: 15, ss. 847-851; BAG, 03.07.2003 - 2 AZR 437/02, **NZA**, Yıl: 2004, Sayı: 6, ss. 307-311; BAG, 27.11.2008 - 2 AZR 98/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 11, ss. 604-607; BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 474/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 20, ss. 1136-1143; BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 21, ss. 1227-1234; BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, **NJW**, Yıl: 2011, Sayı: 30, ss. 2231-2236; BAG, 21.11.2013 - 2 AZR 797/11, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 243-250.

¹⁴⁸¹ Ayrıca Bkz. Üçüncü Bölüm I. C. İşçi-İşveren Arasındaki Güvenin Zarar Görmesi ve Sonuçları

¹⁴⁸² Orth, s. 81; Lücke, Unter Verdacht, s. 1844; Lunk, s. 2753; Wertz, ss. 25, 213.

¹⁴⁸³ Gilberg, Vertrauenskündigung, s. 1555

¹⁴⁸⁴ Brox ve diğerleri, s. 196 Rn. 554; Holbeck ve Schwindl. s. 127 Rn. 488, 489; Waltermann, s. 154 Rn. 347; Junker, s. 229; Hoefs, s. 138. Bkz. BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272.

¹⁴⁸⁵ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. Şüphe Feshinde Son Çare İlkesi.

¹⁴⁸⁶ Brox ve diğerleri, s. 196; Holbeck ve Schwindl. s. 127; Löwisch ve diğerleri, s. 177; Krause, s. 274; Waltermann, s. 154; Junker, s. 229; Hoefs, s. 138; Eylert, Verdachtskündigung, s. 394. Bkz. BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812.

¹⁴⁸⁷ Y. 9. HD., 17.12.2015, 2015/34482 E., 2015/35755, Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 322-323.

Kuvvetli şüphe ve güven ilişkisine etkisi hususunun şüphe feshi menfaat değerlendirmesi¹⁴⁸⁸ kapsamında dikkate alınması gereklidir. Ayrıca kuvvetli şüphenin, güveni onarılamayacak ve işverenden iş ilişkisinin devam ettirilmesi beklenemeyecek şekilde zedeleyip zedelediği tespit edilirken, işçi-işveren arasındaki güven sermayesi¹⁴⁸⁹ nin ne durumda olduğunun incelenmesi gerekecektir.

4. Şüphe Feshine İlişkin Olayın Ceza Soruşturması ya da Kovuşturmasına Konu Olması ve İşçiye Koruma Tedbirleri Uygulanması

Şüphe feshinin geçerliliği için ne hukukumuzda ne de Alman Hukuku'nda somut olay bakımından bir ceza mahkemesi kararı alınması ya da ceza soruşturması veya kovuşturması mevcut olması şartı aranmamaktadır. Ancak uygulamada karşılaşılan durumlar ve yargı kararları sebebiyle şüphe feshinin bu açıdan incelenmesi yerinde olacaktır.

Konuya ilişkin olarak bazı soruların yanıtlanması şüphe feshi bakımından gerçekten önemlidir. Bunlar:

- Şüphe konusu olayla ilgili bir ceza soruşturması veya kovuşturması mevcut ise, bu şüphe feshinin geçerliliğini nasıl etkileyecektir?
- Şüphe konusu olayla ilgili bir ceza soruşturması veya kovuşturması mevcut ise feshin geçerliliği ya da kötüniyetli olup olmadığının tespit edilebilmesi için bu durum bekletici mesele yapılacak mıdır?
- Şüphe feshi sadece bir ceza soruşturması ya da kovuşturması mevcut diye objektif şüphe şartını sağlamış olacak mıdır?
- Bir ceza mahkemesi kararı karşısında şüphe feshi durumu ne olacaktır?

Aşağıda yapılan açıklamalarla bir nebze de olsa bu önemli hususlar aydınlatılmaya ve bir neticeye ulaşılmaya çalışılacaktır.

Şüphe duyulan eyleme ilişkin bir ceza yargılaması bulunmasının etkisi bakımından Alman Federal İş Mahkemesi zaman içinde çeşitli görüşler açıklamıştır. 1984 tarihli eski bir kararında, ceza yargılamasının, feshin değerlendirmesi için

¹⁴⁸⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm V. C. 3. Şüphe Feshinde Menfaat Değerlendirmesi

¹⁴⁸⁹ Güven sermayesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm I. B. Güven Sermayesi Kavramı ve Oluşma Şartları

yeterli olmayabileceğini, örneğin işçinin ön ödeme imkânını kullanması sonucunda ceza soruşturmasının kapanması halinde bahsedilen durumun gerçekleşeceğini belirtmiştir¹⁴⁹⁰. Doktrinde bir kişi tarafından polise veya savcılığa işçi için yapılan suç duyurusunun, hiçbir şekilde feshe dayanak olamayacağı ifade edilmiştir. Bu ihbar üzerine cezai soruşturmanın başlatılmasının da şüphe feshi için yeterli olacağı kesin değildir. Hatta genel olarak soruşturmanın başlatılmasının doğrudan fesih gerekçesi olamayacağı kabul edilmiştir¹⁴⁹¹. Daha sonraki bir kararında ise BAG durumu, ceza soruşturması ve kovuşturması açısından ayrı ayrı değerlendirmiştir. Ceza soruşturmasına başlanması için basit şüphe yeterli olurken, ceza kovuşturmasının açılması halinde var olan şüphe güçlenmiş olacağından, soruşturma sonucunda ceza kovuşturmasına karar verilirse objektif ve kuvvetli bir şüphe şartının gerçekleşeceğini dile getirmiştir¹⁴⁹².

Yargıtay da bazı kararlarında bir kişi hakkında ceza davası açılmış olmasının şüphe feshine imkân verecek ölçüde işçi-işveren arasındaki güven ilişkisini zedelediğini ifade etmiştir¹⁴⁹³. Doktorinde de ceza soruşturmasının tek başına şüphe feshine olanak tanımayacağı konusunda hiçbir tereddüt bulunmadığı¹⁴⁹⁴; ama aynı tespiti yeterli şüphenin mevcut olduğu ceza kovuşturması için söylemenin kolay olmadığı ve ceza davası açılmış olmasının tek başına feshe imkân sağlayabileceği ifade edilmiştir¹⁴⁹⁵. Ancak “ceza kovuşturması başlatılmış olması tek başına, ‘objektif olgulara dayanan kuvvetli şüphe şartı’nın sağlanmış olması için yeterlidir” şeklinde genel geçer bir esas kabul edilmesinin hukukumuz bakımından uygun olmayacağı düşünülmektedir¹⁴⁹⁶. Çünkü Adalet Bakanlığı verilerine¹⁴⁹⁷ göre, 2012-2019 yıllarında ceza davalarının maksimum yüzde 48,1’i (2018 yılı) mahkûmiyetle, minimum %16,3’ü (2019 yılı) ise beraat kararıyla sonuçlanmıştır. Verilen diğer kararların oranları da dahil edildiğinde, sanıkların suçunun sabit olma ihtimalinin %50 elliye aşabileceği ama masumiyetlerinin ortaya çıkma oranları bakımından

¹⁴⁹⁰ Baysal, Şüphe Feshi, s. 91. BAG, 12.12.1984, **AP**, BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 19,

¹⁴⁹¹ Heilmann, s. 51.

¹⁴⁹² BAG, 5.6.2008, 2 AZR 234/07, <https://openjur.de/u/172544.html>, (02.02.2021).

¹⁴⁹³ Y. 9. HD., 06.05.2015, 2015/1784 E., 2015/8200 K.; Y. 22. HD. 07.12.2015, 2014/24267 E., 2015/35369 K., Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 322-323.

¹⁴⁹⁴ Baysal, Şüphe Feshi, s. 90; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 324.

¹⁴⁹⁵ Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 325.

¹⁴⁹⁶ Baysal, Şüphe Feshi, s. 91; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 325.

¹⁴⁹⁷ Bkz. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, **Adli İstatistikler 2019**, Hizmete Özel, Ankara, s. 36 Tablo 2.7 ve Grafik 2.5

bunun söz konusu olmadığı görülmektedir. İlk bakışta bu durum, ceza kovuşturmasının tek başına şüphe feshini geçerli kılabileceği görüşüne bir dayanak olarak düşünülebilir. Ancak şüpheden sanık yararlanır ilkesinin de temelinde yatan “bir masum lekelenip cezalandırılacağına bir suçsuzun cezasız kalmasının yeğlenmesi” felsefesi göz önünde tutulduğunda, toplam 4.447.362 kararın olduğu ve en düşük oranın görüldüğü (%16,3) 2019 yılında 723.567 kişinin beraat etmesi karşısında, somut olaya bakmaksızın ceza kovuşturmasına başlanmış tüm olaylarda şüphe feshi bakımından aranan kuvvetli şüphe şartının gerçekleştiğinin kabul edilmemesi uygun olacaktır.

Son dönemde BAG, şüphe feshinin geçerliliği bakımından karar verirken iş mahkemesinin, ceza yargılamasıyla bağlı olmayacağı ve tüm koşulları bağımsız olarak değerlendireceği; ancak ceza mahkemesi kararında çalışana karşı şüpheyi zayıflatacak olguların tespit edilip edilmediği¹⁴⁹⁸ ni de incelemesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁹⁹.

Sonuç olarak, işçi hakkında ceza kovuşturması başlatılmasının her şüphe feshinde kuvvetli ve objektif bir şüphe şartını sağladığını söylemek mümkün değildir. İşçi hakkında ceza kovuşturması başlatılması adli makamların suça dair yeterli şüphe tespit ettiğini gösterse de; iş hâkimin önüne gelen her olayda ayrı ayrı şüphe feshi şartı olan objektif olgulara dayanan kuvvetli şüphenin işveren açısından var olup olmadığını araştırması gereklidir¹⁵⁰⁰.

Kovuşturma bakımından bu tespit yapılabiliriyorsa; başlangıç şüphanın yeterli olduğu ceza soruşturmasının doğrudan kuvvetli şüphe şartını sağlamayacağını evleviyetle söylemek mümkündür¹⁵⁰¹. Objektif vaka ve olgulara dayanan kuvvetli şüphenin bulunup bulunmadığı yine somut olaya bakılarak söylenebilecektir. Başka hiçbir dayanağı olmadan, geçerlilik şartlarını sağlamadan, işverenin sadece soruşturmanın varlığına dayanarak şüphe feshine başvurmaması gereklidir¹⁵⁰².

CMK m. 160/I’de belirtildiği üzere Cumhuriyet Savcısı bir suçun işlendiği izlenimini veren hâl karşısında soruşturma başlatabilecektir. Doktrinde bu şart

¹⁴⁹⁸ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 4. Fesih Beyanından Sonra Gündeme Gelen Hususların Şüphe Feshine Etkisi.

¹⁴⁹⁹ BAG, 02.03.2017 – 2 AZR 698/15, **NZA**, Yıl: 2017, Sayı: 16, ss. 1051-1056.

¹⁵⁰⁰ Baysal, Geçerli Sebep, s.180; Baysal, Şüphe Feshi, s. 91.

¹⁵⁰¹ Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 275; Baysal, Şüphe Feshi, s. 90.

¹⁵⁰² Baysal, Geçerli Sebep, s. 179; Baysal, Şüphe Feshi, ss. 90-91; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 324.

“başlangıç şüphesi” bir başka ifadeyle “basit şüphe” şeklinde adlandırılmıştır¹⁵⁰³. Görüldüğü üzere sadece bir izlenimle soruşturma aşamasının başlatılması mümkündür. Bu Kanun düzenlemesi karşısında da, ceza soruşturmasını, şüphe feshi için gerekli objektif durumlara dayanan kuvvetli şüphe için doğrudan yeterli kabul etmek mümkün değildir. Zaten doktrindeki basit şüphe ifadesi de kanaatimizce bu fikri destekler niteliktedir.

Cumhuriyet Savcısının kamu davası açması için de CMK m. 170 uyarınca delillerin suçun işlendiği hususunda “yeterli şüphe” oluşturması gereklidir. Burada şüphenin derecesinin soruşturma aşamasına göre daha yüksek olduğu açıktır. Ancak yine de yeterli şüphe olsa da şüphe feshi anlamında kuvvetli şüpheyi karşılayıp karşılamayacağı yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere somut olaya göre tespit edilecektir.

Aslında burada kelime olarak düşünüldüğünde işverenin kuvvetli şüphesi olması gerektiğinden basit ve yeterli şüphenin söz konusu olduğu soruşturma ve kovuşturmaların şüphe feshi açısından yeterli olmaması gerektiği de söylenebilecektir. Ancak burada şüphe feshi bir iş hukuku kavramı olduğundan, işverende oluşması gereken kuvvetli şüphenin ceza hukukundaki derecelendirme ve nitelendirmeler ile birebir örtüştüğü söylenemeyebilir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde tutuklama için gerekli olan kuvvetli şüphenin niteliğinin de şüphe feshi için arananla aynı olmadığı kabul edilebilir. Ayrı hukuk alanları olmalarının yanı sıra, tutuklama bakımından kuvvetli şüpheyi tespit edenler, “adli makamlar” yani bu konuda yetkin kişilerken, şüphe feshinde kuvvetli şüpheyi duyacak kişi “işveren”dir. Dolayısıyla ceza muhakemesindeki “objektifliği ve ağırlığı” şüphe feshi bakımından aramanın uygun olmadığı ileri sürülebilir. Yargı kararlarında ve doktrinde şüphe feshi için aranan şüphe derecesinin “yoğun”¹⁵⁰⁴, “ciddi”¹⁵⁰⁵ ve

¹⁵⁰³ Şüphe dereceleri ve ceza muhakemesi bakımın durumları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm I. B. Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe Dereceleri

¹⁵⁰⁴ Bkz. Y. 22. HD. 05.12.2013, 2013/30843 E., 2013/27914 K., Erdoğan, s. 132 dpn. 648.

¹⁵⁰⁵ Sur, Şüphe Feshi, s. 2490; Erdoğan, ss. 131 vd.. Bkz. Y. 22. HD., 16.01.2017, 2017/746 E., 2017/34 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2017/4 Sayı: 55, <https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/suphe-feshi>, (13.12.2021); Y. 22. HD., 23.01.2017, 2017/817 E., 2017/655 K., www.kazanci.com, (24.06.2021); 22. HD., 26.11.2018, 2018/11097 E., 2018/25472 K.; Y. 22. HD., 21.01.2019, 2018/16692 E., 2019/1412 K., www.legalbank.net, (13.12.2021).

“güçlü”¹⁵⁰⁶ gibi hukukumuzda daha önce kullanılmamış terimlerle de ifade edilmesinin, bunun bir göstergesi olduğu da söylenebilir. Ama tüm bunlara rağmen, şüphe feshinde ceza muhakemesindeki derecelendirmenin tamamen gözardı edilemeyeceği kanaatindeyiz¹⁵⁰⁷. Zaten bu anlayışla, örnek alınan Alman Hukuku’nda şüphe feshi için işverenin duyması gereken şüphe olan “dringend Verdacht” a çalışmamızda “kuvvetli şüphe” olarak yer vermekteyiz¹⁵⁰⁸. Çünkü Alman Hukuku’nda da Tutuklama (StPO m. 112/I) ve Gözlem Altına Alma (StPO m. 81/II) ya ilişkin düzenlemelerde “kuvvetli şüpheli (dringend verdächtig)” ifadesi kullanılarak Türk Hukuku’nda olduğu gibi tutuklama (CMK m. 100) ve gözlem altına alınma (CMK m. 74) için kuvvetli şüphe aranmıştır. Asıl önemlisi tutuklama için gerekli “dringend Verdacht” şüphe derecesi nitelendirilmesinin, şüphe feshinde aynen kullanılmış olmasıdır. Bu sebeple şüphe feshinin ortaya çıktığı ve örnek aldığımız Alman Hukuku’na paralel olarak, tutuklamada da aranan şüphe derecesi olan “kuvvetli şüphe” ifadesini, şüphe feshi bakımından da kullanmaktayız. Fakat yukarıda belirtildiği üzere iki farklı hukuk dalında yer alan ve farklı niteliklerdeki kişilerde oluşan kuvvetli şüphenin anlamlarının ve gereklerinin birebir aynı olduğunu söylemek mümkün olmayabilir. Aynı olarak görülmemesinin sebebi, ceza muhakemesi bakımından aranan kuvvetli şüphenin işverenden beklenene göre daha objektif ve ağır olması gerekeceği ve böyle bir beklentinin işverene karşı

¹⁵⁰⁶ Doğan Yenisey, ss. 68 vd; Hozar, ss. 240 vd.; Kaplan, s. 984; Baysal, Geçerli Sebep, s. 174; Keser, s. 315; Caniklioğlu, s. 127; Sur, Şüphe Feshi, s. 2490; Baysal, Şüphe Feshi, ss. 88 vd.; Y. 9. HD., 22.10.2007, 2007/16878 E., 2007/30923 K.; Y. 9. HD., 05.10.2009, 2008/44383 E., 2009/25774 K.; Y. HGK., 15.11.2018, 2015/22-2715 E., 2018/1720 K., www.kazancı.com, (24.06.2021).

¹⁵⁰⁷ “Özellikle işçinin suç işlediği şüphesinin, ceza hukuku anlamında suç şüphesi ve arandığı durumlar dikkate alınarak, işverene nihai bir yaptırım olacak fesih hakkı sağlayamayacağı sadece soruşturma yapması imkânı vereceği görüşü” bu kanaatimizi destekler niteliktedir. Dörner, Verdachtskündigung im Spiegel, s. 869. Bu görüş için bkz. IV. B. Masumiyet Karinesinin İhlali. Ancak Heilmann, “kuvvetlilik” ifadesinin ne anlama geldiği bakımından aynı kavram kullanılması sebebiyle ceza muhakemesi hukuku ile karşılaştırma yapmak en makulü gibi dursa da, StPO’da da kuvvetli şüphe (ve diğer şüphe derecelerinin) tanımlamasına yer verilmediğinden sadece hangi durumlarda gerekli olduğu ifade edildiğinden böyle bir kıyas yapmamıştır. Daha da önemlisi ceza muhakemesi hukukundaki suç şüphesi kavramının iş hukukunda söz konusu şüpheler bakımından dikkate alınıp alınamayacağının tartışmalı olduğu ifade edilmiştir, Heilmann, s. 38. Ceza muhakemesindeki şüphe nitelendirmelerinin iş hukukundaki şüpheli durumlar bakımından uygulanamayacağı yönünde bkz. OLG Stuttgart, 18.01.1957 - 1 Ss 791/56, NJW, Yıl: 1957, Sayı: 12, s. 474.

¹⁵⁰⁸ “Kuvvetli şüphe” ifadesinin kullanıldığı bir başka çalışma için bkz. Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 321, 322; Kaplan, s. 984. Yargıtay’ın da aynı nitelendirmeyi kullandığı kararlar için bkz. Y. 9. HD., 02.06.2008, 2007/39391 E., 2008/13515 K., www.kazancı.com, (20.06.2021); Y. 9. HD., 01.12.2014, 2014/25713 E., 2014/36221 K., www.kazancı.com, (24.06.2021); Y. 9. HD., 04.02.2019, 2018/11109 E., 2019/2630 K., www.legalbank.net, (13.12.2021).

yöneltilemeyecek olmasıdır. Dolayısıyla, tutuklama için aranan kuvvetli şüphe derecesi, işverende oluşan kuvvetli şüpheden daha yüksek olacağından, şüphe duyulan konuda işçinin tutuklanması söz konusuysa şüphe feshi için gereken “kuvvetli şüphe şartı”nın evleviyetle sağlanacağı düşünülebilir¹⁵⁰⁹. Ancak uygulamamız bakımından bu şekilde bir genelleme yapılması doğru olmaz. Hatta Alman Hukuku’nda da her ne kadar tutuklamanın şüpheyi destekleyici nitelikte olduğu bazı kararlarda görülsede; tutuklamanın işçinin çalışmasına engel olması durumuna dayanarak bağımsız bir fesih nedeni şeklinde ele alınmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir¹⁵¹⁰.

Daha önce de incelediği üzere¹⁵¹¹, kural olarak ceza mahkemesi kararları TBK m. 74 uyarınca hukuk mahkemesini bağlamamaktadır. Bu doğrultuda da şüphe feshinin hukuki denetiminde yapılan değerlendirme ve alınan kararlarla, şüphe konusu eylemlerle ilgili ceza soruşturması veya kovuşturmasındaki değerlendirmeler aynı olmayabilecektir¹⁵¹².

Örneğin, şüphe edilen eyleme ilişkin ceza soruşturması kapatılsa veya ceza kovuşturmasından delil yetersizliği nedeniyle işçi beraat etse de, ceza muhakemesi hukukunda esas alınan ilkeler ile ispat ve delil kurallarının farklılığından dolayı, iş mahkemesi somut olayda iş ilişkisindeki güvenin çöktüğünü tespit ederse, şüphe feshinin geçerli olduğu ve işverenin kötü niyetli olmadığına karar verilebilecektir¹⁵¹³. Zaten doktrinde şüphe feshi için önemli olanın suçun ispatlanması değil (ki bu durumda zaten şüphe feshi değil haklı ya da geçerli nedenle feshin dikkate alınması gerekir) eylemin gerçekleştirildiğine dair işverenin şüphesinin, feshi geçerli kılmaya yetip yetmeyeceğidir¹⁵¹⁴. Bu doğrultuda, şüphe feshinin geçerli olup olmadığının

¹⁵⁰⁹ Alman Hukuku’nda, işçi için çıkarılan tutuklama kararının kuvvetli bir şüphe için güçlü bir emare teşkil edebileceğine ilişkin Eyalet İş Mahkemesi kararı için bkz. LAG München, 19.03.2009 - 3 Sa 25/09, **BeckRS** 2009, 67431.

¹⁵¹⁰ Heilmann, s. 51.

¹⁵¹¹ Bkz. Birinci Bölüm III. Ceza Muhakemesinin İş İlişisine Etkisi

¹⁵¹² Baysal, Şüphe Feshi, s. 90. BAG, 02.03.2017 – 2 AZR 698/15, **NZA**, Yıl: 2017, Sayı: 16, ss. 1051-1056.

¹⁵¹³ Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 275; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68; Baysal, Şüphe Feshi, s. 90; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 325. Ceza soruşturmasında takipsizlik kararı verilmesine ya da ceza yargılamasında beraat etmesine rağmen, “objektif vakıa ve olgulara dayanan şüphenin bulunduğu ve şüphe feshinin geçerli olduğu” yönünde kararlar için bkz. Y. 9. HD. 25.05.2009, 2009/309 E., 2009/14199 K., www.legalbank.net, (07.05.2019); Y. 9. HD., 18.04.2013, 2012/32147 E., 2013/12471 K., www.legalbank.net, (05.03.2021); Y. 9. HD. 17.04.2019, 2019/2042 E., 2019/8984 K.; Y. 9. HD. 17.04.2019 2019/2003 E., 2019/8983K., www.legalbank.net, (28.07.2019).

¹⁵¹⁴ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68.

tespitinde, mahkeme fesih anındaki koşullara göre güven ilişkisini yıkan objektif olgulara dayalı şüphe olup olmadığına ve işverenin olayı aydınlatmak için gerekli çabayı gösterip göstermediğine bakacağından, ceza soruşturması ya da kovuşturmasının bekletici mesele yapılmasının hukuka uygun olmayacağı da ileri sürülmüştür¹⁵¹⁵. “Bekletici mesele yapmamanın”, işe iadeye hükmedilmesine rağmen işçinin daha sonra şüphe duyulan eyleminden mahkûmiyet alması durumunda, somut olaya göre işveren iş sözleşmesini geçerli ya da haklı nedenle feshedebileceğinden sorun olmayacağı ifade edilmiştir¹⁵¹⁶.

Ancak problem, işçinin eylemi gerçekleştirmediğinin kesin olarak ispatlanması sebebiyle beraat etmesi durumunda yaşanacaktır. Her ne kadar ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargısına etkisine ilişkin açıklamalar doğrultusunda, ceza soruşturma ve kovuşturmaları ya da bunlara ilişkin kararların şüphe feshine tek başına dayanak olamayacağı, feshin geçerliliği bakımından yapılan değerlendirmelerde mahkemeyi kural olarak bağlamayacağı kabul edilebilirse de, ceza soruşturma ve kovuşturmasının bekletici mesele yapılabileceği kanaatindeyiz. Dahası somut olaya göre hukuka olan güvenin zedelenmemesi ve yeknesaklığın sağlanması bakımından iş mahkemelerinde bir gereklilik olarak kabul edilen “bekletici mesele yapma” durumunun, şüphe feshinin niteliği sebebiyle daha da elzem olduğu söylenebilir. Yargıtay’ın içtihadı da ceza soruşturma ve kovuşturmalarının bekletici mesele yapılması gerektiği yönündedir¹⁵¹⁷.

B. İşverenin Olayı Aydınlatma Yükümlülüğü

Esaslı bir yükümlülük ihlaline ya da suç teşkil eden bir eyleme ilişkin kuvvetli bir şüphe bulunması, tek başına şüphe feshini geçerli kılmaya yetmez. Ayrıca geçerli bir şüphe feshi için, işverenin somut olayı araştırarak durumu aydınlatmaya yönelik, dürütlük kuralı uyarınca kendisinden beklenebilecek tüm

¹⁵¹⁵ Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 325; Erdoğan, s. 266.

¹⁵¹⁶ Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 325-326, 327; Erdoğan, s. 271.

¹⁵¹⁷ Yargıtay’ın kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm III. Ceza Muhakemesinin İş İlişkisine Etkisi

çabayı göstermesi ve bu kapsamda özellikle söz konusu işçinin savunmasını almış olması gereklidir¹⁵¹⁸.

Bu yükümlülük, şüphe feshinin hukukumuzda geçerli nedenle fesih kabul edilmesinin de¹⁵¹⁹ (Alman Hukuku'nda bu ilke hem haklı hem geçerli nedenle şüphe fesihleri bakımından esas alınmaktadır) doğal bir sonucudur. Çünkü şüphe feshi, geçerli nedenle fesih türü olarak kabul edildiğinde; son çare ilkesi¹⁵²⁰, olayı aydınlatmak için çaba gösterilmesini gerektirecektir. İşverenin fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanabilmesi için, duyduğu şüpheyi ortadan kaldırmaya yönelik uğraşması gereklidir¹⁵²¹. Eğer işveren, somut olayın açığa çıkması için gerekli tüm gayreti göstermezse, ona “fesih hakkı tanımak” ölçülülük ilkesine uygun olmayacaktır¹⁵²². İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından ise işçinin kötüniyet tazminatı ödeyip ödenmeyeceğinin tespiti bakımından bu durum önem arz edecektir.

Aydınlatma yükümlülüğü, şüphe feshi bakımından çok önemlidir. Çünkü somut olayın araştırılması sonucunda mevcut şüphelerin dağıtılması ve kişinin olaylarla ilgisi olmadığının tespit edilebilmesi söz konusu olabilir. Böylece şüphe feshine başvurulmasının gereği kalmaz. Eğer kişinin ilgisi olduğu açığa çıkarılırsa da işveren, duruma göre haklı ya da bir geçerli nedenle feshe başvurabilecektir. Sonuç olarak, işveren aydınlatma yükümlülüğü kapsamında tüm çabayı göstermesine

¹⁵¹⁸ Brox ve diğerleri, s. 196 Rn. 554; Holbeck ve Schwindl, s. 127 Rn. 488, 489; Löwisch ve diğerleri, s. 177 Rn. 635; Krause, s. 274 Rn. 15; Hromodka ve Maschmann, s. 438; Waltermann, s. 154 Rn. 347; Junker, s. 229; Hoefs, ss. 54, 184-185; Deinert, s. 290; Langner ve Witt, s. 827; Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274; Wertz, s. 113; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68; Manav, s. 268; Hozar, s. 240; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 322; Baysal, Geçerli Sebep, s. 177; Caniklioglu, s. 126; Baysal, Şüphe Feshi, s. 89; Kaplan, s. 985. BAG, 04.06.1964 - 2 AZR 310/63, **AP**, BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13; BAG, 08.08.1968 - 2 AZR 348/67, **AP**, BGB § 626 Nr. 57; BAG, 10.02.1977 - 2 ABR 80/76, **AP** BetrVG 1972 § 103 Nr. 9; BAG 03.04.1986 - 2 AZR 324/85, **NZA**, Yıl: 1986, Sayı: 20, ss. 677-679; BAG, 18.11.1999 - 2 AZR 743/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 8, ss. 418-421; BAG, 26.09.2002 - 2 AZR 424/01, **NJOZ**, Yıl: 2003, Sayı: 36, ss. 2259-2266; BAG, 27.03.2003 - 2 AZR 51/02, **NZA**, Yıl: 2003, ss. 1193-1196; BAG, 29.11.2007 - 2 AZR 724/06, **AP**, BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40; BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 102/12, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 24, ss. 1416-1419.

¹⁵¹⁹ Elbette iş güvencesi kapsamındaki için geçerli nedenle fesih değil süreli fesih söz konusu olacak ve burada doğrudan bir aydınlatma yükümlülüğü denetimi yapılamayacaktır. Mahkeme ancak kötüniyet bakımından değerlendirme yapıp tazminata hükmedebilecektir.

¹⁵²⁰ Bu ilke için bkz. Üçüncü Bölüm VI. Şüphe Feshinde Son Çare İlkesi

¹⁵²¹ Stotfels, s. 41; Baysal, Geçerli Sebep, s. 177. BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 206/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 137-142.

¹⁵²² Doğan Yenisey, s. 68.

rağmen suçlamalar bertaraf edilemiyor ve işçi bakımından şüphesi de yok olmuyorsa, şüphe feshi mümkün olacaktır¹⁵²³.

“Somut olayı aydınlatma yükümlülüğü”yle işverenin acele bir karar vermesi önlenmiş ve masum birisinin feshe maruz kalması riski tamamen kalkamasa da azalmış olur¹⁵²⁴. Ayrıca her ne kadar şüphe feshinin masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmeyeceği görüşü doktrinde çoğunluksa da¹⁵²⁵, “işverenin olayı aydınlatma çabası”yla masumiyet karinesi de gözardı edilmemiş olacağından, böyle bir geçerlilik şartının gerekli görüldüğü söylenebilir¹⁵²⁶.

Sonuç olarak işveren, gerçeği ortaya çıkarmak için her şeyi yapmış ve özellikle söz konusu işçinin savunmasını almış olmalıdır¹⁵²⁷. İşveren, somut olayı aydınlatmak için kendisinden beklenebilecek ve mümkün olan yolları denemezse, şüphe feshi bu yüzden geçersiz olacaktır. Bu sebeple işverenin, olayın iç yüzünü öğrenmeden, feshi sadece görünürdeki durumlardan yola çıkılarak oluşan bir şüpheyeye dayandırmaması gerekir¹⁵²⁸.

Son olarak bu yükümlülüğe ilişkin belirtebilecek bir husus, Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) içtihadına göre, BGB m. 626/II 1. cümle uyarınca haklı nedenle fesihlerdeki 2 haftalık hak düşürücü süre sebebiyle işverenin aydınlatma yükümlülüğünü (olayın soruşturulması vs.) koşullar elverdiği oranda ivedilikle yerine getirmesi gereklidir¹⁵²⁹. Hukukumuzda ise geçerli nedenle fesihlerde hak düşürücü bir süre olmadığından bu durum çok fazla önem arz etmeyecektir. Ama yine de, feshin makul sürede gerçekleştirilmesi şartı geçerli olduğundan, işveren buna uygun olarak aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

¹⁵²³ Markus Stoffels, “Neue Spielregeln bei Abmahnung, Anhörung und Verdachtskündigung?”, **Kündigungsgesetz: alte und neue Fragen, Mannheimer Arbeitsrechtstag 2013**, (Ed. Frank Maschmann), Nomos, Baden-Baden 2013, s. 41; Wertz, s. 114. BAG, 26.09.2002 - 2 AZR 424/01, **NZA**, Yıl: 2003, Sayı: 17, s. 991.

¹⁵²⁴ Wertz, s. 114. BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 102/12, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 24, ss. 1416-1419.

¹⁵²⁵ Üçüncü Bölüm IV. B. Masumiyet Karinesinin İhlali

¹⁵²⁶ Doğan Yenisey, s. 68.

¹⁵²⁷ Eylert ve Friedrichs, s. 2203; Mario Wertz, s. 114.

¹⁵²⁸ Wertz s. 114. ArbG Berlin, 12.07.2013 - 28 Ca 3420/13, **BeckRS** 2013, 71342.

¹⁵²⁹ BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Ölçüsü

Şüphe feshinin bu koşulu bakımından, işverenin ne ölçüde çaba göstermesi gerektiği tespit edilmelidir. İşverenden kolluk kuvveti gibi araştırma yapması beklenemeyecektir¹⁵³⁰.

İşveren, olayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde sadece şüpheli işçinin zararına olan olguları toparlamamalı, suç ya da esaslı bir yükümlülük ihlaline dair şüpheyi giderici olguların da bulunup bulunmadığını denetlemelidir¹⁵³¹. Aynı şekilde başka kişilerin de fail olup olamayacağını sorgulamalıdır. Bu her aydınlatma yükümlülüğü için asgari ölçü olarak kabul edilmiştir¹⁵³².

İşverenin gözetme borcu kapsamında¹⁵³³, işçiye yapılan suçlamaların çürütülebilmesine yönelik, titiz ve ön yargısız bir soruşturma yapılması gereklidir. Çünkü işveren somut olayı objektif bir şekilde ele almalı, işçiye kötünietli (işçiye iftiraya atılmaya çalışılması gibi) ve yanlış suçlamalara karşı korumalıdır. Fakat bu işçiyle ilgili diğer işçiler ya da üçüncü kişiler tarafından yapılan ihbarların hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı şeklinde de anlaşılmamalıdır¹⁵³⁴.

İşverenin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, “tüm ipuçlarını takip eden ve olası hatalı kaynakları dikkate almayan, basiretli, makul ve mantıklı bir işverenin bakış açısı”nı taşıması gerektiği kabul edilmiştir¹⁵³⁵. İşveren ve/veya görevlendirdiği kişiler, bu bakış açısıyla, kendilerinden beklenebilecek ölçüde her şeyi araştırıp, herkesi dinlemeli ve elde ettiği tüm bilgileri dikkate alarak olayı netleştirmeye çalışmalıdır. Aksi halde, örneğin, işveren söz konusu olaydaki tanıkları hiç¹⁵³⁶ ya da yeteri kadar sorgulamamışsa ve bu yüzden olayın aydınlatılmasına yönelik bilgileri kaçırmışsa, somut olayın aydınlatılması için ondan beklenen tüm çabayı yerine getirmediği kabul edilebilecektir¹⁵³⁷.

¹⁵³⁰ Baysal, Geçerli Sebep, s. 177; Baysal, Şüphe Feshi, s. 89.

¹⁵³¹ LAG Schleswig-Holstein, 19.06.2013 - 3 Sa 208/12, **BeckRS** 2013, 70635.

¹⁵³² Hoefs, s. 204; Wertz, s. 115

¹⁵³³ İkinci Bölüm I. E. 1. İşçiye Gözetme Borcu.

¹⁵³⁴ Wertz, s. 115.

¹⁵³⁵ Wertz, s. 115. BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 474/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 20, ss. 1136-1143.

¹⁵³⁶ LAG Baden- Württemberg, 23.05.2014 - 17 sa 28/13, **BeckRS** 2014, 70740.

¹⁵³⁷ Yargıtay’ın şüphe feshinin geçerlilik koşullarına ilişkin ayrıntılara yer verdiği ve diğer koşullara ek olarak aydınlatma yükümlülüğünde işverenin kendisinden beklenebilecek bütün çabayı göstermesi gerektiğini ilk kez açıkça belirttiği karar için bkz. Y. 9. HD., 05.10.2009, 2008/44383 E., 2009/25774 K., www.legalbank.net, (07.05.2019). LAG Hamm, 15.12.2011 - 15 Sa 1184/11, **BeckRS** 2012, 68195.

İşveren, şüphe duyulan konuya ilişkin olarak, “hayatın olağan akışına uygun tüm olasılıkları” kendisinden beklenebilecek ölçüde dikkate alması gereklidir. Örneğin, işveren, işyerindeki kasada ya da mal stoklarında eksik varsa “bu birimlerdeki işçinin hırsızlık yaptığı ya da malların çalınmasına sebep olduğu” konusunda şüphesine dayanmadan önce, bu açığın nasıl meydana gelmiş olabileceğine ilişkin tüm olasılıkları özel olarak araştırmalıdır. Çünkü bir açığa ilişkin, “stok hatası”, “yanlış yere konulma” ve benzeri farklı başka ihtimaller varken, işverenin doğrudan bu eksik meblağı “işçinin çaldığı ya da çalınmasına sebep olduğu şüphesi”ne dayandırmaması gerekir¹⁵³⁸.

Aydınlatma yükümlülüğü şartının yerine getirilip getirilmediği bakımından “işverenden beklenebilirlik”değerlendirmesinde ise,

- Başvurulacak yolların zamansal ve finansal maliyetleri,
- Elde edilecek bilgilerin ispat açısından değeri,
- Daha önceden somut olayın aydınlatılmasına ilişkin olarak başvurulmuş yolların türü ile miktarı ve de
- Şüphenin yoğunluğu önemlidir¹⁵³⁹.

Bu doğrultuda, işverenin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken somut olayın tüm koşulları da dikkate alınacaktır¹⁵⁴⁰. Örneğin; şüphe, işyeri dışında gerçekleşen, işçinin göreviyle bağlantısı olmayan bir duruma ilişkinse, işverenin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daha dar olabileceği belirtilmiştir. Dahası, söz konusu şüphe duyulan bu davranış aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işverenden ayrı soruşturma yapmaksızın savcılığın yürüteceği soruşturma ile yetinebileceği de ileri sürülmüştür¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁸ BAG, 18.11.1999 - 2 AZR 743/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 8, ss. 418-421; LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013 — 3 Sa 208/12, **BeckRS** 2013, 70635.

¹⁵³⁹ Hoefs, s. 204; Wertz, s. 116.

¹⁵⁴⁰ BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 474/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 20, ss. 1136-1143; BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 206/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 137-142.

¹⁵⁴¹ Heilmann, s. 25.

2. İşçiden Savunma Alma Yükümlülüğü¹⁵⁴²

İşverenin şüphe feshini uygulamadan önce, olayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında başvurabileceği ilk yol, işçi ile doğrudan görüşmektir. Bu şekilde işçiye, olaya ilişkin düşüncelerini söyleme ve suçlamalara karşı kendini savunma imkânı verilmiş olacaktır¹⁵⁴³. Alman Federal İş Mahkemesi Kararları işçinin savunmasının alınması yükümlülüğünü vurgulamış ve savunma alınmadan yapılan fesihleri geçersiz kabul etmiştir. Böylece işverenin şüphe feshini uygulamadan önce işçinin savunmasını alması şekli bir geçerlilik şartı haline gelmiştir¹⁵⁴⁴.

Yargıtay kararlarında¹⁵⁴⁵ da şüphe feshi geçerliliği denetiminde işçinin savunması alınması şartına yer verilmektedir. Ancak bu esasen şüphe feshi özelinde kabul edilen bir geçerlilik şartı da değildir. Şüphe feshinin geçerli nedenle fesih olması sebebiyle işverenin İşK m. 19 uyarınca savunma alması zorunludur¹⁵⁴⁶.

Şüphe feshi bakımından örnek aldığımız Alman Hukuku mevzuatında ise geçerli nedenle fesihler bakımından bir savunma alınması gerekliliği düzenlenmemiştir¹⁵⁴⁷; ama buna rağmen, başlarda eleştirilse de¹⁵⁴⁸ fesih hukukunda

¹⁵⁴² Savunma kelimesinin Almanca karşılığı “die Verteidigung”dur (Bkz. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu – Strafprozeßordnung- Onbirinci Bölüm). Söz konusu şart ise Alman Hukukunda “Die Pflicht der Anhörung des Arbeitnehmers” şeklinde ifade edilir ve Türkçe’ye motomot çevrilirse şartın “işçiyi dinleme yükümlülüğü” olarak adlandırılması gerekecektir, Online Almanca-Türkçe Sözlük, <https://beluka.de> (18.01.2021); Langenscheidt Online Almanca-Türkçe Sözlük, <https://tr.langenscheidt.com>, (18.01.2021). Ancak bu nitelendirme, farklı anlamlara gelebileceğinden hukukumuzda bazı karışıklıklara yol açabilir. Ayrıca İşK m. 19/II’de “işçinin savunmasının alınması” ifadesine yer verilmiş ve doktrinde de bu şekliyle kabul görmüştür. Sonuç olarak çalışmamızda da bu şartı “savunma alma” olarak nitelendirmekteyiz.

¹⁵⁴³ Mario Eylert ve Anne Friedrichs, “Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung”, **DB**, Yıl: 2007, Sayı: 40, ss. 2203, 2206; Wertz, ss. 50, 133. BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 474/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 20, ss. 1136-1143

¹⁵⁴⁴ Strobel, ss. 17-18; Brox ve diğerleri, s. 196 Rn. 554; Holbeck ve Schwindl, s. 127 Rn. 488, 489; Löwisch ve diğerleri, s. 177 Rn. 635; Krause, s. 274 Rn. 15; Hromodka ve Maschmann, s. 438; Waltermann, s. 154 Rn. 347; Junker, s. 229; Deinert, s. 287; Wertz, ss. 50, 134. BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812; BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 474/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 20, ss. 1136-1143; BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

¹⁵⁴⁵ 9. HD., 28.04.2008, 2007/31288 E., 2008/10450 K., <https://legalbank.net>, (12.06.2018); Y. 9. HD., 05.10.2009, 2008/44383 E., 2009/25774 K., www.legalbank.net, (07.05.2019).

¹⁵⁴⁶ Y. 7. HD., 30.04.2014, 2014/2211 E., 2014/9720 K., www.legalbank.net, (15.12.2021).

¹⁵⁴⁷ “Alman Hukuku’nda haklı nedenle feshin yanı sıra geçerli nedenle fesihler bakımından da savunma alınma şartı aranmayışı ve sadece şüphe feshi bakımından savunmanın bir geçerlilik şartı kabul edilmesi”, şüphe feshi dışındaki fesihlerde işçinin kendisini savunma imkânı olmadığı anlamına gelmez. Çünkü hem geçerli hem de haklı nedenle fesihlerde hukuk sistemimizde bulunmayan işçi tarafının da yer aldığı işyeri kurulu görüşünün alınması geçerlilik şartı (Bkz. Üçüncü Bölüm V. D. İşyeri Kurulunun Görüşünün Alınması) mevcuttur. Böylece ülkemizdeki sistemden farklı olarak geçerli nedenle feshin yanı sıra haklı nedenle fesihte de işçinin fesih sürecine katılımı sağlanmıştır.

genel olarak esas alınan ölçülülük ilkesi¹⁵⁴⁹ ve özellikle Ultima-ratio prensibi¹⁵⁵⁰ uyarınca yargı içtihatlarıyla şüphe feshi için işçinin savunmasının alınması geçerlilik şartı oluşturulmuştur. Dolayısıyla Alman Hukuku'nda şüphe feshi ister haklı nedenle fesih ister geçerli nedenle fesih olarak gerçekleştirilsin, işçinin savunmasının alınması zorunludur¹⁵⁵¹. Çünkü her ne kadar iki fesih türü için de savunma yapma yükümlülüğü öngörülmemişse de, şüphe feshi, masumiyet karinesine uygun bir fesih türü olmadığından, işçinin savunmasını almadan sözleşmeyi sona erdirmek kabul edilemeyecek bir durum olacaktır¹⁵⁵². İşçinin masum olma ihtimali bulunmasına rağmen iş sözleşmesi feshedildiği düşünüldüğünde, savunma alınmasının şüphe feshi bakımından ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır¹⁵⁵³. Eğer işçinin savunması alınmazsa, iş sözleşmesi feshinin ölçülü ve son çare olduğu söylenemeyecektir¹⁵⁵⁴. Bu sebeple GG m. 103/I'deki hukuki dinlenilme hakkına dayanmaya gerek olmaksızın bu savunma alma yükümlülüğü şartının getirilebilebileceği de kabul edilmiştir¹⁵⁵⁵.

Sonuç olarak, esinlendiğimiz Alman Hukuku'nda bu şekilde geçerlilik şartı kabul edilmemiş olsaydı dahi, İşK. m 19/II¹⁵⁵⁶ uyarınca “davranış ve verim ile ilgili fesihlerde alınması gereken savunma”nın şüphe feshi için de aranacağı açıktır. Ancak savunma, doğal olarak sadece feshin işçiden kaynaklanan sebeplere dayanması durumunda alınacaktır¹⁵⁵⁷. Çünkü madde de görüldüğü üzere “işçinin davranışı ve verimi ile ilgili sebepler” ifadesi kullanılmıştır. Burada karışıklık doğurabilecek bir husus vardır. Kanun koyucu İşK m. 18'deki “yeterlilik” kavramını kullanmayıp

Alman Hukuku fesih prosedürlerine ilişkin bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. Alman Hukuku'nda Fesih Türleri

¹⁵⁴⁸ Bkz. Hoefs, ss. 186-192.

¹⁵⁴⁹ Jörg Bredemeier, “Außerordentliche Verdachtskündigung- aktuelle Übersicht der Rechtsprechung”, *öAT*, Yıl: 2014, Sayı: 2, s. 29; Wertz, s. 134.

¹⁵⁵⁰ BAG v. 30.5.1978 - 2 AZR 63016, AP BGB § 626 Nr. 70; BAG, 19.04.2007-2 AZR 180/06, *NZA-RR*, Yıl: 2007, Sayı: 11, ss. 571- 579.

¹⁵⁵¹ Brox ve diğerleri, s. 196 Rn. 554; Holbeck ve Schwindl, s. 127 Rn. 488, 489; Löwisch ve diğerleri, s. 177 Rn. 635; Krause, s. 274 Rn. 15; Hromodka ve Maschmann, s. 438; Waltermann, s. 154 Rn. 347; Junker, s. 229; Hoefs, ss. 54, 191-192; Wertz, s. 134.

¹⁵⁵² Hoefs, ss. 141 vd.; Doğan Yenisey, ss. 68, 71.

¹⁵⁵³ Wertz, s. 134.

¹⁵⁵⁴ Wertz, s. 135; BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 206/11, *NZA*, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 137-142; BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 102/12, *NZA*, Yıl: 2013, Sayı: 24, ss. 1416-1419; BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, *NZA*, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

¹⁵⁵⁵ Lembke, Verdachtskündigung, s. 85; Wertz, 135.

¹⁵⁵⁶ İşK m. 19/II: “Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez”.

¹⁵⁵⁷ Haklı nedenle feshi oranla daha hafif hukuki sonuçları olan geçerli nedenle fesihte savunma alınması gerekirken, haklı nedenle feshin muaf tutulması doktrinde eleştirilmiştir, (Süzek, s. 626).

“işçinin verimi” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Her ne kadar bu durumdan işçinin verimi dışındaki yetersizlik hallerinde savunma alınmasının gerekli olmadığı sonucu çıkarılmışsa da¹⁵⁵⁸, doktrinde katıldığımız görüşe göre “verim” sözcüğünü İŞK m. 18 ile uyumlu şekilde yeterlilik olarak değerlendirmek yerinde olacaktır¹⁵⁵⁹. İşçi lehine yorum ilkesi de bunu yapmayı gerektirir. Bu doğrultuda, şüphe feshinin işçinin yetersizliğine dayanan bir geçerli nedenle fesih olduğu kabul edildiğinden, savunma alınmasının zorunluluğu konusunda tartışma olmayacaktır.

İşçinin savunmasının alınması her ne kadar geçerli nedenle fesihler bakımından zorunlu olsa da, iş güvencesi kapsamı dışında kalan ve süreli fesih uygulanacak işçiler bakımından önem arz edecektir. Çünkü işverenin fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak kullanıp kullanmadığının tespiti ve bu doğrultuda kötüniet tazminatı ödenmesi bakımından yapılacak değerlendirmede, savunma alınıp alınmadığı hususu da etkili olacaktır¹⁵⁶⁰.

Hukukumuzda şüphe feshi aynı zamanda geçerli nedenle fesih olduğundan ve bu nedenle savunma alma zorunluluğu zaten daha önceden bulunduğu için, bu yükümlülük şüphe feshi bakımından özel olarak irdelenmemiştir. Dolayısıyla, genel olarak geçerli nedenle fesihlerde savunma alma yükümlülüğüne ilişkin yapılan değerlendirmeler, şüphe feshi için de esas alınacaktır.

İşçinin savunmasının alınması, işçinin hakkındaki suçlamaları işverenin kendinden net bir şekilde öğrenmesi ve bu konuda fikirlerini beyan edebilmesi, belki de bir nedenin var olmadığının anlaşılması ve böylece işverenin fesih iradesini değiştirmesini sağlayabilmesi gibi çeşitli yönlerden önem arz etmektedir¹⁵⁶¹. Bu sebeple geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir¹⁵⁶². Ayrıca işçinin savunmasının

¹⁵⁵⁸ Münir Ekonomi, “Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler”, **Çimento İşveren Dergisi**, Özel Ek 2, Cilt: 17, Sayı: 2, Mart 2003, ss. 1-40, (İş Güvencesi), s. 14; Ekonomi, Emekliliğe Hak Kazanma, s. 133.

¹⁵⁵⁹ Çelik, ve diğerleri, s. 504; Süzek, s. 626; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 294; Alp, İş Güvencesi Yasası, s. 18; Centel, İş Güvencesi, s. 127; Manav, s. 151; Köseoğlu, s. 281.

¹⁵⁶⁰ Doğan Yenisey, ss. 68,71; Baysal, Geçerli Sebep, s. 177; Baysal, Şüphe Feshi, s. 90.

¹⁵⁶¹ M. Polat Soyer, “158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuk Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması – İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul Baro Yayınları, İstanbul, Ocak 2002, (ILO), s. 284, Mustafa Alp, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt:5 Sayı:1, ss. 1-40, (İş Güvencesi Yasası), s. 18; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitabevi, 5. Baskı, Eskişehir, Eylül 2017, s. 182; Tankut Centel, **İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mart 2013, ss. 126-127.

¹⁵⁶² Çelik ve diğerleri, s. 530; Süzek, s. 588; Eyrenci ve diğerleri, s. 221; Demir, ss. 339, 340; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 290; Alp, İş Güvencesi Yasası, s. 18; Güven ve Aydın, ss. 181-182;

alınması gerekliliği, hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak ifade edilebileceği belirtilmiştir¹⁵⁶³.

Şüphe feshinde işçi savunma ile ona karşı duyulan şüpheyi çürütebilmekte ve böylece fesih nedenini ortadan kaldırabilmektedir¹⁵⁶⁴. Savunma, mevcut şüphenin ortadan kaldırılmasını sağlayamasa da, en azından olayın nasıl gerçekleşmiş olabileceğine ilişkin makul bir açıklama getirebilirse, güven ilişkisindeki zedelenme giderilebilir¹⁵⁶⁵. Bu sebeple işverenin güven kaybının ve fesih kararının değerlendirilmesinde savunma kapsamında işçinin verdiği yanıtlar belirleyici olacaktır¹⁵⁶⁶. Sonuç olarak, savunma alma yükümlülüğünün temel iki fonksiyonu olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki suçlamalara karşı söz hakkı verip olayı aydınlatabilme imkânı vererek işçinin temel haklarının korunması, diğeri ise işverenin olayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında elinden geleni yapmış olması ve bu şekilde hukuka uygun bir şüphe feshi iradesinin oluşabilmesidir¹⁵⁶⁷.

İşverenin savunma alma yükümlülüğünün kusurlu bir davranışla ihlalinde feshin şekli nedenlerden dolayı geçersiz olacağı ifade edilir. Savunmanın alınmamasının göz ardı edilmesi, sadece işverenin sebebiyet vermediği durumlar sebebiyle bu yükümlülük yerine getirilmediyse mümkündür¹⁵⁶⁸. Örneğin, ilgili çalışanın olayın esasının aydınlatılmasında katkıda bulunmaktan, şüphelenilen konuyu gerekçeleriyle açıklamaktan ve buna ilişkin görüşlerini söylemekten kaçınması hallerinde bu durum gündeme gelecektir¹⁵⁶⁹.

Bazı işyerlerinde fesihden önce disiplin kurulu soruşturması yapılabilir. İşçinin bu süreçte disiplin kurulunca da savunması alınmış olabilir. Bu durumda da savunma alma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğu kabul edilir¹⁵⁷⁰. Ancak bu

Güneş Topal, **İş Kanununa göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2008, s. 77; Köseoğlu, s. 281.

¹⁵⁶³ Topal, s. 77.

¹⁵⁶⁴ Hoefs, s. 187; Langner ve Witt, s. 827; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68; Manav, s. 86; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 322; Wertz, s. 134.

¹⁵⁶⁵ Hoefs, s. 187; Eylert, Verdachtskündigung, s. 400; Wertz, s. 135.

¹⁵⁶⁶ Langner ve Witt, s. 827; Wertz, s. 135.

¹⁵⁶⁷ Ebeling, s. 169 vd.; Wertz, s. 135.

¹⁵⁶⁸ Eylert, Verdachtskündigung, s. 400; Wertz, s. 135.

¹⁵⁶⁹ Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274; Wertz, s. 135. BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812; LAG Schleswig-Holstein, 28.10.2009 - 3 Sa 278/09, **BeckRS** 2011, 66403.

¹⁵⁷⁰ Demir, 340; Köseoğlu, s. 285. Bkz. Y. 9. HD. 11.10.2010 2009/27654 E., 2010/28511 K., www.legalbank.net, (11.11.2018). Bununla birlikte Alman Federal İş Mahkemesi, işçinin

savunmanın geçerliliği için de aşağıda ele alacağımız işçinin amacına uygun ve meşru bir savunma yapabilmesi için gereken koşulların sağlanmış olması gereklidir. Örneğin, makul süre de savunmaya çağırılmış olması ve şikâyetçi olunan durumun ne olduğunun açık olarak belirtilmiş olması gibi.

Dolayısıyla işverenin aldığı her savunma, şüphe feshini geçerli kılmak için yeterli olmayabilir. Bu şartın yerine getirildiğinin kabul edilmesi için, savunma bazı şekilsel, zamansal ve içeriksel gereklilikleri sağlamalıdır¹⁵⁷¹.

Ayrıca işçiye yapılan ihtarın sonra da alınması gerektiği düşünülen¹⁵⁷² savunmanın, alınmamış olması ihtarı geçersiz kılmayacaktır¹⁵⁷³. Şüphesiz, ihtarla bulunulmuş olması da fesihden önce savunma alma yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak değerlendirilemeyecektir¹⁵⁷⁴.

Savunma şartının kabul ediliş amacı göz önünde bulundurulduğunda, aşağıda gereklilikler incelenirken ve değerlendirilirken esas alınacak husus “işçinin hakkaniyete uygun şekilde dinlenebilmesi” olmalıdır ve bundan işçiye ayrıntılı şekilde düşüncesini beyan etme imkânı verilmesi gerektiği anlaşılmalıdır¹⁵⁷⁵.

savunmasının kurallara uygun bir işyeri kurulu görüşünün alınması şartını ortadan kaldıramayacağını açıklamıştır. Fischer, s. 523.Bkz. BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 206/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 137-142. Hukukumuz açısından bakıldığında yüksek mahkemece böyle bir kıyaslama yapılmasının gereği anlaşılamayabilir. Birisi iş yeri kurulunun görüşünün alınması diğeri işçinin savunmasının alınması şartıdır ve birbiri yerine geçemeyeceği ortadadır. Ancak kavramların Almanca karşılıklarına bakıldığında bu değerlendirilmenin neden yapıldığı anlaşılabilecektir. İşyeri kurulu görüşü alınması şartı, Alman hukukunda “die Anhörung des Betriebsrat” tır. Aslında birebir Türkçeye çevrildiğinde “işyeri kurulunun dinlenmesi” anlamına gelir. İşçinin savunması olarak ifade ettiğimiz koşul ise “die Anhörung des Arbeitnehmers”terimine karşılık gelir. Bunu da Türkçeye doğrudan çevirisi “işçinin dinlenilmesi” ya da “işçinin ifadesinin alınması”dır (Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere çalışmamızda işçinin dinlenilmesi ve ifadesi kavramları başka hukuki kavram ve kurullarla karıştırılabilmesi mümkün olduğundan ve doktrindeki yerleşmiş olan kavram “işçinin savunması” olduğundan bu ifade kullanılmıştır). Sonuç olarak Alman Hukukunda bu iki şartta birer “Anhörung”dur. BAG de her ne kadar bu iki şart birer Anhörung olsa da, ikisinin farklı amaçlar taşıdığını ve bu sebeple kıyaslanamayacağını, sonuç olarak da karışıklığa mahal vermemek için bir şartın yerine getirilmesinin diğer şartı ortadan kaldıramayacağını belirtmiştir. Lembke, Verdachtskündigung, s. 87. Ayrıca bkz. BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812 .

¹⁵⁷¹ Eylert ve Friedrichs, s. 2204; Hoefs, s. 192; Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274; Doğan Yenisey, s. 68; Baysal, Geçerli Sebep, s. 177; Baysal, Şüphe Feshi, s. 90.

¹⁵⁷² Bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. b İhtarın Şekli, İçeriği ve Süre

¹⁵⁷³ Keser, s. 100; Topal, s. 77. İşverenin ihtarla bağlantılı bir savunma alma yükümlülüğü bulunmadığına ilişkin kararı için bkz. Y. 9. HD. 15.09.2008, 2008/1868 E., 2008/23538 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 43, Yıl: 2014/4 , ss. 184-186; Y. 9. HD., 27.09.2016, 2015/34298 E., 2016/16728 K. 2007/30923, **Çimento İşveren Dergisi** , Cilt: 31, Sayı: 1, Ocak 2017, ss. 34-35.

¹⁵⁷⁴ Demir, s. 339. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. b İhtarın Şekli, İçeriği ve Süre

¹⁵⁷⁵ Wertz, s. 137.

a. Savunma İle İlgili Şekli Hususlar

(1) Savunmanın Zamanı

Savunmanın ne şekilde yapılması gerektiği mevzuatımızda düzenlenmemiş ve Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yargıtay, hukuka uygun bir savunma için nelerin gerektiğini belirtmiştir. İlk olarak savunma alınması anına dikkat edilmelidir. Kanun metninden de kolayca anlaşılacağı üzere savunma fesih gerçekleşmeden önce alınmış olmalıdır. Fesih bildiriyle birlikte veya feshiden sonra savunma istenmesi ya da bildirim süreleri içinde savunma alınması feshin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır¹⁵⁷⁶. Ayrıca geçerli nedenle fesihler ve dolayısıyla konumuz olan şüphe feshinde makul süre şartı aranmakta olduğundan, savunmanın da makul bir süreyi aşılmadan alınması gereklidir¹⁵⁷⁷. Aksi halde bu durum işverenin çelişkili davranış yasağı¹⁵⁷⁸na uygun düşmeyecektir.

Şüphe feshinde savunma, somut olayı aydınlatma yükümlülüğünün bir parçası olduğundan ve işverenin hukuka uygun bir fesih iradesi ortaya koyabilmesini sağlayacağından Alman Hukuku'nda da fesih beyanından önce savunmanın gerçekleşmesinin zorunlu olduğu kabul edilmiştir¹⁵⁷⁹. Ayrıca Alman Hukuku bakımından önemli bir diğer husus ise işçinin savunmasının BetrVG m. 102/I ve II uyarınca alınması zorunlu olan işyeri kurulunun görüşü¹⁵⁸⁰nden de önce gerçekleştirilmesidir¹⁵⁸¹. Dahası şüphe feshi derhal fesih olarak gerçekleştiriliyorsa savunmanın tarihi (görüşmenin yapılacağı ya da yazılı savunmanın işveren tarafına o

¹⁵⁷⁶ Süzek, s. 588; Demir, s. 340; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 290; Sarıbay, Fesih, s. 96; Manav, s. 153; Köseoğlu, s. 284, Baysal, Geçerli Sebep, ss. 203-204; Keser, s. 98; Barış Duman, "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, Cilt: 11, Sayı: 1, s. 12. Bkz. Y. 9. HD. 15.09.2008 2008/1868 E., 2008/23538 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 43, Yıl: 2014/4, ss. 184-186; Y. 7. HD., 30.04.2014, 2014/2211 2014/9720, Engin, Değerlendirme 2014, s. 142.

¹⁵⁷⁷ Bu sürenin ne olduğu hususunda bkz. Üçüncü Bölüm VII. A. Makul Süre

¹⁵⁷⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm VII. A. Makul Süre ve Üçüncü Bölüm VII. B. Sürenin Başlangıcı.

¹⁵⁷⁹ Hunold, Wolf. "Anhörung des Mitarbeiters vor Ausspruch einer Verdachtskündigung", **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 8, (Anhörung), s. 400; BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812; BAG, 25.04.2018 – 2 AZR 611/17, **NZA**, Yıl: 2018, Sayı: 21, ss. 1405-1410; LAG Köln, 07.10.2009 - 3 Sa 662/09, <https://openjur.de>, (02.11.2021).

¹⁵⁸⁰ Alman Hukuku'nda süreli ve haklı nedenler fesihlerde bu zorunlulukla ilgili bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. a. Olağan Fesih (Ordentliche Kündigung) ve Üçüncü Bölüm I. D. 2. b. Olağanüstü Fesih (Außerordentliche Kündigung)

¹⁵⁸¹ Hunold, Anhörung, s. 400; Ebeling, s. 162; Hoefs, s. 194; Wertz, s. 147. LAG Hamm, 30.3.2012 - 18 Sa 1801/11, **BeckRS** 2012, 72717.

zamana kadar varması gereken tarih) belirlenirken BGB m. 626/II 1. cümlesindeki hak düşürücü süreye dikkat edilmelidir¹⁵⁸². BGB m. 626/II'ye göre haklı nedenle derhal fesih sadece 2 hafta içinde gerçekleşebilecektir ve sürenin başlangıcı feshi yapma hakkı olan tarafın feshe neden önemli sebebi öğrenmesinden itibaren başlayacaktır. Fesih hakkı olan taraf, fesih için gerekli olan önemli sebebe ilişkin güvenilir ve olabildiğince noksansız gerçek bilgiye sahipse, iş ilişkisinin devamının beklenebilir olup olmadığına karar vermesi mümkün olacaktır¹⁵⁸³. Bu doğrultuda işveren, haklı nedenle feshi haklı kılan bir olay için “sadece bazı dayanak noktalar”a sahipse, bu iki haftalık hak düşürücü süre işlemeksizin bir soruşturma başlatabilir ve ilgili işçiden savunma alabilir. İşveren aydınlatma yükümlülüğü kapsamında gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olduğu söylenebilecek yollara başvurduğu sürece de bu iki haftalık süre duracak işlemeyecektir¹⁵⁸⁴. Bu sürenin kural olarak **bir haftadan** daha uzun olamayacağı kabul edilmiştir¹⁵⁸⁵. Eğer izin ya da hastalık gibi özel durumlar söz konusuysa bu bir haftalık süre sınırı uygulanmayabilecektir¹⁵⁸⁶. Bunun için işverenin kural olarak kabul edilen bu süreyi objektif ve makul somut nedenlerden dolayı haklı olarak aşması ve bunu kanıtlaması gerekir¹⁵⁸⁷. Savunmanın gecikmesi durumunun sadece işverenin sebep olmadığı ve işçiden kaynaklanan nedenlerle mümkün olacağı kabul edilmiştir¹⁵⁸⁸.

(2) Savunmanın Yapılış Şekli

İşçinin savunmasının alınmasına ilişkin hem Alman Hukuku'nda hem de hukukumuzda uyulması zorunlu belirli bir şekil şartı öngörülmemiştir¹⁵⁸⁹. Bu sebeple

¹⁵⁸² Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 401, Mario Wertz, s. 147.

¹⁵⁸³ BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 14, ss. 798-804.

¹⁵⁸⁴ BAG, 17.03.2005 - 2 AZR 245/04, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 2, ss. 101-104.

¹⁵⁸⁵ Siegfried Mennemeyer ve Dagmar Dreytmüller, “Verzögerungen der Arbeitnehmeranhörung bei der Verdachtskündigung”, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 7, s. 383. Bkz. BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09 <https://openjur.de/u/172544.html>, (02.02.2021); BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018; BAG, 27.06.2019 - 2 ABR 2/19, **NZA**, Yıl: 2019 Sayı: 20, ss. 1415-1419.

¹⁵⁸⁶ Lembke, Verdachtskündigung, s. 87. Bkz. BAG, 02.03.2006 - 2 AZR 46/05, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 21, ss. 1211-1214.

¹⁵⁸⁷ Mennemeyer ve Dreytmüller, s. 384; Wertz, s. 148. BAG, 06.07.1972 - 2 AZR 386/71, **AP**, BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3; BAG, 10.06.1988, **NZA**, Yıl: 1989, Sayı: 3, ss. 105-106; LAG Köln, 27.07.1995 - 6 Sa 310/95 **NZA-RR**, Yıl: 1996, Sayı: 8, ss. 317-318;

¹⁵⁸⁸ Eylert, Verdachtskündigung, s. 400.

¹⁵⁸⁹ Fischer, s. 522; Stefan Sasse ve Dirk Freihube, “Die Anhörung bei der Verdachtskündigung”, **ArbRB**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 15; Eylert ve Friedrichs, s. 2203; Niels Lange ve Thius Vogel,

şüpheli işçinin savunmasının telefonla yapılan görüşmeyle sözlü ya da e posta ile yazılı olarak çeşitli şekillerde alınabileceği kabul edilmiştir¹⁵⁹⁰. Ama işverenin bu konuda ispat yükü olacağından, belirsizliklerin önlenmesi ve daha sonra kanıt olarak kullanılabilmesi bakımından yazılı şeklin daha iyi olacağı belirtilir¹⁵⁹¹.

Görüşme yapılmadan yazılı şekilde savunma alınması özellikle olayın esasının daha basit ve anlaşılır olduğu durumlar açısından önerilmiştir. Çünkü kapsamlı ama aynı zamanda hukuka uygun bir şekilde gerekli tüm gerçeklerin öğrenilebileceği bir savunmanın, işçiyle bizzat sözlü olarak yapılan bir görüşmede daha kolay olacağı düşünülmüştür¹⁵⁹². Özellikle işçiyle ilgili incelenmesi gereken evraklar işçiye anında sunulabilecek ve belgelere ilişkin sorular olursa hemen cevaplandırılabilir¹⁵⁹³. Kısaca işçi-işveren karşılıklı olarak doğrudan soru cevap gerçekleştirilebilecek, böylece belirsizlikler anında giderilebilecektir¹⁵⁹⁴. Bu sebeple işçiyle bizzat sözlü bir görüşme yapılarak savunma alınmasının işveren açısından tercih edilmesinin yerinde olacağı düşünülmüş; ama sözlü savunma alınsa da, ilerideki çıkacak bir uyuşmazlıkta karşılaşılabilecek ispat sorunu nedeniyle bir savunma protokolü formuyla görüşmenin kapsamlı şekilde kaydı tutulmasının uygun olacağı ifade edilmiştir¹⁵⁹⁵. Ama sözlü savunmanın, olayı aydınlatma ve işveren bakımından pek çok olumlu yönü olsa da, işçi açısından ciddi riskler de barındırır. Çünkü işçi, emri altında çalıştığı işverene karşı onun işyerinde belki de ilk defa duyacağı hususlar hakkında yanıtlar verecektir. Bu sebeple baskının yoğun olduğu ve suistimale açık ortamda savunmanın amacına uygun olarak gerçekleşebilmesi ve işçinin haklarının gözetilebilmesi için savunma ile ilgili aranan koşulların sağlanması sözlü savunma bakımından ekstra önem taşıyacaktır¹⁵⁹⁶.

“Verdachtskündigung: Teilnahmerecht des Rechtsanwalts an der Anhörung”, **DB**, Yıl: 2010, Sayı: 19, s. 1068; Fuhlrott, Teil 1, s. 553; Gaul ve Schmidt-Lauber, s. 18; Lembke, Verdachtskündigung, s. 87; Wertz, s. 136; Süzek, s. 588; Eyrenci ve diğerleri, s. 220; Manav, s. 154; Keser, s. 97; Duman, s. 13.

¹⁵⁹⁰ Wertz, s. 136.

¹⁵⁹¹ Sasse ve Freihube, s. 16; Eylert ve Friedrichs, s. 2203; Wertz, s. 136; Süzek, s. 588; Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016, s. 454; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 294, Güven ve Aydın, s. 181, Manav, s. 154; Topal, s. 77; Köseoğlu, s. 285; Duman, s. 13.

¹⁵⁹² Wertz, s. 137.

¹⁵⁹³ Eylert, Verdachtskündigung, s. 402; Wertz, s. 137.

¹⁵⁹⁴ Hunold, Anhörung, s. 400; Wertz, s. 137.

¹⁵⁹⁵ Wertz, s. 137; Sarıbay, Fesih, s. 96; Duman, s. 123. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. a. (3) Savunmanın Belgelenmesi

¹⁵⁹⁶ Aynı konuda ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. a. (5) Savunma Yeri ve Koşulları

Savunma alınması bakımından bir şekil şartı bulunmadığını belirttikten sonra cevaplandırılması gereken soru da, işçinin işverence seçilen savunma şekliyle bağlı olup olmayacağıdır. Örneğin, işveren işçiyi özel olarak bir görüşmeye çağırdıysa, işçinin bunun yerine yazılı bir savunma göndermeyi tercih edip edemeyeceğinin tespiti önemlidir¹⁵⁹⁷. Ancak bu değerlendirmeye “işçinin savunma davetine karşı/savunmadaki tutumu ve sonuçları” başlığında yer verilecektir¹⁵⁹⁸.

(3) Savunmanın Belgelenmesi

Hukukumuzda işverenin ispat yükü olacağından yazılı savunma alınmasının daha uygun bulunduğu ifade edilmiştir¹⁵⁹⁹. Burada ispat açısından zaruri ve önemli olan savunmanın yazıllığı değil savunmanın belgelenmiş olmasıdır. Dolayısıyla savunma şekli nasıl olursa olsun, belgeleme işlemi yapılırsa ispat yükü yerine getirilebilecektir. Ancak savunmanın yazılı yapılması işveren açısından kolaylık sağlayacaktır. Öncelikle aşağıda inceleyeceğimiz hususlar doğrultusunda hukuka uygun bir savunma davetinde bulunulmuşsa işçinin vermiş olduğu savunmaya itiraz etmesi daha düşük bir ihtimal olacak ve zaten hali hazırda yazılı bir belge bulunması işverenin ileride doğacak ispat yükü bakımından kolaylık sağlayacaktır. Bu durum Kişisel Verilerin Korunması Hukuku bakımından da işverene kolaylıktır. Çünkü yazılı savunmada işçi kendi rızasıyla, içeriğini bildiğine şüphe olmayacak bir belgeyi işverene sunacak ve işveren de kişisel verilerin korunması kapsamındaki yükümlülükleri doğrultusunda bunu muhafaza edecek ve kullanacaktır¹⁶⁰⁰. Ancak yazılı bir savunma bulunmadığında işverenin bu savunma verilerini işlemesi de gerekecektir. Ve bu durumda işverene ek yükümlülükler doğacak, ayrıca ileride işçinin bu işlenen verilerin “içeriği” vb. hususlara itiraz edebilme olasılığı da artacaktır.

¹⁵⁹⁷ Wertz, s. 137.

¹⁵⁹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. c. İşçinin Savunma Davetine Karşı/Savunmadaki Tutumu ve Sonuçları

¹⁵⁹⁹ Süzek, s. 588; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 294; Güven ve Aydın, s. 181; Topal, s. 77; Köseoğlu, s. 285.

¹⁶⁰⁰ Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

Görüldüğü üzere savunmanın belgelenmesi, işverenin gelecekte doğacak ispat yükünün yanı sıra, kişisel verilerin korunması hukuku anlamında da önem taşımaktadır.

Alman Federal Veri Koruma Yasası (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) m. 26¹⁶⁰¹ ikinci cümlesi uyarınca bir suçun açığa çıkarılması için kişisel verilerin işlenmesi, sadece işçinin iş ilişkisi içerisinde bir suç işlediğine dair şüphenin çıkış noktasının belgelendirilmiş, somut olgulara dayanması durumunda, işleme olayı aydınlatmak için gerekliyse, işçinin veri işlenmesinin önlenmesinde korunmaya değer üstün bir menfaati yoksa ve son olarak bu işlemin türü ve kapsamı orantısız değilse mümkündür¹⁶⁰². Bu doğrultuda şüphe feshi savunması için yapılan yüzyüze görüşmenin yeri, zamanı, işçinin bulunup bulunmayışı, ne konuşulduğu ve görüşmenin nasıl geçtiğine ilişkin bilgilerin bulunduğu, olabildiğince ayrıntılı olarak düzenlenen bir protokol hazırlanmalıdır. İşçinin tüm suçlamaları kabul ettiğini belirten, neyin kabul edildiği tam olarak anlaşılmayan genel nitelikli bir protokol, amacından sapmış olacak ve işe yaramayacaktır¹⁶⁰³. Bu yüzden işçiye karşı yapılan suçlamaları, suçlamalara sebep olan şüpheyeye dayanak kanıtları, sorulan soruları ve karşılık gelen cevapları ayrı ayrı kaydetmek yararlı olacaktır. Ayrıca savunma protokolünün işçinin bulunduğu sırada onun gözetiminde oluşturulması ve imzalanması, yukarıda gerçekleşme riski olduğunu söylediğimiz ileriki süreçte savunmaya ilişkin itiraz bakımından işverenin menfaatine olacaktır. İşçi bu protokolün eksiksiz ve doğru olduğunu kabul ederse, bir başka ifadeyle hiçbir şerh koymadan imzalarsa, bu gerçekleşebilecek olası bir feshe karşı koruma sürecinde (hukukumuzdaki ifadeyle işe iade davasında) somut olayın ortaya konabilmesini kolaylaştıracaktır. Ama işçi bu şekilde bir imza atmak zorunda da değildir¹⁶⁰⁴.

Her ne kadar yazılı savunmanın veri işleme ve sonrasındaki itirazlar bakımından daha rahat olduğunu söylemiş olsak da, burada da işveren yazılı savunma talebine ilişkin evrakı işçinin almasını sağlamalı ve bunun gerçekleştirildiğini kanıtlamalıdır¹⁶⁰⁵. “İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”

¹⁶⁰¹ Eski BDSG m. 32.

¹⁶⁰² Lembke, Verdachtskündigung, s. 87; Wertz, s. 149. BDSG m. 26 ve işçilerin kişisel verilerinin işlenmesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

¹⁶⁰³ LAG Berlin-Brandenburg, 16.12.2010 - 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001.

¹⁶⁰⁴ Wertz, s. 150.

¹⁶⁰⁵ Wertz, s. 150.

başlığında belirttiğimiz üzere BDSG m. 26 uyarınca suçun aydınlatılmasına ilişkin olarak veri işleme söz konusu olması ve şüphenin belgelendirilmiş gerçek vakıalara dayandırılması gerekir. Bu sebeple savunma görüşmesinde sorular sorularak veri elde edilmesi, bunların belgelendirilmesi, saklanması ve daha sonra kullanılabilmesi için kısaca bir “veri işleme” için öncelikle “şüphenin ispatlanmış somut olgulara dayanması” gerekir. Sözlü savunmada bu ispatlanmış olgular görüşmede ortaya konacak, işçi ona göre soruları cevaplandıracak ve veri işlemenin hukukiliğinin daha sonra ispat edilebilmesi adına bunlara savunma protokolünde yer verileceğinden ayrıca savunma davetinde belirtilmeyebilecektir. Ancak işveren, yazılı bir savunmada belirttiğimiz bu süreçler söz konusu olamayacağından, savunma talebinde işçiye açıklama yapılması istenen konunun yanı sıra somut şekilde “şüphe duyulan hususlara”, “bunlarla ilgili kanıtlara” ve “işçinin yazılı savunmasını hangi süre içinde tamamlaması gerektiği bilgisi”ne yer vermesi zorunlu olacaktır¹⁶⁰⁶. Sonuç olarak, şüphe feshinde hem hukuka uygun geçerli bir savunma alınmış olması, buna paralel olarak geçerli bir şüphe feshi, hem de BDSG kapsamında hukuka aykırı bir veri işleme yapılmaması için “şüphe feshi şartlarından biri olarak aranan şüphenin dayandığı objektif olgular delillendirilmeli” ve “savunma türüne göre savunma daveti ya da savunma protokolünde bunlara yer verilmelidir”.

Hukukumuzda her ne kadar BDSG m. 26’daki gibi çalışanın iş ilişkisi içerisinde bir suç işlediğine dair şüphenin belgelendirilmiş somut olgulara dayanması şartı aranmamış ve çalışma hayatı bakımından özel düzenlemelere yer verilmemiş olsa da, KVKK’daki genel olarak veri işlemleri için aranan açık rıza, düzenlenen yükümlülükler ve esas alınması gereken ilkeler¹⁶⁰⁷ bakımından da, işçiye savunmada sorular sorularak elde edilen verilerin kaydedilmesi, saklanması, kullanılması, kısaca savunma aracılığıyla veri işlemenin hukuka uygun şekilde yapıldığının bir göstergesi olarak, savunma protokolünün düzgün şekilde ayrıntılı olarak hazırlanması veya yazılı savunma daveti içeriğinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi hukuka uygun veri işlemenin gerçekleştiğinin de ispatlanabilmesi bakımından gereklidir. Zaten şüphe feshi için somut objektif vakıaların bulunması gerektiğinden ve amacına uygun, geçerli bir savunma alınabilmesi için bu vakıaların işçiye anlatılması şart olacağından, hem geçerli bir savunma hem de geçerli bir şüphe feshi için bunların

¹⁶⁰⁶ Fuhlrott, Teil 1, 553; Wertz, s. 150.

¹⁶⁰⁷ Bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

işçiye görüşmede ya da davette sunulması daha sonra da ispat kolaylığı açısından da belgelenmesi kaçınılmaz olacaktır.

(4) İşçiye Davet

Savunma alma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için öncelikle işçinin bu amaçla çağırılması gerekir.

İş Kanunu'nda savunma davetine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir ama işverenin savunma davetini işçiye elden, noter aracılığıyla ya da taahhütlü mektupla yazılı olarak yapabileceği ifade edilir¹⁶⁰⁸. İşK m. 109¹⁶⁰⁹ düzenlemesinden yazılı bildirim yapılması gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak bu hüküm geçerlilik değil ispat şartı olarak kabul edilir¹⁶¹⁰. Geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi için geçerli nedenle fesih bildiriminde olduğu gibi açıkça düzenlenmesi gereklidir. Bu düzenlemenin ispat şartı olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir¹⁶¹¹.

Alman Hukuku'nda da işçinin savunma davetine ilişkin uyulması gereken belirli şekil şartı yoktur¹⁶¹². İşveren, işçiye sözlü olarak yüzyüze, telefonla ya da yazılı olarak savunmaya davet edebilir. Hatta elektronik posta yoluyla davet edilebilmesi de mümkündür. Sonuç olarak hangi şeklin kullanılacağı kararı işverene bırakılmıştır. Ancak bir uyuşmazlık halinde ispat problemi yaşanmaması açısından gerçekleştirildiğinin ve içeriğinin neler olduğunun tespit edilebileceği şekilde davet yapılması uygun olacaktır¹⁶¹³.

Şeklinden ziyade asıl irdelenmesi gereken husus, savunma davetinin içerisinde neleri barındırması gerektiğidir. Yargıtay'ın ifade ettiği ve doktrinin de onayladığı üzere davette, “açık ve kesin şekilde işten çıkarma sebebi”, “makul bir

¹⁶⁰⁸ Demir, s. 340; Keseri s. 98; Topal, s. 77; Köseoğlu, s. 285.

¹⁶⁰⁹ İşK. m. 109: “Bu Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak, 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat anılan Kanun hükümlerine göre yapılır”.

¹⁶¹⁰ Süzek, s. 588.

¹⁶¹¹ Y. İBK., 18.02.1959, 1959/28 E., 1959/7 K.; aynı yönde daha yeni tarihli karar için bkz. Y. 9. HD., 03.10.2000, 2000/9309 E. 2000/12891 K., Süzek, s. 506, dpn. 26.

¹⁶¹² Wertz, s. 139.

¹⁶¹³ Björn Gaul ve Stefan Schmidt-Lauber, “Die ordnungsgemäße Anhörung vor Verdachtskündigung - Wirksamkeitsanforderungen von der Einladung bis hin zur Protokollierung”, *ArbRB*, Yıl: 2012, Sayı: 1, s. 18; Wertz, s. 139.

süre önceden¹⁶¹⁴ belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması ya da yazılı bir savunma vermesi gereği”, ve “bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ya da yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağı” belirtilmelidir¹⁶¹⁵. Ayrıca yukarıda da yer verdiğimiz üzere, yazılı savunma davetlerinde kişisel veri koruma hukukuna uygunluk gereğince “şüphenin dayandırıldığı objektif vakıalar” başta olmak üzere ayrıntılı bilgilere yer verilmesi de gereklidir¹⁶¹⁶.

Çünkü işverenin, “işçinin kişiliğine hak ve menfaatlerine saygılı davranma yan yükümlülüğü” (BGB m. 241/II¹⁶¹⁷, hukukumuzda ise bu yükümlülük TBK m. 417/I’de açıkça düzenlenmiştir¹⁶¹⁸) doğrultusunda, önceden işçiye görüşmenin konusu¹⁶¹⁹, olası sonuçlarının ne olacağı gibi konulara ilişkin bilgi vermesi yükümlülüğü vardır. Örneğin, çalışma süresi kayıtlarının yanlışlığına ilişkin şüphe sebebiyle yapılması düşünülen fesih öncesinde savunma almak için görüşülmek istendiği açıkça işçiye haber verilmelidir¹⁶²⁰. Belirttiğimiz hususlara yer verilmiş bir savunma davetinin yapılması sayesinde,

- İşçi suçlamalarla ilgili olarak düşüncelerini söyleyip söylememe konusunda karar verebilecek¹⁶²¹
- İşçinin savunma görüşmesine zihnen hazırlanması imkânı olacak¹⁶²² ve

¹⁶¹⁴ Örneğin, işçiden mesai saati bitimine kadar savunma verilmesi istenmişse geçerli bir savunma söz konusu olmayacaktır. Manav, s. 155. Ayrıca Bölge Adliye Mahkemesi’ne yansıyan bir olayda işçiye TİS’de 5 gün olarak belirlenmesine rağmen verilmiş olan 2 günlük sürenin hukuka uygun bir savunma için yeterli olmayacağı kanaatindeyiz. Bkz. İstanbul, BAM, 31. HD. 15.12.2016, 2016/105 E., 2016/147 K., www.legalbank.net, (06.03.2021). Doktrinde savunmanın teslim edilmesi ya da gelinmesi için işçiye verilecek “makul süre”nin somut olayın özelliğine göre birkaç gün ile birkaç ay arasında değişebileceği ifade edilmiştir. Sarıbay, Fesih, s. 96.

¹⁶¹⁵ Demir, s. 340; Eyrenci ve diğerleri, s. 216; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 290; Güven ve Aydın, s. 182; Centel, s. 127; Sarıbay, Fesih, s. 96; Manav, s. 154; Baysal, Geçerli Sebep, s. 204; Keser, s. 99; Topal, s. 77; Köseoğlu, s. 284; Duman, s. 12. Bkz. Y. 9. HD. 15.09.2008 2008/1868 E., 2008/23538 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 43, Yıl: 2014/4 , ss. 184-186; Y. 9. HD., 01.02.2010, E.2009/49182 K.2010/1850, www.legalbank.net, (20.12.2021); Y. 7. HD. 30.04.2014 2014/2211 E., 2014/9720 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 43, Yıl:2014/4, ss. 280-283; Y. 9. HD. 27.09.2016, 2015/34298 E., 2016/16728 K., www.legalbank.net, (11.11.2018).

¹⁶¹⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm III. B. 2. a. (3) Savunmanın Belgelenmesi

¹⁶¹⁷ BGB m. 241/II: “ *Borç ilişkisi, kapsamı doğrultusunda sözleşmenin her bir tarafını diğer tarafın kişiliği, hak ve menfaatlerine saygı gösterme yükümlülüğü altına sokar*”

¹⁶¹⁸ İşçinin kişilik haklarına ilişkin olarak ayrıca bkz. Birinci Bölüm V. E. 1. İşçiyi Gözetme Borcu

¹⁶¹⁹ Sasse ve Freihube, s. 16; Eylert ve Friedrichs, s. 2203; Eylert, Verdachtskündigung, s. 402; Wertz, s. 139.

¹⁶²⁰ LAG Berlin-Brandenburg, 30.03.2012 - 10 Sa 2272/11, **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 7, ss. 353-356.

¹⁶²¹ Wertz, s. 140.

¹⁶²² LAG Berlin-Brandenburg, 30.03.2012 - 10 Sa 2272/11, **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 7, ss. 353-356.

- İşçiye savunma görüşmesinden önce güvendiği bir kişiyle (Örneğin, avukat veya işyeri kurulunun bir üyesi) konuşma ve danışma olanağı sağlanacaktır¹⁶²³.

İşverenin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında alacağı savunmayla, işçinin masum olmasına rağmen hem geçim kaynağını kaybedecek olması hem de şüphe feshi konusunun cezai bir bağlantısı olduğu durumlarda işçinin iş çevresinde ve sosyal yaşamındaki konumunu tehdit edebilmesi riski tamamen ortadan kaldırılamasa da, en azından azaltılmaya çalışılmıştır. Ancak bu önlemin gerçek bir etkisinin olabilmesi için işverenin savunma davetinde yer vereceği açıklamalarla işçiye yukarıda belirttiğimiz imkânları sunması gereklidir¹⁶²⁴. Dolayısıyla işçinin işverenle bireysel bir görüşme için hazır bulunmasına yönelik genel bir davet yeterli olmayacaktır. Bu sebeple, bir suç ya da esaslı yükümlülük ihlali gerçekleştirdiğine yönelik şüphe duyulan işçi, niyet edilen şüphe feshi için savunması alınmak üzere genel müdürlükte bir odaya teknik bir konuda kendisiyle görüşülmek istendiği bahanesiyle çağrılırsa, bu davet işverenin olayı ayrıntılarıyla açığa çıkarması için göstermesi gereken yeterli çaba olarak kabul edilemez¹⁶²⁵. Benzer şekilde işçinin ek vardiyalarının kabulüne yönelik konuşulacağı bahanesiyle işçinin savunmaya davet edilmesi durumunda da savunma hukuka uygun değildir ve bu savunma sonrası yapılacak bir fesih geçersiz olabilecektir¹⁶²⁶. Aslında işveren savunma alma niyetini, gerçekleri saptırmadan mevcut durumu ortaya koyarak işçiye belirtmedikçe, sunduğu görüşme gerekçesi ne olursa olsun davetin taşınması gereken şart gerçekleşmediğinden savunma hukuka aykırı hale gelecek ve bu sebeple aydınlatma yükümlülüğü ihlal edileceğinden şüphe feshi geçersiz olacaktır¹⁶²⁷. Çünkü yukarıda örnek verdiğimiz gibi davranışlarla işveren davette gerçekleri adil bir şekilde ortaya koymayarak savunma alınmasının amacının gerçekleşmesini engellediğinden hileli hareketlerinin sonucuna katlanması gereklidir¹⁶²⁸.

Sonuçta, savunmada güven ilişkisinin ne derece zarar gördüğünün tespiti ve işverenin işçiye karşı kaybettiği güveni tekrar kazanıp kazanmayacağının tespiti söz

¹⁶²³ Eylert ve Friedrichs, s. 2203; Gaul ve Schmidt-Lauber, s. 19; Wertz, s. 140. LAG Berlin-Brandenburg, 30.03.2012 - 10 Sa 2272/11, **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 7, ss. 353-356.

¹⁶²⁴ ArbG Berlin, 12.07.2013 - 28 Ca 3420/13, **BeckRS** 2013, 71342.

¹⁶²⁵ Hunold, Anhörung, s. 401. LAG Düsseldorf, 25.06.2009 - 5 TaBV 87/09, **NZA-RR**, Yıl: 2010, Sayı: 4, ss. 184-187.

¹⁶²⁶ LAG Berlin-Brandenburg, 16.12.2010 - 2 Sa 2022/10, **BeckRS** 2011, 68001.

¹⁶²⁷ Wertz, s. 141.

¹⁶²⁸ Lembke, Verdachtskündigung, s. 86; Wertz, s. 141. LAG Düsseldorf, 25.06.2009 - 5 TaBV 87/09, **NZA-RR**, Yıl: 2010, Sayı: 4, ss. 184-187.

konudur. İşveren daha başlangıçta bir şey gizlerse, bunun tekrar güvene dayalı bir birlikte çalışma ortamı sağlamaya yönelik bir davranış olmayacağı açıktır¹⁶²⁹. Bu sebeple böyle bir davranışla hukuka uygun bir savunma gerçekleştirilebileceği söylenemez¹⁶³⁰.

Yargıtay'ın aksine, Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) henüz, hukuka uygun bir savunma için, görüşmenin amacı ve ilgili konuların açıkça belirtilerek davet edilmesinin zorunlu olup olmadığı hususunu netleştirmemiştir. Ama bu konuya ilişkin değerlendirmeler gösteriyor ki, içerik ve şekle ilişkin engeller (görüşmenin savunma amacı ile yapıldığının söylenmemesi, konunun açıkça belirtilmemesi vs), mevcut BAG içtihat yapısına uymaz ve yürürlükteki hukuksal düzenlemelerle çatışır¹⁶³¹. Sonuçta, “savunma alma şartı” gerçeklerin üzerinin örtülmesi ya da olayın aydınlatılmasının geciktirilmesi amacıyla getirilmiş bir usul işlemi değildir¹⁶³². Savunma, işçiye şüphe feshinin dayandırıldığı olayın somutlaştırılması ve kanıtlanması imkânı tanınmasına hizmet etmesi amacıyla kabul edilmiş bir şarttır¹⁶³³. Bu sebeple bilgilendirme sınırları tartışmalı olsa da Alman Hukuku'nda da işçi savunma davetinde konunun genel hatlarıyla çalışana bildirilmesi gerektiği açıktır¹⁶³⁴.

Alman Doktrini'nde de işverenin işçiye kendisinden şüphe etmesine sebep olan tüm önemli durumlarla ilgili olarak bilgilendirmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁶³⁵. Ancak “işçinin savunma görüşmesinden önce kendi araştırmasını yapabilmesi adına görüşmenin amacı ve konusu ile ilgili davetiyede ayrıntılı bilgi vermesi” şeklindeki bu gerekliliğin, savunma sırasında dahi işçiye şüphe duyulan konularla ilgili ayrıntılı bilgi verilmesi gerekmeyecek durumlar (işçinin suçlamalarla ilgili bir açıklama yapmayacağını beyan etmesi gibi¹⁶³⁶) söz konusu olduğunda gözardı edilebileceği de savunulmuştur¹⁶³⁷. Bu durumlarda işverenin somut olayla ilgili önceden bilgi vererek işçiye hazırlık yapma süresi tanıma yükümlülüğünün

¹⁶²⁹ Eylert, Verdachtskündigung, s., 402; Wertz, s. 141.

¹⁶³⁰ Wertz, s. 141

¹⁶³¹ Boris Dzida, “Die Einladung zur Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung”, *NZA*, Yıl: 2013, Sayı: 8, (Anhörung), ss. 412-413; Wertz, s. 141.

¹⁶³² BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, *NZA*, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812.

¹⁶³³ BAG, 13.09.1995 - 2 AZR 587/94, *NZA*, Yıl: 1996, Sayı: 2, ss. 81-84.

¹⁶³⁴ Eylert ve Friedrichs, s. 2205; Hunold, Anhörung, s. 402; Lembke, Verdachtskündigung, s. 88.

¹⁶³⁵ Dzida, Anhörung, s. 414.

¹⁶³⁶ BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, *NZA*, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812.

¹⁶³⁷ Dzida, Anhörung, s. 414.

bulunmayacağı, savunma görüşmesinde somut olayla ilgili bilgi verilebileceği ifade edilmiştir¹⁶³⁸. Bu görüşe tamamen katılmak mümkün değildir. BAG'nin bir kararında hükmettiği üzere, işçi suçlamalarla ilgili açıklama yapmayacağını ifade ettiğinde, savunma yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmayacaktır; ama bunun için doğal olarak işçinin daha önceden mevcut suçlamalarla karşılaştığı ve hakkında bilgi edindiği varsayılır¹⁶³⁹. Aksi halde, işçinin bilmediği bir konuda savunma vermeyeceğini ifade etmesi üzerine işverenin, savunma davetinde ayrıntılı bilgilere yer vermemesinin “savunma alma yükümlülüğü ihlali gerçekleştirmeyeceği”ni söylemek hukuka uygun olmaz.

Sonuç olarak davette, söz konusu işçiye savunmadan önce kendi açısından ve kendi yollarıyla araştırmalar yapabilmesi için konunun açıkça ifade edilmesi zorunluluğu olduğu kabul edildiğinde, bu sefer yapılacak bilgilendirmenin kapsamının ne olması gerektiği problemi ortaya çıkacaktır. Bir savunma davetinde “şüphe duyulan konu ile ilgili temel bilgilendirmenin yapılmasının yeterli mi” yoksa “işçinin kendi araştırmalarını yaparak (Örneğin, çeşitli evrak kontrolleri yapması, diğer işçilerle ve üçüncü kişilerle konuşması vb.) savunmaya hazırlanabilmesi için olayları tarih, olay yeri vb. tüm ayrıntılarıyla vermek zorunda mı” sorularının yanıtlanması gereklidir¹⁶⁴⁰.

İkinci soruyu olumlu yanıtlamanın fazla olacağı düşünülmüştür. Burada önemli olan ve dikkate alınması gereken ölçü; işçinin belki de hiç farkında bile olmadığı, suçlayıcı nitelik taşıyan bir konuda kendisini mental olarak hazırlayabilmesi ve işveren/işveren temsilcileri karşısında gafil avlanmasının önlenmesidir¹⁶⁴¹. Bu bakımdan hukuka uygun bir savunmanın, işçiye gerekli olduğu kadar bir bilgilendirmeyi yapan ve işçinin suçlamalarla ilgili görüşlerini beyan edip etmeyeceğine karar verebilmesine imkân veren bir davete bağlı olduğu da ileri sürülmüştür¹⁶⁴². Bunun için de işverenin savunma davetinde, işçiyi bir iş sözleşmesi yükümlülüğü ihlalinde bulunduğu ya da bir suç işlediğine yönelik kendisine karşı

¹⁶³⁸ Egli, s. 124; Wertz, s. 142.

¹⁶³⁹ BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812. Ama buna rağmen daha sonra verilmiş bir Eyalet İş Mahkemesi kararında karışık olmayan bir olayda savunma görüşmesine davet edilirken konuşma konusunun belirtilmesinin gerekli olmadığı ifade edilmiştir, (LAG Hessen v. 27.6.2013 - 15 Sa 143/13, BeckRS 2013, 73932, Rn. 53).

¹⁶⁴⁰ Dzida, Anhörung, s. 415; Wertz, s. 143.

¹⁶⁴¹ Hunold, Anhörung, s. 402. Bkz. LAG Berlin-Brandenburg, 30.03.2012 - 10 Sa 2272/11, **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 7, ss. 353-356.

¹⁶⁴² Eylert ve Friedrichs, s. 2205; Wertz, s. 143.

objektif kuvvetli bir şüphe olduğuna ilişkin bilgilendirmesi kural olarak yeterli bulunmuştur. Çünkü genel bir davet savunma alınması amacına uygun olmasa da bilgilendirme çok abartılmamalı, savunması alınacak işçinin “delilleri karartarak gerçeği gizlemeye çalışabilecek olması riski” gözardı edilmemelidir. Bu sebeple savunma alınacak olayın tam olarak ne olduğu ve detaylarının bildirilmesi işverenden beklenemeyebilir¹⁶⁴³. Örneğin, “*hatalı mesai saati kayıtlarına ilişkin olarak planan bir fesih sebebiyle savunma alınması*” şeklinde bir bilgilendirmenin uygun olacağı kabul edilmiştir¹⁶⁴⁴. Söz konusu bu riskin, savunma davetinde görüşülecek konunun paylaşılması yükümlülüğünün önemli bir istisnası olduğu da ileri sürülmüştür. Eğer işçinin (olayın paylaşılması ile uyarılmış olması sebebiyle) delilleri karartma, diğer çalışanları etkisi altına alma veya olayları örtbas etme tehlikesi varsa¹⁶⁴⁵ ve daha da önemlisi işveren bu tehlikeyi önlemler alıp delil tespiti yaparak ortadan da kaldıramıyorsa¹⁶⁴⁶, görüşmenin konusuna davette yer vermekten kaçınılması gerektiği ifade edilmiştir. Ama bu gibi durumda dahi görüşmenin anlamı ve ciddiyetinin davette “önemli kişisel bir görüşme” olduğu belirtilerek vurgulanmalıdır¹⁶⁴⁷.

Yukarıda işverenin delil karartmayı da göz önüne alarak çok ayrıntılı bilgilendirme yapılamayabileceği düşüncesinin de dayandırılabilceği, “işverenin savunma daveti” için Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ‘Şüphelinin Sorgusu’ başlıklı Onuncu Kısımda yer alan 133. madde kapsamında yapılacak yazılı bir davetten daha ağır şartların getirilemeyeceği görüşü” de ileri sürülmüştür. STPO m. 136/I ve II’ye göre sanık, hangi suçla suçlandığı, olayda hangi cezai hükümlerin geçerli olduğu, sessiz kalma ve avukat çağırma hakkı olduğu konularında ilk sorgulamanın başında bilgilendirilecektir. Ayrıca yazılı davetin düzenlendiği StPO m. 133’de bir açıklama yapılmadığından hâkim görüş tahkikatın amacı tehlikeye düşecekse, sorgu konusunun paylaşılmasının zorunlu olmayacağı yönündedir¹⁶⁴⁸. Sonuç olarak sadece, şüphe feshi için gerekçe gösterilen suçlamaların karmaşık

¹⁶⁴³ Eylert ve Friedrichs, s. 2205; Lembke, Verdachtskündigung, s. 88; Wertz, s. 143. Bkz. LAG Düsseldorf, 25.06.2009 - 5 TaBV 87/09, **NZA-RR**, Yıl: 2010, Sayı: 4, ss. 184-187.

¹⁶⁴⁴ Hunold, Anhörung, s. 402. LAG Berlin-Brandenburg, 30.03.2012 - 10 Sa 2272/11, **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 7, ss. 353-356.

¹⁶⁴⁵ Lange ve Vogel, s. 1069; Lembke, Verdachtskündigung, s. 88.

¹⁶⁴⁶ Lange ve Vogel, s. 1069;

¹⁶⁴⁷ Stoffels, s. 44.

¹⁶⁴⁸ Lembke, Verdachtskündigung, s. 88.

olması durumunda¹⁶⁴⁹ işçinin ayrıntılı şekilde hazırlanması gerektiğinden, işverenin savunma konusunu ayrıntılı olarak bildirmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple karmaşık bir şüpheli durum savunma davetinde özet olarak aktarıldıysa bildirme yükümlülüğü yerine getirilmiş olmayacaktır¹⁶⁵⁰. Ceza muhakamesi kapsamında yapılacak bir davetten daha ağır şartlar getirilemeyeceği şeklindeki bu görüşe tam olarak katılmamaktayız. Bir ceza soruşturmasının daha ağır sonuçları olduğundan dolayı bu kapsamdaki sorgudan daha ağır yükümlülükler konmaması gerekeceği düşünülebilirse de; ceza hukukundaki resen araştırma ilkesi, maddi gerçeğe ulaşma amacı ve şüpheden sanık yararlanacağı hususları dikkate alındığında işverenin savunma davetinin şartlarının şüphelinin sorgulama davetinden daha ağır kararlaştırılabileceği kanaatindeyiz. Zaten, bu görüşü açıklarken belirtmiş olduğumuz üzere Alman Doktrini'nde StPO m. 133 kapsamındaki davette sorgulama konusunun somut olaya göre bildirilmeyebileceği kabul edilmişse de, hukumuzda paralel nitelikteki hüküm olan “ifade veya sorguya çağrı” CMK m. 145 uyarınca çağırılma nedeninin açıkça bildirilmesi zorunluluğu vardır¹⁶⁵¹.

İşçinin savunma davetinde bilgilendirilmesi, işverenin de menfaatine olacaktır. Çünkü şüpheli durumlarla beklenmedik şekilde karşılaştığında¹⁶⁵², işçi o anda somut yanıtlar vermeye ehil olmayacaktır¹⁶⁵³. Her ne kadar işçiye bilgi verilmemesi “onu gafil avlayarak yalan söylemesine fırsat verilmemiş olunma”sı olarak değerlendirilebilirse de, iş hukuku bir özel hukuk dalı olduğundan ve ceza muhakemesinden amaçsal, ilkesel ve yöntemsel farklılıklarından dolayı cezai soruşturmada anlamlı olabilecek bu durum, burada işlevsel olmayacağı gibi işçinin hak ve ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple hem işçi açısından hem de ilerleyen süreçte geçersiz bir feshe sebep olabileceğinden işveren açısından aleyhe sonuçlar doğmuş olacaktır.

Ayrıca savunma davetinde, işçinin büyük olasılıkla kimle görüşeceği, görüşmeye kimlerin dâhil olacağı ve işçinin kimleri getirebileceği (örneğin,

¹⁶⁴⁹ LAG Hessen, 04.09.2003 - 9 Sa 1399/02, **BeckRS**, 2003, 30451600.

¹⁶⁵⁰ Boris Dzida, “Tat- und Verdachtskündigung bei komplexen Sachverhalten”, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 15, (Verdachtskündigung), s. 814; Wertz, s. 144.

¹⁶⁵¹ Mevzuatımızdaki düzenleme her ne kadar bu şekilde ise de uygulamada tebligatın şüpheli ya da sanık dışında birine yapılabilmesi mümkün olduğundan kişinin “lekelenmeme hakkı” ve soruşturmanın sıhhatini gözetmek adına davette suçlamaya yer verilmemekte açıklama sorguya başlanmadan önce yapılmaktadır.

¹⁶⁵² Hahn, s. 119.

¹⁶⁵³ Sasse ve Freihube, s. 16; Wertz, s. 144.

avukatını) belirtilmelidir. Bu işçiye karşı işverenin koruma ve eşit davranma yükümlülüğünün gereğidir. Sonuçta işçinin görüşeceği kişiyi bilmesi, işçinin görüşmeye hazırlanmasının bir üçüncü kişiden tavsiye istemesinin gerekip gerekmediği ya da görüşmeye yanında birini getirip getiremeyeceği konusunda karar vermesi için büyük rol oynayacaktır. İşçinin bu konuda karar verebilmesi için görüşmenin ne gibi sonuçları olabileceği ve yanında danışabileceği bir kişi getirme hakkı olduğunu da bilmesi gerekir. Bu sebeple somut olayın hassasiyeti ve ört bas edilme riskinin yüksek olmasından dolayı şüphe konusuna yer verilmese bile, savunmanın iş hukukundaki sonuçlarının neler olabileceğinin işçiye bildirilmesi gerekir¹⁶⁵⁴. Ama savunması alınacak işçi çoktan iş ilişkisinin tehlikeye maruz kaldığını algılayabilecek bir durumda bulunuyorsa bu tarz bir bilgilendirmenin gerekli olmayacağı da söylenmiştir. Çalışanın bir süreliğine iş yerinden uzaklaştırılmış olması, iş sözleşmesinin askıya alınmış olması gibi¹⁶⁵⁵ durumlar örnek olarak verilebilmektedir¹⁶⁵⁶.

Eğer işçi daveti tebliğden kaçınmış ve savunma vermeyeceğini söylemişse bu duruma ilişkin tutanak tutulması gerekir (İşK m. 109)¹⁶⁵⁷. Ayrıca işçinin bu açıklamasından sonra savunma için işçiye verilen makul süre dolmadan iş sözleşmesinin işverence feshedilebileceği de doktrinde belirtilmektedir¹⁶⁵⁸.

(5) Savunma Yeri ve Koşulları

Daha önce ifade edilmiş olduğu üzere, savunma telefonla ya da yazılı olarak gerçekleştirilebilirse de, yüzyüze şahsen bir görüşme daha uygun bulunmaktadır¹⁶⁵⁹. Çünkü bu şekilde hızlıca bir açıklama alınabilir ve akla takılan sorular hemen

¹⁶⁵⁴ Fischer, s. 523; Seeling ve Zwickel, s. 1022.

¹⁶⁵⁵ Askı halleri için bkz. İkinci Bölüm III. C. 1. İş Sözleşmesi Askı Hali.

¹⁶⁵⁶ BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 206/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 137-142.

¹⁶⁵⁷ İşverence tutanak tutulmasının gerekliliğine yönelik olarak bkz. : “Somut olayda, Mahkemece, davacının savunmasını içeren belgenin davacı tarafından düzenlenmediği ve bunun sonucunda davacının savunmasının alınmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmişse de, davacının savunmasını imzasız olarak verdiğine dair işveren tutanağı, tanık anlatımları ve oluş birlikte değerlendirildiğinde, hakkında tutulan tutanaklara ilişkin olarak davacının savunmasının talep edilip alındığı ve davacıya isnat edilen eylemlerin davalı işveren yönünden geçerli fesih nedeni oluşturduğu anlaşılmaktadır”, Y. 9. HD. 13.07.2009, 2008/39805 E., 2008/20726 K., www.legalbank.net, (11.11.2018).

¹⁶⁵⁸ Köseoğlu, s. 285.

¹⁶⁵⁹ Ebeling, s. 167; Wertz, s. 148.

sorulup aydınlatılmak istenen konuya ilişkin yüzyüze aracısız olarak soruşturma yapılabilir¹⁶⁶⁰. Bununla birlikte bu kişisel görüşme esas olarak, işçinin işini gerçekleştirdiği yerde yani işçinin işyerinde, işverenin sunduğu fiziki imkânlarda gerçekleşecektir¹⁶⁶¹. Dolayısıyla sözlü savunmanın “olayı aydınlatma” ve “işveren bakımından” avantajları olduğu kabul edilebilirse de işçi açısından aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir. Savunma görüşmesi işyerinde yapılacak ve işçi o işyerinin sahibi olan, aralarında bağımlılık ilişkisi bulunan işverene ya da yetkilendirdiği işveren vekiline karşı suçlamalara yanıt vermeye çalışacaktır. İşçinin gafil avlanması ve manipüle edilmesi riski de yüksek olacaktır. Bu sebeple avantajları olsa da sözlü görüşme işveren tarafından suistimal edilmeye açık bir savunma şeklidir. Zaten sözlü görüşmenin bu niteliği sebebiyle savunmanın gerçekleştirilmesi bakımından işçinin mağdur edilmemesi ve haklarının gözetilmesi için incelediğimiz üzere pek çok şartın (işçiye gerekli açıklamaların yapıldığı bir savunma daveti gönderilmesi, avukata danışabileceğinin söylenmesi vb.) sağlanması aranmıştır¹⁶⁶². Sözlü savunma için görüşme yeri ve koşulları bakımından da aynı anlayış benimsenmiştir.

İşveren görüşme yeri seçerken, işçiden beklenemeyecek koşullar altında savunma yapamayacağını göz önünde tutmalıdır. Savunma alınacak yer bakımından esas nokta işçinin baskı altında olmadan soruları yanıtlayabilecek bir durumda olmasının sağlanmasıdır¹⁶⁶³. Bu doğrultuda işveren görüşmenin gizliliğini¹⁶⁶⁴, işçinin gereksiz bir çevre baskısına (sorgu havası gibi –karanlık bir oda ve çok sayıda kişiden oluşan işveren tarafıyla) maruz kalmamasını¹⁶⁶⁵ ve dahası kişiyi rahatsız etmeyecek doğal bir konuşma atmosferini sağlamalıdır¹⁶⁶⁶. Sonuç olarak telefonda ya da müşterilerin huzurunda gerçekleşen bir savunma makul koşullar altında gerçekleştirilen doğru bir örnek olarak gösterilemeyecektir¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁰ Eylert, Verdachtskündigung, s. 402; Wertz, s. 148.

¹⁶⁶¹ Nele Urban, “Rechtliche Aspekte von Personalgesprächen”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2011, Sayı: 4, s. 87.

¹⁶⁶² Bkz. Üçüncü Bölüm V. B. a. Savunma İle İlgili Şekli Hususlar ve Üçüncü Bölüm III. B. b. Savunmanın İçeriği

¹⁶⁶³ Ebeling, s. 167; Wertz, s. 148

¹⁶⁶⁴ Wertz, s. 148.

¹⁶⁶⁵ Eylert, Verdachtskündigung, s. 402; Wertz, s. 148.

¹⁶⁶⁶ Wertz, s. 149

¹⁶⁶⁷ Menemeyer ve Dreytmüller, s. 386. LAG Köln, 15.04.1997 - 13 (2) Sa 812/96, **NZA**, Yıl: 1998, Sayı: 4, ss. 203-205

Savunmada, işçiye karşı suçlamalara, baskı altında olmadan açıklama yapma imkânı sunulmalıdır ki, böylece işçinin olaylara karşı gerçek duygularının göstergesi olarak verdiği spontan tepkiler ile işçinin yanlış anlaşılıp suçlu olarak algılanmaması hatta aklanması dahi sağlanabilsin¹⁶⁶⁸.

b. Savunmanın İçeriği

Savunmanın içeriği bakımından da dikkat edilmesi gerekenler vardır. Öncelikle alınan savunma gösterilen fesih nedenine yönelik olmalıdır. Aksi halde fesih için aranan savunma alınması şartı yerine getirilmemiş olacaktır¹⁶⁶⁹. Ayrıca bu durum KVKK düzenlemeleri uyarınca hukuka aykırı bir veri işleme anlamına gelecektir. KVKK bakımından bu ihlal Alman Hukuku'nda BDSG'nin hem genel hükümleri hem de iş ilişkileri için özel olarak düzenlenmiş BDSG m. 26 bakımından da söz konusu olacaktır¹⁶⁷⁰.

İşçinin savunması, şüphe feshi şartı olan aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasını sağlamanın yanı sıra, işçiye suçlamalardan aklayarak şüphe feshinin gerçekleşmesine engel de olabilir¹⁶⁷¹. Bu nedenle, hem işçinin olayları ayrıntılı bir şekilde açıklayıp gerekçeleriyle ortaya koyarak kendisini aklayabilmesi için hem de işverenin gerçekleri öğrenebilmesi adına, mevcut suçlamalar ve bunlara sebep olan şüphenin dayandırıldığı somut vakıalar hakkında ayrıntılı şekilde bilgilendirme gerekir¹⁶⁷². Şüphe feshi bakımından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kabul edilip şüphe feshinin geçerli sayılabilmesi adına bu çok önemlidir. Sorulacak sorular ve yapılacak savunmanın kapsamının ne olacağı somut olayın koşullarına bağlı olacaktır¹⁶⁷³.

Savunmada işçiyle sadece suçlamalarla ilgili genel bilgilerin ya da temellendirilmemiş değerlendirmelerin paylaşılması yeterli değildir. Savunma bir şüphe sebebiyle alınıyor olsa da dayanak gösterilen somut gerçekleşmiş olguların

¹⁶⁶⁸ Ebeling, s. 167; Wertz, s. 134. BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 206/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 137-142.

¹⁶⁶⁹ Manav, s. 111; Topal, s. 77, Köseoğlu, s. 285; Duman, s. 13.

¹⁶⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

¹⁶⁷¹ Gaul, s. 462.

¹⁶⁷² Eylert ve Friedrichs, s. 2205; Lembke, Verdachtskündigung, s. 87; Caniklioğlu, s. 126. BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

¹⁶⁷³ Eylert ve Friedrichs, s. 2205; Lembke, Verdachtskündigung, s. 87. BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

bulunması gerekir¹⁶⁷⁴. Suçlamalara sebep şüphenin ortaya çıkmasına neden olan objektif vakıaların belgelendirilerek işçiye sunulması da büyük önem taşıyacaktır. Çünkü savunmanın belgelenmesi ve savunma davetine ilişkin açıklamalarda bulunurken de ifade ettiğimiz üzere, şüphe feshinin geçerliliği (şüphenin somut objektif vakılara dayandırılmış olma şartı) ve hukuka uygun bir veri işlemesi için bu şarttır. Dolayısıyla savunma alınabilmesi için mevcut somut olgulara dayandırılan bir durum olmalıdır. Zira savunma almanın amacı suçlayıcı kanıtlar ya da fesih için dayanılması gereken somut olguları bulabilmek değildir. Ancak işverenin bir olayı araştırıp somut olgu tespitlerinde bulunabilmek adına işçilerle görüşme yapması mümkündür. Ama bu görüşme bilgi edinme amaçlı olacaktır ve resmi bir savunma niteliği taşımayacaktır. Bu sebeple bilgi edinme amaçlı bu görüşmeler fesihte gerekli olan savunma şartını sağlamak için yeterli görülmemiştir. Öncelikle hemen bilgi edinme amaçlı görüşme yapıp, daha sonra resmi anlamda savunmanın ayrı olarak yapılması yerinde bulunmuştur¹⁶⁷⁵.

Sonuç olarak, işveren savunmadan önce öğrenmiş olduğu, yükümlülük ihlalinin gerçekleştirdiğine dair şüpheyne¹⁶⁷⁶ ve fesih kararına¹⁶⁷⁷ sebep olan bilgilerden işçiyi mahrum bırakamayacaktır. İşveren her şeyi açıkça ortaya koymalıdır. Bu sebeple savunma alınması, olaya ilişkin tüm olgular ve delillerin (örneğin fişler, makbuzlar vb belgeler) işçiyle paylaşılması suretiyle gerçekleştirilmedir¹⁶⁷⁸. İşveren, olası tüm suçlayıcı durumlara ilişkin olarak işçiden savunma almalıdır. Bununla birlikte çalışanın delil inceleme, olayın tanıklarıyla yüzleşme, üçüncü kişilerin sorgulanmasına katılma ya da bunlara ilişkin evrakları inceleme hakkı olmadığı ve bu konularda işverene karşı baskı yapamayacağı belirtilmiştir¹⁶⁷⁹. Aynı şekilde hukuka uygun bir savunma için işçinin, işverenin soruşturma evraklarına (örneğin, inceleme raporu) ya da savcılık soruşturmasından elde edilmiş ve bir dava açılması için gerekli dokümanlara bakması şart olarak

¹⁶⁷⁴ Hunold, Anhörung, s. 403; Caniklioğlu, s. 126. LAG Rheinland-Pfalz, 01.04.1987 – 9 Sa 1020/86, **BeckRS** 1987, 30902716; BAG, 26.09.2002 - 2 AZR 424/01, **NJOZ**, Yıl: 2003, Sayı: 36, ss. 2259-2266; BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812.

¹⁶⁷⁵ Wertz, s. 161.

¹⁶⁷⁶ Lembke, Verdachtskündigung, s. 87. BAG, 26.09.2002 - 2 AZR 424/01, **NJOZ**, Yıl: 2003, Sayı: 36, ss. 2259-2266; BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812.

¹⁶⁷⁷ Hunold, Anhörung, s. 403. LAG Köln, 14.05.2008 - 7 TaBV 6/08, **BeckRS**, 2009, 50444.

¹⁶⁷⁸ Fuhlrott, Teil 1, s. 553.

¹⁶⁷⁹ Schlegel, s. 107; Eylert, Verdachtskündigung, s. 401. BAG, 27.11.2008 — 2 AZR 98/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 11, ss. 604-607.

görülmemiştir¹⁶⁸⁰. Özellikle, savcılık soruşturmasından elde edilen ve bir dava açılabilmesi için gerekli görülen evrakları savunmada işçinin görmesi şartının kabulünün, savunmayı şüphe feshinin gerçekleştirilebilmesi bakımından usuli bir engel haline getireceği söylenmiştir¹⁶⁸¹. Çünkü savunmayla işçiye, işverenin mevcut suçlamaları ispatlayabilecek durumda olup olmadığını düzgün bir şekilde değerlendirme imkânı sağlamanın amaçlanmadığı ifade edilmiştir¹⁶⁸².

Sonuç olarak tüm bu açıklamalar doğrultusunda katılmış olduğumuz üzere, savunma, çalışanlara kendisine yöneltilen suçlamalara karşı çıkması, şüpheyi ortadan kaldıracabilecek önemli olguları ortaya koyması ve böylece belirsiz olan somut olayın aydınlatılmasında işverene yardım etmesi için maddi ya da şekli tüm imkânların sağlanmış olmasını gerektirir¹⁶⁸³. Aksi halde savunma şartının ortaya çıkışındaki “somut olayın aydınlatılmasına katkıda bulunulması” ve “gereksiz fesihlerden kaçınılması” amacına aykırı hareket edilerek¹⁶⁸⁴ işçinin savunma hakkı hukuka aykırı şekilde sınırlandırılmış olacaktır. İşçiye tüm ayrıntıların sunulmaması, ancak işçi kendine karşı yöneltilen suçlamaları ve şüphenin dayandırıldığı somut olguları önceden öğrenmiş bulunuyorsa (örneğin, işçiye karşı çıkarılmış arama emrinden dolayı), hukuka aykırılık oluşmadığı savunulabilecektir¹⁶⁸⁵. Ama burada da işçiye kendini suçlamalardan kurtulabilmeye yönelik olguları sunabilme imkânı sağlanması zorunluluğu devam edecektir¹⁶⁸⁶.

c. İşçinin Savunma Davetine Karşı/Savunmadaki Tutumu ve Sonuçları

İşçinin, kişisel görüşme şeklinde yapılacak savunmaya katılma yükümlülüğünün sadece, işverenin emir ve talimat verme yetkisi çerçevesinde ilgili işçiye savunmaya katılma talimatı verebilme yetkisi olduğu söylenebiliyorsa mevcut olacağı belirtilmiştir¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁰ Eylert, Verdachtskündigung, s. 401; Dzida, Verdachtskündigung, s. 813; Hunold, Anhörung, s. 403.

¹⁶⁸¹ Hunold, Anhörung, s. 403. LAG München, 19.03.2009-3 Sa 25/09, **BeckRS**, 2009, 67431.

¹⁶⁸² Eylert, Verdachtskündigung, s. 401.

¹⁶⁸³ Stoffels, s. 45; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 68; Keser, s. 315; Caniklioğlu, s. 126. BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 206/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 137-142.

¹⁶⁸⁴ Eylert ve Friedrichs, s. 2205.

¹⁶⁸⁵ BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812.

¹⁶⁸⁶ BAG, 28.11.2007 - 5 AZR 952/06, **NZA-RR**, Yıl: 2008, Sayı: 7, ss. 344-347.

¹⁶⁸⁷ Urban, s. 87; Wertz, s. 137.

Hukukumuzda TBK m. 399’da, Alman Hukuku’nda ise Alman Mesleki Faaliyetler Kanunu (GewO) m. 106¹⁶⁸⁸’da düzenlenmiş “işverenin emir ve talimat verme yetkisi¹⁶⁸⁹”; işin niteliği, yeri, zamanı ile iş yerindeki davranış ve düzenle ilgili olması bakımından sınırlandırılmıştır. Bu sebeple işverenin talimat vereceği ya da uygunsuz bulduğu ve şikayetçi olduğu hususları bildireceği görüşmelere işçinin, katılması zorunlu tutulabilecektir¹⁶⁹⁰. Ancak aynı anlayışla, yönetim hakkı kapsamındaki emir ve talimat yetkisi uyarınca işveren GewO m. 106’da belirtilen amaçlarla ilgili olmayan görüşmelere katılmayı emredemeyecek ve katılımı hizmet yükümlülüğü haline getiremeyecektir¹⁶⁹¹. Dolayısıyla işçiye önceden reddetmiş olduğu ama yine de işveren tarafından uygulanmaya devam edilen sözleşme değişiklikleri ile ilgili bir görüşmeye ya da bir ayrılık görüşmesine katılmasına yönelik talimat veremeyecek ve işçi de katılmakla yükümlü olmayacaktır¹⁶⁹².

Savunmada, şüphe konusu olayın esasının ortaya çıkarılması ön plandadır. Ayrıca bu savunma görüşmesi ayrılık görüşmesi ile eş değer nitelikte de değildir. Ama bir anlamda işçinin işten ayrılmasına hazırlık özelliği de taşımaktadır. Çünkü işçinin savunmasının alınması, şüphe feshinin (ve diğer geçerli nedenle fesihlerin) geçerlilik koşulludur ve savunma alınması sonraki süreçte yaşanacaklara göre iş ilişkisinin sona erdirilmesi sürecinin başlatılması olarak nitelendirilebilir. Savunmanın tüm bu nitelikleri sebebiyle işçinin işverenin sözlü savunma için yapacağı görüşmeye katılması işçinin bir yükümlülüğü olarak görülmemiş¹⁶⁹³ ve işçi bu sözlü görüşmeye katılmak yerine yazılı bir savunma sunarsa esas olarak işverenin bunu kabul etmek zorunda olduğu belirtilmiştir¹⁶⁹⁴.

Ancak doktrindeki bir diğer görüşe göre BGB m. 241/II’den (TBK m. 396) doğan sadakat borcu uyarınca işçi, somut olayın aydınlatılmasına yardımcı olmalı ve

¹⁶⁸⁸ GewO m. 106 1. ve 2. cümle: “İşveren, iş performansının içeriğini, yerini ve süresini kendi takdirine göre belirleyebilir; bu çalışma koşulları iş sözleşmesi, bir şirket sözleşmesinin hükümleri, geçerli bir toplu sözleşme veya yasal hükümler tarafından belirlenmez. Bu aynı zamanda işçilerin işyerindeki düzeni ve davranışları için de geçerlidir...”

¹⁶⁸⁹ Bkz. İkinci Bölüm I. E. 2. İşverenin Yönetim Hakkı

¹⁶⁹⁰ BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 606/08, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 18, ss. 1011-1013.

¹⁶⁹¹ Wertz, s. 138.

¹⁶⁹² Urban, s. 87; Wertz, s. 138. Bkz. BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 606/08, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 18, ss. 1011-1013.

¹⁶⁹³ Hunold, Anhörung, s. 401; Eylert, Verdachtskündigung, s. 403; Wertz, s. 138. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. c. (5) İşçinin Savunmaya Katılmayacağını Belirtmesi

¹⁶⁹⁴ Sasse ve Freihube, s. 16; Eylert ve Friedrichs, s. 2203; Mennemeyer ve Dreytmüller, s. 386; Wertz, s. 138.

bunun için savunma görüşmesine katılmalıdır. Fakat bu görüşe rağmen, mahkeme kararlarına da yansıdığı üzere işçinin ne sözleşmesel ne da başka türlü, “savunmada görüşlerini ifade etme” gibi bir yükümlülüğü yoktur¹⁶⁹⁵ ve bir kişi kendisinin işlediğinden şüphelenilen suçlamaları açığa çıkarmak zorunda değildir¹⁶⁹⁶. Şüphe duyulan konu gerçekten söz konusu işçi tarafından gerçekleştirilmiş olsun olmasın bu geçerli olacaktır. Bunun temel dayanağı “kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi (nemo tenetur)”dır. Bu ilkenin dayanağı AY m. 38/V¹⁶⁹⁷’dir. Bu doğrultuda CMK’da (m. 147/I-e¹⁶⁹⁸ ve m. 191/III-c¹⁶⁹⁹) ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nde (m. 6/IV¹⁷⁰⁰) hükümler mevcuttur. Alman Hukuku’nda ise Anayasa’da ilkeye açıkça yer verilmemiş; doktrinde GG m. 1 (İnsanın onur ve haysiyetinin korunması) ve m. 2 (Yaşam hakkı, kişiliğin korunması, kişi özgürlüğü) hükümlerine dayandırılmıştır. Ancak CMK’da olduğu gibi StPO’da da bu ilkeyi esas alan düzenlemeler (StPO m. 136/I 2. cümlesi¹⁷⁰¹ m. 243/V 1. cümlesi¹⁷⁰²) mevcuttur. Ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan bu ilke uyarınca, kişi kendi suçsuzluğunu ispatlamak ya da suçunun ispatında başkalarına yardım etmek zorunda değildir ve kişinin bu tutumu suçlu olduğunun göstergesi olarak yorumlanamayacaktır¹⁷⁰³. Görüldüğü üzere bu ilkeye göre işçi, suçlamalar karşısında

¹⁶⁹⁵ Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274; Lunk, s. 2756; LAG Schleswig-Holstein, 28.10.2009 - 3 Sa 278/09, **BeckRS** 2011, 66403; BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812; BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

¹⁶⁹⁶ Ebeling, ss. 173 vd.; Fischer, s. 522; Wertz, s. 163. Bkz. BAG v. 23.10.2008-2 AZR 483/07, <https://openjur.de/u/171585.html>, (28.01.2021)

¹⁶⁹⁷ “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”.

¹⁶⁹⁸ “Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir”.

¹⁶⁹⁹ “Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147 nci maddede belirtilen diğer hakları bildirilir”

¹⁷⁰⁰ “Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir”.

¹⁷⁰¹ “Şüpheliye suçlama hakkında açıklamada bulunmasının veya olay hakkında hiçbir şey söylememesinin ve her zaman, hatta sorguya çekilmesinden önce dahi kendisi tarafından seçilecek bir müdafie danışmasının, kanuni hakkı olduğu söylenerek uyarılır”, Feridun Yenisey ve Salih Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015, ss. 211-212.

¹⁷⁰² “Daha sonra sanığa, iddia veya esas hakkında açıklamada bulunup bulunmamak veya esas hakkında hiçbir şey söylememek konusunda serbest olduğu açıklanır”, Yenisey ve Oktar, s. 321.

¹⁷⁰³ Bu ilke ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Rezzan İtişgen, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

susma hakkını kullanabilecek ve susması aleyhine değerlendirilemeyecektir¹⁷⁰⁴. Dolayısıyla işçinin sadakat borcu sebebiyle savunma yapması gerektiği düşünülebilirse de; ceza muhakemesi hukuku yönüyle bakıldığında nemo tenetur ilkesi, susma hakkı, kişinin suçsuzluğunun değil suçunun kanıtlanması gereği, masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi; özel hukuk kapsamında düşünürsek de, TMK m. 6 “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*”, HMK m. 190 “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*” ve HMK m. 191 “*Diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz*” hükümleri uyarınca kişinin savunma verme, savunma görüşmesine katılma, soruları cevaplama, suçluyu ortaya çıkarmaya yardım etme vb. bir yükümlülüğü olmayacaktır. Daha da önemlisi işçinin bu tutumlarıyla “işverenle işbirliği yapmaktan kaçınması” işçinin suçunun göstergesi olarak kabul edilip şüphe feshini doğrudan geçerli kılmayacaktır¹⁷⁰⁵. Sonuç olarak işçinin savunmaya katılmayı reddetmesi tek başına bir fesih nedeni teşkil etmemektedir¹⁷⁰⁶. Fakat işçinin olayı aydınlatma ve suçluyu ortaya çıkarma bakımından bir açıklama yapma ve işbirliğinde bulunma yükümlülüğü olmadığı kabul edilse de, bunun işçiye karşı suç isnadının açıklığa kavuşturulması bakımından özellikle işyeri dışı bir konudaysa işverenin çaresiz kalacağı anlamına gelmeyeceği kabul edilmiştir. Örneğin, işçiden şüphe edilen konuda mahkemede bir dava dosyası mevcutsa, işveren, StPO m. 475¹⁷⁰⁷ uyarınca korunmaya değer meşru bir menfaati olduğunu ifade ederek avukat aracılığıyla bu cezai kovuşturmadan bilgi edinebilecektir¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁴ İtişgen, s. 4. Susma hakkının temeli nemo tenetur ilkesine dayandığı kabul edilse de (İtişgen, s. 5) ilkenin susma hakkı ile aynı anlama gelmediği belirtilmiştir. Çünkü kişinin susma hakkını kullanmasıyla bu ilke göz önünde bulundurulmuş olsa da, nemo tenetur ilkesinin olaya uygulanmış olduğunun kabulü için mutlaka susma hakkını kullanmasının gerekmediği ifade edilmiştir, (Özbek ve diğerleri, s. 64). Kanaatimizce susma hakkı nemo tenetur’un bir yönünü bir parçasını oluşturur. Zaten hukukumuzda bu ilkelerin ikisinin de AY m. 38/V dayandırılması bunun bir göstergesidir.

¹⁷⁰⁵ Bkz. BAG v. 23.10.2008-2 AZR 483/07, <https://openjur.de/u/171585.html>, (28.01.2021)

¹⁷⁰⁶ Heilmann, s. 63; Naujok, s. 398; Hoefs, s. 207.

¹⁷⁰⁷ Hukumumuzda bu düzenlemeye karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak CMK m. 153/I “*Müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir*” in hukukumuzda bu konuda başvurulabilecek hüküm olduğu ileri sürülebilir.

¹⁷⁰⁸ BAG, 23.10.2008-2 AZR 483/07, (<https://openjur.de/u/171585.html>, (28.01.2021).

Diğer taraftan, işverenin kusuruyla hiç ya da hukuka uygun olmayan bir savunmanın gerçekleştirilmesi, şüphe feshinin geçerliliğine gölge düşürecek olan aydınlatma yükümlülüğü (içinde savunma alma yükümlülüğünü de barındıran) ihlali anlamına geleceği kabul edilir¹⁷⁰⁹. Bu kabulden, savunmanın sadece işverenin sorumlu olduğu nedenlerden dolayı gerçekleşmemiş sayılacağı da çıkarılmıştır¹⁷¹⁰ ve böylece işçinin susma hakkını kullanıp hiçbir açıklama yapmaması sebebiyle bir savunma alınamamış olması şüphe feshini geçersiz hale getiremeyecektir¹⁷¹¹. Sonuç olarak da işverenin kusuruna dayanan bir durum olmadıkça savunmanın alınamamasının, “savunma alınması geçerlilik şartı ihlali” teşkil etmeyeceği ifade edilebilir.

Her ne kadar işçinin susma hakkını kullanıp işverene yardımcı olmayabileceği kabul edilse de; yaptığımız açıklamalarda da yer verdiğimiz üzere aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işçiden savunma alınması büyük öneme sahiptir. Savunma davetiyle başlayan bu süreçte, savunma şekli ve somut olayın şartlarına göre çok farklı senaryolar oluşturulabilir. Dolayısıyla, genel olarak işçinin savunma yapma yükümlülüğü olup olmadığı ve sonuçlarına yer vermeye çalışsak da, konunun önemi sebebiyle (hem aydınlatma yükümlülüğü kapsamında önemli bir yol olması hem de yokluğunun şüphe feshi geçersizliğine yol açması) savunma alınması sürecinde işverenin gösterebileceği farklı tutum ve davranış ihtimallerinin, bunların nasıl anlamlandırılacağı ve ne sonuçlar doğuracağı ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır. Örneğin, savunma alınması için görüşmenin konusu ana hatlarıyla anlatılarak savunmaya davet edildiğinde işçi, işverene iki farklı reaksiyon gösterebilir. İşçi savunma görüşmesine katılabilir ya da katılmayabilir. Bu durumda işçinin görüşmeye gelmesi, işçinin kaçınılmaz olarak suçlamalara ilişkin görüş bildireceği anlamına gelmediği gibi diğer taraftan savunmaya katılmaması da otomatik olarak işçinin işbirliğinde bulunmaktan kaçındığı anlamına gelemeyiz. Somut olayda işçinin bu iki farklı tutumunun öncesinde ve sonrasında yaşananlara göre ne anlama geldiğine bakmak gerekir.

¹⁷⁰⁹ BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812.

¹⁷¹⁰ Eylert, Verdachtskündigung, s. 400.

¹⁷¹¹ Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274; Lunk, s. 2756; LAG Schleswig-Holstein, 28.10.2009 - 3 Sa 278/09, **BeckRS** 2011, 66403; BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812; BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

(1) İşçinin Savunmada Bulunup Görüşlerini İfade Etmesi

İşçinin savunmaya katılması ve belirtilen şüpheli hususlara ilişkin ayrıntılı cevaplar vermesi durumunda, suçluluğuna dair şüpheler dağılabileceği gibi devam da edebilecektir. İşçinin savunmasını takiben, gerçekleri ortaya çıkarabilmek için işveren başka soruşturmalar yapar ve olayı aydınlatmak için yeni yollara başvurursa, şüphe feshini gerçekleştirmeden önce işçiye bir daha dinlemelidir¹⁷¹². Bu doğrultuda işçi başlangıçta savunma yapsa ve bu savunmada daha sonra başka açıklama yapmayacağını belirtse bile; devam eden soruşturmalar sonunda önemli ve yeni şüpheli durumlar, yeni suçlamalar ortaya çıkarsa işverenin bu konularda işçiden tekrar savunma alması gerekir¹⁷¹³. İşçiden tekrar savunma alınması gerektiğinde, Alman Hukuku bakımından, ikincisi ilk savunmanın ardından kısa bir süre içinde gerçekleştirilebildiği sürece BGB m. 626/II'deki haklı nedenle fesihlerde uygulanan hak düşürücü sürenin askıya alınmış sayılacağı da belirtilmiştir¹⁷¹⁴.

(2) İşçinin Savunmaya Katılması Ama Bir Açıklama Yapmaması

İşçinin susma hakkını kullanması, bir sözlü savunma için görüşmeye gelip savunma yapmayacağını bildirip suçlamalar bakımından konuşmamasının mümkün olduğunu, hatta bunun suçlu olduğunun bir göstergesi ya da fesih için bir neden teşkil edemeyeceğini ifade etmiştik¹⁷¹⁵. Ayrıca, işçi suçlamalara yönelik açıklamalarda bulunmamış ve bir açıklama yapmak için dokümanları gözden geçirmesi ya da bir avukata danışması gerektiği gibi bir neden de sunmamışsa; savunmada işverenin işçiye şüpheli durumlara ilişkin bilgilendirmeye devam etmek zorunda olmadığı belirtilmiş ve daha sonra başka bir savunmanın gerçekleştirmeye çalışılmasının da gereksiz olduğu kabul edilmiştir. Çünkü BAG kararında¹⁷¹⁶

¹⁷¹² Eylert, Verdachtskündigung, s. 401. BAG, 13.09.1995 – 2 AZR 587/94, **NZA**, Yıl: 1996, Sayı: 2, ss. 81-84.

¹⁷¹³ LAG Köln, 12.12.2007-7 Sa 120/07, **BeckRS**, 2008, 56530.

¹⁷¹⁴ BAG, 12.02.1973, 2 AZR 116/72, (https://www.prinz.law/urteile/BAG_2_AZR_116-72, 20.02.2021)

Eylert, Verdachtskündigung, s. 401. Savunma alma süresine ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. a. (1) Savunmanın Zamanı

¹⁷¹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. c. İşçinin Savunma Davetine Karşı/Savunmadaki Tutumu ve Sonuçları

¹⁷¹⁶ BAG, 26.09.2002 - 2 AZR 424/01, **NJOZ**, Yıl: 2003, Sayı: 36, ss. 2259-2266;

belirtildiği üzere daha sonra yapılacak görüşmelerin artık gerçeklerin açığa çıkarılması veya işverenin iradesinin oluşmasına katkıda bulunamayacaktır. Ama bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü bir kişinin susma hakkını kullanmasının kişisel verilerine ilişkin olarak bilgi edinme hakkını ortadan kaldırmaması gerekir. Ayrıca işveren yeni bilgiler edindikçe hem şüphe feshinin geçerliliği bakımından hem de kişisel verilerin korunması hukuku gerekleri doğrultusunda uygun bir kişisel veri işleme için¹⁷¹⁷ yeniden savunma alınmasa da, her ne olursa olsun bilgilendirmeye devam edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Eğer işçi bundan sonra hiçbir açıklama yapmayacağını açıkça belirttiyse bu düşünce doğru olabilir; ama böyle bir açıklama olsa dahi yukarıda da belirttiğimiz üzere¹⁷¹⁸ yeni bir olgu ya da suçlama ortaya çıkarsa görüşme daveti yapılmasa bile yeni durumun tebliğ edilmesi gerekir. Ayrıca işveren bilgilendirmeye devam ederse, bu süreçteki gelişmeler karşısında işçinin fikrini değiştirmesi ve işverene olayları aydınlatması bakımından yardım etmeye karar vermesi söz konusu olabilir. Bu şekilde, bilgilendirmeye devam edilmesi hukuki gerekliliği, ileride işçinin feshe karşı itiraz edebilme ve feshin geçersizliği sonucunun doğması olasılığını düşürebileceğinden işverenin de menfaatine bir yükümlülük olarak kabul edilebilir.

İşçinin yazılı savunmada bulunmak zorunda olmayışı ya da sözlü görüşmeye gelip hiçbir açıklama yapmayacağının mümkün olduğunun tespitinin yanı sıra, işçinin böyle bir tutumu karşısında işverenin aydınlatma ve savunma alma yükümlülüğünü yerine getirmiş olup olmayacağı sorusunu yanıtlamak gereklidir.

İşçinin görüşmeye gelmesi ama susması olasılığında, işveren aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Burada şart, işçinin kaçınma davranışının onun nihai savunmasını teşkil etmesiyle sağlanmış olur. Bu durumda işveren her ihtimale karşı işçiye yazılı bir rapor sunma imkânı vermelidir ve ona kanıtlarıyla beraber suçlamalara ilişkin detaylı ve yazılı bir bilgilendirme de yapmalıdır¹⁷¹⁹. İşçi belirlenen uygun bir süre içinde açıklama yapmamışsa da, savunmadan kaçınılmış olması bir sorun teşkil etmeyecek ve işveren aydınlatma yükümlülüğünü tamamen hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş sayılacaktır¹⁷²⁰.

¹⁷¹⁷ Bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

¹⁷¹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. c. (1) İşçinin Savunmada Bulunup Görüşlerini İfade Etmesi

¹⁷¹⁹ Hunold, Anhörung, s. 401; Fuhlrott, Teil 1, s. 553.

¹⁷²⁰ Demir, s. 340; Köseoğlu, s. 285. BAG, 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

(3) İşçinin Koşulları Değişen Savunmaya Katılabilecek Olması

İşçi esas olarak savunmaya katılmayı ve suçlamalarla ilgili açıklamalarda bulunmayı istemesine rağmen, belirtilen kısa süre için yapılacak savunmada bulunamayacağını bildirirse, devam etmekte olan bir durumu engel olarak sunmamışsa bile; işveren, savunma için farklı bir zaman önerisinde, ya da sözlü bir savunma olacak ve sorun konum ise başka bir yer önerisinde bulunmalıdır. Çünkü işçinin bu durumu “savunma görüşmesine katılmayı tamamen reddetmek” anlamına gelmediğinden, işverenin davetinin koşullarında (savunmanın şekline göre yer zaman vs.) değişiklik yapması gerekir¹⁷²¹. Aksi halde işverenin savunma alma yükümlülüğünü yerine getirmediği söylenebilir. İşveren savunma alma ve bu doğrultuda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olması için, sözlü savunma talebi bakımından yeni yer ve zaman önerisinde bulunabileceği gibi, işçiye makul bir zaman içerisinde yazılı savunma verebilme imkânı da sunabilir. Eğer başlangıçta yazılı savunma istemediyse, işçinin yazılı savunma yapabilmesi için işçiye yapılan isnadları kanıtlarıyla birlikte ayrıntılı şekilde tevdi etmesi gereklidir¹⁷²².

(4) İşçinin Savunma Görüşmesine Katılmaması veya Yazılı Savunmayı Zamanında Teslim Etmemesi

Öncelikle işçi düzenlenmiş olan savunma görüşmesine katılmazsa, işveren bunu doğrudan işçinin işbirliğinde bulunmaması olarak nitelendirmemelidir. Aynı anlayış yazılı savunma alınması yoluna başvurulduğunda verilen süre içinde işçinin savunmayı teslim etmemesi bakımından da geçerlidir. İşveren bu durumlarda hemen çalışanla iletişime geçmeli ve neden görüşmeye gelmediğini açığa çıkarmalıdır¹⁷²³. Çünkü sonuçta işçinin planlanmış savunma görüşmesine katılmama nedenini öğrenmenin de işverenin aydınlatma yükümlülüğü kapsamına girdiği kabul edilebilir. Telefonla ya da yazılı olarak iletişime geçmeye çalışılmasına rağmen görüşmeye gelinmemesinin arkasındaki neden açıklanamıyorsa, işveren savunma alınması şartını yerine getirmiş gibi somut olayı aydınlatabilmek için tüm gerekenleri yapmış

¹⁷²¹ LAG Hessen v. 13.10.2011 -5 Sa 224/11, **BeckRS**, 2012, 69041.

¹⁷²² Hunold, Anhörung, s. 401.

¹⁷²³ Mennemeyer ve Dreymüller, s. 384.

olur. Araştırma sonucunda işçinin davetiye kendisine ulaşmış olmasına rağmen hiçbir nedeni olmaksızın gelmediği öğrenilirse, savunma alınması yükümlülüğü için yapılması gereken her şeyin yerine getirilmiş olacağı kabul edilecektir¹⁷²⁴.

Fakat bu olası durumlarda da işverenin, şüphe duyulan işçiye her ihtimale karşı savunma için net bir resmi davet daha yapması ve aynı zamanda yazılı olarak işçinin savunmayı yapabileceği makul bir son tarih de bildirmesi yerinde olacaktır¹⁷²⁵. İşçi eğer bu süreyi de savunma yapmadan geçirirse, artık savunmanın alınmamış olmasının işveren bakımından bir eksikliğe sebep olmayacağı belirtilmiştir¹⁷²⁶.

Türk doktrininde ise, işçi savunmaya haklı bir mazeret sunmaksızın gelmezse, bunun bir tutanakla tespit edilmesinin zorunlu olduğu (İşK m. 109), böylece işverenin savunma alınması şartını yerine getirmiş sayılacağı kabul edilmiştir¹⁷²⁷.

(5) İşçinin Savunmaya Katılmayacağını Belirtmesi

İşçi savunma davetini aldıktan sonra yanlış anlaşılacak bir durum olmaksızın açıkça savunmaya katılmayacağını, ona karşı olan şüpheli durumları aydınlatabilmek için hiçbir şekilde çaba göstermek istemediğini belirtirse ve bu nedenle savunma alınamazsa, genel açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere nemo tenetur ilkesi ve susma hakkı doğrultusunda işçinin bir yükümlülük ihlali söz konusu olmayacak; ama bununla birlikte savunmanın alınmamış olması sebebiyle şüphe feshinin geçersizliği gündeme gelmeyecektir¹⁷²⁸. Zaten işçi kendine karşı yöneltilen suçlamaları açıklamak için savunmada bulunmayışının nedenini açıklamaz, makul ve önemli gerekçeler sunmazsa (savunma öncesinde belgelerin incelenmesi ve avukata danışma gibi), savunma almak gereksiz olacaktır. Çünkü işçinin tavrından anlaşıldığı üzere olayların aydınlatılmasında ve işverenin iradesinin belirlenmesinde savunmanın bir

¹⁷²⁴ Gaul, s. 461; Wertz, s. 167.

¹⁷²⁵ Eylert, Verdachtskündigung, s. 402.

¹⁷²⁶ BAG, 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

¹⁷²⁷ Demir, s. 340; Keser, s. 99.

¹⁷²⁸ Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274; Lunk, s. 2756; Hunold, Anhörung, s. 401. LAG Schleswig-Holstein, 28.10.2009 - 3 Sa 278/09, **BeckRS** 2011, 66403; BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812; BAG, 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. c. İşçinin Savunma Davetine Karşı/Savunmadaki Tutumu ve Sonuçları

katkısı olamayacaktır¹⁷²⁹. Ancak işveren, olası bir feshe karşı koruma davasında (iş iade davası) olayı aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirdiğini ispat etmekle mükellef olacağı için, işçinin savunma görüşmesine gelmemesi veya yazılı savunma sunmaması hususuna ilişkin tüm süreci ayrıntılarıyla belgelemelidir. Ayrıca bu süreçte işveren önce sözlü bir savunma teklifinde bulunduysa, aydınlatma ve savunma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından bir kere daha işçiye yazılı bir rapor sunabilme imkânı vermiş olması gerektiği de kabul edilmiştir¹⁷³⁰.

Hukukumuzda işçinin savunma davetini tebliğden kaçınması ya da savunma vermeyeceğini belirtmesi durumlarında, bu konuda bir tutanak tutulacağı¹⁷³¹ ve savunma için verilen sürenin dolması beklenmeden de iş sözleşmesinin feshedilebileceği belirtilmiştir¹⁷³².

Sonuç olarak yukarıda tek tek incelerken görüldüğü üzere, Alman Hukuku'nda işçinin çeşitli şekillerde savunma yapamamış ya da yapmamış olmasının hemen işverenle işbirliği yapmak istemediği şeklinde değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir. İşverenin bu gibi durumlarda doğrudan işçinin işbirliğinden kaçındığını kabul etmemesiyle, savunmada bulunamamış işçiye daha sonra bir açıklama yapmak istemesi ihtimaline karşı uygun bir süre verilmiş olur¹⁷³³. İşverenin başlangıçta savunma yapılmaması durumunda “işçi işbirliğinden kaçındı” varsayımını kabul etmeyip, işçiye bir imkân daha tanımasını işverenin aleyhine bir durum olarak da görmemek gerekir¹⁷³⁴. Öncelikle somut olayın aydınlatılması fesih tehlikesi altındaki işçi kadar işverenin de çıkarınadır. Zira işveren yanlış kişinin sözleşmesini sona erdirirse işveren bir yükümlülük ihlalinde bulunan ya da suç işleyen asıl kişiyle çalışmaya devam etmiş olacaktır. İşverenin asıl niyeti, gerçekleri açığa çıkarmaktan ziyade istemediği işçi için haklı ya da haksız bir gerekçeyle şüphe feshine başvurmak olsa dahi, işçiye savunmada bulunmama/bulunamama sonrası tekrar imkân yaratması lehinedir. Çünkü bu imkânı tanımak ileride söz konusu olacak bir uyuşmazlıkta, şüphe feshinin geçersizliğine sebep olacak “savunmanın gereği gibi alınmamış ve

¹⁷²⁹ BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 961/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 14, ss. 809-812; BAG, 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

¹⁷³⁰ Hunold, Anhörung, s. 401; Fuhrott, Teil 1, s. 553, Eylert, s. 168-169.

¹⁷³¹ Demir, s. 340; Köseoğlu, s. 285; Keser, s. 99.

¹⁷³² Demir, s. 340; Köseoğlu, s. 285.

¹⁷³³ Birger Baumgarten, “BAG: Fristwahrung bei der Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2014, Sayı: 16, s. 415.

¹⁷³⁴ Wertz, s. 169. BAG, 30.04.1987-2 AZR 283/86, **Personal**, Yıl: 1989, Cilt: 41, Sayı: 2, s. 79.

buna paralel olayı aydınlatma yükümlülüğü tam olarak yerine getirilmemiş olması” riskini de azaltacaktır. Sonuç olarak Türk Hukuku’nda savunma davetine mazeretsiz olarak gelinmediği tutanakla tespit edilmesiyle fesih için geçerlilik şartının sağlanmış olacağı belirtilmişse de; Alman Hukuku’nda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere, işçi savunmadan kaçınsa dahi ona son bir şans verilmesi anlayışının hukukumuzda da esas alınması iş uyuşmalıklarının çözülmesi bakımından faydalı olabilecektir.

3. Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Başvurulabilecek Diğer Yollar

Somut olayın aydınlatılmasında esas araç, ayrıntılı olarak incelediğimiz işçinin savunmasının alınması şartıdır¹⁷³⁵. Ama somut olaya göre gerçeği ortaya çıkarmak için daha başka araçlar söz konusu olabilir. Somut olayı aydınlatma araçlarının seçiminde ve kullanılmasında işveren, ölçülülük ilkesi doğrultusunda, özellikle söz konusu işçinin kişilik hakları ve özel hayatın korunması, kişisel verilerinin korunması, haberleşme gizliliği başta olmak üzere işçilerin anayasal hak ve özgürlüklerinin göz ardı edilmemesi gereklidir¹⁷³⁶. Aşağıda inceleyeceğimiz bu yollara aynı zamanda, iş ilişkisinin başlangıcında ve devamında mevcut olan şüphenin aydınlatılması için de başvurulabilmektedir.

a. İşyeri Dökümanları ve İşçinin Özlük Dosyası Kontrolü

Savunma alınması dışında, somut olayın aydınlatılması için başvurulabilecek yollardan biri, müşterilerle ilgili yazışmalar, faturalar, sipariş bilgileri, seyahat ve gelir gider evrakları veya mesai kayıtları gibi işyeri kayıtlarının değerlendirilmesidir¹⁷³⁷. İşçinin söz konusu dökümanları teslim etmekten kaçınma hakkı yoktur¹⁷³⁸. Ayrıca işveren şüphe konusu olayın aydınlatılması amacıyla,

¹⁷³⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. İşçiden Savunma Alma Yükümlülüğü

¹⁷³⁶ Stoffels, s. 42; Eylert, Verdachtskündigung, s. 400; Wertz, s. 117

¹⁷³⁷ Stoffels, s. 42.

¹⁷³⁸ Burkhard Göpfer, Frank Merten ve Carolin Siegrist, “Mitarbeiter als „Wissensträger“* Ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion”, **NJW**, Yıl: 2008, Sayı: 24, s. 1705; Alexander Bissels ve Martin Lützeler, “Compliance-Verstöße im Ernstfall: Der Weg zu einer verhaltensbedingten Kündigung”, **BB**, Yıl: 2012, Sayı: 3, s. 190;

tutmakla yükümlü olduğu işçinin özlük dosyasındaki bilgilerden¹⁷³⁹ de faydalanabilir. Ancak bunu yaparken, KVKK’nu gereklerine uygun davranmalıdır.

b. Üçüncü Kişilerin Soruşturulması

Somut olayın aydınlatılmasında, şüphe duyulan olaya iştirak etmiş ya da bu konuda bilgi sahibi olan¹⁷⁴⁰ diğer çalışanlar veya onlar haricindeki üçüncü kişilerin sorgulanması söz konusu olabilir. İşverenin aydınlatma yükümlülüğü özellikle tanık olarak değerlendirilen müşteriler, işyerindeki diğer çalışanlar ya da şüpheli işçinin eş veya sevgilisi gibi üçüncü kişilerin ifadesinin alınmasını gerektirebilir¹⁷⁴¹. Örneğin, perakende satışta kasa işlemleri bakımından çıkan bir sorunda, somut olayın aydınlatılması için müşterilerin sorgulanması gerekli olabilir¹⁷⁴².

Şüphe feshine konu olaya ilişkin olarak sorgulanan işverenin diğer çalışanlarının, kendi görevleriyle bağlantılı ve iş görmeyle ilişkilendirilen soruları yanıtlamakla yükümlüdür¹⁷⁴³. Ayrıca soruların yanıtlanmasında işverenin korunmaya değer bir menfaati varsa, sorular iş ve işyeri ile ilişkiliyse ve “bilgi verme” yanıt verecek işçi için ağır sonuçlar doğurmuyorsa işverenin soru sorma hakkının mevcut olduğu kabul edilir¹⁷⁴⁴.

İşveren, yönetim hakkı¹⁷⁴⁵ uyarınca işçisine, soru sormak amacıyla gerçekleştireceği görüşmeye gelmesi¹⁷⁴⁶, gerekli bilgiyi vermesi ve somut olayı aydınlatmasına katkıda bulunması için talimat verebilir¹⁷⁴⁷. Dinlenecek işçi ifade vermeyi sadece, sorular çalışma alanıyla ilgili değilse ve yanıt ondan katlanması beklenemeyecek bir yüke sebep oluyorsa reddedebilecektir¹⁷⁴⁸.

¹⁷³⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm III. B. 1. b. Özlük Dosyası Düzenleme Borcu.

¹⁷⁴⁰ LAG Hessen, 17.06.2008 - 4/12 Sa 523/07, <https://openjur.de/u/300735.html>, (20.12.2021).

¹⁷⁴¹ LAG Nürnberg, 10.01.2006 – 6 Sa 238/05, **BeckRS** 2006, 31369107.

¹⁷⁴² LAG Köln, 07.10.2009 - 3 Sa 662/09, <https://openjur.de/u/141254.html>, (20.12.21).

¹⁷⁴³ Bissels ve Lützel, s. 190; Marco Mansdörfer, “Die Aussagepflicht der Mitarbeiter bei wertebasierten unternehmensinternen Ermittlungen”, **JM**, Yıl: 2014, Sayı: 4, ss. 171-172; Wertz, s. 118.

¹⁷⁴⁴ BAG 07.09.1995 - 8 AZR 828/93, **NZA**, Yıl: 1996, Sayı: 12, ss. 637-640.

¹⁷⁴⁵ Bkz. İkinci Bölüm I. E. 2. İşverenin Yönetim Hakkı

¹⁷⁴⁶ Evelyn Klasen ve Sandra Schaefer, “Whistleblower, Zeuge und ‘Beschuldigter’- Informationsweitergabe im Spannungsfeld grundrechtlicher Positionen”, **BB**, Yıl: 2012, Sayı: 10, s. 644.

¹⁷⁴⁷ Bissels ve Lützel, s. 190.

¹⁷⁴⁸ Hans-Joachim Fritz ve Dagmar Nolden, “Unterrichtungspflichten und Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen”, **CCZ**, Yıl: 2010, Sayı: 5, s.

c. Arama

İşverenin, şüphe duyduğu olayın failini bulabilmek ve olayı aydınlatabilmek için başvurabileceği yollardan biri de aramadır. İşveren, iş yeri kapısında üst araması veya işçilerin çantalarının aranması yoluna başvurabilir; ancak bu durumda işçinin kişilik haklarının kaçınılmaz olarak tehlike altında olduğu gözardı edilmemelidir¹⁷⁴⁹. İhlallerin önüne geçebilmek için işveren gerekli koşulları sağlamalı, hem işçiye gözetme borcuna uygun davranmış olmak hem de yatay etki uyarınca işçinin temel haklarını gözetmek için gerekli tebirleri almalıdır. İşçilere yapılacak bu aramalar bir açıdan veri işleme anlamına da geleceğinden, işverenin KVKK gereklerini yapması ve burada kabul edilen ilkelere uygun davranması gereklidir¹⁷⁵⁰. Bunlardan ilki ve en önemlisi elbette işçinin rızasını almak olacaktır¹⁷⁵¹.

Somut olayın aydınlatılması için çanta ve üst aramaları dışında işçinin işyerindeki dolabında ya da odasındaki eşyaların da aranması söz konusu olabilir¹⁷⁵². Her ne kadar bu aramalar üst ve çanta aramaları gibi direk işçinin vücudu veya genel anlamda kişiliği oluşturan bir malvarlığı üzerinde olmadığından, işyerinin bir bölümünde gerçekleştirildiğinden işçinin kişilik haklarına müdahale teşkil etmeyeceği düşünülebilirse de; işçinin işyerinde kişisel olarak kullandığı dolabı ve onun içeriği de özel alanın bir parçasını oluşturmaktadır. Ancak bu alan, özel hayatın mutlak şekilde korunan gizli alan/gizlilik alanı kapsamına elbette girmeyecektir. Ama bu işverene istediği zaman istediği şekilde arama yapma hakkı da vermez. İşveren her zaman olduğu gibi KVKK'na uygun davranmalıdır. Burada tüm kişisel veri işlemleri bakımından gerekli olduğu üzere işçinin bilgilendirilmesi ve rızasının alınması gündeme gelecektir. Baştan işçinin, belirli zamanlarda işverenin makul bir denetim gerçekleştirebileceğinin bilincinde olması gereklidir. Ama işçi baştan bilgilendirilmiş ve buna rıza göstermiş olsa da, işçi ona tahsis edilmiş dolapların izni olmadan ve kendisi orda olmadan açılmayacağına ve aranmayacağına güvenebilmelidir. İşçiye baştan verilecek genel bir bilgilendirme ve rıza gereklidir,

177; Martin Lützel ve Patrick Müller-Sartori, "Die Befragung des Arbeitnehmers – Auskunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht?", **CCZ**, Yıl: 2011, Sayı: 1, s. 19.

¹⁷⁴⁹ BAG, 09.07.2013 – 1 ABR 2/13, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 24, ss. 1433-1438.

¹⁷⁵⁰ Bu gerekliliklerin ve ilkelerin neler olduğu ve KVKK kapsamında veri işlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

¹⁷⁵¹ BAG, 09.07.2013 – 1 ABR 2/13, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 24, ss. 1433-1438.

¹⁷⁵² Wybitul ve Pötters, s. 437.

ancak bu genel rıza o yokken dolabının açılıp aranabileceği anlamına gelmeyecektir. İşverenin, yapacağı aramanın amacını-kapsamını söz konusu arama açısından işçiye bildirmesi ve o kapsamda bir arama yapılması gerekir. Ayrıca işçinin iş ilişkisinin kuruluş aşamasında verilen genel geçer her şeyi kapsayan ve o olmadan da arama gerçekleştirebileceği yönünde bir rıza TMK m. 23/II¹⁷⁵³ uyarınca geçerli olamaz. İş sözleşmesi kapsamında verilen bir rıza varsa ve sözleşme genel işlem şartı niteliği taşıyan bir tip iş sözleşmesi ise bu şekilde genel bir izin TBK m. 25'e¹⁷⁵⁴ de aykırı olacaktır. Sonuç olarak işçi bulunmadan odasında veya kişisel dolabında bir arama ve kontrol yapıldığında işçinin özel alanına ve kişilik haklarına ciddi bir müdahale söz konusu olacaktır. Ancak zorlayıcı nedenler varsa işverenin haklı bulunması söz konusu olabilir¹⁷⁵⁵.

Alman Hukuku'nda izin olsa dahi işçi bulunmadan aramanın istisna olması gerektiği ve zorlayıcı nedenlerle mümkün olacağı belirtilmiştir, kanaatimizce de işçi yokken aramaların yapılmaması uygun olacaktır. Ancak Yargtay Hukuk Genel Kurulu bunun aksi bir sonuca varmıştır. Söz konusu karar¹⁷⁵⁶a konu olayda, işçinin istirahatli olduğu bir dönemde masasındaki çekmece aranmıştır. HGK kural olarak “işyerinde işçinin kullanımına özgülenen alanların işveren tarafından aranmasının işçinin özel yaşamına müdahale oluşturacağını, bu aramaların yapılabilmesi için bir hukuka uygunluk nedeni olması gerektiğini” ifade etmiştir. Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararı¹⁷⁵⁷ örnek gösterilerek, işçinin ofisi bakımından genel olarak olmasa dahi, masa çekmeceleri ve dosya dolapları bakımından “gizliliğe ilişkin makul bir beklenti”si varsa aramanın gerçekleştirilemeyeceği; eğer gizlilik beklentisini ortadan kaldıracak işveren tarafından, çalışanların masa ve dosya dolaplarında kişisel belge saklamalarını caydırıcı nitelikte düzenleme veya işyeri uygulaması varsa aramanın özel alana müdahale olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Somut olayda da çalışanlara tahsis edilen yer ve eşyalarda şahsi eşyalarını bulunduramayacaklarına yönelik bir personel yönetmeliği hükmü olduğundan işçi de

¹⁷⁵³ TMK m. 23/II: “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz”.

¹⁷⁵⁴ TBK m. 25: “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”.

¹⁷⁵⁵ BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 546/12, NZA, Yıl: 2014, Sayı: 3, ss. 143-149.

¹⁷⁵⁶ Y., HGK, 24.1.2018, 2017/3017 E., 2018/99 K., <https://www.lexpera.com.tr>, (08.02.2021).

¹⁷⁵⁷ Bkz. Peev - Bulgaristan Başvuru No: 64209/01, 26.07.2007 tarihli AİHM kararı, www.hudoc.echr.coe.int, (08.02.2021).

aranmama konusunda haklı bir beklenti oluşmayacağı sebebiyle arama hukuka uygun bulunmuştur. Ancak işverenin arama yapabilmesi hukuka uygun olsa da kanaatimizce işçiye tahsis edilmiş olan özellikle kilit altında bir oda ya da dolap söz konusuyla aramadan önce işçinin haberdar edilmesi ve kendisinin de bulunabilme imkânı verilmiş olması gereklidir. Aslında bu şekilde bir bildirim, özellikle aramanın yapıldığı ortamda elektronik gözetleme mevcut değilse; hem işverene delil uydurma imkânı tanınmayacağı ve işçinin üstüne zimmetli eşyaların denetiminin o mevcutken yapılmasının daha yerinde olacağı için işçi, hem de işçinin bulunan delillere daha sonra “bunlar benim değil benim dolabımdan çıkmış olamaz iddiaları”na mahal verilmemesi bakımından işveren lehine olacaktır.

Alman Hukuku’nda aramalara ilişkin olarak özel bir gereklilik söz konusudur. Bu da genel herkesin ya da rastgele seçilen işçilerin aranmalarında, belirli bir durum karşısında özel olarak yapılanların aksine işyeri kurulunun katılımıyla gerçekleşmesi gerektiğidir. Çünkü eğer yasada ya da toplu iş sözleşmesinde başka bir düzenleme yoksa BetrVG m. 87/I 1. bendi uyarınca işyeri düzeni ve işçilerin işyeri davranışlarını etkileyecek konulara işyeri kurulunun da katılım hakkı olacaktır. Toplu aramalarda işyeri düzeni ve genel olarak işçi davranışlarına ilişkin olduğundan işyeri kurulunun katılımı gerekli görülmüştür¹⁷⁵⁸.

Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında başvurulabilecek bu yola ilişkin belirteceğimiz son husus ise son çare ilkesi uyarınca ve şüphe feshi şartını sağlamış olma adına işverenin, işyerinde ayrıntılı, gerçeği ortaya çıkarabilecek kapsamlı bir arama yapması hem hukuken gerekli hem de işveren ve şüphe duyulan işçinin yararına olacaktır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere bu, eylemin temel hakların ihlali riski taşıdığı gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır. İşverenin iş ilişkisinin devamında söz konusu olan şüpheleri¹⁷⁵⁹ nedeniyle veya şüphe feshi bakımından yapılabilecek tüm işyerinde gerçekleştirilecek genel aramalarda bu risk daha fazla olacaktır. Her ne kadar işçide gizlilik beklentisi oluşmadığından arama hukuka uygun olaksa da aramalar birer kişisel veri işleme olduğundan hassas bir konudur ve KVKK kapsamında tüm ilkelere uyulması gerekecektir. Konunun bu hassasiyeti sebebiyle gerçeğin aydınlatılabilmesi için somut olay bakımından mümkünse

¹⁷⁵⁸ BAG, 12.08.1999 - 2 AZR 923/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 8, ss. 421-427.

¹⁷⁵⁹ İkinci Bölüm III. İş Sözleşmesinin Devamında İşverenin Şüpheleri Ve Sonuçları

öncelikle işçinin işyerinde genel ve serbestçe erişilebilir alanlarını incelemek uygun olabilir.

d. Elektronik Gözetleme Verileri

İşyerinde elektronik gözetleme çok çeşitli şekillerde yapılabilir ve bunun sonucunda pek çok kişisel veri elde edilir. Bu verilerle işveren somut olayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirebilecek hatta kuvvetli şüpheyi ortadan kaldırması durumunda şüphe feshine başvurmayaabilecektir.

(1) Bilgisayar, İnternet, Elektronik Posta ve Sosyal Medya Kullanımları

İnternet kullanım verileri, sohbet kayıtları ve e-postaların kontrolü, analizi ve değerlendirilmesi bakımından temel alınması gereken ölçüt, işverenin işyerindeki bilgisayarın özel kullanımını yasaklayıp yasaklamadığı ya da ne ölçüde izin vermiş olduğudur¹⁷⁶⁰.

İşverenin, işçilerin işyerindeki bilgisayar, internet ve e-posta kullanımını çeşitli yollarla yasaklaması veya sınırlayabilmesi mümkündür. Çünkü işyeri telekomünikasyon araçlarının özel kullanımının ciddi sonuçları olacağından işçi bakımından getirilen kısıtlamada işverenin meşru menfaati söz konusudur¹⁷⁶¹. Ancak tamamen yasaklama veya sınırlamanın söz konusu olması için işverenin başka haberleşme imkânları sağlaması gerektiği de belirtilir¹⁷⁶². Benzer bakış açısıyla Alman Doktrini'nde, eğer işveren internet ve e-posta kullanımı ile ilgili bir düzenlemede bulunmadıysa toplum yapısına uygunluk (Sozialadäquanz) gereğince makul ölçüde özel kullanımın mümkün olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmiştir¹⁷⁶³. Ayrıca özel kullanımın yasaklandığı işyeri bakımından bazı kaza vb. aileye ulaşılması gerektiği durumlarda özel kullanımın haklı görülebileceği yönünde

¹⁷⁶⁰ Wertz, s. 120.

¹⁷⁶¹ Axel Bertram, "Offline – Verbot privater Internetnutzung am Arbeitsplatz jederzeit möglich?", **GWR**, Yıl: 2012, Sayı: 17, s. 388; Henning-Alexander Seel, "Aktuelles zum Umgang mit Emails und Internet im Arbeitsverhältnis – Was sind die Folgen privater Nutzungsmöglichkeit?", **öAT**, Yıl:2013, ss. 4-7, s. 4.

¹⁷⁶² Öktem Songu, Özel Amaçlı İnternet, ss. 1060, 1074-1075.

¹⁷⁶³ Seel, s. 4. ArbG, Frankfurt, 02.01.2002 - 2 Ca 5340/01, <https://dejure.org/>, (20.12.2021)

eski tarihli BAG kararı¹⁷⁶⁴ da mevcuttur. Ancak teknolojinin ve internet kullanımının yaygınlaştığı günümüzde genelde herkesin özel cep telefonları olduğundan bu istisnanın nadir olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir¹⁷⁶⁵.

İşveren, özel kullanımı açıkça yasakladığı ve buna yönelik denetimlerde bulunacağını bildirdiği ölçüde, kural olarak işçilerin hesabında yer alan e-postalara (hem genel bağlantı verilerine hem de içeriğine¹⁷⁶⁶) işyeri iletişiminin bir parçası olarak kabul edildiklerinden erişebilecektir¹⁷⁶⁷. Ancak genel olarak denetimin mevcut teknolojiler sayesinde içeriğe girmeye gerek olmaksızın yapılması mümkünse bu şekilde gerçekleştirilmesi, hatta kanatımızca şüphe feshi bakımından bile öncelikle bu şekilde denetim yapılması yerinde olacaktır¹⁷⁶⁸. Ama elbette konumuz bakımından gerçeklerin açığa çıkarılması mümkün değilse içeriğe de bakmak gerekecektir.

Bilgisayar, internet ve elektronik posta denetimleri bakımından “işverenin gizli denetim yapmaması” ve genel anlamda şeffaf olunması en önemli husustur. Çünkü bu şekilde, özellikle konumuz bakımından işverenin şüphe feshi kararı vermesinde etkili olacak verilerin doğruluğunun sınanması ve yanlış değerlendirmelere yol açmaması imkânı işçiye verilmiş olacaktır¹⁷⁶⁹.

Ne genel anlamda ne de iş hukuku bakımından elektronik gözetlemeye ilişkin bir kanun düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak elektronik gözetleme, bir veri işleme olduğundan KVKK ile birlikte, doktrinde Anayasa, genel kanunlar, yabancı hukuk uygulamaları ve Kanun Tasarıları çerçevesinde kabul edilen “şeffaflık, orantılılık, rıza, uygunluk vb ilkeler ve koşullar” kanuni bir zemine oturtulmuştur¹⁷⁷⁰. Dolayısıyla işveren, şüphe feshindeki aydınlatma yükümlülüğü bakımından elektronik posta ve internet kullanımlarını incelerken KVKK gerekliliklerine uygun

¹⁷⁶⁴ BAG, 27.05.1986 - 1 ABR 48/84, <https://www.prinz.law>, (20.12.2021).

¹⁷⁶⁵ Seel, s. 4.

¹⁷⁶⁶ Detlef Grimm ve Stefan Freh, “Arbeitsrecht und Compliance (Teil II) - Datenschutzrechtliche Aspekte unternehmensinterner Untersuchungen und die Rechtsfolgen von Compliance-Verstößen aus arbeitsrechtlicher Sicht”, **ZWH**, Sayı: 3/2013, ss. 89-95, s. 92.

¹⁷⁶⁷ Barbara Scheben ve Christian Klos, “Analyse von Chatprotokollen und E-Mails – Was ist erlaubt? Was ist verwertbar?”, **CCZ**, Yıl: 2013, Sayı: 3, s. 89.

¹⁷⁶⁸ Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 202; Öktem Songu, Özel Amaçlı İnternet, ss. 1075-1076.

¹⁷⁶⁹ Öktem Songu, Özel Amaçlı İnternet, s. 1076.

¹⁷⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için Okur, ss. 85-110; Öktem Songu, Özel Amaçlı İnternet, ss. 1074- 1080.

davranmak durumundadır¹⁷⁷¹. Alman Hukuku bakımından ise BDSG hükümleri devreye girecektir.

Ayrıca e-posta bakımından belirtmemiz gereken bir husus, işyeri uzantılı mail adresinin özel amaçlı kullanımı durumunda, yapılan denetimle sadece işçinin değil e-postanın karşı tarafındaki bakımından da bir kişisel veri işleme olduğu ve bilgilendirilerek rıza alınması gerektiği doğacaktır¹⁷⁷².

Alman Doktrini'nde konumuz bakımından kişisel verilere ilişkin düzenlemelerin yanı sıra Telekomünikasyon Kanunu (Telekommunikationsgesetz - TKG) uyarınca bir değerlendirme yapılması gerektiği de ifade edilmiştir. Bu görüşe göre eğer işveren işçinin özel kullanımına tamamen izin veriyor ya da belli kısıtlamalarla özel amaçlı kullanıma müsaade ediyorsa, Telekomünikasyon Kanunu konu bakımından öncelikli hale gelecektir. Çünkü özel kullanıma kısmen ya da tamamen izin verildiğinde işverenin TKG m. 3/I 6. bent¹⁷⁷³ kapsamında işçileri karşısında bir hizmet sağlayıcısı olacağı düşünülmüştür. Ancak işverenin böyle bir konumda olup olmayacağı ve TKG'nın uygulama alanı bulacağı tartışmalıdır¹⁷⁷⁴.

TKG'nın uygulanacağı görüşüne göre¹⁷⁷⁵ TKG m. 3/I 10. bend uyarınca "ticari bir telekomünikasyon hizmeti sağlanması" kar elde etmek amacı olsun olmasın üçüncü kişilere tipik bir telekomünikasyon teklifi anlamına gelecektir. Bu doğrultuda TKG yi iş ilişkisine uyguladığımızda işveren bir telekomünikasyon teklifi sunmuş olacak, hizmeti iş dışı kullanan işçi de TKG m. 3/I 10. bende kapsamında üçüncü kişi olacaktır¹⁷⁷⁶. İşveren, hizmet sağlayıcısı olarak GG m. 10 da yer alan iletişimin gizliliği temel hakkının düzenlendiği TKG m. 88 uyarınca iletişimin gizliliğini sağlamakla yükümlü olacak ve iletişimin içeriğinin denetimi de bu kurala göre geçersiz hale gelecek, dahası işverenin böyle bir denetimi StGB m. 206/I uyarınca "posta veya telekomünikasyon gizliliğinin ihlali" suçu olarak değerlendirilecektir¹⁷⁷⁷. Bu durumda da işverenin bu özel kullanıma müdahalesinin nasıl mümkün olabileceği

¹⁷⁷¹ Bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

¹⁷⁷² Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 202; Öktem Songu, Özel Amaçlı İnternet, s. 1076; Grimm ve Freh, s. 92.

¹⁷⁷³ "tamamen ya da kısmen, telekomünikasyon hizmeti sağlayan veya bu tür hizmetlerin sağlanmasına katkıda bulunan herkes hizmet sağlayıcı olarak nitelendirilecektir"

¹⁷⁷⁴ Wertz, s. 121.

¹⁷⁷⁵ Bertram, s. 388; Detlef Grimm ve Stefan Freh, "Arbeitsrecht und Compliance (Teil II)", ZWH, Yıl: 3, Sayı: 3/2013, s. 92.

¹⁷⁷⁶ Wertz, s. 121.

¹⁷⁷⁷ Scheben ve Klos, ss. 89, 90.

gündeme gelecektir. İşverenin, çalışanı kapsamlı yazılı bir izin ile bu telekomünikasyon gizliliğine uymaktan muaf tutup tutamayacağı ve bu şekilde işverenin, özel kullanıma izin verdiği telekomünikasyon sisteminin kullanımını izlemesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Uygulama açısından önerilen, BDSG düzenlemeleri de düşünüldüğünde münferit bir olay için yazılı onay alınmasıdır¹⁷⁷⁸.

Ancak karşı görüşe göre TKG işçi-işveren ilişkisinde uygulanmaz. Çünkü TKG m. 3/I 24. bende göre “telekominikasyon hizmeti”, yayın ağlarındaki iletim hizmetleri dâhil olmak üzere, tamamen veya büyük ölçüde sinyallerin telekomünikasyon ağları üzerinden iletilmesinin kural olarak ücret karşılığında sağlanmasıdır. Ancak işveren kural olarak işçilerinden işyeri email hesabını ya da interneti özel işlerinde kullanabilmesi için ücret talep etmez. Bu sebeple de işveren TKG kapsamında telekominikasyon hizmet sağlayıcısı kavramına karşılık gelmeyecektir¹⁷⁷⁹. Ayrıca TKG m. 3/I 10. bend mantığında işçinin işveren karşısında üçüncü kişi olarak nitelendirilebileceği kesin değildir¹⁷⁸⁰. Dahası TKG m. 1’de belirtildiği üzere Kanun’un amacı telekominikasyon sektöründe rekabeti teşvik etmek, yaygın ve yeterli bir hizmet sağlanmasını garanti etmektir. İşçiyi korumaya yönelik özel bir amacı bulunmamaktadır¹⁷⁸¹. Bu nedenle Alman Eyalet İş Mahkemeleri (LAG)ne de yansıdığı üzere, telekominikasyon sektöründe rekabet hukukuna ilişkin getirilmiş ve ticari hizmetlere yönelik olduğu söylenebilecek bir yasanın işverenin gönüllü ek hizmetleri bakımından dikkate alınması uygun bulunmamıştır¹⁷⁸². TKG uygulanmayacağına yönelik sağlam dayanakları olan karşı görüşe rağmen, bu konuda Federal İş Mahkemesi (BAG) kararı mevcut olmadığından, uygulamada TKG’nin dikkate alınacağı yönündeki baskın görüşün etkili olacağı belirtilmiştir¹⁷⁸³. Bu nedenle, izin verilen veya belli ölçüde göz yumulan özel kullanımlarda telekomünikasyonların gizliliği nedeniyle, e-postaların içerik kontrolünün geçerli olmadığı (eğer yukarıda belirtildiği üzere geçerli

¹⁷⁷⁸ Seel, ss. 6-7.

¹⁷⁷⁹ Scheben ve Klos, s. 90.

¹⁷⁸⁰ Ulrich Fülber ve Andreas Splittgerber, “Keine (Fernmelde-)Geheimnisse vor dem Arbeitgeber?”, **NJW**, Yıl: 2012, Sayı: 28, ss. 1995- 2001, s. 1999.

¹⁷⁸¹ Scheben ve Klos, s. 90; Fülber ve Splittgerber, s. 1999.

¹⁷⁸² Seel, s. 5. LAG Niedersachsen, 31.05.2010 - 12 Sa 875/09; LAG Berlin-Brandenburg 16.02.2011 - 4 Sa 2132/10, <https://openjur.de/u/52661.html>, (20.12.2021).

¹⁷⁸³ Seel, s. 5.

sayılabilecek özel bir yazılı izin alınmadıysa) varsayılacağı kabul edilmiştir. Ama bununla birlikte, e-posta trafiğinin kendisi haberleşmenin gizliliği koruması alanındaysa da; işyerindeki bilgisayara kaydedilmiş olan içeriklerin kontrol edilebileceği, çünkü artık haberleşmedeki gönderim sürecinin tamamlanmış olduğu yönünde Alman Anayasa Mahkemesi kararı mevcuttur¹⁷⁸⁴. Aynı bakış açısı, işçinin biten sohbetinin işyeri bilgisayarına kaydedilmiş olması durumunda da geçerli kabul edilmiştir¹⁷⁸⁵. Burada, işçinin işyeri bilgisayarındaki bir sohbet programı kontrolünün, işverenin bir olayı aydınlatabilmesi için gerekli olan başka uygun bir yol mevcut olmaması, yapılan kontrol gerekli ve bütün olarak ölçülülüğe uygun olması durumunda geçerli olacağı belirtilmiştir¹⁷⁸⁶. Ama işyerinde bir bilgisayar sabotajı, yasadışı indirme şüphesi, serbest olmayan bir yazılımın kullanılması ya da kaydedilen verilerin manipülasyonuna ilişkin bir şüphe durumunda, somut olayın aydınlatılması çerçevesinde olaya konu bilgisayarların bir an önce güvence altına alınması ve bu şekilde en baştan herhangi bir kanıtın yok edilmesini önleyebilmenin de zorunlu olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁸⁷.

Somut olayın aydınlatılması bakımından, sosyal medya bilgilerinden faydalanılabilmesi hususuna da değinmek gerekir. Facebook, StudiVZ, Xing, Instagram, Twitter gibi sosyal platformlardaki bilgiler de olayların aydınlatılmasında faydalı olabilir¹⁷⁸⁸. Ancak bu platformlar işverene ait ve işçinin iş görmesiyle ilişkili olmadığından, yukarıda ifade ettiğimiz üzere işçi buradaki bilgileri özel kullanıma yasak olduğu bilgilendirilmiş işyeri bilgisayarına kaydetmediği sürece; işveren, sosyal medya mecralarındaki bu bilgileri, işçi platformlardaki hesaplarını kamuya açık yapması sebebiyle öğrendiyse kullanabilecektir¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁴ BVerfG, 16.06.2009 - 2 BvR 902/06, <https://openjur.de/u/31119.html>, (20.12.2021). Bununla birlikte, bir iş e-posta sistemi aracılığıyla izin verilen veya tolere edilen özel e-posta iletişimi durumunda, iletim sürecinin ne zaman biteceği sorgulanabilir. Bu, diğer şeylerin yanı sıra, bireysel durumdaki teknik koşullara bağlıdır. René Hoppe ve Frank Braun, “Arbeitnehmer-E-Mails: Vertrauen ist gut – Kontrolle ist schlecht Auswirkungen der neuesten Rechtsprechung des BVerfG auf das Arbeitsverhältnis”, **MMR**, Yıl: 2010, Sayı: 2, ss. 80-84.

¹⁷⁸⁵ LAG, Hamm, 10.07.2012 - 14 Sa 1711/10 <https://openjur.de/u/456085.html>.

¹⁷⁸⁶ Scheben ve Klos, s. 93.

¹⁷⁸⁷ Wertz, s. 123.

¹⁷⁸⁸ Burkard Göpfert ve Elena Wilke, “Facebook-Aktivitäten als Kündigungsgrund”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2011, Sayı: 7, ss. 160-161; Fuhlrott, Teil 1, s. 553; Jobst-Hubertus Bauer ve Jens Günther, “Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook Vertrauliche Kommunikation unter Freunden?” **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 2, ss. 67-68, 73.

¹⁷⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer ve Günther, ss. 67-73.

Hukukumuzda işverenin işyeri internet ağı, email giriş ve kullanımının gözetimi ile olayın aydınlatılmasında anayasal temel haklar ve KVKK dikkate alınırken; Alman Hukuku'nda anayasal temel haklar, veri koruma yasası (BDSG) ve hatta telekomünikasyon yasa düzenlemeleri (TGK)nin yanı sıra BetrVG de dikkate alınmalıdır. Alman Hukuku bakımından BetrVG m. 87/I 6. bend doğrultusunda işyeri kurulunun işyeri gözetlemelerinde katılım hakkı olduğunun unutulmaması gerektiği de vurgulanmaktadır. Çünkü bu şekilde hukuka aykırı olarak işçinin kişilik haklarına müdahalelerin olmasının önüne geçilebileceği ifade edilmiştir¹⁷⁹⁰.

(2) Video Kayıtları

Somut olayın araştırılması bakımından elektronik gözetleme yollarından biri olan video kaydı da önemli araçlardan biridir. İşçilerin kameralar ile gözetlenmesinin, temel hak ve özgürlükler ile KVKK bakımından sorun doğurmaya elverişliliği daha da fazladır. Çünkü işveren video kaydı esnasında çok fazla veri işleme gerçekleştireceğinden işçinin hak ve özgürlüklerine müdahale daha fazla olacaktır¹⁷⁹¹.

İş ilişkisi şüphe feshinde, söz konusu olay dönemindeki kayıtların kullanılabilirliği veya aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yeni kayıtlar yapıp bunlara dayanılabilmesi bakımından elbette tüm kişisel veri işlemlerinde olduğu gibi video kayıtlarında da işçinin açık rızası ve bilgilendirilme yükümlülüğü başta olmak üzere tüm KVKK gereklilikleri (Alman Hukuku bakımından BDSG) sağlanmış olmalıdır¹⁷⁹². Ancak video ile gözetleme işyeri bilgisayar, interneti ve email adreslerinin kullanımının denetiminden ayrı olarak incelenmesi yerinde olacaktır. Çünkü şüphe feshi bakımından kamuya açık alanlarda gözetleme ve özellikle işverenin gizli gözetleme yapmasının mümkün olup olmadığı bakımından konuyu incelemek gerekir.

Konut dokunulmazlığının ihlal edilmemesi, malvarlığına karşı (hırsızlık vb.) suç niteliği taşıyan hareketlerin önlenmesi ya da işyerinin işleyişini daha da önemlisi işyerindekilerin hayatını tehlikeye düşürebilecek suç niteliği taşıyan taşınır

¹⁷⁹⁰ Wertz, ss. 120-121.

¹⁷⁹¹ Dulay Yangın, Gizli Kamera, s. 1725.

¹⁷⁹² Bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

yasaklanan davranışların tespiti gibi haklı menfaatlerin korunması bakımından gerekli görüldüğü, bununla birlikte gözetlenen kişinin öne geçen korunmaya değer haklı menfaati olmadığı sürece, işyerinde herkesin erişimine açık alanların videolarla gözetlenmesi hukuka uygundur (BDSG m. 4/I 2. ve 3. bend)¹⁷⁹³. Bu doğrultuda AVM’lerdeki hırsızlıkların ya da banka şubelerindeki gaspların engellenmesi ve gerçekleşiyse aydınlatılması bakımından, işverenin menfaatinin hatta ortada bir suç bulunduğu ve iş ilişkisi dışında üçüncü bir kişiyi de etkileyebileceğinden kamu yararı söz konusu olduğundan “işçinin ağır basan, öncelikli olacak kişilik hakları bulunduğu” söylenemeyecektir¹⁷⁹⁴.

Şeffaflık ilkesi uyarınca ilgili kişilerin (verisi işlenen kişiler) bilgilendirilmesi çok önemlidir¹⁷⁹⁵. Gözetlemenin koşulları, sorumlu kişinin adı ve iletişim bilgilerinin olabildiğince erken ve uygun bir şekilde ilgili kişiye bildirilmesi gerekir (BDSG m. 4/II). Örneğin bir uyarı levhası ile söz konusu alanda elektronik gözetleme yapıldığını ilgili kişilerin farkında olması sağlanmalıdır. Bu bilgilendirme gerekliliğinden “gizli gözetleme”nin herkesin erişimine açık alanlarda dahi istisnasız hukuka aykırı olacağı kabul edilebilir¹⁷⁹⁶. Ancak işyerleri bakımından Alman Federal İş Mahkemesi farklı bir düşünce de ortaya koymuştur. Konumuz olan şüphe bakımından bu bakış açısı büyük önem arz etmektedir. BAG’ye göre, işverenin bir suç eylemi veya esaslı bir yükümlülük ihlaline ilişkin kuvvetli şüphesi bulunduğu, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bu şüpheyi giderecek, işçinin kişilik haklarına müdahale gerektirmeyen ya da daha az gerektiren yollar bulunmuyor ya da bulunuyor ama onlardan bir sonuç alınamıyorsa, geriye kalan tek yol olarak işçinin gizlice gözetlenmesi mümkün olacaktır¹⁷⁹⁷. Önemli olan suç işlenebileceği ya da yükümlülük ihlali gerçekleşebileceğine yönelik genel bir kaygı ya da sübjektif şüpheyi dayanarak yapılıyor olmaması, objektif olgulara dayanan kuvvetli şüpheyi aydınlatmak için daha hafif yolların çözümsüz kalması sebebiyle bu yola başvurulmasıdır. Belirtilen koşulları sağlayan gizli gözetlemenin, spesifik tek kişiye karşı olması da gerekmez; konuya ilişkili olabilecek kişilerle sınırlı olarak bir

¹⁷⁹³ BAG v. 14.12.2004 - 1 ABR 34/03, <https://lexetius.com/2004,3750>, (20.12.2021).

¹⁷⁹⁴ Bayreuther, ss. 1038-1039.

¹⁷⁹⁵ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm I. F. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

¹⁷⁹⁶ Frank Bayreuther, “Videoüberwachung am Arbeitsplatz”, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 18, s. 1040.

¹⁷⁹⁷ BAG, 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 243-249; BAG, 27. 03. 2003 - 2 AZR 51/02, **NZA**, Yıl: 2003, Sayı: 21, ss. 1193- 1196; BAG, 21.06. 2012 – 2 AZR 153/11, **NZA**, Yıl: 2012, Sayı: 18, ss. 1025-1029.

grup çalışana karşı da gerçekleştirilmesi mümkün görülmüştür. Bu doğrultuda BDSG m. 4/II'deki bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması söz konusu durumlarda elde edilen bilgilerin kullanılmasına engel olmayacağı sonucuna varılmıştır¹⁷⁹⁸. Ayrıca GG m. 12/I (meslek özgürlüğü) ve m. 14/I (mülkiyet hakkı) uyarınca işverenin menfaatlerinin de anayasal korumadan yararlandığı düşünüldüğünde, yukarıda değindiğimiz kamuya açık alanlarda da mutlak gizli gözetleme yasağının istisnaen kalkabileceği belirtilmiştir¹⁷⁹⁹. Hatta bu gizli kamera kaydı yukarıda gereklilikleri sağlıyorsa, başlangıçta işçiden alınması gereken çalışanın rızası bulunmuyorsa dahi, edinilen bilgiler özellikle bir suç şüphesinin kanıtlanmaya çalışılması durumunda kullanılabilir¹⁸⁰⁰.

Sonuçta BDSG m. 4/II'ye aykırı olarak gizli kamera kaydı yapılabilmesi için,

- Esaslı bir yükümlülük ihlali ya da suç işlendiğine dair objektif olgulara dayanan kuvvetli bir şüphe olması,
- Şüphenin aydınlatılması için daha hafif yollara başvurulması ama sonuç elde edilmemesi,
- Gizli gözetlemenin, veri işlemesi bakımından gerekli olması ve aydınlatma yükümlülüğü kapsamında başvurulacak başka yol kalmaması,
- Çalışanın korunmaya değer menfaatinin, veri işlemesi bakımından daha üstün yarar teşkil etmemesi, kişisel veri işlemenin somut olay bakımından orantılı ve ölçülülük ilkesine uygun olması gereklidir¹⁸⁰¹.

Özel olarak belirtmek gerekir ki yukarıda saydığımız 4. şart uyarınca, diğer 3 şart sağlansa bile tuvalet, soyunma odaları gibi özel alanlarda ölçülülük ile orantılılık ilkesi ihlal edileceğinden ve işçinin korunacak üstün bir hakkı olacağından video

¹⁷⁹⁸ BAG'nın bu görüşünü taşıdığı BAG, 21.06. 2012 – 2 AZR 153/11 kararına ilişkin değerlendirme için bkz. Jobst-Hubertus Bauer ve Mareike Schansker, “(Heimliche) Videoüberwachung durch den Arbeitgeber Notwendige Maßnahme oder unzulässige Bespitzelung?”, **NJW**, Yıl: 2012, Sayı: 49, ss. 3537-3541.

¹⁷⁹⁹ Bauer ve Schansker, s. 3538; Christoph Bergwitz, “Prozessuale Verwertungsverbote bei unzulässiger Videoüberwachung”, **NZA**, Yıl: 2012, Sayı: 7, ss. 353-359, s. 357.

¹⁸⁰⁰ Michael Eckert, “Blick ins Arbeitsrecht”, **DStR**, Yıl: 2012, Heft: 44, s. 2241.

¹⁸⁰¹ Bauer ve Schansker, s. 3538; Stefan Brink ve Tim Wybitul, “Der ‘neue Datenschutz’ des BAG Vorgaben zum Umgang mit Beschäftigtendaten und Handlungsempfehlungen zur Umsetzung”, **ZD**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 225- 231, s. 226; Dulay Yangın, Gizli Kamera, s. 1725. Bkz. BAG, 21.06. 2012 – 2 AZR 153/11, **NZA**, Yıl: 2012, Sayı: 18, ss. 1025-1029; BAG, 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 243-249.

kaydı yapılmasının hukuka aykırı olacağı vurgulanmıştır¹⁸⁰². Bunun yanı sıra somut vakıalara dayanan kuvvetli şüphe bulunması gereği hususunda örnek vermek gerekirse, bir Eyalet Mahkemesi kararında, eğer raporlandırılmış bir iş göremezliğe ilişkin olarak işçinin dolandırıcılık yaptığı konusunda kuvvetli şüphe yoksa bir kadın işçinin gerçekten hasta olup olmadığının tespiti için gözetlenmesinin BDSG m. 26 kapsamında geçerli olmayacağı belirtilmiş; üstelik gözetleme ile yetinmeyip bir dedektif tutarak gizlice videoya alınması orantısız da bulunmuştur¹⁸⁰³. Alman Federal İş Mahkemesi de aynı doğrultuda, işverenin şüphesi somut vakıalara dayanmıyorsa, işçinin iş göremezliğinin gerçek olup olmadığını kanıtlamak için, işveren vekili, işyerindeki bir başka işçi ya da özel olarak tutulan bir dedektifin yapmış olduğu gözetleme faaliyeti (gizlice gözlenmesi, videoya alınması ya da fotoğraf çekilmesi) hukuka aykırı bulunmuş ve bu sebeple tazminat istenebileceği kabul edilmiştir¹⁸⁰⁴.

Türk Doktrini'nde ise işverenin, işçinin suç işlediğine yönelik somut, ciddi ve makul şüphesini dağıtabilmek için mahkeme kararına dayanma şartıyla gizli gözetleme yapabileceği görüşü mevcuttur. Ancak bunun istisnai bir uygulama olması gerektiği ve yukarıda Alman Hukuku'nu bakımından gizli kamera kayıtlarının hukuka uygunluğuna ilişkin saydığımız şartlara benzer şekilde, bu tedbire son çare olarak başvurulabileceği ve daha az zarar verici yolun bulunmaması gerektiği de ifade edilmiştir¹⁸⁰⁵. Ayrıca KVKK m. 28/II'deki "*suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması*" uyarınca aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkabileceği ve gizli kamerayla gözetleme yoluna başvurulabileceği de kabul etmiştir. Ama bu görüş de durumun istisnai olmasının, makul ve ciddi bir şüphenin varlığının ve ölçülülük ilkesine uygunluğun şart olduğunu belirtmiştir¹⁸⁰⁶. Bununla birlikte mahkeme kararı olmadan işverenin kendi inisiyatifi ile gizli gözetleme yapmasının hukuka aykırı olacağı da savunulmuş. Çünkü işverenin kendi iradesiyle

¹⁸⁰² Eckert, s. 2241; Brink ve Wybitul, s. 226; Dulay Yangın, Gizli Kamera, s. 1726. Ayrıca bkz. BAG, 26.08.2008 - 1 ABR 16/07, (NZA, Yıl: 2008, Sayı: 20, ss. 1187-1194); BAG, 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, NZA, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 243-249.

¹⁸⁰³ LAG Hamm, 11.07.2013 - 11 Sa 312/13, <https://openjur.de/u/172544.html>, (11.02.2021).

¹⁸⁰⁴ BAG, 19.02.2015 - 8 AZR 1007/13, <https://lexetius.com/2015,2029>, (20.12.2021)

¹⁸⁰⁵ Dulay Yangın, Gizli Kamera, ss. 1725-1726.

¹⁸⁰⁶ Gülsevil Alpagut, "İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar", **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2019, (Kamera Gözetlemesi), s. 313.

gizli gözetleme yoluna başvurması, kötüye kullanımlara açık olacak ve işçinin kişilik haklarını ciddi şekilde zarara uğratacaktır¹⁸⁰⁷.

CMK m. 140/I-II’de sayılmış olan suçların işlenmiş olduğu yönünde somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri varsa ve başka yollarla delil elde edilmesi mümkün değilse kişinin kamuya açık yerlerde ve işyerinde teknik araçlarla izlenebilmesinin, ses veya görüntü kaydı alınabilmesinin hâkim kararıyla mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Kolluk kuvvetlerinin dahi ancak yargı kararıyla belirli suçlar bakımından gizli gözetleme yapması mümkünken, işverenin başka yolu olmasa bile şüphesini aydınlatmak için kendiliğinden gizli gözetleme yoluna başvurabileceğinin kabulü mümkün olamayacaktır¹⁸⁰⁸. KVKK m. 28’de sayılan hallerde Kanun hükümlerinin uygulanmayacağını belirtilmiş olmasının da işverene kendi iradesiyle gizli video kaydı yapmasına imkân veremeyeceği kanaatindeyiz.

e. Olayın Aydınlatılması için Yetkili Makamlara Başvurulması

İşveren yukarıda incelenmiş olduğu üzere, kendisi, yetkilendirdiği işveren vekilleri/diğer işçileri veya özel olarak tuttuğu bir üçüncü kişi aracılığıyla olayın aydınlatılmasına ilişkin soruşturma yürütebilir. Somut olaydaki işyeri yönetmelikleri uyarınca disiplin kurulu tarafından araştırma ve incelemeler de gerçekleştirilebilir. Ancak bununla birlikte işçinin anayasal hak ve özgürlükleri gereğince, işveren yetkisi kapsamında yapabileceği araştırmaların kısıtlı olmasından ve ayrıca şüphe edilen konunun bir suç teşkil ettiği durumlarda suçu bildirme yükümlülüğü¹⁸⁰⁹ doğabileceğinden dolayı da işverenin adli makamlara başvurması ve onlar tarafından soruşturma yürütülmesi söz konusu olabilir. Zaten ceza muhakemesi prosedürlerinin şüphe feshi bakımından etkilerinin olup olmayacağını değerlendirmesi özellikle bu gibi durumlar açısından gündeme gelecektir¹⁸¹⁰.

¹⁸⁰⁷ Okur, s. 125; Sevimli, Özel Yaşama Müdahale, s. 209; Gürsel, ss. 375, 376.

¹⁸⁰⁸ Gürsel, s. 376.

¹⁸⁰⁹ İş ilişkisinde suçu bildirme yükümlülüğüne ilişkin bilgi için bkz. Hafizoğlu, Suçu Bildirme Yükümlülüğü, ss. 679 – 749.

¹⁸¹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 4. Şüphe Feshine İlişkin Olayın Ceza Soruşturması ya da Kovuşturmasına Konu Olması ve İşçiye Koruma Tedbirleri Uygulanması

4. Aydınlatma Yükümlülüğü Bakımından Hukuka Aykırı Deliller

Çalışmamızdaki incelemelerde ifade edildiği üzere işveren, hem iş ilişkisinin kurulması ve devamında oluşan şüpheleri dağıtmak hem de şüphe feshi gündeme geldiğinde aydınlatma yükümlülüğü gereği olarak yapacağı tüm araştırma ve soruşturmalarda KVKK kapsamındaki gerekliliklere uygun davranmalı, işçinin kişilik hakları başta olmak üzere anayasal hak ve ilkeleri gözetmelidir. Aksi halde, özellikle açık ve doğrudan sonuç doğuracak düzenlemeler olduklarından dolayı KVKK'na aykırı şekilde bir veri işleme sonucu elde edilen bilgi ve belgelerin hukuka aykırı delil teşkil etmesi kaçınılmazdır.

HMK m. 189/II “*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*” hükmü uyarınca bu deliller işverence kullanılmayacak ve feshe dayanak teşkil edemeyeceklerdir. Ancak uygulamada, her ne kadar bu delillere ilişkin hukuka aykırılık değerlendirilmesi yapılacak ve karar gerekçesinde kullanılmayacak olsa da; delillerin hukuka aykırılık değerlendirmesini yapan ile somut uyuşmazlığı karara bağlayan hâkim aynı olduğundan, hâkimin iradesini etkileyebilmek adına taraf avukatları hukuka aykırı olduğunu bildikleri delilleri de dosyada sunmaktadırlar.

C. Menfaat Dengesi

İş hukuku'nun ortaya çıkışında iş sözleşmesinin niteliği ve tarafların mevcut hiyerarşik konumları sebebiyle oluşan dengesizliği giderme esası bulunmaktadır. İşçiyi koruma ilkesi, işçi lehine yorum ve İş Kanunu hükümlerinin nispi emredici nitelik taşıması bu dengesizliği gidermeye yöneliktir. İşçinin iş ilişkisindeki zayıf pozisyonu sebebiyle bu şekilde işçiyi gözetken bir anlayışla denge kurulmaya çalışılmıştır. Sonuç olarak iş hukukunun amacı, işverene rağmen her ne pahasına olursa olsun işçiyi haklı bulmak ve onun lehine hükümler vermek değildir¹⁸¹¹. Amaç taraflar arasında bir menfaat dengesi kurmaktır.

¹⁸¹¹ Yargıtay bu durumu bir kararında “...Mahkemeye her ne kadar, söz konusu olayda feshin ağır nitelikte ceza olduğu, fesihten evvel başka ve daha basit yaptırımların uygulanabileceği gerekçesi ile davalı işverenin feshi haksız bulunmuş ise de, sözü edilen hususlar, yasada açıkça haklı fesih nedeni olarak düzenlenen durumlarda uygulama alanı bulmaz. İşçinin işyerinden izinsiz olarak aldığı

1. Genel Olarak İş Sözleşmesi Fesihlerinde Menfaat Değerlendirmesi

İş Hukuku'nda esas olan taraflar arasında menfaat dengesi kurma amacı, iş sözleşmesinin feshinde karşımıza menfaat değerlendirmesi¹⁸¹² olarak çıkmaktadır.

Menfaat değerlendirmesi, son çare ilkesi ve hatta esas konumuz olan şüphe feshi gibi hukuk sistemimizde açıkça düzenlenmemiştir. Alman Hukuku'nda ise bu kavram BGB m. 626'da yer almaktadır.

İş ilişkisinde gerçekleşen bir olay, BGB m. 626/I kapsamında önemli sebep olarak kabul edilebilecek nitelikte olsa bile, fesih otomatik olarak geçerli kabul edilemez. Çünkü BGB'de mutlak fesih nedenleri düzenlenmemiştir¹⁸¹³. Haklı nedenle feshe başvurulabilmesi için, öncelikle feshin iş ilişkisindeki sorunun sona erdirilmesine uygun bir araç olması ve bu sorunun çözümü için, son çare ilkesi¹⁸¹⁴ uyarınca daha hafif bir müdahalenin yeterli gelmemesi gerekir¹⁸¹⁵. Durumun son çare ilkesi bakımından ele alınması da menfaat değerlendirmesi ile mümkün olacaktır. Hak ve menfaatlerin değerlendirilmesinin de, tarafların subjektif düşüncelerinden etkilenmeksizin¹⁸¹⁶, ölçülülük ilkesi esas alınarak yapılması gereklidir¹⁸¹⁷. Zaten dikkate alınacağını belirttiğimiz ultima ratio (son çare olma ilkesi), ölçülülük ilkesinin bir uzantısı olarak kabul edilmektedir¹⁸¹⁸. Sonuç olarak, BGB m. 626 kapsamına sokulabilecek bir olay karşısında fesih sadece, işverenin iş ilişkisini sona erdirmedeki menfaati ile işçinin işyerinde kalmaya devam etmesindeki menfaati değerlendirildiğinde “ölçülülük ilkesine uygun olarak işverenden daha hafif bir tepki

malzemeleri kendi yararına kullanmak suretiyle doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e bendine göre açıkça işverene haklı fesih imkânı tanıyan hallerden bir tanesidir. Aksi kanaatin hasıl olması..hukuku uygulamasındaki “işçi lehine yorum ilkesi”nin de ötesine geçecek, hakkaniyet ilkesine, menfaatler dengesine aykırı olacak ve adalet duygularını zedeleyecektir...” şeklinde ifade etmiştir, Y. 22. HD, 17.05.2018, 2015/31085 E. 2018/12079 K., www.legalbank.net, (20.12.2021).

¹⁸¹² Almanca karşılığı, “Interessenabwägung” kavram bu kavram “menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi”olarak da adlandırılmıştır. Bkz. Manav, s. 129.

¹⁸¹³ Müller-Glöge, Erfurter, § 626 BGB, Rn. 24; Waltermann, s. 130 Rn. 256 . BAG, 25.03.1976 - 2AZR 163/75, **AP**, BetrVG 1972 § 103 Nr. 6.

¹⁸¹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. Şüphe Feshinde Son Çare İlkesi

¹⁸¹⁵ Preis, Prinzipien, ss. 254 vd.; Von Hoyningen-Huene, Gerrick. “Die Abmahnung im Arbeitsrecht”,

RdA, Yıl:1990, Sayı: 4, s.197; Waltermann, s. 153 Rn. 345; Roland Stückmann ve Christina Kohlepp, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ‘ultima-ratio-Prinzip’ im Kündigungsrecht Richterliche Praxis ohne dogmatische Begründung”, **RdA**, Yıl: 2000, Sayı: 6, ss. 335-341.

¹⁸¹⁶ Schrader, s. 343.

¹⁸¹⁷ Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, § 626 BGB, Rn. 73; Krause, s. 283 Rn. 33.

¹⁸¹⁸ Ayrıca bkz. VI. A. Son Çare İlkesi (Ultima Ratio)

vermesinin beklenmesi mümkün değilse” (son çare ilkesine aykırılık yoksa) geçerli olacaktır¹⁸¹⁹. Daha hafif çözüm yollarının neler olacağı somut olaya göre değişecektir. Bu sebeple işverenden her türlü yola değil olaya uygun çözümlere başvurması beklenecektir. Sorunların özelliklerine göre “ihtar, iş değişikliği, değişiklik feshi ya da geçerli nedenle fesih” alternatif çözüm yollarına örnek gösterilebilir¹⁸²⁰.

Geçerli nedenle fesihlerde (KSchG m. 1)de, haklı nedenle fesihlerdeki gibi (BGB m. 626/I) somut olayın koşulları ve her iki tarafın menfaatleri göz önünde tutularak yapılacak bir değerlendirme açıkça düzenlenmemiştir¹⁸²¹. Ama Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) kararları uyarınca KSchG m. 1/II kapsamında yapılacak işçinin davranışlarına¹⁸²² ve kişiliğine (yetersizliğine)¹⁸²³ dayanan fesihlerde de somut olayın koşullarını göz önünde tutup hakkaniyeti sağlayabilmek için menfaat değerlendirmesi yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

Türk Doktrini’nde ise kavram, “işverenin sözleşmenin sona ermesindeki menfaatlerinin mi işçinin iş ilişkisinin devamındaki menfaatlerinin mi ağır bastığının tespiti ve ona göre sözleşmenin feshedilmesi mi yoksa devam mı etmesi gerektiğine karar verilmesi” olarak açıklanmıştır¹⁸²⁴. Hukukumuzda, Alman Hukuku’ndaki hem geçerli hem haklı nedenle fesihte dikkate alınması gerektiği anlayışından farklı olarak menfaat değerlendirmesinin sadece geçerli nedenle fesih bakımından yapılması gerektiğini söylemek mümkündür.

Yargıtay da,

...İşverenin iş ilişkisini sona erdirmek işçinin çalışmaya devam etmek yönündeki menfaatlerin tartılmasında işverenin menfaatleri işçininkine oranla daha ağır basmalıdır. Bu hususta genel bir ölçü vermek mümkün olmayıp, somut olayın özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılmalıdır...Eğer, yapılacak ayrı ayrı incelemeler sonucunda her bir sebep tek başına iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmuyorsa, ayrıık olarak çeşitli sebeplerin bir bütün olarak tarafların menfaatlerinin makul bir şekilde

¹⁸¹⁹ 27.04.2006 - 2 AZR 415/05, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 18, ss. 1033-1035; BAG, 19.04.2007-2 AZR 180/06, **NZA-RR**, Yıl: 2007, Sayı: 11, ss. 571- 579; BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 955/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 8, ss. 425-429.

¹⁸²⁰ Fischermeier, FR, BGB 626 rn. 266; Waltermann, ss. 160; Krause, ss. 344, 347-348; Wertz, s. 198. Bu yollar için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. C. Şüphe Feshi Yerine Başvurulabilecek Daha Hafif Diğer Yollar

¹⁸²¹ Rolfs, BeckOK Arbeitsrecht, § 1 KSchG, Rn. 84; Wertz, s. 199

¹⁸²² BAG, 24.06.2004 - 2 AZR 63/03, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 3, ss. 158-161; BAG, 12.01.2006, 2 AZR 179/05, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 17, ss. 980-985.

¹⁸²³ BAG, 29.07.1993 - 2 AZR 155/93, **NZA**, Yıl: 1994, Sayı: 2, ss. 67-70.

¹⁸²⁴ Manav, s. 129.

değerlendirilmesiyle birlikte, feshin doğru, makul ve onaylanmaya değer olup olmadığının incelenmesi yapılmalıdır...

hükmüyle geçerli nedenle fesihlerde menfaat değerlendirmesi yapılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur¹⁸²⁵.

Özellikle haklı neden olarak açıkça İşK m. 25’de sayılmış olan durumlar için menfaat değerlendirmesi yapılmayacağı konusunda tartışma olmayacaktır. Ancak feshe konu somut olayın haklı neden mi yoksa geçerli neden mi sayılacağının net olmadığı durumlarda başvurulabilecek fesih yolunun belirlenmesi bakımından, ölçülülük ilkesi, olumsuz öngörü ve son çare ilkesinin esas alınması gereken bir menfaat değerlendirilmesi yapılması gerekecektir¹⁸²⁶.

Örneğin, Yargıtay, sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermenin haklı değil geçerli neden olacağını ifade etmiş ve geçerli feshin varlığının değerlendirilmesinde, ilgili işyerinde veya iş branşında mutad olan görüşme, görgü, adabı muaşeret stili, işçinin eğitim ve psikik durumu, konuşma ortamı, işveren tarafından provake edilme gibi durumların menfaatlerin değerlendirilip tartılması kapsamında gözönünde bulundurulacağına hükmetmiştir¹⁸²⁷.

Alman Hukuku’nda haklı nedenle fesih bakımından BGB m. 626’da sadece “wichtiger Grund (önemli sebep)” şeklinde genel bir çerçeve çizilmiş olduğundan ve somut olayın özelliklerine bakılarak her iki tarafın menfaatleri doğrultusunda iş ilişkisinin devamının beklenemeyecek olması gereği açıkça belirtildiğinden¹⁸²⁸ Türk Hukuku’nda haklı nedenle fesih bakımından geçerli-haklı neden ayrımına istinaden yapılan bu değerlendirme Alman Hukuku’ndaki haklı nedenle fesihler bakımından genel olarak kabul edilmektedir¹⁸²⁹.

¹⁸²⁵ Y. 9. HD, 05.05.2008, 2007/35818 E. 2008/11433 K., www.legalbank.net, (20.12.2021).

¹⁸²⁶ Waltermann, s. 153 Rn. 345; Krause, s. 179; Caniklioğlu, ss. 73, 131.

¹⁸²⁷ Y. 9.HD., 07.07.2009, 2008/1971, 2008/19037, www.legalbank.com, (20.12.2021).

¹⁸²⁸ Alman Hukuku’nda haklı nedenle fesih ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. b. Olağanüstü Fesih (Außerordentliche Kündigung)

¹⁸²⁹ Hromadka ve Maschmann, s. 435, Rn. 114.

2. Değerlendirmede Ele Alınacak Hususlar ve Uygulanacak Kriterler

BGB m. 626'da haklı nedenle fesihte öncelikle somut olayın tüm özelliklerinin göz önünde tutulmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Somut olayın koşullarının dikkate alındığı bir değerlendirme kanunda yer alsa da, bunun içeriğinin tam olarak ne olduğu nelerin incelenmesi gerektiği konusunda açıklama yapılmamıştır¹⁸³⁰. Kanun koyucu ne tüm olayları kapsayacak şekilde kesin tek ve bir yanıt verme, ne de akla gelebilecek tüm durumların sayılarak oluşturulan kazuistik bir katalog yapma yolunu seçmiştir¹⁸³¹. Fesihden önce yapılacak değerlendirmelerde nelerin dikkate alınacağı BAG kararları ve doktrindeki görüşlerle şekillenmiştir. Doktrinde somut olayın koşullarının değerlendirilmesinde iş sözleşmesi ile ilişkili olan durumlar ile sınırlı kalınması ve bunlara yönelik değerlendirme kriterlerinin esas alınması gerektiği genel görüşü mevcuttur. Çünkü menfaatlerin değerlendirilmesinde, bir menfaat dengesi sağlanmasındaki dayanak noktaları elbette iş sözleşmesinin asli ve yan edim yükümlülükleridir¹⁸³².

Sonuç olarak, geniş kapsamlı bir menfaat değerlendirmesinin hukuki çerçevesini sözleşme yükümlülüğü ihlalinin ağırlığının çizeceği, iş ilişkisi ile bağlantısı olmayan durum ve davranışların dikkate alınması durumunda da bu hukukilik sınırının aşılabileceği belirtilmiştir¹⁸³³.

Menfaat değerlendirilmesinde sadece sözleşmeyle ilgili hususların esas alınacağının kabulü, hangi durumların sözleşme ile ilgili kabul edileceğinde bir sınır çizme zorluğuna yol açacaktır¹⁸³⁴.

Somut olayın özellikleri değerlendirilirken öncelikle doğrudan sözleşme ile ilgili konular dikkate alınmalıdır. Burada temel prensibin, “bir husus ne kadar az iş sözleşmesi ile ilgili ise, menfaatlerin değerlendirilmesinde o kadar az önem arz eder” olduğu kabul edilir¹⁸³⁵. Ama bir husus dolaylı olarak sözleşme ile ilgiliyse bu değerlendirmede hiç dikkate alınmayacağı anlamına gelmez; ilgili olduğu oranda göz önünde tutulacaktır. Örneğin, somut olayda işçi evlidir ve iki küçük çocuğu vardır.

¹⁸³⁰ Wertz, s. 199.

¹⁸³¹ BAG, 09.06.2011 - 2 AZR 323/10, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 23, ss. 1342-1346.

¹⁸³² Preis, Prinzipien, s. 224; Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, § 626 BGB, Rn. 74.

¹⁸³³ Preis, Prinzipien, s. 224; Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, § 626 BGB, Rn. 74; Manav, s. 131.

¹⁸³⁴ Wertz, s. 200.

¹⁸³⁵ Fischermeier, KR, § 626 BGB, Rn. 238; Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, § 626 BGB, Rn. 74; Wertz, s. 200.

Taraf menfaatleri değerlendirilirken bu durum dikkate alınacaktır ama iş ilişkisi ile doğrudan bağlantılı olmadıklarından sadece ikinci derecede rol oynayacaktır. Sonuç olarak, “sağlık”, “bakım yükümlülükleri”, “yaş bakımından iş piyasasında tekrar yer edinme şansı” gibi hususlar da dikkate alınabilir¹⁸³⁶.

Hukukumuzda da, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ifade edildiği üzere geçerli nedenle fesihlerde bir menfaat değerlendirmesi yapılmalı ve iş hukukunda esas amaç olan menfaat dengesi korunmalıdır¹⁸³⁷. Fesihte menfaat dengesinin sağlanmış olup olmadığı ya da hangi tarafının menfaatlerinin ağır bastığının tespitinde ise genel bir ölçü söylemenin mümkün olmadığı, somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir inceleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸³⁸.

Türk ve Alman Yüksek Mahkeme kararları ve doktrin incelemeleri uyarınca, dikkate alınacak temel hususları, “sözleşme yükümlülüğü ihlalinin ağırlığı ve iş ilişkisine etkisi”, “yaşanan ihlalin tekrarlanma tehlikesi”, “işçinin kusur oranı¹⁸³⁹”, işçinin güven sermayesinin durumu ve güven ilişkisinin somut olayda ne derece etkilendiğinin tespiti bakımından “işçinin kıdemi” ve “işçinin kıdeminin sorunsuz olarak geçirilip geçirilmediği”¹⁸⁴⁰ şeklinde örneklendirebiliriz¹⁸⁴¹. Ama bu konuda sınırlı sayım elbette mümkün değildir¹⁸⁴². Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi her somut olayda farklı koşullar ortaya çıkmakta ve değerlendirmede önem arz edecek başka hususlar olabilmektedir¹⁸⁴³.

İlk olarak dikkate alınması gereken nokta iş ilişkisinin ne kadar süredir devam ettiği yani işçinin işyerindeki kıdemidir¹⁸⁴⁴. Uzun süredir devam eden bir sözleşme

¹⁸³⁶ Junker, s. 203, Rn. 367; Wertz, s. 201. BAG. 05.07.1990 - 2 AZR 154/90, **NZA**, Yıl: 1991, Sayı: 5, ss. 185-188.

¹⁸³⁷ Manav, s. 129; Caniklioğlu, ss. 73, 131.

¹⁸³⁸ Manav, s. 131. Bkz. Y. 9. HD., 05.05.2008, 2007/35818 E. 2008/11433 K., www.legalbank.net, (20.12.2021).

¹⁸³⁹ Y. 9. HD., 27.01.2014, 2013/13971 E., 2014/1827 K.; Y. 22. HD, 06.11.2017, 2017/43049 E. 2017/24242 K.; Y. 22. HD, 26.03.2019, 2017/21400 E. 2019/6668 K., www.legalbank.net, (20.12.2021).

¹⁸⁴⁰ BAG, 10.11.2005 - 2 AZR 623/04, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 9, ss. 491-494.

¹⁸⁴¹ Vossen, APS – Kündigungsrecht, ss. 1612-1617; Brox ve diğerleri, s. 385; Junker, s. 203 Rn. 367; Krause, s. 285; Wörlen ve Kokemoor, s. 128; Bert Howald, “Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2013, Sayı: 8, s. 196; Wertz, ss. 199-200.

¹⁸⁴² LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013-3 Sa 208/12, [https://www.sit.de/lagsh/ehome.nsf/547F0C36389EAFE6C1257BAC002C265F/\\$file/U_3Sa208-12_19-06-2013.pdf](https://www.sit.de/lagsh/ehome.nsf/547F0C36389EAFE6C1257BAC002C265F/$file/U_3Sa208-12_19-06-2013.pdf), (17.03.2021).

¹⁸⁴³ 27. 4. 2006 - 2 AZR 415/05, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 18, ss. 1033-1035; Y. 9. HD, 05.05.2008, 2007/35818 E. 2008/11433 K., www.legalbank.net, (20.12.2021).

¹⁸⁴⁴ BAG, 13.12.1984 - 2 AZR 454/83, https://www.prinz.law/urteile/BAG_2_AZR_454-83, (20.12.2021); BAG, 10.11.2005 - 2 AZR 623/04, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 9, ss. 491-494.

ilişkisi, en azından orta kalitede hizmet verilen başarılı bir hukuki ilişki olarak nitelendirilir. Çünkü aksi takdirde hayatın olağan akışında bu iş ilişkisinin devam ettirilemeyeceği kabul edilir. Bu sebeple uzun bir kıdem, kural olarak gereksinimleri karşılayan bir performansın göstergesidir¹⁸⁴⁵. Uzun sürenin ardından tek bir sorun çıktığında da, bu durum geçmişteki tüm performansı ve bunun oluşturduğu güveni tamamen şüpheyne düşüremeyecektir. Ama elbette bunu söyleyebilmek için geçirilen sürenin sorunsuz olması ve böylece güven sermayesinin oluşabilmesi gereklidir. Görüldüğü üzere dikkate alınacak husus, tek başına çalışma süresi değil, esas bununla birlikte iş ilişkisinin ne kadar süredir sorunsuz şekilde sürdürülmüş olduğudur¹⁸⁴⁶. Bu iki husustan sadece birini ele almak, güven sermayesinin varlığına ilişkin doğru tespit yapabilmek için yeterli olmaz. Her iki durumun da ele alınması ve olayın özellikleri zemininde incelenmesi şarttır. Bu şekilde taraflar arasında nasıl bir güven sermayesi oluştuğu, yükümlülük ihlalinin güven ilişkisini ne ölçüde zedelemiş olabileceği tespit edilebilecek ve böylece menfaat dengesine bakılarak iş ilişkisinin devamının beklenip beklenmeyeceği sorusu yanıtlanabilecektir¹⁸⁴⁷.

Uzun kıdemin tek başına feshin uygunluğunda karar vermek için yeterli olmayacağı, bir güven sermayesi oluşturulup oluşturulmadığına ve bunun ne ölçüde zedelendiğine bakılması gerektiği anlayışı daha önceleri dikkate alınmamış ve ilk olarak Emmely kararı ile somutlaştırılmıştır¹⁸⁴⁸. Menfaatlerin değerlendirilmesi ve dengelenmesi bakımından, BAG uzun yıllar şikayetsiz sürdürülen iş ilişkisinin önemini vurgulamıştır. BAG acemilik, düşüncesizlik ya da bir hata sonrasında kaybedilen güvenin gelecekte yeniden inşa edilebileceği sonucuna varılmasında, işçinin o ana kadar oluşturduğu güven sermayesi ya da bir başka ifadeyle güven stoğu¹⁸⁴⁹ nun belirleyici olacağını belirtmiştir¹⁸⁵⁰.

Sonuç olarak BAG içtihadına göre¹⁸⁵¹, menfaatlerin karşılıklı değerlendirilip denge sağlanması çerçevesinde, iş ilişkisinin ne zamandır devam ettiği ve bu kıdemin

¹⁸⁴⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm I. B. 1. Uzun Çalışma Süresi

¹⁸⁴⁶ BAG, 10.11.2005 - 2 AZR 623/04, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 9, ss. 491-494. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. B. 2. Sorunsuz Çalışma Süreci

¹⁸⁴⁷ Manav, s. 131.

¹⁸⁴⁸ Tiedemann, Vertrauenskapital, s. 94.

¹⁸⁴⁹ BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 21, ss. 1227-1234.

¹⁸⁵⁰ Kreft, s. 225, 234; Stoffels, s. 121.

¹⁸⁵¹ 27. 4. 2006 - 2 AZR 415/05, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 18, ss. 1033-1035;

ne ölçüde sorunsuz bir şekilde geçirildiği soruşturulmalıdır¹⁸⁵². Bunun yanısıra, objektif bir üçüncü kişi bakış açısıyla, birlikte çalışmaya devam edilebilmesi için iş sözleşmesi tarafları arasında olması gerekli güvenin sadece somut olaydaki esaslı yükümlülük ihlaliyle ortadan kalkıp kalkmadığı, buna göre de gelecekte sözleşmenin problemsiz bir şekilde uygulanmasının artık beklenip beklenemeyeceği ve bu sebeple artık bir ihtarda bulunmasının yeterli olup olmayacağı ya da feshe başvurmadan önce ihtarda bulunulması gerekip gerekmediği hususları denetlenmelidir¹⁸⁵³.

Kıdemin ve özellikle sorunsuz olarak geçirilmiş olan çalışma süresinin değerlendirmelerde dikkate alınacak olması, genç işçiler bakımından yaş konusunda bir ayrımcılığa yol açacağı da söylenemez. Çünkü kişinin yaşı ve işçinin o işyerindeki kıdemi arasında mutlak ve zorlayıcı bir bağlantı bulunmamaktadır¹⁸⁵⁴. Sonuçta genç bir işçi daha yaşlı bir çalışma arkadaşına göre daha uzun bir kıdeme sahip olabilir¹⁸⁵⁵. Örneğin, 30 ve 50 yaşlarında iki işçi düşünelim. Bunlardan 30 yaşında olanın 20, diğerinin ise 45 yaşından beri o işyerinde çalışıyor olduğunu kabul edelim. Bu durumda daha genç olanın kıdemi fazla daha yaşlı olanın kıdemi azdır. Bunun tam aksi de mümkün olabilir. Görüldüğü üzere kıdem ile yaş arasında mutlak bir bağlantı olmadığından ve değerlendirmede dikkate alınan yaş değil kıdem olduğundan yaş sebebiyle yapılan bir ayrımcılık da söz konusu olmayacaktır.

İşçinin kıdemine ilişkin hususların yanı sıra yukarıda da belirttiğimiz üzere feshe konu olacak sözleşme yükümlülüğü ihlalinin derecesi ve işçinin kusurunun ağırlığı da menfaat değerlendirmesi yapılırken dikkate alınacaktır¹⁸⁵⁶. Çünkü iş ilişkisinin devamının işverenden ne ölçüde beklenebileceği sorusunun yanıtlanması için yükümlülük ihlalinin ağırlığı önemli bir rol oynar. Bununla birlikte ortaya çıkan ihlalin kalıcı olup olmadığı, ilk mi yoksa daha öncede sık sık gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği de kontrol edilmelidir¹⁸⁵⁷. Bu doğrultuda, çıkan sorun sonucunda işverenin doğan zararları, örneğin yükümlülük ihlalinin işverenin çok yüksek bir meblağının kaybına, işverenin toplumdaki imajının zedelenip itibarının zarar

¹⁸⁵² Peter Schrader ve Nancy Dohnke, “Abmahnung und Datenschutz”, **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 12, ss. 617-620, s. 617; Wertz, s. 220.

¹⁸⁵³ Wertz, s. 220; Manav, s. 131.

¹⁸⁵⁴ BAG, 07.07.2011 - 2 AZR 355/10, <https://openjur.de/u/330067.html>, (20.12.2021).

¹⁸⁵⁵ Wertz, s. 202

¹⁸⁵⁶ BAG, 25.04.1991 - 2 AZR 624/90, **NZA**, Yıl: 1992, Sayı: 5, ss. 212-215.

¹⁸⁵⁷ 21.01.1999 - 2 AZR 665/98, **NZA**, Yıl: 1999, Sayı: 16, ss. 863-866; BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 955/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 8, ss. 425-429.

görmesine sebep olması menfaat dengesini etkiler¹⁸⁵⁸. Ayrıca iş ilişkisinin devamının işverenin işyerindeki düzen ve iş akışının bozulmasına neden olup olacağına göz önünde tutulması gerekecektir¹⁸⁵⁹. Diğer taraftan işçinin ortaya çıkan zararları gidermek için gösterdiği veya göstereceği çabaların da aynı şekilde dikkate alınması gereklidir. İşçinin açıkça görülen bir pişmanlıkla hatasını anlaması, iş ilişkisinin gelecekteki gidişatının nasıl olacağına ilişkin öngöründe bulunabilmesi imkânı sağlayacaktır¹⁸⁶⁰.

Bir başka dikkate alınacak husus ise uyuşmazlığa sebep olayın yeniden tekrarlanma tehlikesi, bir başka ifadeyle işverenin olumsuz öngöründe bulunabilmesidir. Tekrar gerçekleşme ihtimali olup olmadığı tespitinde hem işçinin sözleşmeye aykırılığına kadar ki çalışması hem de ondan sonraki tutum ve davranışı esas alınacak; ayrıca işverenin yönetim ve denetim hakkı uyarınca talimatlarıyla işçinin gelecekteki olası yükümlülük ihlallerini önleyip önleyemeyeceği ya da ne ölçüde önleyebileceğine de bakılacaktır¹⁸⁶¹.

Uyuşmazlık konusu olan işçinin davranışının önceden açıkça yasaklanmış olup olmadığı da mühim bir husustur¹⁸⁶². Eğer açıkça yasaklanmamışsa, bu işverenin yükümlülükler ve işyeri davranışlarına ilişkin yönerge ve direktiflerle işçiye aydınlatıp gelecekteki yükümlülük ihlallerinin önüne geçilebileceği ihtimali olduğunu gösterecektir. Elbette burada da somut olaya göre farklı olasılıklar çıkabilir. Açıkça yasaklanmamış bir durum da olsa doğan sonuçların ağırlığı ve asıl önemlisi işçinin niyetine göre değerlendirme farklı şekillerde sonuçlanabilecektir. Sadece bu örnek için değil tüm durumlarda işçinin söz konusu davranışındaki niyetinin ne olduğu da değerlendirilmelidir. Çalışanın gerçekleştirmiş olduğu yükümlülük ihlali, işyerindeki konumu ve ona duyulan güveni bilinçli olarak kötüye kullanıp kullanmadığı da değerlendirme açısından önem arz eden diğer noktalardır¹⁸⁶³. Sonuçta, sadece kendi çıkarlarına dayanan ard niyetli ve saygısız bir tutum, güven ilişkisine kalıcı bir şekilde hasar verebilir hatta tamamen yok edebilir. Bu bakımdan iş ilişkisinin kaderinin belirlenmesinde işçinin feshe konu olacak

¹⁸⁵⁸ Schlachter, s. 435;Tschöpe, s. 780.

¹⁸⁵⁹ Howald, s. 196.

¹⁸⁶⁰ Wertz, s. 202.

¹⁸⁶¹ BAG, 10.11.2005 - 2 AZR 623/04, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 9, ss. 491-494.

¹⁸⁶² Grimm veWindeln, s. 375. Ayrıca bkz. BAG, 12.08.1999 - 2 AZR 923/98, **NZA**, Yıl: 2000, Sayı: 8, ss. 421-427.

¹⁸⁶³ Grimm veWindeln, s. 375.

davranışındaki niyeti ve sonrasındaki tutumu bu istihdam ilişkisinin devam edip etmeyeceği konusunda belirleyici öğelerden biri olacaktır¹⁸⁶⁴.

Eğer işçi feshe konu davranışlarını çeşitli mazeret ve hukuka uygunluk nedenlerine dayandırıyorrsa bu nedenlerin de göz önünde bulundurulması gerekir¹⁸⁶⁵. Böylece kaçınılmaz bir hukuki yanılma varsa suç iddiaları çürütülebilir ya da en azından sınırlandırılabilir. Çünkü kaçınılabilir ya da kaçınılmaz bir hukuki yanılmanın mı mevcut olduğu işçiye kusuru bakımından suçlamalarda bulunulup bulunulmayacağını belirleyecektir¹⁸⁶⁶. Örneğin, bir Eyalet İş Mahkemesi kararına göre seyahat giderlerine ilişkin bir işyeri yönergesinde, yalnızca gerçekten geçirilmiş olan seyahat sürelerinin çalışma saatleri olarak kabul edilebileceği ve farazi sürelerin ücretinin karşılanmayacağı belirtilmesine rağmen işçi gerçekten geçirmediği hayali bir seyahati gerçek gibi gösterirse, sözleşme yükümlülüklerini kusurlu bir şekilde ihlal etmiş olacaktır. Ama işçi farazi seyahat ücretini de talep edebileceğini sandığını ileri sürer ve aksi ispatlanmazsa, bunun sadece ihmali şekilde gerçekleştirilmiş bir yükümlülük ihlali teşkil edeceği belirtilmiştir. “İşçinin ihmali bir şekilde bu yükümlülük ihlalini gerçekleştirmesi”nin, menfaat değerlendirilmesinde “işveren uygun bir şekilde işçiye durumu açıkladıktan sonra gelecekte benzer bir yükümlülük ihlalinin gerçekleşmesi riski düşük olacağı” şeklinde, işverenin o kişiyi başka bir iş seyahatine göndermekten kaçınması durumunda ise “ihmalin tamamen ortadan kalkacağı” şeklinde yorumlanmasının uygun olacağı ifade edilmiştir¹⁸⁶⁷.

Menfaat değerlendirilmesi bakımından kuşkusuz sadece işçinin tutum ve davranışları ele alınmayacaktır. Yükümlülük ihlalinin gerçekleşmesinde işverenin ortak kusuru varsa bunun da değerlendirilmesi gereklidir¹⁸⁶⁸. Örneğin, işçinin gerçekleştirdiği davranışının işveren tarafından provake edilmesi sonucu olup olmadığı da menfaat değerlendirmesinde dikkate alınacaktır¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁴ Wertz, s. 203.

¹⁸⁶⁵ Howald, s. 196.

¹⁸⁶⁶ BAG 14.02.1996 - 2 AZR 274/95, **NZA**, Yıl: 1996, Sayı: 16, ss. 873 - 875.

¹⁸⁶⁷ Wertz, s. 204. Bkz. LAG Niedersachsen, 15.06.2004 - 13 Sa 1681/03, **NZA-RR**, Yıl: 2004, Sayı: 11, 574-575.

¹⁸⁶⁸ BAG, 20.01.1994 - 2 AZR 521/93, **NZA**, Yıl: 1994, Sayı: 12, ss. 548-551.

¹⁸⁶⁹ Y. 9.HD., 07.07.2009, 2008/1971, 2008/19037, www.legalbank.com, (20.12.2021). “Bir işveren son kullanma tarihi geçmiş ya da defolu mallarla ne yapılacağına yönelik hiçbir açık talimat vermemişse, işçinin bu alanda yapacağı hatalı bir davranışta işverenin ortak kusuru da söz konusu olacaktır”, LAG Hessen, 02.03.2006 - 5-11 Sa 764/05, **BeckRS** 2009, 55840.

Tüm saydıklarımız dışında her ne kadar işle bağlantılı gibi gözükmesine de kişisel bazı durumlar da taraf menfaatlerinin değerlendirilmesinde önem arz edebilecektir. Zaten daha önce açıklandığı gibi öncelikle doğrudan bağlantılı noktalar dikkate alınacak ama işle bağlantılı olduğu oranda her husus değerlendirmede etkili olacaktır. Bu doğrultuda işçinin medeni hali ve taşıdığı bakım yükümlülükleri özel hayat alanına giren ve sözleşme ilişkisiyle doğrudan bir bağlantısı olmayan konular olsa da, işçinin işyerinde kalmaya devam etmesindeki menfaatinin belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır¹⁸⁷⁰. Benzer şekilde yaş¹⁸⁷¹ ve buna bağlı olarak iş piyasasında iş bulabilme şansı¹⁸⁷²nin menfaat değerlendirmesinde dikkate alınması söz konusu olabilecektir.

Sonuç olarak varılması gereken en önemli husus, “menfaat değerlendirmesi”nin, “somut olayın tüm koşulları” ile “işçi-işveren olmak üzere sözleşmenin her iki tarafının tüm hak ve menfaatleri”nin de dikkate alınarak yapılması gerektiğidir¹⁸⁷³.

3. Şüphe Feshinde Menfaat Değerlendirmesi

İşverenin şüphe feshi uygulayabilmesi için “suç ya da esaslı yükümlülük ihlali teşkil edecek harekete ilişkin kuvvetli şüphenin varlığı”, “olayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi”, “eğer somut olaya göre gerekliyse ihtarda bulunması¹⁸⁷⁴” ve Alman Hukuku bakımından “işyeri kurulunun görüşünün alınmış olması” yeterli değildir. Ayrıca iş sözleşmesi feshedilmeden önce işverence kapsamlı bir menfaat değerlendirilmesi yapılmış olması gerekir. Bu değerlendirmede iş ilişkisinin tüm unsurları ve özellikle somut olayın koşulları dikkate alınarak, iş ilişkisinin sona erdirilmesindeki işverenin menfaati ile işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesindeki kişisel çıkarları¹⁸⁷⁵ ortaya konmalıdır. Bu doğrultuda iş ilişkisinin sürdürülmesinin mi yoksa feshe başvurulmasının mı ağır basacağına¹⁸⁷⁶ bakılmalıdır.

¹⁸⁷⁰ BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 955/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 8, ss. 425-429.

¹⁸⁷¹ Preis, Prinzipien, s. 232. BAG, 12.01.2006, 2 AZR 179/05, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 17, ss. 980-985.

¹⁸⁷² BAG, 13.12.2007-2 AZR 818/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 10, ss. 589-592.

¹⁸⁷³ Manav, s. 131.

¹⁸⁷⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 2. Şüphe Feshinde İhtar /Şüphe İhtarı (Verdachtsabmahnung)

¹⁸⁷⁵ Jörg-Andreas Weber, “Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil wegen eines Bagatelldelikts am Beispiel der ‘Emmely’-Entscheidung”, **RdA**, Yıl: 2011, Sayı: 2, s. 110.

¹⁸⁷⁶ Howald, s. 196; Manav, s. 129.

Geçerli nedenle fesihlerde, Yargıtay ve doktrince kabul edildiği üzere ölçülülük ve bunun uzantısı olan son çare ilkesine aykırı davranılmamalıdır. Bunun için feshe başvurulmadan önce yapılacak değerlendirmede, ölçülülük ve son çare ilkesi temelinde menfaat dengesinin sağlanması gereklidir. Şüphe feshi hukukumuzda haklı nedenle fesih değil geçerli nedenle fesih kapsamına gireceğinden¹⁸⁷⁷ menfaat değerlendirmesinin şüphe feshinden önce de yapılması gerekir. Alman Hukuku'nda somut olaya göre, şüphe feshi için hem geçerli nedenle fesih hem de haklı nedenle fesih prosedürünün işletilmesi mümkün olabilmektedir¹⁸⁷⁸. Ancak anlatmış olduğumuz üzere Alman Hukuku'nda haklı nedenle fesih dışında geçerli nedenle fesihte de menfaat değerlendirilmesi yapılması gerektiği kabul edilir. Sonuç olarak hem hukukumuzda hem de Alman Hukuku'nda şüphe feshinden önce menfaat değerlendirmesi yapılacaktır. Ayrıca belirttiğimiz gibi şüphe feshi ayrı bir fesih türü teşkil etmediğinden genel olarak yaptığımız açıklamaların hepsi tartışmasız şüphe feshindeki değerlendirme için de geçerli olacaktır. Sadece somut olaya göre doğabilecek farklılıklar, dayanan neden bakımından şüphe feshinde gündeme gelebilecektir.

BAG'ye göre “işverenden bildirim süresinin beklenilmesinin mümkün olup olmadığı”¹⁸⁷⁹nın şüphe feshi bakımından incelenmesi gerekir. Ancak hukuk sistemimizde Alman Hukuku'ndakinin aksine, şüphe feshi için uygulanabilecek tek bir fesih prosedürü vardır ve haklı nedenle fesih olarak uygulanması mümkün değildir. Bu doğrultuda işverenin bildirim sürelerine uymama gibi durum düşünülemeyecektir. Dolayısıyla Türk Hukuku'nda menfaat değerlendirmelerinde bu açıdan inceleme yapmak çok anlamlı görülmeyebilir. Ancak mevcut düzenlemelerde ihbar tazminatı şartları açık olduğundan her ne kadar yargı kararlarında ve doktrinde henüz bu konuda bir değerlendirmeyle karşılaşmamış olsak da, de lege ferenda bakımından, “kamu yararının söz konusu olduğu durumlardaki şüphe feshinde

¹⁸⁷⁷ Eğer iş güvencesi kapsamında bir işçi söz konusuysa geçerli nedenle fesih prosedürü işletilecek, aksi halde işveren bildirim önellerine dikkat ederek süreli fesih uygulayacaktır. Bu durumda sunacağı neden fesih hakkının kötüye kullanılması sebebiyle tazminata mahkûm edilemeyeceği dışında önem de arz etmeyecektir.

¹⁸⁷⁸ Şüphe feshinin hangi fesih türü kapsamında olduğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

¹⁸⁷⁹ Bkz. 27.01.2011 – 2 AZR 825/09, **NJW**, Yıl: 2011, Sayı: 30, ss. 2231-2236; BAG, 27.09.2012 – 2 AZR 955/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 8, ss. 425-429.

bildirim yapılmamış ise ihbar tazminatı ödenip ödenmeyeceği konusunda” böyle bir değerlendirmenin uygun olabileceği ileri sürülebilir¹⁸⁸⁰.

İşverenin, işçinin bir yükümlülüğünü ihlal ettiği ya da suç işlediği (Yargıtay İçtihadı ile oluşturduğu söylenebilecek diğer şüphe feshi çeşidi bakımından¹⁸⁸¹ ise gerçekleştirdiği davranışlara dayanarak gelecekte bir davranış göstereceğine yönelik) hususunda şüphe etmesi durumunda ilk olarak yapılması gereken şey menfaat değerlendirmesidir. Eğer bu değerlendirmeye göre şüphe feshine başvurulmasının menfaatler açısından bir dengesizlik teşkil etmeyeceği söylenebiliyorsa, şüphe feshi için aranan koşulların¹⁸⁸² bulunup bulunmadığına bakılmalı ve gerekenler yapılmalıdır.

Hukukumuzda şüphe feshi haklı nedenle fesih olarak değerlendirilemeyeceğinden Alman Hukuku’ndaki gibi her iki fesih türü için şüphe feshini ayrıca değerlendirmek gerekmemektedir. Ayrıca Alman Hukuku’nda şüphe feshi 2 farklı fesih türü ile uygulanabilse de¹⁸⁸³ “menfaat değerlendirmesi yapılması gerekliliği”ne yönelik bir farklılık olmayacaktır. Çünkü fesihlerde menfaat değerlendirmesine ilişkin yaptığımız genel açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Alman Hukuku’nda hem haklı nedenle şüphe feshinde¹⁸⁸⁴ hem de geçerli nedenle şüphe feshinde menfaatlerin karşılıklı değerlendirilmesi ve denkleştirilmesi gereklidir.

Diğer fesihlerde olduğu gibi şüphe feshinde de somut olayın tüm koşulları karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesinde ele alınacak, işçinin iş ilişkisinin sona ermesindekilere karşı işverenin iş ilişkisinin devamındaki menfaatleri

¹⁸⁸⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm II. A. Şüphe Feshinin Türk Hukukuna Girişi

¹⁸⁸¹ Bkz. Üçüncü Bölüm III. Şüphe Feshi Çeşitleri ve Öngörü Prensibi

¹⁸⁸² Bkz. Üçüncü Bölüm V. Şüphe Feshinin Koşulları

¹⁸⁸³ Aslında burada şeklen bir farklılık ortaya çıkar yoksa dayanabilecek fesih nedenleri açısından kıstas aynı olacaktır. Bir başka ifadeyle işçinin gerçekleştirdiğine şüphe duyduğu olayın iş sözleşmesini derhal feshetmesini gerektirecek bir olay olmalıdır (BAG v. 21.11.2013 —2 AZR 797/11, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 243-250). Sonuç olarak her ne kadar süreli fesih mümkün denilse de KSchG m.1/II’deki geçerli nedenleri işçinin gerçekleştirdiğinden şüphe etmek tek başına yeterli görülmemektedir. Türk Hukuku’nda da şüphe feshi geçerli nedenle fesih olarak nitelendirilse de, fesih nedeni ancak haklı nedenle feshe yol açabilecek davranışlar bakımından şüphe edilmesi gerekmektedir. Bkz. V. A. 1. Şüphe Duyulan Eylemler.

¹⁸⁸⁴ BAG, 04.06.1964 - 2 AZR 310/63, https://www.prinz.law/urteile/BAG_2_AZR_310-63, (16.03.2021); BAG, 27.01.2011 – 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 14, ss. 798-804.

kıyaslanacaktır¹⁸⁸⁵. Ayrıca şüphe feshinden daha hafif bir çözüm yolu olup olmadığının da kontrol edilerek, “ihtar”ın fesih için gerekli olup olmadığı somut olay bakımından değerlendirilmelidir¹⁸⁸⁶. Aynı doğrultuda işverenin somut olayı aydınlatabilmesi için kendisinden beklenebilecek tüm çabayı göstermesi ve özellikle söz konusu işçinin savunmasının alınması gerekliliği¹⁸⁸⁷ nin göz önünde bulundurulması menfaat değerlendirmesinde ölçülük ve son çare ilkesi bağlamında önem arz edecektir.

Daha önce de belirtildiği üzere şüphe feshinin esas nedeni “işçiye karşı güvenin zarar görmesi”dir¹⁸⁸⁸. İşverenin de şüphe feshine başvurabilmesi için yapacağı menfaat değerlendirmesinde, esas neden olan “güven kaybı”nı ortaya koyacak ve işverenin menfaatinin korunmasının ağır basması sebebiyle feshi haklı kılacak hususları incelemesi gerekir. Bu sebeple işveren, kuvvetli şüphenin “güven”i iş ilişkisinin devam ettirilmesi beklenemeyecek ve telafi edilemeyecek şekilde zedeleyip zedelediğine ve bu bağlamda işçi-işveren arasındaki güven sermayesi¹⁸⁸⁹ nin ne durumda olduğuna yönelik bir inceleme yapmalıdır. Dolayısıyla kuvvetli şüphenin güveni ortadan kaldırıp kaldırmadığının tespiti bakımından önem arz edecek hususlar menfaat değerlendirmesinde ele alınacaktır.

İşçinin işletmedeki konumunun da menfaat değerlendirmesinde dikkate alınması gerekir. Söz konusu işçinin güvenilirlik bakımından ekstra önem taşıyan bir konumda olması ve iş ilişkisinin devamının potansiyel bir risk taşıdığı düşüncesi de karar vermede önemli olacaktır¹⁸⁹⁰.

Genel olarak yapmış olduğumuz açıklamalarda da üzerinde durduğumuz üzere iş ilişkisinde sorunsuz geçirdiği süre, işçi için önemli bir değerlendirme kriteridir¹⁸⁹¹. Bununla birlikte işyerindeki uzun kıdem işçinin lehine olmayabilir. Örneğin, işveren uzun süredir yanında çalışan bir işçiye karşı güven duyduğunda, bu

¹⁸⁸⁵ LAG Schleswig-Holstein 19.06.2013-3 Sa 208/12, [https://www.sit.de/lagsh/ehome.nsf/547F0C36389EAFE6C1257BAC002C265F/\\$file/U_3Sa208-12_19-06-2013.pdf](https://www.sit.de/lagsh/ehome.nsf/547F0C36389EAFE6C1257BAC002C265F/$file/U_3Sa208-12_19-06-2013.pdf), (16.03.2021).

¹⁸⁸⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 2. Şüphe Feshinde İhtar (Şüphe İhtarı – Verdachtsabmahnung) ve Üçüncü Bölüm VI. C. Şüphe Feshi Yerine Başvurulabilecek Daha Hafif Yollar

¹⁸⁸⁷ BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 102/12, NZA, Yıl: 2013, Sayı: 24, ss. 1416-1419.

¹⁸⁸⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm I. C. İşçi – İşveren Arasındaki Güvenin Zarar Görmesi ve Sonuçları ve Üçüncü Bölüm V. A. 3. Kuvvetli Şüphenin Güven İlişkisini Ortadan Kaldırması

¹⁸⁸⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm I. B. Güven Sermayesi Kavramı ve Oluşma Şartları.

¹⁸⁹⁰ Başbuğ, Disiplin Cezaları, s. 143. Ayrıca bkz. Y. 22. HD., 30.05.2018, 2018/4616 E., 2018/13534 K., www.legalbank.net, (15.12.2021).

¹⁸⁹¹ Hahn, s. 119.

kişi bakımından yaşanan bir problemde güvenin zedelenmesi özellikle daha ciddi boyutlarda olacaktır¹⁸⁹².

Menfaat değerlendirmesinde geleceğe yönelik tehlikelerin de dikkate alınması gereklidir. Ve geleceğe yönelik tehlikelerin önemi sadece mevcut zararın boyutuyla ölçülemeyecektir. Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere¹⁸⁹³, işverenin söz konusu şüpheli durumlarda işçiye karşı hareketsiz kalması durumunda, işveren açısından diğer işçilerin tepkisizlikten cesaretle bu davranışları tekrar etme tehlikesi oluşacaktır. Bu da işçinin şüphe feshindeki işverenin menfaatini ek olarak arttıracaktır. Gelecekte oluşabilecek endişe verici zararların kapsamının, gerçekleşmiş olan zararlar sınırlı olarak düşünülmesi zorunluluğu olmadığı kabul edilmiştir. Fesih anında objektif olarak mevcut tehlikenin var olmasının önemli olduğu belirtilmiştir¹⁸⁹⁴. Özellikle ülkemizde ortaya çıkan, geleceğe yönelik olarak duyulan şüphe sebebiyle gerçekleştirilecek şüphe feshi bakımından geleceğe ilişkin tehlike zaten feshin temelini oluşturur.

İşçinin kişilik özelliklerinin de değerlendirilmesi gerekir. Bu durum şüphe feshinde daha da önemli hale gelir. Çünkü burada fesih nedeni işçiden şüphe duyulmasından dolayı güvenin zarar görmesidir. Diğer fesihlerde de son noktada güven hasarının giderilememesi sebebiyle sözleşme sona erse de, onlarda neden teşkil eden somut davranışlar vardır. Ve öncelik o davranışların gerçekleşip gerçekleşmediği, işçiye ne kadar zarar verdiği, telafisinin ve de tekrarlama ihtimalinin olup olmadığıdır. Şüphe feshinde ise işçiye karşı şüphe duyulması feshin merkezinde olmasından dolayı elbette işçinin kişilik özelliklerini daha ön plana çıkarabilecektir.

Konu işçi bakımından gerçekten hassastır. Her ne kadar fesih, hukuki anlamda işçiler için bir ceza değilse de¹⁸⁹⁵, doğacak etki bakımından aksi söz konusu olur. İş sözleşmesi sona erdiğinde, işçi sadece geçim kaynağını kaybetmekle kalmamakta, aynı zamanda dayanılan fesih nedenine göre müstakbel işverende oluşabilecek önyargılardan (şüphelerden) dolayı yeni bir iş bulması da

¹⁸⁹² LAG Nürnberg v. 16.10.2007 - 7 Sa 182/07. BeckRS 2007.48823.

¹⁸⁹³ LAG Nürnberg v. 16.10.2007 - 7 Sa 182/07. BeckRS 2007.48823.

¹⁸⁹⁴ Wertz, s. 207.

¹⁸⁹⁵ Zöllner ve Diğerleri, s. 365 Rn. 12; Preis, s. 605, Rn. 3040; Vossen, APS – Kündigungsrecht, s. 1584 Rn. 26; Çelik ve diğerleri, ss. 491; Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 103-104; Baysal, Geçerli Sebep, ss. 182-183; Caniklioğlu, s. 71.

zorlaşmaktadır¹⁸⁹⁶. Menfaat yarışında “işverenin iş ilişkisini sona erdirmeye menfaatinin” “işçinin çalışmaya devam etmesindeki menfaati”ne karşı ağır gelebilmesi için, “kuvvetli şüpheyne konu davranış”ın kanıtlanabilseydi haklı nedenle teşkil edecek nitelikte olması gerekir¹⁸⁹⁷. Şüphe konusu olay, haklı neden teşkil edecek bir davranış olduğundan işçiye karşı önyargı ve sonuçları daha da ağır olacaktır¹⁸⁹⁸. Üstelik bu önyargıya sebep olacak şey, objektif maddi vakıa ve olgulara dayansa da sonuçta bir şüphedir ve işçi gerçekleştirdiği kanıtlanamayan hatta gerçekleştirmedği davranışlar sebebiyle bu zor duruma katlanacaktır. Bu sebeblerle şüphe feshine başvurulmasının yerindeliği bakımından taraf menfaatlerinin değerlendirilmesinde diğere fesih türlerindekiene göre daha da hassas davranılması çok önemlidir. İşçinin iddia edilen davranışları gerçekleştirmemiş olma ihtimali ya da diğere şüphe feshi türü bakımından gerçekleştirmemesi ile masumiyet karinesi, non bis in idem, lekelenmeme ve çalışma hakları birarada düşünöldüğünde menfaat değerlendirilmesinde daha da hassas davranılması gerektiği açıkça görölmektedir.

Şüphe feshinde işçinin bu zor durumu ve ihlal edilecek hak ve özgürlüklerinin önemine rağmen, bu işverenin menfaatlerinin değerlendirmede esas alınmayacağı anlamına da gelmez. İşçinin şüphe feshiyle zedelenecek anayasal hakları mevcuttur; ama diğere taraftan işverenin de sözleşme ve teşebbüs kurma özgürlüğü vardır. Ayrıca şüphe sebebiyle gerçekleşen güven kaybı, iş ilişkisinin sona erdirilmesini özellikle işveren açısından önemli bir menfaat haline getirmektedir. İşçinin insan onuruna uygun şekilde yaşamak için çalışmaya ihtiyacı varsa, aynı anlayış doğrultusunda işverenin de işletmesinin geleceğini dolayısıyla kendi ekonomik çıkarlarını anayasal hakları çerçevesinde korumaya ihtiyacı vardır. Sürekli borç ilişkilerinde bulunması gereken “güven ilişkisi”, kişisel niteliğinden dolayı iş sözleşmesi için daha önemli hale geldiğinden de, yıkıldığında yeniden inşası mümkün değilse sözleşmenin devam ettirilmesini işverenden beklemek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Ama bunun söylenebilmesi açısından da, şüphenin şiddeti ve güvenin ne ölçüde zedelenmiş olduğu belirleyicidir¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁶ Heilmann, s. 16. Bkz. BAG, 04.06.1964 - 2 AZR 310/63, **NJW**, Yıl: 1964, Sayı: 41, ss. 1918-1921.

¹⁸⁹⁷ BAG, 21.11.2013 —2 AZR 797/11, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 243-249.

¹⁸⁹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 1. Şüphe Duyulan Eylemler.

¹⁸⁹⁹ LAG Schleswig-Holstein, 19.6.2013 - 3 Sa 208/12, **BeckRS**, 2013, 70635.

Bu doğrultuda menfaat değerlendirmesinde işçinin anayasal çalışma hürriyeti dikkate alınırken, işverenin bir işçisini ne kadar süreyle çalıştırabileceğine karar verme yetkisini de barındırdığı kabul edilen işverenin teşebbüs kurma hürriyeti göz ardı edilmemelidir¹⁹⁰⁰. Bu temel haklar çatışması somut olaylarda uygun bir şekilde çözümlenmelidir, çünkü iki tarafın hakkı da esas olarak eşittir ve birbiriyle yarışır¹⁹⁰¹. Kamu yararı konusunda da irdelediğimiz üzere şüphe feshi bakımından söz konusu bu temel haklar yarışını çatışan kamu yararları olarak değerlendirip “üstün kamu yararı”nın tespit edilmesi gerektiğini de söylemek mümkündür¹⁹⁰².

Yukarıda incelediğimiz üzere yapılacak menfaat değerlendirmesinde işçi ve işveren olmak üzere iki tarafı da gözeterek kurulmaya çalışılan dengede, şüpheyne konu olan eylemlerin niteliğine göre üçüncü taraf olarak “kamu yararı” da devreye girebilecektir. Bu üçlü değerlendirmede ise, kamu yararının esas alınacağı da açıktır. Şüphe feshinin hukukumuza girdiği karardaki durum bunun en bilinen açık bir örneğidir¹⁹⁰³.

D. İşyeri Kurulunun Görüşünün Alınması

Alman Hukuku’nda aranmakta olan bu şartın Türk Hukuku’nda uygulanması mevcut düzenlemeler bakımından mümkün değildir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca oluşturulan İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu söz konusu işyeri kurullarından farklı niteliktedir. Ancak Alman Hukuku’ndan örnek aldığımız ve içtihadla şekillenmiş şüphe feshi için ilerleyen süreçte benzer bir şart oluşturulması ve zaman içinde İş Hukuku’nda gerçekleşebilecek yeniliklerle Türk Doktrini’nde de önerilen katılımcı yönetim anlayışı¹⁹⁰⁴’nın benimsenmesinin söz konusu olması durumlarına karşı bu şartı incelememizin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Alman Hukuk’unda her işyerinde işyeri kurulları bulunmaktadır. İşyeri kurulunun bulunduğu bir işyerinde, gereklerine uygun şekilde görüşünün alınması

¹⁹⁰⁰ BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 269-272. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm II. C. Çalışma, Sözleşme ve Teşebbüs Kurma Hürriyeti

¹⁹⁰¹ Lücke, Unter Verdacht, s. 1846; Hoefs, s. 100.

¹⁹⁰² Burada nasıl bir kamu yararından söz edilebileceği ve iş hukukunda kamu yararı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm II. G. 2. Genel Olarak İş Hukukunda Kamu Yararı ve Birinci Bölüm II. G. 3. İş İlişkisindeki Şüphe Konusunda Kamu Yararının Yeri ve Önemi

¹⁹⁰³ Bkz. Üçüncü Bölüm II. A. Şüphe Feshinin Türk Hukukuna Girişi

¹⁹⁰⁴ Süzek, ss. 74, 787

her fesih için geçerlilik şartıdır. İşyeri kurulu da bu görüşünde söz konusu şüphe feshine ilişkin tüm hususları birlikte değerlendirmelidir¹⁹⁰⁵. Mevzuatımızda katılımcı yönetim anlayışının gereği olan bu kurul düzenlenmemiştir; ancak işyeri kurulunun görüşünün alınmasına benzer bir şarta uygulamada rastlamaktayız. Toplu iş sözleşmelerinde işçinin iş sözleşmesi feshedilmeden önce disiplin kurulu görüşü alınması gerektiğinin kabulü inceleyeceğimiz şartla aynı mantıktadır. Bu şekilde kanunumuzdaki kontrol mekanizması eksikliği giderilmeye çalışılmıştır.

Alman Hukuku'nda şüphe feshi bakımından işyeri kurulu görüşünün alınması bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Çünkü BetrVG m. 102/I 3. cümlesi uyarınca fesihlerden önce işyeri kurulu görüşü alınmamışsa, önemli ve uygun bir nedenin bulunup bulunmadığı gibi maddi hukuka ilişkin şartlar dikkate alınmaksızın fesih şekli açıdan geçersiz olacaktır¹⁹⁰⁶. Ayrıca iş ilişkisinin ne kadar süredir devam etmekte olduğu da bu şartın gerçekleştirilmesi bakımından önemli değildir. Yani işçinin deneme süresinin devam etmekte olması ya da Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSchG) m. 1/I'deki, hukukumuzda da iş güvencesi hükümleri kapsamına girme şartları arasında yer alan altı aylık sürenin henüz dolmamış olması önemli değildir¹⁹⁰⁷. Hatalı alınmış ya da hiç alınmamış bir işyeri görüşünün geçersizlik dışında da işveren açısından ciddi sonuçları olabilir. Çünkü işyeri görüşü şartının sağlanmaması sebebiyle geçersiz olan bir feshin yeniden gerçekleştirilmesi durumunda, işçinin daha önceden dolmamış 6 aylık kıdemi bu süreçte tamamlanarak işçinin KSchG kapsamına girmesi mümkün olabilir¹⁹⁰⁸.

Şüphe feshinden önce alınması gereken işyeri kurulunun görüşü, diğer maddi olgulara dayanan (geçerli nedenle veya haklı nedenle) fesihlerdekiyle aynıdır¹⁹⁰⁹. Şüphe feshinde de kabul edilen bu yükümlülük, amacı, şekli, alınma zamanı ve uyulması gereken süreler bakımından diğer fesihlerden bir farklılık göstermez¹⁹¹⁰.

“Subjektiven Determinierung” ilkesine göre, işveren kendi bakış açısından subjektif olarak fesih nedenlerini bildirirse, bu işyeri kurulunun görüşünün doğru bir

¹⁹⁰⁵ Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 275; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, s. 69; Baysal, Şüphe Feshi, s. 90.

¹⁹⁰⁶ Krause, ss. 312-313; Wellen, s. 84.

¹⁹⁰⁷ Waltermann, s. 149 Rn. 329; Wertz, s. 187

¹⁹⁰⁸ Bernd Ohlendorf ve Michael Fuhlrott, “Die Betriebsratsanhörung in der betrieblichen Praxis” **ArbRAktuell**, Yıl: 2011, Sayı: 12, ss. 292-293; Wertz, s. 187.

¹⁹⁰⁹ Peter Bengelsdorf, “Die Anhörung des Betriebsrats vor einer Verdachtskündigung”, **FA**, 10/2010, (Anhörung des Betriebsrats), s. 354.

¹⁹¹⁰ Bengelsdorf, Anhörung des Betriebsrats, s. 354.

şekilde alınması bakımından yeterli olacaktır. Ama bu işverenin BetrVG m. 102 uyarınca fesih nedenini bildirme yükümlülüğü bakımından tamamen serbest olduğu ve kurulu yanıltabileceği anlamına gelmez. İşveren bilinçli olarak yanlış ve eksik bir şekilde fesih nedenini bildirirse, işyeri kurulu görüşü hatalı olarak alınmış olacak ve şart sağlanmayacaktır¹⁹¹¹.

İşveren bir suç ya da esaslı bir sözleşmesel yükümlülük ihlaline dair kuvvetli şüphe sebebiyle sözleşmeyi feshetmek istediğinde, işveren işyeri kuruluna duyduğu objektif şüpheyi ve ona neden olan durumları bildirmelidir¹⁹¹². Sonuç olarak sadece kanıtlanmış önemli bir yükümlülük ihlalini ve bunun o kişi tarafından gerçekleştirildiğinin düşünüldüğünün kurulla paylaşılması yeterli değildir. İşveren kurulun görüşünü alırken feshi açıkça “şüphe feshi” olarak ifade etmek zorunda da değildir, ama bunun yapılması olayı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak tavsiye edilebilir¹⁹¹³. Ama sonuçta önemli olan, gerçekleştirilmesi istenen feshin bir şüpheyi ya da bir suç isnadına dayandırıldığı işyeri kurulunca anlaşılabilir şekilde aktarılmasıdır. İşyeri kurulunun da sunduğu görüşünden işverenin neden sözleşmeyi feshettiği ve güven ilişkisinin şüpheden dolayı tamamen ortadan kalktığı anlaşılmalıdır. Örneğin, bildirilen işyeri kurulu görüşünde, “*Sunulan belgelerde mevcut olan olaylar ve suçlamalar o kadar ağır ve savcılık soruşturması o kadar ciddi ki, işveren ve işçi arasındaki güven tamamen zedelenmiş olduğu ve artık işçi ile birlikte güven içinde çalışmanın düşünülemeyeceği açıktır*”¹⁹¹⁴, ifadesinin yer alması yeterli görülmemiştir. Bu durumda geçerli bir işyeri kurulu görüşü alınmış olmayacaktır¹⁹¹⁵. Dolayısıyla, işveren şüphe feshi için görüşünü almak üzere işyeri kuruluna başvururken, fesih ile ilgili olayları özellikle de işçinin durumuna ilişkin hafifletici sebepleri saklamadan kurulla paylaşmalıdır¹⁹¹⁶. Eğer işveren bildiği ve işçi bakımından hafifletici sebep teşkil ettiğinin farkında olduğu durumları paylaşmazsa,

¹⁹¹¹ Waltermann, s. 149 Rn. 329; Krause, ss. 311, 312; Junker, s. 418 Rn. 770; BAG, 09.06.2011 - 2 AZR 323/10, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 23, ss. 1342-1346

¹⁹¹² Hoefs, ss. 215, 216-217; Stoffels, s. 50.

¹⁹¹³ Bengelsdorf, Anhörung des Betriebsrats, s. 355.

¹⁹¹⁴ LAG, Köln, 14.09.2007 -11 Sa 259/07, **BeckRS**, 2007, 47815.

¹⁹¹⁵ Wertz, s. 189.

¹⁹¹⁶ Hoefs, s. 217; Bengelsdorf, Anhörung des Betriebsrats, s. 356. LAG, Schleswig-Holstein, 19.01.2010 - 5 Sa 210/09, **BeckRS**, 2011, 66412.

kurallara uygun bir işyeri görüşü yokluğundan feshin geçersiz olacağı belirtilmiştir¹⁹¹⁷.

Duyduğu şüphe ve buna dayanak olan hususların yanı sıra işveren, olayın aydınlatılması için gösterdiği tüm çabayı ve özellikle aldığı işçi savunmasını işyeri kuruluyla paylaşmalıdır¹⁹¹⁸.

Ayrıca şüphe feshinin derhal fesih şeklinde gerçekleştirilmesi söz konusu olduğunda da, haklı nedenle fesih imkânı veren önemli nedenin öğrenilme zamanı da BGB m. 626/II 1. cümledeki 2 haftalık süreye uyulup uyulmadığı anlaşılabilmesi için işyeri kuruluna bildirilmelidir¹⁹¹⁹. Bu bakımdan savunma alınması ve aydınlatma yükümlülüğü kapsamında başvuru diğer yollarla ilgili kapsamlı bir bilgilendirme de hak düşürücü süre bakımından yapılacak tespit açısından işverenin lehine olacaktır¹⁹²⁰.

İşverenin, işyeri kuruluna işçinin özlük bilgilerini de aktarması gerekir. Çünkü bu, KSchG m. 1/II ile BGB m. 626/I kapsamında işçi ile işverenin karşılıklı korunan menfaatleri arasındaki dengenin kurulabilmesi bakımından önemlidir¹⁹²¹. Kurul, iş ilişkisinin gidişatı ile ilgili ne kadar bilgilendirilirse, somut olay o kadar detaylı irdelenebilecektir. Bu doğrultuda işveren, yaptığı menfaat değerlendirmesini, işçiye uyarıları ve ihtarları ile fesih kararından önce hangi bakış açısıyla ve hangi şekilde bir değerlendirme yapmış olduğunu da sunmalıdır¹⁹²². İşveren, işyeri kuruluyla sadece somut olguları, örneğin bir hırsızlık şüphesine sebep olan olguları paylaştığında, tüm gerekliliklerin yerine getirildiği geçerli bir işyeri görüşü alınmış olmayacağı ifade edilmiştir¹⁹²³.

İşyeri kurulu görüşü şartına ilişkin belirtmemiz gereken önemli bir husus da işveren maddi olgulara dayanan bir fesih gerçekleştirmek üzere görüş aldıktan sonra¹⁹²⁴, bu raporu şüphe feshine başvurusunda esas alıp “kurula başvuru şartı”nı gerçekleştirdiğini söyleyemeyecektir. İşveren sadece maddi olgulara dayanan feshe

¹⁹¹⁷ LAG, Nürnberg, 22.06.2010 - 5 Sa 820/08, **BeckRS**, 2010, 75550.

¹⁹¹⁸ Hoefs, s. 217; Eylert, Verdachtskündigung, s. 407; Stoffels, s. 50. BAG, 22.09.1994 - 2 AZR 31/94, **NZA**, Yıl: 1995, Sayı: 8, ss. 363-368.

¹⁹¹⁹ Stoffels, s.50. LAG, Köln, 22.03.2012 - 7 Sa 1022/11, **BeckRS**, 2012, 75161.

¹⁹²⁰ Çünkü kural olarak bu süreçte hak düşürücü süre işlemeyecektir. Bkz. Üçüncü Bölüm III. B. 2. a. (1) Savunmanın Zamanı

¹⁹²¹ BAG, 26.09.2002 - 2 AZR 424/01, **NZA**, Yıl: 2003, Sayı: 17, s. 991.

¹⁹²² Frank Zundel, “Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahr 2012”, **NJW**, Yıl: 2013, Sayı: 9, s. 581; Wertz, s. 240.

¹⁹²³ LAG, Schleswig-Holstein, 10.01.2012-2 Sa 305/11, **BeckRS**, 2012, 66013.

¹⁹²⁴ Stoffels, ss. 38-39.

(Tatkündigung) ilişkin olarak işyeri kurulundan görüş almışsa artık feshe karşı koruma sürecinde (hukukumuz açısından işe iade davası sürecinde) fikir değiştirip şüphe feshine (Verdachtskündigung) dayanamayacaktır¹⁹²⁵. Ama bunun tam aksi mümkün olabilir¹⁹²⁶. Eğer işveren işyeri kurulunun görüşünü şüphe feshi yapmak için aldıysa, daha sonra feshi kanıtlanmış bir olaya dayandırabilecektir, yeter ki sadece yükümlülük ihlali şüphesini kanıtlayan değil söz konusu olayın gerçekleştiğini kanıtlayan tüm olgular işyeri kurulu görüşü alınırken paylaşılmış olsun¹⁹²⁷. Böylece şüphe feshi için alınmış olan işyeri kurulu görüşü maddi olgulara dayanan feshi de kapsamış olacaktır¹⁹²⁸. Çünkü şüphe feshi (Verdachtskündigung) gerçekleştirmek için işyeri kurulundan alınan görüş, maddi olgulara dayanan fesih (Tatkündigung) için alınan görüşten daha kapsamlı bir hareket alanı sunmaktadır¹⁹²⁹.

Uygulamada daha sonradan problem yaşanmaması için işyeri kurulunun görüşü sadece maddi olgulara dayanan fesih (Tatkündigung) değil şüphe feshi yapılması bakımından da geçerli olacak şekilde alınması gerektiği doktrinde önerilmiştir¹⁹³⁰.

VI. ŞÜPHE FESHİNDE SON ÇARE İLKESİ

A. Son Çare İlkesi (Ultima Ratio)

İşverenin, İşK m. 18 uyarınca hukuka uygun bir fesih yapabilmesi için geçerli nedenlerin mevcut olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca Kanunda düzenlenmemişse de İşK m. 18 gerekçesinde yer verilen¹⁹³¹, Yargıtay

¹⁹²⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 4. a. Genel Olarak ve Üçüncü bölüm I. D. 5. Bir Feshin Şüphe Feshine Dönüşmesi

¹⁹²⁶ Eylert, Verdachtskündigung, s. 407; Wertz, s. 190

¹⁹²⁷ Lembke, Verdachtskündigung, s. 91. BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 474/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 20, ss. 1136-1143; LAG Hessen, 21.02.2014 - 14 Sa 609/13, **NZA-RR**, Yıl: 2014, Sayı: 11, ss. 585-587. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 4. b. Şüphe Duyulan Konunun Aydınlanması

¹⁹²⁸ Eylert, Verdachtskündigung, s. 397.

¹⁹²⁹ BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 14, Sayı: ss. 798-604.

¹⁹³⁰ Pawlak ve Geißler, s. 131; Zimmerling, s. 18; Stoffels, s. 39; Eylert, Verdachtskündigung, s. 398.

¹⁹³¹“...Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen **feshe en son çare** olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır...”, **4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi**, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara, Ocak 2010, s. 98.

kararlarında¹⁹³² ve doktrinde kabul edilen “son çare ilkesi (ultima ratio)” nin esas alınması gerekir¹⁹³³. Hukukumuzda da son çare ilkesi özellikle Alman Hukuku olmak üzere yabancı hukuk sistemlerinden esinlenilerek kabul edilmiştir¹⁹³⁴.

Feshin son çare olması (ultima ratio), işverenin iş sözleşmesini feshedilebilmesi için, işçinin daha kötü koşullarda da olsa aynı ya da başka işte çalıştırılabilme olanağının kalmaması, iş ilişkisinin devamını sağlamak için elinden geleni yapmasına rağmen başarılı olamaması ve son çare olarak fesih yoluna başvurulması anlamına gelir¹⁹³⁵.

Bu ilke uyarınca işveren, somut olaydaki uyuşmazlığın çözümünde işçiyi işten çıkarmadan daha hafif önlemlere başvurup tüm yolları denedikten sonra da iş ilişkisinin devamı mümkün olmuyorsa fesih yolunu seçmelidir¹⁹³⁶. Örneğin, Çalışma koşullarında esaslı değişiklik (İşK m. 22) yapılarak iş ilişkisi korunabilecekse bu yol seçilmeli, bu da sonuç getirmiyorsa iş sözleşmesi feshedilmelidir¹⁹³⁷.

İşK m. 18 gerekçesinde işverenden feshe en son çare olarak bakması beklenmektedir. Bu yüzden, geçerli neden kavramı yorumlanırken sürekli olarak

¹⁹³² “...fesih tarihine kadar çalışmasını sürdürme koşulları gözetilerek işyerinde görevlendirilebileceği başka görev/unvan bulunup bulunmadığı araştırılarak feshin son çare olarak uygulanıp uygulanmadığı tereddütsüz belirlenip sonucuna göre tüm deliller bir arada değerlendirilerek hüküm kurulması gerekir...”, Y. 7. HD. 22.02.2016, 2015/42521 E., 2016/3891 K., www.legalbank.net, (12.11.2018). Diğer Hukuk Dairesi kararları için bkz. Y. 22. HD. 22.01.2015, 2014/34085 E., 2015/911 K.; Y. 9. HD. 06.05.2015, 2015/8820 E., 2015/16532 K., www.legalbank.net, (12.11.2018).

¹⁹³³ Çelik ve diğerleri, ss. 490, 491; Süzek, ss. 580-581; Demir, s. 344; Eyrenci ve diğerleri, ss. 214-215; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, ss. 286-287; Senyen Kaplan, İş Hukuku, ss. 288-289; Güven ve Aydın, s. 176; Centel, s. 113; Manav, s. 109; Baysal, Geçerli Sebep, s. 187.

¹⁹³⁴ Güzel, Ultima Ratio, ss. 172-173, s. 172 dpn. 31; Savaş Taşkent, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, Kamu-İş, Ankara, 2011, ss. 161-201, (Değerlendirme 2009). Pek çok ilke, kavram ve uygulama gibi bu ilke de Alman Hukuku’ndan örnek alınmış ve bu sebeple yapılan yorumlamalarda Alman Hukuku yol gösterici olmuştur. Ancak karşılaştırmalı hukuktan bu derece yararlanmak ve konuya ilişkin ilkelerin tamamen Türk Hukuku’nda geçerli kabul edilerek Yargıtay’ın içtihatlarında yerleşik olarak yer alması doktrinde eleştirilmiştir, (Taşkent, Değerlendirme 2009; ss. 182-183; Kabakcı, s. 164)

¹⁹³⁵ Taşkent, Değerlendirme 2009, ss. 176-177; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 287; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 288; Caniklioğlu, s. 72; Caniklioğlu, Değerlendirme 2017, ss. 219-220; Engin, ss. 90-91; Süleyman Başterzi, “Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk Ve İstihdam Üzerine Etkileri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt: 54, Sayı: 3, ss. 53-94, (Feshe Karşı Koruma), s. 58, Manav, s. 110; Baysal, Geçerli Sebep, s. 187.

¹⁹³⁶ Süzek, s. 615, Ali Güzel, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi – Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, Yıl: 2005/1, Sayı: 4, ss. 159-182, (Ultima Ratio), s. 172; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 289, Centel, s. 113; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 288; Caniklioğlu, s. 72; Güven ve Aydın, s. 177; Manav, s. 110; Baysal, Geçerli Sebep, s. 186.

¹⁹³⁷ Waltermann, s. 160 Rn 360; Eyrenci ve diğerleri, s. 215; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 287; Engin, ss. 323-333; Caniklioğlu, s. 72.

işverenin bu neden karşısında fesihten kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir¹⁹³⁸.

4773 sayılı Kanun ile eski 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesine ek olarak getirilen iş güvencesi düzenlemesinin madde gerekçesinde ise son çare ilkesi işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ile sınırlı olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Gerekçede, işverenden işyeri içi veya işyeri dışındaki nedenlerle fesih yapmadan önce,

fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshe son çare olarak bakması

beklenmiş ve geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağı olup olmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir¹⁹³⁹.

Bu sebeple Kanun koyucunun, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde son çare ilkesinin dikkate alınmasını beklediği sonucu çıkarılabilmektedir¹⁹⁴⁰. Fakat yeni 4857 sayılı İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde açıklama kısaltılmış ve eski gerekçedeki fesih dışı çözüm yollarına yer verilmemiştir. Ama buna rağmen yeni gerekçede son çare ilkesinin uygulama alanına ilişkin sınırlandırıcı bir ifade kullanılmamıştır. Kanun koyucunun bu şekilde bir değişikliğe gitmiş olması sebebiyle Kanun hükmü olmayan gerekçeyi işçi aleyhine dar yorumlamak uygun olmayacaktır. Bu sebeple doktrinde kabul edilen, katıldığımız görüşe göre son çare ilkesi sadece işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde değil, işçinin yetersizliği veya davranışları nedeniyle yapılacak fesihlerde de dikkate alınmalıdır¹⁹⁴¹.

Geçerli nedenle fesihlerde son çare ilkesine uyma zorunluluğu farklı hukuki gerekçelere dayandırılmaktadır. Bunlardan ilki belirtmiş olduğumuz İşK m. 18'in gerekçesidir. Ancak bu dayanak, gerekçedeki ifadenin Kanuna yansıtılmamasından

¹⁹³⁸ İş Kanunu Madde 18 Gerekçesi, (4857 Sayılı İş Kanunu Ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, Kasım 2009, s. 97).

¹⁹³⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/DoneminTutanakMetinleri?Donem=21&YasamaYili=4>, (20.12.2021).

¹⁹⁴⁰ Demir, s. 344; Centel, s. 113; Caniklioğlu, s. 72.

¹⁹⁴¹ Çelik ve diğerleri, s. 518; Süzek, s. 581; Güzel, Ultima Ratio, s. 176, Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 287; Güven ve Aydın, s. 177, Alp, Tıbbi Tanıtım Sorumlusu, s. 54; Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s. 58; Baysal, Geçerli Sebep, s. 187

dolayı eleştirilmektedir¹⁹⁴². Buna karşı da, gerekçede geçen ifadenin konuyla ilgili yasal boşluğu gündeme getireceği ve böylece hâkimin TMK m. 1 uyarınca yasama çalışmalarından ve madde gerekçesinden yararlanabileceği görüşü¹⁹⁴³nün yerinde olacağı belirtilmiştir¹⁹⁴⁴. Zaten Yargıtay söz konusu madde gerekçelerini esas alarak, ultima ratio ilkesini somut uyuşmazlıklara uygulamıştır¹⁹⁴⁵.

Kanun gerekçesi dışında ilkenin hukuki temeli olarak TMK m. 2/T'deki dürüstlük kuralı gösterilmektedir. Dürüstlük kuralı uyarınca işveren fesih hakkını kullanırken dürüst ve makul şekilde davranmalı, iş akdinin feshinden önce, sözleşmenin devamlılığını ve işçinin iş görme ediminin ifasını sağlamak için gereken tüm çabayı göstermelidir. Bu da işverenin son çare olarak fesih yoluna başvurması gerektiği anlamına gelir¹⁹⁴⁶.

Dürüstlük kuralının, son çare ilkesinin bir hukuki dayanağı olduğuna ilişkin genel bir kabul mevcuttur. Ancak teorik açıdan, ilke ile kural arasındaki ilişkilendirmede farklılıklar bulunmaktadır. Son çare ilkesi, yukarıda açıkladığımız üzere dürüstlük kuralının bir gereği olarak kabul edilmesinin yanı sıra, dayanağını yine dürüstlük kuralında bulan “ölçülülük ilkesi” ve ölçülülüğün bir alt ilkesi olan “gerekliklik ilkesi” ile de açıklanmaya çalışılmıştır¹⁹⁴⁷. Bu bağlamda işverenin, dürüstlük kuralına uygun olarak iş ilişkisinin sona ermemesi için tüm diğer elverişli feshe göre daha hafif yollara başvurması ama çözüm sağlamadıkları için fesih gerekli hale gelmiş olmalıdır¹⁹⁴⁸. Örneğin, iş değişikliğine gidilmesi bir çözüm getirmiyorsa işveren iş sözleşmesinin feshedilebilecektir.¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴² Taşkent, Değerlendirme 2009, s. 179; Kabakçı, ss. 164, 244.

¹⁹⁴³ Güzel, Ultima Ratio, s. 176.

¹⁹⁴⁴ Kabakçı, s. 244, dpn. 782.

¹⁹⁴⁵ “...Belirtmek gerekir ki söz konusu 4857 sayılı iş Kanununun 18 ve devamı maddelerinin gerekçesinde de açıklandığı üzere, işçi çıkarma uygulamasına giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda davalı işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı...”, [Y. 9. HD. 22. 10. 2007, E. 2007/16878, K. 2007/30923, (www.hukukturk.com, 30.10.2018)].

¹⁹⁴⁶ Süzek, s. 616; Eyrenci ve diğerleri, ss. 214, 215; Taşkent, Değerlendirme 2009, s. 180; Güzel, Ultima Ratio, ss. 175,176; Caniklioğlu, s. 72; Manav, s. 112; Baysal, Geçerli Sebep, s. 187; Kabakçı, ss. 173, 245-246.

¹⁹⁴⁷ Güzel, Ultima Ratio, ss. 174-175; Caniklioğlu, Değerlendirme 2017, s. 220; Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s. 59; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük, s. 181; Kabakçı, s. 245.

¹⁹⁴⁸ Caniklioğlu, Değerlendirme 2017, ss. 219-220.

¹⁹⁴⁹ “...davalı işverenin, davacının iş sözleşmesini hemen sonlandırmayarak davacının iki kez görevini değiştirerek çözüm arayışına gittiği dolayısıyla da feshin son çare olması gerektiğine dair ilkeye uyduğu tespit edilmiştir...”, Y. 22. HD. 22.01.2015, 2014/34578 E., 2015/802 K., www.legalbank.net, (12.11.2018).

Son çare ilkesi denetiminin, AY m. 13'deki ölçülülük ilkesinin iş sözleşmesinin feshindeki uygulama alanı olduğu belirtilmiştir. Ölçülülük ilkesinin kapsamındaki gereklilik ilkesi ise, belirli bir amaca ulaşmak için kullanıma elverişli bulunan çeşitli araçlardan “işleme muhatap olacak kişi bakımından en az zararlı olanının” seçilmesi şeklinde açıklanmıştır. Bu açıklamaya bakıldığında gereklilik alt ilkesinin son çare ilkesinin temelini oluşturduğunu söylemek mümkündür. İş sözleşmesinin feshiyle aynı etkiyi gösterebilecek başka bir araç varsa işveren o aracı kullanarak amacına ulaşmayı denemelidir¹⁹⁵⁰.

2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabul edilişiyle birlikte iş güvencesi sistemi Türk Hukuku'na girmiştir. İş güvencesini temel alan bir hukuk sisteminde de sözleşmeye bağlılığın esas, sözleşme feshinin ise istisna olduğu kabul edilmektedir. Çünkü iş güvencesi sisteminin hukukumuzda alınıp süreli feshin geçerli nedenlere dayandırılması zorunluluğunun getirilme mantığında “iş ilişkisinin varlığının korunması” bulunur. Bu da, feshe son çare olarak başvurulması gerektiği sonucuna ulaştıran dayanaklardan biri olarak görülür¹⁹⁵¹.

Her ne kadar iş hukukunda işçiyi koruma ilkesi esas ise de, son çare ilkesinin uygulanmasında bir sınır olması gerekecektir. Bu sınırı, işçinin çalışma hakkı ile işverenin çalışma ve sözleşme özgürlüğü arasında “ölçülülük ilkesinin uygulanması”yla kurulmaya çalışılan denge belirleyecektir. Denge noktasının belirlenmesinde ise, bulunulan ülkede benimsenen sosyal politikanın etkili olacağı belirtilir¹⁹⁵². İşverenden işletmesel karar alma özgürlüğünü yok eden, işveren veya işletmeyi gereksiz yere masrafa sokacak ve zarar verecek kararlar alınması

¹⁹⁵⁰ Alp, Ölçülülük İlkesi, 1522. İşverenin amacı için aynı ölçüde elverişli araçlar arasından işleme muhatap olacak kişinin en az aleyhine olanı seçmesi sebebiyle, elverişlilik ilkesi iş sözleşmesinin feshinde uygulama alanı bulamazken, oranlılık ilkesi ikinci derecede uygulanmış olur. Alp, Ölçülülük İlkesi, ss. 1529-1530; Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s. 59. Bkz. “feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşverenin fesih dışında daha hafif bir önlemlerle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereği yoktur. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir”, Y. 9. HD., 13.07.2009 2009/289 E., 2009/20632 K., www.legalbank.net, (14.11.2018.).

¹⁹⁵¹ Süzek, s. 581; Taşkent, Değerlendirme 2009, s. 177; Centel, ss. 113-114; Engin, s. 90; Başterzi, Feshe Karşı Koruma s. 58, Alp, Tıbbi Tanıtım Sorumlusu, s. 57; Güven ve Aydın, s. 176; Kabakcı, ss. 164, 242, 245.

¹⁹⁵² Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s. 59.

beklenemez, ama bu kötü durumlara sebep olmayacak, fesihle aynı derece amacına elverişli olan çözüm yollarını denemesi istenecektir¹⁹⁵³.

Feshin kaçınılmaz olduğunun ispat yükü de geçerli nedendeki gibi işverene aittir¹⁹⁵⁴.

Mevzuatımızda açıkça düzenlenmeyip Yargıtay kararlarınca ve doktrinde kabul edilen diğer konularda olduğu gibi ultima ratio ilkesinde de Alman Hukuku konu açısından yol gösterici olmaktadır.

Hukukumuzda ultima ratio prensibini açıklarken İşK m. 18'i gerekçe göstermemizden de anlaşılacağı üzere bu ilkenin uygulama alanı geçerli nedenle fesihtir. Haklı nedenle fesihlerde İşK m. 24 veya m. 25 kapsamına girecek olaylar söz konusu olduğunda doğrudan fesih hakkı kazanılacağından son çare ilkesinin değerlendirilmesi gerekli olmayacaktır. Zira haklı nedenle fesih hakkının doğduğunun kabulünün temelinde artık iş ilişkisinin devamının mümkün görülmemesi bulunduğu düşünüldüğünde son çare ilkesine bir aykırılık olmayacağı sonucunu çıkarmak yanlış olmaz. Sonuç olarak Türk Hukuku'nda ultima ratio prensibinin geçerli nedenle fesihlerde bir kriter olduğunu söylemek mümkündür. Bu ilkenin iş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından feshin geçerliliği için dikkate alınması gerekmektedir.

Alman Hukuku'nda da ultima ratio prensibine mevzuatta açıkça yer verilmemiş ve mevcut yasal düzenlemelerden yola çıkarak ölçülülük ilkesinin bir yansıması şeklinde hem doktrinde hem de yargı kararlarında ifade edilmiştir. İşçinin feshe karşı korunması bakımından son çare ilkesine ilişkin bazı eleştirilerde bulunulsa da¹⁹⁵⁵, varlığı kabul edilmiştir¹⁹⁵⁶. Türk Hukuku'nda geçerli nedenle feshe denk gelebileceğini belirttiğimiz “sosyal açıdan haklı fesihler (sozial gerechtfertigte Kündigung)”de ultima ratio prensibi esas alınmıştır. Hukukumuz bakımından farklılık arz eden husus ise haklı nedenle feshe karşılık geldiğini söylediğimiz “olağanüstü fesihler”de de “ultima ratio”nun dikkate alınması gerekliliğidir. Sonuç

¹⁹⁵³ Eyrenci ve diğerleri, s. 215; Senyen Kaplan, İş Hukuku, ss. 288-289; Engin, ss. 91-92.

¹⁹⁵⁴ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 287.

¹⁹⁵⁵ Bkz. Bernd Rüthers, “Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten? Am Beispiel des Kündigungsschutzrechts”, **NJW**, Yıl: 1998, Sayı: 20, ss. 1433-1440. Bu eleştiri cevaben bkz. Ulrich Preis, “Arbeitsrecht und ‘unbegrenzte Auslegung’”, **NJW**, Yıl: 1998, Sayı: 27, ss. 1889-1894, (unbegrenzte Auslegung).

¹⁹⁵⁶ Brox ve diğerleri, s. 171; Zöllner ve diğerleri, s. 373 Rn. 40; Holbeck ve Schwindl, s. 112; Krause, s. 283 Rn. 32; Waltermann, s. 160 Rn 360; Junker, s. 201 Rn. 364; Wörlen ve Kokemoor, ss. 138-139 Rn. 278

olarak, Alman Hukuku'nda çalışma konumuz bakımından önem arz eden, haklı ve geçerli nedenle fesihlerin her ikisi bakımından da son çare ilkesinin esas alınmasıdır. Kanaatimizce Alman Hukuku'nda haklı nedenle fesihte bir sayım yapılmayıp “önemli neden” kavramına yer verilmiş olması, Türk Hukuku'ndan farklı olarak bu fesihte de son çare ilkesinin uygulanması sonucunu doğurmuştur.

Alman Hukuku'nda haklı nedenle feshe başvurulabilmesi için de, somut olay bakımından bu feshin söz konusu sözleşmeye aykırı durumun giderilmesi için başka bir yol bulunmaması ve feshin kaçınılmaz hale gelmiş olması gerekir. Bu sebeple sadece, somut olayın koşulları çerçevesinde etkisi daha hafif olacak mümkün tüm yollar tüketildikten sonra haklı nedenle fesihte iş sözleşmesi sona erdirilebilecektir¹⁹⁵⁷.

Şüphe feshi de geçerli nedenle fesih olduğundan son çare ilkesine başvurulması gerekecektir. Masum bir kişinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi riski, işçinin ihlali söz konusu olan kişisel hakları ile anayasal hak ve özgürlüklerinden dolayı son çare ilkesi, şüphe feshi bakımından daha da fazla önem arz eder.

B. İhtarın Gerekliliği

1. Genel Olarak İhtar Kavramı ve Hukuki Dayanakları

İhtar¹⁹⁵⁸, işçinin iş görme ya da diğer borçlarını ihlal eden davranışı ile bu konuda nasıl davranırsa sözleşmeye aykırı hareket etmemiş olacağı konusunda

¹⁹⁵⁷ Hromadka ve Maschmann, s. 435, Rn. 115. Bkz. BAG, 26.11.2009 - 2 AZR 272/08, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 11, ss. 628-633.

¹⁹⁵⁸ Doktrinde aynı anlama geldikleri düşüldüğünden “işçinin ihtarı” yerine “işçinin uyarılması” ifadesi de kullanılmaktadır, bkz. Süzek, ss. 584-585; Erdoğan, ss. 239-245. Ancak ihtar ile uyarının aynı anlama gelmediği yönünde görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre ihtar fesih sürecinde başvuru araçtır. Uyarı ise, disiplin hukuku kapsamında uygulanan bir tedbirdir. Tedbir olan bu uyarının ihtarın sadece bildirme işlevine karşılık geldiği ancak uyarı işlevini taşımadığı belirtilmiştir. Astarlı, s. 966. Bu doğrultuda her ihtar bünyesinde bir uyarıyı da barındırır ama her basit uyarı bir ihtar niteliği taşımaz. Aşağıda görüleceği üzere bir daha aynı fiili gerçekleştirirse iş sözleşmesi feshedileceği belirtilmiyorsa, ortada bir uyarı vardır ancak ihtar söz konusu değildir. Bu görüş doğrultusunda, her ne kadar Türkçe Sözlük’de birbirlerinin açıklaması olarak kullanılsa da [bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (20.04.2021)] hukuki olarak kavramların kapsamlarının aynı olmadığını düşündüğümüzden çalışmamızda birbirlerinin terim karşılığı olarak kullanmamaktayız.

bilgilendirilip, eğer kendisinden beklenen şekilde davranılmazsa da ortaya çıkacak hukuki sonuçlara (esas olarak iş sözleşmesinin feshedilmesine) dair uyarılmasıdır¹⁹⁵⁹.

ILO'nun İş Akdinin İşverence Sona Erdirilmesine İlişkin 166 Sayılı Tavsiyesinde¹⁹⁶⁰ (m.7-8) yetersizlik ve davranışlara dayanan fesihlerde işçiye ihtarda bulunulması gerektiği belirtilmiştir. Ama mevzuatımızda bu konuda düzenleme yoktur¹⁹⁶¹. ILO'nun tavsiye kararlarının hukuki bir bağlayıcılığı olmamasına ve mevzuatımızda yazılı bir düzenleme bulunmamasına rağmen doktrinde fesihten önce işçinin uyarılmış olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁹⁶². Çünkü işveren haklarını kullanırken TMK m. 2/I dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. İşçiye ihtarda bulunulmaması, ona davranışını düzeltmek veya mümkünse verimini arttırmak için son bir şans verilmemesi demek olduğundan dürüstlüğe aykırı olacaktır. Bu sebeple işçiye davranışlarını veya performansını düzeltebilmesi için son bir şans verilip bir kez uyarılmalı, eğer işveren bundan bir sonuç alamazsa, durum değişmez ya da tekrarlanırsa sözleşmeyi feshetmelidir¹⁹⁶³.

İhtar yapmama, dürüstlüğe aykırılık olarak nitelendirilmesinin yanı sıra dürüstlük kuralının tamamlayıcısı TMK m. 2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılması olarak da açıklanmaktadır¹⁹⁶⁴. Bir hakkın sahibi onu kullanırken tamamen serbest değildir. Çünkü bir hak, tanınmasındaki amaca uygun olarak kullanılmalıdır. Eğer hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat yoksa ya da sağlanacak menfaat ile karşı tarafa verilecek zarar arasında aşırı oransızlık varsa hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır¹⁹⁶⁵. Bunu, işverenin geçerli nedenle feshine uyarladığımızda da, işverenin amacı sözleşme ihlallerinden korunmak olduğuna göre, hem bu amacı

¹⁹⁵⁹ Günter Schaub, "Die Abmahnung als zusaetzliche Kündigungsvoraussetzung", **NZA**, Yıl: 1997, Yıl: 22, (Abmahnung), s. 1185; Astarlı, ss. 965-966; Caniklioğlu, s. 73; Astarlı Değerlendirme 2015, s. 292; Baysal, Geçerli Sebep, s. 200; Kabakcı, s. 265.

¹⁹⁶⁰ R166 - Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166), www.ilo.org, (04.11.2018).

¹⁹⁶¹ İşK. m. 19'da savunma şartını düzenleyen kanun koyucunun benzer nitelik taşıyan ihtar da Kanunda yer verseydi daha yerinde olacağı görüşü için bkz. Astarlı, s. 968.

¹⁹⁶² Süzek, ss. 584-585; Demir, ss. 336-337; Astarlı, ss. 971-975; Keser, s. 101; Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 291-292; Kabakcı, s. 265.

¹⁹⁶³ Süzek, s. 585; Demir, ss. 336-337; Keser, s. 103.

¹⁹⁶⁴ Kabakcı, s. 266.

¹⁹⁶⁵ Bilge Öztan, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 40. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2015, ss. 178-180; Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu ve Damla Gürpınar, **Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankaras, Kasım 2015, s. 58; Talih Uyar, "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK. 2/I) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (MK. 2/II)", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 442.

sağlayabilecek hem de feshe göre işçiyi daha az zarara uğratacak (hatta hiç zarar uğratmayacak) olan ihtar yolu denenmeden işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır¹⁹⁶⁶. Bu, sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından değil diğer işçiler için de geçerli olacaktır. Çünkü iş güvencesi dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin feshinde haklı ya da geçerli nedenle olup olmadığına bakılmadan sadece bildirim sürelerine uyulması yeterli olsa da, bu fesih hakkının kötüye kullanılabileceği anlamına gelmez. Zaten iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için fesih hakkının kötüye kullanılamayacağı aksi halde kötüniyet tazminatı ödeneceği belirtilmiştir (İşK m. 6). Sonuçta iş güvencesi kapsamında olmayan işçilere de ihtarda bulunulmuş olması gereklidir, ama elbette bulunulmaması feshe mani olamamaktadır.

Son çare ilkesi¹⁹⁶⁷ ne uygun davranmış olmak için de ihtarda bulunulması gereklidir. Dahası ihtarın asıl dayanağının bu ilkeler olduğu ve son çare ilkesi kapsamında ölçülülük ilkesi gereği zorunluluk arz ettiği ifade edilmiştir. Sonuç olarak uyarıyla düzeltilebilecek bir durum varsa ve buna rağmen ihtarda bulunulmamışsa, işveren daha hafif bir çözüm yöntemi varken iş sözleşmesini feshettiğinden “feshin son çare olması ilkesi”ne aykırı davranmış olacaktır¹⁹⁶⁸. Bu doğrultuda işçiye yapılacak ihtarın, işverenin fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun kullandığını ve son çare ilkesine uyduğunu ispatlaması açısından önemli olduğu belirtilmektedir¹⁹⁶⁹. Yargıtay da ihtar, ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak nitelendirmiştir¹⁹⁷⁰.

Sonuç olarak ihtar, ultima ratio ilkesinin sağlanabilmesi açısından başvurulacak daha hafif yollardan biri olduğuna göre son çare ilkesi ve buna aykırılık için söylediklerimiz ihtar için de geçerli olacaktır¹⁹⁷¹. Buna göre, mümkün olduğunca iş ilişkisinin devamını amaçlayan iş güvencesi kapsamında, eğer işçinin hukuka

¹⁹⁶⁶ Kabakcı, s. 266.

¹⁹⁶⁷ Üçüncü Bölüm VI. A. Son Çare İlkesi (Ultima Ratio)

¹⁹⁶⁸ Gerhard Wilhelm, "Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Abmahnung?", **NZA-RR**, Yıl: 2002, Sayı: 9, ss. 449-450; Ritter, s. 19; Berkowsky, s. 74; Astarlı, ss. 968, 970; Köseoğlu, s.257; Yıldız, Orantılılık, s. 695; Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 292-293, 296; Erdoğan, s. 239. BAG, 12.01.2006, 2 AZR 21/05, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 16, ss. 917-923.

¹⁹⁶⁹ Demir, ss. 336-337; Kabakcı, s. 265.

¹⁹⁷⁰ "...Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir ...", Y. 9. HD., 29.11.2010, 2009/35448 E., 2010/34835 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2011/3, Sayı: 30, ss. 376-381, s. 378. Astarlı da "orantılılık ilkesi"nin "ultima ratio"nın yanı sıra "ihtar"ın da asıl dayanağı olduğunu kabul etmiştir. Astarlı, s. 970.

¹⁹⁷¹ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. A. Son Çare İlkesi (Ultima Ratio)

aykırı davranışlarının önüne geçebilme ihtimali varsa ihtar vermeden doğrudan iş sözleşmesinin feshedilmesi geçerli kabul edilmeyecektir¹⁹⁷².

Doktrinde ihtarın, TMK'dan ayrı olarak İş Kanunu'nda bulunan bir pozitif hukuk dayanağı olduğu da kabul edilmektedir. Ancak bu pozitif hukuk dayanağının sadece işçinin yetersiz iş görmesine ilişkin olarak yapılacak geçerli nedenle fesihler için olduğu belirtilmiştir. İşK m. 25/I'in II-h alt bendindeki "İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" hükmündeki "*kendisine hatırlatıldığı halde*" ifadesinden işverenin bir ihtar yükümlülüğü olduğu açıktır. Buradan yola çıkılarak, ifa etmemeden daha hafif bir ihlal olan yetersiz iş görmede de ihtar yükümlülüğünün evleviyetle geçerli olacağı ileri sürülmüştür. Doktrin bu görüşünü, "çoğun içinde az da vardır" genel yorum ilkesi ile desteklemektedir. Sonuç olarak her ne kadar ihtarla ilişkin açık düzenleme olmasa da iş sözleşmesinin işçiden kaynaklanan nedenlerle feshinde, işçinin fesih öncesinde uyarılmasıyla ilgili bir boşluk olduğundan, İşK m. 25/I II-h alt bendindeki ihtar koşulunun kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁷³.

a. İhtarda Bulunulması Gereken Durumlar

İşverenin ihtarda bulunma yükümlülüğü her geçerli nedenle fesih bakımından kabul edilmemektedir. İşçinin değişebilir nitelikteki davranış ve yetersizlikleri mevcutsa işveren ihtarda bulunmak zorundadır. İşçinin kendisini veya davranışını değiştirmesi mümkün değilse işverenin ihtar zorunluluğu ortadan kalkacaktır¹⁹⁷⁴. Örneğin, işçinin konumunun ileri derecede yabancı dil veya teknik bilgi gerektirmesi durumunda, bu nitelikler kısa bir eğitimle kazandırılmayacağından ihtarın gerekli olmayacağı kabul edilmiştir¹⁹⁷⁵. Aslında her durumun ayrı ayrı değerlendirilmesi, ihtar yapılması gerekip gerekmediği ve yapılması gerekiyorsa içeriğinin ne olduğunun buna göre tespit edilmelidir. Sık sık hastalanan, rapor alan ve hastalığı işini gerektiği gibi yapmasını engelleyen ya da zihinsel veya bedensel yetersizliği

¹⁹⁷² Astarlı, s. 971.

¹⁹⁷³ Kabakcı, ss. 266-267.

¹⁹⁷⁴ Süzek; s. 585; Astarlı, s. 973; Kabakcı, ss. 267, 270.

¹⁹⁷⁵ Süzek, s. 585.

olan bir işçiye ihtar verilmesi durumu değiştirmeyeceğinden, işçi uyarılmadan (diğer şartlar sağlanarak) sözleşmesi feshedilebilecektir¹⁹⁷⁶.

Yargıtay da ihtarın her fesih bakımından zorunlu olmadığını kabul etmektedir. Yargıtay’a göre de öncelikle işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağı olup olmadığına bakılmalıdır. Ama bu kıstas da tek başına yeterli değildir. Çünkü ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesine devam etmesinin beklenemeyeceği hallerde işçiye davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek olmayacağı kabul edilmiştir. Yargıtay,

işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibarıyla, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu olmalı; aksi takdirde işveren ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmelidir

şeklinde görüşünü ifade etmiştir¹⁹⁷⁷.

Yargıtay, ağır yükümlülük ihlali söz konusu olduğu ve sözleşmenin devamını işverenden beklenemeyeceği derhal fesih hakkı tanınan İş Kanunu’nun 25. maddesindeki hallerde, geçerli nedenle fesih tercih edilirse, işçiye önceden ihtarla bulunulmasına gerek olmayacağını da belirtmiştir¹⁹⁷⁸. Ancak doktrinde bu şekilde bir genelleme yapılması doğru bulunmamıştır. Örneğin, devamsızlık durumunda bu genelleme uygun görülmemiştir. Çünkü işçi devamsızlığını makul bir mazerete bağlayabilecek ve ihtar karşısında da davranışını değiştirebilecektir. Bu sebeple, işçinin sözleşmeye uygun davranmayacağı yolunda iradesini açıkça ortaya koyduğu ya da madden imkânsızlık sebebiyle istese de değiştiremeyeceği durumlarda objektif bir öngörüde bulunulabileceği belirtilmiştir¹⁹⁷⁹. Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz üzere İşK m. 25/I’in II-h alt bendindeki “işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” hükmündeki “kendisine hatırlatıldığı halde” ifadesinden işverenin bir ihtar yükümlülüğü olduğu

¹⁹⁷⁶ Demir, ss. 337-338; Kabakcı, s. 268. Sık sık rapor almanın olumsuzluğa sebep olduğunda ihtara gerek olmadığı yönünde bkz. Y. 9. HD., 17.09.2015, 2015/17823 E. 2015/26133 K., Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 295.

¹⁹⁷⁷ Y. 9. HD., 29.11.2010, 2009/35448 E.2010/34835 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi** , Yıl: 2011/3, Sayı: 30, ss. 376-381.

¹⁹⁷⁸ Y. 9. HD., 07.09.2015, 2015/18744 E. 2015/24755 K., Astarlı Değerlendirme 2015, s. 295; Y. 9. HD., 24.09.2018, 2018/2118 E. 2018/16485 K.; Y. 9. HD., 24.09.2018, 2018/6582 E. 2018/16484 K., www.kazancı.com.tr, (25.08.2020).

¹⁹⁷⁹ Kabakcı, s. 270.

kabul edilmektedir¹⁹⁸⁰. Bu düzenleme uyarınca işveren haklı nedenle fesih yapmak istemez ve geçerli nedene başvurursa da haklı nedenin oluşabilmesi için zaten en başında ihtar gerekli olduğundan Yargıtay'ın genellemesinden ayrı bir durum oluşacaktır.

Doktrinde ihtarın, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler bakımından zorunlu olmayacağı şeklinde bir açıklama da yapılmaktadır¹⁹⁸¹. Çünkü işçinin yetersizliğine ilişkin geçerli nedenleri anlatırken ifade edildiği üzere, bu durumlarda iş için gerekli olan yetiler işçide bulunmamaktadır ya da yok olmuştur. Bu sebeple de işçinin iradesinin etkili olmadığı bir konu için ihtar da bulunulması işlevsel olmayacaktır. İhtarda bulunmanın işçinin davranışlarına dayanan nedenlerde zorunlu olduğu genellemesi karşısında da, işçinin “verimliliğe ilişkin durumlar”ın yetersizliğe mi yoksa davranışlara dayanan fesih mi olduğunun tespitine daha dikkat edilmesi gerekecektir¹⁹⁸². Herhangi bir karışıklığa fırsat vermemek için de, ihtar bir geçerli neden türüne özgülememek yerinde olacaktır. Zaten yukarıda belirttiğimiz üzere, yeterliliğe ya da davranışa dayanan neden ayırımına gitmeden de ihtar da bulunulması gereken olaylar tespit edilebilmektedir. Yargıtay da, verimliliğe ilişkin durumların sınıflandırılması ve buna göre ihtar zorunluluğu olup olmadığının tespiti zor olduğundan, işverenin daha sonra geçersiz fesihle karşı karşıya kalmaması için, verimsizlik ister yetersizlikten ister davranıştan doğsun işverenin ihtar da bulunmasının zorunlu olduğu şeklinde karar vermiştir¹⁹⁸³.

Sonuç olarak ihtarın yapılması gereken durumların tespiti açısından şu kıstası esas almak en doğrusu olacaktır: İşçinin davranışlarına ya da yetersizliğine ilişkin olsun, fesihten önce ihtardan olumlu sonuç alınamayacağı, tasarruf edilerek bir değişiklik yapılamayacağı baştan objektif olarak söylenebiliyorsa ihtar zorunlu olmayacaktır¹⁹⁸⁴. Eğer işçiye ihtar da bulunulsa da söz konusu davranış yineleyeceği objektif olarak açıkça ortadaysa, güven ilişkisi zedelenmişse, ihtar yapılmaksızın

¹⁹⁸⁰ Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 456; Kabakcı, ss. 266-267.

¹⁹⁸¹ Astarlı, s. 973.

¹⁹⁸² Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 1. c. (2) (i) İşçinin Yetersizliği ile İlgili Geçerli Fesih Sebepleri

¹⁹⁸³ 23.02.2009 2008/17133 E., 2009/3187 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 22, Yıl:2009/3, ss. 258-264, s. 262.

¹⁹⁸⁴ Astarlı, s. 973; Astarlı, Değerlendirme 2015, s. 295; Kabakcı, ss. 269, 270.

olumsuz öngörü de bulunabileceği ve ihtarsız geçerli nedenle feshe başvurabileceği kabul edilmiştir¹⁹⁸⁵.

İhtar gerekliliğinde, olumlu sonuç alınıp alınmayacağı kriterinin esas alınması gerektiğine katılmaktayız. Çünkü başka bir kıstas, yanlış uygulamalara sebep olabilir. Örneğin, işçi kleptoman olduğu için işyerinde hırsızlık yapıyorsa işçinin yetersizliğinden, bir hastalığı olmadan maddi menfaat için hırsızlık yapıyorsa davranışından kaynaklanan¹⁹⁸⁶ ya da işçi alkol bağımlısı olduğu için sürekli alkol alıyor ve işini aksatıyorsa yetersizlikten, böyle bir bağımlılığı olmadan alkol almış ve işini aksatmış ise davranışından kaynaklanan bir fesih sebebi mevcut olduğu kabul edilecektir¹⁹⁸⁷. Bu doğrultuda eğer ihtarda bulunulmasında dikkate alınacak esas husus “geçerli nedenin yeterlilikten mi yoksa davranıştan mı kaynaklanması” olursa, kleptoman işçi ya da alkol bağımlısı işçi belki de ihtar sonucu başlayacağı bir tedaviyle bu durumunu düzeltebilecekken, bu durumlar yetersizlik olarak nitelendirildiğinden ihtarda bulunulmasına gerek duyulmayacaktır.

İhtarda bulunulacak durumlara ilişkin bir başka husus ise, işçinin kastının gerekliliği etkileyip etkilemeyeceğidir. Doktrinde dürüstlük kuralı gereği, işçinin iş sözleşmesi ya da işyeri kurallarına kasıtlı olarak aykırı davranması halinde de kendisine ihtarda bulunulması gerektiğini savunan bir görüş vardır. Burada amaç her şeye rağmen sözleşmeyi feshetmeden önce işçiye son bir şans tanımaktır. Örneğin, işçinin “kasten” işe sık sık geç gelmesi ya da erken terk etmesi, iş yeri araç gereçlerini özel amaçlı kullanması, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uymaması, ara dinlenmesini uzatması durumlarında, işçi “bu davranışlar değiştirilmezse sözleşmenin feshedileceği” şeklindeki ihtar karşısında kendisini düzeltebilecektir¹⁹⁸⁸. Ancak işçinin davranışı ihmali değil kasıtlıysa ihtar gerekmeyeceği şeklinde aksi görüş de mevcuttur¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸⁵ Astarlı, Değerlendirme 2015, ss. 293, 296.

¹⁹⁸⁶ Berkowsky, s. 71; Alp, Tıbbi Tanıtım Sorumlusu, s. 51.

¹⁹⁸⁷ Alp, Tıbbi Tanıtım Sorumlusu, s. 51.

¹⁹⁸⁸ Demir, s. 338.

¹⁹⁸⁹ Köseoğlu, s. 259; Kabakcı, s. 270.

b. İhtarın Şekli, İçeriği ve Süre

İhtarın yapılma şekli açısından bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak ILO 166 sayılı Tavsiyesi'nde ispat kolaylığı açısından uyarının yazılı yapılmasının işverenin lehine olacağı belirtilmiştir¹⁹⁹⁰.

Şekil şartı olmasa da içeriğe ilişkin dikkat edilmesi gereken önemli hususlar bulunmaktadır. Doktrinde belirtildiği üzere ihtarın belgelendirme, bilgilendirme (bildirme/hatırlatma) ve uyarı olmak üzere üç temel işlevi vardır. Bunlar:

- İşçinin iş sözleşmesine aykırı ve işverence uygun bulunmayan davranışının tespit edilmesi (belgelendirme işlevi),
- Söz konusu davranışının sözleşmeye aykırı bulunduğuna ilişkin işçinin bilgilendirilmesi (bilgilendirme işlevi),
- İşçinin bu davranışını yinelemesi durumunda iş ilişkisinin sonlandırılacağı yolunda ikazı (uyarı işlevi) şeklindedir¹⁹⁹¹.

Bu doğrultuda ilk olarak uygun bulunmayan davranışın net bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Sadece işçinin performansının yetersiz bulunduğu ya da çok hata yapmış olduğu şeklindeki genel değerlendirmeler belgelendirme ve bilgilendirme işlevlerini sağlamak açısından yeterli bulunmamaktadır. İşverenin sözleşmeye aykırı bulup ihtar konusu ettiği durumu ayrıntılarıyla açıklaması gerekir¹⁹⁹². Somut olayın nerede, ne zaman, nasıl gerçekleştiğini ve sonuçlarının neler olduğunu belirtmelidir. Böylece hem belgelendirme işlemi tam anlamıyla gerçekleşmiş olacak hem de işçi kendisine atfedilen davranış veya yetersizliğin ne olduğunu net bir şekilde öğrenecektir¹⁹⁹³. Söz konusu davranış ya da yetersizlik tespiti gerektiği şekilde yapıldıktan sonra işveren işçiden tam olarak ne beklediğini ifade etmelidir¹⁹⁹⁴. Eğer işveren isteğini açık bir şekilde belirtmeyip genel bir ifade kullanırsa (örneğin, daha fazla sayıda üretim yapılması şeklinde), ihtardan sonraki ufak da olsa bir düzelme işverenin iş sözleşmesini geçerli şekilde feshedebilmesine engel olabilecektir. Fakat işveren işçiden beklentisini belirtirken keyfi davranamayacaktır. İşveren talepleri, sözleşme ile baştan kararlaştırılan koşullar ve diğer işçilerin ortalama performans

¹⁹⁹⁰ Süzek, s. 585.

¹⁹⁹¹ Junker, s. 225 Rn. 405; Çelik ve diğerleri, s. 492; Caniklioğlu, s. 73; Kabakcı, ss. 270-271.

¹⁹⁹² Astarlı, ss. 967, 968, Keser, s. 104; Kabakcı, s. 271.

¹⁹⁹³ Kabakcı, s. 271.

¹⁹⁹⁴ Süzek, s. 585; Keser, s. 104; Kabakcı, 271.

düzeyine uygun olmalıdır¹⁹⁹⁵. İhtardaki hedeflerin soyut olması ve sübjektif değerlere göre belirlenmesi de (“çalışırken işe kendinizi vermeniz”, “gerçek performans düzeyinde çalışmanız” gibi), bilgilendirme işlevi açısından yeterli kabul edilmez¹⁹⁹⁶.

Uyarı işlevi gereği olarak da işveren, işçiyi uyarırken durumun düzeltilmemesi ya da hatalı davranışın yinelenmesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceğini açıkça belirtmelidir¹⁹⁹⁷. Doktrinde sözleşmenin feshedileceğinin açıkça bildirilmesinin zorunda olmadığı, işçinin aynı veya benzer davranışlara devam etmesi durumunda bazı sonuçlarla karşılaşacağı şeklindeki uyarının yeterli olacağı görüşü de mevcuttur¹⁹⁹⁸. Ayrıca bu uyarı işlevinin ve ihtarın anlamının olması için işçiye ihtar konusu durumu düzeltebilmesi bakımından makul bir süre tanınması, bu süre geçtikten sonra değişiklik olmadıysa son çareye uygun olarak feshe başvurabileceği ifade edilmiştir¹⁹⁹⁹.

İhtarın, belgelendirme fonksiyonunun zayıf olduğu da düşünülmektedir. Bunun nedeni ise yazılı olarak ihtar yapma zorunluluğunun bulunmamasıdır²⁰⁰⁰.

Doktrinde ayrıca, işverenin ihtar karşısında işçiye kendisini açıklama fırsatı vermek için savunma alması gerektiği belirtilmiştir²⁰⁰¹. Ancak savunmanın alınmaması ihtar geçersiz kılmayacaktır. Çünkü Yargıtay kararında da belirtildiği üzere savunma alınması yükümlülüğü sadece iş sözleşmesinin feshinden önce alınmasına yöneliktir. İşverenin ihtarla bağlantılı bir savunma alma yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁰⁰².

İhtara ilişkin diğer hususlarda olduğu gibi süreye ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak doktrinde ihtar feshe giden yolda başvuru/somut olaya göre başvurulması zorunlu olan bir araç olduğu dikkate alındığında işverenin bu konuda tam bir serbestisi olduğu söylenemez. Çünkü işverenin geçerli nedenle fesih

¹⁹⁹⁵ Kabakcı, ss. 271-272.

¹⁹⁹⁶ Kabakcı, s. 272. Bkz. BAG, 27.11.2008, 2 AZR, 675/07, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 15, s. 842-844.

¹⁹⁹⁷ Sözek, s. 623.

¹⁹⁹⁸ Karlheinz Schmid, “Die Abmahnung und ihre rechtliche Problematik”, **NZA**, Yıl: 1985, Sayı: 13, s. 411; Astarlı, s. 967.

¹⁹⁹⁹ Astarlı, ss. 975, 985.

²⁰⁰⁰ Astarlı, ss. 965-966.

²⁰⁰¹ Demir, s. 338. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. İşçiden Savunma Alma Yükümlülüğü

²⁰⁰² Y. 9. HD. 15.09.2008, 2008/1868 E., 2008/23538 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 43, Yıl: 2014/4, ss. 184-186, s. 185; Y. 9. HD., 27.09.2016, 2015/34298 E., 2016/16728 K. 2007/30923, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt:31, Sayı: 1, Ocak 2017, ss. 34-35, s. 35.

bakımından makul süreye uyması gerekiyorsa²⁰⁰³, ihtar da aynı şekilde makul süre içinde yapılmalıdır²⁰⁰⁴. İşçinin bir davranışının üzerinden çok zaman geçtikten sonra ihtarda bulunması çelişkili davranış yasağı²⁰⁰⁵na da uygun düşmez. Benzer anlayışla ihtardan sonra da işçinin hatalı edimini devam ettirmesine ya da sürdürdüğü sözleşmeye aykırı davranışlarına işveren uzun süre ses çıkarmadan kabul ettiyse ihtarın artık uyarı fonksiyonunu kaybedeceği de ileri sürülmüştür²⁰⁰⁶.

İhtarın ne kadar süre içinde yapılacağındaki belirsizlik, etki süresi açısından da geçerlidir. Hem doktrin hem Yargıtay ihtarın etkisinin sınırsız olmayacağını ifade etmiştir²⁰⁰⁷. Fesih şartı olarak yapılan ihtar üzerinden illiyet bağıını kestiği düşünene kadar uzun süre geçtikten sonra, işçinin ihtar konusu ya da benzeri bir durum gerçekleştirildiğinde, söz konusu ihtara dayanılarak feshe başvurmak mümkün olmayacaktır. Illiyet bağıının ne kadar da kesileceğinin ise her somut olay bakımından ayrı değerlendirmek gerekir²⁰⁰⁸. Örneğin Yargıtay kararına konu bir somut olayda ihtardan sonra işçinin bir buçuk yıl sorunsuz çalışması illiyet bağıının kesilmesi için yeterli görülmüştür²⁰⁰⁹. Ama doktrinde sürenin somut olaya göre 6 ay kadar inebileceği, ihtar konusu olayın işyerinde yarattığı olumsuzluğun boyutu dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği; çünkü etki ne kadar ağırsa işverenin olumsuz öngörüsünün ortadan kalkması için o kadar uzun zaman geçmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰¹⁰.

İşçiye yapılan ihtarlar ve etki süreleri menfaat değerlendirmesinde dikkate alınacak olan güven sermayesinin varlığı ve gördüğü zarar bakımından yapılacak tespitlerde önem arz edecektir²⁰¹¹.

²⁰⁰³ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 1. b. İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshedilmesi. Makul süre kavramına ilişkin ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VII. A. Makul Süre

²⁰⁰⁴ Astarlı, s. 984; Köseoğlu, s. 260. Ayrıca İŞK m. 26'daki hak düşürücü süre (6 işgünü)'nin kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmüştür, bkz. Köseoğlu s. 260. Kıyasen bu hak düşürücü sürenin uygulanmasının mümkün olmadığı şeklindeki aksi görüş için ise bkz. Astarlı, s. 984.

²⁰⁰⁵ Bu yasağa aykırılık teşkil edecek diğer durumlar için bkz. Üçüncü Bölüm VII. A. Makul Süre ve Üçüncü Bölüm VII. B. Sürenin Başlangıcı

²⁰⁰⁶ Schaub, Abmahnung, s. 1188; Astarlı, s. 984.

²⁰⁰⁷ Y. 9. HD. 21.01.2017, 2017/639 E. 2017/781 K., <https://www.hukukmedeniyeti.org/>, (22.11.2021).

²⁰⁰⁸ Astarlı, ss. 985; Caniklioğlu, Değerlendirme 2017, ss. 278-279.

²⁰⁰⁹ Y. 9. HD. 21.01.2017, 2017/639 E. 2017/781 K., <https://www.hukukmedeniyeti.org/>, (22.11.2021).

²⁰¹⁰ Caniklioğlu, Değerlendirme 2017, ss. 279-280.

²⁰¹¹ Bkz. Üçüncü Bölüm I. B. 4. Güven Sermayesinin Oluşmasının Engellenmesi ve Üçüncü Bölüm V. C. Menfaat Dengesi

2. Şüphe Feshinde İhtar /Şüphe İhtarı (Verdachtsabmahnung)

Daha önce açıkladığımız üzere işverenin güvenini zedeleyen bir problem çıktığında fesih gerçekleştirilebilmesi için kural olarak (problem ihtarla düzeltilebilecek bir nitelik taşıyorsa²⁰¹²) önceden ihtar yapılmış olması gereklidir. Eğer bir davranış ilk kez gerçekleştirildiğinde ihtar yapılmışsa, işçinin davranışı tekrar etmesiyle birlikte iş ilişkisi geçerli bir şekilde sona erdirilebilecektir²⁰¹³. Hukukumuzda şüphe feshi, geçerli nedenle fesih olarak gerçekleştirileceğinden, geçerli nedenle fesihteki ihtar şartının, şüphe feshi için de aranıp aranmayacağını irdelemek gerekir.

Alman Hukuku'nda bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Doktrinde ihtarın, şüphe sebebiyle objektif olarak kaybedilmiş güveni yeniden inşa edemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu sebeple de şüphe feshinde ihtarın, son çare ilkesi uyarınca aranan daha hafif ve işe yarar feshe alternatif bir çözüm yolu olmadığı belirtilmiştir. Üstelik şüphe feshinin arkasında yatan sebep öyle esaslı ve göz ardı edilemez yükümlülük ihlalleri ve hatta suçlar olabilir ki, bunlar BGB'nin sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin düzenlemelerinde belirttiği, ihtarın gereksiz hale geleceği ve hemen feshi haklı kılan özel durumlar (BGB m. 314/II 3. cümlesi) kapsamına girebileceği ifade edilmiştir²⁰¹⁴. Buna rağmen doktrinde, işçinin mevcut durum ve davranışlarına dayanarak yapılan fesihte ihtar aranıyorsa, nedeni şüphe olan fesihte bu şartın evleviyetle geçerli olacağı da savunulmuştur²⁰¹⁵.

Yukarıda da incelendiği üzere her geçerli nedenle fesihte ihtar yapılmış olması şartı aranmamaktadır²⁰¹⁶. Dolayısıyla şüphe feshi için ihtar şartı bulunduğu kabul edilse de, şüphe konusunun ihtarla düzelecek bir durum olup olmadığına bakılması gerekir. Ayrıca şüphe feshi sürecinde ihtarın, ölçülülük ilkesi doğrultusunda öncelikli olarak başvurulması gereken daha hafif bir çözüm yolu

²⁰¹² Bkz. İhtarda bulunulması gereken durumlar için bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. a. İhtarda Bulunulması Gereken Durumlar

²⁰¹³ BAG, 04.06.1997 - 2 AZR 526/96, **NZA**, Yıl: 1997, Sayı: 23, ss. 1281-1284; BAG, 21.06.2001 - 2 AZR 30/00, **BeckRS** 2001, 41724; LAG Schleswig-Holstein, 10.01.2006 - 5 Sa 306/05, **NZA-RR**, Yıl: 2006, Sayı: 5, ss. 240-243; LAG Saarland, 12.09.2012 - 2 Sa 7/12, **BeckRS** 2013, 67834.

²⁰¹⁴ Langner ve Witt, ss. 828-829; Von Steinau-Steinrück ve Glanz, s. 274; Lembke, Verdachtskündigung, s. 90; Eylert, Verdachtskündigung, s. 405; Wertz, s. 206

²⁰¹⁵ Wertz, s. 206.

²⁰¹⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. a. İhtarda Bulunulması Gereken Durumlar

olarak kabul edilip edilmeyeceği irdelenmelidir²⁰¹⁷. Son çare ilkesi bağlamında daha hafif bir çözüm yolu olarak başvurulması gereken ihtardan söz edilebilmesi için de, kural olarak, feshe konu problemin ihtarla düzeltilebilecek nitelikte olması gerekecektir²⁰¹⁸.

BAG'in yaklaşımı da bu yönde olmuştur. Mahkeme şüphe feshi denetimlerinde ihtar şartını irdelemiş ve her somut olay bağlamında gerekli olup olmadığını tespit ederek bir karar vermiştir. Sonuç olarak, BAG, somut olayın koşullarına göre şüphe feshinde ihtar yoluna başvurulmasının gerekli olabileceği, dahası bu durumlarda ihtarda bulunulmadıysa feshin geçersiz olacağı kanaatindedir²⁰¹⁹.

Türk Doktrini'nde ise, şüphe feshinde ispatlanmış bir durum olmadığından ihtara gerek olmadığı, ancak istisnai hallerde uygulanması gerekebileceği ileri sürülmüştür²⁰²⁰.

Şüphe feshi, hukukumuzda bir geçerli nedenle fesih teşkil ettiğinden şüphe duyulan konunun değiştirilebilir bir nitelikte olması durumunda ihtarda bulunulması gerekeceği sonucuna varılabilir. Ancak bu çıkarım bakımından sorun yaratacak durumlar, feshin esas nedeninin güvenin zedelenmesi olması ve şüphe konusu olayın ise haklı neden teşkil edecek nitelik taşımasıdır. Bu iki husus dışında ihtara ilişkin yaptığımız açıklamalarda yer alan özellikleri sağlayan bir ihtarın gerçekleştirilmesi de işçi bakımından ispatlanmış bir davranış olmadığından mümkün değildir²⁰²¹. Zaten şüphe konusunun haklı neden teşkil edebilecek nitelikte olması gerektiğinden, bunların gerçekleştirildiği kabul edildiğinde işçiye ihtar yapmadan sözleşmeyi fesih imkânı ortaya çıkacaktır. Bu açıklamalarımıza rağmen şüphe feshinin türünü tespit ederken de belirttiğimiz üzere şüphe feshine özgü olarak işçinin şüpheli davranışları konusunda ihtar edilmesi hem son çare ilkesi bakımından işçi hem de güven sermayesinin oluşup oluşmadığı ve güven ilişkisinin telafisi olmayacak şekilde zedelenip zedelenmediğinin tespiti bakımından işverenin lehine olabilecektir²⁰²².

²⁰¹⁷ Eylert, Verdachtskündigung, s. 405.

²⁰¹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm VI. B. 1. a. İhtarda Bulunulması Gereken Durumlar

²⁰¹⁹ BAG, 06.07.2000, 2 AZR 454/99, <https://www.prinz.law>, (15.12.2021)

²⁰²⁰ Erdoğan, ss. 244-245.

²⁰²¹ Şüphe feshinde işçiye isnad edilecek ispat edilmiş bir davranış olmadığından şüphe feshinde işçinin uyarılması şartının sağlanmadığı görüşü için bkz. Zborowska s. 209.

²⁰²² Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

Ayrıca Alman Hukuku'nda ancak olumsuz öngörüye dayanılarak geçerli nedenle başvurulabilecek, hukukumuzda şüphe feshi olarak kabul edilmiş, işçinin geçmişteki davranışlarına dayanarak işçiden geleceğe yönelik şüphe duyulması durumundaki fesihlerde ihtarın, geçerli nedenle fesihlerde uygulanan ihtardan farklılık arz etmeyeceği ve bu sebeple genel açıklamaların geçerli olacağı kabul edilmelidir.

C. Şüphe Feshi Yerine Başvurulabilecek Daha Hafif Diğer Yollar

1. Başka Bir İşte ya da İşyerinde Çalıştırılmaya Devam Edilmesi İmkânı

İşverenin işçiyi başka bir işte çalıştırmaya devam ettirebilmesi imkânı, şüphe feshi karşısında daha hafif bir araç olarak kabul edilebilecektir. Örneğin, işyeri binası dışında üçüncü kişilerle ilişkilerde görevlendirilmiş bir çalışanın fiziksel bir kavgaya karıştığı şüphesi söz konusu olduğunda, kişinin iş sözleşmesi feshine başvurulmadan önce masa başı işine alınması yolunun denenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Elbette bunun için söz konusu işçiye uygun bir başka iş ya da boş çalışma yeri bulunması gerekir²⁰²³. Ayrıca şüphe sebebiyle yaşanan güven kaybı, işverenin işçiyle hiçbir şekilde çalışmaya devam edemeyecek boyutta olmamalıdır²⁰²⁴. Bu sebeple son çare ilkesi uyarınca söz konusu feshe alternatif yola başvurulması gerekip gerekmediği somut olaya göre değerlendirilecektir. İşçinin kendisinden şüphe duyulan yükümlülük ihlali ya da suç çok ciddi olduğunda, sadece işçinin başka bir yer ya da işte çalıştırılmasıyla iş ilişkisindeki zedelenmenin telafisi mümkün olmayacak ve objektif olarak güven yeniden inşa edilemeyecektir. Bu hallerde de iş ve işyeri değişikliğine feshe alternatif çözüm yolu olarak başvurulması mümkün olmayacaktır²⁰²⁵.

İşverenin feshe alternatif daha hafif bir yol olarak yönetim hakkı çerçevesinde tek taraflı iş veya işyeri değişikliğine gitmesi, iş sözleşmesinde bir iş ve işyeri

²⁰²³ LAG, Düsseldorf, 07.04.2011 - 11 Sa 58/11, <https://openjur.de/u/626148.html>, (20.12.2021)

²⁰²⁴ Belling, s. 232; Hoefs, ss. 32, 138. Ayrıca bkz. RAG, 23.06.1934 - RAG 318/33, **ARS**, Cilt: 21, Deutsches Druck und Verlagshaus GMBH, Mannheim, 1934, ss. 145-147; RAG, 06.05.1939-RAG 221/38, **ARS**, Cilt: 36, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1939, ss. 260-264; BAG 27.09.2012 - 2 AZR 646/11, **NJOZ**, Yıl: 2013, Sayı: 25, ss. 1064-1069.

²⁰²⁵ Wertz, ss. 250-251.

değişikliği kaydı olduğu veya çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil etmeyeceği durumlarda mümkün olacaktır. Aksi halde de işveren İŞK m. 22'deki prosedüre uygun olarak iş sözleşmesinde değişikliğe gidebilecek, işçi kabul etmezse iş sözleşmesini feshedebilecektir. Sonuç olarak işçinin işinin ya da işyerinin değiştirilmesi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil ettiğinden bu yol da iş sözleşmesinin feshine sebep olabilecekse de, bu seçenek şüphe feshi gibi doğrudan iş sözleşmesini son erdirmedeğinden daha hafif bir çözüm yolu olarak kabul edilebilir²⁰²⁶.

2. Sözleşmenin Askıya Alınması

Şüphe feshine başvurmayı sınırlamak için ona alternatif bir çözüm olarak önerilen bir diğer yol ise iş sözleşmesinin askıya alınmasıdır²⁰²⁷. Bu alternatifi sunan görüşlerden biri şüphe feshinin güven ilişkisinin telafisi olmayacak şekilde zedelenmesi söz konusuysa veya işçinin duracak işini ikame edecek bir başka çalışan bulunarak iş sözleşmesinin askıya alınması mümkün değilse şüphe feshine başvurulabileceğini belirtmiştir²⁰²⁸. Bu yolu ileri süren bir diğer görüş ise şüphe feshi ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin sadece, işçinin kusurlu davranışları sebebiyle şüpheye yol açıyorsa ve şüphe konusu olayın aydınlatılmasını kusurlu davranışlarıyla engelleyip şüpheyi güçlendirirse mümkün olacağını belirtmiştir²⁰²⁹. Bu görüşler her ne kadar şüphe feshine başvurulabilmesi bakımından farklı noktalar barındırsa da, sonuçta tüm görüşlerin ortak noktası iş sözleşmesinin askıya alınmasının fesih karşısında daha hafif bir yol olarak görülmesidir²⁰³⁰. Alman Hukuku'ndaki bu görüş kapsamında belirtilen, gerekçesine katılamadığımız ve uygulanmasını da uygun bulmadığımız husus ise, askıya alınma nedeni işçi tarafından doğmuş olduğundan ücret ödeme yükümlülüğünün de askıya alınmasının kabulüdür. Ayrıca iş sözleşmesi askı haline geçtikten sonra şüphe makul bir süre içinde açıklığa kavuşturulmazsa, süre aşıldığı anda derhal iş sözleşmesinin

²⁰²⁶ Wertz, s. 250. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. C. 3. İş Sözleşmesinin Şarta Bağlı Sona Erdirilmesi

²⁰²⁷ Heinz Mohnen, "Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses", **RdA**, Yıl: 1957, Sayı:11, s. 409; Heilmann, s. 67; Bellling, s. 232.

²⁰²⁸ Mohnen, s. 409.

²⁰²⁹ Heilmann, ss. 57 vd., 65,77.

²⁰³⁰ Mohnen, s. 409; Heilmann, ss. 67-77.

feshedilebileceği ve artık burada feshin şüpheyeye değil askı haline devam etmenin beklenilemezliğine dayandığı da ileri sürülmüştür²⁰³¹. Masumiyet karinesi ihlali sebebiyle şüphe feshini hukuka aykırı bulan görüş de işvereni işçinin iş sözleşmesini askıya almaya yönlendirmektedir²⁰³².

Doktrindeki bu düşüncelere karşı, iş sözleşmesini askıya alarak işçinin işten el çektilmesi esasen derhal gerçekleştirilen haklı nedenle şüphe feshine alternatif bir çözüm olmadığı da ileri sürülmüştür²⁰³³. Ancak şüphe feshinde eğer şüphelenilen hususun çeşitli şekillerde aydınlatılabileceği mümkün görülüyorsa, bu olasılığın derecesine göre fesih yerine başvurulacak daha hafif bir yol kabul edilebileceği ifade edilmiştir²⁰³⁴. Alman Hukuku'nda, özellikle işçi bakımından düşünüldüğünde, iş ilişkisi devam edeceğinden²⁰³⁵ ve ödeme yapılması da gerekli görüldüğünden²⁰³⁶ bu çarenin, askı süreci sonunda şüphenin ortadan kalkması durumunda tüm problemin çözülerek uyuşmazlık yaşanmaksızın iş ilişkisini sürdürme imkânı da dikkate alındığında, daha hafif bir önlem olduğu söylenmektedir²⁰³⁷. Ancak işçiye el çektilme, mahiyeti gereğince geçici bir tedbirdir ve belirttiğimiz üzere uyuşmazlığın çözümü değildir. Askı hali, şüphenin aydınlatılmasına imkân sağlayacak, böylece uyuşmazlığın çözülmesine yardımcı olacak ve aynı zamanda işverenin de menfaatinin zarar görmesine engel olacak son çare ilkesi gereğince kullanılması gereken bir araç olarak kabul edilebilir²⁰³⁸. Hatta bu anlayışla Alman doktrinindeki bir görüşe göre, her bir şüphe feshinden önce şüpheli durumların ayrıntılı bir şekilde araştırılabilmesi için işçiye işten el çektilmesi gereklidir²⁰³⁹.

Hukukumuzda kural askı halinde ücret ödenmemesi olduğundan bu durum işverene bir yük olmayacaktır. Ancak Alman Hukuku'nda, taraflar özel olarak belirtiyor ya da somut olayda işverenin ödeme yapmasının beklenmesi hakkaniyetli bulunmuyorsa ücret ödenmeyeceğinden, askı halinde ücret ödenmesi esas olacaktır.

²⁰³¹ Mohnen, s. 410; Heilmann, ss. 70-72. Bu olasılığın eleştirisi için bkz. Deinert, s. 297.

²⁰³² Deinert, ss. 296-297.

²⁰³³ Joachim, s. 39; Moritz, s. 405; Hoefs, ss. 98 vd.; Ebeling, ss. 186 vd.; Schlegel, ss. 60 vd.; Zborowska, s. 66. Bkz. 05.04.2001 - 2 AZR 217/00, **NZA**, Yıl: 2001, Sayı: 15, ss. 837-840.

²⁰³⁴ Deinert, s. 296;

²⁰³⁵ Ebeling, s. 186; Zborowska, s. 66.

²⁰³⁶ BAG, 04.06.1964 - 2 AZR 310/63, **NJW**, Yıl: 1964, Sayı: 41, ss. 1918-1921. Alman Hukuku'nda, Türk Hukuku'ndakinden farklı olarak askı halindeki temel kural ücretin ödenmemesi şeklinde değildir. Bkz. İkinci Bölüm III. C. İşçinin İşten El Çekmesi

²⁰³⁷ Vom Stein, s. 45; Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, BGB § 626 A. III. 4. Suspendierung Rn. 15.

²⁰³⁸ Bkz. İkinci Bölüm III. C. İşçinin İşten El Çekmesi

²⁰³⁹ Vom Stein, s. 46

Bunun da işveren bakımından büyük yüke sebep olabileceği ifade edilmiştir. Dahası hukukumuz bakımından da geçerli olacak bir başka probleme de sebep olabileceği belirtilmiştir. El çektirilen işçinin iş yükü diğer çalışanlar arasında kolayca dağıtılamadığında yedek bir işçinin devreye sokulması gerekirse işverene şüphe edilen işçiye ödenecek ücrete de ek bir mali yük ortaya çıkabilecektir. Böylece işverenin son çare ilkesine uymak adına zaten uyuşmazlık yaşadığı işçi için büyük mali külfete katlanmak zorunda kalabileceği vurgulanmıştır²⁰⁴⁰. Bu, işten el çektirmenin şüphe feshine alternatif daha hafif bir yol olarak kabul edilmesi bakımından sıkıntılı bir durumdur. Özellikle el çektirilen süreçte şüphenin aydınlatılamama veya işçinin suçlu olması olasılığı karşısında işverenin ek mali yüklere katlanmasını beklemek çok mantıklı bulunmamıştır²⁰⁴¹. Çünkü her ne kadar son çare ilkesi uyarınca feshe göre daha hafif yollara başvurulması gerekse de burada iki tarafın da menfaatleri gözetilmelidir. İşverenden işletmesel karar alma özgürlüğünü ortadan kaldıran, onu ve işletmesini kötü duruma sokacak, gereksiz yere masraf yaptıracak ve zarar ettirecek kararlar alması istenemeyecektir²⁰⁴². Bu sebeplerle haklı nedenle şüphe feshi beyanına karşı el çektirmenin her zaman öncelikli olacağı şeklinde bir genelleme uygun bulunmamıştır. İşverenden iş sözleşmesini şüphe feshi ile feshetmek yerine ücret ödemeye devam edilerek işten el çektirilmesinin beklenemeyeceği ifade edilmiştir²⁰⁴³.

Askı hali sonrasında şüphenin aydınlatılamamasından dolayı işçinin bir fesihle karşılaşp işsiz kalabilme ihtimali olsa da, hali hazırda işçinin iş ilişkisi sürdüğünden ve askı hali kalkınca işe devam etmesi gerekeceğinden işçinin bu süreçte iş araması da mümkün görülmemiştir. Söz konusu bu durum askı halinin işçiler bakımından dezavantajı olarak nitelendirilmiştir²⁰⁴⁴. Üstelik bu askı halinde işçiye ücret ödenmemesi de söz konusuysa, işçi iş sözleşmesi devam ettiğinden işsizlik yardımı almamakta, hem hukuken hem de içinde bulunduğu şartlar sebebiyle (sadakat yükümlülüğü kapsamında rekabet yasağında düşünüldüğünde) başka bir işte çalışması ya da en azından iş bulması mümkün olmamaktadır. Bu durumun işçi

²⁰⁴⁰ Vom Stein, s. 45; Hoefs, s. 99.

²⁰⁴¹ Vom Stein, s. 45.

²⁰⁴² Bkz. Üçüncü Bölüm VI. A. Son Çare İlkesi (Ultima Ratio)

²⁰⁴³ Strobel, s. 156 vd. ; Vom Stein, s. 46; Stoffels, BeckOCK Arbeitsrecht, BGB § 626 A. III. 4. Suspendierung Rn. 15. Ayrıca bkz. BAG, 11. 03.1999 - 2 AZR 507/98, **AP**, BGB § 626 Nr. 149.

²⁰⁴⁴ Strobel, ss. 146 vd.; Moritz , s. 405; Hoefs, s. 123; Ebeling, s. 186; Zborowska, s. 66. Bkz. BAG, 04.06.1964 - 2 AZR 310/63, **NJW**, Yıl: 1964, Sayı: 41, ss. 1918-1921.

açısından ne kadar adaletsiz olacağı da ortadadır. Ancak işçinin askı halinde iş sözleşmesini her zaman geçerli nedenle sona erdirebileceği de ifade edilmiştir²⁰⁴⁵. Ama kanaatimizce işçinin askı dönemindeki fesih hakkı (ki geçerli nedenle feshe işçinin her zaman başvurabileceği konusunda bir tartışma yoktur) işçi açısından zor durumu gidermeyecektir. Bu sebeple askı sürecinde işçiye ödeme yapılması önemlidir. Bu açıdan işvereni de gözeterek DMK'daki uzaklaştırma esaslarının örnek alınabileceği ifade edilmiştir²⁰⁴⁶. Yeni iş bulma bakımından da hukukumuzda şüphe feshi haklı nedenle fesih olmadığından ve bu sebeple Alman Hukuku'ndaki gibi derhal feshedilemediğinden hukuka uygun bir şekilde şüphe feshi gerçekleştirilirse askı hali sonunda birden işsiz kalma problemi yaşanmayacaktır.

Sonuç olarak iş ilişkisinin devamında şüphenin dağıtılması konusunda daha ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, uygulamada işyeri disiplin düzenlemeleri kapsamında işçinin soruşturulması aşamasında işten el çektirilebilmekte ve aksini kabul eden işyerleri olsa da işçiye bir şekilde ödeme (askı halinde ödeme yapılmaması istisnası) yapılabilmektedir. Eğer tedbiren el çektirmeye ilişkin bir düzenleme mevcut değilse de somut olayın koşullarına göre askı halinin uygulanması çok yakın ve sınırlı bir zaman aralığı için fesih beyanında bulunmadan önce başvurulması gereken bir yol olarak kabul edilebilir.

3. İş Sözleşmesinin Şarta Bağlı Sona Erdirilmesi

Şüphe feshini incelerken görüldüğü üzere feshe sebep olan şüphe konusu olay tamamen ortada olmadığından ve davranışın iş sözleşmesi sona erdirilecek işçi tarafından gerçekleştirildiği ya da gerçekleştirileceği kesin olmadığından, Alman Medeni Hukuku'nda belirsiz olan durumlar bakımından kabul edilebilen şarta bağlamanın şüphe feshi bakımından problemlili hususların çözümü olup olmayacağı sorusunu akla getirmiştir. Hatta bu soruyu olumlu yanıtlayanlardan doktrindeki bir

²⁰⁴⁵ Zborowska, s. 66. Bkz. BAG, 04.06.1964 - 2 AZR 310/63, **NJW**, Yıl: 1964, Sayı: 41, ss. 1918-1921.

²⁰⁴⁶ Bkz. İkinci Bölüm III. C. 2. Şüphe Giderme Bakımından Ortaya Çıkabilecek Askı Halleri ve Özellikleri

görüş, bu yolla şüphe feshindeki sorunlu hususlar giderilmiş olduğundan yeniden işe alınmayı talep hakkını da gerekli bulmayıp reddetmiştir²⁰⁴⁷.

Son çare ilkesi uyarınca doğrudan fesih gerçekleştirmek yerine bir koşula bağlamanın daha hafif bir yol olduğu düşüncesi çok da imkânsız görülmemiştir²⁰⁴⁸. BGB m. 158’de de açıklandığı üzere bir hukuki işlemin şarta bağlanması geciktirici/taliki (aufschiebend) ya da bozucu (auflösend) şekilde olabilir. Benzer şekilde bu hususa Türk Borçlar Kanunu’nda da yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun “Koşullar” başlıklı ikinci ayrımında m. 170-176 arasında geciktirici ve bozucu koşullara bağlı sözleşmeler yapılabileceği ve bunun nasıl olacağı düzenlenmiştir.

Şüphe feshinde kabul edilebilecek koşul öncelikle işçiye karşı duyulan şüphenin aydınlatılıp fiilin işçi tarafından gerçekleştirildiği ortaya çıkması olacaktır. İşçinin söz konusu davranışta bulunduğu ortaya çıktığı an geciktirici şart gerçekleşmiş olacak ve bu andan itibaren (TBK m. 170’de belirttiği üzere aksi kararlaştırılabilir) fesih beyanı hüküm ifade edecektir²⁰⁴⁹. Ancak söz konusu olan bu askı durumu, feshin tek taraflı irade beyanı ile karşı tarafın kabulü olmaksızın ortaya çıkan sona erdirici etkisine ters düşer. Bir başka ifadeyle geciktirici şart ile ortaya çıkan bu askı hali, feshin bozucu yenilik doğuran (inşai) hak niteliğine aykırıdır²⁰⁵⁰.

Yenilik doğuran hakların kullanılması kural olarak şarta bağlanamaz. İnşai hakların bir koşula bağlanmasının uygun olmamasının nedeni fesih beyanı alan karşı taraf bakımından hukuki güvenlik sağlanması gereğidir²⁰⁵¹. Yenilik doğuran hak, konumuz bakımından fesih hakkının şarta bağlı kullanılması durumunda hukuki bir belirsizlik oluşur. Çünkü fesih beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurup doğurmayacağı ya da doğan sonuçların ortadan kalkıp kalkmayacağı kesin olarak bilinmemektedir. Yenilik doğurucu fesih beyanı ile birlikte işveren tek taraflı olarak işçinin hukuk alanına müdahale etmekte ve sürekli borç ilişkisi olan iş sözleşmesinin

²⁰⁴⁷ Gentges, Prognoseprobleme, s. 373.

²⁰⁴⁸ Rudolf Reinhardt, “Grundsatzliches zum Recht auf Wiedereinstellung Entnazifizierter Arbeitnehmer”, **RdA**, Yıl: 1950, Sayı: 3, ss. 86 vd.; Heilmann, s. 86;

²⁰⁴⁹ Ebeling, s. 187.

²⁰⁵⁰ Heilmann, s. 32; Belling, s. 233; Hoefs, s. 129; Preis, Prinzipien, s. 344; Sebastian A. E. Martens, “Grundfälle zu Bedingung und Befristung” **JuS**, Yıl: 2010, Sayı: 7, s. 579; Rolf Schmidt, **BGB Allgemeiner Teil**, 17. Auflage, Rolf Schmidt Verlag, Bremen, 2018, s. 161 Rn. 536; Ebeling, s. 187; Zborowska, s. 64.

²⁰⁵¹ Heilmann, ss. 32, 87; Belling, s. 233; Hoefs, ss. 129-130; Ebeling, s. 187; Zborowska, s. 64; Eren, s. 61; Baycık, ss. 259, 261

kaderini tayin etmektedir. Özellikle de söz konusu bozucu inşai hakkın sadece bir sözleşmenin sona erdirmenin ötesinde, hayati önemi olan geçim kaynağı işini kaybettirdiği düşünüldüğünde işçiler bakımından durumun belirsiz olmaması (işçinin işini kaybedip kaybetmeyeceği veya bunun ne zaman olacağını bilmemesi) gerekir²⁰⁵². Ayrıca bir başka olası olumsuz sonuç olarak Alman Doktrini'nde, işçinin KSchG m. 4'de düzenlenmiş olan sürenin kaçırılabilceği ifade edilmiştir²⁰⁵³. Çünkü Kanun düzenlemesine göre işçinin feshe karşı koruma davası açabilmesi için üç haftalık bir süre vardır. Ve bu sürenin yazılı işten çıkarmanın alınmasıyla başlayacağı açıkça ifade edilmiştir. Başvurulması gereken bir makam söz konusuysa burada geçen süreler bakımından hak düşürücü süreye ilişkin bir değerlendirme yapılmışken (KSchG m. 4. cümle) koşula bağlı bir fesih açısından özel bir düzenleme olmadığından madde hükmü karşısında hak düşürücü sürenin kaçırılabilceğinin söylenmesi mümkün gözükmemektedir. Şarta bağlı feshin mümkün kabul edilmesini engelleyecek olan bu tespitlerin ortaya çıkması, özellikle şüphe feshinde konulacak şartın taraf iradelerine bağlı (potestative) bir nitelik taşımamasından, bir başka ifadeyle şartın gerçekleşmesinin işçinin elinde olmamasındandır²⁰⁵⁴. Olayın aydınlatılabilmesinde işçinin etkisi olabilse de bu sadece işçiye bağlı bir durum değildir. Ayrıca olayın işçi tarafından gerçekleştirildiğinin ispatlanması şüphe feshinin dayanağını da teşkil etmemektedir. Ki böyle bir durum kabul edilseydi artık şüphe feshi (Verdachtskündigung) kavramının anlamı kalmaz ve fesih zaten maddi olgulara dayanan fesih (Tatkündigung) olarak nitelendirilirdi. Açıkladığımız üzere şüphe feshinde neden esas olarak iş ilişkisindeki güvenin telafisi olmayacak şekilde zedelenmesidir²⁰⁵⁵. Dolayısıyla feshin geçerliliğini davranışın işçi tarafından gerçekleştirildiğinin ispatlanmasına bağlamak şüphe feshi kavramına tamamen ters düşeceğinden de kabul edilmemektedir. Zaten şüphe feshi nedeninin etkilenmesi,

²⁰⁵² Baycık, ss. 323, 367, 368; Ebeling, s. 187; Seçkin Nazlı, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 5, Sayı: 2, ss. 277-278.

²⁰⁵³ Belling, s. 233; Ebeling, s. 187.

²⁰⁵⁴ Schmidt, s. 162 Rn. 537. OLG Hamburg, 21.07.2000- 4 U 238/99, **NJW-RR**, Yıl: 2001, Sayı: 3, s. 153. Eğer kanuni bir şart (Rechtsbedingung) varsa, yani hukuki işlemin geçerliliği yasalarda düzenlenmiş bir şarta bağlandıysa burada yukarıda yer verdiğimiz anlamda bir şarta bağlama baştan devre dışı bırakılmış olur, bkz. Schmidt, s. 161 Rn. 531.

²⁰⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm I. C. İşçi – İşveren Arasındaki Güvenin Zarar Görmesi ve Sonuçları ve Üçüncü Bölüm V. A. 3. Kuvvetli Şüphenin Güven İlişkisini Ortadan Kaldırması

ancak işçinin masumiyeti kanıtlanabilirse mümkün olacak, çünkü böylece feshe dayanak güvensizlik giderilebilecektir²⁰⁵⁶.

Tüm şartların sağlandığı geçerli bir şüphe feshinde, daha sonra işçinin masumiyetinin ortaya çıkmasıyla fesih nedenini zedelenmesinin, feshi bozucu şarta bağlanmışsa mümkün olabileceği de ifade edilmiştir. Çünkü bu şekilde yenilik doğurucu hak olan fesih hakkı kullanıldığı anda geçerli olacak bozucu şart olan masumiyetin ispat edilmesiyle fesih gelecekte etkisiz kalabilecektir. İşçinin masum olup olmadığını bildiğinden burada işçi açısından belirsizlik bulunmadığı ve masumiyetin bozucu şart olarak kabulünün mantıklı olabileceği ifade edilmiştir²⁰⁵⁷. Ama burada da şüphe feshinin şarta bağlanması bakımından eleştirilen tüm hususlar ortadan kalkmış olmaz. Bozucu şart da, inşai hak (yenilik doğuran hak) olan feshin şarta bağlanmaya ters yapısına uygun düşmeyecektir. Bu sebeple bu yol da reddedilmiştir²⁰⁵⁸. Türk Doktrin’inde de iş sözleşmesinin niteliğine uygun olmadığından ve İş Kanunu’ndaki fesih hükümlerinin dolanılması olarak değerlendirilebileceğinden bozucu şartla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi kural olarak uygun görülmemiştir²⁰⁵⁹.

Zaten geciktirici şartta olduğu gibi masumiyet bozucu şartı da tam olarak işçinin iradesine bağlı bir nitelik taşımaz. İşçi her ne kadar masum olup olmadığını kendisi bilse de bunun ortaya çıkmasında işçi tek faktör değildir. Örneğin, somut olayda gerçeğin ortaya çıkıp işçinin masumiyetinin kanıtlanması için tek yol şüphe konusu eylemi gerçekleştiren diğer bir işçinin bunu itiraf etmesi olabilir. Sonuç olarak bozucu şart gerçekleştiği zaman fesih bildirimi otomatikman ortadan kalkar ve işçinin bu yönde iradesi olmaksızın iş ilişkisi yeniden kurulur. Bunun, iş ilişkisinin devamı söz konusu olduğundan ilk bakışta işçinin menfaatine uygun bulunabilirse de durumun tam olarak işçi lehine olduğunun kabul edilemeyeceği belirtilmiştir²⁰⁶⁰. Çünkü işçi gerçekleşmiş feshin ardından sona eren bir iş ilişkisinin yeniden kurulacağından emin değildir. Her ne kadar bozucu şartta askıda geçersizlik olduğu bilinse de işçi daha önceden yapılan araştırmalara, verdiği savunmaya rağmen

²⁰⁵⁶ Ebeling, s. 188.

²⁰⁵⁷ Ebeling, s. 188

²⁰⁵⁸ Hoefs, s. 130. Feshin geçerliliğinin bozucu şarta bağlanmasına karşı karar için bkz. BAG, 15.03. 2001 - 2 AZR 705/99, **NJW**, Yıl: 2001, Sayı: 45, ss. 3355-3356.

²⁰⁵⁹ Gülsevil Alpagut, “Hizmet Sözleşmesinin Bozucu Şarta Bağlanması”, Prof. Dr. **Turhan Esener’e Armağan**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, (Bozucu Şart), s. 426.

²⁰⁶⁰ Belling, s. 233; Hoefs, s. 131; Ebeling, s. 189; Zborowska, s. 65.

işverenin dağıtamadığı şüphenin dağıtılıp masumiyetinin çıkma ihtimaline dayanarak beklemesi çok da mantıklı olmayacaktır. Bu belirsiz süreç içinde belki de fesihden uzun bir süre sonra hatta yeni bir iş bulduğu anda bozucu şart gerçekleştiğini düşünürsek işçinin düzeninin tekrardan alt üst olacağı ortadadır. Dolayısıyla işçiyi hayatını devam ettirmesini sağlayan iş ilişkisi bakımından bir belirsizliğe mecbur etmek hukuki güvenlik ilkesine aykırı olacaktır²⁰⁶¹.

Hukuki güvenlik ilkesi uyarınca işçinin iş ilişkisinin sona ermesi bakımından durumunun net olması gerekir. Bu netlik esasen feshin ardından gerçekleşen feshe karşı koruma davası (hukukumuzda arabuluculuk ve devamında işe iade davası) ile sağlanacaktır²⁰⁶². Burada önemli olan iş ilişkisinin sürüp sürmeyeceği kararının masumiyeti ortaya çıkan işçinin iradesine bırakılmasıdır. Ancak Türk Hukuku'nda işe iade davalarında da bozucu şartta olduğu gibi, sendikal nedenle işten çıkarmalar haricinden tazminat alma ya da iş ilişkisinin devamını isteme şeklinde seçimlik bir hak tanınmamaktadır.

Alman Hukuku'nda inşai haklarda bozucu şarta bağlanamama hususuna sosyal nedenlerle kanunla istisna getirilebilse de (BGB m. 569/III 2. Bend)²⁰⁶³; iş hukukunda ne genel olarak fesihler için ne de şüphe feshi için bozucu şarta yönelik bir kanun düzenlemesi bulunmadığı da doktrinde belirtilmiştir²⁰⁶⁴.

Sonuç olarak, inşai hak niteliği ve işçinin içinde kalacağı belirsiz durumdan²⁰⁶⁵ şarta bağlı fesih bildirimini geçersiz kabul edilmiştir²⁰⁶⁶. Bu sebeple de şüphe feshinin yukarıda belirttiğimiz taliki ya da bozucu şartlarla gerçekleştirilmesi son çare ilkesi uyarınca başvurulabilecek daha hafif bir yol teşkil etmeyecektir.

Her ne kadar kural olarak şarta bağlı fesih geçerli sayılmasa da, bunun en önemli istisnasını hakkın iradi şarta bağlı olarak kullanılmasıdır. Bu doğrultuda, şekil ve denetim bakımından farklılık gösterebilse de hem Türk Hem Alman Hukuku'nda istisnaen feshin geciktirici veya bozucu şarta bağlı gerçekleştirilebileceği kabul

²⁰⁶¹ Hoefs, ss. 131-132.

²⁰⁶² Ebeling, s. 189.

²⁰⁶³ Belling, s. 233.

²⁰⁶⁴ Gentges, Prognoseprobleme, s. 318.

²⁰⁶⁵ Bu nedene ilişkin yapılan teorik tartışmalar için bkz. Baycık, ss. 259-266.

²⁰⁶⁶ "Fesih bildirimini bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukukî alanını etkilediğinden, açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimini geçerli değildir", Y. HGK., 04.04.2018, 2015/2883 E., 2018/675 K., www.legalbank.net, (06.04.2021).

edilmiştir²⁰⁶⁷. Doktrinde de ifade edildiği üzere bu istisna İşK m. 22’de yer alan değişiklik feshidir. Yargıtay Kararı²⁰⁶⁸nda da açıklamaya çalıştığımız bu konu şu şekilde ifade edilmiştir:”.

Şarta bağlı fesih de kural olarak geçerli değildir. Zira, yenilik doğurucu bir beyan olan fesih bildirimi, tek taraflı olarak karşı tarafın hukuk alanına müdahale anlamına gelmekte ve sürekli borç ilişkisinin gelecekteki kaderini belirlemektedir. Bu sebeple, fesih bildiriminden, iş ilişkisinin ne zaman sona ereceği yeteri kadar açıklıkla anlaşılması gerekir. Şarta bağlı feshin ayrık hali, işçinin iradi davranışına bağlı olan durumlarda, örneğin değişiklik feshinde kendini gösterir. Görev değişikliğini kabul etmeme, verilen uyarı üzerine aynı eylemi tekrar ettiği takdire feshedileceği şartının bildirilmesi durumlarında, şarta bağlı fesih geçerli olacaktır

Dolayısıyla şüphe feshini şarta bağlamak tüm fesihlerde olduğu gibi geçerli olmadığından son çare ilkesi gereğince buna başvurmak mümkün değildir. Ancak, şüphe feshi yerine şarta bağlı feshin istisnası olan değişiklik feshi prosedürünün uygulanması mümkündür. Zaten yukarıda da incelediğimiz üzere somut olayın koşullarına göre işveren şüphe feshine başvurmadan önce son çare olarak “işçinin başka bir işte ya da işyerinde çalıştırma” yolunu denemelidir. İşçi bunu kabul etmediğinde işveren artık şüphe feshi yerine değişiklik feshi uygulayabilecektir²⁰⁶⁹.

4. İkale

Yapılan bir feshin geçerli olması ancak feshe alternatif daha hafif bir çözüm yolu yoksa mümkündür. İkale sözleşmesi de daha hafif bir çözüm yolu olarak görülebilir. İkale iş ilişkisini son erdirecekse de, bu feshe göre daha az zarar verici kabul edilebilir. Sonuç olarak ikalede taraflar kendi aralarında sorunu sessizce yoluna koyacaklarından işçinin yaşadığı imaj kaybı daha az olacak; bu sebeple de bu ayrılık şekli, işçi için daha cazip hale gelebilecektir. Sadece işçi için değil işveren için de ikale sözleşmesi daha lehe sayılabilir.

Önceden de şüphe feshinin geçerliliği konusunda zaten mevcut olan önemli gereklilikler ile Emmely kararı kapsamında öne çıkan uzun yıllar sorunsuz süren

²⁰⁶⁷ Baycık, s. 266; Nazlı, s. 278.

²⁰⁶⁸ Y. 9. HD., 15.01.2018, 2016/33446 E., 2018/113 K., www.legalbank.net, (07.04.2021). Benzer bir başka karar için bkz. Y. 7. HD., 06.03.2014, 2013/8710 E., 2014/5492 K., www.legalbank.net, (07.04.2021).

²⁰⁶⁹ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm VI. C. 1. Başka Bir İşte ya da İşyerinde Çalıştırılmaya Devam Edilmesi İmkânı

kıdem karşısında “şüphe sebebiyle gerçekleşen güven kaybının iş mahkemesinde objektif ölçütler karşısında onaylanmaması” ve “güven deposunun henüz tamamen tükenmediği yani işçiye karşı duyulan güvenin tamamen çökmediğinin kabul edilmesi” riski, işveren için söz konusudur. Çünkü işverenin subjektif kendi bakış açısıyla güven kaybı yaşadığını beyan etmesi iş mahkemesi için önem arz etmeyecektir. Mahkeme objektif olarak bir üçüncü kişi bakış açısıyla makul ve mantıklı bir işverende olağan koşullar altında bir güven kaybı yaşanıp yaşanmayacağı değerlendirmesi yapacaktır. Sonuç olarak ikalenin daha az sıkıntı verecek ve uğraştıracak bir alternatif olduğu ileri sürülebilir²⁰⁷⁰.

Elbette buradaki ön koşul sözleşmenin her iki tarafının da hazır bulunmasıdır. İşçi masum olduğunu ısrarla söylemeye devam edip ikale anlaşmasını imzalamayı reddedebilir. Bu durumda doğal olarak ön koşul sağlanmamış olacaktır. Bunun yanı sıra ikalenin makul yarar gibi diğer geçerlilik şartlarını da sağlanmış olması gereklidir²⁰⁷¹.

VII. ŞÜPHE FESHİNDE SÜRE

İş mahkemesine gelen bir uyuşmazlığın konusu fesih olduğunda hâkimin fesih gerekçesinin ne olduğuna bakıp somut olayda uygulanabilecek fesih türünü tespit etmesi gerekecektir. İşverenin uyguladığı fesih türünü açıkça ifade etmesi de durumu değiştirmeyecektir. Zira TBK m. 19 ve HMK m. 33 hükümlerinden anlaşıldığı üzere hâkim hukuki nitelendirmeye bağlı olmayacaktır²⁰⁷². Hâkimin bu tespiti önemlidir; çünkü belirlediği fesih türünün şartlarının somut olayda bulunup bulunmadığına göre feshin hukuka uygunluğunu ve geçersiz olup olmayacağını karara bağlayacaktır. Bu doğrultuda mevzuatımızda düzenlenmemiş incelemekte olduğumuz “şüphe feshi” olarak adlandırılan fesihlerin hangi fesih türü kapsamına gireceği ve bu doğrultuda hangi prosedüre uyulması gerektiği de içtihatlar yoluyla belirlenmiştir. Katıldığımız sonuca göre, temelde şüphe feshi bir geçerli nedenle

²⁰⁷⁰ Wertz, s. 251

²⁰⁷¹ Bu konuya ilişkin bilgi için bkz. Mustafa Alp, “İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 17, (İkale), ss. 26-46; Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi”, **Kamu-İş Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 11, Sayı: 4, (İkale), ss. 1-7.

²⁰⁷² Y. 9. HD., 02.03.2015, 2015/2903 E., 2015/8612 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 46, <https://www.calismatoplum.org>, (30.01.2021).

fesih olarak (iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için süreli fesih olarak nitelendirmek gerekir) değerlendirilecek ve geçerli nedenle feshin şekil şartlarının uygulanması gerekecektir. Her ne kadar dayananı nedenler açısından İş Kanunu'nda sayılan haklı nedenler göz önünde tutulması gerektiğini belirtsek de uygulanması gereken prosedür geçerli nedenle feshinki olacaktır²⁰⁷³. Geçerli nedenle fesih bakımından mevcut İş Kanunu düzenlemelerine bakarak şüphe feshine başvurabilmek için bir hak düşürücü süre olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

A. Makul Süre

Geçerli nedenle fesih için İş Kanunu'nda haklı nedenle fesihte olduğu gibi bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Doktrinde haklı nedenle fesihlerde olduğu gibi İş Kanunu'nda geçerli nedenle fesihler için de hak düşürücü süre getirilmemiş olması yerinde bulunmuştur. Çünkü geçerli fesih nedenlerinin, özellikleri ve uygulamadaki değişkenliği sebebiyle bu şekilde bir hak düşürücü süre gerektirmeyecek nitelikte olduğu düşünülmektedir²⁰⁷⁴. Ancak buna rağmen işverenin bir zaman sınırlaması olmaksızın her zaman geçerli nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebilmesi mümkün değildir. TMK m. 2 dürüstlük kuralına uygun olarak, işverenin geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasından itibaren makul bir süre içinde fesih bildiriminde bulunması gerektiği doktrinde kabul edilmiştir²⁰⁷⁵. Çünkü işverene süre sınırlamasına tabi olmaksızın bir fesih hakkı verilmesi, fesih hakkının işçi üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılması, dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmesi anlamına gelecektir²⁰⁷⁶. Bu durum işçi ve ailesini olumsuz yönden etkileyecek ve aslında işveren açısından da kötü sonuçlar doğurabilecektir. Zira her an fesih tehdidi

²⁰⁷³ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

²⁰⁷⁴ Çelik ve diğerleri, s. 526; Gizem Sarıbay, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz Ve Feshe İtirazın Sonuçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2007, (Fesih), s. 82.

²⁰⁷⁵ Çelik ve diğerleri, s. 526; Süzek, s. 586; Eyrenci ve diğerleri, ss. 170-171; Manav, s. 155; Baycık, 435; Keser, s. 105; Sarıbay, Fesih, s. 80.

²⁰⁷⁶ Y. 9. HD., 02.10.2006, 2006/17797 E., 2006/25426 K., **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 5, Mart 2007, ss. 90-91.

baskısıyla çalışmanın işçideki psikolojik etkileri, işyeri ortamına ve çalışma ilişkilerine de kaçınılmaz olarak yansiyacaktır²⁰⁷⁷.

158 sayılı “Hizmet İlişisine Son Verilmesi Sözleşmesi²⁰⁷⁸”nin uygulanmasına yönelik 22 Haziran 1982 tarihli 166 sayılı ILO Tavsiye Kararı’nın İş Sözleşmesi Feshinin Genel Uygulama Esasları’nın ele alındığı ikinci bölümünde de işverenin işçinin feshe konu olacak davranışını öğrendikten sonra “makul bir süre” içinde işçinin iş sözleşmesini son erdirmesi gerektiği, aksi halde bu fesih hakkından feragat etmiş sayılacağı açıkça ifade edilmiştir²⁰⁷⁹. Zaten Yargıtay da İş Kanunu’nda haklı nedenle fesih için öngürülmüş hak düşürücü sürenin geçerli nedenle fesihte uygulanamayacağını ancak işverenin “makul süre” içinde iş sözleşmesini feshetmesi gerektiği yönünde karar vermiştir²⁰⁸⁰. Çünkü makul süre geçtikten sonra fesih gerçekleştirilebileceğini söylemek hukuki istikrar ve güvenin sağlanması bakımından isabetli olmayacak; işçide yaratılan haklı güven üzerine uygulanan feshi geçerli saymak, “çelişkili davranış yasağı”na aykırılık teşkil edecektir²⁰⁸¹.

Makul sürenin ne kadar olabileceğine ilişkin örnekler vermeden önce bir husus üzerinde durmamız yerinde olacaktır. Çalışmamızda yer verdiğimiz üzere son çare (ultima ratio) ilkesi uyarınca işverenin işçinin bir davranışı karşısında hemen geçerli nedenle feshe başvurmaması gerekir. Dolayısıyla işverenin makul süre içinde başvurup başvurmadığı hesap edilirken, işverenin bu ilke uyarınca başka bir çözüm yolu aradıysa bunun da göz önünde bulundurulması uygun olur. Sonuçta feshin zorunlu hale gelmiş olmasından itibaren ne kadar sürenin geçirilebileceği ve feshin uygulanması için dikkat edilmesi gereken makul sürenin ne olduğu somut olaya göre değişecek ve bunu dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkim takdir edecektir²⁰⁸².

²⁰⁷⁷ Mustafa Avcı, “Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 5, Mart 2007, s. 92; Keser, s. 105.

²⁰⁷⁸ Kabul Tarihi: 02.06.1982

²⁰⁷⁹ https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312504:NO, (31.01.2021).

²⁰⁸⁰ Y. 9. HD., 24.10.2008, 2007/30135 E., 2008/28412 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/anaindex.html>, (25.06.2021); Y. 9. HD., 02.02.2009, 2008/9790 E., 2009/1003 K.; Y. 9. HD., 04.12.2017, 2017/7367 E., 2017/19706 K., www.hukukturk.com, (25.06.2021); Y. HGK, 22.11.2017, 2015/9-2886, 2017/1408 K. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/anaindex.html>, (25.06.2021); Y. 9. HD., 9.9.2019, 2016/6122 E., 2019/15301 K., <http://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2016-6122.htm>, (30.01.2021).

²⁰⁸¹ Manav, ss. 155, 276-277.

²⁰⁸² Demir, s.186; Sarıbay, Fesih, s. 80; Keser, ss. 105-106.

Örneğin, Yargıtay feshe konu edilen olayın üzerinden dört ay, işçinin savunmasının alınmasının üzerinden ise üç ay geçtikten sonra yapılan feshin makul süre içinde gerçekleşmediğine hükmetmiştir²⁰⁸³. Hatta daha kısa süre içinde, yaklaşık feshe dayanak olay gerçekleştiikten üç ay, işçinin savunmasının alındığı tarihten ise iki ay sonra uygulanan feshin de makul süre içinde olmadığı yönünde karar vermiştir²⁰⁸⁴. Bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında da olayın şartlarına göre 1 ayı aşan sürenin makul kabul edilmesinin mümkün olduğu ortaya konmuştur²⁰⁸⁵. Görüldüğü üzere kesin bir süre öngörebilmek mümkün değildir. Hâkim somut olaya bakmakta ve geçerli nedenlerin etkisini yitirmiş olup olmamasına göre o uyumsuzluk için bir sonuca varmaktadır²⁰⁸⁶.

Geçerli nedenle fesih olarak kabul edildiğinden yukarıdaki açıklamalarımız şüphe feshi için de esas alınacaktır. Ancak şüphe feshinde bu süre daha hassas bir konu olacaktır. Çünkü geçerli nedenle fesihlerde ortada işçinin gerçekleştirdiği ve dolayısıyla olaylardan her iki tarafından da haberdar olduğu bir durum vardır. Ancak şüphe feshinde bu farklıdır. İşçinin şüphe duyulan konuyu gerçekleştirmiş olma kadar olmama ihtimali de vardır. Bu sebeple böyle bir konuda fesih imkânı süresinin çok uzun tutulmamasının makul olduğu düşünülebilir.

Güven sermayesi sağlam olan bir ilişkide işverenin objektif vakıalara dayanan şüphesi, son çare ilkesinin de etkisiyle hemen şüphe feshi hakkı doğurmayacaktır. Ancak ilerleyen süreçte benzer objektif şüpheler gelişmeye devam ederse, iş ilişkisinin devamının beklenemez hale geldiği noktada, artık işverene tanınacak makul sürenin çok uzun olmaması gerekeceği kanaatindeyiz. İşverenin fesih beyanından önceki süreci uzatacak ve fesih anını öteleyecek bir başka önemli husus ise işverenin olayı aydınlatma yükümlülüğü ve bu bağlamda diğer geçerli nedenlerde de söz konusu olan işçinin savunmasının alınmasıdır. Bu durumda

²⁰⁸³ Y. 9. HD., 02.10.2006, 2006/17797 E., 2006/25426 K., **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 5, Mart 2007, ss. 90-91. Aynı yönde daha yeni tarihli kararlar için bkz. Y. 9. HD., 28.11.2016, E. 2016/417, 2016/20904, Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016, ss. 457-458; Y. 9. HD., 22.06.2017, 2016/16588 E., 2017/11110 K., www.hukukturk.com, (25.06.2021).

²⁰⁸⁴ Y. 9. HD., 06.03.2014, 2013/10777 E., 2014/7376 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2015/1, Sayı: 44, <https://www.calismatoplum.org>, (25.06.2021).

²⁰⁸⁵ Gaziantep BAM, 8. HD., 22.06.2017, 2017/1204 E., 2017/999 K., www.legalbank.net, (15.12.2021).

²⁰⁸⁶ Y. 9. HD., 06.03.2014, 2013/10777 E., 2014/7376 K., **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2015/1, Sayı: 44, <https://www.calismatoplum.org>, (25.06.2021); Y. 9. HD., 22.06.2017, 2016/16588 E., 2017/11110 K., www.hukukturk.com, (25.06.2021).

kuvvetli şüpheyeye dayanak olan objektif vakıa ve olgular tek seferde “güven”i iş ilişkisinin devamının beklenemeyecek ölçüde zedelediğini kabul etsek ve diğer örnekteki gibi fesih için başka olayların gerçekleşmesi gerekme de yine son çare ve ölçülülük ilkesi ile bağlantılı olarak aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeli ve işçinin savunması alınmalıdır. Ancak ardından şüphe feshi gerçekleştirilmelidir. Bu yükümlülüklerden sonra da işverenin “çelişkili davranış yasağı” uyarınca, sözleşmeyi sona erdirmeyeceği yönünde haklı bir güven oluşturmaya sebep olmayacak²⁰⁸⁷ bir zaman diliminde feshi gerçekleştirmesi gerekir. Sonuç olarak her bir olayın kendi şartları içinde değerlendirilip somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi büyük önem arz eder.

“Şüphe feshi”nin ortaya çıktığı ve örnek aldığımız Alman Hukuku bakımından durum biraz daha farklıdır. İncelediğimiz üzere Alman Sistemi’nde şüphe feshi, kural olarak haklı nedenle derhal fesih olarak uygulanır ve haklı nedenle fesih için BGB m. 626’da 2 haftalık bir süre kabul edilmiştir. BGB’deki bu süre, hukukumuzdaki haklı nedenle fesihlerdeki gibi hak düşürücü bir süredir²⁰⁸⁸. Bu sebeple 2 hafta geçtikten sonra artık aynı nedenle haklı nedenle feshe başvurulamayacaktır²⁰⁸⁹. Böylece BGB 626/II 1. Cümlesi uyarınca, feshe hak kazanan kişinin feshe dayanak olacak önemli olgulara erişebileceği andan itibaren haklı nedenle feshi gerçekleştirilebileceği 2 haftalık süreye şüphe feshinde de dikkat edilmelidir.

Sonuç olarak, hukukumuz bakımından Alman Hukuku’ndaki iki hafta gibi bir süre söz konusu değildir. Ayrıca geçerli nedenle fesih olmasından dolayı şüphe feshinde İş Kanunu m. 26’daki hak düşürücü süre uygulanmayacak ancak makul süre içinde iş sözleşmesi sona erdirilmezse fesih hakkı kaybedilecektir.

Açıkçası şüphe feshinde geçerli nedenle fesih prosedürü esas alındığından ihbar önellerine uyulacağı için, ki şüphe feshi hem bir suç işlemiş olma hem de esaslı yükümlülük ihlali şüphesine dayanılarak yapılabilir de genelde somut olaylarda resmi soruşturmaların hatta kovuşturmaların da söz konusu olmasından (işveren

²⁰⁸⁷ Sarıbay, Fesih, s. 83; Keser, s. 104.

²⁰⁸⁸ Lembke, Verdachtskündigung, s. 90. BAG, 23.01.2014 - 2 AZR 582/13, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 17, 962-965; BAG, 26.09.2013 - 2 AZR 741/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 10, ss. 529-533.

²⁰⁸⁹ André Zimmermann ve RA und Alexander Pfeiffer, “Notwendige Angaben in der Betriebsratsanhörung zur Einhaltung der Ausschlussfrist bei außerordentlicher Verdachtskündigung”, **jurisPR-ArbR** 21/2013, Anm. 6; Wertz, s. 179. Alman Hukuku’nda haklı nedenle fesih ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. b. Olağanüstü Fesih (Außerordentliche Kündigung)

bunların sonuçlanmasını beklemek isteyebileceğinden), uygulama kolaylığı açısından da haklı nedendeki gibi bir hak düşürücü sürenin bulunmaması yerinde olmuştur. Aksi halde, sürenin durması başlığında da belirteceğimiz üzere işverenin süreyi kaçırmamak adına hızlı bir şekilde iş akdini feshetmeye çalışması söz konusu olabilirdi; bu da olaydan aklanma şansı yüksek bir işçinin aleyhine bir durum olurdu. Açıkçası şüphe feshine başvurabilme hakkında süreye ilişkin yapılan tüm değerlendirmelerde (sürenin uzunluğu, başlaması, durması vb.) her zaman dikkate alınması gereken işverenin nesnel bir sebep olmaksızın uzun süre hareketsiz kalmaması ve "şüpheli" çalışanın bu sessizlikten artık fesih hakkının kullanılmayacağına karar vereceği bir duruma düşürülmemesidir²⁰⁹⁰.

Yukarıda genel olarak geçerli nedenle fesihler bakımından "süre ve esas alınacak makul süre"nin ne olduğuna doktrin ve yargı kararları çerçevesinde yer verilmiştir. Ancak bu konu hem uygulamada hem de doktrinde ayrıntılı şekilde ve şüphe feshi özelinde irdelenmemiştir. Bu sebeple şüphe feshinde süre konusu, örnek olabilmesi adına şüphe feshinin çıkış yeri olan Alman Hukuku merkezinde ele alınıp Türk Hukuku ile bağlantı kurulmaya çalışılacaktır.

B. Sürenin Başlangıcı

Şüphe feshinde sürede asıl sorun, sürenin uzun ya da kısa olmasından ziyade sürenin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağıdır. Çünkü makul süre, geçerli nedene konu olaydan itibaren işlemeye başlar; ancak şüphe feshindeki neden, aslında şüphe edilen olaylar değil (çünkü işçi tarafından gerçekleştirildiği kanıtlanamamıştır) işverenin güveninin telafi olmayacak ve iş ilişkisinin devamının beklenemeyecek şekilde zedelenmesidir. Dolayısıyla güvenin bu hale geldiği anın tespiti zor olacaktır. Burada bu anı tespit ederken yol gösterici olan en önemli unsur şüphenin dayandırıldığı objektif vakialardır. Bunların gerçekleştiği zaman, makul sürenin başlangıcı ve bu süreye uyulup uyulmadığının tespitinde temel yol gösterici olacaktır.

Alman Hukuku'nda BGB m. 626/II 2. Cümlesi uyarınca 1. Cümlede belirtilmiş olan 2 haftalık hak düşürücü süre, fesih hakkı tanıyan önemli nedenin

²⁰⁹⁰ Eylert, Verdachtskündigung, s. 406.

mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru bir şekilde öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır. Bunun için somut bilgiler gereklidir²⁰⁹¹. Burada genel olarak haklı nedenle fesihler bakımından üzerinde durulması gereken bir husus, hakkında somut bilgiler edinilen ve fesih nedeni teşkil edecek nitelikteki bu önemli olayların, yaşanıp geçmiş mi yoksa devam etmekte mi olduğunun ayrımıdır²⁰⁹². Bir sebep - sonuç ilişkisi içinde henüz gerçekleşmemekle birlikte belirli bir süre sonra sözleşme ilişkisinin daha da bozulmasına sebep olacak veya henüz sona ermemiş ve uzun süre devam edecek nitelikte yeni vakıaların gerçekleşmesi, feshe dayanak devam eden bir olayın bulunduğu anlamına gelecektir²⁰⁹³. Devam etmekte olan bir olay olup olmadığının tespiti önemlidir, çünkü devam eden bir olayın başlangıç tarihinden itibaren 2 hafta içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi zorunluluğu yoktur²⁰⁹⁴. Dolayısıyla olayın ilk ne zaman gerçekleşmeye başladığının yanı sıra işverenin ne zaman öğrendiği de hak düşürücü süre bakımından önem arz etmeyecektir. Fesih beyanının karşı tarafa bildirilmesinden 2 hafta öncesinde hala feshe dayanak husus mevcutsa, devam etmekte olan bir olaya dayanarak olağanüstü feshe başvurulmuş olacak ve hak düşürücü süreye uyulduğu kabul edilecektir²⁰⁹⁵. Şüphe feshi bakımından bu husus ele alındığında, hem “işçinin suç işlediğine dair ya da esaslı bir yükümlülük ihlalinde bulunduğu” hem de “işçinin bir suç işleyeceği” konularında şüphenin devam etmekte olan bir durum olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir²⁰⁹⁶. Feshe konu şüphe, onun kuvvetli olarak nitelendirilmesini sağlayacak ve belirli bir noktada işçiyi olası fail olarak görülmesine sebep olacak bir dizi vakılardan oluşmaktadır. İşverende oluşan şüphe varlığını sürdürse de bu durum doğrudan devam etmekte olan bir olay olarak nitelendirilmemelidir. Elbette işverenin şüphe duymasına sebep olan olgu devam ediyor olabilir ama burada feshin nedeni şüphenin dayandığı somut vakıalar değil, oluşan kuvvetli şüphe sebebiyle yaşanan güven kaybıdır. Dolayısıyla şüphe feshinin genel olarak devam etmekte olan bir olaya dayanan fesih olarak nitelendirmek yanlış olur. Çünkü böyle bir nitelendirme, hak düşürücü süreyi tamamen ortadan kaldıracak ve işçinin temel haklarının ihlal

²⁰⁹¹ BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 14, Sayı: ss. 798-604.

²⁰⁹² Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, BGB § 626 C. II. 3. Fristbeginn bei Dauertatbeständen Rn. 187.

²⁰⁹³ BAG, 26.11.2009 -2 AZR 272/08, **AP**, BGB § 626 Nr. 225.

²⁰⁹⁴ Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, BGB § 626 C. II. 3. Fristbeginn bei Dauertatbeständen Rn.189.

²⁰⁹⁵ BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 688/09, <https://openjur.de/u/170918.html>, (18.12.2021).

²⁰⁹⁶ Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, BGB § 626 C. II. 3. Fristbeginn bei Dauertatbeständen Rn. 192. BAG, 29.07.1993 -2 AZR 90/93, **NJW**, Yıl: 1994, Sayı: 25, ss. 1675-1678.

edilmesi riskinin yüksek olduğu bu feshe, işverenin olayı aydınlatamayıp kuvvetli şüphesi devam ettiği sürece başvurabilme imkânı sağlayacaktır. Bunun hukuka ve hakkaniyete uygun olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü bu şekilde şüphe edilen olay ve bu şüpheyi doğuran somut vakıalar üzerinden çok uzun zaman geçtikten sonra hala kuvvetli şüphesi olduğu için işverenin feshe başvurabilecek olması, “işçinin sürekli bir fesih baskısı altında çalışmasına” ve geçen bu uzun süre, işverenin sözleşmeyi sona erdirmeyeceği yönünde haklı bir güven oluşturacağından²⁰⁹⁷ “çelişkili davranış yasağına aykırılık”a sebep olacaktır²⁰⁹⁸.

İşvereni koruyarak hak düşürücü süreyi kaçırmaması adına da böyle bir kabule gerek yoktur. Çünkü hak düşürücü süre çeşitli durumlarda işlemeyecektir ki buna rağmen hak düşürücü süre aşılsa bile işverenin işçiye karşı güveni iş ilişkisine devam edemeyecek ölçüde zarar görmüş ve eski haline getirilememişse, şüphe feshi süreli fesih olarak uygulanabilecektir²⁰⁹⁹.

BGB m. 626/II'deki hak düşürücü süre, iş ilişkisinin devam edip edemeyeceğine²¹⁰⁰, daha doğrusu iş ilişkisinin devam ettirilmesinin işverenden beklenebilir olup olmadığının²¹⁰¹ karar verilmesini sağlayan “feshe gerekçe önemli nedenlere ilişkin doğru bir bilgi edinme anın”dan itibaren işlemeye başlayacaktır. Haklı nedenle şüphe feshi bakımından ise bu, iş sözleşmesinin subjektif bir şüpheyeye dayanılarak feshedilmemesi için aranan ve kuvvetli şüphenin oluşmasını sağlayan, kısaca işverenin şüphe feshi ile iş ilişkisini sona erdirmesine sebep olan somut olguları öğrenmesi olarak kabul edilebilecektir²¹⁰². Yani sürenin başlangıcı, işverenin gerçekleştirdiğinden şüphe duyulan eylemin değil, işverenin kuvvetli şüphe duymasına sebep olan somut olguların öğrenildiği an olacaktır. Burada esas alınacak objektif somut vakıaların öğrenilmesi anıdır; ama bununla birlikte işverenin farkında olması gereken objektif vakıaları ilgisizliği ya da ihmalkârlığı sebebiyle

²⁰⁹⁷ Sarıbay, Fesih, s. 83.

²⁰⁹⁸ Bu yönde bkz. BAG, 5.6.2008, 2 AZR 234/07, [<https://openjur.de/u/172544.html>, (02.02.2021)].

²⁰⁹⁹ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dahil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

²¹⁰⁰ BAG, 26.9.2013 - 2 AZR 741/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 10, ss. 529-533; BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

²¹⁰¹ Lembke, Verdachtskündigung, s. 90; Eylert, Verdachtskündigung, s. 405. BAG, 5.6.2008, 2 AZR 234/07, [<https://openjur.de/u/172544.html>, (02.02.2021)].

²¹⁰² Eylert, Verdachtskündigung, s. 405. BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 732/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 12, ss. 665-669.

öğrenememiş olması da önemli değildir²¹⁰³. Ayrıca somut olayla ilgili öğrenilen mevcut vakıa ve olgular feshin haklılığına yönelik olabileceği gibi işçi lehine de olabilir²¹⁰⁴.

Öğrenme bakımından odak noktası fesih yapma hakkı doğacak olan kişidir. Konumuz açısından ise esas olarak işverendir. Feshe yetkili kişi, basit bir şekilde gerçek kişi işveren olabileceği gibi, ticari işletme, tüzel kişi organının bir üyesi ya da onlar tarafından yetkilendirilen personel şefi gibi biri de olabilir²¹⁰⁵. BGB m. 626/II 2. Cümlesinde açıkça feshe yetkili hale gelen kişinin objektif olguları öğrenmesi durumu ifade edildiğinden, fesih yetkisi olmayan birinin konudan haberdar olduğu anın 2 haftalık sürenin başlaması açısından önemli olmadığı ifade edilmiştir²¹⁰⁶. Bunun için feshe yetkili kişiye en kısa zamanda haber verilmelidir. Ancak feshe dayanak olacak hususları öğrenen kişi, işverenin kanuni temsilcisi ya da feshe dayanak olacak önemli olguların tespiti ile yükümlü kılınmış ve öğrendiklerini en kısa zamanda feshe yetkili kişiye bildirmesi beklenen konumda biri ise, “bu kişilerin objektif olgulardan haberdar olması anı” 2 haftalık sürenin hesabında dürüstlük ilkesi gereği dikkate alınmalıdır²¹⁰⁷. Alman Hukuku’nda işveren vekili kavramı özel olarak düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu sebeple “dürüstlük kuralı” uyarınca bu kişilerin öğrenme tarihlerinin de dikkate alınması gerektiği kabul edilmiş ve mahkemlerce de bu yönde karar verilmiştir. Ancak hukukumuzda dürüstlük kuralı genel ilkesine gitmeden İşK m. 2/IV uyarınca bu sonuca varılabilecektir. Çünkü tanımların verildiği bu maddede “işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler”in işveren vekili olduğu ve bu kişilerin işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işverenin sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla hukukumuzda şüphe feshi açısından hak düşürücü süre öngörülme de makul sürenin hesabında işveren vekillerinin somut vakıa ve olguları öğrenmesinin dikkate

²¹⁰³ BAG, 29.07.1993 -2 AZR 90/93, **NJW**, Yıl: 1994, Sayı: 25, ss. 1675-1678; BAG, 5.6.2008, 2 AZR 234/07, <https://openjur.de/u/172544.html>, (02.02.2021).

²¹⁰⁴ BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, <https://openjur.de/u/172544.html>, (02.02.2021); BAG, 21.02.2013 – 2 AZR 433/12, **NZA-RR**, Yıl: 2013, Sayı: 10, ss. 515-518; BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, <https://openjur.de/u/172544.html>, (02.02.2021).

²¹⁰⁵ Lembke, Verdachtskündigung, s. 90. BAG, 06.07.1972 - 2 AZR 386/71, **AP**, BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3. Ayrıca bkz. Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, BGB § 626 C. II. 1. Person des Kündigungsberechtigten Rn. 180-184.

²¹⁰⁶ Lembke, Verdachtskündigung, s. 90.

²¹⁰⁷ Stoffels, BeckOK Arbeitsrecht, BGB § 626 C. II. 1. Person des Kündigungsberechtigten Rn. 181; Krause, s. 273 Rn. 14; Lembke, Verdachtskündigung, s. 90. BAG, 18.05.1994 - 2 AZR 930/93, **NZA**, Yıl: 1994, Sayı: 23, ss. 1086-1089.

alınması dürüstlük kuralının ötesinde İşK m. 2'nin de bir gereği kabul edilmelidir. Ancak feshe konu olaylarla ilgili bilgi toplanması için bir başka işçi de görevlendirilmiş olabilir. Bu şekilde işçinin işveren vekili statüsü taşımaması söz konusu olduğunda da, elbette İşK m. 2 doğrudan devreye giremeye de, işçi lehine yorum ve dürüstlük kuralı gereği bu kişinin haberdar oluşunun da makul süre değerlendirilirken göz önünde tutulması uygun olur.

Eğer işverenin yetkilendirdiği kişinin bilgiyi aktarmasında bir gecikme yaşanırsa organizasyonel bir hata gerçekleşmiş olur²¹⁰⁸. Bunun sorumluluğunu da işveren almak zorunda olduğundan, süre hesabında bu gecikme mazur görülemeyecektir. Çünkü işverenin yaşanabilecek bu aksaklığı hesaba katması gereklidir²¹⁰⁹.

C. Sürenin Durması

Her ne kadar hukukumuzda şüphe feshi geçerli nedenle fesih olduğundan bir hak düşürücü sürenin işlemesi söz konusu olmayacaksa da; yukarıda belirttiğimiz üzere hâkimin makul süre içinde fesih yapılıp yapılmadığının tespitinde yol gösterici olabilmesi adına “Alman Hukuku’nda sürenin durması”na ilişkin değerlendirmelere, aşağıda yer verilecektir.

İşveren, kendisine haklı nedenle şüphe feshi yapmasını gündeme getiren şüphe duyduğu konuyu aydınlatma yetkisine sahiptir. Bu aynı zamanda işverenin mümkün olabildiğince hızlı bir şekilde gerçekleştirmesi gereken bir yükümlülüğüdür. Bu nedenle BGB m. 626'daki 2 haftalık süre, kişiyi feshe yetkili kılacak aydınlatma yükümlülüğü uyarınca araştıracağı ve işçiden bu konuda savunma alacağı somut olaya ilişkin bazı hususları fark etmesiyle işlemeye başlamayacaktır²¹¹⁰. Ancak sürenin işlememesi, işverenin şüphe duyduğu konuya ilişkin kapsamlı ve doğru bilgi edinilmesini, konuya ilişkin delillere ulaşmasını sağlayacak soruşturmalara bir an

²¹⁰⁸ Lembke, Verdachtskündigung, s. 90. BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 388/07, **BeckRS**, Yıl: 2009, 54457.

²¹⁰⁹ Krause, s. 273 Rn. 14. BAG, 18.05.1994 - 2 AZR 930/93, **NZA**, Yıl: 1994, Sayı: 23, ss. 1086-1089.

²¹¹⁰ BAG, 21.02.2013 - 2 AZR 433/12, **NZA-RR**, Yıl: 2013, Sayı: 10, ss. 515-518; BAG, 25.11.2010 - 2 AZR 171/09, **NZA-RR**, Yıl: 2011, ss. 177-180.

önce başlanması durumunda mümkün olacaktır²¹¹¹. Eğer işveren bu durumu suistimal ediyor ve makul bir neden olmaksızın araştırmaları ağırdan alıyorsa bu sürenin işlemeyeceği kabul edilemeyecektir.

Sonuç olarak 2 haftalık hak düşürücü süre, işverenin mevcut koşulları ve delilleri yeterli şekilde incelemeyen iş sözleşmesini feshetmesine yol açmayacak²¹¹², ama aynı zamanda işçiyi belirsizlik içinde bırakmayacak ve onu zora sokmayacak şekilde uygulanması gerekir. Her konuda olduğu gibi burada da menfaat dengesinin iyi kurulması gereklidir.

Burada üzerinde durmamız gereken bir husus, hak düşürücü sürenin işvereni mevcut durumu iyi bir şekilde değerlendirmeden, araştırma yapmadan feshe başvurmaya sebep olacak şekilde işletilmemesidir. Bu, tüm haklı nedenlerle fesihler için geçerli olsa da, şüphe feshi bakımından bilhassa önem arz eder²¹¹³. Somut olayın karmaşık olduğu ve şüpheyi dayanak olguların belirsiz olduğu durumlarda işveren “aydınlatma yükümlülüğü gereği” olabildiğince kapsamlı şekilde araştırma yapabilir ve bu sebeple başvurduğu yollar da vakit alabilir²¹¹⁴. Ancak bunun hukuka uygun kabul edilip 2 haftalık sürenin işletilmemesi için, işverenin bu durumu kötüye kullanmaması ve araştırmalarını haklı bir neden olmadığı sürece bekletmeksizin hızlı bir şekilde²¹¹⁵ yapması gereklidir²¹¹⁶. Ayrıca en başından işe yaramayacağı belli değilse, yapılan soruşturma tamamlandığında araştırma yöntemlerinin işe yarayıp yaramaması da önemli olmayacaktır²¹¹⁷. Bu sebeple olayın aydınlatılması konusunda sonuç vadeden ve hukuka uygun olan tüm yollar denenmelidir.

Burada araştırma yükümlülüğü kapsamında hak düşürücü sürenin işletilmeyecek olması sadece işveren lehine bir durum olarak düşünülebilir. Ancak bu doğru değildir. Çünkü bu şekilde işveren, hak düşürücü süreyi kaçırma telaşıyla

²¹¹¹ BAG, 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018

²¹¹² Fuhlrott, Teil 2, s. 605. BAG, 17.03.2005 - 2 AZR 245/04, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 2, ss. 101-104.

²¹¹³ Wertz, s. 182.

²¹¹⁴ Dzida, Verdachtskündigung, ss. 809 -811.

²¹¹⁵ Karmaşık durumlarda somut olayın aydınlatılmasının 2-3 haftadan daha uzun süre devam edebileceği belirtilmektedir. Dzida, Verdachtskündigung, s. 809.

²¹¹⁶ Fischer, ss. 522-523.; Mennemeyer ve Dreytmüller, s. 383; Ilka Heinemeyer ve Holger Thomas, “Compliance: Die Einhaltung der Zweiwochenfrist bei Ausspruch fristloser Kündigungen im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen, **BB**, Yıl: 2012, s. 1218; Lembke, Verdachtskündigung, s. 90. BAG, 28.11.2007 - 5 AZR 952/06, **NZA-RR**, Yıl: 2008, Sayı: 7, ss. 344-347; BAG, 27.01.2011 – 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, ss. 798-804.

²¹¹⁷ Dzida, Verdachtskündigung, ss. 810. BAG, 21.02.2013 – 2 AZR 433/12, **NZA-RR**, Yıl: 2013, Sayı: 10, ss. 515-518.

üstün körü, gerçeklere ulaşmak için çok çaba sarf etmeden sadece yükümlülüğü yerine getirmiş olmak adına bir araştırma yapıp hemen haklı nedenle şüphe feshine başvurmayacaktır. İşveren süre kaçırma telaşı olmadığını bildiğinde düzgün bir soruşturmayla gerçek sorumluyu bulamasa da söz konusu işçinin masum olduğunu öğrenebilecek ve iş sözleşmesi feshi durumu ortadan kalkabilecektir. İşverenin bu durumu kötüye kullanacağı ve işçi açısından uzun bir belirsizlik yaratabileceği ileri sürülebilir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere sürenin işlememesi için işverenin kötünietli olarak süreyi geciktirmeye çalışmaması ve başvurduğu yolların baştan işe yaramayacağının belli olmaması gereklidir.

İşçinin suçu ya da yükümlülük ihlalini gerçekten işlemiş olduğu durumlarda hak düşürücü sürenin dolmasıyla bu eyleminden kurtulabilmesi imkânının elinden alınması gibi bir durumdan da bahsedilemez. Zaten işveren olayın failini bulamayıp hak düşürücü süreyi aşsa da objektif vakıalara dayalı kuvvetli şüphe söz konusuysa ve güven ilişkisi eski haline getirilemediyse süreli feshe başvurma imkânı devam edecektir²¹¹⁸. Kaldı ki, her ne kadar söz konusu olan kişi işçi de olsa, bir hususun hukuka aykırılığı ve kötünietli koruyacak şekilde uygulamak asla mümkün değildir.

Bu başlıkta yanıtlanması gereken bir soru da, işverenin elde ettiği olguların şüphe feshi için yeterli olup olmadığı ya da olayı aydınlatmak için başka yollara başvurusu gerekip gerekmediği konusunda hukuki yardım almasının, hak düşürücü sürenin işlemlerini durdurup durdurmayacağıdır²¹¹⁹. Karmaşık olmayan kolayca anlaşılabilen olaylar bakımından hukuki yardım alınması sebebiyle sürenin işlemesi durmayacaktır. Buna karşı çok karmaşık, avukat ya da vergi uzmanı gibi bir hukuki danışman olmadan nitelendirilmesi zor (örneğin olayda hukuka aykırı bir vergi kaçırma durumu olup olmadığı) olaylarda, eldeki olgularla iş sözleşmesini feshedip edemeyeceği ya da olayı aydınlatmak için başka yollara başvurusu gerekip gerekmediği konusunda alacağı yardım, hak düşürücü sürenin işlemlerini durdurabilecektir²¹²⁰.

²¹¹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Şüphe Feshinin Dâhil Olduğu Fesih Türü ve Diğer Fesih Türleri İle İlişkisi

²¹¹⁹ Durdurmayacağı yönünde görüş için bkz. LAG Hamm, 01.10.1998 – 8 Sa 969/98, **BeckRS** 1998, 31015669. Bu kararın eleştirisi için de bkz. Heinemeyer ve Thomas, s. 1220.

²¹²⁰ Dzida, Verdachtskündigung, s. 811; Wertz, s. 183.

Çünkü aksi kabul edilirse işveren, hak düşürücü süre sebebiyle, bir uzman değerlendirmesiyle ortadan kalkabilecek, işverenin bir önyargısı olduğu tespit edilebilecek şüphe²¹²¹ sebebiyle sözleşmeyi feshetmek durumunda kalabilecektir²¹²².

Olayın aydınlatılması için başvurulması gereken temel araç, şüphe feshi koşullarından biri olan “işçinin savunmasının alınması”dır²¹²³ ve bu bakımdan eğer kısa süre içerisinde gerçekleşebiliyorsa (kural olarak 1 haftayı geçmeyecek şekilde²¹²⁴ ama özel durumlarda bu süre aşılabilecektir²¹²⁵), haklı nedenle şüphe feshine başvurabilmek için aşılmaması gereken 2 haftalık hak düşürücü süre kural olarak işçinin savunması alınmadan önce işlemeye başlamayacaktır²¹²⁶.

Ama sonuç olarak ister uzman yardımı olsun ister savunma alma ya da aydınlatma yükümlülüğü kapsamında başvuru başka bir yol olsun “hak düşürücü sürenin işlemeyeceği”ni söyleyebilmek için, işverenin süreci uzatma amacıyla kötünietli davranmıyor, sürecin uzamasını gerektirecek haklı nedenlerin bulunuyor ve uygulanacak tüm prosedürlerin mümkün olduğunca hızlı bir şekilde başlatılıyor olması gereklidir²¹²⁷. Alman Hukuku bakımından hak düşürücü sürenin işletilmemesi için belirtilen bu hususların, hukukumuzda makul sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı ve ne kadar olacağının tespitinde de mahkemece dikkate alınabileceği kanaatindeyiz.

D. Aynı Sürekte Ceza Soruşturması ya da Kovuşturması Olması

İşveren şüphe duyduğu işçiye karşı bir cezai soruşturma yürütüldüğü ya da dahası hakkında bir ceza yargılaması devam etmekte olduğundan haberdarsa, bu soruşturma ya da kovuşturmanın ilerleyip sonuçlanmasını bekleyebilir ve fesih kararını bunların neticesine göre verebilir²¹²⁸. Ama bununla birlikte işveren, olayı

²¹²¹ Eylert, Verdachtskündigung, s. 406.

²¹²² Dzida, Verdachtskündigung, s. 811.

²¹²³ Fuhlrott, Teil 2, s. 605. BAG, 17.03.2005 - 2 AZR 245/04, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 2, ss. 101-104.

²¹²⁴ BAG, 06.07.1972 - 2 AZR 386/71, BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3; BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 14, ss. 798-804; BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 1015-1018.

²¹²⁵ Konuya ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. a. (1) Savunmanın Zamanı

²¹²⁶ Lembke, Verdachtskündigung, s. 87. BAG 2. 3. 2006 - 2 AZR 46/05, **NZA**, Yıl: 2006, Sayı: 21, ss. 1211-1214; Savunmada süreye ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm V. B. 2. a. (1) Savunmanın Zamanı

²¹²⁷ Wertz, s. 183.

²¹²⁸ Krause, s. 274.

aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işçinin savunmasını alarak kuvvetli bir şüphenin bulunduğu sonucuna varıyor; bu sebeple söz konusu işçinin dürüstlüğüyle ilgili bir güven kaybı yaşıyor ve bunun telafisi mümkün olmuyorsa, soruşturmanın ya da kovuşturmanın sonuçlanmalarını beklemeksizin şüphe feshini gerçekleştirebileceği söylenebilir.

Alman Hukuku'nda bu konuda önemli bir husus ise, eğer işveren, devam eden soruşturma veya kovuşturma sebebiyle ayrıca kendisi soruşturma yapmaktan vazgeçip, bunların sonuçlanmasını bekleme yolunu seçerse, artık işverenin söz konusu adli süreçler tamamlanmadan keyfi bir şekilde istediği herhangi bir anda iş sözleşmesini haklı nedenle fesih şeklinde feshedip edemeyeceğidir. Alman Federal İş Mahkemesi bu durumda işverenin haklı nedenle derhal şüphe feshine başvuramayacağına karar vermiştir²¹²⁹. İşverenin, kendisi soruşturma yapmadığı durumlarda resmi makamlarca yapılan cezai soruşturma ve kovuşturmanın sona ermesini beklemeksizin feshe başvurması ancak yeni vakılardan haberdar olunması, yeni deliller elde edilmesi gibi ek objektif nedenlerin ortaya çıkmasıyla mümkün olacağı kabul edilmiştir²¹³⁰. Bu doğrultuda ceza soruşturmasının sonucunu bekleme kararı almış bir işveren açısından, soruşturmanın tamamlanıp bir ceza davasının açılmasının mevcut şüpheyi kuvvetlendireceği söylenebileceğinden (çünkü kovuşturmaya başlanabilmesi açısından yeterli şüphe olması gerekmektedir) bu durum karşısında karar beklenmeden şüphe feshine başvurulabileceği kabul edilebilir²¹³¹. Alman Hukuku bakımından, kovuşturma aşamasına geçilmesi ceza muhakemesi hukuku açısından yeterli şüpheyi karşılık gelse de, şüphe derecesi soruşturma aşamasına göre artmış olduğundan şüphe feshine imkân vereceği kabul edilebilebilmiştir. Ancak daha önceki incelemelerimiz doğrultusunda, bunun hukukumuz açısından kabul edilmesi uygun olmayacaktır. Zira tutuklama kararında kuvvetli şüphe söz konusu olmasına rağmen, tutuklamaların dahi doğrudan şüphe feshine olanak verdiğini kabul etmenin uygun olmadığını söylediğimizden, yeterli şüphe aranan kovuşturma bakımından aksi bir sonuca varmak mümkün

²¹²⁹ BAG, 22.11.2012 – 2 AZR 732/11, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 12, ss. 665-669.

²¹³⁰ Eylert, Verdachtskündigung, s. 406. BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 234/07, **NZA-RR**, Yıl: 2008, Sayı: 12, ss. 630-633.

²¹³¹ BAG, 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, <https://openjur.de/u/172544.html>, (02.02.2021); BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 234/07, **NZA-RR**, Yıl: 2008, Sayı: 12, ss. 630-633.

olmayacaktır²¹³². Sonuç olarak, işverende objektif vakıa ve olgulara dayanan bir kuvvetli şüphe doğup doğmadığı somut olayın koşulları çerçevesinde tespit edilmelidir.

VIII. YENİDEN İŞE ALINMAYI TALEP HAKKI (WIEDEREINSTELLUNGSANSPRUCH)

Şüphe feshi gerçekleştirildikten sonra işçinin masumiyeti ortaya çıkarsa ne olacağı sorusu gündeme gelecektir. Şüphe feshi konusunda tartışmalar yapılmasının esas sebebi zaten bu risktir. Ve masum işçilerin iş sözleşmesinin sona erdirebilmesi riski karşında da incelediğimiz sıkı koşullar oluşturulmuştur. Ancak bu sıkı koşullar, zaten feshin adından anlaşıldığı üzere olay bakımından kesinlik sağlamadığından bu ihtimali ortadan kaldıramaz. Bu sebeple şüphe feshi gerçekleştirildikten sonra işçinin masum olduğunun anlaşılması durumunda ne olacağı sorusu ortaya çıkmıştır.

Alman Hukuku'nda şüphe feshinin, hukuka uygun olarak geçerli şekilde gerçekleştirilmesinin ardından işçinin masumiyeti ortaya çıktıktan sonra yaşanan mağduriyeti telafi edebilmenin en uygun yolunun “Wiedereinstellungsanspruch” olduğu ifade edilmiştir²¹³³. Alman Hukuku'nda ki bu kavramın hukukumıza “yeniden işe alınmayı talep hakkı” olarak çevrilebilmesi mümkündür.

A. Alman Hukuku'nda Yeniden İşe Alınmayı Talep Hakkı

Öncelikle bu hakkın Alman Hukuku'ndaki “çalıştırılmaya devam edilmesini talep hakkı” olarak çevirebileceğimiz “weiterbeschäftigungsanspruch” ile karıştırılmaması gereklidir.

Aslında bu kavramların Türkçe çevirilerine baktığımızda içerikleri hakkında bir fikir sahibi olmadan dahi iki kavram arasındaki en önemli farkı ortaya koyabilmek mümkündür. Bu da birinde yeni bir iş sözleşmesi kurulması gerekirken diğerinde mevcut iş sözleşmesine göre çalışmaya devam edilecek olmasıdır.

²¹³² Bkz. Üçüncü Bölüm V. A. 4. Şüphe Feshine İlişkin Olayın Ceza Soruşturması ya da Kovuşturmasına Konu Olması ve İşçiye Koruma Tedbirleri Uygulanması

²¹³³ Vom Stein, s. 144; Hoefs, s. 132; Ebeling, s. 236. Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Simone Nädler, **Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach Wegfall des Kündigungsgrundes**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004.

“Weiterbeschäftigungsanspruch” kavramını kısaca, işveren fesih beyanında bulunduktan sonra iş sözleşmesinin hala varlığını sürdürdüğü bildirim sürelerinde ve bir feshe karşı koruma davası (hukukumuz açısından işe iade davası) sonunda fesih geçersiz sayılırsa sözleşmenin devam ettiğinin kabul edileceği bu dava sürecinde işçinin çalışmayı talep etmesi olarak ifade edilebilir²¹³⁴.

“Yeniden işe alınmayı talep hakkı” genel olarak yargı kararları ve doktrinde uzun süre tartışılmış, ama buna rağmen Kanun’da açıkça verilmiş olan yeniden işe alınmayı talep hakkı²¹³⁵ haricinde doğacağı haller ve koşulları bakımından kısıtlı bir anlaşmaya varılmıştır²¹³⁶. Kanun hükmü olmaması sebebiyle genel bir yeniden işe alınmayı talep hakkını reddedenler²¹³⁷ olsa da, şüphe feshi durumunda bu hakkın doğmasının mümkün olduğu konusunda genel bir kabul mevcuttur²¹³⁸.

Yeniden işe alınmayı talep hakkı, bir tahmin diğer ifadesiyle bir öngörüye dayandırılan; örneğin, işyeri kapatılacağı gerekçesiyle gerçekleştirilen fesihlerde ya da şüphe fesihlerinde, geçerli olacak bir düzeltme aracıdır²¹³⁹.

Feshe neden olan bir öngörünün, fesihten sonra ortaya çıkan durumlar sebebiyle yanlış olduğu tespit edilirse, kural olarak bu feshin geçerliliğini etkilemeyecektir. Çünkü hukukun açık, kesin ve güvenilir olması gerekliliğinden esas alınacak olan fesih anındaki nesnel koşullardır²¹⁴⁰. Ama bununla birlikte işverenin, BGB m. 242²¹⁴¹’de düzenlenen dürüstlük ilkesi (Treu und Glauben) gereği işçiyle iş ilişkisine devam etmeyi kabul etmesi gerektiği de belirtilmiştir. İş ilişkisinin önce geleceğe yönelik tahmine dayalı olarak feshedilip, daha sonra bu

²¹³⁴ Krause, s. 322. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hromadka ve Maschmann, s. 527-531, Rn. 347-357. Bu kavramla ilgili başka bilgi için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 2. a. Olağan Fesih (Ordentliche Kündigung)

²¹³⁵ SGB IX. Kitap m. 174 : “Grev veya lokavttan dolayı iş sözleşmeleri derhal olağanüstü fesihle sona erdirilen ağır engelli işçiler, grev veya lokavt sona erdikten sonra tekrar işe alınacaklardır”. 01.01.2018’de Kanun’un yenilenmesinden önce bu hüküm SGB IX. Kitap m. 91/VI’de düzenlenmiştir.

²¹³⁶ Ebeling, s. 237.

²¹³⁷ Heilmann, ss. 79, 117; Vom Stein, s. 143; Naujok, s. 402.

²¹³⁸ Thomas Raab, “Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Wegfall des Kündigungsgrundes”, **RdA**, Yıl: 2000, Sayı: 3, (Wiedereinstellungsanspruch), ss. 148-149; Hoefs, ss. 289-305; Bertram Zwanziger, “Neue Tatsachen nach Zugang einer Kündigung”, **BB**, Yıl: 1997, Sayı: 1, s. 44; Ebeling, s. 237. BAG, 20.08.1997 - 2 AZR 620/96, **AP**, BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 27.

²¹³⁹ BAG, 27.02.1997, 2 AZR 160/96, www.prinz.law, (01.11.2021); BAG, 20.10.2015 – 9 AZR 743/14, **NZA**, Yıl: 2016, Sayı: 5, ss. 299-304.

²¹⁴⁰ Hromadka ve Maschmann, s.531, Rn. 358. BAG, 27.02.1997 - 2 AZR 160/96, **AP**, KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1.

²¹⁴¹ BGB m. 242: “Borçlu, edimin ifasını doğruluk ve dürüstlük ile teamüllere uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür.”

öngörülerin doğru çıkmaması sebebiyle artık fesih nedeni bulunmadığından tek tarafın menfaati doğrultusunda bir durum ortaya çıkması çelişkili bulunmuştur²¹⁴². Bu doğrultuda yeniden işe alınmayı talep hakkının kabul edilebileceği belirtilmiştir. Örneğin, işveren işçinin çalışmakta olduğu bölümü kapatmak istemiş ve bu sebeple orada çalışanların iş sözleşmelerini feshetmiş olabilir. Ama daha sonra işveren, söz konusu işçinin iş sözleşmesinin fesih bildirim süresi dolmadan önce departmanı kapatmaktan vazgeçmiş ve daha az kişiyle çalışmaya devam etmişse, işçi durumunun eski hale getirilmesini isteyebilir²¹⁴³.

Genel olarak yeniden işe alınmayı talep hakkının doğup doğmadığının tespit edilebilmesi için somut olayın koşullarına bakılarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Burada en önemli ve belirleyici kriter, işçinin “iş ilişkisinin eskisi gibi devamı”ndaki menfaatinin, işverenin “feshin varlığını ortadan kaldırılmaması”ndaki menfaatine göre ağır basıp basmadığıdır²¹⁴⁴. Ama bunun için öncelikle işçinin bir talepte bulunması gerekecektir.

Kural olarak işçinin bu talep hakkını bildirim süreleri dolmadan bir başka ifadeyle iş sözleşmesi sona ermeden kullanabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Zaten yeniden işe alınmayı talep hakkının mantığı, bildirim süreleri dolmadan yani iş sözleşmesi sona ermeden fesih nedenin ortadan kalkması halindeki adaletsizliği gidermek olduğundan bu doğaldır. Ancak istisnaları söz konusu olabileceği de ifade edilmiştir. Örneğin, işçi fesih nedeninin ortadan kalkması durumunu daha sonra öğreniyorsa, bildirim süresi geçmiş olsa dahi yeniden işe alınmayı talep edebileceği de belirtilmektedir²¹⁴⁵. İşçi bu talep hakkı için işverene dava açabilecek ve bu yeniden işe alınma talebini dava dilekçesinde ifade edebilecektir²¹⁴⁶.

B. Türk Hukuku’nda Yeniden İşe Alınmayı Talep Hakkı

Aşağıda özel olarak inceleyeceğimiz şüphe feshi sonrasında doğabilecek yeniden işe alınmayı talep hakkından bağımsız olarak değerlendirdiğimizde, her ne

²¹⁴² BAG, 23.11.2006 - 8 AZR 349/06, **NZA**, Yıl: 2007, Sayı: 15, ss. 866-870; BAG, 25.10.2007 - 8 AZR 989/06, **NZA**, Yıl: 2008, Sayı: 6, ss. 357-360; BAG, 20.10.2015 – 9 AZR 743/14, **NZA**, Yıl: 2016, ss. 299-304.

²¹⁴³ BAG, 04.12.1997 - 2 AZR 140/97, **NJW**, Yıl: 1998, Sayı: 32, ss. 2379-2382.

²¹⁴⁴ Hromadka ve Maschmann, s.532, Rn. 360.

²¹⁴⁵ Hromadka ve Maschmann, s.532, Rn.363a.

²¹⁴⁶ BAG, 04.12.1997 - 2 AZR 140/97, **NJW**, Yıl: 1998, Sayı: 32, ss. 2379-2382.

kadar koşulları ve uygulanışı farklı olsa da Alman Hukuku'ndaki “yeniden işe alınmayı talep hakkı”na benzer bir yükümlülüğün Türk Hukuku'nda bulunduğu söylenebilecektir.

İncelemiş olduğumuz “wiedereinstellungsanspruch” kavramını çalışmamızda yer verildiği şekliyle “yeniden işe alınmayı talep hakkı”ya da “yeniden istihdam talebi hakkı²¹⁴⁷” şeklinde çevirmek mümkündür. Kavramın Türkçe çevirisine baktığımızda, buna Türk Hukuku'nda denk düşecek uygulama olarak İşK m. 30/V ve m. 31/IV düzenlemelerini örnek gösterebiliriz.

İşK m. 30/V'de bir işyerinden malullüğü sebebiyle ayrılan ama sonradan bu durumu ortadan kalkan işçilerin eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istemeleri ele alınmıştır. Düzenleme uyarınca işveren, söz konusu bu kişileri eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. İşveren bu iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese de işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

İşK m. 31/IV'de ise benzer bir başka iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Burada da, herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler, ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde tekrar işe girmek isteyebilirler. İşveren de söz konusu işçileri eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almakla yükümlüdür. Aksi halde işveren işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat ödeyecektir.

Verdiğimiz örneklerdeki işçinin yeniden işe alınmayı talep edebilmesi hakkı ve işveren açısından doğan işe alma yükümlülükleri aslında şüphe feshinde ortaya çıkabilen “wiedereinstellungsanspruch (yeniden işe alınmayı talep hakkı)” ile çok farklı yönler taşır.

İlk olarak ifade etmemiz gereken büyük farklılık, Türk Hukuku'nda bu hak açıkça Kanun'da düzenlenmişken, Alman Hukuku'nda yargı kararlarıyla ortaya çıkıp şekillenmiş olmasıdır. Bunun yanı sıra hukukumuzda işçinin yeniden işe alınmayı talep edeceği durumlar sınırlı olarak belirlenmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bunlar sadece “malullük” ve “bir askeri ve kanuni ödev sebebiyle” gerçekleştirilen

²¹⁴⁷ Erdoğan, s. 272.

fesihlerde söz konusu olabilecektir. Alman Hukuku'nda ise özellikle yargı kararlarıyla şekillenmesinin etkisiyle sistemimizdeki gibi sınırlı bir durum söz konusu değildir. Alman Hukuku'ndaki bu kavramı incelerken gördüğümüz üzere hakkın ortaya çıkış mantığında “geçerli bir feshin ardından dayanılan durumun ortadan kalkmasıyla oluşan adaletsizliğin” giderilmesi yatmaktadır.

Ayrıca konumuz olan şüphe feshi bakımından uygulanabileceği de ifade edilen yargı kararıyla kabul edilen yeniden işe alınmayı talep hakkının, hukukumuzdaki İşK m. 30/V ve m. 31/IV deki haktan farkı, işçinin talebini dava açma yoluyla dile getirecek olmasıdır. İş Kanunumuzun söz konusu bu hükümleri kapsamında, işçiler herhangi bir dava açmaksızın işverene başvuracak, işveren işe almazsa tazminat için dava açmaları söz konusu olabilecektir.

Her ne kadar hakların iki hukuk sisteminde ortaya çıkacağı koşullar ve uygulanışları farklılık gösterse de, iş ilişkisi sona eren işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesinin sağlanması bakımından aynı işleve sahiptirler. Ayrıca ortak olan bir önemli husus da, her iki sistemde de esasen iş sözleşmelerinin hukuka uygun olarak sona erdirilmiş olması ve sadece sözleşme feshedildikten sonra yaşanan gelişmeler üzerine tekrar bir menfaat dengesi oluşturularak somut olay adaletinin sağlanması için bu hak ve yükümlülüğün ortaya çıkmasıdır.

Hukukumuzda, mevcut kanuni düzenlemeler karşısında de lege lata bakımından aşağıda özel olarak inceleyeceğimiz “şüphe feshinde yeniden işe alınmayı talep hakkı”nın gündeme gelmesi söz konusu olamaz. Ancak böyle bir hak şuan mevcut olmasa da de lege ferenda bakımından bu durumun incelenmesi gerekir.

C. Şüphe Feshinde Yeniden İşe Alınmayı Talep Hakkı

Yeniden işe alınmayı talep hakkının kabul edilmesi şüphe feshi bakımından çok önemlidir. Çünkü bu şekilde şüphe feshinin hukukiliği sağlamlaştırılmış ve suçsuz birinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi riski bir nebze telafi edilmiştir²¹⁴⁸.

²¹⁴⁸ Rainer Bram ve Werner Rühl, “Praktische Probleme des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung”, **NZA**, Yıl: 1990, Sayı: 19, s. 754; Hoefs, ss. 36, 292. BAG, 24.11.1956-2 AZR 345/56, **NJW**, Yıl: 1957, Sayı: 1, s. 37.

İşçinin bu hakkının, işverenin şüphe feshi hakkının kötüye kullanmasını önleyici etkisi olduğu da ifade edilmiştir²¹⁴⁹.

Yukarıda incelediğimiz ve bazı açılardan “Wiedereinstellungsanspruch”a benzer olduğunu ifade ettiğimiz, spesifik durumlar için düzenlenmiş İşK m. 30/V ve 31/IV hükümleri dışında ne genel anlamda ne de şüphe feshi bakımından “yeniden işe alınmayı talep hakkı” düzenlenmemiştir. Hukukumuzda mevcut olmayan bu hakka yer verilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Zira şüphe feshi kavramı Alman Hukuku’ndan örnek alınmıştır. Dolayısıyla bu fesih türünü özümsemek, her iki tarafa da zarar vermeyecek şekilde en adil haliyle uygulayabilmek ve dahası örnek aldığımız noktaya göre daha da geliştirebilmek için, kavramın doğduğu yerdeki ortaya çıkışı, gelişimi ve uygulanış şeklini anlamak elzemdir.

Ülkemizdeki şüphe feshinin uygulamada doğabilecek sorunlarını tespit edip önceden önüne geçebilmek, mevcut sorunları çözmek ve kurumu geliştirebilmek için şüphe feshinin hukukumuzda var olmayan şart²¹⁵⁰ ve sonuçlarına yer vermek faydalı olacaktır. Ayrıca bu şart ve sonuç mevzuatımız bakımından uygulanabilecek nitelikte olmasa da değişen ve gelişen iş ilişkileri karşısında Kanun düzenlemelerinin şekillenebildiği de düşünüldüğünde, şu an uygulanamayacak olan inceleyeceğimiz hususlar, ilerleyen süreçte etkin hale gelebilecek ya da sistemizde getirilebilecek yenilikler açısından ufuk açıcı olabilecektir.

Yeniden işe alınmayı talep hakkı (Wiedereinstellungsanspruch), genel olarak incelerken görüldüğü üzere, fesih nedeninin ortadan kalkması veya işveren için iş ilişkisinin devamının çekilmez olmasının artık söz konusu olmadığı durumlarda, yani işçinin işini kaybetmesinin “haksızlık” olarak nitelendirilebileceği hallerde söz konusudur²¹⁵¹. Bu hak, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak görülmektedir. Anayasa ile güvence altına alınmış olan çalışma hakkının, gerekçesiz olarak (sonradan işçinin suçsuzluğunun ispatlanması halinde) sona erdirilmesini engellemektedir²¹⁵².

Şüphe feshi bakımından, bir işçi suç ya da esaslı bir iş sözleşmesi yükümlülüğü ihlali şüphesi sebebiyle işten çıkarılmış ve bu şüphe feshinin geçerliliği

²¹⁴⁹ Hoefs, ss. 292-293.

²¹⁵⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm V. D. İşyeri Kurulunun Görüşünün Alınması

²¹⁵¹ Nikisch, s.730; Ebeling, s. 236; Schlegel, s. 175; Zborowska, ss. 311-312.

²¹⁵² Schlegel, ss. 171 -175.

kesinleşmiş; ama daha sonra, işçinin masumiyeti ortaya çıkmışsa, sona ermiş iş ilişkisi bakımından işçinin “yeniden işe alınmayı talep hakkı” gündeme gelecektir²¹⁵³.

Yeniden işe alınmayı talep hakkı yargı kararlarıyla ortaya çıkmış ve şekillenmiştir. Şüphe edilen işçilerin daha sonra suçsuz olduklarının ispatlanması halinde, yeniden işe alınmayı talep hakkı sahibi olacakları ilk kez Alman Federal Temyiz Mahkemesi (Bundesgerichtshof – BGH)’nin 13.07.1956 tarihli bir kararında kabul edilmiştir²¹⁵⁴. Kararda, başlangıçta gerekçelendirilmiş haklı bir şüphesinin daha sonra ortadan kalkması durumunda, işverenin söz konusu kişiyi yeniden işe alma yükümlülüğünün, dürüstlük kuralı gereği iş sözleşmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. BAG ise 1956 tarihinde BGH’nin yeniden işe alınmayı talep hakkına ilişkin açıklamalarını onaylamış ve bu hakkı işçinin sadakat borcunun işverendeki karşılığı olarak nitelendirilebilecek işçiyi gözetme borcu ile gerekçelendirmiştir²¹⁵⁵.

Şüphe feshinde bu hakkın doğması için işten çıkarılan işçinin masumiyetinin ispatlanmış olması gerekmektedir²¹⁵⁶. Feshe neden olan ve fesih anında ileri sürülmüş olan iddianın doğruluğunun önemli derecede zedelenmesi yeterli görülmemiştir²¹⁵⁷. Örneğin, StPO m. 170 (CMK m. 172) uyarınca verilen ceza soruşturmasındaki takipsizlik kararı (kovuşturmaya yer olmadığına dair karar) bu yeniden işe alınmayı talep hakkı için yeterli değildir. Çünkü savcı tarafından verilen bu karar, hiçbir şekilde iş yargısı bakımından bağlayıcılığı olmayan bir ön değerlendirme niteliği taşır²¹⁵⁸. Ceza mahkemesinin beraat kararının kural olarak iş yargılamasında da bağlayıcı olmadığı bir sistemde savcının takipsizlik kararı için aksi evleviyetle mümkün değildir²¹⁵⁹.

²¹⁵³ Eylert, Verdachtskündigung, s. 407. BGH, 13.07.1956 - VI ZR 88/55, **NJW**, Yıl: 1956, Sayı: 41, s. 1513; BAG, 14.12.1956 - 1 AZR 29/55, **NJW**, Yıl: 1957, Sayı: 20, ss. 764.

²¹⁵⁴ BGH, 13.07.1956 - VI ZR 88/55, **NJW**, Yıl: 1956, Sayı: 41, s. 1513.

²¹⁵⁵ BAG, 14.12.1956 - 1 AZR 29/55, https://www.prinz.law/urteile/BAG_1_AZR_29-55, (10.03.2021). Tarihsel gelişim ve ayrıntılı bilgi için bkz. Schlegel, ss. 156-157.

²¹⁵⁶ Schlegel s. 155; Wertz, s. 193.

²¹⁵⁷ Eylert, Verdachtskündigung, s. 408.

²¹⁵⁸ BAG, 20.08.1997 - 2 AZR 620/96, **NZA**, Yıl: 1997, Sayı: 24, ss. 1340-1343.

²¹⁵⁹ Bkz. Birinci Bölüm III. Ceza Muhakemesinin İş İlişkisine Etkisi

Bu hakkın doğması için gerekli olan, sonradan öğrenilen, feshin hukuka uygun olmadığını ve bu sebeple işçinin haklarının geri verilmesi gerektiğini gösteren durumların kanıtlanması ve açıklanması yükümlülüğü işçinin kendine aittir²¹⁶⁰.

İşçi şüphe feshi sonrası masumiyeti ortaya çıktığında yeniden işe alınabilmesi için işe iade davasındaki gibi işe alınmayı talep etmesi gerekir. Ancak işçi bunu, şüphe feshini gerçekleştiren eski işvereni ile iş sözleşmesinin sona erdiği zamandaki imkânları sağlayan yeni bir iş sözleşmesi talebinde bulunduğu eda davası açarak yapmalıdır²¹⁶¹.

Yukarıda da belirtildiği üzere, esas olarak yeniden işe alınmayı talep hakkı, sadece iş ilişkisinin sona ermesinden önce mümkün olabilir. Daha doğru bir şekilde ifade edersek, işveren fesih beyanında bulunduktan ama bildirim süresi henüz dolmamış ve iş ilişkisi devam ediyorken fesih nedeninin ortadan kalkması durumunda işçinin yeniden işe alınmayı talep etmesi, bu hakkın esas halini oluşturur. Ancak şüphe feshi ile ilgili özel durumlar bakımından farklı bir değerlendirmede bulunulmuştur. KSchG'in çıkarılma amacının, istisnai olarak ihbar süresi sona erdikten sonra fesih nedeninin ortadan kalkmasının dikkate alınmasını gerektirdiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda sunulan gerekçeler farklılık gösterebilse de şüphe feshi bakımından hâkim görüş, bildirim süreleri sonrasında yaşanan gelişmelerden dolayı yeniden işe alınmayı talep hakkının doğabileceğidir²¹⁶². Ancak bu, olay ne zaman aydınlanırsa aydınlansın işverenin işçiye yeniden işe almak zorunda kalacağı anlamına gelmeyecektir. Çünkü yeniden işe alınmayı talep hakkının kabulü için, mahkemenin somut olayın koşullarına bakarak bir menfaat değerlendirmesi yapması gerekmektedir. Burada işçinin “iş ilişkisinin eskisi gibi devamı”ndaki menfaatinin, işverenin “feshin varlığını ortadan kaldırılmaması”ndaki menfaatine göre ağır basıp basmadığına bakılacaktır.

²¹⁶⁰ Eylert, Verdachtskündigung, s. 407.

²¹⁶¹ Wertz, s. 194.

²¹⁶² Zwanziger, s. 45. BGH, 13.07.1956 - VI ZR 88/55, **NJW**, Yıl: 1956, Sayı: 41, s. 1513; BAG, 14.12.1956 - 1 AZR 29/55, https://www.prinz.law/urteile/BAG_1_AZR_29-55, (10.03.2021).

SONUÇ

Karşılıklı ve sürekli borç ilişkisi doğuran tüm sözleşmelerde olduğu gibi iş sözleşmesinde de güven önemlidir. Ama iş ilişkisinin kişisel niteliği, güveni daha da önemli hale getirmiştir. Güven olmadan iş ilişkisinin kurulması ve devam ettirilmesi söz konusu olamayacaktır.

Aday işçi ile işveren arasında bir güven ilişkisi kurulabilirse iş sözleşmesi imzalanabilecek ve bu güven ilişkisi zarar görmeden devam ettiği sürece, iş ilişkisi varlığını koruyacaktır. Eğer taraflar arasında telafisi olmayacak bir güven kaybı yaşanır da iş sözleşmesi sona erebilecektir. Sonuç olarak, iş ilişkisinin varlığı için istisnasız ilk şart “tarafların birbirlerine güvenmesidir”.

İş sözleşmesi için vazgeçilmez olan bu güven ilişkisi bakımından en büyük tehlikelerden biri ise çalışmamızda tüm ayrıntılarıyla incelenmiş olan “işverenin işçiye karşı duyduğu şüphe”dir.

İş hukukunda şüphe denildiğinde akla ilk şüphe feshi gelse ve feshin sadece suç şüphesinden dolayı gerçekleştirildiği düşünülebilirse de; işverenin şüphesi, sadece suça dair olmamakta ve iş ilişkisinin tüm evrelerinde çeşitli sonuçlar doğurmaktadır.

Bu şüphelerin hepsi şüphe feshindeki gibi objektif vakıa ve olgulara dayanmasa da, iş ilişkisine etkileri olmaktadır. Çünkü hukuka uygun olmamaları ya da açıkça kabul edilip düzenlenen hukuki sonuçlara bağlanmamaları (aday) işçiye ve iş ilişkisini etkilemediği anlamına gelmeyecektir. Zaten, işverenin kaygı, kuruntu, subjektif şüphelerinin sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmak (somut olayın koşullarına göre her zaman mümkün olmaz), önüne geçmek ya da zararlarının telafisi için, işe alımda ayrımcılık tazminatı ya da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) uyarınca zararların talebi imkânları; iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde ise iş güvencesi hükümleri ya da kötü niyet tazminatı bulunmaktadır.

İş ilişkisinin kuruluş aşamasında işveren, aday işçinin başvurduğu pozisyona uygun olup olmadığı, iş sözleşmesi kurulduktan sonraki süreçte yükümlülüklerini ihlal edip etmeyeceği veya bir suç işleyip işlemeyeceği konularında şüphe taşır. Bu şüpheleri dağıtıp, aralarında bir güven ilişkisi oluşturup iş sözleşmesini

imzalayabilme adına işveren, çeşitli yollara başvurur. İşçinin kendinden (soru sorarak, belge ya da testler talep ederek) ya da üçüncü kişilerden (eski ya da mevcut işverenlerinden, gösterilen referanslardan vs.) bilgi edinmeye çalışır. Başvurulan bu yolların ardından işveren, edindiği yeni bilgilerle bu şüphelerini dağıtabileceği gibi arttırabilir. Örneğin, işveren, aday işçinin gerekli niteliklere sahip olduğunu tespit etmesine ve işe uygun olunduğu konusunda şüphesini gidermesine rağmen; önceki işten çıkarılma nedeni, daha önce işlemiş olduğu bir suç veya geçirmiş olduğu bir soruşturma/kovuşturma sebebiyle işçinin gelecekte yükümlülüklerini ihlal edeceği ya da bir suç işleyeceğine yönelik yeni şüpheler doğabilecektir.

İşverenin şüpheleri gidermeye çalıştığı bu süreçte, aday işçi ve işverenin karşılıklı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Henüz arada bir sözleşme olmadığından burada TMK m. 2'ye dayanan koruma yükümlülükleri devreye girmektedir. Bu doğrultuda aday işçi ve işveren birbirlerine karşı özen gösterme, gerekli bilgileri verme, hak ve menfaatlerine zarar vermeme yükümlülüklerini taşıyacaklardır. İşveren hak ve menfaatleri doğrultusunda işçi adayına ilişkin bilgi edinebilirken, işçi adayı da soru ve taleplerini kendi menfaatleri çerçevesinde yanıtlayabilecek; ancak her iki taraf da bu koruma yükümlülüklerini göz ardı edemeyeceklerdir.

Koruma yükümlülüklerinin haricinde işverenin başvurduğu yollarda hukukilik sınırını, işçinin temel hak ve özgürlükleri, anayasal ilkeler ve KVKK esasları belirleyecektir. Burada da bir çerçeve çizmek ve genel geçer esaslar kabul etmek zor olacaktır. Ancak en temel kıstaslardan biri, aday işçinin başvurmuş olduğu iş pozisyonudur. Buna göre hukukilik sınırlarında esneklik dahi söz konusu olabilmektedir. Hatta başvurulmuş işe göre gerçekleşen bir esneklik örneğine Kanunda açıkça yer verilmiştir. Kural olarak aday işçinin sadece işle ilgili adli sicilden silinmemiş mahkûmiyetleri sorulabilecekken; Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun m. 10 uyarınca, özel güvenlik görevlisi adaylarının adli sicile işlenmemiş HAGB kararları ve bazı suçlardan haklarında soruşturma/kovuşturma olup olmadığı dahi sorulabilecek, sorulmasa da adayların bilgi verme yükümlülükleri olacaktır. Ancak kanun düzenlemesi bulunması da şart değildir. Kamu güvenliği bakımından önem arz eden toplum için hassasiyet taşıyan işlerde de, kanun düzenlemesi olmasa da bazı istisnai haller ortaya çıkabilecektir. Örneğin, anaokulu öğretmeni olmak

isteyen bir kişinin, adli sicilde yer alsın ya da almasın “çocuklara yönelik veya onların güvenliğine tehdit oluşturabilecek tüm suçlar” a ilişkin mahkûmiyetleri bakımından doğru söyleme yükümlülüğü olduğu kabul edilecektir.

İşveren tüm edindiği bilgiler çerçevesinde taşıdığı şüpheleri giderip giderememesine ve adayla arasında bir güven ilişkisi kurmasının mümkün olup olmamasına göre iş sözleşmesini ne şekilde imzalayacağına ya da imzalamayacağına serbestçe karar verebilecektir. Fakat sözleşme serbestisi olmasına rağmen işveren, iş sözleşmesini kurabilmek adına şüphelerini giderebilmesinde başvuracağı yollarda olduğu gibi, giderilemeyen şüpheyeye dayanarak sözleşme yapıp yapmayacağına karar vermesinde de bir hukuka aykırılık oluşmaması için anayasal haklar (AY m. 20- özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, AY m. 10 - eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, AY m. 59 – Çalışma Hakkı gibi) Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu düzenlemeleri uyarınca hareket etmesi gereklidir.

İş sözleşmesi devamında da kuruluş aşamasında olduğu gibi, işçinin işe uygunluğu veya yükümlülükler aykırı davranılabileceği ya da suç işlenebileceğine yönelik benzer kaygılar işverende bulunacaktır. Burada kuruluş aşamasından farklı olarak işçinin bir yükümlülük ihlalinde bulunup bulunmadığı ya da suç işleyip işlemediği konusunda şüphe etmesi de gündeme gelecektir. İş sözleşmesi devam ederken işveren, mevcut kaygılarını ortadan kaldırmak, işçilerinden şüphe duyduğu konuları aydınlatmak ya da aydınlatamıyorsa da bunların objektif şüpheler olup olmadığını tespit etmek ve hatta ilerleyen süreçte kuvvetli şüpheyeye dayanarak iş sözleşmesini feshedebilmek için yönetim hakkı kapsamında çeşitli yollara başvurabilecektir.

İş ilişkisinin devamında şüphe giderme yolları, esasen şüphe feshi konusu ile iç içedir. İşveren, işçiye karşı şüpheleri oluşmaması adına (aynı zamanda kanunlardan doğan yükümlülüklerini de yerine getirmek amacıyla) işçiye soru sorabilir, işçiden bilgi ve belge talep edebilir, işçiyi veya işyerini arayabilir ya da elektronik gözetleme yapabilir. Bu şekilde işveren şüphelerini giderdiği gibi işçilere karşı şüphe oluşmasının da önüne geçmiş olur ve şüphe feshinin gündeme gelme ihtimali azalır.

Bu konuda özel olarak değinmemiz gereken husus ise işçinin işten el çekmesidir. Bu esasen şüphe giderme yolu niteliği taşımamaktadır. Ancak şüphe gidermeye uygun ortamı sağlamak ve son çare ilkesi gereğince şüphe feshi sürecinin başlatılmaması adına gerçekleştirilecek bir durumdur.

İşverenin taşıdığı şüphe sebebiyle işçinin işten el çekmesi, “ücretsiz izinler” ve “disiplin cezası olarak uzaklaştırma ya da tadbiren uzaklaştırma gibi farklı amaçlar ve özellikler barındıran askı halleri” şeklinde gerçekleşebilir.

İşçiye karşı yapılan bir soruşturma sebebiyle “disiplin tedbiri olarak el çektirme”, işyeri disiplin yönetmeliklerinde mevcut bir düzenleme varsa söz konusu olacaktır. Dolayısıyla her işyerinde uygulaması değişen bir durumdur.

“Şüphe feshini engellemek ama aynı zamanda işvereni ve hatta somut olaya göre kamu yararını koruma adına etkili olacak işten el çektirme” disiplin tedbirinin, daha hukuka uygun bir hale getirilmesi adına, bu süreçte ücret ödemelerinin tamamen kaldırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bazı işyeri disiplin yönetmeliklerinde işçi ceza almazsa ücret ödeneceği yönünde hükümler yer alsa da, yerleşik anlayış işçilerin ücretsiz izinde olduğu yönündedir. Doktrinde de bu süreçte askı halinde olunduğu ifade edildiğinden, klasik askı hali kuralı olarak ücret ödemesi yapılmaması şaşırtıcı değildir. Alman Hukuku’nda ise esas olan ücret ödeme yükümlülüğünün askı halinden etkilenmeyecek olmasıdır. Eğer karşılıklı anlaşarak gerçekleştirilen bir ücretsiz izin ya da somut olayda işverenden ücret ödemesini beklemenin hakkaniyetli olmayacağı bir durum yoksa işveren ücret ödemek durumunda kalacaktır. Bu doğrultuda kural olarak disiplin tedbiri olan el çektirme de ücret ödeneceği kabul edilmiştir.

İş Hukuku’nda her ne kadar işçiyi koruma ilkesi esassa da, işveren ve işçi arasında bir menfaat dengesi kurulması gerektiğinden; işçiye soruşturmanın sonucu olumlu da olumsuz da olsa çalışılmamış bir süre için ücret ödemek işveren tarafından çok adaletsiz görülebilir. Ancak tadbiren uygulanan el çektirmede söz konusu durumun özellikleri gereği (iş sözleşmesi devam ettiğinden başka bir işte çalışılmasının kural olarak mümkün olmaması, başka işte çalışma imkânı olsa da sürecin gidişatının ve belirsizliğinin yeni iş bulmaya ve çalışmaya elverişli olmaması) “işçinin bir anda geçim kaynağının elinden alınması”, tadbiren el çektirme bir cezalandırma da olmadığından kabul edilmemelidir. Hele ki işçinin masum

olduğu ortaya çıkarsa, işçi kendisinden kaynaklanmayan bir durum için bu zorlukları yaşayacağından hakkaniyetsizlik daha da artacaktır. Burada denge kurulması bakımından Devlet Memurları Kanunu (DMK)'nın “görevden uzaklaştırma”ya ilişkin düzenlemelerinin örnek alınabileceği kanaatindeyiz. Böylece işten el çektirme boyunca işçiye belli miktarda bir ödeme yapılacağı, eğer süreç sonunda masumiyeti ortaya çıkarsa kalan ödemenin tamamlanacağı yönünde bir düzenleme getirilirse, işçi-işveren arasındaki menfaat dengesi sağlanabilecektir. Özellikle, soruşturmadan bir sonuç alınamaz ve üstüne işçinin sözleşmesi şüphe feshi ile sona erdirilirse; işçinin ücret almadan geçirdiği askı hali menfaat dengesini ağır şekilde sarsmış olacaktır. İşçi belki de yapmadığı bir davranış yüzünden ücret almadan geçirdiği süre sonunda işini kaybedecek, dahası zan altında kaldığından adı lekelenecek ve iş bulmakta zorlanacaktır. Eğer en azından disiplin tedbiri olarak uygulanan el çektirmeler bakımından belirttiğimiz şekilde bir düzenleme gelirse hakkaniyetsiz durum bir nebze hafifletilebilecektir.

İşveren iş ilişkisinin devamında şüphe oluşmasının önüne geçemez ve onları dağıtamazsa, bunun işçi açısından çeşitli sonuçları olacaktır. Eğer işverenin ispat edemediği salt sübjektif şüphesi varsa, doğrudan ya da iş saatlerini azaltarak, zam yapmayarak, iş değişikliğinde bulunarak dolaylı şekilde ücreti azaltma yoluna gidebilir. Ya da ücretten bağımsız olarak, şüphe işçinin söz konusu mevcut görev yeri ve tanımıyla bağlantılı ise, iş ve işyeri değişikliği de yapabilir. Elbette işverenin yaptığı bu işlemler, çalışma koşullarında esaslı birer değişiklik teşkil edeceğinden İŞK m. 22 prosedürünü işletmesi gereklidir. Aksi halde değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Buna rağmen işveren bu kararlarında ısrar ederse, somut olayın koşullarına göre işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi (İŞK m. 24/I II-e ve f alt bentleri uyarınca) ya da iş sözleşmesinin işverence hukuka aykırı olarak sona erdirilmiş olduğunun kabulü (Örneğin, işçinin geçersiz işyeri değişikliği sonrası eski işyerine gittiğinde işe alınmayarak gerçekleştirilen eylemli feshi) gündeme gelecektir.

Ancak işverenin gideremediği şüphesi objektif olgulara dayanan kuvvetli bir şüphe ise şüphe feshi imkânı doğabilecektir.

Ülkemizde, iş hukuku alanında şüphe kavramının gündeme gelmesi, açıkça ifade edilip yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanması ve hukuki niteliğinin

irdelenip şartlara bağlanması, Yargıtay'ın bir kararında²¹⁶³ Alman Hukuku'nu örnek göstererek şüphe feshi kavramını kabul etmesiyle gerçekleşmiştir. Diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de Alman Hukuku'nun örnek alınmasının sebebi, Almanya'nın kavramın doğduğu ülke olmasıdır. Zaten çalışmamızda mukayeseli hukuk bakımından seçtiğimiz ülkenin Almanya olmasının temel nedeninin de bu durum olduğu söylenebilir.

Hem Alman hem de Türk Doktrini'nde yer verilen açıklamalara bakıldığında şüphe feshi, "işçinin sözleşme yükümlülüklerini esaslı bir biçimde ihlal ettiği veya suç niteliğinde bir eylemde bulunduğu konusunda işverenin objektif vakıalara dayanan bir şüphesinin bulunması ve bu şüphenin telafisi olmayacak şekilde güven ilişkisine zarar vermesi sonucu, iş ilişkisine devam edilmesinin beklenememesi durumlarında başvurulabilecek fesih" şeklinde ifade edilebilir. Bu genel tanımda görüldüğü üzere, şüphe feshinde işçinin bazı davranışlarda bulunduğundan şüphelenilmektedir. Oysa şüphe feshine ilişkin Yargıtay'ın ilk kararında, işçinin geçmişteki davranışlarına dayanarak gelecekte bazı davranışlarda bulunabileceği hususunda şüphe mevcuttur. Dava konusu fesih de şüphe feshi olarak nitelendirilmiştir. Bu şekilde bir başka şüphe feshi çeşidi oluşturulduğu söylenebilecektir. Alman Hukuku'nda bu fesih, şüphe feshi olarak nitelendirilmese de, bu iş sözleşmesinin feshedilmesinin mümkün olmayacağı anlamına gelmez. İşveren, işçinin davranışlarına dayanarak geleceğe dair olumsuz bir öngöründe bulunduğundan dolayı, geçerli nedenle feshin tüm şartları da sağlanıyorsa iş sözleşmesini sona erdirebilecektir. Ancak bu durumda da yapılan menfaat değerlendirmesinde dayanak davranışların ne zaman gerçekleştiği, işverence bilinip bilinmediği vb. hususlar önem arz edecektir.

Alman Hukuku'nda şüphe feshi, haklı nedenle fesih olarak kabul edildiğinden, "geleceğe yönelik duyulan şüphe sebebiyle yapılacak fesihlerde", şüphe feshi nitelendirmesi yapmamak, uygulanacak fesih prosedüründeki farklılıktan dolayı önemli olacaktır. Ancak hukukumuzda bu feshin "şüphe feshi" olarak nitelendirilmesi uygulamada bir farklılığa yol açmayacaktır. Çünkü Alman Hukuku'nda olumsuz öngörüye dayanılarak yapılacak bir geçerli nedenle fesih olarak nitelendirilebilecek bu feshin "şüphe feshi" şeklinde ifade edilmesi,

²¹⁶³ Y. 9. HD. 22.10.2007/16878 E., 2007/30923 K., <https://legalbank.net>, (12.06.2018).

hukukumuzda şüphe feshi zaten “işçinin yetersizliğine dayalı geçerli nedenle fesih” olarak kabul edildiğinden bir farklılığa sebep olmayacaktır.

Hukukumuzda ortaya çıktığını söyleyebileceğimiz bu şüphe feshi çeşidinde, işçinin geçmişte kalmış, cezasını çektiği, işverence bilinen ve ses çıkarılmayan, üzerinden uzun zaman geçen olaylar olabilir. Ve bu gibi olaylara dayanarak işçinin bir davranışta bulunacağının söylenmesi zaten hassas olan şüphe feshini daha da dikkatli olunması gereken bir duruma sokmaktadır. Diğer şüphe fesihlerindeki masumiyet ilkesi ve lekelenmeme hakkına aykırılık; bu şüphe feshinde, işçi henüz gerçekleşmemiş bir durumdan dolayı işini kaybettiğinden, üstelik ekonomik zararın yanı sıra zan altında bırakılarak itibar kaybına uğramasıyla daha da öne çıkmış olacaktır. Zaten sonuçlarına (cezasını çekmesi, konu bir yükümlülük ihlaliyse işverenin güvenini kazanmak için daha sıkı çalışması vb.) katlandığı davranışları yüzünden tekrar bir zorluk yaşaması (fesih bir ceza olmasa da yaşayacakları bir cezadan farksız olacağından), iki kere cezalandırma yasağına (non bis in idem) da uygun düşmeyecektir.

İşçi açısından durumun çok aleyhe olduğu söylenebilirse de, zaten bu tür şüphe fesihlerinin istisnai hallerde geçerli olabileceği kabul edilmelidir. Bu istisnai halleri, terör eylemleri gerçekleşeceği şüphesinin konu edildiği 2007 tarihli kararda olduğu gibi kamu güvenliğini tehdit vb. “kamu yararı”nın dikkate alınması gerektiği durumların oluşturacağını söyleyebiliriz. Çünkü kamu yararı söz konusu olduğunda, olay artık işçi-işveren menfaat dengesinin ötesine geçecektir. Hatta somut olaya göre işverenin burada sözleşmeyi feshetmekle yükümlü olduğu dahi söylenebilecektir. Ancak bu fesih türünde ihlal edilen temel hak ve ilkeler düşünüldüğünde feshin geçerlilik denetiminin düzgün bir şekilde yapılması önemli olacaktır.

Hukukumuzda yargı kararlarıyla giren ve şekillenen şüphe feshinin, dâhil edildiği fesih türü (işçinin yetersizliğine dayanan geçerli nedenle fesih) bakımından esas alacağı kanun hükümleri olmakla birlikte; “şüphe feshi kavramına yer veren ve koşullarını özel olarak düzenleyen” bir mevzuat bulunmamaktadır. Kavramın ortaya çıktığı Alman Hukuku’nda da bu durum geçerlidir.

Şüphe feshi kavramı Alman Hukuku’nda köklü bir geçmişe sahiptir. Ortaya çıkışı Alman İmparatorluğu (Deutsches Reich) zamanına kadar dayanır. Yargı kararlarında kavrama ilk defa 1871 tarihli İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemesi

(Reichsoberhandelsgericht)nin bir kararında rastlanmışsa da; ortaya çıkış temelinin 1799'da hâkimlerin ifade ve soruşturmalarına ilişkin bir incelemede “kişilerin şüpheyne dayanarak görevinden veya meslek birliğinden çıkarılabileceği”ne değinilmesine dayandığı ifade edilmektedir. 1926 yılında ayrı bir iş yargılama sistemi oluşturulmasının ardından da kavram, ilk kez 1931 yılında İmparatorluk İş Mahkemesi (Reichsarbeitsgericht) kararında kullanılmıştır. O tarihten itibaren günümüze şüphe feshi, doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmış, çeşitli görüşler ileri sürülmüş, yıllar içinde kavramın ne olduğu, geçerlilik şartları ve uygulama kriterleri şekillenmiştir. Bu uzun sürecin ardından hala kavramı hukuka aykırı bulan görüşler olsa da; genel olarak doktrin ve mevcut Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) şüphe feshini kabul etmektedir.

Yargı içtihatları ile uzun süre içinde oluşup şekillenen şüphe feshi şartları kısaca, “suç ya da esaslı yükümlölük ihlali hususunda kuvvetli şüphe”, “işverenin aydınlatma yükümlölüğü”, “menfaat dengesi” ve hukukumuz bakımından söz konusu olamayacak “işyeri kurulu görüşü” nün alınmasıdır. Şüphe feshinin bu şartlarının her biri, içinde çeşitli koşulları da barındırmaktadır. Ama bu şartların yanı sıra, şüphe feshinin dâhil edildiği fesih türünün prosedürlerine de uyulması gereklidir.

Her ne kadar Alman doktrininde şüphe feshinin hukuka aykırı olduğunu ileri süren görüşlerden biri, bu feshin “yetkiyi aşan hâkimin hukuk yaratması”yla oluşan yeni bir fesih türü olduğunu iddia etse de; genel kabul şüphe feshinin BGB m. 626'da düzenlenen haklı nedenle fesih kapsamında olduğu yönündedir. Çünkü “şüphe sebebiyle onarılamayacak şekilde ve iş ilişkisinin devamını imkânsız kılacak derecede zarar gören güven ilişkisi”, maddede iş sözleşmesinin derhal feshedilmesi için aranan “önemli neden” kapsamında kabul edilmiştir. Hukukumuzda ise hem yargı kararlarında hem de doktrinde kabul edilen görüş, şüphe feshinin işçinin yetersizliğine dayanan geçerli nedenle fesih olduğu yönündedir. Şüphe feshinin dâhil olduğu fesih türü, şüphe feshinin uygulanışı ve şüphe feshi şartlarının irdelenmesi bakımından üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.

Şüphe feshinin isminden de anlaşılacağı üzere en temel şart şüphedir. Bu şart bakımından öncelikle ele alınması gereken, işverenin şüphe konusunun ne olması gerektiğidir. Geçerli bir şüphe feshi için öncelikle şüphe konusunun, işçi tarafından gerçekleştirilseydi ya da gerçekleştiği ispat edilseydi haklı neden teşkil edecek

davranışlara ilişkin olması gerekir. İşçinin, hiçbir ilgisi olmama ya da bir suç söz konusuysa masum olma ihtimaline rağmen zan altında kalması sebebiyle iş sözleşmesi sona erdirileceği bir durumda, şüphe konusunun haklı neden ağırlığında bir davranış olması gerektiğinin kabulü yerinde olmuştur. Burada hukukumuz açısından ilginç ve karıştırılmaması gereken husus, şüphe feshi geçerli nedenle fesih kabul edilirken, şüphe duyulan konunun haklı neden teşkil edecek nitelik taşıması zorunluluğudur. Dolayısıyla işçinin, gerçekleştiğinden ya da gerçekleşeceğinden şüphe duyulan davranışı geçerli neden teşkil ediyorsa “şüphe feshi hakkı” doğmayacaktır. Hukukumuzda böyle bir iç içe geçme durumunun yaşanma nedeni; hem Kanunda yer almayan bir durumun haklı nedenle fesih olarak kabul edilemeyecek olması, hem de bir şüpheyeye dayanarak gerçekleştirilen feshin, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, işsizlik ödeneğinden yoksun kalma gibi ciddi sonuçları olan ve derhal gerçekleşen bir fesih kapsamına sokulması hukuka aykırı olacağından geçerli nedenle fesih kapsamında kabul edilmesidir. Ayrıca işçinin çeşitli temel haklarının ihlalinin söz konusu olduğu feshi, işçi lehine şekli prosedürler barındıran (İşK m. 17 ve İşK m. 19) geçerli nedenle fesih olarak nitelendirmek hakkaniyetli olmuştur. Böylece içtihadla hukukumuzda giren şüphe feshi, şartları ve uygulanacak prosedür bakımından kanuni bir dayanağa da sahip olmuştur.

Alman Hukuku’nda, sadece şüphenin konusu bakımından değil prosedür bakımından da haklı nedenle fesih uygulanacak olması ise işçi bakımından büyük bir sorun olmayacaktır. Çünkü Alman Hukuku’nda hem haklı nedenle fesihte hem de geçerli nedenle fesihte savunma alınmamakta ve her ikisinde de işçiye fesih nedeni yazılı şekilde bildirilmektedir. Dolayısıyla aleyhe olabilecek farklılık bildirim sürelerinin yokluğu (işçinin aleyhine) ve hak düşürücü süre bulunması (işverenin aleyhine) olacaktır. Bu noktada ise Alman Hukuku’nda bir ikilik ortaya çıkmaktadır. Şüphe feshi BGB m. 626 kapsamında bir haklı nedenle fesih olarak ortaya çıkmışsa da, hak düşürücü sürenin kaçırılması ya da iş ilişkisine en azından bildirim süreleri bitene kadar katlanılabilecek olması durumlarında şüphe feshinin süreli fesih olarak gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.

Şüphe duyulan eylemin kim tarafından ve kime karşı gerçekleştirilmesi gerektiğini de irdelemek gerekir. Hem Türk hem Alman Hukuku İçtihadı’na baktığımızda görüldüğü ve doktrinde de kabul edildiği üzere öncelikle eylemin

işverene karşı olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Burada önemli olan işle bağlantılı olması, doğrudan bağlantısı olamasa da söz konusu durumun iş ilişkisini katlanılmaz hale getirecek nitelik taşımasıdır. Zaten şüphe konusu davranışların haklı neden teşkil edecek niteliğe sahip olması gerektiğinden, Kanunumuzda sayılan mevcut haklı nedenlere bakıldığında da bu sonuca ulaşılabilmektedir.

Şüphe feshinin yerleşik tanımında da ifade edildiği üzere şüphenin odağında, iş sözleşmesinin tarafı olmasının doğal sonucu olarak işçi vardır. Dolayısıyla şüphe konusu hususun işçiden kaynaklanması gerektiği söylenecektir. Ancak kural bu olsa da bazı istisnalar söz konusu olabilir. İşçinin bir yakınına karşı duyulan şüphe ya da yakınının bir davranışına dayanarak işçinin gelecekte bir davranışta bulunacağı şüphesiyle zedelenen güvene dayanarak, işverenin sözleşmeyi feshedip edemeyeceği sorusunu yanıtlamak gerekir. Bu noktada haklı nedenle fesihlere ilişkin uygulamalara bakılabilir. Örneğin, işçinin yakınının işverene sataşması, ona karşı bir suç işlemesi kural olarak haklı nedenle feshe imkân vermeyecektir. Somut olaya göre bu durum ancak geçerli nedenle feshe imkân sağlayacaktır. İşçinin, yakınının davranışına sebebiyet vermesi, göz yumması gibi durumlarda ise istisnaen haklı nedenle fesih de uygulanabilecektir. Bu doğrultuda, şüphe konusu işçi yakınının davranışı geçerli neden teşkil edecek bir nitelikteyse, şüphe feshinin hiçbir şekilde mümkün olmayacağı, haklı neden teşkil edebilecek bir davranış örneğin ciddi bir suç ise değerlendirme yapılabileceğini söyleyebiliriz. İşçinin yakınının davranışlarına hatta gerçekleştirdiği kesin olmayan davranışlarına dayanarak şüphe feshinin, öncelikle her şüphe feshinde olduğu gibi masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkına ama dahası suçun şahsiliği ilkesine uygun olmayacağı açıktır. Dolayısıyla işçiden bağımsız davranışlara ya da davranışların gerçekleştirildiği şüphesine dayanarak şüphe feshinin kural olarak mümkün olmaması gerektiği söylenebilirse de; özellikle kamu yararının da bulunduğu istisnai durumlarda şüphe feshinin geçerli olabileceğini kabul etmek gerekecektir.

Şüphe konusu eylem, eylemin kimin tarafından ve kime karşı olduğunun yanı sıra bir diğer husus şüphenin objektif vakıa ve olgulara dayanan kuvvetli bir şüphe olmasıdır. Feshe sebebiyet verecek şüphe, iş ilişkisinin özellikle başlangıcında ya da devamında da söz konusu olduğunu belirttiğimiz, işçiyi çeşitli sorulara ve denetimlere maruz bırakan geleceğe yönelik işverenin sübjektif endişeleri değildir.

İşverenin içinde bulunduğu koşullarda makul herhangi bir bireyde oluşabilecek objektif vakıa ve olgulara dayanan kuvvetli şüphesi varsa “şüphe feshi” mümkün olabilecektir. Yargı kararlarındaki denetimde en çok üzerinde durulan şartlardan biri budur. Ne zaman objektif vakıa ve olgulara dayanan kuvvetli şüphenin var olduğu ise somut olayın koşullarına göre yapılan bir değerlendirmeye söylenebilecektir. Şüphe feshini geçerli kılacak objektif vakıalara dayanan kuvvetli şüphenin varlığının söylenebilmesi imkânı verecek en önemli unsur ise, bir diğer şart olan işverenin aydınlatma yükümlülüğü olacaktır.

Şüphe feshi ilk şartı olan, aslında son olarak incelenen de şüphenin varlığı bakımından en temel ve fesih vazgeçilemez olan husus, objektif vakıa ve olgulara dayandırılan kuvvetli şüphenin “iş sözleşmesindeki güven ilişkisini ortadan kaldırması”dır. Aslında bu bir şart değil feshin esas nedenidir. Fesih, “şüphe feshi” olarak nitelendirilmişse de, neden şüphe değil şüphe sonucu oluşmuş “güvensizlik”tir. Bu sebeple Alman Doktrinde kavramın şüphe feshi değil “güven feshi” olarak ifade edilmesinin daha uygun olduğu ileri sürülmüştür.

Şüphenin, kuvvetli şüphe olması gerektiği belirtilmiştir. Hem doktrinde hem de yargı kararlarında “kuvvetli” kavramının yanı sıra “ciddi”, “yoğun”, “güçlü” ifadeleri de kullanılmıştır. Tezimizde “kuvvetli şüphe”yi tercih etmemizin ise bazı nedenleri bulunmaktadır.

Alman Hukuku’nda tutuklama (StPO m. 112/I) için Türk Hukuku’nda olduğu gibi (CMK m. 100/I) kuvvetli şüphe aranmakta ve bu Almanca “dringend Verdacht” olarak ifade edilmektedir. Şüphe feshine ilişkin açıklamalarda da “dringend Verdacht” ifadesi kullanıldığından “kuvvetli” ifadesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz. Bir başka neden ise hukuki bir terim olarak şüphenin, esasen ceza muhakemesi hukukuna ait olması ve bu alanda kavrama ilişkin yapılan derecelendirme ve açıklamaların tamamen göz ardı edilemeyeceği düşüncesidir. Bu doğrultuda “ciddi”, “yoğun” ve “güçlü” gibi bu güne kadar hukuki bir terim olarak kullanılmamış kavramlar yerine ceza muhakemesinde şüphe dereceleri arasında yer alan “kuvvetli şüphe”ye çalışmamızda yer vermiş bulunuyoruz. Bu gerekçelerimiz, “ceza muhakemesi hukukunun kamu hukuku alanında olması ve bu alandaki kavramların iş hukukunda esas alınamayacağı”, ayrıca “hukuk yargılamasının ceza mahkemesi kararları ile bağlı olmaması” ve “haklı nedenle fesihlerde suç teşkil

edebilecek fiiller bakımından mahkûmiyet şartı aranmayışı”nın da bunun bir göstergesi olduğu belirtilerek eleştirilebilir. Belirtilebilecek hususlar yanlış olmasa da yapılabilecek bu eleştirinin, “değerlendirmelerimize dar bir çerçeveden yaklaşmak” ve “hukuka duyulan güven ile hukukta yeknesaklığın zedelenmemesi hususlarını dikkate almamak” olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca her ne kadar kural ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemelerini bağlamayacağı şeklinde olsa da; bu, kararlarda yapılmış olan “maddi olgu tespitleri” bakımından geçerli değildir. Zaten aksinin kabulü hukukta yeknesaklığa aykırı olacak, yargı ve hukuka olan güveni zedeleyecektir. Yargıtay’ın ceza soruşturma/kovuşturmalarının bekletici mesele olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmesi ve aksi durumlarda kararı bozması da bunun bir göstergesidir.

Ceza muhakemesi hukuku’nda şüphe dereceleri ve anlamlarının göz ardı edilmemesi gerektiği görüşümüz, bu kavramların, doğrudan şüphe feshinde ya da genel olarak söylemek gerekirse iş hukukunda bire bir aynı kabul edileceğini ifade etmez. Özellikle şüphe feshindeki şüphenin konusu ve şüpheyi duyan kişi bakımından farklılık bu imkânı vermeyecektir. Çünkü ceza muhakemesi hukukunda şüphe kural olarak sadece suç şüphesi iken, işverenin şüphesi suçun yanı sıra esaslı bir iş sözleşmesi yükümlülüğü ihlaline ilişkin de olabilecektir. Dolayısıyla işverenin kuvvetli şüphesi ile adli makamlarca tespit edilen kuvvetli şüphenin aynı niteliğe sahip olacağı söylenemez. Ancak bu iş hukukunda kavramı anlayabilmek için ceza muhakemesi hukuku alanındaki şüpheyeye ilişkin açıklamaların göz ardı edilmesine de sebep olmamalıdır.

Tezimizin ilk kısmında ceza muhakemesi hukukunda şüphe derecelerini tek tek incelememizin sebebi “işverenin kuvvetli şüphesinin” ne anlama geldiğini ortaya koymaktan ibaret değildir. Diğer bir önemli sebep, işverenin objektif vakıa ve olgulara dayanan kuvvetli şüphesinin bulunduğu söylenbilmesinde ve şüphe feshinin geçerliliğinde adli sicil, ceza soruşturma ya da kovuşturmaları ve koruma tedbirlerinin etkilerinin ne olacağını irdeleyebilmektir.

Alman Federal İş Mahkemesi, önce ceza soruşturma ve kovuşturması bakımından durumu ayrı ayrı ele almış ve ceza soruşturması bakımından basit şüphe arandığı için bunun yeterli olmayacağı, ama kovuşturma aşamasına geçilmesi için şüphenin artması gerektiğinden bunu “objektif ve kuvvetli şüphe şartı” için yeterli

kabul etmiştir. Ancak son dönemde, iş mahkemelerinde, feshin koşulları bakımından ceza yargılamasından bağımsız bir değerlendirme yapılacağına; ama bunun yanı sıra ceza mahkemesi kararında şüpheyi zayıflatacak bir durum tespiti yapıp yapılmadığının da kontrol edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay ise bazı kararlarında işçi hakkında kovuşturma bulunmasının şüphe feshine imkân verebileceğini ifade etmiştir. Doktrinde de, “ceza soruşturması” tek başına şüphe feshi için gerekli “objektif vakıa ve olgulara dayanan şüphe şartı”nı sağlamasa da, kovuşturma için aynı tespitin yapılmasının zor olduğu ifade edilmiştir. Ancak katılığımız bir başka görüşe göre, işçi hakkında kovuşturma yapılıyor olmasının her zaman şüphe feshini geçerli kılacağını da söylemek uygun değildir. Özellikle Adalet Bakanlığı verilerine bakıldığında görüldüğü üzere, beraat kararı oranının en düşük olduğu (%16,3) 2019 yılında dahi 723.567 kişi beraat etmiştir²¹⁶⁴. Somut olay incelenmeden, “işçinin hakkında kovuşturma olması”nın objektif vakıa ve olgulara dayanak teşkil edeceğini söylemek, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin de temelinde yatan “bir masum lekelenip cezalandırılacağına bir suçsuzun cezasız kalmasının yeğlenmesi” anlayışına da uygun olmayacaktır.

İş hukuku alanında böyle bir anlayışın önemi olmadığı, ceza hukuku ilkelerinin iş ilişkisinde dikkate alınamayacağı ve feshin de bir ceza niteliği taşımadığı söylenebilecektir. Ancak böyle bir bakış açısının doğru olmadığı kanaatindeyiz. Zaten bu bakış açımızla, şüphe feshinin uygulanmasının mümkün olduğunu kabul etmemize rağmen, masumiyet karinesine aykırılık teşkil ettiği için şüphe feshini hukuka aykırı bulan görüşe bir yönüyle katılmaktayız.

Sözleşme özgürlüğü uyarınca, özellikle de güvenin iş ilişkisindeki önemi düşünüldüğünde, eğer güven telafisi olmayacak şekilde zarar görürse, iş ilişkisinin devam ettirilmesinin beklenmesi işveren açısından hakkaniyetli olmayacaktır. Ama diğer taraftan lekelenmeme hakkı ve masumiyet karineleriyle çatışan şekilde işçinin ispatlanmamış suça dayandırılan fesihle bir açıdan cezalandırılması da yerinde olmayacaktır. Pek çok defa çalışmamızda ifade ettiğimiz üzere, işe son verilmesi cezai anlamda bir yaptırım olmasa da, işçi için önemli sonuçları vardır. Ve medeni hukukta tazminat için kullanılan “medeni ceza” ya da “özel hukuk cezası” nitelendirmelerinin bu durumda iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için de

²¹⁶⁴ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, **Adli İstatistikler 2019**, Hizmete Özel, Ankara, s. 36 Tablo 2.7 ve Grafik 2.5

kullanılabileceğini düşünmekteyiz. Bunun yanı sıra işçinin hak ve özgürlüklerinin ihlali teşkil edecek önemli husus, işçinin zan altında kalmasıdır. Hukuk açısından bu belirsizlik hali o kadar önemlidir ki; adli yargıdaki bir davada davacı davasını geri alsa da, karşı taraf davalı açık rızası olmadıkça yargılamaya devam edilecektir (HMK m. 123). Ancak şüphe feshinde işçinin daha sonra aklanıp aklanmayacağı hususu kesin olmadığı gibi işçi hakkında daha sonra başlatılan bir cezai prosedürle aklansa dahi yapılan isnadın etkisi hem maddi hem manevi açıdan tam olarak geri döndürülemeyecektir. Şüphe feshi sonucu işçi işini kaybeder, bunun yanı sıra adının lekelenmesi sebebiyle manevi olarak da zarar görür. İşçinin özel hayatındakinin yanı sıra asıl önemlisi mesleki itibarı zedelenir ve bunun sonucunda yeni bir iş bulması zorlaşmış bile olabilir.

Ancak tüm bu riskler ve gerçekleştiğini düşündüğümüz ihlallere rağmen şüphe feshi uygulanmasının mümkün olmadığı görüşüne katılmamaktayız.

İş Hukuku'nun ortaya çıkışı, işçiyi koruma ilkesine dayanır. Zaten bu doğrultuda İş Kanunu'nda nispi emredici hükümler düzenlenmiş ve İş Hukuku'nda işçi lehine yorum esas alınmıştır. Ancak, aralarındaki hiyerarşi ve işverenin üstün konumu sebebiyle suistimal edilmeye açık taraf olan işçiyi koruyarak, taraflar arasında bir denge sağlanması amacının da aşılması gerekir. Tüm uyuşmazlıkları işçi lehine çözmek, sadece işçi hak ve menfaatlerini gözetmek de, işverenin haksız ve zor duruma düşmesine sebep olabilecektir. Bu sebeple, iş ilişkisindeki taraflar arasında adil bir denge kurmak adına işverenin, şüphe sebebiyle hiçbir şekilde geçerli bir fesih yapamayacağı, şüphe feshinin hukuka aykırı olduğu görüşlerine katılmamaktayız. Şüphe feshinde işçinin bu zor durumu ve ihlal edilecek hak ve özgürlüklerinin önemine rağmen, bu işverenin menfaatlerinin değerlendirmede esas alınmayacağı anlamına da gelmez. İşçinin şüphe feshiyle zedelenen anayasal hakları mevcuttur; ama diğer taraftan işverenin de sözleşme ve teşebbüs kurma özgürlüğü vardır. Ayrıca şüphe sebebiyle gerçekleşen güven kaybı, iş ilişkisinin sona erdirilmesini özellikle işveren açısından önemli bir menfaat haline getirmektedir. İşçinin insan onuruna uygun şekilde yaşamak için çalışmaya ihtiyacı varsa, aynı anlayış doğrultusunda işverenin de işletmesinin geleceğini dolayısıyla kendi ekonomik çıkarlarını anayasal hakları çerçevesinde korumaya ihtiyacı vardır. Sürekli borç ilişkilerinde bulunması gereken “güven ilişkisi”, kişisel niteliğinden dolayı iş

sözleşmesi için daha önemli hale geldiğinden, yıkıldığında yeniden inşası mümkün değilse sözleşmenin devam ettirilmesini işverenden beklemek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Ama bunun söylenebilmesi açısından da, şüphenin şiddeti ve güvenin ne ölçüde zedelenmiş olduğu belirleyicidir.

Sonuç olarak genel görüş, şüphe feshinin masumiyet karinesini ihlal etmediği yönünde olsa da, hem işçi açısından şüphe feshinin işçiyi soktuğu durum hem de anayasal düzenlemelerin yatay etkisi dikkate alındığında ilkenin göz ardı edilmemesi kanaatindeyiz.

“Masumiyet karinesinin uygulama alanı değildir” deyip konuyu kapamak bu hassas nitelikte feshe daha özensiz şekilde başvurulabilmesine sebep olabilecektir.

Şüphe feshinin masumiyet karinesine aykırı olduğunu kabul edip, bunun geçerliliğini son çare olarak düşünüp sıkı koşullara tabi tutmak, istisnai olarak geçerli saymak gibi bir anlayışın daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Sonuç olarak,

- Somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak düzgün bir menfaat değerlendirmesi yapılmalı,

- Masumiyet karinesi göz ardı edilmeksizin işçi - işverenin tüm hak ve menfaatleri ve güven sermayesinin durumu “ölçülülük” ve uzantısı “ultima ratio” bağlamında irdelenmeli

ve tüm incelemelerin sonucuna göre

- Objektif vakıa ve olgulara dayanan kuvvetli şüphenin, güven ilişkisine “iş ilişkisinin devamını işverenden beklenemeyecek hale getirecek” derecede zarar verip vermediğine” ve böylece “şüphe feshinin geçerli olup olmadığına” karar verilmelidir.

Görüldüğü üzere şüphe feshinde temel haklar çatışması durumu mevcuttur. Kamu yararı konusunda da irdelediğimiz üzere, şüphe feshi bakımından söz konusu bu temel haklar yarışını çatışan kamu yararları olarak değerlendirip, her somut olayda “üstün kamu yararı”nın ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Burada çatışan temel haklar her zaman işçi-işveren tarafları arasında da olmamaktadır. Özellikle geleceğe yönelik şüphe fesihlerini istisnaen kabul ettiğimiz kamu sağlığı ve güvenliği tehlikesi taşıyan durumlarda, üç taraflı bir menfaat değerlendirmesi yapılması gerekecektir.

Hukuk sistemimize şüphe feshi kavramını getiren Yargıtay Kararı’na konu olayda (her ne kadar Alman Hukuku bakımından buradaki fesih şüphe feshi olarak

nitelendirilemezse de) kamu yararı, işçi ve işverenin menfaatlerinden ayrı bağımsız bir unsurdur. Kamu yararının işçi ve işveren arasındaki menfaat değerlendirmesinde ayrı bir unsur olarak kabul edilip, aslında üç taraf bakımından yapılacak menfaat değerlendirmeleri 15 Temmuz 2016 sonrasında verilmiş kararlarda da karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kararlara konu somut olaylardaki gibi işçiye karşı şüpheler terör örgütü bağlamında olduğunda, “milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık” gibi doğrudan “kamu yararı” gündeme geleceğinden, şüphe feshinde sadece işverenin değil kamunun da bir menfaati olacaktır. Eğer iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde, bu şekilde kamu yararı varsa artık feshin, işverenin menfaatini korumak yolunda tercih değil bir zorunluluk olduğu dahi söylenebilecektir.

Şüphe feshi geçerlilik şartlarından bir diğeri, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında başvurulacak olan işçinin savunmasının alınmasıdır. Alman Hukuku’nda bu, şüphe feshi için yargı kararlarıyla kabul edilmiş bir geçerlilik şartıyken; hukukumuzda, şüphe feshinin geçerli neden olmasının doğal bir sonucudur. Şüphe feshinin hassas niteliği savunmayı diğer fesihlerden daha da önemli hale getirmiştir. Savunmayı, sadece şekli şartları yerine getirmiş olmak adına uygulanacak bir yol olarak değerlendirmemek gerekir. İşverenin, işçiye gerçekten kendini ifade edebilme imkânı sağlayacak şekilde savunma alması gereklidir. Bu imkânı sağlamayan, savunmaya davet, zaman, mekân ve savunma görüşmesinin içeriği bakımından uygun şartları taşımayan savunmalar feshin geçersizliğine sebep olabilecektir.

Alman Hukuku’nda şüphe feshi bakımından aranan son şart ise işyeri kurulu görüşüdür. İşveren tüm fesihlerde, Türk Hukuku’nda bulunmayan, işçinin yönetime katılmasını mümkün kılan bu işyeri kuruluna (Betriebsrat), feshi ve nedenlerini bildirip görüşünü almak zorundadır. Bu görüşün alınmamasının telafisi mümkün değildir. Sonuç olarak şüphe feshinde de işyeri kurulunun görüşünün alınması gereklidir. Aksi halde fesih geçersiz olacaktır.

Şüphe feshi geçerli nedenle fesih olduğundan ve bu feshin hassas niteliği de göz önünde bulundurulduğunda, menfaat değerlendirmesinde de dikkate alınacağını belirttiğimiz son çare ilkesi büyük önem arz eder. Bu bağlamda işveren aydınlatma yükümlülüğünü en iyi şekilde yerine getirmeli, mümkünse iş sözleşmesi askıya alınmalı, somut olayın koşullarına göre ikale ya da iş/ işyeri/ iş sözleşmesi değişikliği yolları denenmelidir. Bu konuda üzerinde durulabilecek diğer bir husus ise ihtardır.

Genel görüş şüphe feshinin işçinin yetersizliğine dayanan geçerli nedenle fesih olduğu yönündedir. Yargıtay'ın da görüşü bu şekildedir. İhtarın işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerde başvurulacağı görüşü kabul edilirse, şüphe feshinde ihtar gerekli olmayacaktır. Ancak kanaatimizce ihtarda dikkate alınması gereken kriter, “ihtarda bulunulmasının durumu düzeltme ihtimali olup olmaması”dır. Ve esasen şüphe feshinde ihtara başvurulması gerekip gerekmediği bakımdan sorun çıkartabilecek husus, yetersizliğe dayandırılan geçerli nedenle fesih kabul edilmesinden dolayı değildir. Problem arz edebilecek nokta, şüphe feshinde klasik anlamda belgelendirme, bilgilendirme ve ikaz işlevlerini taşıyacak bir ihtarda bulunulamayacak olmasıdır. Zira şüphe konusu davranışı işçinin gerçekleştirdiği kesin değildir. Bu sebeple de bilgilendirme işlevinin sağlanamadığı ifade edilmiştir. Ama diğer taraftan, işçinin gerçekleştirdiği ortada olan bir davranışında dahi ihtarda bulunulması şartı aranıyorsa, şüphe feshinde evleviyetle bunun sağlanması gerektiği de ifade edilmiştir. Sonuç olarak diğer geçerli nedenle fesihlerde de her somut olayda ihtarın gerekli olup olmadığına bakılıyorsa, şüphe feshinde de bu şekilde bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Şüphe feshinin niteliği gereği ihtar olmaması doğrudan feshin geçersizliğine sebep olmayacaksa da; menfaat değerlendirmesinde işçinin güven sermayesi bakımından yapılacak incelemeler sonucu “telafisi olmayacak bir güven ilişkisi zedelenmesi” tespiti bakımından ihtarın önemli olduğu kanaatindeyiz. Özellikle geleceğe yönelik şüphe sebebiyle yapılan fesihte, işçinin geçmişteki davranışları feshe dayanak olduğundan ihtarın gerekliliği diğer geçerli nedenle fesihlerden farklı bir durum arz etmeyecektir.

Şüphe feshinin geçerli nedenle fesih kabul edilmesi sebebiyle, ihtar dışında irdelenmesi gereken başka hususlar da ortaya çıkmıştır. Bunlar, mahkemede haklı nedenle feshin geçerli nedenle feshe tahvili, sebeple bağlılık ilkesi ve ihbar tazminatına ilişkindir. İrdelenmesi gereken bu hususları kısaca, şüphe feshinde de İşK m. 17 ve m. 19'un esas alınması şartken, uygulamada doğrudan ya da dolaylı olarak tam aksinin gerçekleşmesi ve bu durumun hukuka uygun olup olmadığıdır.

İşveren, İşK m. 19 uyarınca şüphe feshinde de fesih nedenini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bunun sonucu, işveren fesih sebebiyle bağlı olacaktır. Belirteceğimiz iki önemli husus mevcuttur. Bunlardan ilki, işverenin fesih sonrası, yargılama aşamasında, başka konulara ilişkin şüphelerini beyan edip şüphe feshi

yapmış olduğunu iddia edememesidir. Yargıtay’ın aksi yönde kararına rastlasak da işverenin, fesih beyanında yer vermediği konulara ilişkin şüphelerini daha sonra fesih gerekçesi olarak sunması mümkün olmayacaktır. Diğer önemli husus ise, şüphe feshi sonrası şüpheyi kuvvetlendiren ya da zayıflatan durumların ortaya çıkması, hatta olayın aydınlanması durumunda ne olacağıdır. Doktrinde, “şüphe feshi geçerliliği bakımından ‘fesih anında, işverenin şartları sağlamasının yeterli olacağı’ ve fesih nedeni ‘fesih anında mevcut olan objektif vakıa ve olgulara dayalı şüphe’ olduğundan gerçeğin ortaya çıkmasının feshi geçersiz kılmayacağı” görüşü mevcutsa da buna tamamen katılmamaktayız. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da kabul edildiği üzere yargılama esnasında ortaya çıkan durumların feshin geçerliliği denetiminde dikkate alınması yerinde olacaktır. Yargıtay’ın da ceza soruşturma ve kovuşturmalarının bekletici mesele yapılması gerektiği yönündeki kararları da bu görüşü destekler niteliktedir. Özellikle şüphenin zayıflamasının ötesinde, işçinin masumiyeti ortaya çıktığında bunun göz ardı edilmesinin menfaat dengesini bozacağı ve hukuka duyulan güveni sarsacağı açıktır.

Şüphe feshinde işveren, nedenlerini açık ve kesin şekilde yazılı olarak işçiye beyan edecek olmasının yanı sıra, bildirim sürelerine de uymak zorundadır. Aksi halde ihbar tazminatına hükmedilmektedir. Ancak bu durumu kamu yararının üçüncü bir taraf olarak menfaat değerlendirmesine katıldığı olaylar bakımından doğrudan kabul etmenin, işveren açısından adaletsizlik yaratacağı düşünülebilir. Zira işveren burada kamusal tehlikeyi önlemek ve daha sonra gerçekleşeceklerden dolayı sorumluluğunun doğmaması için bildirim sürelerine uymamış olabilir. İlk bakışta böyle bir durumda ihbar tazminatı ödenmesinin işverene haksızlık olabileceği düşünülebilirse de; asıl işçinin gerçekleştirdiği ya da gerçekleştireceği kesin olmayan olay sebebiyle işini kaybetmesi ve itibarının zedelenmesinin yanı sıra ihbar tazminatını da kaybetmesi hakkaniyetli olmayacaktır. Burada işverenin, bildirim sürelerine uymadan şüphe feshine başvurmak yerine, tehlikeyi “işçinin işten el çekmesi” yoluyla çözmeye çalışması her iki taraf için de yerinde bir çözüm olacaktır.

Mahkemelerde gerçekleşen haklı nedenle feshin geçerli nedenle feshe tahvili ve bu konuda tartışma da şüphe feshi için ayrıca önemlidir. Uygulamada fesihler, genelde haklı nedenle fesih şeklinde beyan edildiğinden işe iade davalarında sıkça tahvil söz konusu olmaktadır. Doktrinde de, somut olayda haklı neden teşkil edecek

ağırlıkta bir durum olmadığında feshin İşK m. 18/I kapsamında geçerli nedenle feshe tahvil edilebileceği kabul edilmiştir. Ancak burada tahvil kurumunun gereği olmasına rağmen, Yargıtay'ın İşK m. 19'daki geçerli nedenle fesihlerde uyulması gereken prosedürü göz ardı etmesi eleştirilmektedir. Hatta doktrinde bu prosedüre uygunluğun dahi yeterli olmadığı, işverenin son çare ve ölçülülük ilkelerine uygun hareket edip etmediğine de bakılması gerektiği ileri sürülmüştür. Yargıtay'ın bu uygulaması, özellikle işverenlerin savunma alma, yazılı bildirim ve ihbar sürelerinden kaçma yolu olarak kullanılabileceğinden suiistimale açıktır. Şüphe feshinin hassas niteliği, genel olarak geçerli nedenle fesihlerde mevcut bu eleştiriye daha da önemli kılmaktadır.

Şüphe feshi, bir geçerli nedenle fesih olduğundan, Yargıtay'ın bu uygulamasının kapsamına gireceği düşünülebilirse de kanaatimizce uygun olmaz. Çünkü her ne kadar geçerli nedenler bakımından söz konusu durumlarda şekli prosedür mahkemelerde göz ardı edilebilse de, şüphe feshinde bunun mümkün olması işçinin anayasal haklarının ağır ihlaline sebep olacaktır. Masum olması ihtimali bulunan işçinin, şüphe feshi ile iş sözleşmesine son verilmesi için, bildirim sürelerine uyulması ve fesih nedeninin yazılı şekilde açıkça bildirilip savunma alınması zorunluyken; tahvil ile prosedürlerin denetlenmemesi sonucu işçi geçimini sağlayacak yeni bir iş bulma imkânına dahi sahip olamadan işsiz kalmış olacaktır. Burada işçinin belki de yok yere işini kaybetmesinin ötesinde, zan altında kalmasından dolayı, fesih sonrası iş bulana kadar ki süreçte yaşayacağı mağduriyet daha da büyük olacaktır.

Sonuç olarak, işverenin haklı nedenle fesih gerçekleştirmesi ve fesih beyanında işçiye karşı duyduğu kuvvetli şüpheyi dayandığını objektif olgularla ortaya koyup şüphe feshi ve genel geçerli nedenle fesih şartlarını yerine getirmemesi karşısında (savunma alma vs.), yargılamada her ne kadar ortada güveni yıkacak bir kuvvetli şüphe tespit edilse de, mahkemenin haklı nedenle feshi şüphe feshine (geçerli nedenle feshe) tahvil etmesi mümkün olmamalıdır. Zaten Yargıtay da kararlarında haklı neden olmasa da şüphe feshinin mevcut olduğu yönünde karar verirken, geçerli nedenle fesih şekil şartları bakımından bir incelemede bulunmasa da (yazılı bildirim, fesih nedenini açık ve kesin olması) şüphe feshi şartları bakımından bir değerlendirme yapıp, savunma alınıp alınmadığını incelemektedir. Ancak şüphe

fesihlerinde bunun da yeterli olmayacağı, diğer geçerli nedenle fesihlerde gerçekçi olmayacağını düşündüğümüz, “son çare ve ölçülülük ilkelerine uygunluk bakımından inceleme yapılması gerektiği görüşü” nün elzem hale geleceği kanaatindeyiz.

Son olarak değinmek istediğimiz husus ise Alman Hukuku’nda kabul edilmiş olan “yeniden işe alınmayı talep hakkı” (Wiedereinstellungsanspruch) dır. Hukukumuzda böyle bir hak, şüphe feshi bakımından söz konusu değildir ve kanun değişikliği olmadığı sürece de uygulanması mümkün olmayacaktır. Ancak de lege ferenda adına bu hakkın üzerinde durulması gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıca hukukumuzda bu yönde bir düzenleme yapılmayacak olsa da, şüphe feshinin ne kadar hassas bir konumda olduğunu ortaya koymak; bu hakkın yokluğu sebebiyle, “şüphe feshinin ihlal ettiği haklar düşünülerek menfaat değerlendirmesinin iyi bir şekilde yapılması” nın, “geçerlilik denetiminin gevşetilmemesi” nin ve “dava esnasında şüphe konusu olaya ilişkin ortaya çıkan durumların dikkate alınması” nın ne kadar önem arz ettiğini anlayabilmek için kavramın incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Yeniden işe alınmayı talep hakkı, Alman İçtihadı ile kabul edilmiştir ve tüm geçerli nedenle fesihler bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu hakkın çıkış noktasında, “fesih beyan edildikten sonra bildirim süresi dolana kadarki aşamada fesih nedeninin ortadan kalkması durumunda oluşacak adaletsizliği gidermek” esas alınmıştır. Görüldüğü üzere bu hak kural olarak iş sözleşmesi sona ermeden doğmaktadır. Ancak istisnai durumlarda sözleşme sona erdikten sonra da (fesih nedeninin kalkmış olduğunun bildirim süresi sona erdikten sonra öğrenilmiş olması) bu hakkın kullanılabileceği kabul edilmektedir. Şüphe feshi de bu istisnalardan birini oluşturmaktadır. Ancak bu işverenin geçerli bir şüphe feshi uyguladıktan sonra olay aydınlanana kadar belirsizlik içinde kalacağı her an işçiyi yeniden işe almak zorunda olacağı anlamına gelmez.

Şüphe feshinde, bu hakkın doğması için şüphenin zayıflaması yeterli olmamaktadır. İşçinin olayı gerçekleştirmediğinin net bir şekilde ortaya çıkması gereklidir. Dolayısıyla takipsizlik kararı ya da delil yetersizliğinden dolayı verilen bir beraat kararı bu hakkın doğmasına sebep olmayacaktır. Ayrıca yeniden işe alınmanın, olay ne zaman açığa çıkarsa çıksın işçi tarafından talep edilmesi durumunda gerçekleşmesi de mümkün değildir. Zira yeniden işe alınmayı talep hakkı

için eda davası açılan mahkemede, menfaat değerlendirmesi yapılarak bir sonuca ulaşılmaktadır. Burada en önemli ve belirleyici kriter, somut olayda işçinin “iş ilişkisinin eskisi gibi devamı” ndaki menfaatinin, işverenin “feshin varlığını ortadan kaldırılmaması”ndaki menfaatine göre ağır basıp basmayacağıdır.



KAYNAKÇA

Adam, Roman F. “Die Struktur der arbeitsrechtlichen Kündigungsgründe”, **AuR**, Yıl: 2013, Sayı: 1, ss. 15-19.

Adınır, Kaptan Merter. **İşverenin Yönetim Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2019.

Akıllıoğlu, Tekin. “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl: 1991, Cilt 24, ss. 11-22.

Akın, Pelin. “Kamu Düzeni Kavramı ve İş Hukukundaki Yansımaları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 11, Sayı: 43, ss. 57-98.

Akıncı, Ayşe Nur. **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler Ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, Kalkınma Bakanlığı Yayın No: 2968, Haziran 2017.

Akkaş, Ahmet Hulusi. “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **TAAD**, Yıl: 6, Sayı: 21, Nisan 2015, ss. 467-488.

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2017.

Akyiğit, Ercan. **Bireysel İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2020.

Albayrak Gül, Hande. “İşçinin Sadakat Borcu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, C.11, Sayı: 141-142, ss. 121-197.

Alp, Mustafa. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 175-257.

Alp, Mustafa. “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması - Alman Hukukuna Göre - ”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Yıl: 21, Cilt: 17, Sayı: 205, Ocak 1999, ss. 1519-1534, (Ölçülülük).

Alp, Mustafa. “İşçinin Feshe Karsı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt:5 Sayı:1, ss. 1-40, (İş Güvencesi Yasası).

Alp, Mustafa. **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2005, (Değişiklik).

Alp, Mustafa. “İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 17, ss. 26-46, (İkale).

Alp, Mustafa. “Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi”, **Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 3, ss. 49-74, (Tıbbi Tanıtım Sorumlusu).

Alp, Mustafa. **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (Whistleblowing)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2013, (Whistleblowing).

Alp, Mustafa ve Asiye Şahin Emir. “Bahçe İzni (Garden Leave) ve Türk İş Hukukunda Uygulanabilirliği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2021, Sayı: 45, ss. 11-31.

Alp, Mustafa ve Dilek Dulay Yangın. “Haklı Yahut Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşyerinde Yaşanan Duygusal İlişkiler - Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları

Çerçevesinde Değerlendirmeler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 2, Aralık 2021, ss. 1380-1415.

Alpagut, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Mart 2006, ss. 71-83.

Alpagut, Gülsevil. “Hizmet Sözleşmesinin Bozucu Şarta Bağlanması”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, ss. 413 - 426, (Bozucu Şart).

Alpagut, Gülsevil. “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 8, Sayı: 31, ss. 913-959, (Hizmet Sözleşmesi).

Alpagut, Gülsevil. “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 25, Mart 2012, ss. 23-32, (Sadakat Borcu).

Alpagut, Gülsevil. “İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar”, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2019, ss. 275-314, (Kamera Gözetlemesi).

Alt, Beate. “Die Verdachtskündigung”, **Aspekte der Beendigung von Arbeitsverhältnissen**, Jahrbuch des Rechtsschutzes 2010, Baden-Baden, 2010, ss. 108-121.

Appel, Clemens ve Doris Gerken. “Pro und contra Verdachtskündigung”, **ArbuR**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 201-206.

Arslan, Seda. “İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, ss. 767-807.

Arslan, Seda. **İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, (Haklı Neden).

Arslan Ertürk, Arzu. **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2010.

Ascheid Reiner, Ulrich Preis ve Ingrid Schmidt. **Kündigungsgesetz**, 5. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, München, 2017, (APS – Kündigungsgesetz).

Astarlı, Muhittin. “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2009, Cilt: 6, Sayı: 23, Temmuz 2009, ss. 963-991.

Astarlı, Muhittin. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 211-383, (Değerlendirme 2015).

Atlıhan, Özen. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak ‘Masumiyet Karinesi’”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, ss. 291-328.

Avcı, Mustafa. “Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 5, Mart 2007, ss. 90-93.

Ayaydın, Cem. “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler Ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler Ve Değerlendirmeler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2011, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, ss. 505-592.

Aydın, Ufuk. “İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü”, **30. Yıl Armağanı**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, Ağustos 2006, ss. 491-505.

Aydınlı, İbrahim. **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, s. Ankara, Mayıs 2004.

Aydınlı, İbrahim. “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler Ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi”, **TÜHİS**, Cilt: 19, Sayı: 6, Kasım 2005, ss. 21-42, (Kişiliğin Korunması).

Bader, Peter, Ernst Fischermeier, Inken Gallner, Oliver Klose Burghard Kreft, , Matthias Kreutzberg –Kowalczyk, Markus Krumbiegel, Christian Link, Gert-Albert Lipke, Stephanie Rachor, Ursula Rinck, Friedhelm Rost, Karin Spelge, Andreas Michael Spilger, Jürgen Treber, Norbert Vogt ve Horst Weigand. **KR-Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften**, 12. Auflage, Luchterhand Verlag, 2019, (KR).

Balaha, Ralf ve Tobias Mehlich. “Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra ‘Azubi-Schutz’”, **NZA**, 2005, Heft: 12, ss. 667-672.

Balkır, Z. Gönül. “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Sınırları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008 ss. 73-79.

Bartels, Klaus. “Zur Interessenabwägung bei fristloser Kündigung wegen eines Bagatelldelikts (‘Emmely’)”, **EWiR**, Yıl: 2011, ss. 75-76.

Bartels, Klaus. “Die arbeitsvertragliche Vertrauens(dis) kontinuierität und ihre Folgen für § 626 BGB Kündigungsgrund und nachträgliches Verhalten im Prozess”, **RdA**, Yıl: 2010, Sayı: 2, ss. 109-115, (Vertrauen).

Başbuğ, Aydın. **Toplu İş İlişkileri ve Hukuk**, Şeker-İş Sendikası, Ankara, Aralık 2012.

Başbuğ, Aydın. **Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları**, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara, 1999, (Disiplin Cezaları).

Başterzi, Süleyman. “Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk Ve İstihdam Üzerine Etkileri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt: 54, Sayı: 3, ss. 53-94, (Feshe Karşı Koruma), .

Başterzi, Süleyman. “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, Kamu-İş, Ankara, 2011 ss. 3-131.

Bauer, Jobst-Hubertus ve Mareike Schansker. “(Heimliche) Videoüberwachung durch den Arbeitgeber Notwendige Maßnahme oder unzulässige Bespitzelung?”, **NJW**, Yıl: 2012, Sayı: 49, ss. 3537-3541.

Baumgarten, Birger. “BAG: Fristwahrung bei der Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2014, Sayı: 16, s. 415.

Baycık, Gaye. “İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 55, Sayı: 1, ss. 115-134, (Sebebin Değiştirilmesi).

Baycık, Gaye. **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Baycık, Gaye. “Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 9, Sayı: 35, ss.77-103, (Sebebin Belirtilmesi).

Baygın, Cem. “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı: 1–2, ss. 345-377.

Bayreuther, Frank. “Videoüberwachung am Arbeitsplatz”, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 18, ss. 1038-1044.

Baysal, Mustafa. “**İşçinin Görevden Uzaklaştırılması Mümkün Mü?**”, <https://mustafabaysal.com/iscinin-gorevden-uzaklastirilmesi-mumkun-mu/>, (04.02.2021)

Baysal, Ulaş. **İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi**, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2011, (Geçerli Sebep).

Baysal, Ulaş. “Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 35, ss. 83-97, (Şüphe Feshi).

Bedük, Mehmet Nusret. “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi Ve Feshin Hukuki Sonuçları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt: 27, Sayı: 3, ss. 679-726.

Belling, Detlev W. “Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls”, **RdA**, Yıl: 1996, Sayı: 4, ss. 223-240.

Belling, Detlev W., Antje Herold ve Marek Kneis. “Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten”, **Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert**, Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, 2014, ss. 53-111.

Belling, Detlev W. ve Nurten İnce. “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt 12, Sayı: 137, ss. 3-58.

Bengelsdorf, Peter. “Die Verdachtskündigung”, **AuA**, Yıl: 1995, Sayı: 6, ss. 196-199, (Verdachtskündigung).

Bengelsdorf, Peter. “Die Anhörung des Betriebsrats vor einer Verdachtskündigung”, **FA**, 12/2010, ss. 354-357, (Anhörung des Betriebsrats).

Bengelsdorf, Peter. “Rationalität des Vertrauens im Arbeitsverhältnis”, **FA**, 2013, ss. 66-70, (Vertrauen).

Berkowsky, Wilfried. **Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung**, 3. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 1997.

Bertram, Axel. “Offline – Verbot privater Internetnutzung am Arbeitsplatz jederzeit möglich?”, **GWR**, Yıl: 2012, Sayı: 17, ss. 388- 392.

Binkert, Gerhard. “Hände weg vom Kündigungsschutzgesetz!”, **NZA**, Yıl: 2010, Sayı: 8, ss. 433-436.

Birben, Erhan. **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2006.

Birben, Erhan. “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2016, ss. 135-169, (İşçinin Özel Yaşamı).

Bissels, Alexander ve Martin Lützelers. “Compliance-Verstöße im Ernstfall: Der Weg zu einer verhaltensbedingten Kündigung”, **BB**, Yıl: 2012, Sayı: 3, ss. 189-193.

Boyar, Oya. **Anayasa ve Özel Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2019.

Bram, Rainer ve Werner Rühl, “Praktische Probleme des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung”, **NZA**, Yıl: 1990, Sayı: 19, ss. 753-758.

Bredemeier, Jörg. “Außerordentliche Verdachtskündigung- aktuelle Übersicht der Rechtsprechung”, **öAT**, Yıl: 2014, Sayı: 2, ss. 29-30.

Brink, Stefan ve Tim Wybitul. “Der ‘neue Datenschutz’ des BAG Vorgaben zum Umgang mit Beschäftigtendaten und Handlungsempfehlungen zur Umsetzung”, **ZD**, Yıl: 2014, Sayı: 5, ss. 225- 231.

Brox, Hans Bernd Rütters ve Martin Henssler. **Arbeitsrecht**, 19. überarbeitete Auflage, Stuttgart, 2016,

Busch, Mathias. “Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht”, **MDR**, Yıl: 1995, ss. 217-223.

Buschmann, Rudolf. “Anmerkung - LAG Berlin-Brandenburg, 24.2 2009 - 7 sa 2017/08”, **AuR**, Yıl: 2009, Sayı: 6, ss. 218-221.

Camastral, Claudia. **Grundrechte im Arbeitsverhältnis**, Verlag Rüegger AG, Zürich, 1996.

Can, Osman. “ ‘Dolaylı Etki’ ve ‘İyi Yönetişim’ Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 35, ss. 28-29.

Caniklioğlu, Nurşen “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”, **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, (Ed. Ender Demir ve Beste Gemici Filiz), Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2017, ss. 67-131.

Caniklioğlu, Nurşen. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2019, ss. 185-368.

Centel, Tankut. **İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mart 2013.

Centel, Nur ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2017.

Chwalisz, Patrizia. “Nachschieben neuer Kündigungsgründe bei einer Verdachtskündigung”, **GWR**, Yıl: 2013, Sayı: 23, s. 501.

Cihan, Erol ve Feridun Yenisey. “‘Ne Bis In Idem’ İlkesi”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Haziran 2004, ss. 219-224.

Civan, Orhan Ersun. **Genel İş Koşulları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2015.

Çakar, M. Saim. **Türkçe - Almanca Almanca- Türkçe Hukuk Sözlüğü**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2007

Çakmak, N. Münci. **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2013.

Çelik, Nuri. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 25, Mart 2012, ss. 5-9.

Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat. **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2018.

Çankaya, Osman Güven, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Çopuroğlu, Çağlar. “Geçersiz Fesihlerde Tarafların Fesihden Sonra Öğrendikleri veya İşe İade Sürecindeki Kusurlu Davranışlarının Davaya Etkisi”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2016, ss. 171-193.

Değirmencioğlu, Burcu. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında ‘Masumiyet Karinesi’”nin Korunması”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt:1 Sayı: 2, ss. 307-356.

Deinert, Olaf. “Die Verdachtskündigung - Neues zu einem alten Thema?” **AuR**, Yıl: 2005, Cilt: 53, Sayı: 8-9, ss. 285-297.

Demir, Fevzi. **İş Hukuku ve Uygulaması**, 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir, Eylül 2018.

Demirel, Hakkı. “ Yabancı Ceza İlamlarının Değeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1952, Cilt: 9, Sayı 1, ss. 300-316.

Demko, Daniela. “Zur Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK bei Einstellung des Strafverfahrens und damit verknüpften Nebenfolgen”, **HRRS**, Yıl: 2007, Sayı: 7, ss. 286-292.

Demren Dönmez, Burcu. “Ayrımcılık Suçu”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 102, ss. 9-58.

Dirk Gilberg, “Statt Tat- und Verdachtskündigung: Die Vertrauenskündigung”, **DB**, 2006, ss. 1555-1562.

Dişel, Buse. “Ceza Mahkemesinin Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi Ve Bekletici Sorun Yapılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2009, Cilt: 11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan ss. 183-224.

Dzida, Boris. “Die Einladung zur Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung”, **NZA**, Yıl: 2013, Sayı: 8, ss. 412-415, (Anhörung).

Dzida, Boris. “Tat- und Verdachtskündigung bei komplexen Sachverhalten”, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 15, ss. 809-814, (Verdachtskündigung).

Dockès Emmanuel, “Equality in Labour Law: An Economically Efficient Human Right? Reflections from a French Law Perspective”, **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, Cilt:18, Sayı: 2, Summer 2002, ss. 187 - 196.

Doğan, Koray. **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2018.

Doğan, Mehmet. **Büyük Türkçe Sözlük**, 16. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara, Ekim 2003.

Doğan, Sevil. **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2016.

Doğan Yenisey, Kübra. “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları” **Kamu-İş Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 6, Sayı: 4, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, ss. 31-72, (Kadın Erkek Eşitliği).

Doğan Yenisey, Kübra. “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt:2, Sayı: 7, ss. 974-1003.

Doğan Yenisey, Kübra. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2006/4, Sayı:11, ss. 63-82, (Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı).

Doğan Yenisey, Kübra. “Şüphe Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 11, Eylül 2008, ss. 65-72, (Şüphe Feshi).

Doğan Yenisey, Kübra. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2018, (Değerlendirme 2016), ss. 387-561.

Doğanay, İsmail. “Hukuk Hâkimi Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararları ile Bağlıdır?”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 1975, Cilt: I, Sayı: 2, ss. 21-31.

Dönmezer, Sulhi. “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler” **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998, İstanbul, ss. 67-74

Dörner, Klemens. “Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen”, **NZA**, Yıl: 1992, Sayı: 19, ss. 865-873, (Verdachtskündigung im Spiegel).

Dörner, Klemens. “Abschied von der Verdachtskündigung?”, **NZA**, Yıl: 1993, Sayı: 19, ss. 873-877, (Verdachtskündigung).

Dörner, Klemens. “Neues zur Verdachtskündigung” **AiB**, Yıl: 1995, Sayı: 10, ss. 663-669, (Neues zur Verdachtskündigung).

Dulay Yangın, Dilek. “Ulusalüstü Hukukta Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 15, Sayı: 59, ss. 829-863, (Eşit Ücret).

Dulay Yangın, Dilek. “İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2019/3, Sayı: 62, ss. 2049-2071.

Dulay Yangın, Dilek. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire’nin İşçilerin Gizli Kamera ile İzlenmesine İlişkin 17 Ekim 2019 Tarihli Lopez Rıbalda ve Diğerleri Kararı’nın Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2020/3, Sayı: 66, ss. 1703-1728, (Gizli Kamera).

Duman, Barış. “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 11, Sayı: 1, ss. 1-17.

Dütz, Wilhelm ve Gregor Thüsing, **Arbeitsrecht**, 23. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, 2018.

Ebeling, Stephan. **Die Kündigung wegen des Verdachts**, Nomos, Baden-Baden 2006.

Egli, Daniel. **Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000.

Edenfeld, Stefan. “Die außerordentliche Verdachtskündigung - Strafe für den Arbeitnehmer?” **JA**, Yıl: 1996, Sayı: 5, ss. 379-382.

Eckert, Michael. “(Vermeintliche) Bagatell-Delikte als Kündigungsgrund?” **BC**, Yıl: 2010, Sayı:1, ss. 26-30, (Bagatell-Delikte).

Eckert, Michael. “Blick ins Arbeitsrecht”, **DStR**, Yıl: 2012, Heft: 44, ss. 2235-2241.

Ekonomi, Münir. “Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi”, **Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 2, ss. 125-140, (Emekliliğe Hak Kazanma).

Ekonomi, Münir. “Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler”, **Çimento İşveren Dergisi**, Özel Ek 2, Cilt: 17, Sayı: 2, Mart 2003, ss. 1-40, (İş Güvencesi).

Ekonomi Münir. “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2019, Sayı: 22, ss. 11-33.

Elbir, Nazlı. **Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

Epping, Volker. **Grundrechte**, 8. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2019.

Engin, Murat. **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2003.

Engin, Murat. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Kasım 2017, ss. 131-189, (Değerlendirme 2014).

Esener, Turhan. “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1959, Cilt XVI, Sayı 1-4, ss. 234-259.

Esener, Turhan. **İş Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, (İş Hukuku).

Erbaş, C. Gökhan. “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: Haziran 2017, Cilt: 7, Sayı: 1, Prof. Dr. Mehmet Yüksel Armağanı, ss. 97-107.

Erbek Odabaşı, Özge. “Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2020, ss. 61-155.

Erdoğan, Canan. **İş Hukukunda Şüphe Feshi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Erdoğan, Ersin ve Canan Erdoğan. “Şüphe Feshine Dayalı Davalarda Yargılamanın İadesi Ve Yeniden Yargılanma”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 2020/2, Sayı: 65, ss. 465-498.

Erem, Faruk. “Ceza Usulünde Kesin Hüküm”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1963, Cilt: 20, Sayı: 1, ss. 37-52.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Ergin, Hediye. “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2015, Sayı: 34, ss. 71-87.

Erkanlı, Betül. **Tarafların İş sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, Mart 2015.

Erkanlı Başbüyük, Betül. **İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2020, (İş Görmekten Kaçınma).

Erol, Abdullah. **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2020.

Ersoy, Uğur. “Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 34, ss. 9-56.

Ertürk, Şükran. **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2002, (Temel Haklar).

Ertürk, Şükran. “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002 Cilt: 4, Sayı: 2, İzmir 2002, ss. 1-25, (Hastalık Sebebiyle Fesih).

Ertürk, Şükran. “İş Sözleşmesinin E-Posta veya Kısa Mesaj (SMS) ile Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 36, ss. 33-40.

Evren, Öcal Kemal. “Şüphe Feshi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 39, Kasım, 2009, ss. 43-51.

Eylert, Mario. “Verdachtskündigung”, **NZA-RR**, Yıl: 2014, Sayı: 8, ss. 393-408.

Eylert, Mario ve Anne Friedrich. “Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung”, **DB**, Yıl: 2007, Sayı: 40, ss. 2203-2206.

Eyrenci, Öner. “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, Bayrak Matbaacılık, 1991, ss. 239-262.

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Mart 2019.

Fandel, Stefan ve Martin Kock. “BAG: Fall „Emmely” – Wiederherstellung zerstörten Vertrauens”, **BB**, Yıl: 2011, Sayı:1, ss.59-62.

Ferme, Marco. “Bagatellkündigungen ohne Abmahnung”, **AuA**, Yıl: 2011, Sayı: 2, ss. 80-83.

Feyzioğlu, Metin. “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1999, Cilt:48, Sayı: 1-4, ss. 135-163, (Suçsuzluk Karinesi).

Feyzioğlu, Metin. **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

Fischer, Ulrich “Die Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung”, **BB**, Yıl: 2003, Sayı: 10, ss. 522-525.

Fischermeier, Ernst. “Zulässigkeit und Grenzen der Verdachtskündigung”, **Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht**, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 2006, ss. 273-287.

Fritz, Hans-Joachim ve Dagmar Nolden. “Unterrichtungspflichten und Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen”, **CCZ**, Yıl: 2010, Sayı: 5, ss. 170-177.

Fuhlrott, Michael. “Die fristlose Kündigung wegen Vermögensdelikten zwei Jahre nach «Emmely» – eine Bestandsaufnahme”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2012, Sayı: 20, ss. 498-500.

Fuhlrott, Michael. “Voraussetzungen von Verdachtskündigungen (Teil 1)”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2012, Sayı: 22, ss. 553-555, (Teil 1).

Fuhlrott, Michael. “Voraussetzungen von Verdachtskündigungen (Teil 2)”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2012, Sayı: 42, ss. 605-607, (Teil 2).

Gatz, Stefan. “Verdachtskündigung infolge heimlicher Videoüberwachung”, **GWR**, Yıl: 2014, Sayı: 5, s. 112.

Gaul, Dieter. “Mißbrauch einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit”, **NZA**, Yıl: 1993, Sayı: 19, ss. 865-873.

Gaul, Björn ve Stefan Schmidt-Lauber. “Die ordnungsgemäße Anhörung vor Verdachtskündigung - Wirksamkeitsanforderungen von der Einladung bis hin zur Protokollierung”, **ArbRB**, Yıl: 2012, Sayı: 1, ss. 18-21.

Gencay, Gökçe. “Ormancılıkta Kamu Yararı”, **İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 60, Sayı: 1, ss. 38-49.

Gersdorf, Hubertus ve Boris P. Paal. **Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht**, 12. Baskı, München, 2016.

Gölcüklü, Feyyaz. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’” **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1994, Cilt: 49, Sayı: 1, ss. 199-234.

Göpfert, Burkard ve Elena Wilke. “Facebook-Aktivitäten als Kündigungsgrund”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2011, Sayı: 7, ss. 159-161.

Göpfer, Burkhard Frank Merten ve Carolin Siegrist, “Mitarbeiter als „Wissensträger”* Ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion”, **NJW**, Yıl: 2008, Sayı: 24, ss. 1703-1709.

Gören, Zafer. **Temel Hak Teorisi**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 57, Ankara, 1995.

Gözler, Kemal. “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri Ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2001 Sayı: 4, ss. 53-67.

Gözübüyük, Şeref. **Anayasa Hukuku**, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Mart 2011.

Gözübüyük, Şeref ve A. Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Nisan 2004.

Grimm, Detlef ve Norbert Windeln. “Kündigung wegen Bagatelldelikte - Viel Lärm um Altbekanntes!” **ArbRB**, Yıl: 2009, ss. 374-376.

Grimm, Detlef ve Stefan Freh. “Arbeitsrecht und Compliance (Teil II)”, **ZWH**, Yıl: 3, Sayı: 3/2013, ss. 89-95.

Großmann, Ruprecht. “Arbeitsrechtliche Probleme des vorbestraften Arbeitnehmers”, **ArbuR**, Yıl: 1969, Sayı: 4, ss. 97-107.

Grunsky, Wolfgang. “Die Verdachtskündigung”, **ZfA**, Yıl: 8, 1977, ss. 167-186.

Guckelberger, Annette. “Die Drittwirkung der Grundrechte”, **JuS**, Yıl: 2003, Sayı: 12, ss. 1151-1157.

Gutschmidt, Gerhard. “Ist bloßer Verdacht einer strafbaren Handlung ein Grund zur fristlosen Entlassung?”, **NJ**, Yıl: 1953, ss. 490-491.

Gül, İbrahim. “Danıştay Kararlarında ‘Kamu Yararı’ Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2014/2, ss. 535-550.

Gülşen, Recep. “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi”, **Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, Yıl: III, Sayı: 6, Eylül 2005, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Diyarbakır, 2005, ss. 317-345.

Gültekin, Özkan. “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Şüphe’ Kavramı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 46, Haziran 2010, ss. 121-138.

Gülver, Ender. “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 8, Sayı: 31, ss. 999-1029.

Günay Cevdet İlhan. **İş Kanunu Şerhi 1. Cilt**, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2015.

Gürkaynak, Gönenç. **Garden Leave under Turkish Labor Law**, <https://www.gurkaynak.av.tr/docs/36afc-garden-leave-under-turkish-labor-law.pdf> , (20.12.2021), ss. 1-3.

Gürsel, İlke. **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Gürsel, İlke. “Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkisine Etkileri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 13, Sayı: 40, ss. 763-848, (Kişisel Verilerin Korunması).

Güven Ercan ve Ufuk Aydın. **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitabevi, 5. Baskı, Eskişehir, Eylül 2017.

Güzel, Ali. “Fabrikadan Internet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara 1997, ss. 83-126.

Güzel, Ali. “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi – Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, Yıl: 2005/1, Sayı: 4, ss. 159-182, (Ultima Ratio).

Güzel, Ali ve Deniz Ugan Çatalkaya. “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında Ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, ss. 17-66.

Hafızoğlu, Ece Sıla. “İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinde Suç Şüphesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 18, Sayı: 69, ss. 117-144.

Hafızoğlu, Ece Sıla. “Haklı Nedenle Fesih Bakımından Suç Ve Suçu Bildirme Yükümlülüğü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 23, Sayı: 1, ss. 679 – 749, (Suçu Bildirme Yükümlülüğü).

Hager, Johannes. “Grundrechte im Privatrecht”, **JZ**, Yıl: 1994, Sayı: 8, ss. 373-383.

Hahn, Marius. **Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2004.

Havutçu, Ayşe. “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1998, Cilt: III, Sayı:1-4, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, ss. 643-681.

Heilmann, Aribert. **Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitierung**, Heidelberg, 1964.

Heinig, Erich. “Verdacht Als Wichtiger Kündigungsgrund”, **RdA**, Yıl: 1951, Sayı: 9, Eylül, ss. 331-335.

Hjort, Jens Peter. “Verdachtskündigung und heimliche Videoüberwachung”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2014, Sayı: 4, s. 101.

Hoefs, Christian. **Die Verdachtskündigung**, Duncker&Humblot, Berlin 2001.

Holbeck, Thomas ve Ernst Schwindl. **Arbeitsrecht**, 13. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2017.

Holmes, Elisa. "Anti-Discrimination Rights without Equality", **Modern Law Review**, Cilt: 68, Sayı: 2, Mart 2005, ss. 175-194.

Hoppe, René ve Frank Braun. "Arbeitnehmer-E-Mails: Vertrauen ist gut – Kontrolle ist schlecht Auswirkungen der neuesten Rechtsprechung des BVerfG auf das Arbeitsverhältnis", **MMR**, Yıl: 2010, Sayı: 2, ss. 80-84.

Horcher, Michael. "Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht – unter besonderer Berücksichtigung von § 15 Abs. 6 AGG", **RdA**, Yıl: 2014, Sayı: 2, ss. 93-102.

Horst Johannes ve Constanze Jacobs. "Arbeits- und verbandsrechtliche Konsequenzen des Dopings", **RdA**, Yıl: 2003, Sayı: 4, ss. 215-222.

Howald, Bert. "Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis", **ArbRAktuell**, Yıl: 2013, Sayı: 8, ss. 195-198.

Hozar, Nağme N. "Alman Hukuku'nda Şüphe Feshi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, ss. 237-243.

Hromadka, Wolfgang ve Frank Maschmann. **Arbeitsrecht Band 1**, 7. Auflage, Springer Verlag, Berlin 2018.

Hueck, Alfred. **Lehrbuch des Arbeitsrecht, Erster Band**, 7. neuarbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 1963.

Hueck, Alfred, Gerrick von Hoyningen-Huene, Rüdiger Link, Rüdiger Krause ve Götz Hueck. **Kündigungsschutzgesetz Kommentar**, 15. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, (Kündigungsschutzgesetz).

Hunold, Wolf. “Anhörung des Mitarbeiters vor Ausspruch einer Verdachtskündigung”, **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 8, ss. 399-403, (Anhörung).

İnceoğlu, Sibel. “Türk Anayasa Mahkemesi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2006/4, Sayı:11, ss. 45-61.

İnceoğlu, Sibel. **Adil Yargılanma Hakkı**, Eğitim Modülü – Hukuk Yargılaması, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2018, (Adil Yargılanma).

İstanbuluoğlu, Selin. “İş Sözleşmelerinin Askıda Kalma Halleri”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 15, ss. 943-972.

İtişgen, Rezzan. **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

İzveren Adil ve Erol Akı. **İş Hukuku, I. Cilt Bireysel İş Hukuku**, Barış Yayınları, 1999, İzmir.

Jarass, Hans D. “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz”, **NJW**, 1989, Heft: 14, ss. 857-862.

Joachim, Hans G. “Zur Problematik der Verdachtskündigung”, **ArbuR**, Yıl: 1964, Sayı: 2, ss. 33-39.

Junker, Abbo. **Grundkurs Arbeitsrecht**, 18. Yenilenmiş Baskı, C. H. BECK, Münih, 2019.

Kabakcı, Mahmut. **Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2012.

Kahraman, Erkut Güçlü. “Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Yıl: 2014, Cilt: 16, Sayı: 1, ss. 123-150.

Kalabalık, Halil. **İdare Hukuku Dersleri Cilt-I**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2018.

Kandemir, Murat ve Didem Yardımcıoğlu. “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 19, Sayı: 30-31, ss. 1-44.

Kapancı, Kadir Berk. “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt:7, Sayı: 1, ss. 511-552.

Kaplan, Kürşat. “Şüphe Feshi ve Türk Hukukundaki Yeri”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2010, Sayı: 27, ss. 979-998.

Kar, Bektaş. “İş Yargılamasında Hâkim Olan İlkeler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2014, ss. 869-882.

Karakaş, Fatma Tülay. “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2013, Cilt:62, Sayı:3, ss. 729-759.

Kaya, Ümmühan. “Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar Ve Öngörülemezlik İlkesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, ss. 1569-1593.

Kayırgan, Hasan. “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, ss. 459-478.

Kaymaz, Seydi. **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2015.

Keçelioğlu, Elvan. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2015, Sayı: 3, ss. 223-245.

Keiser, Claudia. “Der Verdacht des Bagatelldiebstahls im Arbeitsrecht – Das sog. Pfandbonurteil”, **JR**, Yıl: 2010, Sayı: 2, ss. 55-59.

Keser, Hakan. **4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mayıs 2016.

Kılıçarslan İsfen, Sibel. “Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme Ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 1, Sayı: 1, ss. 193-208.

Kılıçoğlu, Ahmet. “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1973, Cilt: XXIX, Sayı: 3-4, ss. 185-225.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal Şenocak. “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”, **Osman Güven Çankaya’ya Armağan**, Kamu-İş, 2010, ss. 181-211, (Ölçülülük).

Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal Şenocak. “İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip)”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 34, Sıra Sayı: 124, Cilt: 34, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2008, ss. 97-110.

Kiel, Heinrich, Stefan Lunk ve Hartmut Oetker. **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1 Individualarbeitsrecht I**, 4. Auflage, 2018, (Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1).

Kiel, Heinrich, Stefan Lunk ve Hartmut Oetker. **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2 Individualarbeitsrecht II**, 4. Auflage, 2018, (Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2).

Klasen, Evelyn ve Sandra Schaefer. “Whistleblower, Zeuge und ‘Beschuldigter’- Informationsweitergabe im Spannungsfeld grundrechtlicher Positionen”, **BB**, Yıl: 2012, Sayı: 10, ss. 641-647.

Kleinebrink, Wolfgang. “Arbeitgeberseitige Strategien zur Verhinderung eines Aufbaus und zum Abbau eines Vertrauenskapitals”, **BB**, Yıl: 2011, Sayı: 42, ss. 2617-2622.

Klueß, Achim. “Geringwertige Vermögensdelikte - Keine zwangsläufige Entlassung”, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 7, ss. 337-343.

Knebel, Sophie Victoria. **Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten**, Nomos, Hamburg, 2018.

Knox, John H. “Horizontal Human Rights Law”, **The American Journal of International Law**, Volume: 102, No: 1, Ocak 2008, ss. 1-47.

Kocasakal, Ümit. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2015, Sayı: 28, ss. 7-40.

Koch, Ulrich. “Emmely und das ‘Vertrauenskapital’”, **BB**, Yıl: 2010, Sayı: 45, ss. 2705.

Koç, Sedef. “İşçinin Suç Teşkil Eden Fiillerinin İş Sözleşmesine Etkisi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt II**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, ss. 1435-1446.

Koebel, Ulrich. “Grundrechte und Privatrecht: Eine Rezensionsabhandlung”, **JZ**, 1961, Sayı: 17, ss. 521- 526.

Koparan, Mehmet Reşat. “Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 65, ss. 154-172.

Korkut, Levent. “Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 4, Sayı: 2, ss. 43-82.

Korkut, Levent. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 44, ss. 77-98, (Kamu Yararı).

Korn, Dietrich. “Die Offenbarungspflicht des vorbestraften Arbeitnehmers bei einwandfreiem polizeilichen Führungszeugnis”, **RdA**, Yıl: 1957, Sayı: 7/8, ss. 291-292.

Köseoğlu, Ali Cengiz. **İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Krause, Rüdiger. **Arbeitsrecht**, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2015.

Kreft, Burghard. “Kontinuität und Wandel beim Bestandsschutz”, **NZA-Beilage**, Yıl: 2012, Sayı: 2, ss. 58-66.

Kuçuradi, İoanna. “Laiklik ve İnsan Hakları”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2004, Sayı: 52, ss. 89-95.

Kuçuradi, İoanna. “İnsan Hakları: Kavramı ve Çeşitleri”, **İnsan Hakları (Konferans, Panel ve Sempozyumlar)**, 2. Baskı, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2007, ss. 29-45, (İnsan Hakları).

Kumbasar, Enver. **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2012.

Kuru, Baki. **Medeni Usul Hukuku**, Legal Yayıncılık, Ağustos 2016.

Heinemeyer, Ilka ve Holger Thomas. “Compliance: Die Einhaltung der Zweiwochenfrist bei Ausspruch fristloser Kündigungen im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen”, **BB**, Yıl: 2012, ss. 1218-1224.

Lange, Niels ve Thius Vogel. “Verdachtskündigung: Teilnahmerecht des Rechtsanwalts an der Anhörung”, **DB**, Yıl: 2010, Sayı: 19, ss. 1066-1070.

Langner, Sören ve Boris Witt. “Aktuelles zur Verdachtskündigung”, **DStR**, Yıl: 2008, Sayı: 17, ss. 825-830.

Leckie, David. “The Human Rights Act and Employment Law” **The Journal**, Ekim 2000, <https://www.lawscot.org.uk/members/journal/issues/vol-45-issue-10/the-human-rights-act-and-employment-law/>, (12.04.2021).

Leigh, Ian. “Horizontal Rights, The Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?” **The International and Comparative Law Quarterly**, Yıl: 1999, Cilt: 48, Sayı: 1, ss. 57-87.

Lembke, Mark. “Urteil in Sachen „Emmely“: Im Grundsatz richtig – im konkreten Fall auch?”, **DB**, Yıl: 2010, Sayı: 47, s. M1.

Lembke, Mark. “Die Verdachtskündigung in Rechtsprechung und Praxis”, **RdA**, Y1l: 2013, Sayı: 2, ss. 82-92, (Verdachtskündigung).

Lengauer, Alina. **Drittwirkung von Grundfreiheiten**, Springer Verlag, Wien, 2011.

Linck Rüdiger, Ulrich Preis ve Ingrid Schmidt. **Kündigungsrecht**, 6. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2021, (APS).

Linsenmaier, Wolfgang. “Von Lyon nach Erfurt - Zur Geschichte der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit”, **NZA**, Y1l: 2004, Sayı: 8, ss. 401-408.

Löwisch, Manfred Georg Caspers and Steffen Klumpp. **Arbeitsrecht**, 11. neubearbeitete Auflage, Franz Vahlen, 2017.

Luckey, Andreas. “Suspendierung und Schmerzensgeldanspruch des Arbeitnehmers”, **NZA**, Y1l: 1992, Sayı: 19, ss. 873-877.

Lunk, Stefan. “Die Verdachtskündigung: Eine Rechtsfigur vor dem Aus? Zugleich eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung”, **NJW**, Y1l: 2010, Sayı: 38, ss. 2753-2758.

Lücke, Oliver. “Unter Verdacht: Die Verdachtskündigung”, **BB**, Y1l: 1997, Sayı: 36, ss. 1842-1848, (Unter Verdacht).

Lücke, Oliver. “Die Verdachtskündigung - Fragen aus der Praxis”, **BB**, Y1l: 1998, Sayı: 44, ss. 2259-2263.

Lücke, Jörg. “Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG”, **JZ**, Y1l: 1999, Sayı: 8, ss. 377-384.

Lützel, Martin ve Patrick Müller-Sartori. “Die Befragung des Arbeitnehmers – Auskunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht?”, **CCZ**, Yıl: 2011, Sayı:1, ss. 19-25.

Manav, A. Eda. **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, Haziran 2009.

Manav, A. Eda. “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: XIX, Sayı: 2, ss. 95-136, (İşçinin Kişisel Verileri).

Martens, Sebastian A. E. “Grundfälle zu Bedingung und Befristung” **JuS**, Yıl: 2010, Sayı: 7, ss. 578-582.

Mansdörfer, Marco. “Die Aussagepflicht der Mitarbeiter bei wertebasierten unternehmensinternen Ermittlungen”, **JM**, Yıl: 2014, Sayı: 4, ss. 167-173.

Maunz, Theodor. Günter Dürig, Roman Herzog, Rupert Scholz, Matthias Herdegen ve Hans H. Klein. **Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar**, C. H. BECK, Band II, 92. Ergänzungslieferung, August 2020.

Mennemeyer, Siegfried ve Dagmar Dreymüller. “Verzögerungen der Arbeitnehmeranhörung bei der Verdachtskündigung”, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 7, ss. 382-386, (Maunz/Dürig Kommentar).

Merten, Frank. “Nachschieben von Kündigungsgründen bei einer Verdachtskündigung”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2013, Sayı: 22, s. 577.

Meyer, Uwe. **Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken**, Dunker&Humbolt, Berlin, 1997.

Meyer, Michael. “Kündigungsschutz im Kleinbetrieb oder in der Wartezeit nach der Grundrechtecharta?”, **NZA**, Yıl: 2014, Sayı: 18, ss. 993-998.

Mohnen, Heinz. “Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses”, **RdA**, Yıl: 1957, Sayı:11, ss. 405-411.

Mole, Nuala ve Catharina Harby. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Strasbourg, Eylül 2005.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. **İş Hukuku Ders Kitabı - Cilt 1: Bireysel İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, Eylül 2019.

Monjau, Herbert. “Die Verdachtskündigung”, **DB**, Yıl: 13, Sayı: 37, Eylül 1960, ss. 1067-1070.

Moritz, Klaus. “Grenzen der Verdachtskündigung”, **NJW**, Yıl: 1978, Sayı: 9, ss. 402-406.

Müller, Knut ve Oliver Deeg. “Die Teilnahme des Anwalts am Personalgespräch”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2010, Sayı: 25, ss. 620-623..

Müller-Glöge, Rudi, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, Thomas Dieterich, Peter Hanau ve Günter Schaub. **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 21. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, München, 2021, (Erfurter).

Narmanlıoğlu, Ünal. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2009, ss. 107-166, (Değerlendirme 2007).

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Beta Yayıncılık, 5. Bası, İstanbul, Aralık 2014, (Ferdi İş İlişkileri).

Narmanlıoğlu, Ünal. “Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü içinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, **İÜHFM**, Yıl: 2016, Cilt: 74, Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, ss. 551-569.

Naujok, Volker. “Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung”, **ArbuR**, Yıl: 1998, Sayı: 10, ss. 398-402.

Nazlı, Seçkin. “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, **İÜHFM**, Yıl: 2016, Cilt: 74, Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, ss. 571-586, (Eşit Davranma İlkesi).

Nazlı, Seçkin. “İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 5, Sayı: 2, ss. 269-291.

Nädler, Simone. **Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach Wegfall des Kündigungsgrundes**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004.

Nägele, Stefan. “Die Renaissance des Wiedereinstellungsanspruchs”, **BB**, Yıl: 1998, Sayı: 33, ss. 1686-1690.

Neumann, Horst. “Persönlichkeitsrecht, Vertragsfreiheit und gegenseitige Sozialpflichtigkeit” **JZ**, Yıl: 1962, Sayı: 7, ss. 204-207.

Nikisch, Arthur. **Arbeitsrecht, I. Band**, 3. erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK), Tübingen, 1961.

Nipperdey, H. C. **Grundrechte und Privatrecht**, Im Scherpe Verlag, Krefeld, 1961.

Odaman, Serkan. **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Ankara, 2003.

Odaman, Serkan. **İşçinin Haklı Sebeple Fesih Hakkı**, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezi Yayın No:16, Ankara, 2000, (Haklı Neden).

Odaman. Serkan. “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ekim-2002, S. 274, ss. 40-43, (İşçinin İşvereni Yanıltması).

Ohlendorf, Bernd ve Michael Fuhlrott. “Die Betriebsratsanhörung in der betrieblichen Praxis” **ArbRAktuell**, Yıl: 2011, Sayı: 12, ss. 292-293.

Okur, Zeki. “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu-İş Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 8, Sayı: 4, <https://www.tuhis.org.tr/pdf/842.pdf>, (08.03.2021), (Düşünce Özgürlüğü).

Okur, Zeki. **İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2011.

Okuyucu Ergün, Güneş. “Suçsuzluk Karinesi: ‘Alice Harikalar Diyarında’”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 10-14 Ocak 2012**, 3. Cilt, Ankara, 2012, ss. 39-50.

Oldiges, Martin. “Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht”, **Staat Wirtschaft Steuern**, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996.

Ormanoğlu, Hatice Derya. “Anayasal Bağlamda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 4, ss. 2241-2276.

Orth, Wolfhard Ulrich. **Die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich Deutschland, Schweiz, Österreich, und ihre Vereinbarkeit mit Art 6 II EMRK**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Universitaet Wien, Wien, 2009.

Ostendorf, Heribert. **Strafprozessrecht**, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2019.

Otto, Alexander. **Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses**, Duncker & Humbolt, Berlin, 2000.

Öden, Merih. **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Öktem Songu, Sezgi. “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2011, ss. 1057-1098, (Özel Amaçlı İnternet).

Öktem Songu, Sezgi. “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2014, ss. 609-650, (İfade Özgürlüğü).

Öktem Songu, Sezgi. “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak ‘Sataşma’”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2018, Sayı: 39, ss. 113-145, (Sataşma).

Özbek, Veli Özer. **CMK İzmir Şerhi - Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihadlı)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2005.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021.

Özdemir, Erdem. “Yeni Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 27, Eylül 2012, ss. 25-46.

Özen, Mustafa. “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: XIV, Sayı:1, ss. 389-417.

Özkaraca, Ercüment. “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2013/3, Sayı: 38, ss. 173-215.

Öztan, Bilge. **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, 40. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2015.

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, Özdem Özaydın, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok. **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül, 2021.

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül, 2021, (Uygulamalı Ceza Muhakemesi).

Öztürk, Mehmet Onat. **Türk Ceza Kanunu’nda İş ve Çalışma Hürriyeti İhlali Suçu**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2006.

Pawlak, Klaus ve Michael Geißler. “Die Verdachtskündigung im öffentlichen Dienst”, **öAT**, Yıl: 2011, Sayı: 6, ss. 129-131.

Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Medeni Usul Hukuku Cilt I**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017, (Pekcanitez Usul I).

Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Medeni Usul Hukuku Cilt II**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017, (Pekcanitez Usul II).

Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Medeni Usul Hukuku Cilt III**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017, (Pekcanitez Usul III).

Pekcanitez, Hakan Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2015.

Peters, Karl. **Strafprozeß**, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985.

Poroy, Mehmet Akif. “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 80, Sayı: 3, ss. 1005-1011.

Preis, Ulrich. **Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen**, C.H. BECK, München, 1987, (Prinzipien).

Preis, Ulrich. “Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz (II)”, **DB**, Yıl: 1988, Sayı: 28, ss. 1444-1551, (Neuere Tendenzen).

Preis, Ulrich. “Arbeitsrecht und ‘unbegrenzte Auslegung’”, **NJW**, Yıl: 1998, Sayı: 27, ss. 1889-1894, (unbegrenzte Auslegung).

Preis, Ulrich. **Arbeitsrecht**, 5. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2017.

Püsküllüoğlu, Ali. **Türkçe Sözlük**, 7. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, Mayıs 2004.

Raab, Thomas. “Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Wegfall des Kündigungsgrundes”, **RdA**, Yıl: 2000, Sayı: 3, ss. 147-165, (Wiedereinstellungsanspruch).

Rehbinder, Manfred. “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, çev. Ömer Teoman, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XLV-XLVVII, Sayılar:1-4, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, 1982, ss. 745-759.

Reichold, Hermann. **Arbeitsrecht**, 6. Auflage, C.H. BECK, München 2019.

Reinhardt, Rudolf. “Grundsatzliches zum Recht auf Wiedereinstellung Entnazifizierter Arbeitnehmer”, **RdA**, Yıl: 1950, Sayı: 3, ss. 85-88.

Resuloğlu, Özenç. **Aşırı İfa Güçlüğü ve Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2021.

Reuter, Wolf J. “‘Geringwertige Vermögensdelikte’ und Kündigungen – kein Änderungsbedarf beim BAG”, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 11, ss. 594-595.

Ritter, Thomas. Die Verdachtsabmahnung, **NZA**, Yıl: 2012, Sayı: 1, ss. 19-21.

Rolfs Christian, Richard Giesen, Ralf Kreikebohm, Miriam Meßling ve Peter Udching. **Beck’sche Online-Kommentare Arbeitsrecht**, 61. Edition, C. H. Beck, München, 2021, (BeckOK Arbeitsrecht).

Röller, Jürgen (Ed.). **Personalbuch 2021**, 28. vollstaendig neubearbeitete Auflage 2021, C. H. Beck, München, 2021, (Küttner Personalbuch).

Rüthers, Bernd. “Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten? Am Beispiel des Kündigungsschutzrechts”, **NJW**, Yıl: 1998, Sayı: 20, ss. 1433-1440

Sancakdar, Oğuz, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Önüt ve Serkan Seyhan. **İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018.

Sarıbay, Gizem. **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz Ve Feshe İtirazın Sonuçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2007, (Fesih).

Sarıbay Öztürk, Gizem. “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 37, ss. 114-141.

Sasse, Stefan ve Dirk Freihube. “Die Anhörung bei der Verdachtskündigung”, **ArbRB**, Yıl: 2006, Sayı:1, ss. 15-18.

Savaş, Burcu. **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2012.

Saymen, Ferit H. **Türk İş Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.

Säcker, Franz Jürgen, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg. **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 8. Baskı, C. H. BECK, Nisan 2020, (Münchener Kommentar zum BGB).

Schaub, Günter. “Die Abmahnung als zusaetzliche Kündigungsvoraussetzung”, **NZA**, Yıl: 1997, Yıl: 22, ss. 1185-1188, (Abmahnung).

Schaub, Günter, Martina Ahrendt, Ulrich Koch, Rüdiger Linck, Ursula Rinck, Jürgen Treber ve Hinrich Vogelsang. **Arbeitsrechts-Handbuch**, 19. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, 2021.

Schaub, Günter ve Ulrich Koch. **Arbeitsrecht von A-Z**, 23. Baskı, Beck-Rechtsberater im dtv, Münih, 2019.

Scheben, Barbara ve Christian Klos. “Analyse von Chatprotokollen und E-Mails – Was ist erlaubt? Was ist verwertbar?”, **CCZ**, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 88-93.

Schiek, Dagmar. “Torn between Arithmetic and Substantive Equality? Perspectives on Equality in German Labour Law”, **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, Cilt: 18, Sayı: 2, Summer 2002, ss. 149-168.

Schlachter, Monika. “Fristlose Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers”, **NZA**, Yıl: 2005, Sayı: 8, ss. 433-437.

Schlegel, Tino. **Das BAG und die Verdachtskündigung**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.

Schmid, Karlheinz. “Die Abmahnung und ihre rechtliche Problematik”, **NZA**, Yıl: 1985, Sayı: 13, ss. 409-415.

Schmidt, Rolf. **BGB Allgemeiner Teil**, 17. Auflage, Rolf Schmidt Verlag, Bremen, 2018.

Schrader, Peter. “Abmahnung und ‘Vertrauenskapital’”, **NJW**, Yıl: 2012, Sayı: 6, ss. 342-348.

Schrader, Peter ve Gunnar Straube. “Dürfen ‘Alte’ klauen? – Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung bei Vermögensdelikten” **ArbRAktuell**, Yıl: 2009, Sayı: 1, ss. 7-9.

Schrader, Peter ve Nancy Dohnke. “Abmahnung und Datenschutz”, **NZA-RR**, Yıl: 2012, Sayı: 12, ss. 617- 620.

Schäcker, Hanns. “Verdacht strafbarer und unredlicher Handlungen als Grund zur fristlosen Kündigung”, **BB**, Yıl: 1960, Sayı: 3, Haziran, ss. 138-139.

Schütte, Reinhard. “Die Verdachtskündigung”, **NZA**, Ek: 2, Yıl: 1991, Sayı:13, ss. 17-23.

Seeling, Rolf Otto ve Martin Zwickel. “Die Rechtsprobleme der Verdachtskündigung aus praktischer Sicht”, **MDR**, Yıl: 2008, Sayı: 18, ss. 1020-1025.

Seçkin, A. Recal. “Hukuk Kurallarını Uygulamada Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Anayasaya Dayanan Kural Belirleme Yetkileri ve Geçerli Olmayan Tüzük Gibi İdari Düzenleyici İşlemler Yerine Daha Üstün Olan Kuralı Uygulama Ödevleri”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 275, Ankara, 1970.

Seel, Henning-Alexander. “Aktuelles zum Umgang mit Emails und Internet im Arbeitsverhältnis – Was sind die Folgen privater Nutzungsmöglichkeit?”, **öAT**, Yıl: 2013, Sayı: 1, ss. 4-7.

Seifert, Matthias. “Vertrauen als Organisationsprinzip. Eine theoretische und empirische Studie über Vertrauen zwischen Angestellten und Führungskräften”, **ZfP**, 2001, Sayı: 4, ss. 461-465.

Sencer, Sıla ve Ali Suphi Kurşun. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Hukuk Davalarına Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 129, Mayıs 2017, ss. 33-49.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay. “İşverenin Koruma Ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Kamu-İş Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt: 7, Sayı: 2, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, ss. 2-16, (Gözetme Borcu).

Senyen Kaplan, Emine Tuncay. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 24, Aralık 2011, ss. 40-52, (İşçinin Kişilik Haklarının Korunması).

Senyen Kaplan, Emine Tuncay. **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2019, (İş Hukuku).

Serozan, Rona. “ ‘Culpa In Contrahendo, ‘Akdin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 1968, Cilt: 2, Sayı: 3, ss. 108-129.

Serim Çiçek, Gökçe. **Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2021.

Sever, Rabia. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 9, Sayı: 34, ss. 33-72.

Sevimli, K. Ahmet. **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2006, (Özel Yaşama Müdahale).

Sevimli, K. Ahmet. “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 24, Aralık 2011, ss. 120-139, (Veri Koruma).

Soyer, M. Polat. **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994.

Soyer, M. Polat. **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, 1987, (Genel İş Koşulu).

Soyer, M. Polat “158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuk Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması – İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul Baro Yayınları, İstanbul, Ocak 2002, ss. 269-294, (ILO).

Soyer, M. Polat. “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 22, Haziran 2011, ss. 12-21, (Türk Borçlar Kanunu).

Sözer, Ali Nazım. “Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Sayı: 6, Kasım - Aralık 1982, ss. 1049-1069.

Stahlhacke, Eugen, Ulrich Preis ve Reinhard Vossen. **Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis**, 11. völlig neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, 2015.

Strobel, Michael. **Die Verdachtskündigung**, Claus Gerber Verlag, Hamburg, 1967.

Stoffels, Markus. “Die „Emmely“-Entscheidung des BAG – bloß eine Klarstellung von Missverständnissen?”, **NJW**, Yıl: 2011, Sayı: 3, ss. 118-123, (Emmely).

Stoffels, Markus. “Neue Spielregeln bei Abmahnung, Anhörung und Verdachtskündigung?”, **Kündigungsrecht: alte und neue Fragen, Mannheimer Arbeitsrechtstag 2013**, Ed. Frank Maschmann, Nomos, Baden-Baden 2013, ss. 37-51.

Stückmann, Roland ve Christina Kohlepp. “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ‘ultima-ratio-Prinzip’ im Kündigungsrecht Richterliche Praxis ohne dogmatische Begründung”, **RdA**, Yıl: 2000, Sayı: 6, ss. 331-341.

Subaşı, İbrahim. **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Sunay, Reyhan. “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 23, Sayı: 1, ss. 9-52.

Sur, Melda. “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 47, ss. 33-51.

Sur, Melda. “Şüphe Feshinde İşçinin Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesinin Üç Kararı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2020/4, Sayı: 67, ss. 2487-2500, (Şüphe Feshi).

Sümer, Haluk Hadi. “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2010, Sayı: 19, ss. 63-73.

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda Yorum”, **İnan Kırac’a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 1, İstanbul, 1994, ss. 231-238, (Yorum).

Süzek, Sarper. “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, **Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan**, Mavi Ofset, Ankara, 1998, ss. 225-232, (Yönetim Hakkı).

Süzek, Sarper. “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 9, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, ss. 115-133, (Askıya Alınma).

Süzek, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, ss. 24-38, (Eşit Davranma Borcu).

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2011/I, ss. 9-17, (Disiplin Cezaları).

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2019.

Şahlanan, Fevzi. **Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelerle Uygunluğu**, Fakülteler Matbaası, , İstanbul, 1980.

Şeker, Esra. “**Masumiyet Karinesi**”, **Bireysel Çalışma Raporu**, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:79, Sayı:2, Mayıs 2014, ss. 174-200.

Şen, Murat. “İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, ss. 143-162.

Şık, Hüseyin. “Suçsuzluk Karinesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı:1, ss. 103-145.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2008.

Taşkent, Savaş. **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, 1981.

Taşkent, Savaş. “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2006, ss. 49-85, (Değerlendirme 2004).

Taşkent, Savaş. “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 3, Eylül 2006, ss. 20-28, (Askıya Alınma).

Taşkent, Savaş. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, Kamu-İş, Ankara, 2011, ss. 161-201, (Değerlendirme 2009).

Taşkent, Savaş. “İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi”, **Kamu-İş Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 11, Sayı: 4, ss. 1-7, (İkale).

Tekeli, İlhan. “Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine”, **Planlama Dergisi**, Yıl: 1988, Sayı: 2, ss. 6-13.

Tekergül, Mehmet. **İşyerinde Elektronik Gözetleme Uygulamaları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2004.

Thüsing, Gregor. “Fünf Schritte zu einem besseren Entgelttransparenzgesetz”, **BB**, Yıl: 2017, Sayı: 10, ss. 565-569.

Tiedemann, Jens. “Vertrauenskapital langjährig Beschäftigter Interessenabwägung bei fristlosen Kündigungen wegen Bagatelldelikte nach ‘Emmely’”, **ArbRB**, 2011, ss. 93-96, (Vertrauenskapital).

Tiryaki, Betül. “Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: XII, Sayı: 3-4, ss. 267-279.

Tok, Ozan. “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılaması Üzerinde Etkisinin Hukuki Niteliği Üzerine”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 2, ss. 437-464.

Tolu, Hazal. **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2017.

Tombaloğlu, Nermin. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 5, Sayı:1, ss. 353-388.

Topal, Güneş. **İş Kanununa göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2008.

Topuz, Murat ve Osman Gökhan Antalya. **Medeni Hukuk (Giriş – Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri)**, Cilt I, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2019.

Tschöpe, Ulrich. “Außerordentliche Kündigung bei Diebstahl geringwertiger Sachen”, **NZA**, Yıl: 1985, Sayı: 18, ss. 588-590.

Tuncay, A. Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 2963, İstanbul, 1982.

Tuncay, A. Can. “Adalet Nedir?”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2018, Cilt:13, Sayı: 171-172, ss. 199-238, (Adalet).

Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. **İş Hukukunun Esasları**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2016.

Uçdu, İlker. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.

Uçum, Mehmet. “Personel Özlük Dosyası ve İşverenin İş İlişkisinde Temin Etmesi Gereken Belgeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 6, Haziran 2007, ss. 38-48.

Ugan Çatalkaya, Deniz. **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Mayıs 2017.

Ulucan, Devrim. “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2014, ss. 360-383.

Ulucan, Devrim. “İş Güvencesi Kapsamı ve Temel Kavramlar”, **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, ss. 17-48, (İş Güvencesi Semineri).

Uncular, Selen. **İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2018.

Urban, Nele. “Rechtliche Aspekte von Personalgesprächen”, **ArbRAktuell**, Yıl: 2011, Sayı: 4, ss. 87-89.

Uyar, Talih. “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK. 2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK. 2/II)”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 2000, ss. 439-465.

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Mayıs 2019.

Üzülmüş, İlhan. “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:18, Sayı: 58, Mayıs-Haziran 2005, ss. 41-72.

Vom Stein, Jürgen. **Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung**, Wermelskirchen, 1989.

Von Hoyningen-Huene, Gerrick. “Die Abmahnung im Arbeitsrecht”, **RdA**, Yıl: 1990, Sayı: 4, ss. 193-212.

Von Steinau-Steinrück, Robert ve Peter Glanz. “Die Verdachtskündigung in der Praxis”, **NJW-Spezial**, Yıl: 2008, Sayı: 9, ss. 274-275.

Walker, Wolf-Dietrich. “Die begrenzte Bedeutung des Falles ‘Emmely’ für die Entwicklung der Rechtsprechung zur außerordentlichen Kündigung”, **NZA**, Yıl: 2009, Sayı: 17, ss. 921-925, (Emmely).

Walker, Wolf-Dietrich. “Die Kündigung wegen eines Bagatelldelikts Geklärte und ungeklärte Fragen nach der ‘Emmely’- Entscheidung des BAG”, **NZA**, Yıl: 2011, Sayı: 1, ss. 1-5, (ungeklärte Fragen).

Waltermann, Raimund. **Arbeitsrecht**, 19. Auflage, Vahlen, Münih, 2018.

Wank, Rolf. “Das Entgelttransparenzgesetz – Prämissen und Umsetzung”, **RdA**, 2018, Heft: 1, ss. 34-46.

Weber, Christoph. “Verdachtskündigung – Gemeinsame Anmerkung”, **SAE**, Yıl: 1996, Sayı: 2, ss. 57-62.

Weber, Jörg-Andreas. “Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil wegen eines Bagatelldelikts am Beispiel der ‘Emmely’-Entscheidung”, **RdA**, Yıl: 2011, Sayı: 2, ss. 108-119.

Weller, Bernd. “Bei langer Betriebszugehörigkeit ist auch bei Straftaten gegen den Arbeitgeber in der Regel eine Abmahnung erforderlich – ‘Emmely’”, **GWR**, Yıl: 2010, Sayı: 22, ss. 560-561.

Werner, Brill. Verwirkung und Wirkungslosigkeit von Abmahnungen", **NZA**, Yıl: 1985, Sayı: 4, ss. 109-110.

Wertz, Mario. **Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des “Vertrauenskaptals”**, Cuvillier Verlag, Goettingen, 2016.

Wilhelm, Gerhard. "Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Abmahnung?", **NZA-RR**, Yıl: 2002, Sayı: 9, ss. 449-456.

Wybitul, Tim ve Stephan Pötters. "BAG definiert Beschäftigtendatenschutz neu", **BB**, Yıl: 2014, Sayı: 8, ss. 437-442.

Wollenschläger, Michael, Jutta Krogull ve Jens Löcher. **Arbeitsrecht**, 3. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2010.

Wörlén, Rainer ve Axel Kokemoor. **Arbeitsrecht**, 12. völlig überarbeitete und verbesserte Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2017.

Yalım, Özcan. **Türkçe'de Yakın ve Karşıt Anlamlılar Sözlüğü**, İmge Kitabevi, 1998.

Yamakoğlu, Efe. **Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2020.

Yamakoğlu, Efe ve Eda Karaçöp. "İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, ss. 479-506.

Yaman, Rabiye. "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2016, Cilt:74, Fevzi Şahlanan'a Armağan, ss. 761-783.

Yayvak Namlı, İrem. "Almanya'da Yürürlüğe Giren Ücrette Şeffaflık Kanunu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2017, Cilt: LXXV, Sayı: 2, ss. 741-764.

Yenidünya, A. Caner. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2006/4, Sayı: 11, ss. 97-115, (Ayrımcılık).

Yenidünya, A. Caner. “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları Ve İadesi”, **e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Şubat 2007, Sayı: 60, www.e-akademi.org, (04.11.2021).

Yenisey Feridun ve Ayşe Nuhoglu. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021.

Yenisey, Feridun ve Salih Otkar. **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015.

Yıldırım, Akif. **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2018.

Yıldırım, Akif. “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 9, Haziran 2017, ss. 491-517, (Masumiyet Karinesi).

Gaye Burcu Yıldız, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 16, Aralık 2009, ss. 110-119.

Yıldız, Gaye Burcu. **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, (Eşit İşlem Yapma Borcu).

Yıldız, Gaye Burcu. “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, ss. 681-707, (Orantılılık).

Yılmaz, Merve Nur. **Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Gizliliğin İhlali Suçları (TCK m. 285)**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2019.

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt 2, 3. Baskı, Yetkin Yayınları 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Yurtcan, Erdener. **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, 2. Bası Yenileştirilmiş, Kazancı Hukuk Yayınları No. 57, İstanbul, 1987.

Yuvalı, Ertuğrul. **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Ankara, Mart 2012.

Yüce, Turhan Tufan “Sanığın Savunması Ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 1988, Sayı: 1, ss. 156-167.

Yürekli, Sabahattin. “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2014, Cilt: 72, Sayı: 2, ss. 541-579.

Yürekli, Sabahattin. **Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2016, (Hizmet Sözleşmesi).

Zabcı, Filiz. “Kamu Yararı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri I**, (der. Y. Bürkev, M. Özügürlü, Y. Özdek ve E.V. Elgür), Ankara, NotaBene Yayınları, 2011, ss. 253-273.

Zborowska, Katarzyna. **Die außerordentliche Verdachtskündigung**, Duncker&Humbolt, 2015, Berlin.

Zevkliler, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu ve Damla Gürpınar. **Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankaras, Kasım 2015.

Zimmerling, Wolfgang. “Außerordentliche Kündigung eines Lehrers wegen sexueller Übergriffe”, **öAT**, Yıl: 2012, Sayı: 1, s. 18.

Zöllner, Wolfgang, Karl-Georg Loritz ve Curt Wolfgang Hergenröder. **Arbeitsrecht**, 7. neu bearbeitete Auflage, C. H. BECK, München, 2015.

Zundel, Frank. “Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahr 2012”, **NJW**, Yıl: 2013, Sayı: 9, ss. 579-584.

Zwanziger, Bertram. “Neue Tatsachen nach Zugang einer Kündigung”, **BB**, Yıl: 1997, Sayı: 1, ss. 42-46.

Zypries, Brigitte. ““Bagatellen rechtfertigen keine fristlose Kündigung”, ‘Für kleinkarierte Verbote im Betrieb fehlt mir jedes Verständnis’”, **ZRP**, Yıl: 2010, Sayı: 1, ss. 29-30.