

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK İŞ HUKUKUNDA HAKSIZ FESİH

Seracettin GÖKTAŞ

DOKTORA TEZİ

Danışman
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

KONYA 2020



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Adı Soyadı Seracettin GÖKTAŞ

Numarası 114133001006

Ana Bilim / Bilim Dalı

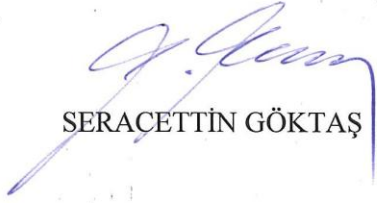
Programı

Tezli Yüksek Lisans ☐

Doktora ☒

Tezin Adı Türk İş Hukukunda Haksız Fesih

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.


SERACETTİN GÖKTAŞ



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Doktora Tezi Kabul Formu

Öğrencinin

Adı Soyadı : Seracettin GÖKTAŞ

Numarası : 114133001006

Ana Bilim / Bilim Dalı :Özel Hukuk

Programı: Doktora

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Tezin Adı: Türk İş Hukukunda Haksız Fesih

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan Türk İş Hukukunda Haksız Fesih başlıklı bu çalışma 02/03/2020 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Unvanı, Adı Soyadı	Danışman ve Üyeler	İmza
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Danışman	
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU	Üye	
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	Üye	
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	Üye	
Prof. Dr. Süleyman ÜSTÜN	Üye	

Not: Tezlerde ıslak imzalı suretleri yer almalıdır.

T. C.



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



ÖNSÖZ/TEŞEKKÜR

İşçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların en yoğun yaşandığı konulardan birisi iş sözleşmesinin haksız feshi ve buna bağlanan hukuki sonuçlar oluşturmaktadır. Haksız fesih sonucunda işgücünden mahrum kalan işveren, ekonomik kayba uğrar ve işletmesi olumsuz etkilenir. İşçi ise, işini ve çoğunlukla kendisinin ve ailesinin tek geçim kaynağını kaybeder.

Ülkemizde işçi ve işveren ilişkileri başlangıçta sadece Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş iken, konunun önemi nedeniyle sonradan özel iş kanunları ihdas edilmiştir. Bugün itibarıyla İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu olmak üzere üç özel kanun yürürlüktedir. Bu çalışmada haksız fesih ve hukuki sonuçları, Türk Borçlar Kanunu ve iş kanunlarının uygulama alanına giren tüm çalışma ilişkilerini kapsayacak şekilde ele alınmıştır. Tezin çalışma hayatına, uygulayıcılara ve akademik camiaya yararlı olmasını diliyorum.

Bilimsel çalışma, çok yoğun bir emek ve disiplini gerektirir. Yargıtay üyeliği ve Daire Başkanlığı görevim yanında doktora öğrenciliğimin oldukça zor ve yorucu geçtiğini itiraf etmeliyim. Bu işin üstesinden gelmemde pek çok kişinin desteği ve fedakarlığı vardır. Öncelikle, kendilerine yeterince zaman ayıramadığımı düşündüğüm, sevgili eşim Gülçin'e, oğlum Muhammed Burak'a, kızlarım Merve Nur ve Zeynep'e teşekkür ediyorum.

Tezimin teknik düzeninde bizzat yardım eden Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Mühendislik Fakültesi öğretim üyesi abim Prof. Dr. Fahrettin GÖKTAŞ'a, tecrübe ve bilgileriyle bana yol gösteren Hâkimler ve Savcılar Kurulu Üyesi ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU'na, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Muhittin

ASTARLI'ya, özverili çalışmalarıyla yükümü hafifleten ve huzurlu bir çalışma ortamının sağlanmasına katkı veren Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin değerleri üyelerine, tetkik hakimlerine ve tüm personeline ayrı ayrı teşekkür ederim.

Karşılaştırmalı hukukla ilgili İngilizce, Almanca ve Fransızca eserleri titizlikle tercüme ederek ve tezin redaksiyonunda yardımlarıyla önemli katkılarda bulunan Cumhurbaşkanlığı Hukuk İşleri Daire Başkanı Doç. Dr. Atike Eda MANAV ÖZDEMİR'e, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Dr. Belkıs VURAL ÇELENK'e çok teşekkür ederim.

Doktora çalışmalarının yanında bana da değerli vakitlerini ayıran, yabancı eserleri tercüme etmede ve redaksiyonda emek ve mesaisini unutamayacağım Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi sevgili yeğenim Dr. Canan ERDOĞAN'a ve değerli eşi Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN'a şükran borçluyum.

Tezin bir kısmında değindiğim usul konularında ve pek çok hususta yardımlarını ve dostluklarını her zaman gördüğüm kıymetli arkadaşlarım Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuku Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES'e, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Murat ATALI'ya içten teşekkür ederim.

Tez çalışmalarımnda ve yazımda destek ve yardımlarını esirgemeyen, kıymetli vakitlerini şahsıma tahsis ederek engin bilgilerinden istifade etmemi sağlayan ve doktora öğrencisi olmaktan onur duyduğum tez danışmanım Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER'e minnettarlığımı içtenlikle bir kere daha ifade ederim.

Tavsiye ve yapıcı eleştirileriyle tezimin bilimsel değer kazanmasına çok büyük katkılarda bulunan başta tez danışmanım olmak üzere, tez jürisi üyeleri saygıdeğer hocam Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU'na, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a, Prof. Dr. Talat CANBOLAT'a ve Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN'e gönülden teşekkür ederim.

Seracettin GÖKTAŞ

T. C.



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Seracettin GÖKTAŞ
	Numarası	114133001006
	Ana Bilim / Bilim Dalı	ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☐ Doktora ☒
	Tezin Adı	TÜRK İŞ HUKUKUNDA HAKSIZ FESİH

ÖZET

Türk İş Hukukuna göre iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesi ile kurulmuş olur. İş sözleşmesi belirli veya belirsiz süreli yapılabilir. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri süreli fesih yoluyla her zaman feshedilebilir. İşverenin süreli fesih hakkı kötüye kullanması halinde kötüniyet tazminatı söz konusu olur. Dürüstlük kuralları uyarınca belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini sürdürmeyi çekilmez hale getiren durum ve şartlar derhal fesih sebebidir.

Türk İş Hukukunda işçi ve işveren ilişkileri dört kanunda düzenlenmiştir. İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nda derhal fesih hakkının altı iş günlük ve herhalde bir yıllık süre içinde kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Haklı bir sebep olmadan veya hak düşürücü süre geçtikten sonra yapılan fesih, haksız fesih olarak nitelendirilmektedir.

İşverenin haksız feshinin sonuçları İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda sadece iş güvencesi kapsamındaki işçiler için düzenlenmiştir. İş güvencesi kapsamındaki işçi, iş sözleşmesinin haksız feshedilmesi halinde feshin geçersizliğinin tespitini mahkemeden isteyebilir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Deniz İş Kanunu'nda doğrudan haksız feshin sonuçlarını düzenlemiş değildir. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar iş kanunlarına tabi iş ilişkilerinde haksız feshe, tahvil yoluyla usulsüz feshin hükümleri uygulanmıştır.

Haksız feshin sonuçları Türk Borçlar Kanunu'nun 438 ve 439. maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Kanunun 438. maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren sözleşmeyi haklı bir neden olmadan feshederse işçi, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresine ait ücret tutarında, belirli süreli iş sözleşmelerinde ise kalan süre ücreti tutarında tazminata hak kazanır. Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasında hâkimin de durum ve şartlara göre alt aya kadar ücret tutarında bir tazminatı takdir edebileceği öngörülmüştür.

Türk iş hukukunda işçi ve işveren arasında alacak ve tazminat davaları bakımından arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabulucuya başvurmadan dava açılması halinde hâkim hiçbir bir işlem yapmadan davayı usulden reddetmelidir.

Bu doktora tezinde Türk iş hukuku mevzuatı, öğretinin görüşleri ve yargı içtihatları ışığında öncelikle iş sözleşmesinin niteliği ve özellikleri belirtilmiştir. Fesih hakkı, fesih türleri ve kullanılma şartları da açıklandıktan sonra haksız fesih ve hukuki sonuçları mevzuat ve teorik dayanakları ile birlikte incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İş sözleşmesi, süreli fesih, derhal fesih, haklı sebep, haksız fesih, haksız feshin hukuki sonuçları, ihbar tazminatı, haksız fesih tazminatı.

T. C.



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Seracettin GÖKTAŞ
	Numarası	114133001006
	Ana Bilim / Bilim Dalı	ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☐ Doktora ☒
	Tezin Adı	UNJUST TERMINATION IN TURKISH LABOR LAW

SUMMARY

According to the Turkish Labor Law, the employment contract is established when the employee undertakes to work dependently, and the employer undertakes to pay wages. Employment contract can be made for a definite or indefinite term. Indefinite term employment contracts can be terminated at any time by termination. If the employer abuses the termination with notice right, compensation for bad faith damages is in question. In accordance with the good faith, the situations and conditions that render the contract unbearable are just cause for the immediate termination.

In Turkish Labor Law, employee and employer relations are specifically regulated in four different laws. In the Labor Law and the Maritime Labor Law, it is regulated that the right of termination must be used within six workdays and probably within a year. The termination made without just cause or after the lapse of time is described as unjust termination.

The results of the employer's unjust termination are regulated in the Labor Law and the Press Labor Law only for workers covered by job security. In case the employment contract is unjust terminated, the employee covered by the job security can ask the court to determine the invalidity of the termination. There is no clear regulation for employees who are not covered by job security. The Maritime Labor Law did not directly regulate the consequences of an unjust termination. Until the Turkish Code of Obliga-

tions comes into effect, irregular termination provisions have been applied through conversion in case of unjust termination.

The results of unjust termination are clearly regulated in Art. 438 and 439 of TCO. According to Art.438/1 of the Law, if the employer terminates the contract without a just cause, the employee is entitled to compensation in the amount of the notification period in indefinite-term employment contracts and in the amount of remaining time wages in definite term employment contracts. In Art. 438/3 of TCO, it is envisaged that the judge can also appreciate compensation up to six months according to the situation and conditions.

In Turkish labor law, mediation procedure has been regulated as a cause of action for the act of debt or compensation between the employee and employer. If an act is filed without applying to the mediator, the judge must reject the case directly on a procedure ground.

In this doctoral thesis, firstly, in the light of Turkish Labor Law legislation, doctrine's views and judicial jurisprudence, the nature and characteristics of the employment contract are specified. After the right and types of termination and its conditions are explained, the unjust termination and its legal results are examined together with the legislation and theoretical basis.

Key Words: Employment contract, termination with notice, immediate termination, just cause, unjust termination, Legal results of unjust termination, payment in lieu of notice, unjust termination compensation.

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa No</u>
BİLİMSEL ETİK SAYFASI.....	i
DOKTORA TEZİ KABUL FORMU	ii
ÖNSÖZ/TEŞEKKÜR.....	iii
ÖZET.....	v
SUMMARY.....	vii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMA CETVELİ	xvii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

§ 1- İŞ SÖZLEŞMESİ.....	7
I) Kavram	7
II) İş Sözleşmesinin Unsurları ve Özellikleri	8
§ 2- İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ.....	16
I) Fesih Kavramı	16
II) Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı	18
III) Feshin Hukuki Niteliği	21
IV) Fesih Türleri	26
1) Süreli Fesih	27
A) Süreli Fesih Hakkının Kullanılması.....	29
a) Süreli Fesih Bildiriminde Şekil Şartı	29
b) Bildirim Süresine Uyuma Zorunluluğu.....	32
c) Bildirim Süresine Ait Ücretin Peşin Ödenmesi	39
d) İş Arama İzninin Verilmesi	43
B) Bildirim Sürelerine Uyulmamasının Hukuki Sonuçları	49
a) Usulsüz Fesih.....	49
b) İhbar Tazminatı	51
c) Bildirim Süresi İçinde Doğan Haklardan Yararlanma	55

d) Maddi ve Manevi Tazminat	56
C) Süreli Fesih Hakkının Sınırlandırılması	58
a) Süreli Fesih Kanunla Sınırlandırılması	59
b) Süreli Fesih Hakkının Sözleşme İle Sınırlandırılması	64
2) Derhal Fesih.....	66
A) Derhal Fesih Kavramı ve Niteliği	66
B) Derhal Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı.....	68
C) Derhal Fesih Hakkının Kullanılması	69
a) Derhal Fesih Bildiriminde Şekil Şartı	70
aa) Fesih Bildiriminde Sebep Belirtmenin Önemi.....	70
bb) Fesih Bildiriminin Yazılı Yapılması.....	73
b) Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi	79
D) Derhal Fesih Hakkının Sınırlandırılması	85
E) Feshin Haklı Sebebe Dayandığının İspatı	90

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ FESHİ

§ 1-HAKSIZ FESİH KAVRAMI	93
I) Uluslararası Mevzuatta	93
II) Karşılaştırmalı Hukukta.....	97
1) İsviçre Hukukunda.....	97
2) Alman Hukukunda	99
3) İngiliz Hukukunda.....	102
4) Fransız Hukukunda	104
III) Türk Hukukunda	106
§ 2- HAKSIZ FESİH İLE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR	109
I) Geçersiz Fesih	110
II) Usulsüz Fesih.....	113
III) Kötüniyetli Fesih	114
IV) Sendikal Nedenle Fesih.....	126
V) Değişiklik Feshi.....	128

VI) Toplu İşçi Çıkarma	139
VII) İkale	142
§ 3-HAKSIZ FESİH SEBEPLERİ	146
I) Haklı Sebebin Bulunmaması	146
1) Genel Olarak	146
2) Haklı Sebepler.....	151
A) İş Kanununa Göre Haklı Sebepler.....	152
a) İşçi Açısından Haklı Sebepler.....	153
aa) Sağlık Sebepleri.....	154
bb) Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri.....	156
aaa) İşverenin İşçiyi Yanıltması.....	156
bbb) Şeref ve Namusa Dokunan Söz ve Davranışlar	158
ccc) İşverenin Cinsel veya Psikolojik Tacizde Bulunması	159
ddd) İşverenin Sataşması	163
eee) Diğer İşçinin Cinsel Tacizine Karşı Önlem Alınmaması	164
fff) Ücretin Ödenmemesi	166
ggg) Çalışma Koşullarının Uygulanmaması	168
cc) Zorlayıcı Sebepler	173
b) İşveren Açısından Haklı Sebepler	176
aa) Sağlık Sebepleri.....	176
bb) Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri.....	181
aaa) İşçinin İşvereni Yanıltması	182
bbb) İşçinin Şeref ve Namusa Dokunan Söz ve Davranışları	184
ccc) İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması	186
ddd) İşçinin Sataşması.....	187
eee) İşçinin Sarhoşluğu	188
fff) İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışları	189
ggg) İşçinin İşyerinde Suç İşlemesi.....	191
hhh) İşçinin İşe Devamsızlığı	192
iii) İşçinin Görevini Yerine Getirmemesi	194

jjj) İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi veya İşverenin Malına Zarar Vermesi	196
cc) Zorlayıcı Sebepler	201
dd) İşçinin Tutuklanması veya Gözaltına Alınması.....	202
B) Basın İş Kanununa Göre Haklı Sebepler	205
a) Gazeteci Açısından Haklı Sebepler.....	205
b) İşveren Açısından Haklı Sebepler	209
C) Deniz İş Kanununa Göre Haklı Sebepler	212
a) Gemi adamı Açısından Haklı Sebepler	212
b) İşveren Açısından Haklı Sebepler	216
c) İşveren ve Gemiadamı Açısından Ortak Haklı Sebepler	220
D) Türk Borçlar Kanununa Göre Haklı Sebepler	222
E) Diğer Kanunlara Göre Haklı Sebepler.....	223
a) Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Haklı Sebepler	223
b) İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre Haklı Sebepler.....	231
II) Derhal Fesih Hakkının Süresinde Kullanılmaması	233
§ 4-HAKSIZ FESİH HÜKÜMLERİNİN UYGULANACAĞI DİĞER HALLER.....	234
I) Derhal Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcuna Aykırı Kullanılması.....	234
II) Derhal Fesih Hakkının Şekil Şartına Aykırı Kullanılması.....	241
III) Derhal Fesih Hakkından Feragat.....	246

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

§ 1- GENEL OLARAK	251
§ 2-TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI	253
I) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshedilmesi	254
1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde	254
A) Bakiye Süre Ücreti Tutarı Tazminat.....	257
B) Haksız Fesih Tazminatı.....	261

2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde.....	267
A) Genel Olarak	267
B) İhbar Tazminatı	268
C) Haksız Fesih Tazminatı.....	271
II) Sözleşmenin İşçi Tarafından Haksız Feshedilmesi.....	271
1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde.....	271
2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde.....	275
§ 3-İŞ KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI.....	276
I) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshedilmesi	277
1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde	277
A) Genel Olarak	277
B) Bakiye Süre Ücreti Tutarı Tazminat.....	278
C) Haksız Fesih Tazminatı.....	281
2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde.....	282
A) Genel Olarak	282
B) İş Güvencesinin Kapsamına Girmeyen İşçi Açısından.....	284
a) İhbar Tazminatı.....	284
b) Haksız Fesih Tazminatı	287
C) İş Güvencesinin Kapsamına Giren İşçi Açısından	289
a) Genel Olarak	289
b) Güvencenin Kapsamı	290
c) Fesih Usulü.....	293
d) Haklı Veya Geçerli Bir Nedene Dayanma Zorunluluğu.....	296
e) Fesih Bildirimine İtiraz	301
f) Feshin Geçersizliğinin Tespiti	304
g) Haksız Feshin Geçerli Feshe Tahvili.....	304
h) İş Güvencesi Tazminatı	311
i) İşçinin Çalıştırılmadığı Süreye İlişkin Ücret ve Diğer Haklar	313
j) İşçinin İşe Başlatılmak İçin İşverene Başvurusu.....	315
k) İşçinin İşe Başlatılması veya Başlatılmamasının Sonuçları	318

II) İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshedilmesi	322
1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde.....	322
2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde.....	325
3) Yeni İşverenin Sorumluluğu	330
§ 4-BASIN İŞ KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI	336
I) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshedilmesi	338
1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde.....	338
A) Genel Olarak	338
B) Peşin Ödenen Ücretin İadesinin İstenememesi	339
2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde.....	339
A) İş Güvencesinin Kapsamına Giren Gazeteci Açısından.....	340
a) İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanması	340
b) Peşin Ödenen Ücretin İade Edilmesi.....	341
B) İş Güvencesinin Kapsamına Girmeyen Gazeteci Açısından	341
a) Genel Olarak	341
b) Peşin Ödenen Ücretin İade Edilmesi.....	342
II) İş Sözleşmesinin Gazeteci Tarafından Haksız Feshedilmesi.....	342
1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde.....	342
2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde.....	343
A) Genel Olarak	343
B) Peşin Ödenen Ücretin İade Edilmesi	344
§ 5- DENİZ İŞ KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI	344
I) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshedilmesi	344
1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde.....	344
2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde.....	345
3) Gemiadamının İadesi	346
II) İş Sözleşmesinin Gemiadamı Tarafından Haksız Feshedilmesi	353
1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde.....	353
2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde.....	353

§ 6- İŞSİZLİK SİĞORTASI KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI	354
§ 7- SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU'NA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI	360
I) Profesyonel Yöneticilik Güvencesi	360
II) İşyeri Sendika Temsilcisi ve Amatör Yöneticinin Güvencesi	366
III) Sendika Üyeliği Güvencesi	372
§ 8- HAKSIZ FESHİN DİĞER HUKUKİ SONUÇLARI	379
I) Para Ve Para İle Ölçülebilen Menfaatlerin Muaccel Olması	379
II) Kıdem Tazminatı	380
1) İş Kanunu Bakımından	381
2) Basın İş Kanunu Bakımından	387
A) İş Sözleşmesinin Gazeteci Tarafından Feshedilmesi Halinde	388
B) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi Halinde	393
C) Yayının Durdurulması	394
D) Gazetecinin Ölümü	394
E) Kıdem Tazminatının Hesaplanması	395
a) Gazetecinin Kıdemi	395
b) Kıdem Tazminatının Miktarı ve Ödenmesi	397
3) Deniz İş Kanunu Bakımından	398
4) Türk Borçlar Kanunu Bakımından	400
III) Çalışma Belgesinin Verilmesi	400
IV) Yıllık Ücretli İzin Hakkının Parasal Alacağa Dönüşmesi	402
V) Cezai Şart	407
VI) Rekabet Yasağının Kalkması	416
VII) Maddi ve Manevi Tazminat	423
§ 9- HAKSIZ FESİHTEN DOĞAN ALACAKLARDA BAZI HUKUKİ SORUNLAR	426
I) Zamanaşımı	426
II) Faiz	428
III) İbra	431

§ 10- HAKSIZ FESHE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA YARGILAMA USULÜ VE	
İSPAT	436
I) Görev ve Yetki	436
II) Dava Şartı Olarak Arabuluculuk	440
III) Davanın Tarafları	444
IV) Yargılama Usulü	448
V) İspat ve Deliller.....	449
1) Genel Olarak İspat Kuralları ve İspat Yüğü.....	449
2) İş Yargılamasında İspat Yüğü.....	451
3) Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı.....	457
SONUÇ.....	460
KAYNAKÇA	471

KISALTMA CETVELİ

Art.	: Artikel (Madde)
ASBÜD	: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Aufl.	: Auflage (Baskı)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBD	: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
AYBÜHF	: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B	: Baskı, bası
BAG.	: Bundesarbeitsgericht (Alman Federal İş Mahkemesi)
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BİK	: Basın İş Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çalışma ve Toplum	: DİSK Birleşik Metal-İş Sendikası Ekonomi ve Hukuk Dergisi
Çimento İşveren	: Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi
ÇMİS	: Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Dergisi
D.	: Dergi
DEÜDFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: Deniz İş Kanunu
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İHD	: İş Hukuku Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHU	: İş Hukuku Uygulaması
İMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İş ve Hayat	: Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası Ekonomi Hukuk ve Sosyal Politika Dergisi
İşK.	: İş Kanunu
İşv.	: İşveren
K. Arş.	: Kişisel arşiv
K.	: Karar
Kamu-İş	: Türkiye Kamu İşverenleri Sendikası
KHÜHF	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
LİHSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: Madde
Mercek	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Mercek Dergisi
MESS	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
OR	: Obligationsrecht (Borçlar Hukuku)
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer (Paragraf numarası)
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Sicil	: Sicil İş Hukuku Dergisi
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu

Tekstil İşveren	: Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Dergisi
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi
Türk-İş	: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
TÜTİS	: Türk Taşıt Kamu İşverenleri Sendikası
Vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
Y22HD	: Yargıtay 22. Hukuk Dairesi
Y7HD	: Yargıtay 7. Hukuk Dairesi
Y9HD	: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
YD.	: Yargıtay Dergisi
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

İşçi ve işverenin karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile yapılan iş sözleşmesi, kişisel ilişki kuran, karşılıklı ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir özel hukuk sözleşmesidir. İşçinin bağımlı olarak iş görme yanında sadakat ve itaat, işverenin ise ücret ödeme borcu ile birlikte gözetme ve eşit işlem yapma gibi süreklilik arz eden borçları bulunmaktadır. Tarafların borçları karşılıklı olmakla birlikte, işçinin çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapması, onun vereceği emir ve talimatlara uygun davranması zorunluluğu iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır. İşveren işçinin kişiliği üzerinde diğer sözleşmelerde bulunmayan bazı yetkilere sahiptir. İş sözleşmesinde işçinin işverene kişisel/hukuki bağımlılığı, taraflar arasındaki hiyerarjik bir ilişkiye ve dolayısıyla eşitsizliğe işaret eder. İş ilişkisinde işçi, kişisel açıdan bağımlı olduğu gibi, aynı zamanda güçsüz durumdadır.

Bütün sözleşmeler gibi, iş sözleşmesi de ölüm, tarafların anlaşması, sözleşme süresinin bitmesi gibi genel sebeplerin gerçekleşmesi ya da taraflardan birinin irade beyanı ile sona erer. İş sözleşmesinin nihayete ermesi, bazı sebeplerin ortaya çıkması ile kendiliğinden de söz konusu olabilir. İş ilişkisinin ortadan kalkması ile işgücü ve üretim etkilenmekle birlikte, asıl olumsuz sonuçlar işçinin kişiliğinde ve çevresinde gerçekleşir. Neticede işçi, başlıca geçim kaynağından mahrum kalır ve ücret gelirini elde ettiği işini kaybeder. İşçinin işini kaybetmesi, kişiliğini, ailesini ve giderek sosyal düzeni etkiler. Toplumsal düzen bozulma riski ile karşı karşıya kalır. Çoğunlukla tek geçim kaynağı ücret olan işçinin hayatını huzur içinde sürdürebilmesi ve ailesini geçindirebilmesi, sözleşmenin mümkün olduğunca devam etmesine ya da ettirilmesine bağlıdır.

Süreli fesih hakkının yöntemine uygun kullanılmaması ya da haklı bir nedene dayanmayan fesih bildiriminin dahi sözleşmeyi sona erdirmesi, tarafları endişeye sevk eder. Sözleşmenin haklı bir sebep olmadan feshi, çalışma barışını ve dolayısıyla toplumsal düzeni yakından ilgilendirir. Sadece sözleşmenin tarafları değil, ekonomik ve sosyal hayat da olumsuz etkilenir. İş sözleşmesinin haksız feshedilmesinin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçlar, sözleşmenin sona ermesine yönelik çoğunlukla emredici hükümler içeren düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir. Ancak, bir taraftan çalışma hakkı ve bu kapsamda işçiye iş güvencesini sağlayıcı önlemlerin alınması ihtiyacı, diğer

taftan işverenin sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı, yönetim hakkı ile hukuki ve ekonomik sistemin temelinde yer alan ilkeler, iş sözleşmesinin sona erdirilmesine müdahalenin belirli bir noktaya kadar mümkün olabileceğini ortaya koymuştur.

Hukukun temel ilkelerinden birisi de sözleşme özgürlüğüdür. Taraflar, diledikleri kişilerle sözleşme yapıp yapmamakta serbesttirler. Sözleşme içeriğini belirleme ve sözleşmeyi sona erdirmeye konularında tarafların iradelerinin esas alınması sözleşme özgürlüğünün gereğidir. Ancak sözleşme özgürlüğü, tarafların ekonomik ve sosyal bakımdan eşit olması halinde daha çok anlam kazanabilir. Salt kanun önünde eşitlikten hareketle sözleşme özgürlüğünü sınırsız olarak tanımak, sosyal dengenin bozulmasına yol açar.

Sözleşme özgürlüğü ülkemizde bir Anayasal ilkedir. 1982 Anayasası'nın 48. maddesinin 1. fıkrasında bu husus, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir sosyal hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 49. maddesinde ise, "Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır" kuralına yer verilerek sözleşme özgürlüğünün mutlak olmadığına işaret edilmiştir.

Sosyal hukuk devleti ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin niteliklerinden birisi olup, 1982 Anayasası'nın değiştirilemeyen ve değiştirilmesi dahi teklif edilemeyen maddeleri arasında yer almaktadır. Sosyal hukuk devletinin gereği olarak, Anayasa'nın pek çok maddesinde sosyal adalet düşüncesi egemen olmuş ve bu yönde kanuni düzenlemeler de yapılarak sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmiştir.

Ülkemizde 3008 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1936 yılına kadar bağımsız bir iş kanunu bulunmamaktaydı. İşçi ve işveren ilişkileri 1926 yılında yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin hükümlerine tabiydi. Sözleşme serbestisinin hâkim olduğu ve tarafları kural olarak eşit kabul eden, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun klasik düzenlemeleriyle işçinin feshe karşı korunması ve iş sözleşmesinin devamlılığı sağlanamazdı. İş hukukunun genel koruma

amacına uygun bağımsız bir İş Kanunu ihtiyacını karşılamak üzere 08.06.1936 tarih ve 3008 sayılı İş Kanunu ihdas edilmiştir. Ne var ki bu Kanun, fikir ve beden işçisi ayrımını yapmaktaydı ve uygulama alanı belli sayıda işçi çalıştıran işyerleri ile sınırlıydı. Fikir işçilerinden gazetecilerle işverenleri arasındaki ilişkileri düzenlemek amacıyla 13.06.1952 tarihinde 5953 sayılı Basın Çalışanlarıyla İşverenleri Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun çıkarılmış, daha sonra gemiadamlarıyla işverenleri arasındaki ilişkileri düzenlemek üzere 10.03.1954 tarih 6379 sayılı Deniz İş Kanunu kabul edilmiştir.

Sosyal devlet ilkesinin 1961 Anayasası'nda yer almasıyla birlikte 20.04.1967 tarihinde 854 sayılı Deniz İş Kanunu kabul edilerek 6379 sayılı Deniz İş Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Ardından 28.07.1967 tarihinde kabul edilen 931 sayılı İş Kanunu ile uygulama alanı sınırlı olan, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara cevap veremeyen 3008 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğüne son verilmiştir. 931 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesinin 14.05.1970 tarih ve 40-26 sayılı kararıyla şekil yönünden tümüyle iptal edilmesi üzerine bu kez 15.08.1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu ile sosyal devlet ilkesinin gereği olarak pek çok değişiklik yapılmış olup, bunlardan, beden-fikir işçisi ayrımı ortadan kaldırılarak iş sözleşmesiyle çalışmanın yeterli görülmesi ve Kanunda belirtilen istisnalar dışında önceki Kanunda işçi sayısına ilişkin sınırlamanın terk edilmiş olması en önemlileridir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra dünyada yaşanan teknolojik gelişmeler çalışma hayatını yakından etkilemiş, yeni çalışma türleri hızla yaygınlaşmış, işin düzenlemesinde yeni model ve uygulamalar ortaya çıkmıştır. Çağrı üzerine çalışmalar, evde çalışma, geçici iş ilişkileri, alt işveren uygulamaları, kısmi süreli ve belirli süreli iş sözleşmelerinin yaygınlaşması ve Türkiye'nin Avrupa Birliğine aday ülke olması nedeniyle Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum ihtiyacı, yeni bir iş kanunun çıkarılmasını zorunlu kılmış ve 22.05.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu kabul edilerek 30 yıldan fazla uygulanan 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğüne son verilmiştir.

Ülkemizde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ve 4857, 5953 ve 854 sayılı İş Kanunları yürürlükte iken, 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı

Türk Borçlar Kanunu kabul edilmiş ve 818 sayılı İş Kanunu mülga edilmiştir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu, iş sözleşmesiyle ilgili iş kanunlarında açıkça düzenlenmeyen pek çok hükme yer vermiştir. Özellikle iş sözleşmesinin feshine yönelik hükümlerinin büyük bir kısmı yenidir. Haksız feshin hukuki sonuçlarına ilişkin en kapsamlı düzenlemenin Türk Borçlar Kanunu'nda yapıldığı söylenebilir. İş kanunları karşısında genel kanun niteliği bulunan Türk Borçlar Kanunu'nun boşluk doldurucu işlevi çerçevesinde feshin hukuki sonuçlarında önemli bir değişim söz konusu olmuştur. Ancak pek çok konuda iş kanunlarında da düzenleme bulunması, dikkatleri Türk Borçlar Kanunu ile iş kanunları arasındaki ilişkinin niteliğine çekmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun sonraki kanun olması, bu konudaki değerlendirmelerin odağını oluşturmaktadır.

Türk hukukunda işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yargılama usulünde de önemli değişimler yaşanmıştır. İşçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların niteliği ve iş yargılamasının özel bir uzmanlık gerektirmesi nedeniyle 30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu çıkarılmıştır. Kanunun pek çok maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi veya yasama organınca yürürlükten kaldırılması ve bazı maddelerinin sonradan çıkarılan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile uyumsuz hale gelmesi üzerine 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kabul edilmiştir. 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nu mülga eden bu Kanun, pek çok önemli değişiklikler yapmıştır. Türk Borçlar Kanunu kapsamında kalan iş ilişkileri ile ilgili uyuşmazlıklarda da iş mahkemelerinin görevli kılınması önemli bir yeniliktir. İşçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı olarak öngörülmesi ise, Türk Hukuku açısından ilk olma özelliğini taşır.

İş sözleşmesinin feshi ile ilgili bugüne kadar mevzuatta yapılan kapsamlı düzenlemelerin yanı sıra ülkemiz, öğretinin tez, monografi ve makale gibi bilimsel çalışmaları ve yargı içtihatları itibarıyla önemli bir birikime sahiptir. Bu doktora tezimizde, ülke iş hukuku mevzuatı, öğretinin görüşleri ve yargı içtihatları ışığında öncelikle iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran niteliği vurgulanıp diğer özellikleri de açıklandıktan sonra iş sözleşmesinin feshi, sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri bağlamında ele alınacak; bu kapsamda fesih hakkı, türleri ve kullanma şartları

açıklanacak, daha sonra haksız fesih ve hukuki sonuçları mevzuat ve teorik dayanakları ile birlikte incelenecektir. İş sözleşmesinin haksız fesih ile sona ermesi ve hukuki sonuçları, uyumsuzluğun en fazla yaşandığı bir alandır. Bu nedenle çalışmamızda haksız feshin hukuki sonuçları ile ilgili yargılamanın özelliklerine de yer verilecektir.

Çalışmada ülkemizin konuya ilişkin kaynaklarının yanı sıra mevzuat itibariyle etkileşim içinde olduğumuz ülkelerin uygulama ve öğreti görüşlerine de mümkün mertebe yer vermeye gayret gösterilecektir. Diğer yandan, ülkemizde 2006 yılından itibaren kısaca UYAP olarak bilinen Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinde yargı kararlarına ulaşmak kolaylaşmıştır. Bundan dolayı 2006 yılı ve sonrasına ait kararlar, kararı veren Yargıtay Dairesinin adı, kararın tarihi ve sayısı belirtilmekle yetinilecek, sözü edilen tarihten önceki kararlar için ise, atıf yapılan kaynaklar ayrıca gösterilecektir.

Tez üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde genel olarak iş sözleşmesi kavramı, unsurları ve özellikleri ele alınacak, iş sözleşmesinin feshi, süreli ve derhal fesih hakkının hukuki dayanakları, nitelikleri ve kullanılma biçimlerine yer verilecektir. Bu bölümde özellikle usulsüz fesih kavramı ve hukuki sonuçları ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

İkinci bölümde iş sözleşmesinin haksız feshi başlığı altında öncelikle uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk ile Türk hukukunda haksız fesih kavramı ele alınacaktır. Haksız fesih ile ilişkili kavramlar da açıklandıktan sonra, haksız feshe yol açan nedenler başlığı altında önce kanunlarımızda yer alan haklı sebepler belirtilecek, daha sonra haksız fesih sebepleri ve haksız fesih hükümlerine tabi durumlar anlatılacaktır. Ayrıca sadece Türk Borçlar Kanunu ve iş kanunlarından yer alan derhal fesih sebepleri değil, diğer bazı özel kanunlarda düzenlenmiş olan fesih sebeplerine de değinilecektir.

Üçüncü bölümde ise, önce 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğine Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Çalışmada kısaca “Basın İş Kanunu” olarak anılacaktır) ve Deniz İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş bulunan haksız feshin hukuki sonuçları sözleşmenin belirli süreli olup olmamasına ve işçinin iş güvencesi kapsamında bulunup bulunmamasına göre ayrı ayrı ele alınacaktır. Ayrıca, bazı özel kanunlarda düzenlenmiş bulunan haksız feshin hukuki sonuçlarına da yer verilecektir. Daha sonra haksız fesihten doğan

alacaklarda bazı hukuki sorunlar ve haksız fesihten doğan tazminat ve alacak davalarında yargılamanın usul ve esasları hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

§ 1- İŞ SÖZLEŞMESİ

I) Kavram

İş sözleşmesi, sürekli bir borç ilişkisi oluşturan ve her iki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdendir¹. Bu sözleşmeyle bir taraf iş görme, diğer taraf da ücret ödeme borcunu yüklenmiş olur². Ancak, sosyal düşüncelerle iş sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen özelliği önemli değişime uğramıştır³. Bazı hallerde işçiye çalışmadığı halde ücretin ödenmesi, işçinin iş görme edimini bizzat sadakat ve itaatle ifa etmesi, işverenin de gözetme ve eşit işlem yapma gibi borçları dikkate alındığında iş sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen özelliğinin önemli ölçüde farklı olduğunu görmek mümkündür. Bu nedenle iş sözleşmesi, bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olmakla birlikte, işgücünü diğer tarafa ücret karşılığında tahsis eden ve diğer tarafın emri altına giren tarafın korunması ihtiyacı, iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden farklı kılmış ve borçlar hukuku alanından iş hukuku alanına götürmüştür⁴.

İş hukuku mevzuatımızda 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girinceye kadar sadece 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda iş sözleşmesinin tanımına yer verilmişti. İş sözleşmesini "hizmet akdi" olarak ifade eden Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder" şeklinde tanımlanmaktaydı. Ancak bu tanım, iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran bağımlılık unsuruna

¹ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 18. B, İstanbul 2019, s. 232; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, s. 24; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. B, Ankara 2014, s. 402-403; SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku, 24. B, Ankara 2019, s. 39; ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. B, İstanbul 2019, s. 178; Karş. için bkz. LÖWISCH, Manfred/CASPERS, Georg/KLUMPP, Steffen, Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2014, s. 87.

² Bkz. BEPLER, Klaus/BÖHLER, Thomas/MEERKAMP, Achim/RUSSS, Willi, Bech'scher Online Kommentar TVÖD, 39. Edition, München 2016, Rn. 1.

³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 178.

⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 403.

yer vermediği için haklı olarak yetersiz görülmekteydi⁵. Öğreti ve yargı içtihatlarında iş sözleşmesinin bağımlılık unsuruna da işaret edilmekteydi⁶. Daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, öğreti ve yargı içtihatlarını göz önünde bulundurarak, iş sözleşmesini ayırt edici unsurlarını kapsayacak şekilde tanımlamıştır. Buna göre, “iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir” (m.8/1). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 393. Maddesine göre de “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”.

İş hukuku mevzuatımızda iş sözleşmesine ilişkin tam bir kavram birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte, İş Kanunu’ndaki “iş sözleşmesi”, Deniz İş Kanunundaki “hizmet akdi”, Basın İş Kanunu’ndaki “iş akdi” ve Türk Borçlar Kanunu’nda “hizmet sözleşmesi” deyimleri, esas itibarıyla birbirlerinden farklı olmayıp, tamamı aynı sözleşmeyi ifade etmektedirler⁷. İş Kanunu’ndan sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki “hizmet sözleşmesi” deyimini de aynı kavramı ifade etmekle birlikte, Kanunun kapsamına giren iş ilişkilerini ayırt etmek amacıyla kullanılmıştır.

II) İş Sözleşmesinin Unsurları ve Özellikleri

İş sözleşmesi üç esas unsura sahiptir. Bunlar, iş görme, bağımlılık ve ücrettir⁸. Türk Borçlar Kanunu’nda her ne kadar zaman unsuruna yer verilmişse de, bunun bağımsız bir unsur olmayıp, bağımlılık unsurunun tespitinde yardımcı bir ölçüt olduğu

⁵ SAYMEN, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 395; OĞUZMAN, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 4; ESENER Turhan, İş Hukuku, 2.B, Ankara 1975, s. 126; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 12; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 341-342; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 12. B, Ankara 2018, s. 117; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, 5. B, İstanbul 2014, s. 164.

⁶ Öğretide, genel olarak, iş sözleşmesinin “bir gerçek kişinin başka birine tabi olarak onun yararına belirli veya belirsiz bir süre faaliyette bulunmayı, bu faaliyete karşılık diğer tarafın ücret vermeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlandığını söylemek mümkündür (OĞUZMAN, s. 4; ESENER, s. 126; NARMANLIOĞLU, s. 165).

⁷ NARMANLIOĞLU, s. 163-164; SÜZEK, s. 223; AKYİĞİT, s. 117; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 336.

⁸ “Söz konusu sözleşmede davacı, kendi işgücünü, belli bir ücret karşılığı ve ona bağımlı olacak şekilde davalı işverenin emrine vermeyi taahhüt etmektedir. İş, ücret ve bağımlılık unsuru gerçekleşmiştir. Bizzat davalının gösterdiği işyerinin yurt dışı olması, davacının Fransa’da ikamet etmesi, bağımlılık unsurunun yokluğu anlamına gelmez”. Y9HD, 03.06.2004, 2003/1550-2004/13370, Kamu-İş, 2000-2005 Yargıtay Kararları, s. 496-497.

kabul edilmektedir⁹. Belirttiğimiz üç unsuru taşımayan bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda üç unsuru birlikte taşımayan bir sözleşmenin taraflarca iş sözleşmesi olarak adlandırılmasının da bir önemi olmayacaktır. İş sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek bir sözleşme, taraflarına işçi ve işveren sıfatını kazandırmaz¹⁰.

İş görme, işçinin ücret karşılığında üstlendiği her türlü çalışmasıdır. İşin görülmesi bedeni, fikri, teknik, sanatsal ve bilimsel olabilir¹¹. İş görme edimini ihtiva etmeyen sözleşmeler, iş sözleşmesi olarak kabul edilemez. Burada amaç bir işin görülmesi olduğundan, mesleki eğitim gören öğrenciler, çıraklar ve stajyerler işçi olarak nitelendirilemez. Bir işin görülmesi taahhüdünün işçinin serbest iradesine dayanması gerekir. İş görme bir kanuni zorunluluktan kaynaklanıyorsa, iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez¹². Sözleşme tarafınca iş görmenin bizzat ifa edileceği taahhüt edilmelidir. Başkasının emeği taahhüt edilmişse, iş sözleşmesi söz konusu olmaz¹³. Bu nedenle iş görmeyi üstlenen kişinin mutlaka gerçek kişi olması gerekir. Tüzel kişiliğin ücret karşılığında iş görmeyi üstlendiği sözleşmeler iş sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

İş sözleşmesinin esaslı bir unsuru da ücrettir. Ücret, iş görmenin karşılığında taahhüt edilen bir meblağdır. Ücret karşılığı olmayan iş görmelerin iş sözleşmesi kapsamında yapıldığı kabul edilemez. Bu bağlamda hatır, yardım, hayır, dini, ahlaki veya felsefi inançlar ve mecburiyetler nedeniyle ücretsiz yapılan çalışmalar, iş sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilemez¹⁴.

⁹ SÜZEK, s. 223. Bir görüşe göre ise, zaman, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurucu niteliğini öne çıkaran karakteristik bir unsurdur. İş görme edimi, bir netice borcu olmadığından işçi, sadece bir zaman içinde belirli bir faaliyet göstermekle yükümlüdür. Bu durumda, karşı edim olan ücretin de, kural olarak, iş görme ediminin ifasının sonucuna göre değil, zamana göre tespiti söz konusu olur. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku, s. 345-346.

¹⁰ EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9.B, İstanbul 2019, s. 63; AKKURT, Sami Sinan, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, DEÜHFD, C.10, S.2, 2010, s. 14 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 165, dn. 7.

¹¹ SÜZEK, s. 223.

¹² NARMANLIOĞLU, s. 167.

¹³ SAYMEN, s. 392.

¹⁴ SAYMEN, s. 393; SÜZEK, s. 224; NARMANLIOĞLU, s. 173; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 17-18.

İş görme ediminin ücret karşılığında yapılacağı sözleşmede açıkça belirtilebileceği gibi, işin bir ücret karşılığında yapılmasının gerekli ve olağan görüldüğü halde ücretin zımnen kararlaştırılması da mümkündür. Başka bir anlatımla, salt ücretin açıkça belirtilmemiş olmasından dolayı, iş sözleşmesinin yokluğundan söz edilemez. Bu durumda sözleşmeyle görülmesi kararlaştırılan işin ücret karşılığında yapılıp yapılamayacağı önemlidir¹⁵. Türk Borçlar Kanunu'na göre bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır (m.394/2). Sözü edilen düzenleme kanuni bir karineyi öngörmektedir. Bir ücret taahhüdü bulunmadığı halde salt iş ifasının kabulü ile iş sözleşmesinin kurulmuş sayılması gerekir¹⁶. İş görmenin ücret karşılığı olduğu açıkça veya örtülü biçimde kararlaştırılmakla birlikte miktarı belirtilmemişse, Türk Borçlar Kanunu'nun 401. maddesi hükmü çerçevesinde ücret miktarı belirlenir. Buna göre, "işveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür". Yargıtay ise, sözleşmede ücret öngörülmesine rağmen, işçinin bordrodaki ücretin gerçeği yansıtmadığını ileri sürüldüğü uyuşmazlıklarda, emsal ücret araştırması yapılmasına karar vermektedir¹⁷. Kanımızca kararlaştırılan ücretin miktarı konusunda taraflar arasında ortaya çıkan her uyuşmazlığın emsal ücret dikkate alınarak çözülmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun anılan düzenlemesine uygun düşmemektedir. Taraflar asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücretin altında bir miktarı kararlaştırabilirler. Sözü edilen düzenlemeye göre yazılı ya da sözlü olarak yapılan sözleşmede ücretin öngörülmediği durumda emsal ücret ödeme yükümlülüğünden bahsedilebilir.

¹⁵ SÜMER, s. 38; SÜZEK, s. 224; NARMANLIOĞLU, s. 173-174; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 169.

¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 350.

¹⁷ "İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir" (Y9HD, 03.05.2018, 2015/15082-2018/9790), Aynı yönde Y22HD, 29.05.2014, 2013/12629-2014/15159 ve Y22HD, 06.07.2017, 2015/16694-2017/16303.

İş görme ve ücret unsurları iş sözleşmesini diğer birçok sözleşmeden ayıran unsurlar olmakla birlikte, ücret karşılığında iş görmeyi konu edinen sözleşmelerden ayırt edilmesinde yetersiz kalmaktadırlar. Çünkü iş görme ve ücret unsurları başka sözleşmelerin de konusu olabilir. İş sözleşmesini iş görmeyi konu edinen diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur bağımlılıktır¹⁸.

İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin işverene bağımlı olması iş sözleşmesinin unsuru olarak açıkça belirtilmiştir. İş sözleşmesi, İş Kanununda “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme” (m.8/1); Türk Borçlar Kanununda ise, “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamanı veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme”(m.393/1) olarak tanımlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun “Düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu” başlığını taşıyan 399. maddesinde bağımlılık unsuru daha somut olarak ifade edilmiştir. Buna göre, “işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar”. Şu halde bağımlı bir iş görme söz

¹⁸ Bağımlılık unsuru hakkında geniş bilgi için bkz. SÜMER, Halûk Hâdi, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, s. 68 vd.; SÜMER, s. 38-39, Aynı yazar, İş Hukuku Uygulamaları, 7.B, Ankara 2019, s. 6 vd.; BAŞTERZİ, Süleyman, “Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, Sicil, S.17, 2010, 175-198; AKBULUT, Emincan, “İş Hukuku Bağlamında Profesyonel Futbocu Sözleşmesinin Temel Unsurları”, İş ve Hayat İş Hukuku Dergisi, S.5, 2017, s. 364 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 20 vd.; SÜZEK, s. 225 vd.; MOLLAMAHMUTÖĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 352 vd.; EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN, s. 61 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 170 vd.; SENYEN-KAPLAN, E.Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. B, Ankara 2019, s. 59-60; AKYİĞİT, s. 121 vd.; UŞAN, s. 44; AKKURT, s. 19. Anayasa mahkemesi bir kararında bağımlılık unsuru hakkında şu ifadelerle yer vermiştir: “Hizmet akdi üç unsuru kapsar: 1. İş unsuru 2. Ücret unsuru 3. Bağımlılık unsuru. Bu akdi iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran bu bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağımlıdır. Yani o çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar”. (AYM, 26-27.9.1967, 336/29, RG., 19.10.1968, S. 13031). Yargıtay da bağımlılık unsurunun belirleyici olduğu bir olayla ilgili şu ifadelerle yer vermiştir: “davacı avukatlık hizmetini belirli bir mesai karşılığında davalı işverenin işyerinde onun denetimi ve gözetimi altında ve her ay için kararlaştırılan ücret karşılığında işverene bağımlı olarak vermektedir. İş Sözleşmesinin unsurları olan “zaman, bağımlılık ve ücret” koşulları gerçekleşmiştir”. Y9HD, 22.03.2004, 5846-5621, Kamu-İş, 2000-2005 Yargıtay Kararları, s. 128-130.

konusu değilse, ücret karşılığında olsa bile, sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır¹⁹.

İşçinin, işverenin otoritesi altında, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda olması, bağımlılık unsurunun daha çok işçinin kişiliğiyle ilgili olduğunu gösterir²⁰. İşveren işçinin kişiliği üzerinde diğer sözleşmelerde bulunmayan bazı yetkilere sahiptir²¹. İşçi, işverenin otoritesi altında iş görmektedir. Başkasının otoritesi altında bulunmaksızın iş icra edilmişse, iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez²². İş sözleşmesinde işverenin vereceği talimatlar sadece edimin sonucuna değil, aynı zamanda bu edimin yerine getirilmesi sürecine de yöneliktir. İşverenin yönetim (talimat verme) hakkına karşılık, işçinin talimatlar uyma borcu işçinin kişisel bağımlılığının somut görünümülerindendir. İşçinin ücret geliri itibariyle sınırlı olarak ekonomik bağımlılığı söz konusu ise de, iş görme edimini işverenin yönetim, denetim ve gözetimi altında yerine getirmektedir. İşin ne şekilde görüleceği konusunda teknik olarak işverene bağımlılık da ayırt edici değildir. Çünkü doktor, mühendis, avukatlar gibi çalışanlar işlerini yaparken teknik olarak bağımlı değildirler. Bu anlamda, işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi ekonomik veya teknik bağımlılık olmayıp, kişisel/hukuki bağımlılıktır²³.

Kişisel/hukuki bağımlılık, işçinin durumuna, işyerindeki pozisyonuna ve yapılan işin niteliğine göre değişiklik gösterebilir. Başka bir anlatımla, bağımlılık unsuru niteliği itibariyle görecelidir. Üst düzey yöneticilerin ve uzmanlığa sahip kişilerin (hukukçu, doktor, mühendis gibi) bağımlılıkları ile niteliksiz işçilerin bağımlılık düzeyleri farklı

¹⁹ BAŞTERZİ, Vekâlet Sözleşmesi, s. 178; AKKURT, s. 19.

²⁰ SÜMER, Bağımlılık, s. 69; SÜZEK, s. 225; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 354-355.

²¹ SÜMER, Bağımlılık, s. 69; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 354.

²² NARMANLIOĞLU, s. 169; SÜZEK, s. 225-226..

²³ SÜMER, s. 38; Aynı Yazar, Bağımlılık, s. 69; BAŞTERİ, Vekalet Sözleşmesi, s. 181; NARMANLIOĞLU, s. 169; SÜZEK, s. 225; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 356-361; AKYİĞİT, s. 121; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 62; SEVİMLİ, K.Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s. 81; AKBULUT, s. 365.

olabilir. Ancak, bu gibi durumlarda işçinin bağımsızlığı teknik göreviyle sınırlıdır. Zira işverenin işin yapılmasıyla ilgili genel talimatlarına bağlılığı devam etmektedir²⁴.

Son zamanlarda dünyadaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler, yeni istihdam, üretim ve iş organizasyonu tekniklerinin ortaya çıkması, iş görme borucunun yerine getirileceği yer ve zaman konusunda önemli değişikliklere yol açmıştır. Tele çalışma, internet üzerinden çalışma gibi istihdam biçimleri işyerinin “işin yapıldığı yer” şeklindeki klasik tanımını da tartışılır hale getirmiştir. Bu gelişmeler karşısında İş Kanunu da işyerini salt işin yapıldığı yer değil, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak ifade etmiştir (m.2/3). Bağımlılık unsurunu zayıflatan bu durum, söz konusu unsurun daha esnek bir yardımcı ölçütle değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bu nedenle bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı durumlarda, iş sözleşmesinin varlığı için bağımlılık unsurunun “işçinin işverene ait iş organizasyonu içinde onun yararına iş yapması” ölçütü ile birlikte değerlendirilmektedir. İş görme ediminin yerine getirileceği yer ve zaman bakımından iş görenin sahip olduğu serbestinin derecesi ne olursa olsun, işverenin yönetimi altındaki bir iş organizasyonu içinde gerçekleşiyorsa, iş sözleşmesinin varlığı için sıkı bir bağımlılık ilişkisi aranmayacaktır²⁵.

Bağımlılık unsurunun belirlenmesinde dikkate alınan yardımcı ölçütün, geniş biçimde ele alınmaması gerekir. Aksi halde başkasının iş organizasyonunda işverenin işyeri için sürekli mal üreten ancak kendi işletmesini işleten girişimcilere de işçi niteliği kazandırılmış olur. Bu nedenle kendilerine ait müşterisi olan, karar verme özgürlüğü bulunan, faaliyetinin kapsamını tek başına belirleyen, kendi işletmesinin ekonomik riskini taşıyan, kârına sahip olup zararını üstlenen kişilerin (serbest girişimciler),

²⁴ SÜMER, Bağımlılık, s. 69, Aynı yazar, İş Hukuku, s. 38; BAŞTERZİ, Vekâlet Sözleşmesi, s. 181-182; NARMANLIOĞLU, s. 171; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 62-63; AKKURT, s. 21;

²⁵ BAŞTERZİ, Süleyman, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s. 7 vd.; SÜMER, Bağımlılık, s. 69-70; SÜZEK, s. 227-228.

işverenle sürekli ilişki içinde bulunsalar bile iş sözleşmesi ile çalıştıkları kabul edilemez²⁶.

Yukarıda belirtilen unsurları dikkate alındığında iş sözleşmesi, niteliği itibariyle taraflar arasında kişisel ilişkiler kuran, karşılıklı borç yükleyen ve sürekli borç ilişkisi meydana getiren bir sözleşmedir. İş sözleşmesini karşılıklı ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden farklı kılan özelliği, kişisel ilişki kurmasıdır. İş sözleşmesinin kişisel ilişki kurması, işverenden ziyade işçinin kişiliğinin ve kişisel niteliklerinin sözleşmenin yapılmasında, ifasında ve hatta sona ermesinde belirleyici olmasını ifade eder. İşçinin işini bizzat ifa etmek zorunda olması, sadakat ve işverenin talimatına uyma borcu, işverenin ise gözetme ve eşit davranma borcu iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurma özelliğinden kaynaklanır²⁷.

İş sözleşmesi ile özellikle işçinin kişiliği ön plana çıkar, bunun sonucu olarak taraflar arasında bozulmaması gereken bir güven ilişkisi tesis edilmiş olur. Kusurlu davranışıyla güven ilişkisini sarsan işçi, işten çıkarılma riskiyle karşılaşır. Yine iş sözleşmesinin kişisellik özelliği nedeniyle, işçinin ölümü halinde iş sözleşmesi sona erer. Buna karşılık, işverenin ölümü, kural olarak, iş sözleşmesini sona erdirmez²⁸.

²⁶ SÜZEK, s. 228. “Bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk önemli kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. İşçi işverenin yönetim ve sorumluluğu altında işleyen bir organizasyon içinde yer alır, çalışma saatleri kesin veya esnek biçimde, keza işin yapılacağı yer işverence belirlenir, iş araçları ve dokümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu kriter içinde değerlendirilebilecek alt kriter ise çalışanın, kendisine mi yoksa başkasına mı ait iş yada hizmet organizasyonu kapsamında iş yaptığıdır. İşçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken, bağımsız çalışanın böyle bir yükümlülüğü yoktur. İşçinin önceden iş koşullarını belirleme yetkisi, işin yapılması sırasında kullanılacak araçları seçmesi, işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir.” (Y9HD, 22.02.2010, 2008/10530-2010/4617).

²⁷ SÜZEK, s. 232; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 401; SÜMER, s. 39; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 177-178.

²⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 402.

İş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran özelliği, onu taraflar arasında mal ilişkisi kuran satış ve kira sözleşmesi gibi sözleşmelerden farklı kılar²⁹.

İş sözleşmesi, her iki tarafa karşılıklı ve ifaları birbirlerine bağımlı borçlar yükler. Karşılıklı edimlerin ifası ardarda sıralanmış olarak zamana yayılmakla iş sözleşmesinin süreklilik özelliğini ortaya çıkarır. Başka bir anlatımla, işçinin ve işverenin tüm borçları süreklilik arz eder³⁰. Sözleşmenin süreklilik özelliğinin İş Kanunu'nun 10. maddesinde belirtilen sürekli-süresiz iş ayırımı ile ilgisi yoktur. Süreklilik, bir zaman içinde iş görme ediminin ard arda ifası ile ilgilidir. Sürekli ve süresiz iş ise işin niteliğine göre yapılan bir ayırıma ilişkindir. Bunun gibi, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olmasının da sözleşmenin süreklilik özelliği ile ilgisi bulunmaz. İster sürekli veya süresiz iş için yapılsın, ister belirli veya belirsiz süreli olsun, tüm iş sözleşmeleri karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sürekli sözleşme niteliğini taşır³¹. İş sözleşmesi bu yönüyle ani edimli sözleşmelerden ayrılmaktadır. İş sözleşmesinde kural olarak, iş görme ediminin bir kez ifasıyla veya ücretin bir kez ödenmesiyle sözleşme sona ermez. İş sözleşmesinde taraflar, edimlerin sürekli olarak ifa edileceklerine güvenerek borç ilişkisi kurmaktadır³². Ani edimli sözleşmeler gibi edimin ifası ile sözleşme sona ermiş olsaydı, işçinin yıllık ücretli izin ve kıdem tazminatı hakkı gibi süreye bağlı olarak elde edilen haklardan faydalanması mümkün olamayacaktı³³.

²⁹ SÜZEK, s. 232; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 63.

³⁰ Bkz. KORTSTOCK, Ulf, Arbeitsrecht, 30.Edition, München 2016, (https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fflex%2Fniplex_30%2Fcont%2Fniplex.arbeitsvertrag.htm&pos=7&hlwords=on, E.T.24.05.2017).

³¹ ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, 6.B, Ankara 1986, s. 47; SÜZEK, s. 232-233; SÜMER, s. 39; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 25; SENYEN KAPLAN, s. 86; AKYİĞİT, s. 118; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 403-404; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 173; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 63-64.

³² SÜZEK, s. 232.

³³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 64.

§ 2- İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

I) Fesih Kavramı

Fesih, taraflardan birinin irade beyanıyla diğer tarafın kabulüne bağlı olmaksızın, sözleşmenin ileriye yönelik olarak sona ermesini sağlayan bir hukuki işlemdir³⁴. Fesihte bir tarafın iradesi ile hukuki sonuç meydana gelirken, ölüm ve sürenin bitimi gibi durumlarda sözleşmenin sona ermesi hukuki olayın meydana gelmesiyle gerçekleşir³⁵. Sözleşmenin ikale ile sona ermesinde ise, iki tarafın karşılıklı iradeleri ile sona erme söz konusudur. Sözleşmenin ölüm ve sürenin bitimi gibi hukuki olaylar ya da ikale ile sona ermesinin sonuçları tek taraflı irade beyanı ile sona ermesinin hukuki sonuçlarından farklıdır.

Sözleşmeden dönme, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip daha önce ifa edilmiş edimlerin ise iadesine yol açar. Buna karşılık fesih ileriye etkili olup, geçmişe dokunmaz³⁶. Dönme, daha önceden yerine getirilmiş olan edimlerin iadesini gerektirdiği için ifasına başlanmış sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde uygulama alanı bulmaz³⁷. Bu nedenle kanun koyucu sürekli borç ilişkileri için sözleşmeden dönme yerine fesih müessesesini benimsemiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 126 ve 138. maddelerinde sürekli edimli sözleşmelerin feshinden söz edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 126. maddesine göre, “ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”. Türk Borçlar Kanunu’nun 138. maddesine göre ise, “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük

³⁴ OĞUZMAN, s. 1; NARMANLIOĞLU, s. 349; AKYİĞİT, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamaları 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, 3. B, Ankara 2008, s. 610; Ayrıca bkz. MÜLLER-Glöge, Rudi/PREIS, Ulrich/S CHMİDT, Ingrid, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, München 2017, Rn. 3-3b; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rn. 1-2.

³⁵ NARMANLIOĞLU, s. 349, dn. 42.

³⁶ BUZ, Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 82.

³⁷ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 14. B, İstanbul 2016, s. 439; Dönme ile fesih arasındaki farklar konusunda bkz. BUZ, s. 80 vd.

kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır”.

Yukarıda belirtildiği gibi, iş sözleşmesinin yapılmasıyla meydana gelen sürekli borç ilişkisinde ifa edilmiş edimin iadesi mümkün olamadığından, dönme yerine sözleşmenin feshi müessesesi benimsenmiştir. İş sözleşmesinin feshi geçmişe değil, ileriye yönelik etki doğurur³⁸. İş sözleşmesinde edimlerin ifası sürecine geçildikten sonra sözleşmeden dönme hükümlerinin uygulanması imkânı ortadan kalkar. Gerçekten, işçinin o ana kadar yerine getirmiş olduğu iş görme edimini iade etmesi fiilen imkânsızdır. İşçinin emeğinin değeri tespit edildiğinde işçinin de sözleşmenin devamı süresince aldığı ücreti iade etmesi gerekecektir³⁹. Bu durum ise iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği, adalet ve hukuki güvenlik ilkeleri ile bağdaşmaz⁴⁰. Ayrıca iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme ve sadakat borcu gibi edimlerin geçmişe yönelik olarak iade edilebilmeleri de mümkün değildir⁴¹.

Fesih bildiriminin hüküm doğurma anı konusunda, Türk Hukuk öğretisinde fikir birliği bulunmamaktadır. Borçlar hukuku esaslarına göre konuyu ele alan bir görüşe göre, fesih bildirimi hakkı yenilik doğuran haklardan olduğundan karşı tarafa ulaşmakla hukuki sonuç doğurur⁴². Konuyu iş hukukunun özellikleri yönünden değerlendiren diğer bir görüşe göre ise, fesih bildiriminin ulaşma anının değil, karşı tarafça öğrenilmesi

³⁸ BUZ, s. 82.

³⁹ SÜZEK, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 35-36, Aynı Yazar, s. 339.

⁴⁰ SAVAŞ, s. 14.

⁴¹ SÜZEK, s. 319-320.

⁴² Görüşü savunan yazarlar için bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24.B, Ankara 2019, s. 66, 1409-1410; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 456; KAPLAN, İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, s. 16; NARMANLIOĞLU, s. 358; AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, s. 613; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 804; GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, C.I, 4.B, Ankara, 2015, s. 475. Alman hukukunda ise, § 130 I 1 BGB'e göre, varması gereken bir irade beyanı olan fesih, karşı tarafa vardığı andan itibaren geçerli olur. Buna göre, fesih beyanı karşı tarafın etki alanına (Machtbereich) girdiği anda vardığı kabul edilir. Karşı taraf hileli bir şekilde beyanın kendisine varması engellese bile fesih beyanının artık vardığı kabul edilir. Bkz. LÖWISCH/CASPERS/KLUPMPP, s. 162.

anının esas alınması gerekir⁴³. Fesih bildiriminin hüküm doğurmaya başladığı andan itibaren bildiriminden tek taraflı olarak dönülemez. Ulaşma anının esas alınması halinde, muhatapça öğrenilmemiş olsa dahi, ulaşmadan itibaren fesih bildiriminin geri alınması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, muhatabın hâkimiyet alanına ulaşmasına rağmen muhatapça öğrenilmemişse, fesih bildirimi geri alınabilecektir.

II) Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı

Borçlar hukukunda geçerli olan irade özerkliği ilkesi, kişilere hukuki ilişkilerini kendi özgür iradelerine uygun olarak diledikleri gibi düzenleyebilme yetkisi vermektedir⁴⁴. İrade özerkliği ilkesinin sözleşmeler hukukuna yansımaları olan sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, taraflar herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama; sözleşmenin karşı tarafını seçme, şeklini, tipini ve içeriğini belirleme, sözleşmeyi değiştirme ve sona erdirmeye konusunda serbesttir⁴⁵.

Anayasamızın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü temel hak ve özgürlükler kapsamında ele alınmıştır. Buna göre “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, özgür iradeye sahip tarafların her alanda eşit oldukları ve sözleşme görüşmelerini her iki taraf için de adil sayılabilecek şekilde sonuçlandırabilecek varsayımına dayanır⁴⁶. Başka bir anlatımla, sözleşme özgürlüğünün sağlıklı işleyebilmesi, sözleşme taraflarının sosyal ve ekonomik açıdan eşit olmalarını gerektirir⁴⁷. Ancak, tarafların sosyal ve ekonomik güçleri, eğitim, bilgi ve kültür düzeyleri, pazarlık imkân ve yetenekleri her zaman eşit olmayabilir. Böyle bir durumda

⁴³ Görüşü savunan yazarlar için bkz. OĞUZMAN, s. 174; ÇENBERCİ, s. 300; GÜNAY, s. 476.

⁴⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 336; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir), Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, C.I, 7. B, İstanbul 2017, s. 93; ANTALYA, Osman Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 1. B, İstanbul 2015, s. 73; BAŞPINAR, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 15.

⁴⁵ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7.B, Ankara 2019, s. 18; REİSOĞLU, Safa; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. B, İstanbul 2014, s. 133 vd; KILIÇOĞLU, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B, Ankara 2012, s. 74-78; ANTALYA, s. 73-75; BAŞPINAR, s. 17.

⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 505; TOLU, Hazal, İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, İstanbul, 2017, s. 6.

⁴⁷ ÜNAL, Akın, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Ankara 2012, s. 43

sözleşme görüşmelerinin adil şekilde sonuçlanması beklenemez. İş ilişkisinde taraflar arasında ekonomik eşitsizlik ve oransızlık, ilişkinin kurulmasında olduğu kadar bu ilişkinin sonra erdirilmesinde de sözleşme özgürlüğünü olumsuz etkileyebilecek bir durum meydana getirmektedir. Bu nedenle modern hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesine, sosyal düşüncelerle çeşitli sınırlamalar getirilmiştir⁴⁸. Gerçekten her özgürlük gibi, sözleşme özgürlüğü de sınırsız olamaz⁴⁹.

Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü mutlak değil, sınırlı olarak kabul edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde, "taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler" hükmüne yer verilmiştir. İş Kanunu'nun 9. maddesine göre ise, "taraflar iş sözleşmesini, kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler".

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalara aykırılığın yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre "kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur".

Tarafların sözleşme özgürlüğü sonucu kurdukları ve içeriğini serbestçe belirledikleri sözleşmenin bağlayıcılığı olmazsa, yaptıkları hukuki işlem bir değer ifade etmeyecektir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde yapılan bir sözleşmenin, doğruluk ve dürüstlük kuralları uyarınca, tarafların karşılıklı edimlerini ifa etmeleri ile son bulması gerekir. Kurulan sözleşmenin aynen yerine getirileceğine ilişkin güven boşa çıkarılmamalı, içeriği tek taraflı olarak değiştirilememelidir. Geçerli bir sözleşme yapıldıktan sonra artık taraflar için bir zorunluluk doğmaktadır. Bu zorunluluk, yani verilen söze sadakat dolayısıyla sözleşmenin bağlayıcı gücü, ahde vefa (pacta sunt servanda) il-

⁴⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku, s. 506; ARAT, Ayşe; Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 45; AKI, Erol/ALTINTAŞ, H.Olcay/BAHÇIVANCILAR, İbrahim, Uygulamada İş Güvencesi, 1. B, İstanbul, 2005, s. 15-17

⁴⁹ BAŞPINAR, s. 18

kesini oluşturur⁵⁰. Sözleşme, tarafların birbirlerine söz vermeleriyle kurulur. Sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesi, sözleşmenin yapıldığı andaki hükümleri ile değiştirilmeden yerine getirilmesini gerektirir. Tarafların birbirlerine verdikleri söze sadık kalmaları, sözleşmenin ne şekilde sona ereceğini ve içeriğini güvence altına alan ahlaki ve hukuki bir zorunluluktur. Ahde vefa gereği, sözleşmenin içeriği tek taraflı değiştirilemez. Sözünde durma, edimlerin aynen ifasını ve sözleşmenin ifa ile son bulmasını gerektirir. İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü sözleşmeye bağlılık ilkesi ile anlam kazanabilir⁵¹.

Verilen söze bağlılık (ahde vefa), sözleşmenin değiştirilmeden uygulanmasını ve ifa ile son bulmasını gerektirir⁵². Ancak sözleşmeye bağlılık ilkesi, mutlak değildir. Taraflardan her şart ve durumda sözleşmeye devam etmeleri beklenemez. Özellikle sürekli borç ilişkilerinde sonradan öngörülmeven ve değişen şartlar nedeniyle edimler arası dengeyi bozucu ifa engellerinin ortaya çıkması durumunda sözleşmeye bağlılık ilkesi, kişi özgürlüğünün ihlaline ve hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilir⁵³. Değişen durum ve şartlar nedeniyle, edimin ifasını istemenin dürüstlük kurallarına aykırı nitelendirilebildiği andan itibaren sözleşmeye bağlılık ilkesi hakkaniyet ilkesi ile çelişecektir. Sözleşmenin taraflarından edimin ifasını istemenin dürüstlük kuralları gereğince beklenemeyeceği hallerde, sözleşmeye bağlılık ilkesinin uygulanmasından söz edilemez⁵⁴. Kişilik haklarının veya dürüstlük kurallarının gereği olarak sözleşme taraflarından her koşulda sözleşme süresinin sonuna kadar veya belirsiz süre için sözleşmeyi devam ettirmeleri beklenemez. Dürüstlük kuralları ve kişi özgürlüğü uyarınca, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarından birinin tek taraflı irade beyanı ile

⁵⁰ ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006, s. 51.

⁵¹ ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, s. 23-26.

⁵² TOLU, s. 8.

⁵³ BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s. 5-6, 9, Ahde vefa ilkesinin mutlak olarak uygulanmasının getirdiği sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla sözleşmenin sonradan çıkan değişikliklere uyarlanmasını ifade eden clausula rebus sic stantibus ilkesi kabul edilmiştir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. BAYSAL, s. 17 vd; ARAT, s. 52-53.

⁵⁴ ARAT, s. 52; BAŞBUĞ, Aydın, İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul, 2007, s. 9-11; TOLU, s. 8-9; Yargıtay'a göre de "iş sözleşmesinin hiçbir suretle feshedilemeyeceğine dair sözleşme kuralına geçerlilik tanınmaz. Gerçekten iş hukukunda meşru ve makul nedenlerin bulunması halinde işverenin işçinin işine son verebileceği kabul edilmektedir" (Y9HD, 21.10.1998, 12351-14889, K.Arş.).

sözleşmeyi sona erdirilebilmesi mümkün olmalıdır⁵⁵. Bu nedenle sözleşmeye bağlılık ilkesine kanun veya sözleşme ile istisna getirilebileceği kabul edilmektedir⁵⁶. Sözleşmeye bağlılık ilkesi bakımından getirilmesi mümkün istisnalardan biri de bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak sözleşmeyi feshetme hakkıdır. Ancak sözleşmeye bağlılık ilkesi, kanunda veya sözleşmede belirtilen sebepler gerçekleşmediği sürece, sözleşme ilişkisinin haksız olarak sona erdirilmemesini gerektirmektedir⁵⁷.

Sözleşme özgürlüğü sözleşmeyi sona erdirmeye serbestisini de kapsar. Sözleşmenin tarafları karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilecekleri gibi, haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshetme hakkına da sahiptir⁵⁸. Haklı nedenle fesih hakkı doğmuş olan tarafın, sözünden cayma imkânı vardır⁵⁹.

İş hukukunda herkes tarafından mutlaka uyulması gereken, tarafların iradesiyle değiştirilmesi mümkün bulunmayan kurallara mutlak emredici hükümler denir. Bu kurallara aykırı sözleşmeler veya sözleşme hükümleri, geçersizdir. Sadece işçi lehine değiştirilebilen hükümlere ise, nispi emredici hükümler veya sosyal kamu düzeni hükümleri denilmektedir. Emredici hükümlerin aksi işçilerin lehine olmak kaydıyla kararlaştırılabilir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi uyarınca fesih hakkı da pek çok emredici hükümlerle sınırlandırılmıştır⁶⁰.

III) Feshin Hukuki Niteliği

Fesih bildirimi, taraflardan birinin sözleşmeyi tek taraflı sona erdiren irade beyanıdır. Taraflardan biri, haklı bir neden olmadan, diğer tarafa süre vermek suretiyle

⁵⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 455; NARMANLIOĞLU, s. 350-351; Alman hukukunda da, Art.12 I, Art. 2 I GG (Grundgesetz)'de sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların sözleşmeyi sona erdirmeleri düzenlenmiştir. Buna göre işçi ve işveren tarafı, iş sözleşmesini kiminle devam ettirmek istediklerini belirleyebilirler. İşveren için bu istemediği bir işçiyi çalıştırmak zorunda olmadığı anlamına gelirken; işçi için de mevcut iş sözleşmesini devam ettirmekle yükümlü olmadığı anlamına gelir. Bkz. LÖWISCH/CASPERS/KLUMPP, s. 150.

⁵⁶ SAVAŞ, F. Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, s. 8.

⁵⁷ BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 237.

⁵⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 79.

⁵⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 794.

⁶⁰ SÜZEK, s. 33-34.

sözleşmeyi feshedebileceği gibi, haklı bir nedenin varlığı halinde derhal fesih bildiriminde de bulunabilir⁶¹. Sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik iradenin karşı tarafa yöneltilmesi ile sözleşme verilen sürenin sonunda veya derhal sona erer. Karşı tarafa yöneltilmemiş olan bir fesih iradesinin hukuki sonuç doğurması mümkün değildir. Başka bir deyişle, fesih iradesi sözleşmenin diğer tarafına yöneltilmediği sürece sözleşmenin sona erdiğinden söz edilemeyecektir. Örneğin, anonim şirket olan işverenin yönetim kurulunca iş sözleşmesinin feshine karar verildiği halde eylemli, sözlü veya yazılı olarak işçiye yöneltilmiş bir fesih bildiriminde bulunulmamişsa feshe ilişkin yönetim kurulu kararının varlığı tek başına sonuç doğurmayacaktır.

Fesih bildiriminde bulunma hakkı, hem işçiye hem de işverene tanınmıştır. İşçi veya işveren sözleşmeyi bildirimli veya bildirimsiz feshedebilir.

Fesih bildirimi, sözleşmeyi sona erdirmek suretiyle muhatabın hukuki durumunda yenilik meydana getirdiği için bozucu yenilik doğuran haklardandır⁶². Yenilik doğuran hakkın, niteliği itibarıyla karşı tarafa bildirilmesi yeterli olup, sonuç doğurması için karşı tarafın kabulü şart değildir⁶³. Bozucu yenilik doğuran haklardan olması nedeniyle fesih bildiriminin sözleşmeyi sona erdirmesi için haklı nedenin bulunup bulunmaması ya da feshin süreli olup olmaması önem arz etmez. Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu nedenle fesih bildirimi karşı tarafa

⁶¹ “Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır...Bildirimli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanınması gerekmez (Y9HD, 31.05.2018, 2015/18052-2018/12248).

⁶² OĞUZMAN, s. 41-42; REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdinin Feshi ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS, “İş Hukukunun Güncel Sorunları” Konulu Periyodik Değerlendirme Semineri, 22 Nisan 1996, İstanbul, s. 16; SÜMER, s. 98; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 456; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s. 185; NARMANLIOĞLU, s. 352; MOLLAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 895,900; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 4.B İstanbul 2005, s. 187; AKTAY, A.Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN SENYEN, Emine Tuncay, İş Hukuku, 4.B, Ankara 2011, s. 149; SENYEN KAPLAN, s. 262; SÜZEK, s. 502; Yenilik doğuran haklara ilişkin geniş bilgi için bkz. BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 330 vd; BAYCIK, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 92.

⁶³ AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, s. 149; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 456.

ulaştıktan sonra tek taraflı geri alınamaz. Hüküm ve sonuçlarının ortadan kaldırılması muhatabın rızası ile mümkün olabilir⁶⁴.

Fesih beyanına ilişkin iradenin yanılma, aldatma veya zorlama nedenlerinden biriyle sakatlanması halinde, sonuç doğurup doğurmayacağı konusunda iş kanunlarımızda herhangi bir hüküm yoktur. Sözleşmeyi fesheden tarafın Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesi uyarınca, bir yıllık süre içinde irade sakatlığı nedeniyle beyanı ile bağlı olmadığını bildirmediği takdirde, sözleşmenin sona erdiğinin kabulü gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁵. Başka bir görüşe göre ise, fesih iradesine ilişkin beyanın iptali taraflar arasındaki ilişkinin geçmişe etkili olarak tekrar tesis edilmesini gerektirecektir. Bu durumda iradeyi sakatlayan tarafın iş sözleşmesini haksız feshettiği sonucuna varılmalı, tarafların sözleşme ilişkisine devam etmeleri durumunda ise yeni bir iş sözleşmesi kurulduğunun kabul edilmesi gerektiği kabul edilerek hukuki sorun çözülmelidir⁶⁶. Yargıtay, işçinin fesih iradesinin sakatlandığına ilişkin iddiasını ispatlayamaması durumunda, ihbar ve kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁷.

Kanımızca feshe ilişkin iradesinin yanılma sonucu sakatlandığını ileri süren taraf, beyanı ile bağlı olmadığını Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesi uyarınca bir yıl içinde ileri sürerse sözleşmenin sona ermediği kabul edilebilir. Fesih iradesinin aldatma veya zorlama sonucu sakatlandığı sonucuna varıldığı takdirde ise, gerçekte sözleşmenin

⁶⁴ BAYCIK, s. 247; Aksi yönde bkz. SOYER, Polat, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", LİHSGHD "İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları" konulu 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 60; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 186-187. Anılan yazarlara göre bildirim süresi geçmeden önce fesih beyanı tek taraflı olarak geri alınabilir ise de, bildirim süresi geçtikten sonra feshin karşı tarafın rızası ile dahi geri alınması mümkün değildir. Bu durumda yeni bir iş sözleşmesi yapılmış olur. Aynı yer, s. 172.

⁶⁵ OĞUZMAN, s. 154. Yazara göre, fesih bildiriminde bulunan taraf kanunda belirtilen süre içinde, irade sakatlığı nedeniyle beyanı ile bağlı olmadığını ileri sürmesi durumunda iş sözleşmesi sona ermemiş gibi devam edecektir. Bu durumda, beyanın yapıldığı tarih ile iptal edildiği tarih arasında edimlerin ifası imkânsızlaştığından, kusurlu olan taraf veya kusuruyla bu duruma neden olan üçüncü kişi bu döneme ilişkin zararlardan sorumludur.

⁶⁶ ELMAS, Serkan, Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2018, s. 164.

⁶⁷ "Davacının eli ürünü olduğu anlaşılan istifa dilekçesinin, irade fesadı hallerinden birisi ile sakat ve geçersiz olduğu hususunun davacı işçi tarafından usulünce ispat edilememesi karşısında, istifaya değer verilerek, davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi yerine, kabulü hatalıdır". (Y9HD, 24.12.2014,2013/5040-2014/39759). "Davacının eli ürünü olduğu anlaşılan istifa dilekçesinin, irade fesadı hallerinden birisi ile sakat ve geçersiz olduğu hususunun davacı işçi tarafından usulünce ispat edilememesi karşısında, istifaya değer verilerek, davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi yerine, kabulü hatalıdır". (Y9HD, 24.12.2014, 2013/5040-2014/39759).

sona ermesini isteyen diğer taraf olduğu kabul edilebilir. Bu durumda yukarıda belirtilen ikinci görüş doğrultusunda sözleşmenin iradeyi sakatlayan tarafça feshedildiği düşünülebilir. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında, işçi tarafından fesih iradesinin sakatlandığının ispatlanması halinde, iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilmekle birlikte, feshin iradeyi sakatlayan işveren tarafından yapılmış olduğu sonucuna varmıştır⁶⁸.

Fesih bildirimi, fesih iradesini ortaya koyacak şekilde açık olmalıdır. Feshin sonuçları için karşı tarafla görüşme isteği ve bu bağlamda soru sorma, sözleşmenin askıya alınması veya ücretsiz izin isteğinde bulunma, ikale icabı anlamındaki beyanlar, fesih bildirimi olarak kabul edilemez. Fesih bildirimi anlamına gelebilecek davranışlarla da sözleşmenin sona erdirilebilmesi mümkündür. Örneğin, el işaretiyle işçiye kapıyı gösterilmesi⁶⁹, daimi olarak çalışan işçinin sözleşmesinin sebepsiz olarak askıya alınması⁷⁰, işçinin tek taraflı olarak belirsiz süreli ücretsiz izne çıkarılması⁷¹, zam isteği kabul edilmeyen, ücretleri hiç veya tam ödenmeyen işçinin işe gelmemesi⁷², işveren vekilinin hakareti⁷³ veya çalışma koşullarının değiştirilmesi⁷⁴ üzerine işçinin işyerini terk etmesi gibi, fesih iradesi anlamına geldiği açıkça anlaşılan davranışlar da, fesih bildirimi yerine geçer. Muhatabı tarafından fesih iradesi olarak anlaşılabilecek şekilde açık olmayan söz ve davranışlarla sözleşme sona ermez.

⁶⁸ “davalı işverenin tazminatların derhal ödeneceği sözünü verdiği ve davacıdan baskı altında istifa dilekçesi aldığı, davacının iradesi fesada uğratıldığından ortada gerçek bir istifa iradesi bulunmadığı, feshin işverence gerçekleştirildiği ve haksız olduğu anlaşılmıştır. Buna göre davacının ihbar tazminatı talebinin kabulü yerine, yanlışlı değerlendirme ile talebin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”. (Y9HD, 06.02.2019, 2017/18150-2019/2812). Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 03.07.2007, 14407-21502; Y9HD, 25.10.2018, 2015/22501-208/19473.

⁶⁹ Y9HD, 17.12.1997, 17655-21738 sayılı karar için bkz. EKONOMİ, Münir, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1997 Yılı Emsal Kararları, Kamu-İş, Ankara 1999, s. 45-46.

⁷⁰ Y9HD, 19.09.2005, 29066-30405, TÜHİS, Kasım 2005, s. 108-109.

⁷¹ “Davacı mevsimlik işçi değildir. Bu nedenle hizmet akdinin askıya alınması söz konusu olamaz. İşçinin rızası olmadan işveren tarafından tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gidilmesi mümkün olmadığından, bu yoldaki uygulamanın akdin feshi mahiyetinde kabul edilmesi gerekir”. (Y9HD, 23.12.1996, 16196-23959, GÜNAY, s. 625). Aynı yönde bkz. Y9HD, 27.04.1998, 1997/5112-1998/7788 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 606-607; Y9HD, 10.10.2006, 24775-26831, Tekstil İşv. D, Aralık 2007 Eki s. 2-4.

⁷² Y7HD, 11.03.2013, 1455-2715.

⁷³ Y9HD, 11.12.2006, 2006/14009-2009/32253.

⁷⁴ Y22HD, 11.03.2013, 2012/16584-2013/4982.

Fesih bildirimi, kural olarak, şarta bağlanamaz⁷⁵. Ancak gerçekleşmesi karşı tarafın iradesine bağlı şart, fesih bildirimini geçersiz hale getirmez. Karşı taraf istenilen davranışta bulunmamışsa şart gerçekleşmiş sayılır ve fesih bildirimi hukuki sonuçlarını doğurur⁷⁶. Örneğin, işçinin ödenmeyen ücretinin iki gün içinde bankadaki hesabına yatırılmaması halinde iş sözleşmesini feshetmiş sayılacağını açıklaması veya işverenin devamsızlık yapan işçiye üç gün içinde mazeretini bildirmediği takdirde iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle feshedilmiş sayılacağı şeklinde bildirimde bulunması durumunda şarta bağlı bir fesih bildirimi söz konusudur. Ancak her iki örnekte de şartın gerçekleşmesi karşı tarafın iradesine bağlıdır. Bu şekilde yapılan fesih bildirimi geçerli olup, yeniden bir fesih bildiriminde bulunmaya gerek yoktur. Şarta bağlı fesih bildiriminde şartın gerçekleşmesi ile birlikte sözleşmenin feshedileceğine yönelik açık ve kesin bir irade bulunmalıdır. Şartın gerçekleşmesi halinde sözleşmenin feshedileceğinin belirtilmesi durumunda açık ve kesin bir fesih iradesinden söz edilemez. Yargıtay bir kararında, görev değişikliğini kabul etmeyen işçiye yapılan bildirimde uyarıya rağmen eylemin tekrarı halinde iş sözleşmesinin feshedileceğinin belirtilmiş olmasının, şarta bağlı geçerli bir fesih bildirimi olduğunu belirtmiştir⁷⁷. Kanımızca karara konu olayda eylemin tekrarı halinde sözleşmenin feshedileceğinin belirtilmesi ihtar mahiyetindedir. Burada şarta bağlı bir fesih bildirimi bulunmamaktadır. Ayrıca şarta bağlı fesih bildiriminin geçerli olabilmesi için şartın gerçekleşmesi, kısa ve belirli bir süre içinde mümkün olmalıdır. Eylemin tekrarı halinde sözleşmenin feshedileceğinin belirtilmesi, kesin bir fesih iradesi ortaya koymamaktadır. İşçi, ikinci kez aynı davranışta bulunduğu, sözleşmenin sona ermesi için bir fesih bildirimine gerek vardır. Diğer yandan, şartın belirsiz bir süre içinde gerçekleşmesine bağlı bir fesih iradesinin yeterli

⁷⁵ “Fesih bildirimi 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 bildirimi geçerli değildir. Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır. Fesih bildirimi karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez”. (Y22HD, 02.06.2016, 10241-16046).

⁷⁶ OĞUZMAN, s. 127-128; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 458; KAPLAN, s. 24.

⁷⁷ “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 takdirde feshedileceği şartının bildirilmesi durumlarında, şarta bağlı fesih geçerli olacaktır. Şarta bağlı olarak geçerli bir şekilde iş sözleşmesinin feshedildiği durumlarda bildirim süresi, şartın gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacaktır”. (Y9HD, 19.12.2016, 14631-22347).

açıklıkta olduğu söylenemez. Bu nedenle Yargıtay'ın sözü edilen kararında şarta bağlı bir fesih bildirimi bulunduğuna yönelik değerlendirmesine katılmak mümkün değildir.

IV) Fesih Türleri

Fesih bildiriminde bulunulmakla sözleşme ya hemen ya da belirli bir sürenin sonunda sona erer. Sözleşmenin hemen sona erdiği durumda, bir tarafın fesih hakkını kullanması ile sözleşme nihayete erdiğinden diğer tarafın fesih hakkı sona erer. Sona erdirme anına göre fesih “derhal (önelsiz-bildirimsiz-süresiz) fesih” ve “sürelili (bildirimli-önelli)” olarak ikiye ayrılır⁷⁸. Sözleşme derhal feshinde hemen, sürelili feshinde ise bildirim süresinin sonunda sona erer. Sürelili ve derhal feshin hukuki dayanakları, fonksiyonları, uygulama alanları ve hukuki sonuçları farklıdır⁷⁹. Derhal fesih, belirli ve belirsiz sürelili iş sözleşmelerinde mümkünken, sürelili fesih sadece belirsiz sürelili iş sözleşmelerinde söz konusudur.

Belirsiz sürelili iş sözleşmelerinde derhal fesih hakkı doğmuş olan taraf, isterse sürelili fesih yoluyla da sözleşmeyi sona erdirebilir. Başka bir anlatımla, bu durumda seçimlik hak söz konusudur⁸⁰. Sözleşmeyi fesheden tarafın seçimlik haklarından hangisini kullandığını açıkça belirtmediği durumlarda sözleşmenin hangi fesih türü ile sonlandırıldığının tespit edilmesi önemlidir. Çünkü feshin hüküm ve sonuçları fesih türlerine göre farklı olacaktır. Kanımızca asıl olan, belirsiz sürelili bir sözleşmenin sürelili fesih yoluyla sona erdirilmesidir. Sözleşmeyi fesheden taraf, diğer tarafa bildirim süresi vermemişse ve derhal fesih hakkını kullandığını da açıkça belirtmemişse sözleşmenin sürelili fesih yoluyla sona erdirildiği kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, fesih sebebini yazılı olarak bildiriminin ispat koşulu olarak kabul edilmesi halinde, sözleşmeyi feshedenin fesih sebebini sonradan belirtmesi olanaklıdır. Buna karşılık, fesih sebebini muhataba yazılı olarak bildirilmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesi hükmü geçerlilik koşulu olarak kabul edilirse, sözleşmeyi fesheden tarafın sonradan derhal fesih hakkını kullandığını belirtmesinin bir anlamı olmayacaktır.

⁷⁸ OĞUZMAN, s. 33; NARMANLIOĞLU, s. 349; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 455; SÜZEK, s. 502; SÜMER, s. 99; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 793; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 186; UŞAN, s. 100.

⁷⁹ NARMANLIOĞLU, s. 349-350; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 793 vd.

⁸⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 797-798; BAYCIK, s. 457.

1) Süreli Fesih

Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre belirsiz süreli iş sözleşmesi yapan tarafların yine bu ilke gereğince sözleşme ilişkisinden diledikleri anda kurtulabilmeleri gerekir. Belirsiz süreli sözleşmenin hayat boyu ifa edilmesi zorunluluğu, kişilik haklarını ihlale yol açar ve giderek ilişkiyi köleliğe dönüştürür⁸¹. Sözleşme ilişkisi devam ederken işçi, iş ilişkisinden doğan kişisel bağımlılıktan kurtulmak, başka bir işe veya işyerine girmek isteyebilir. İşveren de kişisel, teknik veya ekonomik sebeplerle işçi ile çalışmayı sürdürmek istemeyebilir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde taraflara tek yanlı irade beyanlarıyla diledikleri zaman sözleşmeye son verebilme imkânının tanınması, kişilik haklarının korunması esasına dayanır⁸². Bu açıdan kişilik haklarının korunması ihtiyacı, sözleşme özgürlüğünü ve onu tamamlayan sözleşmeye bağlılık ilkesini sınırlandırır.

Süreli fesih hakkı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin kurulmasıyla doğar⁸³. Ancak, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından işverenin süreli fesih hakkı, geçerli nedenin varlığıyla ortaya çıkar. Bu durumda işveren Kanunda öngörülen şekil şartlarına uymak suretiyle sözleşmeyi feshedebilir⁸⁴.

Belirsiz süreli sözleşmeden tarafların kurtulabilmelerini sağlayan bu imkânın kullanılması, işçinin bir anda işsiz kalmasına, işverenin ise başka bir işçi bulamaması nedeniyle beklemedikleri bir zararın doğumuna yol açabilir. Kişilik haklarının korunması gereği olarak taraflara sözleşmeye sürekli bağlı olmaktan kurtulabilme imkânı verilmesi, diğer tarafın zararına yol açmamalıdır. Öyleyse sözleşmenin diğer tarafının güç durumda kalmaması için fesih iradesinin önceden bildirilmesi gerekir. Böylece diğer taraf, sözleşmenin belli bir süre geçtikten sonra sona ereceğini öğrenecek ve gerekli tedbirleri almaya çalışacaktır⁸⁵. Bu bağlamda sözleşmenin sona ermesi için karşı

⁸¹ SAYMEN, s. 550, Yazar, feshin, sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan veya rücu imkânını sağlayan sebeplere (hata, hile, ikrah, gabin, temerrüt vs) nazaran çok daha kolay, seri ve ucuz olduğunu isabetli olarak belirtmektedir. (s. 550); OĞUZMAN, s. 159.

⁸² NARMANLIOĞLU, s. 350-351.

⁸³ OĞUZMAN, s. 167; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 894.

⁸⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 897.

⁸⁵ ÇENBERCİ, s. 287; EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C. I, İstanbul 1976, s. 145.

tarafa verilmesi gereken bildirim süresi, işçinin başka bir iş, işverenin de yeni bir işçi bulması ve gerekli diğer tedbirlerin alınması için tanınmıştır⁸⁶.

Sürelî fesih, kural olarak, belirsiz sürelî iş sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesiyle sona erdiren irade beyanıdır⁸⁷. Fesih bildirimini sözleşmeyi sona erdirmekle birlikte hukuki sonuçlarını bildirim süresinin sonunda meydana getirmektedir⁸⁸. Bildirim süresi içinde sözleşme devam ettiğinden tarafların hak ve borçlarında bir değişiklik olmaz. Tarafların bu süre içinde doğan derhal fesih haklarını kullanabilmeleri mümkündür⁸⁹.

Sürelî fesih türü için “bildirimli fesih”, “önelli fesih”, “ihbarlı fesih” kavramları da kullanılmaktadır⁹⁰. Sürelî fesih, kural olarak belirsiz sürelî sözleşmelerde uygulama alanı bulmakla birlikte, istisnaen belirli sürelî iş sözleşmelerinde de söz konusu olabilmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 430. maddesinin 3. fıkrasına göre, on veya daha fazla süre ile yapılan belirli sürelî iş sözleşmelerinde, taraflardan her biri on sene geçtikten sonra altı aylık fesih bildirim süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir⁹¹.

Sürelî fesih hakkının varlığı için her şeyden önce geçerli, mevcut ve süresi belirli olmayan bir sözleşme olmalıdır. Sözleşme hükümsüzse, kusursuz imkânsızlık, ölüm, anlaşma veya haklı nedenle fesih yoluyla sona ermişse sürelî fesih hakkının varlığından söz edilemez⁹².

Belirsiz sürelî iş sözleşmelerinin feshinden önce, durumun ne kadar önce karşı tarafa bildirilmesi gerektiği kanunlarımızda işçinin kıdemine göre farklı düzenlenmiş; işçinin kıdemine göre artan bildirim süreleri öngörülmüştür⁹³. Bildirim süresi içinde

⁸⁶ ÇENBERCİ, s. 287; NARMANLIOĞLU, s. 351.

⁸⁷ OĞUZMAN, s. 173; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 463.

⁸⁸ ÇENBERCİ, s. 290.

⁸⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 463; ÇENBERCİ’ye göre fesih bildiriminde bulunan tarafın usulüne uygun önel tanımadığı durumda da verilmesi gereken önel içinde tarafların hak ve borçları devam eder, s. 304-305.

⁹⁰ Alman hukukunda bu fesih türü “ordentliche Kündigung” kavramı ile karşılanmaktadır. Bkz. LÖWISCH/CASPERS/KLUMPP, s. 162 vd. Alman Hukukuna göre, iş ilişkisi işçinin yaşam süresi boyunca veya 5 yıldan fazla olarak kurulmuşsa, işçi bu durumda 5 yıldan sonra 6 aylık fesih bildirim süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir (§15 IV TzBfG). Bu şekilde bir belirleme yapılması işçinin özgürlüğünü olağanüstü bir şekilde sınırlandırdığından, bahsi geçen madde emredici niteliktedir. Bkz. LÖWISCH/CASPERS/KLUMPP, s. 168-169.

⁹² ÇENBERCİ, s. 291-295.

⁹³ Benzer sistem Alman hukukunda da (§622 BGB) öngörülmüştür.

sözleşme ilişkisi ve bundan doğan hak ve borçlar devam eder. Bu nedenle taraflar bu süre içinde ortaya çıkan haklı nedenle fesih haklarını kullanabilirler⁹⁴.

A) Süreli Fesih Hakkının Kullanılması

a) Süreli Fesih Bildiriminde Şekil Şartı

İş Kanunu'nun 109. maddesinde, bu kanun uyarınca yapılacak bildirimlerin yazılı olarak yapılması gerektiği düzenlenmiştir⁹⁵. Maddenin gerekçesinde öngörülen yazılı bildirimin ispat şartı olduğu açıkça belirtilmiştir. Benzer hüküm, 3008 ve 1475 sayılı İş Kanunlarında da bulunmaktaydı⁹⁶. 3008 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren öğretide ağırlıklı görüş olarak, fesih bildiriminin yazılı olmasının ispat şartı olduğu kabul edilmekteydi⁹⁷. Yargıtay da fesih bildiriminin yazılı olmasına ilişkin düzenlemenin ispat şartı olduğuna karar vermektedir⁹⁸.

İş Kanunu'nun 18 ilâ 22. maddelerinde iş güvencesine ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. İş Kanunu'nun 19. maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

⁹⁴ SAYMEN, s. 560; OĞUZMAN, s. 194; ÇENBERCİ, s. 304; EKONOMİ, s. 146; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 245; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 911; NARMANLIOĞLU, s. 364-365; SÜZEK, s. 513; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 463; SÜMER, s. 101; AKYİĞİT, s. 259; UŞAN, s. 102.

⁹⁵ İşçi ya da işveren tarafından yapılmasından bağımsız olarak fesih beyanı, §623 BGB (Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund)'ye göre, yazılı şekilde yapılmalıdır. Yazılı olarak yapılmayan fesih, §125 BGB (Nichtigkeit wegen Formmangels)'ye göre geçersizdir.

⁹⁶ 3008 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi; “Bu kanunda zikrolunan ihbar veya tebliğlerin, alâkadar kimseye imza mukabilinde yapılması şarttır. İhbar veya tebliğin muhatabı, bunu kabul etmezse, keyfiyet, o yerde zabıt varakası ile tespit edilir” hükmü yer almaktaydı. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi de şöyleydi: “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”.

⁹⁷ SAYMEN, s. 554; ESENER, s. 219; ÇENBERCİ, s. 301; OĞUZMAN, s. 176; EKONOMİ, s. 143-144; KAPLAN, s. 18-19; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 240; NARMANLIOĞLU, s. 354-355; SÜMER, s. 99.

⁹⁸ KILIÇOĞLU, Mustafa/KILIÇOĞLU ADA, İlayda, Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, 4.B, Ankara, 2016, s. 548; YİBK, 18.12.1959, 28-27 sayılı karar için bkz. SELÇUKİ, Sabih, Son Değişikliklerle İş Kanunu ve Kıdem Tazminatı, 1. B, İstanbul 1975, s. 111-113, No. 3, YHGK. 10.01.1962, 4-31 sayılı karar için bkz. MESS Gazetesi, 1966, S. 33; Bazı Yargıtay kararlarında yazılı bildirimin geçerlilik şartı olduğu belirtilmiş (HGK. 14.03.1962, 4-25 sayılı karar için bkz. SELÇUKİ, s. 114, No. 6; Y9HD. 29.11.1965, 9560-9564, ORHANER, A.Baki, Türk İş Hukuku Emsal Kararları, Ankara 1967, s.331-332) ise de, sonraki kararlarına bakıldığında genel uygulamanın ispat şartı yönünde olduğu görülmektedir (Y9HD, 03.10.2000, 9309-12891 sayılı karar için bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s.1227).

Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklı kalmak kaydıyla, hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedemeyeceği belirtilmiştir.

Deniz İş Kanunu’nun 18. maddesinde, fesih türü bakımından bir ayırım yapılmadan işveren feshi bakımından fesih bildiriminin yazılı yapılması zorunluluğu öngörülmüştür. Gemiadamının süreli fesih hakkı herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Basın İş Kanunu’nda ise, hem gazeteci hem de işveren tarafından yapılacak süreli fesih bildiriminin yazılı olması gerektiği düzenlenmiştir (m.6/4 ve m.7). Türk Borçlar Kanunu’nda süreli fesih bildirimi konusunda herhangi bir şekil şartına yer verilmemiştir.

İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’na tabi olup, iş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde, kanunda öngörülen şekil şartına aykırılığın yaptırımını geçersizliktir⁹⁹. Ancak bunun için işçinin mahkemeden feshin geçersizliğine yönelik karar alması ve kesinleşen kararın tebliğinden itibaren süresinde işe başlatılmak için işverene başvurusu gerekir¹⁰⁰.

Yazılı şeklin nasıl olması gerektiğine ilişkin iş kanunlarımızda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 14. maddesinin 1. fıkrasına göre yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. Yazılı metin borç altına giren taraf veya taraflarca imzalanmışsa, şekil şartı gerçekleşmiş sayılacaktır. Buna göre yazılı şeklin birinci yöntemi, iradenin yazılı bir metin olarak ortaya konulmasıdır. Kanunda yazılı şekilden söz edildiğinde, aksine hüküm yoksa, bundan âdi yazılı şeklin anlaşılması gerekir¹⁰¹. Yazılı şeklin bu klasik biçimi dışında, Türk Borçlar Kanunu’nun anılan maddesinin ikinci fıkrasında, iletişim

⁹⁹ AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 273; SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 56.

¹⁰⁰ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 19’uncu maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına uymamak feshi geçersiz kılar. Yazılı fesih bildiriminde, fesih açık ve kesin sebebinin gösterilmemesi, İş Kanunu’nun 20’nci maddesi anlamında feshin geçersizliği sonucunu doğurur”, (Y9HD, 15.09.2008, 1011-23499). Aynı yönde bkz. Y9HD, 12.12.2018, 9971-23081.

¹⁰¹ Âdi yazılı şekil dışında, resmi senet düzeleme ve imzaların noterce onaylanmasının zorunlu olduğu başka geçerlilik şekilleri de bulunmaktadır. Kanunda, âdi yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri zorunlu kılınmışsa, âdi yazılı şekil geçerlilik şartı olarak kabul edilemez.

teknolojisinde ortaya çıkan yeni gelişmeler göz önünde tutularak, yazılı şekil yerine geçen metinler belirtilmiştir. Buna göre kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, muhatapları tarafından teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin de yazılı şekil şartı yerine geçeceği belirtilmiştir. Güvenli elektronik imzayla gönderilen metinlerin yazılı şekil şartı yerine geçmesi için 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'na uygun olarak gönderilmesi ve alanlar tarafından bilgisayar ortamında kaydedilerek saklanabilmesi gerekir

7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 1. maddesine göre elektronik tebligat, sadece Kanun'nun 1. maddesinde gerçek ve tüzel kişilere yapılacak tebligatları kapsar. Kanunu'nun 7/a. maddesine göre, "Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir..". Buna göre, elektronik tebligat zorunlu değildir. Bu nedenle işçiye işçiye elektronik ortamda tebligat yapılabilmesi için bu yöntemi kabul etmiş olması ve elektronik tebligat adresini bildirmiş olması gerekir. İşçinin rızası varsa, elektronik ortamda yapılan tebligat İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen şekil şartının yerine geçer¹⁰².

Tebligat Kanunu'nun 7/a. maddesine göre elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Buna göre, elektronik tebligatla yapılan fesih bildirimi ile tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda sözleşme feshedilmiş olacaktır.

Elektronik posta ya da cep telefonu mesajı da elektronik ortamda yer alan yazılı belge niteliğindedir. Ancak işçiye bu tür tebligatların yapılabilmesi için kendisinin bildirdiği e-posta adresine veya telefon numarasına kısa mesaj (SMS) tebligat yapılabileceğini kabul etmiş olması gerekir¹⁰³.

¹⁰² Elektronik tebligat, e-posta ya da cep telefonu kısa mesajıyla fesih konusunda daha geniş bilgi için bkz. ERTÜRK, Şükran, "İş Sözleşmesinin E-Posta Veya Kısa Mesaj (SMS) ile Feshi", Sicil, S. 36, 2016.

¹⁰³ ERTÜRK, Şükran, SMS ile Fesih, s. 37-38.

Fesih bildiriminin şekline ilişkin yasal bir zorunluluğun öngörülmediği iş ilişkileri bakımından şekil serbestisi söz konusudur. Bununla birlikte tarafların fesih bildiriminin şekli konusunda yaptıkları anlaşmalar geçerlidir¹⁰⁴.

Aşağıda görüleceği üzere, öğretide sözleşmede öngörülen şartlara aykırı olarak yapılan fesih bildirimi de usulsüz fesih olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁵. Bu nedenle, iş güvencesi kapsamına girmeyen iş ilişkileri bakımından, kanun veya sözleşmede öngörülen şekil şartına aykırı olarak yapılan süreli fesih bildirimi usulsüzdür. Ne var ki, fesih usulsüz de olsa sözleşmeyi sona erdirir.

b) Bildirim Süresine Uyma Zorunluluğu

İş hukuku mevzuatımızda belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshedilmeden önce karşı tarafa durumun ne kadar süre önce bildirilmesi gerektiği işçinin kıdemine bağlı olarak farklı şekilde düzenlenmiştir.

İş Kanunu'na göre iş sözleşmeleri, işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra ve işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır (17/2)¹⁰⁶. Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir (m.17/3). İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde 17. maddede belirtilen bildirim süresiyle, 27. madde gereğince işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez (m.59/2).

¹⁰⁴ ERTÜRK, Şükran, SMS ile Fesih, s. 34.

¹⁰⁵ NARMANLIOĞLU, s. 377; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 919.

¹⁰⁶ Kanunda işçiler (Arbeitnehmer) ile beyaz yakalıları (Angestellten) arasında bir ayırım yapılmamış ve her iki grup için de aynı süreler öngörülmüştür. §622 BGB' göre, fesih süresi takvim ayının 15'ine veya sonuna kadar 4 hafta şekilden uygulanır. Ancak fesih işveren tarafından yapılıyorsa, iş ilişkisinin süresine göre bu süre, 7 aya kadar (takvim ayının sonuna kadar) uzatılmaktadır. Buna göre, çalışma süresi 2 yıl olan bir işçi için, bildirim süresi (bir takvim ayının bitiminden itibaren) 1 ay, 5 yıl için 2 ay, 8 yıl için 3 ay, 10 yıl için 4 ay, 12 yıl için 5 ay, 15 yıl için 6 ay, 20 yıl için de 7 aydır. Ayrıca kanundaki düzenlemeye göre, işçinin 25 yaşından önceki geçirmiş olduğu süreler göz önünde bulundurulmaz. Deneme süresi içinde, iş ilişkisi 2 haftalık fesih süresine uyularak feshedilebilir (bu düzenleme 6 aylık deneme süresi için). Ayrıntılı açıklama için bkz. LÖWISCH/CASPERS/KLUMPP, s. 168.

Türk Borçlar Kanunu'na göre hizmet sözleşmesi; bildirimin diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüştür olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüştür işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüştür işçi için altı hafta sonra sona erer (m.432/2)¹⁰⁷.

Deniz İş Kanunu'nun bildirimli fesih hakkını düzenleyen 16. maddesinde süresi belirsiz hizmet akdinin, 14. maddede yazılı durumlar dışında gemiadamının işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe bozulamayacağı belirtildikten sonra, hizmet akdinin, işi altı ay sürmüştür olan gemiadamı için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüştür olan gemiadamı için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüştür olan gemiadamı için bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, işi üç yıldan fazla sürmüştür olan gemiadamı için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

Basın İş Kanunu'nda da bildirim süreleri sadece gazetecinin kıdemine göre değil, sözleşmeyi fesheden tarafın gazeteci veya işveren olmasına göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre işveren tarafından Basın İş Kanunu'nun 1. maddesinin kapsamına giren bir işyerinde işverenle arasındaki hizmet ilişkisi bir veya müteaddit sözleşmeye istinaden aralıksız olarak en az beş yıl sürmüştür olan gazetecinin işine son verilmesi yapılacak yazılı bildirimden itibaren üç ay geçtikten sonra geçerli olur. Beş seneden az hizmeti olanlar için önel süresi bir aydır (m.6/4). Gazeteci tarafından ise en az bir ay evvel işverene yazılı bildirimde bulunmak suretiyle iş sözleşmesini her zaman feshedebilir (m.7).

Görüldüğü üzere bildirim süreleri bakımından İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu arasında bir benzerlik söz konusu ise de, Türk Borçlar Kanunu ile Basın İş

¹⁰⁷ Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda olağan fesih (Ordentliche Kündigung) türünün çıraklık ilişkisinde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Çıraklık ilişkisinde sadece 4 aydan fazla süren deneme süresi kapsamında fesih bildirim sürelerine uyulmaksızın aradaki sözleşme feshedilebilir. Deneme süresinden sonra ise, sadece haklı bir nedenin olması durumunda yapılan fesihler geçerlidir. Ayrıca çırak, eğer mesleki eğitim konusunu değiştirmek veya eğitimi bırakmak istiyorsa, 4 haftalık bildirim süresine uyarak aradaki ilişkiyi sona erdirebilir (§22 II Nr. 2 BBiG).

Kanunu'ndaki süreler diğer kanunlardan farklı düzenlenmiştir. Öğretide Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasında bildirim süreleri bakımından farklılığın işin niteliğinden doğmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir¹⁰⁸. Kanımızca her iki Kanun kapsamındaki iş ilişkilerinin nitelikleri büyük ölçüde farklıdır. Esasen bu farklılık nedeniyle İş Kanunu'nun 4. maddesi, Türk Borçlar Kanunu kapsamına giren iş ilişkilerini kapsam dışında tutmuştur.

Türk Borçlar Kanunu ve iş kanunlarımızda bildirim süreleri nispi emredici olarak düzenlendiğinden bildirim sürelerinin sözleşmelerle işçi aleyhine azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir¹⁰⁹.

Bildirim süresi, fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşmasından başlayarak hesaplanır. Haftaların hesaplanması konusunda iş kanunlarımızda hüküm bulunmadığından Türk Borçlar Kanunu hükümleri dikkate alınmalıdır. Buna göre, fesih bildirimi haftanın hangi gününde karşı tarafa varmışsa son haftanın bildirimin yapıldığı güne ismen uyan gününde sözleşme sona erer (TBK.m.92/2)¹¹⁰.

Fesih bildirim süreleri işlemeye başladıktan sonra iş sözleşmesi herhangi bir nedenle askıya alınırsa, bildirim süreleri askı hali ortadan kalkıncaya kadar durur¹¹¹. Yargıtay işveren tarafından yapılan fesih bildiriminin işçiye raporlu olduğu sırada ulaşması halinde, bildirim süresinin raporun bitiminden itibaren işlemeye başlayacağına karar vermiştir¹¹². Yargıtay'ın bu görüşüne paralel olarak ve daha geniş anlamda Türk Borçlar Kanunu, bildirim süresinin sözleşmenin askıda olduğu dönemde işlemeyeceğini düzenlemiş bulunmaktadır (m.432/6). Buna göre ücretsiz izin, grev, hastalık nedeniyle raporlu olma gibi nedenlerle iş sözleşmesinin askıda bulunduğu sürelerde, bildirim sü-

¹⁰⁸ ÇELİK, Nuri, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, Sicil, Mart 2012, s. 6; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 465; SOYER, Polat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan “ Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin “Bazı” Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), 25 Mayıs 2012, İstanbul, s. 35.

¹⁰⁹ Y9HD, 08.01.2019, 2018/16190-2019/185.

¹¹⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 465.

¹¹¹ SÜZEK, s. 509; YAMAN, Rabiye, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C.II, İstanbul 2016, s. 783-784.

¹¹² YHGK, 10.10.1990, 322-647 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 513-514; Y9HD, 04.03.1999, 2826-4097 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 589-590.

resi işlemeyecektir. Böylece işçi raporlu süre ve ardından başlayan bildirim süresi içinde ücret zammı, kıdem tazminatı tavanı gibi gerçekleşecek haklardan yararlanabilecektir¹¹³.

Gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerekse iş kanunlarımızda bildirim sürelerinin asgari olduğu ve sözleşme ile arttırılabileceği düzenlenmiştir (TBK.m.432/3; İşK.m.17/3; DİK.m.16/C; BİK.m.8). Öğretide arttırılan bildirim sürelerinin iki taraf bakımından da geçerli olması gerektiği ileri sürülmüştür¹¹⁴. Buna karşılık Yargıtay, bildirim sürelerine ilişkin hükmün nispi emredici niteliğinden hareketle arttırılan sürelerin işçi yararına uygulanabileceğine, işçinin ihbar tazminatı ödemek durumunda kaldığı durumda tazminatın kanundaki süre esas alınarak hesaplanması gerektiğine karar vermiştir¹¹⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra konuyu yeniden değerlendiren bir yargı kararına rastlanılmamıştır.

Fesih bildirim sürelerinin en fazla ne kadar arttırılabileceğine ilişkin kanunlarımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bildirim sürelerinin arttırılmasında bir üst sınır olmasının gerekip gerekmediği, toplu iş sözleşmesi ile arttırılan bildirim sürelerine hâkimin müdahale yetkisinin bulunup bulunmadığı konusu öğretide tartışmalıdır. Tartışma daha çok bildirim sürelerinin arttırılması konusunda bir üst tavan olması gerektiğini benimseyen Yargıtay'ın somut iki kararı çerçevesinde yapılmıştır. Yargıtay bir kararında¹¹⁶ kanunda bildirim sürelerinin arttırılmasına ilişkin bir tavanın öngörülmemiş olmasının, bu artışın sınırsız bir şekilde yapılacağı şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Karara göre bu tür bir düzenleme 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen kamu düzenine aykırıdır. Kararda ayrıca

¹¹³ Y9HD.06.12.1994,11216-17284, Çimento İşveren D, Ocak 1995, s. 44-45; Aynı Dairenin 22.10.1998, 12883-15074, TÜHİS, Şubat-Mayıs 1999, s. 75-76.

¹¹⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 467. Aksi yönde bkz. CENBERCİ, s. 307.

¹¹⁵ Y9HD, 29.09.1998, 11002-13716, GÜNAY, s. 597.

¹¹⁶ “Somut olayda mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda temizlik elemanı olarak belediye de çalışan davacının ihbar tazminatı 36 hafta üzerinden hesaplanmıştır. Dosya içeriğine göre toplu iş sözleşmesinde 36 hafta ihbar öneli olduğu belirtilmiş ve 252 gün üzerinden ihbar tazminatı hesaplanmış ise de yapılan açıklamalar doğrultusunda olağan koşullarda bu süre fahiş nitelikte olup sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir. Sözleşme hakkı kapsamında yasaya uygun ihbar öneli uygulanması yani yasal hizmet süresinin en fazla 3 katı tutarında ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır”. (Y9HD. 21.03.2006, 111-7054). Ayrıca bkz. Y22HD, 06.12.2013, 2012/29862-2013/28388.

Anayasanın 53. maddesinin güvencesindeki toplu iş sözleşmesi hakkının kötüye kullanılamayacağı, çok yüksek sürelerin işverenin fesih hakkını önemli ölçüde sınırladığı, kanunda bir üst sınır olmaması konusunda boşluk bulunduğu ve bunun hâkim tarafından doldurulması gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay diğer bir kararında ise aynı görüşten hareketle bildirim sürelerinin en çok ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı kadar olması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁷. Yargıtay'ın bu kararları bir kısım yazarlarca isabetli bulunmuş¹¹⁸, bir kısım yazarlar tarafından da eleştirilmiştir¹¹⁹.

Taraflarca farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı konusunda da öğretide tartışma bulunmaktadır. Bu hususta daha önce yürürlükten kalkmış olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 340. maddesinin 3. fıkrasının “iş sahipleri ve işçiler için muhtelif ihbar müddetleri, mukavele edilmesi caiz değildir” hükmünden hareketle, farklı bildirim sürelerine ilişkin taraflarca kararlaştırılan hükmün geçersiz olacağı ve yerini yasal bildirim sürelerinin alacağı ileri sürülüyordu¹²⁰. Farklı bildirim sürelerinin öngörülebileceğini kabul eden görüşler de kendi arasında ikiye ayrılmaktaydı. Bir görüşe göre, bu konuda her iki tarafa da uzun olan bildirim sürelerinin uygulanması

¹¹⁷ “Somut olayda; dava konusu ihbar tazminatı Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri nazara alınarak 45 hafta üzerinden hesaplanmıştır. Yukarıda belirtilen yasal ve hukuksal gerekçelere ve özellikle Daire uygulamalarına göre ihbar ve kötü niyet tazminatlarının toplamı kadar ihbar tazminatına hükmetmek gerekirken daha fazla ihbar tazminatına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y9HD, 21.03.2006, 109-7052). Aynı yönde bkz. Y9HD, 01.04.2010, 2008/22792-2010/8987; Y22HD, 07.07.2015, 2014/28177-2015/23427.

¹¹⁸ Kararı yerinde bulan yazarlar için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi: “Toplu İş Sözleşmesi’nde Yer Alan Fahiş İhbar Önellere ve Yargının Müdahalesi, Karar İncelemesi, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul 2011, s. 99-100; UŞAN, M. Fatih, “Kamu İşverenleri Açısından Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği! Ne Kadar?”, LİHSGHD, 2007/15, s. 974-979; KAPLAN, Emine Tuncay, “Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının Üst Sınırı”, Sicil, Mart 2008, s. 10-13; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL’a göre “Kanunun bildirim sürelerine ilişkin hükmü nisbi emredici olmakla ve bu bakımdan arttırılmış bildirim süreleri hukuken geçerli bulunmakla birlikte kanun koyucu İş Hukuku alanında bir hüküm koyarken işçinin korunması ilkesini, kamu yararı ilkesinin sınırları içinde gözetir. Bir başka ifadeyle işçinin yararı, kamu yararına aykırı olarak gerçekleşemez kanunun hiçbir hükmü kamu yararına aykırı bir sonucu doğuracak şekilde yoruma tabi tutularak uygulanamaz”. Aynı yer, s. 909.

¹¹⁹ Kararı eleştiren yazarlar için bkz. TAŞKENT, Savaş, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s. 170-171; SÜZEK, s.512-513; ÇELİK, Nuri: Toplu İş Sözleşmeleri ile Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Arttırılmasında Karşılaşılan Sorunlar, Çalışma ve Toplum, S.31, 2011/4, s.11-21; BAKIRCI, Kadriye, “Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi”, Karar İncelemesi, Sicil, S.5, Mart 2007, s. 110-113.

¹²⁰ SAYMEN, s. 558; OĞUZMAN, s. 191 vd.

gerekir¹²¹. Diğer görüşe göre ise, Borçlar Kanunu'nun 340. maddesinin son hükmü işçiyi koruma amacıyla düzenlendiğinden, işçi yararına olmak kaydıyla farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması mümkündür¹²². Yargıtay da işçi lehine olmak kaydıyla, sözleşme ile farklı bildirim sürelerinin öngörülebileceğini benimseyerek sorunu çözmekteydi¹²³. Yargıtay bir kararında toplu iş sözleşmesinde hizmet süresi üç yıldan fazla olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde on hafta bildirim süresi verileceğinin, peşin ödemeli fesihte ise kanuni sürelerle uyulacağının kararlaştırılması karşısında, peşin ödemeli fesihte de uzun süreli bildirim sürelerinin dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir¹²⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nda bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olmasının zorunlu olduğu; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan bildirim sürelerinin uygulanacağına ilişkin 432. maddenin 5. fıkrası hükmü de bu konudaki tartışmaları sona erdirmiş değildir. Bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinin 5. fıkrası hükmünün İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde de geçerli olması gerekir¹²⁵. Buna karşı bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, sözü edilen düzenleme tarafları eşit varsayan Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından

¹²¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 467.

¹²² ÇENBERCİ, s. 307; ATABEK, Reşat, İş Aktinin Feshi, 1938, s. 63; SÜZEK, s. 510; MOLLAMAHMUTOĞLU'na göre, taraflar arasında formel bir eşitliği benimseyen Borçlar Kanunu'nun 340. maddesi hükmü iş hukukunda uygulanamaz. Çünkü iş hukukunda taraflar maddi anlamda eşit değildir. Bu nedenle Borçlar Kanunundan iş hukukuna aktarılabilecek hükümler, taraflar arasında daima maddi eşitliği sağlama esasında yoruma tabi tutulmak zorundadır. Buna göre, kanuni bildirim sürelerinin sadece işverenin fesih bildirimini bakımından arttırılması ya da her iki taraf için de arttırılmakla birlikte işveren yönünden daha uzun bir sürenin kararlaştırılması mümkündür. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 244.

¹²³ Yargıtay 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin IV. bendinin uygulaması ile ilgili olarak şu görüşe yer vermiştir: "Bildirim önelerinin sözleşme hükmü ile arttırılmış olması halinde, 4857 sayılı İş Kanununun 25/IV maddesi uygulaması yönünden arttırılmış sürelerin dikkate alınması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin derhal fesih hakkı ancak, tutukluluk süresinin arttırılmış ihbar önelerini aşması halinde ortaya çıkar"(Y9HD, 02.05.2011, 2009/12385-2011/12782).

¹²⁴ Y9HD, 01.05.2001, 1448-7394, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001. Benzer yönde bkz. Y9HD, 01.02.2005, 2004/7562-2005/2748, ÇİL, Şahin, İş Kanunu Şerhi, C.II, 2.B, Ankara 2007, s. 852.

¹²⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 188; SOYER, Polat, İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Önelerinin Eşitliği İlkesi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, İstanbul, 2016, s. 672-673. SOYER söz konusu ilkenin Deniz İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde de geçerli olması gerektiğini, ancak Basın İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde uygulanmasının mümkün olmadığını, zira Basın İş Kanununda işverenin daha uzun bildirim süresi ile bağlanması düşüncesine üstünlük tanındığını belirtmiştir. Aynı yer, s. 673; SÜMER, s. 100.

geçerli olduğundan, İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmelerine uygulanamaz¹²⁶. Yargıtay'ın Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden sonra bu konuda yeni bir görüşü henüz bulunmamaktadır. Ancak düzenlemenin İş Kanunu'na tabi sözleşmelere uygulanmayacağı yönündeki görüş benimsenir ve bildirim sürelerine ilişkin hükmün nispi emredici nitelikte olduğundan hareket edilirse, eski görüşünden farklı bir uygulamaya gitmeyeceği şimdiden söylenebilir. Gerçekten, Basın İş Kanunu'nda işveren yönünden daha uzun bildirim süresinin öngörülmüş olması da konuyu iş hukukunun özellikleri çerçevesinde değerlendiren görüşün isabetli olduğunu ortaya koymaktadır¹²⁷.

Türk Borçlar Kanun'un 432. maddesinin 3. fıkrasında bildirim sürelerinin kısaltılamayacağı kesin bir dille ifade edilmiştir. Bildirim süreleri ile sadece işçinin değil, işverenin menfaatleri de korunur. İş Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrasında bildirim sürelerinin asgari olduğu belirtildiğine göre, her iki taraf açısından da bu sürelerin kısaltılmaması gerektiği ileri sürülebilir. Öğretide iş kanunlarına tabi iş ilişkileri bakımından bildirim sürelerinin işçi açısından kısaltılabilmesine imkân veren düzenleme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁸. Kanımızca iş kanunlarımızda bildirim sürelerinin asgari olduğunun belirtilmiş olması ve bildirim sürelerine ilişkin hükümlerin nispi emredici nitelikte olduğu dikkate alındığında, işçi aleyhine kısaltılması mümkün değildir. Başka bir anlatımla, sözleşmeyle işçi lehine olmak kaydıyla, kanunda belirtilen bildirim sürelerinden daha kısa süreler kararlaştırılabilir. Belirtelim ki, süreyi kısaltmanın işçi lehine olup olmadığını tespit etmek güçlük arz edebilir. İşçinin süreli feshinde kısaltılmış sürelerin işçi lehine olabileceği söylenebilirse de, işverenin feshinde aynı sonuca varılması her zaman doğru olmaz. Tarafların işçinin aleyhine kanunda belirtilen sürelerin altında bildirim süreleri kararlaştırmaları halinde yasal bildirim sürelerinin uygulanması gerekir¹²⁹.

¹²⁶ SÜZEK, s. 510-511; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 907-908.

¹²⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 908; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 937.

¹²⁸ SOYER, Polat: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil, Haziran 2011, s. 15; ÖZDEMİR, Erdem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Sicil, Aralık 2011, 107-113, s. 109.

¹²⁹ ÇENBERCİ, s. 306; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 467; NARMANLIOĞLU, s. 361; GÜNAY, s. 478.

Yargıtay bir kararında sözleşmede işçinin bildirim süresi içinde çalışması veya bu süreye ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle yapılacak fesihlerde bildirim süresinin farklı belirlenmesi durumunda, daha uzun sürenin işçi lehine olduğu gerekçesiyle işçinin fark ihbar tazminatı talebini kabul etmiştir¹³⁰. Kanımızca böyle bir sözleşme hükmüne dayanarak, işçinin bildirim süresi tanımadan ve peşin ödeme de yapmadan sözleşmeyi feshetmesi durumunda, işverenin uzun bildirim süresine dayalı fark ihbar tazminatı isteğinin reddedilmesi gerekir.

c) Bildirim Süresine Ait Ücretin Peşin Ödenmesi

Türk Borçlar Kanunu'nda ve İş Kanunu'nda işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin vererek bildirim süresine uymadan sözleşmeyi feshedebileceği öngörülmüştür (TBK.m.432/4; İşK.m.17/5). İşverene bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetme imkânının verilmesinin iki tarafın lehine olabileceği ileri sürülmektedir. İşveren açısından, iş sözleşmesi süreli fesih bildirimi ile feshedilen işçinin, bildirim süresince moral bozukluğu içinde işyerine bağlılığının ve veriminin azalacağı, iş güvenliğini tehlikeye düşüreceği ihtimali karşısında, bu imkânın verilmesi işverenin yararınadır. Bununla birlikte işçi de bildirim süresine ait ücreti peşin alarak, bu süre içinde iş görme ediminden kurtulacak ve daha rahat iş arama imkânına kavuşacaktır¹³¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin ekonomik bakımından zayıf olduğu, bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle sözleşmeyi feshetmesinin aleyhine olabileceği düşüncesi ile ona bu imkânın verilmediği tahmin edilmektedir. Ancak işçinin daha iyi şartlarda yeni bir iş bulduğu veya kendi adına işyeri kurduğu durumlarda bildirim süresine ait ücreti peşin ödeme yoluyla sözleşmeden kurtulabilmesine imkân verilmemesinin işçi lehine olduğunu söylemek güçtür.

¹³⁰ Y9HD, 01.09.2001, 1448-7394 (TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s. 65-66). Karara konu olayda toplu iş sözleşmesinde hizmet süresi üç yıldan fazla olan işçilerin sözleşmelerinin feshinde on haftalık bildirim süresi öngörülmüş, ancak peşin ödemeli fesihte yasal bildirim sürelerinin geçerli olacağı kararlaştırılmıştır. İşveren tarafından bildirim süresi tanınmadan ve peşin ödeme de yapılmadan sözleşme feshedildiği halde mahkemece işçinin ihbar tazminatı talebi sekiz haftalık ücret tutarı olarak hesaplanmıştır.

¹³¹ OĞUZMAN, s. 200; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 472.

Deniz İş Kanunu'nda ve Basın İş Kanunu'nda bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle sözleşmenin feshedilebileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, tarafların bildirim süresine ait ücreti peşin ödeme yoluyla sözleşmeyi feshedemeyeceklerine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Ancak kanımızca, açıkça yasaklanmadığına göre bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi yoluyla iş sözleşmesinin feshi her iki taraf için de mümkün olmalıdır.

Bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, bildirim süresinin işçinin çalıştığı sürenin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan fesih bildirimi, karşı tarafa varmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur, var olan iş ilişkisi ortadan kalkar¹³². Bu nedenle sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadığı ya da hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadığı sürece peşin ödeme suretiyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklardan işçi yararlanamaz. Çoğunluk görüşe göre ise, süreli feshin hukuki sonucu sözleşmenin bildirim süresinin bitiminde sona ermesidir¹³³. Bu durum, bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi halinde değişmez. İşverene tanınan peşin ödeme suretiyle fesih yetkisi, iş sözleşmesinin süreli feshine ve bildirim süresine ilişkin hükümleri ortadan kaldıracak, işçiyi bu süre içinde gerçekleşecek haklarından yoksun bırakacak şekilde yorumlanamaz. Aksi takdirde işverene, işçiye haklar sağlayan bildirim sürelerinin hükümlerinden götürü bir para ödeyerek kurtulmak üzere bir seçimlik yetki tanınmış olur ki, böyle bir sonuç hükmün amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle bildirim süresi işçinin çalıştığı sürenin hesabında nazara alınmalı; işçi, bildirim süresi içinde kazanılacak ikramiye, zam, kıdem tazminatı, kıdem tazminatı tavanı, yıllık ücretli izin gibi haklardan yararlandırılmalıdır. Aksi halde, sadece işverene tanınan bu imkânın, işçinin korunması ilkesine aykırı olarak işçinin zararına kullanılmasına yol açılmış olacaktır.

¹³² Görüşü savunan yazarlar için bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 190.

¹³³ Görüşü savunan yazarlar için bkz. OĞUZMAN, s. 200; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 471; EKONOMİ, s. 153 vd; KAPLAN, s. 62 vd; NARMALIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 371-372; SÜZEK, s. 519; GÜNAY, s. 481; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 930; SÜMER, s. 102; UŞAN, s. 105; ALPAGUT, Gülsevil, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara, 2007, s. 80-81.

Yargıtay, öğretinin yukarıda belirtilen çoğunluk görüşünün aksine, işverenin işçinin ücretini peşin ödeyerek sözleşmeyi feshettiğini bildirdiği tarih itibarıyla sözleşmenin derhal sona ereceği ve işçinin önel içinde gerçekleşecek haklardan yararlanamayacağı yönünde kararlar vermiştir¹³⁴. Yargıtay bu görüşüne istisna olabilecek şekilde, işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin ödemesi suretiyle sözleşmeyi feshettiği durumda, bildirim süresi içinde doğacak haklardan işçinin yararlanacağını sözleşme ile kararlaştırılması¹³⁵ ya da işveren sırf işçinin bildirim süresi içinde doğacak yeni haklardan yararlanmasını engellemek amacıyla hareket ettiğinin anlaşılması¹³⁶ hallerinde, sözleşmenin bildirim süresinin sonuna kadar devam edeceği kabul edilerek, işçinin bu süre içinde doğacak haklardan yararlanabileceğine karar vermiştir. Belirtelim ki bildirim süresi eksik kullandırılıp kalan süreye ilişkin ücretin ödenmesi halinde peşin ödeme suretiyle fesih söz edilemeyecektir. Çünkü peşin ödeme fesih bildiriminin yapıldığı anda bildirim süresine ait ücretin tam olarak ödenmesini gerektirir¹³⁷.

Yargıtay, işçiyi bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklardan yararlandığı bu istisnai durumlarda bildirim süresi içinde peşin ödemenin tam olarak yapılmasını aramaktadır¹³⁸. Buna göre peşin ödeme tam yapılmamış ya da eksik yapılmışsa işçi bildirim süresi içinde gerçekleşen haklardan yararlanabilecektir. Çünkü Yargıtay'a göre,

¹³⁴ “Davacının hizmet akti 24.8.2001 tarihinde ihbar ve kıdem tazminatları peşin ödenerek feshedildiğinden davacının daha sonra 1.9.2001 tarihinde yürürlüğe giren Toplu iş sözleşmesi zamlarından yararlanması mümkün değildir. İzin süresinin önel süresi ile içice girmesi mümkün değilse de derhal başka bir anlatımla önelsiz fesihlerin izin süresi içerisinde gerçekleşmesi mümkündür. Eğer işveren Toplu iş sözleşmesi zamlarından yararlandırmamak için derhal fesih yoluna gittiği anlaşılırsa işçinin kötü niyet tazminatı isteme hakkı doğar. Somut olayda açıklanan nedenlerle davacının feshin gerçekleştiği 24.8.2001 tarihinden sonra 1.9.2001 günü yürürlüğe giren Toplu iş sözleşmesi zamlarından yararlanması mümkün olmadığından bu zamlardan kaynaklanan ihbar farkı-kıdem tazminatı farkı-TİS'den doğan diğer fark alacak isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır”. (Y9HD, 20.04.2005, 2004/25001-2005/13861, Çalışma ve Toplum, 2005/3, s. 241-242). Aynı yönde kararlar için bkz. YHGK, 19.02.1982, 1200-132 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 514; ; Y9HD, 16.02.1999, 718-2345 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 592; YHGK, 05.06.1987, 1986/9-666, 1987/457, Tekstil İşveren D, Mart 1988, s. 20-21; Y9HD, 25.01.2001, 2000/16671-2001/1258, YKD, Ağustos 2001, s.1187-1188.

¹³⁵ Y9HD, 11.04.2000, 2331-5022 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 564-565; Y9HD, 13.03.2001, 2000/19901-2001/3852, Çimento İşveren D, Mayıs 2001, s. 51.

¹³⁶ Y9HD, 02.01.1999, 12252-16507, Tekstil İşveren D, Şubat 2000, s.17; YHGK, 03.02.1999, 9/35-54, Tekstil İşveren D, Nisan 1999, s. 21-22.

¹³⁷ Y9HD, 16.02.1993, 1992/13194-1993/2492, Tekstil İşveren D, Eylül-Ekim 1993, s. 175.

¹³⁸ Y9HD, 01.03.2004, 2003/13738-2004/3488, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 118-119.

ihbar tazminatı ödenmediği sürece bildirim süresinin sonuna kadar iş sözleşmesi devam eder. Bu süre içinde taraflar derhal fesih bildiriminde bulunabilirler¹³⁹. Bu nedenle bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmeyerek iş sözleşmesinin feshedildiği hallerde, işçi bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklardan yararlanır¹⁴⁰. Ancak bu yararlanma bildirim süresi içinde bildirim süresine ait ücretin tam olarak ödendiği tarihe kadar doğacak hakları kapsar¹⁴¹.

İş Kanunu'na göre, asıl olan bildirim süresine uyularak iş sözleşmesinin feshedilmesidir. Bu sebeple İş Kanunu'nda derhal fesih için haklı neden olmadığı halde, bildirim süresi verilmeden iş sözleşmesinin feshi kanuna aykırı bir davranış gibi değerlendirilmiş ve bu durumda bildirim süresine ait ücretin tazminat olarak karşı tarafa ödeneceği öngörülmüştür (İşK. m. 432/4). Bu bağlamda, işverene bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle sözleşmeyi feshetme imkânı kanunun öngördüğü bir istisnadır. İstisnai hükümlerin dar yorumlanması gerekir. Peşin ödeme suretiyle fesih imkânı işçinin, bildirim süresi içinde çalıştığı varsayımına dayandığından, çalışmaya bağlı hak edilen tüm alacaklarının ödenmesini gerektirir. Başka bir anlatımla, peşin ödenmesi gereken miktar, işçinin bildirim süresi içinde çalışmış olsaydı alabileceği tüm haklarını kapsar¹⁴². Aksi halde peşin ödemedен söz edilemez. Bu nedenle, bildirim süresine ait ücretin işverence peşin ödenmek suretiyle sözleşmenin feshi halinde bildirim süresi içinde kazanılacak yeni haklardan işçinin yararlanması gerektiğine ilişkin öğretinin görüşlerine biz de katılıyoruz. Peşin ödeme halinde sözleşmenin sona erme anı bildirim

¹³⁹ Y9HD, 19.06.2018, 2015/20561-2018/13260, Çalışma ve Toplum, 2018/4, s. 2273-2275; Y9HD, 11.03.2004, 4473-4787 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 541-542.

¹⁴⁰ “Bildirim öneli tanınmaksızın ve ihbar tazminatı da ödenmeden (tam olarak ödenmeden) işverence yapılan fesih durumunda ise, bildirim öneli sonuna kadar işyerinde uygulamaya konulan ücret artışından, iş sözleşmesi feshedilen işçinin de yararlanması ve tazminatının bu artan ücret esas alınarak hesaplanması gerekir...” (Y7HD, 16.02.2015, 2861-1523, Çalışma ve Toplum, 2016/1, s.292-296). Aynı yönde Y9HD, 27.10.1998, 12265-15287 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. s. 596, Y9HD, 12.05.2014, 12673-15344.

¹⁴¹ “İşverence ihbar öneli tanınmaksızın işçinin iş sözleşmesinin feshine rağmen ihbar tazminatının ödenmemiş olması durumunda, önel süresi içinde meydana gelen tavan artışından işçinin yararlanabileceği Dairemizce kabul edilmektedir” (Y9HD, 24.09.2018, 7243-16457, Çalışma ve Toplum, 2019/1, s. 643-648). Aynı yönde bkz. Y9HD, 22.06.1999, 7747-11197, GÜNAY, s. 584; Y9HD, 21.09.2000, 12518-12069, GÜNAY, s. 557.

¹⁴² NARMANLIOĞLU, s. 370.

süresinin bittiği tarih olduğundan¹⁴³, yıllık ücretli izin ve kıdem tazminatı gibi çalışma süresine bağlı haklar da buna göre belirlenmelidir¹⁴⁴.

Bildirim süresinin bir kısmının kullandırılması ve kalan kısmın ücretinin verilmesi şeklinde bir uygulamaya geçerlilik tanınmaz. Bu husus öğreti ve uygulamada “ihbar önelinin bölünmezliği” ilkesi ile açıklanmaktadır¹⁴⁵. Bildirim süresine ait peşin ödenecek ücretin belirlenmesinde işçinin son brüt ücreti esas alınır. İş Kanunu’nun 17. maddesinin 6. fıkrasına göre, bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32. maddenin 1. fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur. Kanunda bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi yaptırım olarak değil, bir tür süreli fesih imkânı olarak düzenlenmiştir. Peşin olarak ödenmesi gereken ücret, niteliği itibarıyla tazminat değil ücret olduğundan, ücrete ilişkin hükümler uygulanır¹⁴⁶. Bu nedenle Gelir Vergisi Kanunu’nun 25. maddesinde belirtilen istisnalar kapsamında sayılmayarak aynı Kanunun 94. maddesi gereğince gelir vergisi kesintisine tabi tutulmalıdır¹⁴⁷.

d) İş Arama İzninin Verilmesi

Süreli fesih bildiriminde bildirim süresi verilmesinin işçi açısından amacı yeni bir iş bulmasına imkân sağlamaktır. Bildirim süresi içinde iş görme borcunu yerine getirmek durumunda olan işçinin yeni iş bulma imkânını yakalaması zordur. Bildirim

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ULUCAN, Devrim, “İhbar Öneline Ait Ücretin Peşin ödenmesi Halinde Hizmet Akdinin Sonra Erme Tarihi”, İHU, İşK.m.13, No: 18; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 248-249; SÜMER, s. 102.

¹⁴⁴ SÜMER, s. 102.

¹⁴⁵ “Somut uyuşmazlıkta, davacı işçiye 13 gün ihbar süresi kullandırıldığı, buna göre 15 gün kullandırılmayan ihbar süresi kaldığı gerekçesi ile 15 günlük ihbar tazminatına hükmedilmesi hatalı olup, ihbar önelinin tamamına hükmedilmelidir”. (Y9HD, 16.03.2017, 3847-4242). Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 18.06.1996, 6464-13943, GÜNAY, s. 634; Y9HD, 21.09.1998, 10525-13401, GÜNAY, s. 599-600; Y22HD, 27.03.2017, 6567-6233.

¹⁴⁶ EKONOMİ, s. 156; NARMANLIOĞLU, s. 370.

¹⁴⁷ EKONOMİ, s. 156; SÜZEK, s. 518; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 473; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 933.

süresinin amacına ulaşması bu süre içinde işçiye iş arama izni verilmesi ile mümkün olabilir. Aksi takdirde işçiye bildirim süresi verilmesinin bir anlamı olmaz¹⁴⁸.

İş sözleşmesi fesih bildirim süresi verilerek feshedildiğinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama izni çalışma saatleri içinde ve ücret kesintisi yapılmaksızın vermek zorundadır (İşK.m.27/1). Buna göre, yeni iş arama izni işçi açısından Kanundan doğan bir hak; işveren yönünden ise Kanundan doğan bir yükümlülüktür. İşverenin bu yükümlülüğü sadece işverenin feshinde değil, işçinin feshinde de söz konusu olur¹⁴⁹. Önemli olan sözleşmenin usulüne uygun, fesih bildirim süresi verilerek feshedilmiş olmasıdır. Yeni iş arama izni, bildirim süresi içinde kullandırılması gereken bir izindir. Bu nedenle, bildirim süresi verilmemiş veya eksik verilmişse ya da bildirim süresine ait ücretin peşin verilerek fesih bildiriminde bulunulmuşsa, artık iş arama izninin verilmesi yükümlülüğünden söz edilemez¹⁵⁰.

İşçinin başka bir iş bulduğu için bildirimli fesihte bulunması halinde, iş arama izninin verilmesine gerek yoktur. Aynı şekilde işçinin iş arama izni sırasında kesin olarak iş bulduğunun saptanması halinde kalan iş arama izninin kullandırılması gerekli değildir¹⁵¹. İşçinin iş bulduğunu ispatlama yükümlülüğü işverendedir. Yargıtay, bildirim süresi içinde iş arama iznini kullanmakta iken iş sözleşmesini emeklilik nedeniyle fesheden

¹⁴⁸ Bildirim süresi içinde yeni iş arama izninin önemi hakkında daha geniş bilgi için bkz. EKONOMİ, Münir, “Yeni İş Arama İzni ve Uygulaması”, Kamu-İş, Osman Güven Cankaya’ya Armağan, Ankara, 2010; ÇENBERCİ, s. 610.

¹⁴⁹ Yeni iş arama izni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, “İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu”, Karar İncelemesi, Karar İncelemeleri. Mart 2011, İstanbul; SEVİMLİ, K. Ahmet, “Bir Normlar Çatışması Sorunu Olarak İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Yaptırımı”, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/316361> (E.T. 09.08.2019); LACİNER, Vedat, “Yeni İş Arama İzni Hakkı”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C.10, S.19, 2012, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/46298> (E.T. 09.08.2019); ŞEN, Murat, “Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesihte Yeni İş Arama İzni”, TÜHİS, Ağustos 2006; ÇENBERCİ, s.611; ESENER, s. 222; OĞUZMAN, s.195; EKONOMİ, s. 148, Aynı yazar, İş Arama İzni, s. 123 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 468 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 912.

¹⁵⁰ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 191; LAÇİNER, İş Arama İzni, s. 141-142; ŞEN, İş Arama İzni, s. 37; Yargıtay bir kararında konuya ilişkin şu ifadeleri kullanmıştır: “Yeni iş arama izni, bildirim süresi tanınarak yapılan fesihlerde söz konusu olur. İşverence Kanun’un 25. maddesine dayanılarak yapılan fesihlerde böyle bir yükümlülük olmadığı gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirim süresi tanınmaksızın derhal fesihte ya da bildirim sürelerine ait ücretin veya ihbar tazminatının peşin ödendiği hallerde yeni iş arama izni verilmesi gerekmez”. (Y22HD, 01.12.2015, 19880-33173, Çalışma ve Toplum, 2016/4, s. 2088-2090).

¹⁵¹ EKONOMİ, İş Arama İzni, s. 132; ŞAHLANAN, İş Arama İzni, s. 13.

işçinin, kalan süre için iş arama izin hakkı bulunmadığı gerekçesiyle, çalışmadan ücretini aldığı bu süreye ait ücretin işverence geri istenebileceğine karar vermiştir¹⁵². Öğretide yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini fesheden işçinin aylık bağlanmış olsa bile daha sonra çalışmasının mümkün olduğu, bu nedenle yeni iş arama izninin verilmesi gerektiği gerekçesiyle sözü edilen Yargıtay kararı haklı olarak eleştirilmiştir¹⁵³.

İş arama izni çalışma saatleri içinde ve ücret kesintisi yapılmadan verilmelidir. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır (İş K.m.27/1). Bildirim sürelerinin sözleşme ile arttırılması durumunda yeni iş arama izni, arttırılmış bildirim sürelerine göre hesaplanmalıdır¹⁵⁴.

Bir görüşe göre, işverenin işçiye yeni iş arama izni verme yükümlüğü işçinin isteği şartına bağlanamaz¹⁵⁵. İşçinin isteği, sadece iznin kullanma şekli ve zamanı yönünden dikkate alınması gereken bir şarttır. Bir başka görüşe göre ise, işçinin bu haktan faydalanabilmesi için talepte bulunması şarttır İşçinin talepte bulunması üzerine izin kullandırma yükümlülüğü söz konusu olur¹⁵⁶. Kanımızca, sözleşmenin bildirim süresi verilerek feshedilmesi ile işverenin bu yükümlülüğü doğmuş olur. İşçinin talebi sadece iş arama izin saatlerinin birleştirilerek topluca kullanılması konusunda işçinin talebi gereklidir. Başka bir anlatımla, iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanma yetkisi işçiye aittir. Bu nedenle işveren işçiye izin sürelerini toplu olarak kullanmaya zorlayamayacağı gibi, izin sürelerinin toplu kullanımına ilişkin işçinin talebi işverenin kabulüne de bağlı değildir¹⁵⁷.

¹⁵² Y9HD, 12.11.1997, 15322-18947, bkz. GÜNAY, s. 613-614.

¹⁵³ EKONOMİ, İş Arama İzni, s. 132-133.

¹⁵⁴ ŞAHLANAN, İş Arama İzni, s. 14.

¹⁵⁵ EKONOMİ, s. 149, Aynı yazar, İş Arama İzni, s. 139-140; SEVİMLİ, İş Arama İzni, s. 648-649; ŞEN, İş Arama İzni, s. 42;

¹⁵⁶ SAYMEN, s. 561; OĞUZMAN, s. 196.

¹⁵⁷ SAYMEN, s. 562; ÇENBERCİ, s. 612.

İş arama iznini verme ve hangi saatler arasında kullanılacağını belirleme yetkisi işverene aittir¹⁵⁸. İşçi işverenden izin almadan işi bırakıp gidemeyeceği gibi, iş arama iznini kullanacağı saat aralığını tek başına belirleme yetkisine de sahip değildir. Yargıtay’a göre de, iş arama izninin kullanılacağı zamanı belirleme yetkisi işverene aittir. İşçi, kendiliğinden iş arama iznine çıkamaz¹⁵⁹. Ancak işveren de bu yetkisini dürüstlük kurallarına uygun kullanmalıdır. İşçinin iş bulmasını güçleştirmemelidir.

İşçinin işverenden izin almaksızın işi bırakıp gitmesi ya da işverenin belirlediği saat aralığı dışında iş arama iznini kullanması devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine yol açabilir¹⁶⁰. İşçinin izin hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması gerekir. Örneğin, iş arama yerine sinemaya gidip eğlenmesi veya evine giderek dinlenmesi ya da iş bulduğu halde izin kullanmaya devam etmesi dürüstlük kuralına uygun düşmez¹⁶¹.

İş arama izninin toplu kullanılıp kullanılmayacağına karar verme yetkisi ise işçiye aittir. İşçi, toplu kullanmayı işin sıkışık ve acele olduğu döneme denk getirmeye özen göstermeli, bu noktada dürüstlük kuralına uygun hareket etmelidir¹⁶².

1475 sayılı Kanun döneminde yeni iş arama iznini hiç ya da gereği gibi vermeyen işverenler için ayrıca cezai yaptırım öngörülmüştü. 4857 sayılı Kanun’da cezai yaptırım düzenlenmemiş ise de, bu durum konuya ilişkin hükümlerin emrediciliğini ortadan kaldırmaz. İşçinin bu hakkı sözleşme ile bertaraf edilemez. Aynı nedenle işçinin bu hakkından önceden feragati geçerli değildir¹⁶³.

Yargıtay bir kararında, bildirim süresi verilerek iş sözleşmesi feshedilen ve yeni iş arama iznini kullanması istenen işçinin, işe iade davası açtığını öne sürerek izni kullanmak istemediğini belirtmesi karşısında, sonradan iş arama izninin kullandırılma-

¹⁵⁸ EKONOMİ, İş Arama İzni, s. 143.

¹⁵⁹ “İş arama izni işverenin vereceği bir izindir. Bu itibarla izin kullanma zamanını işveren belirler. İşçinin kendiliğinden bu izni kullandığını belirterek ayrılması doğru olmaz. Zira ihbar öneli içinde iş görme borcunun eksiksiz devam etmektedir”. (Y9HD, 21.03.2011, 2009/7616-2011/7531).

¹⁶⁰ ÇENBERCİ, s. 614.

¹⁶¹ SAYMEN, s. 562; ÇENBERCİ, s. 614.

¹⁶² OĞUZMAN, s. 195; ÇENBERCİ, s. 613.

¹⁶³ ÇENBERCİ, s. 612.

dığı iddiasıyla izin süresi içinde yaptığı çalışmanın karşılığı ücreti isteyemeyeceği sonucuna varılmıştır¹⁶⁴.

İşveren, yeni iş arama iznini iş aramaya elverişli bir zamanda vermelidir. İşverenin hiç izin vermemesi veya günde iki saatten az ya da elverişli olmayan zamanda izin vermesi durumunda, işçi açısından haklı nedenle derhal fesih hakkı doğar¹⁶⁵.

İş arama izni süresinde işçinin iş görme borcu dışında tarafların hak ve yükümlülükleri aynen devam eder. Bu süre içinde sözleşmenin haklı nedenle feshini gerektirecek bir sebebin ortaya çıkması halinde, derhal fesih hakkı kullanılabilir¹⁶⁶.

İş arama iznin çalışma saatleri içinde verilmesi gerektiğinden hafta tatili, bayram ve genel tatil günlerinde iş arama izni verme zorunluluğu ve dolayısıyla bu günler için iş arama izin ücreti ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaz¹⁶⁷.

İş arama izninin süresi günde en az iki saat olup, bu sürenin sözleşme ile kısaltılması mümkün değildir. Buna karşılık, bu süreyi uzatan sözleşme hükümleri geçerlidir¹⁶⁸.

Sözleşmenin işveren tarafından fesih bildirim süresi verilerek feshedilmesi halinde bildirim süresiyle yeni iş arama izni ve yıllık ücretli izin süresi iç içe giremez(İş K.m.59/son). Aksi halde fesih bildirimini usulüne uygun kullanılmış sayılmayacağı gibi, yeni iş arama izninin verildiğinden de söz edilemez. Çünkü yeni iş arama izni iş saatleri içinde verilmek zorundadır¹⁶⁹.

¹⁶⁴ “Davacı işçi verdiği cevapta işe iade davası açtığından bahisle yapılan feshi kabul etmediğini, bu nedenle de iş arama iznine ilişkin davalı işverenin kendisince imzalanmış ihtarnamelerini de kabul etmediğini beyanla iş arama iznini kendisi kullanmamıştır. Yani işverenin davacıya iş arama iznini kullandırmadığının kabulü doğru olmamıştır. Davanın reddine karar vermek gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirir” (Y22HD, 06.07.2017, 33076-16193).

¹⁶⁵ SAYMEN, s. 561-562; OĞUZMAN, s. 195; ÇENBERCİ, s. 613; EKONOMİ, İş Arama İzni, s. 151.

¹⁶⁶ OĞUZMAN, s. 194; EKONOMİ, s. 147-148.

¹⁶⁷ YHGK. 27.01.2010, 2009/9-593-2010/20.

¹⁶⁸ ÇENBERCİ, s. 612.

¹⁶⁹ ÇENBERCİ, s.612, yazara göre, yeni iş arama izninin verilmemesi halinde fesih bildiriminin usulüne uygun verilmemiş sayılacağına ilişkin hukuki sonuç ve görüşler, 1475 sayılı İş Kanunun düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 12.09.1995, 6773-25418, GÜNAY, s. 649-650.

İş Kanunun 27. maddesinin 2. fıkrasında işverenin yeni iş arama iznini vermemesi veya eksik kullandırması halinde, o süreye ilişkin ücretin işçiye ödeneceği belirtilmişse de, aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan “işveren, iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder” hükmünün daha işçi lehine olması karşısında, 2. fıkra hükmünün uygulanma olanağı kalmamıştır¹⁷⁰.

1475 sayılı İş Kanunu'nda iş arama izninin kullandırılmaması halinde ayrıca bir hukuki yaptırım öngörülmediğinden, fesih bildirim süresinin usulüne uygun verilmediği hukuki sonucu ile sorun çözülmekteydi. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise, iş arama izni verilmemesi halinde ayrı bir hukuki yaptırım öngörüldüğünden (m.27/3) Yargıtay, iş arama izni verilmemesi halinde, ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiğine ilişkin eski içtihadından dönmüştür¹⁷¹.

İş Kanunun 10. maddesine göre süreksiz işlere uygulanmayacak maddeler arasında bildirim sürelerini düzenleyen 17. madde ile yeni iş arama iznini düzenleyen 27. madde bulunmaktadır. Süreksiz işlerde, bildirim süreleri ve yeni iş arama izni konusunda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır¹⁷². Deneme süresi içinde iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedilebildiğinden, işverenin yeni iş arama izni verme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁷³.

Türk Borçlar Kanunu'nun “Hafta Tatili ve İş Arama İzni” başlıklı 421. maddenin 2. fıkrasında “İşveren, belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi hâlinde, bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın, günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlüdür” hükmüne yer verilmişse de, iş arama izninin verilmemesi halinde hukuki

¹⁷⁰ SÜZEK, s. 516; Aksi görüşte SEVİMLİ, İş Arama İzni, s. 659 vd. Yazara göre, aralarında astlık-üstlük, öncelik-sonralık ve genellik-özellik ilişkisi bulunmayan, aynı kanunun aynı maddesinde yer alan, aynı gün TBMM’de kabul edilip, yine aynı gün yayımlanarak yürürlüğe girmiş bu iki fıkra arasında çelişki söz konusudur. Bu çelişki “gerçek normlar çatışması” olarak algılanabilecek niteliktedir. Böyle bir durumda her iki hükmün birbirini yok ettiğinin ve bir kanun boşluğu bulunduğu kabulü gerekir. Boşluk doldurulurken bildirim süresinin işçi açısından önemine binaen, iş arama izninin kullandırılmaması halinde, usulüne uygun bir bildirim süresi verilmediğinin kabulü şeklindeki seçeneğin tercih edilmesi daha uygun düşer.

¹⁷¹ Sonraki kararlar için bkz. Y7HD, 18.03.2013, 4926-3659; Y9HD, 26.10.2017, 2015/14984-2017/16788 ve Y22HD, 13.03.2017, 6106-5365.

¹⁷² LAÇİNER, İş Arama İzni, s. 137.

¹⁷³ EKONOMİ, Yeni İş Arama İzni, s. 131.

yaptırım özel olarak düzenlenmemiştir. Kanımızca bu durumda bir “yasak çalışma” söz konusu olur. Yargıtay yasak çalışmayı fazla mesai gibi, yüzde elli hesaplama yapmak suretiyle hukuki yaptırıma bağlamaktadır¹⁷⁴.

Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu’nda iş sözleşmesinin bildirim süresi ver-
ilerek feshedilmesi halinde, yeni iş arama izni ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer
verilmiş değildir. Anılan kanunlarda bir boşluk bulunduğundan, genel kanun olan Türk
Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir¹⁷⁵.

B) Bildirim Sürelerine Uyulmamasının Hukuki Sonuçları

a) Usulsüz Fesih

Sürelî fesih bildiriminde bulunma hakkı kullanılırken Kanunda veya sözleşmede belirtilen bildirim sürelerine uyulmamasının hukuki sonuçlarından biri, feshin “usulsüz” olarak nitelendirilmesidir. İş sözleşmesinin Kanunda öngörülen veya sözleşme ile kararlaştırılan bildirim sürelerine uyulmadan feshedilmesine “usulsüz fesih” denilmektedir¹⁷⁶. Bu sonucun meydana gelmesi sözleşmeyi fesheden tarafın işçi veya işveren olmasına göre değişmez¹⁷⁷. Başka bir anlatımla, ister işçi ister işveren, belirsiz süreli iş sözleşmesini Kanun veya sözleşmede öngörülen usul ve şartlara riayet edilmeden yapılan fesih usulsüz fesihtir.

İş Kanunu’nda bildirim süresi içinde yeni iş arama izninin usulüne uygun şekilde verilmemesinin yaptırımı ayrıca düzenlendiğinden, yeni iş arama izninin verilmemiş olması feshi usulsüz hale getirmez. Türk Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş

¹⁷⁴ “İşçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullandırılmaması durumunda, kullandırılmayan sürenin tespiti ile % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğinin kabulü Anayasanın 50/2. maddesine ve amaçsal yorum benimsemek suretiyle 4857 sayılı Kanun’un ruhuna daha uygun düşeceğinden hükmün bozulması gerekmiştir”. (Y22HD, 13.06.2016, 2015/12878-2016/17527). Yargıtay’ın aksi yöndeki kararı için bkz. Y9HD, 01.05.2007, 4893-13796.

¹⁷⁵ EKONOMİ, Yeni İş Arama İzni, s. 123.

¹⁷⁶ NARMANLIOĞLU, s. 376-377; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 250; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 919; SÜMER, s. 110; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 192; SENYEN KAPLAN, s. 273; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, İş Hukuku, 5.B, İstanbul 2018, s. 187; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011, s. 74; Bununla birlikte bildirim sürelerine aykırı olarak yapılan feshi haksız fesih olarak nitelendiren görüşler de bulunmaktadır (Bkz. OĞUZMAN, s. 211, 213; EKONOMİ, s. 157).

¹⁷⁷ SÜZEK, s. 520; NARMANLIOĞLU, s. 377.

Kanunu kapsamında kalan iş ilişkilerinde ise, bildirim süresi içinde yeni iş arama izninin verilmemesi halinde, usulsüz fesih söz konusu olur¹⁷⁸.

Öğretide usulsüz feshin sadece bildirim süresinin usulüne uygun verilmemesi, peşin ödemenin gereği gibi yapılmaması ya da iş arama izninin verilmemesi halinde değil, aynı zamanda sözleşmede öngörülen usul ve şartlara riayet edilmemesi halinde de söz konusu olacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre sözleşme ile süreli fesih hakkının kullanımı konusunda getirilen usul ve şartlara uyulmaması da feshi usulsüz hale getirir¹⁷⁹. Buna göre, usulsüz fesih durumunda sözleşmede öngörülen yaptırımlar söz konusu olur. Örneğin, toplu iş sözleşmesinde toplu işçi çıkarma prosedürünün öngörülmesi ve buna aykırılığın cezai şarta bağlanması durumunda, bildirim süresine uyulmuş olsa bile salt prosedüre aykırılık, yapılan fesih bildirimini usulsüz hale getirir.

Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'na göre de bildirim sürelerine uyulmaması veya bildirim süresine ilişkin ücretin tam olarak peşin ödenmemesi halinde, yapılan fesih usulsüzdür.

Usulsüz fesihte fesih nedeni değil, fesih bildiriminin tabi olduğu kural veya şekle uygun davranılıp davranılmadığı önemlidir. Fesih bildirimi şeklen kanun veya sözleşmede öngörülen kurallara uygun olmakla birlikte, hukukun izin vermediği bir amaca yönelik olması durumunda fesih hakkı kötüye kullanılmış olur¹⁸⁰.

Usulsüz fesih sadece bildirim sürelerine uyulmaması halinde değil, peşin ödemeye fesihte bildirim sürelerine ilişkin ücretin hiç ödenmemesi ya da eksik ödenmesi durumunda da ortaya çıkar¹⁸¹. Çünkü peşin ödeme yoluyla fesih de kanunda belirtilen şartlar dâhilinde yapılması gereken bildirimli fesihtir.

Bildirim süresi kısmen kullandırılıp kalan süreye ilişkin ücretin ödendiği durumda da süreli fesih hakkı usulüne uygun kullanılmamış sayılır.

¹⁷⁸ 4857 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce İş Kanunu tabi iş ilişkileri bakımından da aynı sonuca varılmaktaydı. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 250.

¹⁷⁹ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. NARMANLIOĞLU, s. 377; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 919.

¹⁸⁰ NARMANLIOĞLU, s. 376.

¹⁸¹ SÜZEK, s. 520.

Fesih bildirimi usulsüz olarak yapılmış olsa bile, usulüne uygun bir fesih bildirimi gibi, sözleşmeyi sona erdirir. Bununla birlikte fesih bildiriminin usule aykırı olarak yapılması halinde, hukuki yaptırımlar söz konusu olur¹⁸².

b) İhbar Tazminatı

Kanunda belirtilen süreli fesih bildirimi şartlarına uymadan iş sözleşmesini fesheden taraf, karşı tarafa bildirim süresine ait ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır (İşK.m.17/4). Öğreti ve uygulamada ihbar tazminatı olarak adlandırılan¹⁸³ bu tazminatın niteliği için, işçi açısından “ücret”, işveren açısından ise, “kanundan doğan bir tazminat”¹⁸⁴, “kanundan doğan götürü bir tazminat”¹⁸⁵, “çift karakterli bir tazminat”¹⁸⁶ ve fesih bildiriminde bulunan tarafı süreli fesih bildirimi şartlarına uymaya zorlama amacına yönelik “bir medeni ceza”¹⁸⁷ denilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nda belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca usulsüz feshedilmesi halinde, açıkça ihbar tazminatının ödeneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İşverene bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle fesih hakkının tanınması ihbar tazminatına yer verildiği anlamına gelmez. İş kanunlarımızda belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uyulmadan feshi halinde ihbar tazminatı ödeneceğine dair açık hüküm bulunmasına karşın, Türk Borçlar Kanunu’nda

¹⁸² MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 250.

¹⁸³ OĞUZMAN, s. 276 vd; ESENER, s. 229 vd; EKONOMİ, s. 156; NARMANLIOĞLU, s. 377; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 921; SÜMER, s. 111; UŞAN, s. 105; “İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır”. (Y9HD, 10.02.2014, 2011/54410-2014/3699, Çalışma ve Toplum, 2015/1, s. 476-480). Usulsüz feshin yaptırımı için “bildirim tazminatı” olarak yapılan adlandırma için bkz. KUTAL, Metin, Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, MESS, İstanbul 1994, s. 39.

¹⁸⁴ SAYMEN, s. 606.

¹⁸⁵ OĞUZMAN, s. 276; NARMANLIOĞLU, s. 389; SÜZEK, s. 521; AKYİĞİT, s. 262; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 75.

¹⁸⁶ EKONOMİ, s.157, Yazar, ihbar tazminatının her halde bir zarar karşılığı olarak kabul edilmediğin, bildirim sürelerine gerektiği gibi uyulmasını sağlama amacı yanında diğer taraf için bir zarar dogma ihtimalini de karşılaması nedeniyle çift karakterli bir tazminat olduğunu belirtmiştir. Yazar bu nedenle bildirim sürelerine uyulmadan yapılan feshi haksız fesih olarak nitelendirmiştir.

¹⁸⁷ ÇENBERCİ, s. 254, Yazara göre ihbar tazminatı, fesih bildiriminde bulunan tarafı bildirim sürelerine uymaya zorlama amacı taşır. İhbar tazminatına ilişkin hükmün, karşı tarafın bu yüzden doğan zararını ya da yoksun kalınan ücretini karşılama amacı yoktur. Burada “tazminat” kelimesi teknik anlamda kullanılmamıştır. Bu nedenle medeni ceza niteliğindeki bu tazminattan herhangi bir indirim yapılamaz. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÇENBERCİ, s. 336-337.

bu yönde düzenleme bulunmaması anlamlıdır. Kuşkusuz usulsüz bir fesih bildirimi yaptırımsız bırakılamaz. Aksi bir düşünce bildirim sürelerini anlamsız kılar. Belirtelim ki kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nda da ihbar tazminatı düzenlenmemiştir. Bunun nedeni İsviçre Hukukunda bildirim sürelerine uyulmadan yapılan feshin de haksız fesih olarak nitelendirilmesidir. Bildirim sürelerine uyulmaksızın sözleşmenin feshedilmesi halinde, haksız feshin yaptırımı söz konusu olmakta ve haksız fesihte olduğu gibi, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşmenin sona erdiği kabul edilmektedir¹⁸⁸. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde de sözleşmenin bildirim sürelerine uyulmadan feshedilmesi halinde haksız feshin sonuçlarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 438 ve 439. maddede hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünüyoruz¹⁸⁹. İhbar tazminatı ile Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin öngördüğü tazminat miktar olarak aynı olsa bile, hukuki nitelikleri farklı tazminatlardır. Bu iki tazminat arasındaki diğer farklar aşağıda ayrıca açıklanacaktır¹⁹⁰.

Yargıtay’a göre de ihbar tazminatı ücret değil tazminattır¹⁹¹. Kanımızca Kanunda bildirim süresine ait peşin olarak ödenen ücret süreli fesih bildirimi şartlarına uyulmaması halinde ödenmesi gereken tazminattan nitelikçe farklıdır. Peşin ödeme imkânının sadece işverene tanınmış olması bu farklılığın ilk işaretidir. Her ne kadar peşin ödemede de bildirim sürelerine uyulmadan yapılan bir fesih söz konusu ise de, kanunda “bildirim süresine ait ücret” ibaresinin kullanılması karşısında ödemenin ücret olarak nitelendirilmesinden başka bir seçeneğin bırakılmadığı söylenebilir. Bu durumda sigorta priminin kesilmesi, takas, temlik ve haciz bakımından ücrete ilişkin sınırlamalar gibi ücrete ilişkin kuralların uygulanması söz konusu olacaktır. Buna karşılık, usulsüz feshe muhatap olan işçi veya işverenin talep edebileceği ihbar tazminatı ücret olarak nitelendirilemez. 5510 sayılı Sosyal Sigortaları ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 80/b.

¹⁸⁸ İsviçre Hukuku hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. BAYCIK, s. 377-380.

¹⁸⁹ Öğretide TBK’da işverenin usulsüz fesih bildiriminin yaptırıma bağlanmadığı, işçinin usulsüz fesih bildiriminin yaptırımının ise m.439’da özel olarak düzenlendiği, buna rağmen işverenin usulsüz fesih bildiriminin karşı işçinin ihbar tazminatı isteyebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 76.

¹⁹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, §5, I, 1, B.

¹⁹¹ İhbar tazminatının ücret olmayıp tazminat olduğu, bu nedenle Borçlar Kanunu’nun 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi olduğuna dair, Y9HD, 10.04.1996, 1995/35212-1996/7921 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 638.

maddesinde ihbar tazminatından sigorta primi kesilmeyeceğinin öngörülmesi de varılan sonucu doğrulamaktadır. Kanundan doğan götürü bir tazminat olarak nitelendirilmesinden dolayı, ihbar tazminatı ücrete ilişkin kurallara tabi değildir¹⁹². Belirtelim ki ihbar tazminatının gelir vergisine tabi tutulması ücret olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Bildirim süresine ait peşin olarak ödenen ücret ile ihbar tazminatı nitelikçe farklı olduklarından, Yargıtay’ın bazı kararlarında “ihbar tazminatının peşin ödenmesi” ibaresine yer verilmesini isabetli bulmuyoruz¹⁹³.

İhbar tazminatı, iş sözleşmesini süreli fesih bildirim şartlarına uymadan fesheden tarafın diğer tarafa ödeyeceği bir tazminattır. Bu sebeple haklı nedenle dahi olsa iş sözleşmesini feshedenin söz konusu tazminata hak kazanması mümkün değildir¹⁹⁴.

İhbar tazminatı, işçinin son giydirilmiş ücreti¹⁹⁵ üzerinden hesaplanır. Giydirilmiş ücret, temel (çıplak) brüt ücrete ek olarak, işçiye sağlanmış olan para ve parayla ölçülmesi mümkün bireysel veya toplu iş sözleşmesinden yahut kanundan doğan menfaatlerin eklenmesi ile oluşan ücrettir (İşK.m.17/7). Sosyal yardım niteliğinde olmayan, iş elbisesi, havlu ve sabun gibi işin yapılmasına yönelik olarak sağlanan imkânların parasal karşılığı tazminat hesabında dikkate alınamaz¹⁹⁶.

1475 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinin 4773 sayılı Kanun’la değiştirilmesinden önceki dönemde ihbar süresinin sözleşmeyle artırılması halinde ihbar tazminatının artırılan süreye göre hesaplanıp hesaplanmayacağı tartışmalıydı. Bu tartışma maddede ihbar tazminatının miktarının belirlenmesini ilgili hükümde yer alan “yukarıdaki yazılı önellere” ibaresinden kaynaklanmaktaydı. Bu düzenlemeden hareketle bir görüş, ihbar tazminatının ancak kanunda belirtilen ihbar sürelerine göre hesaplanması gerektiği

¹⁹² NARMANLIĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 389.

¹⁹³ Y9HD, 02.04.1996, 1995/37893-2006/6748, bkz. GÜNAY, s. 639.

¹⁹⁴ “Mahkemece yukarıda yazılı gerekçe ile iş sözleşmesini davacının haklı nedenle ve eylemli olarak fesh ettiği kabul edilmiştir. Davacının bu kabule karşı bir temyizi yoktur. Buna göre haklı nedenle dahi olsa iş sözleşmesini sona erdiren davacının ihbar tazminatına hak kazanamayacağı gözetilerek ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y9HD, 25.09.2017, 24267-14071). Aynı yönde karar için bkz. Y22HD, 25.05.2017, 33687-12402.

¹⁹⁵ Y9HD, 25.03.2008, 2007/37200-2008/6387, Çalışma ve Toplum, 2008/3, s. 303-304. Ayrıca bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 475; AKYİĞİT, s.262; SÜMER, s. 111.

¹⁹⁶ KUTAL, s. 45.

yönündeydi¹⁹⁷. Buna karşılık Yargıtay düzenlemenin nispi emredici nitelikte olduğundan söz ederek, sadece işçi lehine ihbar tazminatının artırılmış bildirim süresine göre hesaplanması gerektiğine karar vermektedir¹⁹⁸. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin 4773 sayılı Kanunla değiştirilmesi ve ardından 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte ilgili maddede ihbar tazminatı miktarının, bu kez "bildirim süresine ilişkin ücret tutarı" olarak belirtilmesi karşısında, bundan böyle ihbar tazminatının hem işçi hem de işveren feshi açısından artırılan bildirim sürelerine göre hesaplanması gerektiği yönündeki görüşü¹⁹⁹ isabetli buluyoruz. Ancak, İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından bildirim süreleri sözleşme ile sadece işveren bakımından artırılabilir ya da her iki taraf için de artırılmakla birlikte işveren için daha uzun bir süre kararlaştırılması şeklinde mümkün olabilir²⁰⁰.

İş kanunlarımızda ihbar tazminatı maktu olarak belirlendiğinden, tazminata hak kazanmak için, süreli fesih bildirim şartlarına uyulmadan iş sözleşmesinin feshedildiğinin ispatı yeterli olup, ayrıca zararın ispatı gerekmez. Bu sebeple işçinin fesih bildirim süresi sona ermeden iş bulması, ihbar tazminatının doğumuna engel değildir²⁰¹.

Yargıtay "fesih bildirim süresinin bölünmezliği" ilkesi uyarınca fesih bildirim süresinin kanunda belirtilen süreden az verilmesi veya bir kısmının peşin bir kısmının süre verilmesi halinde, ihbar tazminatının tam olarak istenebileceğine karar vermiştir²⁰².

İş Kanunu'na göre ihbar tazminatı alacaklısı, işçi veya işveren olabilir. Türk Borçlar Kanunu'nda ise ihbar tazminatı sadece işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini

¹⁹⁷ OĞUZMAN, s. 277.

¹⁹⁸ Y9HD, 29.09.1998, 11002-13726.

¹⁹⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 467; NARMANLIOĞLU, s. 383-384;; SÜZEK, s. 521-522; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 907; AKTAY/ARICI/KAPLAN, s. 181

²⁰⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 908-909.

²⁰¹ SAYMEN, s. 605-606; OĞUZMAN, s. 276; NARMANLIOĞLU, s. 388; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 473.

²⁰² "Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, ihbar öneli verilerek iş sözleşmesinin feshi halinde iş sözleşmesi önelin bitiminde feshedilmiş olur. Önelin bitiminden önce fesih halinde ise, önel verilmemiş sayılır ve bu suretle iş sözleşmesini fesheden taraf diğer tarafa ihbar öneline ait ücretin tamamını tazminat olarak ödemek durumunda kalır. İhbar önelinin bölünmezliği ilkesi yasa yada sözleşmede öngörülen önellere bakımından farklı uygulanamaz. Sözleşme ile artırılan süre dâhil olmak üzere ihbar öneli bütünlük arz eder ve bölünerek uygulama yapılamaz" (Y9HD, 10.2.2014, 2011/54410-2014/3699).

haksız feshinde söz konusudur. İhbar tazminatı usulsüz feshin hukuki sonucu olarak değil, haksız feshin yaptırımı olarak öngörülmüştür. İşçinin feshi bakımından ise, sözleşme ister usulsüz ister haksız feshedilsin işçinin ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü öngörülmemiştir. İşçinin süreli fesih bildirimi şartlarına uymadan sözleşmeyi feshetmesi halinde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahip olur. İşverenin ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır (m. 439/1). Sadece işçinin ihbar tazminatı alacaklısı olabileceğine ilişkin söz konusu düzenlemenin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür²⁰³.

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrasında öngörülen "tarafın ayrıca tazminat hakları saklıdır" hükmüne, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun fesih bildirim süresini düzenleyen 432. maddesinde de bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak belirtilen şekilde bir hükme yer verilmemiş olması, iş sözleşmesi usulsüz feshedilen tarafın genel hükümlere göre tazminat talep etmesine engel değildir.

c) Bildirim Süresi İçinde Doğan Haklardan Yararlanma

İşverenin usulsüz feshi halinde, usulüne uygun bir fesih bildiriminde olduğu gibi, iş sözleşmesi bildirim süresinin bitiminde sona erer. Usulsüz fesih bildiriminde, işveren tarafından bildirim süresi içinde işçinin iş görme edimini ifa etmesi engellenmiş olmaktadır. Bu durumda iş ilişkisi fiilen ortadan kalkmakta ise de, iş sözleşmesi bildirim süresi sonuna kadar devam eder. İşverence fesih bildirim süresine uyulmadan iş sözleşmesi feshedilmişse, işçi bildirim süresi içinde doğacak haklardan yararlanacaktır. Bildirim süresi işçinin kıdem süresine eklenecek ve işçi, bildirim süresinde doğacak işçilik alacaklarını da talep edebilecektir²⁰⁴. Yargıtay, iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirim süresine ilişkin ücret peşin ödenmeden ve bildirim süresi verilmeden feshedilmesi halinde, kıdem tazminatının bildirim süresi içinde yürürlüğe giren toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre hesaplanması gerektiğine karar vermiştir²⁰⁵.

²⁰³ SOYER, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 16.

²⁰⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 250, dn. 244; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s. 920; SÜZEK, s. 520.

²⁰⁵ Y9HD, 01.03.2004, 13738-3888 (K.Arş.).

Usulsüz de olsa fesih bildirimi bozucu yenilik doğuran hak olarak sözleşmeyi sona erdirir²⁰⁶. Usulsüz fesihle ilgili kanunlarımızda öngörülen yaptırımlar arasında fesih bildiriminin iptali yer almamaktadır. Başka bir anlatımla usulsüz feshin yaptırımı kanunlarımızda özel olarak düzenlendiğinden sırf usulsüz olduğu gerekçesiyle fesih bildiriminin iptali istenemez. 4857 sayılı İş Kanunu ve 5393 sayılı Basın İş Kanunu'nda iş güvencesi kapsamına giren işçiler bakımından işverence, kanunda öngörülen şekil şartlarına uygun olarak geçerli nedenle fesih bildiriminde bulunulması halinde, usulsüz olsa bile, fesih bildiriminin geçersizliğine karar verilemez. Çünkü usulsüz fesih bildiriminin yaptırımı, iş güvencesi hükümlerinden ayrı olarak düzenlenmiştir.

d) Maddi ve Manevi Tazminat

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin usulüne uygun şekilde bildirim süresi verilerek feshedilmesi halinde hakka dayalı olarak yapılan fesihden söz edilebilir. Kural olarak, salt kanunun verdiği bu hakkın kullanımı nedeniyle karşı taraf zarara uğrasa bile, sözleşmeyi fesheden taraftan tazmini istenemez²⁰⁷.

İş sözleşmesinin kanunda öngörülen usule uygun olarak feshedilmemesi halinde karşı tarafın zarara uğraması söz konusu olabilir. Örneğin, işçinin bildirim süresi vermeden iş sözleşmesini feshetmesi durumunda, ortaya çıkan işgücü açığını hemen dolduramayan işverenin işi durdurması nedeniyle zarara uğraması ya da işveren tarafından bildirim sürelerine uyulmadan sözleşmenin feshedilmesi halinde işçinin yeni bir iş bulamamasından dolayı zarar görebilmesi mümkündür²⁰⁸.

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrasında "Tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklıdır" şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı. Aynı hüküm Deniz İş Kanunu'nun 16. maddenin son fıkrasında da yer almıştır. Burada sözü edilen tazminat, usulsüz fesih nedeniyle karşı tarafın uğradığı maddi ve manevi zararların genel hükümlere göre tazminini kapsar²⁰⁹. Ancak, fesih bildiriminin usulsüzlüğü

²⁰⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 250, dn. 244.

²⁰⁷ NARMANLIOĞLU, s. 375.

²⁰⁸ NARMANLIOĞLU, s. 375-376.

²⁰⁹ EKONOMİ, s. 158.

nedeniyle maddi ve manevi tazminatın kabulü zararın ve miktarının ispatlanmasına bağlıdır²¹⁰.

Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda mülga 1475 İş Kanunu'nun 13/son ve 834 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 16/son hükmü gibi, tarafların ayrıca tazminat haklarının saklı olduğuna ilişkin düzenleme bulunmamakta ise de, usulsüz fesih nedeniyle uğranılan zarar genel hükümlere göre istenebilir²¹¹.

Usulsüz fesih bildiriminin maddi ve manevi tazminatı gerektirip gerektirmediği Kanunda öngörülen yaptırımlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Çünkü fesih bildiriminin kanunda öngörülen sürelerle ve usule uygun yapılmaması nedeniyle öngörülen ihbar tazminatı esasen maddi zararı tazmine yöneliktir. İhbar tazminatının maktu olması nedeniyle, zararın tamamını karşılayamama ihtimali dikkate alınarak, ayrıca genel hükümlere göre maddi veya manevi tazminat talep edilebileceğinin öngörüldüğü söylenebilir. Ancak, tazminat hakkının doğumu için salt sözleşmenin feshi veya fesih bildiriminin usulsüz yapılması yeterli değildir. Başka bir anlatımla maddi veya manevi tazminat usulsüz feshin doğal sonucu değildir. Söz konusu tazminat hakkının doğumu için genel hükümlerin öngördüğü şartların da mevcut olması gerekir. Bu bağlamda fesih bildirimine muhatap olan taraf, fesih bildiriminin usulsüz yapılması veya fesih hakkının kötüye kullanılması ile zarara uğradığını, fesih bildirimi ile zararı arasında uygun sebep-sonuç ilişkisi bulunduğunu ispatlamalıdır²¹².

Usulsüz fesih nedeniyle istenebilecek olan maddi tazminat, ihbar tazminatı miktarını aşan zarar tutarıdır²¹³. Çünkü götürü bir tazminat olarak öngörülen ihbar tazminatı, bildirim süresine tekabül eden ücret tutarında zarar oluşacağı varsayımına dayanır. Bu nedenle usulsüz feshe maruz kalan tarafın isteyebileceği maddi tazminat, ihbar tazminatı dışında kalan bir zararın tazminine yönelik olmalıdır. İşçinin bildirim süresinin bitiminden sonra iş bulamaması nedeniyle boşta geçen günler için tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Ancak işçinin iş bulamaması işverenin kusurlu

²¹⁰ NARMANLIOĞLU, s. 392.

²¹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 921; SÜZEK, s. 523.

²¹² ÇENBERCİ, s. 364-365; EKONOMİ, s. 158-159; NARMANLIOĞLU, s. 390.

²¹³ SÜZEK, s. 523.

davranışından kaynaklanmışsa, bunun genel hükümlere göre tazmini gerekir²¹⁴. Karşı tarafın kişilik haklarını ihlal edecek şekilde bir usulsüz fesih bildirimi söz konusu ise, TBK.m.58 hükümleri uyarınca manevi tazminat da istenebilir²¹⁵.

Usulsüz fesih bildiriminin yaptırımını düzenleyen hükümler nispi emredici nitelikte olduğundan sözleşme ile işçi lehine değiştirilebilirler²¹⁶. Buna göre örneğin, işçinin usulsüz fesih bildiriminde bulunması halinde işverenin ihbar tazminatı isteyemeyeceği kararlaştırılabilir.

C) Süreli Fesih Hakkının Sınırlandırılması

Feshin sözleşmenin tarafları üzerinde etkisi, feshe maruz kalan tarafa göre farklılık gösterir. Sözleşmenin işveren tarafından feshedilmesi, başlıca geçimi ücret olan ve işsizlik tehlikesi ile karşı karşıya kalacak olan işçi ve ailesi için ciddi sorunlara yol açar. İşveren tarafından yapılan feshin işçi ve ailesi üzerindeki olumsuz etkisi, işçinin feshe karşı korunması ihtiyacını doğurmuştur²¹⁷.

İşçinin iş ilişkisinde kişisel bağımlılığı ve işveren karşısında ekonomik ve sosyal bakımından eşitsizliği, ona fesih hakkını kullanmada daha fazla serbesti tanınmasını, buna karşılık işçi karşısında sosyal ve ekonomik bakımdan güçlü olan işverenin fesih hakkının belirli ölçüde sınırlandırılmasını gerekli kılar²¹⁸.

İşçinin feshe karşı korunma ihtiyacı, süreli fesih hakkının doğumu ve kullanılma şartları bakımından işvereni sınırlayıcı bazı düzenlemelerin yapılmasını gerektirmiş; uluslararası sözleşmeler ve kanunlarla işverenin süreli fesih hakkı şekil, süre ve sebep açısından sınırlandırılmıştır. Süreli fesih hakkının kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, sözleşmeyle de sınırlandırılabilmesi mümkündür.

²¹⁴ EKONOMİ, s. 159.

²¹⁵ SAYMEN, s. 607-608; EKONOMİ, s. 159.

²¹⁶ NARMANLIOĞLU, s. 389, dn. 190.

²¹⁷ NARMANLIOĞLU, s. 483.

²¹⁸ SÜZEK, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976; s. 11 vd; SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 9-10; NARMANLIOĞLU, s. 454.

a) Süreli Fesih Kanunla Sınırlandırılması

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2 Haziran 1982 tarihli Konferansının 68. dönem toplantısında kabul edilen “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme”de, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından süreli feshinde geçerli bir neden bulunma zorunluluğu ve işverenden makul olarak beklenemeyecek durumlar dışında, hakkındaki iddialara karşı savunma imkânı verilmeksizin, davranışına veya verimine ilişkin nedenlerle işten çıkarılamayacağı düzenlenmiştir.

Türkiye tarafından 9 Haziran 1994 tarih ve 3999 sayılı Kanun ile onaylanan söz konusu Sözleşme doğrultusunda, 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesine eklenen 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E bentleriyle değişiklik yapılmıştır²¹⁹. Daha sonra 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanun 18, 19, 20 ve 21. maddeleri, 4773 sayılı Kanun’un iş güvencesine ilişkin hükümlerini kısmi değişikliklerle yeniden düzenlemiştir. İş Kanunu'nun 19. maddesinde iş güvencesi hükümleri kapsamına giren işçilerin, iş sözleşmelerinin işverence süreli feshinde şekil şartı öngörülerek işverenin süreli fesih bildirimi hakkı sınırlandırılmıştır. Ancak, süreli fesih hakkının kullanılmasına ilişkin İş Kanunu’nun öngördüğü şekil şartına ilişkin sınırlandırılma sadece işveren bakımından söz konusudur. İşçi, süreli fesih hakkını herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan kullanabilir. Aynı Kanunun 18. maddesinde ise işverenin süreli fesih hakkı içerik bakımından da sınırlandırılmıştır. Buna göre işveren, iş güvencesi kapsamına giren işçinin iş sözleşmesini geçerli neden olmadan feshedemez. Aynı Kanunun 5. maddesinde süreli fesih hakkının ayrımcılık yasaklarına aykırı olarak kullanılamayacağı, 17. maddesinde ise, sözleşmenin kötüniyetli feshedilemeyeceği düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanununun 432. maddesinin son fıkrasına göre “hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez”. Fesih bildirimi sözleşmenin askıya alınmasından önce yapılmışsa, bildirim süreleri askı süresi kadar

²¹⁹ 09.08.2002 tarih ve 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 15.08.2002 tarih ve 24847 sayılı RG’de yayımlanmıştır. Kanunun 13. maddesi ile yürürlük tarihi 15.03.2003 olarak düzenlenmiştir.

uzamış sayılacaktır. Başka bir anlatımla, bildirim süresi askı süresince duracak, askı halinin bitiminden itibaren yeniden işlemeye başlayacaktır. Askı hali devam ederken süreli fesih hakkı kullanılabilir. Ancak bildirim süreleri, askı halinin sona ermesinden itibaren başlar²²⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun askı halinde bildirim sürelerinin işlemeyeceğine ilişkin hükmü, işçi ve işverenin feshi bakımından bir ayırım yapmamıştır. Buna karşılık, iş kanunlarımızda askı halinde çoğunlukla işverenin fesih hakkı sınırlandırılmıştır (İşK.m. 24/III, 25/I-b, III, IV. bentleri ve m. 31, 74; STİSK.m.23/1 ve 67/1; DİK.m.17; BİK.m.12, 16 ve 17 gibi)²²¹.

İş sözleşmesinin devamı sırasında işçinin kusuru olmaksızın iş görme borcunun ifasını geçici olarak engelleyen bazı durumların ortaya çıkması halinde, sözleşme o durumun devam süresiyle sınırlı olarak, askıda kalır. Sözleşmenin askıya alınmasını gerektiren durumun devamı süresince işçinin iş görme borcunu ifa edememesi veya devamsızlığı hukuken meşru sayıldığından işverenin fesih yetkisi askı süresince sınırlandırılmıştır²²².

İş Kanunu'nun 59/2. maddesinde askı hali bulunmadığı halde fesih bildirimi süresinin başlangıcını ileriye ertelemek suretiyle, süreli fesih hakkını sınırlandırmıştır. Buna göre, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde 17. maddede belirtilen bildirim süresiyle, 27. madde gereğince işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez. Yıllık ücretli izin süresi ile fesih bildirimi süresi iç içe geçemeyeceğine göre, işçi yıllık ücretli iznini kullanmakta iken fesih bildiriminde bulunulmuşsa, bildirim süresi kullanılmakta olan izin süresinin bitiminden itibaren başlayacaktır. Sözü edilen hükümde, sadece işverenin süreli feshi için sınırlama

²²⁰ İş sözleşmesinin askıya alınması hakkında geniş bilgi için bkz. SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989; Ayrıca bkz. SÜZEK, s. 490 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 765 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 175 vd.; YAMAN, Askı, s. 783.

²²¹ DEMİRCİOĞLU, A. Murat/CENTEL, Tankut/KAPLAN, Hasan Ali, İş Hukuku, 20.B, İstanbul 2019, s. 193 vd..

²²² İş sözleşmesinin askıya alındığı durumlar için bkz. SÜZEK, Askı, s. 54 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 490.

öngörülmüştür. İşçinin sözleşmeyi süreli fesih yoluyla feshetmesi halinde, bildirim süreleri içinde yıllık ücretli iznini kullanması mümkündür²²³.

Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu'nda fesih bildiriminin yapılma yeri ve zamanı ile ilgili düzenleme yoktur. Ancak, diğer haklar gibi fesih bildiriminde bulunma hakkının da yer ve zaman bakımından dürüstlük kurallarına uygun kullanılması gerekir. Fesih bildirimi uygun yer ve zamanda yapılmalıdır. Uygun olmayan yer ve zamanda yapılan fesih bildirimi, karşı tarafça reddedilebilir. Bu durumda fesih bildirimi hukuki sonuç doğurmaz²²⁴.

Deniz İş Kanunu'nda fesih bildiriminin zamanı ile ilgili bazı düzenlemelere yer verilmiştir: Geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya harp ganimeti ilan edilmesi veya Türk Bayrağından ayrılması hallerinde sözleşme kendiliğinden sona erdiğinden fesih bildiriminde bulunulamaz (m.14/IV). Süresi belirsiz hizmet akdinin derhal fesih veya infisah halleri dışında, gemiadamının işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe iş sözleşmesi feshedilemez (16/A).

Basın İş Kanunu'nun 12. maddesinde de fesih bildiriminde bulunma zamanı ile ilgili bir sınırlamaya yer verilmiştir. Buna göre gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilemez. Ancak, bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle sözleşme feshedilebilir. Maddeye göre iş sözleşmesi, kural olarak, gazetecinin hastalığı süresince uygulanmaz.

İş Kanunu'nun 6. maddesinin 5. fıkrası uyarınca devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya bir bölümünün devrini gerekçe göstererek feshedemez. Başka bir anlatımla işyerinin veya bir bölümünün devri fesih için haklı veya geçerli neden kabul edilemez²²⁵. Aynı şekilde işçi açısından da sırf işyerinin veya bir

²²³ NARMANLIOĞLU, s. 718

²²⁴ OĞUZMAN, s. 169; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 462; KILIÇOĞLU, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 91.

²²⁵ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004, s. 65-66; KAYIK AYDINALP, Aslıhan, İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, İstanbul 2017, s. 78; ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2018, s. 276, 283, ÖZKARACA, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işyeri devri nedeniyle feshi halinde kötüniyet tazminatının söz konusu olacağını ileri sürmektedir, aynı yer, s. 271; Bir başka görüşe ise, işçilerin iş güvencesi kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın fesih işlemi hükümsüz sayılacağı için

bölümünün devri haklı fesih nedeni olamaz²²⁶. İş sözleşmesinin devri de devreden ve devralan işverenlerle işçi arasında yapılan üçlü onay ile gerçekleştiğinden, iş sözleşmesinin devri, fesih için haklı neden olarak kabul edilemez. Ancak, işçinin onayı alınmadan başka bir işverene sürekli olarak nakledilmeye zorlanması, işçi yönünden çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle derhal fesih sebebi yapılabilir²²⁷. İş Kanunu'nun 6.maddesinin son fıkrasına göre, işyeri devrine ilişkin hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz. Maddede her ne kadar sadece iflas dolayısıyla işyerinin veya bir bölümünün devri istisna tutulmuşsa da, öğretide haklı olarak, işyerinin cebri icra yoluyla başkasına devrinde de sözü edilen hükümlerin uygulanmayacağı ileri sürülmüştür²²⁸.

İşyerinin devri ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesi sebebine dayanıyorsa, Türk Ticaret Kanunu'nun 178. maddesi uyarınca işçilerin, iş sözleşmelerinin devrine itiraz hakları vardır²²⁹. İşçi itiraz hakkını kullanırsa, iş sözleşmesi bildirim süresinin bitiminde sona erer. Buna göre, işçi itiraz hakkı kullanmazsa iş sözleşmesi devralana geçer. İtiraz süresi, dürüstlük kuralları çerçevesinde olayın özelliği dikkate alınarak belirlenir²³⁰. İşçinin itiraz hakkını kullanabilmesi için devir, devrin iş sözleşmesine etkisi ve itiraz hakkı hakkında bilgilendirilmesi gerekir²³¹. Sözleşmenin belirli süreli olması durumunda sözleşme süresinin bitimi bildirim süresinden önce sona ermekte ise, sözleşme süresinin bitimi ile sona erer²³².

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca işyeri sendika temsilcileri ile amatör sendika yöneticilerinin iş sözleşmeleri haklı neden olma-

işverenin temerrüdünden söz edilmelidir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 277-278.

²²⁶ ÖZKARACA, s. 263.

²²⁷ ÖZKARACA, Ercüment, "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, İstanbul 2014, s. 121.

²²⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, "İşyerinin Cebri İhale İle Satımı Suretiyle Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi", Sicil, Aralık 2009, s. 50 vd.

²²⁹ Öğretide ticari şirketin biçim değiştirici nitelikteki tür değiştirmesinin bir işyeri devrine yol açmadığı bu nedenle işçinin itiraz hakkının bulunmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür. Bkz. ÖZKARACA, s. 78-79; ALP, İşyeri Devri, s.61-62; KAYIK AYDINALP, s.142-143.

²³⁰ ALP, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 62.

²³¹ ALP, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s.62; Bilgilendirme yükümlülüğü ve hukuki sonuçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KAYIK AYDINALP, s.111 vd.

²³² ALP, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s.64; KAYIK AYDINALP, s. 161.

dan feshedilemez. Maddede işyeri sendika temsilcileri ile amatör sendika yöneticilerinin iş sözleşmelerinin işveren tarafından haklı neden olmadan feshedilemeyeceği belirtildiğine göre, anılan çalışanların iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla feshedilmesinin yasaklanmış olduğu söylenebilir. Bu yasak, işveren feshi bakımından geçerli olup, çalışanın sendika temsilciliği veya yöneticilik süresiyle sınırlıdır. Temsilcilik veya yöneticilik sona ermişse, işveren süreli fesih yoluyla iş sözleşmesini feshedebilecektir. Aynı Kanun'un 25. maddesi uyarınca sendikal nedenlerle süreli fesih hakkı kullanılamaz.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca görevi gereği yaptığı birdirimlerden dolayı işyeri hekimi ile iş güvenliği uzmanının iş sözleşmesi feshedilemez. Ancak buradaki fesih yasağı, iş güvenliği uzmanının ve işyeri hekiminin görevleri gereği acil ve hayati tehlike halinde, anılan düzenleme uyarınca yaptıkları bildirimler nedeniyle içten çıkarılmalarını kapsar²³³.

Deniz İş Kanunu'nun 16. maddesinin A bendine göre, belirsiz süreli iş sözleşmesi, haklı sebeple fesih dışında gemiadamının işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe bozulamaz. Anılan hükme göre, süreli fesih hakkına getirilen bu sınırlama iki tarafın feshi bakımından da geçerlidir. Buna göre, gemiadamı da işe girdikten sonra altı ay geçmedikçe, süreli fesih bildiriminde bulunamaz. Kanımızca anılan hüküm, belirtilen süre içinde süreli fesih hakkını tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Taraflar, söz konusu altı ay geçmeden süreli fesih bildiriminde bulunulabilir. Ancak bu durumda bildirim süresi altı aylık sürenin bitiminden itibaren başlayacaktır.

²³³ SÜZEK, Sarper, "İş Güvenliği Uzmanları ve İşyeri Hekimleri (İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonelleri)", Kamu-İş, C.14, S.3, Ankara 2009, s.14. Yazara göre, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekiminin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrasına öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmesinden dolayı iş sözleşmesinin feshi bir hakkın kötüye kullanılması sayılır. Bu durumda bildirim sürelerinin üç katı tutarı yerine bir yıllık ücret tutarında tazminat istenebilecektir. Bkz. SÜZEK, İş sağlığı ve güvenliği, s. 15; İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları için yeterli yeterli bir iş güvencesinin düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. AKIN, Levent, "İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Sorunlar ve Gelişmeler", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Temmuz 2014; SÜMER, 6331 sayılı Kanun'un 8. maddesinde belirtilen "mesleki güvence tazminatı"nın sadece iş sağlığı profesyonellerinin kanunda belirtilen bildirimleri yapmalarından dolayı değil, diğer görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedilmesi halinde de söz konusu olması gerektiğini ileri sürmüştür. Görüş için bkz. SÜMER, Halûk Hadî, "İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonellerinin İş Güvencesi", LİHSİGH, S.53, 2017, s. 209-211.

İş Kanunu'nda toplu işçi çıkarmalara özgü bir fesih usulü öngörülmüştür. ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi'nin 13 ve 14. maddeleri ile Avrupa Birliği'nin 75/129 ve 98/59 sayılı yönergeleri dikkate alınarak düzenlenen İş Kanunu'nun 29. maddesinde mevsim ve kampanya işlerinde çalışanların işin niteliğine bağlı olarak işten çıkarılmaları dışında, kanunda öngörülen nedenlerle ve toplu işçi çıkarma sayılacağı belirtilen hallerde bir aylık süre içinde süreli fesih yoluyla işçi çıkarılması belirli bir usule tabi kılınmıştır.

b) Süreli Fesih Hakkının Sözleşme İle Sınırlandırılması

Süreli fesih hakkı, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sözleşme ile de sınırlandırılabilir²³⁴. Ancak süreli fesih hakkı sözleşme ile sınırlandırılırken ilgili kanun hükmünün niteliği göz önünde tutulmalıdır. Çünkü iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerin bir kısmı mutlak emredici, büyük çoğunluğu da nisbi emredici niteliktedir. Mutlak emredici nitelikteki hükümlerin kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün olmadığı halde, nisbi emredici hükümler işçi lehine değiştirilebilir. Taraflar kendilerine tanınan serbesti içinde fesih hakkını sınırlandırabilirler²³⁵. İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması genellikle toplu iş sözleşmeleri ile yapılmaktadır. Bunun nedeni, iş güvencesine ilişkin mevzuatın yetersiz olması ve bireysel iş ilişkilerinde işçilerin büyük çoğunluğunun pazarlık gücünün zayıf olmasıdır²³⁶.

Kişiliğin korunması düşüncesinden doğan süreli fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir ve bu haktan önceden feragat da edilemez. Yargıtay süreli fesih hakkının sözleşmeyle tamamen ortadan kaldırılamayacağına, bu hakkın özüne dokunacak şekilde aşırı sınırlandırılmasının geçerli olmadığına karar vermiştir²³⁷.

²³⁴ Süreli fesih hakkının sınırlandırılması hakkında geniş bilgi için bkz. ÇELİK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, ; ASTARLI, Muhittin, "İşverenin Fesih Hakkının Sınırlandırılması", Emeğin Hukuku Kurultayı, TBB, 27-28 Mayıs 2015, Ankara, 311-349; Ayrıca bkz. EKONOMİ, s. 189 vd. ; NARMANLIOĞLU, s. 486 vd.

²³⁵ EKONOMİ, s. 190; NARMANLIOĞLU, s. 486.

²³⁶ ÇELİK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s. 220; EKONOMİ, s. 189; KUTAL, s. 45.

²³⁷ Yargıtay bir kararında bu hususu şöyle açıklamaktadır: "İşverenin fesih hakkını disiplin kurulu şartı getirerek sınırlandırılması mümkünse de, yasa ile işverene tanınmış olan fesih hakkının bütünü ortadan kaldırılması mümkün değildir. Örneğin disiplin kurulu kararının fesih yönünde oybirliğiyle alınmasını arayan koşullar geçersizdir" (Y9HD, 18.06.2013, 2011/14895-2013/18735).

Örneğin, süreli fesih hakkının disiplin kurulunca oybirliğiyle karar alınmasına bağlanması, hakkın özüne dokunan bir düzenleme olup geçerli sayılamaz²³⁸.

Süreli fesih hakkı belirli bir süre için tamamen ortadan kaldırılacağı gibi, hakkın kullanılması bazı şekil ve koşullara da bağlanabilir. Süreli fesih hakkının belirli bir süre için ortadan kaldırıldığı durumlarda o süre bitmeden sözleşme süreli fesih yoluyla sonlandırılmaz²³⁹.

Uygulamada süreli fesih hakkının sözleşme ile sınırlandırılması genellikle işveren bakımından söz konusu olmakla birlikte, Kanunda öngörülen bildirim sürelerinin artırılması, süreli fesih hakkının her iki tarafça belirli bir süre kullanılmayacağının ya da verilen eğitim karşılığı işçinin belirli bir süre fesih hakkını kullanmayacağının kararlaştırılması şeklinde işçinin de süreli fesih hakkı sınırlandırılabilir. Derhal hakkının sınırlandırılması ise sadece işveren bakımından ve dar bir alan için söz konusu olur. Bu özellik derhal fesih hakkının hukuki dayanağından kaynaklanır²⁴⁰.

Sözleşme ile bildirim sürelerinin arttırmak, cezai şart kararlaştırmak, iş güvencesinin kapsamını genişletmek veya seçim kriteri belirlemek suretiyle süreli fesih hakkı sınırlandırılabilir²⁴¹.

Sözleşme özgürlüğü gereği taraflar sözleşmeyi her zaman sona erdirebileceklerine göre, süreli fesih hakkının kullanılmasından sonra bildirim süresinin kısaltılması veya ortadan kaldırılması mümkündür²⁴². Bu durum, fesih bildirimi hakkının kullanılmasından sonra bildirim süresinin sınırlandırılması ile ilgilidir.

²³⁸ Yargıtay tarafından verilen bir kararda, derhal fesih hakkının disiplin kurulunca oybirliğiyle karar alınmasına bağlanmasının hakkın özüne dokunan bir sınırlandırma olması gerekçesiyle geçersiz sayılmıştır (Y9HD, 04.11.1999, 13721-16726, İşv., Kasım 1999, s. 17-18, Aynı yönde Y9HD, 24.01.2005, 2004/31362-2005/1106, bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 459-460).

²³⁹ OĞUZMAN, s. 162-163, dn. 20.

²⁴⁰ ÇELİK, Nuri, “İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması”, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, s. 29-220.

²⁴¹ “İş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından kanunda öngörülen asgari işçi sayısına ilişkin kural nispi emredici olup, işçi lehine değiştirilebilir. Bu nedenle, işçi sayısına bakılmaksızın iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağını öngören sözleşme hükümleri geçerlidir”. (Y9HD, 22.02.2010, 4905-4260).

²⁴² OĞUZMAN, s. 164-165.

2) Derhal Fesih

A) Derhal Fesih Kavramı ve Niteliği

Derhal fesih, mülga Borçlar Kanunu'nda “muhik sebeple derhal fesih”, mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nda ise, “bildirimsiz fesih” olarak adlandırılmıştı²⁴³. Aynı fesih türü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda “derhal fesih”, Deniz İş Kanunu'nda “önelsiz fesih”, Basın İş Kanunu'nda ise “ihbar müddetini beklemeksizin fesih” olarak ifade edilmiştir. Bu fesih türü için yapılan adlandırmaların pek çoğunda karşı tarafa önel verilmediğine vurgu yapılmaktadır. Çalışmamızda, 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve genel kanun olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen “derhal fesih” ifadesini kullanmayı uygun buluyoruz²⁴⁴.

İş sözleşmesi taraflarından birinin tutum ve davranışları veya ortaya çıkan bazı sebeplerden dolayı karşı taraf için çekilmez ve katlanılamaz bir nitelik taşıdığı anda, derhal fesih hakkının varlığından söz edilir²⁴⁵. Derhal fesihte fesih bildirimi ile, sözleşme süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin hemen (derhal) sona erer. Derhal fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereğince, iş ilişkisine devam etmesi kendisinden istenemeyecek tarafa ait bir haktır²⁴⁶. Söz konusu hak, dürüstlük kuralları gereği, iş sözleşmesinin sürdürülmesi kendisinden istenemeyecek olan tarafın bu sebeple (haklı sebeple) sözleşmeyi derhal sona erdirebilme yetkisini veren bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanır²⁴⁷.

²⁴³ Tüm fesih türlerinde karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanı, bir bildirimi ifade eder. Başka bir anlatımla bildirimsiz bir fesih türünden söz edilemez. Bu sebeple “bildirimsiz” sözcüğünün yanıltıcı olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür. (NARMANLIOĞLU, s. 315, dn. 219).

²⁴⁴ Bahsi geçen fesih türü Alman hukukunda “ausserordentliche Kündigung” şeklinde ifade edilmiş olup §626 BGB’de düzenlenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, sürekli borç ilişkilerinin sona ermesine ilişkin genel kurala §314 BGB’de yer verilmişken; iş ilişkisinin sona ermesine ilişkin özel düzenlemeye §626 BGB’de yer verilmiştir, Bkz. LÖWISCH/CASPERS/KLUMPP, s. 170 vd.

²⁴⁵ OĞUZMAN, s. 36; EKONOMİ, s. 165; Sözleşmenin devamı artık taraflardan birisi veya her ikisinden beklenemeyecek durumdaysa, işçi veya işveren §626 BGB’ye göre, önemli (haklı) bir nedene dayanarak sözleşmeyi feshedebilir. Bu düzenleme ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi kalıcı bir şekilde zarar gördüyse, ilgili tarafa buna derhal çözüm getirme imkanı tanınmıştır, Bkz. LÖWISCH/CASPERS/KLUMPP, s. 170.

²⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, “Türk Borçlar Kanunu’nun Kabulünden Sonra İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, s. 584; OĞUZMAN, s. 36; NARMANLIOĞLU, s. 315.

²⁴⁷ OĞUZMAN, Fesih, s. 39; NARMANLIOĞLU, s. 315; s. SÜZEK, s. 665.

Derhal fesih hakkı tek taraflı, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan, kullanıldıktan sonra tek taraflı geri alınamaz. Bununla birlikte, muhatabına ulaşmış olan fesih bildiriminin hüküm ve sonuç doğurmaması, tarafların anlaşmasıya sağlanabilir. Süreli fesih, sadece belirsiz süreli sözleşmeler bakımından geçerli iken, derhal fesih hem belirli hem de belirsiz süreli sözleşmelerde söz konusudur. Derhal fesihte, karşı tarafa bir süre verilmesi ve verilen süreye uyulması gerekmemektedir. Ancak, süreli fesihten farklı olarak derhal fesihte “haklı” bir sebebin bulunması gerekir. Süreli fesih bildiriminde ise, “geçerli” sebebin varlığı sadece iş güvencesi hükümleri kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin, işveren tarafından feshedilmesinde aranır. Ağırlığı itibarıyla her “haklı” sebep aynı zamanda “geçerli” sebep teşkil etmekte ise de, işçinin “haklı” sebep ağırlığında olmayan, işin ve işyerinin yürütümünü bozucu davranışları da “geçerli” sebep kapsamında değerlendirildiğinden, her “geçerli” sebep aynı zamanda “haklı” sebep sayılabılır²⁴⁸. Süreli fesih hakkı, kişi özgürlüğüne ve dolayısıyla kişilik haklarından doğduğu halde; derhal fesih hakkı, dürüstlük kurallarına dayanmaktadır²⁴⁹. Her iki fesih türünün hukuki sonuçları da farklıdır²⁵⁰.

Derhal fesih hakkı, haklı sebebin gerçekleşmesiyle doğar ve sözleşmenin sona ermesiyle ortadan kalkar. Derhal fesih hakkının ortadan kalkması için sözleşmenin ne şekilde sona erdiğinin önemi yoktur. Bu sebeple örneğin, sözleşmenin diğer tarafça süreli veya derhal fesih yoluyla feshedilmiş olması, süre bitimi, işçinin ölümü, emeklilik gibi sebeplerle sona ermesi ile birlikte derhal fesih hakkı da ortadan kalkar.

²⁴⁸ “İşçinin iyiniyet ve ahlak kurallarına uymayan davranışı sonucunda iş ilişkisine devam etmek işveren açısından çekilmez hale gelmişse, diğer bir anlatımla güven temeli çökmüşse işverenin haklı sebeple derhal fesih hakkı doğar. Buna karşılık, işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta bulunmamakla, iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu nedenle iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa 4857 sayılı Kanun’un 18/1. maddesi gereği geçerli fesih hakkı doğar”. (Y22HD, 28.05.2019, 2016/13332-2019/11970).

²⁴⁹ ÇENBERCİ, s. 287, 526.

²⁵⁰ ÇENBERCİ, s. 284-285; NARMANLIOĞLU, s. 316; SÜMER, s. 99; ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil, Mart 2006, s. 72; MANAV, s. 101 vd.

Haklı bir sebep mevcutken başka bir sebebe dayanılarak sözleşmenin feshi durumunda, mevcut haklı sebebe dayanılarak derhal fesih hakkı sona erer. Örneğin, işyerinde başka bir işçiye sataşan ve aynı zamanda devamsızlık yapan işçinin sözleşmesi devamsızlık nedeniyle feshedilmişse, sataşma nedenine bağlı derhal fesih hakkının sona erdiği kabul edilir. Aynı şekilde her iki taraf için de haklı sebep bulunduğu durumda, bir tarafın derhal fesih hakkını kullanması halinde diğer tarafın derhal fesih hakkı sona erer²⁵¹.

Haklı bir sebebe dayanılarak fesih hakkının geçerli şekilde kullanılması durumunda da derhal fesih hakkı sona erer. Çünkü derhal fesih hakkı, yenilik doğuran haklardan olup, hak kullanılmakla sona erer²⁵².

B) Derhal Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı

İş hukukunda asıl olan, belirli süreli iş sözleşmenin süre bitiminde, belirsiz süreli iş sözleşmenin ise, süreli fesih bildirimi ile sona ermesidir²⁵³. Ancak dürüstlük kuralları sözleşmenin normal yollardan farklı şekilde sona erdirilmesini de gerektirebilir. Gerçekten, ister belirli ister belirsiz süreli olsun, taraflardan biri için sözleşmenin devamını imkânsız kılan “haklı” bir sebebin ortaya çıkması halinde, sözleşmeyi sona erdirme imkânının bulunması gerekir. Katlanamayacağı bir duruma rağmen taraftan sözleşmeye bağlı kalmasını beklemek hukuki, vicdani ve hatta ahlaki değildir. Bu gibi hallerde taraftan, süreli fesih hakkını kullanması da beklenemez. İş sözleşmesinin devamını imkânsız kılan “haklı” sebebin bulunması durumunda, sözleşme veya bildirim süresini beklemeden sözleşmeyi derhal sona erdirme imkânı, süresiz (derhal) fesih yoluyla sağlanabilir²⁵⁴. Burada “haklı” sebebin ve sözleşmenin devamının imkânsız hale gelip gelmediğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak ölçüt önem arz eder²⁵⁵.

²⁵¹ OĞUZMAN, s. 109-110.

²⁵² OĞUZMAN, s. 110.

²⁵³ NARMANLIOĞLU, s. 314.

²⁵⁴ OĞUZMAN, s. 35; NARMANLIOĞLU, s. 314.

²⁵⁵ Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında, §626 BGB’ye göre, feshin geçerliliği iki aşamalı olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, öncelikle önemli (haklı) bir nedenin olup olmadığına bakılmaktadır. İkinci olarak da, iş ilişkisinin devamının taraflardan beklenip beklenemeyeceği değerlendirilmektedir. Bu yönde bkz. BAG 10.06.2010- 2 AZR 541/09, NZA 2010, s. 1227. Elbette bu aşamada olağanüstü feshin (ausserordentliche Kündigung) uygun bir araç olup olmadığı (Ultima-ratio ilkesine göre) ve feshin olumsuz bir sonuca yol açıp açmayacağı sorusu akıllara gelmektedir.

Öğretide dürüstlük kuralları olarak ifade edilen²⁵⁶ bu ölçüt, Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde “... Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, iş sözleşmesini fesheden taraftan iş sözleşmesini sürdürmesinin beklenilip beklenilemeyeceği dürüstlük kurallarına göre belirlenecektir. Sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir “haklı” sebep varsa, süresiz fesih hakkından söz edilebilecektir. Şu halde dürüstlük kuralları derhal fesih hakkının hukuki dayanağını oluşturmaktadır.

C) Derhal Fesih Hakkının Kullanılması

Haklı sebebin ortaya çıkmasından sonra lehine derhal fesih hakkı doğan işçi veya işveren, fesih bildiriminde bulunmak yerine sözleşmeye devam edebilir. Başka bir anlatımla, derhal fesih hakkı doğan taraf, fesih bildiriminde bulunup bulunmamakta serbesttir²⁵⁷. Bu nedenle derhal fesih hakkını veren haklı sebebin doğması, tek başına sözleşmenin sona ermesi için yeterli değildir. Feshe yönelik bir bildirim söz konusu olmadıkça, sözleşme devam eder ve tarafları bağlar²⁵⁸. Başka bir anlatımla, derhal fesih hakkının doğumuna yol açan haklı sebebin varlığı, iş sözleşmesini sona ermesine yetmez. Fesih hakkının kanun veya sözleşmede öngörülen biçimde kullanılmış olması da gerekir²⁵⁹. Fesih hakkının kullanılması ise feshe ilişkin iradenin açıklanması ile gerçekleşir. Sözleşmenin sona ermesi için haklı sebebi bulunan taraf veya kanuni ya da akdi temsilcisi fesih bildiriminde bulunmalıdır.

İşte bu aşamada ihlal edilen iş ilişkisi, kusur varsa bunun derecesi, ihlalin türü gibi bir takım kıstaslar önemli rol oynamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, mahkeme tarafından uygulanan bu aşamalı sistemin zayıf bir ayırt ediciliği vardır. Yani her somut olayda farklılık gösterebilecek bu kıstaslar, farklı sonuçlar meydana getirecektir. Ayrıntılı açıklama için bkz. LÖWISCH/CASPERS/KLUMPP, s. 170-171.

²⁵⁶ OĞUZMAN, s. 35 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 315; SÜZEK, s. 665; Sözleşmenin feshine sebep olan haklı neden, Mülga BK.m.344/1'de “ahlâka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal muhik bir sebep teşkil eder” şeklinde ifade edilmiştir.

²⁵⁷ OĞUZMAN, s. 36-37; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 595.

²⁵⁸ SAYMEN, s. 569-570.

²⁵⁹ SAYMEN, s. 569-570; OĞUZMAN, s. 36,116, 118; ÇENBERCİ, s. 527.

a) Derhal Fesih Bildiriminde Şekil Şartı

aa) Fesih Bildiriminde Sebep Belirtmenin Önemi

Derhal fesih hakkı, sebebe bağlı yenilik doğuran bir haktır²⁶⁰. Bundan dolayıdır ki, derhal fesih hakkının doğumu bazı maddi şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Fesih hakkı sahibinin, hakkını kullandığı sırada sebebe ilişkin maddi şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Derhal fesih bildiriminde bulunulduğu sırada mevcut olmayan veya sonradan ortaya çıkan sebebe dayanılmaz²⁶¹. Derhal fesih bildiriminde bulunulduğu anda mevcut olan ancak daha sonra öğrenilen sebeplere ise, bazı şartların gerçekleşmesi halinde dayanılabilir. Bunun için derhal fesih hakkının kullanıldığı anda mevcut olan sebebin, derhal fesih hakkını kullanan tarafından bilinmemesi ve bilinmesinin dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenememesi gerekir²⁶².

İşçi veya işveren açısından dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmeyi sürdürmesinin beklenemeyeceği andan itibaren derhal fesih hakkı doğar. Sürekli borç ilişkilerinde derhal fesih hakkını kullanan tarafın haklı nedenlerini muhataba bildirmesi dürüstlük kuralının bir gereğidir. Bu sayede muhatap sözleşmenin geçerli olarak sona erip emediğini öğrenebilecek ve dava açıp açmamaya karar verecektir²⁶³.

Derhal fesih hakkını kullanan taraf bir veya birden fazla sebebe dayanabilir. Birden çok sebebin fesih sebebi yapılması halinde, sebeplerden birisinin gerçekleşmiş olması fesih hakkının doğumu açısından yeterlidir. Fesih hakkı yenilik doğuran haklardan olduğundan, fesih bildiriminde belirtilen sebep, kural olarak, sonradan değiştirilemez, genişletilemez veya başka bir sebep eklenemez. Buna kısaca, “fesih sebebine bağlılık ilkesi” denilmektedir²⁶⁴.

²⁶⁰ ÇENBERCİ, s. 526-527; BAYCIK, s. 338-339.

²⁶¹ BAYCIK, s. 399-404.

²⁶² BAYCIK, s. 407. Yazara göre, iş güvencesi kapsamına giren işçinin iş sözleşmesi feshedildikten sonra ortaya çıkan veya fesih bildiriminde bulunulduğu sırada mevcut olup da bilinmeyen sebepler işe başlatmama tazminatının miktarında dikkate alınmalıdır. Bkz. BAYCIK, s. 403, 408.

²⁶³ BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 217-218; BAYCIK, s. 350-351.

²⁶⁴ OĞUZMAN, s.121; SÜZEK, s. 587; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.800-801; SÜMER, s.107.

Kanunda açık düzenleme bulunmaması halinde, fesih sebebinin karşı tarafa bildirilmesinin gerekip gerekmediği önemli bir hukuki sorundur. Bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu’nda sebebin muhataba bildirilmesini gerektiren gerekçe, iş hukuku bakımından fazlasıyla geçerlidir. İşçi ve işverenin derhal fesih sebeplerini bilmelerinde korunmaya değer menfaatlerinin bulunmadığı söylenemez. Ayrıca dürüstlük kuralları da derhal fesih sebebinin muhataba bildirilmesini gerektirmektedir. Sebebin bildirilmesi konusunda düzenleme bulunmamasının önemi yoktur. Muhatabın talebi olsun veya olmasın fesih sebebi bildirilmelidir. Ancak fesih sebebinin muhataba bildirilmesinin geçerlilik koşulu olarak değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü bu durumda ikinci bir fesih bildiriminin hak düşürücü süre nedeniyle mümkün olamaması veya fesih işleminin ileriye etkili sonuç doğurması nedeniyle hak sahibinin menfaatlerinin zedelenmesi söz konusu olabilir²⁶⁵.

Belirtmek gerekir ki, fesih bildiriminin yazılı yapılması ile fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi aynı şey değildir. Başka bir anlatımla, fesih bildiriminin yazılı yapılmasını öngören bir hüküm, fesih sebebinin bildirilmesini de içerdiği şeklinde yorumlanmayabilir. Ayrıca fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesini düzenleyen bir hükmün fesih bildiriminin yazılı yapılmasını da gerektirdiği rahatlıkla söylenemez. Bu noktada İş Kanunu’nun 19. maddesinin 1. fıkrası ve Deniz İş Kanunu’nun 18. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesinin 1. fıkrası hükmü arasında önemli bir fark göze çarpmaktadır. İş Kanunu’nun 19. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır”. Deniz İş Kanunu’nun “Feshin bildirilmesi” başlıklı 18. maddesinde ise, “Hizmet aktinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleri ile birlikte gemiadamına yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Bildirim imkanı olmayıyan hallerde durum bir tutanakla tespit olunur” hükmüne yer verilmiştir. Her iki düzenleme hem fesih bildiriminin yazılı yapılmasını hem de fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesini öngörmektedir. Sözü edilen hükümler sadece işverenin feshi ile ilgilidir. Her iki Kanunda işçinin feshi ile ilgili bir şekil şartına yer verilmiş değildir. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesinin 1. fıkrası, “sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini

²⁶⁵ BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 221-223; BAYCIK, s. 350-351.

yazılı olarak bildirmek zorundadır” şeklinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun sözü edilen düzenlemesi, hem işçi hem de işverenin derhal feshi ile ilgilidir.

Türk Borçlar Kanunu’nun fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesini düzenleyen 435. maddesinin 1. fıkrasının fesih bildiriminin yazılı yapılmasını öngörmediği şeklinde yorumlanması durumunda, fesih sebebinin sonradan yazılı olarak bildirilmesi de mümkündür. Çünkü söz konusu hüküm, sebebe ilişkin bildirimin zamanı ile ilgili kesin bilgi vermemektedir. Maddenin gerekçesinde de bu konuda bir açıklama yer almamaktadır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 337. maddesinde diğer tarafın isteği üzerine fesih sebebinin bildirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Buna göre, muhatap fesih bildirimi yapıldıktan sonraki bir tarihte de sebebin kendisine bildirilmesini isteyebilir. Muhatap hak arama yoluna başvurmadan önce, talebi üzerine fesih sebebi kendisine yazılı olarak bildirilmişse, şekil şartının yerine getirildiği kabul edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun anılan hükmünün kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun anılan düzenlemesinden tek farkı, fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesine ilişkin zorunluluğun diğer tarafın talebine bağlanmamış olmasıdır. Bu durumda, iş sözleşmesi feshedildikten sonra, muhatapın hak arama yoluna başvurusundan önce, fesih sebebi yazılı olarak bildirilmişse, Kanunda öngörülen şartın yerine getirildiği söylenebilir.

Belirtelim ki, derhal fesih hakkını kullanan taraf, insani bir düşünceyle çirkin bir olayı fesih bildiriminde göstermek istememiş olabilir. Örneğin, işyerinde başka bir işçiye cinsel tacizde bulunduğu veya hırsızlık yaptığı iddiasıyla işten çıkarılan bir işçinin ailesinin yahut üçüncü kişilerin fesih sebebini öğrenmesi durumu daha da ağırlaştırabilir. Sözleşmeyi feshedenin iyiniyetli davranışının onun zararına sonuç meydana getirmesi doğru olmaz²⁶⁶. Bazen işçi de bu tür iddiaların fesih sebebi olarak açıklanmasını istemeyebilir. Bu nedenle İsviçre Borçlar Kanunun 337. maddesinde belirtildiği gibi, fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu muhatapın isteğine tabi tutulmalıdır.

²⁶⁶ ÇENBERCİ, s. 527. Yazarın haklı olarak belirttiği gibi, “Bir genel kural olarak hiçbir kimse iyilik yaptığından dolayı cezalandırılmamalıdır”. Bkz. ÇENBERCİ, s. 601.

bb) Fesih Bildiriminin Yazılı Yapılması

Derhal fesih bildiriminde fesih sebebinin belirtilmesinin gerekip gerekmediği konusunda, kanunlarımızda bir uyum söz konusu değildir. Deniz İş Kanunu'nda derhal fesih bildiriminin yazılı yapılması yeterli görülmemiş, yazılı bildirimde fesih sebebinin de belirtilmesi gerektiği açıkça öngörülmüştür. Anılan Kanun'un 18. maddesine göre, "Hizmet akdinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleri ile birlikte gemiadamına yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Bildirim imkânı olmayan hallerde durum bir tutanakla tesit olur". Sadece işverenin feshi bakımından geçerli olan bu düzenleme, hem derhal fesih hakkının hem de süreli fesih hakkının kullanılmasında uygulama alanı bulur²⁶⁷. Deniz İş Kanunu'nda gemiadamı bakımından derhal fesih bildirimini şekil şartına bağlayan herhangi bir düzenleme yoktur. Yazılı şekil şartının gemiadamı için öngörülmemiş olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğundan, gemiadamı için Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen yazılı şekil şartının gemiadamının derhal feshi bakımından geçerli olmaması gerektiğini düşünüyoruz²⁶⁸.

İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda, derhal fesih bildiriminin yazılı olmasını ve fesih sebebinin belirtilmesini gerektiren açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanun'un 19. maddesinin 1. fıkrasına göre, fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerekir. Söz konusu düzenleme sadece işverenin feshi ile ilgili olup, öngörülen şekil şartının derhal fesih bildirimi için de geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide İş Kanunu'nun 19. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen koşulun derhal fesih hakkının kullanılması bakımından da geçerli olduğu, süreli fesih hakkı kullanılırken geçerli sebep gösterme zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin geçerli sebeplere nazaran daha ağır sonuçları olan haklı sebeplerin evleviyetle uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür²⁶⁹. Aynı sonuca başka bir gerekçe ile

²⁶⁷ ÖZBEK, Oğuz, Yorumları ve Yargı Kararları İle Deniz İş Kanunu, 2.B, Temmuz 2003, İstanbul, s. 70-71; BEDÜK, Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012, s. 279.

²⁶⁸ Aksi görüş için bkz. KAR, İctihatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Ankara 2011, s. 138.

²⁶⁹ SÜZEK, s. 696-697; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 275, dn. 91; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 256. Anılan yazarlara göre İş Kanunu'nun 20 ve 21. madde hükümleri göz önüne alındığında, fesihle "sebeplere göstermeme"nin fesih bildirimine itiraz ve işe iade nedeni olarak kabul edildiği, ayrıca İş Kanunu'nun 109 ve Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesi hükümleri

ulaşan diğer bir görüşe göre ise, İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasında her ne kadar 19. maddeye yer verilmemişse de, 20. maddenin belirtilmiş olması derhal fesih bildiriminin yazılı olması için yeterlidir. Çünkü anılan maddede, “fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasıyla fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde” işçinin dava açabileceği ifadesi, fesih bildiriminin yazılı olmasını gerektirir²⁷⁰. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, anılan hüküm, iş güvencesi hükümlerine tabi işçilerin iş sözleşmelerinin işverence süreli fesih bildirimi yoluyla sonlandırılmasında uygulama alanı bulur. Maddenin öngördüğü şekil ve yöntem, haklı sebeple derhal fesih bildiriminin kullanılmasında geçerlilik koşulu değildir²⁷¹. Yargıtay da, İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasından hareketle, derhal fesih bildiriminin yazılı yapılmasının gerekmediğine karar vermiştir²⁷².

uyarınca işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği durumlarda fesih bildiriminin yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu vardır. Aynı görüşte SOYER, “Borçlar Kanunu’nun İş Hukukuna Etkileri”, Kamu-İş İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Ankara, 20-21 Şubat 2013, s. 12; GÜLVER, Ender, Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, LİHSGHD, S.31, 2011, s. 1010.

²⁷⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 799.

²⁷¹ Görüş için bkz. TAŞKENT, Savaş, İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara 2002, s. 41; EKONOMİ, Münir, Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren D. Özel Eki, C.17, Mart 2003, s. 13; ULUCAN, Devrim, İş Güvencesi, 2. B, İstanbul 2005, s. 73; NARMANLIOĞLU, s. 354-355; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 462; AKI/ ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s. 126; SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 56; EKMEKÇİ, Ömer, Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, LİHSGHD, 2004/1, 165-180 (İşe İade), s.169; GÜZEL, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s. 88; SENYEN KAPLAN, s. 326; UŞAN, s. 116-117.

²⁷² “İş sözleşmesinin işveren tarafından 25. madde gereğince feshi hallerinde aynı maddenin son fıkrası gereği yasanın 19. maddesindeki koşullara uyma zorunluluğu yoktur. Bir başka anlatımla, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği durumlarda, fesih bildiriminin yazılı, fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi şekli koşulları aranmaz”. (Y9HD, 17.04.2006, 5460-9949). Aynı yönde, “4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesinin birinci fıkrasına göre işveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Fesih bildirimi yazılı yapılmamışsa veya fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse Aynı Kanun’un 21. maddesi gereğince geçerli sebep gösterilmediği kabul edilir...İş Kanunu’nun “İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlığını taşıyan 25. maddesinin son fıkrasına göre işverenin haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshettiği durumda fesih bildiriminin yazılı yapılması koşulu aranmaz”. (Y22HD, 25.04.2019, 3133-9586). “4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesinin 1. fıkrasına göre işveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Fesih bildirimi yazılı yapılmamışsa veya fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse aynı kanunun 21. maddesi gereğince geçerli sebep gösterilmediği kabul edilir”. (Y22HD, 05.06.2012, 2011/14965-2012/12506). “4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesinin birinci fıkrasına göre işveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zo-

Kanımızca İş Kanunu'nun işverenin haklı sebeple derhal fesih hakkını düzenleyen 25. maddesinin son fıkrasında yer alan “işçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir” hükmü, 19. maddenin 1. fıkrasında belirtilen şekil şartının sadece süreli fesih bildirimine ilişkin olduğunu kabul etmekten başka bir seçenek bırakmamaktadır. İş Kanunu'nun 109. maddesine göre, “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”. Belirtilen düzenlemeden bildirimlerin yazılı yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak, madde gerekçesinde öngörülen yazılı koşulun ispata ilişkin olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu durumda, İş Kanunu'nda bir değişiklik yapılmadığı sürece, derhal fesih bildiriminin yazılı yapılmasına ilişkin düzenlemenin geçerlilik koşulu olmadığı söylenebilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun “haklı sebepler” başlığı taşıyan 435. maddesinin 1. fıkrasında, “...Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır” hükmüne yer verilmiştir. Sözü edilen hüküm işçi ve işveren feshi bakımından ayırım yapmamıştır. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesi ister işveren ister işçi tarafından feshedilsin, fesih sebebi yazılı olarak bildirilmek zorundadır. Türk Borçlar Kanunu'nun iş kanunları karşısında genel kanun olması²⁷³ sebebiyle, derhal fesih bildirimine ilişkin yazılı olma şartının şekil serbestisi öngören iş kanunlarının kapsamındaki iş ilişkileri bakımından da geçerli olup olmadığı tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunun fesih bildirimi ile ilgili öngördüğü şekil, geçerlilik şartıdır. Ancak bu geçerlilik şartı, feshin hükümsüzlüğü olarak değil, haksız feshin sonuçlarına tabi tu-

rundadır. Fesih bildirimi yazılı yapılmamışsa veya fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse Aynı Kanun'un 21. maddesi gereğince geçerli sebep gösterilmediği kabul edilir...İş Kanunu'nun “İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlığını taşıyan 25. maddesinin son fıkrasına göre işverenin haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshettiği durumda fesih bildiriminin yazılı yapılması koşulu aranmaz”. (Y22HD, 25.04.2019, 3133-9586). Aynı yönde başka kararlar için bkz. Y9HD, 16.11.2006, 9085-30300, Y9HD, 07.11.2013, 2011/37528-2013/28671 ve Y22HD, 05.04.2013, 2012/19891-2013/7451.

²⁷³ Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunduğu hakkında geniş bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder, “Genel Kanun-Özel Kanun” ilişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil, S.22, Haziran 2011, s. 27 vd.

tulması şeklinde anlaşılmalıdır²⁷⁴. Bu görüşe göre, İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda derhal fesih bildiriminin yazılı yapılması konusunda boşluk bulunmaktadır. Boşluğun genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu hükümleriyle doldurulması gerekir. Diğer bir görüşe göre ise, İş Kanunu'nda ve Basın İş Kanunu'nda süreli fesih bildiriminin yazılı olması geçerlilik şartı olarak düzenlenmişken, derhal fesih bildirimi bakımından herhangi bir şekil şartının öngörülmemesi, kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Derhal fesih hakkının hukuki niteliği dikkate alındığında, yazılı bildirimin geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesinin isabet derecesi tartışılabilir. Derhal fesih bildiriminin yazılı olması gerektiği istenmediğinden bu konuda bir boşluktan söz edilemez. Bu bakımdan söz konusu düzenleme sadece Türk Borçlar Kanunu hükümleri kapsamındaki iş ilişkileri bakımından geçerli olup, İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde uygulanamaz²⁷⁵. Bazı yazarlar aynı sonuca başka bir gerekçe ile varmaktadır. Bu yazarlara göre, İş Kanunu'nun 109. maddesi uyarınca derhal fesih bildiriminin

²⁷⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 585; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 799; SÜMER, s. 114-115; Aynı yazar, Uygulamalar, s. 261; SOYER, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 14; YÜREKLİ, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2.B, Ankara 2014, s.235; SÜZEK, s. 696; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 241; GÜLVER, s.1010-1011; BEDÜK, Mehmet Nusret, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, SÜHFD, C.27, S.2, 2019, s. 689; KORKUSUZ, Mustafa Halit, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 sayılı İş Kanununa Tabi İşçilere Etkisi, İstanbul 2017, s. 76, 87; BASKAN, Esra, “Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanununun Yeni Düzenlemeler ve İş Kanununa Etkisi”, LİHSGHD, S.35, 2012, s. 112-113; TOLU, Hazal, İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, İstanbul 2017, s. 89. Yazara göre, tasarıda yer alan “karşı tarafın talebi üzerine” ibaresinin çıkarılması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir.

²⁷⁵ ÇELİK, Nuri, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmesinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, Sicil, S.25, Mart 2012, s. 8; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 462, dn. 1235; ALPAGUT, Gülsevil, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, LİHSGHD, C.8, S.31, 2011, s. 938, Yazara göre, “...İş Kanununda düzenlenmiş konularda Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı, yasa koyucunun iradesini açıkça koyduğu noktalarda hükümdeki aksaklığın bir yasa değişikliğiyle giderilmesi gerektiği, kanunda açıkça bir olay veya olguya hukuki sonuç bağlandığı hallerde, Borçlar Kanununun ilave bir hak getirdiğinden hareketle İş Kanunu kapsamındakiler için aynı konuda bir kurallar demetinin oluşturulamayacağı kabul edilmelidir”, Aynı yer, s. 938; AKYİĞİT, s. 272-273, Yazar, Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesinin 1. fıkrası hükmünün sadece haklı nedenin yazılı bildirimini aradığını, fakat fesih bildiriminin de yazılı olması gerektiğinden söz etmediğini, bu nedenle yazılı bildirimin geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesinin isabetli olmadığını belirtmektedir, Aynı yer, s. 272-273; ÖZDEMİR, Erdem, İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Hukukunda Güncel Sorunlar-4 Semineri, 22 Şubat 2014, Ankara, 2014, s. 62); ALP, Mustafa, “Yeni Borçlar Kanunu’nun İş Hukuku’na Etkileri”, İzmir Barosu İş Hukuku Günleri-II Sempozyum, Uluslararası Sözleşmelerin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukumuzda Uygulama Sorunları, 10-12 Mayıs 2013, İzmir, s. 132.

yazılı yapılması ispat şartı olarak düzenlendiğinden, bu kanuna tabi iş sözleşmelerinin derhal feshinde Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesinin 1. fıkrası uygulanamaz²⁷⁶.

Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesinin gerekçesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunun 337. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunun anılan maddesinde diğer tarafın talep etmesi üzerine fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi gerektiği öngörülmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesinin gerekçesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunun 337. maddesinin esas alındığı belirtilmesine rağmen, maddede yer alan “karşı tarafın talebi üzerine” ibaresine neden yer verilmediğinin açıklanmamıştır. Bu nedenle öğretide, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 337. maddesinde iş sözleşmesini derhal fesheden tarafın fesih sebebini yazılı olarak bildirme yükümlülüğünü muhatabın isteğine bağlayan ibarenin, Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesine alınmamasının, bilinçli bir tercih olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür²⁷⁷.

Maddede fesih sebebinin diğer tarafa sözleşmenin feshedildiği anda bildirilmesi gerektiğine ilişkin açık bir ibareye yer verilmemiştir. Başka bir anlatımla, fesih sebebinin, fesih iradesinin açıklanmasından sonra da bildirilebileceği anlamına gelen bir ifadenin söz konusu olduğu söylenebilir. Bu nedenle belirtilen hükmün kaynak kanundaki gibi, “diğer tarafın istemi üzerine fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi” şeklinde yorumlanması gerektiği ileri sürülebilir.

Kanımızca da, yukarıda belirtildiği gibi, İş Kanunu’nun 109. maddesinin gerekçesinde bu kanunda öngörülen bildirimlerin yazılı olması kuralının ispat şartı olduğu açıkça zikredilmiştir. Ayrıca İş Kanunu’nun 19. maddesinin 1. fıkrasında süreli fesih bildiriminin yazılı yapılmasına ilişkin zorunluluk öngörüldüğü halde, 25. maddesinin son fıkrasının bu konuda şekil serbestisini amaçladığı söylenebilir. Nitekim İş Kanunu’nun 25. maddesinin gerekçesinde bu husus şöyle ifade edilmektedir: “Sözleşmesi bu bent uyarınca ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir neden dolayısıyla feshedilen işçi bazen fesih nedeninin açıklanmasını istemeyebilir. Bu olgu göz önüne alınarak, ancak işçinin istemesi durumunda fesih nedeninin işçiye yazılı olarak bildirilmesi öngörül-

²⁷⁶ GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 5.B, Eskişehir 2017, s. 215.

²⁷⁷ BAYCIK, s. 354.

müştür...”. Her ne kadar işçinin istemi üzerine derhal fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi yönünde bir düzenleme yapılmamışsa da, taslak çalışmaları sırasında bu hususun düşünüldüğü tartışıldığı anlaşılmaktadır. Bu noktada söz konusu gerekçenin 25. maddenin son fıkrasının temelini teşkil ettiği açıktır. Belirtilen düzenleme dikkate alındığında, İş Kanunu’na tabi iş ilişkileri bakımından derhal fesih bildiriminin yazılı olması şartına bilinçli olarak yer verilmediği söylenebilir. Şu halde özel kanun olan İş Kanunu’nda bu konuda bir boşluk bulunduğunu söylemek güçtür²⁷⁸.

Kuşkusuz, işverenin süreli fesihte yazılı şekle uymak ve sebep bildirmek zorunda olduğu bir sistemde işçi açısından daha ağır sonuçlar doğuran derhal fesihte söz konusu şekil şartının evleviyetle uygulanması gerektiği, aksi kabulün işçi aleyhine yorum olacağı ileri sürülebilir²⁷⁹. Bununla birlikte, yukarıda hukuki dayanağı belirtilen derhal fesih hakkının çok sıkı şekil şartlarına bağlanmasının hakkın mahiyetine uygunluğu da tartışmaya açıktır²⁸⁰. Esasen derhal fesih hakkı için şekil şartının öngörülmesinden çok, şekle uyulmamasına bağlanan hukuki sonuçlar önem arz eder.

Türk Borçlar Kanunu ve iş kanunlarına tabi iş ilişkileri açısından iş güvencesine tabi olup olmadığına bakılmaksızın, süreli ya da derhal fesih hakkını kullanan tarafın, diğer tarafın talebi üzerine fesih sebebini yazılı olarak bildirmesi koşulunu öngören genel bir düzenleme yapılması tüm bu tereddüt ve tartışmaları ortadan kaldıracaktır. Önemli olan muhatabın fesih sebebini öğrenmesi ve buna karşı dava açıp açmamaya karar vermesine imkân sağlamaktır. Muhatap fesih sebebini öğrendikten sonra buna karşı hak arama yoluna gidip gitmeyeceğine karar verecektir. Böylece muhatabın menfaatleri korunmuş olacağı gibi, hak sahibinin olası mağduriyeti de önlenmiş olacaktır. Fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğunun muhatabın isteğine bağlı kılınması ile fesih sebebini bildiği halde şekle aykırılığı öne süren kötünîyetli davranışların da önüne geçilmiş olacaktır.

²⁷⁸ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 938; CENTEL, Tankut, İş Güvencesi, 2.B, İstanbul 2020, s. 121; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 269.

²⁷⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1026; SÜMER, s. 115; CANBOLAT, Talat, “İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı”, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, İstanbul, 2010, s. 89; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 275, dn. 491.

²⁸⁰ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 938-939.

b) Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi

Derhal fesih hakkının bir süreye tabi olmadan kullanılabilmesine imkân verilmesi halinde muhatap, hukuki belirsizlik içinde kalır²⁸¹. İşçi, iş sözleşmesinin her an feshedilebileceği tehdidi altında huzursuz ve mutsuz olur. Bu halde, iş sözleşmesinin sürekliliği de olumsuz etkilenebilir. Diğer yandan, derhal fesih için sebep olarak gösterilen maddi vakıanın hak sahibi açısından sözleşmeye devamı çekilmez hale getirdiği sonucuna varılabilmesi için, fesih hakkının gecikmeksizin kullanılması gerekir²⁸².

Derhal fesih hakkının dayanağı dürüstlük kuralları olduğuna göre, hakkın kullanılması da dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanılmalıdır. Bu sebeple hukukumuzda, özellikle karşı tarafın ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlarından kaynaklanan derhal fesih hakkı belirli bir süreye tabi tutulmuştur. İş Kanunu'nun 26. maddesine göre, 24. maddenin II. ve 25. maddenin II. bentlerinde belirtilen, ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlardan doğan derhal fesih hakları, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz²⁸³.

Derhal fesih hakkı uzun bir süre kullanılmadığında muhatapta bu hakkın artık kullanılmayacağına dair bir güven oluşur. Hakkın uzun bir süre kullanılmaması, hakkı nedenin varlığına rağmen işçinin terfi ettirilmesi, yeni bir görev verilmesi gibi muhatapta derhal fesih hakkının kullanılmayacağı yönünde güven oluşturan davranışlardan sonra hakkın kullanılması etkisizleşir²⁸⁴. Başka bir anlatımla, sözleşme sona ermekle

²⁸¹ BAYCIK, s. 427-428.

²⁸² BAYCIK, s. 432.

²⁸³ Alman hukukunda iş sözleşmesinin feshi için haklı neden söz konusuysa fesih hakkının, §626 BGB'ye göre, iki haftalık süre içerisinde kullanılması gerekir. Ayrıca düzenlemede fesih nedenleri arasında herhangi bir ayırım da yapılmamıştır. Ayrıntılı açıklama için bkz. LÖWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, s. 174.

²⁸⁴ Etkisizleşme, bir hak veya yetki sahibinin hakkını veya yetkisini uzun bir süre kullanmamış olması nedeniyle hakkını veya yetkisini muhatabına karşı artık ileri sürememesini ifade eder. Etkisizleşme kurumu, hakkını uzun süre kullanmayan veya davranışıyla hakkını kullanmayacağı yolunda muhatabında güven oluşturan ve özellikle muhatabın buna güvenerek başka tasarruflarda bulunmasına yol açan hak sahibinin, bu hakkını kullanma imkânını kaybetmesine yol açar. Hâkim, hakkın etkisizleşip etkisizleşmediğini re'sen dikkate alır. Kavram hakkında daha geniş bilgi için bkz. BİRBEN, Erhan, "İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi", DEÜHFD, C. 15, Özel

birlikte, derhal feshin hukuki sonuçları meydana gelmez. Bu durumda yapılan fesih, haksız fesih hükümlerine tabi olur²⁸⁵. Zamanaşımı süreleri geçmemiş olsa dahi şartların gerçekleşmesi halinde hakkın etkisizleşmesi söz konusu olabilir. Sadece hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresinin geçmiş olması hakkın etkisizleşmesi için yeterli değildir. Esasen bunun için geçmesi geçen bir sürenin önceden kesin olarak öngörülmesi de mümkün değildir. Geçmesi gereken süre, hakkın türü, hak sahibi tarafından muhatapta oluşturulan güvenin yoğunluğu ve muhatapın korunma ihtiyacının ağırlığı gibi somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Kuşkusuz hakkın kullanıldığı sürenin uzunluğu ölçüsünde etkisizleşmenin kabulü kolaylaşacaktır²⁸⁶.

İş Kanunu'nda öngörülen altı işgünlük ve bir yıllık süreye ilişkin hüküm, 24. maddenin II. ve 25 maddenin II. bentleri dışında kalan sebeplerle derhal fesih hakkının kullanılmasında uygulanmaz²⁸⁷. İş Kanunu'nda derhal fesih hakkının kullanımı için öngörülen süre, niteliği itibarıyla hak düşürücü süredir. Bu sebeple, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Derhal fesih hakkının hak düşürücü süre içinde kullanıldığını ispat yükü, hakkı kullanan tarafa aittir.

Kural olarak, hak düşürücü sürenin kesilmesi veya durması mümkün olmadığından²⁸⁸ işçinin doktor raporu ile istirahatlı olması, hak düşürücü süreyi durdurmaz veya kesemez²⁸⁹. Sürenin başlangıcı, feshe sebep olan davranışın karşı tarafça öğrenildiği tarihin ertesi günü başlar. Altı günlük sürenin hesabında sadece işgünleri sayılacak olup,

Sayı, 2014, s. 451 vd.; BAYCIK, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakkın Etkisizleştirilmesi", İÜHFM, LXXII, S. 2, 59-72, 2014, s. 60.

²⁸⁵ ELMAS, s. 102.

²⁸⁶ BİRBEN, s. 454.

²⁸⁷ SÜZEK, s. 690; SÜMER, s. 123, Aynı yazar, Uygulamalar, s. 239; AKYİĞİT, s. 317; ERTAN, Hak Düşürücü Süreler, s. 1336.

²⁸⁸ SAYMEN, s. 612; OĞUZMAN, s. 114.

²⁸⁹ "Davacı fesih iradesini aynı yasanın 18. maddesinde belirtilen 6 iş günlük süre geçtikten sonra feshetmiştir. Davacının 5 günlük nakil süresi içerisinde 45'er günlük toplam 90 gün istirahat raporu alması 6 iş günlük süre yönünden sonuca etkili değildir. Zira raporlu olmak 1475 sayılı yasanın 16/II maddesi gereğince hizmet aktini feshetmeye engel değildir. Ancak önelli fesihlerde raporla önel süresi iç içe giremez. Somut olayda önelli fesih söz konusu olmayıp önellsiz fesih yapılmıştır. Açıklanan nedenlerle davacının kıdem tazminatının kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". (Y9HD, 18.12.2006, 15254-33354). Aynı yönde karar için bkz. Y22HD, 09.04.2013, 2012/14771-2013/7556.

hafta ve genel tatilleri hesaba katılmaz²⁹⁰. Bu nedenle işgünü resmi kurumların açık olduğu günlere göre değil, işyerinin faaliyetine devam ettiği günlere belirlenir²⁹¹.

Altı iş günlük sürenin başlangıcı, işveren veya işçinin olayı öğrendiği tarihtir. Özellikle işverenin olay hakkında gerekli araştırma ve inceleme yaptırarak olayı şüpheyi yer vermeyecek şekilde öğrendiği tarihte altı iş günlük süre başlar²⁹². İşyeri veya işletmede fesih yetkisi kime verilmişse, olayı onun öğrenmesi önem taşır. Bu nedenle, işyerinde işvereni temsil eden ve feshe doğrudan doğruya yetkili olan işveren vekillerinden birinin veya tüzel kişi organının durumu öğrenmesi, hak düşürücü süreyi başlatır²⁹³.

Fesih nedeni olayı ve faili hakkında bir soruşturma yapılıyorsa, altı iş günlük süre soruşturmanın bitiminden itibaren başlar. Ancak soruşturmayı yapanların feshe yetkisi yoksa altı iş günlük süre, feshe yetkili kişi ya da organın soruşturma sonucunu öğrendiği tarihten itibaren belirlenmelidir²⁹⁴. Soruşturma bizzat işveren tarafından yapılabileceği gibi, ceza davası gibi resmi bir tahkikat da olabilir. Soruşturmanın Disiplin Kurulu tarafından yapılması halinde, Disiplin Kurulu kararının feshe yetkili kişi ya da organa ulaşmasından itibaren altı iş günlük süre başlar. Feshe yetkili kişi ya da organın bilgisi ve iradesi ile altı iş günlük süre geçtikten sonra, Disiplin Kurulu toplanmış veya soruşturmaya başlamışsa derhal fesih hakkı süresinde kullanılmamış sayılır²⁹⁵.

²⁹⁰ Y7HD, 13.05.2013, 3457-8686 ve Y9HD, 27.11.2017, 2015/16569-2017/19090.

²⁹¹ Resmi Kurumlara müracaat için işgünü olarak belirlenen süreler ise resmi kurumların açık olduğu günler dikkate alınarak belirlenir. Örneğin, İş Kanunu'nun 3. maddesinde iş müfettişi tarafından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna yönelik yapılan tespiti karşı öngörülen otuz işgünlük dava açma süresi mahkemelerin açık olduğu günlere göre belirlenir. Bu yönde bkz. Y22HD, 07.05.2018, 2786-10910.

²⁹² MOLLAMAHMUTOĞU/ASTARLI, s. 726.

²⁹³ NARMANLIOĞLU, s. 412. Aynı yönde, “ Somut olayda davalı işyerinde fesih yetkisi genel müdürde olup, davacının eylemi nedeni ile fesih teklifinin genel müdüre 02.05.2008 tarihinde sunulduğu ve fesih teklifine genel müdür tarafından aynı gün olur verildiği ve fesih kararının davacı işçiye 06.05.2008 tarihinde ulaştığı anlaşılmakla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesindeki 6 iş günü olan hak düşürücü sürenin geçmediği” (Y9HD, 13.12.2012, 2207-42609).

²⁹⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 634 ve dn.2094'de belirtilen kararlar.

²⁹⁵ “İşverenin tüzel kişi olması durumunda altı işgünlük süre feshe yetkili merciin öğrendiği günden başlar. Bu konuda müfettiş soruşturması yapılması, olayın disiplin kurulunca görüşülmesi süreyi başlatmaz. Olayın feshe yetkili kişi ya da kurula intikal ettirildiği gün, altı iş günlük sürenin başlangıcını oluşturur (27.10.2011, 43879-41313) Aynı yönde Y9HD, 04.05.2017, 2015/9433-7849.

Basın İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda derhal fesih hakkının kullanma süresi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum derhal fesih hakkını doğuran bir sebebin meydana gelmesinden sonra iş sözleşmesinin süre sınırlanması olmaksızın her zaman feshedilebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır²⁹⁶. Derhal fesih hakkını doğuran sebebin öğrenilmesinden itibaren uygun bir düşünme ve karar verme süresi içinde hakkın kullanılması gerekir. Aksi halde dayanılan sebebin sözleşmeye devamı çekilmez hale getirmediği varsayılır²⁹⁷. Kuşkusuz, hakkın kullanılmayacağı yönünde karşı tarafta güven oluşturulması halinde de, derhal fesih hakkının sona erdiği sonucuna varılmalıdır²⁹⁸.

Bir görüşe göre, olayın şartlarına göre oldukça uzun bir süre kullanılmayan derhal fesih hakkından vazgeçildiğinin kabulü, iş sözleşmesinin mahiyetine uygun düşecektir. Dürüstlük kuralları anılan kanunların kapsamına giren iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshinin makul sürede yapılmasını gerektirmektedir. Derhal fesih hakkının, somut olayın şartlarına uygun, makul kabul edilebilecek bir süre içinde kullanılması gerekir²⁹⁹. Makul süre, olayın haklı bir sebep oluşturup oluşturmadığının her olayın şartlarına göre düşünülmesi ve değerlendirilmesi için gerekli süredir³⁰⁰. Makul süre içinde kullanılmayan derhal fesih hakkı, hukuka uygun kullanılmadığı için haksız feshin sonuçları söz konusu olacaktır. Başka bir görüşe göre ise, Basın İş Kanunu'ndaki boşluğun İş Kanunu ile doldurulması gerekir³⁰¹. Kanımızca Basın İş Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi yoktur. Bu nedenle Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun öngördüğü hak düşürücü sürelerin uygulanması mümkün değildir. Diğer yandan, kanun koyucunun açıkça düzenleme yapmadığı bir konuda boşluk doldurma yoluyla sınırlayıcı bir hükmün doğrudan uygulanması uygun düşmez. Nitekim Yargıtay, Basın İş Kanunu'ndaki süresiz fesih hakkının kullanım sü-

²⁹⁶ OĞUZMAN, s. 111; MOLLAMAHMUTOĞU/ASTARLI/BAYSAL, s. 801.

²⁹⁷ OĞUZMAN, s. 111.

²⁹⁸ BAYCIK, s. 436.

²⁹⁹ OĞUZMAN, s. 111-112; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 801; SAVAŞ, s. 182; ÇİL, Şahin, "Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması", Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, s. 163.

³⁰⁰ OĞUZMAN, s. 111-112.

³⁰¹ ŞAKAR, Müjdat, Basın İş Hukuku, İstanbul 2002, s. 97; SÜMER, Halûk Hadî, Bireysel Basın İş Hukuku, 2.B, Konya 2016, s. 215-216; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 182.

resi ile ilgili boşluğun İş Kanunu hükümleriyle doldurulamayacağına karar vermiştir³⁰². Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinin derhal feshinde, dürüstlük kuralları çerçevesinde somut olayın özelliği ve “derhal” kavramına uygun makul bir sürenin dikkate alınması gerekir. Burada derhal fesih hakkını doğuran sebebin gerçekleşmesinden itibaren sözleşmeye devamın beklenemeyeceği süre göz önünde bulundurulmalı; sözleşmeye devam beklenebilir duruma gelmişse yapılan fesih haksız sayılmalıdır. Kuşkusuz bu süre, her somut olayın özelliğine göre farklı olacaktır³⁰³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde fesih için haklı sebep olarak kabul edilen “sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar”, aynı zamanda fesih yetkisini kullanabilme süresi konusunda dikkate alınacak bir ölçütü ortaya koymaktadır. Fesih için haklı sebep teşkil eden davranışın öğrenilmesinden itibaren dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisinin sürdürülmesinin beklenemeyeceği sürenin bitimine kadar iş sözleşmesi feshedilebilir.

Deniz İş Kanunu'nun 15. maddesinde, tarafların süresiz fesih hakkını kullanabilmeleri belirli süreye tabi tutulmuştur. Buna göre işveren, işveren vekili veya gemiadamı iş sözleşmesini fesih yetkisini, fesih için haklı sebep teşkil eden davranışı öğrendiği tarihten itibaren altı işgünü ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir sene içinde kullanabilir. Kanunda öngörülen süre geçtikten sonra yapılan fesih, haksız hale gelecektir. Bu açıdan altı işgünlük ve bir yıllık süre niteliği itibariyle hak düşürücüdür.

Kanunlarımızda derhal fesih hakkının kullanılması için öngörülen süreler öğreti ve yargı tarafından hak düşürücü süre olarak nitelendirilmiştir³⁰⁴. 6098 ve 5953 sayılı kanunların kapsamına giren sözleşmelerin derhal feshinde uygulanması gereken makul

³⁰² “Hak düşürücü süre niteliğinde olduğu için ıttıla tarihinden itibaren fesih hakkını kullanma için öngörülen 6 işgünlük süre iş yasasında bulunduğu halde Basın iş yasasında yer almamıştır. Yasada yer almayan hak düşürücü sürenin davada uygulanması doğru değildir”. (Y9HD. 07.06.2000, 4840-4081, GÖKTAŞ/ÇİL, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara 2003, s. 120). Aksi yönde karar için bkz. Y22HD, 07.05.2014, 10810-11780.

³⁰³ OĞUZMAN, s. 112.

³⁰⁴ SAYMEN, s. 612; OĞUZMAN, s. 114; ÇENBERCİ, s. 596; NARMANLIOĞLU, s. 411; SÜZEK, s. 690; SÜMER, s. 124; Y9HD, 29.10.2010, 2008/37175-2010/30258.

süre de hak düşürücü süredir³⁰⁵. Çünkü makul süre geçtikten sonra yapılan fesih hukuka uygun feshin sonuçlarını doğurmayacaktır. Hak düşürücü süre hâkim tarafından re'sen dikkate alınır; zamanaşımı gibi kesilme ve durması söz konusu değildir³⁰⁶.

Özel hak düşürücü süre kanunda belirtildiği gibi, işgünü şeklinde belirlenmelidir. Bu nedenle araya giren hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri hesaba katılmaz. İş hukukumuzda Cumartesi günü kural olarak işgünü hesabında dikkate alınmaktadır³⁰⁷. Ancak işyerinde Cumartesi akdi tatil olarak kararlaştırılmışsa altı iş günlük süreye dâhil edilmemesi gerekir³⁰⁸. Çünkü fesih için hak düşürücü olarak öngörülen “işgünü”, işyerine göre belirlenmektedir.

Öğrenme fiili ve faili kapsamalıdır. Fiil öğrenilmekle birlikte faili bilinmiyorsa, altı iş günlük süre olayın öğrenildiği tarihten değil de failin öğrenildiği tarihten itibaren başlatılmalıdır³⁰⁹.

Süre gün olarak öngörüldüğünden öğrenme günü hesaba katılmaz. Başka bir anlatımla, altı iş günlük sürenin hesabında, haklı sebebi teşkil eden olayın öğrenildiği günün ertesi günü esas alınacaktır³¹⁰.

Ücretin eksik ödenmesi veya hiç ödenmemesi, devamsızlık, işi yavaşlatma gibi süreklilik gösteren davranışlar bakımından altı işgünlük süre eylemin sona ermesinden itibaren başlar³¹¹. Başka bir anlatımla, süreklilik gösteren, tekrarlanan fiil ya da davranış sona erdikten itibaren altı iş günlük süre başlar³¹². Örneğin, kanun dışı grev devam

³⁰⁵ MOLLAMAHMUTOĞU/ASTARLI, s. 726.

³⁰⁶ OĞUZMAN, s. 114; SAYMEN, s. 612; ÇENBERCİ, s. 596; NARMANLIOĞLU, s. 412.

³⁰⁷ NARMANLIOĞLU, s. 415, dn. 284.

³⁰⁸ Y9HD, 27.11.2017, 2015/16569-2017/19090.

³⁰⁹ SAYMEN, s. 612-613; EKONOMİ, s. 182; ÇENBERCİ, s. 598; NARMANLIOĞLU, s. 412; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 803.

³¹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL s. 803. Ayrıca bu yönde karar için bkz. Y9HD, 12.03.1979, 2732-3884, (İHU, İşK.18, No: 2).

³¹¹ Alman hukukunda da devamlılık arz eden davranışlar söz konusu olduğunda haklı neden için belirtilen iki haftalık süre, davranışın sona ermesinden sonra işlemeye başlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. LÖWISCH/CASPER/KLUMPP, s. 175.

³¹² NARMANLIOĞLU, s. 414.

ettikçe³¹³, çalışma şartları uygulanmadıkça³¹⁴, devamsızlık devam ettikçe³¹⁵ hak düşürücü süre başlamış sayılmaz.

Altı iş günlük hak düşürücü sürenin başlangıcı ile ilgili yukarıda belirtilenler, Türk Borçlar Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki sözleşmelerin feshinde göz önünde bulundurulması gereken makul süre için de geçerli kabul edilebilir.

Genel hak düşürücü süre olan bir yıllık süre fiilin vukuundan itibaren başlar ve “bir takvim yılı” olarak dikkate alınır³¹⁶. Altı iş günlük süre, bir yıllık süre içinde söz konusudur. Bir yılın bitimine altı iş günlük süreden daha az kalmışsa, kalan süre içinde fesih hakkı kullanılmalıdır³¹⁷.

D) Derhal Fesih Hakkının Sınırlandırılması

İş Kanunu’nda ve Deniz İş Kanunu’nda derhal fesih hakkını veren sebeplerin genel çerçevesi çizilmiş ve hakkın kullanılması hak düşürücü nitelikte belli sürelerle bağlanmıştır. Aşağıda görüleceği üzere, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nda hak düşürücü sürenin öngörülmemiş olması, anılan kanunlara tabi iş sözleşmelerinin, haklı sebep doğduktan sonra her zaman derhal feshedilebileceği anlamına gelmemelidir. Derhal fesih hakkının haklı sebebi değerlendirme ve düşünme süresini kapsayacak uygun bir süre içinde kullanılması gerekir. İşçi veya işveren kanunda belirtilen haklı sebeplerin varlığı halinde ve öngörülen hak düşürücü süre içinde derhal fesih haklarını kullanabilirler. Hak düşürücü süre bakımından, kanun hükümleri ile derhal fesih

³¹³ “Yine işyerinde işi yavaşlatma ve üretimi düşürme eyleminin süreklilik göstermesi durumunda altı iş günlük süre eyleminin bittiği tarihten başlar”. Y9HD, 02.02.2009, 2008/9790-2009/1003. Ayrıca bkz. YHGK, 17.03.1978, 19-251 (ÇENBERCİ, s. 606).

³¹⁴ Çalışma şartlarındaki değişiklik ve buna bağlı ücrette meydana gelen düşmenin devam ettiği sürece altı iş günlük sürenin işlemeye başlamayacağı hakkında bkz. Y9HD, 07.12.2012, 12328-36667. Sigortanın yapılmamasının süreklilik arz eden bir durum olduğu ve devam ettiği sürece hak düşürücü sürenin başlamayacağı hakkında bkz. 9HD, 29.12.2010, 2009/913-2014/41802.

³¹⁵ “haklı fesih nedeninin devamlı olması durumunda hak düşürücü süre işlemeyeceğinden, işverenin hizmet sözleşmesini devamsızlık sebebiyle haklı olarak feshettiği açıktır. Hal böyle olunca davanın ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. Y9HD, 16.03.2010, 2008/12549-2010/7146. Ayrıca bkz. Y9HD, 04.06.2012, 2010/12101-2012/19208.

³¹⁶ NARMANLIOĞLU, s. 415.

³¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL s. 804.

hakkının sınırlandırılmasında, sözleşmenin tarafları bakımından bir ayırım yapılmamıştır.

Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri bakımından derhal fesih hakkının, fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi suretiyle kullanılması gerekir (m.435/2). Fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu hem işçi hem de işveren feshi bakımından söz konusudur.

Ahlâka ve emredici hukuk kurallarına dayanan derhal fesih imkânından feragat edilemez³¹⁸. Gerçekten, bu haktan anlaşma ile önceden feragat edilmesi, Anayasa ile güvence altına alınmış olan sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğundan geçersizdir³¹⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu; sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği, ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağını açıkça anlaşılması halinde sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Derhal fesih hakkının bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile içerik ve şekil yönünden sınırlandırılabilmesi kural olarak mümkündür. Türk hukukunda derhal fesih hakkının sözleşme ile içerik yönünden sınırlandırılabilmesini uygun bulan düşünce İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendindeki düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Söz konusu hükümde ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı bazı davranışlar tek tek sayılmıştır. Bu davranışlardan bir kısmının kapsamını işçi lehine genişleten ve dolayısıyla işverenin derhal fesih hakkının koşullarını ağırlaştıran anlaşmaların geçerli olduğu kabul edilmektedir³²⁰. Örneğin, sözleşmede arka arkaya üç gün izinsiz ve mazeretsiz olarak işe gelmemenin fesih için haklı neden olacağı kararlaştırılabilir³²¹. Buna karşılık, tara-

³¹⁸ OĞUZMAN, s. 38.

³¹⁹ OĞUZMAN, s. 38; ESENER, s. 237-238; KAPLAN, s. 176-177; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 810-811; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 195.

³²⁰ OĞUZMAN, s. 38-39; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 629.

³²¹ OĞUZMAN, s. 38-39.

flar sözleşme ile İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilmeyen haklı nedenle derhal fesih sebepleri kararlaştıramazlar³²².

İş Sözleşmesinde işverenin derhal fesih hakkının, kanunda haklı sebep olarak öngörülen davranışın tekrarlanması durumunda kullanılabileceğine dair hükümlere yer verilebilir. Ancak, derhal fesih hakkının kullanılmasını, kanunda haklı sebep olarak öngörülen davranışın tekrarlanması şartına bağlayan sözleşme hükümlerinin geçerliliği, o haklı sebebin mutlak emredici olup olmamasına bağlıdır. Çünkü mutlak emredici nitelikteki kanun hükümleri ile işveren için öngörülen derhal fesih nedenlerinin sözleşme ile ortadan kaldırılması veya hakkın özüne dokunacak derecede sınırlandırılması mümkün değildir³²³. İşverene küfür, hakaret ve fiili saldırı yahut şeref ve haysiyetine dokunacak ihbar ve isnatlar doğrudan işverenin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğundan, kişilik haklarını ihlal edici düzenlemelere yer verilmesi mutlak emredici kurallara ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 33. maddesinin 5. fıkası hükmüne aykırı düşer³²⁴. Kişilik haklarını ilgilendiren mutlak emredici düzenlemelere aykırı sözleşme hükümleri geçersizdir. Örneğin, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (b), (c) ve (d) alt bentlerinde yer alan derhal fesih nedenleri için öncelikle ücret kesme cezasının verilmesini öngören sözleşme hükmüne değer verilemez³²⁵. Ancak, işçinin ard arda iki işgünü izinsiz ve mazeretsiz olarak işe gitmemesi halinde ücret kesme cezasının verilebileceği kararlaştırılabilir³²⁶. Bunun gibi, işçinin işverene verdiği zarar miktarına ilişkin kanunda belirtilen tabanı makul ölçüde artıran ya da zararın işçi tarafından ödeneceğinin taahhüt edilmesi, ödenmesi veya sendikanın kefil olması halinde derhal fesih hakkının kullanılamayacağına ilişkin sözleşme hükümlerine yer verilebilir³²⁷.

³²² REİSOĞLU, Hizmet Akdinin Feshi, s. 18; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 195.

³²³ ÇELİK/CANLIOĞLU/CANBOLAT, s. 629.

³²⁴ ALPAGUT, Gülsevil, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, 87-150, s. 123-124; ÇELİK/CANLIOĞLU/CANBOLAT, s. 629-630..

³²⁵ ALPAGUT, Değerlendirme 2001, s. 123-124; SÜZEK, s. 711-712.

³²⁶ Y9HD, 30.01.1996, 26136/1031, İHD, Ocak 2006, s. 60.

³²⁷ Y9HD, 11.09.1991, 6724/11946, Tekstil İşv., Kasım 1991, s. 15-16.

Kanunun haklı saymadığı bir nedenin fesih için haklı sebep sayılmasını öngören sözleşme hükümleri, geçerli kabul edilemez. Çünkü gerek Türk Borçlar Kanunu gerekse iş kanunlarımızdaki derhal fesih sebepleri emredici hukuk kurallarına dayanırlar³²⁸. Örneğin, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 66. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olarak, kanuni bir grev kararının alınmasına katılmanın, teşvik etmenin, greve katılmanın veya katılmaya teşvik etmenin fesih için haklı sebep sayılacağı kararlaştırılamaz. Bunun gibi, 4857 sayılı Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen, özellikle fesih için geçerli sebep oluşturmayan halleri derhal fesih nedeni sayan sözleşme hükümleri geçerli değildir. Gerçekten belirtilen haller geçerli sebep olarak kabul edilmeyeceği öngörüldüğüne göre, haklı sebep olarak da kabul edilemezler.

İşverenin derhal fesih hakkının sınırlandırılması sadece haklı nedenlerin ve yaptırımlarının işçi lehine genişletilmesi şeklinde yapılmamaktadır. Sınırlama hakkını kullanma biçimine ilişkin de olabilir. Sözleşme ile işverenin derhal fesih hakkı, işçinin savunmasının alınması, feshin disiplin kurulu kararına bağlanması, bildirimin yazılı yapılması, fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde gösterilmesi gibi hükümlerle sınırlandırılabilir.

İşverenin derhal fesih hakkını kullanma şekline ilişkin sınırlamalar, uygulamada yaygın olarak feshi disiplin kurulu kararının varlığına bağlayan sözleşme hükümleri ile gerçekleştirilmektedir. Sözleşmedeki hükme rağmen disiplin kurulu kararı alınmadan derhal fesih hakkı kullanılmışsa, haklı sebep mevcut olsa bile, yapılan fesih, haksız feshin hükümlerine tabi olur³²⁹. Ancak, işverenin fesih hakkını ortadan kaldıracak veya çok güçleştirecek nitelikte hükümlere yer verilemez. Yargıtay, iş sözleşmesinin feshini disiplin kurulunun oybirliği ile karar almasına bağlayan veya bu kurulun çok kısa bir süre içinde karar vermesi zorunluluğunu öngören toplu iş sözleşmesi hükümlerini geçerli saymamıştır³³⁰.

³²⁸ OĞUZMAN, s. 39; KAPLAN, s. 177; BAŞBUĞ, Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s. 166-167.

³²⁹ ALPAGUT, Değerlendirme 2001, s. 127; SÜZEK, s. 712; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.222; Y9HD, 15.03.2010, 21913/6803; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 196.

³³⁰ “İşverenin fesih hakkını disiplin kurulu şartı getirerek sınırlandırması mümkün ise de, yasa ile işverene tanınmış olan fesih hakkının bütünü ortadan kaldırılması mümkün değildir. Örneğin

İş kanunlarımızda, işveren tarafından iş sözleşmesi derhal feshedilmeden önce işçiden savunma istenmesini öngören düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, işverenin derhal fesih hakkını kullanmadan önce işçiden savunmasını istemesi gerektiği sözleşme ile kararlaştırılabilir. Sözleşme hükmüne rağmen, işçiden savunması istenmeden yapılan fesih, haksız fesih hükümlerine tabi olur³³¹.

Kanunda fesih bildiriminin yazılı yapılmasının ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak gösterilmesinin geçerlilik koşulu olarak öngörüldüğü hallerde, süreli veya derhal fesih bildiriminin yazılı yapılmamış olmasının yaptırımı geçersizliktir. Bu durumda sözleşme hiç sona ermemiş gibi devam eder. Başka bir anlatımla, haksız fesih hükümleri söz konusu olmaz. Buna karşılık, kanunda fesih bildiriminin yazılı olmasının veya fesih sebebinin açık ve kesin olarak gösterilmesinin ispat şartı olarak öngörüldüğü hallerde, salt bildirimin bu tür hükümlere uygun yapılmamış olması, feshin geçersiz veya haksız olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Kanımızca, işveren feshi bakımından yazılı fesih bildirimini geçerlilik koşulu olarak öngören kanun hükmüne aykırı sözleşme yapılamaz. Buna karşılık, işçi feshi bakımından konuya olumlu bakılması gerekir.

Kanunda fesih bildiriminin yazılı yapılması zorunluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı veya bu hususların ispat şartı olarak öngörüldüğü hallerde, tarafların fesih bildiriminin yazılı olmasını geçerlilik şartı olarak kararlaştırıp kararlaştırmayacaklarına da değinmek gerekir. Hemen belirtelim ki, iş sözleşmesinin feshine ilişkin kanun hükümleri daha çok nispi emredici nitelikte olduğundan, işçinin derhal fesih hakkının sınırlandırılması anlamına gelecek bu tür bir düzenleme geçerli olmaz. Buna karşılık, işverence yapılacak derhal fesih bildiriminin yazılı ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerektiği kararlaştırılabilir.

disiplin kurulu kararının fesih yönünde oybirliğiyle alınmasını arayan koşullar geçersizdir. Somut olayda da eyleme göre verilecek cezalar ve varsa sırası açıkça düzenlenmediğinden, işverence her durumda toplu iş sözleşmesinde belirlenen uyarma ile başlayan cezaların sırayla uygulanacağını ve eylemin ancak 6. kez yapılması halinde haklı fesih yoluna gidilebileceğini kabul etmek doğru olmaz". Y9HD, 18.06.2013, 2011/14895-2013/18735. Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 20.02.1995, 19247/13581, TÜHİS, Mayıs 1995, s. 50; Y9HD, 04.11.1999, 13721/16726, İşv., Kasım 1999, s. 17-18; Y9HD, 24.01.2005, 2004/31364-2005/1108, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.459-460,

³³¹ SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s. 81; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 713.

İşverenin, derhal fesih hakkını sınırlandıran sözleşme hükümlerine aykırı olarak sözleşmeyi feshetmesi halinde, fesih için haklı neden mevcut olsa dahi, yapılan fesih haksız hükümlerine tabi olur.

E) Feshin Haklı Sebebe Dayandığının İspatı

Fesih bildiriminde belirtilen haklı neden gerçekte bulunmasına rağmen ispat edilememesi halinde fesih, haklı nedene dayanmayan fesih gibi, haksız sayılacaktır³³². Bu nedenle haklı nedenin ispatı ve ispat yükü, önemli bir hukuki sorundur.

Feshin haklı nedene dayandığının ispat yükü ile ilgili Türk Borçlar Kanunu ve iş kanunlarımızda özel bir hüküm yoktur. Bu nedenle, Türk Medeni Kanunu'nun genel hüküm niteliğindeki 6. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “ispat yükü” başlığını taşıyan 190. madde hükümleri ile sorun çözülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesine göre, “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesinin 1. fıkrasında da, “ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir” kuralına yer verilmiştir.

İş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona ermesi, olağan sona erme halidir³³³. Süreli fesihle bir taraf belirsiz süreli sözleşmeden kurtulmakta diğer taraf da sözleşmenin sona ermesi nedeniyle sözleşmeden ve kanundan doğan haklarını talep edebilir duruma gelmektedir. Buna karşılık, sözleşmenin derhal fesih bildirimi ile sona ermesi olağanüstü ve istisnai bir sona ermedir³³⁴. Sözleşmeyi fesheden taraf, karşı taraftan kaynaklanan sebeplerle dürüstlük kuralları gereği devam edemeyeceğini iddia ederek sözleşmeyi, karşı tarafa herhangi bir süre vermeden derhal sona erdirmektedir. Bu durumda karşı taraf, kendisine bir kusur isnadı ile birlikte, bırakın herhangi bir hak talep etmeyi, kusuru ispat edildiğinde fesheden tarafa tazminat ödeme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. İşte bu olağanüstü sona erme şartlarının gerçekleştiğini ileri süren

³³² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 865; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 258-259; SÜMER, s. 124.

³³³ AKYİĞİT, s. 253.

³³⁴ ESENER, s. 232; TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukuku, C.I, 3.B, İstanbul 1984, s. 368; AKYİĞİT, s. 272.

ve bunda menfaati bulunan kişi, feshin haklı nedene dayandığını ispat etmelidir. Başka bir anlatımla feshin haksızlığını yani sözleşmenin derhal feshedilmesini gerektirecek koşulların gerçekleşmediğini, bu nedenle devam etmesi gerektiğini iddia eden taraf değil, sözleşmeyi fesheden taraf, derhal feshin koşullarını ispat yükü altındadır³³⁵.

İspat yükü sözleşmeyi feshedenin üzerinde olmasına rağmen diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Hukuk Mahkemeleri Kanunu’nun 191. maddesine göre, “diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz”.

İspat yükü, fesih bildiriminde belirtilen fesih nedeni ile sınırlıdır. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini ileri süren taraf, sadece dayandığı fesih sebeplerini ispat yükü altındadır. Dayanmadığı bir fesih nedenine ilişkin ispat yükünü yerine getirmediği gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilemez.

Haklı nedenin ispatı konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle delil serbestisi söz konusudur. Derhal fesih hakkını doğuran sebebin mevcut ve haklı olup olmadığı her türlü delille kanıtlanabilir³³⁶.

İş Kanunu’nun 20. maddesinde de “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.” hükmüne yer verilmiştir. Anılan hüküm, işçi ve işvereni iddialarını ispatla yükümlü tutarak Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesiyle paralel düzenleme yapmıştır.

³³⁵ ÇENBERCİ, Mustafa, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, s. 223; SÜZEK, s.707. “... Davalı işveren, davacının iş akdinin haklı nedenle derhal feshini gerektiren bir hususu ispat etmiş değildir. Bu durumda gerçekleşecek olan ihbar tazminatına karar vermek gerekirken yazılı şekilde bu isteğin reddi doğru değildir”. (Y9HD, 13.04.1991, 12679-5897, BOZKURT, H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 1999, s. 283). “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı işçinin 31.12.1992-20.3.1995 ve 31.12.1996-16.10.2000 tarihleri arasında çalıştığı görülmektedir. 1.Dönem çalışmasından sonra 1,5-2 yıl kadar süre geçtikten sonra tekrar işe girmiştir. İlk dönem çalışmasının davalı işverenin ihbar ve kıdem tazminatını ödemeyecek şekilde sona erdiğini ispatlaması gerekir. Fakat dosya içeriğine göre bu yükümlülük yerine getirilmemiştir...”. (Y9HD, 14.03.2002, 2001/18755-2002/4157, GÜNAY, Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, Ankara 2003, s. 379). Aynı yönde karar için bkz. Y22HD, 25.06.2019, 2016/15487-2019/13974.

³³⁶ SÜZEK, s. 635; SAVAŞ, s. 206-207.



İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ FESHİ

§ 1-HAKSIZ FESİH KAVRAMI

D) Uluslararası Mevzuatta

Uluslararası mevzuatta doğrudan haksız feshi düzenleyen veya haksız feshi tanımlayan bir metin bulunmamaktadır. Uluslararası belgelerde özellikle çalışmanın bir hak olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca çalışanların feshe karşı korunmasına ilişkin düzenlemelere geniş ölçüde yer verildiği görülmektedir. Bu belgelerden konu ile ilgili en önemli olanları, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün İşletmedeki İşçi Temsilcilerine Sağlanacak Koruma ve İmkânlarla İlişkin 135 Sayılı Sözleşmesi ve Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'dir.

Birleşmiş Milletler tarafından 10.12.1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin³³⁷, 23. maddesinin 1. bendine göre, "Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve uygun koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır". Bildirgenin çalışma ve işsizliğe karşı korunmayı bir hak olarak değerlendirmesi, önem arz etmektedir³³⁸.

Birleşmiş Milletler tarafından 16.12.1966 tarihinde kabul edilen ve 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin³³⁹ 6. maddesinde, Sözleşmeye taraf devletlerin, herkesin serbestçe seçtiği ya da

³³⁷ Türkiye tarafından 1949 yılında onaylanmıştır.

³³⁸ KAYA, Ali Pır/ERTUĞRUL YILMAZER, Işın Ulaş, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.70, 2016/1, s. 61 vd.

³³⁹ Türkiye Sözleşme'yi 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanması 04.06.2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanun'la uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu 10.07.2003 tarih ve 2003/5923 sayılı kararıyla Sözleşme'yi onaylamıştır. Bakanlar Kurulu kararı ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi 11.08.2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 23.09.2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve 27. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23.12.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'nin 13. maddesinin 3 .ve 4. paragraflarının, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 3., 14. ve 42. maddelerindeki hükümler çerçevesinde uygulanacağına ilişkin bir adet çekince koymuştur.

kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma şansını veren çalışma hakkını tanımları ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri almaları gerektiği öngörülmüştür.

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı tarafından 23.06.1971 tarihinde kabul edilen, “İşletmedeki İşçi Temsilcilerine Sağlanacak Koruma ve İmkânlarla İlişkin 135 Sayılı Sözleşme”³⁴⁰’nin 1. maddesine göre, işletmedeki işçi temsilcileri, yürürlükteki kanunlara, toplu sözleşmelerine ve üzerinde anlaşmaya varılmış diğerk düzenlemelere uygun hareket ettikleri sürece, işten çıkarma da dahil olmak üzere statüleri, işçi temsilciliği faaliyetleri, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılmaya dayanan, her türlü önyargılı davranışa karşı etkili bir korumadan yararlanacaklardır.

Birleşmiş Milletlerin çalışma yaşamındaki uzman kuruluş olan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), uluslararası çalışma standartlarını belirlemekte, çalışma yaşamında hakları gözetmekte, insana yakışır iş fırsatlarını özendirmekte, sosyal korumayı ve çalışma yaşamındaki meselelerle ilgili diyalogu güçlendirmektedir³⁴¹.

ILO’nun temel ve en önemli fonksiyonlarından biri, Uluslararası Çalışma Konferansı’nın uluslararası standartları belirleyen Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının üçlü yapı (işçi-işveren-hükümet) tarafından kabul edilmesidir. Bu Sözleşmeler, üye ülkelerin yasama organlarındaki onaylarıyla birlikte, öngördükleri koşulların uygulanması konusunda bağlayıcı hükümler içermektedirler³⁴². Tavsiye kararları ise, politika geliştirme, yasama ve uygulama konularında rehberlik görevi görmektedir³⁴³.

Sözleşme’nin çekince konulan paragrafları, velilerin çocuklarına kendi inançlarına uygun dinsel ve ahlaki eğitim verme serbestisine ve eğitim kurumları kurma özgürlüklerine ilişkindir.

³⁴⁰ 135 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 25.11.1992 gün ve 3845 sayılı yetki kanununa dayanılarak, 08.01.1993 tarih ve 93/3967 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilmiştir (RG. 25.2.1993, No. 22252).

³⁴¹ <https://www.ilo.org/ankara/about-us/lang--tr/index.htm> (E.T. 24.07.2019).

³⁴² NURDOĞAN, Ali Kemal, “Uluslararası Çalışma Örgütünün (UÇÖ-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri”, Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi, C.3, S.4, Aralık 2018, s. 84.

³⁴³ https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_372879/lang--tr/index.htm (E.T. 24.07.2019).

ILO tarafından 22.06.1982 tarihinde kabul edilen Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi’nde³⁴⁴, fesih için geçerli sebepler ana hatları ile belirtilmiştir.

Sözleşmenin 4. maddesine göre, “İşçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez”. Sözleşmenin 5. maddesinde, özellikle geçerli neden teşkil etmeyecek hususlar belirtilmiştir. Buna göre, sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılmak, işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak, işvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaata bulunmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken, doğum izni esnasında işe gelmemek fesih için geçerli bir neden teşkil etmezler. Sözleşme’nin 6. maddesi ile geçerli neden teşkil etmeyen hususlara hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlık da eklenmiştir. Sözleşmenin sonraki maddelerinde iş sözleşmesine son verme ve son vermeye karşı itiraz usulü düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Çalışma Genel Konferansı tarafından 22.06.1982 tarihinde kabul edilen “Geçerli Bir Sebebe Dayanmayan İştten Çıkarmalara Karşı Korunma Hakkında 166 Sayılı Tavsiye Kararı”, 158 sayılı Sözleşmeyi tamamlamaktadır. Tavsiye kararında işçinin yaşı (emeklilik konusunda ulusal kanun ve uygulamalarla sınırlı olarak), zorunlu askerlik hizmeti veya diğer sivil yükümlülüklerin (ulusal kanun ve uygulamalarla sınırlı olarak) iş ilişkisinin sona erdirilmesi bakımından geçerli sebep kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca, Tavsiye kararında iş sözleşmesinin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri sebeplerle sona erdirilmesi halinde 158 sayılı Sözleşme ile sağlanan iş güvencesinin belirli süreli iş sözleşmeleriyle ortadan kaldırılmasının önlenmesi; bir veya daha fazla yenilenen belirli süreli iş sözleşmelerinin belirsiz süreli sayılması gerektiği öngörülmüştür. Diğer bazı hükümlerinde ise, işverence iş

³⁴⁴ 158 sayılı Sözleşme, 09.06.1994 tarih ve 3999 sayılı Kanun’la (RG 18.06.1994 tarih ve 21964 sayılı) onaylanmış, uygulanması da 10.08.1994 tarih ve 94/5971 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’yla (RG. 12.10.1994 tarih ve 22079 sayılı) kabul edilmiştir.

ilişkisinin sona erdirilmesinde izlenmesi gereken yönteme ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, işçiye fesih sebebini öğrenme hakkı tanınması, işçiye bildirim süresi içinde iş arama izni verilmesi ve talebi halinde bir çalışma belgesi verilmesi, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlere dayalı fesihten mümkün olduğu ölçüde kaçınılması, işçi temsilcisinin önceden dinlenmesini, işçi çıkarmanın ölçütlerinin önceden belirlenmesi ve bu nedenle çıkarılan işçilere, ilerdeki işçi alımlarında öncelik tanınması gerekir.

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı tarafından 15.06.2000 tarihinde kabul edilen 1952 tarihli ve “Analığın Korunmasına İlişkin 103 Sayılı Sözleşme”yi tadil edici nitelikte olan “Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı Sözleşme”³⁴⁵nin 8. maddesine göre, hamilelik veya doğum ile ilgili nedenlerden dolayı kadın işçi işten çıkarılamaz. İşten çıkarmanın hamilelik, doğum ve onun sonuçları veya bakım ile ilgili olmadığını ispat yükü işverene aittir.

Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı’nın 23.06.1981 tarihinde kabul ettiği “Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Şans Eşitliği ve Eşit Davranmaya İlişkin 156 Sayılı Sözleşme”³⁴⁶nin 8. maddesinde, aile sorumluluklarının, tek başına iş ilişkisini sonlandırmada geçerli bir neden olarak görülmeyeceği belirtilmiştir.

Yukarıda belirtilen uluslararası metinlerde herşeyden önce çalışma bir hak olarak ele alınmakta ve bu hakkın ihlaline yönelik gerekli tedbirlerin alınması gerektiğine işaret edilmektedir. Söz konusu metinlerde haksız fesih kavramı olarak ele alınmamışsa da, geçerli nedenler veya geçerli neden teşkil etmeyecek hususlar, fesih usulü ve geçersiz feshin sonuçlarına ilişkin hükümler, dolaylı olarak iş sözleşmesinin haksız feshini de ilgilendirmektedir. Fesih için geçerli neden teşkil etmeyen hususlar, haklı neden olarak da kabul edilemezler. Başka bir anlatımla, uluslararası metinlerde geçerli neden olarak kabul edilemeyen hususlardan dolayı iş sözleşmesinin feshi, haksız bir fesih olarak değerlendirilecektir. Bu nedenle ILO’nun 158 sayılı Sözleşmesi ve 166 sayılı Tavsiye Kararı bir yönüyle haksız feshi de düzenlediği söylenebilir.

³⁴⁵ Bu Sözleşme Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

³⁴⁶ Bu Sözleşme Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

II) Karşılaştırmalı Hukukta

1) İsviçre Hukukunda

Haksız fesih ile karşılaşan işçinin sahip olduğu haklar, İsviçre Borçlar Kanunu (OR/Obligationenrecht) 337c. maddesinde düzenlenmiştir. İsviçre hukukuna göre bildirimsiz feshin haksız durumunda, ister belirli ister belirsiz süreli olsun iş sözleşmesi sona ermektedir³⁴⁷. Ancak feshin haksız olması durumunda diğer tarafın tazminat talebi hakkı bulunmaktadır.

İş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın bildirimsiz feshedilmesi halinde işçi, iş ilişkisi sözleşmeye uygun şekilde sona erseydi elde edeceği miktarı talep edebilir (OR 337c I)³⁴⁸. OR 337c I’de düzenlenmiş olan tazminat talebi, varsayımsal bir ücret talebidir (*hypothetischer Lohnanspruch*)³⁴⁹. Bu hesaplama, fesih bildirim sürelerine ve belirli süreli sözleşmelerdeki süreye uyulmasına ilişkin bir varsayıma dayanır. İşçinin zararı o zamanki ücretine göre hesaplanır. Başka bir anlatımla iş ilişkisinin uygun şekilde sona ermesi halinde işçi ne kadar ücret alacak idiyse, o ücret hesaba katılır.

İşçinin, OR 337C I’de öngörülen tazminattan başka işverenin sözleşmeye aykırı davranışından dolayı da tazminat³⁵⁰ talep etme vardır (OR 337c III). İşçinin sözleşmesi sona erdirildikten hemen sonra yeni bir iş bulması halinde, bu tazminat talebi az bir miktar olabilir.

³⁴⁷ Yani çalışmaya devam etme talebi söz konusu olmaz. İş sözleşmesi sona eren işçi, sözleşme ile üstlendiği borcu ifa talebinde bulunamaz. 1989 revizyonundan önce, işçiler bu gibi durumlarda ücret ödenmesinin devamı talebinde de bulunabiliyordu, ancak şimdiki düzenlemelere göre sadece zararın tazmini talep edilebilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, 2. Auf. 2014, s. 364.

³⁴⁸ Tazminat talebi (*Schadenersatzanspruch*) için, iş ilişkisinin işveren tarafından bildirimsiz sona erdirilmesinin hukuka aykırı olması gerekir. Bkz. REHBINDER/STÖCKLI, s. 363.

³⁴⁹ Bu yönde bkz. BezGer. ZH JAR 1988 109 ff., 125.

³⁵⁰ Yazar tazminat kavramını, 3. fıkra düzenlenmiş olan ve hâkimin takdir edeceği miktar için kullanmaktadır.

İş ilişkisinin sona ermesi halinde, sözleşmeden doğan tüm haklar OR 339 I uyarınca muaccel olur. Bu nedenle haksız fesih durumunda da yıllık ücretli izin ücretlerinin ödenmesi gerekir³⁵¹.

İsviçre Federal Mahkemesi, zararın tazmini için hesaplama yaparken OR 44'da olduğu gibi, işçinin kusuru olması durumunda bir indirim yapmaktadır³⁵². Kanunda yapılan revizyondan sonra, ücret ödenmeye devam edilmesi talebi zararın tazmini talebine dönüştürüldüğü için, doktrinde kimi yazarlar, kanun koyucunun açıkça belirttiği iradesine aykırı olarak OR44'e göre yapılan indirimin daha fazla olmasını gerektiğini ifade etmektedir³⁵³.

Tazminat miktarı, bildirimli fesihteki sürelerin sonunda değil, derhal muaccel olur ve faiz işlemeye başlar³⁵⁴. Uzun süreli sözleşmelerde zararın tazmini kararı, bildirimli fesihteki bildirim süresi sona ermeden önce ortaya çıkmaktadır. Bu durum, maddi hukuk ve usul hukuku açısından bir takım problemlere yol açtığından, Cenevre içtihadı, hesaplanan zarar miktarından bir faiz indiriminin yapılması gerektiği görüşündedir³⁵⁵. Çünkü iş sözleşmesi bildirimli feshedilseydi, işçinin ücreti daha sonraki bir tarihe göre hesaplanacaktı. Bu gerekçeyle, işçinin zenginleşmesi bertaraf edilmiş olmaktadır.

İsviçre Hukukunda haksız fesih nedeniyle işçiye ödenen bu tazminattan sosyal güvenlik primlerinin ödenmesi konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bir görüşe göre, burada kanun boşluğu vardır. Primlerin ödenmemesi işçiye daha da zarara uğratabilir. Bu nedenle söz konusu tazminat da sosyal güvenlik hukuku anlamında ücret gibi kabul edilmelidir³⁵⁶.

³⁵¹ Bkz. MEIER, s. 49; PEDERGNANA, s. 45; BUDLIGER, s. 69.

³⁵² Bu yönde kararlar için bkz. BGer. JAR 1989, s. 296-300; BGE 97 II 142, s. 150; BGE 78 II, s.441; KGer. SG JAR 1990, s. 293 vd.

³⁵³ RÜHWILER N 3d; BRUNNER 108 Anm. 494; M. FRITZ, Die neuen Kündigungsbestimmungen des Arbeitsvertragsrechts, Zürich 1988, OR 337c N 2.

³⁵⁴ BGer. JAR 2007 190 ff.; OGer. SO JAR 1992 285 f.; BezGer. Bremgarten JAR 1988 315 ff.; noch unter dem alten Recht BGE 103 II 274 bestätigt in BGE 118 II 139 für die Freistellung; Botschaft Kündigungsschutz BBl 1984 II 613; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH N 3; STAEHELIN N 21; BRUNNER et al. N 10; AUBERT N 5.

³⁵⁵ CA GE SJ 1987 564 ff.) und Aubert (N 5).

³⁵⁶ REHBINDER/STÖCKLI, s. 369.

İş ilişkisini haklı bir neden olmaksızın bildirimsiz fesheden işveren, işçiye OR 337/III uyarınca üst sınırı altı aylık ücret miktarı olan özel bir tazminat daha ödemek zorundadır. Kanunda her ne kadar tazminat ifadesi kullanılsa da, maddede bahsedilen klasik anlamda tazminat değildir. Bu ihlal nedeniyle kanundan doğan bir para cezası niteliğindedir³⁵⁷. Sözü edilen hükme göre, bu tazminatın hüküm altına alınması hâkimin takdirine bağlıdır. İşveren OR 337c III'de düzenlenen para cezası ödenmesi yoluyla, işverenin haksız bir şekilde bildirimsiz fesih yapmaktan alıkonulması amaçlanmıştır. Bu nedenle tazminat miktarı caydırıcı etki yapmalıdır. Hakim somut olayın özelliğine göre tazminatın miktarını belirleyecektir. Tazminat takdiri ile ilgili değerlendirme hükmün amacına göre belirlenir. Bu nedenle kural olarak, zararın tazmininde ilgililerin zarar paylaşımı amaçlanırken, para cezası niteliğindeki bu tazminatın caydırıcı fonksiyonu birinci plandadır. Dolayısıyla belirlenecek miktar işvereni caydıracak yükseklikte olmalıdır. İkinci olarak da, memnun etme fonksiyonu vardır, ki burada iş sözleşmesinin haksız feshi dolayısıyla işçinin kişiliğinin zedelenmesi de göz önünde bulundurulur. Bu yüzden işverenin davranışının ceza edilebilirliği, kişiliğin zedelenmesinin oranı, bildirimsiz feshin hukuka aykırılığının oranı, tarafların ekonomik durumu ve işçinin ihlale katılma oranının şiddeti, değerlendirme yapılırken dikkate alınır.

OR 337 c'de feshin haksız olmasının sonuçları ele alınmıştır. Söz konusu maddede yeniden istihdam talebi düzenlenmemiştir. İşçi bu maddede belirtilen ücretin ötesinde bir zararı varsa, bu durumda kusura ilişkin olan taleplere de dayanabilir. Bunun için işverenin sorumlu tutulacağı durumların söz konusu olması gerekir. Ayrıca kişiliğin zedelenmesi, OR 337c III ile ödenen tazminat ile karşılanmaktadır. İş sözleşmesinin haksız fesih ile sona erdirildiğinin ispat yükü, işçidedir³⁵⁸.

2) Alman Hukukunda

Alman hukukuna baktığımızda, işçi lehine düzenlenmiş olan Feshe Karşı Korunma Kanununun (Kündigungsschutzgesetz-KschG) amacı, genel olarak işverenin fesih hakkını dilediği şekilde kullanabilmesinin sınırlarını belirlemek ve işçinin mevcut

³⁵⁷ REHBINDER/STÖCKLİ, s. 370.

³⁵⁸ REHBINDER/STÖCKLİ, s.363.

işini olabildiğince koruyabilmesini sağlamaktır. Böylece işçiler, haksız feshe karşı korunmuş olmaktadır³⁵⁹. Feshe Karşı Korunma Kanunu, on kişiden fazla çalışanı olan işyerlerinde uygulama alanı bulur.(KschG § 23) İşveren, en az altı ay sürmüş olan bir iş akdini tek taraflı olarak, sadece işçinin yeterliliği veya davranışlarıyla ilgili nedenlerden veya işçinin işine devamını engelleyen zorunlu işletme gereklerinden dolayı feshedebilir (KschG § 1)³⁶⁰. Bu kriterlere uyulmadan işverence yapılan her türlü fesih, yasaya göre sosyal bakımdan haksız fesih sayılmaktadır (m 1. ve m. 2)³⁶¹.

Alman Feshe Karşı Korunma Kanunu'nun 13. maddesine göre, bu Kanun iş ilişkisinin olağanüstü fesih hakkına ilişkin hükümleri etkilemez. Ancak, olağanüstü feshin haksızlığı bu Kanunun § 4 cümle 1 ve § 5 ila 7 nci paragraflarına göre ileri sürülebilir. Mahkeme olağanüstü feshin haksız olduğunu tespit ederse, ancak çalışanın iş ilişkisini sürdürmesi beklenmiyorsa, çalışan mahkemeden iş ilişkisini sonlandırarak işveren tarafından uygun bir tazminat ödemesini talep edebilir.

Alman hukukunda haklı nedenle derhal fesih, Alman Medeni Kanununun Bürgerlichesgesetzbuch-BGB 626'da düzenlenmiştir. Somut olayın tüm koşulları dikkate alındığı ve her iki tarafın menfaatleri göz önünde tutulduğu zaman, fesih bildiriminde bulunan taraftan fesih bildirim süresinin bitimine kadar iş ilişkisini sürdürmesi beklenmiyorsa, Alman Medeni Kanunu §626'ya göre fesih süresine uymaksızın önemli sebeple derhal fesih yapılabilir³⁶². Ancak söz konusu maddede haklı nedenlerin neler olduğu belirtilmemiş, sadece genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Haklı-önemli neden kavramından ne anlaşılması gerektiği genel düzenlemelere göre değerlendirilmekte-

³⁵⁹ BAYRAKTAR, Muratcan, Alman Hukuku'nda İşçinin İş Akdinin Feshine Karşı Sahip Olduğu Kanuni Güvence "İşten Çıkarılmalarda Koruma Yasası (Kündigungsschutzgesetz), <http://lucernaiuris.com/alman-hukukunda-iscinin-is-akdinin-feshine-karsi-sahip-oldugu-kanuni-guvence-isten-cikarilmalarda-koruma-yasasi-kundigungsschutzgesetz.html>

³⁶⁰ WALTERMANN, Raimund, Arbeitsrecht, München 2014, s.139, Rn.356 vd.; JUNKER, Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, München 2015, s.197, Rn.357 vd.

³⁶¹ BAYRAKTAR, Muratcan, Alman Hukuku'nda İşçinin İş Akdinin Feshine Karşı Sahip Olduğu Kanuni Güvence "İşten Çıkarılmalarda Koruma Yasası (Kündigungsschutzgesetz), <http://lucernaiuris.com/alman-hukukunda-iscinin-is-akdinin-feshine-karsi-sahip-oldugu-kanuni-guvence-isten-cikarilmalarda-koruma-yasasi-kundigungsschutzgesetz.html> (E.T.02.06.2019).

³⁶² WILFRİED Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Aufl, Beck, München 2002, s. 44; HROMADKA, Wolfgang / MASCHMANN, Frank, Arbeitsrecht, Band 1, 6. Aufl., 2015, s. 418, Rn. 102.

dir³⁶³. Buna göre, işveren açısından iş ilişkisinin devamının beklenemez olması halinde, haklı nedenin varlığı kabul edilmektedir. Ancak uygulamada birçok örnek ortaya konmaktadır. Alkol yasağının ihlal edilmesi, yükümlülüğün ihlali, işin ve işyerinin tehlikeye atılması, suç teşkil eden davranışlar, hırsızlık, işyeri internetinin özel amaçlı kullanımı gibi örnekler verilebilir³⁶⁴.

Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre de, somut olayın bütün koşulları gözetilerek ve her iki tarafın menfaatleri karşılaştırılarak iş ilişkisinin ve işçinin işe devamının bildirim süresinin sonuna kadar işverenden beklenemeyeceği durumda Alman Medeni Kanununun 626. maddesi gereğince iş sözleşmesi haklı nedenle fesih bildirim süresine uyulmaksızın derhal feshedilebilir. Ancak bunun için öncelikle feshe neden olan davranışın “önemli neden” kabul edilip edilmeyeceği incelenmelidir. Daha sonra somut koşullar gözetilerek fesih bildiriminde bulunan işverenden bildirim süresinin sonuna kadar iş sözleşmesinin devamının beklenebilir beklenemeyeceğinin araştırılması ve buna göre değerlendirme yapılması gerekmektedir³⁶⁵.

Alman hukukuna göre, haklı nedenle derhal fesih için³⁶⁶ öncelikle feshin § 626 BGB çerçevesinde önemli sebeple yapılmış olması gerekir. Feshin haklı olarak yapılabilmesi için ayrıca § 623 BGB çerçevesinde yazılı şekil koşuluna uyulmuş olması, § 626 BGB deki iki haftalık fesih bildirim süresine uyulması, § 102 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz) deki işyeri temsilciliğine sözleşmesi feshedilecek işçi hakkında bilgi verme yükümlülüğüne uyulması ve özel geçersizlik sebeplerinin olmaması gerekmektedir³⁶⁷.

Alman hukukunda haksız fesih tanımlanmamıştır. Ancak bu koşulların sağlanması durumunda yapılan fesih, haksız sayılır. Ayrıca belirteceğimiz şu sebeplerle de

³⁶³ Kavram hakkında bkz. HERGENRÖDER, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2016, Rn. 93-96; JUNKER, s.221, Rn.400; LÖWISCH/CASPERS/KLUMMP, Arbeitsrecht, 10. Aufl. s. 170, Rn. 630 vd; HROMADKA/MASCHMANN, s.419, Rn. 106.

³⁶⁴ Daha fazla örnek için bkz. NİEMANN, Jan-Malte, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, Rn.60 vd.

³⁶⁵ Federal İş Mahkemesi (BAG) 10 Nisan 2014-2 AZR 684/13-Rn. 39; Bkz. https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-03-30/2_AZR_684-13.pdf.

³⁶⁶ Haklı nedenle derhal feshin geçerlilik koşulları hakkında bkz. HERGENRÖDER, Rn.93-96; WALTERMANN, s. 133, Rn. 338 vd; JUNKER, s. 218-219, Rn. 395 vd.

³⁶⁷ WALTERMANN, s. 137, Rn. 353a.

işverence gerçekleştirilen fesih, haksız fesih olarak kabul edilmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun 613/a' göre, işletmenin el değiştirmesi sebebiyle iş sözleşmesi feshedilemez, var olan iş ilişkisi yeni işveren ile devam eder. Buna aykırı olarak yapılan fesih, haksızdır. Fesih, Alman Medeni Kanunu'nun 138. maddesine göre kamu düzenine aykırıysa, Alman Medeni Kanunu'nun 242. maddesine göre dürüstlük kuralına ve iyi niyete aykırı ise de haksızdır³⁶⁸. Bununla birlikte, feshin yazılı yapılmaması (§ 623 BGB- Alman Medeni Kanunu), fesih bildiriminde bildirim süresinin yanlış verilmiş olması (§ 622 BGB), fesih yapılırken Analığın Koruması Kanunu'ndaki fesih yasağına ilişkin hükümlerin ihlal edilmesi (§ 9 Mutterschutzgesetz- MuSchG), feshin ağır derecede engelli bir kişiye yönelik olması ve ilgili bürodan onay alınmamış olması, daha önce makul bir iyileşme-bekleme süresi ile bir uyarı verilmeksizin fesih bildiriminde bulunulması ve fesih bildiriminde orijinal bir imzanın olmaması halinde yapılan fesih, haksızdır³⁶⁹.

3) İngiliz Hukukunda

Birleşik krallık hukukunda feshe ilişkin düzenlemeler, Avrupa Birliği'ndeki önemli düzenlemeleri ve makul tazminatları ihtiva etmektedir. İngiliz hukukuna göre feshe ilişkin düzenlemelerin temelini, fesih bildirimini ve haksız feshin sonuçlarını içeren 1996 tarihli İstihdam Hakları Kanunu (*Employment Rights Act*) oluşturur³⁷⁰. Kanundaki düzenlemeye göre, en az bir aylık kıdemi bulunan bir işçinin sözleşmesi feshedilirken, fesihten önce bildirimde bulunma yükümlülüğü vardır³⁷¹. Bir ve oniki hafta şeklinde öngörülen bildirim süresi, işçinin kıdemine göre belirlenmektedir. Bildirim süresine aykırı davranılması halinde işveren, işçiye ücret ödemek zorunda kalır. Belirtmek gere-

³⁶⁸ JUNKER, s. 187-192, Rn. 338 vd; LÖWISCH/CASPERS/KLUMMP, s. 166-167, Rn. 614 vd.; HROMADKA/MASCHMANN, s. 407, Rn.66 vd. Ayrıca bkz. BAYRAKTAR, <http://lucernaiuris.com/alman-hukukunda-iscinin-is-akdinin-feshine-karsi-sahip-oldugu-kanuni-guvence-isten-cikarilmalarda-koruma-yasasi-kundigungsschutzgesetz.html> (E.T.02.06.2019).

³⁶⁹ Bkz. Unwirksame Kündigung: Welche Faktoren führen dazu? <https://www.fristlosekuendigung.com/arbeitsrecht/unwirksame-kuendigung/>

³⁷⁰ LEWIS, Paul, Ten Years of Unfair Dismissal Legislation in Great Britain, 121INT'L LAB. REV., November-December 1982, s. 713.

³⁷¹ Employment Rights Act, c. 18, § 86.

kir ki, bir iş sözleşmesi, karşı tarafın davranışları nedeniyle bildirimsiz olarak feshedilebilmektedir³⁷².

Bildirim hükümlerine aykırı davranılması halinde, işçi işverenin yanından en az iki yıl çalışmadığı müddetçe, İstihdam Hakları Kanunu kapsamında haksız feshe karşı korunmamaktadır. Bu koşulu sağlayan işçinin “haksız feshetmeme hakkı” doğmaktadır³⁷³. İşveren bu koşulları sağlayan işçinin sözleşmesini feshedebilmek için, fesih nedenini yazılı olarak bildirmelidir³⁷⁴. Fesih nedeni, geçerli ve haklı olmalıdır. Geçerli neden, işçinin yetenekleri, davranışları, üretim eksikliği ya da feshi haklı kılan başka nedenler de olabilir³⁷⁵.

Ayrıca işveren, bir işçinin sözleşmesini feshederken adil davranmalıdır. Bu kapsamda araştırma, işçiye işveren araştırma sonucuna karşı kendisini ifade edebilmesi için savunma imkânı tanıma ve dava açma hakkı olmak üzere üç aşamalı bir süreç öngörülmüştür. İşveren, iddiasının doğru olduğunu kanıtlamak zorunda olmamakla birlikte, yaptığı araştırma neticesinde elde ettiği nedenin işten çıkarma için gerçekten var olduğuna dair gerçek ve makul bir inanca sahip olduğunu göstermelidir³⁷⁶.

İstihdam Hakları Kanunu’nda, işçinin işe alınması işlemlerinin durdurulması, çalıştığı işyerindeki işlemlerin durdurulması veya işçinin işyerinde gördüğü işin kaldırılması gibi, işgücü fazlalığı nedeniyle işten çıkarmalarla ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır³⁷⁷. Bir çalışanın iş sözleşmesinin işten çıkarılma tazminatına hak kazandırıp kazanmadığına ilişkin bir soru olduğunda, bir işveren aksini ispat etmedikçe, çalışanın iş gücü fazlalığı nedeniyle feshedildiği varsayılır³⁷⁸. Söz konusu varsayım, çalışma saatlerinin indirilmesi nedeniyle, ücreti yarıdan aza düşen işçiler için de geçerlidir³⁷⁹. Ancak

³⁷² Employment Rights Act, c. 18, § 86.

³⁷³ ESTREİCHER, Samuel/ HİRSCH, Jeffrey M., Comparative Wrongful Dismissal Law: Reassessing American Exceptionalism, 92 N.C. L. Rev. 343, 2014, s. 435.

³⁷⁴ ESTREİCHER/HİRSCH, s. 435.

³⁷⁵ ESTREİCHER/HİRSCH, s. 436.

³⁷⁶ Bkz. British Home Stores v. Burchell, [1980] I.C.R. 303, http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/1978/108_78_2007.html, (E.T. 29.03.2019).

³⁷⁷ ESTREİCHER/HİRSCH, s. 436-437.

³⁷⁸ Employment Rights Act, c. 18, §163.

³⁷⁹ ESTREİCHER/HİRSCH, s. 437.

işverenleri yanında iki yıldan az çalışan ya da sözleşmeleri haklı nedenle veya sözleşmeyi ihlal ettikleri gerekçesiyle feshedilen işçiler işten çıkarılma tazminatına hak kazanamazlar³⁸⁰.

İş sözleşmeleri sona erdirilen işçilerin, İstihdam Hakları Kanunu'nun kendilerine tanıdığı haklar için dava açma hakları vardır³⁸¹. Davanın zamanaşımı, fesih tarihinden itibaren üç aydır. Ancak kanun maddesinde bu süre içinde dava açılmamasının makul gerekçeleri varsa, istisnaların uygulanabileceği belirtilmektedir³⁸². İşçinin dava sonucunda kazanması halinde, ya maddi tazminat³⁸³ ya da işe iadesine karar verilebilmektedir³⁸⁴.

4) Fransız Hukukunda

Fransa'da iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesinin sıkı şartlara bağlanması, Fransız iş hukukunu karşılaştırmalı hukuk perspektifinde, feshe karşı en fazla koruma sağlayan hukuklar arasında gösterilmesine neden olmuştur³⁸⁵.

İş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin dayanabileceği sebepler, ya işçinin şahsından kaynaklı sebepler ya da ekonomik sebepler olarak kabul edilmektedir.

Fransız İş Kanunu madde 1231-1'e göre, belirsiz süreli iş sözleşmesi, işverenin veya işçinin inisiyatifiyle veya bu sözleşmenin hükümleri tarafından öngörülen şartlar altında karşılıklı anlaşma ile sonlandırılabilir. İşçinin şahsından kaynaklı nedenlerle işten çıkarılma hallerinde, işveren tarafından gerçek ve haklı bir sebebe dayanmalıdır³⁸⁶. Bu durum, işverenin ekonomik sebeplerle işten çıkarılması açısından da benzerdir. İşve-

³⁸⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. ESTREICHER/HIRSCH, s. 437 dn. 642.

³⁸¹ Önceden haksız fesih için dava ücretsiz açılabilirdi, ancak 2013'ten itibaren hâkimden arabuluculuk yapabilmesi için açılacak dava için £600 (US\$913.05) ve davanın tam olarak dinlenmesi (full hearing) için de £1,200 (US\$1,826.10) ödemesi gerekmektedir. Bkz. ESTREICHER/HIRSCH, s. 439.

³⁸² "it was not reasonably practicable for the complaint to be presented before the end of ... three months"

³⁸³ İşten çıkarma davalarında işçiler haftalık £450 tutarında tazimat alabilmektedir. Ancak belirtilen bu miktarın AB içerisindeki en düşük miktar olduğu ifade edilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. ESTREICHER/HIRSCH, s. 441.

³⁸⁴ ESTREICHER/HIRSCH, s. 439.

³⁸⁵ ESTREICHER/HIRSCH, s. 387.

³⁸⁶ Bkz. Fransız Medeni Kanunu (*Code Travail*), m. 1232-1.

ren yalnızca gerçek ve haklı bir ekonomik sebebe dayanarak iş sözleşmesini sonlandırabilir.³⁸⁷

Fransız hukukunda fesih sebebinin gerçek ve ciddi olması, kanunda ve yargı kararlarında açıkça tanımlanmamıştır³⁸⁸. Fesih sebebinin gerçek ve ciddi olmasının bir tanıma sıkıştırılmamasının yargının bu denetimi yaparken özgürlüğü açısından önemli olduğuna işaret edilmektedir³⁸⁹. Ancak yargı kararlarında bazı durumlar açısından sınıflandırma örneklerine de rastlanmaktadır. İşverenin güvenini derinden sarsan ve işverenin idari faaliyetlerini zora sokan durumlar bunlardan bazılarıdır. Örneğin, işçinin iş yerinde mevcut kurallara uymaması, verilen görevleri yerine getirmemesi, işin niteliğine göre yetersiz olması gibi durumlar, fesih sebebi olarak Fransız yargı içtihatlarında kabul edilmektedir³⁹⁰.

Fransız Hukukunda işverenin dayandığı fesih sebebinin gerçek olmasının üç unsuru mevcuttur. Bunlar sebebin objektif olması, mevcut olması ve doğru olmasıdır³⁹¹. Bu unsurlar, somut olayda işverenin dayandığı fesih sebebi açısından hâkim tarafından denetlenecektir.

İşverenin dayandığı fesih sebebinin gerçek olmasının yanında ciddi olması da gereklidir³⁹². Sebebin ciddi olması hususu, 1973 senesinde Fransız İş Kanunu'nda reform çalışmaları sırasında Çalışma Bakanlığı tarafından bir işletmeye zarar vermeyen, işin devamının imkânsız kılan ve feshi gerektiren haller olarak işaret edilmiştir³⁹³.

İşveren tarafından içinde bulunduğu ekonomik sebeplere dayalı olarak iş sözleşmesini feshetmesi yine gerçek ve ciddi sebebe dayandırılmalıdır.³⁹⁴ İşverenin yaşadığı ciddi ekonomik zorluklar, teknolojik değişimler, şirketin rekabet gücünü korumak için

³⁸⁷ ESTREICHER/HIRSCH, s. 389.

³⁸⁸ AUZERO, Gilles/ DOCKÉS, Emmanuel, Droit du travail, 29.B, Dalloz 2015, s. 480.

³⁸⁹ AUZERO/DOCKÉS, s. 480.

³⁹⁰ ESTREICHER/HIRSCH, s. 388.

³⁹¹ Ayrıntılar için bkz. AUZERO/DOCKÉS, s. 482-485.

³⁹² GAUDU, François, Droit du travail, 5.B., Dalloz, 2013, s.218.

³⁹³ GAUDU, s. 218; AUZERO/DOCKÉS, s. 485.

³⁹⁴ Bkz. Fransız Medeni Kanunu (Code Travail), m. 1233-2.

gerekli olan yeni değişimler, işletmenin faaliyetinin sona ermesi gibi durumlar Fransız İş Kanunu madde 1233/3’de sayılmıştır.

Gerçek ve ciddi bir sebebe dayanmayan bir feshin varlığı halinde, işçinin yeniden iře iadesi, en az 6 aylık ücretin tazmini gibi durumlar, Fransız İř Kanunu madde L122-14-4’de öngörölmüştür. Onbir kişiden fazla çalışanı olan işletmeler ačíısından ise, Fransız İř Kanunu madde 1235/3 uygulama bulur. Bu maddeye göre de, haksız fesih halinde hakim işçinin iře iadesine elde ettiği menfaatler korunarak karar verebilir. Her iki tarafın da, iře iadeyi reddettiği durumda, hâkim şirkette çalıştığı kıdem yılını dikkate alarak uygun bir tazminata hükmeder.

III) Türk Hukukunda

Haksız fesih kavramı Türk İş Hukuku mevzuatında tanımlanmış değildir. Bu konuda farklı tanımlar göze çarpmakla birlikte, hemen hemen tamamında haklı nedenin bulunmaması halinde yapılan feshin haksız sayıldığı görölmektedir. Sadece haklı nedenin bulunmamasını yeterli gören tanımlar³⁹⁵ olduğu gibi, buna ilave olarak ileri sürölen sebebin ispatlanmaması ya da derhal fesih hakkının süresinde kullanılmamasını belirtenler de vardır³⁹⁶. Bunların yanında fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmemesini³⁹⁷ ya da feshin kanun veya sözleşmede öngörölen usule uygun yapılmasını içerek şekilde tanım³⁹⁸ yapanlar da bulunmaktadır.

Kanımızca haksız fesih hükümlerinin uygulanmasını gerektiren her fesih haksız fesih olarak nitelendirilmemelidir. Haklı nedenin bulunmaması, ortada haklı bir sebep bulunmasına rağmen gerçek olmayan bir sebebe dayanılması ya da haklı nedenin is-

³⁹⁵ SAYMEN, s. 610; MOLLAMAHMUTOğLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 865.

³⁹⁶ DEMİRCİOğLU/CENTEL, İř Hukuku, 14. B, İstanbul 2010, s. 190. Adı gečen yazarlar, usulsüz fesih ile haksız feshi aynı anlamda kullanarak; haklı nedenin bulunmaması, ileri sürölen haklı nedenin ispatlanamaması ya da derhal fesih hakkının süresinde kullanılmaması halinde feshin usulsüz (haksız) fesih sayılacağını belirtmişerdir. Yazarlara göre bu durumda, taraflar arasındaki iř sözleşmesi belirsiz süreli ise, usulsüz fesih hükümleri uygulama alanı bulur. Sözleşme belirli süreli olduğunda ise, sözleşmeyi haksız olarak süresinden önce bozan tarafın diğerinin zararını gidermesine ilişkin hükümler uygulanır; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 258-259; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 220; DEMİRCİOğLU/CENTEL/KAPLAN, s. 192.

³⁹⁷ SÜZEK, s. 799.

³⁹⁸ AKYİğİT, s. 250; SÜMER, s. 124; TULUKÇU, Binnur, “Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Haksız Feshi ve Sonuçları”, Prof. Dr.Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakötesi Dergisi, S.1, İstanbul, Ocak 2002, s. 558 vd.

patlanamaması, ileri sürülen sebebin kanuni unsurlarından yoksun olması veya feshin süresinde yapılmaması halinde haksız fesih söz konusu olur³⁹⁹. Buna karşılık, feshin kanun veya sözleşmede öngörülen usule uygun yapılmaması, eşit davranma borcuna aykırı davranılması ya da derhal fesih hakkından feragat edilmesi halinde haklı nedenin bulunmadığı söylenemez. Bu ikinci durumda haksız fesihten değil, haksız fesih hükümlerinin uygulanmasından söz edilebilir. Çünkü bu durumda gerçekte haklı bir neden bulunduğu halde kanun veya sözleşmede öngörülen usul ve şartlara uygun bir fesih yoktur ya da derhal fesih hakkından feragat edilmiştir. Bu gibi hallerde haklı nedenin mevcudiyetine rağmen, haksız fesih hükümleri uygulanır⁴⁰⁰.

Derhal fesih hakkı, “dürüstlük kuralları gereği iş sözleşmesinin sürdürülmesinin kendisinden istenemeyecek olan tarafın bu sebeple derhal sona erdirebilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁰¹. Bu tanımdan hareketle, haksız feshi de, dürüstlük kuralları gereği, iş sözleşmesini sürdürmesi kendisinden beklenebilecek tarafın sözleşmeyi sona erdirmesi olarak tanımlamak mümkündür. Bir taraf yönünden derhal fesih için haklı sebeplerin bulunması halinde o taraftan dürüstlük kuralları gereğince sözleşmeyi sürdürmesi istenemez. Haklı bir sebebe dayanılarak süresi içinde sözleşme feshedilmişse, derhal fesih ya da haklı nedenle feshin sonuçları doğar. Buna karşılık, haklı bir sebep olmadığı halde iş sözleşmesi feshedilirse, haksız fesih ve sonuçları söz konusu olur⁴⁰².

Sözleşme ister belirli ister belirsiz süreli olsun, fesih haksız da olsa sözleşme sona erer ve haksız feshin sonuçları söz konusu olur⁴⁰³. 818 Sayılı Borçlar Kanunu döne-

³⁹⁹ NARMANLIOĞLU'na göre bu aynı zamanda bir usulsüz fesihtir. Bkz. NARMANLIOĞLU, s. 469; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 865.

⁴⁰⁰ Haksız feshe yol açan nedenler ile haksız fesih hükümlerine tabi durumlar arasında yapılması gereken bu ayrımın bir diğer önemi de haklı nedenle fesih hakkının kötüniye kullanılmasının mümkün olup olmadığı tartışmasında ortaya çıkmaktadır. Haklı nedenle derhal fesih hakkının kötüye kullanılmasının mümkün olmadığı görüşüne göre feshin haksız olarak nitelendirildiği durumlarda kötüniyetten söz edilemez. Çünkü derhal fesih için haklı bir sebep yoktur. Derhal fesih hakkı doğmamıştır. Buna karşılık, haksız fesih hükümlerinin uygulanmasına yol açan durumlarda derhal fesih için haklı bir neden bulunmasına rağmen, kanun veya sözleşmede öngörülen süre ya da yõteme uygun bir fesih söz konusu değildir. Bu halde haklı neden bulunduğu göre fesih hakkının kötüye kullanıldığı söylenebilir.

⁴⁰¹ NARMANLIOĞLU, s. 406.

⁴⁰² SAYMEN, s. 610; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 865.

⁴⁰³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 868.

minde belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce haklı neden olmadan yapılan fesih bildirimi ile sözleşmenin sona erip ermediği tartışmalıydı. Baskın görüş, belirli süreli iş sözleşmesinin hukuki niteliği itibarıyla, süresinden önce ancak haklı nedenle sona erebileceği; haklı neden olmadan yapılan fesih bildirimi ile sözleşmenin sona eremeyeceği, bu durumda işverenin temerrüdünün söz konusu olacağı yönündeydi⁴⁰⁴. Başka bir görüş ise, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine imkân veren haklı nedenin olmaması halinde fesih yerine kusurlu imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğini savunuyordu⁴⁰⁵. Bu görüşe göre, tarafların iş görme ve iş verme borçlarının cebri icra yoluyla aynen temini mümkün olmadığına göre, ortada kusurlu bir imkânsızlık vardır. Son bir görüş ise, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı neden olmadan taraflardan birisince fesih bildiriminde bulunulması halinde, sözleşmenin haksız feshinden söz edilmesi gerektiğini ileri sürüyordu⁴⁰⁶. Belirli süreli sözleşmenin süresinden önce haklı neden olmadan fesih bildiriminde bulunulması durumunda, haksız feshe bağlı tazminatı öngören hukuk düzeninde bu son görüş daha isabetli gözükmektedir. Yargıtay da, yapılan fesih bildirimi ile belirli süreli sözleşmenin süresinden önce haklı neden olmadan feshedilebileceğini, bu durumda haksız feshin sonuçlarına karar verilmesi gerektiğini kabul etmekteydi⁴⁰⁷. Yargıtay'ın belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmadan feshini kabul etmesine rağmen,

⁴⁰⁴ REİSOĞLU, Hizmet Akdi,-Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s. 168-169; EYRENCİ, Öner, “Belirli Süreli Hizmet Akdinin İşverence Feshedilmesinin Hukuki Sonuçları”, İHU İşK.m. 9, No: 2; SÜMER, Halûk Hadî, “Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları”, TÜHİS, S.8, Şubat 1992, s. 6. Yazar, Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesi karşısında artık belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı neden olmadan feshedilmesi halinde sözleşmenin sona ereceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir, bkz. SÜMER, s. 125; Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğünden önce belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce fesih bildiriminde bulunulmasının temerrüt sonucu doğurduğu hakkında diğer görüşler için bkz. ESEN-ER, s. 215-216; SÜZEK, Askı, s. 118.

⁴⁰⁵ OĞUZMAN, s. 143.

⁴⁰⁶ SAYMEN, s.610; EKONOMİ, s. 166. Aynı yazar, “Kıdem Tazminatına Hak Kazanılan Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri”, Kamu-İş Dergisi, Ocak 1990, s. 10; NARMANLIOĞLU, s.569. Aynı yazar, “Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı”, İstanbul 1973, s. 167; ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 177; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 342; SÜZEK, Sarper, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, s. 73 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 868; SÜMER, s. 125; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 626-627; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s. 259.

⁴⁰⁷ Bu yönde bkz. Y9HD, 27.09.2007,437-28441 ve Y22HD, 13.02.2014, 2013/3622-2014/2123.

bazı kararlarında işçinin “bakiye süre ücreti”ne hak kazandığını belirtmesi haklı bir eleştiriye neden olmuştur⁴⁰⁸.

Kanun koyucu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmadan feshedilebileceği yönündeki son görüşe paralel düzenleme yapmıştır. Buna göre, işverenin, belirli süreli iş sözleşmesini haklı neden olmadan feshetmesi halinde, işçinin bakiye süreye ilişkin kazanabileceği miktarı tazminat olarak talep edebileceği (m.438/1), işçinin haklı neden olmadan süresinden önce sözleşmeyi feshetmesi durumunda ise işverenin aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür (m.439/1).

Türk Borçlar Kanunu’nda iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek isteyen tarafın fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir (m.435/1). Buradaki şekil şartının geçerlilik şartı olup olmadığına yönelik tartışmalara ve öğretideki görüşlere yukarıda yer verilmişti⁴⁰⁹. Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesine göre, işverenin haklı sebep olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi halinde işçi, sözleşme belirsiz süreli ise fesih bildirim süresine ait ücret tutarındaki miktarı; sözleşme belirli süreli ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilir. Türk Borçlar Kanunu’nun 439. maddesine göre ise, işçinin haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işverenin, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Görüldüğü gibi, kanunda feshin haklı sebebe dayanmaması halinde geçersizlik yerine sözleşmenin sona ermiş olacağı kabul edilmiş, ayrıca haksız fesih nedeniyle tazminat yaptırımına yer verilmiştir.

§ 2- HAKSIZ FESİH İLE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

Türk İş Hukukunda iş sözleşmesinin feshi, fesih bildiriminin şekli ve fesheden tarafın amacına göre farklı nitelendirilmektedir. Farklı kavramlarla ifade edilen fesihlerin

⁴⁰⁸ Kavramın kullanıldığı kararlar için bkz. Y9HD, 21.05.2009, 2007/41429-2009/13673, Y9HD, 08.12.2011, 2009/28801-2011/47635, Y7HD, 26.02.2013, 1617-1683 ve Y22HD, 07.06.2013, 2012/23997-2013/32388; Yargıtay’ın kararlarında hem sözleşmenin feshedildiğini belirtmesi hem de kalan süreye ilişkin ücret alacağından söz etmesini çelişkili bulan görüşler için bkz. ŞAH-LANAN, Değerlendirme 1996, s. 132-133; SÜZEK, Değerlendirme 1998, s. 74.

⁴⁰⁹ Bkz. 1.Bölüm, IV, 2, C, a, bb.

hukuki sonuçları bazı yönlerden benzerlik gösterebilir. Ancak, bu durum, kavramların birbirlerinin yerine kullanılmasını gerektirmez. Özellikle tazminat ödenmesini gerektiren her fesih için haksız fesih kavramını kullanmak doğru değildir. Kavramların yerinde kullanılması uyumsuzlukla ilgili soyut kuralın belirlenmesini kolaylaştırır. Aşağıda haksız fesih kavramı ile zaman zaman karıştırılan, aslında haksız fesih olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan kavramlardan bazıları incelenecektir.

I) Geçersiz Fesih

Feshin geçersizliği kavramından feshin iş sözleşmesi üzerinde hüküm ve sonuç doğurmaması, sözleşmenin aynı şartlarda devam etmesi anlaşılır⁴¹⁰. Gerçekten geçersizlik, bozucu yenilik doğuran fesih bildirimini mutlak anlamda hükümsüz kılar ve feshin iş sözleşmesi üzerinde hüküm ve sonuç doğurmasını engeller. Bu durumda işveren, geçersizlik kararının kesinleşmesi ile birlikte, işçiyi işe almak ve boşta geçen tüm süreye ait ücret ve diğer haklarını ödemek zorundadır. Haksız fesihte ise sözleşme sona erer ve feshin (haksız feshin) hüküm ve sonuçları ortaya çıkar⁴¹¹.

İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda yer verilen iş güvencesi hükümlerinde, genel hükümlerden farklı, kendine özgü bir geçersizlik öngörülmüştür. 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesine göre, işveren iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerini feshederken geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. Aynı Kanun'un 19. maddesinde işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Kanunun 20. maddesinde fesih bildirimine itiraz ve usulü düzenlenmiş; 21. maddesinde ise, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işçinin başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmayan işverenin en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu, ayrıca işçinin kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların isteyebileceği kurala

⁴¹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1055.

⁴¹¹ SÜZEK, s. 536.

bağlanmışır. Sözü edilen düzenleme dikkate alındığında, kanun koyucunun kendine özgü bir geçersizlik öngördüğü söylenebilir⁴¹².

Öğretide çoğunluk görüşe göre, iş güvencesi hükümlerinde kullanılan “geçersizlik” sözcüğü, Türk Borçlar Kanununda öngörülen “hükümsüzlük” anlamında değildir. Burada geçersizlik tespiti işverene seçimlik hak olarak iki yönde yükümlülük getirmiştir. Öngörülen geçersizliğin tespiti ile iş sözleşmesi hiç bozulmamış gibi sonuç doğurmamaktadır⁴¹³. Başka bir görüşe göre ise, iş güvencesi hükümlerinde öngörülen geçersizlik feshin sözleşmeyi sona erdirici etkisini ortadan kaldırmaz; işçinin başvurusu üzerine işe başlatılması, yeni bir iş sözleşmesidir⁴¹⁴. Üçüncü bir görüş de, burada kanunun mutlak bir geçersizliği öngörmediği, ancak kanuni süresi içinde işçinin başvuruda bulunup bulunmasına göre durumun değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁴¹⁵. Bu görüşe göre, mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar vermiş olsa bile, işçinin kanunda öngörülen süre içinde işe başlatılmak için işverene başvuruda bulunmaması halinde fesih geçerli hale gelecektir. Bu durumda, işçinin başvuracağı ana kadar geçersizliğin hükmü askıdadır. Başvuru ile birlikte geçersizlik genel hükümlere uygun sonuç doğuracak; iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi bir durum ortaya çıkacaktır. İşverenin işe başlatmaması, yeni bir fesih olarak değerlendirilecektir. Son bir görüş de, kanunda feshin geçersiz sayılarak iş sözleşmesinin aynen devamının öngörüldüğü, işverenin bunu kabul etmemesi halinde tazminat ödemesi gerektiği yönündedir⁴¹⁶.

Kanımızca İş Kanunu’nun 21. maddesine göre, mahkeme veya özel hakem tarafından verilen ve işçinin davranışına bağlı olarak sonuç doğuracağı öngörülen

⁴¹² Türk İş Hukukunda geçersiz fesih kavramı hakkında daha geniş bilgi için bkz. MANAV, A.Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 183 vd; TULUKÇU, Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, Ankara 2017, s. 333; SÜZEK, s. 604; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1055 vd.

⁴¹³ ŞAHLANAN, Fevzi, “İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği İhbar Tazminatı”, Karar İncelemesi, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), Mart 2011, İstanbul, s. 319; EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 16; ÇELİK, İş Güvencesi, s. 44.

⁴¹⁴ NARMANLIOĞLU, s. 523, Aynı Yazar, “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Sicil, S.19, Eylül 2010, s. 17, 20.

⁴¹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1056.

⁴¹⁶ GÜZEL, Ali, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, İstanbul 2014, s. 301.

geçersizliğin etkisi, işçinin işe başlatılmak amacıyla işverene kanuni sürede yapacağı başvuruya kadar askıdadır⁴¹⁷. Ancak bu etki, sadece işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık süre ile sınırlandırılmıştır. Dört aylık süreden sonra geçersizliğe genel hükümlere uygun sonuçlar bağlanmış değildir. İşverenin, feshin geçersizliğine ilişkin karardan sonra işçiye bir ay içinde işe başlatmak “zorunda” olduğuna ilişkin hüküm (m.21/1), geçersizliğe uygun bir düzenlemedir. Bununla birlikte, işverenin tazminat ödeyerek işçiye işe başlatmama tercihinin sağ olmasına karşılık, işçiye işe başlama ile tazminat arasında bir tercihte bulunma hakkının verilmemesi ve işçinin çalıştırılmadığı sürenin dört ayı aşan kısmı için ücret ve diğer haklarını talep edememesi sistemin göze çarpan ayırdedici özellikleridir⁴¹⁸.

İş Kanunu’nun 25. maddesinin son fıkrasına göre, iş sözleşmesi derhal fesih bildirimi ile feshedilen işçi, feshin bu maddede belirtilen hükümlere aykırı yapıldığı iddiasıyla 18, 20 ve 21. maddeler uyarınca yargı yoluna başvurabilir. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesi derhal fesih bildirimiyle feshedilen işçinin feshin geçersizliğine karar verilmesi talebiyle dava açabilmesi için, iş güvencesi hükümlerinin kapsamında olması gerekir. İş güvencesi kapsamındaki işçinin anılan hükme dayanarak açacağı davada feshin haksız olması nedeniyle verilen geçersizlik kararı ile, sözleşmesi süreli fesih yoluyla feshedilen işçinin açtığı davada verilen geçersizlik kararı arasında hukuki sonuçları itibarıyla herhangi bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından haksız ve geçersiz fesih aynı hukuki sonuçlara tabidir⁴¹⁹. Belirtelim ki, iş güvencesi kapsamında olup da feshin geçersizliğine karar verilmesi için dava açmayan işçi ile güvence kapsamında olmayan işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin hukuki sonuçları bakımından herhangi bir fark yoktur. İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma ile kötüniyet tazminatını talep arasında tercih hakkı bulunmaması varılan sonucu değiştirmez. Bununla birlikte, iş güvencesi kapsamında olmayan işçi için Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hüküm altına

⁴¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1057.

⁴¹⁸ KURT, Resul/KOÇ, Muzaffer, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İş Güvencesi ve İş İade Davaları, 4.B, Ankara 2020, s. 513.

⁴¹⁹ MANAV, s. 193.

alınabilen tazminat, iş güvencesi hükümlerinden yararlananlar için söz konusu olmaz⁴²⁰. Diğer taraftan, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmediğinde de haksız fesih, geçerli bir fesih gibi, sözleşmeyi sona erdirir⁴²¹.

II) Usulsüz Fesih

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin kanun veya sözleşmede öngörülen bildirim sürelerine uyulmadan feshedilmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretide baskın görüşe göre, belirsiz süreli iş sözleşmesinin kanun ve sözleşmede öngörülen bildirim sürelerine aykırı olarak sona erdirilmesi, usulsüz fesih niteliğindedir⁴²². Buna göre, kanunda öngörülen bildirim süresi verilmemesi veya eksik verilmesi ya da bildirim sürelerine ilişkin ücretin eksik ödenmesi halinde usulsüz fesihten söz edilir. Bireysel veya toplu iş sözleşmesinde fesih için öngörülmüş özel usule aykırı olarak sözleşmenin feshi de usulsüz fesih olarak değerlendirilmektedir⁴²³. Diğer bir görüşe göre, işçi veya işverenin bildirim süresine ilişkin hükümlere aykırı davranışlarının kusura dayanması nedeniyle sözleşmeyi fesheden taraf, diğer tarafın bu nedenle doğan zararını karşılamak zorundadır. Bu nedenle yapılan fesih, haksız fesihtir⁴²⁴.

4857 sayılı Kanun'da, mülga 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak, bildirim süresi içinde yeni iş arama izninin usule uygun verilmemesini ayrı bir yaptırıma bağladığından, iş arama izninin verilmemiş olması usulsüz fesih sonucunu doğurmayacaktır⁴²⁵. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda yeni iş arama izni düzenlenmemiş olduğundan bildirim süresi içinde iş arama izninin verilmemiş olmasına bağlı herhangi bir yaptırım söz konusu değildir.

⁴²⁰ Aksi görüş için bkz. DOĞAN YENİSEY, Kübra, Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013 Antalya 2014, s. 106.

⁴²¹ MANAV, s. 193.

⁴²² SÜZEK, s. 520; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 250; SÜMER, s. 110; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 919; NARMANLIOĞLU, s. 376. NARMANLIOĞLU, usulsüz fesih ile aynı anlama gelen "usulsüz fesih bildirimi" kavramını kullanmaktadır.

⁴²³ NARMANLIOĞLU, s.377; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 919.

⁴²⁴ OĞUZMAN, s. 213; EKONOMİ, s. 157.

⁴²⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 920.

Usulsüz fesih, usulüne uygun yapılan fesihteki gibi sözleşmeyi bildirim süresi bitimi itibariyle sona erdirir. Bildirim süresi verilmediği ya da eksik verildiği halde tam verilmiş gibi değerlendirilir ve bu süre işçinin kıdemine dâhil edilir. İşçi, bildirim süresi içinde doğacak tüm haklardan yararlanır⁴²⁶. Bildirim süresine ait ücretin eksik ödenmesi halinde de usulsüz fesih söz konusu olduğundan, işçi bildirim süresi içinde doğacak tüm haklardan doğan alacaklarını isteyebilir. Ayrıca belirsiz süreli iş sözleşmesini usulsüz fesheden taraf, ihbar tazminatı yaptırımını ile karşılaşır. Bundan başka, usulsüz feshe maruz kalan taraf, şartları varsa genel hükümlere göre tazminat talebinde de bulunabilir⁴²⁷.

Bir görüşe göre, haklı bir sebep bulunmadığı halde gerçek olmayan bir sebep ileri sürülmüşse veya ileri sürülen sebep ispatlanmamışsa ya da fesih sebebi kanuni unsurlarından yoksunsa yahut fesih kanuni süre içinde yapılmadığı için ileri sürülen sebep haklı olmaktan çıkmışsa, yapılan fesih de usulsüz feshin sonuçlarına tabi olacaktır⁴²⁸. Kanımızca feshin hem haksız hem de usulsüz olması mümkün değildir. Yukarıda belirtildiği gibi her iki kavram birbirinden farklıdır. Derhal fesih hakkı doğmadığı halde yapılan fesih haksız fesihtir. Buna karşılık mevcut olan süreli fesih hakkının bildirim sürelerine uyulmadan kullanılması ise, usulsüz fesihtir. Normal olan, belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona ermesidir. Derhal fesih hakkı olağanüstü ve istisnai bir fesih türüdür. Derhal fesih hakkının kullanıldığı açıkça belirtilmedikçe sözleşmenin süreli fesih yoluyla sona erdiğinin kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, sözleşmeyi fesheden taraf derhal fesih hakkının kullandığını belirtmemişse, feshin usulsüz fesih olarak nitelendirilmesi gerekir. Sözleşmeyi fesheden taraf, haklı neden bulunmadığı halde derhal fesih hakkını kullandığını belirtmişse, usulsüz fesih değil, haksız fesihten söz edilmelidir. Bununla birlikte, haksız feshe usulsüz fesih hükümlerinin de uygulanması mümkün olmalıdır.

III) Kötüniyetli Fesih

Türk Medeni Kanunun 2. maddesine göre, “Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”. Söz konusu hüküm,

⁴²⁶ SÜZEK, s. 520; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 920.

⁴²⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 920-921.

⁴²⁸ NARMANLIOĞLU, s. 469.

hakların kullanılmasının yanında borçların ifasında da uyulması gereken genel bir kuraldır. Dürüst davranma ilkesi, yaşamın bütün olaylarını tüm ayrıntılarıyla yazılı hukuk kurallarına sığdırmanın imkânsızlığından doğmuştur. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi, hakların kanunlarda öngörülen şekliyle mutlak ve sınırsız bir şekilde kullanılmasını önlemek amacıyla, sadece medeni hukuk alanında değil, hukukun bütün alanlarında uygulanabilen genel bir kuraldır⁴²⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında, dürüst davranma kurallarının ihlali halinde uygulanacak genel bir yaptırım düzenlenmiştir. Buna göre, “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”.

Hakkın kötüye kullanıldığından söz edebilmek için öncelikle bir hakkın mevcut olması gerekir. Hukukumuzda iş güvencesine tabi olmayan iş ilişkilerinde belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulmasıyla, süreli fesih hakkı kendiliğinden doğmaktadır⁴³⁰. İş hukukunda taraflara tanınan süreli fesih hakkı mutlak değil, nispidir. Buna göre, fesih serbestisi bir sınıra kadar kullanılabilir. Sınırın aşılmasını hukuk düzeni korumaz. Hukukun korumadığı sınır aşımı, hakkın kötüye kullanımı ile açıklanmaktadır. Bu sınırı belirleme ve aşıp aşılmadığının tespitinde esas alınacak ölçüt, iş kanunlarımızda düzenlenmemiştir. Öğreti ve uygulamaya göre, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde objektif iyiniyet kurallarına aykırılık ölçütü dikkate alınmaktadır⁴³¹.

Süreli fesih hakkının da, diğer haklar gibi, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun kullanılması gerekir. Dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun kullanılmayan süreli fesih hakkı kötüye kullanılmış sayılır⁴³². Ancak fesih hakkının kötüye kullanıldığından söz etmek için, öncelikle süreli fesih bildiriminde bulunma hakkının doğmuş olması gerekir. Süreli fesih hakkının doğumu için ise, belirsiz süreli bir sözleşmenin mevcudiyeti şarttır. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirimli feshi dürüstlük kurallarına aykırı olarak

⁴²⁹ KILIÇOĞLU, M.Ahmet, Medeni Hukuk, Ankara, 2006, s. 101.

⁴³⁰ SÜZEK, s. 524.

⁴³¹ Fesih hakkının kötüye kullanılması hakkında daha geniş bilgi için bkz. SÜZEK, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976; SÜZEK, s. 524 vd.

⁴³² SÜZEK, s. 524.

gerçekleşmişse, fesih hakkı kötüye kullanılmış olur⁴³³. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce süreli fesih yoluyla feshedilmesi mümkün olmadığından fesih hakkının kötüye kullanıldığı ileri sürülemeyecektir⁴³⁴.

Fesih hakkının kötüye kullanıldığından söz edilmesi için sözleşmenin süreli fesih bildirimi şartlarına uygun şekilde sona ermesi şart değildir. Başka bir anlatımla, süreli fesih bildiriminin usulsüz yapılması durumunda da fesih hakkının kötüye kullanıldığı ileri sürülebilir⁴³⁵.

İşveren tarafından süreli fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren haller, mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nda örnekleme yoluyla sayılmıştı. Anılan Kanuna göre, işçinin sendikaya üye olması, şikâyetle başvurması gibi sebeplerle işinden çıkartılması hallerinde ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda fesih hakkının kötüye kullanıldığının kabulü gerektiği öngörülmüştü. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin 6. fıkrasında hangi hallerin feshin kötünियete dayandığına ilişkin örnekler verilmemişse de, gerekçesinde işçinin işveren hakkında şikâyetle bulunması, dava açması veya aleyhine tanıklık yapması gibi sebeplerle yapılan fesihlerin kötüniyete dayandığı belirtilmiştir. Kuşkusuz kötüniyeti gösteren sebepler, sayılanlarla sınırlı değildir. Esasen hangi hallerde fesih hakkının kötüye kullanıldığının Kanunda tek tek sayılması uygun bir yöntem olmadığı gibi, genel bir kural da konulamaz. Fesih hakkının dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın özelliği dikkate alınarak belirlenmelidir⁴³⁶. Bu nedenle

⁴³³ Öğretide hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemek bakımından pek çok ölçüt ileri sürülmüştür. Baskın görüş, “objektif iyiniyet kurallarına aykırılık ölçütü”nü kabul etmektedir. Bu yönde bkz. OĞUZMAN, s. 209; ESENER, İş Hukuku, s. 235; EKONOMİ, s. 160; SÜZEK, s. 524-525; NARMANLIOĞLU, s. 395; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 938. Diğer ölçütler için bkz. SÜZEK, Fesih, s. 84 vd; Yargıtay da “objektif iyiniyet kuralına aykırılık” kriterini benimsemiştir. Bu yönde karar için bkz. Y9HD, 30.06.1972, 35833-21791, ÇENBERCİ, s. 361-362; Aynı yönde, Y9HD, 19.06.1980, 5746-7414, ÇENBERCİ, s. 359.

⁴³⁴ SÜZEK, s. 525; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 941.

⁴³⁵ SÜZEK, s. 524-525.

⁴³⁶ Karar için bkz. YGK, 24.04.1981, 166-307, ÇENBERCİ, s. 358; ÇENBERCİ'ye göre “işçi hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını önleme amacının söz konusu olduğu bütün durumlarda iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkının kötüye kullanılmış olduğu kabul edilmelidir”, bkz. ÇENBERCİ, s. 353. NARMANLIOĞLU, s. 395.

tarafların önceden belli bir davranışın “kötüniyet” olup olmayacağını kararlaştırmaları mümkün değildir⁴³⁷.

İşverenin işletmenin veya işyerinin ekonomik, mali ve teknik gerekleri gibi nedenlerle veya İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinde belirtilen ve işverene derhal fesih yetkisi veren haklı fesih nedenleri ağırlığında olmamakla birlikte, işyerinin veya işin normal işleyişini olumsuz etkileyen işçinin yetersizliği ve davranışlarından doğan nedenler gibi meşru ve makul sebeplerle iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla feshetmesi dürüstlük kurallarına uygun sayıldığından, işçi bu durumda kötüniyet tazminatına hak kazanamaz⁴³⁸.

İşçinin işvereni şikâyet etmesi⁴³⁹, işveren aleyhine dava açması⁴⁴⁰ veya tanıklık yapması⁴⁴¹, işçinin hamileliği⁴⁴² ya da işverenin kanuna aykırı emir ve talimatlarını yerine getirmemesi⁴⁴³ gibi nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilmesi, hakkın kötüye kullanılmasıdır.

İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’na göre, iş güvencesi kapsamına giren iş ilişkileri bakımından, işverenin süreli fesih hakkının doğumu için ayrıca geçerli bir neden bulunmalıdır⁴⁴⁴. İş güvencesi hükümlerinin kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmel-

⁴³⁷ Y9HD, 02.07.1979, 6305-10070, GÜNAY, s. 658; Y9HD, 15.10.1985, 7070-9454, Tekstil İşveren D, Şubat 1986, S.95, s. 1617.

⁴³⁸ SÜZEK, s. 526.

⁴³⁹ “Somut olayda davacının iş sözleşmesinin işvereni SGK ya şikyeti üzerine yapılan denetimi takiben feshedildiği anlaşıldığından davacının kötüniyet tazminat talebinin kabulü yerine reddi hatalıdır”. Y9HD, 13.05.2013, 2011/11965-2013/14285. Aynı yönde kararlar için bkz. Y22HD, 16.05.2013, 2012/22632-2013/11111 ve Y22HD, 16.12.2015, 2014/23541-34707.

⁴⁴⁰ “Somut olayda davacının hizmet akdinin davalı yönetime 16.04.2008 tarihinde tebliğ edilen hizmet tespiti davası nedeni ile feshedildiği anlaşıldığından hak arama talebi üzerine yapılan feshin kötüniyetli oluşu karşısında davacının kötüniyet tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddi hatalı olup hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir”. (Y9HD, 16.09.2013, 2011/25455-2013/22603).

⁴⁴¹ “Davacının 26.11.2002 tarihinde tanıklık yaptıktan kısa bir süre sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda kötüniyetlidir. Saptanan bu durum karşısında kötüniyet tazminatının kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir”. (Y9HD, 27.10.2011, 36179-41305).

⁴⁴² “Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesinin hamileliği nedeniyle fesih edildiği, Akdeniz Hastanesi Sağlık raporu, tanık beyanları, olayların gelişiminde ve dosya kapsamından anlaşılmakta olup davacının iş sözleşmesinin kötüniyetli fesih edilmiş olduğunun kabulü gerekir”. (Y9HD, 27.10.2009, 13587-29420). Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 16.01.2012, 2011/25631-2012/193.

⁴⁴³ Y9HD, 03.06.2003, 2002/26114-2003/10034 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 545; Y9HD, 26.09.2002, 3219-17665 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 547.

⁴⁴⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 187; SÜZEK, s. 524.

erinin işveren tarafından süreli feshinde, herhangi bir neden belirtme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu kapsamdaki işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshinde kural olarak fesih serbestisi bulunmaktadır. İşçi, feshin meşru bir nedene dayanmadığını ispat ederse, fesih hakkının kötüye kullanılmış olduğu kabul edilir⁴⁴⁵. Süreli fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı fesih nedenine bakılarak belirlenebilir. Söz konusu yöntem, fesih nedenini belirtme zorunluluğu bulunmayan iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından da geçerlidir. Çünkü iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin iş sözleşmesinin süreli feshinde de mutlaka bir neden vardır⁴⁴⁶.

Türk Borçlar Kanunu’nun 434. maddesi, İş Kanunu’nun 17. maddesi ve Deniz İş Kanunu’nun 16. maddesinde, işverenin süreli fesih hakkının kötüye kullanması halinde uygulanacak yaptırım özel olarak düzenlenmiştir.

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinde kötünietli fesih, “işçinin sendikaya üye olması, şikâyetle başvurması gibi sebeplerle işinden çıkartılması hal-lerinde ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlar” olarak belirtilmişti. 4857 sayılı Kanun’un 17. maddesinin 6. fıkrasına göre, “...18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddele-ri- nin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir”. Buna göre, iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında kalan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından kötünietli feshedilmesi halinde işçi, bildirim süresinin üç katı tutarında tazminata hak kazanacaktır. Sözü edilen tazminat, öğreti ve uygulamada “kötüniet tazminatı” olarak adlandırılmaktadır⁴⁴⁷. Kötüniet tazminatı, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından süreli fesih bildirimi ile sona erdirmeye

⁴⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 935, 938.

⁴⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 938.

⁴⁴⁷ NARMANLIOĞLU, s. 400 vd; SÜZEK, s. 529; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 196; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 940. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 30.05.2012, 2010/9586-2012/19001; Y22HD, 13.02.2017, 2412-2103.

özgürlüğünü sınırlar. Fesih aynı zamanda usulsüz yapılmışsa, işçi kötüniet tazminatı ile birlikte ihbar tazminatı da talep edebilecektir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğü döneminde, Yargıtay kötüniet tazminatının niteliği itibariyle ihbar tazminatının vasıflı bir şekli olduğu görüşünden hareketle, işverenin süreli fesih hakkını kötünietli ve usulsüz kullanması halinde işçinin ihbar ve kötüniet tazminatı olarak, toplamda bildirim süresinin üç katı tutarını talep edebileceğine karar veriyordu⁴⁴⁸. Aynı gerekçe ile sadece kötüniet tazminatı talepli açılan davada, kötünietin ispatlanamaması durumunda, açıkça ihbar tazminatı talep edilmediği halde “çoğun içinde az da vardır” denilerek, ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerektiğini kabul ediyordu⁴⁴⁹. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde bildirim şartına uyulmaması halinde ayrıca ihbar tazminatının ödenmesi gerektiğinin öngörülmesi üzerine Yargıtay da görüş değişikliğine gitmiştir⁴⁵⁰. Gerçekten, feshin kötüniete dayanması fesih nedenine, usulsüz fesih ise bildirimin şekline ilişkin olduğundan, bunlara ilişkin yaptırımların amaç ve nitelikleri de birbirinden farklıdır. Bu nedenle 1475 sayılı İş Kanunu döneminde kötüniet tazminatının usulsüz feshin yaptırımı olan ihbar tazminatını da kapsadığı yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir⁴⁵¹. Aksi halde bildirim süresine uyularak yapılan kötünietli feshin yaptırımı ile usulsüz ve aynı zamanda kötüniete dayalı feshin yaptırımı aynı olacaktır⁴⁵².

⁴⁴⁸ Y9HD, 20.04.1970, 1884-3558, TÜHİS, Kamu-İş, Türk Kamu-Sen, 1989, s. 37; Y9HD, 21.11.1997, 16098-19509 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 613. Her iki tazminatın amaç ve nitelikleri itibariyle birbirinden bağımsız şekilde düzenlenen bu iki tazminatın birbiri içinde düşünülmesinin isabetli olmadığını belirten görüş için bkz. KUTAL, s. 48.

⁴⁴⁹ Y9HD, 06.10.2005, 1764-32538 sayılı karar için bkz. ÇİL, s. 814.

⁴⁵⁰ “4857 Sayılı Yasada ihbar tazminatı ve kötüniet tazminatı farklı düzenlenmiştir. 1475 Sayılı Yasa döneminde Dairemizce bu kurala göre ihbar tazminatı istenmeyip, kötüniet tazminat istendiği durumlarda ihbar tazminatına hüküm kurulabileceği kabul edilmekte ise de yeni yasa döneminde artık bu mümkün değildir. HUMK 74. maddesinde düzenlenen taleple bağıllık kuralına aykırı olarak talep edilmediği halde ihbar tazminatına hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y9HD, 22.11.2010, 2008/35172-2010/34042). Ayrıca bkz. Y9HD, 30.05.2012, 2010/9586-2012/19001.

⁴⁵¹ SAYMEN, s. 609; OĞUZMAN, s. 283; EKONOMİ, s. 162, Aynı Yazar, “Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi”, YD, Ocak-Ekim 1989, (Yargıtay Kararlarının Etkisi), s. 16; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 943-944.

⁴⁵² EKONOMİ, Münir, İhbar Tazminatı ile Kötüniet Tazminatının Birleşmesi, İHU, İşK. 13. No: 21; Aksi görüşte bkz. ÇENBERCİ, s.351-352. Yazara göre, ihbar ve kötüniet tazminatına ilişkin düzenlemelerin amacı fesih hakkının kullanılmasının güçleştirilmesidir. Kanun koyucu her iki tazminat ile kusurun var olup olmasına göre miktarı değişen medeni cezalarla iş sözleşmesinin

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu döneminde Kanunun 13. maddesinde yer alan “... ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlar” ifadesinden hareketle işverenin de kötüniet tazminatı talep edebileceği ileri sürülmüştü⁴⁵³. Bir başka görüş ise, maddede yer alan örneklerin işverenin feshine işaret ettiğini, kötüniet tazminatının sadece işverenin feshi yönünden söz konusu olabileceği yönündeydi⁴⁵⁴. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 17. maddesi, “...işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda” hükmüne yer vermek suretiyle bu tartışmalara son vermiştir. Buna göre kötüniet tazminatının alacaklısı işçidir. Ancak haklı nedenle dahi olsa, iş sözleşmesini fesheden işçi, kötüniet tazminatına hak kazanamaz. Çünkü söz konusu tazminatı talep hakkı işverenin feshine maruz kalınması halinde doğar⁴⁵⁵.

Kanunlarımızda işçi yönünden süreli fesih hakkı kişi özgürlüğü ile temellendirildiğinden, süreli fesih hakkının kötüye kullanımı sadece işveren yönünden özel olarak düzenlenmiştir. Ancak, işçinin süreli fesih hakkını dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı kullanması konusunda özel bir hükmün öngörülmemiş olması, fesih bildiriminin genel hüküm niteliğindeki Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin 2. fıkrası hükmü çerçevesinde değerlendirilmesine engel değildir⁴⁵⁶. Özellikle işçinin “zamansız” olarak gerçekleştirdiği fesih bildirimlerinin dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda feshe maruz kalan işverenin

sona erdirilmesini güçleştirmek istemiş ve bildirim sürelerine ilişkin ücrete göre hesaplanmalarını öngörmüştür. Hukuki nitelik ve amaçları itibarıyla bir noktada birleşmektedirler. Bu nedenle kötüniet tazminatı bir bakıma ihbar tazminatının vasıflı şeklidir.

⁴⁵³ EKONOMİ, s.160, Yazar bu görüşünü 1475 sayılı İşK.m.13/C, f.3’de yer alan “ve genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda” ibaresinin işçi ve işveren tarafı şeklinde bir ayırım yapmadığına dayandırmıştır. Benzer bir ibare 4857 sayılı İşK.m.17’de bulunmadığı için söz konusu tartışmanın sona erdiği söylenebilir.

⁴⁵⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 260; NARMANLIOĞLU, s. 392-393.

⁴⁵⁵ NARMANLIOĞLU, s. 399.

⁴⁵⁶ ÇENBERCİ, s. 351, Yazar, İş Kanununda kötüniet tazminatının alacaklısının işveren olduğuna ilişkin hükmünün fesih hakkını kötüye kullanan işçi yararına eşitsizlik yarattığını ve işçiyi süreli fesih bildirimi hakkını kötüye kullanmaktan alıkoymada etkili olabilecek bir yaptırım dışında tutmanın bir gerçeğe dayanmadığını ileri sürmüştür, bkz.ÇENBERCİ, s. 350. İşçinin de süreli fesih hakkını kötüye kullanabileceğini kabul eden görüşler için bkz. SÜZEK, s. 530; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 938.

genel hükümlere göre tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir⁴⁵⁷. Zarara uğradığını iddia eden işveren, zararın varlığını ve miktarını ispatlamalıdır.

İş Kanunu'nun 17. maddesinin 6. fıkrası hükmü uyarınca, iş sözleşmesi kötüniyetli feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçinin doğrudan kötüniyet tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Düzenleme, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin kötüniyetli olarak feshedilmesinin yaptırımsız kaldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu durumdaki işçiler, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak suretiyle, kural olarak, daha avantajlı haklara sahiptirler. Yargıtay, iş sözleşmesi geçersiz nedenle ve aynı zamanda kötüniyetli olarak feshedilen işçinin iş güvencesi tazminatını iş sözleşmesi geçersiz nedenle feshedilen aynı kıdemdeki işçiye nazaran yüksek miktarda belirlemektedir⁴⁵⁸.

Türk iş hukuku mevzuatında kötüniyete dayalı süreli fesih bildiriminin hükümsüz olduğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesi süreli fesih hakkının kötüye kullanılması ve bunun ispatlanması halinde de sona erer⁴⁵⁹. Bu durumda feshe maruz kalan işçi iş güvencesi kapsamında ise, feshin geçersizliğinin tespitine karar verilmesini mahkemeden (veya şartları varsa özel hakemden) isteyebilir. İş güvencesi kapsamında olmayanlar ise, doğrudan kötüniyet tazminatı veya sendikal tazminat talep edebilirler⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ SÜZEK, s. 531; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 939; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 196; İşçinin süreli fesih hakkını kötüye kullanması durumunda işverenin talep edebileceği tazminat, herhalde İş Kanunu'nun 17. maddesinde (mülga 1475 sayılı İş K.m.13) düzenlenen kötüniyet tazminatı değildir. Bu husus bir Yargıtay kararında şöyle açıklanmıştır: "1475 sayılı İş K. 13. maddesinin sondan bir önceki fıkrasında düzenlenen kötüniyet tazminatı, düzenleniş şekli itibarıyla ancak işçiler tarafından işverenden istenebilecek bir tazminat niteliğindedir"(Y9HD, 23.01.2002, 2001/15932-2002/663 sayılı karar için bkz. GÜNAY, s. 556-557).

⁴⁵⁸ "Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davalıya ait işyerinde yaklaşık 8 yıl çalışan davacı işçinin işçilik alacakları ile ilgili dava açması, açtığı davadan vazgeçmemesi ve uğradığı B nedeni ile işveren temsilcilerini şikâyet etmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği, işverence gerçekleştirilen feshin geçerli ve haklı nedene dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir... Ancak davacı işçinin kıdemine ve özellikle fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının alt sınır olan 4 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın davacının 7 aylık ücreti oranında belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir"(Y9HD, 13.10.2008, 31193-26516).

⁴⁵⁹ EKONOMİ, s. 161; NARMANLIOĞLU, s. 400; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 939.

⁴⁶⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 939.

Ayrımcılık yasağının ihlali suretiyle iş sözleşmesinin feshi aynı zamanda kötüniyetli bir fesihtir. Bu nedenle kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatı birlikte istenemez. Bu durumda işçinin seçimlik hakkı söz konusu olduğundan, işçi bu iki tazminattan sadece birini talep edebilir⁴⁶¹. Bir başka görüşe ise, her iki tazminat birlikte istenebilir⁴⁶².

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda işverenin süreli fesih hakkını kötüye kullanması halinde kötüniyet tazminatı öngörülmemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun "Feshe Karşı Koruma" başlığını taşıyan 434. maddesinde işverenin fesih hakkını kötüye kullanması durumunda işçiye bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Fesih bildiriminin aynı zamanda usulsüz olması halinde ayrıca ihbar tazminatı talep edileceğine dair hüküm bulunmamakla birlikte, kanımızca bu durumda kötüniyet tazminatına ilave olarak ayrıca ihbar tazminatının da talep edilebilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü fesih bildiriminin usulsüz olması ile fesih hakkının kötüniyetli kullanılmasının yaptırımları farklıdır⁴⁶³.

Deniz İş Kanunu'nda işverenin süreli fesih hakkını kötüye kullanması durumunda gemiadamının kötüniyet tazminatı talep hakkı özel olarak düzenlenmiştir (m.16). Buna göre, gemiadamının sendikaya üye olması, şikâyetle başvurması gibi sebeplerle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde ve genel olarak iş sözleşmesini feshetme hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda, kanunda belirtilen bildirim sürelerinin üç katı tutarında tazminat ödenecektir. Fesih bildiriminin aynı zamanda usulsüz olması halinde ihbar tazminatının ayrıca ödeneceği belirtilmemişse de, Türk Borçlar Kanunu'nun 434. madde hükmü hakkında yukarıda söylenenler gemiadamının iş sözleşmesinin feshinde de geçerli olmalıdır. Belirtelim ki, Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. mad-

⁴⁶¹ ODAMAN, Serkan, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", LİHSGHHD, S.25, 2010, s. 36; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 158.

⁴⁶² YILDIZ, Gaye Burcu, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C.I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010, 837-876, s. 845.

⁴⁶³ SAYMEN, s. 609; OĞUZMAN, s. 283; EKONOMİ, Yargıtay Kararlarının Etkisi, s. 16; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 943.

desindeki hüküm nedeniyle, benzer durumlarda gemiadamına toplamda bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesine karar vermektedir⁴⁶⁴. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra aynı görüşünü gemiadamlarının iş sözleşmelerinin feshinde devam ettirmesi halinde usulsüz ve kötüniyetli fesih durumunda her iki kanuna tabi çalışanlar bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Basın İş Kanunu'nda işverenin süreli fesih hakkını kötüye kullanması durumunda herhangi bir hukuki yaptırım düzenlenmiş değildir. Yargıtay, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce Basın İş Kanunu'nda kötüniyet tazminatı düzenlenmediği için gazetecinin bu yöndeki talebinin reddine karar vermektedir⁴⁶⁵. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, iş sözleşmesi kötüniyetle feshedilen gazeteci, genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 434. maddesi hükmüne dayanarak kötüniyet tazminatı talebinde bulunabilecektir⁴⁶⁶. Ancak, Basın İş Kanunu'nda aksine hüküm bulunmadığı için iş güvencesi kapsamındaki gazetecinin, hem iş güvencesi hükümlerinden yararlanması hem de kötüniyet tazminatını talep edip edemeyeceği, önemli bir sorundur. Kanımızca Basın İş Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almadığından ve genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nda da bir açıklık bulunmadığından, gazetecinin bu durumda seçimlik hakka sahip olması gerekir. Başka bir anlatımla, iş güvencesi kapsamındaki gazetecinin iş sözleşmesinin kötüniyetli olarak feshedilmesi halinde, gazeteci fesih bildirimının geçersizliğine veya doğrudan kötüniyet tazminatına karar verilmesini isteyebilmelidir. Sözleşmede aksine hükme yer verilmemişse, iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılan işçiler bakımından da aynı sonuca varmak gerekir.

⁴⁶⁴ Y9HD, 26.09.2005, 29507-31383, KAR, Bektaş, İçtihatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Ankara 2011, s. 15, dn. 164.

⁴⁶⁵ “5953 sayılı Yasada ayrıca kötüniyet tazminatına yer verilmiş değildir. Bu bakımdan davacının tabi olduğu kanunun belirlenmesi sorunun çözümü açısından önemlidir”. Bkz. Y9HD, 23.09.1997, 9746-16258, GÖKTAŞ/ÇİL, s. 43.

⁴⁶⁶ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 202.

Yargıtay işçinin işverene karşı dava açması ya da icra takibinde bulunması⁴⁶⁷, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne şikâyetle bulunması⁴⁶⁸ gibi nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilmesini kötüniyetli olarak kabul etmiştir.

Kötüniyet tazminatı, bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarındır. Başka bir anlatımla, ihbar tazminatının üç katıdır. Tazminatın hesabında göz önünde bulundurulacak ücret, İş Kanunu'nun 17/son fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, tazminatın hesabında, İş Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur. Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan "A bendinde yazılı önellere ait ücretlerin üç katı" ifade 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almadığından, bildirim sürelerinin sözleşmelerle arttırılması durumunda kötüniyet tazminatı miktarı, arttırılan bildirim sürelerine göre belirlenir⁴⁶⁹.

Kötüniyet tazminatı niteliği itibariyle kanundan doğan götürü bir tazminattır⁴⁷⁰. Bu nedenle talep edilebilmesi için işçinin zarara uğraması gerekmez⁴⁷¹. Başka bir anlatımla, işçinin zarara uğradığını iddia ve ispat etmesine gerek yoktur. İspatlanması gereken husus, feshin kötüniyete dayanıp dayanmadığıdır. Hukukumuzda feshin kötüniyete dayanıp dayanmadığı konusunda özel bir ispat kuralı düzenlenmediği için, genel hüküm niteliğindeki Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesi gereğince ispat külfeti, feshin kötüniyete dayandığını iddia eden işçiye düşer⁴⁷².

Derhal fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre her hak gibi haklı nedenle fesih hakkının da objektif iyiniyet kurallarına uygun kullanılması gerekir⁴⁷³. Başka bir görüşe göre ise, işveren bakımından fesih için haklı

⁴⁶⁷ Y9HD, 12.10.2015, 2014/15333-2015/28179.

⁴⁶⁸ Y9HD, 13.05.2013, 2011/11965-2013/14285 ve Y9HD, 30.03.2016, 2014/36354-2016/7815.

⁴⁶⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 943.

⁴⁷⁰ OĞUZMAN, s. 282; SAYMEN, s. 609; ÇENBERCİ, s. 351; NARMANLIOĞLU, s. 399; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 941.

⁴⁷¹ OĞUZMAN, s. 282; SÜZEK, s. 529.

⁴⁷² SAYMEN, s. 609; SÜZEK, s. 531-532; NARMANLIOĞLU, s. 396; Aynı yönde Y9HD, 19.12.2005, 16326-39817 sayılı karar için bkz. ÇİL, s. 794.

⁴⁷³ ÇENBERCİ, s. 553.

bir neden varsa fesih hakkının kötüye kullanıldığından söz edilemez⁴⁷⁴. Bize göre de, işveren için haklı bir nedenin varlığı ya işçinin kusurundan ya da İş Kanun'un 25. maddesinin I, III ve IV. bentlerinde belirtilen şartların gerçekleşmesine dayandığından, dürüstlük kuralları gereğince sözleşmeyi devam ettirmesi beklenemez. Haklı nedenin varlığı karşısında, fesih hakkının dürüstlük kurallarına uygun kullanılmadığı ileri sürülemez⁴⁷⁵. Yargıtay, soruşturma devam ederken, emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçinin fesih hakkını kötüye kullandığına karar vermiştir⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ ESENER, s. 232; SÜZEK, Kötüye Kullanma, s. 22-23. Aynı yönde, “Somut uyuşmazlıkta, davacının darp edilmesinin sebebi, hırsızlık şüphesine dayanmaktadır. Kötüniyet tazminatının dayanağı, feshin kötü niyetli yapılmasıdır. Fesih, hırsızlık şüphesine dayalı olup, fesihle darp olayı birbirinden bağımsız değerlendirilmelidir. Fesih nedeni hırsızlık şüphesine dayandığından, işverenin kötü niyetinden söz edilemez. Bu nedenle kötüniyet tazminatının reddi yerine kabulü hatalıdır”. (Y9HD, 18.02.2016, 2014/29525-2016/3304).

⁴⁷⁵ SÜZEK, Kötüye Kullanma, s. 24.

⁴⁷⁶ “Somut olayda, davacının asfalt usta yardımcısı olarak çalıştığı sırada davalı işverene ait tankerde bulunan asfalt malzemesinin özel şahıslarla anlaşarak özel bir tankere aktarılması iddiasıyla hakkında disiplin soruşturması açılmış ve disiplin kurulu kararıyla 1475 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde öngörülen süresi içinde iş sözleşmesi işverence aynı yasanın 17/II (d) maddesine dayanılarak feshedilmiştir. Bu arada davacı ve olaya karışan diğer şahıslar hakkında hizmet sebebiyle emniyeti suistimal suçundan kamu davası açılmış olup davanın sonucu hakkında dosya içinde bilgi bulunmamaktadır.

Davacı işçi olayın ardından hakkında açılan disiplin soruşturması sırasında 13.9.2002 tarihinde yaşlılık aylığı tahsisi için Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurmuş ve kendisine emekli aylığı bağlanmıştır. Somut olayda tartışılması gereken konu, işverenin haklı feshine konu olabilecek bir olayın ortaya çıkmasının ardından işçinin emeklilik için başvurusunun işverenin haklı fesih imkanını ortadan aldırıp kaldırmayacağı hususudur.

Fesih tarihinde işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesine davalı işveren olayı disiplin kuruluna aktarmış ve disiplin kurulu 23.9.2002 tarihinde ihraç cezası vermiştir. Karar 23.9.2002 tarihinde davacıya tebliğ edilmiş, davacı işçi yüksek inceleme kuruluna başvurarak yeniden inceleme talep etmiş, ancak yüksek inceleme kurulu, 14.10.2002 tarihinde talebi reddederek ihraç kararını onaylamıştır.

Davacı işçi işyerinde meydana gelen sözü edilen olay sebebiyle 13.9.2002 tarihinde emeklilik dilekçesini vermiştir. Burada asıl amaç, işverenin disiplin soruşturması ve sonra haklı feshini etkisiz kılmaktır. Emeklilik hakkını kazanan işçinin bu hakkını kullanmasında da Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kurallarına uygun davranması gerekir. Somut olayda yasal emeklilik hakkı kötüniyetli olarak işletilmiştir. Aksinin kabulü halinde işyerinde emeklilik hakkını kazanan bir işçinin işverene ve işyerine yönelebilecek her türlü eylemi yaptırımsız kalabilecektir. Gerçekten, işverenin haklı fesih nedenleri ortaya çıktığında işçi derhal bir emeklilik dilekçesi vererek, işverenin haklı fesih imkanını bertaraf edebilir ki, bunun, yasalar karşısında korunmaması gerektiği açıktır.

Davacı işçi de emeklilik sebebiyle feshe dair dilekçe vermesinin ardından tebliğ aldığı disiplin kurulu kararına itiraz etmiş ve yüksek disiplin kurulu tarafından yeniden incelenmesini istemiştir. Davacı dahi emeklilik suretiyle gerçekleşen bir fesih olmadığı inancında olmalı ki, daha sonra tebliğ aldığı ihraç kararına karşı itirazda bulunmuştur.

Bu durumda davacının emeklilik sebebiyle feshine değer verilmemeli, işverenin haklı fesih açısından gerekli araştırma ve inceleme yapılmalıdır. Davacı hakkında açılan ceza davasının

Bir hakkın kötüye kullanılabilmesi için öncelikle o hakkın mevcut olması gerekir. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, fesih hakkının kötüye kullanıldığından söz edebilmek için fesih hakkının doğmuş olması gerekir. Bu açıdan bakıldığında haklı neden mevcut değilse veya haklı nedenin varlığı ispat edilemiyorsa ya da hak düşürücü süre geçmişse, fesih hakkının kötüye kullanıldığından da söz edilemeyecektir⁴⁷⁷. Bu nedenle haksız fesih ile fesih hakkının kötüye kullanılması bir arada olamaz⁴⁷⁸.

IV) Sendikal Nedenle Fesih

İşçilerin sendika kurma ve sendikaya üye olma veya olmama hakları, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, ILO'nun Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı Sözleşmesi, ILO'nun Teşkilatlanma ve Kolektif Pazarlık Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına İlişkin 98 sayılı Sözleşmesi gibi, pek çok uluslararası sözleşmelerde ve Anayasamızda yer almaktadır.

Anayasamızın 51. maddesinin 1. fıkrasına 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”.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasına göre işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Maddenin 3. fıkrasına göre de, işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında ve veya işverenin

sonucu araştırılmalı, sözü edilen dosya ve temyize konu davada yapılan yargılama sonucuna göre işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında bir karar verilmelidir”, (Y9HD, 18.05.2010, 2008/29473-2010/13852). Aynı yönde karar için bkz. Y22HD, 23.12.2019, 2016/25495-2019/24058. Aksi yönde karar için bkz. Y9HD, 24.12.2015, 2014/25512-2015/36753.

⁴⁷⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 865.

⁴⁷⁸ SOYER, Borçlar Kanunu’nun Etkisi, s. 38. Yargıtay ise bir kararında, “...Oysa kötüniet tazminatı talep edebilmek için haksız feshin ayrıca kötünietle yapılması gerekmektedir...” görüşü ile haksız fesih halinde de fesih hakkının kötüye kullanılabileceğini kabul etmiştir. Karar için bkz. Y9HD, 21.01.2019, 2015/28668-2019/1703.

rızası ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz.

İşçinin genel olarak feshe karşı korunmasında amaç, çalışma hakkının güvence altına alınmasıdır⁴⁷⁹. İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunmasında ise, hem çalışma hakkı hem de sendikal özgürlüğü güvence altına alınmaktadır. Bu açıdan sendika özgürlüğü ile işçinin feshe karşı korunması birbirleriyle doğrudan bağlantılıdır⁴⁸⁰.

Sosyal hakların bazıları, çalışma hakkı, sendika özgürlüğü, grev hakkı gibi çalışanlara özgü haklardır. Bu hakların bir kısmı devlete değil, kişilere bir takım borçlar yükler. Sosyal devlet ilkesinin gereği olarak, işverenin bir kimseyi işe alırken, çalışma şartlarını belirlerken veya işten çıkarırken sendika üyesi olması veya olmaması arasında bir ayırım yapmaması ya da sendikal faaliyetlere katılması nedeniyle işine son vermemesi gerekir⁴⁸¹. İşçiler, uluslararası sözleşme ve Anayasa ile güvence altına alınmış olan sendikal hak ve özgürlüklerini kullanmaları nedeniyle yapılan feshe karşı etkin bir korumaya sahip olmalıdır. İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması, işçinin sendikaya üye olması veya olmaması, sendikal faaliyetlerde bulunması nedeniyle işten çıkarılamamasını kapsar⁴⁸².

Bu nedenle işçinin sendikaya üye olması veya üye olmaması yahut sendikal faaliyetlere katılması, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için haklı veya geçerli neden teşkil etmez⁴⁸³. İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde "Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal

⁴⁷⁹ CENTEL, s. 14.

⁴⁸⁰ İş Sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshi hakkında hakkında geniş bilgi için bkz. SÜMER, Halûk Hadî, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997, 61 vd; Aynı Yazar, "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ekim 2011, İstanbul; ASTARLI, Muhittin, "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikalar Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, S.1-2, 2013, s. 164; BASKAN, Ş. Esra, 6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013; BAŞBUĞ, Aydın, Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012, s. 73 vd; ŞAHLANAN, Fevzi, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 180 vd; ESENER, Turhan/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Sendika Hukuku, İstanbul 2014, s. 175 vd.; ÖZVERİ, Murat, Sendikal Haklar ve 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, İstanbul 2012.

⁴⁸¹ SÜMER, Sendikal Nedenle Fesih, s. 65-66.

⁴⁸² SÜMER, Sendikal Nedenle Fesih, s. 94; Aynı yazar, Sendikal Neden, s. 1625, BASKAN, s. 63.

⁴⁸³ SÜMER, Sendikal Nedenle Fesih, s. 113; BASKAN, s. 87.

faaliyetlere katılmak”, (b) bendinde ise, “İşyeri sendika temsilciliği yapmak” özellikle fesih için geçerli sebep olamayacakları belirtilmiştir. İşçilerin belirtilen sendikal hak ve özgürlüklerini kullanmaları nedeniyle işveren tarafından sözleşmelerinin feshedilmesi, “sendikal nedenle fesih”⁴⁸⁴ ya da “sendikal fesih”⁴⁸⁵ olarak adlandırılmaktadır.

Sendikaya üye olan veya sendikal faaliyetlerde bulunan işçinin işveren açısından derhal fesih hakkını doğuracak ağırlıkta bir davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, sendikal nedenle fesihten söz edilemez. İşveren, sendikal bir ayırım yapmadığı sürece, ekonomik, yapısal veya teknolojik sebeplerle toplu işçi çıkarabilir. Gerçekten haklı veya meşru sebeplere dayalı olarak yapılan feshin kötüniyetli olduğu kabul edilemez⁴⁸⁶.

Sendikal nedene dayalı fesih, meşru bir amaca dayanmadığı için aynı zamanda kötüniyetli bir fesihtir. Başka bir anlatımla, sendikal nedenle yapılan fesih, kötüniyetli feshin özel bir halidir⁴⁸⁷. Kanımızca kötüniyetli fesihte olduğu gibi, haksız fesih ile sendikal feshin de bir arada olması mümkün değildir. Çünkü doğmuş bir hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Oysa haksız fesihte derhal fesih hakkı doğmamıştır. Şu halde fesih hakkının kötüye kullanılması ya da sendikal fesih ancak süreli fesih hakkının kullanılması suretiyle gerçekleşebilir. Başka bir anlatımla, süreli fesih hakkının sendikal nedenlerle kötüye kullanılması söz konusu olabilir⁴⁸⁸.

V) Değişiklik Feshi

Her sürekli borç ilişkisinde olduğu gibi, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinde de sözleşmenin bir tarafı sözleşmenin koşullarında değişiklik yapma ihtiyacı duyabilir. Özellikle, değişen şartlar nedeniyle taraflardan biri için sözleşmenin ifasının güçlük arz ettiği durumlarda, sözleşmeye bağlılık ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasını istemek dürüstlük kuralına uygun düşmeyebilir. Sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartların

⁴⁸⁴ SÜZEK, s. 625 vd.; SÜMER, s. 223; Aynı Yazar, Sendikal Neden, s. 1626 vd; BASKAN, s. 63.

⁴⁸⁵ BULUT, Ali, Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler, Ankara 2016, s. 230 vd.

⁴⁸⁶ SÜMER, Sendikal Nedenle Fesih, s. 114.

⁴⁸⁷ KAPLAN, s. 102; SÜZEK, Kötüye Kullanma, s. 132 vd., SÜZEK, s. 648; SÜMER, Sendikal Neden, s. 1655; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 235.

⁴⁸⁸ SÜMER, Sendikal Nedenle Fesih, s 113.

değişmesi durumunda öncelikle sözleşmenin değiştirilerek ayakta tutulması, bu mümkün değilse feshi mümkün olabilmelidir ⁴⁸⁹.

Sözleşmenin yapılması sırasında edimler arasındaki denge ve düzen ilişkisinin devam ettirilmesi sözleşme hukukundaki denklik ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri gereğidir. Diğer taraftan, sözleşme özgürlüğü, bir tarafın istemediği bir sözleşmeye zorlanmamasını gerektirir. Şayet, bir sözleşme tarafı, tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirme hakkına sahip olursa, diğer taraf iradesine uymayan bir sözleşmeye uymaya zorlanmış olacaktır. Bu nedenlerle, tek taraflı sözleşme değişikliği mümkün olmamalıdır ⁴⁹⁰.

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu döneminde işverenin iş sözleşmesinde tek taraflı olarak esaslı tarzda değişiklik yapması mümkündü. İşverenin bu yetkisi Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralı sınırlandırılmıştı. Çalışma koşullarının değiştirilmesini istemeyen işçi, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinin II. bendinin (e) alt bendi uyarınca iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalıyordu ⁴⁹¹. Ancak işçinin iş sözleşmesinde değişikliğe baştan itibaren izin verdiğine ilişkin sözleşme kayıtlarının bulunması halinde fesih hakkı da söz konusu olamıyordu. Tek taraflı

⁴⁸⁹ Değişiklik feshi hakkında geniş bilgi için bkz. ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005; ŞEN, Murat, İş Hukukunda Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2005; BAŞBUĞ, Aydın, İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007; UŞAN, M. Fatih, "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007; TULUKÇU, Binnur, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, Aynı yazar, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, 383 vd.

⁴⁹⁰ Bkz. ALP, s. 24-25 ve dipnotlarında belirtilen yazarlar.

⁴⁹¹ ŞAHLANAN, Fevzi, "Çalışma Şartlarında İşverence Yapılan Esaslı Değişiklik", Karar İncelemesi, İş Hukuku İlgili Yargıtay Kararları (Aralık 2004-Ocak 2011), Mart 2011, İstanbul, s. 281; UŞAN, Değişiklik Feshi, s. 211-212; BAŞBUĞ, Değişen Şartlar, s. 52, Yazara göre, iş sözleşmesini tek taraflı değiştirme yetkisinin bulunduğu durumda, sözleşmenin uyarlanmasına ihtiyaç duyulmayabilir. Buna karşılık, tek taraflı değişiklik yetkisinin kaldırılması halinde, iş sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanabilmesi mümkün olmalıdır. İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarlamaya engel olmadığı gibi, iş sözleşmesinin kurulmasından sonra değişen hal ve şartların ortaya çıkardığı ihtiyacın giderilmesi için sadece 22. madde hükmü ile çözüm üretilmesi çalışma hayatının gerçekleri ile de bağdaşmayacaktır. Aynı yer, s. 52 vd. ALP'a göre ise, sözleşmenin uyarlanmasını istemek için işlem temelinin çökmesi gerektir. Ancak bu ağır koşullara tabidir. Diğer taraftan, uyarlama netice itibarıyla sözleşmenin tek taraflı değişikliği mahiyetindedir. Hukuk düzeninin tercihi asıl olarak tek taraflı sözleşme değişikliğinin reddine yöneliktir. Bu nedenle olduğunu, bu nedenle, sözleşme değişikliğini mümkün kılan tedeğişikliklerinin reddine yöneliktir. Bu nedenle sözleşme değişikliğini mümkün kılacak tek yol, tarafların anlaşmasıdır. Bkz. ALP, s. 23-24.

yapılan değişikliğe işçinin uzun süre itiraz etmemesi onay verdiği yönünde yorumlanıyordu⁴⁹².

4857 sayılı Kanun'da işverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik yapabilmesi, belirli koşullara bağlanmıştır. Buna göre, “işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz” (m.22/1). Değişiklik işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmediği takdirde bağlayıcı olmaz. Başka bir anlatımla, susma ya da sözlü kabul, değişiklik önerisinin kabul edildiği anlamına gelmez⁴⁹³.

Böylece 4857 sayılı İş Kanunu, işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yetkisini işçinin onayına tabi tutmuştur. İş Kanunu'nun 22. maddesi işverenin yönetim hakkı kapsamındaki esaslı olmayan değişiklikleri kapsamamaktadır. Çünkü esaslı olmayan değişiklikler için işçinin onayına gerek bulunmamaktadır⁴⁹⁴. Esaslı olmakla birlikte işçi lehine olan değişiklikler için de işçinin onayına gerek yoktur⁴⁹⁵. İşçinin maddi veya menevi kaybına yol açacak nitelikteki değişiklik, işçi aleyhine esaslı nitelikte değişiklik olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁶.

⁴⁹² “İşyerinde işçilere birkaç ay sıcak yemek verildiği dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Davalı işveren de bunu kabul etmiş, ancak şoför olarak çalışan işçilerin yemek saatlerini ayarlayamadıkları için daha sonra kahvaltı verilmesi uygulamasına geçilmesine karşı çıkarak haklı nedenle fesih yoluna gitmemiş ve 5 aydan fazla bir süre çalışmaya devam etmiştir. Buna göre işyerinde kahvaltı verilmesi uygulaması davacı işçi tarafından kabul edilmiştir. Böyle olunca sıcak yemek ücreti ile kahvaltılık bedelleri arasındaki farkın kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur” Y9HD, 18.05.2004, 3586-12160, Aynı yönde başka bir karar için bkz. 25.04.2005, 2004/22671-2005/14451, Kamu-İş 2005-2007 Yargıtay Kararları, s. 762-764.

⁴⁹³ ALP, s. 62.

⁴⁹⁴ NARMANLIOĞLU, s. 472-473; ALP, s. 61.

⁴⁹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 290; SÜZEK, s. 648-649, Yazara göre, değişikliğin işçi lehine olup olmadığının tespitinde bazen güçlük çekilebilir. Daha üst düzeyde veya daha fazla ücret ödenen bir iş işçiye daha fazla sorumluluk ya da risk yüklüyorsa, işçi aleyhine değişiklik oluşturabilir. Aynı görüşte SÜMER, Uygulamalar, s. 151; UŞAN, Değişiklik Feshi, s. 224; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 395-396.

⁴⁹⁶ NARMANLIOĞLU, s. 475, dn. 435; ŞAHLANAN, Çalışma Şartları, s. 283.

Çalışma koşulları, genel olarak iş ilişkisinin kurulmasıyla meydana gelen ve iş ilişkisinin devamının gerekli kıldığı hak ve borçların tümüdür⁴⁹⁷. Çalışma koşulları Anayasa, uluslararası sözleşmeler, kanun, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki yönetmelik ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğabilir. Ancak İş Kanunu'nun 22. maddesinin kapsamına tüm çalışma koşulları değil, sözleşme veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki yönetmelik ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulaması ile oluşan çalışma koşulları girer. Diğer kaynakların oluşturduğu çalışma koşulları tarafların anlaşmaları ile dahi olsa işçi aleyhine esaslı tarzda değiştirilemezler⁴⁹⁸.

İş Kanunu'nun 22. maddesinde toplu iş sözleşmesi ile oluşan çalışma koşullarının değiştirilmesinden söz edilmemiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 36. maddesine göre, toplu iş sözleşmesine aykırı iş sözleşmesi hükümleri geçersiz olduğundan, toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarının işçi ve işverenin anlaşmasıyla işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesi ile oluşan çalışma koşullarında işçi aleyhine değişiklikte İş Kanunu'nun 22. maddesi uygulanmaz⁴⁹⁹. Toplu iş sözleşmesi ile oluşan çalışma koşulları işçi aleyhine esaslı tarzda ancak toplu iş sözleşmesinin taraflarınca değiştirilebilir. Ancak bu değişiklik ileri yönelik geçerli olur⁵⁰⁰. İşverenin toplu iş sözleşmesi ile oluşan çalışma koşullarında değişiklik önerisinde bulunması ve işçinin bunu kabul etmemesi nedeniyle yapacağı fesih geçerli ve haklı nedene dayanmaz.

Personel yönetmeliği veya iç yönetmelik iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Ancak, işveren tarafından hazırlanan personel yönetmeliğinin veya iç yönetmeliğin sözleşmenin eki niteliğini kazanması, iş sözleşmesinde bunun açıkça belirtilmesini ve

⁴⁹⁷ TAŞKENT, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s. 12; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 385.

⁴⁹⁸ ENGİN, Murat, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yeni İş Kanunu Tasarısı", İÜHFM, C.LXI, S.1-2, 2003, s. 314; EKONOMİ, Münir, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", Kemal Oğuzman'a Armağan, s. 157.

⁴⁹⁹ SÜZEK, s. 648.

⁵⁰⁰ "Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre toplu iş sözleşmesini düzenleyen tarafların bir araya gelerek toplu iş sözleşmesi hükümlerini, doğmuş bulunan hakları ortadan kaldırmamak kaydıyla ileriye dönük olarak değiştirmeleri mümkündür. Somut olayda işyerindeki uygulama yasaya uygun olup, mahkemece toplu iş sözleşmesinin uygulanmadığı iddiasına dayanan fark isteklerin reddi yerinde olmuştur". Y9HD, 14.10.2008, 25590-26967.

bunun işçiye bildirilmesini gerektirir. Daha sonra yapılacak değişiklikler, işçi aleyhine ve esaslı nitelikte ise, İş Kanunu'nun 22. maddesine uygun yapılması gerekir. Aksi halde yapılan değişiklik işçiyi bağlamaz⁵⁰¹.

Sözleşmede veya kanunda bir zorunluluk bulunmadığı halde işverenin, bir menfaati tek taraflı olarak devamlı şekilde ve aynı koşullarla sağlaması halinde, işçilerin de zımni kabulleriyle iş koşulu (çalışma koşulu) haline gelen bir işyeri uygulaması oluşur. İşyeri uygulaması da iş sözleşmesinin içeriği haline geldiğinden bağlayıcıdır⁵⁰². İşyeri uygulamasından doğan çalışma şartlarının esaslı tarzda değiştirilmesi de İş Kanunu'nun 22. maddesinin öngördüğü yönetime tabidir⁵⁰³.

İş Kanunu'na göre tek taraflı esaslı değişiklikler işçi bakımından bağlayıcı değildir⁵⁰⁴. İşçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik önerisini kabul zorunluluğu bulunmadığı gibi, öneriyi kabul etmemesi fesih olarak da değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, burada fesih riski işverene yüklenmiştir⁵⁰⁵. İşçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapacak öneriyi kabul etmemesi durumunda işverenin süreli fesih hakkını

⁵⁰¹ UŞAN, Değişiklik Feshi, s. 223; İç yönetmelikler ve genel işlem koşulları hakkında daha geniş bilgi için bkz. SÜZEK, s. 58 vd; Aynı yönde, “Somut olayda işyerinde uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin 15. maddesinde iş sözleşmesinin yaşlılık aylığı bağlanması nedeniyle sona ermesi halinde ihbar tazminatı ödeneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Davalı işveren bu düzenlemeyi 01.01.2011 tarihinden geçerli olmak üzere kaldırmıştır. Bunu da çalışanlara e-posta yoluyla bildirmiştir. Davalı işverence yapılan bu değişiklik çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik niteliğindedir. Ancak bunun geçerli olabilmesi için İK 22. maddesi uyarınca işçinin yazılı muvafakati gerekmektedir....Davalı işverence yapılan bu değişiklik işçiyi bağlamaz” (Y9HD, 12.05.2015, 2014/10456-2015/17403).

⁵⁰² SÜZEK, s. 74.

⁵⁰³ “Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin ücretin eki niteliğinde olan yol yardımını tek taraflı bir işlemle ve davacıya bildirim yapmadan kaldırdığı anlaşılmaktadır. Yol yardımının kaldırılması 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişiklik olup, değişiklik işçiye yazılı olarak bildirilmek ve işçinin kabulü suretiyle yapılabilir. Bu şekilde yapılmayan ve işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. Davacı uygulamadan kaldırılan yol yardımı ücretini talep edebilir. 4857 sayılı Kanunun 22. maddesi hükmü karşısında davacının uzun süre sessiz kalması zımnen kabul ettiği anlamına gelmez”. Y22HD, 04.03.2014, 3413-4730. Aynı yönde, “Somut olayda, işyerinde çalışanlara verilmekte olan ikramiyenin 2004 yılı başından itibaren kaldırıldığı ve bu hususun işverence duyurulduğu, bir kısım işçiler işverenin ikramiyelerin kaldırılması yolundaki değişikliği imzalı beyanları ile kabul etmiş ise de davacının iş şartındaki aleyhe olan bu değişikliği kabul ettiğine ilişkin beyanı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum göz önüne alındığında işverence ikramiyenin tek taraflı olarak kaldırılmasının işçi yönünden bağlayıcı nitelikte olmadığı ve 4857 Sayılı Kanunun 22. Maddesi uyarınca işyeri koşulu haline gelmediği sonucuna ulaşılmalıdır”. (Y9HD, 08.12.2011, 2009/28912-2011/47659).

⁵⁰⁴ ALP, s. 62-63.

⁵⁰⁵ ALP, s. 64.

kullanabileceği düzenlenmiştir⁵⁰⁶. Buna göre, “işçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir” (m.22/1). Böylece değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda sözleşmeyi süreli fesih yoluyla sona erdirmeye riski işverene yüklenmiştir. Öğretide bir görüşe göre, işveren tarafından İş Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca yapılan fesih, “değişiklik feshi”dir⁵⁰⁷. Diğer bir görüşe göre ise, şarta bağlı bir fesih söz konusu olmadığı için, İş Kanunu’nun 22. maddesi çerçevesinde yapılan fesih, değişiklik feshi değildir⁵⁰⁸.

Değişiklik feshi, işverenin fesih iradesini işçinin önerilen sözleşme değişikliğini kabul etmemesi koşuluna bağlaması halinde söz konusu olur. Bu fesih türü, fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını oluşturur⁵⁰⁹. İşçiye yapılan bildirimde değişikliğin kabul edilmemesi halinde sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı belirtildiğinden işverenin ayrıca bir fesih bildiriminde bulunmasına ihtiyaç yoktur. Değişiklik teklifini kabul etme ya da sözleşmenin feshedilmiş sayılması işçinin iradesine bırakılmaktadır⁵¹⁰. Bu açıdan bakıldığında İş Kanunu’nun 22.maddesinin değişiklik feshini düzenlediği söylenemez. Gerçekten, İş Kanunu’nun sözü edilen maddesinde işverence yapılan değişiklik teklifinin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağına yer verilmemiştir. Aksine, yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklik teklifinin işçiye bağlamayacağı ve sözleşmenin mevcut şartlarıyla

⁵⁰⁶ Alman hukukunda da değişiklik feshi kural olarak süreli fesih olarak kabul edilmektedir. Ancak işçinin süreli fesih hakkını kullanması kanunen (özellikle §15 KSchG’ye göre), bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılmış veya tamamen ortadan kaldırılmışsa, değişiklik feshi sadece olağanüstü fesih yoluyla haklı nedenin varlığı gerekçesiyle §626 BGB’ye göre yapılabilir. Burada haklı nedenin var olup olmadığının tespiti zordur. Ancak bu noktada da işverenin iş ilişkisindeki değişikliğin amacı önem taşımaktadır. Bkz. LÖWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, s. 178.

⁵⁰⁷ SÜZEK, s. 660 vd; NARMANLIOĞLU, s. 482; SÜMER, Uygulamalar, s. 147; UŞAN, Değişiklik Feshi, s. 214 vd.; ASTARLI, Değerlendirme 2015, s. 334.

⁵⁰⁸ İş Kanunu’nun 22.maddesinin 1.fikrasında düzenlenen feshi, “gerçek olmayan değişiklik feshi” olarak nitelendiren görüş için bkz. ALP, s. 64.

⁵⁰⁹ ENGİN, Değerlendirme 2014, s. 148

⁵¹⁰ ENGİN, Değerlendirme 2014,

devam edeceği öngörülmüştür. İşverenin sözleşmeyi feshetmesi için ayrı bir işlemle fesih bildiriminde bulunması gerekir.

İş güvencesi kapsamındaki işçiler işverenin değişiklik feshine karşı ihbar tazminatı ve şartları varsa kıdem tazminatı veya sendikal tazminat talebinde bulunabilecekleri gibi tazminat yerine iş güvencesi hükümlerine göre işe iade davası da açabilirler. İşverence yapılan değişiklik feshinde geçerli bir nedenin bulunmaması halinde geçersiz feshin sonuçları söz konusu olacaktır.

İş güvencesi, sadece iş sözleşmesinin devamını değil, aynı zamanda sözleşmenin başlangıçtaki içeriğinin muhafaza edilmesini de amaçlar. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bu güvence fesih bildiriminin geçerli nedene dayandırılması ve denetimi ile sağlanmaktadır. Buna karşılık, belirli süreli iş sözleşmesinde sözü edilen güvence, işverene süreli fesih hakkını vermemekle gerçekleşmektedir. Şu halde, Haksız feshe ilişkin hükümler hem belirli süreli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerine uygulanmakta iken, değişiklik fesih hükümleri sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma, dolayısıyla bu nedenle sözleşmeyi feshetme hakkı söz konusu değildir⁵¹¹.

İşçinin değişiklik önerisini kabul etmemesi işveren açısından derhal fesih sebebi değildir. İşverenin, işçi aleyhine çalışma koşullarında tek taraflı yaptığı değişikliğe işçinin uymadığını veya yazılı kabul etmediğini ileri sürerek iş sözleşmesini feshetmesi haksız feshin sonuçlarına tabi olur. 4857 sayılı Kanunu'nun 24. maddesinin II.bendinin (e) alt bendine göre, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik meydana getiren işverenin tek taraflı uygulamaları, işçi açısından derhal fesih nedenidir⁵¹². Ancak işçi, uygulamaya geçirilmeyen, aleyhine çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik oluşturacak öneriyi derhal fesih sebebi yapamaz.

⁵¹¹ Değişiklik Feshi, s. 216; ALP, s. 65. Bu husus maddenin gerekçesinde belirtilmektedir. Bkz. <http://www.turkis.org.tr/dosya/R9u5NtHtxPP3.pdf>

⁵¹² UŞAN, Değişiklik Feshi, s. 260; AKIN, Esaslı Değişiklik, s. 49; Aynı yönde, “davacının ... Otelde idari müdür olarak çalışırken ... Kolejinde memur olarak çalışması istenerek hem çalışma yerinin hem de görev unvanının değiştirilerek çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapıldığı ve bu değişiklik karşısında davacının iş akdini haklı nedenle feshederek iş yerinden ayrıldığı anlaşıldığından kıdem tazminatının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y22HD, 10.12.2018, 2016/8518-2018/26556). Aynı yönde, Y7HD, 13.04.2015, 9088-6944.

İş sözleşmesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma hakkının saklı tutulup tutulmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre İş Kanunu Tasarısında bu hakkı tanıyan düzenleme TBMM'deki görüşmeler sırasında metinden çıkarıldığından, değişiklik yapma hakkı saklı tutulamaz⁵¹³. Başka bir görüşe göre, dürüstlük kuralına uygun kullanılmak kaydıyla, tek taraflı değişiklik yapma hakkı saklı tutulabilir. Ancak, saklı kayıtlar genel işlem koşulları denetimine tabi tutulmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca bu kayıtların varlığı hakkında işçiye açıkça bilgi verilmesi, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve işçinin de bu şartları kabul etmesi gerekir. Aksi halde genel işlem koşulu niteliğindeki saklı kayıt yazılmamış sayılır⁵¹⁴. Bizim de katıldığımız son bir görüşe göre ise, genel işlem niteliğinde olmayan sözleşmelerde değişiklik hakkı saklı tutulabilir. Ancak bu hakkın dürüstlük kurallarına uygun kullanılması gerekir. Genel işlem niteliğindeki tip sözleşmeler ve işyeri iç yönetmeliklerinde ise, bu tür bir kaydın konulması mümkün değildir. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme yetkisini veren kayıtlar yazılmamış sayılır⁵¹⁵. Yargıtay da çalışma şartlarında değişiklik yapma hakkının sözleşmeyle saklı tutulabileceğine, ancak bu hakkın dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılmasına karar vermiştir⁵¹⁶.

⁵¹³ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 119-120; NARMANLIOĞLU, Ünal, "İşverenin Çalışma Kosullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hukumleri Bağlayıcı mıdır?", Sicil, S.3, Eylül 2006, s.15, Aynı yazar, Ferdi İş İlişkileri, s. 479 vd.

⁵¹⁴ MANAV, A.EDA, "İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", Karar İncelemesi, Sicil, S.25, Mart 2012, s. 148; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 391-392; SÜMER, Uygulamalar, s. 155; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 234-235; UŞAN, Değişiklik Feshi, s. 244; AKIN, Esaslı Değişiklik, s. 50.

⁵¹⁵ SÜZEK, s. 653-654; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 415-416. Yazar, iş sözleşmesinde işverene değişiklik yapma hakkını veren kayıtların içerik ve kullanım denetiminden geçmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁵¹⁶ "İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir" (Y9HD, 18.01.2012, 2009/37886-2012/812). Aynı yönde, Y9HD, 07.07.2008, 2007/24548-2008/19209.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasında tarafların her zaman anlaşarak çalışma şartlarını değiştirebilecekleri belirtilmiştir. Ancak geçmişe etkili olacak şekilde anlaşma yapılamaz. Değişiklik sözleşmesinin şekli konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 13. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre "Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur". Şu halde, bir sözleşmenin kurulması için yazılı şekil şartı öngörülmemişse, değişiklik sözleşmesinin yazılı olmasına gerek yoktur. Bir görüşe göre değişiklik anlaşmasının yazılı şekle tabi tutulmaması halinde maddenin 1. fıkrasının öngördüğü prosedürün bir anlamı kalmayacaktır. Bu konuda yapılacak yorumlar, 1. fıkrayı teyid etmeli ve desteklemelidir⁵¹⁷. Diğer bir görüşe göre ise, değişiklik anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle kural olarak şekil serbestisi söz konusudur⁵¹⁸.

Kanımızca, maddenin 2. fıkrası çalışma koşullarında yapılacak değişikliklerle ilgili temel kuralı öngörmektedir. Kural olarak, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde çalışma koşulları tarafların anlaşmasıyla her zaman değiştirilebilir. Başka bir anlatımla, sözleşme özgürlüğü zaten taraflara anlaşarak sözleşmeyi değiştirme yetkisini vermektedir. Sözleşme özgürlüğü şekil serbertisini de içerir. Kanunda aksi düzenlenmedikçe taraflar herhangi bir şekle bağlı olmadan sözleşme yapabilirler. Değişiklik anlaşmasının varlığı konusunda sonradan çıkacak bir uyuşmazlıkta ispat yükü, anlaşmanın varlığını iddia eden tarafa olacaktır. İşçi aleyhine bir değişiklik anlaşmasının varlığını çoğunlukla işverenin ileri süreceği söylenebilir. Anlaşmanın yazılı yapılmaması halinde işveren, ispat güçlüğü çekecektir. Bu nedenle 22. maddenin 2. fıkrasında yazılı şekil şartı öngörülmemişse de, uygulamada işverenlerin ispat kolaylığı için anlaşmanın yazılı yapılmasını tercih etme ihtimali yüksektir. Asıl sorun, işçinin değişikliği kabul etmemesinden dolayı anlaşmanın yapılamaması halinde ortaya çıkar. Maddenin 1. fıkrası, işçinin aleyhindeki değişikliği kabul etmemesi ve bu nedenle sözleşmenin feshedilebileceğini

⁵¹⁷ ALP, s. 72; AKIN, Levent, "İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı", Karar İncelemesi, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, C. 27, S. 2, Mart 2013, s. 47; ENGİN, Murat, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016, s. 147.

⁵¹⁸ TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 410.

göz önünde bulundurarak, özel bir usul öngörmüştür. Yani muhtemel bir sorunun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla özel bir düzenleme yapmıştır. İşçi iş güvencesi kapsamında ise fıkra da belirtilen yöntemle uyulmaması geçersizlik yaptırımını gündeme getirecektir. Şu halde, maddenin 1. fıkrası değişiklik feshi için gerekli şartları düzenlemektedir. İşveren değişikliği kabul etmeyen işçiyi işten çıkarmayı düşünmüyorsa 1. fıkraya uygun işlem yapılmasına gerek yoktur. Bu nedenle değişiklik anlaşmasının yazılı yapılmasının ispat şartı olduğuna ilişkin görüşe biz de katılıyoruz⁵¹⁹. Yargıtay da çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin yazılı yapılmasının gerekmediğine karar vermiştir⁵²⁰.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasına uygun bir işlem yapılmadan çalışma koşullarında yapılan esaslı değişiklik işçiyi bağlamaz. Bununla birlikte işçinin, değişiklik doğrultusunda olumlu davranışlarda bulunduktan bir süre sonra şekil eksikliğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı olur⁵²¹. Yargıtay ise, işçinin yazılı olarak bir kabulü olmadığı halde, değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesini, anlaşmanın varlığını gösterdiği yönünde karar vermektedir⁵²². Örneğin, işyeri değiştirilen ve uzun bir süre yeni işyerinde çalışan işçi, değişikliği kabul etmiş sayılabilir.

Bir görüşe göre, 22. madde istisnaya yer vermediğinden, güvence kapsamında olsun ya da olmasın İş Kanunu'na tabi tüm işçiler için geçerlidir. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş güvencesi hükümleri uyarınca dava açabileceklerine işaret edilmiş olması, düzenlemenin sadece onları kapsadığı anlamına gelmez. İş güvencesi

⁵¹⁹ Söz konusu madde düzenlenirken, önce genel kuralın belirtilmesi, sonra muhtemel soruna yönelik özel hükmün öngörülmesi gerekirdi. Çünkü anlaşma varsa değişiklik feshi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle Kanun yapma tekniği bakımından 2. fıkra hükmü, 1. fıkra olarak düzenlenmeliydi.

⁵²⁰ “Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin de kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmez” (Y9HD, 01.07.2010, 2008/33731-2010/21274).

⁵²¹ ŞAHLANAN, Çalışma Şartları, s. 284. Şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarına aykırı kullanılması halinde itibar edilmemesi gerektiği hakkında bkz. SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, Tartışma Bölümü, s. 31-32.

⁵²² “Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte işçinin değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin bu davranışı, 22. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir” (Y9HD, 01.07.2010, 2008/33731-2010/21274).

kapsamında olmayanlar bakımından da yazılı şekilde yapılmayan değişiklik önerisi altı iş günü içinde yazılı olarak kabul görmemişse bağlayıcı olmayacaktır⁵²³. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrası iş güvencesi kapsamındaki işçiler için geçerlidir. Değişikliğin kabul edilmemesi halinde değişikliğin geçerli nedene dayandığı ya da fesih için başka bir geçerli neden bulunduğu ileri sürülerek sözleşmenin feshedilebileceğinin öngörülmüş olması ve fesih bildiriminin yazılı yapılması gerektiğinin belirtilmiş olması dikkate alındığında, düzenlemenin sadece iş güvencesi kapsamındaki işçileri kapsadığı kolaylıkla söylenebilir. Maddenin 2. fıkrası ise, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için hüküm ifade eder⁵²⁴.

İş Kanunu'nun 22. maddesi sadece İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde geçerlidir. Ancak bu durum, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde çalışma koşullarının tek taraflı değiştirilebileceği anlamına gelmemelidir. Anılan Kanunlara tabi iş sözleşmelerinin de diğer tarafın rızası ile değiştirilmesi sözleşmeye bağlılık ilkesinin gereğidir. Ancak, İş Kanunu kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde 22. maddenin öngördüğü şekil şartları aranmaz⁵²⁵. Değişikliğin kabul edilmemesi halinde işverenin fesih yetkisi tüm iş ilişkilerinde söz konusudur. Ancak, değişikliğin reddi üzerine gerçekleşen feshin denetimi, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre farklı olacaktır. İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin değişiklik feshi İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerine uygun yapılmalıdır. Kapsam dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde geçerli neden gösterilmesi ve geçerli neden denetimi yapılamaz⁵²⁶. Bunların feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle işe iade davası açma hakları bulunmamaktadır. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler, değişiklik feshinde bulunan işverenden ihbar tazminatı ve

⁵²³ SÜMER, Uygulamalar, s. 150; UŞAN, Değişiklik Feshi, s. 215; ALP, s. 59-60; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 405; AKIN, Esaslı Değişiklik, s. 48.

⁵²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 394.

⁵²⁵ ALP, s. 59-60.

⁵²⁶ ALP, s. 60.

koşulları varsa kıdem tazminatı veya kötüniet tazminatı ya da sendikal tazminat isteyebilirler⁵²⁷.

Yargıtay’a göre çalışma koşullarında değişiklik meydana getiren işveren işleminin iptaline karar verilemez. Ancak işlemin kanuna uygun yapılmadığının tespiti istenebilir. İptal istemiyle açılan bir davada çalışma koşullarında değişikliğin İş Kanunu’nun 22. maddesine uygun yapılmadığı sonucuna varılmışsa, işlemin kanuna aykırı yapıldığının tespiti ile yetinilmelidir⁵²⁸.

VI) Toplu İşçi Çıkarma

Toplu işçi çıkarma, bir fesih türü değildir. Bununla birlikte toplu işçi çıkarma, Kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde belirli sayıdaki işçinin iş sözleşmelerinin aynı anda veya kısa süreli bir dönem içinde bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesidir.

İş Kanunu’nun, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı Sözleşmesi ile Avrupa Birliği’nin 75/129 ve 98/59 sayılı Yönergeleri dikkate alınarak düzenlenen, 29. maddesine göre, “işveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir. İşyerinde çalışan işçi sayısı: a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, İşine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır”. Buna göre, işveren toplu işçi çıkarmanın en az otuz gün önce işyeri sendika temsilcilerine, bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirimde bulunmalıdır. Yapılacak bildirimde, “işçi çıkarmanın sebepleri,

⁵²⁷ SÜZEK, Sarper, “Değişiklik Feshi”, TİSK Akademi, C.1, S.1, 2006, s. 9, Aynı yazar, İş Hukuku, s. 647; ENGİN, Murat, “İşletme Gerekleri İle Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Kararı Değerlendirmesi”, LİHSGHD, C.1, S.2, 2004, s.543.

⁵²⁸ “Gerek Borçlar Hukuku’nun hizmet akdi hükümlerinde ve gerekse 4857 sayılı İş Kanunu’nda, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçinin işyerini veya işini değiştirmesi durumunda, bu işlemin iptali için öngörülmüş bir dava türü bulunmamaktadır. Bu konuda tek hüküm sendika işyeri temsilcileri ve amatör sendika çalışanları ile ilgili 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 24/4 maddesidir... Mahkemece nakil işleminin iptaline karar verilemez ancak davacının Kılıçkaya (Sivas) HES İşletme Müdürlüğü’ne nakil kararının hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilerek, bu konuda karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesi hatalıdır”. (Y9HD, 10.01.2019, 2017/8951-2019/641).

bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur”.

Maddenin 5. fıkrasında, fesih bildirimlerinin işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğuracağı düzenlenmiştir. Ayrıca İş Kanunu'nun 100. maddesinde, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümlere aykırı olarak toplu işçi çıkaran işveren veya işveren vekili için idari para cezası öngörülmüştür.

Kanunda belirtilen hükümlere aykırı olarak toplu işçi çıkarılmasına idari para cezası dışında hukuki bir yaptırım açıkça düzenlenmiş değildir. Bu nedenle, İş Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenen yönetime uyulmamış olmasının yapılan fesihleri hükümsüz hale getirip getiremeyeceği tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, toplu işçi çıkarmaya ilişkin usule uyulmamasının, feshin geçersizliği sonucunu doğurması gerekir⁵²⁹. Aksi halde toplu işçi çıkarma prosedürünün bir etkinliği kalmaz. İdari para cezasının öngörülmüş olması hukuki yaptırımın uygulanmayacağı anlamına gelmez. İş Kanunu'nun 29. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğurur” kuralı da, feshin geçersizliği sonucunu desteklemektedir⁵³⁰. Başka bir görüşe göre ise, maddedeki prosedüre uyulmamış olması tek başına feshin geçersizliğine yol açmaz⁵³¹. Hükümsüzlük yaptırımının kabul edilmesi halinde, fesih hiç

⁵²⁹ EYRENCİ, Öner, “Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, A.Can TUNCAY’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, 549-563, s. 559-561; SÜZEK, s. 591; GÜZEL, Değerlendirme 2010, s. 85; ENGİN, Murat, “Toplu İşçi Çıkarma”, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 2. B, İstanbul 2003, s.71; ALPAGUT, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, s.235-236; SÜMER, Uygulamalar, s. 322; ALP, Feshe Karşı Koruma, s. 32; ŞEN, Toplu Çıkarma, s. 67-68; AKI/ALTINTAŞ/ BAHÇIVANCILAR, s. 202-203; KÖSEOĞLU, s. 195-196. Yazar, toplu çıkarmaya ilişkin Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirimde bulunulmaması halinde feshin hüküm doğurmayacağını, ayrıca işyeri sendika temsilcilerine hiç bildirimde bulunulmadan ve görüşme yapılmadan yapılan fesihlerin de, tıpkı disiplin kurulu kararı alınmadan yapılan fesihlerin haksız kabul edilmesi gibi, geçersiz olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 195-196.

⁵³⁰ SÜZEK, s. 591-592.

⁵³¹ CENGİZ (URHANOĞLU), İhtar, Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, Ankara 2009, s. 105, Aynı Yazar, “Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılığın Yaptırımı”, TÜHİS, C.21, S.2-3, Kasım 2007/Şubat 2008, s. 136-137; Aynı Yazar, “Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülmüş Tenkisat Kuralına Uyulmaması, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar”, Karar İncelemesi, Kamu-İş, C.9, S.4, 2008, s. 74; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s. 1095-1096.

yapılmamış sayılacak ve iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan tüm işçiler için uygulama alanı bulacaktır. Böylece işveren sadece usuli bir hükme uymadığı için iş güvencesi hükümlerinden daha ağır bir yaptırımla karşılaşacaktır⁵³². Yargıtay'ın görüşü bu ikinci görüş doğrultusundadır⁵³³.

Feshin geçersiz olması gerektiği kanısında olanlar da geçersizliğin mahiyeti üzerinde farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Bir görüşe göre, genel hükümlere göre bir geçersizlik ve buna bağlı alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerekir⁵³⁴. Diğer görüşe göre ise, kendine özgü bir geçersizliği düzenleyen İş Kanunu'nun 20. maddesi uygulanmalıdır⁵³⁵. Kanımızca, kanunda belirtilen prosedüre aykırılığın yaptırımı idari para cezası olarak düzenlenmiş olup, feshin hükümsüz olarak değerlendirilmesini gerektiren bir sebep yoktur. Feshin hiç yapılmamış olduğunun kabulü, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak zorunda kalan işvereni içinden çıkılmaz bir hale sokacaktır. Bu nedenle, fesih için geçerli bir sebebin bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmelidir.

İş Kanunu'nun 29. maddesinin son fıkrasına göre, “işveren toplu işçi çıkarılmasına ilişkin hükümleri 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz; aksi halde işçi bu maddelere göre dava açabilir”. Yargıtay'a göre, toplu çıkarma da olsa her bir işçi için fesih bildiriminin yazılı ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi gerekir⁵³⁶.

⁵³² CENGİZ (URHANOĞLU), Toplu İşçi, s.104-105.

⁵³³ “Toplu işçi çıkarma prosedürü geçerli sebeple veya feshin geçersizliği ile ilgili bir durum değildir. Kanunda, toplu işçi çıkarma prosedürüne uyulmamasının yaptırımı, feshin geçersizliği olarak öngörülmemiştir. Bu prosedüre aykırılığın yaptırımı, idari para cezasıdır. Toplu İşçi çıkarma prosedürüne uyulmamış olması, feshin geçersizliği sonucunu doğurmaz”. (Y22HD, 20.06.2017, 32696-14866). Aynı yönde Y9HD, 29.01.2007, 29843-1029.

⁵³⁴ EYRENCİ, Toplu Çıkarma, s. 560-561.

⁵³⁵ SÜZEK, s. 592.

⁵³⁶ “Toplu işçi çıkarmada dahi işveren 4857 İş Kanunu'nun 19. maddesindeki biçimsel koşullara uymalı, kısaca her işçiye yazılı fesih bildirimi yanında fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmelidir” (Y9HD, 06.12.2010, 2009/43956-2010/26337). Buna karşılık Yargıtay 22. Hukuk Dairesine göre, “toplu işçi çıkarma, bireysel fesihlerden ayrı kurallara tabi tutulmuştur. 4857 sayılı Kanunu'nun 19. maddesinden farklı olarak, Kanunun 29. maddesi hükmünde, toplu işçi çıkarmada işçiye yazılı fesih bildirimi yapılması şartı öngörülmemiştir. Aksine, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra, feshin hüküm doğuracağı kabul

İş Kanunu'nun 29. maddesine göre, toplu işçi çıkarma ancak ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sebepleriyle gerçekleştirilebilir. Söz konusu hüküm, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçileri de kapsayacak şekilde düzenlendiğinden iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler bakımından da maddede belirtilen geçerli sebeplerin mevcut olması gerekir. Madde sürelili fesih hakkı ile ilgili olduğundan, belirtilen sebeplerin bulunmaması iş güvencesi hükümleri kapsamında bulunan işçiler için feshin geçersizliği sonucunu doğurur. İş güvencesi hükümleri dışında kalan işçiler bakımından ise, anılan sebeplere dayalı olarak iş sözleşmesinin derhal feshi haksız feshin sonuçlarına tabi olur.

VII) İkale

İkale, mevcut ve geçerli bir sözleşmenin tarafların anlaşması ile sona erdirilmesidir. Başka bir ifade ile ikale, mevcut bir sözleşmeyi sona erdiren yeni bir sözleşmedir⁵³⁷. Bu nedenle sözleşmeyi tek taraflı bir irade beyanı ile sona erdiren feshinden farklıdır⁵³⁸. Diğer yandan, ikale borcu değil, sözleşmeyi sona erdirmektedir. Bu yönden de ibradan ayrılmaktadır⁵³⁹. İkale bir sulh sözleşmesi de değildir. Sulh sözleşmesi, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmesidir. İkale ise uyuşmazlığın çözümü için değil, sözleşmenin ortadan kaldırılması amacıyla yapılır⁵⁴⁰.

Mevzuatımızda iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesini düzenleyen hükümler bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde

edilmiştir. Bu yönler nazara alındığında, toplu işçi çıkarmada, işçiye yazılı fesih bildirimi yapılması şartı bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır" (Y22HD, 20.06.2017, 32679-14849).

⁵³⁷ İkale kavramı ve tanımı hakkında geniş bilgi için bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 1408; GÜNAY, Cevdet İlhan, "İkale Sözleşmesi", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2009, s. 4; GEREK, Nüvit, "İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/4, s.44; SEVİMLİ, K.Ahmet, "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", Sicil, S. 14, Haziran 2009; ASTARLI, Muhittin, İkale, Ankara 2013; SÜZEK, s. 5497; Ayrıca bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 439 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 784; SÜMER, s. 97; AKYİĞİT, s. 251. Belirtelim ki, "ikale" nin bizattihi kendisi "bozma sözleşmesi" olduğuna göre "ikale sözleşmesi" şeklinde adlandırılmasını doğru bulmuyoruz.

⁵³⁸ GÜNAY, İkale, s. 4.

⁵³⁹ GÜNAY, İkale, s. 4; GEREK, s. 51.

⁵⁴⁰ İkalenin bir sulh sözleşmesi olduğu görüşü için bkz. GÜNAY, İkale, s. 4.

tarafların sözleşmeyi karşılıklı anlaşmayla sona erdirebilecekleri kabuledilmektedir. Belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmeleri ikale ile her zaman sona erdirilebilir⁵⁴¹.

İkalenin şekle tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre şekil serbestisi söz konusudur. İş sözleşmesi yazılı yapılmış olsa dahi ikale, yazılı veya sözlü yapılabilir. İkalenin tarafların örtülü iradeleri ile yapılması da mümkündür⁵⁴². Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, kanuna göre yazılı olarak yapılması gereken bir iş sözleşmesinin ortadan kaldırılmasına ilişkin sözleşmenin de yazılı yapılması gerekir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında, kanunda yazılı yapılması gereken bir sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların da yazılı yapılması gerektiğini emreder. Örneğin, İş Kanunu'nun 8. maddesine göre süresi bir ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması zorunludur⁵⁴³. Aynı zorunluluk Deniz İş Kanunu'nun 5. maddesi ve Basın İş Kanunu'nun 4. maddesinde de öngörülmüştür⁵⁴⁴.

Taraflar sözleşmenin sona erdirilmesi dışında kalan hususlarda ikalenin içeriğini, işçinin kamu düzeni kurallarıyla güvence altına alınmış haklarından feragatini içeren şartlar hariç, serbestçe kararlaştırabilirler⁵⁴⁵. İkaleda sözleşmenin sona ermesi için bir

⁵⁴¹ SEVİMLİ, İbra ve İkale, s. 85; GÜNAY, İkale, s. 3; GEREK, s. 44-46; NARMANLIOĞLU, s. 336; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 785; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 439.

⁵⁴² NARMANLIOĞLU, s. 337; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 440; GEREK, s. 45; SÜMER, s. 97; AKYİĞİT, s. 251; ASTARLI, s. 113. Yazara göre, her ne kadar olan hukuk bakımından ikalede yazılı şeklin bir geçerlilik şartı olduğu söylenemezse de, olması gereken hukuk bakımından ikalenin, benzer bir kurum olan ibra gibi genel anlamda Türk Borçlar Kanunu'nda, İş Hukuku bakımından da İş Kanunu'nda düzenlenmesi ve bu sözleşmenin özellikleri itibarıyla yazılı şekil şartına bağlanması isabetli olur. Çünkü geçerlilik şekline bağlı tutulması, özellikle işçiye ikaleye ilişkin öneri veya kabul iradesini açıklamadan önce düşünmeye sevk eder. Bu sayede işçi ikalenin kurulması bakımından aceleye getirilmemiş, sözleşme şartlarını ve bunun hukuki neticelerini anlamadan gelişi güzel kararlar vermemiş olur. İkalenin geçerlilik şartına bağlanması, aynı zamanda irade beyanlarının ve sözleşmenin yorumuna ilişkin pek çok sorunu da kendiliğinden ortadan kaldırır. Bkz. ASTARLI, s. 116 vd.

⁵⁴³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 785.

⁵⁴⁴ İş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı hakkında geniş bilgi için bkz. SEVİMLİ, K.Ahmet, "İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı", Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.2, Mart 2003, s. 11 vd.

⁵⁴⁵ İkaleda yer alacak hükümlerle ilgili daha geniş bilgi için bkz. ASTARLI, s. 332 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 785.

tarikh belirlenebilir. Ayrıca işçiye tazminat ödeneceği ya da işveren lehine rekabet yasağı öngörülebilir⁵⁴⁶.

İkale bir sona erdirmе sözleşmesi olduğundan, geçerlilik koşulları Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir⁵⁴⁷. Bu nedenle genel olarak, sözleşmeyi geçersiz kılan nedenler, ikale için de söz konusudur. Taraf iradelerinin hata, hile ve ikrah ile sakatlandığı hallerde ikale, geçerli sayılmaz⁵⁴⁸.

İkale fesih niteliğinde olmadığı için, iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesi halinde kural olarak, işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamadığı gibi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanması da mümkün değildir⁵⁴⁹. Ayrıca, sözleşmenin sona ermesinde işçinin iradesi de etkili olduğundan işsizlik ödeneğinden yararlanma da söz konusu olmaz. Görüldüğü gibi sözleşmenin ikale ile sona ermesi durumunda işçi, birçok haktan mahrum kalmaktadır. Bu nedenle ikale yapılırken, işçiyi koruma borcu olan bir işverenden ikalenin hukuki sonuçları konusunda işçiyi aydınlatması beklenir⁵⁵⁰. Normal yaşam koşullarında, işçilerden pek çok açıdan aleyhlerine olan bir sözleşmeyi hiçbir karşılık almadan yapmaları beklenmez. Makul bir yarar sağlanmadan işçinin ikale yapılmasını serbest iradesi ile istediği iddiası inandırıcı olmaz⁵⁵¹. İşçinin serbest iradesine dayanmayan bir ikale geçeli değildir. İkalenin geçersizliği halinde iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği kabul edilmelidir⁵⁵². Özellikle ikale icabının işverenden geldiği durumda, işçiye ek bir ödemede bulunulmalıdır. Belirtilmelidir ki, iş sözleşmesinin işverenin feshi ile sona erdirilmiş olsaydı işçinin hak edeceği tazminatların ödenmesi, ek bir menfaat değildir. Bu nedenle ikale icabının işverenden geldiği hallerde makul yarar, işverenin feshi olsaydı işçinin hak edeceği

⁵⁴⁶ ASTARLI, Muhittin, “Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İkale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir mi?”, Karar İncelemesi, TŪHİS, C.20, S.6; C.21, S.1, Mayıs-Ağustos 2007, s. 39.

⁵⁴⁷ GŪNAY, İkale, s. 3; GEREK, s. 46; ÇİL, Şahin, “İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri”, Sicil, S.7, 2007, s. 27.

⁵⁴⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 784.

⁵⁴⁹ GŪNAY, İkale, s. 5; GEREK, s. 50; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 441; SŪMER, s. 97; ÇİL, İkale, s. 33.

⁵⁵⁰ SŪZEK, s. 498.

⁵⁵¹ SŪZEK, s. 498; SŪMER, s. 97.

⁵⁵² SEVİMLİ, İbra ve İkale, s. 93. Geçersiz olan ikalenin sözleşmeyi sona erdiremeyeceği, bu durumda sözleşmenin devam ettiğinin kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz. ASTARLI, s. 273 vd.

haklara ilave olarak sağlanması gereken menfaattir. İkale icabının işçiden gelmesi de söz konusu olabilir. Daha uygun şartlarda yeni bir iş bulan ya da kendi adına bir işyeri açan yahut hakkında yürütülmekte olan bir soruşturmanın muhtemel olumsuz etkilerini yaşamak istemeyen işçi, sözleşmenin bir an önce ikale ile sona ermesini isteyebilir. Bu durumda sözleşmenin ikale ile sona ermesinde işçinin menfaati bulunduğu için, ek bir menfaatin sağlanması gerekmez⁵⁵³.

Öğretide bir görüşe göre, makul yarar, işçinin hak kazandığı yasal tazminatlara ilave olarak iş güvencesi tazminatının asgari sınırı olan dört aylık ücret tutarında olmalıdır⁵⁵⁴. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, işçiye yapılması gereken ek ödemenin, işçinin iş güvencesi kapsamına girip girmemesine, kıdemi, ücreti, konumu ve ikale icabının işçiden veya işverenden gelmesine göre belirlenmesi gerekir⁵⁵⁵.

İş güvencesi hükümlerinin mevzuatımıza girmesiyle birlikte işverenlerin sıklıkla ikaleye başvurdukları bir gerçektir. Ancak, ortada bir işveren feshi bulunduğu halde, bunun ikale işlemi altında gizlenmeye çalışıldığını gösteren pek çok Yargıtay kararı bulunmaktadır. Bu nedenle Yargıtay, ikalenin işçinin serbest iradesine dayanıp dayanmadığının ve gizlenmeye çalışılan bir işveren feshinin bulunup bulunmadığının titizlikle incelenmesi gerektiğine karar vermektedir⁵⁵⁶. Yargıtay’a göre, ikale icabının işverenden geldiği durumda işçinin ikaleyi kabul etmesi için makul bir yararı bulunmalıdır. Aksi halde, ikalede işçinin serbest iradesinin bulunduğu söylenemez. İşçinin sebest iradesine dayanmadığı için geçersiz sayılan bir ikale, işveren feshi olarak değerlendirilmelidir⁵⁵⁷. İkale icabının işçiden geldiği durumlarda, kural olarak işçiye kanuni

⁵⁵³ KABAKÇI, Mahmut, “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, Karar İncelemesi, Sicil, S.25, Mart 2012, s. 123.

⁵⁵⁴ ALP, Mustafa, “İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları”, LİHSGHD, 2008/17, s. 41.

⁵⁵⁵ SÜZEK, s. 499; KABAKÇI, İkale, s. 124.

⁵⁵⁶ “Borçlar Kanunu'nun 23-31 maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin, bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açması hayatın olağan akışına uygun düşmez” (Y9HD, 17.06.2019, 765-13491).

⁵⁵⁷ “İkale, sözleşmenin tarafların ortak iradeleriyle sona erdirilmesidir. Niteliği itibarıyla bir sözleşme olması sebebiyle ikale tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır. Ayrıca ikale icabı işverenden gelmişse kanuni tazminatlarına ilaveten işçiye ek bir menfaatin sağlanması (makul yarar) gerekir. Aksi halde iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirildiğinden söz edilemez. (Y22HD, 21.05.2018, 5826-

tazminatları da dâhil olmak üzere herhangi bir ödemenin yapılması gerekmez. Bununla birlikte ikale icabı işçiden geldiği halde ihbar ve kıdem tazminatı ve bunlara ilave bir ödemenin yapılması konusunda anlaşma yapılabilir⁵⁵⁸.

İkalede işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarından birinin veya her ikisinin ödeneceği kararlaştırılabilir. Bu durumda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği sonucu çıkarılamaz. Ancak, ikaleye rağmen ödenen tazminatın ihbar veya kıdem tazminatı niteliği tartışmaya açıktır⁵⁵⁹.

§ 3-HAKSIZ FESİH SEBEPLERİ

I) Haklı Sebebin Bulunmaması

1) Genel Olarak

Derhal feshin hukuki temeli dürüstlük kurallarına dayadığından iş sözleşmesini fesheden tarafın, dürüstlük kuralları gereği sözleşmeye devam etmesinin beklenilemeyeceği bir sebebe dayanması gerekir. Başka bir anlatımla, derhal fesih hakkının doğumu, fesih hakkını kullanan taraf için sözleşmeye devamı çekilmez hale getiren haklı bir sebebin mevcut bulunmasına bağlıdır. Haklı sebep teşkil etmeyen durum ve şartlara dayanılarak yapılan fesih, haksız kabul edilir.

Haklı sebeple sözleşmeyi feshetmek isteyen taraf, kanunda sayılan veya kanunda sayılan hallere benzer bir haklı sebebe dayanmak zorundadır⁵⁶⁰. Feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının saptanmasında en önemli ölçüt, dürüstlük kuralıdır. Ne var ki, 4857 sayılı Kanun'da ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri kapsamında bazı haklı sebepler tek tek sayılmıştır. Bir görüşe göre, İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde belirtilen haklı sebepler tahdidir. Kanunda belirtilen haklı sebeplere

12590). Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 25.09.2017, 2016/21090-2017/14152, Y9HD, 27.09.2018, 2-16885 ve Y22HD, 26.11.2016, 30232-26000.

⁵⁵⁸ NARMANLIOĞLU, s. 337.

⁵⁵⁹ İkale icabının işçiden gelmesi durumunda tazminatlarına ilaveten ek menfaat sağlanması gerekmediği hakkında karar için bkz. Y22HD, 21.04.2016, 8547-12028. Aynı yönde Y9HD, 01.10.2014, 12866-28875.

⁵⁶⁰ ARSLAN, Seda, İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012, s. 15.

ilave yapılamaz, bunlar genişletilemez⁵⁶¹. Buna karşılık diğer bir görüşe göre İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. ve 25. maddesinin II. bentlerinde yer alan “ve benzerleri” ibaresinin belirtilen sebeplerin tahdidi olmadığını göstermektedir. Kanun koyucunun iradesi de bu yöndedir⁵⁶².

İş Kanunu’nun 24 ve 25. maddelerinin II numaralı bentlerinde sayılanlar, dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmenin devamını çekilmez kılan sebeplerdir. Ancak haklı sebeplerin örnek kabilinden dahi olsa tek tek sayılmasını doğru bulmuyoruz. Çünkü dürüstlük kurallarına göre bir taraftan sözleşmeyi sürdürmesi istenemeyecek durumları peşinen söylemek mümkün değildir. Sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren sebeplerin, her olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. İş Kanunu’nun anılan hükümlerinde yer alan “ve benzerleri” ibaresi uyarınca kanunda sayılanlar dışındaki nedenlerle de iş sözleşmesi derhal feshedilebilir. Bununla birlikte, İş Kanunu’nda sayılan sebepler, dürüstlük kuralları çerçevesinde olayın özelliğine uygun bir değerlendirme yapma imkânını ortadan kaldırmaktadır⁵⁶³. Örneğin, 4857 sayılı Kanun’da işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü devamsızlığı (m.25/II-g) veya kendi isteği ya da savaşı ile işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücreti ile ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması (m.25/II-ı) fesih için haklı sebep olarak sayılmıştır. Bu tür hükümler nedeniyle hâkim, feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığını değerlendirirken somut olayın özelliklerini, işçinin durumunu, çalışma süresini göz önünde bulunduramamakta, feshi dürüstlük kuralı süzgecinden geçirmek suretiyle takdir yetkisini kullanamamaktadır. Örneğin, 30 yıl süre ile işini emir ve talimatlara uygun şekilde yapmış, amirleri ve çalışma arkadaşları ile hiçbir sorun yaşamamış bir işçi, izinsiz ve mazeretsiz olarak ardı ardına iki iş günü işe gelmediği için yapılan feshin haklı nedene dayandığını kabul etme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bir başka örnek, asgari ücretle 20 yıl çalışan vasıfsız

⁵⁶¹ ESENER, s. 233; EKONOMİ, s. 167; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 595-596; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 796; TULUKÇU, Haksız Fesih, s. 559.

⁵⁶² ATABEK, s. 117-118, SAYMEN, s. 570-571; OĞUZMAN, s. 43-44; KAPLAN, s. 127 vd; SÜMER, s. 116; AKYİĞİT, s. 272; UŞAN, s. 117.

⁵⁶³ ASTARLI, Değerlendirme 2015, s. 287; UGAN ÇATALKAYA, Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2009, s. 498.

bir işçinin, %50 kusuru ile aylık brüt asgari ücret tutarını çok az aşan miktarda zarara sebebiyet verdiği gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshi, haklı nedene dayalı kabul edilmektedir. Oysa verilen örneklerdeki olayların şartları, işçinin durumu, işçinin çalışma süresi dikkate alınarak dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirme yapılırsa, feshin haklı nedene dayandığı kabul edilebilir. Başlıca geçim kaynağı ücret olan ve yıllarca sorunsuz şekilde çalışmış olan işçiyi ihbar ve kıdem tazminatından mahrum bırakan bu tür kazuistik düzenlemelerin bir an önce kanundan çıkarılması uygun olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nda haklı nedenin tanımı somut olayın özellikleri ile bütün durum ve şartları göz önünde tutmaya imkân verecek nitelikte kapsayıcıdır. Buna göre, “sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen bütün durum ve şartlar, haklı sebep sayılır” (m.435/2).

Feshin haksız olması, gerçek olmayan bir sebebe dayanılması şeklinde gerçekleşebilir⁵⁶⁴. Örneğin, işçinin işyerinde işverenin başka bir işçisine sataştığı gerekçesiyle sözleşmesinin feshedilmesi halinde gerçekte bir satışma olmadığı, işin yürütümünden kaynaklanan basit bir tartışma olduğunun anlaşılması durumunda gerçek olmayan bir sebebe dayanıldığı için yapılan fesih haksız kabul edilecektir. Bunun gibi, ücretinin banka hesabına yatırıldığını fark etmeyip iş sözleşmesini bu nedenle fesheden işçinin de gerçekte haklı bir sebebi bulunmadığı için feshi haksız sayılacaktır.

Dayanılan sebebin kanuni unsurlardan yoksun olması da feshi haksız hale getirir. Örneğin, işinin sadece bir işgünü izinsiz ve mazeretsiz olarak devamsızlık yapması veya devamsızlığın haklı bir sebebe dayanması durumunda ileri sürülen sebebin kanuni unsurları taşıyamaması nedeniyle yapılan fesih haksız sayılacaktır. Bunun gibi, işçinin zarara sebebiyet verdiği iddiasıyla yapılan fesihte, zararın işçinin otuz günlük ücreti ile ödeyebileceği miktarı aşmaması durumunda yapılan fesih haksız kabul edilecektir.

Sözleşmeyi fesheden tarafın dayandığı haklı nedenin mevcut olup olmadığı veya kanuni unsurları taşıyıp taşımadığı önemlidir. Mevcut olmasına rağmen dayanılmayan

⁵⁶⁴ SAVAŞ, s. 222.

haklı sebepler feshi haklı hale getiremez. Fesih bildiriminde birden fazla haklı nedene dayanılmışsa, bunlardan birinin gerçek ve kanuni unsurları taşıması yeterlidir⁵⁶⁵.

Feshin haksız sayılmasını gerektiren hallerden birisi de, dayanılan fesih sebebinin ispat edilememesidir. Esasen fesih sebebinin ispat edilememesi, haklı sebebin bulunmadığını gösterir. İş sözleşmesini haklı nedene dayanarak fesheden taraf, dayandığı fesih sebeplerinden hiçbirini ispat etmezse yaptığı fesih, haksız olarak nitelendirilir. Burada ispat yükü feshin haksızlığını ileri süren tarafa değil, feshin haklı nedene dayandığını öne süren tarafa aittir. Bununla birlikte, karşı taraf, bildirilen haklı sebebin mevcut olmadığına yönelik karşı ispat faaliyetine girişebilir. Derhal fesih hakkında ispat yükü ve ispata ilişkin aşağıda açıklama yapılacaktır⁵⁶⁶.

Derhal fesih sebebi yapılan davranış ile fesih arasında uygun bir orantının bulunmaması durumunda haklı bir sebep söz konusu değildir. Dürüstlük kurallarının bir gereği olarak ölçülülük ilkesinin de derhal fesih hakkının doğumunda göz önünde bulundurulması gerekir⁵⁶⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerde ölçülülük ilkesi doğrudan ele alınmamıştır. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmede düzenlenen temel haklar kapsamında örtülü olarak ölçülülük kavramına yer verildiğini kabul etmektedir⁵⁶⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temel insan haklarının sınırlandırılmasında başvuru aracının amaca ulaşmak için gerekli olup olmadığını ve amaçlar arasında uygun bir orantı bulunup bulunmadığını denetlemektedir⁵⁶⁹. Avrupa İn-

⁵⁶⁵ ÇENBERCİ, s. 528 SÜMER, Uygulamalar, s. 293.

⁵⁶⁶ Bkz. 3.Bölüm, §10, V.

⁵⁶⁷ İş hukukunda ölçülülük ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. UGAN ÇATALKAYA, Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019; KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOC AK, Kemal, “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerindeki Konumu” Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010; ALP, Mustafa, “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması- Alman Hukukuna Göre-, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C.XVII, S. 205/12, Ocak 1999; YILDIZ, Gaye Burcu, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, DEÜHFD, Prof Dr. Polat Soyer’e Armağan, C.I, İzmir 2014.

⁵⁶⁸ AİHM, Oya Ataman v. Türkiye, 06.12.2006, 74552/01; AİHM, Handyside V. Birleşik Krallık, 07.12.1976, 5493/72.

⁵⁶⁹ METİN, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük; Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, SDÜHFD, C.7, S.1, 2007, s. 27-28.

san Hakları Mahkemesi'ne göre, kullanılan araç ve güdülen amaç arasında ölçüsüz bir orantı olduğunun tartışmasız tespit edilmesi durumunda Sözleşme ihlal edilmiş olur⁵⁷⁰.

Anayasamızın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkele-rini düzenleyen 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla değişik 13. maddesinde ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmiştir. Anayasanın 15. maddesinde yer alan “durumun gerektirdiği ölçüde” ifadesi de söz konusu ilkeye işaret etmektedir.

Ölçülülük ilkesi, üç alt ilkeyi içinde barındırmaktadır. Bunlar elver-işlilik/uygunluk, gereklilik ve orantılılık ilkeleridir. Buna göre, meşru bir amaca ulaşmak için, kullanılan aracın elverişli ve zorunlu olmasını gerektirir. Başka bir an-latımla, başvuru araç ile amaç arasında makul bir denge olmalıdır⁵⁷¹.

Ölçülülük ilkesi kamu hukukundan çıkan bir ilke olmasına karşın, ilkenin özel hukukta da dürüstlük kurallarına karşılık gelen somut bir uygulama olduğu kabul edilmektedir⁵⁷². Ölçülülük ilkesine özel hukukta genellikle tek taraflı irade beyanı ile kullanılan ve muhatabın kabulüne bağlı olmadan yeni bir hukuki ilişkiyi kuran, mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştiren veya ortadan kaldıran yenilik doğuran hakların kullanıl-masında başvurulmaktadır. Özellikle bozucu yenilik doğuran hakların kullanımı mu-hatabın hukuk alanında ciddi olumsuz sonuçlara yol açabilir. Bu noktada hakkın kullanılmasındaki meşruiyetin tespitinde ölçülülük ilkesi önem arz eder⁵⁷³.

İş sözleşmesini fesih hakkı da bozucu yenilik doğuran haklardandır. Fesih bild-iriminde bulunmakla birlikte sözleşme sona erer. İş sözleşmesinin sona ermesi ile işsiz kalacak işçi ve ailesi açısından ağır sonuçlar meydana gelebilir. Bir çok iş hukuku düzeninde işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasının temelinde bu düşünce yer almaktadır⁵⁷⁴. İş sözleşmesinin derhal feshi bağlamında ölçülülük ilkesi, fesih nedeni yapılan davranıştan dolayı feshin gerekli olup olmadığının belirlenmesi şeklinde uygu-lama alanı bulmaktadır. Buna göre davranış ile fesih işlemi arasında uygun bir oranın

⁵⁷⁰ Belçika'da Eğitim Dili Davası, 23.07.1968, Seri A, No., 6; Osman Doğru (Edt.), İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, Cilt 1, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1998, s. 45.

⁵⁷¹ METİN, s. 28.

⁵⁷² ALP, Ölçülülük İlkesi, s. 1519; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1012.

⁵⁷³ ALP, Ölçülülük İlkesi, s. 1525.

⁵⁷⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1012.

bulunması gerekir⁵⁷⁵. Şayet davranış ile fesih işlemi arasında uygun bir oran yoksa fesih gerekli değildir. Sözleşmeye aykırılık teşkil eden davranış ile başvuru fesih yaptırımı arasında uygun bir orantı yoksa derhal fesih hakkının doğmadığından ve dolayısıyla feshin haksızlığından söz edilir⁵⁷⁶. Belirtelim ki, İş Kanunu’nda haklı nedenler sayıldığı için ölçülülük ilkesinin anılan Kanun yönünden uygulanması sınırlı olmaktadır.

2) Haklı Sebepler

Derhal fesih için haklı neden, dürüstlük kuralları gereğince iş sözleşmesinin devamı beklenemeyen durum ve şartlardır⁵⁷⁷. Sözleşmenin derhal feshini gerektiren sebeplerin ortaya çıkması durumunda, belirli süreli iş sözleşmelerinde süre bitiminin ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresinin beklenmesi, taraflardan biri için katlanmaz bir hal alır⁵⁷⁸. Bu halde işçi veya işverenden süre bitimini veya bildirim süresinin sona ermesini beklemeleri istenemez. Derhal fesih hakkını doğuran durum ve şartların önemli bir özelliği, zorlayıcı sebepler hariç, karşı taraftan kaynaklanmalarıdır. Bununla birlikte, iş hukuku mevzuatımızda karşı taraftan kaynaklanmayan bazı derhal fesih sebeplerine de yer verilmiştir.

Özel olarak belirtilen bu fesih nedenlerine geçmeden belirtelim ki, işçi tarafından emeklilik, askerlik veya evlenme nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin derhal fesih hakkı

⁵⁷⁵ UGAN ÇATALKAYA, s. 469 vd.; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 200; ALP, Ölçülülük İlkesi, s. 1523; YILDIZ, Orantılılık İlkesi, s. 691 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1012-1016; MANAV, s. 133.

⁵⁷⁶ UGAN ÇATALKAYA, s. 504 vd. Aynı yönde, “Tutanak tanıkları olay tarihinde davacının uyuduğunu ifadelerinde beyan etmişlerse de davacının daha önce benzer eylemde bulunmadığı anlaşıldığından çalışma süresi de dikkate alındığında davacının iş aktinin feshinin ölçülülük ilkesi gereği ağır bir sonuç olduğu kabul edilmelidir. Mahkemece davacının kıdem-ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Y9HD, 28.03.2008, 2007/14312- 2008/6730); Aynı yönde, “Davacının düğün sahibinden aldığı feshe konu edilen paranın Türk örf ve adetlerine göre alındığı, bunun düğün sahibinin de kabulünde olduğu, davacının davranışlarının işverence imzalatılan hediye kabul yasağı bildirisine aykırı olmadığı ve işverenin güvenini kötüye kullanma niteliği taşımadığı, davacının doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış içerisinde bulunduğu kanıtlanmadığı, somut olayın özellikleri birlikte değerlendirildiğinde davalı tarafından yapılan feshin ölçülü de olmadığı anlaşılmakta olup, işverenin feshi haksızdır. Mahkemece, davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle taleplerin reddine karar verilmesi hatalıdır”. (Y9HD, 08.02.2018, 2015/6840-2018/2056).

⁵⁷⁷ SENYEN KAPLAN, E.Tuncay, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010, s. 217.

⁵⁷⁸ ÇENBERCİ, s. 526.

kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, anılan sebeplerle iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçi, işverene ihbar öneli vermek zorundadır⁵⁷⁹. Buna karşı diğer bir görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, belirtilen sebeplerle iş sözleşmesi derhal feshedilebilir⁵⁸⁰. Kanımızca söz konusu sebeplerin derhal fesih nedeni olduğuna yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca işverenden kaynaklanan ve dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir durumun varlığından da söz edilemez. Derhal fesih hakkı, olağanüstü ve istisnai bir durumu ifade eder. Kanunda açıkça aksi belirtilmediği sürece dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren durum ve şartlar dışındaki bir nedenle sözleşme ancak süreli fesih yoluyla sona erdirilebilir. Belirtilen sebeplerle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanması, feshe derhal fesih niteliğini kazandırmaz. Bu nedenle biz de anılan nedenlerle sözleşmenin sona erdirilmesinin süreli fesih yoluyla mümkün olması gerektiğini düşünüyoruz.

A) İş Kanununa Göre Haklı Sebepler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde işçi açısından haklı sebepler, 25. maddesinde ise, işveren açısından haklı sebepler sayılmıştır. Kanunda öngörülen sebeplerin derhal fesih hakkının doğumuna yol açması için sözleşmenin türü önem arz etmemekte-

⁵⁷⁹ Görüş için bkz. EYRECİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 247-248; SÜZEK, s. 741-742; SÜMER, s. 128; Aynı yazar, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s. 98-99; ERTÜRK, Şükran, 4857 Sayılı Yasan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, 243-282, s. 251; ÖZKARACA, Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebeple Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi, Çalışma ve Toplum, S.36, 2013/1, 149-186, s. 173; OCAK, Saim, İş Sözleşmesinin Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 2013, s. 597-598.

⁵⁸⁰ Görüş için bkz. ÇENBERCİ, s. 419; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1114 vd; AKYİĞİT, s. 364; aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 2. B, Ankara 2010, s. 179, 188, 189, 206, 207; NARMANLIOĞLU, s. 567 vd; Aynı Yazar, İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmesi İçin Belirli Sebeplere (Muvazzaf Askerlik-Aylık ya da Toptan Ödeme Almak-Kadın İşçi İçin Evlenmek Sebeplerinden Birine) Dayalı Olarak Yapacağı Feshin Özellikleri, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, 160 vd; ALPAGUT, s. 193; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.375; OCAK, İhbar Tazminatı, s. 597; Yargıtay'a göre de "İşçinin 1475 sayılı Yasanın 14 üncü maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda işverenin... İhbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır" (Y9HD, 19.10.2017, 2015/13969-2017/16218). Muvazzaf askerlik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçinin ihbar öneli verme zorunluluğu bulunmadığına ilişkin bkz. Y9HD, 24.06.2008, 2007/22459-2008/17534; Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 12.11.1998, 13832-16211 ve Y9HD, 19.02.1997, 1996/19763-1997/2758 ve GÜNAY, İş Kanunu Şerhi I, s. 595, 623.

dir. Başka bir anlatımla, derhal fesih hakkını doğuran sebepler hem belirli süreli hem de belirsiz süreli sözleşmeler bakımından geçerlidir⁵⁸¹.

İş Kanunu’nda öngörülen haklı sebepler aşağıda işçi ve işveren bakımından ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

a) İşçi Açısından Haklı Sebepler

İş Kanunu’nun 24. maddesinde işçi için derhal fesih sebepleri başlıklar halinde belirtilmiştir. Özel olarak belirtilen bu fesih sebeplerine geçmeden belirtelim ki, işçi tarafından emeklilik, askerlik veya evlenme nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin derhal fesih hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, anılan sebeplerle iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçi, işverene ihbar öneli vermek zorundadır⁵⁸². Buna karşı diğer bir görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, belirtilen sebeplerle iş sözleşmesi derhal feshedilebilir⁵⁸³. Kanımızca söz konusu sebeplerin derhal fesih nedeni olduğuna yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca işverenden kaynaklanan ve dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir durumun varlığından da söz edilemez. Derhal fesih hakkı, olağanüstü ve istisnai bir durumu ifade eder. Kanunda açıkça aksi belirtilmediği sürece dürüstlük ku-

⁵⁸¹ SÜZEK, s. 664; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 793; SÜMER, s. 114.

⁵⁸² Görüş için bkz. EYRECİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 247-248; SÜZEK, s. 741-742; SÜMER, s. 128; Aynı yazar, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s. 98-99; ERTÜRK, Şükran, 4857 Sayılı Yasan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, 243-282, s. 251; ÖZKARACA, Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebeple Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi, Çalışma ve Toplum, S.36, 2013/1, 149-186, s. 173; OCAK, Saim, İş Sözleşmesinin Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 2013, s. 597-598.

⁵⁸³ Görüş için bkz. ÇENBERCİ, s. 419; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1114 vd; AKYİĞİT, s. 364; aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 2. B, Ankara 2010, s. 179, 188, 189, 206, 207; NARMANLIOĞLU, s. 567 vd; Aynı Yazar, İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmesi İçin Belirli Sebeplere (Muvazzaf Askerlik-Aylık ya da Toptan Ödeme Almak-Kadın İşçi İçin Evlenmek Sebeplerinden Birine) Dayalı Olarak Yapacağı Feshin Özellikleri, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara 1998, 160 vd; ALPAGUT, s. 193; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.375; OCAK, İhbar Tazminatı, s. 597; Yargıtay’a göre de “İşçinin 1475 sayılı Yasanın 14 üncü maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda işverenin... İhbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır” (Y9HD, 19.10.2017, 2015/13969-2017/16218). Muvazzaf askerlik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçinin ihbar öneli verme zorunluluğu bulunmadığına ilişkin bkz. Y9HD, 24.06.2008, 2007/22459-2008/17534; Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 12.11.1998, 13832-16211 ve Y9HD, 19.02.1997, 1996/19763-1997/2758 ve GÜNAY, İş Kanunu Şerhi I, s. 595, 623.

ralları uyarınca sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren durum ve şartlar dışındaki bir nedenle sözleşme ancak süreli fesih yoluyla sona erdirilebilir. Belirtilen sebeplerle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanması, feshe derhal fesih niteliğini kazandırmaz. Bu nedenle biz de anılan nedenlerle sözleşmenin sona erdirilmesinin süreli fesih yoluyla mümkün olması gerektiğini düşünüyoruz.

Kanunda, işçi açısından haklı fesih sebepleri sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerileri ve zorlayıcı sebepler olmak üzere üç başlıkta düzenlenmiştir.

aa) Sağlık Sebepleri

İş Kanunu'nun 24. maddesinin I. bendinin a alt bendine göre “iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlike” olması, işçi açısından haklı fesih sebebidir⁵⁸⁴. Buna göre, öncelikle işin yapılması işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlike oluşturmali ve bu tehlike işin niteliğinden doğmalıdır⁵⁸⁵. Genellikle işin niteliğinden doğan hastalıklar, meslek hastalıklarıdır⁵⁸⁶. Öğretide bir görüşe göre, kanundaki düzenleme karşısında işin niteliğinden doğmayan tehlikenin derhal fesih nedeni sayılması mümkün değildir⁵⁸⁷. Başka bir görüşe göre ise, işin niteliğinden doğmamakla birlikte, işçiyi çalışamaz hale getiren hastalıkların da bu fıkra kapsamında derhal fesih hakkı vermesi düzenlemenin amacına uygun düşer⁵⁸⁸. Yargıtay'ın da işin niteliğinden doğup doğmadığına bakmadan, işçinin çalışmasına imkân vermeyen hastalıkları derhal fesih nedeni kabul eden kararları bulunmaktadır⁵⁸⁹. Kanımızca maddede işçinin sağlığı ve yaşayışı için meydana gelen

⁵⁸⁴ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. CANIKLIOĞLU, Nurşen, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002, s.203 vd.; ERGİN, Hediye, Türk Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, Ekim 2009, İstanbul; UŞAN, M. Fatih, “İşçinin Kendisinin İşi İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum mudur?”, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2008/2, 201-218.

⁵⁸⁵ CANIKLIOĞLU, s. 211; SÜMER, s. 116; UŞAN, s. 117-118; SÜZEK, s. 682.

⁵⁸⁶ ERGİN, Sağlık Nedeniyle, s. 143.

⁵⁸⁷ UŞAN, İşçinin Hastalığı, s. 209; AKYİĞİT, s. 275

⁵⁸⁸ CANIKLIOĞLU, s. 214;

⁵⁸⁹ Yargıtay bir kararında hepatit B hastası olan davacının rahatsızlığını ileri sürerek iş sözleşmesini fesheden davacının feshinin İş Kanunu'nun 24. maddesinin I.bendi kapsamına girmediği gerekçesiyle kıdem tazminatının reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. (Y9HD, 16.05.2007, 2006/27796-2007/15292). Bir başka kararında beyaz et entegre tesislerinde parşalama

her tehlike değil, işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple oluşturacağı tehlike derhal fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, işin niteliğinden doğmayan bir sebeple oluşan tehlike derhal fesih nedeni olmamalıdır. Derhal fesih hakkının doğumu için, tehlikenin sözleşmenin yapıldığı sırada işçi tarafından bilinip bilinmemesi önemli değildir⁵⁹⁰. Tehlike gerçekleşmişse, örneğin işçi gördüğü iş nedeniyle hastalanmışsa ve bu hastalık sözleşmeye devamını doğru kılmıyorsa işçi açısından derhal fesih hakkının doğduğunu evleviyetle kabul etmek gerekir⁵⁹¹. “Ölüm veya büyük zarar olasılığı” olarak anlaşılması gereken tehlikenin, sürekli ya da geçici olup olmadığı önemli değildir. İşçinin bu sebeple derhal fesih hakkını kullanması için İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna başvurması gerekmez. Ancak işçi sağlığı ve yaşayışı için tehlikenin varlığını ispatlamazsa, yaptığı fesih haksız olacaktır. Burada işverenin veya başka bir işçinin değil, iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçinin sağlığı veya yaşayışı söz konusudur⁵⁹².

İş Kanunu'nun 24. maddesinin I. bendinin b alt bendinde, “işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması” işçi açısından haklı fesih sebebi olarak öngörülmüştür. Buna göre, öncelikle işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren veya başka bir işçinin bulunması gerekir. İşçinin geçici olarak yakından veya uzaktan görüştüğü işverenin belirtilen nitelikteki hastalığı haklı sebeple fesih hakkını vermez. İşçinin bulaşıcı hastalığa veya işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığa tutulan işveren veya başka işçi ile buluşma ve görüşmesi yakından ve doğrudan olmalıdır. İşçinin başka bir işçi aracılığı ile görüştüğü, ara sıra bir araya geldiği

işi yapan ve hastanede yatarak tedavi gördüğü psikiyatri hastalığı nedeniyle işyerinde sık sık bayılıp düşen davacının hastalığının İş Kanunu'nun 24. maddesinin I. bendi kapsamında derhal fesih nedeni olduğu belirtilmiştir. (Y9HD, 08.03.2007, 2006/21363-2007/6171).

⁵⁹⁰ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinin I. bendinin (a) alt bendinde yer alan “Hizmet akdinin konusu olan işin yapılması sözleşme sırasında bilinmeyen ve işin mahiyetinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa” ifadesinden dolayı işçi, baştan itibaren işin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olduğunu biliyorsa buna katlanmak zorundaydı. Bkz. ÇENBERCİ, s. 532. 4857 sayılı Kanunda ise sözleşmenin yapıldığı sırada tehlikenin işçi tarafından bilinmemesi koşuluna yer verilmemiştir. Bkz. ERGİN, Sağlık Nedeniyle, s. 142; UŞAN, İşçinin Hastalığı, s. 208.

⁵⁹¹ ÇENBERCİ, s. 532-533; SÜMER, s. 116.

⁵⁹² SÜMER, s. 116.

veya doğrudan temas halinde bulunmadığı işveren veya başka bir işçinin hastalığı fesih sebebi yapılamaz⁵⁹³.

İşveren veya başka işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması gerekir. Ayrıca işveren veya başka bir işçinin yakalandığı hastalık, verem ve deri hastalıkları gibi, işçinin sağlığı için ciddi tehlike oluşturmaktadır⁵⁹⁴.

Belirtilmelidir ki, burada sözü edilen hastalık iş sözleşmesini feshetmek isteyen veya fesheden işçinin değil, işveren veya başka bir işçinin hastalığıdır. İşçinin kendisinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa yakalanması ona derhal fesih hakkı vermez⁵⁹⁵. İşçinin bu bent kapsamındaki rahatsızlığı, 24. maddenin I. bendinin (a) alt bendi uyarınca işçi açısından fesih sebebidir⁵⁹⁶. Şartları varsa, İş Kanunu'nun 25. maddesinin (I) bendi çerçevesinde işveren açısından da haklı fesih sebebi olabilir⁵⁹⁷.

bb) Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri

aaa) İşverenin İşçiyi Yanıltması

İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (a) alt bendinde, işverenin iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltması, ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı bir davranış olarak nitelendirilmiş ve işçi açısından haklı bir fesih sebebi olarak öngörülmüştür.

Yanıltmanın (hile) derhal fesih nedeni olabilmesi için ücret, görülecek hizmet gibi sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin yanlış nitelikler veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek gerekir. Yanıltma esaslı

⁵⁹³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 820; SÜZEK, s. 683.

⁵⁹⁴ SÜMER, s. 116.

⁵⁹⁵ UŞAN, İşçinin Hastalığı, s. 209-110; NARMANLIOĞLU, s. 332; SÜZEK, s. 683; SÜMER, s. 116; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 820.

⁵⁹⁶ NARMANLIOĞLU, s. 333; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 822; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 597.

⁵⁹⁷ SÜZEK, s. 683.

noktalara ilişkin değilse fesih nedeni yapılamaz⁵⁹⁸. Ancak işçinin yanıltıldığı noktaları bilmesi halinde de sözleşmeyi yapacağı kesin ise, bir yanıltmadan söz edilemez⁵⁹⁹.

Söz konusu hükümde sadece işverenin yanıltması derhal fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. İşçinin yanıltması (hata) derhal fesih nedeni olarak öngörülmemiştir. Yanılma, sözleşme görüşmelerinde bir kusur (culpa in contrahendo) halidir⁶⁰⁰. Sözleşme esaslı bir yanılma sonucu yapılmışsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesi çerçevesinde uyarınca iptali istenebilir⁶⁰¹. Ancak, iptal hakkının Türk Borçlar Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca dürüstlük kurallarına uygun kullanılması gerekir⁶⁰².

Burada belirtilen yanıltma, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen aldatmadan (yanılma) hukuki sonuçları itibariyle bazı yönlerden farklılaşmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesine göre “Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanıltması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir”. İş Kanunu'nda ise esaslı olmayan yanıltma derhal fesih sebebi sayılmamıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun sözü edilen maddesinin 2. fıkrasına göre “Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir”. İş Kanunu'nda ise işveren vekili tarafından gerçekleştirilecek yanıtmanın derhal fesih nedeni olabilmesi için işveren tarafından bilinip bilinmemesi önemli değildir. Esasen işveren vekili üçüncü kişi sayılmaz⁶⁰³. Diğer taraftan, Türk Borçlar Kanunu'na göre aldatılmak (yanılma) suretiyle sözleşme yapan taraf, aldatmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmezse sözleşmeyi onamış sayılır (m.39)⁶⁰⁴. Buna göre, Türk Borlar Kanunu'na göre yanıltılan taraf, yanıltmayı

⁵⁹⁸ NARMANLIOĞLU, s. 424-425; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 821-822.

⁵⁹⁹ ATABEK, s. 132; NARMANLIOĞLU, s. 425, dn. 425.

⁶⁰⁰ SAYMEN, s. 571; NARMANLIOĞLU, s. 424; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 821.

⁶⁰¹ ÖZBEY, Serap, “Yanılmada Kusurlu Olan Tarafın Sözleşmenin İptali Sebebiyle Karşı Tarafın Uğradığı Zararlardan Sorumluluğu”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.III, İstanbul 2011, s. 2890.

⁶⁰² ÖZBEY, Yanılma, s. 2891.

⁶⁰³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 822.

⁶⁰⁴ İş sözleşmenin iptaline karar verilmesi halinde bunun Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ileriye yönelik olarak sonuç doğması gerekir. Sözleşmenin iptali halinde fesihten söz edilemez.

öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeye bağlı olmayacağını ileri sürebilir. Buna karşılık, İş Kanunu'na göre yanıltmanın derhal fesih sebebi yapılabilmesi için İş Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca yanıltılmanın öğrenildiği tarihten itibaren 6 iş günü içinde fesih bildiriminde bulunulması gerekir.

bbb) Şeref ve Namusa Dokunan Söz ve Davranışlar

İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (b) alt bendine göre, işverenin işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi, davranışlarda bulunması işçi açısından haklı fesih sebebidir⁶⁰⁵. Bu bentte belirtilen işveren davranışlarının fesih için haklı sebep sayılabilmesi için işyerinde gerçekleşmesi şart değildir. Belirtilen davranışların işyeri dışında, mesai saatleri dışında veya işçinin gıyabında gerçekleşmesi halinde de derhal fesih hakkı doğar⁶⁰⁶. Eylemin işveren vekili tarafından gerçekleştirilmesi halinde de işçinin derhal fesih hakkı söz konusu olur⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ “Cinsel taciz” ifadesi kanunlarımızda ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde yer almıştır. Eylemin suç olarak düzenlenmesi ise 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesi ile mümkün olmuştur. Daha sonra 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 1. fıkrasında işverenin, işçinin kişiliğini koruma borcu kapsamında, işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, “cinsel saldırı”(m.102) “çocukların cinsel istismarı” (m.103), “reşit olmayanla cinsel ilişki” (m.104) ve “cinsel taciz” (m.105) başlıkları altında dört grupta ele alınmıştır. Bu suçlar için öngörülen cezalarla kişilerin cinsel dokunulmazlığı koruma altına alınmaktadır. Cinsel bir amaçla veya cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen hareketlerin tamamı, cinsel davranıştır. Kişilere karşı bu cinsel davranışların gerçekleştirilmesi ile cinsel dokunulmazlıkları ihlâl edilmiş olur. Cinsel saldırı suçları, mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlâl suretiyle işlenebilirken; cinsel taciz suçları vücut dokunulmazlığını ihlâl etmeksizin işlenebilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. (ÜZÜLMEZ, İlhan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc>, s. 1 vd. (E.T.02.06.2019); DURSUN, Selman, Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, Ceza Hukuku Dergisi, S.24, Nisan 2014, 57-73, s. 58 vd).

Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi cezanın arttırılması sebebi olarak düzenlenmiştir (m.102/3).

İş Kanununda her ne kadar sadece cinsel taciz nedeniyle işçinin fesih hakkı olduğu düzenlenmiştir de, bundan daha ağır nitelikteki diğer cinsel suçlara karşı da derhal fesih hakkının mevcut olduğu açıktır.

⁶⁰⁶ Ayrıca bkz. ÇENBERCİ, s. 537; NARMANLIOĞLU, s. 425-426; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 132; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 823; SÜMER, s. 117.

⁶⁰⁷ KUTAL, s. 52.

İşveren, gözetme borcu kapsamında, işçiyi kişilik değerlerine yönelik üçüncü kişiler tarafından işyerinde yapılan saldırılara karşı da korumalıdır⁶⁰⁸. Ancak işverenin üçüncü kişinin her saldırısından değil, üzerinde kontrol veya etki sahibi olduğu veya davranışlarından ötürü hukuksal sorumluluğunun bulunduğu üçüncü kişilerin davranışlarından sorumlu tutulması gerekir. Ayrıca işverenin üçüncü kişinin saldırısını bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen önlemek veya sona erdirmek için gerekli önlemleri almamış olması gerekir⁶⁰⁹.

ccc) İşverenin Cinsel veya Psikolojik Tacizde Bulunması

İşverenin işçiyi koruma borcu, işçinin sadakat borcu gibi sınırları kesin şekilde çizilemeyen geniş kapsamlı olmakla birlikte, tamamen sınırsız da değildir⁶¹⁰. Borcun kapsamı işin durumu ve özelliği göz önünde tutularak ve dürüstlük kuralları çerçevesinde belirlenir⁶¹¹. İşçi onuru ile cinsel veya psikolojik taciz kavramları arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Cinsel taciz ya da psikolojik taciz, işçi onurunun ihlaline yol açar. İşçinin onurunu korumak için cinsel veya psikolojik tacizlere maruz kalmasının engellenmesi gerekir⁶¹². İşçiyi gözetme borcunun kapsamına cinsel ve psikolojik tacize karşı gerekli önlemlerin alınması da girer. Türk Borçlar Kanunu'nun "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlığını taşıyan 417. maddesinde işverenin, iş ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve işyerinde dürüstlük kurallarına uygun ortamı sağlamak, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere

⁶⁰⁸ BAKIRCI, Kadriye, "İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırılarına Uğraması Halinde İşverenin Sorumluluğu", Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, S.3, Mayıs 2000, s.30.

⁶⁰⁹ BAKIRCI, Üçüncü Kişilerin Saldırısı, s. 30-31.

⁶¹⁰ NARMANLIOĞLU, s. 320-321; KAPLAN, Emine Tuncay, İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Kamu-İş, Prof.Dr. Kamil Turan'a Armağan, C.7, S.2, 2003, s. 137 vd; SÜMER, s. 89; UŞAN, s. 91; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 173; AYDINLI, İbrahim, İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Sınırına İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi, Prof.Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 98 vd.

⁶¹¹ EKONOMİ, s. 132; NARMANLIOĞLU, s. 321 vd; SÜMER, s. 89; UŞAN, s. 91.

⁶¹² İşçi onuru ile cinsel veya psikolojik kavramları ve aralarındaki ilişki hakkında geniş bilgi için bkz. EKİN, Ali, Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması, Ankara 2013, s. 56-57.

uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir⁶¹³.

Cinsel tacize uğrayanı korumak, anı zamanda onuruna sahip çıkmaktadır. İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (b) alt bendinde işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması derhal fesih nedeni olarak öngörülmüştür. İş Hukukunda cinsel taciz genel olarak, “işçinin rızası dışında, işveren, amiri durumundaki kişi veya diğer bir işçi ya da işyeri ile ilişkisi bulunan üçüncü kişiler tarafından, iş ortamında ya da dışında, çalışanların onurunu ve kişiliğini zedeleyen, maddi ve manevi değerlerine saldırı teşkil eden ve cinsellik içeren her türlü söz veya hareket” olarak tanımlanmaktadır⁶¹⁴. Buna göre, bir söz veya hareketin cinsel taciz sayılabilmesi için cinsellik içermesi ve işçinin rızası dışında gerçekleşmesi gerekir. Kişilik değerlerine saldırı olmakla birlikte, cinsellik içermeyen söz ve hareketler, olayın özelliğine göre psikolojik taciz olarak nitendirilebilir. Cinsel tacizde cinsel nitelikli bir amaç izlenir ve genellikle mağduru kadınlardır. Tek bir söz veya hareket cinsel taciz olabilir. Buna karşılık, psikolojik tacizde sistemli ve süreklilik arz eden bir söz veya hareketlerle hedefteki kişiden kurtulma ve zarar verme amacı vardır⁶¹⁵. İşyerinde çalışanlar arasında veya bir işçiyle üçüncü bir kişi arasındaki karşılıklı gönül ilişkisinde rıza söz konusudur. Bu nedenle cinsel taciz olarak nitelendirilmez⁶¹⁶.

İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (b) alt bendinde sadece işverenin eyleminden söz edilmiş olup, işverenin başka bir işçisinin cinsel tacizde bulunması bu bent hükmü kapsamına girmez. Başka bir işçinin veya üçüncü bir kişinin cinsel tacizi (d) alt bendinde düzenlenmiştir⁶¹⁷. Buna karşılık işveren vekili tarafından yapılan cinsel

⁶¹³ İşçinin kişiliğinin korunması hakkında geniş bilgi için bkz. CENTEL, Tankut, “Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil, S. 24, Aralık 2011, 13-18.

⁶¹⁴ İş hukukunda cinsel taciz hakkında geniş bilgi için bkz. BAKIRCI, Kadriye, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000, s. 89 vd; ŞAHLANAN, Fevzi, “Cinsel Taciz Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Karar İncelemesi, Karar İncelemeleri II, s. 113-115.

⁶¹⁵ ŞAHLANAN, Cinsel Taciz, s. 113-114.

⁶¹⁶ ŞAHLANAN, Cinsel Taciz, 114. Yazara göre, karşılıklı gönül ilişkisi özel yaşamla ilgilidir. Ancak özel yaşam sınırını aşan ve işyerinde olumsuzluklar yol açan ilişkiler olayın özelliğine göre geçerli ya da haklı neden teşkil edebilir. Aynı yer, s. 114.

⁶¹⁷ SÜZEK, s. 685; ŞAHLANAN, Cinsel Taciz, s. 114-115; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 826; SÜMER, s. 117; Bu yönde bkz. Y7HD, 12.12.2013, 14923-22064 ve Y22HD, 20.05.2013, 2012/23439-2013/11484.

tacizi (b) alt bendi kapsamında düşünmek gerekir. Çünkü İş Kanunu'nun 1. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemeye göre, “Bu kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır”. İşverenin veya işveren vekilinin söz konusu davranışlarının fesih bakımından haklı neden olabilmesi için, aynı zamanda suç teşkil etmesi şart değildir⁶¹⁸. Ayrıca cinsel tacizin işyerinde veya dışında olması önem arz etmez⁶¹⁹.

Psikolojik taciz, öğretide ve uygulamada genellikle “mobbing” ile ifade edilmektedir⁶²⁰. Mobbing, latince bir terimdir. Uluslararası Çalışma Örgütüne göre mobbing, “bir veya bir grup işçiyi sabote etmek için yapılan, zalimce, kötü niyetli, intikamcı, aşağılayıcı ve eleştirici tavırlarla kendini gösteren davranış biçimi” şeklinde ifade edilmiştir. Öğretide yapılan bir tanıma göre de psikolojik taciz, “çalışanlara üstleri, astları veya eşit düzeydeki çalışanlar tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar”dır⁶²¹. Psikolojik tacizin meydana gelebilmesi için, bir kişinin hedef alınarak, uzun bir süre ve belli aralıklarla sistematik biçimde tekrarlanan, mağdurun karşı koymasına rağmen yapılan aşağılayıcı, küçük düşürücü, onur kırıcı ve psikolojik olarak acı veren, işteki performansı etkileyen yahut olumsuz bir çalışma ortamına sebep olan tehdit, şiddet, aşağılama, hakaret, ayırimcılık, ağır eleştiri, taciz ve çalıştırma şartlarını ağırlaştırma gibi söz ve davranışların uygulanması gerekir⁶²².

⁶¹⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 601; NARMANLIOĞLU, s. 427; SÜZEK, s. 684.

⁶¹⁹ ŞAHLANAN, Cinsel Taciz, s. 113; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 823.

⁶²⁰ SÜZEK, s. 683-684; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 244. Psikolojik taciz ile ilgili İş Hukuku uygulamasında tam bir kavram birliğinin bulunduğu söylenemez. Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde “psikolojik taciz” ifadesi, yargı kararlarında “mobbing” olarak geçmektedir (Y9HD, 28.02.2012, 2009/30916-2012/6093). 19 Mart 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Başbakanlık genelgesinde ise “psikolojik taciz” ifadesinin yanına parantez içinde “mobbing” sözcüğü de yazılmıştır.

⁶²¹ TINAZ, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2010, s. 8; Aynı Yazar, Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, Çalışma ve Toplum, 2006/3, s. 11-12.

⁶²² Psikolojik taciz hakkında geniş bilgi için bkz. TINAZ, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2010, Aynı yazar, “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/3; BAYRAM, Fuat, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, LİHSGHD, S.14, 2007, 552-574; YILDIZ, Selver/KILKIŞ, İlknur, “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, Çalışma İlişkileri Dergisi, 2010, C. 1, S. 1, s. 71-93; LİMONCUOĞLU, S. Alp, “İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar”, TBB Dergisi, S.105, 2013; SAVAŞ (KÖKSAL), F. Burcu,

Mobbing kişilik haklarının ihlali olduğundan işçiye haklı nedenle fesih hakkı verir⁶²³. Onur kırıcı olsa da bir kişiyi hedef almayan genel anlamda işyeri kabalığı⁶²⁴, iki kez çay ocağında bekletme⁶²⁵, bir kez başka bir işte geçici görevlendirme gibi, belli aralıklarla sık sık tekrarlanmayan ve süreklilik göstermeyen davranışlar mobbing sayılmaz. Ancak mobbing derecesine varmayan, kişilik haklarını zedeleyici münferit söz ve davranışlar da işçi açısından haklı fesih nedenidir⁶²⁶. Ayrıca mobbing veya mobbing derecesine varmayan söz ve davranışlar nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen işçi, Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca manevi tazminat da isteyebilir⁶²⁷.

“İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Toprak İşveren Dergisi, S.105, Mart 2015, 4-12; KÜÇÜKAY, Alper, “Psikoloji, Hukuk ve Cezai Boyutuyla Mobbing, Sicil, S.36, 2016, 62-90; Ünal, Canan, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, LİHSGHD, S.37, 2013, 15-73. Ayrıca bkz. Y22HD, 12.04.2016, 2015/2103-2016/10581.

⁶²³ “Dosyadaki delillerden davacının yaptığı bir tanıklıktan dolayı çalışmakta olduğu davalı işyerinde farklı muameleye maruz kaldığı, savunmasının alındığı, yazılı muvafakatı alınmaksızın çalışmakta olduğu yerin değiştirildiği, işyerinde çalışan bir şoförle aralarında bir ilişki olduğu yolunda doğruluğu ispatlanamayan bir kısım asılsız isnatlara maruz bırakıldığı, tüm bu uygulamaların davacı açısından yıldırma (mobbing) olarak kabulünün gerektiği, bu itibarla da davacının iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği anlaşıldığından, kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir”. (Y9HD, 27.12.2012, 2010/35500-2012/44486).

⁶²⁴ “Somut olayda iddia edilen haksız, kaba ve kırıcı davranışların diğer çalışanlara da yapıldığı, genel anlamda işyeri kabalığının olduğu ve çalışanların kişilik ve onurlarının rencide edildiği anlaşılmaktadır. Davaya konu olayda, unsurları itibarıyla mobbingin oluşmadığını söylemek mümkün ise de, işverenin, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiği, öte yandan kişilik haklarına yönelik saldırıyı önlemediği ve buna sebebiyet verdiği için işçiye koruma ve gözetme borcuna aykırı davrandığı, bu durumun da işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı verdiği kabul edilmelidir”. (Y22HD, 22.05.2014, 2013/11788-2014/14008).

⁶²⁵ “Somut uyumsuzlukta, iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı sebeple feshedildiğine yönelik mahkeme kabulü dosya içeriğine göre isabetlidir. Ancak, davacının, işveren yetkililerince yapılan teftiş esnasında iki ya da üç saat gibi bir süre boyunca, işyerinin çay ocağında bekletilmesi şeklinde subut bulan eylem, onur kırıcı nitelikte ise de, mobbing olarak değerlendirilmesi mümkün değildir”. (Y22HD, 12.04.2016, 2015/2103-2016/10581). Ayrıca bkz. Y9HD, 12.02.2013, 2010/ 38293-2013/5390.

⁶²⁶ Yargıtay bir kararında konuya ilişkin şu ifadelere yer vermiştir: “Dava konusu olayda, unsurları itibarıyla mobbingin oluşmadığını söylemek mümkün ise de, işverenin, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiği, öte yandan kişilik haklarına yönelik saldırıyı önlemediği ve buna sebebiyet verdiği için işçiye koruma ve gözetme borcuna aykırı davrandığı, bu durumun da işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı verdiği kabul edilmelidir”. (Y22HD, 22.05.2014, 2013/11788-2014/14008). Aynı yönde bkz. Y22D, 12.04.2016, 2015/2103-2016/10581.

⁶²⁷ Y9HD, 28.02.2012, 2009/30916-2012/6093. Yargıtay başka bir kararında, mobbing nedeniyle istifa etmek zorunda kalan işçinin istifasının serbest iradeye dayanmadığına; gerçekte işveren feshi bulunduğunu belirterek ihbar tazminatı talep edebileceğine karar vermiştir (Y22HD, 31.05.2016, 2015/11958-2016/15623). Yargıtay’a göre, mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlal edilmesine gerek yoktur. Kişilik haklarına yönelik haksızlık yeterlidir. Ayrıca mobbingin varlığını ileri süren işçiden tam bir ispat istenemez. İşçinin, işyerinde kendisine mobbing

Öğretide işyerinde psikolojik taciz, şeref ve namusa dokunan bir davranış olarak nitelendirilmektedir⁶²⁸. Bu nedenle, işçinin psikolojik tacize uğraması da “ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kapsamında değerlendirilmekte ve psikolojik tacize uğrayan işçinin İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinin (b) alt bendi uyarınca fesih hakkı olduğu kabul edilmektedir⁶²⁹. İş Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca işveren vekili tarafından gerçekleştirilen psikolojik taciz de aynı bent kapsamında derhal fesih nedenidir. Buna karşılık, işverenin diğer bir işçisi tarafından yapılan psikolojik tacizin sözü edilen bent kapsamında düşünülmesi mümkün değildir. Kanımızca işverenin gözetme borcu da çalışma koşullarındandır. Başka bir işçinin psikolojik tacizi, İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinin, çalışma koşullarını derhal fesih nedeni olarak öngören (f) alt bendi çerçevesinde değerlendirmek gerekir. İşverenin işveren vekili olmayan çalışanı tarafından gerçekleştirilen psikolojik tacizden sorumlu tutulabilmesi için psikolojik tacizden haberdar olmasına rağmen gerekli önlemleri almamış olması gerekir⁶³⁰.

Yargıtay, amirinin cinsel ilişki teklifini kabul etmediği için performans notu düşürülerek istifaya zorlanan, kötü davranılan, aşağılanan ve işyerinde olayın duyurulması üzerine bunalıma giren işçinin bu nedenle iş sözleşmesini feshetmesi nedeniyle kıdem tazminatı isteğinin kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶³¹.

ddd) İşverenin Sataşması

İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinin (c) alt bendinde işverenin, işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunması veya gözdağı vermesi yahut işçiye veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirmesi, kışkırtması, sürüklemesi yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç

uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguların varlığına yönelik delilleri mahkemeye sunması halinde, mobbing uygulanmadığını işveren ispat etmelidir. (Y22HD, 27.12.2013, 693-30811).

⁶²⁸ ÜNAL, Psikolojik Taciz, s. 49.

⁶²⁹ LİMONCUOĞLU, Psikolojik Taciz, s. 73; EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN, s. 244; SÜMER, s. 117; ÜNAL, Psikolojik Taciz, s. 59.

⁶³⁰ KÖKSAL SAVAŞ, Psikolojik Taciz, s. 8-10.

⁶³¹ Y9HD, 04.11.2008, 2008/37500-31544.

işlemesi yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunması işçi yönünden haklı fesih olarak belirtilmiştir.

Sataşmak, “bir kimseyi rahatsız edici davranışlarda bulunmak, musallat etmek, sarkıntılık etmek” anlamına gelmektedir⁶³². Gözdağı vermek ise, “sonradan verilecek bir ceza ile korkutmak, yıldırım, tehdit etmek, caydırmaya çalışmak”tır⁶³³.

Kanunda belirtilen aile üyelerinden amaç, işçi ile birlikte otursun veya oturmasın yakın akrabalarıdır. Bununla birlikte tüm hısımların bu kapsamda düşünülmesi mümkün değildir⁶³⁴.

İşverenin (veya işveren vekilinin) sataşması, sözle veya maddi bir fiille olabileceği gibi, işçiyi veya ailesi üyelerinden birinin maddi veya manevi yönden zarara uğratılacağı şeklinde tehditle de yapılabilir. İşçinin bu nedenle fesih hakkını kullanabilmesi için söz konusu davranışların suç teşkil etmesi gerekmez⁶³⁵.

Sataşmanın derhal fesih nedeni yapılabilmesi için işyerinde ve çalışma süreleri içinde meydana gelmesi gerekmez. İşyeri dışında ve çalışma süreleri dışında gerçekleşen sataşma da derhal fesih nedeni yapılabilir⁶³⁶.

İşverenin işçisini veya ailesi üyelerinden birini yalancı tanıklık, sahte defter tutma, izinsiz gösteri yapmaya, bir başkasına karşı suç işlemeye, uyuşturucu alım satımına, vergi kaçırma veya fuhuş gibi kanuna karşı davranışlarda bulunmaya özendirmesi, kışkırtması veya zorlaması, işçi için haklı fesih sebebidir⁶³⁷.

eee) Diğer İşçinin Cinsel Tacizine Karşı Önlem Alınmaması

İş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran niteliği gereği işçi, işverenin işi ve işyeri ile ilgili menfaatlerini koruma ve menfaatlere zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü altındadır. İşverenin de işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü

⁶³² <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 07.09.2019. Sataşma hakkında geniş bilgi için bkz. ÖKTEM SONGU, Sezgi, “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma”, Sicil, S. 39, 2018; s. 114 vd.

⁶³³ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 07.09.2019.

⁶³⁴ NARMANLIOĞLU, s. 426; ÖKTEM SONGU, s. 124.

⁶³⁵ SÜZEK, s. 685; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 245; SÜMER, s. 117; ÖKTEM SONGU, s. 120 vd.

⁶³⁶ ÖKTEM SONGU, s. 123.

⁶³⁷ SÜZEK, s. 685; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 134.

vardır⁶³⁸. Dolayısıyla işçinin işyerinde diğer işçilere veya üçüncü kişilere karşı korunması, bunlardan gelebilecek cinsel taciz veya saldırılara karşı önlem alınması, işverenin gözetme borcu kapsamındadır. Söz konusu borcun ihlaline yol açan davranışlardan biri de, İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (d) alt bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, “işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa” işçi iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir. Kanun işçinin cinsel tacize uğramasını haklı sebeple fesih hakkının doğumu için yeterli görmemiş, cinsel tacizin işyerinde gerçekleşmesi ve durumun işverene bildirilmesine rağmen gerekli önlemleri almamış olmasını da aramaktadır⁶³⁹. İşveren böyle bir durum kendisine bildirildiğinde, olayın tekrar etmemesi için her türlü çabayı göstermeli; örneğin tacizci işçiyi çok ciddi bir biçimde uyarmalı, çalıştığı yeri değiştirmeli ya da tacizin ağırlığı karşısında, o işçinin işine son vermelidir⁶⁴⁰.

İşverenin gözetme borcunu ihlal etmesi, işçiye çalışma koşullarının sağlanmaması sebebiyle sözleşmeyi derhal fesih yetkisi verir. İşçinin üçüncü bir kişinin saldırısına uğramasının işçi yönünden haklı fesih nedeni yapılabilmesi için üçüncü kişinin işveren tarafından kontrol edilebilen bir kişi olması ve işverenin saldırıdan önceden haberdar olmasına rağmen gerekli önlemleri almaması veya alınan tedbirlerin yetersiz olması gerekir⁶⁴¹.

⁶³⁸ SÜZEK, s. 386; SÜMER, s. 89.

⁶³⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. BAKIRCI, s. 187-188; SÜZEK, s. 685-686; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 827-828; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.141-142; SÜMER, s. 117.

⁶⁴⁰ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.245; SÜMER, s.118; Yargıtay bir kararında, evli olan bir işçinin diğer bir işçi tarafından telefonuna mesaj atılarak taciz edildiği gerekçesiyle şikayet etmesine rağmen, işverenin tacizde bulunan işçiyi işten çıkarma yerine servisini değiştirmesini yeterli görmemiş; davacı için haklı fesih hakkının doğduğunu kabul etmiştir (Y9HD, 14.01.2015, 2013/7490-2015/470); Yargıtay işverenin başka bir işçisinin şeref veya namusa dokunacak söz ve davranışta bulunması ile ilgili bir kararında da Şu ifadelere yer vermiştir: “işçinin ya da ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak söz, davranış veya eylemin, işverenin diğer bir işçisi tarafından gerçekleştirilmiş olması, kural olarak işçiye iş sözleşmesini haklı fesih imkânı vermez. Ancak şeref ve namusa dokunan söz ve davranışlardan haberdar olan işverenin, eylemin tekrarlanmaması yönünde gerekli önlemleri alması, işçiyi gözetme borcunun gereği olarak zorunludur” (Y7HD, 24.01.2014, 2013/22710-2014/981).

⁶⁴¹ BAKIRCI, Üçüncü Kişilerin Saldırısı, s. 29-31, İncelemeye konu kararda, işyeri ile doğrudan ilgisi bulunmayan bir kişinin işçiye hakareti nedeniyle işçi tarafından yapılan fesih haklı görülmeyle

fff) Ücretin Ödenmemesi

Ücret ödeme işverenin temel borcu olduğundan, temel borcun hiç ödenmemesi ya da eksik ödenmesi işçiye derhal fesih hakkı vermelidir. İşte bu sebeple İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (e) alt bendinde, işverenin ücretini kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap etmemesi veya ödememesi halinde, işçinin sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceği düzenlenmiştir. Anılan hükümde, ücretin kanun hükümleri ve sözleşme şartlarına uygun hesap edilmemesinden söz edilmiş ise de, önemli olan ücretin hiç ya da tam ödenmemesidir. Ücret tam ödendikten sonra ücretin ne şekilde hesaplandığı önemli değildir. Başka bir anlatımla, ücretin doğru hesaplanmış olması yetmez, aynı zamanda tam ödenmesi gerekir⁶⁴².

Ödenmediği için derhal fesih hakkını doğuran ücret, geniş anlamda ücrettir. Temel ücret ile birlikte ikramiye, prim, yemek yardımı, giyecek yardımı, yakacak yardımı, yol yardımı gibi her türlü ücret eklerinin ödenmemesi de işçiye derhal fesih hakkını verir⁶⁴³. Ayrıca, fazla mesai, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin de zamanında ödenmemesi veya eksik ödenmesi de haklı nedenle derhal fesih sebebidir⁶⁴⁴.

Ödenmeyen ücretin zamanaşımına uğramış olması, feshin haklılığını etkilemez. Çünkü zamanaşımı def'i, borcu ortadan kaldırmamaktadır. Zamanaşımı sadece alacağın talep edilebilirliğini engellemektedir. Önemli olan fesih tarihi itibarıyla zamanında ödenmemiş bir ücretin varlığıdır⁶⁴⁵.

Ücretin eksik ödenmesinin fesih için haklı sebep teşkil ettiğine dair diğer bir düzenleme de, İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (f) alt bendinde yer almıştır.

kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (Y9HD, 08.11.1999,13898-16874).

⁶⁴² Ücretin ödenmemesinin hukuki sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz. SÜZEK, Sarper, "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", AÜHFD, C.56, S.4, 2007; ÇOPUROĞLU, Çağlar, Ücret ve Korunması, Ankara, 2013, s. 185 vd.; ÇİL, Şahin, "İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları", Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, C.II, İstanbul 2011,

⁶⁴³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 246; SÜZEK, s. 686, Aynı yazar, Ücretin Ödenmemesi, s. 216; SÜMER, s. 118, Aynı yazar, Uygulamalar, s. 140; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 144; ÇOPUROĞLU, s. 245; Y9HD, 16.7.2008, 2007/22062-2008/16398.

⁶⁴⁴ Y9HD, 05.03.2002, 2001/17859-2002/3293, GÜNAY, s. 1263.

⁶⁴⁵ ÇİL, İşçi Ücretinin Ödenmemesi, s. 1276. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 02.05.2017, 2015/9336-2017/7760.

Buna göre, ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, işçinin eksik aldığı ücretin karşılanmaması işçi açısından haklı fesih sebebidir. Zamana göre ücretin kararlaştırıldığı durumlarda, eksik iş verilmesi nedeniyle işçinin bir zarara uğrama riski bulunmadığından belirtilen fıkra uygulama alanı bulmaz. Ücret parça başına veya iş tutarı üzerinden kararlaştırıldığı halde, işverence işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verilmesi halinde işçi eksik ücret alacaktır. Anılan hükme göre, işverenin kusurundan kaynaklanan bu durumda, işçinin hak kazanacağı ücret farkı zaman esasına göre hesap edilecektir. Bu halde öncelikle akort ücrete⁶⁴⁶ göre bir saat karşılığı belirlenecek ücret, iş verilmeyen saat sayısı ile çarpılarak ücret farkı hesaplanmalıdır⁶⁴⁷.

İşçinin ücreti, ancak tarafların anlaşmasıyla indirilebilir. İşverenin tek taraflı olarak indirim yapması geçerli olmadığından, buna dayalı olarak ücretin eksik ödenmesi de derhal fesih için haklı sebeptir⁶⁴⁸. İşverenin kararlaştırılan zammı uygulamaması dolayısıyla ücretin eksik ödenmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda da derhal fesih hakkı kullanılabilir. Ancak zammın kanuni veya sözleşme dayanağı olmadığı halde, sırf zam talebi kabul edilmediği için yapılan fesih haklı sayılmaz⁶⁴⁹. Buna karşılık, işverenin takdiri ile uygulanan zammın eşit davranma borcuna aykırı olarak bir veya birkaç işçiye yapılmaması, haklı fesih imkânı doğurur⁶⁵⁰.

Uygulamada nadiren de olsa işçinin bu sebebe dayalı fesih hakkını dürüstlük kurallarına aykırı kullandığına rastlanmaktadır. İşyerinde, sıkça olmamak kaydıyla, ödemenin kısa bir süre için gecikmesi nedeniyle işçinin sözleşmeyi feshetmesi, fesih

⁶⁴⁶ Akort ücret, işçi tarafından üretilen mal veya çıkarılan işin miktarına göre ödeme yapılan ücret sistemidir. Açıklama ve tanımlama için bkz. SÜZEK, s. 352-353; Bu ücret sistemine parça başı ücret de denilmektedir. Parça başına ücret hakkında geniş bilgi için bkz. UŞAN, M. Fatih, İş ve Sosyal Sigorta Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara 2003, s. 23 vd.

⁶⁴⁷ SÜZEK, s. 687, Aynı Yazar, Ücretin Ödenmemesi, s. 217; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 157.

⁶⁴⁸ EKONOMİ, s. 170; SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 216;; GÜNAY, s. 1229; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 829; ÇOPUROĞLU, s. 247.

⁶⁴⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 246; SÜZEK, s. 686; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 147; Aynı yönde bkz. Y9HD, 10.05.2011, 7901-14055.

⁶⁵⁰ Y22HD, 19.06.2017, 2015/16213-2017/14646.

hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir⁶⁵¹. Böyle bir durumda, feshin haklı sebebe dayandığı kabul edilemez. Ancak bu durumda işçinin çoğunlukla tek geçim kaynağının ücret olduğu göz önünde bulundurulmalı, fesih hakkının dürüstlük kurallarına uygun kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın özelliği çerçevesinde değerlendirilmelidir.

İşletmenin mali güçlük içinde bulunması veya genel ekonomik kriz dolayısıyla ücretin eksik veya geç ödenmesini haklı gösteremez⁶⁵². Başka bir anlatımla, işçinin derhal fesih hakkı işyerinin maddi imkânlarına bağlanamaz.

ggg) Çalışma Koşullarının Uygulanmaması

İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (f) alt bendine göre, çalışma koşullarının uygulanmaması işçi açısından haklı fesih sebebidir.

Çalışma koşulları, kanun, tüzük, yönetmelik, toplu veya bireysel iş sözleşmesi, iç yönetmelik ve işyeri uygulamaları ile oluşan kurallardır⁶⁵³. Çalışma koşullarını, iş ilişkisinden kaynaklanan bütün hak ve borçlar olarak tanımlamak da mümkündür⁶⁵⁴. Çalışma koşulları arasında bulunan iş, çalışma yeri, çalışma zamanı ve ücret gibi hususlar, iş sözleşmesinin birinci derecede (esaslı) unsurlarıdır. Bunlar iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçi tarafından bilinen ve daha sonra onun rızası dışında değiştirilemeyen koşullardır⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ SÜZEK, s. 687; SÜMER, s. 118; GÜNAY, s. 1230; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 829. Yazarlara göre, İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (e) bendine göre haklı nedenin doğması için, işverenin keyfi bir şekilde ücret ödeme borcunu ifa etmemiş ya da gereğince ifa etmemiş veya geciktirmiş olması gerekir. İşverenin gerçekten ücret ödemekten kaçınma hali, işçi için haklı neden oluşturur; İşverenin, ekonomik, mali güçlükler, unutkanlık, para havalesinin gelmemesi, kasa anahtarının bulunmaması gibi nedenlerle ücret ödemede gecikmesi işçiye haklı fesih imkânı vermez (Aynı yer, s. 829). Kanımızca belirtilen sebeplerle ödemedeki gecikme makul sayılabilir nitelikte kısa bir süre için olmalıdır.

⁶⁵² SÜZEK, s. 687.

⁶⁵³ Çalışma koşulları hakkında geniş bilgi için bkz. ALP, 101 vd; ŞAHLANAN, Çalışma Şartları, 282 vd; TULUKÇU, Esaslı Değişiklik, s. 1099 vd.

⁶⁵⁴ TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s. 12. Çalışma şartları, çalışma şartlarını belirleyen faktörler ve aralarındaki öncelik hakkında bkz. EKONOMİ, Münir, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyum", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 158 vd.

⁶⁵⁵ UŞAN, Değişiklik Feshi, s. 220.

Taraflar da, kanun, toplu iş sözleşmesi, mesleki ve yöresel adetler ve dürüstlük kurallarının belirlediği çerçevede çalışma şartlarını belirleyebilirler. İşçi, bu sınırlar içerisinde belirlenen çalıştırma koşullarının uygulanmasını işverenden isteme hakkına sahiptir. Çalışma koşullarından birinin veya bir kaçının uygulanmaması, işçi açısından derhal fesih nedenidir⁶⁵⁶.

İş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklik, emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla, ya tarafların anlaşmasıyla ya da İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen usul çerçevesinde yapılabilir. İşverenin tek taraflı olarak çalışma koşullarında değişiklik yapması mümkün değildir. Aksi halde işçi iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (f) alt benid uyarınca feshedebilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi uyarınca işveren, işçinin kişiliğini koruma ve kişilik haklarının zarar görmemesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. İşverenin işçiyi koruma borcunun kapsamına işçinin sağlığının ve beden bütünlüğünün korunması, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, işçiye yapacağı iş konusunda gerekli bilgilerin verilmesi, gizli ve özel yaşamının yanında şeref ve haysiyet gibi kişisel değerlerinin korunması, cinsel ve psikolojik tacize karşı gerekli önlemlerin alınması, yetkili makamlara zamanında gerekli bildirimde bulunulması, işçiye ait ve araçların korunması gibi yükümlülükler girer⁶⁵⁷. İşçinin korunması, aynı zamanda işverenin yönetim hakkının sınırını oluşturur. Buna göre işveren, işçiye kişilik haklarına aykırı talimatlar veremez⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ NARMANLIOĞLU, s. 433.

⁶⁵⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 706; NARMANLIOĞLU, s. 321 vd; SÜMER, Halûk Hadî, "İşverenin İş Kazası Meslek Hastalığı Nedeniyle Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşünün Değerlendirilmesi", Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedeni Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, Ankara Barosu, 2013, s. 66-67; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 89; AKYİĞİT, s. 232 vd.

⁶⁵⁸ SÜMER, s. 89; İşçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahale ve sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz. SEVİMLİ, K.Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006; Ayrıca bkz. AYDINLI, İbrahim, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", TÜHİS, Mayıs 2005; İşçinin hukuka aykırı olarak izlenmesi ve gözetlenmesinin kişilik hakkının ihlali olduğu ve hukuki sonuçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, Canan, İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, Ankara,

İşçinin kişilik haklarının kapsamına kişisel verileri de girer⁶⁵⁹. Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”. Avrupa Birliği mevzuatına uyum açısından Anayasanın sözü edilen hükmü doğrultusunda, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çıkarılmıştır⁶⁶⁰. Bu kanunda kişisel verilerin işlenmesine ve korunmasına ilişkin usul ve esaslar öngörülmüştür. Türk Borçlar Kanunu’nun 419. maddesi ve İş Kanunu’nun 75. maddesinde de kişisel verilerin kullanılması ve açıklanmasına ilişkin işverenin yükümlülüklerine yer verilmiştir.

6698 sayılı Kanunu’nun 3. maddesinin d bendinde kişisel veri, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır. Buna göre işçinin kimlik bilgileri, dini, mezhebi, etnik kökeni, cinsel yaşamı, siyasi düşünce ve faaliyetleri, dernek ve sendika üyelikleri, belirli gruplara aidiyetleri, adresi, mesleği, mahkumiyeti, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları vb bilgileri korunmaya değer olan kişisel veri kapsamındadır⁶⁶¹. 6698 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 1. fıkrasında ise, özel nitelikli kişisel veriler öngörülmüştür. Sözü edilen fıkra göre, “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik ver-

2017. Yazara göre, davranışın video kameralar ile gözetleme yasağı bulunan banyo, tuvalet ve soyunma odası gibi alanlarda işçilerin gözetlenmesi durumunda cinsel tacizin varlığı kabul edilebilir. Bu durumda da işçi İş Kanunu’nun 24. maddesinin II.bendinin (b) alt bendi uyarınca derhal fesih hakkını kullanabilir. Aynı yer, s. 163-164.

⁶⁵⁹ MANAV, A.EDA, “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, GÜHFD, C. XIX, S. 2, 2015, s. 103, 110; SEVİMLİ, s. 113; ERDOĞAN, s. 71; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, “İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, s. 31; SÜZEK, s. 391.

⁶⁶⁰ 07.04.2016 tarih ve 29677 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁶⁶¹ SÜZEK, s. 392. Ücret gizliliğinin de kişisel veri kapsamında olduğu hakkında bkz. BAYSAL, Ulaş, “Kişisel Veri Olarak Ücret ve Ücretin Gizliliği, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 7, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, İstanbul 2018, 319-352.

ileri özel nitelikli kişisel veridir”. Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır (m.6/2). Sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise 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 ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir (m. 6/3).

İşveren, koruma borcu ve kişilik hakkı uyarınca işçinin özel yaşamına hukuka aykırı olarak, müdahalede bulunamaz⁶⁶². İşverenin, işçinin kişisel verilere ilişkin yükümlülüklerle uymaması ya da işçiyi hukuka aykırı olarak izleme ve gözetleme gibi işçinin gizli ve özel yaşamına müdahalesi çalışma koşullarının ihlali anlamındadır. Bu durumda işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilir⁶⁶³.

İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinde, işveren tarafından hukuka aykırı olarak, işçinin özel yaşamına müdahale edilmesi, izlenmesi ya da gözetlenmesi fesih nedeni olarak belirtilmemiştir. Öğretide işverenin, kişilik haklarının ihlaline yol açan bu tür davranışların, örneğin kendi cinsiyetinden olmayan kişilerce üst araması yapılması, işyerindeki duş ve soyunma odaları gibi mekanların kamerayla izlenmesi, işçinin özlük dosyasında bulunan onur kırıcı bilgilerin açık edilmesi şeklinde gerçekleşmesi durumunda, bunun İş Kanun’unun 24. maddesinin II. bendinin (b) alt bendinde belirtilen şeref ve namusa dokunacak davranış niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁴.

Bir görüşe göre, kişilik hakkı ihlaline yol açmakla birlikte, suç niteliği taşımayan ya da işçinin şeref ve namusuna dokunacak nitelikte bulunmayan davranışların aynı bent kapsamında fesih sebebi sayılması mümkün değildir. Bu durumda söz konusu dav-

⁶⁶² SEVİMLİ, s. 95 vd.; UGAN ÇATALKAYA, Deniz, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence “Ulaşılabilir Olmama” Hakkı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C.II, İstanbul 2016, s. 750 vd.

⁶⁶³ SEVİMLİ, s. 257 vd. AYDINLI, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 34; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Kişisel Verilerin Korunması, s. 97; BAYSAL, Ücretin Gizliliği, s. 340-341; ERDOĞAN, s. 163-164. Yazara göre, davranışın video kameralar ile gözetleme yasağı bulunan banyo, tuvalet ve soyunma odası gibi alanlarda işçilerin gözetlenmesi durumunda cinsel tacizin varlığı kabul edilebilir. Bu durumda da işçi İş Kanunu’nun 24. maddesinin II.bendinin (b) alt bendi uyarınca derhal fesih hakkını kullanabilir. Aynı yer, s. 163-164.

⁶⁶⁴ SEVİMLİ, s. 258.

ranış, “sataşma” olarak nitelendirilebilir. Kanımızca, suç teşkil etmeyen, şeref ve namusa dokunacak niteliği de bulunmayan her kişilik hakkı ihlali “sataşma” olarak nitelendirilemeyebilir. İşverenin kaynaklarının kötü kullanılmasını engellemek, işyerine ait bilgileri korumak veya performansı yüksek tutmak amacıyla hukuka aykırı biçimde tüm işçileri kapsayan izleme ve gözetleme uygulamasını sataşma olarak değerlendirmek güçtür. İşverenin işçinin kişiliğini koruma borcu uluslararası sözleşme, anayasa, kanun ve hatta dürüstlük kuralları ile belirlenmiş çalışma koşullarındandır. Bu açıdan İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinin tamamının çalışma koşullarının ihlali ile ilgili oldukları söylenebilir ise de, İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinin (f) alt bendinde çalışma koşullarının uygulanmamasının derhal fesih nedeni olduğu açıkça belirtilmiştir. Sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir davranış, İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinin alt bentlerinden herhangi birisinin kapsamına doğrudan girmiyorsa ya da bu konuda tereddüt varsa, çalışma koşullarının uygulanmaması çerçevesinde değerlendirilebilir.

Yargıtay, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olmayan koşullarda çalıştırılan veya Sosyal Güvenlik Kurumu primleri hiç yatırılmayan veya eksik yatırılan işçinin çalışma koşullarının uygulanmadığını ileri sürerek sözleşmeyi feshetmesini İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinin (f) alt bendi kapsamında geçerli kabul etmiştir⁶⁶⁵.

⁶⁶⁵ “İşçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi işçinin sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da Dairemizin 1475 sayılı Yasa döneminde istikrar kazanmış olan görüşü 4857 sayılı İş Kanunu döneminde de devam etmekte olup, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde de işçinin haklı fesih imkanı vardır”. (Y9HD, 22.12.2008, 43146-34348), Aynı yönde, Y9HD, 18.01.2010, 2008/14545-2010/292 ve Y9HD, 07.01.2019, 2015/27966-2019/74. Ayrıca Yargıtay bir kararında, iş kazası geçiren ve aldığı istirahat raporu sonrası işyerinde iş güvenliği olmadığı için çalışmak istemeyen işçinin feshini İş Kanunu’nun 24. maddesinin I. bendinin (a) alt bendi kapsamında haklı fesih olarak değerlendirmiştir (Y9HD, 01.03.2012, 4042-6554). Kanımızca karar sonuç itibarıyla isabetli olsa da, iş güvenliği tedbirlerinin alınmamasını İş Kanunun 24. maddesinin II. bendinin (e) alt bendi uyarınca çalışma koşullarının uygulanmaması kapsamında haklı fesih nedeni kabul edilmesi gerekirdi.

cc) Zorlayıcı Sebepler

İş Kanunu'nun 24. maddesinin III.bendine göre, işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde, işçi iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir.

Zorlayıcı sebepler, deprem, yangın, su baskını, toprak kayması veya hükümetçe işyerine el konulması, belediyece yol çalışmaları nedeniyle işyerinde çalışmaların durması, ithalat ve ham madde yasakları gibi dıştan gelen ve kişinin iradesi dışında oluşan, harici, beklenmeyen ve önüne geçilemeyen olay ya da hukuki nedenlerdir⁶⁶⁶. Zorlayıcı sebep ile zorunlu neden farklı kavramlardır. Öğretide bir tanıma göre zorunlu neden, “İşverenden beklenen mutlak tedbirleri aşan ve acil veya olağanüstü nitelikte olan, tarafların bir etkisinin bulunmadığı (kusurunun bulunmadığı) ve işyerinin durmasına sebebiyet veren hallerdir”⁶⁶⁷. Buna göre zorunlu neden, zorlayıcı sebebi de kapsamayan daha geniş bir kavramdır⁶⁶⁸.

İşveren bakımından zorlayıcı sebeplerin yol açtığı geçici kabul imkânsızlığı, sözleşmeyi askı haline getirir. Buna göre stok fazlalığı, ekonomik sıkıntı, piyasadaki durgunluk ve işyerinde olağan teknik bakım gibi sebepler, zorlayıcı sebep olarak kabul edilemez⁶⁶⁹. Hammaddenin temin edilememesi nedeniyle faaliyetin durduğu her durumda zorlayıcı sebepten söz edilmesi mümkün değildir. Faaliyetin durmasına yol açan hammaddenin temin edilememesinin işverenin kendi ticari hatalarından veya ekonomik

⁶⁶⁶ Zorlayıcı neden ve zorunlu neden kavramları hakkında geniş bilgi için bkz. YUVALI, Ertuğrul, İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Bu Kavramların İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkileri, Kamu-İş, C. 12, S. 3, 2012, s. 2-16; KAYIRGAN, Hasan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, İstanbul 2019, s. 5 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 605 vd.; SÜZEK, s. 688-690.

⁶⁶⁷ KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 29. Zorunlu nedenle ilgili yapılan diğer tanımlar için bkz. Bkz. YUVALI, s. 13; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 1263.

⁶⁶⁸ KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 29; YUVALI, s. 13.

⁶⁶⁹ SÜMER, s. 119; Hammadde temin edilememesi nedeniyle işçileri ücretsiz izne çıkaran işverenin uygulamasına ilişkin Y9HD, 15.12.1992, 11203-13640 sayılı kararının incelemesi için bkz. SÜMER, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1994, C.8, S.2, s. 26. Yazara göre, işverenin hammadde temin edememesi zorlayıcı bir nedenden kaynaklanmıyorsa, bu durumda işçileri ücretsiz izin vermek suretiyle işten uzaklaştırmak mümkün değildir. Çünkü bir zorlayıcı sebep olmaksızın işverenin işçilere iş vermemesi işvereni temerrüde düşürür. Bu durumda işçiler, çalışmadıkları halde ücrete hak kazanırlar. Aynı yer, s. 27; KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 102. Ödenek yokluğu ve hammaddenin temin edilememesi nedeniyle işin durmasının zorlayıcı sebep sayılması gerektiği hakkında görüş için bkz. KUTAL, s. 56-57.

sıkıntılarından kaynaklanması zorlayıcı sebep olarak değerlendirilemez. Bu gibi nedenlerle işçinin çalıştırılmaması halinde işveren, Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde öngörülen temerrüt hükümlerine göre sorumlu olur⁶⁷⁰. Buna karşılık hammaddenin ithalatının yasaklanmış olması, üretimin durdurulması, hammadde üreten fabrikada grevin uygulanması nedeniyle hammadde temin edilememişse zorlayıcı sebepten söz edilmelidir⁶⁷¹.

Maddi veya hukuki olan zorlayıcı sebeplerin, iş sözleşmesinin yapılmasından sonra ortaya çıkması gerekir. İş sözleşmesi yapılmadan önce mevcut olan zorlayıcı sebepler, bu kapsamda değerlendirilemez⁶⁷².

İş Kanunu'nun 24. maddesinin III. ve 25. maddenin III. bentleri zorlayıcı sebeplerle ortaya çıkan kusursuz imkânsızlığı düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda kusursuz imkansızlık sonucu sözleşme kendiliğinden sona ermekte iken, İş Kanunu'nun anılan hükümlerine göre sözleşmenin sona ermesi fesih beyanında bulunmayı gerektirmektedir. Sözleşme fesih beyanıyla sona erdiği için, feshin hüküm ve sonuçları söz konusu olmaktadır. İş Kanunu'na göre derhal fesih hakkının doğumu için zorlayıcı nedenin bir haftadan fazla devam etmesi gerekir. Geçici ifa imkânsızlığında derhal fesih hakkı doğmaz⁶⁷³.

İş Kanunu'na göre zorlayıcı sebeplerle işverenin ifayı kabul imkânsızlığı içine düşmesi durumunda, iş sözleşmesi askıya alınmaktadır. Burada işçinin değil, işin zorlayıcı sebeplerle durması söz konusudur. Bu sebeple işveren için değil, işçi için derhal fesih hakkı doğmaktadır⁶⁷⁴.

İşçi açısından derhal fesih hakkının doğumu için zorlayıcı sebeple işin durmasının, en az bir hafta sürmesi gerekir. Bir hafta süre ile iş sözleşmesi askıda kaldığından işçi, bir haftalık süre dolmadan işin durmasını sebep göstererek derhal fesih hakkını

⁶⁷⁰ YUVALI, s. 19-20.

⁶⁷¹ SÜMER, Ücretsiz İzin, s. 26.

⁶⁷² ÇENBERCİ, s. 547. Bankanın tasfiye haline girmesi ve TMSF'ye devredilmesini kusursuz imkânsızlık olarak nitelendiren Yargıtay'ın 22.01.2004, 2003/22636-2004/534 sayılı kararının haklı eleştirisi için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkânsızlığı", Karar incelemesi, LİHSGHD, 2005/6, 656-664.

⁶⁷³ ALPAGUT, Gülsevil, İfa imkânsızlığı, s. 660; KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 101

⁶⁷⁴ KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 101-102; YUVALI, s. 19; SÜMER, Uygulamalar, s. 291.

kullanamaz. Zorlayıcı sebebin sözleşmeyi askıya alma etkisi ve derhal fesih hakkının doğumu bakımından sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması önemli değildir⁶⁷⁵. Bir haftalık süre dolduktan sonra işçi, iş sözleşmesini derhal feshedebileceği gibi, askı hali devam ettikçe sonraki bir tarihte de söz konusu fesih hakkını kullanabilir. Her iki durumda da işin devamı şüphede kalmalıdır. Başka bir anlatımla, zorlayıcı sebep dolayısıyla işin artık devam edemeyeceği açıksa, bu durumda iş sözleşmesi kusursuz imkânsızlık nedeniyle sona ermiş olacağından, anılan hüküm uyarınca derhal fesih hakkı doğmaz⁶⁷⁶. Zorlayıcı sebebin sürekli ifa imkânsızlığı oluşturup oluşturmadığı, dürüstlük kurallarına ve sözleşmenin amacına göre belirlenir⁶⁷⁷.

Kanunda bir haftadan fazla işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebebin ortaya çıkması durumunda, derhal fesih hakkının kullanılabilmesi öngörüldüğünden, zorlayıcı sebep ortadan kalktıktan sonra askı hali gerekçe gösterilerek iş sözleşmesi feshedilemez. Başka bir anlatımla, söz konusu fesih hakkı, zorlayıcı sebeple işin durmasının devam ettiği süre içinde işin durmasından itibaren bir haftalık süre geçtikten sonra kullanılmalıdır. İşçinin ücrete hak kazanmadığı dönemin başlaması, derhal fesih hakkının doğumuna yol açacaktır⁶⁷⁸.

Zorlayıcı sebep sona erdikten sonra, işverenin işçiyi çalıştırma yükümlülüğü başlayacaktır. Bundan sonra işçi, zorlayıcı sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedemez. Askı hali bittikten sonra işveren işçiyi çalıştırmazsa sözleşme işveren tarafından haksız feshedilmiş sayılacaktır. Aynı şekilde işçi de askı halinin sona ermesinden itibaren çalışmaya başlamazsa iş sözleşmesinin işveren tarafından devamsızlık nedeniyle derhal feshi söz konusu olacaktır⁶⁷⁹.

Belirtelim ki, zorlayıcı nedenle iş sözleşmesinin askıda olduğu tüm süre için işçinin ücret talep edebilmesi mümkün değildir. Bu durumda İş Kanunu'nun 40. madde-

⁶⁷⁵ ALPAGUT, s. 35; KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 139.

⁶⁷⁶ SAYMEN, s. 574; ÇENBERCİ, s. 547.

⁶⁷⁷ AKDENİZ, Ayşe Ledün, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, İstanbul, 2018, s. 106.

⁶⁷⁸ AKDENİZ, s. 113.

⁶⁷⁹ KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 141.

si uyarınca, işçi zorlayıcı nedenle işin durmasından başlayarak geçecek bir haftalık süre ile sınırlı olmak üzere her gün yarım ücrete hak kazanır⁶⁸⁰.

Zorlayıcı sebep teşkil etmeyen olaylardan dolayı, işverence iş sözleşmesinin askıda olduğu ileri sürülemez. Zorlayıcı sebepler bulunmadığı halde ya da zorlayıcı sebep ortadan kalktığı halde işyeri faaliyete başlamamışsa, işverenin temerrüdünden söz edilmelidir. Bu durumda işçi, Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca ücretlerini isteyebileceği gibi, ücretlerin ödenmemesi sebebiyle İş Kanunu'nun 34. maddesi gereğince iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilecek veya İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (e) alt bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir⁶⁸¹.

b) İşveren Açısından Haklı Sebepler

İşveren açısından iş sözleşmesinin derhal feshini gerektiren haklı sebepler, İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilmiştir. Maddede fesih sebepleri dört başlık altında düzenlenmiştir.

aa) Sağlık Sebepleri

İş Kanunu'nun 25. maddesinin I. bendinin (a) alt bendine göre, işçinin 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 halinde işveren açısından haklı sebeple fesih hakkı doğar.

İş görme borcunu eksiksiz olarak yerine getiren bir işçinin iş sözleşmesi sırf hastalığı nedeniyle feshedilemez. Hastalığın fesih nedeni olabilmesi, işçinin kişisel niteliklerinde yarattığı eksiklik ve hastalık yüzünden işe devamsızlıkta bulunması halinde mümkündür⁶⁸².

⁶⁸⁰ Öğretide işletme rizikosunun işverenin üzerinde olmadığı ve aslında işin görülememesine rağmen işçiye bir hafta süre ile her gün yarım ücret ödenmesinin sosyal yardım niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Görüşler için bkz. OGUZMAN, s.86, dn.185; AKDENİZ, s.110-111.

⁶⁸¹ SÜZEK, s. 689.

⁶⁸² Konu hakkında geniş bilgi için bkz. UŞAN, M. Fatih, "Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Kıdem Tazminatı", Karar İncelemesi, Kamu-İş, C.5, S.2,

İşverene derhal fesih hakkı veren hastalık veya engelli hale gelme durumu, işçinin kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından ya da içkiye düşkünlüğünden kaynaklanmalıdır. Öğretide derhal fesih nedeni oluşturan bu sağlık sebepleri “kusurlu sağlık sebepleri”⁶⁸³, “işçinin kusuru ile hastalanması yüzünden devamsızlıkta bulunması”⁶⁸⁴, “kusurlu hastalık”⁶⁸⁵ ve “işçinin kusuru ile hastalığa yakalanması veya engelli duruma gelmesi”⁶⁸⁶ gibi ifadelerle açıklanmıştır. Söz konusu fıkra işçinin üç tür kusurlu davranışı fesih nedeni yapılmıştır. Bunlar, “işçinin kasdı”, “derli toplu olmayan yaşantısı” ve “işçkiye düşkünlüğü”dür⁶⁸⁷.

İşçinin kastı, hastalık veya sakatlığa yol açan olayı bilerek ve isteyerek yapması şeklinde anlaşılmalıdır. İhmal ile uğranılan hastalık ve sakatlık hallerinde, İş Kanunu’nun 25. maddesinin I. bendinin (a) alt bendi kapsamında fesih hakkı söz konusu olmaz⁶⁸⁸. İhmal sonucu hastalığın meydana gelmesi halinde iş sözleşmesi İş Kanunu’nun 25/I-b,2 hükmü kapsamında feshedilebilir. Bu durumda devamsızlık süresi daha fazladır⁶⁸⁹. Hastalığın veya sakatlığın türü, nerede ve nasıl meydana geldiği önemli değildir. Devamsızlık meslek hastalığından kaynaklanabileceği gibi, iş kazası sonucu meydana gelen sakatlıktan da doğabilir⁶⁹⁰.

2000, 59-65; ZEYTİNOĞLU, Emin, “4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanarak Haklı Feshi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 30, 2016/3; ERGİN, Sağlık Nedeniyle, s. 107 vd; BAYSAL, Ulaş, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s. 50.

⁶⁸³ ÇENBERCİ, s. 557.

⁶⁸⁴ TUNÇOMAÇ, s. 379.

⁶⁸⁵ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 212.

⁶⁸⁶ SÜMER, s. 119.

⁶⁸⁷ GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2010, s. 351; NARMANLIOĞLU, s. 436; ERGİN, Sağlık Nedeniyle, s. 107.

⁶⁸⁸ ÇENBERCİ, s. 558; SÜMER, Hadi, Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, M.Kutal’a Armağan, Ankara, 1998, s. 204; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 213; ZEYTİNOĞLU, s. 153.

⁶⁸⁹ ERGİN, Sağlık Nedeniyle, s. 108.

⁶⁹⁰ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 212-213.

İşçinin hastalık veya sakatlığa yol açan olayı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi, derli toplu olmayan yaşantıyı; alkollü içki kullanmayı alışkanlık haline getirmek ise, içkiye düşkünlüğü gösterir⁶⁹¹.

Öte yandan hastalık veya sakatlık tek başına fesih hakkı vermez. Bu sebeple işçinin ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla devamsızlık yapması gerekir. Devamsızlığın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak günler, iş günleridir. Maddede ifade edilen “bir ay” deyiminden neyin anlaşılması gerektiği konusunda, öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, buradaki bir aydan maksat, Türk Borçlar Kanunu’nun 92. maddesi uyarınca işçinin belirtilen nedenlerle işe gelmediği ilk günden itibaren bir ay sonraki aynı gün arasındaki süredir⁶⁹². Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir⁶⁹³. Buna karşılık başka bir görüşe göre ise, buradaki bir aylık süre son devamsızlıktan geriye doğru hesaplanacak bir aylık süreyi ifade eder⁶⁹⁴. Kanımızca İş Kanunu’nda öngörülen hak düşürücü süre bu bent kapsamındaki fesihler için söz konusu olmadığından, işverenin ilk devamsızlığı kendi lehine belirlemesi söz konusu olabilir. Halbuki son devamsızlıktan itibaren geriye gidilirse herhangi tartışma yaşanmayabilir.

Bu fıkradaki devamsızlık ile İş Kanunu’nun 25. maddesinin II. bendinin (g) alt bendinde belirtilen devamsızlık arasındaki fark şu şekildedir: Birincisinde devamsızlık işçinin meydana getirdiği hastalık veya sakatlığa dayalı bir sonuç olmasına karşılık, diğerinde devamsızlığın hiçbir nedeni yoktur⁶⁹⁵.

Yukarıda işçinin kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından ya da içkiye düşkünlüğünden kaynaklanan hastalık veya engelli olma durumunun, işverene derhal

⁶⁹¹ TUNÇOMAĞ, s. 379; ÇENBERCİ, s. 557; SÜZEK, s. 666. Bir görüşe göre içkiye düşkünlük bir hastalık olup, bu nedenle yapılacak feshin hastalıkla ilgili düzenlemeye tabi kılınması gerekir. Anılan görüş için bkz. SÖZER, Ali Nazım, İş Hukukunda İçkiye Düşkünlük, Sarhoşluk ve Kusur, TÜHİS, Ocak 1984, s. 13 vd.

⁶⁹² EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 248; SÜZEK, s. 666.

⁶⁹³ “İşçinin sözü edilen nedenlere dayanan hastalık ya da sakatlığının ardı ardına 3 gün ya da bir ay içinde 5 iş günü aşması halinde işverenin derhal fesih hakkı doğar. Maddede geçen “bir ay” takvim ayı olmayıp, işçinin kusura dayanan hastalık veya sakatlık ya da derli toplu olmayan yaşantısı sebebiyle işe gidemediği ilk günü takip eden bir aylık süredir” (Y9HD, 21.01.2010, 2008/14616-2010/795).

⁶⁹⁴ SÜMER, s. 122.

⁶⁹⁵ ÇENBERCİ, s. 558.

fesih hakkı verdiği açıklandı. İşçinin kendi kastından olmayan hastalık veya kazaya uğraması da, işveren açısından haklı sebeptir. Ancak bu durumda işverenin fesih hakkı belirli bir sürenin geçmesinden sonra doğar. İş Kanunu'nun 24. maddesinin I. bendinin (b) alt bendinin son paragrafına göre, bu durumda işverenin derhal fesih hakkı, işçinin işyerindeki çalışma süresine göre en az 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Ayrıca bu halde hastalık veya kazadan dolayı işçinin işe devam edemediği gün sayısı önemli değildir. Bu fıkradaki sağlık sebepleri öğretide, “kusursuz hastalanma”⁶⁹⁶ veya “kusursuz sağlık sebepleri”⁶⁹⁷ olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte öğretide, işçinin kastı dışındaki hastalık ve kazanın da söz konusu fıkra kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁹⁸.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin I. bendine göre, kadın işçinin doğum ve gebeliği gibi haller de, işveren açısından haklı sebeple fesih hakkı doğurur. Ancak işverenin belirtilen sebeple iş sözleşmesini derhal fesih hakkı, 74. maddedeki sürenin bitiminde başlar. Bu süre, bildirim süresine altı haftanın eklenmesi ile oluşan bir zaman dilimidir. İş sözleşmesi belirtilen süre boyunca askıda olup, işçinin bu nedenle gidemediği süreler için, ücret işlemez.

İş Kanunu'nun 74. maddesinin 1. fıkrasına göre “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelere eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise, doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelere eklenmek suretiyle kullanılır”. Buna göre, işverenin doğum ve gebelik sebebiyle derhal fesih hakkı, onaltı haftalık (çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık) süreden sonra başlar. Fesih için bekleme süresinin⁶⁹⁹ başlangıcı doğumdan önce sekiz haftanın, çoğul gebelik söz konusu ise on haftalık sü-

⁶⁹⁶ TUNÇOMAĞ, s. 380.

⁶⁹⁷ ÇENBERCİ, s. 558-559.

⁶⁹⁸ SÜZEK, Askı, s. 75; SÜMER, Devamsızlık, s. 205; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 217.

⁶⁹⁹ Bu ifade için bkz. AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 215.

renin başladığı gündür. Kadın işçinin doktor onayı ile doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışmayı istemesi halinde, bekleme süresi üç haftalık sürenin ilk gününden başlar. Erken doğum halinde ise, bu süre en geç doğum gününden itibaren başlar. Bekleme süresinin sonu ise, sürenin başladığı günün onaltı (veya onsekiz) haftalık sürenin son haftasının aynı günüdür⁷⁰⁰.

İşverenin beklemek zorunda olduğu bu sürede, iş sözleşmesi askıda olduğundan işverence gebelik ve doğum sebebiyle iş sözleşmesi feshedilemez⁷⁰¹.

İşveren tarafından, bekleme süresi içinde, belirtilen hastalık sebebine dayanılarak iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkün değildir. İşveren bu süre içinde iş güvencesi kapsamındaki işçinin sözleşmesini süreli fesih yoluyla da feshedemez. Çünkü İş Kanunu'nun 18. maddesinde söz konusu bekleme süresi içinde sözleşmenin feshi de özellikle geçersiz sayılan fesih nedenleri arasında belirtilmiştir. Buna karşılık işveren iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin sözleşmesini bekleme süresi içinde süreli fesih yoluyla sona erdirebilir. Ancak iş sözleşmesi önel verilerek feshedilecekse, önel süresi askı süresinin bitiminden başlayacaktır⁷⁰².

Bekleme süresi sona ermesine rağmen işverenin feshinden önce işçinin işe başlaması halinde artık işverence sözü edilen hüküm kapsamında iş sözleşmesi feshedilemez⁷⁰³.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin I. bendinin (b) alt bendinde işçinin tutulduğu hastalığının tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu, Sağlık Kurulunca saptanması durumunda işveren iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir. Yargıtay, işçiyi çalışamaz duruma getirmemekle birlikte, işçinin işini gerektiği biçimde yerine getirmesini engellemeyen geçici bir hastalıktan

⁷⁰⁰ Analık Kavramı ve Analık izinleri hakkında geniş bilgi için bkz. ATEŞ, Merve, Türk Hukukunda Hastalık ve Analığın Hizmet Akdine Etkileri, İstanbul 2011; ÇALIŞKAN, Aslı, İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, İstanbul 2018, s. 49 vd.

⁷⁰¹ SÜZEK, s. 667.

⁷⁰² ÇENBERCİ, s. 560.

⁷⁰³ SÜMER, s. 120.

dolayı hafif bir işte çalışması teklif edilmeden iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğine karar vermiştir⁷⁰⁴.

Hastalığın işçinin, işverenin veya üçüncü bir kişinin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı önemli değildir. İşçinin yakalandığı hastalığının tedavi edilemeyecek nitelikte olması ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunması gerekir. Ayrıca bu sebeple işveren açısından derhal fesih hakkının doğumu için belirtilen iki unsurun, Sağlık Kurulunca tespit edilmesi zorunludur⁷⁰⁵. Hastalığı nedeniyle işyerinde çalışmasında sakınca bulunup bulunmadığının tespitinde, işçinin yaptığı iş ve işin özellikleri, çalıştığı bölüm gibi hususlar dikkate alınmalıdır. İşveren feshinin haklı sayılabilmesi için işçinin hastalık nedeniyle belli bir süre işe devamsızlığı gerekmediği gibi, herhangi bir bekleme süresi de söz konusu değildir⁷⁰⁶.

bb) Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinde işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan ve benzeri davranışları işveren açısından haklı fesih sebebi olarak belirtilmiştir. Bendin başlığında belirtilen “benzerleri” ifadesi, bu kapsama giren haklı sebeplerin alt bentlerde sayılanlarla sınırlı olmadığını göstermektedir. Kanımızca derhal

⁷⁰⁴ “Dosya içinde mevcut sağlık kurulu raporunda, davacının bir yıl süre ile ağır işlerde çalışmaması geçici olup, iş akdinin feshini gerektirecek bir rahatsızlığı mevcut değildir. Başka bir anlatımla, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı etkileyen bir hastalık söz konusu olmadığından feshin son çare olması ilkesi gereği, fesihten önce hafif işlerde çalışması gibi diğer yollar denendikten sonra, fesih yoluna başvurulmalıydı. Mevcut olgulara göre, feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir” Y9HD, 29.01.2007, 2006/30032-2007/1228.

⁷⁰⁵ “1475 sayılı İş Kanununun 17/I-b bendinde “işçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayacak derecede tiksinti verici bir hastalığa tutulması” hali derhal fesih nedeni olarak sayılmışken, 4857 sayılı İş Kanununda bu hükme yer verilmemiştir. Bunun yerine işçinin tedavisi imkansız bir hastalığa tutulması hali düzenlenmiştir. İşçinin tutulduğu hastalığın tedavisinin bulunmaması yanında işyerinde çalışmasının sakıncalı olması da sağlık kurulunca belirlenmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu da 25/I-b bendindeki bu düzenlemeye göre her iki şartın da bir arada bulunması gerekir” (Y9HD. 10.11.2008, 5816-30572). “Hamallık gibi bir işte çalışan ve bel fitiği hastalığına yakalanan davacının bu rahatsızlığı nedeniyle devamsızlık yaptığı ve işi bıraktığının kabul edebilmesi için bu konuda doktor veya sağlık kurulu raporunun olması gerekir. Mahkeme bu hususlar üzerinde durulmadan yazılı şekilde ihbar ve kıdem tazminatının kabulü hatalıdır” Y9HD, 25.09.2006, 3198-24558).

⁷⁰⁶ SÜMER, Halûk Hadî, “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi”, Karar İncelemesi, Sicil, S.8, Aralık 2007, s. 68-69. Yazara göre, sağlık sebepleri işçinin davranışlarıyla ilgili değil, yeterliliğiyle ilgilidir. İşçi, elinde olmayan sebeplerle üretimi olumsuz etkilemiş ve işyerinde engelleyici bir konuma gelmişse, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler vardır. İşçi farklı davranmak elindeyken, bundan kaçınarak işyerinde işin görülmesini engeller bir konuma gelmişse, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepten söz edilir, Aynı yer, s. 70.

fesih hakkı veren ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerin tek tek sayılması yerine Türk Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinde belirtildiği gibi, işverenden dürüstlük kuralları gereği sözleşmeye devamının istenemeyeceği durumların haklı fesih sebebi sayılması gerektiğinin belirtilmesi ya da “işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan ve benzeri davranışları” ibaresi ile yetinilmesi isabetli olurdu. Böylece hâkim her olayın özelliğine göre, haklı sebebi dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirme imkânına sahip olacaktı.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin ayrıntılarına geçmeden önce belirtelim ki, işçinin işyeri ve iş saatleri dışındaki kusurlu davranışları, iş ilişkisini kural olarak etkilemez. Bununla birlikte işyeri dışında işyeri ile ilgili olmayan bazı davranışların işyerinde olumsuzluğa neden olması mümkün olabilir. Bu durumda borca aykırılıktan söz edilemez. Çünkü iş ilişkisi dışında işçinin sadakat borcu dışında herhangi bir borcu bulunmamaktadır⁷⁰⁷. Bu nedenle işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açan işyeri dışındaki davranışları fesih için haklı neden değil, olsa olsa geçerli neden kabul edilebilir⁷⁰⁸.

aaa) İşçinin İşvereni Yanıltması

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (a) alt bendine göre işçinin, iş 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 işvereni yanıltması derhal fesih hakkını doğuran bir haklı sebeptir.

İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin, henüz görüşmelerin yapıldığı sırada taraflar arasında edim yükümlülüklerinden ayrı bir borç ilişkisi meydana gelir ve bu kapsamda bir koruma yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu yükümlülük gereği, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı veya sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların birbirlerine karşı dürüst davranmaları, karşı tarafı zarara uğratacak kusurlu tutum ve davranışlardan uzak durmaları gerekir. İşçinin bu yükümlülüğe aykırı olarak, görüşmeler sırasında sözleşmenin esaslı

⁷⁰⁷ DEMİR, Fevzi/DEMİR, Gönenç, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, Kamu-İş, C.11, S. 1, 2009, s. 16; KOÇ, Sedef, İş Sözleşmesinin İşçinin Kusurlu Fiilleri Sebebiyle Feshi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Haziran 2011, s. 53.

⁷⁰⁸ KOÇ, s. 53.

noktalarından biri hakkında işvereni yanıltması halinde, işveren kurulmuş olan sözleşmeyi İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (a) alt bendi uyarınca derhal fesih bildirimini ile feshedebilir⁷⁰⁹.

İşçinin yanıltması, gerçeğe aykırı beyanda bulunması şeklinde olabileceği gibi, işverenin sözleşme yapmayacağı bilgileri belirtmeme, başka bir anlatımla, susma şeklinde de gerçekleşebilir⁷¹⁰. Belirtilmelidir ki, yanıltma sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında olmalıdır. Esaslı noktalar, somut olayın özelliklerine göre belirlenir⁷¹¹. İşverenin sözleşme yapıldığı sırada gerçeği bilseydi dahi sözleşmeyi yapacağı varsayılan durumlarda, sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanıltma nedeniyle derhal fesih hakkının kullanılması mümkün değildir. Başka bir anlatımla, işçinin bu yoldaki davranışının sözleşmenin kurulmasına bir etkisi söz konusu değilse, işveren bakımından söz konusu hüküm uyarınca derhal fesih hakkı doğmuş olmaz⁷¹².

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi, iş ilişkisinin kurulmasında sendikal, cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımı kesin olarak yasaklamıştır. Bu nedenle iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin sendikalı veya hamile olup olmaması gibi konularda sesiz kalması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması, işveren için haklı neden kapsamında derhal fesih

⁷⁰⁹ Konu hakkında geniş bilgi için bkz. KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011; ODAMAN, Serkan, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlâk ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003, s. 87-95; SAVAŞ, F.Burcu, "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi", İstanbul 2012; SÜZEK, s. 668; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 839-840, yazarlara göre burada bir sözleşme görüşmeleri kusur (culpa in contrahendo) söz konusudur. KAPLAN, s. 138-139, Yazara göre, işverenin yanıltılma nedeniyle fesih hakkını 1475 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi (4857 sayılı Kanun'un 26. maddesi) uyarınca altı iş günü içinde kullanması gerekir. Ancak işçinin yanıltılması aynı zamanda hileli bir davranıştır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 28-31. maddeleri hükümlerine başvurma seçeneği de olmalıdır. Aynı görüşte bkz. SAYMEN, s. 576; OĞUZMAN, s. 56; ODAMAN, s. 96-97. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, bu durumda sadece özel hüküm niteliğindeki İş Kanunu'nun 25/II-a maddesi uyarınca iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine gidilebilir. Bu görüş için bkz. BAYCIK, s. 93; SAVAŞ, s. 72; ZEYTİNOĞLU, Emin, "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 32, 2017/2, s. 114; TÜRE, Gökhan, "İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi", Sicil, S.41, 2019, 221-244.

⁷¹⁰ KAPLAN, s. 138-139; SÜZEK, s. 668; NARMANLIOĞLU, s. 440; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 840; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 219.

⁷¹¹ KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 219.

⁷¹² KAPLAN, s. 139; NARMANLIOĞLU, s. 440.

hakkını doğurmaz⁷¹³. Yargıtay güvenlik görevlisi olarak işe giren işçinin, doldurduğu formda sabıkasını gizlemek suretiyle yalan beyanda bulunmasını, fesih için haklı neden saymıştır⁷¹⁴.

bbb) İşçinin Şeref ve Namusa Dokunan Söz ve Davranışları

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (b) alt bendinde işçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması halinde, işverenin sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceği düzenlenmiştir. Söz veya davranışın işverenin yahut aile üyelerinden birine yönelik olması gerekir. Söz konusu davranışların işverenin yüzüne karşı gerçekleşmesi şart değildir. İşverenin arkasından yapılması da aynı sonuca tabidir⁷¹⁵. Söz ve davranışların işveren veya ailesine mensup birinin şeref ve namusuna dokunacak nitelikte olup olmadığı, tarafların karşılıklı durumları, ahlaki telakkileri, içinde yaşadıkları çevrenin anlayış ve tutumuna göre takdir edilecektir⁷¹⁶. İşçinin kendi kaderinden yakınması veya sitem içeren söz ve davranışları bu kapsamda değerlendirilemez⁷¹⁷.

İşçinin şeref ve onur kırıcı ihbar ve isnatları da işverene derhal fesih hakkını verir. Ancak, bu halde ihbar veya isnadın “asılsız” olması gerekir. Başka bir anlatımla, ihbar veya şikâyet hem şeref ve onur kırıcı nitelikte olmalı hem de asılsız olmalıdır⁷¹⁸. Örneğin, işçinin resmi makamlara işyerinde kaçak veya yasak hammadde kullanıldığına ilişkin gerçeği yansıtmayan dilekçeler göndermesi, ticari itibari zedeleyici asılsız ihbar olarak değerlendirilebilir⁷¹⁹. Ancak bu konuda her asılsız ihbar ve şikâyet nedeniyle de iş sözleşmesinin derhal feshine imkân verecek geniş yorumdan kaçınılmalıdır. İşçinin

⁷¹³ ZEYTİNOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 112-113; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 608; BAŞBUĞ, s. 93-94; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 196-197.

⁷¹⁴ Bu konuda bkz. Y9HD, 22.01.1998, 1997/19393-1998/432, Tekstil İşv. D, Temmuz 2000, s. 44.

⁷¹⁵ KAPLAN, s. 141.

⁷¹⁶ NARMANLIOĞLU, s. 441.

⁷¹⁷ ÇENBERCİ, s. 562.

⁷¹⁸ ÇENBERCİ, s. 563. Yazara göre, ihbar ve isnadın “ağır” olması da aranmalıdır.

⁷¹⁹ SÜMER, s. 120-121.

Anayasal şikâyet hakkının sınırları içerisinde kalan şikâyet ve ihbarların bu kapsamda düşünülmemesi gerekir⁷²⁰.

İşçinin, şeref ve onur kırıcı nitelikte olmayan, yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki aksaklıklara ilişkin uyarıları yahut herhangi bir konuda düşünce özgürlüğünü kullanması İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (b) alt bendi kapsamında haklı neden olmadığı gibi geçerli neden olarak da kabul edilemez⁷²¹. Bununla birlikte ifade özgürlüğü, işgörme borcunun ifasını engellememeli, sadakat borcunu ihlal etmemeli ve işyeri barışını zedelememelidir. Sadakat borcu ve ölçülülük ilkesi uyarınca, işçinin önce işverene başvurması ve belirlenen süre içerisinde durumun açıklığa kavuşturmasını beklemesi, işyeri içerisinde sorunun giderilmemesi halinde üçüncü şahıslara durumu açıklaması gerekir⁷²².

Öğretide, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrasına göre işveren vekili kabul edilen tüm kişilere karşı şeref ve onuruna dokunacak söz ve davranışların da bu hüküm kapsamında derhal fesih hakkı verdiği haklı olarak ileri sürülmüştür⁷²³. Bu yorumun işveren vekilliğinin iş sözleşmesi dışında başka bir ilişkiye dayanması durumunda çok daha önem arz edeceği belirtilmelidir. İşveren vekiline karşı davranışın "işverenin başka

⁷²⁰ ÇENBERCİ, s. 563. Son dönemlerde Türk İş Hukuku öğretisinde "işçinin işyerinde öğrendiği bazı yolsuzlukları, hukuka aykırılıkları ya da ihmal niteliği taşıyan eylem ve işlemlere ilişkin bilgileri ifşa etmesi, açığa çıkarması" şeklinde tanımlanan bilgi uçurma (whistleblowing) kavramı da tartışılmaya başlanmıştır. Belirli koşulların bulunması halinde, işletme açısından niteliği itibariyle gizli olan bazı bilgileri, açığa çıkaran ve ifşa eden işçinin korunması gerektiği ileri sürülmektedir. Öncelikle bu bilgilerin, kamu sağlığını tehdit eden ya da mali açıdan suç teşkil eden bilgiler gibi, yetkili makama veya kamuoyuna iletilmesinde kamu yararı bulunmalıdır. İşçi, kişisel bir husumet ya da kazanç elde etme amacı taşımamalı ve önce işletme içi çareleri denemiş olmalıdır. Bilgi uçurma kavramı ve koşulları hakkında daha fazla bilgi için bkz. ALP, Mustafa Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(whistleblowing), İstanbul, 2013; AYDIN, Ufuk, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (whistleblowing)", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S.2, 2002-2003; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 306.

⁷²¹ OKUR, Zeki, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", Kamu-İş, C.8, S.4, 2006, s. 64-65; KÖSEOĞLU, İşçiden kaynaklanan nedenler, s. 221.

⁷²² ÖKTEM SONGU, Sezgi, "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", DEÜHFD, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, C.I, İzmir 2014, s. 628-629.

⁷²³ ATABEK bu sonucu "işveren vekili işçilere karşı işverenin otoritesini temsil ettiğinden aynı himayeye mazhar olmalıdır" gerekçesine dayandırmıştır (ATABEK, s. 135); ÇENBERCİ'ye göre ise kanunun bu gibi durumlarda işveren vekilliğinden söz etmemesi, onu işveren deyimi içinde düşünmesinden ileri gelmektedir (ÇENBERCİ, s. 565). NARMANLIOĞLU, s. 441; SÜZEK, s. 669; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 250; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 219-220.

işçisine sataşma” şeklinde kanunun lafzıyla sınırlı dar bir yorum yapılması halinde vekâlet veya statü hukuku ilişkisi bulunan işveren vekillerine karşı işçinin davranışları yaptırımsız kalabilir.

İşçinin ödünç alan işverene karşı bu tür bir davranışta bulunması halinde, anılan hüküm uyarınca işverenin derhal fesih hakkının varlığını kabul etmek gerekir. Asıl işverene yönelik şeref ve onura dokunulacak söz ve davranışta bulunulması durumunda ise, işverenin İş Kanunu’nun 25. maddesinin II. bendinin (e) alt bendi gereğince haklı sebeple fesih hakkı doğar.

İşçinin işverene cinsel tacizde bulunması, şeref ve onuruna dokunan bir davranış olması nedeniyle, işveren açısından haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmelidir.

ccc) İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması

İş Kanunu’nun 25. maddesinin II. bendinin (c) alt bendine göre, işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması durumunda işveren için haklı sebeple fesih hakkı doğar. Cinsel tacizin işyerinde ya da işyeri dışında gerçekleşmesi önemli değildir. Başka bir anlatımla, işyeri dışında meydana gelen cinsel taciz de işveren açısından haklı fesih nedenidir⁷²⁴. Cinsel taciz aynı cinse karşı da gerçekleşebilir⁷²⁵. Öğretide bir görüşe göre, işçinin, işyerinde çalışan memur, çırak, stajyer, sözleşmeli personel, ödünç işçi veya alt işverenin işçisine cinsel tacizde bulunması halinde de bu bent uyarınca iş sözleşmesi derhal feshedilebilir⁷²⁶. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, maddede açıkça “işverenin başka bir işçisine” ibaresine yer verilmiştir. İşçinin işyerinde bulunan memur, çırak, stajyer gibi kişilere, başka bir işverenin işçisine ya da müşteriye cinsel tacizde bulunması aynı maddenin II. bendinin (e) alt bendi uyarınca derhal fesih nedenidir⁷²⁷.

⁷²⁴ SÜMER, s. 121; SAVAŞ, s. 81.

⁷²⁵ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 291-292; SAVAŞ, s. 82.

⁷²⁶ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 250-251; SÜMER, s. 121; Yargıtay da işyerinde stajyer olarak görev yapan kız öğrenciye karşı tacizi İş Kanunu’nun 25. maddesinin II.bendinin (c) alt bendi kapsamında değerlendirmiştir (Bkz.Y9HD, 19.06.2006, 13620-17779).

⁷²⁷ ŞAHLANAN, Cinsel Taciz, s. 5; SAVAŞ, s. 81.

ddd) İşçinin Sataşması

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (d) alt bendinde işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması halinde işveren sözleşmeyi haklı sebeple derhal feshedebilecektir.

Sataşma, işverene veya onun ailesi üyelerinden birine yahut başka bir işçisine karşı yapılmalıdır. Bir görüşe göre, maddede işveren vekilinden söz edilmemiş de, işveren vekilinin de sataşmaya maruz bırakılması halinde, hükmüne amacı dikkate alınarak eylemi yapan işçinin iş sözleşmesinin derhal feshedilebilmesi gerekir⁷²⁸.

İşverene, onun ailesi üyelerinden birine yahut başka işçisine karşı yapılan sataşma, sözleşme veya eylemli davranış şeklinde olabilir. İşverene ve aile üyelerinden birine işyeri dışında yapılan sataşma da derhal fesih nedenidir. Buna karşılık, diğer işçilere karşı işyeri dışında gerçekleşen sataşmanın haklı sebep teşkil edebilmesi için işyeri ile ilgili olması ya da işyeri düzenini önemli derecede olumsuz etkilemesi gerekir⁷²⁹.

Sataşma bizzat işçi tarafından yapılabileceği gibi, yakını tarafından da gerçekleştirilmiş olabilir. İşçi yakınının işyerinin düzenini ve disiplinini olumsuz yönde etkileyen sataşması işçi-işveren ilişkisini çekilmez hale getiriyorsa, olayın özelliğine göre, işverenin derhal fesih hakkının varlığını kabul etmek gerekir⁷³⁰. Ancak işçi yakınının her sataşması bu kapsamda değerlendirilmemelidir. İşçinin, kendisi ile ilgili sebepten dolayı, azmettirdiği veya bilgisi dâhilinde yahut engelleme imkânına sahip olduğu halde engellemediği yakınının sataşması anılan hüküm çerçevesinde değerlendirilebilir. İşçi yakınının işçi ile ilgisi kurulamayan geçmişteki bir husumeti sebebiyle işverene, onun ailesi üyelerinden birine veya başka bir işçisine sataşması, işçinin bunu engelleme imkânına sahip olup olmamasına göre değerlendirilmelidir⁷³¹. İşçinin yakını tarafından gerçekleştirilen sataşmayı önceden engelleme imkânı olduğu halde bunu yapmaması, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (e) alt bendi gereğince,

⁷²⁸ NARMANLOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 444.

⁷²⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 843-844.

⁷³⁰ SÜZEK, s. 672; SAVAŞ, s. 85.

⁷³¹ TUNÇOMAĞ, s. 384; ÇENBERCİ, s. 566; SAVAŞ, s. 85.

doğruluk ve bağlılığa aykırı davranış olarak nitelendirilebilir⁷³². Kanımızca, işçinin doğrudan etkisi, azetmettirmesi veya yönlendirmesiyle yakını tarafından gerçekleştirilen sataşmayı da İş Kanunu'nun II. bendinin (d) alt bendi kapsamında değerlendirmek gerekir.

Sataşma işyerinde olabileceği gibi, olayın özelliğine göre işyeri dışında ve iş sürelerinden sonra da gerçekleşebilir. Önemli olan işyeri ile ilgili olması ve işyeri düzenini olumsuz yönde etkileyerek işverenin sözleşmeye devamını çekilmez hale getirmesidir⁷³³.

Karşı tarafın tahrikiyle meydana gelen sataşmanın derhal fesih nedeni olup olamayacağı, karşılıklı iki davranış arasında uygun bir orantının bulunup bulunmamasına göre değerlendirilir. Sataşmada tahrik edici söz ve davranışın etkisine göre aşırılık söz konusu ise, feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmelidir⁷³⁴.

Sataşma niteliğindeki söz ve davranışların derhal fesih nedeni olabilmesi için suç teşkil etmesi gerekli değildir⁷³⁵.

eee) İşçinin Sarhoşluğu

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (d) alt bendinde işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması halinde de işverenin sözleşmeyi haklı sebeple derhal feshedebileceği düzenlenmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun “Bağımlılık Yapan Maddeleri Kullanma Yasağı” başlığını taşıyan 28. maddesine göre, işyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmenin ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmanın yasak olduğu (f.1) belirtildikten sonra, işverenin işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisine sahip olduğu öngörülmüş, daha sonra alkollü içki kullanma yasağının uygulanmayacağı çalışanlar belirtilmiştir. Buna göre, alkollü içki yapılan işyerlerinde

⁷³² Y22HD, 04.06.2015, 2014/8697-2015/19437.

⁷³³ ÇENBERCİ, s. 566; SÜZEK, s. 672; SÜMER, s. 121.

⁷³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.844; SAVAŞ, s. 90.

⁷³⁵ SAYMEN, s. 577; OĞUZMAN, s. 55; NARMANLIOĞLU, s. 444; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 844; Aksi görüşte ATABEK, s. 137.

çalışan ve işin gereği olarak üretileni denetlemekle görevlendirilenler, kapalı kaplarda veya açık olarak alkollü içki satılan veya içilen işyerlerinde işin gereği alkollü içki içmek zorunda olanlar ve işinin niteliği gereği müşterilerle birlikte alkollü içki içmek zorunda olanlar için alkollü içki kullanma yasağı uygulanmaz (m.28/3-a,b,c). Şu halde alkollü içki kullanma yasağına tabi çalışanların işyerinde alkol almaları işveren açısından haklı fesih sebebi sayılamaz.

İşçinin irade ve davranışlarını ve işin normal şekilde yürütme yeteneğini etkileyecek şekilde alkol alarak işyerine gelmesi durumunda, işyerine sarhoş geldiği kabul edilmelidir. Aksi halde sadece işyeri dışında alkol alınmış olması, işverenin derhal fesih hakkının doğumu için yeterli değildir⁷³⁶. Buna karşılık, işyerine uyuşturucu madde almış olarak gelmek, derhal fesih hakkının doğumu için yeterli olup, işçinin sarhoş olması, irade ve davranışlarının etkilenmiş olması gerekmez⁷³⁷.

Söz konusu hüküm uyarınca işyerinde alkollü içki kullanmanın derhal fesih hakkını doğurması için işçinin irade ve davranışlarının alkollü içki veya uyuşturucu maddeden etkilenmiş olması şart değildir⁷³⁸.

Sadece işyerinde değil, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlarda alkollü içki veya uyuşturucu madde almak ya da belirtilen yerlere sarhoş veya uyuşturucu madde alarak gelmek derhal fesih nedenidir⁷³⁹.

fff) İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışları

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (e) alt bendine göre işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması işveren açısından fesih için haklı sebeptir. Hangi davranışların doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar olduğunu önceden belirlemenin mümkün olmaması nedeniyle, anılan hükümde bir kaç örnek verildikten sonra “gibi” sözcüğü kullanılarak benzer davranışların da derhal fesih

⁷³⁶ ÇENBERCİ, s. 564-565; NARMANLIOĞLU, s. 444.

⁷³⁷ EKONOMİ, s. 175-176; KAPLAN, s. 145; SAVAŞ, s. 93.

⁷³⁸ SÜZEK, s. 673; SAVAŞ, s. 93.

⁷³⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. NARMANLIOĞLU, s. 445; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 230.

sebebi olabileceği öngörülmüştür. Buna göre, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya koymak gibi davranışlar doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlardır. Verilen örneklerle göre, güven temelinin çökmesine sebep olan sadakat borcuna aykırı davranışların, bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Kanun koyucu hangi davranışların doğruluk ve bağlılığa uymadığını tek tek saymamış, örnekleme yoluyla açıklama yapma gereğini duymuştur. Bunun nedeni doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışların iş yaşamının gereklerine ve çevrenin geleneklerine göre değişkenlik arz etmesidir. Bu nedenle “hâkim, hangi davranışların doğruluk ve bağlılığa aykırı sayılmak gerekeceği konusunda belli ve kesin sınırlı bir ölçüden hareket etmemek, özellikle iş yaşamının gereklerini ve çevrenin geleneklerini göz önüne alarak her davranışın özelliğine göre bir sonuca varmak zorundadır”⁷⁴⁰. Davranışın toplumun ve özellikle de iş yaşamının değer yargılarına göre, doğruluk ve bağlılığa aykırı olması gerekir⁷⁴¹.

Türk iş hukuku mevzuatında işçinin sır saklama borcuna ilişkin açık ve genel bir düzenleme bulunmamasına karşın, iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında ve bazı şartlarda sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam eden bir borç olarak değerlendirilmektedir⁷⁴². İş sözleşmesi devam ederken, işçinin sır saklama ve rekabet yapmama borçlarına aykırı davranışının yaptırımı İş Kanunu’nun 25. maddesinin II. bendinin (e) altı bendi uyarınca haklı fesih nedenidir⁷⁴³.

Doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışların haklı fesih sebebi olması için, aynı zamanda suç teşkil etmeleri gerekmez⁷⁴⁴. Bu nedenle işveren ceza davasının sonucunu beklemeden derhal fesih bildiriminde bulunabilir. Kuşkusuz feshin haklı nedene dayandığını işveren kanıtlamalıdır. Ancak ceza davasında böyle bir davranışının bulun-

⁷⁴⁰ ÇENBERCİ, s. 570.

⁷⁴¹ ÇENBERCİ, s. 572. Bu konuda bkz. YHGK, 29.05.1991, 223-315, İşveren C.XXX, Temmuz 1992, S.10, s. 17.

⁷⁴² ESENER, s. 157; UŞAN, M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003, s. 157.

⁷⁴³ UŞAN, İş Sırrı, s. 175; İşçinin işverenle rekabet edici davranışlarda bulunması sadakat borcuna aykırılık oluşturduğu gibi, bazen haksız rekabet de teşkil edebilir, ayrıntılı bilgi için bkz. UŞAN, İş Sırrı, s. 160 vd.

⁷⁴⁴ OĞUZMAN, s. 71; TUNÇOMAĞ, s. 383; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 611 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 448; SÜZEK, s. 674.

madiğine karar verilmesi durumunda feshin haksız hale gelmesi söz konusu olacaktır. Uyuşmazlığın aynı zamanda ceza soruşturmasına konu olması halinde hukuk hâkimi uyuşmazlığı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi çerçevesinde çözecektir⁷⁴⁵.

ggg) İşçinin İşyerinde Suç İşlemesi

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (f) alt bendine göre işçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi halinde, işveren açısından sözleşmeyi haklı sebeple derhal fesih hakkı doğar. Söz konusu davranışın haklı sebep teşkil etmesi için, öncelikle suçun işyerinde işlenmesi gerekir. İş Kanunu'nun 2. maddesine göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. Buna göre, araçta veya araçla (trafik suçu) işlenen suç, bu kapsamda değerlendirilecektir.

Diğer yandan, işyerinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan bir suç söz konusu olmalıdır. Suçun kanunda belirtilen karşılığı ceza değil, mahkemece hükmedilen ceza göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkemece nihai olarak para cezasına dönüştürülen hapis cezası yedi günden fazla olsa bile anılan hüküm kapsamında haklı fesih sebebinden söz edilemez⁷⁴⁶. Diğer bir koşul ise, yedi günden fazla hapis cezasına ilişkin cezanın ertelenmemiş olmasıdır.

İşçi hakkında bu nedenle açılan bir ceza soruşturması veya davası varsa, davanın sonucu beklenmelidir. Çünkü söz konusu düzenleme işçinin suç işleme ihtimalini değil, işlenmiş olan suç nedeniyle kesinleşmiş ve ertelenmemiş bir cezayı derhal fesih hakkı kapsamında değerlendirmiştir⁷⁴⁷.

Kanımızca işverene, onun ailesi üyelerinden birine veya başka bir işçiye karşı işlenen suçlar söz konusu bent kapsamında değerlendirilemez. Çünkü belirtilen kişilere

⁷⁴⁵ ÇENBERCİ, s. 571.

⁷⁴⁶ ÇENBERCİ, s. 575; SÜZEK, s. 674-675; NARMANLIOĞLU, s. 451.

⁷⁴⁷ ÇENBERCİ, s. 75 ve dn. 62/b'de belirtilen YHGK, 20.02.1963, 77-22 sayılı karar.

karşı sataşma, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (d) alt bendinde düzenlenmiştir. Sataşma, suç teşkil eden söz ve davranışları da içine alan geniş bir kavramdır. Suçun hapis cezasını gerektirip gerektirmediği, verilen cezanın hapis veya para cezası olup olmadığı ve ertelenip ertelenmediği önemli değildir. Bu sebeple İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (f) bendinin, üçüncü kişilere karşı işlenen suçlarla ilgili olduğu düşünülmelidir.

hhh) İşçinin İşe Devamsızlığı

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (g) alt bendine göre, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi halinde işveren sözleşmeyi haklı sebeple derhal feshedebilecektir. Buna göre, üç devamsızlık hali haklı fesih sebebi yapılmıştır. İlki, işçinin ardı ardına iki iş günü şeklinde gerçekleşen devamsızlıktır. Buradaki “iş günü” kavramı, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır⁷⁴⁸. İş Kanunu'nun 44. maddesinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabileceği, sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayının gerekli olduğu belirtilmiştir. Buna göre, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılacağı bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile öngörülmüşse söz konusu günler de iş günü sayılır⁷⁴⁹. Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılacağı kararlaştırılmamakla birlikte, işçi söz konusu günlerde çalışacağı konusunda onay vermişse anılan günler işe devamsızlık bakımından “iş günü” sayılacaktır. İşgünlerinin ard arda olması, bir iş gününün ertesi günüdür. Başka bir anlatımla, araya herhangi bir tatil veya işgünün girmemesi gerekir. Örneğin, hafta tatilinin Pazar günü yapıldığı ve haftanın altı günü çalışılan bir işyerinde işçi, Cumartesi ve Pazartesi günü işe gelmemişse, ard arda iki iş gününün varlığından söz edilemez.

İş sözleşmesinin haklı sebeple feshini gerektiren ikinci devamsızlık hali, bir ay içinde iki kez herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü işe gelmemektir. Kanunda

⁷⁴⁸ NARMANLIOĞLU, s. 452. Ayrıca bkz. Y9HD, 22.02.2016, 30472-3413.

⁷⁴⁹ SÜZEK, s. 675.

“herhangi bir tatil günü” denilmesi, tatil gününden resmi olmasının gerekmediği anlaşılmaktadır⁷⁵⁰. Başka bir anlatımla, hükümde yer alan "herhangi bir tatil" günü kavramı, sadece Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da belirtilen tatil günlerini değil, hafta ve akdi tatil ve izin günlerini de kapsar⁷⁵¹.

Haklı fesih sebebi olarak öngörülen üçüncü devamsızlık hali ise, bir ayda üç iş günü işe devam edilmemesidir. Bir görüşe göre, buradaki “bir ay” ifadesi, işçinin işe gelmediği ilk günden itibaren aynı güne rastlayan bir ay sonraki gün arasındaki süredir (TBK.m.92/3)⁷⁵². Bu görüşe göre başlangıç olarak esas alınacak ilk günün belirlenmesi tartışmaya yol açabilecek niteliktedir. İşçinin ilk devamsızlığı son bir aydan önce ise, son devamsızlığın dikkate alınmaması ihtimali ortaya çıkar. Bu nedenle işçinin son olarak işe gelmediği gün itibarıyla geriye doğru bir aylık sürenin belirlenmesi gerekir⁷⁵³.

Kanunda derhal fesih sebebi olması için yukarıda belirtilen hallerde devamsızlık yeterli görülmemiş, sözü edilen devamsızlık hallerinin işverenden izin almaksızın ve haklı bir nedene dayanmaksızın gerçekleşmesi gerektiği öngörülmüştür. Buna göre, işçi işverenden ya da işveren vekilinden izin almışsa veya devamsızlığı haklı bir nedene dayanıyorsa, fesih için haklı bir sebepten söz edilemeyecektir. İzin aldığını veya devamsızlığının haklı bir nedene dayandığını işçi ispat etmelidir⁷⁵⁴.

İşçinin izni yetkili amirden ve izin için gerekli olan prosedürü tamamlayarak almış olması gerekir. Ancak, izin yetkili olmayan işveren vekili tarafından verilmiş olmasına rağmen, işçi bunu bilemeyecek durumda ise veya işveren vekilinin davranışlarından izin prosedürünün tamamlanmış olduğu sonucuna vararak işyerinden

⁷⁵⁰ NARMANLIOĞLU, s. 453; SÜZEK, s. 675.

⁷⁵¹ SÜMER, Halûk Hadî, "Yargıtay Kararlarının Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, TÜHİS, Ankara 1998, 201-224, s. 210.

⁷⁵² NARMANLIOĞLU, s. 453, dn. 386; SÜZEK, s. 676, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 253.

⁷⁵³ SÜMER, s. 122.

⁷⁵⁴ “Dosya içeriğine göre,davacının bayram tatilinden sonra devamsızlığı ileri sürülen günlere ilişkin ücretli veya ücretsiz izinde olduğu ya da haklı mazeretinin bulunduğu kanıtlanamamıştır...davacının mazeretsiz devamsızlığı sabit olduğundan iş aktinin işveren tarafından feshinin haklı nedene dayandığı ve bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”. (Y9HD, 18.02.2011, 2009/5242-2011/3912). Aynı yönde kararlar için bkz. Y22HD, 16.09.2015, 2014/14447-2015/25198 ve Y22HD, 03.04.2017, 6520-7487.

ayrılmışsa, haklı fesih için devamsızlığın gerçekleştiği kabul edilemez⁷⁵⁵. Bunun gibi, amirin yetkisini aşarak işçiye izin vermesi ve buna güvenerek işe gelmeyen işçinin devamsızlığının izne dayanmadığının ileri sürülmesi, iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Ayrıca işveren, izin yetkisini iyiniyet kurallarına uygun kullanmalıdır. Kanun ve sözleşme hükümleri uyarınca izin verilmesi gereken durumlarda, önemli bir neden bulunmadığı sürece, izin vermekten kaçınmamalıdır⁷⁵⁶.

Devamsızlığı haklı kılan nedenler, kanunda belirtilmemiştir. Devamsızlığı haklı kılan nedenler, her olayın özelliğine göre dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir⁷⁵⁷. Haklı nedene dayansa bile, dürüstlük kuralları gereği, işçinin devamsızlığını dayandığı nedeni ile birlikte işverene bildirmesi gerekir. Ancak dürüstlük kuralları gereği, bildirimde bulunmasının beklenemeyeceği hallerde işveren açısından haklı sebebin varlığından söz edilemez⁷⁵⁸. Yargıtay, işçinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesini fesih için haklı sebep değil, geçerli sebep olarak kabul etmiştir⁷⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, işçiden dürüstlük kurallarına göre haklı nedeni bildirme yükümünü yerine getirmesinin beklenemeyeceği durumlarda, işverenin derhal fesih hakkı doğmaz⁷⁶⁰. Bununla birlikte devamsızlığın haklı nedene dayanma ihtimali karşısında basiretli bir işverenden beklenen devamsızlığın nedenini araştırdıktan sonra fesih konusunda bir karar vermesidir.

iii) İşçinin Görevini Yerine Getirmemesi

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (h) alt bendine göre işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi,

⁷⁵⁵ SÜMER, İşçinin İşe Devamsızlığı, s. 212.

⁷⁵⁶ ÇENBERCİ, s. 577. Yargıtay bir kararında, kadın işçinin doğum sonrası ücretsiz izin talebinin işverenin kabulüne bağlı olmadığını belirterek, doğum sonrası ücretsiz izin talebi işverence kabul edilmeyen işçinin devamsızlığının haklı mazerete dayandığı gerekçesiyle işverenin feshini haksız kabul etmiştir (Y22HD, 16.11.2012,17668-25610).

⁷⁵⁷ SÜZEK, s. 676; SÜMER, s. 122.

⁷⁵⁸ SÜZEK, s. 676; SÜMER, İşçinin işe devamsızlığı, s. 213.

⁷⁵⁹ “Makul süre içerisinde işe gelmeme mazeretini işverene bildirmediği anlaşılan davacının eyleminin fesih için aklı sebep ağırlığında olmasa da işveren bakımından geçerli sebebe dayanığının kabulü gerekir”. (Y22HD, 26.05.2014, 12137-14262).

⁷⁶⁰ ÇENBERCİ, s. 580.

işveren açısından fesih için haklı sebeptir⁷⁶¹. İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri, kanundan, bireysel veya toplu iş sözleşmesinden, yönetmelikten kaynaklanabilir. İster kanundan, isterse sözleşmeden doğsun, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevlerinin açık olması gerekir. Görevi kapsamında yer almamakla birlikte, dürüstlük kuralları gereğince yapılması gereken bir işi yapmayan işçinin davranışı da söz konusu hüküm kapsamında değerlendirilmelidir. Görevi kapsamında olmayan veya dürüstlük kuralları gereği yapılması zorunlu bulunmayan işin yapılmaması nedeniyle, işveren açısından haklı fesih hakkından söz edilemez⁷⁶².

İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevi yapmamasının kapsamına, işyerine gelmiş olduğu halde hiçbir işi yapmaması girdiği gibi, işin gereği gibi yapılmaması da girer⁷⁶³. İş sözleşmesi hükmü uyarınca nakledildiği işyerine gitmeyen işçinin davranışı da işverene derhal fesih hakkı verir. Ancak bunun için işverenin geçerli bir nakil yetkisine sahip olması ve nakil yetkisini dürüstlük kurallarına uygun kullanması gerekir⁷⁶⁴.

Söz konusu hükme göre, işçinin yapmakla ödevli olduğu görevlerini yapmaması derhal fesih için yeterli değildir. İşçinin görevlerinin hatırlatılması (tekrar kendisine bildirilmesi), buna rağmen yapmamakta ısrar etmiş olması gerekir⁷⁶⁵. Hatırlatma daha önce belirlenmiş ve işçiye bildirilmiş görevlere ilişkin olmalı ve işçinin görevlerini yer-

⁷⁶¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ODAMAN, Serkan, “4857 sayılı Kanunun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin; Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta İsrar Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, 81-93.

⁷⁶² İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevlerinin kapsamı belirlenirken, yalnızca kanun ve iş sözleşmeleri değil, iş hayatının gelenekleri ve özellikle dürüstlük kuralları da göz önünde bulundurulmalıdır (Bkz. ÇENBERCİ, s.586). Aynı yönde NARMANLIOĞLU, s. 457-458; SÜZEK, s. 677.

⁷⁶³ NARMANLIOĞLU, s. 459, dn. 398.

⁷⁶⁴ Nakil yetkisinin geçerliliği ve kullanım denetimi konusunda geniş bilgi için Bkz. BAYCIK, Gaye, “İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi”, AÜHFD, S.2, 2012, 487-504; CİVAN, Orhan Ersun, “Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, Prof.Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.I, Ankara, 2016, s. 807. Yazara göre, işyeri değişikliğine ilişkin kayıtlar şeffaf biçimde kaleme alınmalı, bu kayıtların kullanımına ilişkin sebepler geçerli fesih sebeplerine paralel olarak genel ifadelerle belirtilmelidir. Aynı yer, s. 809.

⁷⁶⁵ “İşçinin görev tanımının, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması işverenin hatırlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz”. (Y9HD, 10.02.2014, 2011/54351-2014/3898). Kanunda “hatırlatma” sözcüğü uyarma anlamında kullanılmıştır. SÜZEK, s. 677. Kanımızca “görevi kendisine hatırlatıldığı halde” ifadesi, hatırlatmanın yalın anlamı ile kullanıldığına işaret eder. İşçiye görevlerini hatırlatmanın nedeni, işçiye görevlerini bilmesini sağlamak, buna rağmen yapmıyorsa “yapmamakta ısrar” ettiği sonucuna varmaktır.

ine getirmekten kaçınmasından sonra yapılmalıdır⁷⁶⁶. İşçiye daha önce bildirilmiş olan görevleri genişletilerek veya ek görevler verilerek hatırlatma yapılamaz. Hatırlatma sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Yapılmayan işin görev kapsamına girdiğini, hatırlatma yapıldığını ve işçinin yapmamakta ısrar ettiğini kanıtlama yükü, işverendedir⁷⁶⁷.

İşçinin görev sınırlarında kalmakla birlikte, işin ifası uygun olmayan yer ve zamanda yerine getirilmesi isteniyorsa ya da işçinin ödevini yapmaması haklı bir nedene dayanıyorsa, derhal fesih hakkı doğmaz. Hafta tatilini, yıllık ücretli iznini ve iş görmekten kaçınma hakkını kullanmakta olan işçiden çalışmasının talep edilmesi veya onayı olmadığı halde fazla çalıştırılmak istenmesi ya da iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmadan bu nitelikteki bir işte çalışmasının istenmesi halinde işçinin görevlerini yapmaması, işverene derhal fesih için haklı sebep teşkil etmez⁷⁶⁸.

jjj) İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi veya İşverenin Malına Zarar Vermesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddesine göre, işçi yüklendiği işi özenle yapmak, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları

⁷⁶⁶ “İşçiye yapılacak hatırlatmada/uyarıda, işçiye yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmelidir. Bildirimde, görevin hatırlatılması yeterlidir. Görevin gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği hususunun ayrıca bildirilmesi gerekmez. Ancak, işveren tarafından işçiye bu yönde bir bildirim yapılmış ise, işçinin yeni bir eylemi gerçekleşmedikçe, önceki eylemlerine dayanılarak iş akdi feshedilemez”, (Y22HD, 28.05.2019, 2016/13332-2019/11970). “4857 sayılı Kanun ile işçinin “görevi yapmamakta ısrar etmesi” kuralı getirilmiştir. Bu noktada işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez görevi yapmama yeterli sayılmamalıdır. İşçinin görevi yapmama eylemi hatırlatmanın ardından devamlılık arz etmelidir”, (Y22HD, 15.02.2016, 2014/35522-2016/3837). Bir görüşe göre, hatırlatma görevini yapmaması halinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedileceğinin bildirilmesi şeklinde olmalıdır. ÇENBERCİ, s. 588. Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay’a göre “İşçiye yapılacak hatırlatmada, işçiden yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmelidir. Bildirimde, görevin hatırlatılması yeterlidir. Görevin gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği hususunun ayrıca bildirilmesi gerekmez”, (Y9HD, 03.05.2010, 2008/24871-2010/12063). Aynı yönde, Y9HD, 12.03.2018, 2015/11105-2018/4922.

⁷⁶⁷ “İşveren tarafından fesih öncesinde, işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri hatırlatılmalıdır. Bu hatırlatmanın sözlü ya da yazılı biçimde yapılması mümkündür. Bu konuda ispat yükü de işverendedir”. (Y9HD, 01.06.2016, 18155-12923).

⁷⁶⁸ ÇENBERCİ, s. 588; NARMANLIOĞLU, s. 459; SÜZEK, s. 677.

usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermek zorundadır⁷⁶⁹.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (1) alt bendine göre, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması durumunda işveren, sözleşmeyi haklı sebeple derhal feshedebilir⁷⁷⁰.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre işçi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hakaretlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür(m.19). Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 2. fıkrasına göre de, işçiler, iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü tedbire uymakla yükümlüdür. İşverenin derhal fesih hakkını kullanması için iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmüş olması yeterli olup, ayrıca zararın varlığı aranmaz⁷⁷¹. Başka bir anlatımla tehlikenin zarara dönüşmüş olması gerekmez. Örneğin, güvenlik görevlisinin görev yerini terk etmesi⁷⁷², kağıt fabrikasında sigara yasağına ilişkin taahhütnaameye

⁷⁶⁹ İşçinin özen borcu hakkında geniş bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, "İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım", YD, Ocak-Nisan 1987, s. 116 vd.

⁷⁷⁰ İş Sağlığı ve Güvenliğini tehlikeye düşüren işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği hakkındaki geniş bilgi için bkz. OKUR, Zeki, "İş Hukukunda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları", Kamu-İş, C.10, S.3, 2009, 1-32; ŞAHLANAN, Fevzi, "İşyerinde Sigara İçme Nedeniyle Haklı Fesih", Karar İncelemesi, Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, 28-30.

⁷⁷¹ OĞUZMAN, s. 68; EKONOMİ, s. 180, dn. 434; SÜZEK, s. 678; NARMANLIOĞLU, s. 461; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.858 ; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/ASTARLI, s. 620; KAPLAN, s. 161; SÜMER, s. 122; UŞAN, s. 123; ŞAHLANAN, İşyerinde Sigara İçme, s. 30. Yazara göre, sigara içmenin iş sağlığı ve güvenliği için tehlike oluşturmadığı durumlarda sözleşme ile yasak getirilmişse işçi bu yasağa uymak zorundadır. Mevzuat ve sözleşmede bu konuda bir yasak bulunmasa da işveren, yönetim hakkına dayanarak böyle bir yasak getirebilir. Ancak işveren yönetim hakkına dayanarak getirdiği yasak iyiniyet kurallarına uygun olmalı ve salt işçiye bir günlük niteliğinde olmaması gerekir. Aynı yer, s. 30; ARSLAN, Seda, "Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi Veya İşyerindeki Malları Zarara Uğratması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Derhal Feshi", İÜHF, C. LXXII, S.2, 2014, s. 49.

⁷⁷² "Davacı güvenlik görevlisi olarak çalıştığı davalı işyerinden haksız olarak çıkarıldığını belirterek kıdem, ihbar tazminatları ile fazla mesai ücreti isteminde bulunmuştur...21.07.2004 günü saat 05:00 sularında yapılan denetimde davacının nöbet yerinde bulunmadığı tespit edilmiştir. Davacı işyerine verdiği 22.07.2004 günlü savunma dilekçesinde nöbet yerinde bulunmadığını kabul etmiştir. Güvenlik görevi ifa eden davacının görevini savsaması işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürmesi

rağmen sigara içilmesi⁷⁷³ zarar oluşturmaya bile işin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü için derhal fesih nedenidir. Diğer taraftan, tehlikenin mutlaka işçinin kastı veya ağır ihmali sonucu meydana gelmesi gerekmez. İşçinin hafif ihmali ile iş güvenliğinde sebebiyet verdiği tehlike de işverene derhal fesih hakkı verir⁷⁷⁴.

Hangi tehlikenin derhal fesih hakkını doğurduğu, başka bir anlatımla tehlikenin iş güvenliğini etkileyici nitelikte olup olmadığı her olayın şartlarına göre belirlenecek bir sorundur⁷⁷⁵.

Yukarıda belirtildiği gibi, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (1) alt bendi hükmünde, işin güvenliğini tehlikeye düşürme ve işverenin malına zarar verme olmak üzere iki ayrı durum fesih nedeni olarak öngörülmüştür. Ancak her iki sonucun da işçinin kastından veya ihmalden doğmuş olması gerekir. İşçinin kusuru olmadan belirlenen sonuçlar ortaya çıkmışsa, işverenin derhal fesih hakkı doğmaz. İş güvenliğinin tehlikeye düştüğünü ya da zararının doğduğunu işveren, iş güvenliğini tehlikeye düşüren veya zarar verici olayda kusuru bulunmadığını ise işçi ispatlamak zorundadır⁷⁷⁶.

İşçi, sebebiyet vermediği zarardan sorumlu tutulamaz. Başka bir anlatımla, burada işçinin sorumluluğunun temeli kusura dayanmaktadır. Bu nedenle, işveren açısından

haklı fesih nedenidir. Davacının bu eylemi 4857 Sayılı Kanunun 25/2-h bendine aykırılık oluşturmaktadır” (Y9HD, 21.01.2009, 2007/34191-2009/554).

⁷⁷³ “Somut olayda; davacı iş akdinin haksız feshedildiğini iddia etmiş, davalı işveren ise davacının yasak olduğunu bilmesine rağmen işyerinde sigara içtiğini, iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü ve bu nedenle feshin haklı olduğunu savunmuştur...Davacının çalıştığı işyeri bir kağıt fabrikası olup yangına çok elverişli bir konumu olduğu tartışmasızdır. Ayrıca davacı 2003 ve 2005 tarihli taahhütnamelerle işyerinde sigara içmeyeceğini taahhüt etmiştir. Yani işverence gerekli uyarılar yapılmıştır. Bütün bu olgular karşısında davacının eylemi 4857 sayılı İ.K'nın 25/II-ı bendinde düzenlenen işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi bendine uyduğundan kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi bozma nedenidir” (Y7HD, 28.04.2015, 4672-7580).

⁷⁷⁴ NARMANLIOĞLU, s. 461; SÜZEK, s. 679; KAPLAN, s. 161; ARSLAN, Tehlike ve Zarar, s. 51; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 858. Yazarlara göre, 3008 sayılı İş Kanunu'nda işçinin “kasıt ve ağır ihmali” ile oluşan iş güvenliği tehlikesi derhal fesih nedeni yapıldığı halde, mülga 1475 sayılı İş Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu'nda böyle bir sınırlamaya yer verilmemesi, işçinin hafif ihmali dışlayıcı niteliği bulunan bağımlılık ilişkisi ile çelişir.

⁷⁷⁵ NARMANLIOĞLU, s. 461.

⁷⁷⁶ NARMANLIOĞLU, s. 463; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 620; Yargıtay da bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “İşçinin iş görme edimini yerine getirirken özen borcuna aykırı davrandığı kasıt veya ihmali ve dikkatsizlik ile işverene zarar verdiği hallerde zarara uğradığını ispat yükü işverene, zararın oluşmasında kusuru bulunmadığını ispat yükü ise işçiye aittir”. (Y9HD, 09.04.2012, 2011/4449-2012/6736). Aynı yönde Y9HD, 2007/9302-2008/2652.

derhal fesih hakkının doğup doğmadığı, zararın meydana gelmesine yol açan kusura dayalı bir sözleşmeye aykırı davranışın mevcudiyetini gerektirir⁷⁷⁷. Yargıtay, işçinin az da olsa kusuru oranında doğacak zararın otuz günlük ücreti tutarında olması halinde feshin haklı sebebe dayandığına karar vermektedir⁷⁷⁸. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun 400. maddesinin 2. fıkrasına göre, zarara yatkın işlerde hafif ihmalle verilen zarardan işçinin sorumlu tutulmaması gerekir⁷⁷⁹. Başka bir anlatımla, işçinin işverene verdiği zarar bakımından, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (1) alt bendi uyarınca feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı değerlendirilirken Türk Borçlar Kanunu'nun 400. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ölçütlerin dikkate alınması gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun sözü edilen hükmü uyarınca belirlenecek zarar miktarının işçinin otuz günlük ücretini aşıp aşmadığı değerlendirilmelidir⁷⁸⁰. Öğretide hafif ihmalle dahi olsa otuz günlük ücret tutarında zarara sebep olunmasını haklı fesih sebebi sayan İş

⁷⁷⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, İşçinin Sorumluluğu, s. 118. Yargıtay da bir kararında bu durumu, “Davacının eyleminin feshi gerektirecek geçerli bir neden teşkil edip etmediğinin belirlenmesi için kusur oranı ve oluşan zarar miktarının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu nedenle, gerekirse olayın meydana geldiği yerde bilirkişi aracılığı ile keşif yapılarak davacının kusurlu olup olmadığı tespit edilmeli, ayrıca oluşan zarar ile varsa kusura isabet eden zarar miktarı belirlenerek sonucuna göre Yargıtay Kararları 251 feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına karar verilmelidir” şeklinde ifade etmiştir. (Y9HD, 15.02.2009, 2008/28802-2009/13775).

⁷⁷⁸ “Yapılacak iş trafik ve hasar konusunda uzman bilirkişilerden rapor alınarak araçta meydana gelen hasar miktarını, davacının olaydaki kusurunu, bu kusur oranına isabet eden zarar miktarını bu miktarın davalının 30 günlük brüt ücretini aşıp aşmadığını, davacının 30 günlük brüt ücretini aşırıyorsa iş akdinin 6 iş günlük hak düşürücü süre içinde feshedilip feshedilmediğini belirlemek, iş akdinin haklı veya geçerli nedenle feshedilip feshedilmediğini tartışıp çıkacak sonuca göre bir karar vermektir” (Y7HD, 18.04.2013, 10364-7092). Zarar miktarının otuz günlük ücretin altında kalması halinde olayın özelliğine göre fesih için geçerli neden teşkil edebileceğine yönelik karar için bkz. Y9HD, 29.04.2015, 2014/2957-2015/15780. Aynı yönde bkz. Y9HD, 04.03.2015, 3479-9039. Anılan kararın eleştirisi için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, “İşverene verdiği zarar otuz günlük ücretinden fazla olan hafif kusurlu işçinin iş akdinin haklı nedenle değil; geçerli nedenle feshedilebileceği”, karar incelemesi, Tekstil İşv., Hukuk, Kasım 2015, s. 2-4.

⁷⁷⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğünden önce öğretide dürüstlük kurallarına göre bağışlanabilir nitelikteki savsamaların derhal fesih nedeni yapılmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. ÇENBERCİ, s. 589.

⁷⁸⁰ BAYCIK, Gaye, Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2015, s. 263. Yazara göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 400. maddesinin 2. fıkrası uyarınca belirlenen zarar miktarının işçinin otuz günlük ücretinden az olması halinde iş sözleşmesi geçerli nedenle dahi feshedilemez. Ancak işçinin bu şekilde hafif ihmaliyle ve fakat tekrarlanan şekilde işverene zarar vermesi halinde feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Çünkü işçinin sözleşmeye aykırı davranışlarının fesih için geçerli sebep olabilmesi için, işçinin normal yürüyüşünün ve işyerindeki uyumun olumsuz etkilenmesi gerekir. Bkz. BAYCIK, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, s. 262-263.

Kanunu'nun II. bendinin (1) alt bendinin Türk Borçlar Kanunu'nun anılan hükmü ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği, haklı olarak ileri sürülmüştür⁷⁸¹.

İşverenin derhal fesih hakkını kullanması için işçinin kusuruyla verdiği zararın miktarı da önemlidir. Bu zararın işçinin kusuruna karşılık gelen kısmı en az otuz günlük ücreti tutarıyla ödenemeyecek miktarda olması gerekir. En az otuz günlük ücret tutarındaki zararın belirlenmesinde göz önünde tutulacak ücret, olay tarihindeki çıplak brüt ücrettir⁷⁸².

İşçinin verdiği zararın işçi tarafından ödenmesi ya da sigorta tarafından karşılanması halinde dahi iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (1) alt bendi kapsamında feshedilip feshedilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, zararın karşılanmış olması sözleşmenin derhal feshine engel teşkil etmez. Çünkü derhal fesih hakkı, zararın tazmin edilmemesine bağlı bir yaptırım olarak öngörülmemiştir⁷⁸³. Başka bir görüşe göre ise, sigortaca karşılanan ve bu nedenle işçinin zararı tazmin yükümlülüğünü doğurmayan bir olayın daha ağır bir yaptırım olan fesih için haklı neden sayılması mümkün olmamalıdır⁷⁸⁴.

⁷⁸¹ SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, Tartışma Bölümü, s. 33; ALPAGUT, Gülsevil, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016, s. 54; SÜZEK, s. 679; BAŞBUĞ/YÜCEL, s. 210. Yargıtay da bir kararında, Türk Borçlar Kanunu'nun 400. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işçinin hafif kusuruyla verdiği zarar miktarı otuz günlük ücret tutarını aşırsa da haklı fesih nedeni yapılamayacağına karar vermiştir. (Y9HD, 11.03.2015, 2014/10040-2015/1642).

⁷⁸² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 859. Buna karşılık, öğretide olay tarihi ile fesih tarihi arasında ücrette muhtemel değişiklikler dikkate alınarak fesih tarihindeki ücretin dikkate alınması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz. YILMAZ, Halil, "İş Sözleşmesinin İşverenin Malvarlığına Zarar Verilmesi Nedeniyle Feshi", LİHSGHD, 2009/23, s. 1003; ARSLAN, Tehlike ve Zarar, s. 55; Otuz günlük ücretin belirlenmesinde dikkate alınacak ücretin brüt ücret olması gerektiği hakkında bkz. Y9HD, 26.01.2010, 2009/25906-2010/1326.

⁷⁸³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 859; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 255. Aynı yönde, "Zararın 30 günlük ücreti aşması durumunda işverenin fesih hakkı doğar ve işçinin zararı derhal ödemiş ya da ödeyecek olması, işverenin bu hakkını ortadan kaldırmaz. İşverence zarar tutarının işçiden talep edilmemiş oluşunun da feshe hakkını olumsuz etkileyen bir yönü bulunmamaktadır". (Y9HD, 11.10.2010, 2008/35644-2010/28576). Ayrıca bkz. Y9HD, 18.06.2013, 16571-18730.

⁷⁸⁴ SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, Tartışma Bölümü, s. 33; BAYCIK, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, s. 268. Yazara göre, sigorta tarafından karşılanan kasko bedeli dışında işverenin uğradığı başka zararlarından Türk Borçlar Kanunu'nun 400. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde yapılacak değerlendirme sonucunda işçinin sorumlu tutulabileceği miktar belirlenmelidir. Bkz. BAYCIK, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, s. 269-270.

cc) Zorlayıcı Sebepler

İş Kanunu'nun 25. maddesinin III. bendine göre, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması işverene sözleşmeyi haklı sebeple derhal fesih hakkı verir.

Yukarıda zorlayıcı sebep kavramı ile ilgili açıklamalar yapılmıştı⁷⁸⁵. Tekrar belirtim ki, zorlayıcı sebep, irade dışı meydana gelen, öngörülemeyen, ortaya çıktığında direnilemeyen ve bu nedenle ifa imkânsızlığına yol açan bir olaydır⁷⁸⁶. İş Kanunu'nun 25. maddesinin III. bendi kapsamında fırtına, kasırga, sel, deprem gibi doğal olaylar ya da salgın hastalık baş gösteren bir bölgenin karantinaya alınması gibi resmi bir karar işçi açısından zorlayıcı sebeplerdendir. İşçi zorlayıcı nedenlerle iş görme edimini geçici olarak ifa edememektedir. Geçici ifa imânsızlığına yol açan ve işçinin kusuruna dayanan sebepler, zorlayıcı sebep olarak kabul edilemezler. Bu nedenle, şoför olarak çalışan işçinin alkol kullandığı için sürücülük belgesine el konulması, özel güvenlik elemanı olarak çalışan işçinin özel güvenlik olarak çalışabilme şartlarını kaybetmesi nedeniyle güvenlik kartına el konulması gibi sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinin III. bendi kapsamına girmez⁷⁸⁷. Belirtilen bu örneklerde işçinin durumunun mesleki yeterlilik olarak değerlendirilmesi ve fesih için geçerli neden teşkil edip etmediğinin tartışılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁸⁸.

Zorlayıcı sebepten dolayı işçinin bir haftadan fazla bir süreyle iş görememesi zorlayıcı sebebe dayalı bir askı halidir⁷⁸⁹. Burada, işçi yönünden zorlayıcı sebeplerden kaynaklanan ve bir haftadan fazla süren geçici bir ifa imkânsızlığı söz konusudur⁷⁹⁰. Geçici ifa imkânsızlığı süresince iş sözleşmesi askıdadır. Askı halinin bir haftadan fazla süresi halinde, işveren açısından derhal fesih hakkı doğar. İşçinin zorlayıcı sebeple çalışmadığı süre içinde iş sözleşmesi askıda olduğundan, işveren bir hafta geçmeden iş

⁷⁸⁵ Bkz. 3.Bölüm, § 3, I, 1, A, c.

⁷⁸⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 863; KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 14 vd.

⁷⁸⁷ KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 112 vd.

⁷⁸⁸ BAYSAL, s. 117-122; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 862.

⁷⁸⁹ NARMANLIOĞLU, s. 465.

⁷⁹⁰ KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, s. 105.

sözleşmesini feshedemez⁷⁹¹. Bir haftalık süreden sonra zorlayıcı sebep devam ettiği sürece işveren derhal fesih hakkını kullanabilir. İşveren, zorlayıcı sebep sona erinceye kadar sözleşmeyi feshetmemişse, artık sonra eren zorlayıcı sebebe dayanarak iş sözleşmesini derhal feshetme yoluna başvuramaz⁷⁹². İşveren, zorlayıcı sebebin sona ermesinden sonra işçiyi çalıştırmazsa, olayın özelliğine göre temerrüt ya da haksız fesih söz konusu olur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 409. maddesine göre işçinin hastalık, askerlik veya kanundan doğan bir çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, geçici bir süre edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemelidir. Bu genel hükmün 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş sözleşmesinin zorlayıcı sebeplerle askıya alındığı hallerde uygulanması mümkün değildir. Çünkü 4857 sayılı Kanunu'nun 40. maddesi İş Kanunu'nun 25. maddesinin III. bendinde belirtilen zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışamayan işçiye bir hafta süreyle her gün için yarım ücret ödeneceğini açıkça düzenlemiştir. Herhangi bir çalışma karşılığı olmayan bu ücretin sosyal ücret niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁷⁹³. İşverenin bir hafta hafta süreyle yarım ücret ödeme borcu sözleşme ile ortadan kaldırılamaz⁷⁹⁴.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin III.bendi kapsamında zorlayıcı sebep işçi açısından geçici ifa imkânsızlığı oluşturduğu için işverene fesih imkânı vermektedir. İşveren açısından geçici kabul imkânsızlığına yol açan zorlayıcı sebep ise işçi bakımından derhal fesih nedendir.

dd) İşçinin Tutuklanması veya Gözaltına Alınması

İş Kanunu'nun 25. maddesinin IV. bendine göre, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması, işveren açısından fesih için haklı sebeptir. İşçinin işlediği suçun niteliği ne olursa olsun

⁷⁹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 861-862.

⁷⁹² OĞUZMAN, s. 98; ATABEK, s. 151; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 862; NARMANLIOĞLU, s. 465; SAVAŞ, s. 139; KAYIRGAN, Zorlayıcı Neden, 141.

⁷⁹³ OĞUZMAN, s. 97-98; SÜZEK, Askı, s. 101 vd.

⁷⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 864.

gözetilme ya da tutuklanma söz konusu olmamışsa, anılan fıkra kapsamında bir derhal fesih hakkından söz edilemez. Kanımızca işyeri dışında işyeri ile ilgili olmayan bir suçtan verilen hapis cezasının infazı da bu hüküm çerçevesinde ele alınabilir. Cezanın ertelenmiş olması veya iş ilişkisi kurulmadan önce işlenmiş ve cezası ertelenmiş bir suçun sonradan öğrenildiği hallerde sadakat borcunun ihlal edilip edilmediği, davranışın iş ilişkisi üzerinde ciddi şekilde olumsuz etkisinin olup olmadığı önem kazanabilir⁷⁹⁵. İşyeri dışında işlenen ve devamsızlığa yol açmayan bir suçun haklı fesih nedeni yapılabilmesi, sadakat borcunun ihlali bağlamında ele alınabilir⁷⁹⁶. Başka bir anlatımla, işçinin işyeri dışında ve iş ilişkisi ile ilgili olmayan bir davranışı, iş ilişkisine etkisi ölçüsünde fesih nedeni yapılabilir⁷⁹⁷.

İşverene derhal fesih hakkı veren gözetilme alınma veya tutuklanmanın hangi suçtan olduğu, eylemin işyerinde meydana gelip gelmediği, işyeri ile ilgili olup olmadığı, işçinin kusurunun bulunup bulunmadığı önemli değildir⁷⁹⁸. İşçinin kanunda belirtilen bildirim süresi kadar gözetilme alınması veya tutuklanması yeterlidir. Ancak tutuklanma veya gözetilme alınmaya neden olan eylemin İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendi kapsamına girmesi halinde tutuklanma veya gözetilme alınmanın veya süresinin önemi bulunmamaktadır. Yargıtay bir kararında, devlete ait işyerinde çalışan bir işçinin, işyeri dışında devlete karşı işlediği suçtan dolayı devamsızlığının, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (g) alt bendi uyarınca fesih için haklı neden teşkil ettiğine karar vermiştir⁷⁹⁹. Bir görüşe göre, bu durumun sadece kamu işyerlerinde çalışan işçilerin devlete karşı işlediği suçlar bakımından düşünülmesi gerekir⁸⁰⁰.

⁷⁹⁵ KOÇ, s. 57.

⁷⁹⁶ KOÇ, Sedef, : “İşçinin Suç Teşkil Eden Fiillerinin İş Sözleşmesine Etkisi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s. 1438.

⁷⁹⁷ KOÇ, İşçinin Suç Teşkil Eden Fiilleri, s. 1445.

⁷⁹⁸ AKYİĞİT, Ercan, “İş Sözleşmesinin Tutukluluk Veya Gözetilme Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu m.25/IV Üzerine Bir Deneme)”, Sicil, Aralık 2009, S.16, s. 57; Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, s. 235-236; SÜZEK, s. 681; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s. 863; NARMANLIOĞLU, s. 467; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 255-256; SÜMER, s. 123.

⁷⁹⁹ “Davacı,davalı işyerinde çalışmakta iken Devlete karşı işlenen suç sebebiyle tutuklandığı ve yargılamasının devam ettiği anlaşılmaktadır...Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre işyeri dışında işlense dahi Devlet aleyhine işlenen suç sebebiyle devamsızlık haklı fesih sebebidir”. (Y9HD, 16.12.2008, 40694-33770).

⁸⁰⁰ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 235.

Tutuklanma veya gözaltında alınmaya dayalı devamsızlığın zorlayıcı nedene dayandığının kabulü için tutuklama veya gözaltına alma kararı alınmış olması yeterli değildir. İşçinin aynı zamanda tutuklanmış veya gözaltına alınmış olması gerekir. Bu nedenle hakkında verilmiş olan gıyabi tutuklanma kararından dolayı devamsızlık yapan işçinin iş sözleşmesi, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (g) alt bendi gereğince feshedilebilir⁸⁰¹.

Bildirim süresi işverenin derhal fesih hakkını kullanması açısından beklenmesi gereken süre olup, iş sözleşmesi bu sürede askıdadır. İşveren, bekleme süresi geçmeden, sözleşmeyi feshedemez. Gözaltına alınma ve tutuklanma süresi bildirim süresine eşit olduğu andan itibaren gözaltı ve tutukluluk devam ettiği sürece derhal fesih hakkı kullanılabilir. Bildirim süresi geçtikten sonra işverence iş sözleşmesi feshedilinceye kadar, gözaltı veya tutukluluk süresince iş sözleşmesi askıda kalmaya devam edecektir.

Yargıtay'a göre, bildirim sürelerinin sözleşmeyle arttırılması halinde, bekleme süresinin arttırılan süreye göre belirlenmesi gerekir⁸⁰². Yargıtay'ın bu kararı İş Kanunu'nun 25. maddesinin IV. bendinin açıkça "17. maddedeki bildirim süreleri"ne işaret ettiği, bu nedenle sözleşmeyle arttırılmış sürelerin dikkate alınamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸⁰³. Kanımızca İş Kanunu'nun 25. maddesinin IV. bendinin esas aldığı 17. madde hükmü bildirim sürelerinin sözleşmeyle arttırılmasına imkân verdiğine göre, bekleme süresinin arttırılmış sürelerle göre belirlenmesi, anılan düzenlemeye aykırı olmaz. Tartışmaya yol açan bu hükmün işçi lehine yorumlanması gerekir.

Tutuklanmaya veya gözaltına alınmaya dayalı devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesinin feshi için tutuklanma veya gözaltında alınmanın haklı olup olmadığı

⁸⁰¹ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 236; Aksi yönde karar için bkz. Y9HD, 13.11.2006, 30791-29829, kararın haklı eleştirisi için bkz. AKYİĞİT, Tutukluluk, s. 53 vd.

⁸⁰² "Bildirim önellerinin sözleşme hükmü ile arttırılmış olması halinde, 4857 sayılı İş Kanununun 25/IV maddesi uygulaması yönünden arttırılmış sürelerin dikkate alınması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin derhal fesih hakkı ancak, tutukluluk süresinin arttırılmış ihbar önellerini aşması halinde ortaya çıkar". (Y9HD, 15.12.2008, 2007/33271-2008/33621). Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 02.05.2011, 12385-12782.

⁸⁰³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 255.

önemli olmadığı gibi, işçinin isnat edilen suçtan beraat etmesi de yapılmış olan feshi haksız hale getirmez⁸⁰⁴.

B) Basın İş Kanununa Göre Haklı Sebepler

Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinde hem gazeteci hem de işveren açısından iş ilişkisinin niteliğine özgü derhal fesih sebebi düzenlenmiştir. Aşağıda belirtileceği üzere, Basın İş Kanunu'nda öngörülen fesih sebebi dışında, dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmenin devamı beklenmeyen durum ve şartların varlığı halinde de, tarafların derhal fesih haklarının bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁰⁵. Basın İş Kanunu'nuna göre haklı sebepler, gazeteci ve işveren açısından ayrı ayrı incelenecektir.

a) Gazeteci Açısından Haklı Sebepler

Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında gazeteciye iş sözleşmesini derhal feshetme imkânını veren tek bir hal düzenlenmiştir. Ancak gazeteci açısından derhal fesih nedeni Basın İş Kanunu'nun anılan hükmünde belirtilenle sınırlı olması düşünülemez. Kanun koyucu sadece yapılan işin niteliğinden kaynaklanan özel bir fesih nedenini belirtme ihtiyacını hissetmiştir. İş sözleşmesi genel kanun niteliğindeki mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde “muhik sebepler” olarak belirtilen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 2. fıkrasında ise “dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar” olarak ifade edilen haklı sebeplerle derhal feshedilebilir⁸⁰⁶. Gazetecinin, dürüstlük ku-

⁸⁰⁴ NARMANLIOĞLU, s. 467; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 256; SÜMER, s.123; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 235.

⁸⁰⁵ SÜMER, Halûk Hâdi, Bireysel Basın İş Hukuku, 2.B, Konya 2016, s. 211. Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinin kısasen uygulanması gerektiği görüşü hakkında bkz. ŞAKAR, Müjdat, “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Çalışma ve Toplum, 2008/2, s. 15, 17.

⁸⁰⁶ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 211. Aynı Yazar, Gazetecinin Ücretinin Zamanında Ödenmemesinin Sonuçları, Sicil, S. 21, Mart 2011, s. 109. Yazara göre “Kanunda başkaca sebeplerin sayılmamış olması bir kanun boşluğudur. Boşluğun ise genel kanun niteliğinde olan Borçlar Kanunu ile doldurulması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 344. maddesine (TBK.m.435) göre, “Muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerek iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir. Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnü niyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder”. Hangi sebeplerin haklı sebep olarak kabul edileceği konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesi hükmünden de kıyasen yararlanılabilir.” Bkz. SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 109; SEVİMLİ, K.Ahmet, “Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı”, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C.2, S.1, 2000, <http://www.isguc.org/?p=article&id=90&cilt=2&sayi=1&yil=2000>; Basın İş Kanunundaki

ralları gereğince sözleşmeyi sürdürmesi beklenemeyen hallerde derhal fesih hakkının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde örneğin, işverenin gazetecinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak söz ve davranışlarda bulunması, satışta bulunması veya taciz etmesi yahut ücretinin ödenmemesi gibi tutum ve davranışlar nedeniyle sözleşme derhal feshedilemeyecektir. Yargıtay gazeteciye ücretin zamanında ödenmemesinin iş sözleşmesinin açıkça ihlali olduğuna, bunun fesih için haklı sebep teşkil ettiğine karar vermektedir⁸⁰⁷.

Basın İş Kanunu'nun 1. maddesinde, Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle⁸⁰⁸ haber ve fotoğraf ajanslarında anılan kanunda belirtilen fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar, gazeteci olarak tanımlanmıştır⁸⁰⁹. Anılan hükme göre gazete, haber ve fotoğraf ajanları da işyeri olarak kabul edildiği halde 11. maddenin 1. fıkrasında sadece mevkuteden söz edilmiştir. Gazete, haber ve fotoğraf ajanslarında Basın İş Kanunu'nun 11. maddesi 1. fıkrası anlamında bir değişiklik meydana geldiğinde, gazeteciden dürüstlük kuralları gereği sözleşmeye devamı beklenemeyeceğine göre, bu durumda derhal fesih hakkını Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 2. fıkrasına dayandırmak mümkündür. Ancak kanımızca Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1.

boşluğun İş Kanunu hükümleri ile kıyasen doldurulması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. ŞAKAR, Müjdat, Basın İş Sözleşmesi s. 15.

⁸⁰⁷ “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 tartışmasıdır. 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”. (Y9HD, 24.06.2008, 2007/17396-2008/17526).

⁸⁰⁸ Türk Dil Kurumu sözlüğünde de mevkute “belli zaman aralıkları ile çıkan yayın, süreli yayın, periyodik” şeklinde tanımlanmaktadır. Basın İş Kanunu’nda “mevkute”nin tanımı yapılmamışsa da Türk Dil Kurumu sözlüğünde belirtildiği gibi, süreli yayın anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ancak öğretilde Basın İş Kanunu’nda belirtilen gazete ve mevkute deyimlerinin işletme anlamında kullanıldığı belirtilmektedir (TUNCAY, A.Can, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, s. 29; ŞUĞLE, Mehmet Ali, İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara 2001, s. 491; SOYER, Polat, “Basın İş Kanununun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması”, LİHSGHD, S.50, 2016, s. 618).

⁸⁰⁹ Basın İş Kanunu’nun kapsamı hakkında geniş bilgi için bkz. SOYER, Basın İş Kanunu, 609-629; SÜMER, s. 27 vd.

fıkrasında sadece mevkuteden söz edilmesi, gazete, haber ve fotoğraf ajanslarının belirlenen fesih sebebi kapsamında dikkate alınmayacağı anlamında yorumlanamaz. Maddede mevkute, diğer işyerlerini (gazete, haber ve fotoğraf ajansları) de kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Dolayısıyla sadece mevkute değil, gazete, haber ve fotoğraf ajanslarının veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref ve şöhretini veya genel olarak manevi menfaatlerini ihlal edici durum oluşturacak şekilde açık bir değişiklik meydana geldiğinde, gazeteci açısından derhal fesih hakkı doğmuş olur⁸¹⁰.

Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre bir mevkutenin (yayının) veçhe (yön) ve karakterinde (dünya görüşü) gazeteci için şeref veya şöhretini ya da genel olarak manevi menfaatlerine zarar verici nitelikte açık bir değişiklik meydana gelirse, gazeteci iş sözleşmesini süresiz fesih yoluyla feshedebilir. Vicdan hükmü⁸¹¹ olarak da nitelendirilen söz konusu hükmün esas amacı, gazetecinin düşünce özgürlüğünü korumak ve gazeteciyi manevi değerlerini zedeleyecek bir ortamda çalışmak veya bir takım görüşleri savunmak zorunda kalmamasını, böylece kamunun doğru ve sağlıklı haber almasını sağlamaktır⁸¹². Buna göre, öncelikle gazete, süreli yayın, haber veya fotoğraf ajansının yön ve dünya görüşünde açık bir değişiklik meydana gelmelidir. Bu değişiklik gazetecinin şeref veya şöhretini veya manevi değerlerini zedeleyecek ağırlık ve nitelikte olmalıdır. Gazetecinin şeref veya şöhretine veya manevi değerlerine halel getirmeyecek bir değişiklik, haklı fesih sebebi oluşturmaz⁸¹³. Her iki koşulun varlığını feshin haklı sebebe dayandığını iddia eden gazeteci, ispat etmek zorundadır.

Çalıştığı gazetenin siyasi çizgisinin değişmesi⁸¹⁴, güncel ve haber değeri olmayan olaylara ağırlık verilmesi, gazetecinin düşünce özgürlüğünü sık sık ihlal eden bir yönetim anlayışının ortaya çıkması, gazeteci açısından derhal fesih sebebidir. Yargıtay bir

⁸¹⁰ ÖZEK, Çetin: “Basın Hukukumuzda Göre Fikir İşçileri İle İşverenler Arasındaki Münasebet”, İÜHFM, 1962, C. XXVIII, S.1, İstanbul 1962, s. 87; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 212-213; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 179.

⁸¹¹ ŞAKAR, s. 96, Aynı yazar, Basın İş Sözleşmesi, s. 15; TUNCAY, Basında İşçi ve İşveren, s. 80; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 179.

⁸¹² ÖZEK, s.86; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 179; NARMANLIOĞLU, Ünal, “Gazeteciye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, DEÜHFD, C.19, Özel Sayı, 2017, s. 1743.

⁸¹³ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 212-213.

⁸¹⁴ ÖZEK, s.86; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.213; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 180.

kararında⁸¹⁵, haber kaynaklarının deşifre edilmesini gazeteci açısından haklı fesih sebebi kabul etmiştir. Aynı kararda basın meslek etiğine aykırı çalışma şartlarının da İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrası anlamında derhal fesih nedeni olduğu belirtilmiştir.

Gazete, süreli yayın, haber ve fotoğraf ajanslarının yön ve dünya görüşünde değişiklik olup olmadığı, gazetecinin işe girdiği tarihteki durumu ile sonraki durumu göz önünde bulundurularak belirlenebilir. Değişikliğin gazetecinin şeref veya şöhretine veya manevi değerlerine olumsuz etkisi ise, gazetecinin uzmanlığı, meslekteki kıdemi, şöhret sahibi olduğu konu, değişikliğin tarihi gibi hususlar çerçevesinde tespit edilebilir. Belirtmek gerekir ki, değişiklikten itibaren makul bir süre geçmişse gazeteci, manevi değerlerinin zarar gördüğünü ileri sürerek sözleşmeyi derhal feshedemez. Makul süre, somut olayın özelliğine göre belirlenecektir.

Maddede süreli yayını ifade eden mevkuteye yer verilmişse de, öğretide haklı olarak, hükmün Basın İş Kanunu kapsamına giren tüm gazeteciler hakkında uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁸¹⁶. Bu bakımdan, maddede yer alan mevkute ifadesinin gazete ve süreli yayını kapsar şekilde anlaşılması gerekir.

Gazetecinin bu hüküm uyarınca sözleşmeyi derhal feshedebilmesi için öncelikle gazete veya süreli yayının yön ve dünya görüşünde açık bir değişiklik gerçekleşmelidir. Gazete veya süreli yayının yön ve dünya görüşünü etkilemeyen durum ve şartlar, fesih için haklı sebep kabul edilemez.

Gazete veya süreli yayının yön ve dünya görüşündeki değişiklik, gazetecinin şeref veya şöhretini veya manevi menfaatlerini ihlal edici nitelikte olmalıdır. Gazete veya süreli yayının yön ve dünya görüşünde açık bir değişiklik meydana gelmekle birlikte, bu

⁸¹⁵ “Veche ve karakter sözcükleri (objektif) ile gazetecinin şeref ve şöhreti manevi menfaati (subjektif) sözcüklerini birlikte ele almak gerekir. Gazetenin dünya görüşü ve siyasi çizgisi yanında insanlık ve sosyolojik boyutunda basın meslek etiğinin de göz önünde tutulması gerekir. Başka bir anlatımla, gazetenin çalışma şeklinin meslek etik ilkelerine uygun olması gerekir. Aksi bir tutum ve davranışın ortaya konması ve diğer basın organlarına yansımaları Basın Kanununun 11. maddesinin ilk fıkrasına aykırılık oluşturur”. (Y9HD, 03.03.2003, 1376-2719, Kamu-İş 2000-2005 Yargıtay Kararları, s. 888-891).

⁸¹⁶ ÖZEK, s. 87; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 180; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 212.

durum gazetecinin şeref veya şöhretini veya manevi menfaatlerini ihlal edici nitelikte değilse, derhal fesih sebebi sayılamayacaktır.

Buna göre, belli bir siyasi çizgide yayın yapan bir gazetede aynı siyasi çizgi doğrultusunda çalışan gazeteci açısından, gazetenin siyasi çizgisinin değişmesi derhal fesih sebebi kabul edilebilir⁸¹⁷.

b) İşveren Açısından Haklı Sebepler

Basın İş Kanunu'nda işverenin derhal fesih hakkına ilişkin düzenleme, kanunun “İhbar Müddetini Beklemeksizin Fesih Hakkı ve Tazminat” başlığını taşıyan 11. maddesinin 3. fıkrasında ve “Akdin Tatbik Edilemediği Hallerde Fesih” başlığını taşıyan 12. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır.

Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Vazifesinin ifasıyla ilgili hususlarda gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali neticesi olarak mevkutenin itibar veya şöhretine halel verecek fiil ve harekette bulunması hali işverene ihbar mühletini beklemeden iş akdini derhal feshetmek hakkını veren ağır sebeplerden sayılır”. Buna göre, derhal fesih hakkının doğumu için gazetecinin çalıştığı gazete, süreli yayın, haber veya fotoğraf ajansının itibar ve şöhretine halel getirecek bir davranışı bulunmalıdır. Feshe neden olan davranış söz, eylem veya yazı ile olabilir. Gazeteci, bu davranışı bilerek veya ağır ihmalle yapmış olmalıdır.

Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 4. fıkrasına göre, gazeteci, şeref ve şöhretine halel verebilecek mahiyette bir fiil ve harekette bulunması yönündeki işverenin talimatını yerine getirmek zorunda değildir. Anılan hükümde işverenin belirtilen nitelikteki isteğinin gazeteci tarafından yerine getirilmemesinin, işverene iş sözleşmesini derhal fesih hakkını vermediği öngörülmüştür.

Gazetecinin işverene derhal fesih imkânı veren davranışı, görevin ifasıyla ilgili olmalıdır⁸¹⁸. Gazetecinin görevin ifasıyla ilgili olmayan bir konuda kusurlu hareketi yayın organının saygınlık ve şöhretine zarar verse dahi, bu hüküm uyarınca işverene süresiz fesih hakkı vermez. Örneğin, kumarbaz ve alkolik olan bir gazeteci, bu durumu

⁸¹⁷ ÖZEK, s. 87; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 180; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 213.

⁸¹⁸ ÖZEK, s. 91; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 193; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 181.

görevi ile ilgili konulara yansıtmadığı sürece, bu davranışı fesih için haklı sebep teşkil etmeyecektir. Buna karşın, resmi bir basın toplantısına sarhoş gelen bir muhabirin, iş sözleşmesi derhal feshedilebilir⁸¹⁹. Gazetecinin görevinin ifasıyla ilgili olmayan kasti veya ağır ihmali neticesi işletmenin itibar veya şöhretine zarar verecek davranışı, işverene Türk Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinin 2. fıkrası uyarınca derhal fesih hakkı verir.

Gazetecinin kusurlu davranışının görevinin ifasıyla ilgili olup olmadığı, gazetecinin görev tanımı ve davranışı, olayın yer ve zamanı gibi hususlar göz önünde bulundurulur değerlendirilir.

Gazetecinin feshe neden olan davranışı, kasıt veya ağır ihmalle gerçekleşmiş olmalıdır. Hafif ihmale dayanan davranış, gazetenin saygınlık ve şöhretine zarar vermiş olsa dahi, derhal fesih sebebi yapılamaz⁸²⁰.

Davranışın yayın organının saygınlık ve şöhretine zarar verici nitelikte olup olmadığı, yayın organının genel çizgisi ve bu alandaki etik kurallar dikkate alınarak takdir edilecektir. Bu bağlamda, çok önemli ve güncel bir haberin atlanması gazetenin saygınlık ve şöhretine zarar verici nitelikte görülebilir⁸²¹.

Basın İş Kanunu'nun 11. maddesi 4. fıkrası hükmü, yayın organının saygınlık ve şöhretini korumak amacıyla işverenin yönetim hakkını sınırlandıran bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, işveren yayın organının saygınlık ve şöhretine zarar verecek emir ve talimatları yerine getirmediği için gazetecinin iş sözleşmesini derhal feshedemez.

İşverenin derhal fesih hakkı ile ilgili diğer bir özel düzenleme, Basın İş Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre, gazetecinin uğradığı hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde işveren açısından, tazminat ödemek kaydıyla, derhal fesih hakkı doğar. İşveren tarafından beklenmesi gereken en az altı

⁸¹⁹ ÖZEK, s. 91; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 181.

⁸²⁰ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 214; ÖZEK, s. 91, GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 181.

⁸²¹ ÖZEK, s. 91.

aylık sürede iş sözleşmesi askıdadır⁸²². Bu süre içinde işveren, sözleşmenin askıya alınmasını gerektiren hastalık sebebiyle sözleşmeyi feshedemez⁸²³. Maddenin 2. fıkrasında, hastalık sebebiyle görev yapamayacak hale gelip de işveren tarafından işinden çıkarılan gazetecinin, azami bir yıl içinde iyileştiği takdirde tekrar eski işine tercihan alınacağı belirtilmişse de, iyileşen gazetecinin eski işine alınmamasının yaptırımını düzenlenmiş değildir.

Gazetecinin hastalığı sebebiyle görevini yapamayacak derecede hastalanması, işveren açısından haklı sebep olarak öngörülmemiştir. Basın İş Kanunu'nun 12. maddesine göre, gazetecinin altı ayı geçmeyen hastalığı sebebiyle iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla da feshedilemez. Hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde ise, gazetecinin iş sözleşmesi tazminatları ödenmek suretiyle sona erdirilebilir. Başka bir anlatımla, hastalığın altı aydan fazla sürmesi durumunda iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla feshedilebilir.

Basın İş Kanunu'nda işveren açısından gazetecinin davranışından kaynaklanan sebeplerle tek bir haklı sebebin öngörülmüş olması, gazetecinin işverene yönelik ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı ve benzeri davranışlarının haklı fesih sebebi yapılamayacağı şeklinde değerlendirilemez. Basın İş Kanunu bakımından genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesi uyarınca, işverenin dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen durum ve şartlar da fesih için haklı sebep sayılır⁸²⁴. Buna göre örneğin, işverene veya ailesi üyelerine hakaret eden, işyeri çalışanlarına sataşan ya da tacizde bulunan gazetecinin iş sözleşmesi de haklı sebeple feshedilebilecektir.

⁸²² İşverenin bu süre içinde süreli fesih bildiriminde bulunması halinde bildirim süresi, Türk Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinin son fıkrası uyarınca, askı süresinin bitiminde başlayacaktır.

⁸²³ “Basın İş Kanunu'na tabi çalışan gazetecinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3.f bendi uyarınca bekleme süresi, 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 12. maddesi uyarına 6 aydır. Davacının istirahat raporu 6 aydan az olduğundan, iş sözleşmesinin bu nedenle feshedilmesi, belirtilen hükümler nedeni ile geçersizdir” (Y9HD, 08.04.2008, 2007/27731-2008/7815.).

⁸²⁴ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 211.

C) Deniz İş Kanununa Göre Haklı Sebepler

Deniz İş sözleşmesinin derhal feshedilebilmesini mümkün kılan haklı sebepler Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede işveren, işveren vekili ve gemiadamı bakımından haklı sebepler ayrı ayrı belirtildikten sonra, ayrıca işveren, işveren vekili ve gemiadamı için ortak haklı sebeplere yer verilmiştir.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinde belirtilen haklı sebepler, aşağıda işveren, işveren vekili ve gemiadamı açısından ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

a) Gemi adamı Açısından Haklı Sebepler

Denizcilik iş sözleşmesinde⁸²⁵ gemiadamına⁸²⁶ ücretini ödeme işverenin temel borcudur. Bu bakımdan, ücretin geç veya eksik ödenmesi yahut hiç ödenmemesi sözleşmeye aykırılık oluşturur. Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin II. bendinin (a) alt bendi uyarınca, gemiadamının ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme gereğince ödenmemesi gemiadamı için sözleşmeyi derhal fesih sebebidir. Kanun, bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan ücretin eksik ödenmesi veya geç ödenmesi yahut hiç ödenmemesi bu kapsamdadır. Geç veya eksik ödendiği için derhal fesih hakkı veren ücretten geniş anlamda ücret anlaşılmalıdır. Bu sebeple kanun veya sözleşme hükümleri ya da işyeri uygulaması uyarınca, temel ücrete ilaveten ödenen ikramiye, prim, yemek, yakacak, giyim ve servis yardımı gibi ücret eklerinin hiç ödenmemesi, eksik veya geç ödenmesi gemiadamına derhal fesih hakkı verir⁸²⁷.

⁸²⁵ Denizlik iş sözleşmesi, gemiadamı ile işveren arasındaki iş sözleşmesini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. BEDÜK, 2012.

⁸²⁶ Deniz İş Kanunu'na göre gemiadamı, "bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere" denir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 934. maddesine göre de gemi adamları "kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişilerdir." Her iki kanunda geçen "diğer kimseler" veya "diğer kişiler"e ilişkin anılan kanunlarda bir açıklama yoktur. Bu konuda açıklama Gemi Adamları Yönetmeliğinde yapılmış olup, buna göre diğer kimseler; geminin kaptanı, zabıtları, yardımcı zabıtları, stajyerleri, tayfaları ve yardımcı hizmet personeli (m.2,b.32).

⁸²⁷ "Davacı gemi adamının ödenmeyen ikramiye alacakları sebebiyle iş sözleşmesini feshettiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Bu durumda Deniz İş Kanunun 14 II- (a) maddesine göre ücreti ödenmeyen gemi adamının iş sözleşmesini haklı olarak sona erdirmeye imkanı bulunmaktadır". (Y9HD, 26.06.2007, 11671-20932). Ayrıca bkz. Y7HD, 11.07.2013, 2307-13164; Y9HD, 03.05.2007, 2006/26848-2007/14058.

Deniz İş Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca her gemide, noterlikçe tasdikli bir ücret ödeme defteri tutulur. Liman seferi yapan gemilerde bu defterin işveren bürosunda tutulması da mümkündür. İş sözleşmeleri gereğince gemiadamına yapılacak her çeşit ödemelerin bu deftere kaydedilmesi ve kayıtların imza veya makbuzla belgelenmesi zorunludur. İstek halinde, bu kayıtların tasdikli bir örneği gemiadamına verilir. Belgeye dayanmaksızın yapılan ödeme iddiaları geçerli değildir.

Deniz İş Kanunu'nun 30. maddesinde gemiadamına avans ödeme zorunluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, işveren veya işveren vekili, gemiadamının istekleri halinde kendilerine iş sözleşmesinde yazılı esaslara göre avans ödemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması da, gemiadamı için haklı fesih nedeni olabilir⁸²⁸. Ancak avans ödeme zorunluluğunun derhal fesih nedeni yapılabilmesi için ödeme esaslarının iş sözleşmesi ile belirlenmiş olması gerekir.

İş sözleşmesinin kurulmasıyla işveren, kanun ve sözleşme hükümlerine ve diğer çalışma şartlarına uygun şekilde davranma yükümlülüğü altına girer. Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin II. bendinin (b) alt bendi gereğince işverenin kanuna, iş sözleşmesine veya diğer çalışma şartlarına aykırı hareket etmesi gemiadamına sözleşmeyi derhal fesih hakkı verir. Bu bağlamda, gemiadamının fazla çalışma ücretinin ödenmemesi, iaşe ve ikamet yerlerinin sağlamaması, hafta ve genel tatilinin verilmemesi veya ücretlerinin ödenmemesi, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmelerine aykırı olarak ücret kesintisi yapılması kanuna aykırı olup, derhal fesih nedenidir⁸²⁹.

Çalışma şartları; kanun, tüzük, yönetmelik, toplu ve bireysel iş sözleşmeleri, iç yönetmelik ve işyeri uygulamaları oluşan; kısaca, tüm iş hukuku kaynakları ile belirlenmiş bulunan kurallardır⁸³⁰. Söz konusu hükümde belirtilen, “sair çalışma şartları” deyiminin, tüzük, yönetmelik, toplu iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulamaları ve

⁸²⁸ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 905.

⁸²⁹ ERGİN, Berin, “Deniz İş Hukukunda Gemiadamının Hizmet Akdinin Haklı Nedenle Feshi Sebepleri”, İş Hukuku Dergisi, C.I, 1991, s. 565.

⁸³⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 389; NARMANLIOĞLU, s. 433, 471 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 247; AKYİĞİT, s. 285-286; SÜMER, Uygulamalar, s. 142.

denizcilik kural ve teamüllerini⁸³¹ de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir.

İşveren gemiadamı için kanun, sözleşme, iç yönetmelik, işyeri uygulamaları ve denizcilik kural ve teamülleri ile oluşan çalışma şartlarına uymak zorundadır. İşveren kanunun emredici hükümlerine aykırı uygulamalar yapamayacağı gibi, işyeri uygulaması ile oluşan çalışma şartlarını gemiadamı aleyhine tek taraflı olarak esaslı şekilde değiştiremez. İşverenin, çalışma ve dinlenme süreleri, iş sağlığı ve güvenliği, yıllık ücretli izin ve ücret gibi konularda kanun, sözleşme veya sair çalışma şartlarına uymaması gemiadamı için derhal fesih sebebidir.

Deniz İş Kanunu'nda işveren tarafından çalışma koşullarında gemiadamı aleyhine yapılacak esaslı değişikliğin şekli ve sonuçları hakkında hüküm bulunmamakta ise de, bu durum işverene esaslı değişikliği tek başına yapabileceği anlamında değerlendirilemez. Çünkü çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliklerin işverenin yönetim hakkı kapsamına girmediğine ilişkin kural, sadece 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulama alanına özgü değildir. Yönetim hakkının hukuksal dayanağı olarak ileri sürülen “mülkiyet hakkından doğma”, “kanundan doğma”, “işverenin taşıdığı riskten doğma”, “iş ilişkisinin niteliğinden doğma” ve “iş sözleşmesinden doğma” görüşlerinden hiçbirisi iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında böyle bir ayırımı haklı görmez⁸³².

Kanun, toplu veya bireysel iş sözleşmeleri ve ekleri gibi dürüstlük kuralları ve kişilik hakları da işverenin yönetim hakkını sınırlandıran hukuki kaynaklardandır⁸³³. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı ve sınırlarına ilişkin kurallar, iş hukukuna özgü genel ilkeler olup, Deniz İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından da geçerlidir. Öyleyse gemiadamının çalışma koşullarındaki esaslı değişikliği kabul etmemesi, kural olarak sözleşmeyi feshettiği şeklinde yorumlanamaz. Gemiadamının değişikliği kabul etmemekle birlikte sözleşmeyi feshettiği anlamına gelecek söz ve davranışlarda bulunması halinde ancak sözleşmenin onun tarafından feshedildiği sonucu çıkarılabilir.

⁸³¹ Denizcilik kural ve teamülleri, “yaşayan ve uluslararası niteliği de olan ve denizcilik örflerinden oluşan, önce sadece uygulaması yapılmış ve giderek yazılı hale gemi iç talimatnameleri ile dönüşmüş kurallardır”. Bkz. ERGİN, s. 566.

⁸³² İşverenin yönetim hakkı konusunda daha fazla bilgi için bkz. TAŞKENT, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981; BAŞBUĞ, Aydın: İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2008.

⁸³³ BAŞBUĞ, Yönetim Hakkı, s. 27-29.

Örneğin, görev değişikliğini kabul etmeyen gemiadamı önceki görevini yapmaya devam ediyor veya yapmak istemesine rağmen engelleniyorsa, sözleşmeyi feshetmiş sayılmaz. Buna karşılık, görev değişikliğini kabul etmeyen gemiadamı önceki görevini de yapmıyorsa veya değişiklikten sonra işyerini terk etmişse, sözleşmeyi feshettiği kabul edilebilir. İşverence yapılan değişikliğin gemiadamı tarafından kabul edilmemesinin her durumda gemiadamının feshi olarak değerlendirilmesi durumunda sırf ihbar tazminatı ödememek için çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapılmasına yönelik kötünietli uygulamalara da yol açılabilir.

Yargıtay ise bir kararında⁸³⁴, uzak yol gemisinde başmühendis olarak çalışan gemiadamının, Liman İşletmesi Müdürlüğü'ne motor ve römorkör makinisti şeklinde yapılan görev değişikliğini kabul etmeyerek bu görevi yerine getirmekten kaçınmasını, sözleşmenin gemiadamı tarafından DİK. m.14/II-b uyarınca haklı sebeple feshedildiği anlamında yorumlamıştır. Kararda Deniz İş Kanunu'nda gemiadamının çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması halinde fesih riskinin, İş Kanunu'nda olduğu gibi, işverene yükletilmediğine vurgu yapılmıştır. Yargıtay başka bir kararında⁸³⁵ da, iş sözleşmesinde Gelibolu-Çardak hattında faaliyet gösteren gemide çalışacağı belirtilen gemiadamının, sözleşmesinde gerektiğinde başka bir gemide görevlendirilebileceği yazılı olmakla birlikte, başka bir hat veya ilde görevlendirme yapılabileceğine ilişkin hüküm bulunmadığı gerekçesiyle değişikliği kabul etmemesini aynı şekilde fesih olarak kabul etmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, salt değişikliğin kabul edilmemesine yönelik davranışı fesih olarak nitelendirmeyi isabetli bulmuyoruz.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddenin II.bendinin c alt bendine göre, işveren veya işveren vekilinin gemiadamına karşı denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlâk ve adaba aykırı hareket etmesi, gemiadamı için derhal fesih sebebidir. Denizlik kural ve teamüllerinin ne olduğu konusunda ulusal veya uluslararası bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir konuda denizlik kural veya teamülünün bulunup bulunmadığı ve varsa içeriği denizcilikle ilgili Bakanlıktan, ticaret odasından, denizcilikle ilgili dernek veya

⁸³⁴ Y9HD. 17.12.2012, 2010/31977-2012/43007.

⁸³⁵ Y9HD. 29.05.2007, 7981-17118.

öğretim yapan kuruluşlardan sorulabilir⁸³⁶. Bu noktada Deniz İş Hukukuna ilişkin ILO Sözleşme ve Tavsiye Kararları da göz önünde bulundurulabilir.

Söz konusu hükümde, denizcilik kural ve teamülleri ile ahlak ve adaba aykırılığın kesin sınırları çizilmemiş, anılan kurallar genel ilkeler şeklinde belirtilmiştir. Böylece işveren veya işveren vekilinin davranışı olayın özelliğine göre dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilecektir. Yargıtay bir kararında gemide ikinci kaptan olarak çalışan gemiadamının başmühendisin kendisine hakarete bulunmasını gerekçe göstererek iş sözleşmesini feshetmesini, mühendisin işveren vekili olmadığı gerekçesiyle haklı görmemiştir⁸³⁷.

b) İşveren Açısından Haklı Sebepler

Deniz İş Kanunu'na göre, süresi belirli olan veya olmayan yahut sefer için yapılmış iş sözleşmeleri haklı sebeple derhal feshedilebilir. Sözleşmenin derhal feshini sağlayan haklı sebepler, kanunun 14. maddesinde işveren ve gemiadamı için ayrı ayrı belirtildikten sonra, ayrıca ortak haklı sebeplere yer verilmiştir. Haklı sebepleri işin ve işyerinin niteliği dikkate alınarak aşağıda görüleceği üzere, genel ilkelerle ifade edilmiştir. Gerçekten, kurallar ve teamüller açısından örneğin ticaret gemisi ile yolcu gemisi arasında farklılık olabilir. Bu sebeple, fesih sebeplerinin kesin çizgilerle belirlenmemesi bu konuda tarafların geniş bir serbestiye sahip oldukları anlamına gelmemelidir. Deniz İş Kanunu'nun ifade ettiği ilkeler çerçevesinde, dürüstlük kuralları ölçütüyle feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı belirlenecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 2. fıkrasında da açıklandığı edildiği üzere, taraflardan iş ilişkisini devam ettirmelerinin beklenemeyeceği her durum ve şartlar haklı sebep olarak değerlendirilmelidir⁸³⁸.

⁸³⁶ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.906; Denizcilik mesleğinin tabiatı gereği zor şartların sıklıkla yaşandığı bir meslek olması nedeniyle birtakım kural ve teamüllere uyulmasının zorunlu kıldığını belirten BEDÜK'e göre "Denizcilik mesleği askerlik gibi disiplinli bir meslektir. Tüm gemi çalışanları kendi görev ve sorumluluklarının gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. Gemi adamları arasında hiyerarşik bir düzen mevcuttur. Gemi seferlerinin güven ve selameti için astlar üstlerin emirlerine mutlak şekilde uymak zorundadır. Kaptan ve zabıtların verdikleri talimatlara uyulmaması halinde özellikle sert hava koşullarında tehlikelerin; hatta geminin kaybına kadar götüren olumsuzlukların yaşanmasına neden olunabilir". (Bkz. BEDÜK, s. 264-265).

⁸³⁷ Y9HD, 28.11.1997, 15345-19909, TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, s. 79.

⁸³⁸ BEDÜK, s.265; KAR, s. 139-140.

Deniz İş Kanunu'nun 16. maddesinin A bendinde gemiadamının işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe sözleşmesinin feshedilemeyeceğine dair düzenleme, süreli fesih hakkı ile ilgilidir. Anılan hükümde tarafların haklı fesih hakkının hariç tutulduğu açıkça belirtilmiştir.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinde, gemiadamının işveren vekiline karşı davranışları da iş sözleşmesinin feshi için haklı sebep olarak öngörülmüş ve işveren vekilinin de feshe yetkili olduğu öngörülmüştür. Deniz İş Kanunu'na göre, işveren vekili, kaptan veya işveren adına ve hesabına harekete yetkili olan kimsedir. İşveren vekilinin bu sıfatla gemi adamlarına karşı muamele ve taahhütlerinden doğrudan doğruya işveren sorumludur (m.2/Ç)⁸³⁹.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I. bendinin (a) alt bendine göre, gemiadamının herhangi bir limanda geminin hareketinden önce gemiye dönerek hizmete girmemesi veya gemiye hiç dönmemesi işveren açısından haklı fesih sebebidir. Geminin hareketinden ne kadar önce hazır olunması gerektiği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda denizcilik kural ve teamüllerine başvurulabilir. Kuşkusuz dürüstlük kuralları ölçüt olarak alınmalıdır. Diğer yandan söz konusu hüküm uyarınca, derhal fesih hakkının doğumu için gemiadamının, geminin hareketinden önce gemiye dönerek çalışmaya başlamaması veya gemiye hiç dönmemesi için haklı bir sebebinin bulunmaması gerekir⁸⁴⁰. Belirtilmelidir ki, 14. maddenin I. bendinin (b) alt bendi de göz önüne alındığında hapis, tutukluluk veya gemide çalışmaktan menolunma gibi sebepler gemiye dönmemeyi haklı kılan sebepler kabul edilemez.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I. bendinin (a) alt bendindeki “gemiye hiç dönmemesi” deyimi, yalnızca daha önce çalışıp da bir şekilde ayrıldıktan sonra dö-

⁸³⁹ Deniz İş Kanununa göre işveren “Gemi sahibine veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimse”(m.2/A), kaptan ise “Gemiye sevk ve idare eden kimseye veya zorunlu sebeplerle görevi başında bulunmaması halinde ona vekâlet eden kimse” (m.2/C) olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık kanunun uygulama alanını ilgilendiren “işyeri”nin tanımı yapılmamıştır.

⁸⁴⁰ BİLEN'e göre tutuklanma veya gözaltına alınma nedeniyle gemiye dönemeyen gemiadamının iş sözleşmesi, dürüstlük kuralları uyarınca bir süre beklendikten sonra feshedilmelidir. Ayrıca beraat etmek kaydıyla tutuklanma veya gözaltına alınma kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırmamalıdır. BİLEN, Tuncay, “Tutukluluk Halinin Kıdem Tazminatına Etkisi”, TÜTİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ocak 1982, 8-10, s. 10.

nmeyen gemiadamını değil, sözleşme yapıldıktan sonra gemiye hiç gelmemek suretiyle edimini ifaya hiç başlamayan gemiadamını kapsadığı da düşünülebilir. Ancak bu durumda sözleşmenin kurulup kurulmadığı tartışma konusu olabilecektir.

Gemiadamının gemiye dönmekle birlikte hiç çalışmaması, bu fıkra kapsamında derhal fesih nedeni değildir. Gemiye döndükten sonra çalışmayan gemiadamının davranışı Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I. bendinin (c) alt bendinde belirtilen “işveren veya işveren vekiline karşı, kanuna hizmet akitlerine sair iş ve çalışma şartlarına aykırı hareket” olarak değerlendirilmelidir.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddenin I. bendinin (b) alt bendinde gemiadamının gemide hizmet görmesinin tutukluluk, hapis veya gemide çalışmaktan menolunması gibi sebeplerle imkânsız bir hal alması işveren için derhal fesih hakkı doğuran bir sebep olarak öngörülmüştür. Hükümde yer alan “gibi sebeplerle” ifadesi, gemiadamını ifa imkânsızlığına götüren sebeplerin belirtilenlerle sınırlı olmadığını göstermektedir. Bu nedenle işçinin gözaltına alınması da madde kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁴¹. Ayrıca kusurlu ifa imkânsızlığı yaratan diğer sebepler de işverene derhal fesih hakkı verir. Örneğin, gemiadamının kusuruyla kaza veya hastalığa yakalanması sebebiyle ifa imkânsızlığına düşmesi durumunda da iş sözleşmesi Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I. bendinin (b) alt bendi gereğince feshedilebilir. Ancak bu fıkra kapsamında hastalık nedeniyle iş görme imkânsızlığı geçici olmalıdır. Gemiadamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesi 14. maddenin III. bendinin (b) alt bendi uyarınca iki taraf için de haklı fesih sebebi olduğundan, ifa imkânsızlığı yaratan bu durumlar 14. maddenin I. bendinin (b) alt bendi kapsamında derhal fesih sebebi yapılamaz.

İfa imkânsızlığının geçici veya sürekli olup olmadığı, derhal fesih hakkının doğumunda belirleyici etkiye sahip değildir. Ancak hükümde ifa imkânsızlığından söz edildiğine göre, kanımızca gemi limanda iken ve aslı edimin ifasının gerekmediği bir aşamada gerçekleşen ve sona eren tutukluluk, hapis ve benzeri durumların işverene fesih hakkını vermemesi gerekir.

⁸⁴¹ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 909.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I. bendinin (c) alt bendine göre, gemi-adamının işveren veya işveren vekiline karşı, kanuna, hizmet akitlerine sair iş ve çalışma şartlarına aykırı hareket etmesi, işveren için haklı fesih sebebidir. Gemi-adamının suç teşkil eden eylemleri aynı zamanda kanuna aykırılık oluşturduğundan, fesih için haklı neden teşkil eder. Örneğin, kaptanın Türk Ticaret Kanunu'nun 947 ve devamı maddelerinde belirtilen suç oluşturan fiilleri derhal fesih nedenidir⁸⁴². Diğer gemiadamlarının donatanın üçüncü kişilere sorumluluğunu gerektiren davranışları da derhal fesih için haklı neden teşkil eder⁸⁴³. 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, burada işin sözleşmeye aykırı ifası sebebiyle sözleşmenin feshi için "hatırlatma" unsuru aranmamaktadır⁸⁴⁴. Belirtelim ki, gemiadamının işveren veya işveren vekilinin kişilik haklarına ve emredici kanun hükümlerine aykırı emir ve talimatlarını yerine getirmemesi derhal fesih nedeni teşkil etmez. Ayrıca gemiadamının işveren ve işveren vekilinin suç teşkil eden emir ve talimatlarına uymak zorunluluğu yoktur. Suç teşkil eden davranış işveren veya işveren vekilinin emir ve talimatı ile yerine getirilmiş olsa bile, gemi-adamı cezai sorumluluktan kurtulamaz.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I. bendinin (d) alt bendinde, gemiadamının denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlak ve adaba aykırı hareket etmesi işveren için derhal fesih sebebi olarak öngörülmüştür.

Denizcilik kural ve teamülleri, denizcilik tecrübelerinin oluşturduğu uluslararası niteliği haiz yazılı olmayan kurallardır⁸⁴⁵. Günümüzde bireysel veya toplu iş sözleşmeleri yahut gemi iç talimatnameleriyle yazılı hale getirilmeye çalışılmaktadır⁸⁴⁶. Ancak, sözleşme veya talimatnamelerde yer almaması bunların bağlayıcılığını ortadan kaldırmaz⁸⁴⁷. Aynı şekilde, sözleşmelerde bir kısmına yer verilmesi durumunda, aksi öngörülmedikçe diğerlerinin bağlayıcı olmadıkları ileri sürülemez. Geminin niteliğine

⁸⁴² ERGİN, s. 562.

⁸⁴³ ERGİN, s. 565.

⁸⁴⁴ OĞUZMAN, s.65. KAR, s. 143. Yargıtay bir kararında, gemiadamının başka bir gemiadamını darp etmesini işveren açısından Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I.bendinin (c) alt bendi kapsamında derhal fesih için haklı neden kabul etmiştir (Y9HD, 17.03.2014, 2012/4017-2014/8633).

⁸⁴⁵ ERGİN, s. 566-567 ; BEDÜK, s. 277.

⁸⁴⁶ ERGİN, s. 567; BEDÜK, s. 277.

⁸⁴⁷ BEDÜK, s. 278.

göre değişmekle birlikte, astlarına karşı onların şeref ve itibarına ve namuslarına halel getirecek sözler söylememek; davranışlarda bulunmamak, gemide uyuşturucu bulundurmamak veya taşımamak, kumar oynamamak veya oynatmamak, geminin itibarını sarsıcı söylentiler çıkarmamak, yanlış haber yaymamak, geminin evrakını korumak, kendi çıkarı için tahrip ya da zayi etmemek, yetkili olmayanlara vermemek ve evrakta sahtecilik yapmamak gibi kurallar denizcilik kural ve teamüllerin bir kısmı olarak kabul edilmektedir⁸⁴⁸.

Ahlâk ve adaba aykırı davranışlarda bulunmak da haklı fesih bakımından genel ilke mahiyetinde olup, gemiadamının davranışı bu çerçevede dürüstlük kuralları dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁸⁴⁹.

İşçinin özen borcu gemiadamı olan kaptan için Türk Ticaret Kanunu'nun 1088. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “Kaptan, bütün işlerinde, özellikle ifası kendisine düşen sözleşmelerin yerine getirilmesinde tedbirli bir kaptan gibi hareket etmek zorundadır”.

Kuşkusuz haklı sebeplerin bulunması halinde işveren, sözleşmeyi feshetmek zorunda değildir. İşveren bu durumda sözleşmeyi derhal feshedebileceği gibi, bunun yerine disiplin cezası şeklinde daha hafif bir uygulama da yapabilir⁸⁵⁰.

c) İşveren ve Gemiadamı Açısından Ortak Haklı Sebepler

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin III. bendinin (a) alt bendine göre, geminin herhangi bir sebeple otuz günden fazla bir süre seferden kaldırılması hali gemiadamı ve işveren için derhal fesih sebebidir.

Gemi, bakım, tamirat, karantinaya alınma, belge eksikliği⁸⁵¹ gibi sebeplerle seferden kaldırılabileceği gibi, donatan alacaklısı tarafından haciz yoluyla seferden men

⁸⁴⁸ ÖZBEK, s. 330-332; SEVİMLİ, Kaptan, s. 109-110.

⁸⁴⁹ ULUCAN, Devrim, Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, İstanbul 1986, s. 46; SEVİMLİ, Kaptan, s. 110.

⁸⁵⁰ ÖZBEK, s. 330; SEVİMLİ, Kaptan, s. 109.

⁸⁵¹ Denizde Can ve Mal Güvenliği Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca, kanunda belirtilen sebeplerle, yolculuğuna izin verilmemiş, denize elverişlilik belgesi almamış, denize elverişlilik belgesi idare tarafından iptal edilmiş veya belgesinin süresi geçmiş ve idarece uzatılmamış olmasına rağmen sefere çıkan ticaret gemisi derhal seferden alıkonulur. Aynı Kanunu'nun 21. maddesine göre de yol-

edilebilir. Görüldüğü gibi, geminin seferden kaldırılması, işverenin iradesiyle olabileceği⁸⁵² gibi, iradesinin dışındaki bir sebepten de kaynaklanabilir. Hemen belirtelim ki, geminin işverenin iradesi dışındaki bir sebeple seferden kaldırılması durumunda, her iki tarafa da derhal fesih hakkının tanınması normal karşılanabilir. Ancak geminin seferden kaldırılmasının işverenin iradesine dayanması halinde, işverene de fesih hakkının tanınması tartışmaya açıktır. Nitekim bunun kötüniyetli bir takım uygulamalara yol açacağı ileri sürülmüş ve bu halde işveren yararına oluşturulan durumun kıdem tazminatı ile dengelenemeyeceği haklı olarak ileri sürülmüştür⁸⁵³. Gerçekten işveren için ihbar tazminatından kurtulmanın bir yolu gibi görünmektedir.

Tarafların derhal fesih hakkı, geminin seferden kaldırılma süresinin otuz günü aşmasından sonra doğar. Seferden kaldırılma süresinin otuz günden az olması durumunda, söz konusu hüküm kapsamında iş sözleşmesi feshedilemez.

Geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya harp ganimeti ilan edilmesi veya Türk Bayrağından ayrılması hallerinde Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin IV. bendi gereğince iş sözleşmesi kendiliğinden bozulduğundan, bu durumda, tarafların fesih bildiriminde bulunmaları mümkün değildir. Çünkü sözleşme kendiliğinden bozulmakla ortadan kalkmıştır.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin III. bendinin (b) alt bendinde, gemiadamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesi durumunda taraflarca iş sözleşmesinin derhal feshedilebileceği öngörülmüştür. Anılan hükümde belirtildiği gibi, hastalığın veya sakatlığın gemiadamı için sürekli olarak ifa imkânsızlığına yol açmalıdır. Kuşkusuz sürekli ifa imkânsızlığına yol açan hastalık veya sakatlık geçici nitelikte olamaz. Gemiadamının

cu taşımasına izin verilmediği halde yolcu taşıyan, Kanunun 11. maddesine göre belirlenen gemi sertifikalarında ve denize elverişlilik belgesinde belirtilen taşıma haddinden fazla yolcu ve yük taşıyarak yolculuk yapan gemi derhal seferden alıkonularak en yakın elverişli limana çekilir.

⁸⁵² ULUCAN'a göre, denizciliğin gerekleri işverene böyle bir yetkiyi tanımaktadır. Bkz. ULUCAN, Deniz İş Hukuku, s. 47.

⁸⁵³ ULUCAN, Deniz İş Hukuku, s. 47; BEDÜK, s. 288.

tedavi sonucu iyileşebileceği ve işine dönebileceği geçici hastalık veya sakatlıklar, söz konusu hüküm kapsamında derhal fesih sebebi değildir⁸⁵⁴.

D) Türk Borçlar Kanununa Göre Haklı Sebepler

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinin 1. fıkrasında “ahlâka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal muhik bir sebep teşkil eder” ifadesinde hukuki dayanak bulan derhal fesih hakkı, Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 2. fıkrasında “Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır” hükmü ile ifade edilmiştir. Her iki düzenlemeye göre haklı nedenin tespiti dürüstlük kurallarına belirlenir⁸⁵⁵. 818 sayılı Kanun'un 344. maddesinin 2. fıkrasında işçinin kendi kusuru olmaksızın yakalandığı kısa süreli bir hastalığın yahut kısa süreli askerlik mükellefiyeti ifa etmesinin haklı sebep olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Kısa süreli hastalık veya askerlik mükellefiyetinin geçici ifa imkânsızlığına yol açması nedeniyle derhal fesih için haklı neden teşkil etmemesi, dürüstlük kuralları gereğidir⁸⁵⁶. Bu nedenle geçici ifa imkânsızlığına yol açan durumların haklı sebep teşkil etmeyeceğinin kanunda ayrıca ve özel olarak belirtilmesine gerek yoktur. Türk Borçlar Kanunu'nda “dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisinin sürdürülmesinin beklenemediği bütün durum ve koşullar” şeklinde ortaya konulan genel çerçeve içinde somut olayın özelliği dikkate alınarak haklı sebebin varlığı takdir edilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, “herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”. Buradaki temel düşünce, davranışların dürüstlük ilkesine dayanması sonucunda hukuki ilişkilerde karşılıklı güvenin sağlanmasıdır. Dürüstlük kuralı, bir kimseden, namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı, toplumda hâkim olan ahlaki değerlere, adetlere ve hakları sağlayan ilişkilerin

⁸⁵⁴ ÖZBEK, s. 54.

⁸⁵⁵ YÜREKLİ, s. 229; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 795.

⁸⁵⁶ SAVAŞ, s. 162 vd.

amacına göre tayin edilir⁸⁵⁷. Dürüstlük, sadece hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde değil; aynı zamanda kanunların yorumlanmasında, hukuki ilişkilerin yapılmasında, yorumlanmasında, tamamlanmasında, başka işlemlere dönüştürülmesinde ve yeni şartlara uyarlanmasında, idare hukukunda, medeni yargılama hukukunda ve icra-iflas hukukunda da uygulama alanı bulan temel bir kuraldır⁸⁵⁸. Bu sebeple dürüstlük kuralları aynı zamanda hukuku uygulamakla yükümlü olanlar, özellikle hâkimler için önem arz eder. Hâkim Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca hakların içeriğini ve kapsamını dürüstlük kurallarına göre belirlemek zorundadır.

Derhal fesih hakkını doğuran sebepleri önceden belirlemek güç olduğu gibi uygun bir yöntem de değildir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu’nda iş sözleşmesinin derhal feshini gerektirecek durum ve şartların haklı olup olmadığı, olayın özelliği de göz önüne alınarak, dürüstlük kuralları çerçevesinde hâkimin değerlendirme ve takdirine bırakılmıştır.

E) Diğer Kanunlara Göre Haklı Sebepler

a) Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Haklı Sebepler

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun 58. maddesinin 1. fıkrasında grevin tanımı yapıldıktan sonra, aynı maddede kanuni grev ve kanun dışı grevin tanımı yapılmıştır⁸⁵⁹. Buna göre, “Kanuni grev için aranılan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır”⁸⁶⁰

⁸⁵⁷ OĞUZMAN, M.Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 24. B, İstanbul 2018, s. 262.

⁸⁵⁸ ÖZEKES, Muhammet, Temel Hukuk Bilgisi, 2. B, Ankara 2011, s. 66; OĞUZMAN/BARLAS, s. 262 vd.

⁸⁵⁹ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 58. maddesine göre, “(1) İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir. (2) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla bu kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir”.

⁸⁶⁰ Grev ve lokavt, Kanuni grev ve lokavt ile kanun dışı grev ve lokavt hakkında geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal, Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, 2.B, İstanbul 1967; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku II, Toplu İş ilişkileri, 3. B, İstanbul 2016, s. 531 vd.; SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 9.B, Ankara, 2020, s. 415 vd.; TUNCAY, A.Can/SAVAŞ KUTSAL, Burcu, Toplu İş

Kanuni grev kararının alınmasına katılma, teşvik etme, greve katılma veya greve katılmaya teşvik etme nedeniyle bir işçinin iş sözleşmesi feshedilemez (m.66/2). İşveren greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbesttir (m.64/1). Bir görüşe göre, işveren bunları çalıştırmak zorundadır. Çünkü greve katılıp katılmamak, dolayısıyla çalışıp çalışmamak işçiye tanınmış bir haktır⁸⁶¹. Buna karşılık baskın görüşe göre, işveren greve katılan veya katıldıktan sonra vazgeçen işçiyi çalıştırmak zorunda değildir. Ancak işveren, eşit davranma borcu uyarınca bunların tümünü çalıştırmak ya da hiçbirini çalıştırmamak durumundadır⁸⁶².

Grev kararı uygulanmaya başlandıktan sonra greve katılmayan işçi, daha sonra bundan vazgeçerek greve katılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi devamsızlıktan dolayı derhal feshedilebilir⁸⁶³. Buna karşılık, grev uygulanmaya başlandığında izin ya da raporlu olan işçi, iznin veya raporun bitiminde greve katılması mümkün olmalıdır⁸⁶⁴.

Kanuni bir greve katılan, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip de grev nedeniyle çalıştırılmayan ve kanuni lokavta maruz kalan işçilerin iş sözleşmeleri grev ve lokavt süresince askıda kalır (m.67/1). Yargıtay, grev kararı alındığında ve uygulandığında ücretsiz izinde olup da izin bitiminde greve katılan işçinin “greve sonradan katılan” olarak nitelendirilerek, devamsızlık nedeniyle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığına karar vermiştir⁸⁶⁵.

Grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında

Hukuku, 7.B. İstanbul 2019, s. 406 vd.; EKMEKÇİ, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, 2.B, İstanbul 2019, s. 429 vd; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 1035 vd.

⁸⁶¹ MANAV ÖZDEMİR, Atike Eda, Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi, Ankara 2016, s. 284.

⁸⁶² NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 729; BAŞBUĞ, Aydın, Toplu İş İlişkileri, s. 218; EKMEKÇİ, s. 483; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 421; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 448. Yargıtay’ın uygulaması da bu doğrultudadır: Yargıtay’ın uygulaması da bu doğrultudadır: “Dosya içerisinde bulunan Türkiye Gazeteciler Sendikası’nın 10.07.2013 tarihli cevabi yazısından, davalı işyerinde grevin 13.02.2009 tarihinde başladığı ve halen devam ettiği anlaşılmakla, 2822 sayılı Kanun’un 38/3. maddesi gereğince, davalı işverenin grev devam ettiğinden bahisle, grevden vazgeçse bile davacıyı çalıştırmama hakkı bulunduğundan, davacının işe başlatılmadığından bahsetmek mümkün değildir. Kanunun verdiği takdir hakkının kullanılması işe başlatılmama olarak değerlendirilemez”. (Y22HD, 10.12.2013, 34831-28746).

⁸⁶³ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 447; Aksi görüşte bkz. MANAV ÖZDEMİR, s. 307-308.

⁸⁶⁴ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 447. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 27.02.2006, 1570-4778.

⁸⁶⁵ Y9HD, 07.05.2015, 7201-16722, Çalışma ve Toplum, 2016/2, s. 961-963.

dikkate alınamaz. Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunların aksine hüküm konulamaz (m.67/3).

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 68. maddesinin 3. fıkrasına göre kanuni bir grev ve lokavt dolayısıyla iş sözleşmeleri askıda kalan işçiler, grev ve lokavt süresince başka bir işverenin yanında çalışamaz. Aksi halde işçinin iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilebilir. Ancak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, kanuni haftalık çalışma süresini tamamlayacak süreyi aşmamak üzere başka bir işverenin işyerinde çalışabilir.

Yukarıda belirtildiği gibi, kanuni bir greve katılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Greve katıldığı için iş sözleşmesi feshedilemez. İş sözleşmesinin grev nedeniyle feshedildiğinin kabulü için feshin grev sırasında yapılması şart değildir. Grev nedeniyle feshedilmiş olması yeterlidir. İşçinin grev nedeniyle devamsızlığı, iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturmazken, belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından bir başka nedenle haklı sebeple feshi mümkündür. İş sözleşmesi devam ettiği ve işçinin sadakat, rekabet etmeme, sır saklama borçları devam ettiği için bu yükümlülüklerin ihlali halinde de işveren, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Örneğin, grev esnasında işçinin hırsızlık yapması, işverene ait iş sırlarını rakiplere açıklaması, işyerinin şöhretine zarar vermesi, işyerine sarhoş gelmesi veya işverene hakaret etmesi vb. davranışlarda bulunması halleri sözleşmenin feshi için haklı neden oluşturur⁸⁶⁶. Bu tür sebeplerin grevden önce ya da grev sırasında ortaya çıkması önem taşımaz. Fesih hakkının süresi içinde kullanılması ve haklı nedene dayanması gerekmektedir⁸⁶⁷.

Kanun dışı grev, kanuna akırı olduğundan, iş sözleşmesinden doğan borçların askıda kalmasını da sağlamaz. Kanun dışı grevin yapılması kararına katılan, grevin yapılmasını teşvik eden, greve katılan veya katılmayı teşvik eden işçilerin her birinin bu davranışı iş sözleşmesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle iş sözleşmeleri haklı nedenle feshedilebilir. Bu grev kuruluşlarının kararlarına dayanılarak gerçekleşmişse,

⁸⁶⁶ NARMANLIOĞLU, Toplu İş Hukuku, s. 738; EKMEKÇİ, s. 483; MANAV ÖZDEMİR, s. 237; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 455.

⁸⁶⁷ Konu hakkında geniş bilgi için bkz. MANAV ÖZDEMİR, s. 237 vd.; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 738-739; BAŞBUĞ, Toplu İş İlişkileri, s. 220.

kuruluşların bu davranışı da haksız fiil olarak nitelendirilmektedir. Kanun dışı grevin ayrıca cezai sonuçları bulunmaktadır (m.78).⁸⁶⁸.

Anayasamızın 54. maddesinin 1. fıkrasına göre toplu iş sözleşmesi görüşmeleri yapılırken uyuşmazlık çıkması halinde greve gidilebilir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 58. maddesine göre de, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıktıktan sonra, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu kanun hükümlerine uygun olarak yapılan grev kanuni olacaktır. Buna göre, Anayasada ve kanunda belirtilen amaç dışında, kanunda öngörülen süre ve prosedüre aykırı olarak yapılan grev, kanun dışıdır⁸⁶⁹. Ulusal mevzuatımızda böyle olmakla birlikte, uluslararası sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları dikkate alınarak, son zamanlarda Yargıtay, kanunun öngördüğü prosedüre aykırı bile olsa, meşru bir amaca yönelik olan ve ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılan toplu eylemlerin kanun dışı grev sayılmadığına karar vermiştir⁸⁷⁰. Yargıtay bir kararında, her toplu eylemin kanun dışı olarak nitelendirilmemesi gerektiğini, ancak barışçıl toplu eylem hakkının da işverene zarar verme kastını içermemesi ve ölçülü olması gerektiğini, toplu eylem yoluyla baskı yaparak, işverenin yetkisi bulunmayan bir sendika ile toplu iş sözleşmesi yapmaya zorlanamayacağını, toplu eylemin amacının emredici hükümlere ve sistemi ortadan kaldırmaya yönelik olduğu gerekçesi ile fesih için geçerli neden teşkil ettiğini kabul etmiştir⁸⁷¹.

Bir eylemin grev olabilmesi için işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla çalışmamaları için verdiği karara uyarak iş bırakılmaları gerekir. Bu nedenle işçilerin ücretleri ödenmemesi nedeniyle İş

⁸⁶⁸ AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku (El Kitabı), Ankara 2015, s. 813; MANAV ÖZDEMİR, s. 409; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 486.

⁸⁶⁹ SUR, s. 487; AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 808-811; MANAV ÖZDEMİR, s. 166 vd., 345.

⁸⁷⁰ Y22HD, 01.10.2013-20697/20460; Y9HD, 28.11.2016, 30660-20963.

⁸⁷¹ Y22HD, 26.09.2017,39580-19363, Çalışma ve Toplum, 2018/2, s. 1133-1139. Yargıtay bir başka kararında da, bireysel veya toplu iş hukukuna dair bazı hakların savunulması için işçilerin demokratik ve barışçıl toplu eylem haklarının olabileceği 87 ve 98 sayılı ILO Sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı ile Anayasanın 51, 54 ve 90. maddelerinin bir gereği olsa da, eylemin işverene zarar verme kastı içermemesi ve ölçülü olması gerektiği belirtmiştir (Y9HD, 13.03.2017,2016/29146-2017/3776).

Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca uyarınca kişisel kararları ile iş görmekten kaçınılmaları toplu nitelik kazansa bile grev olarak nitelendirilemez⁸⁷².

Kanunun cevaz vermediği bir greve katılmak sendikal faaliyet olarak değerlendirilemez⁸⁷³. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 70. maddesinin 1. fıkrasına göre, kanun dışı grev yapılması halinde işveren, grevin yapılmasına kararına katılan, grevin yapılmasını teşvik eden, greve katılan veya katılmaya ya da devama teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir. Ancak, işverenin kanun dışı grev nedeniyle işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilmesi için işçilerin katıldıkları grevin kanun dışı olduğunu bilmeleri veya bilebilecek olmaları gerekir⁸⁷⁴. Başka bir anlatımla, kanun dışı greve katılan işçinin iş sözleşmesinin bu nedenle feshi için kusuru bulunmalıdır. Bir görüşe göre grevin kanun dışı olduğunu bilmediğini, burada hiçbir kusurunun bulunmadığını işçi ispatlamalıdır⁸⁷⁵. Diğer bir görüşe göre ise, grev uygulamasının bireysel olmayıp kolektif olduğu, grevin kanun dışı nitelik almasının çoğu kez iş kolları bakımından ehliyetsizlik ya da prosedür eksikliği gibi işçi tarafından bilinmesi ve açıklanması zor ve daha çok sendikanın neden olduğu hukuki bir sorunun araştırılmasını gerektirmesi nedeniyle ispat yükünün işverende olması gerekir⁸⁷⁶. Kanımızca, işçinin kanun dışı greve katılması, sözleşmeye aykırılıktır. Grevin yasa dışı olduğunu bilmemesi, devamsızlığını haklı kılacaktır. İşçinin grevin kanun dışı olduğunu bilmediğini, dolayısıyla devamsızlığının haklı bir mazerete dayandığını ispatlaması gerekir.

⁸⁷² Y9HD, 14.04.2007, 11016-11509.

⁸⁷³ ESENER, s. 584. Yargıtay bir kararında, işi bitiminde işyerini terk etmeyerek sendikal faaliyetlerde bulunan işçilerin eylemlerinin kanun dışı grev olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek bu nedenle yapılan feshin haksız olduğunu ifade etmiştir (Y9HD, 10.07.2006, 16181-20350).

⁸⁷⁴ OĞUZMAN, Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, 2.B, İstanbul 1967, s. 139; REİSOĞLU, Seza, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 2. B, Ankara 1975, s. 425; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 487-488; ODAMAN, s. 222-223; SUR, s. 491; EKMEKÇİ, s. 584.

⁸⁷⁵ REİSOĞLU, Şerh, s.426. Bu görüşün kanun dışı grevin alelade bir haksız fiil değil, greve katılan işçi bakımından aslında sözleşmeye/borca aykırılık oluşturduğu düşüncesiyle de uyumlu olduğu belirtilmektedir (AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 815); EKMEKÇİ, s. 584, yazar, haklı olarak, burada işçinin ispatlamakla yükümlü olduğu husus, grevin yasa dışı olup olmadığı değil, yasa dışı olduğunu bilmediğidir. Aynı yer, s. 584-585; Aynı görüşte SUR, s. 492.

⁸⁷⁶ ESENER, s. 583-584. Ancak yazara göre, burada işveren işçinin kişisel kusurunu değil, kanun dışı grevin kolektif bakımdan ağır bir kusur teşkil edip etmediğini ispatlamalıdır. Kollektif bakımdan daha ağır bir kusur yoksa, greve katılan işçilerin kişisel kusurlarının araştırılmasına gerek yoktur. Ayrıca bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 1086-1087; SUR, s. 492.

İşçinin kanuna aykırı greve katılması halinde, sözleşmesinin feshinin hukuki dayanağının 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesi mi yoksa 6356 sayılı Kanun'un 70. maddesi mi olduğu, konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu tartışmalar aynı zamanda hak düşürücü sürenin hangi kanuna göre belirlenmesi gerektiğini de kapsamaktadır. Çünkü kanun dışı greve katılan işçilerin iş sözleşmelerinin hangi süre içinde feshedilebileceğine ilişkin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre, devamsızlık oluşturan kanun dışı greve katılma nedeniyle işveren işçiyi İş Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen şartlar çerçevesinde feshedebilir. Ancak grev, organize bir toplu devamsızlık teşkil etmektedir. Bu görüşe göre altı iş günlük sürenin öngörülmediği Türk Borçlar Kanunu ve Basın İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından iş sözleşmesinin uygun bir süre içinde kullanılması gerekir. Ayrıca işveren, grevin kanun dışı olduğunu grev sona erdikten sonra öğrenirse, bu takdirde grevin sona erdiği tarihten itibaren bir yıllık süre içinde olmak kaydıyla, öğrendiği tarihten itibaren altı iş günü içinde kanun dışı greve katılan işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilir⁸⁷⁷. İkinci bir görüşe göre ise, İş Kanunu'nun 25. maddesindeki davranışlar bireyseldir. Kanun dışı greve katılma eylemi toplu bir eylem olduğu için 6356 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Kanun dışı grev toplu bir eylem olması ve işçinin bireysel bir eylemi olmaması nedeniyle 6356 sayılı Kanun'un 70. maddesinde, işverene, 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinden bağımsız ayrı bir fesih hakkı getirilmiştir. Her ne kadar işçiler kanun dışı grev eylemine katılarak iş görme ve sadakat borçlarını ihlal ediyorlarsa da, İş Kanunu'nun 25. maddesi, işçilerin bireysel olarak hukuka aykırı davranışlarının yaptırımını düzenlediği için, kanun dışı greve dayalı yapılacak fesihlerin hukuki dayanağı, 6356 sayılı Kanun'dur. Bu nedenle İş Kanunu'nun 26. maddesindeki sürenin uygulanması isabetli olmayacaktır. 6356 sayılı Kanun'daki düzenleme İş Kanununa göre özel bir hüküm olup; Kanundaki süreye ilişkin boşluk Türk Borçlar Kanununun 435. maddesi uygulanarak doldurulmalıdır. Bu bağlamda işverenin kanun

⁸⁷⁷ TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukuku, C.II, 2. B, İstanbul 1985, s. 522; OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s. 139; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 1087; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 764-765; SÜMER, s. 299; AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 814; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 488; EKMEKÇİ, s. 586.

dışı greve katılan işçilerin sözleşmesini dürüstlük kuralına ve halin icabına uygun bir sürede feshetmesi gerekmektedir⁸⁷⁸.

Kanımızca 4857 sayılı İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından kanun dışı grevi teşvik ya da greve katılma eylemi, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinde belirtilen ahlak ve iyiniyet kuralına uymayan haller ve benzerleri kapsamında bir davranıştır. Söz konusu davranışa ilişkin yaptırımın ayrı bir kanunda düzenlenmiş olması İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendi hükmünün, genel kuralın kapsamı dışında olduğunu göstermez. Bu nedenle yukarıda belirtilen birinci görüşe biz de katılıyoruz.

Yargıtay bazı kararlarında, kanun dışı greve katılan işçilerin iş sözleşmesinin feshini 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesine⁸⁷⁹, bir kararında da, 2822 sayılı Kanun'un 45. maddesi (6356 sayılı Kanun'un 70. maddesi) ile birlikte 1475 sayılı Kanun'un 17. maddesinin II. bendinin (d) alt bendine (4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (h) alt bendi) dayandırmıştır⁸⁸⁰. Bir başka kararında ise, kanun dışı grev nedeniyle iş sözleşmelerinin altı iş günlük süre içinde feshedilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁸¹.

İş sözleşmesi kanuni grev süresince askıda kalır. Buna karşılık kanun dışı grev sırasında iş sözleşmesi askıda değildir. Kanun dışı greve katılan işçiler, çalışmadıkları süre için ücrete hak kazanamayacaklardır⁸⁸². İşveren, kanun dışı grevin devam ettiği süre içerisinde fesih hakkını kullanmaması halinde, greve katılan işçiler bu döneme ait ücretlerini isteyemezler⁸⁸³.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 70. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kanun dışı grev nedeniyle işverenin uğradığı zarardan greve karar veren işçi kuruluştur ya da kanun dışı grev herhangi bir işçi kuruluşunun kararına dayanmıyorsa greve katılan işçiler sorumludur. İşverenin kanun dışı greve katılanların iş sözleşmelerini feshetmemiş

⁸⁷⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 1088; SUR, s. 493; MANAV ÖZDEMİR, s. 356, 369; ÇİFTER Alun, Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Etkisi, Kocaeli 2001, s. 76-77.

⁸⁷⁹ Y9HD, 19.12.1995, 34701-35842, TÜHİS, C.13, S.6, Şubat 1996, s.31.

⁸⁸⁰ Y9HD, 23.03.1992, 2893-3270, Kamu-İş, 1990-1995 Yargıtay Kararları, s. 557-558..

⁸⁸¹ Y9HD, 11.05.1982, 1981/3349-1982/4704, TÜHİS, Temmuz 1982, s. 20-21.

⁸⁸² EKMEKÇİ, s. 587.

⁸⁸³ SÜMER, s. 299.

olması, onlardan uğranılan zararlarını talep etmesine engel değildir⁸⁸⁴. Kanun dışı greve katılan işçiler işverenin zararından müteselsilen sorumlu olurlar. Sendikanın hukuka uygun bir kararı uygulanmaya başlanmadan işçiler greve başlamışlarsa veya sendikanın grevi sona erdirme kararına rağmen greve devam etmişlerse, zarardan işçiler sorumlu olur⁸⁸⁵.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 59. maddesinde lokavt, kanuni lokavt ve kanun dışı lokavt ayrı ayrı tanımlanmıştır. Buna göre, "Kanuni lokavt için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan lokavt kanun dışıdır".

Kanun dışı lokavt durumunda iş sözleşmesi askıda değildir. Bu nedenle, işverenin temerrüde söz konusu olur. Bu temerrüdün sonuçları Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanun'nda özel olarak düzenlenmiştir (m. 70/3). Buna göre işçi, kanun dışı lokavt süresince tüm ücret ve diğer haklarını isteyebilir. Aynı fıkra, işverenin, bu işçilerin kanun dışı lokavt nedeniyle uğradıkları zararları tazmin etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 70. maddesinin 3. fıkrasına göre, kanun dışı lokavt işçiler için haklı fesih nedenidir. Buna göre, kanun dışı lokavta maruz kalan işçiler, seçimlik hakka sahiptirler⁸⁸⁶. Dilerlerse iş sözleşmelerini derhal feshedip, fesih tarihine kadar çalışmadıkları süre için ücret ve diğer haklarını da isteyebilirler. Dilerlerse sözleşmeyi feshetmeyip lokavt süresince çalışmışlar gibi, bütün ücret ve diğer haklarını talep edebilirler. Her iki durumda uğradıkları zararlarını tazminini de isteyebilirler. İşçilerin lokavt süresince talep edebilecekleri ücret ve diğer haklarından Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca indirim yapılamaz⁸⁸⁷. Çünkü Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesinin 70. maddesinin 3. bendinin 2. cümlesi özel bir ceza mahiyetindedir⁸⁸⁸.

Yukarıda belirtildiği gibi, kanun dışı greve katılan işçiler, bu süre zarfında ücret isteyemezler. Buna karşılık, kanun dışı lokavt halinde çalıştırılmadıkları süre için ücret

⁸⁸⁴ SÜMER, s. 300; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 490.

⁸⁸⁵ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 509; EKMEKÇİ, s. 591.

⁸⁸⁶ OĞUZMAN, Kanun Dışı Grev ve Lokavt, s. 188.

⁸⁸⁷ OĞUZMAN, Kanun Dışı Grev ve Lokavt, s. 188; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 509; EKMEKÇİ, s. 599; SUR, s. 520.

⁸⁸⁸ OĞUZMAN, Kanun Dışı Grev ve Lokavt, s. 188;

ve diğer haklarını talep edebilirler. Ayrıca yasa dışı lokavt nedeniyle İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre içinde derhal fesih hakkı kullanılabilir⁸⁸⁹.

b) İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre Haklı Sebepler

İşverenin gözetme borcunun kapsamını önceden sınırlı bir şekilde tespit etmek mümkün değildir. Gözetme borcunun kapsamı mevzuat hükümleri yanında dürüstlük kurallarına belirlenir ve sınırları çizilir. İşçinin kişiliğinin ve kişilik hakları içinde yer alan yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınması da işverenin gözetme borcunun gereğidir. Gözetme borcu işçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamını, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve onurunun, kişisel ve mesleki saygınlığının, ahlaki değerlerinin, özel yaşam alanının ve genel olarak özgürlüğünün korunmasını içerir⁸⁹⁰.

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması yükümlülüğü işverenin geniş anlamda işçiyi gözetme borcunun kapsamındadır⁸⁹¹. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunun iki yasal dayanağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunun 4. maddesidir⁸⁹². Buna göre “İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür”. Diğer yasal düzenleme ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 2. fıkrasıdır. Anılan fıkra göre, “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür”. Maddenin 3. fıkrasında 1. fıkra da belirtilen

⁸⁸⁹ EKMEKÇİ, s. 601.

⁸⁹⁰ İşverenin gözetme borcunun kapsamı hakkında geniş bilgi için bkz. KAPLAN, Gözetme Borcu, 2-16; s. SÜZEK, s. 386.

⁸⁹¹ BOSTANCI, Yalçın; “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi ve Yaptırımları”, SÜHFD, C.12, S.1-2, 2004, 68-69; BALKIR, Z. Gönül, “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu”, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2012/1, s. 63; KABAKÇI, Mahmut, “İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri”, TBB Dergisi, s.86, 2009, s. 255; SARPER, Süzek, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Açısından İşverenin Yükümlülükleri”, LIHSGHD, S.55, 2017, 1296-1297; Aynı Yazar, İş Hukuku, s. 396-397; AKKAŞOĞLU, Şeyma, “İşçi ve İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin İş Sözleşmesine Etkisi”, Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları, Ankara, 2016, s. 227.

⁸⁹² İşverenin iş sağlığı ve güvenliği sağlama yükümlülüğünün kanuni dayanakları hakkında geniş bilgi için bkz. CENTEL, Tankut, “İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü”, Çimento İşveren Dergisi., Mayıs 2013, 6-15; SÜZEK, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, s. 1295-1322.

yükümlülüklerle aykırılık nedeniyle doğan zararlardan sorumluluk ve sorumluluğun kaynağı belirtilmiştir. Anılan fıkraya göre, iş sağlığı ve güvenliği önlem alınmamasından doğan zararların tazminatı, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.

Kişiliği gözetme borcuna aykırılığın yaptırımlarından birisi de, işçi tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi ve tazminat talebidir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesine göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilirler. Burada henüz gerçekleşmeyen ve fakat gerçekleşmesi yakın ciddi bir tehlikede söz konusudur. Önlem alınıncaya kadar tehlike devam ettiğinden, İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen altı iş günlük süre başlamaz. Tehlikenin gerçekleşmesi, işçiye derhal fesih hakkı verir⁸⁹³.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise, işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini isteyebilirler. Kurul acil toplanarak işveren ise derhal kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir (m.13/1).

Kurulun veya işverenin ciddi ve yakın tehlike bulunduğunu tespit etmesi ve gerekli tedbirlerin alınmasının gerektiği yönünde karar vermesi halinde, çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir⁸⁹⁴. Çalışanların iş görmekten kaçındıkları dönemdeki ücretleri ile kanun ve sözleşmeden doğan hakları saklıdır (m.13/2). Çalışanlar, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda, kurula veya işverene başvurmak zorunda olmaksızın, işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz (m.13/3).

⁸⁹³ AKKAŞOĞLU, s. 252.

⁸⁹⁴ İşverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almaması halinde Borçlar Kanunu'nun 325 (TBK.m.408). maddesi uyarınca alacaklı temerrüdüne düşeceği ve işçinin iş görmekten kaçınabileceği hakkında geniş bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, "İşçi Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşçinin İşi Red Hakkı", Türk Kamu-Sen İş Hukuku ve İktisad Dergisi, Mart-Haziran 1994, S.15-16.

İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshedilebilmesi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuru ve kurul kararına rağmen gerekli önlemlerin alınmamasına bağlı olduğundan, kanunda belirtilen prosedür işletilmeden yapılan fesih haksız olur⁸⁹⁵. İş sözleşmesini bu nedenle fesheden işçinin, gerekli önlemlerin alınmadığı konusunda yanlış değerlendirmede bulunduğu sonradan ortaya çıkması durumunda da, haksız feshin sonuçları söz konusu olacaktır⁸⁹⁶.

İşveren, gözetme borcu kapsamında iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İş sağlığı ve güvenliğine uygunluk, iş sözleşmesinin kurulması ile kendiliğinden oluşan çalışma şartlarındandır. Çalışma şartlarının uygulanmaması ise, İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (f) alt bendi uyarınca derhal fesih hakkı verir. Çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle, Basın İş Kanunu'na ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesi uyarınca, Deniz İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından ise, Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin II. bendinin (b) alt bendine dayanılarak, iş sözleşmesi feshedilebilir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre, çalışanlar da iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatlarına uygun davranmakla yükümlüdür (m.19/1). İşçilerin bu yükümlülüklerle aykırı davranışları İş Kanunu'nun 25/II-e hükmü kapsamında haklı fesih nedenidir⁸⁹⁷.

II) Derhal Fesih Hakkının Süresinde Kullanılmaması

İş Kanunu'nun 26. maddesinde 24 ve 26. maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanılarak derhal fesih yetkisinin kullanılması belli sürele tabi tutulmuştur. Hak düşürücü niteliğindeki bu süreleler ile ilgili yukarıda ayrıntılı açıklama yapılmıştı⁸⁹⁸. İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için haklı nedenin varlığı tek başına yeterli değildir. Haklı neden mevcut olmakla birlikte, sözleşmenin

⁸⁹⁵ SÜZEK, s. 911; SÜMER, s. 182.

⁸⁹⁶ SÜZEK, s. 911.

⁸⁹⁷ BAŞBUĞ, Aydın, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkı ve Geliştirilmesi", Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları, Ankara 2016, s. 33; AKKAŞOĞLU, s. 255.

⁸⁹⁸ Bkz. I. Bölüm, § 2, IV, 2, C, d.

haklı nedenle feshedildiğine yönelik iradenin belirli bir süre içinde açıklanmaması durumunda yapılan fesih haksız hale gelecektir⁸⁹⁹.

Haklı neden mevcut olmasına rağmen, derhal fesih hakkı kanunda öngörülen sürede (Türk Borçlar Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamında bir sözleşmeye makul süre içinde) kullanılmamışsa, yapılan fesih haksız olarak nitelendirilecektir⁹⁰⁰. Feshin haklı nedene dayandığını ispat yükü kapsamında, derhal fesih hakkının süresinde kullanıldığını ispat yükü de sözleşmeyi fesheden tarafa aittir⁹⁰¹.

§ 4-HAKSIZ FESİH HÜKÜMLERİNİN UYGULANACAĞI DİĞER HALLER

D) Derhal Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcuna Aykırı Kullanılması

İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde işverenin genel anlamda eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı Türk iş hukukunun tartışmalı konularından birisidir⁹⁰². Aşağıda bu tartışmalara değinilecektir. Ancak hemen belirtelim ki, işveren, iş sözleşmesini sona erdirirken, işçiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapamaz. İşverenin mutlak ayırım yasaklarını ihlal ederek yaptığı feshin haksız fesih hükümlerine tabi olacağı konusunda hiçbir tereddüt yoktur.

⁸⁹⁹ Haklı nedenle fesihte hak düşürücü süreler hakkında geniş bilgi için bkz. İREN, Ertan, “Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, 2011 İstanbul, s. 1332 vd.; ÇENBERCİ, s. 600; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/BAYSAL, s. 633 vd.; SÜZEK, s. 690; SENYEN KAPLAN, s. 328; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 259; SÜMER, s. 124; AKYİĞİT, s. 317.

⁹⁰⁰ “4857 sayılı Yasanın 26 ncı maddesinde öngörülen altı işgünlük ve bir yıllık süreler ayrı ayrı hak düşürücü niteliktedir. Bir başka anlatımla fesih hakkının öğrenmeden itibaren altı iş günü ve olayın gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması şarttır. Sürelerden birinin dahi geçmiş olması haklı fesih imkânını ortadan kaldırır. Hak düşürücü sürenin niteliğinden dolayı taraflar ileri sürmese dahi, hâkim resen dikkate almak zorundadır...Bu maddede belirtilen süreler geçtikten sonra bildirimsiz fesih hakkını kullanan taraf, haksız olarak sözleşmeyi bozmuş sayılacağından ihbar tazminatı ile şartları oluşmuşsa kıdem tazminatından sorumlu olur”(Y9HD, 02.06.2016, 2015/3317-2016/13326).

⁹⁰¹ YÜREKLİ, s. 265.

⁹⁰² İşverenin iş sözleşmesini feshederken eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı konusundaki görüş ve tartışmalar için bkz. AYKAÇ, Hande Bahar, “Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlandırılması”, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 6, İş Hukuku, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, 47-133.

Eşitlik ilkesi, Anayasamızda ve ülkemizin onayladığı bir çok uluslararası sözleşmede⁹⁰³ özel ve ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesine göre, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir". Hukukumuzda eşitlik ilkesinin temeli olarak kabul edilen bu hüküm, sadece ayırım yapma yasağının değil, genel anlamda eşit davranma borcunun da Anayasal dayanağını teşkil eder⁹⁰⁴. Başka bir anlatımla, işverenin eşit davranma borcu, Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesinin İş Hukuku alanına yansımastır.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır⁹⁰⁵. Kanunun 6. maddesinde, istihdamda ayrımcılık yasağı sadece 4857 sayılı Kanun kapsamındaki iş ilişkileri bakımından değil, diğer kanunların kapsamındaki iş ilişkileri için de öngörülmüştür⁹⁰⁶. Buna göre, 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, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona

⁹⁰³ Eşitlik ilkesinin düzenlendiği uluslararası belgeler için bkz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 2, 7 ve 23), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.14), Avrupa Sosyal Şartı (m.4/3), Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Uluslararası Arası Çalışma Örgütünün 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, Avrupa Birliğinin 76/207 sayılı Kadınlar ve Erkekler Arasında Eşit Girişte, Mesleki Eğitim ve İlerlemede ve Çalışma Koşullarında Eşit Muamele Yönergesini değiştiren 2002/73 sayılı Yönerge, 2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Yönerge, 2000/43 sayılı Etnik Köken ve Irk Ayrımı Olmaksızın Kişiler Arasında Muamele Eşitliği Hakkında Yönerge, 2000/78 sayılı İstihdam ve Mesleki Alanda Eşitliğin Genel Çerçevesini Düzenleyen Yönerge, 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliliği Hakkındaki Sözleşmesi, 156 sayılı Aile Sorumlulukları Bulunan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme.

⁹⁰⁴ SÜZEK, Süzek, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil, Aralık 2008, s. 25; SÜZEK, s. 440; TUNCAY, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 24, 108 vd.

⁹⁰⁵ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu hakkında geniş bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra/KESKİN, Bayram/DENİZ, Yusuf, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, 2016,721-761; KAYAALP, Dilek, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu İle Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Genel Bir Değerlendirme", ASBÜD, 2019/1, 67-107.

⁹⁰⁶ KAYAALP, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, s. 73.

ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. Ayrımcılık yasağı, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam dahil olmak üzere 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeler bakımından da geçerlidir (m.6/5-6).

Eşitlik ilkesi, İş Kanunu'nda “Eşit Davranma İlkesi” başlığı altında 5. maddede ayrıca düzenlenmiştir⁹⁰⁷. Anılan hükme göre iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz (m.5/1). 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 (m.5/3). İş sözleşmesinin sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.

İş Kanun'un 5. maddesinin başlığı “Eşit Davranma İlkesi” olmasına karşın, maddenin metninde sadece ayırım yasağı hallerinin düzenlendiği, maddenin genel anlamda eşit davranma borcunu kapsamadığı haklı olarak dile getirilmiştir⁹⁰⁸. Ancak maddenin sadece ayırım yapma yasağını düzenlemiş olması, iş ilişkilerinde eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi hukukun temel ilkelerin-

⁹⁰⁷ İşverenin eşit davranma borcu hakkında geniş bilgi için bkz. TUNCAY, A. Can, “İş Hukukunda Eşit Eşit Davranma ilkesi, İstanbul 1982; SÜZEK, Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, S.12, Aralık 2008, 24-38; YILDIZ, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008; Aynı yazar, “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C.I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010, 837-876; ÇELİK, Nuri, “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, Sicil, S.4, Aralık 2006, 5-12; ULUCAN, Devrim, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, Basım Yılı: 2014, 369-383; SUR, Melda, “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil, S.37, 2017, 33-51; ALPAGUT, Gülsevil, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof.Dr. Ali Güzel’e Armağan, C.I, İstanbul, 25-44; UŞAN, Fatih, “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, LİHSGHD, S.8, 2005, 1623-1632; DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 11, 2006/4, 63-81; AYKAÇ, Eşit Davranma Borcu, s. 47-133.

⁹⁰⁸ SÜZEK, s. 441-442, Aynı yazar, Eşit Davranma, s. 26, Yazara göre, maddede sadece ayırım yasağı halleri öngörüldüğü gibi, Anayasanın 10. maddesinden farklı olarak “Herkes... kanun önünde eşittir” ve “Hiçbir kişiye...imtiyaz tanınmaz” ifadeleri yer almamıştır. İş Kanunu’nun 5. maddesi ayırım yasaklarını düzenlemiş, bunun dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcunu dışlamış görünmektedir. Aynı yönde görüşler için bkz. SUR, Eşitlik İlkesi, s. 39; DOĞAN YENİSEY, s. 65; AYKAÇ, Hande Bahar, Eşit Davranma Borcu, s. 52.

den olduğu gibi, Anayasa'nın 10. maddesi de bütün hukuk düzeninde ve bu arada iş ilişkilerinde de geçerli genel bir ilke niteliğindedir⁹⁰⁹.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamalı ya da sendikal faaliyette bulunmaları nedeniyle ayrıma tabi tutulamayacağı; aynı kanunun 64. maddesinin 1. fıkrasında da işverenin greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamaktaki serbestliğini tüm işçiler için kullanması gerektiği düzenlenmiştir.

Eşitlik davranma borcu ve ayrımcılık yasağı temel haklar çerçevesinde ele alındığından toplu iş sözleşmesi taraflarını da bağlar. Bu nedenle belirli veya kısmi süreli sözleşmeleri kapsam dışında bırakan, oransallık ilkesine aykırı veya daha düşük nitelikli haklar tanıyan toplu iş sözleşmesi hükümleri geçerli değildir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, salt sözleşme türünün emsal olarak kabul edilen belirsiz veya tam süreli işçiye göre farklı işleme tabi tutulup tutulmadığıdır. Emsal işçiye göre ayrımı haklı kılan bir neden varsa ayrımcılık yasağı ihlalden söz edilemeyecektir⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ TUNCAY, s. 25, 62 vd; SÜZEK, s. 442; SUR, Eşitlik İlkesi, s. 39-40; AKYİĞİT, s. 235; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.729.

⁹¹⁰ ALPAGUT, Ayrım Yasağı, s. 31; SEVİMLİ, K. Ahmet, 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, İstanbul 2019, s. 61; YORULMAZ, Çiğdem, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Ankara 2008, s. 113-114. Yargıtay da bir kararında, "Davacı işçi işyeri hâkimi olarak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmış ve açmış olduğu bu davada ikramiye isteğinde bulunmuştur. Mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir. Dosya içinde bulunan iş sözleşmelerinde ikramiye ödenmesi yönünde bir düzenleme yer almamış olsa da, iş yerinde tam süreli iş Yargıtay Kararları 389 sözleşmeleri ile çalışan diğer işçiler ikramiye ödenmesinin yapıldığı dosya içeriğiyle sabit olmuştur. 4857 Sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrasında "işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz" şeklinde kurala yer verilmiştir. O halde anılan yasanın yürürlükte olduğu dönemde işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere ikramiye ödendiği halde kısmi süreli iş ilişkisi kapsamında çalışan davacı işçiye ödenmemiş olması eşit davranma borcuna aykırılığı oluşturur. Anılan yasanın yürürlüğe girmesinden önce de, Yargı kararlarına konu olmuş ve öğretide ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Zira eşit işlem borcu işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında kalmakta ve doğrudan iş sözleşmesinden doğmaktadır. Öte yandan genel anlamda eşitlik ilkesini düzenleyen anayasa'nın 10. maddesi ile "Ücrette Adalet Sağlanması" kenar başlıklı 55. maddesi de işverenin eşit davranma borcunu ortaya koymaktadır. Bu itibarla davacı işçinin ikramiyeye hak kazandığı yönünde mahkeme kararı yerinde görülmüştür" ifadelerine yer vermiştir. (Y9HD, 12.02.2008, 2007/31462-2008/108).

İşverenin eşit davranma borcu, aynı işyerinde çalışan işçilere aynı zaman dilimi içinde kolektif bir uygulamanın söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkar⁹¹¹. Bir veya daha fazla işçi, haklı bir neden olmadan bu nitelikteki uygulamaların dışında tutulduklarında eşit davranma borcunun ihlalinin söz edilebilir⁹¹².

Eşitlik ilkesi işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünü ve ayrımcılık yasağını kapsar⁹¹³. Eşit davranma borcu nispi olduğundan, aynı nitelikli veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. İşverenin, işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi, liyakat, yetenek ve çalışkanlık gibi nedenlerle farklı durumda olan işçilere farklı işlem yapılması, söz konusu ilkenin ihlal edildiği anlamına gelmez. Önemli olan, aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratmamaktır. İşverenin haklı ve amaçla orantılı ayrımı eşit davranma borcuna aykırı değildir⁹¹⁴. İşçinin eğitimi, deneyimi, uzmanlığı, verimliliği, yeteneği, kişisel tutum ve davranışları gibi işçiden kaynaklanan nedenlerle veya işçilerin bir kısmına prim uygulanmasını gerektiren işin ya da işletmenin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle farklı davranılabilir⁹¹⁵.

Ayırım yapma yasağı ise, mutlaklır. Irk, etnik köken, cinsiyet, cinsel eğilim, dini ve felsefi inanç, siyasal düşünce gibi nedenlerle işverenin ayırım yapmama yükümlülüğü mutlaklır. Bu nedenle genel anlamda eşit davranma borcuna nazaran ayırım yasaklarında ayrımı haklı kılacak nedenler çok daha sınırlıdır⁹¹⁶. Bununla birlikte, kanuni yükümlülükler gereği işverenin cinsiyet ve uyrukluk bakımından farklı davranması, ayırım yapma yasağının ihlaline yol açmaz.

⁹¹¹ ÇELİK, Nuri, “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, Sicil, S.4, Aralık 2006, s. 5-6; TUNCAY, s. 148 vd; SÜZEK, s. 443; YILDIZ, s. 186; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 730-733.

⁹¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 733; SÜZEK, s. 443.

⁹¹³ DOĞAN YENİSEY, s. 66; YILDIZ, s. 64.

⁹¹⁴ DOĞAN YENİSEY, Eşit Davranma, s. 996-1001; NARMANLIOĞLU, s. 323, 327-328; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 730; SÜZEK, s. 443-444, Aynı yazar, Eşit Davranma, s. 26-27.

⁹¹⁵ TUNCAY, s. 132; DOĞAN YENİSEY, s. 67; YILDIZ, s. 66.

⁹¹⁶ DOĞAN YENİSEY, s. 67; AYKAÇ, Eşit Davranma Borcu, s. 70.

Ayrım yapma yasağı işe almada, iş ilişkisi devam ederken ve iş sözleşmesinin feshinde söz konusudur⁹¹⁷. İşverenin işe almada genel anlamda eşit davranma borcuna ilişkin bir düzenleme yoktur. Söz konusu borcun iş ilişkisinin devamı sırasında gözetilmesi gerektiği noktasında öğretide görüş birliği bulunduğu söylenebilir. Buna karşılık, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, sözleşme özgürlüğü iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde de geçerli olup, işverenin iş sözleşmesinin feshinde kural olarak eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, fesih hakkı kötüye kullanılmadıkça işveren aynı durumdaki işçilerden birinin ya da bir kısmının iş sözleşmesini feshedebilir⁹¹⁸. Diğer bir görüşe göre ise, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, işverenin aynı durumdaki işçilere eşit davranma borcu bulunmakla birlikte, ayrımı haklı kılan nedenlerin ayrımcılık yasaklarına göre daha kolay gerçekleşebileceği göz önünde alındığında, söz konusu eşit davranma borcu sınırlı bir uygulama alanı bulacaktır⁹¹⁹. Bu görüşü savunan yazarlara göre, işveren, haklı neden teşkil eden davranışları aynı olan işçilerden bir veya birkaçının iş sözleşmesini feshetmeyebilir. Ancak işveren haklı neden teşkil eden davranışta bulunan işçilerden birinin veya bir kısmının iş sözleşmesini feshetmek istediğinde, yapacağı tercihin eşit davranma borcuna uygun olması gerekir. İşçinin özel niteliklerinden dolayı hizmetine bir süre daha ihtiyaç duyulması, kıdemi, daha önce ben-

⁹¹⁷ SÜZEK, s. 444 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL'a göre işverenin fesihte eşit davranma borcu ayrım yasağının mutlak olduğu sebeplerle sınırlıdır. Bu yazarlara göre ayrım yapma yasağı eşit davranma borcunun alt başlığını teşkil eder, Aynı yer, s. 727.

⁹¹⁸ TUNÇOMAĞ, s. 256; ÇELİK, Eşit Davranma, 5-12, s. 6; ŞAHLANAN, Fevzi, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma İlkesi", Karar İncelemesi, Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s. 212; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 726-727; SENYEN KAPLAN, s. 243; DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, 9.B, İzmir 2016, s. 196; MANAV, s. 142-143.

⁹¹⁹ BAYSAL, Ulaş, İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, LİHSGHD, 2010, 60-69, s.85-86; EKONOMİ, s. 134; TUNCAY, s. 213 vd. Yazara göre, derhal fesihte eşit davranma borcundan söz edebilmek için olayların birbirleriyle karşılaştırılabilecek nitelikte aynı veya benzer olması, birden çok işçinin karşılaştırılabilir nitelikteki haklı nedenlerden dolayı hizmet akitlerine son verilmek istenmelidir. Ayrıca karşılaştırılabilir nitelikteki olaylar aynı zaman birliği içinde meydana gelmiş olmalıdır. Farklı zamanlarda meydana gelen karşılaştırılabilir nitelikteki olaylar, şayet farklı zamanlar için dahi hizmet akdine devamı beklenemez hale sokan tipte olaylardan ise o vakit işverenin eşit davranma borcu doğar. Diğer görüşler için bkz. DOĞAN YENİSEY, s. 69, Aynı Yazar, Eşit Davranma, s. 61-62; YILDIZ, s. 257 vd, Aynı yazar, Fesihte Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 858 vd.

zer davranışlarda bulunmaması gibi ayrımı haklı kılan sebepler varsa eşit işlem yapma borcunun ihlali söz konusu olmayacaktır⁹²⁰.

İşveren haklı neden teşkil edecek şekilde aynı davranışlarda bulunan işçilerden bir veya birkaçının iş sözleşmesini feshederken ayırım yasaklarına aykırı davranırsa, bunun ayrımcılık oluşturan bir uygulama olacağında şüphe bulunmamaktadır. Bu durumda feshin haksız olup olamayacağı ise, derhal fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılamayacağı ile ilgili tartışmayı gündeme getirmektedir. Derhal fesih hakkının kötüye kullanılmasının mümkün olmadığı görüşünden hareket edilirse, işverenin feshi halinde ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi feshin haksız olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Anayasa'nın 10. maddesi, İş Kanunu'nun 5. maddesi ve 18. maddesinin 3. fıkrasının a, b ve d bentleri uyarınca açıkça yasaklanmış olan ayrımcılığın ihlali suretiyle iş sözleşmesinin feshi hukuka aykırı bir fesihtir⁹²¹.

Kanımızca, iş sözleşmesinin feshinde işverenin mutlak ayırım yasağı dışında eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Derhal feshi gerektiren bir davranışı nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçi, mutlak ayırım yasağı ihlal edilmediği sürece, feshin eşit davranma borcuna aykırı olduğunu ileri süremez. Kuşkusuz, karşılaştırma yapılacak işçiler aynı durumda değilse, eşit davranma borcunun varlığı ve dolayısıyla ihali de söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay'a göre, işveren tarafından haklı neden teşkil eden davranışları aynı olan işçilerden sadece bir veya birkaçının işten çıkarılması, farklı işlem yapılmasını gerektiren haklı nedenler ortaya konulmadıkça, eşit davranma ilkesine aykırıdır⁹²². İşveren sözleşmesi feshedilen işçinin veya işçilerin seçiminde farklı davranmayı haklı kılacak nedenleri ortaya koymazsa yapılan fesih, haksız feshin hükümlerine tabi olur⁹²³.

⁹²⁰ TUNCAY, s. 213 vd; SÜZEK, s. 451-452; YILDIZ, s. 257 vd.

⁹²¹ SÜZEK, s. 450, Aynı Yazar, Eşit Davranma, s. 30.

⁹²² Yargıtay bir kararında, iki işçi arasında çıkan kavgada kusurları eşit olduğu halde sadece birinin işten çıkarılmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur (Y9HD, 18.02.2010, 2008/20214-2010/3912). Aynı yönde bkz. Y9HD, 10.04.2013, 2011/5941-2013/11521. Yargıtay'a göre, kavga olaylarında kavgayı kimin başlattığı, olayda haksız tahrik olup olmadığı, eylemlerin ağırlığına ve savunma sınırının aşıp aşılmadığına göre eşit işlem yapma borcunun ihlal edilip edilmediği değerlendirilmelidir (Y9HD, 01.07.2008, 2007/21658-2008/18649).

⁹²³ TUNCAY, s. 213 vd; SÜZEK, s. 451-452; YILDIZ, s. 257 vd.

İş sözleşmesinin devamı sırasında işverenin eşit davranma borcuna veya ayırım yapma yasağına aykırı bir davranışına maruz kalan işçi, iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir.

II) Derhal Fesih Hakkının Şekil Şartına Aykırı Kullanılması

Derhal fesih hakkının sınırlandırılması bahsinde değinildiği gibi, ahlaki ve emredici kurallara dayanması nedeniyle derhal fesih hakkından, önceden feragat edilemez; sözleşme ile hakkın özüne dokunulamaz veya ortadan kaldırılamaz. Buna karşılık, işverenin derhal fesih hakkının kullanılma biçiminin bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılabilmesi kural olarak mümkündür.

Derhal fesih hakkının doğmuş olması, tek başına feshin haklı nedene dayandığını göstermez. Fesih hakkının kanunda veya sözleşmede öngörülen şekle uygun olarak kullanılması da gereklidir. Kanun veya sözleşmelerin öngördüğü şekil şartına aykırılık, haksız fesih hükümlerinin uygulanmasını gerektirir.

Derhal fesih bildiriminde, fesih sebebinin bildirilmesine ilişkin şekil şartına aykırılığın yaptırımı konusu da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bildirimin yazılı yapılmaması feshi haksız hale getirmez. Çünkü feshin haksızlığı haklı nedenin bulunmamasına bağlıdır⁹²⁴. Diğer bir görüşe göre ise, emredici nitelikteki bu hükme aykırılık feshin haksızlığına yol açar⁹²⁵. Bu görüşe göre, şekle aykırılık halinde, işçi iş güvencesi kapsamında ise feshin geçersizliği ileri sürülebilecektir. İşçi iş güvencesi kapsamında değilse, haksız feshin yaptırımları söz konusu olacaktır⁹²⁶.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 337. maddesinde “karşı talebin talebi üzerine” fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu, İsviçre Hukukunda geçerlilik şartı olarak değerlendirilmemektedir. Muhatabın talebine rağmen fesih bildirimini yazılı olarak bildirmeyen, geç veya yanlış bildiren taraf, yargılama sonucunda feshin haklı nedene dayandığının ortaya çıkması durumunda muhatabın yaptığı yargılama giderlerini karşılamak zorunda bırakılmaktadır. Fesih sebebinin yazılı olarak

⁹²⁴ BAYCIK, s. 354; TOLU, s. 90.

⁹²⁵ SÜZEK, s. 698; YÜREKLİ, s. 235; BAŞKAN, s. 117; GÜLVER, s. 1010.

⁹²⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 800.

bildirilmemesi, sadece haklı nedenin değerlendirilmesinde sözleşmeyi feshedenin aleyhine bir emare olarak görülmektedir. Yine İsviçre Hukukuna göre feshin haklı nedene dayandığı anlaşılabilir, sözleşmeyi fesheden tarafın muhatabın bu nedenle uğradığı tüm zararlarını da karşılaması gerekir⁹²⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemenin geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesi durumunda, haklı nedeni olduğu halde, sırf yazılı bildirim şartına uymadığı gerekçesiyle haksız fesih hükümleri uygulanacaktır. Sözleşmeyi fesheden tarafın işçi olduğu düşünüldüğünde, iş hukuku ilkeleriyle bağdaşmayan vahim bir sonuçla karşı karşıya kalınacağı ortadadır. Kanunun yazılı fesih bildirimini düzenleyip düzenlemediği tartışması bir yana, dürüstlük kurallarına göre iş sözleşmesinin sürdürülmesi beklenmeyen hallerde, fesih bildiriminin şekle bağlanması ve bunun geçerlilik şartı olarak kabulü derhal fesih hakkının niteliğiyle bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir⁹²⁸.

Kanımızca derhal fesih hakkı doğmasına rağmen kanunda öngörülen şekil şartına uyulmaması, haksız fesih hükümlerinin uygulanmasını gerektirmemelidir. Çünkü feshin haksız olarak nitelendirilebilmesi derhal fesih hakkının doğmamış olmasına bağlıdır. Daha önce belirttiğimiz gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 1. fıkrası hükmüne aykırılık durumunda, feshin haksız olarak nitelendirilmesi haksız feshin mahiyetine ve menfaatler dengesine uygun düşmemektedir. Fesih sebebini yazılı bildirmeyen tarafın yargılama giderlerinden ve varsa muhatabın bu nedenle doğan zararlarından sorumlu tutulması en uygun çözüm görünmektedir⁹²⁹.

Deniz İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, “fesih bildiriminin yazılı yapılması işveren feshi bakımından bir zorunluluktur. Ancak bu zorunluluğa uyulmamasının

⁹²⁷ İsviçre Hukukundaki görüşler ve uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYCIK, s. 354-355.

⁹²⁸ DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 101-102.

⁹²⁹ ATABEK'e göre “Muhatabın akti fesh edenin ne sebebe istinaden mukaveleye nihayet verdiğini bilmesi muhakkak iki taraf için faydelidir. Akti fesh eden muhik sebebi beyan etmemekte ısrar eder ve muhatap mahkeme vasıtası ile vâki tazminatın tahsilatını talep ederse, mukaveleyi fesh edenin sükûtu muhakkak muhik sebebe binaen feshin keenlem yekûn olmasını icap ettirmez. Fesh edenin mahkeme nezdinde istinat ettiği muhik sebebi beyan ve ispat ile muhatabın talebi sukut eder, yalnız fesh edenin vakti zamanında muhik sebebi beyan etmemesinden mütevellit muhatabın maruz kaldığı zararları ve yapmış olduğu masrafları tediye ile mükellef olur”, Bkz. s. 124; Aynı görüşte bkz. BAYCIK, s. 354-355.

yaptırımı, kanunda öngörülmemiştir. Bir görüşe göre yaptırımı olmayan bu hüküm sadece işverenin bildirdiği fesih sebebiyle bağlı olması sonucunu doğurur⁹³⁰. Deniz İş Kanunu'nda gemiadamının iş sözleşmesini süreli ya da haklı nedenle derhal feshi bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Gemiadamı, iş sözleşmesini yazılı, sözlü veya eylemli olarak feshedebilir.

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 4. fıkrası ve 7. maddesinde fesih bildiriminin yazılı yapılması gerektiği öngörülmüşse de, anılan hükümler süreli fesih bildirimi ile ilgilidir. Aynı Kanunda derhal fesih bildiriminin şekli konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrasında kıyasen uygulanması öngörülen İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. madde hükümlerinde belirtilen yazılılık koşulu da süreli fesih hakkının kullanımıyla ilgilidir. Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da süresiz fesih hakkına ilişkin bildirimin yazılı yapılmamış olmasının feshin geçersizliğine neden olamayacağı yönündedir⁹³¹.

Belirtelim ki, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde, fesih bildirimi için geçerlilik koşulu olarak kabul edilen yazılı olma zorunluluğuna aykırılığın hukuki yaptırımı geçersizliktir. Süresi içinde ileri sürüldüğünde feshin geçersizliğine karar verilir (İşK.m.20 ve m. 21). Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde öngörülen yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğunun kabulü halinde ise, şekil şartına aykırılığın yaptırımı haksız fesih hükümlerinin uygulanmasıdır. Fesih bildirimi yazılı yapılmadığı halde sözleşme sona ermiş olacak ve haksız feshin hukuki sonuçları söz konusu olacaktır⁹³². Haklı neden mevcut olmasına rağmen salt şekil koşuluna aykırılık haksız fesih hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun

⁹³⁰ ÖKTEM SONGU, Sezgi, "Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları", LİHSGHD, S. 3, 2004, s. 848.

⁹³¹ "4857 sayılı Kanun'un "İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlığını taşıyan 25. maddesinin son fıkrasına göre işverenin haklı sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshettiği durumda fesih bildiriminin yazılı yapılması koşulu aranmaz". (Y22HD, 04.12.2012, 19400-20868).

⁹³² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 800; BAYCIK, Gaye, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Bildirilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu", LİHSGHD, S. 35, 2012, s. 86.

435. maddesi hükmü işçi ve işveren feshi bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır. Buna göre, işçi tarafından yapılan fesihte de fesih bildiriminin yazılı yapılması gerekir.

Bir görüşe göre, feshin geçerlilik şartı olarak öngörüldüğü durumlarda, somut olayın özelliğine göre şekil şartına aykırılık itirazı dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa, şekil şartına aykırılık nedeniyle feshin haksız olduğu kabul edilemez⁹³³. Örneğin, işverenin yüzüne karşı küfür eden ya da işvereni darp eden işçi, feshin yazılı yapılmadığı gerekçesiyle haksızlığını ileri süremez. Bunun gibi işçiye darp eden ya da işçiye küfür eden işveren de şekil şartına aykırılığı ileri süremeyecektir.

Uygulamada derhal fesih hakkının kullanımına ilişkin yasal düzenlemelere aykırılık, haksız feshin hükümlerine tabi tutulmaktadır. İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle derhal fesih hakkının kullanılması disiplin kurulu kararının varlığına bağlanmışsa, salt disiplin kurulu kararının alınmamış olmasını feshin haksızlığı için yeterli görülmektedir⁹³⁴.

Kanunda fesih bildiriminin yazılı yapılmasına veya fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde gösterilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı veya bu hususların ispat şartı olarak öngörüldüğü hallerde, taraflarca fesih bildiriminin yazılı yapılmasına ilişkin şekil şartı kararlaştırılabilir. Türk İş Hukukunda sözleşme ile derhal fesih hakkının işçiden savunma alınması veya disiplin kurulu kararına bağlandığı hallerde, işçiden savunma alınmadan veya disiplin kurulu kararı alınmadan yapılacak fesih, gerçekte haklı bir sebep bulunsa bile, haksız feshin hükümlerine tabi tutulmaktadır⁹³⁵.

Daha önce belirtildiği gibi, işverenin derhal fesih hakkı, kanunda haklı sebep olarak öngörülen davranışın tekrarlanması koşuluna bağlanabileceği gibi, eylemin tekrarlanmasına bağlı hafiften ağıra doğru sıralı disiplin cezası da kararlaştırılabilir. Örneğin, işçinin işyerine iki defa sarhoş gelmesi derhal fesih sebebi olarak

⁹³³ SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, s. 32.

⁹³⁴ "Toplu iş sözleşmesinde Disiplin Kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması durumunda, Disiplin kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde, Dairemizin uygulamasına göre fesih, haksız fesih haline geleceğinden işçi, ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir"(Y9HD, 29.06.2009, 2008/36286-2009/18338). Aynı yönde bkz. Y22HD, 13.06.2017, 34978-14058.

⁹³⁵ SÜZEK, Sarper, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", Çalışma ve Toplum, 2011/1, 9-18, s.13; Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 19.12.2018, 4340-23633.

kararlaştırılmışsa, kuralın bir kez ihlali derhal fesih sebebi yapılamayacaktır. Uygulamada sözleşme ile aynı eyleme ilkinde uyarı, ikinci tekrarında ihtar, üçüncü tekrarında işten çıkarma cezası öngörölmüşse, belirtilen sıralamaya aykırılık halinde haksız fesih hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁹³⁶.

Sözleşme ile iş güvencesine tabi olmayan işçilerin güvence kapsamına alınması suretiyle de işverenin derhal fesih hakkı sınırlandırılabilir⁹³⁷. Bu durumda İş Kanunu’nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

İş Kanunu’nun “Sözleşmenin Feshinde Usul” başlıklı 19. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Hükümde ayrıca işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkının saklı belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında sadece 25. maddenin (II) numaralı fıkrasının saklı tutulduğu, diğer bentlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde işçiden savunma alınması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Çünkü 25. maddenin diğer bentleri işçinin ne davranışıyla ne de verimi ile ilgilidir⁹³⁸. Ayrıca 25. maddenin son fıkrasına yer alan “İşçi, feshin yukarıdaki bentlerde öngörölen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21’inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir” hükmü de iş sözleşmesinin 25. maddede belirtilen sebeplerden herhangi birisine dayanılarak feshedildiği durumlarda fesih bildiriminin yazılı yapılmasının ve işçiden savunma alınmasının gerekmediğini ortaya koymaktadır⁹³⁹. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme

⁹³⁶ “İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin ceza cetvelinin 38. maddesinde talimat ve genelgelere aykırı hareket sonu işyeri veya işverenliğin bir zarar meydana gelmişse yevmiye kesimi cezası verileceği 5.tekerrürde ihraç cezası ile tecziye edileceği, bir zarar meydana gelmemişse ihtar ve yevmiye kesimi cezaları verileceği öngörölmüştür. Toplu iş sözleşmesinin sözü edilen hükmü feshin haklı nedene dayanıp dayanmaması ile ilgilidir. Toplu iş sözleşmesinde belirtilen sıraya uymadan iş sözleşmesinin feshi halinde feshin haksız duruma geleceği Dairemizin istikrar kazanmış uygulaması gereğidir” (Y9HD, 29.11.2010, 2009/35448-2010/34835). Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 04.05.2005, 11194-15458.

⁹³⁷ BAŞBUĞ/YÜCEİ BODUR s. 218.

⁹³⁸ GÜLVER, Ender, “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade”, Karar İncelemesi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İÜHFİM, C. LXXIV, Özel Sayı (C. I), İstanbul 2016, 397-414, s. 411.

⁹³⁹ NARMANLIOĞLU, Ünal, “ Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan,

Hukuk Genel Kurulu'nun 19.10.2018 tarih ve 2017/9-2018/10 sayılı kararında da iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/I-b. maddesi hükmü uyarınca feshedilmesi halinde, işçinin savunma alınmasına gerek olmadığı sonucuna varılmıştır⁹⁴⁰.

III) Derhal Fesih Hakkından Feragat

Ahlâka ve dolayısıyla emredici kurallara dayanan derhal fesih hakkından önceden feragat edilemez. Başka bir anlatımla, haklı bir sebep mevcut değilken genel olarak derhal fesih hakkından feragat mümkün değildir. Buna karşılık, bir haklı sebep ortaya çıktıktan sonra buna dayanıp dayanmamak, lehine haklı sebep mevcut olan kimsenin ihtiyarında bir durum olduğundan, doğmuş, somut bir fesih hakkının kullanılmasından feragat edilebilir⁹⁴¹. Derhal fesih hakkı doğmadan haktan feragat edilmesi mümkün değildir. Derhal fesih hakkı kullanıldıktan sonra da feragat mümkün değildir. Çünkü derhal fesih hakkının varlığı için sözleşmenin ayakta olması gerekir. Sözleşme derhal fesih bildirimi ile sona erdikten sonra artık derhal fesih hakkından söz edilemez. Sözleşmeyi fesheden tarafın fesihten önce doğmuş, somut bir haklı nedene dayalı derhal fesih hakkından feragat anlamına gelecek söz veya davranışta bulunması halinde, aynı nedene dayanarak yaptığı fesih haksız fesih hükümlerine tabi olur.

Feragat hakkı, derhal fesih için öngörülen hak düşürücü süre ile sınırlı olarak vardır. Bu nedenle feragate ilişkin irade beyanının kanunda derhal fesih için öngörülen süre içinde açıklanması gerekir. Derhal fesih hakkını doğuran haklı sebebin doğumundan sonra kanuni süre geçmişse o sebebe dayalı derhal fesih hakkı ve buna bağlı feragat hakkından söz edilemez.

Derhal fesih hakkından feragat yenilik doğuran haklardan olup, buna yönelik açık veya örtülü iradenin karşı tarafa varmasıyla sonuç doğurur, muhatabına ulaştıktan sonra artık bu haktan tek taraflı dönülemez.

İÜHFM, C. LXXIV, Özel Sayı (C. I), İstanbul 2016, 551-569, s. 556; GÜLVER, İşçinin Savunması, s. 409-410.

⁹⁴⁰ Karar, 09.05.2019 tarih ve 30769 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁹⁴¹ OĞUZMAN, s. 114-115; NARMANLIOĞLU, s. 416.

Derhal fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran niteliğine uygun olarak, kullanılmakla sona erer⁹⁴². Fesih bildirimi karşı taraf ulaşmadan tek taraflı geri alınabilir. Geri alma iradesinin muhataba fesih bildirimi ile aynı anda ulaşması halinde dahi geri alınabilir⁹⁴³. Fesih bildiriminin geri alınması halinde sözleşme hiç sona ermemiş gibi kaldığı yerden devam eder. Ancak, bildirimin karşı tarafa ulaşmasından itibaren muhatabın muvafakati olmadan tek taraflı geri alınması mümkün değildir. Muhatap fesih bildiriminin geri alınmasını açıkça kabul etmemişse, sözleşme sona erer⁹⁴⁴. Bununla birlikte, muhataba ulaşan fesih bildirimi tarafların anlaşmasıyla hükümsüz kılınabilir. Bu durumda da iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilir⁹⁴⁵.

Derhal fesih hakkı geri alınmışsa, aynı sebebe dayanılarak tekrar derhal fesih bildiriminde bulunulamaz. Çünkü bu durumda bildirimde bulunan taraf, ileri sürdüğü fesih sebebini haklı neden olmadığını veya muhatabı affettiğini ortaya koymuştur. Her iki halde de fesih hakkını kullanan taraf açısından sözleşmenin devamının çekilmez hale gelmediği sonucuna varılmalıdır⁹⁴⁶.

Hak sahibi ortaya çıkan haklı sebebe dayanmayacağını, bu sebeple sözleşmeyi feshetmeyeceğine ilişkin iradesini açıkça veya örtülü olarak ortaya koymuşsa, o sebebe dayalı fesih hakkından feragat etmiş sayılır⁹⁴⁷. Mevcut haklı bir sebebe rağmen hak sahibinin derhal fesih yerine bildirimli fesih yoluna başvurması veya sözleşmenin haklı sebebe rağmen yenilenmesi derhal fesih hakkından örtülü feragattir⁹⁴⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, önceki kararlarında derhal fesih hakkı doğan tarafın diğer tarafa bildirim süresi tanımak suretiyle iş sözleşmesini feshetmesini derhal fesih hakkından örtülü olarak feragat ettiği şeklinde değerlendirirken, son kararlarında karşı tarafa bildirim süresi tanınmış olmasının derhal fesih hakkından feragat olarak kabul edilemeyeceğini

⁹⁴² OĞUZMAN, s. 110; BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 256; BAYCIK, s. 415 vd.

⁹⁴³ OĞUZMAN, s. 131; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 806.

⁹⁴⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 806; SÜMER, s. 115; BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 186, 256-258; BAYCIK, s. 245; SAVAŞ, s. 190.

⁹⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 807; SÜMER, s. 101 ; BAYCIK, s. 249; SAVAŞ, s. 192.

⁹⁴⁶ BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 484; BAYCIK, s. 419.

⁹⁴⁷ ÇENBERCİ, s. 602; NARMANLIOĞLU, s. 417.

⁹⁴⁸ OĞUZMAN, s. 115. Burada “işverenin affı” varsayımından hareket etmenin gereksiz olduğunu belirten görüş için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 798.

belirtmiştir⁹⁴⁹. Kanımızca derhal fesih hakkı doğan tarafın, sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini belirtmeksizin süreli fesih yoluna başvurması derhal fesih hakkından örtülü olarak feragat ettiği anlamında değerlendirilebilir.

Derhal fesih hakkının doğum sebebi maddi vakıa için derhal fesih hakkı yerine daha hafif bir disiplin cezasının⁹⁵⁰ verilmesinden sonra, kural olarak aynı sebebe dayanılarak derhal fesih hakkı kullanılamaz. Ancak, maddi vakıa sonucu oluşan zararın tazmini amacıyla verilen disiplin cezası, aynı maddi vakıa sebebiyle derhal fesih hakkını ortadan kaldırmaz. Çünkü bu durumda disiplin cezasının verilmesi, derhal fesih hakkından feragat edildiğini göstermez⁹⁵¹.

Acaba derhal fesih hakkı doğan taraf, süreli fesih yoluyla sözleşmeyi feshederken, bildirimde sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini belirtmesine rağmen derhal fesih hakkından feragat ettiği kabul edilebilecek midir? Haklı bir sebebin ortaya çıkması nedeniyle derhal fesih hakkına sahip olan taraf, isterse süreli fesih yoluna da başvurabilir. Bu şekilde seçimlik fesih hakkına sahip tarafın derhal fesih hakkı yerine süreli fesih hakkını kullanması durumunda, kullandığı hakkı geri alıp derhal fesih hakkını kullanması mümkün değildir. Çünkü bu durumda derhal fesih hakkının doğumuna sebep olan maddi vakıanın kendisi açısından sözleşmeye devamı çekilmez hale getirmediyi kabul ettiği, dolayısıyla derhal fesih hakkından örtülü olarak feragat ettiği kabul edilmektedir⁹⁵². Haklı neden varken bildirim süresi tanınmış ise, gerçekte iş ilişkisini çekilmez ve hemen sona erdirilmesini gerektiren bir haklı nedenin bulunmadığı da söylenebilir.

Seçimlik fesih hakkına sahip olup da derhal fesih hakkını kullanan tarafın da süreli fesih hakkından örtülü olarak feragat ettiği kabul edilmektedir. Bu sebeple, derhal

⁹⁴⁹ Y9HD, 17.06.2013, 2011/2705-2013/18665.

⁹⁵⁰ SÜZEK'e, göre, süreli ve derhal fesih hem hukuki yaptırım hem de en ağır disiplin cezası niteliğindedir. Bkz. SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.13-15. Kanımızca süreli feshin disiplin cezası niteliğinde olduğu şeklinde bir genelleme yapılması doğru olmaz. Çünkü süreli fesihte kural olarak karşı tarafın kusurlu bir davranışının bulunması gerekmez. İş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde işverenin süreli fesih bildiriminde bulunması, belki disiplin cezası mahiyetinde görülebilir.

⁹⁵¹ BAYCIK, s. 422-423.

⁹⁵² OĞUZMAN, s. 115.

fesih işlemini geri alan işveren, iş güvencesine tabi iş sözleşmeleri bakımından yeni bir geçerli sebep doğuncaya kadar, iş güvencesine tabi olmayanlar (İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında kalan) sözleşmeler bakımından ise, derhal fesih işleminin yapıldığı andan itibaren hesaplanacak bildirim sürelerinin dolmasına kadar süreli fesih hakkını kullanamaz⁹⁵³.

Yargıtay’a göre, derhal fesih hakkı doğmuş olan tarafın, iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla feshetmesi, derhal fesih hakkından feragat olarak değerlendirilmelidir⁹⁵⁴. Ancak Yargıtay’ın, son yıllarda derhal fesih hakkı doğmuş olan tarafın, bu hakkını karşı tarafa önel vermek suretiyle kullanabileceği yönünde kararları da bulunmaktadır⁹⁵⁵. Derhal fesih hakkının kanunda öngörülen hak düşürücü süre içinde kullanılması gerektiğine ilişkin düşüncenin temelinde, hak düşürücü sürenin geçmesi halinde fesih sebebi teşkil eden davranışın af edilmiş olduğu ve bundan sonra sözleşmeye devamın beklenebildiği çıkarımı yatmaktadır. Bu nedenle hak düşürücü süreyi aşan bildirim süresi verilmek suretiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, feshin haksız hale geleceği söylenebilir. Bununla birlikte, bildirim süresi verilerek yapılan fesih bildiriminde feshin haklı nedenle yapıldığı açıkça belirtilmişse derhal fesih hakkından örtülü olarak feragat edildiği sonucunu çıkarmanın oldukça güç olduğunu belirtmek gerekir⁹⁵⁶. Çünkü bu durumda iş sözleşmesini fesheden taraf, derhal fesih hakkından açıkça feragat etmemiş, aksine sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini özellikle belirtmiştir. Bu nedenle, derhal fesih hakkı doğmuş olan tarafın sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğinden söz etmeksizin

⁹⁵³ BAYCIK, s. 421-422.

⁹⁵⁴ Y9HD, 19.09.2007, 575-27148 ve Y9HD, 22.07.2008, 2007/20491-2008/21645. Ayrıca istifa dilekçesine rağmen, ihbar tazminatının ödenmesi durumunda kıdem tazminatının da ödenmesi gerektiği hakkında karar için bkz. Y9HD, 08.04.2009, 2007/41081-2009/10069.

⁹⁵⁵ Yargıtay, bildirim süresi vererek iş sözleşmesini fesheden işçinin derhal fesih hakkını kullanmadığı gerekçesiyle kıdem tazminatı isteğini reddeden mahkeme kararını şu gerekçe ile bozmuştur: “Derhal fesih hakkını kullanan işçi daha hafif sonuçları olan bildirimli fesih hakkını kullanabilir. Normatif düzenlemede bildirim süresini beklemeden feshedilebileceğinden söz edilir. “edilebilir” ifadesi önel verilerek feshedileceğini de kapsar. Derhal fesih çoklukla ifade edilir ve önelli feshin daha az etki yarattığı kabul edilirse, çoğun içinde az da vardır kuralından, önel vererek haklı feshin kabulü gerekir. Önel ile karşı tarafa bir süre tanınmakta ve hak verilmektedir. Önelin amacı, karşı tarafa sözleşmenin feshinden dolayı tedbir almasını sağlamaktır. Bunu tanıma fesih beyanını ortadan kaldırmaz. Fesih beyanı açıklaması ile karşı tarafta sonuç doğurur. Ancak sonuçları önel sonunda gerçekleşir. Bu nedenle davacı kıdem tazminatına hak kazanır”(Y9HD, 17.06.2013, 2011/2705-2013/18665).

⁹⁵⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 798.

sürelî fesih yoluna başvurduğu durumda derhal fesih hakkından örtülü feragat edildiğini kabul etmek gerekir.

Yargıtay bir kararında, işverenin derhal fesih bildirimini karşı tarafa ulaşmasından önce, işçiye yıllık ücretli izin verilmesini derhal fesih hakkından örtülü feragat olarak değerlendirmiştir⁹⁵⁷. İşverence işçiye haklı nedene dayalı olarak fesih dışında ihtar, para cezası gibi disiplin cezasını verilmesi de o sebebe dayalı derhal fesih hakkından örtülü feragat edildiği anlamında yorumlanabilir.

Feragatin geçerli olabilmesi için haklı sebebin mevcudiyetinden haberdar olunması gerekir. Aksi halde bilinmeyen sebebe dayalı derhal fesih hakkından feragat edildiği kabul edilemez. Ayrıca feragat iradesi ister açık ister örtülü olsun, derhal fesih hakkının kullanılması gereken süre içinde ortaya konulmalıdır⁹⁵⁸. Aksi halde, derhal fesih hakkı feragat sebebiyle değil, hak düşürücü süre nedeniyle düşmüş olur.

Feragat hakkı, onu doğuran haklı sebeple sınırlı olarak geçerlidir. Bu nedenle feragatle derhal fesih hakkı değil, derhal fesih hakkını doğuran sebebin haklı neden olma niteliği ortadan kalkar. Feragat edenin diğer haklı sebeplere veya feragat hakkını doğuran sebebin feragatten sonra tekrar ortaya çıkmasıyla, kanunda öngörülen süre içinde kalmak kaydıyla, derhal fesih hakkı devam eder⁹⁵⁹.

Sonuç olarak, sözleşmenin derhal feshini gerektiren bir haklı sebep bulunmasına rağmen iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdiren taraf, kural olarak derhal fesih hakkından örtülü olarak feragat etmiş olur. Derhal fesih hakkından açıkça veya örtülü olarak feragat edilmesine rağmen sözleşmenin feshedilmesi durumunda haksız fesih hükümleri uygulanır. Bu durumda somut olayın özelliğine göre yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir.

⁹⁵⁷ Y9HD, 23.12.1980, 8838-14001, İHU, İşK.13, No:13.

⁹⁵⁸ OĞUZMAN, s. 114-115.

⁹⁵⁹ NARMANLIOĞLU, s. 416.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

§ 1- GENEL OLARAK

İş sözleşmesi işçinin ölümü, anlaşma veya sürenin bitimi dışında fesih ile de sona erer. Sebebe bağlı yenilik doğuran haklar, ancak doğumuna yol açan sebeplere dayalı olarak kullanıldıklarında istenilen hukuki sonucu meydana getirebilir. Sebepler mevcut değilse, yenilik doğuran hakkın kullanılması mevcut hukuki durumda herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Haklı nedenler bulunmadan kullanılan derhal fesih hakkı sözleşme ilişkisini sona erdirmeyecektir. Haksız fesih kavramında yer alan “haksız” ifadesi, sadece fesihte haklı nedenin bulunmadığını gösterir⁹⁶⁰. Sürekli borç ilişkilerinde haklı nedenin bulunmaması halinde sözleşmenin sona ermeyeceğine ilişkin genel kuralın istisnalarından biri, iş sözleşmesinin haksız feshinde ortaya çıkar. İş sözleşmesinin feshi haksız da olsa, sözleşme sona erer. Bu durumda sözleşmeyi haksız fesheden taraf, tazminat ödemekle yükümlü olur⁹⁶¹.

Sürekli borç ilişkilerinde haksız feshin sözleşmeyi sona erdirmesi açısından istisnaen geçerli sayılmasına ve sözleşmeyi haksız feshedenin muhatabın zararlarından sorumlu tutulmasına “etkinlik rejimi” denilmektedir⁹⁶². Etkinlik rejimi, sözleşmenin ifasının cebri icra yoluyla sağlanmasının mümkün olmaması düşüncesine dayanır⁹⁶³. İş sözleşmesinde işçi için iş görme, işveren için iş verme borçlarının cebri icra yoluyla aynen ifa edilmesi mümkün değildir⁹⁶⁴. Bu nedenle haksız da olsa sözleşmenin sona erdiğini kabulü ve fesheden tarafın muhatabın zararlarını karşılaması gerektiğine ilişkin görüş daha isabetli görünmektedir. Sözleşmeyi sona erdirmeye etkisi yönünden, haksız feshin haklı nedene dayalı fesihten farkı bulunmamaktadır. Ancak haksız fesih,

⁹⁶⁰ BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 236.

⁹⁶¹ KAPLAN, s. 166; SÜZEK, s. 699 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 868; SÜMER, s. 125; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 636; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s. 259; ALTINOK ORMANCI, s. 220-221.

⁹⁶² BAYCIK, s. 373.

⁹⁶³ BAYCIK, s. 373.

⁹⁶⁴ OĞUZMAN, s. 143-144; BAYCIK, s. 373.

hukuka aykırı bir işlem olduğundan haklı nedenle fesihten farklı hukuki sonuçlara tabidir⁹⁶⁵.

Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce Türk iş hukuku uygulamasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinin haksız olsa dahi sözleşmeyi sona erdirdiği kabul edilmiştir⁹⁶⁶. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmesinden önce, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmadan fesih bildiriminde bulunması halinde, sözleşmenin akibeti öğretide farklı değerlendirilmişse⁹⁶⁷ de, uygulamada sözleşmenin sona erdiği kabul edilmekteydi⁹⁶⁸.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda haksız feshin sonuçları düzenlenmemiştir. Türk Borçlar Kanunu ise, bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Türk iş hukukunda iş sözleşmesinin haksız feshedilmesinin hukuki sonuçları iş sözleşmesinin tabi olduğu kanuna, sözleşmenin türüne, sözleşmeyi fesheden tarafa, işçinin iş güvencesine tabi olup olmamasına göre farklılık göstermektedir. İş Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, süreksiz iş sözleşmelerine haksız feshe ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Aynı maddede “Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiştir. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen haksız feshin sonuçlarına ilişkin aşağıda belirtilecek açıklamalar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, süreksiz iş sözleşmeleri bakımından da geçerli olacaktır⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 868.

⁹⁶⁶ Y9HD, 20.03.2006, 1984-6981 ve Y22HD, 26.09.2013, 28092-19895.

⁹⁶⁷ Bu konuda baskın görüş, belirli süreli iş sözleşmelerinde işverenin haksız feshinin sonuç doğurmayacağı; sözleşmenin öngörülen süre sonuna kadar devam edeceği, süre bitimine kadar alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanacağı yönündeydi. Görüş için bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İşi Kabulden Kaçınma, SSK, XIX. Kitap, İstanbul 1968, s. 93; REİSOĞLU, s. 167 vd.; ESENER, s. 215; ULUCAN, Devrim, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Sorunları, İstanbul 1979, s. 114 vd.; SÜZEK, Askı, s. 118 vd. Bir kısım yazarlar da işverenin haksız fesih bildirimi ile belirli süreli iş sözleşmesinin sona ereceğini, bu durumda işçinin Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi uyarınca tazminat isteyebileceğini belirtmişlerdir. Bkz. OĞUZMAN, s. 143 vd.; NARMANLIOĞLU, Ünal, “Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı”, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 381 vd.

⁹⁶⁸ Y9HD, 04.11.2010, 2008/40012-2010/31664 ve Y22HD, 09.04.2014, 2013/7893-2014/7476.

⁹⁶⁹ Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesine göre, “Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır”.

İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında olup, iş güvencesi hükümleri kapsamında olan işçilerin, feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme kararına rağmen işe başlatılmamaları, fesih olarak değerlendirilmektedir. Başka bir anlatımla iş sözleşmesinin işe başlatmama tarihi itibarıyla sona erdiği kabul edilmektedir⁹⁷⁰. Haksız feshin sözleşmeyi sona erdirmeye etkisi, feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme kararına rağmen işe başlatılmayan işçiler için de söz konusudur. İşveren tarafından işçinin işe başlatılması halinde ise, sözleşme kaldığı yerden devam eder.

Ölüm, ikale, süre bitimi, haklı nedenle fesih gibi sözleşmenin sona erdiği durumlarda ortaya çıkan bazı hukuki sonuçlar haksız fesihte de geçerlidir. Taraflar da haksız fesih nedeniyle yaptırım kararlaştırabilirler. Bu sonuçlar “Haksız Feshin Diğer Hukuki Sonuçları” başlığı altında ayrıca incelenecektir⁹⁷¹.

Aşağıda sözleşmeyi fesheden tarafa, iş ilişkisinin tabi olduğu kanuna ve sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasına göre ayırım yapılarak haksız feshin hukuki sonuçları açıklanacaktır.

§ 2-TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda haksız feshin sonuçları düzenlenmemiştir. Bu nedenle Borçlar Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde haksız feshin yaptırımı olarak; belirli süreli iş sözleşmelerinde 325. madde uyarınca bakiye süre ücreti tazminat hüküm altına alınmaktaydı. Belirsiz süreli sözleşmeler de ise, 96. ve devamı maddelere göre zararın tazmini söz konusu idi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinde işverenin haksız feshi, 439. maddesinde ise, işçinin haksız feshi düzenlenmiştir. Aşağıda sözleşmeyi fesheden tarafa ve sözleşmenin türüne göre haksız feshin sonuçları ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

⁹⁷⁰ Y9HD, 20.05.2014, 2012/10994-2014/16072.

⁹⁷¹ Bkz. Aşağıda 3.Bölüm, § 8.

I) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshedilmesi

1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde

Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce mevzuatımızda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshedilmesinin hukuki sonuçları düzenlenmemiştir⁹⁷². Kanuni bir düzenleme bulunmadığı için, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce haklı bir neden olmadan işverence sona erdirilmesinin hukuki niteliği konusunda değişik görüşler ortaya atılmıştır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için o dönemde ileri sürülen görüşlerin ayrıntılarına göz atmakta yarar vardır.

Bir görüşe göre, sözleşmenin süresinden önce işverence sona erdirilmesi kusurlu imkânsızlık olarak nitelendirilmelidir⁹⁷³. İşvereni işçiye iş verme noktasında zorlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. İşveren iş vermediği için işçinin iş görme imkânı da ortadan kalkar. Bu durumda sözleşme, işverenin kusuru sonucu imânsızlık nedeniyle kendiliğinden sona erer. Sözleşme kusurlu imkânsızlık sonucu sona erdiğinden, işveren, diğer tarafın uğradığı zararları tazminle yükümlü olur. Bu tazminat, İş Kanununa tabi iş sözleşmelerinde sözleşme belirli süreli ise, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre belirlenir. Sözleşme belirsiz süreli ise, tazminat 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrası esas alınarak tazminat tayin edilir. Bildirim süreleri esas alınarak tazminatın belirlendiği durumda, işçinin bu süre içinde başka bir işten elde ettiği veya tasarruf ettiği tutarlar mashup edilecektir. Bu görüşe göre, sözleşme kusurlu imkânsızlık nedeniyle kendiliğinden sona erdiğinden, işçinin kıdem tazminatı talep hakkı doğmayacaktır. Çünkü mülga 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona ermesi, kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden sayılmamıştır.

⁹⁷² GEREK, Haksız Fesih, s. 6.

⁹⁷³ OĞUZMAN, s. 147, 243. Yazara göre, bu durumda kıdem tazminatı söz konusu olamaz ise de, kusuruyla imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin sona erdiğinden, diğer taraf, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin (c) fıkrası hükmü uyarınca tazminat talep edebilir. Tazminatın belirlenmesinde kıdem tazminatının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bkz. OĞUZMAN, s. 243.

Diğer bir görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesi haklı sebep olmadan süresinden önce sona ermez; süre sonuna kadar aynen devam eder⁹⁷⁴. İşverenin sözleşmenin süresinden önce haklı neden olmadan fesih bildiriminde bulunması, alacaklı (işveren) temerrüdü olarak nitelendirilmelidir. Bu durumda işçi, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi (TBK.m.408) hükmü uyarınca, taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın sözleşmede öngörülen ücreti talep edebilir. Ancak, işçinin kalan süre içinde çalışmadığı için tasarruf ettiği veya başka bir işten elde ettiği yahut elde etmekten kasten kaçındığı miktarlar mahsup edilir. Sözleşme süre sonuna kadar devam ettiği ve süre bitiminde kendiliğinden sona erdiği için, işçinin kıdem tazminatı hakkının doğmadığı kabul edilmekteydi.

Üçüncü bir görüşe göre ise, iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmadan işveren tarafından fesih bildiriminde bulunulması halinde, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğinin kabulü gerekir. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence sona erdirilmesi haksız fesih olarak nitelendirildiğinde işçinin kıdem tazminatı talep hakkı doğduğu gibi, işçi sözleşme devam etseydi elde edeceği kazançlarını, başka bir anlatımla zararını, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi (şimdi TBK.m.438) talep edebilir⁹⁷⁵. Yargıtay'ın, bu dönemde farklı kararları olmakla birlikte

⁹⁷⁴ EYRENCİ, Öner, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin İşverence Feshedilmesinin Hukuki Sonuçları", İHU İşK.m.9, No: 2; ULUCAN, Devrim, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Dolmasından Önce Feshi, Haklı Nedenle Feshe Süre Konması ve Aynı İş İlişkisinin İki Ayrı Sözleşme ile Düzenlenmesi", Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, MÜHFD, 2007/1, s. 515; SÜZEK, Sarper, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS, İstanbul 2000, s. 74; SÜMER, Halûk Hadî, "Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları", TÜHİS, Şubat 1992, s. 6; Aynı yazar, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1997 Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS, İstanbul 1999, s. 129; TUNCAY, A.Can, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi", LİHSGHD, C.8, S.31, 2011, s. 907-908; ESENER, s. 215-216; REİSOĞLU, s. 167 vd; SÜZEK, Askı, s. 118; TULUKÇU, Haksız Fesih, s. 567.

⁹⁷⁵ NARMANLIOĞLU, Ünal, "Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 402 vd, Aynı yazar, "Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı", İstanbul 1973, s. 167; ALPAGUT, s. 177; ŞAHLANAN, Fevzi, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Bir Neden Olmaksızın İşverence Feshi", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S.357, Hukuk 42, Aralık 2009, s. 4, Aynı yazar, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Neden Olmaksızın İşverence Feshinden Doğan Tazminat Alacağına İlişkin Yeni Düzenleme ve Yargıtay Uygulaması", Karar İncelemesi, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri II, 211-215, s. 213-214; KAPLAN, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, s. 219-220; BAKIRCI, Kadriye, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi",

son kararları, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence haklı bir sebep olmadan sona erdirilmesinin haksız fesih olarak nitelendirilmesi ve davacıya bu nedenle tazminat ödenmesi gerektiği yönündeydi⁹⁷⁶.

Hukukumuzda 6098 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haklı bir sebep olmadan sona erdirilmesinin hukuki niteliği konusundaki tartışmaların sona erdiği söylenebilir⁹⁷⁷. Anılan Kanun'un 438. maddesinin 1. fıkrasına göre, "...belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir". Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, "Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir". Söz konusu düzenleme, hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence sona erdirilmesinin haksız fesih olarak nitelendirilmesinin kanuni dayanağını oluşturmaktadır⁹⁷⁸. Yapılan fesih haksız olsa dahi belirli süreli sözleşmeyi süre bitiminden önce sona erdirmektedir. Bu nedenle maddede bakiye süreye ait hak kazanılacak miktar için "ücret" yerine "tazminat" kavramı kullanılmıştır⁹⁷⁹.

Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, ÇMİS, Ankara, 2004, 159-210, s. 198; KABAKÇI, Mahmut, "Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi", Karar İncelemesi, Sicil, S.21, Mart 2011, s. 135; GÜLER, Mikdat, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", LİHSGHD, 2005/5, s. 71-72; SAYMEN, s.610; EKONOMİ, s. 166; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 875; SÜMER, s. 125; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 625; AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, s. 498; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 342.

⁹⁷⁶ "Dava dilekçesi içeriğinden taraflar arasındaki belirli süreli hizmet aktinin süresinin bitmesinden önce işveren tarafından haklı bir neden bulunmadığı halde sona erdirilmesi nedeniyle bakiye sürenin ücretini tazminat olarak istediği anlaşılmaktadır. Mahkemece bu isteğin yanlış şekilde değerlendirilerek isteğin reddedilmesi hatalıdır" (Y9HD, 15.11.1999, 14565-17470, Kamu-İş, 1999 Yargıtay Kararları, s. 46-47). Ayrıca Yargıtay'ın başka bir kararına göre, "Davacı öğretmen ile davalı arasında 625 Sayılı Yasaya göre bir yıllık sözleşmeler yapılmış ve davalı tarafından hizmet akdi feshedilmiştir. Esasen bu husus taraflar arasında çekişmesizdir. Sözleşmenin feshinde davalı herhangi bir haklı sebep göstermemiştir. Bu durum karşısında davacının kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir" (Y9HD, 13.06.2006, 2005/37751-2006/17242).

⁹⁷⁷ ÇELİK, Nuri, Türk Borçlar Kanunu, s. 6; MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 588; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 103.

⁹⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 588.

⁹⁷⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 877; DOĞAN YENİSEY, Kübra, Türk Borçlar Kanunu, s. 103; GÜLVER, s. 1017; Kanunda haksız fesihten söz edilmesine rağmen, SÖYER'e göre Türk Borçlar Kanunu kusurlu imkânsızlık görüşünü tercih etmiştir. Yazara göre kusurlu imkânsızlık görüşü, kıdeme bağlı haklar bakımından nispi koruma sağlayan ve ödenmesi gerekeni

A) Bakiye Süre Ücreti Tutarı Tazminat

Türk Borçlar Kanunu'nda belirli süreli sözleşmeler için önemli hükümlere yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülmesi halinde belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Bu durumda yeni bir sözleşme değil, uzatılmış bir sözleşme söz konusu olur⁹⁸⁰. Türk Borçlar Kanunu'na göre, Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinin 1. fıkrasında öngörüldüğü gibi⁹⁸¹, sözleşmenin örtülü olarak sürdürülmesi suretiyle yenilenmesi mümkün değildir⁹⁸². Taraflar sözleşmenin tekrar belirli süreli olmasını arzuluyorlarsa yeni bir sözleşme yapmaları gerekir. Ancak bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca esaslı bir sebep bulunmalıdır. Anılan hükme göre, esaslı bir sebep olmadıkça üst üste belirsiz süreli sözleşme kurulamaz. Aksi halde iş sözleşmesi belirsiz süreli olarak kabul edilecektir. Şu halde Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılması halinde objektif şartların varlığı aranmaz⁹⁸³. Buna karşılık, üst üste belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi esaslı bir sebebin varlığına bağlıdır. İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk defa kurulması ve üst üste yapılmasına ilişkin açık düzenleme bulunduğundan Türk Borçlar Kanunu'nun 430. madde hükmünün İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulanması müm-

“ücret” olarak nitelendiren temerrüt görüşüne göre daha az avantajlıdır (SOYER, M.Polat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 163-165).

⁹⁸⁰ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 929.

⁹⁸¹ Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinin 1. fıkrası şu ifadelere yer vermektedir: “Muayyen bir müddet için yapılan hizmet akdi bu müddetin mürurundan sonra her iki tarafın sükûtu ile temdit edildiği takdirde, akit, aynı müddet ve fakat nihayet bir sene için tecdit edilmiş sayılır”.

⁹⁸² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 439; SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 13; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 930.; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 97.

⁹⁸³ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 929; SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 11.

kün değildir⁹⁸⁴. Bu konuda açık düzenlemeye yer vermeyen Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından genel hüküm uygulanacaktır⁹⁸⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesi bakımından tavan süre öngörülmemiştir. Bununla birlikte 430. maddesinin 3. fıkrasına göre, on yıldan uzun süreli iş sözleşmesinin yapılması halinde, taraflardan her biri, on yıl geçtikten sonra altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşıda hüküm ifade eder.

Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 4. fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildirimiyle sona ereceği kararlaştırılmışsa, taraflardan birisinin fesih bildiriminde bulunmaması halinde sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği düzenlenmiştir. Burada herhalde kastedilen, sözleşmenin süre bitiminde sona ermesinin bir tarafın yenilememe iradesini önceden diğer tarafa ihbar etme şartına bağlanmasıdır. Yoksa belirli süreli iş sözleşmelerinde tarafların süreli fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirmeleri mümkün değildir. Esasen sözleşmenin süresinden önce tarafların süreli fesih hakkına sahip olduklarını kabul etmek belirli süreli sözleşmenin niteliğiyle bağdaşmaz⁹⁸⁶.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda haksız feshin hukuki sonuçları açıkça düzenlenmiş değildi. Belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce işveren tarafından haklı neden olmadan feshi halinde, işverenin temerrüdüne ilişkin 325. madde hükümlerine göre uyuşmazlık çözülmüyordu. Anılan hükümde işverenin belirli süreli iş sözleşme-

⁹⁸⁴ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 929-930.

⁹⁸⁵ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 930; SOYER'e göre ise, bu sonucun Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde geçerli olmaması gerekir. İş güvencesi ve kıdem tazminatı hakkını korumak adına iş sözleşmesinin süreye bağlanması daha sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır. Yazar, bu görüşün devamında şu haklı tespit ve öneride bulunmaktadır: "Esasen, iş sözleşmelerinin süreye bağlanmasını sadece hukuki bir sorun olarak görmekten vazgeçip, istihdam yaratan bir sosyal politika aracı olarak kavramadıkça, bu alandaki tartışmaların sürmesi kaçınılmazdır. Süreli sözleşmeleri istihdam yaratmanın bir aracı olarak düşünüp yeniden düzenlemek gerektiğinde ise, sözleşme süresi hakkında (en çok iki yıl gibi) azami bir süre koyma yoluna gidilmelidir", Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 11-12.

⁹⁸⁶ SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 13; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 97. DOĞAN YENİSEY'e göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin son fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildirimiyle sona erdirileceğinin belirtilmesi çeviri hatasından kaynaklanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'na göre süresi dolan sözleşme, örtülü olarak sürdürülürse belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Yenilememe ihbarının yapılması halinde de aynı sonuca varılması gerekir. Bkz. DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 97.

sini haksız feshetmesi ile sözleşmenin sona ereceği öngörülmemesine rağmen, uygulamada İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından işçinin hem kıdem tazminatı hem de bakiye süre ücreti isteği kabul ediliyordu⁹⁸⁷. Yargıtay'ın bu uygulaması, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir⁹⁸⁸. Gerçekten işverenin haksız feshi ile sözleşmenin sona erdiği kabul edildikten sonra, kalan süre için ücretin kabulü çelişki arz etmekteydi. Nitekim Yargıtay daha sonra pek çok kararında, sözleşmenin sona erdiği “bakiye süre ücreti” yerine “bakiye süre ücreti tutarında tazminat” ibaresini kullanarak çelişkili uygulamaya son vermiştir⁹⁸⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin temerrüdü 408. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, “İşveren, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir”.

Türk Borçlar Kanunu'nda işveren tarafından yapılan haksız feshin hukuki sonuçları, 438. maddede açıkça düzenlenmiştir. Sözü edilen hükme göre, fesih haksız olsa dahi sözleşmeyi sona erdirir. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından süresinden önce haklı neden olmadan feshedilmesi halinde, bakiye süre ücreti tutarındaki tazminatın işverenin temerrüdünü düzenleyen 408. maddeye göre değil, 438. maddenin 1. fıkra hükmü uyarınca hüküm altına alınması gerekir.

Kanun'un 438. maddesinin 1. fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir neden olmadan işveren tarafından feshedilmesi halinde, işçinin sözleşmenin kalan süresinde çalışmış olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği öngörülmüştür. Bu tazminatın “bakiye süre ücreti tutarı tazminat” olarak

⁹⁸⁷ Y9HD, 03.06.2010, 2008/28693-2010/16017 ve Y9HD, 26.04.2005, 2004/16908-2005/14606.

⁹⁸⁸ SÜMER, Değerlendirme 1997, s. 136; NARMANLIOĞLU, Kıdem Tazminatı Talep Hakkı, s. 398-401; SÜZEK, Değerlendirme 1998, s. 74.

⁹⁸⁹ Y9HD, 20.02.2006, 2005/22117-2006/3839; Y22HD, 20.12.2012, 8833-28980; Y22HD, 04.03.2014, 2013/5200-2014/4624.

adlandırılması⁹⁹⁰; işverenin temerrüdü halinde Türk Borçlar Kanunu’nun 408. maddesi uyarınca ödenmesi gereken bakiye süre ücreti ile karıştırılabilir. Ayrıca hesaplamada dikkate alınacak süre ve ücretin adlandırmada esas alınması tazminatı gerektiren hukuka aykırı davranışın niteliğine uygun düşmemektedir. Söz konusu tazminat, haksız feshin hukuki yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, belirli süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshinin hukuki yaptırımı olarak düzenlenmiş olan bu tazminatı, “haksız fesih tazminatı” olarak adlandırmayı daha uygun buluyoruz⁹⁹¹.

Maddede işçinin kalan süre içinde çalışmış olsaydı “kazanabileceği ücreti” yerine “kazanabileceği miktarı” denilmiştir. Bir görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi nedeniyle hüküm altına alınacak olan haksız fesih tazminatı, çıplak ücret esas alınarak hesaplanmalıdır⁹⁹². Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, maddede belirtilen “kazanabileceği miktar” ibaresi, ücreti de içine alan daha geniş bir anlama sahiptir. Bu nedenle işçinin bakiye süre içinde çalışmış olsaydı kazanabileceği miktarın kapsamına sadece ücret değil, kanuni ve akdi ikramiyeler, yemek, yakacak ve giyim yardımı gibi olağan çalışma süresi içinde iş görmeye bağlı ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatler de girer⁹⁹³. Önceden yapılması kararlaştırılmış olan fazla mesai ücretlerinin de dikkate alınması gerekir⁹⁹⁴.

Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 2. fıkrasına göre, belirli süreli hizmet sözleşmesinde, işçinin sözleşmenin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir⁹⁹⁵. İşçinin iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle bakiye süre içinde tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirin

⁹⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL söz konusu tazminatı “boşta geçen süreler tazminatı” olarak adlandırmıştır. Bkz. s. 877.

⁹⁹¹ Öğretide, Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tazminatın belirlenmesinde sözleşmenin kalan süresi içinde işçinin çalışmış olsaydı kazanabileceği miktarın dikkate alınması gerektiğinden hareketle bu tazminatı, “iş kaybı tazminatı” olarak adlandırılanlar vardır. Bu kavramı kullanan yazarlar için bkz. KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s.24, SAVAŞ s.232.

⁹⁹² ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 933.

⁹⁹³ KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 24; SAVAŞ, s. 233; GÜLVER, s. 1019; TOLU, s. 208.

⁹⁹⁴ KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 24.

⁹⁹⁵ Kararlar için bkz. Y9HD, 04.11.2010, 2008/40012-2010/31664 ve Y22HD, 09.04.2014, 2013/7893-2014/7476.

varlığını ve miktarını ispat yükü, işverendedir⁹⁹⁶. Kanımızca indirim tabi değerler işveren tarafından ispat edilmeden varsayıma dayalı olarak indirim yapılamaz⁹⁹⁷. Örneğin, işçinin isterse bakiye süre içinde asgari ücretten iş bulabileceği varsayılarak indirim yapılamamalıdır. Bu nedenle, yukarıda belirtilen kararı isabetli bulmuyoruz.

İşçinin çalışmaması yüzünden bakiye süre içinde tasarruf ettiği değerlerin indirim konu olabilmesi için, işçinin çalıştığı işe ilişkin olması gerekir. Örneğin, yol masrafı indirim esas alınabilir⁹⁹⁸. Buna karşılık, yemek masrafı gibi işe gitmese dahi yapılan olağan masraflar, tazminattan indirilemez.

İşçinin başka bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten kaçındığı gelirin indirilebilmesi için, gelirin bağımlı veya bağımsız çalışmadan elde edilmiş olması arasında bir fark yoktur. Başka bir anlatımla, bağımsız çalışma sonucunda elde edilen ya da bilerek elde edilmesinden kaçınılan gelirler de indirim konusu olabilir⁹⁹⁹.

İşçinin bakiye süre içinde aldığı işsizlik ödeneği¹⁰⁰⁰, emeklilik aylığı¹⁰⁰¹ gibi gelirler de haksız fesih tazminatının belirlenmesinde dikkate alınır. Haksız fesih tazminatı ücret niteliğinde olmadığı için, tazminattan sigorta primleri kesilmez¹⁰⁰².

B) Haksız Fesih Tazminatı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence haksız feshi halinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerde bildirim süresine ait ücret tutarındaki tazminat, belirli süreli iş sözleşmelerinde ise bakiye süre ücreti tutarı tazminat düzenlendikten sonra, hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshinde söz konusu olan ayrı bir tazminat daha öngörülmüştür. Anılan Kanun'un 438. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği

⁹⁹⁶ KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 25.

⁹⁹⁷ Aksi yönde Y9HD, 29.01.2007, 96-1142.

⁹⁹⁸ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 353; SAVAŞ, s. 233; TOLU, s. 209.

⁹⁹⁹ ALGAGUT, Belirli Süreli, s.187; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 354.

¹⁰⁰⁰ Y9HD, 21.05.2009, 2007/41429-2009/13673.

¹⁰⁰¹ Y9HD, 29.12.1997, 21069-22846.

¹⁰⁰² ALPAGUT, s. 122; ŞAHLANAN, Fevzi, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, s. 76.

bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz”.

Öğretide, Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 3. fıkrası hükmünün öngördüğü tazminat, “ek tazminat”¹⁰⁰³, haksız fesih tazminatı”¹⁰⁰⁴ ya da “takdiri tazminat”¹⁰⁰⁵ olarak adlandırılmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesi tümüyle haksız feshin hukuki sonuçlarını düzenlemektedir. Maddenin 3. fıkrasında yer alan tazminatın, işverenin haksız feshinin sonucu olarak, 1. fıkradaki tazminata ek olarak durum ve şartlara göre hakim tarafından hüküm altına alınabilmesi haksız fesih tazminatı olarak adlandırılmasına yol açmıştır. Ancak, sadece maddenin 3. fıkrasında yer alan tazminatın “haksız fesih tazminatı” olarak adlandırılması, 1. fıkra da yer alan tazminatların haksız feshin yaptırımı olmadıkları gibi bir anlama sebebiyet verebilir. Söz konusu tazminat, maddenin 1. fıkrasında öngörülen haksız fesih tazminatına ek olarak hakim tarafından takdir edilecek bir tazminattır. Sadece 3.fıkra da öngörülen tazminatın “haksız fesih tazminatı” olarak adlandırılmasını doğru görmemekle birlikte, öğreti ve uygulamada yaygın olarak kullanılması ve geline aşamada sonucu değiştirmeyeceği düşüncesiyle aynı ifadeyi kullanmak zorunda kaldığımızı belirtmeliyiz¹⁰⁰⁶.

Maddede belirtildiği gibi, haksız fesih tazminatı, somut olayın özelliklerine göre hâkimin takdirine bağlıdır. Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin gerekçesinde, somut olayın bütün durum ve koşullarının, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının,

¹⁰⁰³ YÜREKLİ, s. 280.

¹⁰⁰⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 878; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hakkı Nedenle Fesih, s. 590; SÜZEK, s. 703; SÜMER, s. 125; GEREK, Haksız Fesih, s. 7; ELMAS, s. 237 vd.; TOLU, s. 213; ALP, Yeni Borçlar Kanunu, s. 132.

¹⁰⁰⁵ Bu adlandırma için bkz. GÜLVER, s. 1020.

¹⁰⁰⁶ Söz konusu tazminat, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından “takdiri tazminat” olarak adlandırılmıştır (BGE, 116 II 301, PORTMANN, Art.337c N 5, Bkz. YÜREKLİ, s. 282; Aynı Mahkemenin, BGer, JAR 1995, 220/BGer ARV 2001., 192/BGer, JAR 2002, 265ff/OGer BL JAR 2002 287, PORTMANN, Art.337c N 5, Bkz. YÜREKLİ, s. 282-283). Ülkemizde cumhuriyet döneminin ilk iş kanunu olan 3008 sayılı Kanun’un 13. maddesinin 4. fıkrasında yer alan: “ihbar şartına riayet etmeyen taraf yukarıda yazılı önellere (mehillere) ait ücretlerin tutarıyla beraber, ayrıca işin mahiyetine göre miktarı yargıç tarafından takdir edilecek bir tazminat dahi ödemeye mecburdur” hükmü uyarınca hakim tarafından belirlenen tazminat, öğretide, “takdiri tazminat” olarak ifade edilmiştir. Bkz. SAYMEN, İş Hukuku, s. 605-608.

sözleşmenin devam sürüşünün, fesih için ileri sürülen sebebin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir.

Hâkim, olaya özgü bütün durum ve koşulları dikkate alarak bu tazminatı hüküm altına almayabilir. İsviçre Federal Mahkemesi de başlangıçta tüm haksız fesihlerde haksız fesih tazminatına hükmedilmesi gerektiğini kabul ederken, son dönemlerde işçinin davranışlarının işverende ciddi bir şüphenin uyanmasına neden olması, işçinin hatalı davranışlarda bulunması, kısa süreli iş ilişkisinin söz konusu olması, ekonomik kaybın olmaması veya işçinin ortak kusurunun bulunması gibi durumlarda, söz konusu tazminatın hüküm altına alınmaması gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁰⁷. Mahkemeye göre, haksız fesih tazminatının kural olarak iş sözleşmesinin haksız feshinde hüküm altına alınması hâkimin takdirindedir. Ancak feshin işverenin kusurundan kaynaklanmaması veya başka nedenlerden dolayı ona kusur yüklenilmesinin mümkün olmaması gibi istisnai hallerde hâkim, takdir yetkisini kullanmayabilir¹⁰⁰⁸.

Haksız fesih tazminatı, işverenin sözleşmeyi kanuna aykırı olarak derhal feshetmesinin yaptırımını teşkil eden “medeni ceza” niteliğindedir¹⁰⁰⁹. İşçi haksız fesihten hiçbir zarar görmese dahi, tazminata hükmedilebilir. Tazminatın takdiri için feshin haksız yapılmış olması yeterlidir. Bu nedenle işçinin maddi veya manevi zararını ispat etmesi gerekmez¹⁰¹⁰. Söz konusu tazminat ile işverenin derhal fesih hakkını hukuka aykırı olarak kullanmasının önlenmesi ve haksız fesihle sözleşmesi sona eren işçinin manevi açıdan tatmin edilmesi amaçlanmaktadır¹⁰¹¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen haksız fesih tazminatı, aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen belirsiz süreli iş sözleşmesi için bild-

¹⁰⁰⁷ BGer, JAR 1995, 220/BGer ARV 2001., 192/BGer, JAR 2002, 265ff/OGer BL JAR 2002 287, PORTMANN, Art.337c N 5, Bkz. YÜREKLİ, s. 281-282.

¹⁰⁰⁸ 2 Ağustos 2006, 4C.406/2005, c.6.1 ve 12 Nisan 2005, 4C.112/2005, c.4.1, Bkz. ORMANCI, s. 255, dn. 762.

¹⁰⁰⁹ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 932, dn. 28'de belirtilen yazarlar; KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 27; ORMANCI, s. 224, dn. 675'de belirtilen yazarlar.

¹⁰¹⁰ ORMANCI, s. 255, dn. 761; YÜREKLİ, s. 282; Aksi görüş için bkz. SAYMEN, s. 607; OĞUZMAN, s. 278 Yazarlara göre, “uğradığı munzam zararı mağdurun ispat etmesi gerekir. Zararın mevcudiyetini ispat etmekle beraber miktarını ispaet etmeze Borçlar Kanununun 42. maddesine (TBK.m.50) göre amel olunur”.

¹⁰¹¹ KAPLAN, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, s. 225; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 336, Aynı yazar, Haksız Feshin Sonuçları, s. 27.

irim süresine ait ücret tutarındaki, belirli süreli iş sözleşmeleri için ise bakiye süre ücreti tutarındaki tazminattan farklıdır. Haksız fesih nedeniyle işçinin talep hakkı elde ettiği ihbar tazminatı veya bakiye süre ücreti tutarı tazminat, ücret kaybının karşılanması amaçlamaktadır. Buna karşın haksız fesih tazminatı, doğrudan işverenin haksız feshinin yaptırımıdır. İş sözleşmesi haksız feshedilen işçi, sözleşmenin belirli olup olmamasına göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 1. fıkrasında fıkrasında öngörülen tazminat ile birlikte haksız fesih tazminatına da hak kazanır. Maddenin 3. fıkrasında yer alan “ayrıca” sözcüğü de, bu yönde yoruma imkân verir niteliktedir¹⁰¹².

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasında haksız fesih tazminatının takdir edilmesinde bütün durum ve koşulların göz önünde tutulacağı belirtilmiştir. Maddenin gerekçesinde, “bütün durum ve koşullar”dan neyin amaçlandığı açıklanmaya çalışılmıştır. Tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi ve fesih için ileri sürülen sebep, somut olayın durum ve koşullarını gösterir. İşçinin işten çıkarılırken tartaklanması, kolundan tutularak veya gerekmediği halde güvenlik aracılığıyla işyerinden uzaklaştırılması, arkadaşları veya ailesi önünde rencide edici şekilde fesih iradesinin açıklanması, fesih öncesi psikolojik baskıya maruz bırakılması gibi davranışlar söz konusu tazminatın takdir edilmesinde ve dikkate alınabilecektir¹⁰¹³. Ancak tazminatın hüküm altına alınmasında göz önünde tutulacak durum ve koşullar belirtilenlerle sınırlı değildir. Sözleşmenin devam süresi, ileri sürülen fesih sebebi, işçinin kişilik haklarının zedelenip zedelenmediği ve derecesi, işçinin birlikte kusuru gibi durum ve koşullar da tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰¹⁴.

Haksız fesih tazminatının miktarı belirlenirken işçinin kişilik haklarının ihlal derecesi de dikkate alınır. İşçinin kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminat davası açma hakkı da vardır. Manevi tazminat davası açılmışsa, artık kişilik haklarının ihlali takdiri tazminatın değerlendirilmesinde dikkate alınamaz¹⁰¹⁵.

¹⁰¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 878-879; MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 590-591.

¹⁰¹³ ALP, Yeni Borçlar Kanunu, s. 133.

¹⁰¹⁴ SOYER, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 17; SÜZEK, s. 704.

¹⁰¹⁵ KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 27.

Tazminatin belirlenmesinde esas alınacak ücret, kanunda özel bir düzenleme bulunmadığı için, işçinin temel (çıplak) ücretidir¹⁰¹⁶. Haksız fesih tazminatının belirlenmesinde esas alınacak süre ve bu tazminat için kanunda öngörülen altı aylık üst sınıra ilişkin hükmün nispi emredici niteliğinden dolayı, işçi lehine aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür¹⁰¹⁷. Tazminat miktarının belirlenmesinde, sözleşme ile kararlaştırılmış olan cezai şartın da göz önünde bulundurulması gerekir¹⁰¹⁸.

Haksız fesih tazminatı, hem belirsiz süreli hem de belirli süreli iş sözleşmelerinde söz konusudur. Ancak bu tazminat, derhal fesih hakkı koşullarının bulunmaması halinde söz konusu olan bir tazminat olduğundan, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde süreli fesih hakkının kötüye kullanılmasına bağlı kötüniet tazminatından farklıdır¹⁰¹⁹. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde kötüniet tazminatı ile birlikte haksız fesih tazminatının da talep edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, haksız fesih, fesih hakkı doğmadığı halde yapılan fesihtir. Kötünietli fesih ise, doğmuş olan fesih hakkının kötüye kullanılmasıdır. Bu sebeple, haksız fesih tazminatına hak kazanıldığı durumlarda kötüniet tazminatı söz konusu olmaz¹⁰²⁰. Başka bir görüşe göre ise, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesi halinde feshin aynı zamanda kötüye kullanıldığıının ispat edilmesi halinde işçi, daha lehine olan tazminatı talep edebilir. Haksız olan feshin aynı zamanda kötüye kullanılmış olması mümkündür. Ancak her iki tazminat birlikte hüküm altına alınamaz. Bu bağlamda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen sendikal tazminat da haksız fesih tazminatı ile birlikte istenemez. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasına göre, hakim haksız fesih tazminatını "...bütün durum ve koşulları göz önünde

¹⁰¹⁶ SÜZEK, s. 705; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 879; KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 28.

¹⁰¹⁷ YÜREKLİ, s. 284; SÜZEK, s. 705; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL s. 879; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 932; KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 27.

¹⁰¹⁸ KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 27.

¹⁰¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 591; SAVAŞ, s. 235.

¹⁰²⁰ KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 28. Aynı görüşte GEREK, Haksız Fesih, s. 7; KAR, Haksız Fesih, s. 5.

tutarak...” belirleyecektir¹⁰²¹. Feshin haksız ve aynı zamanda kötünietli olabileceğini kabul eden yazarlardan bir kısmına göre, haksız fesih tazminatının kötünietin de göz önünde bulundurulması suretiyle belirlenmesi gerekir. Kötüniet tazminatı miktarının haksız fesih tazminatının üst sınırından (altı aylık ücret tutarından) fazla olduğu durumlarda ayrıca haksız fesih tazminatına karar verilemez¹⁰²². Son bir görüşe göre ise, feshin hem haksız hem de kötünietli olduğu durumlarda işçi, ayrıca kötüniet tazminatı talebinde bulunamaz. Kötünietin haksız fesih tazminatının belirlenmesinde dikkate alınması, ancak bu miktarın altı aylık üst sınırı her halükarda aşmaması gerekir¹⁰²³.

Somut olayın bütün durum ve koşullarına göre haksız fesih tazminatının miktarının tayini ve hüküm altına alınması hâkimin takdirine bağlıdır. Kanımızca, derhal fesih hakkı doğmamışsa ortada kötüye kullanılabilecek bir hak da yok demektir. Başka bir anlatımla işverenin derhal fesih hakkının doğmuş bulunması halinde ancak hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Bu nedenle haksız fesih tazminatı ile kötüniet tazminatı birlikte gerçekleşemez. Bununla birlikte iş sözleşmesini aynı zamanda işçinin dava ve şikayet hakkını kullanması, tanıklık yapması gibi nedenlerle haksız olarak fesheden işverenin bu davranışı, benzer nedenleri içermeyen haksız feshetmelerle aynı yaptırıma tabi tutulamaz. İşverenin belirtilen nedenlerle iş sözleşmesini haksız olarak feshettiği durumlarda haksız fesih tazminatının miktarı, işverenin varsa kötünieti de dikkate alınarak belirlenir¹⁰²⁴. Aynı sonuca işverenin mutlak ayrımcılık yasağını ihlal etmek suretiyle ya da sendikal nedenlerle iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi hallerinde de gidilebilir¹⁰²⁵.

¹⁰²¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 879-880; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hakkı Nedenle Fesih, s. 591 vd.

¹⁰²² SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 45; ALP, Yeni Borçlar Kanunu, s. 133.

¹⁰²³ GÜLVER, s. 1023; YÜREKLİ, s. 284.

¹⁰²⁴ SOYER, Borçlar Kanunu’nun Etkisi, s. 14-15 Yazara göre bildirim süresinin üç katı tutarındaki tazminatın altı aylık ücrete ulaştığı hallerde ayrıca haksız fesih tazminatına karar verilemeyeceği söylenebilir. Bkz. SOYER, Aynı yer, s. 15. Haksız fesih tazminatı ile kötüniet tazminatının birlikte hüküm altında alınamayacağına ilişkin diğer görüşler için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 879-880; KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 28; YÜREKLİ, s. 283; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 105; GÜLVER, s. 1022-123; ELMAS, s. 247.

¹⁰²⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 880; ELMAS, s. 249.

Kuşkusuz yukarıda belirtilen görüşlerimiz, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler ile Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından geçerlidir. İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshinde aynı zamanda işverenin kötünietli olduğu anlaşılmakta ise, işverenin kötünietli, iş güvencesi tazminatı miktarının yüksek tutulması ile karşılık bulacaktır. Öğretide haksız fesih tazminatının iş güvencesi tazminatı ile birlikte uygulanabileceği ileri sürülmüş¹⁰²⁶ ise de, yukarıda belirtildiği üzere kanımızca iş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesi hükmünün uygulanması mümkün değildir.

2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde

A) Genel Olarak

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshine karşı yaptırım özel olarak düzenlenmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasına göre, iş sözleşmesinin haksız feshedilmesi halinde, işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmelerde, fesih bildirim süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktar tutarında bir tazminata hak kazanacağı öngörülmüştür. Söz konusu hüküm, İş Kanunu’na tabi işçiler bakımından genel hüküm olarak uygulanabilecek nitelikte olduğundan, tahvile gerek olmaksızın, belirsiz süreli iş sözleşmesi haksız feshedilen işçiye ödenmesi gereken tazminatın kanuni temelini oluşturmaktadır. Bu düzenleme, sadece Türk Borçlar Kanunu kapsamına giren iş ilişkileri için değil, diğer iş kanunlarının kapsamındaki çalışanların iş sözleşmelerinin haksız feshinde de uygulama alanına sahiptir. Öğretide bazı yazarlar, Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 1. fıkrasının belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi için öngördüğü tazminatı daha önce olduğu gibi, “ihbar tazminatı” olarak nitelendirmişlerdir¹⁰²⁷. Bu yazarlardan bazıları aynı maddenin 3. fıkrası düzenlenen tazminatı ise, “haksız fesih tazminatı” olarak adlandırmıştır¹⁰²⁸. Bir

¹⁰²⁶ ALP, Yeni Borçlar Kanunu, s. 133.

¹⁰²⁷ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 940; SÜZEK, s. 700-701; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 874; GÜNEŞ, Başak/MUTLAY, Faruk Barış, “Yeni Borçlar Kanunu’nun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/3, 231-288, s. 279; SAVAŞ, s. 228.

¹⁰²⁸ SÜZEK, s. 703; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 874.

yazar da, 438. maddenin 1. fıkrasında belirtilen tazminatı “haksız fesih tazminatı”, 3. fıkrasında düzenlenen tazminatı ise, “ek tazminat” olarak ifade etmiştir¹⁰²⁹.

Türk Borçlar Kanunu’nda işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini usulsüz feshetmesi halinde, uygulanacak hukuki yaptırım özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, 438. maddenin 1. fıkrasının işverenin süreli fesih hakkını usulüne uygun kullanmaması halinde de uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰³⁰. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu’nda işverenin usulsüz ve haksız feshinin, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nda olduğu gibi, aynı hukuki yaptırımı tabi tutulduğu söylenebilir. Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu’na tabi iş ilişkileri açısından, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından usulsüz feshedilmesi halinde 438. maddenin 1. fıkrası uyarınca işçiye ödenmesi gereken tazminatın, “ihbar tazminatı” olarak adlandırılması, doğal karşılanabilir. Ancak İş Kanunlarına tabi iş ilişkileri açısından, işverenin haksız feshine Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 1. fıkrasının uygulanacağını kabul ettikten sonra, haksız fesih halinde ödenmesi gereken tazminatı “ihbar tazminatı” olarak adlandırmak pek çok açıdan sorunlara yol açacak niteliktedir. Ortaya çıkan sorunlar hakkında aşağıda geniş açıklama yapılacağından burada sadece konuya işaret etmekle yetinilmiştir.

B) İhbar Tazminatı

İş Kanunu’nda iş güvencesi hükümlerine yer verilmeden önce, işverenin haksız feshinin hukuki sonuçları açıkça düzenlenmediği için, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde, haksız fesih usulsüz feshe tahvil edilerek yaptırıma bağlanıyordu. Haklı sebep olmadan iş sözleşmesi derhal feshedilen işçinin, ihbar öneline ait ücret tutarında tazminat talep edebileceği kabul edilmekteydi. İş güvencesi hükümlerinin mevzuata girmesiyle birlikte güvence kapsamına giren işçiler için İş Kanunu’nun 25. maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca feshin geçersizliğine karar verilmesi amacıyla dava açma imkânı doğmuştur. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, iş güvencesinin kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshi halinde uygulanacak hukuki yaptırıma ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulun-

¹⁰²⁹ YÜREKLİ, s. 275-284.

¹⁰³⁰ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 940.

madığından, haksız feshe tahvil yoluyla usulsüz feshe ilişkin hükümlerin uygulanmasına devam edilmiştir¹⁰³¹.

İş Kanunu'na ve Basın İş Kanunu'na tabi olup iş güvencesi kapsamında olmayan iş ilişkileri ile Deniz İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin yaptırımı olarak doğrudan bir tazminatın hüküm altına alınmasını gerektiren bir düzenleme ihtiyacını, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası hükmü karşılamış bulunmaktadır¹⁰³². Başka bir anlatımla, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası, işverenin haksız feshine doğrudan haksız feshin hukuki sonucu olarak bir tazminat öngörmüştür.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438.maddesinin 1.fıkrasına göre, işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı neden olmadan feshetmesi halinde işçi, bildirim süresine uyulmuş olsaydı hak kazanabileceği miktarı tazminat olarak talep edebilir. Söz konusu düzenleme, iş sözleşmesinin haksız feshinin de sözleşmeyi sona erdireceğini, ancak bu durumda sözleşmeyi fesheden işverenin tazminat ödemekle yükümlü olacağını öngörmüştür¹⁰³³. Maddenin gerekçesinde de, "...belirtildiği üzere, işverenin haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshetmesi durumunda işçinin, belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim süresine ve belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması nedeniyle, bu sürelerle uyulsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği belirtilmektedir. Bu tazminat ile hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın, taraflarca kararlaştırılan sürenin sona ermesinden önce feshedilmesi yüzünden işçinin uğradığı olumlu (müspet) zararların giderilmesi amaçlanmıştır. Böylece, işveren, haklı bir sebep olmadığı hâlde, hizmet sözleşmesini sona erdirecek olursa, fıkra da öngörülen tazminat yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır" şeklinde ifadeye yer verilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tazminatı iş sözleşmesi haksız feshedilen taraf talep edebilir. İş sözleşmesini haklı da olsa fesheden, anılan tazminata hak kazanamaz.

¹⁰³¹ DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 102.

¹⁰³² SOYER, Yeni Borçlar Kanunu, s. 189; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 102.

¹⁰³³ YÜREKLİ, s. 277.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence haklı sebep olmadan feshedilmesi halinde işçinin hak kazanacağı tazminat miktarı, fesih bildirim süresine uyulmuş olsaydı işçinin kazanabileceği miktardır. İşçinin kazanabileceği miktar denildiğine göre, bu tazminatın hesabında sadece temel (çıplak) ücret değil, işçiye ücrete ilaveten sağlanan para veya para ile ölçülebilen diğer tüm menfaatler dikkate alınmalıdır¹⁰³⁴. Ancak, ücrete ilaveten yapılan ödeme veya sağlanan menfaatlerin kararlılık ve devamlılık arz etmesi gerekir. Daha önce bir defaya mahsus olarak yapılmış ödemelerin bildirim süresi içinde yapılacağı varsayılarak dikkate alınması mümkün değildir¹⁰³⁵.

Bildirim süresi içinde kanun veya sözleşmenin (toplu veya bireysel) öngördüğü zamlar dikkate alınır. Bildirim süresinin toplu iş sözleşmesi ile artırılmış olması halinde, tazminatın hesabında artırılan bildirim süresi dikkate alınmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, haksız fesih nedeniyle işçiye ödenmesi gereken tazminat, niteliğiyle itibariyle kanundan doğan bir tazminattır. Usulsüz fesih bildirimini nedeniyle ödenmesi gereken ihbar tazminatı için öğretide yapılan nitelendirmelerin¹⁰³⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile öngörülen tazminat için de geçerli olacağı söylenebilir.

İşçinin Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen tazminata hak kazanması için feshin haksız olması yeterli olup, işverenin fesihte kusurlu olması veya işçinin zarara uğraması şart değildir. Başka bir anlatımla, feshe maruz kalan işçinin belirtilen tazminatı talep edebilmesi için, işverenin kusurunu veya fesih sebebiyle doğan zararını ispatlaması gerekmez¹⁰³⁷. Haksız feshe maruz kalan işçinin fesih bildiriminden hemen sonra, daha iyi şartlarda yeni bir iş bulması halinde dahi söz ko-

¹⁰³⁴ YÜREKLİ, s. 278; KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 24; TOLU, s. 197.

¹⁰³⁵ SÜZEK, s. 758; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 607.

¹⁰³⁶ Usulsüz fesih bildiriminin yaptırımı olan ihbar tazminatının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. İhbar tazminatını işçi bakımından "ücret", işveren bakımından "kanundan doğan tazminat" (SAYMEN, s. 606; TUNÇOMAĞ, s. 360; ESENER, s.223; SÜZEK, s. 521; NARMANLIOĞLU, s.377; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 921; EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN, s. 193; SÜMER, s. 111; GÜVEN/AYDIN s. 190), "ihbar süresini tanımaya zorlama amacı taşıyan "medeni ceza" (ÇENBERCİ, s. 254-255; SENYEN KAPLAN, s. 274), ihbar süresine gerektiği şekilde uyulmasını sağlama amacı yanında diğer taraf için bir zarar doğabileceği de göz önüne alınarak "çift karakterli özel bir tazminat" (EKONOMİ, s. 157) olarak nitelendirenler de bulunmaktadır.

¹⁰³⁷ TOLU, s. 198.

nusu tazminatın eksiksiz olarak ödenmesi gerekir. İşçinin fesihten hemen sonra yeni bir iş bulması, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshedilmesi halinde işçinin talep edebileceği bakiye süre ücreti tutarındaki tazminattan indirim yapılmasını gerektirir.

C) Haksız Fesih Tazminatı

Türk Borçlar Kanunu'nun 438.maddesinin 3.fikrasında öngörülen tazminatın söz konusu olabilmesi için sözleşmenin türü önemli değildir. Başka bir anlatımla, sözleşme ister belirli ister belirsiz süreli olsun, işveren tarafından haksız feshedilirse, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, hâkim tarafından haksız fesih tazminatı takdir edilecektir¹⁰³⁸. Haksız fesih tazminatı ile ilgili yukarıda etraflıca açıklama yapıldığından¹⁰³⁹, oraya atıfla yetinilmiştir.

II) Sözleşmenin İşçi Tarafından Haksız Feshedilmesi

1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde

İş Kanunlarımızda işçinin iş sözleşmesini usulsüz feshetmesi halinde ihbar tazminatı öngörülmüştür. İşçinin sözleşmeyi haksız feshetmesi durumunda ise, İş Kanunu'nun 23. maddesi dışında herhangi bir hukuki yaptırım düzenlenmiş değildir. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde işçinin iş sözleşmesini haksız ve usulsüz feshetmesi halinde tek bir yaptırıma yer verilmiştir. Başka bir anlatımla, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin öngördüğü yaptırım hem belirsiz süreli iş sözleşmelerinin usulsüz feshinde hem de belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde uygulama alanı bulur¹⁰⁴⁰..

Türk Borçlar Kanunun 439. maddesine göre “ işçi, haklı bir sebep olmaksızın iş başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır”. Buna göre, işçinin haklı bir sebep olmaksızın işe hiç başlamaması

¹⁰³⁸ DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 103.

¹⁰³⁹ Bkz. 3. Bölüm, § 2, I, 1, B.

¹⁰⁴⁰ MOLLAMAHUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 881; MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 593; SÜZEK, s. 706; SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 36; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 935; YÜREKLİ, s. 286; GÜZEL, s. 258.

veya aniden işi bırakması haksız fesihtir. Burada feshin haksız da olsa sözleşmeyi sona erdireceği belirtilmiş ve karşı tarafın sözleşmenin ifasındaki menfaatine karşılık gelen müspet zararının karşılanması amaçlanmıştır¹⁰⁴¹.

Öğretide, işçinin aniden işe başlamamasının aynı zamanda bir usulsüz fesih olduğu, İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından usulsüz fesih bildiriminin yaptırımının ihbar tazminatı olarak düzenlenmişken, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde farklı bir yaptırım düzenlenmesinin isabetli olmadığı ileri sürülmüştür¹⁰⁴².

Maddenin 2. fıkrasına göre, işveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. İşveren, işçinin aylık ücretinin dörtte birini aşan zararlarının giderilmesini de isteyebilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesine göre, işçinin işe hiç başlamadığından veya işi bıraktığından söz edilebilmesi için haklı bir sebebinin bulunmaması gerekir. İşçinin işe başlamaması veya işi bırakmasının haklı nedene dayanıp dayanmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak dürüstlük kurallarına göre tespit edilmelidir¹⁰⁴³. İşçinin işe hiç başlamadığının veya işi bıraktığının ispat yükü, işverendedir. Buna karşılık, işe başlamamanın veya işi bırakmanın haklı nedene dayandığını ispat yükü ise, işçidedir.

Hâkim tarafından tazminattan indirim yapılabilmesi için işçi, işverenin zarara uğramadığını veya zarar miktarının aylık ücretin dörtte birinden az olduğunu ispat etmelidir. İşçi, işverenin hemen ya da kısa sürede yerine işçi bulduğunu belirterek, işverenin zarara uğramadığını veya zarar miktarının az olduğunu ya da işverenin yeni işçi bulmak için çaba harcamayarak zararın doğmasına veya artmasına neden olduğunu ispat edip, tazminatın indirilmesini sağlayabilir. İşveren de işçinin aylık ücretinin dörtte birini aşan zararlarının varlığını ve miktarını ispat yükü altındadır. Bu bağlamda işveren, aynı nitelikte bir işçi buluncaya kadar işin yapılamaması nedeniyle uğradığı kazanç

¹⁰⁴¹ ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 224; Anılan tazminat hakkında geniş bilgi için bkz. UTKU, Doruk, "Türk Borçlar Kanununun 439. Maddesi ve İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin İhbar Tazminatı Sourmluluğuna Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, 2760 vd.

¹⁰⁴² GÜNEŞ/MUTLAY, s. 276.

¹⁰⁴³ YÜREKLİ, s. 287-290.

kaybının, örneğin anahtar nitelikteki işçinin işi bırakmasının üretimde kesintiye neden olmasının, işin diğer işçilerle yerine getirilmesi için ödenen fazla çalışma ücretlerinin, işin geçici olarak üçüncü bir kişiye yaptırılmasının ve yeni işçiye ödenecek ücret gibi hususların zararının değerlendirilmesinde dikkate alınmasını isteyebilir. Yine işveren, yeni işçinin eski işçinin çalışma verimine ulaşınca kadar uğradığı maddi kayıpları da talep edebilir. Öğretide, manevi zararların da ek zararlar kapsamında talep edilebileceği ileri sürülmüştür¹⁰⁴⁴. Kanımızca işçinin aylık ücretinin dörtte birini aşan zararların belirlenmesine manevi tazminatların dikkate alınması mümkün değildir. Kuşkusuz manevi zararlar, genel hükümlere göre ayrıca istenebilir.

Söz konusu tazminat kanundan doğan götürü nitelikte bir tazminattır¹⁰⁴⁵. Ancak, işverenin zarara uğramamasına veya zarar miktarının işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az olmasına göre indirim tabi tutulabilmesi, tazminatın işverenin zararından tamamen bağımsız olmadığını gösterir. Burada tazminatın götürü niteliğinden ayrılan istisnai bir durum söz konusudur¹⁰⁴⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde öngörülen tazminat, her ne kadar usulsüz feshi de kapsamakta ise de, madde başlığı da dikkate alındığında esas itibariyle bir haksız fesih tazminatıdır. Bir görüşe göre, söz konusu hüküm mutlak emredici niteliktedir¹⁰⁴⁷. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesindeki koşullara uygun olmak kaydıyla, belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde cezai şart kararlaştırılması mümkündür¹⁰⁴⁸. Bir başka görüşe göre ise, söz konusu düzenleme

¹⁰⁴⁴ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 935-936.

¹⁰⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 881.

¹⁰⁴⁶ Öğretide işverenin zarara uğramamış olması veya zarar miktarının aylık ücretin dörtte birinden az olması halinde hâkime indirim yetkisini veren hükmün tazminata aksi kanıtlanabilir "zarar miktarı karinesi" (nisbi götürü tazminat) niteliği kazandırdığı ileri sürülmüştür. UTKU, Türk Borçlar Kanunu, s. 2761 ve dn. 8; Aynı yönde, SÜZEK, s. 706.

¹⁰⁴⁷ DOĞAN YENİSEY, Cezai Şart, s. 32, Yazara göre, mehzaz kanunda açıkça mutlak emredici olduğu belirtilen hükmün niteliği konusunda Türk Borçlar Kanunu'nda bir açıklık bulunmamakta ise de, mehzaz kanundan farklı bir sonuca gitmenin güçlüğü dikkate alındığında, hükmün mutlak emredici olarak kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte, hükmün bu niteliği, cezai şart kararlaştırılmasına engel teşkil etmez. Aynı görüş için bkz. BAYCIK, Gaye, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2018, s. 177.

¹⁰⁴⁸ DOĞAN YENİSEY, Kübra, Cezai Şart, s. 33-34. Yazara göre Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi işçi aleyhine cezai şartın geçersizliği dışında herhangi bir geçerlilik şartına yer vermemiştir. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde öngörülen tazminat miktarının cezai şart bakımından üst sınır niteliği taşıması

nisbi emredici niteliktedir. Bu nedenle, hükmün işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir¹⁰⁴⁹. Kanımızca hükmün mutlak emrediciliğine ilişkin kanunda herhangi bir belirti bulunmadığına göre, düzenlemenin nisbi emredici nitelikte olduğu söylenebilir. Ancak hükmün belirtilen niteliğinin tarafların cezai şart kararlaştırmalarına engel teşkil etmemesi gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin son fıkrasında, maddede öngörülen tazminatın doğrudan dava ve takip konusu yapılamayacağını düzenlenmiş, dava ve takibe başvurmayı da hak düşürücü süreye bağlamıştır. Buna göre, "tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi halde, tazminat isteme hakkı düşer".

İşveren, tazminat talebiyle ilgili dava veya başvurmadan önce, takas yoluna başvurmak zorundadır. Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse, o zaman dava veya takip yoluna gidilebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesine göre, iki kişi karşılıklı olarak bir miktar para veya aynı türden diğer edimleri birbirine karşı borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise, taraflardan her biri borcunu alacağı ile takas edebilir. Bunun sonunda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer. Takas, hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir hak olup, borçlu takas hakkını tek taraflı, şekle bağlı olmayan, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır¹⁰⁵⁰.

Borçlu, takas hakkı doğmadan önce veya doğduktan sonra sözleşme ile takas hakkından feragati edebilir¹⁰⁵¹. Türk Borçlar Kanunu'nun 143. maddesine göre, takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Takas beyanının etkisini doğurması karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Ancak Türk Borçlar

gerekir. Kanımızca da, işverenin aylık ücret miktarının dörtte birini aşan zararını ispatlaması halinde talep edebileceği dikkate alındığında, işvereni zarar külfetinden kurtarmaya yönelik cezai şarta ilişkin hükümler geçerli olmalıdır.

¹⁰⁴⁹ UTKU, Türk Borçlar Kanunu, s. 2763, Yazar, haksız veya usulsüz feshe bağlı cezai şartın Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin niteliğine ve amacına aykırı olması nedeniyle geçerli olamayacağını, ancak belirsiz süreli iş sözleşmelerinin belirli bir dönem için süreli fesihlerini engellemek ya da işçinin işin en yoğun olduğu dönemde terketmesini önlemek amacıyla yapılan anlaşmaların geçerli olabileceğini savunmaktadır. Aynı yer, 2766-2767.

¹⁰⁵⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 1425.

¹⁰⁵¹ NOMER, s. 421.

Kanunu'nda bazı hallerde karşı tarafın kabulü aranmaktadır. Aynı Kanun'un 144. maddesine göre, tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar, haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar, nafaka ve işçi ücreti gibi borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan doğruya alacaklıya verilmesi gereken alacaklarda, alacaklı kabul ettiği takdirde borçlu takası ileri sürebilir. İşçi ücreti işçinin geçimini sürdürmesi için zorunlu alacaklardan olduğundan işçinin kabulü olmadan işverenin Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde öngörülen tazminat isteme hakkını takas edebilmesi mümkün değildir¹⁰⁵².

Otuz günlük süre, hak düşürücü süre niteliğinde olup, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır¹⁰⁵³. Otuz günlük süre aylık ücretin dörtte birine tekabül eden tazminata ilişkindir. İşverenin işçinin aylık ücretinin dörtte birini aşan zararlarının giderilmesini isteme hakkı genel zamanaşımına tabidir¹⁰⁵⁴.

Otuz günlük süre dava veya takip yoluna başvurmaya ilişkindir. Takas yoluna başvurulması nedeniyle ek bir süre öngörülmediğinden işverenin takas hakkını da otuz günlük süre içinde kullanması gerekir¹⁰⁵⁵.

Kanunda tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak ücretin kapsamı ile ilgili bir hüküm bulunmadığından, işçinin çıplak ücreti esas alınmalıdır.

2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde işçinin haksız feshinin yaptırımı olarak öngörülen tazminat, sadece belirli süreli iş sözleşmelerinin değil, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde de geçerlidir. Bu noktada belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde işçinin iş sözleşmesini usulsüz feshetmesi halinde ihbar tazminatı değil, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde düzenlenen tazminat söz konusu olur¹⁰⁵⁶. Öğretide Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler açısından işçinin haksız feshi ile işverenin haksız feshi arasında fark gözetilmesinin haklı görülemeyeceği ileri

¹⁰⁵² EREN, Genel Hükümler, s. 1431.

¹⁰⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 593.

¹⁰⁵⁴ GÜLVER, s. 1027; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 937; YÜREKLİ, s. 295.

¹⁰⁵⁵ YÜREKLİ, s. 295.

¹⁰⁵⁶ DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 107.

sürülmüştür¹⁰⁵⁷. Gerçekten, Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde, örneğin, bir Türk Hava Yollarında çalışan bir pilotun bildirim süresi vermeksizin aniden işi bırakması halinde işveren açısından ciddi olumsuzlukların yaşanabilmesi kaçınılmazdır. Bu davranışın sadece aylık ücretin dörtte biri kadar bir tazminatla yaptırıma bağlanması halinde eylem ile yaptırım arasında uygun bir orantıdan söz edilemeyecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde öngörülen tazminat hakkında yukarıda ayrıntılı açıklamalar yapıldığından¹⁰⁵⁸, burada ayrıca tekrara gerek görülmemiştir.

§ 3-İŞ KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin hukuki sonuçları sözleşmenin türüne, fesheden tarafa ve işçinin iş güvencesi hükümlerinin kapsamına girip girmediğine göre değişir¹⁰⁵⁹. Buna göre haksız feshin hukuki sonuçları aşağıda ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

Diğer yandan, belirsiz süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen ve kıdemi en az bir yıl devam etmiş olan işçi, Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun, 4856 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca yürürlükte bulunan, 14. maddesi gereğince kıdem tazminatına da hak kazanır. Kıdem tazminatı doğrudan haksız feshin bir yaptırımı olmamakla birlikte, iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçinin de hak kazandığı bir tazminattır. Kıdem tazminatı, haksız feshin genel hukuki sonuçları başlığı altında aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ ÇELİK, Türk Borçlar Kanunu, s. 7; SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 16; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 102.

¹⁰⁵⁸ Bkz. 3. Bölüm, § 2, II, 1, B.

¹⁰⁵⁹ GEREK, Nüvit, "İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötüniyetli Fesih", Karatahta İş Yazıları Dergisi, S.2, Ağustos 2015, 1-17, s. 5.

¹⁰⁶⁰ Bkz. 3. Bölüm, §8, III.

D) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshedilmesi

1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde

A) Genel Olarak

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir neden olmadan işverence feshedilmesi halinde, sözleşmenin süreli niteliğinden dolayı işçi, ihbar tazminatına hak kazanamadığı gibi iş güvencesi hükümlerinden de yararlanamaz. Ayrıca iş sözleşmesinin süre bitiminde kendiliğinden sona ermesi durumunda işçi, kıdem tazminatına da hak kazanamaz. İşçi yönünden belirtilen sakıncaları nedeniyle, İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi objektif şartların varlığına bağlanmıştır. Buna göre, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir¹⁰⁶¹. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir¹⁰⁶².

¹⁰⁶¹ Objektif şartların bulunup bulunmadığının mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmaması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, s. 69-70; ALP, Değerlendirme 2013, s. 180 vd.

¹⁰⁶² Belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında geniş bilgi için bkz. ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2011; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları", Sicil, S.16, 2016, 17-32; CANBOLAT, Talat, "Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi", LİHSGHD, S.13, 2007; CANIKLIOĞLU, Nurşen "İş Kanununun 10.Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", 10.Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu, AYBÜHF, Ankara, 2016, 159-200; BAŞTERZİ, Süleyman, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları Ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006; Aynı yazar, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasının İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi "İşçinin Haklı Menfaati"", DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 2013, Basım Yılı: 2014, 423-449; TAŞKENT, Savaş, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı", Sicil, S.9, Mart 2008, 14-22; Aynı yazar, "Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2010/3, 223-242; Aynı yazar, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde "Esaslı Neden" Sorunu, Sicil, S. 24, Aralık 2011, 19- 29. Yazara göre, İş Kanunu'nun 11. maddesinin ILO'nın 158 sayılı Sözleşmesi ve Avrupa Birliğinin 99/70 sayılı Yönergesi çerçevesinde yorumlanması gerekir. Yönergede sözü edilen objektif koşul sürenin belirlenmesi ile ilgilidir. Bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulmasında objektif koşulların bulunması gerekmez. Bkz. TAŞKENT, Esaslı neden, s. 21 vd, Aynı yazar, Mevsimlik işte belirli süreli, 229 vd., Aynı yazar, Belirli süreli, s. 17 vd.; BAŞTERZİ, Değerlendirme 2009, s. 57 vd.; YORULMAZ, Çiğdem, Belirli Süreli

İş Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshedilmesinin hukuki yaptırımı öngörülmemiştir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde İş Kanunu’daki bu boşluk, Borçlar Kanunu’nun 325. maddesi hükmü ile doldurulmaktaydı. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshedilmesinin mümkün olup olmadığı ile ilgili ortaya çıkan görüş ve uygulamalar yukarıda belirtilmişti. Genel Kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu’nun 438.maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesinin hukuki sonuçları açıkça düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında “bakiye süre ücreti tutarı tazminat”, 3. fıkrasında ise “haksız fesih tazminatı” belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 438. Maddesi, İş Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde de uygulama alanı bulur.

B) Bakiye Süre Ücreti Tutarı Tazminat

Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 1. fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde işçi, sözleşme süresine uyulmuş olsaydı hak kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilir. Maddede haksız da olsa feshin sonuç doğuracağı ve sözleşmenin sona ermiş olacağının belirtilmesi karşısında, aynı Kanun’un 408. maddesinin (BK.m.325) uygulanmasına imkân kalmamıştır. Başka bir anlatımla, işverenin haksız fesih bildirimine karşı işçinin temerrüt hükümleri uyarınca bakiye süre ücreti talep etmesi mümkün değildir.

Haksız fesih tazminatı olarak düzenlenmiş olan bu tazminata öğreti ve uygulamada “bakiye süre ücreti tutarı tazminat” denilmektedir¹⁰⁶³. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmadan işverence feshedilmesi nedeniyle ödenmesi gereken tazminat, niteliği itibarıyla kanundan doğan bir tazminattır. Söz konusu tazminata hak kazanmak için işverenin kusurlu olması ya da işçinin zarara uğraması şart değildir.

İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2010/1, 203-220.

¹⁰⁶³ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 347 vd.; YAYVAK NAMLI, İrem, İstanbul 2019, s. 386 vd. Aynı adlandırmanın yapıldığı kararlar için bkz. Y22HD, 21.10.2019, 2017/21395-2019/19485, Y22HD, 26.06.2019, 2016/16804-2019/14158.

Başka bir anlatımla, feshe maruz kalan işçinin, işverenin kusurunu ya da fesih sebebiyle doğan zararını ispatlaması gerekmez.

Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce bakiye süre ücreti tutarındaki tazminatın belirlenmesinde geniş anlamda ücretin esas alınması gerektiği kabul edilmekteydi¹⁰⁶⁴. Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesine göre, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından süresinden önce haksız olarak feshedilmesinin yaptırımı, sözleşmenin süresine uyulsaydı işçinin kazanabileceği miktarın tutarındır. İşçinin bakiye süre içinde kazanabileceği miktar çıplak ücretle sınırlı değildir. Tazminatın hesabında ödenen çıplak ücrete ilave olarak işçiye sağlanan para ve para ile ölçülmesi mümkün tüm menfaatler dikkate alınmalıdır¹⁰⁶⁵. Ancak ücrete ilave olarak sağlanan menfaatlerin devamlılık arz etmesi gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, iş sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle kalan süre içinde tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, bakiye süre ücreti tutarındaki tazminattan indirilir¹⁰⁶⁶. İspat yüküne ilişkin genel kural (TMK. m.6, HMK. m.190) gereğince, işçinin tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirin ispat yükü işverene aittir¹⁰⁶⁷. Bu nedenle Yargıtay’ın işçinin bakiye süre içinde başka bir işten gelir elde edip etmediğinin ve iş arayıp aramadığının mahkemece araştırılması gerektiğine yönelik içtihadı¹⁰⁶⁸, haklı olarak eleştirilmiştir¹⁰⁶⁹. Bununla birlikte, Yargıtay’ın bakiye

¹⁰⁶⁴ ALPAGUT, s. 185; MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 589; GÜLER, Derhal Fesih, s. 74; TUNCAY, Belirli Süreli, s. 910. Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 21.05.2009, 2007/41429-2009/13673 ve Y9HD, 04.11.2010, 2008/40012-2010/31664; Aksi yönde karar için bkz. Y9HD, 24. 11. 2005, 9819/37165.

¹⁰⁶⁵ GÜLVER, s. 1018-1019. KAPLAN’a göre önceden yapılması kararlaştırılmışsa, fazla mesai ücretlerinin de bu tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bkz. KAPLAN, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, s. 223.

¹⁰⁶⁶ Türk Borçlar Kanunu Tasarısında belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshinde ödenecek tutarın “tazminat” olarak nitelendirilmesi nedeniyle kusurlu imkânsızlık görüşünün tercih edilmesinin isabetli olmadığı ve kusurlu imkânsızlık görüşüne rağmen indirimle ilişkin düzenlemeye yer verilmesinin eleştirisi hakkında bkz. SOYER, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, s. 164.

¹⁰⁶⁷ OĞUZMAN, s. 273-274; SENYEN KAPLAN, s. 332; Aynı yazar, Haksız Feshin Sonuçları, s. 25; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 934.

¹⁰⁶⁸ Bakiye süre içinde işçinin elde ettiği ya da tasarrufta bulunduğu gelirlerin ve yeni iş arayıp aramadığının araştırılması gerektiği hakkında karar için bkz. Y9HD, 21.03.2017, 277-4600; Y22HD, 22.05.2009, 2017/22487-2019/11440.

süre içinde işçinin elde ettiği ya da çalışmamaktan dolayı tasarrufta bulunduğu gelirleri somut olarak tespit edilmeden tazminatın takdiri indirim yapılamayacağına ilişkin kararı da bulunmaktadır¹⁰⁷⁰.

İşçinin kusuru ile kaçırdığı yeni iş imkânlarını değerlendirmemesi veya kötüniyetli olarak iş aramak için teşebbüse geçmemesi tazminatın indiriminde dikkate alınabilir. İşçinin iş aramakta ağır ihmali de indirimi gerektirebilir. Bununla birlikte, işçinin kendi kabiliyet ve bilgisi ile mesleki ve sosyal durumuna uygun düşmeyen bir iş teklifini reddetmiş olması veya böyle bir işte çalışabileceği imkânının her zaman mevcut olduğu varsayımından hareketle tazminatta indirimle gidilemez¹⁰⁷¹.

Bu konuda önemli bir sorun da sözleşme süresi henüz bitmeden işçinin ileride bir iş bulma ihtimalinin tazminatın belirlenmesinde ne şekilde esas alınacağıdır. Öğretide beş yıllık belirli süreli bir sözleşmenin altıncı ayında haklı neden olmadan feshedilmesi örneğinden yola çıkılarak, tazminatın 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 98. maddesinin 2. fıkrasının yollamasıyla 43. madde hükmü uyarınca hakim tarafından takdir edilmesi ve Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasının kıyasen uygulanması suretiyle tazminat miktarının belirlenmesi gerektiği ileri sürmüştür¹⁰⁷². Türk Borçlar Kanunu'nda Borçlar Kanunu'nun 46. maddesine karşılık gelen bir hükme yer verilmemiştir. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde hâkimin ileride durumu tekrar ele alıp değerlendirme yetkisi söz konusudur. Kanımızca bu durumda bakiye süre, işçinin eğitim, kabiliyet ve diğer özellikleri dikkate alınarak uygun bir indirim yapılması gerekir.

¹⁰⁶⁹ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 934.

¹⁰⁷⁰ “Ancak bakiye süre ücret tutarı tazminattan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 438/2 maddesi uyarınca hangi hallerde indirim yapılacağı belirtilmiş olup indirim yapılmasına neden olabilecek olgular somut olarak ispatlanmadan takdiri indirim yapılması doğru değildir. Davacının 25 günlük başka işten elde ettiği kazancın bulunduğu anlaşıldığına göre bu miktarın mahsubu ile yetinilmesi gerekirken takdiri indirim yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y22HD, 25.02.2019, 2016/5964-2019/4251).

¹⁰⁷¹ OĞUZMAN, s. 273-274.

¹⁰⁷² OĞUZMAN, s. 275. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51. ve 114. maddeleri 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 43. ve 98. madde hükümlerine karşılık gelmektedir. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nda Borçlar Kanunu'nun 46. maddesine karşılık gelen bir hüküm yer almamaktadır. Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasında, “Eğer hükmün suduru esnasında, کافی derecede kanaat ile cismanî zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise; hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hâkimin, tetkik salâhiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır” hükmü yer almaktadır.

Söz konusu tazminatın bakiye süre ücreti tutarında olması ona ücret niteliği vermez. Bu nedenle ücrete ilişkin güvencelere tabi değildir. Ayrıca anılan tazminattan sosyal güvenlik primi de kesilmez¹⁰⁷³. Yukarıda belirtildiği üzere, niteliği itibariye kanundan doğan bir tazminat olduğundan, Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir.

C) Haksız Fesih Tazminatı

İşverenin haksız feshinin hukuki sonuçlarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasına göre “Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödemesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz”. İş Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce işveren tarafından haklı bir neden olmadan feshedilmesi halinde, işçinin bakiye süre ücreti tutarındaki haksız fesih tazminatından başka, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen ve “haksız fesih tazminatı” olarak adlandırılan tazminatı da talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence haksız feshi halinde İş Kanunu kapsamındaki bir işçi, şartlarını taşıması halinde kıdem tazminatına ve bakiye süre ücretine hak kazanacağından, bunların yanında bir de söz edilen tazminata hak kazanamaz¹⁰⁷⁴. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, “ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminat” ibaresi, haksız fesih tazminatının, bakiye süre ücreti tutarındaki tazminattan ayrı bir tazminat olduğunu göstermektedir¹⁰⁷⁵. Belirtilmelidir ki, işçinin

¹⁰⁷³ CANIKLIOĞLU, Nurşen, “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu 10.Yılında İş Kanunu Semineri, 15 Kasım 2013, İstanbul, s. 113; Aynı yönde görüşler için bkz. TUNCAY, Belirli Süreli, s. 909; ŞAHLANAN, Belirli Süreli, s. 4, Aynı yazar, Karar İncelemeleri II, s. 214. Yargıtay da kararlarında, söz konusu tazminatı “bakiye süre ücreti” olarak ifade etmekle birlikte, İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen özel faiz türünün uygulanmayacağını ve sosyal sigorta primine tabi olmadığını belirtmektedir. Bkz. Y9HD, 16.06.2008, 2007/16098-2008/15750, Aynı yönde Y9HD, 05.11.2012, 2010/27094-2012/35894.

¹⁰⁷⁴ ÖZDEMİR, s. 107-108.

¹⁰⁷⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 879, dn. 349; SÜZEK, s. 704; SÜMER, s. 125; Aynı yazar, Uygulamalar, s. 306; GEREK, Haksız Fesih, s. 7; TOLU, s. 214-212; YAYVAK NAMLI, s. 363; KABAKÇI, haksız fesih tazminatının belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden

kıdem tazminatına hak kazanmış olması da sözü edilen tazminatın hüküm altına alınmasına engel değildir. Bununla birlikte, haksız fesih tazminatı belirlenirken “bütün durum ve şartlar” çerçevesinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığının göz önünde bulundurulması gerekir.

Haksız fesih tazminatının tavanı işçinin altı aylık ücret tutarıdır. Hâkim altı aylık ücret tutarını aşmamak kaydıyla somut olayın özelliklerini dikkate alarak miktarını takdir edecektir. Tazminat miktarının belirlenmesinde feshe neden yapılan işçinin davranışının ağırlığı, işçinin kişilik haklarının zarar görüp görmediği, işçinin yaşı ve kıdemi gibi hususlar göz önünde bulundurulur¹⁰⁷⁶. Haksız fesih tazminatı ilgili yukarıda geniş açıklama yapıldığından¹⁰⁷⁷ burada daha fazla tekrara girilmeyecektir.

2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde

A) Genel Olarak

İş Kanunu’nda iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçiler için haksız feshin hukuki sonuçları özel olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, iş güvencesi hükümleri kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin yaptırımına yer verilmemiştir. İş Kanunu’nda boşluk bulunan hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

İş Kanunu’na tabi belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshinin sonuçlarına geçmeden önce Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğünden sonra iş kanunlarına tabi iş ilişkileri yönünden uygulamada ortaya çıkan terminolojik bir soruna değinmekte yarar vardır. Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 1. fıkrasında belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haklı bir neden olmadan feshedilmesi halinde uygulanacak tazminatın “ihbar tazminatı” olarak adlandırılması normal karşılanabilir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu’nda kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’da olduğu gibi işverenin usulsüz feshi ile haksız feshi aynı hukuki yaptırıma bağlanmıştır. Ülkemiz iş

önce işveren tarafından kötüniyetli olarak feshedilmesinin karşılığı olduğunu ileri sürmüştür. Görüş için bkz. KABAKÇI, Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Feshi, s. 139.

¹⁰⁷⁶ SOYER, Yeni Türk Borçlar Kanunu, s. 17; YÜREKLİ, s.282; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 932; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 104; GÜLVER, s. 1022; SAVAŞ, s. 228-229.

¹⁰⁷⁷ Bkz. 3.Bölüm, §2, I, 1, B.

kanunlarında ihbar tazminatı sadece usulsüz fesih bildirimine uygulanacak özel bir tazminat olarak düzenlenmiştir. Usulsüz feshin yaptırımını ayrı olarak düzenleyen hukuk sistemlerinde haksız fesih için öngörülen tazminatın da “ihbar tazminatı” olarak adlandırılması tereddüte yol açar. Özellikle pek çok açıdan farklı olan haksız fesih ile usulsüz fesih kavramları, birbirleriyle karıştırılabilir.

4857 sayılı İş Kanunu’nun ek 3. maddesi uyarınca, ihbar tazminatı beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Usulsüz feshin yaptırımı olan ihbar tazminatı için öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinin Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tazminat için de geçerli olup olamayacağı tartışmaya açıktır. Kanımızca iş kanunlarına tabi iş ilişkileri açısından haksız feshin yaptırımı olarak uygulanan Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesindeki tazminatlar için zamanaşımı süresi aynı Kanun’un 146. maddesi uyarınca on yıldır.

Diğer yandan, haksız feshin yaptırımı olan Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen tazminatın “ihbar tazminatı” olarak adlandırılması, özellikle Basın İş Kanunu’na tabi iş ilişkileri bakımından karışıklıklara yol açabilecek niteliktedir. Basın İş Kanunu’nda usulsüz feshin yaptırımı olan ihbar tazminatı gazetecinin çıplak brüt ücreti ile belirlenirken, haksız feshin yaptırımı olan tazminat ise bildirim süresi içinde gazetecinin kazanabileceği miktara göre hesaplanmaktadır.

İş Kanunu’nun 17. maddesinde belirtilen ihbar tazminatı ile Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tazminat arasında miktarlarına ilişkin ifade farklılığına da işaret edilmesinde yarar vardır. İş Kanunu’nun 17. maddesine göre ihbar tazminatının hesaplanmasında işçiye ücrete ilave olarak sağlanan para ve para ile ölçülmesi mümkün bütün menfaatlerin dikkate alınması gerekir. Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 1. fıkrasında ise, iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçinin bildirim süresi içinde çalışmış olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği ifade edilmiştir. Her iki düzenlemede ifade farklılığı bulunmakla birlikte, geniş anlamda ücrete göre hesap yapılmasının amaçlandığı söylenebilir.

Kanımızca Türk Borçlar Kanunu’nun işverenin haksız feshinin yaptırımı için 438. maddesinin 1. fıkrası hükmünün öngördüğü tazminat ile işçinin haksız feshinin hukuki sonuçlarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 439. maddesindeki tazminatın

“haksız fesih tazminatı”; 438.maddenin 2. fıkrasında yer alan tazminatın ise “takdiri tazminat” veya “ek haksız fesih tazminatı” olarak adlandırılmasıyla özellikle iş kanunlarına tabi iş ilişkileri bakımından ortaya çıkan terminolojik sorun aşılabilirdi. Yukarıda belirtildiği üzere, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğünden sonra yazılan kitap ve makalelerin pek çoğunda 438. maddenin 1. fıkrasında öngörülen tazminat “ihbar tazminatı”, 2. fıkrasında yer alan tazminat ise, “haksız fesih tazminatı” olarak ifade edilmiştir. Geline nokta farklı bir adlandırmanın uygulamada başka sorunlar doğuracağı endişesiyle çalışmamızda çoğunlukla kullanılan terminolojiye bağlı kalınmıştır.

B) İş Güvencesinin Kapsamına Girmeyen İşçi Açısından

a) İhbar Tazminatı

İş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin hukuki sonucu, İş Kanunu’nda düzenlenmiş değildir. İş sözleşmesinin ifasının cebri icra yoluyla istenemediği veya ifanın talep edilmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olduğu ya da taraflardan birinin taahhüt ettiği edimin şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğu durumlarda fesih haksız da olsa sözleşmeyi sona erdirebilmelidir¹⁰⁷⁸. Aksi halde taraflar, ifası mümkün olmayan bir sözleşmeye bağlı kalmaya devam edeceklerdir¹⁰⁷⁹. Öyleyse kanunda iş sözleşmesinin haksız feshinin hukuki sonucunun açıkça düzenlenmemiş olması, muhatabın bu nedenle uğradığı zararlarının giderilemeyeceği anlamında yorumlanamaz.

Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğünden önce, iş hukukumuzda özel bir düzenleme bulunmadığı için, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshi, en yakın tarih için bir fesih bildirimi olarak kabul edilmekteydi¹⁰⁸⁰. Buna göre, haklı neden olmadan iş sözleşmesini fesheden taraf bildirim sürelerine de uymamıştır. Öyleyse yapılan fesih aynı zamanda usulsüz bir fesihtir. Sözleşmeyi haksız fesheden taraf diğer tarafa ihbar

¹⁰⁷⁸ TOLU, s. 195.

¹⁰⁷⁹ BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 236; TOLU, s. 195.

¹⁰⁸⁰ “Bu durumda davalı işveren tarafından yapılan feshin haksız olduğunun kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması gerekirken aksine düşüncelerle reddine karar verilmesi hatalıdır”. (Y9HD, 2005/38713-2006/18238). Aynı yönde kararlar için bkz. Y22HD, 22.12.2015, 2014/25058-2015/35296, Y9HD, 08.02.2018, 2015/6840-2018/2056.

tazminatı ödemelidir¹⁰⁸¹. Bu şekilde yapılan fesih ile bildirim sürelerine uyulmamış olduğundan, haksız fesih usulsüz feshe dönüştürülerek, usulsüz feshe ilişkin yaptırımlara başvurulmuştur¹⁰⁸². Belirtelim ki, haksız feshin usulsüz feshe tahvili aynı zamanda süreli feshe ilişkin hükümlerin dolanılmasını önlemeye yönelik bir fonksiyona sahipti. Yapılan dönüşüm, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshine uygulanan yaptırımın “ihbar tazminatı” olarak adlandırılmasına yol açmıştır¹⁰⁸³. Böylece belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmadan fesheden işçi veya işveren, karşı tarafa “ihbar tazminatı” ödemekle yükümlü tutulmuştur. Haksız feshe maruz kalan tarafın ihbar tazminatını aşan zararlarını genel hükümlere göre isteyebileceği de kabul edilmekteydi¹⁰⁸⁴.

Haksız feshe tahvil yoluyla usulsüz fesih hükümlerinin uygulanması suretiyle sorunun çözülmesi, iki noktada önem taşımaktadır. Bunlardan ilki, dolaylı da olsa, haksız feshin hukuki yaptırımı konusunda İş Kanunu’nda boşluk bulunduğu kabul edilmesidir. Diğeri ise, süreli fesih hakkına ilişkin hükümlerin dolanılmasını önleme işlevi görmesidir.

İş Kanunu’na tabi iş ilişkileri bakımından işverenin haksız feshinin hukuki yaptırımı olarak doğrudan bir tazminatın hüküm altına alınmasını gerektiren yasal bir düzenleme ihtiyacını, Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesi karşılamış bulunmaktadır¹⁰⁸⁵. Buna göre, “İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine (...) bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. (...) Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz”. Maddede işverenin feshinin haksız da olsa

¹⁰⁸¹ Bu yönde kararlar için bkz. Y9HD, 14.10.2010, 2008/37796-2010/29009 ve Y9HD, 20.06.2006, 2005/38713-2006/18238.

¹⁰⁸² SAYMEN, s. 610; OĞUZMAN, s. 223; EKONOMİ, s. 196; KAPLAN, s. 166-167; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 872; SAVAŞ, s. 227; TOLU, s. 194.

¹⁰⁸³ Buna rağmen, haksız feshe uygulanan yaptırımı “haksız fesih tazminatı” olarak ifade edenler de olmuştur (OĞUZMAN, s. 276 vd).

¹⁰⁸⁴ Y9HD, 26.05.2011, 2009/14467-2011/15642; Y22H, 06.02.2014, 2013/2127-2014/1508.

¹⁰⁸⁵ DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 102-103.

sözleşmeyi sona erdirdiği, ancak bu durumda işçinin uğradığı zararlarının karşılanması gerektiği düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun anılan hükmü hakkında yukarıda ayrıntılı açıklamalar yapılmıştı¹⁰⁸⁶.

Öğretide bir görüşe göre, İş Kanunu'nun 17. maddesinde ihbar tazminatı öngörüldüğünden, iş sözleşmesinin haksız feshi halinde uygulanacak hukuki yaptırım konusunda herhangi bir boşluk bulunmamaktadır¹⁰⁸⁷. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, İş Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan ihbar tazminatı, usulsüz feshin yaptırımını olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu'nda iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından işverenin haksız feshinin hukuki sonuçları düzenlenmemiştir. Bu nedenle genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası uygulama alanı bulmalıdır¹⁰⁸⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen tazminatın miktarı ile İş Kanunu'nun 17. maddesinde usulsüz feshin yaptırımını olarak öngörülen tazminatın miktarı, bildirim süresine ait ücret tutarıdır. Her iki tazminatın miktarlarının aynı olması, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde öngörülen tazminatın, İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından da "ihbar tazminatı" olarak adlandırılmasına yol açmıştır¹⁰⁸⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası hükmü, İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri açısından, ihbar tazminatını sadece usulsüz feshin yaptırımını olmaktan çıkartıp, aynı zamanda doğrudan haksız feshin yaptırımına dönüştürmüştür. Böylece belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde, usulsüz fesih yaptırımının tahvil suretiyle uygulanmasına gerek kalmadığı söylenebilir¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁶ Bkz. 3. Bölüm, §2, I. 1, 2.

¹⁰⁸⁷ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 940.

¹⁰⁸⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 588; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 102-103; GEREK, Haksız Fesih, s. 6; GÜLVER, s. 1016; TOLU, s. 197; ELMAS, s. 241.

¹⁰⁸⁹ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 940; MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 588.

¹⁰⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 588; TOLU, s. 197.

İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından sözleşme ile belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshine cezai şart bağlanması mümkündür. Bu halde nitelikleri itibarıyla birbirlerinden farklı olan ihbar tazminatı ile cezai şart birlikte istenebilir¹⁰⁹¹.

b) Haksız Fesih Tazminatı

Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen haksız fesih tazminatı, hem belirli süreli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde işçinin talep edebileceği bir tazminattır. Ancak söz konusu tazminatın İş Kanununa tabi olup da iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmelerinin haksız feshedilmesi halinde uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, İş Kanunu’nda düzenlenen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve kötüniet tazminatı ile işçi ve işveren arasında hassas denge kurulmuştur. Bu hususta İş Kanunu’nda boşluk bulunmadığından haksız fesih tazminatı, İş Kanuna tabi iş ilişkilerinde uygulanmaz¹⁰⁹². Bir başka görüşe göre, mülga 1473 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinin son fıkrasına yer alan ve aynı zamanda manevi tazminatın dayanağını oluşturan “ tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklıdır” şeklindeki hükmün İş Kanunu’nda yer almaması nedeniyle sözü edilen tazminat, ancak kişilik haklarının zedelenmesi halinde söz konusu olabilir¹⁰⁹³. Üçüncü bir görüşe göre, İş Kanunu’nda haksız fesih tazminatını öngören herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Boşluğun genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 3. fıkrası hükmü ile doldurulması gerekir. Ancak, söz konusu hüküm, İş Kanunu’na tabi olup, iş güvencesi kapsamına girmeyen iş ilişkilerine uygulanır¹⁰⁹⁴. Son bir görüşe göre ise, haksız fesih tazminatı İş Kanunlarında düzenlenmemiştir. İş güvencesi hükümleri haksız fesih nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen işçiyi korumamaktadır. İşçinin açacağı

¹⁰⁹¹ YAYVAK NAMLI, s. 349.

¹⁰⁹² ÖZDEMİR, Sona Erme, s. 69.

¹⁰⁹³ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 940.

¹⁰⁹⁴ SOYER, Borçlar Kanunu’nun Etkisi, s. 14; SÜZEK, s. 700-701, 704; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 878; SENYEN KAPLAN, s. 337; SÜMER, s. 125; Aynı yazar, Uygulamalar, s. 258-259; GEREK, Haksız Fesih, s. 7; YÜREKLİ, s. 275; GÜLVER, s. 1021; BAYCIK, s. 371; SAVAŞ, s. 230; TOLU, s. 199-200; ELMAS, s. 245; KAR, Bektaş, “Haksız Fesih Tazminatı”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul 2019, s. 2-3. Öğretide, feshin İş Kanunu’nun 25. maddesinin I, III ve IV. bent hükümleri uyarınca derhal feshedilmesi halinde de haksız fesih tazminatının söz konusu olamayacağı haklı olarak ileri sürülmüştür (ŞAHLANAN, Belirli Süreli, s. 4).

manevi tazminat davasında ispat yükü işçidedir. Oysa haksız fesih tazminatının hüküm altına alınabilmesi için, işçinin kişilik haklarını ihlal edildiğini ispat etmesine gerek yoktur. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrası hükmü, iş güvencesine tabi olsun veya olmasın İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulama alanı bulmalıdır¹⁰⁹⁵.

Kanımızca İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde işverenin iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde sadece Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tazminatın kabulü, durum ve şartlara göre işçinin zararını tam karşılamayabilir. Her ne kadar işçi ihbar tazminatını aşan zararlarını genel hükümlere göre isteyebilirse de, böyle bir durumda zararın varlığını ispat yükü altında olacaktır. Oysa Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasına göre hakim tarafından hüküm altına alınacak tazminat için işçinin zararını ispatlaması şart değildir. Hâkim tarafından durum ve şartlara göre uygun bir ek tazminat hüküm altına alınacaktır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrası hükmü, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmelerinin haksız feshinde uygulanabilmelidir. Hâkimin durum ve şartlara göre altı aylık ücret tutarını geçmemek üzere takdir edeceği tazminata ilişkin yukarıda ayrıntılı açıklama yapılmıştır¹⁰⁹⁶.

İş Kanunu'na tabi işçilerin haksız fesih tazminatını talep edip edemeyecekleri konusunda Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay bazı kararlarında iş güvencesi kapsamında olup olmadıklarına bakılmaksızın haksız fesih tazminatının İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulanamayacağını belirtmiştir¹⁰⁹⁷. Bazı kararlarında ise, söz konusu tazminat miktarının gerekçe belirtilmeden takdir edilmesinin hatalı olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁵ DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 106.

¹⁰⁹⁶ Bkz. 3. Bölüm, §2, I, 1, B..

¹⁰⁹⁷ “Haksız feshin sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş olup genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tazminatların hüküm altına alınması mümkün değildir. Zira, ancak özel kanunda boşluk bulunan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanması yoluna gidilebilir. Bu sebeple, Türk Borçlar Kanunu 438. maddesine dayanan haksız fesih tazminatı isteminin reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”. (Y22HD, 01.06.2017, 7172-13209). Aynı yönde bkz. Y22HD, 14.05.2019, 2017/22274-2019/10577.

¹⁰⁹⁸ “TBK 438/f.3 maddesinde yer alan ve haksız fesih tazminatı olarak da adlandırılan bu tazminat, Borçlar Kanununa veya iş güvencesi kapsamı dışında kalan İş Kanununa tabi belirsiz veya belirli

C) İş Güvencesinin Kapsamına Giren İşçi Açısından

a) Genel Olarak

İş Kanunu'nda belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin hukuki sonucu olarak, iş güvencesi hükümlerine yer verilmiştir (m.18, 19, 20 ve 21). İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasına göre, "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir". Böylece, iş güvencesi kapsamına giren işçiler, iş sözleşmelerinin haksız feshedilmesi halinde dilerlerse iş güvencesi hükümlerine başvurabilirler.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasında hâkimin de ayrıca bütün durum ve şartları değerlendirerek altı aylık ücret tutarına kadar bir tazminatı takdir edebileceği belirtilmiştir. İş güvencesine tabi olan işçiler bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ek tazminatın uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, ek tazminata ilişkin genel nitelikteki bu hükmün, iş güvencesi kapsamına girsin veya girmesin, tüm iş ilişkilerinde uygulanması gerekir¹⁰⁹⁹. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, 4857 sayılı İş Ka-

süreli iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacaktır...Haksız fesih tazminatı TBK'nun 438/f.3 maddesi kapsamında tamamen hakimin takdirine bağlı bir tazminat olup, bu tazminatın hangi sebeplerle kabul edildiğine ilişkin bir gerekçe bulunmamaktadır. Diğer taraftan, haksız fesih tazminatına hükmedilmesine ilişkin gerek madde gerekçesinde ve gerekse doktrinde belirtilen somut olayın bütün durum ve koşullarına ilişkin özel sebeplerin bulunduğu da dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Bu nedenlerle haksız fesih tazminatının reddine karar verilmesi gerekirken, gerekçesiz şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır". (Y9HD, 04.04.2018, 2017/5587-2018/7643). Haksız fesih tazminatının miktarının belirlenmesi ile ilgili bir başka kararda da şu ifadeler yer verilmiştir: "İşbu uyuşmazlık bakımından işçinin kişilik haklarının zedelendiği bir husus söz konusu olmadığı gibi, feshin hukuka aykırılık bakımından ağırlığının derecesi, tarafların sosyal ve ekonomik durumları gibi hususlar da açıkça belirlenmemiştir. Dolayısıyla mahkemece Türk Borçlar Kanunu 438. maddenin 3. fıkrası uyarınca yukarıda belirtilen bütün durum ve koşullar dikkate alınarak uygun bir tazminat belirlenmesi gerekirken haksız fesih tazminatının üst haddeden belirlenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". (Y22HD, 23.01.2019, 2017/19413-2019/1651). Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 04.10.2018, 7554-17440.

¹⁰⁹⁹ DOOĞAN YENİSEY'e göre, iş güvencesine tabi bir işçinin kişilik hakları ihlal edilmek suretiyle iş sözleşmesinin haksız feshi halinde, işçinin işe iade davasında işe başlatılması ya da işe iade davası sonrasında aynı işyerinde çalışmayı istememesi durumunda, kişilik haklarına verilen ağır zarar yaptırımsız kalacaktır. Ayrıca haksız fesih tazminatı, her haksız fesih halinde uygulanabilecek bir tazminat değildir. Örneğin, İş Kanunu'nun 25. maddesinin (I) numaralı bendi kapsamında yapılan feshin haksız olması halinde kişilik hakların ağır bir saldırı söz konusu olmayabilir. Bkz. DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 106-107.

nunu’nda iş güvencesine tabi işçiler bakımından haksız feshin yaptırımını özel olarak düzenlenmiş bulunduğundan, Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 3. fıkra hükmü, İş Kanunu’na tabi olup, iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde uygulanamaz¹¹⁰⁰.

b) Güvencenin Kapsamı

İş Kanunu’nun 18. maddesine göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır¹¹⁰¹.

İş Kanunu’na göre iş güvencesi hükümlerinden otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler yararlanabilirler (m.18)¹¹⁰². İşverenin aynı iş kolunda birden

¹¹⁰⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTALRI/BAYSAL, s. 874; MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 590; SÜZEK, s. 704; SENYEN KAPLAN, s. 337; SÜMER, s. 125; Aynı yazar, Uygulamalar, s. 253; BAYCIK, s. 371; GÜLVER, s. 1021; SAVAŞ, s. 230; ELMAS, s. 244; TOLU, s. 197; YÜREKLİ, s. 275. Aynı görüşte olan SOYER’e göre, haksız fesih tazminatının iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından geçerli olabileceğini, ancak bu sonucun ortaya çıkaracağı mali külfetin eleştirisi konusu olabileceğini belirtmiştir. Bkz. SOYER, Borçlar Kanunu’nun Etkisi, s. 14. ALPAGUT’a göre ise, İş Kanunu’nda ihbar tazminatı düzenlenmiş ve fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda kötüniyet tazminatına da yer verilmiştir. Mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinin son fıkrasında yer alan “ tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklıdır” şeklindeki hüküm 4857 sayılı Kanun’a alınmamıştır. İhbar tazminatının manevi zararları kapsamadığı da dikkate alındığında, yasa da yer almasa da, kişilik haklarının zedelendimesi halinde manevi zararlar istenebilir. Bu nedenle ihbar tazminatının yanında ayrıca bir tazminata hükmedilmesi (TBK.m.438/3 uyarınca), ancak manevi zararın varlığından söz edilebildiği durumda mümkün olabilir. Bkz. ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 940.

¹¹⁰¹ 158 sayılı ILO Sözleşmesi’nin 2. maddesinde bu sözleşme ile getirilen iş güvencesinin bütün işkolları ve iş sözleşmesine göre çalışanlar hakkında uygulanacağı belirtilmesine rağmen, ülkemiz sadece 4857 sayılı İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu’na tabi çalışanların iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaklarını benimsemiştir. Bu nedenle Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamına giren iş ilişkilerinde iş güvencesine ilişkin hükümler uygulanmaz. İş güvencesi hükümlerinin kapsam itibarıyla 158 sayılı Sözleşmeye aykırı olarak dar tutulması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Eleştiri için bkz. SÜZEK, s. 538.

¹¹⁰² Öğretide İş Kanunu’nun 18.maddesinde öngörülen otuz işçi sayısına ilişkin hükmün Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine ve 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (ULUCAN, s. 34; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 28; SÜZEK, s. 539; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 973-974). Ancak, Anayasa Mahkemesi otuz işçi sayısına ilişkin sınırlamanın Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasını reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi 19.10.2005 tarih ve 66-72 sayılı (RG: 24.11.2007 S.26710) kararının gerekçesinde şu ifadelerle yer vermiştir: “18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması, amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları

fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir (m.8, f.4)¹¹⁰³. İşçi sayısının belirlenmesinde fesih bildiriminin yapıldığı tarih itibarıyla iş sözleşmesi devam edenler dikkate alınır¹¹⁰⁴.

İş sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamına girebilmesi için en az alt aylık kıdeme sahip olması gerekir¹¹⁰⁵. Altı aylık kıdem, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir (İş K.m.18)¹¹⁰⁶. Altı aylık kıdem şartının iki istisnası vardır. Bunlardan birisi yer altında çalışan işçilere

bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir”.

¹¹⁰³ İş güvencesinin kapsamı bakımından önemli olan işletmenin büyüklüğü olduğuna göre “aynı işkolu” ölçütünün yerinde olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür (ÇELİK, İş Güvencesi, s.19-20; MOLLAMAHMUTOLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 963-964; ÖZKARACA, Ercüment, “İş Güvencesinin Kapsamı”, Prof. Dr. Turhan Esener, II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, s. 41). Gerçekten bu durumda örneğin, beş değişik işkolunda işyeri olan işverenin her bir işyerinde 29 işçi çalıştırması halinde toplamda 145 işçi çalışmasına rağmen hiçbiri iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır.

¹¹⁰⁴ Yargıtay’a göre, fesih bildiriminin yapıldığı tarihte fiilen çalışma gerekli değildir. İş sözleşmesinin belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli ve daimi-mevsimlik olması arasında bir ayırım yapılamaz. İş Kanunu anlamında işveren vekili ve yardımcıları da göz önünde bulundurulur. İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatı taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimini gören öğrencilerle işyerinde ödünç işçi ve alt işveren işçisi dikkate alınamaz (Y9HD, 09.05.2013, 5859-14013). Aynı görüşte SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 39-42.

¹¹⁰⁵ Altı aylık kıdem hakkında geniş bilgi için bkz. EKONOMİ, Münir, “İş Güvencesinden Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi, Bekleme Süresi”, LİHSGHD, S.34, 2012, 3-32; ODAMAN, Serkan, “İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında “Birleştirilmenin” Değerlendirilmesi”, Karar İncelemesi, Sicil, S.29, Mart 2013, 108-114; YILDIZ, Gaye Burcu, “İşçinin Aynı İşveren Nezdinde Fasilalı Çalışması Durumunda İş Güvencesinden Yararlanması İçin Gereken Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesaplanması”, Karar İncelemesi, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan, İstanbul 2014, 487-493; BAYSAL, Ulaş, “İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, LİHSGHD, S.32, 2011, 146-153; CENTEL, s. 56 vd.; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 236 vd.; TULUKÇU, İş Güvencesi, 145 vd.; ÖZKARACA, Kapsam, s. 46 vd.

¹¹⁰⁶ Altı aylık kıdemin kesintisiz olmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu sürenin kesintisiz olması gerekir (ODAMAN, Altı Aylık Süre, s. 111, 113; CANBOLAT, Talat, “Toplu İş Sözleşmesi Aracılığıyla İş Güvencesi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, s. 148). Diğer bir görüşe göre ise, İş K.m.18/4’te altı aylık kıdemin hesaplanmasında aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin dikkate alınması gerektiğine ilişkin hüküm göz ardı edilemez. Bu nedenle aralıklı çalışmalar birleştirilmelidir (EKONOMİ, Altı Aylık Kıdem, s. 14, 18-19; ÇELİK, Nuri, İş Güvencesi, İstanbul 2003, s. 21; GÜZEL, İş Güvencesi, s.33; SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 34; SÜZEK, s. 545; YILDIZ, Altı Aylık Kıdem, s. 492; BAYSAL, Altı Aylık Kıdem, s. 1325; ÖZKARACA, Kapsam, s. 53). Yargıtay da altı aylık sürenin belirlenmesinde aralıklı çalışmaların birleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir (Y9HD, 18.04.2008, 2007/27725-2008/7812). Y22HD ise bir kararında, aralıklı çalışmaların birleştirilemeyeceğine karar vermiştir (Y22HD, 20.10.2011, 1014-3133). Özel Daire, sonraki kararlarında aralıklı çalışmaların birleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir (Y22HD, 02.12.2016, 31017-26139).

ilişkindir. 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla İş Kanunun 18. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümle uyarınca yer altı işlerinde çalışan işçilerde altı aylık kıdem şartı aranmaz. Yapılan işin niteliğine göre bir ayırım yapılmadığı için yer altı maden işleri ile sınırlı olmaksızın yer altında yapılan tüm işler için kıdem şartı aranmayacaktır¹¹⁰⁷.

Altı aylık kıdem şartına ilişkin ikinci istisna ise, işyeri sendika temsilcileri ve amatör sendika yöneticilerine ilişkindir. İşyeri sendika temsilcileri ve amatör sendika yöneticileri bakımından, hem altı aylık kıdem hem de otuz işçi sayısına ilişkin şart aranmaz. Çünkü Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24. maddesinin öngördüğü güvence, salt temsilcilik ya da yöneticilik sıfatına özgüdür¹¹⁰⁸.

Altı aylık kidedin başlangıç tarihi iş sözleşmesinin başladığı tarih olup, fiilen çalışmaya başlamış olmak önemli değildir. İşe iade davası açmak için öngörülen bir aylık hak düşürücü süre, fesih bildirimının işçiye ulaştığı tarih itibarıyla işlemeye başladığından, altı aylık kıdem de bu tarihe göre belirlenir. Buna göre, iş sözleşmesi bildirim süresi verilerek feshedilmişse, bildirim süresinin sona erdiği tarih değil, fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih dikkate alınır¹¹⁰⁹.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrasına göre, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri öngörülen güvence kapsamı dışındadır. İşveren, hükmün öngördüğü anlamda işveren vekili olanların iş sözleşmelerini geçerli bir neden olmadan, yazılı veya sözlü olarak feshedebilir.

İş güvencesinin kapsamı ile ilgili asgari otuz işçi sayısı, asgari altı aylık kıdem ve işveren vekili olmamaya ilişkin hükümler nispi emredici olup, sözleşme ile işçi lehine değiştirilebilirler¹¹¹⁰. Buna göre örneğin, 10 işçi çalıştıran işyerinde kidedi ne olursa

¹¹⁰⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 496-497.

¹¹⁰⁸ Y9HD, 21.07.2008, 25552-20932.

¹¹⁰⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 497; SÜZEK, s. 544.

¹¹¹⁰ YILDIZ, Gaye Burcu, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği", Karar İncelemesi, LİHSGHD, S.11, 2006, s. 927; CANBOLAT, İş Güvencesi, s.

olsun iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilmek istenen işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecekleri kararlaştırılabilir. Aynı şekilde İş K.m.18/son hükmü uyarınca işveren vekili sayılanların da iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceklerine ilişkin sözleşme hükmü öngörülebilir.

c) Fesih Usulü

İş Kanunu'nun 19. maddesine göre, "İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır".

İş Kanunun 19. maddesinde öngörülen "yazılı şekil" şartının geçerlilik şartı olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, maddede öngörülen şart, geçerlilik şartıdır¹¹¹¹. Fesih bildiriminin yazılı yapılmaması tek başına feshin geçersiz sayılmasına yol açar. Diğer bir görüşe göre, söz konusu şekil şartının resmi yazılı şekil olmadığı açıktır. Geçerli neden bulunduğu ve işçiye açıkça bildirildiği halde salt yazılı bildirimde bulunulmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmesi ağır bir sonuçtur. Böyle bir durumda yazılılık şartının ispat bakımından gerekli olması gerekir¹¹¹². Yargıtay ise, işveren tarafından yapılan süreli fesih bildiriminin yazılı yapılmamasını veya fesih bildirimi yazılı yapılmakla birlikte fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtilmemiş olmasını feshin geçersizliği için yeterli bir neden olduğuna karar vererek, yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğunu kabul etmiştir¹¹¹³.

145-155; ÖKTEM SONGU, Sezgi, "İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, s. 196-197.

¹¹¹¹ DEMİR, Fevzi, "Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama", LİHSGHD, S.10, 2006, s. 472; SÜZEK, s. 586; NARMANLIOĞLU, s. 508; KAR, İş Güvencesi, s. 141.

¹¹¹² EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 13; Yazara göre fesih bildirimi sebebi ile birlikte sözlü olarak işçiye bildirilmişse, salt yazılı yapılmadığı gerekçesi ile geçersizliği ileri sürülemez. Ancak, işçi fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde görebilmek ve savunmasının alınması gereken hallerde durumu her yönüyle inceleyebilmek için sebebini yazılı olarak verilmesini isteyebilir. İşverenin iyiniyet kuralları gereği işçiye fesih sebebini yazılı şekilde bildirmek yükümlülüğü vardır. Aynı yer, s. 13.

¹¹¹³ Y9HD, 28.11.2016, 433-20907, Çalışma ve Toplum, 2017/4, 2361-2363; Y22HD, 01.11.2016, 25202-24441, Çalışma ve Toplum, 2017/3, s. 1765-1767.

İş Kanunu'nun 19. maddesinde yazılı şekil şartı, derhal fesih hakkının kullanılmasında geçerli değildir¹¹¹⁴. Gerçekten, 25. maddenin son fıkrasında yer alan, “İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir” şeklindeki hüküm, haklı sebebe dayalı olarak yapılan fesih bildirimlerinde şekil şartını dışlamaktadır. Buna göre işveren derhal fesih hakkını kullanırken fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda değildir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde derhal fesih bildirimi için öngörülen yazılı şekil şartının İş Kanuna tabi iş ilişkilerinde uygulanıp uygulanmayacağı hakkındaki tartışmalara yukarıda değinilmişti¹¹¹⁵. Derhal fesih hakkının kullanılması konusunda İş Kanunu'nda bir boşluk bulunmadığına yönelik görüşümüzü hatırlatmakta yarar görüyoruz. Bu noktada diğer bir tartışma da derhal fesih hakkını kullandığını ileri süren işverenin, haklı sebebinin mevcut bulunmaması durumunda, İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen şekil şartı eksikliğinin, feshin geçersizliğine yol açıp açmayacağına ilişkindir. Yukarıda haksız feshin geçerli nedene dayalı feshi tahvili ile ilgili başlık altında konu hakkındaki görüşlere ayrıntılı olarak yer verildiğinden burada tekrar edilmeyecektir¹¹¹⁶. Bununla birlikte bir kez daha belirtelim ki Yargıtay, haklı nedene dayanılarak derhal fesih bildiriminde bulunulması halinde, sonradan haklı nedenin bulunmadığı ortaya çıksa bile, şekil şartlarının aranmayacağına karar vermektedir¹¹¹⁷.

İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasında, 25. maddenin II numaralı bendi kapsamındaki sebeplerle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, fesihten önce işçiden savunma alınmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Maddede sadece 25. maddenin II

¹¹¹⁴ Aksi görüş için bkz. ULUCAN, s. 73-74.

¹¹¹⁵ Bkz. 1.Bölüm, § 2, IV, 2, C, a.

¹¹¹⁶ Bkz. Yukarıda 2.Bölüm, §4.

¹¹¹⁷ “Somut olayda davacının iş sözleşmesi sözlü olarak feshedilmiş ise de, daha sonra yapılan yazılı fesih bildiriminde iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesi uyarınca feshedildiği bildirilmiştir...İş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesi gereğince feshedilmesi halinde aynı kanunun 19. maddesinde öngörülen yazılı fesih bildirimi koşulunun gerçekleşmiş olması gerekmez...Davacının eylemleri işyerinde olumsuzluklara yol açtığından feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir” (Y9HD, 12.04.2010, 2009/18857-2010/10084). Aynı yönde verilen bir kararda da, “Sözleşmenin 25. madde gereğince feshedilmesi halinde aynı kanunun 19. maddesinde öngörülen şekil şartlarının gerçekleşmesi aranmamaktadır” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Y9HD, 12.04.2010, 2009/18868-2010/10094. Ayrıca bkz. Y22HD, 30.10.2013, 31796-22845.

numaralı bendinin istisna tutulması, 25. maddenin I, III ve IV.bentleri uyarınca yapılacak fesihlerde savunma istenebileceği sonucu çıkarılamaz¹¹¹⁸. Aksine, diğer bentlerin kapsamına giren sebeplere dayalı fesihlerde savunma alınmasını gerektiren bir durum olmadığı belirtilmek istenmiştir. Yargıtay da 19.10.2018 tarih ve 2017/9-2018/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/I-b. maddesi hükmü uyarınca feshedilmesi halinde, işçinden savunma alınmasına gerek olmadığını belirtmiştir¹¹¹⁹.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerle fesihten önce ihtar edilmesi de fesih usulü ile ilgili bir husustur¹¹²⁰. İş Kanunu'nda işçinin fesihten önce ihtar edilmesi ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, öğretide ILO'nun 166 sayılı Tavsiye Kararı ve dürüstlük kuralları uyarınca fesihten önce işçinin ihtar edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹²¹. Feshin son çare olması ilkesi de bunu gerektirir¹¹²². İşçinin geçerli neden teşkil eden davranışlarından dolayı fesihten önce ihtar edilmesi gerekliliği mutlaka aranır. Buna karşılık, yetersizlik halinde ihtar istisnaen gerek duyulur. İşçinin değişebilir nitelikteki yetersizliklerinin ihtarla düzelmesi mümkün olduğu hallerde fesihten önce ihtar edilmesi gerekir¹¹²³.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle fesihte İş Kanunu'nun 26. maddesinde belirtilen altı işgünlük ve bir yıllık hak düşürücü süreler uygulanmaz. Bununla birlikte, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenin feshin hiçbir

¹¹¹⁸ Öğretide İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) bendi kapsamına giren davranışlar nedeniyle savunma alınmasının aranmamış olması eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Bkz. SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 58 ve dn. 130'da belirtilen yazarlar. ULUCAN ise, savunma alınması zorunluluğunun tüm haklı nedenle derhal fesih hallerinde geçerli olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. ULUCAN, s. 75-75.

¹¹¹⁹ Karar için bkz. 09.05.2019 tarih ve 30769 sayılı RG.

¹¹²⁰ SÜZEK, s. 584; KAR, İş Güvencesi, s. 150 vd.

¹¹²¹ ILO'nun 166 sayılı İşverenin Girişimiyle İş İlişkisinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiye Kararının 7. maddesine göre, kusurlu davranışı nedeniyle işçi, yazılı olarak uyarılmasına rağmen kusuurlu davranışını tekrarlaması durumunda işten çıkarılabilir. Tavsiye Kararının 8. maddesine göre de, işçinin mesleki yetersizliği nedeniyle işten çıkarılabilmesi için işverenin uygun bir talimatı bulunmalı, işçi yazılı olarak uyarılmalı ve kendisini düzeltebileceği makul bir süre tanınmalıdır. Buna rağmen mesleki yetersizlik gösterirse iş sözleşmesine son verilebilir. Fesihten önce ihtar hakkında geniş bilgi için bkz. ASTARLI, Muhittin, "İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar", LİHSGHD, S.VI, 23, Temmuz 2009, s. 965 vd. Ayrıca bkz. SÜZEK, s. 584-585; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 994-997; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 183-185.

¹¹²² DEMİR, Geçerli Sebeple Fesih, s. 484.

¹¹²³ CENTEL, s. 105-106; SÜZEK, s. 585.

süreye tabi olmadığı da söylenemez. Öğreti ve Yargıtay uygulamasında işçinin davranışlarından dolayı iş sözleşmesinin “makul süre” içinde feshedilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹²⁴. Makul süre somut olayın özelliğine göre belirlenir¹¹²⁵.

d) Haklı Veya Geçerli Bir Nedene Dayanma Zorunluluğu

İş Kanunu’nda geçerli nedenin tanımı yapılmamıştır. Kanun’un 18. maddesinin 1. fıkrasında geçerli nedenler, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı Sözleşmesi’nin 4. maddesine uygun olarak, ana başlıkları ile belirtilmiştir. Buna göre geçerli nedenler, “işçinin yetersizliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” sebeplerdir. Maddenin gerekçesinde, geçerli nedenin kapsamı itibarıyla geniş bir kavram olduğu belirtilmiş ve söz konusu kavrama objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışıldığı ve bazı örnekler verildiği açıklanmıştır. İşçinin yetersizliği ve davranışlarına ilişkin sebepler, işçinin şahsından; İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebepler ise işyerinden kaynaklanan sebeplerdir.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler, İş Kanunu’nun 25. maddesi dışında kalan ve “ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma”¹¹²⁶ gibi işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir¹¹²⁷. İşçinin yeterliliği veya performansı

¹¹²⁴ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 80; DEMİR, Geçerli Sebeple Fesih, s. 473. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 06.03.2014, 2013/10777-2014/7376.

¹¹²⁵ DEMİR, Geçerli Sebeple Fesih, s. 473.

¹¹²⁶ Bkz. İşK.m.18. gerekçesi.

¹¹²⁷ Yetersizlikten kaynaklanan sebepler hakkında geniş bilgi için bkz. CENTEL, s. 83 vd.; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 44 vd.; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 258-259; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 163 vd.; SÜZEK, Sarper, “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 568 vd.; KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Güvencesi Hukukunda Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasına İlişkin Yargıtay Uygulaması”, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara 2008, s. 59 vd.; BAYSAL, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011; CANIKLIOĞLU, Nurşen, “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası

objektif ölçütlere esas alınarak belirlenmelidir¹¹²⁸.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler, 25 inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, “işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek”¹¹²⁹ gibi işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarıdır¹¹³⁰. Geçerli neden ile haklı neden arasındaki ağırlık farkı, somut olayın özelliğine göre ölçülülük ilkesi çerçevesinde belirlenecektir¹¹³¹.

İşçinin şahsından kaynaklanan fesih sebepleri, işçinin iş sözleşmesinden doğan temel ve yan yükümlülükleriyle sınırlıdır. Bu nedenle işçinin iş ilişkisinin çerçevesi dışında kalan, özel hayatına ilişkin davranışları ya da yaşam tarzı, kural olarak, fesih sebebi yapılamaz¹¹³². İşçinin bu tür davranışları iş görme borcunu yerine getirmesine ve işin yürütümüne engel olması halinde, fesih için geçerli ya da haklı neden kabul

Kongresi, Ankara 2017, s. 74 vd.; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 195 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 986 vd. SÜZEK, s. 553 vd. ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 505 vd.

¹¹²⁸ ÖZDEMİR, Erdem, “İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar-4 Semineri, Ankara 2014, s. 23-24. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 20.11.2017,411-18515; Y22HD, 04.05.2015, 12319-15935.

¹¹²⁹ Bkz. İş Kanunu’nun 18. maddesinin gerekçesi.

¹¹³⁰ İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler hakkında geniş bilgi için bkz. CENTEL, s. 107 vd.; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 53 vd.; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 259 vd.; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 179 vd.; SÜZEK, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları, s. 579 vd.; GÜNAY, Cevdet İlhan, “İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih”, Sicil, S.14, Haziran 2009, s. 63 vd.; KILIÇOĞLU, Mustafa, “İş Güvencesi Hukukunda Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasına İlişkin Yargıtay Uygulaması”, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara, 2008, s. 66 vd.; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 152 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 991 vd. SÜZEK, s. 562 vd.; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 519 vd.

¹¹³¹ SÜZEK, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları, s. 576.

¹¹³² BİRBEN, Erhan, “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.6, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul 2016, s. 138.

edilebilir¹¹³³.

İşçinin şahsından kaynaklanan sebeplerin fesih için geçerli neden olabilmesinin iki önemli unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, işçinin yetersizliği veya davranışının İş Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen sebeplerin dışında kalmasıdır. Bu husus, İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, işçinin şahsından kaynaklanan geçerli sebepler, 25. maddede öngörülen sebepler derecesine ulaşmayan yetersizlik veya davranışlardır. İş Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen sebepler ağırlığındaki yetersizlik veya davranışlar ise, derhal fesih nedenidir. İkinci unsur ise, işçinin yetersizliği veya davranışlarının işyerinde işin yürütümünü önemli ölçüde olumsuz etkilemesidir. İşyerinde işini yürütümünü olumsuz etkilemeyen yetersizlik veya davranışlar, fesih için geçerli neden teşkil etmezler¹¹³⁴. İşçinin şahsından kaynaklanan yetersizlik veya davranışın bu ortak özellikleri aynı zamanda geçerli neden-haklı neden ayrımını da ortaya koymaktadır¹¹³⁵. Nitekim İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmıştır: “Bu madde bakımından geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.

Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir”.

İşçinin şahsından kaynaklanan yetersizlik ve davranışın fesih için geçerli neden olabilmeleri bakımından yukarıda belirtilen ortak özellikleri yanında, farklı yönleri de

¹¹³³ BİRBEN, İşçinin Özel Yaşamı, s. 139.

¹¹³⁴ İki kavram arasındaki farklar hakkında daha geniş bilgi için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden-Geçerli Neden İlişkisi”, Karar İncelemeleri, Mart 2011, 5-8; CENTEL, s. 108; ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil, S. 1, Mart 2006, 71-83; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 161-162; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 149.

¹¹³⁵ TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 162. Haklı Neden ile geçerli neden ayrımı hakkında geniş bilgi için bkz. KESER, Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2010, s. 38 vd.

bulunmaktadır. İşçinin feshe yol açan durumu etkileme olanağına sahip olduğu durumlarda davranıştan, etkileme olanağına sahip olmadığı hallerde ise yetersizlikten kaynaklanan bir sebep söz konusu olur. Diğer bir fark ise, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerde kusurun varlığı aranmaz. Başka bir anlatımla, işçinin yetersizliğinde kusuru bulunmayabilir. Buna karşılık, işçinin geçerli neden teşkil edecek davranışında mutlaka kusur bulunmalıdır¹¹³⁶.

İşyerinden kaynaklanan sebepler, işyeri içinden veya dışından kaynaklanabilir. İşyeri içi sebepler; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler ise, sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi gibi sebeplerdir¹¹³⁷.

İşyeri ile ilgili sebepler, işveren açısından derhal fesih hakkının doğumuna yol açmaz. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, fesih için geçerli neden olabilir. Bu nedenle, işveren tarafından işyeri ile ilgili bir sebebe dayanılarak iş sözleşmesinin derhal feshi, haksız fesihtir.

İşçinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği veya suç niteliğinde bir eylemde bulunduğu konusunda objektif ve güçlü bir şüphenin varlığı halinde iş sözleşmesi feshedilebilir. İşçinin işin devamına uygunluğunu ortadan kaldıran güven sarsıcı bir durumun varlığı halinde işverence yapılan fesih şüphe feshi olarak nitelendirilmektedir¹¹³⁸. İş Kanunu'nda haklı neden teşkil eden davranışın sınırları kesin olarak belirtildiğinden ve iş güvencesi kapsamına giren işçiler bakımından geçerli-haklı neden ayrımı söz konusu olduğundan, gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda şüphe duyulan bir eylemin haklı neden olarak değerlendirilmesi güçtür¹¹³⁹. Yargıtay işverenin işçiye olan güveninin sarsılması nedeniyle yapılan şüphe feshinin geçerli olduğuna

¹¹³⁶ CENTEL, s. 84-85.

¹¹³⁷ Bkz. İşK.m.18 gerekçesi.

¹¹³⁸ Şüphe feshi hakkında geniş bilgi için bkz. ERDOĞAN, Canan, İş Hukukunda Şüphe Feshi, Ankara 2019; DOĞAN YENİSEY, Şüphe Feshi, Sicil, S.11, 2008, 65-72; BAYSAL, s. 165 vd.

¹¹³⁹ ERDOĞAN, Şüphe Feshi, s. 106; DOĞAN YENİSEY, Şüphe Feshi, s. 69; BAYSAL, s. 172.

karar vermektedir¹¹⁴⁰.

İş sözleşmesi feshedilmeden önce sözleşmeyi ayakta tutmak için gerekli imkânların kullanılması gerekir. Başka bir anlatımla, feshe en son çare olarak bakılmalıdır. Fesihten kaçınma imkânı bulunmasına rağmen yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez¹¹⁴¹. Sözleşmeye bağlılık ilkesi ve dürüstlük kuralları gereğince, feshe son çare olarak bakılması gerekir¹¹⁴². Feshin son çare olması ilkesi, sadece işyerinden kaynaklanan sebeplere değil, işçiden kaynaklanan sebeplere dayalı fesihte de göz önünde bulundurulması icap ettiren bir ilkedir¹¹⁴³. Söz konusu ilke, menfaatlerini daha hafif tedbirlerle gerçekleştirme imkânına sahip olan işverenin sözleşmeyi feshetmemesini öngörmektedir¹¹⁴⁴. Burada “hafif tedbirler”le kastedilen, işçinin çalıştığı işyeri ya da işletme içinde hukuken ve fiilen mümkün olan tedbirlerdir¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁰ “Somut uyuşmazlıkta, davacının iş akdi İstanbul Anadolu 10. Sulh Ceza Mahkemesinin 17.11.2015 tarihli ve 2015/ 2903 D. İş sayılı kararı ile, davalı şirketin de aralarında bulunduğu Kaynak Holding A.Ş ve bağlı şirketlere kayyım atanması sonrasında feshedilmiş olup, dosya kapsamından davacı hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/69107 sayısında FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olma suçundan soruşturma açıldığı ve soruşturmanın halen devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu yönüyle, davacının iş sözleşmesinin feshi "şüphe feshi" nedeniyle geçerli olup, iş ilişkisinin sürdürülmesi davalı işveren yönünden imkansız hale gelmiştir. Bu itibarla işveren açısından geçerli nedenlerin bulunduğu anlaşıldığından davanın reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi hatalıdır”. (Y9HD, 21.02.2018, 832-3715). Aynı yönde, “olayısıyla feshin haklı olup olmadığı bu aşamada sabit değildir. Ceza davası da, temyiz aşamasındadır. Ne var ki, kamera kayıtlarına yansıyan işçi davranışlarından, işverende davacıya karşı haklı ve katlanılması beklenemeyecek bir şüphenin olduğu, bu şüphenin işveren ve işçi arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açtığı ve iş ilişkisinin devam ettirilmesinin işverenden beklenilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu halde, mevcut durum itibarıyla şüphe feshinin koşullarının oluşması sebebiyle, feshin en azından geçerli fesih boyutunda olduğu kabul edilmeli ve dava reddedilmelidir. Feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı hususunun tartışılması ise, ileride açılması muhtemel alacak davasına bırakılmalıdır”. (Y9HD, 24.01.2012, 482-818). Aynı yönde, Y22HD, 08.02.2016, 2014/31374-2012/2871.

¹¹⁴¹ CENTEL, s. 144; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 243 vd.

¹¹⁴² GÜZEL, İş Güvencesi, s. 75-76.

¹¹⁴³ TAŞKENT, Savaş, “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler”, Sicil, S.21, Mart 2011, s. 16; SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 51; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 536; SÜZEK, s. 581; KÖSEOĞLU, İşçiden Kaynaklanan Nedenler, s. 261.

¹¹⁴⁴ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 51.

¹¹⁴⁵ SOYER, Feshe Karşı Koruma, s. 52.

e) Fesih Bildirimine İtiraz

4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesi ile iş güvencesi kapsamına giren işçilere işveren tarafından yapılan fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli sebep olmadığı iddiasıyla fesih bildirimine itiraz davası imkânı getirilmiştir. Buna öğreti ve uygulamada “işe iade” davası da denilmektedir¹¹⁴⁶. Mahkeme veya özel hakem süresi içinde açılan davada feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığını tespit eder.

İş Kanunu’nun 20. maddesinin 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 11. maddesi ile değişik 1. fıkrasına göre, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın reddi halinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir”¹¹⁴⁷. Arabulucukla ilgili açıklamalar aşağıda yapılacağından¹¹⁴⁸ burada sadece ilgili madde metninin belirtilmesi ile yetinilecektir.

¹¹⁴⁶ ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, LİHSGHD 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, İstanbul; GÜZEL, Ali, “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunların Çözümü Açısından Yeni Bir Model Önerisi”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 4, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İstanbul Barosu, Seminer, Ankara, 2014; SAVAŞ, F.Burcu, Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade ve Tazminat”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017. Ayrıca bkz. Y9HD, 22.11.2006, 11483-30849; Y9HD, 20.01.2014, 2011/50211-2014/446.

¹¹⁴⁷ Taraflar özel hakem anlaşması yapmışlarsa iş mahkemesinde dava açılmaz (SÜZEK, s. 593). İş sözleşmesi işveren tarafından feshedildikten sonra özel hakem anlaşması yapılabilir (Y9HD, 27.10.2008, 38211-28868). Başka bir anlatımla, iş sözleşmesi kurulurken ya da sözleşmenin devamı sırasında özel hakem konusunda yapılan anlaşmalar geçersizdir. Yargıtay’a göre, sadece iş güvencesi hükümlerinin uygulanması konusunda özel hakem anlaşması yapılabilir (Y9HD, 22.03.2004, 5846-5621 sayılı Karar ve AKYİĞİT’in İncelemesi, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, s. 106-108).

¹¹⁴⁸ Bkz. 3. Bölüm, § 10, II.

İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesine ilişkin hükümlerin kapsamındaki işçilerin, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işverence haksız olarak feshedilmesi halinde uygulanacak hukuki yaptırımın dayanağı, aynı Kanunun 25. maddesinin son fıkrasıdır. İşverene iş sözleşmesini derhal feshetme hakkını veren sebepler 25. maddede düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasına göre, “işçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir”. Buna göre işçi, sadece işverenin geçerli neden olmadan süreli fesih hakkını kullanmasına karşı değil, İş Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen sebepler bulunmadığı halde derhal fesih bildiriminde bulunması halinde de iş güvencesi hükümlerine başvurabilecektir¹¹⁴⁹. Başka bir anlatımla işçi, haksız olduğu iddiasıyla feshin geçersizliğine karar verilmesini mahkemeden isteyebilecektir.

Öğretide derhal fesih hakkını hak düşürücü süre içinde kullanmayan işverene karşı İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca dava açılmayacağı ileri sürülmüştür. Çünkü haklı neden bulunduğu iddiasıyla iş sözleşmesini fesheden işverene karşı, yukarıda belirtildiği gibi, feshin 25. maddede öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiasıyla iş güvencesi hükümleri çerçevesinde dava açılabilir¹¹⁵⁰. Kanımızca İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre geçtikten sonra artık İş Kanunu'nun 25. maddesi çerçevesinde derhal fesih hakkının varlığından söz edilemez. Bu nedenle işçi, feshin 25. maddede öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiasıyla dava açabilir. Ancak, hak düşürücü süre geçtikten sonra yapılan fesih haksız ise de, makul süre içinde yapılmak kaydıyla, fesih sebebi yapılan davranışların geçerli neden olarak kabulü mümkündür. ILO'nun 166 sayılı Tavsiye Kararında da feshin makul süre içinde yapılması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay bir kararında, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen hak düşürücü sürenin

¹¹⁴⁹ TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 269.

¹¹⁵⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 871-872.

aranmayacağını, makul süre içinde yapılması kaydıyla feshin geçeri nedene dayanabileceğini belirtmiştir¹¹⁵¹.

İş sözleşmesi devam ederken dava hakkından feragat mümkün değildir. Çünkü iş sözleşmesi feshedilmeden dava açma hakkı doğmaz. Başka bir anlatımla, doğmamış bir haktan feragat edilemez. İş sözleşmesi feshedildikten sonra dava açmadan önce dava hakkından feragat edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iş güvencesi hükümlerinin dolanılmasına yol açması nedeniyle dava açılmadan önce feragat mümkün değildir¹¹⁵². Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, iş sözleşmesi feshedildikten sonra dava açılmadan önce dava hakkından feragat edilebilir¹¹⁵³. Gerçekten, iş sözleşmesi feshedildikten sonra tarafların sulh yoluyla uyuşmazlığı çözmeleri mümkün olabilir.

İşçinin yaşlılık aylığı tahsis talebiyle Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurması ya da kendisine yaşlılık aylığı bağlanması, fesih bildirimine itirazda bulunmasına engel değildir. Aylık talebi çalışmaya engel değildir. Ancak bu durum mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yürürlüğü sırasında işe girenler bakımından geçerlidir. Anılan Kanun'un 63. maddesi uyarınca uyarınca işçi, yaşlılık aylığı almakta iken destek primi ödemek ya da aylığı kesilmek suretiyle yeniden çalışabilir. 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra işe girenlerin yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra yeniden çalışma-

¹¹⁵¹ “Geçerli fesih nedeninin doğmasından sonra, feshin etkisizleştiği ve geçersizliğini yitirdiği sonucunun çıkarılabilmesi için ne kadar bir süre geçmesi gerektiği konusunda mutlak bir süre verilemez. Haklı neden için öngörülen 26. maddede belirtilen süre de ölçü olamaz. Süre unsuru, somut olayın özellikleri ile birlikte değerlendirilmelidir. Özellikle davranış ve yeterlilik nedeni ile fesihte, fesih hakkının kullandığı anda işçinin feshe konu edilen davranışı iş yerinde olumsuzluklara neden olmaya devam ediyor ve iş yerinde iş ilişkisinin devamını etkiliyorsa, bir anlamda işçinin davranışı veya diğer geçerli nedenler etkisini yitirmemiş ise, makul süre geçmediğinin kabulü gerekir”. Y9HD, 06.03.2014, 2013/10777-2014/7376.

¹¹⁵² SÜZEK, Sarper, “Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi”, LİHSGHD, S.35, 2012, s. 61; TAŞKENT, Savaş, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna 2004 Yılına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, s. 64.

¹¹⁵³ EKONOMİ, Münir, “İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh”, Karar İncelemesi, Yargıtay Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.1, 2006, 43 vd.; ALP, Değerlendirme 2006, 142 vd.

ya başlamaları ise, aylıklarının kesilmesi koşuluna bağlanmıştır. Bunların işe iade davası açması, yaşlılık aylığından vazgeçm anlamına gelecektir¹¹⁵⁴.

f) Feshin Geçersizliğinin Tespiti

İş güvencesi kapsamındaki işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi üzerine açtığı dava sonucunda, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilir. Buradaki geçersizlik kararının Türk Borçlar Kanunu anlamında mutlak bir hükümsüzlük olmadığı, “kendine özgür bir geçersizlik” niteliğine olduğu yukarıda açıklanmıştır¹¹⁵⁵.

Feshin geçersizliğinin tespitiyle birlikte işçinin işe iade edilmesi gereği kendiliğinden ortaya çıkmaz. Mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararı tespit hükmünde olup, ilamlı icraya konu edilemediği gibi, işverenin fesih işlemi iptal etmek suretiyle ortadan kaldırma gücüne de sahip değildir¹¹⁵⁶. Kesinleşen tespit kararınının tebliğinden itibaren işçinin işe başlatılmak amacıyla on işgünü içinde işverene müracaat etmesi gerekir. Aksi halde işveren geçerli feshin sonuçlarından sorumlu olur.

Mahkemece verilen ve kesinleşen feshin geçersizliği kararından sonra artık feshin haklı nedene dayandığı ileri sürülemez. Başka bir anlatımla, feshin geçersizliğine karar verilmekle feshin haksız olduğu kesinleşmiş olur. Bu nedenle, işçinin işe başlatılmak için süresinde başvurmaması veya işe başlatılmaması durumunda haksız fesih hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

g) Haksız Feshin Geçerli Feshe Tahvili

Tahvil, Arapça kökenli bir kelime olup, değiştirme, çevirme, döndürme ve dönüştürme anlamına gelmektedir¹¹⁵⁷. Hukukta tahvil, geçersiz olarak yapılan bir işlemin, işlemi yapanın veya tarafların ortak farazi iradeleri esas alınarak ve şartları gerçekleşmiş

¹¹⁵⁴ OKUR, A.Rıza, “İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebinin Çakışması”, Sicil, S.17, Mart 2010, s. 134-135.

¹¹⁵⁵ Bkz. 2.Bölüm, § 2, I.

¹¹⁵⁶ CENTEL, s. 211.

¹¹⁵⁷ Tanım Türk Dil Kurumu sözlüğünden alınmıştır. Bkz. tdk.gov.tr (E.T.07.06.2019).

başka bir hukuki işleme çevrilerek ayakta tutulabilmesidir¹¹⁵⁸. Tahvilin hukuki dayanağı konusunda yorum, kısmi hükümsüzlük ve kanun boşluğu görüşleri ileri sürülmüştür¹¹⁵⁹.

Tahvil kurumuna başvurabilmek için kesin hükümsüz bir işlem bulunmalı, işlemin geçersiz olduğu taraflarca bilinmemeli, tahvil geçersizliği öngören normun anlam ve amacına aykırı düşmemeli, yedek işlemin geçerlilik şartları gerçekleşmiş olmalı, yedek işlem kesin hükümsüz işlemle aynı veya benzer sonuçlar doğuran, fakat daha ileriye gitmeyen bir nitelik taşımali ve tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi yedek işlemi istemiş olacakları söylenebilmelidir¹¹⁶⁰.

Türk Hukukunda tahvil kavramı ve uygulama şartları açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, hükümsüzlüğü ortaya çıkan bazı sözleşmeler, uygulamada tarafların ortak farazi iradeleri esas alınarak başka bir sözleşmeye tahvil edilmek suretiyle ayakta tutulmaktadır. Noter önünde yapılan gayrimenkul satış sözleşmelerinin satış vaadi sözleşmesine, yazılı şekilde yapılmayan bir alacağın temlik sözleşmesinin alacağın tahsili için verilmiş bir temsil yetkisine, özel Siciline tescil edilmeyen bir mülkiyeti muhafaza anlaşmasının satıcının satış sözleşmesinden dönme hakkını saklı tutmasına ilişkin bir anlaşmaya tahvili örnek olarak gösterilebilir¹¹⁶¹.

Yukarıda açıklandığı üzere derhal fesih hakkı, sebebe bağlı yenilik doğuran haklardandır. Bu nedenle, ancak bağlı olduğu sebebin gerçekleşmesi ile doğar¹¹⁶². Yenilik doğuran hakların niteliği gereği iş sözleşmesinin haklı neden olmadan feshi geçersiz kabul edilir ve iş sözleşmesi feshedilmemiş sayılarak ayakta kalmaya devam eder¹¹⁶³. Bu durumda haksız fesih bildiriminde bulunan tarafın işveren olması halinde işçi, temerrüt hükümleri uyarınca işi ifaya hazır bulunduğu sürece ücrete hak kazanacaktır¹¹⁶⁴. İşçinin haksız fesih yapması durumunda ise işveren, iş görme edimini kusuruyla ifa et-

¹¹⁵⁸ NOMER, N. Halûk, Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, 15.B, İstanbul 2017, s. 65.

¹¹⁵⁹ Tahvilin hukuki dayanağına ilişkin farklı görüşler hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞA/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 612 vd.

¹¹⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 616 vd.

¹¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 611 vd.

¹¹⁶² BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 238-242; BAYCIK, s. 342.

¹¹⁶³ BAYCIK, s. 363-364.

¹¹⁶⁴ BAYCIK, s. 364.

meyen işçiden doğacak zararlarının tazminini talep edebilecektir¹¹⁶⁵. Yenilik doğuran hakkın niteliğine uygun olan bu çözümün fiilen sona eren sözleşmenin tarafları arasındaki menfaatler dengesine uygun düşmediği haklı olarak kabul edilmektedir¹¹⁶⁶. Bu nedenle, en uygun çözüm, haklı nedene dayanmadığı için geçersiz olan haksız fesih işlemini, varlık koşullarını taşıdığı usulsüz fesih işlemine tahvil etmektir¹¹⁶⁷. Bu çözümde haksız fesih işleminde bulunan tarafın farazi iradesinin süreli fesih iradesini kullanmaya yönelik olduğu varsayılmaktadır¹¹⁶⁸.

Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce haksız fesih işlemi, usule aykırı kullanılmış süreli fesih işlemine tahvil edilerek sorun çözülmekteydi¹¹⁶⁹. Böylece hem iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceği hem de işçinin işverenin fesih beyanına rağmen normal koşullarda çalışacağı süre ve hak kazanacağı ücreti belirleniyordu¹¹⁷⁰. Şüphesiz bu çözüm tarzı belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde söz konusudur. Belirli süreli iş sözleşmelerinin süreli feshi mümkün olmadığından haksız feshin süreli feshine tahvili mümkün değildir. Haksız feshin belirli süreli iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği kabul edildiğinde, sözleşme süre bitiminde sona ermiş olacak ve bu durumda işçinin kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu olmayacaktır¹¹⁷¹. Öğretide belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız fesih bildirimi ile sona erdirildiği kabul edilerek

¹¹⁶⁵ OĞUZMAN, s. 272, 275-276, Yazara göre, haksız fesih halinde işçinin iş görmekten, işverenin ise iş vermekten kesin olarak imtina etmeleri halinde kusurlu bir imkânsızlık söz konusu olur. Sözleşme kendiliğinden sona erer. Haksız fesih, Fransız sisteminde olduğu gibi, kanuni bir düzenleme olmadığı sürece, sözleşmeyi sona erdirmez. Bu durumda, sözleşmeyi feshettiğini beyan eden taraf bir hakkını kullanmıştır. Bu hak belirsiz süreli sözleşmeler bakımından kanun tarafından tanınmıştır. Belirli süreli sözleşmelerde ise içtihatla kabul edilmiştir. Oysa kusurlu imkânsızlık görüşünde bir haksız fiilden, bir sözleşmeye aykırı hareketten doğan fiili bir durum söz konusudur; Aynı yönde görüş için bkz. BAYCIK, s. 364-365.

¹¹⁶⁶ BAYCIK, s. 365.

¹¹⁶⁷ KAPLAN, s. 166-167; BAYCIK, s. 365.

¹¹⁶⁸ BAYCIK, s. 368-369.

¹¹⁶⁹ “Davacının davalıya ait işyerinde ikinci olarak 01.04.1999- 05.12.2000 tarihleri arasında çalıştığı ve iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işverence feshedildiği anlaşılmakta olup, bu dönem için kıdem ve ihbar tazminatları hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır (Y9HD, 08.02.2005, 2004/9287-2005/3641, Kamu-İş Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2005-2007, Ankara, 2008, s. 15-16), Aynı yönde Y9HD, 23.12.1997, 18199-22359, Kamu-İş, Yargıtay Kararları, 1997, s. 125-126 ve Y9HD, 25.09.2006, 3261-24577.

¹¹⁷⁰ BAYCIK, s. 365.

¹¹⁷¹ BAYCIK, s. 369-371.

soruna çözüm bulunması gerektiği ileri sürülmüştür¹¹⁷². Yargıtay da, ortaya çıkan bu örtülü kanun boşluğunu¹¹⁷³ haksız fesihle sözleşmenin sona erdiğini kabul etmek suretiyle doldurmuştur¹¹⁷⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438 ve 439. maddelerinde haklı nedene dayanmayan fesih bildiriminin sözleşmeyi sona erdireceği açıkça düzenlendiğinden, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra haksız feshin usulsüz süreli feshe tahvil edilmesi ve örtülü kanun boşluğunu doldurma ihtiyacı ortadan kalkmıştır¹¹⁷⁵. Haksız fesihle sözleşmenin sona erdiğinin kabulü, sebebe bağlı yenilik doğuran hakkın niteliğine uygun düşmese de, yukarıda belirtilen sakıncaları bertaraf etmesi açısından isabetli bir düzenleme olmuştur. Ancak bu yasal çözümün derhal fesih hakkını sebebe bağlı olmayan bir hak haline getirdiği söylenemez¹¹⁷⁶.

Türk iş hukukunda iş güvencesi hükümlerinin (İşK.m.18 19, 20 ve 21; BİK.m.6/son) mevzuata dâhil edilmesinden sonra, öğreti ve uygulamada, haklı nedene dayanmayan derhal fesih işleminin geçerli nedene dayalı feshe tahvil edilebileceği kabul edilmiştir¹¹⁷⁷. Ancak, iş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin işve-

¹¹⁷² KAPLAN, s. 167; BAYCIK, s. 370. Kusurlu imkânsızlık görüşünü savunan OĞUZMAN da sözleşmenin sona erdiğini (kendiliğinden) kabul etmekle birlikte, imkânsızlığa kusuruyla sebebiyet veren tarafın tazminat sorumluluğuna işaret etmektedir. Bkz. Fesih, s.144-145; Bu görüşe göre haklı nedene dayanmayan derhal fesih işlemini süreli feshe tahviline gerek yoktur. Ayrıca bu çözüm önerisinde de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresine ait ücret tazminatı esas alınmaktadır. Ancak işçinin bu süre içinde elde ettiği kazanç ve çalışmamaktan dolayı yaptığı tasarruflar mahsup edilir. İşçinin başka bir işten kazancı bulunduğunu veya tasarruf ettiği miktarı ispat yükü işverene aittir (OĞUZMAN, s. 273 vd).

¹¹⁷³ BAYCIK, s. 370.

¹¹⁷⁴ “Bir yıl süreli olan bu sözleşme uyarınca davacı öğretmen göreve başlamış Şubat ayı sonuna kadar bu hizmetini sürdürmüştür. Davalı işveren yıl ortasında sözleşmeyi feshettiğine göre bakiye süre için bu tazminatın ödenmesi icap eder” (Y9HD, 19.01.2000, 1999/18167-2000/216, Kamu-İş, 2000-2005 Yargıtay Kararları, Ankara, 2006, s. 342-343), “Taraflar arasında 01.01.1999 – 31.12.1999 arasında belirli süreli hizmet akdi yapılmıştır... Bu süreli akit uygulanırken davalı belediyece akit haklı bir sebep olmaksızın feshedilmiş bulunmaktadır. Süreli akdin feshi halinde ihbar tazminatı ve buna bağlı olarak kötü niyet tazminatı isteyemez” (Y9HD, 28.03.2001, 5272-4939, Kamu-İş, 2000-2005 Yargıtay Kararları, Ankara, 2006, s. 91).

¹¹⁷⁵ BAYCIK, s. 391-392.

¹¹⁷⁶ BAYCIK, s. 373 vd.

¹¹⁷⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 869; BAYCIK, s. 393. “Oysa davacı daha önce kendisine bildirilen güvenlik tedbirlerini yeterince uygulamayarak, dolum ve boşaltım kurallarına uymayarak iş disiplini ve güvenliğini bozucu, işyerinde olumsuzluklara neden olan davranışta bulunmuştur. Bu nedenle davacının geçmiş çalışma şekli taraflar arasındaki iş sözleşmesinin yürütülmesini sağlamasına engel olduğundan iş akışını bozmaya neden olmuştur. Davacının bu

ren tarafından haklı neden olmadan derhal feshedilmesi durumunda, haksız fesih işleminin, varlık koşullarını sağlamadığı geçerli nedene dayalı feshe tahvil edilip edilememesi tartışmalara yol açmıştır.

İşveren tarafından feshe neden gösterilen ve haklı neden ağırlığında olmayan bir davranışın geçerli neden teşkil etmesi mümkün olabilir¹¹⁷⁸. Gerçekten, işyerinde işin yürütümünü olumsuz etkileyen bir davranışın sırf haklı neden ağırlığında olmaması nedeniyle feshin geçersizliğine karar verilmesi, işçinin çalışma hakkı ile işverenin sözleşme özgürlüğü arasındaki hassas dengenin bozulmasına yol açabilir. İş güvencesi hükümleri, işçinin geçerli neden teşkil eden davranışlarından dolayı işverenin işten çıkarma hakkını ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz. Ancak iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebilmesi için gerekli şekli koşullara uyulmamış olması halinde dahi, haklı neden teşkil etmeyen davranışın geçerli nedene dönüştürülmesi tartışmalıdır.

Yargıtay, işverenin yaptığı feshin haksız olduğu sonucuna varılmasının, feshin geçersiz olduğu anlamına gelmediğine karar vermektedir¹¹⁷⁹. Yargıtay’a göre, haklı neden ağırlığında olmayan bir davranış, geçerli neden teşkil edebilir. Haklı neden ağırlığında olmayan davranışın fesih için geçerli neden teşkil ettiği sonucuna varılırsa, işe iade davasının reddine karar verilmelidir¹¹⁸⁰. Bu uygulamaya göre, iş sözleşmesini

eylemleri haklı fesih ağırlığında olmayıp geçerli fesih ağırlığında olduğundan fesih geçerli nedene dayanmaktadır” (Y9HD, 01.06.2011, 2010/3363-2011/16270), “Davacının söz konusu davranışları işyerinde olumsuzluklara yol açmış olup, haklı neden ağırlığında değilse de, fesih için geçerli neden teşkil ettiğinden işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur” (Y9HD, 21.05.2007, 6468-16058). Alman hukukuna göre de, haklı nedenle yapılan feshin geçersiz olması durumunda yapılan fesih §140 (Umdeutung) BGB uyarınca, koşulların bulunması halinde olağan (ordentliche Kündigung) feshe dönüştürülebilir. Bkz LÖWISCH/CASPERS/ KLUMPP, s. 176. Ancak belirtmek gerekir ki, burada fesih haklı nedenle yapılsa bile olağan feshin koşullarının bulunması aranmaktadır. Dolayısıyla koşulların bulunmaması durumunda yapılan fesih, olağan feshe dönüştürülemeyecektir.

¹¹⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 585.

¹¹⁷⁹ Y9HD, 18.03.2019, 2018/7306-2019/6000.

¹¹⁸⁰ Konuya ilişkin örnek Yargıtay kararlarından bazıları: “Davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı, ancak sık sık rahatsızlanarak rapor alan davacının davranışının fesih için geçerli sebep oluşturduğu anlaşılmakta olup, davanın reddi gerekirken yanılıklı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi hatalıdır” (Y9HD, 13.03.2019, 2018/7033-2019/5635). “Oluşan zarar miktarı ve davacının ücreti dikkate alındığında feshin haklı nedene dayanmadığı, ancak geçerli sebep teşkil ettiği kabul edilmelidir” (Y22HD, 13.03.2019, 1851-5942). “Kendisine bir başka çalışan tarafından whatsapp programından iletilen fotoğrafı paylaşmaktan ibaret davacının fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiğinden” (Y22HD, 09.05.2017, 32592-10720).

haklı nedene dayanarak feshettiğini iddia eden işverene karşı feshin haklı nedene dayanmadığı veya dayanılan sebebin İş Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen haklı neden olmadığı iddiasıyla açtığı davada, salt feshin haklı nedene dayanmadığı, yani haksız olduğunun ortaya çıkması, feshin geçersizliğine karar verilmesini gerektirmez. Feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Feshin aynı zamanda geçerli nedene de dayanmadığı anlaşılırsa, işverenin süreli fesih hakkını iş güvencesi kurallarına aykırı kullandığı kabul edilmeli ve böylece iş güvencesi yaptırımları söz konusu olmalıdır¹¹⁸¹. Yargıtay'a göre, işveren tarafından haklı nedene dayanılarak yapılan fesihte haklı neden bulunmadığı veya kanuni süre geçtikten sonra yapıldığı ya da kanunda ve sözleşmede öngörülen şekilde yapılmadığı anlaşılırsa, fesih nedeni yapılan davranışın geçerli neden teşkil etmesi halinde işe iade davası reddedilmelidir¹¹⁸².

Öğretide haksız feshin süreli feshe dönüştürülmesinde, İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen şekil şartlarına uyulup uyulmadığının da göz önünde bulundurulması

Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 23.03.2019, 2626-6555 ve Y9HD, 03.04.2019, 2018/9185-2019/7777.

¹¹⁸¹ “Feshin haklı nedene dayanmaması aynı zamanda geçerli neden olmadığını göstermez. Başka bir anlatımla, haklı nedene dayanmayan feshin geçerli nedene dayanması mümkündür. Bu nedenle, salt Disiplin Kurulu kararı bulunmadığı gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü doğru olmamıştır”(Y9HD, 21.05.2007, 7011-16076). Aynı görüşte ŞAHLANAN, Fevzi, “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden-Geçerli Neden İlişkisi”, Karar İncelemeleri, Mart 2011, s. 8.

¹¹⁸² “Öncelikle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesi davalı işveren tarafından 4857 sayılı yasanın 25/II maddesi gereğince feshedilmiş olup, bu halde aynı yasanın 25/son maddesi gereği yasanın 19. maddesinin uygulanma alanı bulunmadığından savunma alınması zorunluluğu bulunmamaktadır...Öte yandan, her ne kadar tutanaklarda belirtilen eylemler bakımından haklı nedenle fesih için İş Kanunu'nun 26. maddesinde belirtilen hak düşürücü süre geçmiş ise de, davacının eylemleri kül halinde değerlendirildiğinde işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek nitelikte davranışlar olduğundan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir (Y9HD, 19.06.2006, 13620-17779, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 211-213); “Mahkeme gerekçesinde her ne kadar savunma alınmadığına dayanılsa da haklı nedene dayalı fesih halinde savunma zorunluluğu bulunmamakta olup davacının feshe konu eyleminin haklı neden ağırlığına varmamakla birlikte geçerli fesih nedeni teşkil ettiğinin kabulü gerekir. Bu bağlamda işverenden artık mevcut iş ilişkisinin devamı beklenemez. Fesih geçerli nedene dayandığı anlaşılacakla, işe iade isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir” (Y22HD, 06.06.2016, 14438-16489); “Mahkeme, Disiplin Kurulundan geçirilmeden feshin gerçekleştirildiği gerekçesiyle davacının işe iade davasını kabul etmiştir. Toplu iş sözleşmesinde Disiplin Kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması durumunda, Disiplin kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde, Dairemizin uygulamasına göre fesih, haksız fesih haline geleceğinden işçi, ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir. Ancak, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa Disiplin Kuruluna gidilmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez. Çünkü söz konusu toplu iş sözleşmesi geçerli feshe ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır (Y9HD, 29.06.2009, 2008/36286 -2009/18338), Aynı yönde Y9HD, 19.12.2018, 4340-23633.

gerektiği, aksi halde işverenin süreli fesih hakkını kullanırken uyması gerekli koşulları kanuna karşı hile ile bertaraf edeceği, bu suretle iş güvencesi kurumunun etkisiz ve anlamsız kılınacağı belirtilerek Yargıtay uygulaması eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, fesih nedeni yapılan davranışın haklı neden ağırlığında olmadığı anlaşıldıktan sonra, geçerli neden teşkil etse bile, fesih bildiriminin yazılı olarak yapıp yapılmadığına, fesih sebebinin açık ve kesin şekilde belirtilip belirtilmediğine ve işçinin savunmasının alınıp alınmadığına göre feshin geçersizliği değerlendirilmelidir¹¹⁸³.

İş Kanunu'nun 19. maddesinin 2. ve 25. maddesinin son fıkraları sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde 19. maddede öngörülen şekil şartlarının uygulanmayacağı belirtilmiştir. Böylece iş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından haklı neden olmadan feshi halinde 19. maddede belirtilen şekil şartlarına uyulmamış olması, feshi haksız hale getirmeyecektir. Ancak haklı bir nedenin bulunmaması halinde fesih işlemi geçerli nedene dayalı feshe tahvil edilecekse şekil şartlarının aranması gerekecektir. Bu sonuç, iki açıdan gereklidir. Birincisi, haksız-geçersiz fesih işlemi, tahvil edileceği geçerli nedene dayalı fesih işleminin geçerlilik şartlarını taşımak zorundadır. İş Kanunu'nun 19. maddesinde belirtilen şekil şartı geçerli nedene dayalı fesih için geçerlilik şartıdır. Maddede belirtilen şekil şartlarına uyulmadan sözleşme feshedilmişse, tek başına geçerli nedenin varlığı bir anlam ifade etmeyecektir. İkincisi ise, bu yolla 19. madde hükmünün dolanılmasının önüne geçilmiş olunacaktır. Aksi halde haklı bir neden bulunmamasına rağmen, İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca sözleşmenin feshedildiği iddia edilerek 19. maddede öngörülen emredici nitelikteki şekil şartları uygulanamaz hale getirilmiş olur.

¹¹⁸³ TAŞKENT, Savaş, "İş İlişisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Kamu-İş, Ankara, 2006, 49-85 s. 77-78, Aynı yazar, Değerlendirme 2009, s. 177-178; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 869-870; ASTARLI, Muhittin, İş İlişisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017, s. 300 vd; BAYCIK, s. 393-394; MANAV, s. 196-197; TOLU, s. 122 vd.; NARMANLIOĞLU, Dönüşme, s. 562 vd. NARMANLIOĞLU'na göre, "tahvilin amacı, kanuna aykırı (batıl) bir hukuki işlemi, tarafların aynı yöndeki istekleriyle, ortak iradeleriyle bu durumdan kurtarmaktır. Yoksa taraflardan birinin kanuna aykırı davranışını – işleme maruz kalan diğer tarafın iradesi hilafına – mahkeme kararıyla meşrulaştırmak değildir. Gerçekten tahvilin (çevirmenin) espirisi her iki tarafın da, yapılmış bir geçersiz işlemi başka bir işlemle geçerli, kanuna uygun hale getirmektir". Bkz. NARMANLIOĞLU, Aynı yer, s. 562-563.

Geçersiz haksız fesih işleminin geçerli nedene dayalı feshe tahvili değerlendirilirken, şekil şartının hangi fesih türüne özgü olduğunun göz önünde bulundurulması gerekir. Şekil şartı derhal fesih hakkı için öngörülmüşse şekil şartının yokluğu tahvile engel teşkil etmeyecektir. Çünkü şekil şartı eksikliği zaten geçersiz olan derhal fesih işlemine ilişkindir. Buna göre örneğin disiplin kurulu kararı şartı sadece derhal fesih hakkının kullanılması bakımından öngörülmüşse, bu şekil şartına aykırılık derhal fesih işleminin geçerli nedene dayalı feshe tahviline engel değildir¹¹⁸⁴. Belirtmek gerekir ki, makul süre içinde olmak kaydıyla, hak düşürücü süre geçirildikten sonra kullanılan derhal fesih işleminin de geçerli nedene dayalı feshe tahvili mümkün olabilir¹¹⁸⁵. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir¹¹⁸⁶.

Sonuç olarak, feshin geçersizliğine karar verilmesi talebiyle açılan davada, işveren tarafından feshin haklı nedene dayandığı ileri sürülür ve haklı nedenin bulunmadığı sonucuna varılırsa, feshin geçerli nedene tahvili için Kanunun aradığı şekil şartlarının gerçekleşmesi aranması gerektiği görüşündeyiz.

h) İş Güvencesi Tazminatı

Feshin geçersizliğine karar verilmesi talebiyle açılan davada mahkeme, feshin geçersizliği ile birlikte işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence kanunda öngörülen süre içinde işe başlatılmaması halinde, en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminatın ödenmesi gerektiğine karar verir. Mahkemenin kararında tespit niteliğinde belirteceği bu tazminata işe başlatmama tazminatı ya da iş güvencesi tazminatı denilmektedir¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁴ Y9HD, 21.04.2008, 30784-9226 ve Y9HD, 29.06.2009, 36286-18338 sayılı kararlar ve bu kararlara yönelik değerlendirmeler için bkz. BAYCIK, s. 395-397.

¹¹⁸⁵ BAYCIK, s. 397.

¹¹⁸⁶ “6 iş günlük hak düşürücü sürenin geçirilmiş olduğu görülse dahi fesihte makul sürenin geçirilmediği açık olduğundan sadece hak düşürücü sürenin kaçırılmış olmasının haklılığı ortadan kaldırmakla birlikte, geçerliliğe etki etmeyeceği, yani geçerliliği ortadan kaldırmayacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Mahkemece, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır”. Y9HD, 22.11.2017, 2016/30461-2017/18864. Aynı yönde karar için bkz. Y22HD, 03.10.2017, 38769-20286.

¹¹⁸⁷ SÜZEK, s. 620; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 108; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 325; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 361; SAVAŞ, Geçersiz Feshin Yaptırımları, s. 285. Ayrıca örnek kararlar için bkz. Y9HD, 13.03.2019, 2016/210-2019/5594 ve Y22HD, 28.03.2019, 2017/21099-2019/6852.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce İş Kanunu'nda iş güvencesi tazminatının hangi tarihteki ücret üzerinden hesaplanacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Yargıtay işe iade kararına rağmen, işçinin işe başlatılmadığı tarihte iş sözleşmesinin feshedilmiş sayıldığını kabul ederek, söz konusu tazminatın işçinin işe başlatılmadığı ya da başlatılmamış sayıldığı tarihteki ücret üzerinden hesaplanması gerektiğine karar vermektedir¹¹⁸⁸. Ayrıca Yargıtay, ücret miktarına ilişkin uyuşmazlıkların işe iade davalarına ilişkin yargılamayı geciktirdiği, davanın kanunun öngördüğü sürede sonuçlanamadığı gerekçesiyle iş güvencesi tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının miktar olarak değil, aylık olarak belirtilmesi gerektiğine yönelik uygulama yapmaktaydı¹¹⁸⁹. Ancak bu uygulama, işe başlatma tarihindeki ücret miktarının tespiti noktasında yeni uyuşmazlıklara sebep vermektedir. 7036 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen 4. fıkra ile mahkeme veya özel hakemin iş güvencesi tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının dava tarihindeki ücreti esas alınarak ve parasal olarak belirlenmesi gerektiği öngörüldü. Fesihden sonra dava tarihine kadar geçecek süre içinde de ücretin değişmesi ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, dava tarihindeki ücret de tartışmalara sebebiyet verebilir. Bu nedenle, kanımızca fesih tarihindeki ücretin esas alınması gerektiğine yönelik düzenleme yapılması daha isabetli olurdu.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin gerekçesinde, bu tazminatın iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edileceği belirtilmiştir. Yargıtay ise, iş güvencesi tazminatı miktarının fesih sebebi ve işçinin kıdemi dikkate alınarak belirlenmesi gerek-

¹¹⁸⁸ “İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır... İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir” (Y9HD, 20.05.2014, 2012/10994-2014/16072). Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 05.02.2019, 2015/36281-2019/2761 ve Y22HD, 18.06.2018, 2015/34717-2018/14922.

¹¹⁸⁹ “4857 sayılı İş Kanunu'nun da düzenlenen ve feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, talep olsun olmasın, re'sen miktar belirtileksizin karar altına alınmalıdır. Ayrıca tespit niteliğindeki bu hüküm nedeni ile karar harcı ve vekâlet ücretinin maktu olarak takdiri gerekir (Y9HD, 25.04.2005, 11204-14365, Kamu-İş 2005-2007 Yargıtay Kararları, s.162-163) Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 24.04.2006, 8242-11278 ve Y9HD, 14.02.2011, 2009/48522-2011/2870.

tiğine karar vermiştir¹¹⁹⁰. Emekliliğe hak kazanan işçilerin iş güvencesi tazminatı miktarının belirlenmesine ilişkin Yargıtay Hukuk Daireleri arasındaki içtihat aykırılığının giderilmesine yönelik yapılan başvuru üzerine Yargıtay İçtihadî Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, “... 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinde feshin geçersizliğine ilişkin karara rağmen işe başlatılmayan işçiye ödenecek tazminat miktarının en az 4 aylık ve en çok 8 aylık ücret tutarında takdir edileceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde söz konusu tazminat miktarının, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiye işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak takdir edileceği belirtilmiştir (...) Fesih ve işe başlatmama sebepleri her olayın özelliğine göre değişiklik arz edebileceğinden, kanun koyucunun somut olayın özelliğine göre takdir hakkını hâkime bıraktığı durumda bağlayıcı nitelikte olan İçtihadî Birleştirme Kararı ile sınırlandırma yapılmasının uygun düşmeyeceği gerekçesiyle içtihadî birleştirmeye gerek olmadığına” şeklinde karar vermiştir¹¹⁹¹.

İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrasına göre, iş güvencesine ilişkin hükümler sözleşme ile hiçbir suretle değiştirilemez. Aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.

i) İşçinin Çalıştırılmadığı Süreye İlişkin Ücret ve Diğer Haklar

İş Kanunu’nun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre, feshin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçiye söz konusu ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiği de belirtilmelidir¹¹⁹². Öğretide bir görüşe göre, feshin geçersizliğine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintiye uğramadan devam ettiği kabul edildiğinden, işçiye çalıştırılmadığı tüm süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının ödenmesi lazım gelir¹¹⁹³. Ancak, Anayasa Mahkemesi işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakların dört

¹¹⁹⁰ Aynı konuda kararlar için bkz. Y9HD, 02.05.2013, 2012/34358-2013/13255 ve Y22HD, 25.04.2017, 31847-9556.

¹¹⁹¹ YİBGK, 13.04.2018, 2017/3-2018/3, RG 29.06.2018, No.30463.

¹¹⁹² TAŞKENT, Savaş, “Boşta Geçen Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi)”, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, s. 3 vd.

¹¹⁹³ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 116; CENTEL, s. 220; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s. 227; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 367. Ayrıca olması gereken bakımından bkz. SÜZEK, s. 623.

aylık süreyle sınırlandırılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir¹¹⁹⁴. İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası uyarınca, dört aylık süreye ilişkin hüküm mutlak emredici olup, sözleşmelerle işçi lehine dahi olsa değiştirilemez¹¹⁹⁵.

İşçinin dört aylık süreye hak kazanması için feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlatılmak için işverene başvurması gerekir. İşçi, süresinde işverene başvurmazsa yapılan fesih geçerli hale gelir ve ücret ödenmez¹¹⁹⁶. Aynı sonuç işveren tarafından işe başlaması için davet edilen işçinin işe başlamaması halinde de geçerlidir¹¹⁹⁷.

İşçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık süre, işçinin çalıştırılmadığı süre içindeki herhangi bir süre değil, geçersizliğine karar verilen fesih tarihini takip eden süredir¹¹⁹⁸. İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasından sonra gelmek üzere 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 12. maddesi ile eklenen 4. fıkra uyarınca dört aylık süre ücreti dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenir. Bu durumda, işçinin söz konusu ücretinin belirlenmesinde, dört aylık süre içinde olmakla birlikte dava tarihinden sonra yürürlüğe girecek zamların dikkate alınması mümkün değildir.

İşçi en fazla dört aylık süre için sadece ücrete değil, çalışmış olsaydı alabileceği tüm miktara hak kazanmaktadır. Bu nedenle, işçiye ücret dışında para veya para ile ölçülmesi mümkün tüm menfaatlerin parasal karşılıklarının da ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla burada ödenmesi gereken ücret, giydirilmiş brüt ücrettir¹¹⁹⁹. Söz konusu “diğer haklar” kavramının kapsamına işçinin bu süre içinde çalışmış olsaydı alabileceği

¹¹⁹⁴ Bkz. AYM, 18.12.2009, 2005/2-2008/181, RG, 07.10.2009, 27369.

¹¹⁹⁵ GÜZEL, İş Güvencesi, s. 117; SÜZEK, s. 625. Anayasa Mahkemesi, dört aylık sürenin mutlak emrediciliğini düzenleyen İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. AYM, 19.10.2005, 2003/66-2005/72, RG, 24.11.2007, 26710.

¹¹⁹⁶ AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 337.

¹¹⁹⁷ “Somut olayda, davalı işveren fesihten sonra davacıyı işe başlaması için çağrıda bulunmasına rağmen davacı işçi, haklı bir neden olmadan işverenin bu davetine icabet etmemiştir. Davacının iş davete icabet etmemesi, iş ilişkisinin devamı ile ilgili talebinde samimi olmadığını, nihai hedefinin boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını almak olduğunu göstermektedir. Ne var ki, bu amaca yönelik talebin iş güvencesi hükümlerince korunması mümkün değildir. Davacı bu davranışı ile işverence yapılan feshi geçerli hale getirmiştir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmiş olması isabetlidir” (Y9HD, 11.12.2006, 25024-32633).

¹¹⁹⁸ CENTEL, s. 221.

¹¹⁹⁹ CENTEL, s. 218; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 367; SÜZEK, s. 624; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 227; SAVAŞ, Geçersiz Feshin Yaptırımları, s. 284.

haklar girer. Ancak Yargıtay kararlarında yol parası ile satışa bağlı primin bu haklar kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir¹²⁰⁰. Dört aylık ücret ve diğer haklar, niteliği itibariyle ücret olduğundan gelir vergisi ve Sosyal Güvenlik Kurumu primine tabidir¹²⁰¹.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun 50. maddesinin 3. fıkrasına göre, İş Kanunu’nun 21. maddesi gereği işe iade davası nedeniyle yatırılan primlerin son günü esas alınarak işsizlik ödeneği hak sahipliği belirlenir. Böylece işsizlik ödeneğinin işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık sürenin bitiminden sonra işsiz kalınan dönem için işsizlik ödeneği ödenecektir.

Bir görüşe göre, işçinin dört aylık süre içinde başka bir işten elde ettiği gelirlerin dört aylık ücret ve diğer haklardan indirilmesi gerekir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, işçinin söz konusu dört aylık süre içinde başka bir işten elde ettiği gelirler dört aylık ücret ve diğer haklardan mashup edilmez. Çünkü, işçinin çalıştırılmadığı süre ücreti ve diğer haklarından, bu süre içinde elde edilen gelirlerin mashup edileceğine açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer taraftan, İş Kanunu’nda işçinin “çalıştırılmadığı süre için” en çok dört aylık ücret ve diğer haklara hak kazanacağı belirtilmiştir. İşçinin çalışmadığı süreden söz edilmemiştir¹²⁰². Kanımızca, uygulamada söz konusu ücretin, “boşta kalınan süre ücreti” olarak belirtilmesi¹²⁰³, kanun koyucunun bilinçli olarak kullandığı ifadeyi tam olarak karşılamamaktadır.

j) İşçinin İşe Başlatılmak İçin İşverene Başvurusu

İş sözleşmesi haksız feshedilen işçinin feshin geçersizliğine karar verilmesi talebiyle açtığı davanın lehine sonuçlanması, tek başına iş güvencesi hükümlerinin sağladığı avantajlardan yararlanmasına imkan vermez. İş Kanunu’nun 21. maddesinin 6.

¹²⁰⁰ Y9HD, 10.07.2006, 16045-20332; Y9HD, 07.12.2010, 2008/41576-2010/36737.

¹²⁰¹ AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 337. Yazara göre, bu süre içinde işçi çalışmadığından iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu için prim kesilmemesi gerekir. Ancak, SGK aksi görüştedir. Bkz. SGK. Sigorta işleri Dare Başkanlığının 27.04.2006 tarih ve 16-370 Ek sayılı Genelgesi.

¹²⁰² CENTEL, s. 228; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 111; SÜZEK, s. 625.

¹²⁰³ “Somut olayda işverenin işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini bir ay içinde bizzat işçiye bildirmesi gerekirken buna ilişkin tebligatı davacı işçi yerine vekiline yaptığı anlaşılmaktadır. Bu hususta davacının vekiline yapılacak tebligat usulsüzdür. Mahkemece işverenin işe başlatma süresini geçirdiği kabul edilerek davacının taleplerinin değerlendirilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. Y9HD, 20.05.2014, 2012/10994-2014/16072.

fıkrasına göre işçi, kararın kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işe başlatılmak için işverene başvurmak zorundadır.

Başvurunun şekli konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözlü başvuru da mümkün olmakla birlikte, yazılı veya e-posta ya da cep telefonuna kısa mesaj yoluyla yahut noter aracılığıyla yapılacak başvuru ispat kolaylığı sağlayacaktır¹²⁰⁴.

İşçi bizzat başvurabileceği gibi, vekili veya üyesi olduğu sendika aracılığıyla da başvurabilir¹²⁰⁵. İşçinin başvurusundaki amacı işe başlatılmak olmalıdır. Çünkü Kanun işçiye doğrudan iş güvencesi tazminatını veya boşa geçen ücret ve diğer hakları talep etme seçeneklerini sunmamıştır¹²⁰⁶. İşçinin gerçekte işe başlama amacı gütmeyen, boşa geçen süre ücretini alabilmek için yaptığı başvuru dürüstlük kuralına uygun düşmez¹²⁰⁷.

Başvurunun yapılacağı on günlük işgünü süresi, işyerindeki çalışma günlerine göre belirlenir¹²⁰⁸. Buna göre örneğin, işyerinde Cumartesi günleri işgünü ise, Pazar günü hariç diğer günler dikkate alınacaktır. Cumartesi günü tam çalışma olup olmadığı önemli değildir¹²⁰⁹.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, on iş günlük süre kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden başlar. İşe iade kararı kesinleşmeden yapılan başvurular süresinde yapılmış bir başvuru sayılamaz¹²¹⁰.

¹²⁰⁴ AKYİĞİT, Ercan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s. 316; SAVAŞ, F. Burcu, “Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade ve Tazminat”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, s. 275; CANBOLAT, İşe İade Kararının Uygulanması, s. 116; SAVAŞ, Geçersiz Feshin Yaptırımları, s. 275.

¹²⁰⁵ CANBOLAT, İşe İade Kararının Uygulanması, s. 118; SAVAŞ, Geçersiz Feshin Yaptırımları, s. 274. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 20.05.2014, 2012/10994-2014/16072

¹²⁰⁶ MANAV, A.EDA, “İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü”, TAAD, S.3, Ekim 2010, 259-300, s. 260; CENTEL, s. 214. İş Kanunu'nun 21. maddesinin iş güvencesini zayıflatığı gerekçesiyle iptali istemiyle açılan dava Anayasa Mahkemesi'nce reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, “işçi ve işveren arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işveren tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından, kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir” gerekçesine yer verilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 19.10.2005, 2003/66-2005/72, RG. 24.11.2007, S. 26710.

¹²⁰⁷ CANBOLAT, İşe İade Kararının Uygulanması, s. 112; SAVAŞ, Geçersiz Feshin Yaptırımları, s. 276.

¹²⁰⁸ AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 317; CENTEL, s. 214.

¹²⁰⁹ CENTEL, s. 214.

¹²¹⁰ CENTEL, s. 215; Ayrıca örnek karar için bkz. Y9HD, 22.11.2006, 11483-30849.

Başvurunun işverene veya bu konuda yetkili işveren temsilcisine yapılması gerekir. Başvurunun işe iade davasındaki işveren vekiline yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre işe iade davasını takip eden işverenin avukatının yetkisi bu davanın sonuçlanmasıyla biter. Avukatın genel vekaletnameye dayanarak işçiyi işe başlatma yetkisi yoktur. Ancak vekilin başvuruyu işverene bildirmiş olması halinde işverenin başvurunun yapılmadığını ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır¹²¹¹. Yargıtay'ın bu konuda farklı kararları bulunmaktadır¹²¹².

On işgünlük süre niteliği itibarıyla hak düşürücü süre olup, sürenin kesilmesi ya da durması mümkün değildir. Başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı, hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur¹²¹³.

Yargıtay on işgünlük süre içinde olmak kaydıyla notere veya posta aracılığıyla yapılan başvuruya ilişkin işlemin yapılmasını yeterli görmekte, postadaki gecikmeleri süreye dahil etmemektedir¹²¹⁴. Öğretide, sürenin hak düşürücü niteliğini öne çıkarılarak başvurunun kanunda öngörülen süre içinde işverene ulaşması gerektiği ileri sürülmüştür¹²¹⁵.

İşçinin işe başlatılmak için süresi içinde başvurmaması halinde işverence yapılan fesih, geçerli sebeple yapılan feshin sonuçlarına tabi olur. Ancak, feshin geçerli sebebe

¹²¹¹ CANBOLAT, İşe İade Kararının Uygulanması, s. 119.

¹²¹² Yargıtay bir kararında, davalı vekilinin hem işe iade davasında hem de işe iadenin mali sonuçlarına ilişkin davada, davalı şirketi temsil eden avukatın tebliğ aldığı işe iade başvurusunu vekalet sözleşmesi ve dürüstlük kuralları uyarınca, davalı şirkete bilgi vermesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Y22HD, 27.12.2012, 16128-26528. Yargıtay son bir kararında ise, işe iade başvurusunun bizzat işverene yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu yöndeki karara göre, “Somut olayda, davacı tarafından açılan işe iade davasında, feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verildiği ve kararın kesinleşmesi üzerine davacı tarafın, davalı işvereni temsilen Avukat N.B.Ç’e karşı keşide ettiği 21/05/2013 tarihli ihtarname ile işe başlatılmasını talep ettiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, Avukat N.B.Ç’in vekaletnamesi genel vekaletname niteliğinde olup, davalı işverence bu yönde vekile özel bir yetki verilmemiştir. Sözü geçen Avukatın gerek işe iade davasında, gerekse de eldeki davada davalı işvereni temsil ettiği görülmekte ise de, işe iade başvurusunun işverene yapılması gerekli olup, özel bir yetki verilmediği sürece vekile yapılan başvuru geçersizdir. Anılan sebeple, davacının, işe iade başvurusu usulüne uygun değildir. Mahkemece, aksi yönde kanaat ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olmuştur” (Y22HD, 09.10.2018, 2016/12-2018/21484). Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 27.03.2006, 2005/27660-2006/7386.

¹²¹³ AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 317.

¹²¹⁴ “İşe iade yönündeki başvurunun on iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmektedir birlikte, tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez” (Y9HD, 20.05.2014, 2012/10994-2014/16072). Aynı yönde Y9HD, 23.12.2008, 2007/32428-2008/35247.

¹²¹⁵ AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 317.

dayanması, mutlaka haklı sebebe de dayandığı anlamına gelmez. Haklı bir sebep olmadıkça iş sözleşmesi derhal feshedilmişse işçi, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası uyarınca haksız fesih tazminatı isteyebilir.

k) İşçinin İşe Başlatılması veya Başlatılmamasının Sonuçları

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre işveren, feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme veya özel hakem kararından sonra süresinde başvuran işçiyi bir ay içinde aynı şartlarla işe başlatmak zorundadır. Bir aylık süre işçinin yapmış olduğu başvurudan itibaren başlar¹²¹⁶. İşe başlaması için davet edilen işçinin makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. İşçinin işverenin işe başlama davetine icabet etmemesi halinde, işe başlatılmak amacıyla başvurmamış olduğu kabul edilir. Başka bir anlatımla, işçinin işverenin davetine icabet etmemesi halinde on işgünü içinde usulüne uygun yapılmış bir başvurunun bulunmadığı varsayılır. Bu durumda işveren, geçerli feshin sonuçlarından sorumlu olur¹²¹⁷.

İşçinin işe başlatılması halinde, iş sözleşmesi feshedilmemiş gibi kaldığı yerden devam eder. İşveren işçiyi çalıştırmak amacıyla davet etmelidir¹²¹⁸. İşçi eski işine aynı veya benzer şartlarla işe başlatılmalı, arada geçen zaman içinde yürürlüğe girmiş olan ücret zamlarından yararlandırılmalıdır¹²¹⁹. İşçinin işe başlatılması halinde mahkemece ödenmesi gerektiğine karar verilen en çok dört aylık ücret ve diğer hakların da işçiye ödenmesi gerekir. İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre işveren, daha önce ödemiş olduğu ihbar ve kıdem tazminatını ödemek zorunda olduğu ücret ve diğer haklardan mahsup edebilir.

Feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme veya özel hakem kararına rağmen işçinin süresi içinde başlatılmaması halinde iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş

¹²¹⁶ CENTEL, s. 223; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 320; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 345.

¹²¹⁷ CANBOLAT, İşe İade Kararının Uygulanması, s. 131.

¹²¹⁸ CANBOLAT, İşe İade Kararının Uygulanması, s. 128; SAVAŞ, Geçersiz Feshin Yaptırımları, s. 291.

¹²¹⁹ CENTEL, s. 224; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 321; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 346. İşçinin aynı işe iade edilmesinin mutlak olmadığı hakkındaki görüş için bkz. KARADEMİR, Derya, "İşe İade Kararı Sonrasında İşe Başlatılma Kavramı ve Koşulları", Karar İncelemesi, Sicil, S.29, Mart 2013, s. 126 vd.

sayılır¹²²⁰. Bu durumda işveren, mahkemece belirlenen dört ile sekiz aylık ücret tutarı iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü olur. Ayrıca işçi, işe başlatılsın veya başlatılmasın kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını talep edebilir. İşçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işe başlatılmayacağının açıklandığı veya işe başlatılması gereken bir aylık sürenin sonu itibarıyla iş sözleşmesi feshedilmiş sayıldığından, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin alacağı gibi iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı hakların bu tarih esas alınarak belirlenmesi gerekir¹²²¹.

İşçi, işe iade davasına ilişkin yargılama devam ederken, işverenin işe başlama davetine icabet etmek zorunda değildir¹²²². Ancak işverenin mahkemede davayı kabul ettiğini belirtmesi ve davacının işe başlamasını istemesi halinde işçi, haklı bir nedeni yoksa bu davete icabet etmek zorundadır. Aksi halde işveren, sadece geçerli feshin sonuçlarından sorumlu olur. Yargıtay daha önce yargılama devam ederken işverenin davetine haklı neden olmadan icabet edilmemesi halinde, davanın reddine karar vermekteydi¹²²³. Sonraki kararlarında işe başlama davetinde bulunan işverenin davayı kabul ettiğini açıkça belirtmemesi durumunda, işçinin davete icabet etmesine gerek olmadığına karar vermiştir¹²²⁴.

İşe iade davasına ilişkin yargılama devam ederken, işçinin işe başlatılması halinde, feshin geçersizliğine karar verilmesi talebiyle açılan dava, konusuz kalmaz. Davacının çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması feshin geçersizliğine karar verilmesine bağlıdır. Bu nedenle işçi işe

¹²²⁰ KÖSEOĞLU, Cengiz Ali, “İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi”, Sicil, S.20, Aralık 2010, s. 93; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 114; CENTEL, s. 231; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 363; CANBOLAT, İşe İade Kararının Uygulanması, s. 128; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 355.

¹²²¹ YİĞİT, Yusuf, “İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmaması ve Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s. 1175-1176; CENTEL, s. 233; KÖSEOĞLU, Geçersiz Nedenle Feshin Etkisi”, s. 93 vd.; TULUKÇU, İş Güvencesi, s. 355. Aynı yönde karar için bkz. Y22HD, 03.04.2012, 2706-6206 ve Y9HD, 10.10.2016, 21532-17631

¹²²² AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 310; CENTEL, s. 191; SÜZEK, s. 598.

¹²²³ Kararlar için bkz. Y9HD, 14.10.2008, 29383-27243 ve Y22HD, 19.09.2011, 251-804.

¹²²⁴ “İşe davetle birlikte dava kabul edilmediği sürece salt işe davet ve bu davete icabet etmemek davanın reddini gerektirmez”. (Y22HD, 25.05.2017, 33675-12350).

başlatılmış olsa bile, mahkemece feshin geçersizliğine ve boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiğine karar verilmelidir¹²²⁵. Davacının işe başlatılmış olması, iş güvencesi tazminatının hüküm altına alınmasına engel olur¹²²⁶.

Yargılamanın devamı sırasında işyerinin kapanmış olması, kural olarak feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespitinde dikkate alınmaz. Çünkü feshin geçerli olup olmadığı, fesih tarihindeki şartlara göre değerlendirilir¹²²⁷. Öğretide, işyerinin sonradan kapanmasının yapılmış olan feshi geçerli hale getirmeyeceği, işe iade olanağının kalmaması ile feshin geçersizliğinin birbirinden farklı kavramlar oldukları ileri sürülmüştür¹²²⁸. Kanımızca yargılama sırasında işyerinin kapanmış olmasının hiçbir zaman feshin geçersizliğine etki etmeyeceği şeklinde bir genelleme yapılamaz. Bazı durumlarda dolaylı bir etkiden söz edilebilir. Genel ekonomik kriz ya da sektörel krizden dolayı işyerinde küçülmeye gidildiği gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilmişse, yargılama sırasında işyerinin kapanmış olması, feshin geçerli nedene dayandığına yönelik işverenin savunmasını güçlendirecektir.

İşyerinin kapanmış olmasının iş güvencesi tazminatı üzerinde etkisi de, üzerinde durulması gereken önemli hukuki sorunlardan biridir. Yargıtay işyerinin kapanmış olması nedeniyle aynı şartlarda başka bir işyerinde işe başlaması teklif edilen işçinin bu teklifi kabul etmeyerek işe başlamamasını, işverenin işe başlatmadığı şeklinde değerlendiremeyeceğine ve davacının iş güvencesi tazminatını talep edemeyeceğine karar vermiştir¹²²⁹. Yargıtay'ın bu kararı, öğretide işyeri kapatılmış olsa da, işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik içeren işe başlatma önerisini işçinin kabul etmek zorunda

¹²²⁵ SÜMER, Halûk Hâdi, İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, Karar İncelemesi, Sicil, Aralık 2006, S.4, s. 93; Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 30.04.2007, 1308-13524.

¹²²⁶ “Davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmeli ve bu nedenle feshin geçersizliğine karar verilmelidir”(Y9HD, 07.11.2018, 801-19927). Ayrıca bkz. Y22HD, 10.07.2012, 11716-16488.

¹²²⁷ MANAV, “İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukukî Geçerli Fesih Sayıldığı Haller”, Kamu-İş XI, S.2, 2010, s. 14; SÜMER, İş Davet, s. 93; Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 25.12.2006, 27396-34577.

¹²²⁸ SÜMER, Hâluk Hadî, “İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerinin Kapatılmasının İşe İade Davalarına Etkisi”, Karar İncelemesi, s. 799-801; Ayı Yazar, İş Hukuku Uygulamaları, 6. B, Eylül 2016, s.217; ALP, Değerlendirme 2006, s.173-174; ASTARLI, Değerlendirme 2015, s. 306; SÜZEK, s. 599.

¹²²⁹ Karar için bkz. Y22HD, 23.11.2015, 8491-31183.

olmadığı, geçerli bir nedeni olmadığı halde iş sözleşmesini fesheden işverenin iş güvencesi tazminatını ödemekten kurtulmak amacıyla işyerini kapatmaya yönelebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²³⁰. Kuşkusuz işverenin iş güvencesi tazminatını ödememek amacıyla işyerini kapatmaya yönelik kötü niyetli davranışları korunamaz. İşverenin işçiye işe başlatma ya da iş güvencesi tazminatını ödeme arasında seçimlik hakka sahip olup olmadığı sorunun çözümünde önemli olduğu kanısındayız. Öğretide bir görüşe göre, İş Kanunu'nun 21. maddesinde iş güvencesi tazminatın işe başlatmamanın yaptırımı şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle seçimlik bir haktan söz edilemez¹²³¹. Bizim de katıldığımız bu görüşten hareket edildiğinde, işyerinin kapanmış olması ve işverenin başka işyerinin bulunmaması nedeniyle bir yaptırımdan söz edilemeyecektir. Çünkü bu durumda işveren işe “başlatmayan” değil, “başlatamayan” durumdadır. Bu nedenle yargılama sırasında işyeri kesin ve sürekli olarak kapanmış ve işverenin başka bir işyeri de yoksa, davacının işe başlatılması fiilen imkansız olacağından, iş güvencesi tazminatına hükmedilmemelidir. Sadece fesih tarihinden kapanma tarihine kadar en çok dört ay için ücret ve diğer haklara karar verilmelidir¹²³². Diğer bir görüşe göre, burada işverene bir seçimlik hak tanınmıştır¹²³³. İşyerinin kapanması ve işverenin başka bir işyerinin bulunmaması nedeniyle işe başlatmanın fiilen mümkün

¹²³⁰ ÖZKARACA, Ercüment, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012, s. 111; SÜZEK, s. 599-600; ASTARLI, Değerlendirme 2015, s. 306-308.

¹²³¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1057, Adı geçen yazarlara göre, aslolan işçinin işe başlatılmasıdır. Bu nedenle kamu kurum ve kuruluşlarının, işe iade kararını uygulayarak işçiye işe başlatmak yerine iş güvencesi tazminatı ödemesinde bulunmaları, yetkililerin sorumluluklarını gerektirebilecektir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1067; AKTAY, Nizamettin, “İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlatılmamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, Sicil, S.3, Eylül 2006, s. 109; MANAV, s. 187.

¹²³² KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, “İşyerinin Kapanması”, Sicil, S.4, Aralık 2006, s. 59; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 231. Ayrıca bir Yargıtay kararına göre, “İşyerinin kapatılması sebebiyle davacının bu yerde işe başlatılması fiilen imkânsızdır. Hal böyle olmakla; davacı boşta geçen süre ücreti alacağının tamamına hak kazanırken, işe başlatmama tazminatına hak kazanamaz” (Y22HD, 09.06.2014, 2013/13746-2014/16197).

¹²³³ SAVAŞ, Geçersiz Feshin Yaptırımları, s. 277.

olmaması diğer seçeneğin ortadan kalktığı anlamında değerlendirilemez. İş güvencesi tazminatı bakımından bir imkansızlık söz konusu değildir¹²³⁴.

Mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine yönelik verilen karar tespit niteliğinde¹²³⁵ olduğundan, mahkemece işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gerekecek olan iş güvencesi tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer haklar, şarta bağlı olarak ve tespit şeklinde hüküm altına alınmaktadır. Bu nedenle ne işe iade ne de işe iadenin şarta bağlı mali sonuçları için ilamlı icraya başvurulamaz¹²³⁶.

İş sözleşmesi haksız feshedilen işçinin iş güvencesi hükümlerine dayanarak açtığı dava sonunda verilen işe iade kararına rağmen işe başlatılmaması halinde, işveren tarafından ihbar tazminatı ve şartları varsa kıdem tazminatı ödenmesi gerekir. İşçiye geçersizliğine karar verilen haksız fesih nedeniyle daha önce ihbar ve kıdem tazminatı ödenmişse, işe başlatılmama tarihi itibarıyla emsal ücret giydirilmiş ücret üzerinden varsa fark ihbar ve kıdem tazminatı da ödenmelidir¹²³⁷.

II) İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshedilmesi

1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde

Belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından sürenin bitiminden önce haksız olarak feshedilmesi halinde, İş Kanunu'nda 23. madde hükmü dışında işçinin sorumlulu-

¹²³⁴ UŞAN, M.Fatih, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", Kamu-İş, C.10, S.1, 2008, s. 3; SÜZEK, s. 599; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 105-106; SÜMER, Uygulamalar, s. 248; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 313; ÖZKARACA, Eleştirel Bakış, s. 121.

¹²³⁵ YILMAZ, Ejder, "İşe İade Davalarında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması", Sicil, S.17, Mart 2010, s. 47-48; SÜZEK, s. 601; CENTEL, s. 240-241; ÖZKARACA, Eleştirel Bakış, s. 128; Aksi görüşte, GÜZEL, s. 291; ÖZEKES, Uygulama Sorunları, s. 154-155.

¹²³⁶ GÜNAY, Cevdet İlhan, "Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri, Ankara 2008, s. 144-145; YILMAZ, Ejder, s. 51; SÜZEK, s. 607 vd.; GÜZEL, İş Güvencesi, s.115; ÖZKARACA, Eleştirel Bakış, s. 128-129.

¹²³⁷ Geçersiz fesih ve hukuki sonuçları konusunda bkz. MANAV, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s.351 vd. Ayrıca bir Yargıtay kararına göre, "İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplama dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir" (Y9HD, 11.06.2009, 2008/618-2009/16603).

ğunu öngören herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹²³⁸. İş Kanunu’nun 23. maddesinde belirtilen sorumluluk bakımından sözleşmenin süreli veya süresiz olması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Maddede işini bırakıp başka bir işverenin işine giren işçinin yeni işvereniyle birlikte sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İş Kanunu’nda işini bırakıp başka bir işverenin işine giren işçinin sorumluluğu hususunda boşluk bulunduğundan sözü edilemezse de, işini bırakıp başka bir işverenin işine girmeyen işçinin sorumluluğuna yer verildiğini söylemek güçtür. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce İş Kanunu’ndaki bu boşluk genel hükümlerle doldurulmaktaydı¹²³⁹.

“İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması” başlığını taşıyan Türk Borçlar Kanunu’nun 439. maddesine göre, “İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer”.

Bir görüşe göre, İş Kanunu’nun 23. maddesi, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshedilmesini de kapsadığından, İş Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde Türk Borçlar Kanunu’nun 439. maddesi uygulama alanı bulamaz¹²⁴⁰. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, sözü edilen hükmün, belirli süreli iş sözleşmesini haklı neden

¹²³⁸ ALPAGUT, s. 191; YÜREKLİ, s. 284. Aksi görüş için bkz. DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 107-108. Yazara göre İş kanunlarına tabi iş ilişkilerinde belirli süreli sözleşmenin işçi tarafından haksız feshine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 439. maddesi hükmü belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi halinde iş kanunlarına tabi işçilere de uygulanabilecek nitelikte bir düzenlemedir.

¹²³⁹ Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce işçinin haksız feshinde, işveren, Borçlar Kanunu’nun 96 ve devamı maddeleri çerçevesinde haksız fesih ile illiyet bağı bulunan bütün zararlarının tazminini isteyebiliyordu (Bkz. OĞUZMAN, s. 275; KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 28, dn. 81; ALPAGUT, s. 191; YÜREKLİ, s. 284-285). Tazminatın hesabında, işveren, sözleşme süresinin bitimine kadar olan zaman içinde daha yüksek ücret ücretle bir işçi bulmuşsa, önceki ücretle aradaki fark, ayrılan işçinin yerine bir işçi bulamamaktan doğan zarar, mahrum kalınan kazanç veya müşterilere taahhüt edilen işlerin zamanında yetiştirilmesi nedeniyle ödenen cezai şart veya tazminatlar dikkate alınmaktaydı (Bkz. OĞUZMAN, s. 275).

¹²⁴⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 594.

olmadan feshedip başka bir işverenin işine girmeyen işçinin sorumluluğunu düzenleyen genel hükmü karşıladığı söylenebilir. Başka bir anlatımla, İş Kanunu'nda, belirli süreli iş sözleşmesini haksız fesheden işçinin sorumluluğuna ilişkin kanun boşluğu Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi hükmü ile doldurulmalıdır¹²⁴¹. Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi, hem belirli süreli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde uygulama alanı bulur¹²⁴².

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde öngörülen tazminatın söz konusu olabilmesi için işçinin sözleşmeyi haksız olarak feshettiği sonucuna varılmasını gerektirecek şekilde işe başlamaması veya işini terk etmesi gerekir. İşçinin iş ilişkisini devam ettirdiği izlenimini veren davranışları örneğin, bir iki günde tekrar döneceğini açıklaması sözleşmeyi feshettiği anlamında yorumlanamaz. İşverenin bu konuda tereddütü varsa, işe başlaması yönünde uyarıda bulunmalıdır¹²⁴³.

İşçinin haksız feshinin yaptırımı olması nedeniyle, “haksız fesih tazminatı” olarak nitelendirilen bu tazminatın aylık ücretin dörtte birine tekabül eden miktarının talep edilebilmesi için işverenin bir zarara uğradığını ispatlaması gerekmez¹²⁴⁴. İşçinin iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi yeterlidir. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar miktarı işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hakim tazminatın miktarından indirim yapabilir. İşverenin zarara uğramadığını ispat yükü, işçidedir¹²⁴⁵. İşverenin maddede belirtilen “ek zararlarının” giderilmesini isteyebilmesi ise, zararın varlığını ve ispatını gerektirir¹²⁴⁶.

¹²⁴¹ DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş Hukukunda Cezai Şart”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 1, KHÜHF, Seminer-28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, s. 33, Aynı yazar, Türk Borçlar Kanunu, s. 108; SÜZEK, s. 706; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 935; YÜREKLİ, s. 286; SÜMER, s. 125; KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 28; CANİKLİOĞLU, Türk Borçlar Kanunu, s. 114.

¹²⁴² SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 36; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 935; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 107, Aynı yazar, Cezai Şart, s. 33; GÜLVER, s. 1025; YÜREKLİ, s. 286; SÜZEK, s. 706; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 881; MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 593; CANİKLİOĞLU, Türk Borçlar Kanunu, s. 114; UTKU, s. 2763.

¹²⁴³ KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 29. Yazara göre, işçinin bildirim sürelerine uymamakla birlikte geçersiz olsa bile ibralaşarak ayrılması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uygulanmaz. Aynı görüşte GÜLVER, s. 1027.

¹²⁴⁴ KAPLAN, s. 301, Aynı yazar, Haksız Feshin Sonuçları, s. 29; TOLU, s. 228.

¹²⁴⁵ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 266-367.

¹²⁴⁶ TOLU, s. 228.

İş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshedilmesi nedeniyle işverenin isteyebileceği tazminatın maktu kısmının, otuz günlük hak düşürücü süre içinde talep edilmesi gerekir. Aksi halde tazminat isteme hakkı düşer. Tazminat talebi, dava veya takip yoluyla yapılabilir. Bunun için ön koşul tazminatın takas yoluyla sona erdirilmemiş olmasıdır. İşçi bir para alacağı nedeniyle takas def'inde bulunarak işverenin tazminat talep hakkını sona erdirmişse, artık dava veya takip yoluna gidilemez. İşverenin ihtarname ile tazminatın maktu kısmını istemesi, otuz günlük hak düşürücü süreyi kesmez. Maddede tazminat isteme hakkının düşmesinden söz edildiğine göre, otuz gün geçtikten sonra söz konusu tazminatı ödeyen işçi, ödediğini geri isteyemez. Aynı şekilde otuz gün geçtikten sonra takas hakkının kullanılması halinde de işçi, takas konusu yaptığı alacağını talep edemeyecektir. Tazminatın maktu kısmını aşan ek zarar kısmı ise, on yıllık genel zaman aşımı süresi içinde talep edilebilir¹²⁴⁷.

İşçinin sözleşmeyi haksız feshetmesi nedeniyle ödemekle yükümlü olduğu tazminatın maktu kısmına esas alınacak ücret, işçinin çıplak ücretidir. Başka bir anlatımla, ücrete ilaveten işçiye sağlanan para ve para ile ölçülmesi mümkün menfaatler söz konusu tazminatın belirlenmesinde dikkate alınamaz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde öngörülen tazminata ilişkin hüküm mutlak emredici nitelikte olup, sözleşmelerle arttırılamaz ve ilave cezai şart öngörülemez¹²⁴⁸.

2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde

İş Kanunu'nun 23. maddesi, bildirim süresine uymadan veya haksız olarak iş sözleşmesini fesheden işçinin sorumlu olacağını, bu şekilde ayrılan işçinin başka bir işverenin işine girmesi durumunda, yeni işverenin de belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlı olarak birlikte sorumlu tutulacağını düzenlemiştir¹²⁴⁹. Sözü edilen madde, yukarıda belirttiği gibi, iş sözleşmesini haksız olarak fesheden işçinin sorumluluğunu başka bir işverene ait işe girme şartına bağlamaktadır. Buna göre işçi, işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse önceki işverene karşı yeni işvereninle birlikte sorumlu olacaktır.

¹²⁴⁷ TOLU, s. 228; KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 29-30.

¹²⁴⁸ KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 30.

¹²⁴⁹ Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 03.04.1996, 1995/33952-1996/7032 (GÜNAY, s. 1214-1215).

İşçinin işi bırakıp da başka bir işverenin işine girmemesi durumunda sorumluluk düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, işçinin iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi sırf başka bir işyerine girmedeği için yaptırımsız bırakılamaz¹²⁵⁰. Nitekim uygulamada Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, işçinin haksız feshine tahvil yoluyla usulsüz feshin yaptırımı uygulanmıştır¹²⁵¹. Bu yaptırım ise, ihbar tazminatıdır. İş Kanunu'nun 23. maddesinde sorumluluğun kapsamı belirtilmediği halde, yeni işverenin iş sözleşmesini haksız fesheden işçi ile birlikte ihbar tazminatından sorumlu tutulduğuna ilişkin yargı içtihatları bulunmaktadır¹²⁵². Öğretide yeni işverenin sorumluluğunun kapsamına cezai şart ve ihbar tazminatını aşan zararların da girdiği ileri sürülmüştür¹²⁵³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesine göre, işçinin iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde, işveren, işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit tutarda tazminat ve varsa ek zararlarını talep edebilir.

İş Kanunu'nda belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız olarak fesheden işçinin sorumluluğu konusunda kanun boşluğu bulunup bulunmadığı ve bu boşluğun Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi ile doldurulmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, İş Kanunu'nda boşluk vardır ve bu boşluğun sözü edilen genel hüküm ile doldurulması gerekir¹²⁵⁴. Başka bir görüşe göre, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi

¹²⁵⁰ Öğretide bir görüşe göre, “İşçinin İşK m.23 dışında, işverenin herhangi bir zararından sorumlu olmaması gerekir... Sürekli edim borcu içeren iş sözleşmelerinde fesih, her zaman gündeme geleceğinden işçinin bu hakkına sınır getirecek bir yaptırım anlamına gelecek tazminat sorumluluğunun mümkün olmaması gerekir”. Bkz. GÜLER, s. 80.

¹²⁵¹ Y9HD, 24.10.2008 2007/30188-2008/28444 ve Y9HD, 15.10.2012, 2010/25274-2012/34290.

¹²⁵² “Davalı işçi ihbar öneline uymadan işyerinden ayrılmıştır. Diğer davalı O.firması davalı işçinin bu durumundan haberdardır. 4857 sayılı İş Kanunun 23. maddesi uyarınca davalılar davacıya karşı müştereken ve müteselsilen ihbar tazminatından sorumludur” (Y9HD, 24.12.2009, 26952-36969). Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 03.04.1996, 1995/33952-1996/7032 (GÜNAY, s. 1214-1215).

¹²⁵³ EKMEKÇİ, Ömer, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS, İstanbul 2001, 61-140, s. 63; DEMİR, Fevzi/ DEMİR, Gönenç, “İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2010, s. 113-114; Aksi görüş için bkz. TÜYSÜZOĞLU, s. 258; SÜMER, Uygulamalar, s. 312.

¹²⁵⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 626; UTKU, Türk Borçlar Kanunu, s. 2780 vd. Yazara göre, işçinin haksız veya usulsüz feshine İş Kanunu hükümlerinin uygulanması diğer kanunlara tabi işçilere nazaran daha elverişsiz bir durum oluşturacaksa, kanunun amacıyla çelişen bir uygulamadan ve dolayısıyla örtülü bir boşluktan söz etmek gerekir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde de kıyasen uygulanmalı, ancak gerekirse bu hükmün “amaca uygun sınırlandırılması” veya genişletilmesi sonucunu doğuracak bir yol izlenmelidir. Bu

tarafından haklı neden olmadan derhal feshi bir usulsüz fesihtir. Usulsüz ve haksız feshin yaptırımı, İş Kanunu'nun 17. maddesinin 4. fıkrasında ihbar tazminatı olarak öngörülmüştür. Ayrıca İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı bir neden olmadan feshedilmesi halinde, işçinin sorumluluğunu düzenleyen 23. madde hükmü bulunmaktadır. Bu nedenle İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından, genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin uygulanmasını gerektiren bir boşluk bulunmamaktadır¹²⁵⁵. Üçüncü bir görüşe göre ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde uygulanamaz. Çünkü belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshinde ihbar tazminatı yaptırımı uygulanmaktadır. Buna karşılık, belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçinin süresinden önce haklı bir neden olmadan işini bırakması halinde, uygulanacak yaptırıma ilişkin İş Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Belirtilen nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun anılan hükmü, İş Kanununa tabi belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde uygulama alanı bulur¹²⁵⁶.

Kanımızca işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini usulsüz ve haklı bir neden olmadan feshedip, başka bir işverenin işine girmemesi halinde, işçinin sorumluluğunu düzenleyen açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilip başka bir işverenin işine girmeyen işçi yönünden, haksız feshin hukuki sonuçları konusunda bir kanun boşluğu olduğu söylenebilir. Ne var ki, boşluğun genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi ile doldurulması konusunda önemli bir sorun karşımıza çıkmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı bir neden olmadan feshedilmesi halinde işverenin

bağlamda, İş Kanunu'nun 17. maddesinin 4. fıkrası hükmünü tamamen bertaraf etmeden, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin İş Kanunu'na tabi belirsiz süreli iş sözleşmelerine kıyasen uygulanması yoluyla, "amaca uygun sınırlandırmak" ve bu suretle örtülü boşluğu doldurmak mümkündür. Bunun için, İş Kanunu'nun 17. maddesinin 4. fıkrasındaki ihbar tazminatının "götürü tazminat" niteliğinin işçiler için istisna teşki edecek şekilde uygulanması gerekecektir. İş Kanunu'ndaki ihbar önelinin aylık ücretin dörtte biri tutarı "götürü tazminat" olarak kabul edilmeli, bunu aşan ve üst sınırı bildirim süresi olan zararın ise ispatlanması halinde talebi mümkün olmalıdır.

¹²⁵⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 882; MOLLAMAHMUTOĞLU, Haklı Nedenle Fesih, s. 594.

¹²⁵⁶ SÜZEK, s. 706; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 935; SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 36-37, Aynı Yazar, Türk Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri, s. 13; YÜREKLİ, s. 286.

otuz günlük hak düşürücü süre içinde işçinin aylık ücretinin dörtte biri tutarında bir tazminat talep edebileceği, işverenin zarara uğramaması veya uğradığı zararın işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az olması halinde, hâkimin bu tazminatı indirebileceği öngörülmüştür. Buna göre, işçinin kıdemi ne olursa olsun, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uyarınca işverenin isteyebileceği tazminat miktarı en az kıdemli işçiden istenebilecek ihbar tazminatından düşük olacaktır. Başka bir anlatımla, İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde işçinin haksız feshine Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uygulandığında, ek zararların varlığı ispatlanmadığı sürece, işçinin sorumluluğu, usulsüz feshin yaptırımı olan ihbar tazminatı miktarından az olacaktır¹²⁵⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki, usulsüz feshin yaptırımı olan ihbar tazminatı zarara bağlı değilken, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde öngörülen tazminatın miktarı işverenin zarara uğrayıp uğramamasına göre değişir. Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uyarınca işverenin ayrıca ek zararlarını talep edebilmesi de ispat edilmesi gereken bir zararın varlığını gerektirir¹²⁵⁸. Öte yandan, ihbar tazminatı 4857 sayılı İş Kanunu'nun ek 3. maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabi iken, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uyarınca ödenmesi gereken tazminat, genel hükümler uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde uygulanabilir¹²⁵⁹. İşçinin haksız feshinin usulsüz feshe tahvili suretiyle bugüne kadar yapılan uygulama, aslında bu konuda İş Kanunu'nda boşluk bulunduğunu göstermektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde uygulanacak hukuki yaptırım konusunda bir kanun boşluğu bulunmakla birlikte, boşluğun Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi ile doldurulması olanaklı değildir. Bu nedenle işçinin haksız feshi usulsüz feshe tahvil edilmek suretiyle, işverenin ihbar tazminatı isteyebileceğine ilişkin

¹²⁵⁷ DOĞAN YENİSEY, Cezai Şart, s. 33-34; ÖZDEMİR, Yeni Borçlar Kanunu, s. 76; TOLU, s. 226.

¹²⁵⁸ TOLU, s. 226.

¹²⁵⁹ SAYMEN, s. 76; ÇENBERCİ, s. 22; SÜZEK, s. 38-39; ÖZDEMİR, Yeni Borçlar Kanunu, s. 13 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 60.

uygulamaya devam edilmelidir¹²⁶⁰. Kuşkusuz bu durumda işveren, ihbar tazminatını aşan zararlarını genel hükümlere göre isteyebilir.

Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu'nun büyük ölçüde çevirisinden ibarettir¹²⁶¹. İsviçre Hukukunda usulsüz feshin yaptırımını ayrıca düzenlenmediği için usulsüz fesih, haksız feshin hukuki sonuçlarına tabi tutulmaktadır. Başka bir anlatımla, haksız feshin hukuki sonuçlarının uygulanması bakımından usulsüz fesih-haksız fesih ayrımı yapılmamaktadır. Her iki halde de iş sözleşmesinin fesih iradesinin karşı tarafa ulaştığı anda sonra ereceği kabul edilmektedir¹²⁶². Ayrıca usulsüz ve haksız feshin sonuçlarını düzenleyen hükümlerde temel amaç, zararın karşılanmasıdır. Başka bir anlatımla, sözleşmenin usulsüz feshi halinde ancak varlığı ispat edilen zararlar istenebilir. İşverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini usulsüz (ve haksız) feshinin sonuçlarını düzenleyen 337c. maddesinde işçinin isteyebileceği tazminattan, işçinin bildirim süresi içinde elde ettiği veya kasten feragat ettiği gelirler ile çalışmamaktan dolayı tasarruf ettiği miktarların indirilebileceğine yer verilmiştir. Aynı mantığın işçinin usulsüz (ve haksız) feshinde de etkili olduğu görülmektedir. Şu halde İsviçre Borçlar Kanunu'nda usulsüz (ve haksız) feshin sonuçları kapsamında öngörülen tazminatların "götürü" nitelikte olduklarını söylemek güçtür. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde tazminattan indirim sebeplerine yer verildiği halde belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde aynı mantık yürütülmemiştir¹²⁶³. Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde ise, haksız ve

¹²⁶⁰ TOLU, s. 226.

¹²⁶¹ SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, s. 2.

¹²⁶² BAYCIK, s. 380. Oysa Türk İş Hukukunda usulsüz fesihte sözleşmenin bildirim süresinin sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir (OĞUZMAN, s. 200; EKONOMİ, s. 153 vd; KAPLAN, s. 62 vd; NARMALIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 371-372; SÜZEK, s. 519; SÜMER, s. 102; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 930; UŞAN, s. 105; ALPAGUT, Gülsevil, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara, 2007, s. 80-81.). Yargıtay'ın görüşü de, ihbar tazminatının peşin ödenmediği durumlarda sözleşmenin bildirim süresinin sonunda sona ereceği yönündedir (Y9HD, 02.01.1999, 12252-16507, Tekstil İşveren D, Şubat 2000, s.17; YHGK. 03.02.1999, 9/35-54, Tekstil İşveren D, Nisan 1999, s. 21-22; Y9HD, 13.03.2001, 2000/19901-2001/3852, Çimento İşveren D, Mayıs 2001, s. 51.).

¹²⁶³ Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin gerekçesinde (bu madde Tasarının 438. maddesine karşılık gelmektedir) "hükmedilecek tazminatlarla ilgili olarak bir denkleştirme (mahsup) kuralına yer verilmektedir. Buna göre, işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, işçinin her iki sözleşme türünden birinde isteyebileceği tazminattan indirilecektir" açıklamasına yer verilmiştir..

usulsüz feshin yaptırımının tamamen işverenin zarara uğramasına bağlı tutulduğu söylenebilir. Türk Borçlar Kanunu'na göre işverenin ya da işçinin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshetmesi veya işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini usulsüz ve haksız feshetmesi halinde ödenmesi gereken tazminat da götürü nitelikte sayılmaz. Buna karşılık, işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini usulsüz ve haksız feshetmesi durumunda götürü nitelikte bir tazminat söz konusudur. İş Kanunlarımızda ise sözleşmenin işçi ya da işveren tarafından usulsüz feshedilmesi halinde ödenmesi gereken ihbar tazminatı götürü nitelikte düzenlenmiştir.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde de uygulanması gerektiği görüşünün benimsenmesi durumunda, iş sözleşmesini haksız fesheden işçiden ayrıca ihbar tazminatı istenemez.

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin İş Kanunu'na tabi ilişkilerinde uygulanıp uygulanmayacağını belirten henüz bir Yargıtay kararı bulunmamaktadır. İşverenin, işçinin bildirim süresine uymadan iş sözleşmesini feshettiğini ileri sürerek ihbar tazminatı ve haksız fesih tazminatını istediği ve mahkemenin isteğin reddine karar verdiği bir davada, davacı işverenin temyizi üzerine Yargıtay, ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmesi gerektiğine karar vermiş, haksız fesih tazminatı hakkında herhangi bir değerlendirme yapmamıştır¹²⁶⁴. Ancak, Yargıtay'ın işçinin haksız feshi nedeniyle işverenin ihbar tazminatı talebini kabul etmesi karşısında, İş Kanunu'nda boşluk bulunmadığı görüşünde olduğu söylenebilir.

3) Yeni İşverenin Sorumluluğu

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Yeni İşverenin Sorumluluğu" başlığını taşıyan 23. maddesinde iş sözleşmesini haksız olarak feshedip başka bir işverenin işine giren işçinin işverene karşı sorumlu olacağı, yeni işverenin de belirli şartların varlığı durumunda birlikte sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir¹²⁶⁵. Buna göre, yeni işverenin sorumlu tu-

¹²⁶⁴ Y9HD, 01.03.2018, 1780-4730.

¹²⁶⁵ Yeni işverenin sorumluluğu, 3008 sayılı İş Kanunu'nda da düzenlenmişti. 4857 sayılı Kanun'un "Yeni İşverenin Sorumluluğu" başlığını taşıyan 23. maddesi ile 1475 sayılı İş Kanun'un "İşçinin Ayartılması" başlığını taşıyan 15. maddesi arasındaki farklılık, madde başlıkları ile sınırlı değildir. Her iki madde içerik olarak aynı nitelikte ise de, 4857 sayılı Kanun'da eski Kanundan farklı olarak "eski işverenin zararı" ifadesine yer verilmemiştir. Böylece yeni düzenlemeye göre, yeni işverenin sorumluluğunun doğumu için zarar şartının aranmadığı söylenebilir. Yeni işverenin sorumluluğu

tulabilmesi için işçinin bu davranışına sebep olması, işçinin bu davranışını bilerek işe almış olması veya işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam etmesi gerekir.

Maddede belirli veya belirsiz süreli sözleşme ayrımı yapılmamıştır. Aynı şekilde sözleşmenin kısmi veya tam zamanlı olup olmaması da önemli değildir. Ancak yeni işverenin sorumluluğundan söz edebilmek için sürekli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin varlığı gerekmektedir. Maddede sözleşmenin sürekli nitelikte olması gerektiği ifade edilmiş ise de, zaten İş Kanunu'nun 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 23. maddenin süreksiz iş sözleşmelerinde uygulanması mümkün değildir. İş Kanunu'nun 10. maddesinin 2. fıkrasında süreksiz iş sözleşmelerine Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, süreksiz iş sözleşmesini haksız feshederek başka bir işverenin işine giren işçi ile birlikte yeni işverenin sorumluluğu, önceki işverene zarar vermek amacıyla hareket etmesine bağlıdır.

İş Kanunu'nun 23. maddesi, aynı zamanda işçinin belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce haksız olarak, belirsiz süreli iş sözleşmesini ise bildirim sürelerine uymadan veya haksız olarak feshetmek suretiyle başka bir işverenin işine giren işçinin, işverene karşı sorumluluğuna dayanak teşkil etmektedir. 4857 sayılı Kanunda, işçinin belirli süreli sözleşmesini süresinden önce haksız olarak feshetmesi halinde, işverene karşı sorumlu olacağını düzenleyen başka bir hüküm yoktur¹²⁶⁶. Ancak daha önce belirtildiği gibi 23. maddede yer alan “işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse” ibaresi, düzenlemenin kapsamını daraltmaktadır. Çünkü maddede, işçinin işini bırakıp başka bir işverenin işine girmediği durumda, sorumluluğu düzenlenmiş değildir. Kuşkusuz, bu halde dahi işverenin, haksız veya usulsüz fesih nedeniyle doğan zararlarını genel hükümlere göre işçiden talep hakkı vardır¹²⁶⁷.

konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TÜYSÜZOĞLU, İlkay, 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 23 Bağlamında Yeni İşverenin Sorumluluğu, Ankara 2015.

¹²⁶⁶ ALPAGUT, s. 191; TÜYSÜZOĞLU, s. 76.

¹²⁶⁷ OĞUZMAN, 275; ALPAGUT, s. 191; ODAMAN, Serkan /TUTUCU, Aslı, “İş Kanunu 15. madde Uyarınca İşyerini Terk Eden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları ve Hukuki Niteliği” Nuri Çelik’e Armağan, C.2, İstanbul 2001, s.1408; TÜYSÜZOĞLU, s. 92

İşçinin bildirim sürelerine uymaksızın veya sözleşme süresinin dolmasını beklemeden işini bırakıp başka bir işverenin işine girmesi, genellikle, yeni işverenin daha yüksek ücret veya daha cazip çalışma şartları sunmasından veya işçinin daha iyi koşulların cazibesine kapılmasından kaynaklanmaktadır. Bir görüşe göre, işçinin bu davranışı sadakat borcuna aykırılıktır¹²⁶⁸. Yeni işveren, işçinin sözü edilen davranışına sebep veya yardımcı olmaktadır. Yeni işverenin bu davranışı, birlikte sorumluluğuna yol açacaktır¹²⁶⁹. Yeni işveren, işçinin bu davranışına sebep olmamakla birlikte, işçinin, sözleşme belirli süreli ise süresinden önce haksız olarak, belirsiz süreli ise bildirim sürelerine uymadan feshettiğini bilerek onu işe almışsa, kısaca işçinin davranışına yardımcı olmuşsa, sözleşmenin bu suretle feshinden dolayı işçi ile birlikte sorumlu olacaktır. Yeni işverenin işçinin daha önce başka işyerinde çalışmakta iken iş sözleşmesini feshettiğini bilmesi yeterli olmayıp, iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız veya usulsüz olarak feshedildiği bilgisine de sahip olması gerekir¹²⁷⁰.

Yeni işverenlerin sorumlu tutulmasının nedeni, eski işverene zararını tazmin ettirme kolaylığı sağlamak ve iş sözleşmesini haksız fesheden işçilerin iş bulmalarını zorlaştırarak, bu davranışlarda bulunmalarını engellemektir¹²⁷¹. İş sözleşmesi devam ederken eski işvereni işgücünden yoksun bırakmak için işçinin birtakım dürüst sayılamayacak davranışlarına yeni işverenin yardımcı olması ve işgücünden bizzat yararlanması sorumluluğun esasını teşkil etmektedir¹²⁷². Haksız fesih nedeniyle işinin sorumluluğu sözleşmeden, yeni işverenin sorumluluğu ise kanundan kaynaklanır.

¹²⁶⁸ NARMANLIOĞLU, s. 276.

¹²⁶⁹ TUNÇOMAĞ, s. 363, Yazar, bu davranışı “başkasının işçisini ayartma” olarak ifade etmektedir. ÇENBERCİ ise, yeni işverenin bu fiilinin, işçinin kanunda belirtilen davranışına “sebep olma” şeklinde olarak anlaşılması gerektiğini, “sebep olma”nın “ayartma” ya göre daha geniş bir kavram olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, ayartma, sebep olmanın daha yoğun bir çeşidi olarak, bir takım vaatlerle işçide zamansız işi bırakma kararını oluşturmaktır. Buna karşılık, işçinin esasen daha önce almış olduğu zamansız işi bırakma kararını, işe alma vaadiyle güçlendiren ve bu kararın yerine getirilmesini çabuklaştıran yeni işveren işçiyi ayartmış olmaz; işçinin bu davranışına sebep olmuş sayılır. Sebep olma ise bizzat kararın verilmesine etkili olmamakla birlikte, onun yerine getirilmesini kolaylaştırdığı ve çabuklaştırdığı için daha geniş bir kavramdır (ÇENBERCİ, s. 519).

¹²⁷⁰ TÜYSÜZOĞLU, s. 130-131.

¹²⁷¹ OĞUZMAN, s. 279-280.

¹²⁷² OĞUZMAN, s. 279.

İşveren her ikisine ya da sadece birine başvurabilir¹²⁷³. Yeni işverenin sorumluluğu, işçinin haksız feshi nedeniyle eski işverenin uğradığı zarar miktarını geçemez¹²⁷⁴.

İşçinin yeni işverenin işine girmiş sayılması için, fiilen onun işyerinde çalışması zorunlu değildir. Söz konusu sorumluluğun doğumu için, işçinin yeni işyerinde işgörmeye her an için hazır olması, işgücünü yeni işverene bağlaması sebebiyle eski işverene karşı işgörme borcunu yerine getirememesi gerekir¹²⁷⁵. Kanunda işçinin işini bırakarak bir başka işverenin işine girmesinden söz edilmiş ise de, bu iki davranış arasındaki süreye ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Öğretide, yeni işverenin sorumluluğunun doğumu için, işçinin iş sözleşmesini haksız veya usulsüz feshi ile yeni işverenin yanında işe başlaması arasında geçmesi gereken sürenin en fazla iş sözleşmesinin usulüne uygun olarak sona erdirilmesi halinde geçmesi gereken süre kadar olduğu ileri sürülmüştür¹²⁷⁶.

İş Kanunu'nun 23. maddesine göre, yeni işverenin sorumlu tutulabilmesi için eski işverenin zarara uğraması şart değildir. Başka bir anlatımla, işçinin bu davranışına neden olan veya bu davranışını bilerek işe alan ya da bu davranışını öğrendikten sonra çalıştırmaya devam eden işverenin birlikte sorumluluğunda, eski işverenin zarara uğrama şartı aranmamıştır¹²⁷⁷. Eski işveren zarara uğramış olmasa dahi, belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uymaksızın fesheden (usulsüz fesih) işçi ve yeni işverenden ihbar tazminatı isteyebilecektir. Bu durumda yeni işverenin birlikte sorumluluğu en az ihbar tazminatı miktarı ile sınırlıdır. Eski işveren genel hükümlere göre ihbar tazminatını aşan zararların giderilmesini de isteyebilir. Ancak bu durumda, zararın varlığı eski işveren tarafından ispatlanmalıdır¹²⁷⁸.

¹²⁷³ ALPAGUT, s. 191.

¹²⁷⁴ OĞUZMAN, s. 280; ALPAGUT, s. 191.

¹²⁷⁵ ÇENBERCİ, s. 519; TÜYSÜZOĞLU, s. 96.

¹²⁷⁶ ÇENBERCİ, s. 520-521. Öğretideki farklı görüşler ve tartışmalar için bkz. TÜYSÜZOĞLU, s. 97 vd.

¹²⁷⁷ MANAV, Eda, "İş Kanunu M.23 Anlamında Yeni İşverenin Sorumluluğu", Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 720; TÜYSÜZOĞLU, s. 230; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 881; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 646.

¹²⁷⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 646; SÜMER, Uygulamalar, s. 312.

Bir görüşe göre, işçinin önceki işverenle aralarındaki sözleşmeyi haksız feshetmesi, yeni işveren açısından derhal fesih nedenidir. Yeni işverenin, önceki sözleşmeye göre belirlenecek bildirim süresi içinde olmak kaydıyla haksız feshi öğrendiği tarihten itibaren altı iş günü içinde derhal fesih hakkını kullanması gerekir. Bildirim süresi geçtikten sonra öğrenme halinde, işçiye çalıştırmaya devam edebilir¹²⁷⁹. Öğrenmenin bildirim süresinden sonra gerçekleşmesi yeni işverenin tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak bu durum, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınabilir¹²⁸⁰.

Yeni işverenin rekabet yasağının ihlaline bağlı hukuki sonuçlardan sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu, öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, işçinin işvereni ile aralarında rekabet yasağı sözleşmesi bulunmasına rağmen iş sözleşmesini kanuna aykırı olarak feshetmesi halinde, yeni işverenin de rekabet yasağı sözleşmesinin ihlalinin sorumlu tutulması gerekir. Bir diğer görüşe göre ise, yeni işverenin sözleşmenin haksız ve usulsüz feshinin sonucu olmayan rekabet yasağı ihlalinin sorumlu tutulmaması gerekir¹²⁸¹. Yargıtay bir kararında, işverenin ihbar tazminatı, cezai şart ve maddi tazminat talep ettiği bir davada, yeni işverenin ihbar tazminatı yönünden birlikte sorumlu tutulması gerekliliğine işaret ederken, rekabet yasağının ihlalinin doğan cezai şarttan sadece işçinin sorumlu olduğunu belirtmiştir¹²⁸². Kanımızca yeni işverenin rekabet yasağından doğan cezai şarttan sorumlu tutulabilmesi, böyle bir anlaşmanın mevcut olduğunu bilip bilmemesine göre değerlendirilmelidir. İşçi ile önceki işveren arasında rekabet yasağı sözleşmesi olduğunu bilerek işçiye işe alan ya da durumu öğrendiği halde çalıştırmaya devam eden yeni işverenin cezai şarttan sorumlu tutulması gerekir. Aksi halde, rakibini zarara uğratmak amacıyla rekabet yasağı sözleşmesinin mali külfetini de

¹²⁷⁹ OĞUZMAN, s. 280.

¹²⁸⁰ OĞUZMAN, s. 280.

¹²⁸¹ MANAV, Yeni İşverenin Sorumluluğu, s. 729; TÜYSÜZOĞLU, s. 261-262; SÜMER, Uygulamalar, s. 315, Yazara göre, 4857 sayılı Kanun'un 23. maddesinde yeni işverenin sorumlu tutulabilmesi için iki koşulun gerekir. Bunlardan ilki, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim süresine uymadan, belirli süreli iş sözleşmesini ise süresinden önce feshetmesidir. ikinci koşul ise, işçinin bu davranışına yeni işverenin sebep olması veya işçinin bu davranışını bilerek onu işe alması ya da işçinin bu davranışını öğrendikten sonra onu çalıştırmaya devam etmesidir. Buna göre, yeni işverenin sorumluluğu, işçinin kanundan kaynaklanan sorumluluğu ile sınırlıdır. Sözleşme ile kararlaştırılmış olan rekabet yasağının ihlalinin doğan sorumluluk bu kapsamda düşünülemez. Aksine düşünce sözleşmenin nisbiliği ilkesine aykırı düşer. Bkz. SÜMER, Uygulamalar, s. 314 vd.

¹²⁸² Y9HD, 24.12.2009, 2009/26954 E. 2009/36971.

üstlenerek işçiyi ayartan yeni işverenin bu davranışı, uygun bir hukuki yaptırıma tabi tutulmamış olur. Yeni işverenin rekabet yasağı ve gizlilik sözleşmesini bilmeden işçiyi işe alması ya da çalıştırmaya devam etmesi halinde, sözleşmenin nisbîliği ilkesi uyarınca rekabet yasağının ihlalden kaynaklanan hukuki sorumluluğu olmaz¹²⁸³.

Feshin haklı sebebe dayandığının ispat yükü, iş sözleşmesini fesheden işçiye ve yeni işverene aittir. Yeni işveren feshin usulüne uygun yapıldığını veya feshin haklı sebebe dayandığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği gibi, işveren olmadığını; işçiyi çalıştırmadığını, işçinin fesihten uzun zaman sonra çalışmaya başladığını ispatlamak suretiyle de aynı sonucu elde edebilir. Buna karşılık, yeni işverenin işçiyi çalıştırdığını, bu çalıştırmanın kanunda öngörülen nitelikte bulunduğunu ispat yükü eski işverene aittir¹²⁸⁴.

İşçi ile yeni işverenin birlikte sorumluluğu, müteselsil sorumluluktur¹²⁸⁵. Müteselsil sorumluluk gereğince eski işveren, işçi ve yeni işverene karşı ikisine birlikte ya da yalnız birine dava açabilir.

Yeni işveren, önceki işverene ödemek zorunda kaldığı tazminatı işçiye rücu edebilir. Bu durumda bir görüşe göre, ödenen tazminat eşit şekilde bölüştürülerek paylaştırılır¹²⁸⁶. Yargıtay da ihbar tazminatını ödeyen yeni işverenin, işçiye rücu istemiyle açtığı davada, işçinin ödemenin tamamından değil, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 15. maddesi (4857 sayılı İşK. m.23) ve Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi (TBK. m.167) uyarınca eşit şekilde paylaştırılması suretiyle sorumlu olduğuna karar vermiştir¹²⁸⁷. Bir başka görüşe göre ise, işçi ile yeni işverenin birlikte sorumluluğunda sözleşmeden doğan müteselsil borçlara ilişkin eşit paylaşım sisteminin uygulanması yerinde değildir¹²⁸⁸. Kanımızca iş sözleşmesi kurulurken işçinin önceki işyerinden ayrılma şekli konusunda yeni işvereni bilerek yanıltması halinde, tazminatın tamamı rücu edilebilir.

¹²⁸³ SÜMER, Uygulamalar, s. 315.

¹²⁸⁴ ÇENBERCİ, s. 523; Yeni işverenin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarda ispat yükü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TÜYSÜZOĞLU, s. 282 vd.

¹²⁸⁵ TUNÇOMAĞ, s. 364; ÇENBERCİ, s. 521; TÜYSÜZOĞLU, s. 262 vd.

¹²⁸⁶ BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 225.

¹²⁸⁷ Y9HD, 08.10.1992, 3428-10990, Türk Kamu-Sen, Eylül-Aralık 1992, s. 18; Y9HD, 16.02.1994, 2854-2454 (MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 251, dn. 246).

¹²⁸⁸ TÜYSÜZOĞLU, s. 273.

Buna karşılık, yeni işverenin işçiyi ayartarak önceki işyerinden ayrılmasını sağladığı durumda, eşit paylaşım adil bir çözüm gibi görünmektedir.

Buradaki sorumluluğun kaynağı, yeni işverenin bakımından haksız fiil, işçi bakımından ise iş sözleşmesine aykırılıktır¹²⁸⁹. Bu nedenle, işçi aleyhine açılacak davada zamanaşımı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca on yıllık, yeni işveren hakkında açılacak dava ise Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi gereğince iki ve on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 155. maddesine göre, zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur.

§ 4-BASIN İŞ KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

Basın İş Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, bu kanun hükümleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu'ndaki "işçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Maddenin 2. fıkrasında ise, gazetecinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, "Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara", gazeteci denir¹²⁹⁰.

Kanunun 2. maddesinde Kanunun kapsamı bakımından istisnalara yer verilmiştir. Buna göre 1. maddenin kapsamına dâhil olup da Devlet, vilayet ve belediyeler ve İktisadi Devlet Teşekkül ve Müesseseleriyle sermayesinin yarısından fazlası bu teşekküllere ait şirketlerde istihdam edilen memur ve hizmetliler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz.

¹²⁸⁹ SAYMEN, s. 590; OĞUZMAN, s. 277; ÇENBERCİ, s. 523. Yeni işverenin 23. maddenin (a) bendine göre sorumluluğunun dayanağının haksız fiil sorumluluğu, (b) ve (c) bentlerine göre sorumluluğunun dayanağının ise kanundan doğan bir sorumluluk olduğu yönündeki görüşü için bkz. TÜYSÜZOĞLU, s. 193, 212, 215.

¹²⁹⁰ Gazeteci kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. ŞUĞLE, M. Ali, İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara 2001; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 27 vd.; NARMANLIOĞLU, Ünal, "Gazeteciye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerinde Düşünceler", DEÜHFD, Prof. Dr.Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s. 1725-1732; AKYİĞİT, Ercan, "Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı", TÜHİS, C.24, S.3-4-5, Ağustos-Kasım 2012-Şubat 2013, s. 4-9.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 23. maddesinde medya haber sağlayıcılarının haber birimlerinde çalışanların Basın İş Kanunu'na tabi olduğu öngörülmüştür. Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasının (l) bendine göre, medya hizmet sağlayıcı: "radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişiyi", aynı fıkranın (f) bendine göre, editoryal sorumluluk: "Programların içeriği ve seçimi ile radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde bir yayın akış çizelgesi, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ise bir katalog içinde sunulmasına ilişkin düzenleme ve kontrol yetkisine sahip olmayı" ifade etmektedir. Buna göre, medya hizmet sağlayıcılarında çalışanların tamamı değil, sadece haberle ilgili birimlerde çalışanlar, Basın İş Kanunu'na tabidir¹²⁹¹.

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrasına göre, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 18, 19, 20 ve 21. maddeleri kıyasen Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde de uygulanır. Ancak, Basın İş Kanunu'na tabi olup, iş güvencesi kapsamına giren gazetecilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde, İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrası gibi, iş güvencesi hükümlerine başvurulması imkânını sağlayan açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu, tüm iş kanunları bakımından genel kanun niteliğindedir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun haksız feshin sonuçlarına ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından da uygulama alanı bulur¹²⁹². Türk Borçlar Kanunu'nda haksız feshin sonuçları sözleşmenin türüne ve fesheden tarafa göre farklı düzenlenmiştir.

Aşağıda Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri yönünden sözleşmeyi fesheden tarafa ve sözleşmenin türüne göre haksız feshin sonuçları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

¹²⁹¹ NARMANLIOĞLU, Gazeteciye Kıdem Tazminatı, s. 1729; SOYER, Basın İş Kanunu, s. 614; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 34. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 07.03.2013, 2010/42505-2013/8051.

¹²⁹² YÜREKLİ, s. 275; SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, s. 13.

D) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshedilmesi

1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde

A) Genel Olarak

Basın İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin belirli süreli yapılabilmesini objektif şartlara bağlayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle objektif şartlar bulunmasa bile, gazeteci ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir¹²⁹³. Basın İş Kanunu'na göre belirsiz süreli iş sözleşmesi sağladığı haklar bakımından gazetecinin daha lehinedir. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce ard arda belirli süreli sözleşme yapma özgürlüğünün Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi ile sınırlandırılması mümkündü. Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 2. fıkrasına göre belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir. Basın İş Kanunu'nda belirli süreli sözleşmenin süresinin bitiminden sona örtülü olarak sürdürülmesi halinde sözleşmenin belirli süreli niteliğini devam ettirip ettiremeyeceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı şekilde ard arda belirli süreli sözleşme yapılıp yapılamayacağı hususu da düzenlenmiş değildir. Bu durumda, Basın İş Kanunundaki boşluğun, Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile doldurulması gerekir¹²⁹⁴.

Basın İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından süresinden önce haklı neden olmadan feshedilmesi halinde, işverenin sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir hüküm yoktur. Kanundaki bu boşluğun genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre doldurulması gerekir¹²⁹⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde öngörülen bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat ilgili İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından yukarıda yapılan açıklamalar, Basın İş Kanununa tabi iş

¹²⁹³ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 67-68.

¹²⁹⁴ SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 13; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 68; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s.930; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 97; GÜLVER, s. 1016.

¹²⁹⁵ SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, s. 13; YÜREKLİ, s. 275; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 102-103; TOLU, s. 194-195.

ilişkileri yönünden de geçerli olduğundan, orada yapılan açıklamalara atıf yapılmakla yetinilmiştir¹²⁹⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen haksız fesih tazminatı, Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından da geçerlidir¹²⁹⁷.

B) Peşin Ödenen Ücretin İadesinin İstenememesi

Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasında, işverenle gazeteci arasında kararlaştırılan ücretin her ay peşin ödeneceği öngörülmüştür. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, sözleşme süresi sona ermeden önce kendisine atfedilebilecek bir kusuru olmaksızın işine son verilen gazeteci, peşin almış olduğu ücretin henüz işlememiş bulunan kısmı için iadeye mecbur tutulamaz. Böylece belirli süreli iş sözleşmesi süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilen gazeteci peşin aldığı ve karşılığında iş görmediği ücreti iade etmek zorunda değildir. Söz konusu düzenleme mutlak emredici nitelikte olduğundan, taraflarca aksi kararlaştırılamaz¹²⁹⁸. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilmişse işçi, peşin almış olduğu ücretin henüz işlememiş olan kısmını iade etmek zorundadır.

Peşin alınmış olan ücretin iade edilmemesi, belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haksız feshedildiği durumlar için öngörülmüştür. Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesi ile sözleşmenin sona ereceği ve işçinin bakiye süre ücreti tutarında tazminata hak kazanacağı düzenlenmiştir. Kanımızca Basın İş Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca peşin ödenmiş olan ücretin henüz işlemememiş kısmının iade zorunluluğunun bulunmaması karşısında, bu miktarın bakiye süre ücreti tutarındaki tazminattan indirilmesi gerekir.

2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde

Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin hukuki sonuçları sadece iş güvencesi hükümlerine tabi olan gazeteciler

¹²⁹⁶ Bkz. 3.Bölüm, §2. I, 1, A.

¹²⁹⁷ ENDER, Derhal Fesih, s. 1021; CANİKLİOĞLU, Belirli Süreli Sözleşme, s. 177.

¹²⁹⁸ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 120; UÇUM Mehmet/KARATAŞ Hüseyin, Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basın İş Kanunu Karşılaştırması, LİHSGHD, 2007/8, s. 582.

bakımından düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde iş güvencesine tabi olmayan gazeteciler açısından işverenin haksız feshine usulsüz feshin yaptırımını uygulanmak suretiyle hukuki sorun çözülmekteydi¹²⁹⁹. İşverenin haksız feshinin hukuki yaptırımını Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde düzenlenmiştir. Genel Kanundaki bu hükmün, Basın İş Kanunu'na tabi ve iş güvencesi kapsamına girmeyen iş ilişkilerinde de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁰⁰. Maddenin 1. fıkrasına göre, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde işçi, bildirim sürelerine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilir. Genel hükümle ilgili yukarıda ayrıntılı açıklamalar yapılmıştı¹³⁰¹. Burada Basın İş Kanunu'ndaki pozitif düzenlemeler dikkate alınarak belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin hukuki sonuçları, işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamında olup olmamasına göre incelenecektir.

A) İş Güvencesinin Kapsamına Giren Gazeteci Açısından

a) İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 116. maddesi ile değiştirilen Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrasında, “ İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, Basın İş Kanunu kapsamında çalışan gazeteciler de, diğer koşulların bulunması kaydıyla, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler.

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesi işverenin süreli fesih hakkı ve kıdem tazminatını düzenlemiştir. Bu nedenle iş güvencesi hükümlerinin işverenin süreli fesih hakkını kullanması durumunda söz konusu olabileceği ileri sürülebilir. Kanımızca feshin geçersizliğinin ileri sürülmesi aynı zamanda fesih için haklı bir neden bulunmadığı iddiasını da içerir. Basın İş Kanunu'nda İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrası gibi bir düzen-

¹²⁹⁹ Bu yöndeki kararlar için bkz. Y9HD, 08.05.1996, 1995/36692-1996/9826, GÖKTAŞ/ÇİL, s. 131-132, Y9HD, 08.07.1966, 4403-7173, GÖKTAŞ/ÇİL, s. 138.

¹³⁰⁰ GÜLVER, s. 1016; SÜMER, s. 218-219.

¹³⁰¹ Bkz. 3.Bölüm, §2, I, 1, 2.

lemenin olmaması, iş sözleşmesinin haksız feshedildiği iddiasıyla iş güvencesi hükümleri çerçevesinde dava açılabilmesine engel değildir¹³⁰².

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrasının atıf yaptığı İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddeleri ile ilgili yukarıda açıklamalar yapıldığından burada ayrıca açıklama yapılması gerekli görülmemiştir¹³⁰³.

b) Peşin Ödenen Ücretin İade Edilmesi

Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasına göre, sözleşme süresi sona ermeden önce kendisine atfedilebilecek bir kusuru olmaksızın işine son verilen gazeteci, peşin almış olduğu ücretin henüz işlememiş bulunan kısmı için iadeye mecbur tutulamaz. Maddede sözleşmenin sona ermesinden önce işveren tarafından haklı bir neden olmadan feshedilmesi ifade edilmektedir. Bu nedenle sözü edilen hüküm, sadece belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Başka bir anlatımla, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı neden olmadan feshedilmesi halinde işçi, peşin ödenmiş olan ücretin karşılıksız kalan kısmını işverene iade etmek zorundadır.

İş güvencesi hükümleri kapsamında feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilen gazetecinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer hakları tutarından peşin ödenmiş olan ücretin karşılıksız kalan kısmının mahsup edilmesi gerekir.

B) İş Güvencesinin Kapsamına Girmeyen Gazeteci Açısından

a) Genel Olarak

İş güvencesi hükümlerinin kapsamına girmeyen gazetecinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde, uygulanacak hukuki yaptırım konusunda Basın İş Kanunu'nda hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekir¹³⁰⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra artık gazetecinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin yaptırımı, ih-

¹³⁰² SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 219.

¹³⁰³ Bkz. 3. Bölüm, §3, I, 2,

¹³⁰⁴ SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, s. 12-13; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 103; GÜLVER, s. 1016.

bar tazminatı değil, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde öngörülen haksız fesih tazminatı olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı neden olmadan fesheden işveren, gazeteciye bildirim süresi içinde çalışmış olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak ödemek zorundadır. Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 4. fıkrasına göre, işverenin feshinde bildirim süresi gazetecinin kıdeminin beş yıldan az olması halinde bir ay, beş yıl ve daha fazla olması halinde ise üç aydır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 2. fıkrasına göre, gazetecinin belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasına göre, hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın gazeteciye ödenmesine karar verebilir. Ancak belirlenecek tazminat miktarı, gazetecinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde öngörülen tazminatlar hakkında yukarıda ayrıntılı açıklama yapılmıştı¹³⁰⁵.

b) Peşin Ödenen Ücretin İade Edilmesi

Basın İş Kanunu'nun 14. maddenin 3. fıkrası uyarınca gazeteciye peşin olarak ödenen ücretin, işverenin haksız feshi nedeniyle, karşılıksız kalan kısmının iadesi, süresinden önce feshedilen belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından geçerlidir. İşverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi halinde, peşin ödenmiş olan ücretin karşılıksız kalan kısmının işverene iadesi gerekir.

II) İş Sözleşmesinin Gazeteci Tarafından Haksız Feshedilmesi

1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde

Basın İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin gazeteci tarafından haksız feshedilmesi halinde gazetecinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm düzenlen-

¹³⁰⁵ Bkz. 3.Bölüm, §2, I, 1, 2.

memiştir. İş Kanunu'nun 23. maddesi gibi bir hüküm de bulunmadığından, gazetecinin belirli iş sözleşmesini süresinden önce haksız olarak feshetmesi halinde, genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin uygulanması gerekir¹³⁰⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin öngördüğü haksız fesih tazminatı hakkında yukarıda geniş açıklama yapıldığından, oraya atıfla yetinilmiştir¹³⁰⁷.

2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde

A) Genel Olarak

Gazetecinin belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız feshinin hukuki sonuçlarına ilişkin Basın İş Kanunu'nda hüküm bulunmadığından, haksız feshin usulsüz feshe tahvili suretiyle işveren lehine ihbar tazminatı hüküm altına alınmaktadır. Kanımızca İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde olduğu gibi, Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından da kanun boşluğunun Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi hükmü ile doldurulması mümkün değildir. Aksi halde haksız feshin yaptırımını ile usulsüz feshin yaptırımını arasında belirgin şekilde fark oluşacak ve haksız fesih yoluna başvurmayı özendirici bir sonuç ortaya çıkacaktır¹³⁰⁸. Gazetecinin belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız feshetmesi durumunda daha önce olduğu gibi, haksız fesih işlemi süreli feshe dönüştürülerek sorumluluğun belirlenmesi gerekir. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından yukarıda yapılan açıklamalar Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri yönünden de geçerlidir¹³⁰⁹.

¹³⁰⁶ SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, s. 13; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 935; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 107-108; YÜREKLİ, s. 285; TOLU, s. 227-228; ELMAS, s. 216.

¹³⁰⁷ Bkz. 3.Bölüm, §2, II, 1, 2.

¹³⁰⁸ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunları arasındaki ilişki hakkında şu haklı tespitte bulunmuştur: "İş Kanunlarında düzenlenmiş konularda, Borçlar Kanunu ayrıca ilave haklar getiren bir kanun değildir... İş Kanunları ile Türk Borçlar Kanunu'nun felsefesi, işlevi farklıdır. Her kanun kendi içinde bir dengeye oturtulmuştur. Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin, İş Kanunlarının kapsamına girenlere ilave yeni haklar getirdiğinden söz edilmesi halinde, seneler içinde yerleşmiş kurumların zedelenmesi, çalışma yaşamında gereken dengenin bozulması söz konusu olabilecektir". Bkz. ALPAGUT, Yorum, s. 114.

¹³⁰⁹ Bkz.3.Bölüm, §3, II, 2.

B) Peşin Ödenen Ücretin İade Edilmesi

İş sözleşmesini haklı sebep olmadan fesheden gazeteci, peşin aldığı ücretin iş görmemesi nedeni nedeniyle karşılıksız kalan kısmını iade etmekle yükümlüdür. Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce haksız feshiyle ilgilidir. Ayrıca peşin ödenen ücretin iadesini isteme hakkını ortadan kaldıran bu düzenleme, sadece işverenin haksız feshi halinde söz konusudur. Buna göre, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren veya gazeteci tarafından haksız feshi halinde peşin olarak ödenmiş olan ücretin iadesi istenebilir.

§ 5- DENİZ İŞ KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

Deniz İş Kanunu'nda gemiadamının iadesi dışında haksız feshin hukuki sonuçlarını düzenleyen hükme yer verilmemiştir. Deniz İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle Deniz İş Kanuna tabi iş ilişkilerinde genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 438 ve 439. maddelerinde düzenlenen haksız feshin hukuki sonuçları uygulama alanı bulur. Deniz İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından derhal fesih yetkisi açıkça belirtilen işveren vekilinin haksız fesihleri işverenin haksız feshinin sonuçlarına tabidir¹³¹⁰.

Aşağıda sözleşmeyi fesheden tarafa ve sözleşmenin türüne göre haksız feshin sonuçları ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

1) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshedilmesi

1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde

Deniz İş Kanunu'nda sefere göre belirli süreli sözleşme yapılabileceğine imkân veren 7. madde dışında belirli süreli sözleşmelerinin ilk defa kurulması ya da üst üste yapılmasına ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Bu durumda boşluğun Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesi hükmü ile doldurulması gerekir¹³¹¹. Deniz İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin işveren veya işveren vekili tarafından süresinden önce

¹³¹⁰ BEDÜK, s. 279.

¹³¹¹ SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 13; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 930; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 97; GÜLVER, s. 1016.

haksız olarak feshedilmesi halinde, tazminat öngören düzenleme bulunmamaktadır. Bu konudaki boşluğun genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu hükümleriyle doldurulması gerekir¹³¹².

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce haksız fesheden işveren, sözleşmenin kalan süresinde çalışmış olsaydı kazanabileceği miktarı gemiadamına ödemekle sorumludur. Maddenin 2. fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmesinde gemiadamının iş sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasına göre, hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın gemiadamına ödenmesine karar verebilir. Ancak belirlenecek tazminat miktarı, gemiadamının altı aylık ücretinden fazla olamaz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde öngörülen tazminatlar hakkında yurarda yapılan açıklamalar Deniz İş Kanunu'na tabi iş ilişkiler açısından da geçerli olduğundan tekrara girilmeyecektir¹³¹³.

2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde

Gemiadamının belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde uygulanacak hukuki yaptırım konusunda Deniz İş Kanunu'nda hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, artık gemiadamının belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi nedeniyle tahvil suretiyle usulsüz feshe ilişkin yaptırımın uygulanmasına gerek kalmamıştır.

¹³¹² Borçlar Kanunu ile Deniz İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunduğu hakkındaki görüşler için bkz. OĞUZMAN, s. 28; SÜZEK, s. 38-39; NARMANLIOĞLU, s. 26, dn. 72.; AKYİĞİT, Ercan, "Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.24, Şubat- Mayıs 2012, s. 18; AYDINLI, İbrahim, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanmayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, GÜHFD, C. XVII, S.4, Y. 2013, s. 43.

¹³¹³ Bkz. 3. Bölüm, §2, I, 1, 2.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı neden olmadan fesheden işveren, gemiadamına bildirim süresi içinde çalışmış olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak ödemek zorundadır¹³¹⁴. Deniz İş Kanunu'nun 16. maddesinin (B) bendine göre, bildirim süresi işi altı ay sürmüş olan gemiadamı için iki hafta, işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan gemiadamı için dört hafta, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan gemiadamı için altı hafta, işi üç yıldan fazla sürmüş olan gemiadamı için sekiz haftadır. Maddenin (C) bendine göre, kanunda öngörülen ihbar süreleri asgari olup sözleşme ile artırılabilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 3. fıkrasına göre, hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın gemiadamına ödenmesine karar verebilir. Ancak belirlenecek tazminat miktarı, gemiadamının altı aylık ücretinden fazla olamaz

3) Gemiadamının İadesi

Gemi yurt içinde veya yurt dışında iken sözleşmesi sona eren gemiadamının, sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, ülkesine (ikametgahının bulunduğu mahal limanına) veya bağlama limanına iadesi insanî ve ahlâkî bir davranış olmasının yanında, Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinde ve Deniz İş Kanunu'nda gemiadamının iadesini isteme hakkı ve işverenin iade yükümlülüğü özel olarak düzenlenmiştir.

Aşağıda görüleceği üzere, ILO Sözleşmelerinde ve Deniz İş Kanunu'nda işverenin gemiadamını ülkesine veya bağlama limanına iadesi ve iade giderlerinin karşılanması Türk veya yabancı olmasına ve sözleşmenin sona ermesine göre farklı düzenlenmiştir. ILO'nun 166 sayılı Sözleşmesi¹³¹⁵'nin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre;

- a. Belirli süreli veya belirli bir sefer için yapılmış iş sözleşmesi yurt dışında sona ermişse,

¹³¹⁴ Haksız feshin hukuki sonuçları konusunda Deniz İş Kanunu'nda boşluk bulunduğu ve boşluğun Türk Borçlar Kanunu'nun 438 ve 439. maddeleri ile doldurulması gerektiği hakkında bkz. SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, s. 13; GÜLVER, s. 1016.

¹³¹⁵ Sözleşme, Türkiye tarafından 15.07.2003 tarih ve 4941 sayılı Kanunla onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

- b. Gemiadamı ile yapılan iş sözleşmesine bağlı veya sözleşmede yer alan bir hükme uygun olarak verilen bildirim süresinin dolması üzerine,
- c. Ülkesine geri gönderilmesini gerektiren, sağlık durumu yolculuğa elverişli olduğu tespit edilen gemiadamının hastalık, sakatlık veya diğer bir sağlık sorunu gerçekleştiğinde,
- d. Geminin batması durumunda,
- e. İflas, geminin satılması, Sicilinin değiştirilmesi ya da benzer nedenlerle sahibinin, işveren olarak kanun veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirebilmesinin mümkün olmadığı hallerde,
- f. Ulusal mevzuat veya toplu sözleşmelerde belirlendiği şekliyle gemiadamı geminin yollandığı savaş bölgesine gitmeye rıza göstermiyorsa,
- g. Bir hakem kararı veya toplu sözleşme hükmüne uygun olarak ya da benzer başka bir nedenle çalışmaya ara verilmesi veya çalışmanın sona erdirilmesi halinde,

Gemiadamı ülkesine gönderilme hakkına sahiptir.

ILO'nun Denizcilik Çalışma Sözleşmesi¹³¹⁶ nin (MLC-2006) Standart A.2.5'e göre;

- a. Gemiadamının iş sözleşmesinin süresi yurt dışında sona ermişse,
 - b. Gemiadamının iş sözleşmesi
 - 1) Gemi sahibi tarafından,
 - 2) Haklı nedenlerle gemiadamı tarafından
 feshedildiğinde,
 - c. Gemiadamı tabi olduğu iş sözleşmesi çerçevesinde artık görevini icra edemeyecek durumda olduğunda ya da bazı durumlarda kendisinden görevini yerine getirmesi beklenemeyecekse,
- gemiadamı ülkesine gönderilme hakkına sahiptir.

¹³¹⁶ Türkiye tarafından Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin onaylanmasının uygun bulunduğu dair 02.03.2017 tarih ve 6898 sayılı Kanun 25.03.2017 tarih ve 30018 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

166 sayılı Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrası ve Denizcilik Sözleşmesinin Standart A.2.5 hükümleri iş sözleşmesinin yurt dışında sona ermesi halinde gemiadamının ülkesine iade edilme hakkını düzenlemektedir.

166 sayılı Sözleşme ve Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'ne göre, gemiadamının ülkesine gönderilmesini isteme hakkına sahip olması için sözleşmenin süre bitimi ile sona ermesi, işveren tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi veya Sözleşme'de belirtilen diğer nedenlerle sona ermesi gerekir. Diğer sona erme sebepleri arasında sağlık nedenleri hariç gemiadamının şahsından kaynaklanmayan hususlar yer almaktadır. Sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi veya gemiadamının sözleşmesini haklı bir neden olmadan feshi halinde, ülkesine gönderilmesini isteme hakkına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır¹³¹⁷.

Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'ne göre de, gemiadamının ülkesine iadesini isteyebilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli veya derhal feshedilmesi arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu durumda sözleşme işveren tarafından haksız feshedildiğinde iade hakkının mevcut olacağını söylemeye gerek yoktur.

Her iki sözleşme birlikte ele alınacak olursa, işverenin sözleşmeyi ister süreli fesih ister derhal fesih yoluyla sona erdirdiği her durumda, iade hakkının mevcut olacağı söylenebilir. Buna karşılık gemiadamının ancak derhal fesih hakkını kullanması durumunda iade hakkından söz edilebilir¹³¹⁸. Başka bir anlatımla, gemiadamı iş sözleşmesini haksız olarak feshetmişse iadesini talep hakkı olmayacaktır.

Deniz İş Kanunu'na göre iş sözleşmesinin 14. maddenin I, II, III ve IV. bentlerine göre işveren veya işveren vekili ya da gemiadamı tarafından yurt dışında feshi halinde, işveren veya işveren vekili gemiadamını sözleşmede başka bir hüküm yoksa, geminin bağlama limanına iade etmek ödemek zorundadır (m.21/1).

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I. bendinde sözleşmenin işveren veya işveren vekili tarafından haklı nedenle feshi, II. bendinde, sözleşmenin gemiadamı tarafından haklı nedenle feshi, III. bendinde, sözleşmenin işveren, işveren vekili veya

¹³¹⁷ SARIOĞLU, s. 213; MORAL/KİŞİ, s. 36.

¹³¹⁸ SONGU, Sona Ermenin Sonuçları, s. 858; MORAL/KİŞİ, s. 36.

gemiadamı tarafından haklı nedenle feshi ve IV. bendinde, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi düzenlenmiştir. Buna göre, yurt dışında iş sözleşmesinin işveren veya işveren vekili tarafından haklı nedenle feshedilmesi halinde dahi, gemiadamını, sözleşmede aksine hüküm yoksa, bağlama limanına iadesi zorunluluğu karşısında, sözleşmenin işveren veya işveren vekili tarafından haksız feshi halinde gemiadamını iade zorunluluğunu evleviyetle kabul etmek gerekir¹³¹⁹. Buna karşılık, iş sözleşmesinin işveren veya gemiadamı tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde, iade hakkı söz konusu değildir¹³²⁰. Yurda iade hakkı, yurt dışında iş sözleşmesi sona eren gemiadamının mağdur olmasını önlemek amacıyla tanındığına göre, uluslararası sözleşmelerde belirtildiği üzere işverenin süreli, derhal ve haksız fesihlerini ve gemiadamının ise süreli ve derhal fesihlerini kapsayacak şekilde düzenleme yapılması gerekmektedir¹³²¹.

Deniz İş Kanunu'na göre, gemiadamı yabancı ise, sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, ikametgâhının bulunduğu yer limanına iade edilmelidir (m.22). Yabancı'nın ikametgâhının bulunduğu yerde liman yoksa, ikametgâhına en yakın yer limanına iade edilmesi ve yol masraflarının karşılanması gerekir¹³²².

Gemiadamı yabancı değilse, sözleşmesi ister yurt dışında feshedilsin ister Türk limanında feshedilsin, sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, bağlama limanına iade edilmelidir. Ancak, sözleşmenin işveren veya işveren vekili tarafından Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I. bendinde öngörülen sebeplerle Türk limanında feshedilmesi halinde, bağlama limanına iade zorunluluğu bulunmamaktadır. Burada iade zorunluluğunun bulunmamasının nedeni sözleşmenin gemiadamının şahsından kaynaklanan nedenlerle derhal feshedilmesidir.

Deniz İş Kanunu'nda, gemiadamının yurda iade edilmesini talep hakkının çerçevesi, 14. maddede belirtilen sona erme halleri ile sınırlandırılmıştır. Oysa

¹³¹⁹ BEDÜK, s. 304.

¹³²⁰ SARIOĞLU, H. İbrahim, "Gemiadamının Hizmet Akdinin Sona Ermesinin Sonuçları: Kıdem Tazminatı, Yurda İade ve Çalışma Belgesi Verme Yükümü", İktisat Fakültesi Mecmuası, C.50, S.1-4, 2000, s. 212.

¹³²¹ SARIOĞLU, s. 213.

¹³²² MORAL, Duygu/KİŞİ, Hakkı, "Deniz Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi", DEÜDFD, C.2, S.2, 2010, 21-42, s.37; Aynı görüşte bkz. SARIOĞLU, s. 214; SONGU, Sona Ermenin Sonuçları, s. 860.

uluslararası kaynaklarda söz konusu talep hakkını doğuran sona erme sebepleri daha geniş tutulmuştur. Öğretide, uluslararası sözleşmelerin öncelikle dikkate alınması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür¹³²³.

İş sözleşmesi ister yurt dışında ister Türk limanında feshedilmiş olsun, işveren iade masraflarını karşılamak zorundadır. Yabancı gemiadamı bakımından iade masraflarının karşılanması için sözleşmenin sona erme şekli önemli değildir¹³²⁴. Buna karşılık Türk gemiadamı yönünden sözleşmenin sona erme şeklinin esas alınması haklı eleştirilere sebep olmuştur¹³²⁵.

İade masraflarının kapsamı Deniz İş Kanunu'nda belirtilmemiştir. 166 Sayılı Sözleşme'nin 4. maddesinin 4. fıkrasında iade yerine gitmek için ulaşım masrafı, gemi ile iade yeri arasındaki süre için yiyecek ve barınma masrafı, milli hukuk veya toplu ya da bireysel iş sözleşmesinde hüküm varsa gemi ile iade yeri arasındaki süre için ücret ve harçlık, 30 kg'a kadar kişisel bagaj için taşıma masrafı ve iade yerine seyahate tıbben uygun hale gelinceye kadar gerekli tedavi masrafları iade masrafı kapsamında değerlendirilmiştir.

166 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesinin 3. fıkrasına göre, gemiadamının ülkesine gönderilmesi, gemiadamının çalışma ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerini ciddi olarak ihlâl etmesinden kaynaklanıyorsa, milli mevzuat veya toplu iş sözleşmesi uyarınca bu masrafların tamamı veya bir kısmı gemiadamından istenebilir. Deniz İş Kanunu'nda ise, sözleşmenin işveren veya işveren vekili tarafından 14. maddenin I. bendinde öngörülen haklı nedenle feshi halinde veya sözleşmenin gemiadamı tarafından 14. maddenin II. bendinin (a) ve (b) alt bentleri uyarınca feshedilmesi durumunda, iade masraflarının gemiadamından istenebileceği düzenlenmiştir (m.21/2). Sözleşmenin gemiadamı tarafından ücretinin ödenmemesi, işveren veya işveren vekilinin gemiadamına karşı kanuna, iş sözleşmelerine veya sair iş şartlarına aykırı davranması

¹³²³ BEDÜK, s. 304-305.

¹³²⁴ SONGU, Sona Ermenin Sonuçları, s. 859; MORAL/KİŞİ, s. 36.

¹³²⁵ SARIOĞLU, s. 213. Yazara göre yabancı gemiadamına tanınan bir hakkın Türk vatandaşına öncelikle tanınması gerekirdi. Bkz. SARIOĞLU, s. 213.

nedeniyle feshedilmesi halinde dahi iade masraflarının işçiye rücu edilmesi haklı olarak eleştirilmiştir¹³²⁶.

Yurda iade edilmeyi talep hakkına sahip olmak için asgari bir kıdem şartı öngörülmüş değildir. 166 sayılı Sözleşme’ye göre, azami oniki ayı geçmemek üzere ulusal mevzuat veya toplu iş sözleşmesiyle talep hakkının doğumu için gerekli hizmet süresi öngörülebilir (m.2/2).

İade hakkının kullanımı konusunda 166 sayılı Sözleşme’de açık bir süre belirtilmiş değildir. Sözleşme’nin 8. maddesine göre, gemiadamının bu hakkını “makul bir süre” içinde kullanması gerekir. Aksi halde ülkesine gönderilmiş kabul edilir. Buna karşılık, Deniz İş Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasında, gemiadamının işine son verildiği yahut sözleşmenin sona erdiği günden başlayarak bir hafta içinde iadesini istemesi gerektiği, aksi halde işveren açısından bu zorunluluğun ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Buna göre, bir haftalık süre hak düşürücü süre niteliğindedir¹³²⁷.

Deniz İş Kanunu’nun 25. maddesinin 3. fıkrasına göre, 14. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde yazılı durumlar, gemiadamına yüklenemeyecek sebeplerden (tutuklanma ve hapis gibi) doğmuşsa veya gemiadamı için hastalık ve sair zorunlu sebepler meydana gelmişse, bu maddenin 2. fıkrasındaki bir haftalık süre, engellerin kalktığı günden itibaren başlar.

Öğretide, 166 sayılı Sözleşme’ye aykırı Deniz İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı, olayın özelliğine göre bir haftalık sürenin “makul bir süre” olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹³²⁸. Kanımızca da yabancı gemiadamının ülkesine gönderilmesini talep hakkı noktasında Sözleşme ile Kanun arasındaki bu çelişkide Sözleşme’ye üstünlük tanınması gerekir.

¹³²⁶ SARIOĞLU, s. 215, Yazara göre, Deniz İş Kanunu’nun 21. maddesinin II. bendinin, 14. maddenin II. bendinin (a) ve (b) alt bentlerine yaptığı atfı, III. bende yapılmış olarak anlamak kanunun amacına daha uygun düşer. Ayrıca bkz. MORAL/KİŞİ, s. 80; BEDÜK, s. 309-310. BEDÜK’e göre, bu durumda işverenin iade masraflarını karşılaması gerekir.

¹³²⁷ SARIOĞLU, s. 217; BEDÜK, s. 306.

¹³²⁸ ACAR, Serdar; Gemiadamı Talepleri, İstanbul 2012, s. 51.

İade talebi sözlü veya yazılı yapılabilir. Yazılı yapılması ispat kolaylığı sağlar¹³²⁹. Geminin çıktığı seferin uzunluğu, kanun, ticari örf ve adetler ve uluslararası teamüller uyarınca gemiadamının makul bir süre içinde yurda iade edilmesi gerekir. Aksi halde işveren, gemiadamının bundan doğacak maddi ve manevi zararları tazmin etmek zorunda kalır¹³³⁰.

Deniz İş Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasına göre, işine son verilen gemiadamı o ülkede herhangi bir iş için başka bir işverenle sözleşme yaptığı takdirde, işveren veya işveren vekilinin gemiadamını yurda iade yükümlülüğü ortadan kalkar. Aynı durum yurt içinde iade zorunluluğu için de geçerlidir¹³³¹.

İşverenin gemiadamını iade etme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, gemiadamı kendi imkânları ile dönecek olursa, dönüş için yaptığı masraflardan başka 15 günlük ücreti tutarında bir tazminat talep edebilir (DİK.m.24). Ayrıca bu yükümlülüğe uymayan işveren veya işveren vekili hakkında idari para cezası verilir (DİK.m.51/2-a). Ancak bu hukuki ve cezai yaptırımlar yabancı gemiadamları için söz konusu olmaz. Bu durumda yabancı gemiadamları ancak Türk Borçlar Kanunu uyarınca maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Haklı olarak, bunun eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür¹³³².

ILO Sözleşmelerinde ve Deniz İş Kanunu'nda iş sözleşmesi sona eren gemiadamının ülkesine (ikametgânın bulunduğu yer limanına) veya bağlama limanına iadesini isteme hakkı ve işverenin iade yükümlülüğü bakımından sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Gemiadamının iadesini isteme hakkı ve işverenin iadeyi sağlama yükümlülüğü, sözleşmenin belirsiz süreli olması halinde de söz konusudur. Kuşkusuz taraflar sözleşmeye aksine hüküm koyabilirler.

¹³²⁹ SARIOĞU, s. 214; BEDÜK, s. 306-307.

¹³³⁰ BEDÜK, s. 307.

¹³³¹ BEDÜK, s. 313. Yazar, iade yükümlülüğünün ortadan kalkmasını, sadece başka bir işte iş sözleşmesiyle çalışmaya bağlamanın isabetli olmadığını, gemiadamın istisna veya vekâlet akdi ile çalışmasının da mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. BEDÜK, s. 313.

¹³³² SONGU, Sona Ermenin Sonuçları, s. 862; BEDÜK, s. 315.

II) İş Sözleşmesinin Gemiadamı Tarafından Haksız Feshedilmesi

1) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde

Deniz İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin gemiadamı tarafından haksız feshedilmesi halinde, işverenin talep edebileceği özel bir tazminat öngörülmemiştir. Kanun'da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 23. maddesi hükmüne benzer bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Öyleyse bu konudaki boşluğun genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu hükümleriyle doldurulması gerekir¹³³³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uyarınca gemiadamı, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar gemiadamının aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, gemiadamının işe başlamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer.

Deniz İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından belirli süreli iş sözleşmesinin gemiadamı tarafından haksız feshedilmesi halinde uygulanması gereken Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi hükmü hakkında yukarıda ayrıntılı olarak açıklama yapılmıştır¹³³⁴.

2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde

Deniz İş Kanunu'nda belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı neden olmadan fesheden gemiadamının sorumluluğunu öngören hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da düzenleme yoktu.

Kanımızca Deniz İş Kanununda belirsiz süreli iş sözleşmesinin gemiadamı tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde uygulanacak hukuki yaptırım konusundaki boşluğun Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi hükmü ile doldurulması

¹³³³ SOYER, Borçlar Kanunu'nun Etkisi, s. 13; GÜLVER, s. 1025; ELMAS, s. 216.

¹³³⁴ Bkz. 3.Bölüm, §2, II, 1, 2.

olanağı bulunmamaktadır. 4857 ve 5953 sayılı kanunlarda olduğu gibi, Deniz İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde de gemiadamının haksız feshine Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uygulanacak olursa, hüküm altına alınacak tazminat, çoğunlukla usulsüz feshin yaptırımından daha az olacaktır¹³³⁵. Sözü edilen genel hükmün, Deniz İş Kanunu'na tabi belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshedilmesinde uygulanmasının mümkün olmadığını düşünüyoruz. Bu nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı neden olmadan fesheden gemiadamının sorumluluğunun kapsamı, haksız fesih işleminin süreli feshe tahvil edilmesi suretiyle belirlenmeye devam olunmalıdır. Bu durumda gemiadamı ihbar tazminatını ödemekle yükümlü olacaktır. Ayrıca işveren, genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir.

§ 6- İŞSİZLİK SİGORTASI KANUNUNA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23. maddesinde herkesin işsizliğe karşı korunma hakkı belirtildikten sonra, 25. maddesinde, “herkes işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmiştir. ILO'nun 102 sayılı üSosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Sözleşmesi'nde, işsizlik sigortası da yer almıştır. Avrupa Sosyal Şartı'nın 12. maddesinde de sosyal güvenlik sistemlerinde ILO'nun asgari standartlarının temel alınması ve vatandaşlarla yabancıların sosyal güvenlik hakkı bakımından eşit olması gerektiği düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nın 60. maddesine göre, herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devletin bu güvenliğin oluşması için gerekli tedbirleri alması ve ilgili kurumları oluşturması gerekir.

Yukarıda belirtilen uluslararası sözleşmeler ve Anayasa hükmü doğrultusunda 25.08.1999 tarihli 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu kabul edilmiş ve 01.06.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹³³⁵ DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 108.

4447 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (c) bendinde işsizlik sigortası, “Bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigorta”, (h) bendinde de işsizlik ödeneği, “Sigortalı işsizlere bu Kanunda belirtilen süre ve miktarda yapılan parasal ödeme” olarak tanımlanmıştır¹³³⁶.

Kanun'un 48. maddesinin 1. fıkrasına göre, işsizlik sigortası zorunludur. Bu Kanun kapsamına giren ve halen çalışmakta olanlar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, yeni girenler ise işe başladıkları tarihten itibaren sigortalı olurlar¹³³⁷. Maddenin 6. fıkrasına göre, sigortalı işsizlere, bu kanunda belirtilen esas ve usuller çerçevesinde, işsizlik ödeneği, 5510 sayılı Kanun gereği ödenecek sigorta primleri, yeni bir iş bulma ve aktif işgücü hizmetleri kapsamında kurs ve programlar şeklinde ödeme ve hizmetler sağlanmaktadır¹³³⁸.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 51. maddesinin 1. fıkrasına göre, bu Kanun uyarınca sigortalı sayılanlardan, iş sözleşmesi aynı maddede belirtilen hallerden birisine dayalı olarak sona erenler, Kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirmeleri ve bu Kanunda yer alan prim ödeme koşullarını sağlamış olmaları kaydıyla işsizlik ödeneği almaya hak kazanırlar.

Kanun'un 51. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde, iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirim sürelerine uygun olarak feshedilmesi halinde, işçinin işsizlik ödeneğine hak kazanacağı belirtilmiştir. İşçinin, süreli fesih yoluyla iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işsizlik ödeneğinden yararlanacağına yönelik düzenleme

¹³³⁶ İşsizlik sigortası hakkında geniş bilgi için bkz. BAŞTERZİ, Süleyman, İşsizlik Sigortası, Ankara 1996; ANDAÇ, Faruk, İşsizlik Sigortası, 2.B, Ankara 2010; BAL BEKTAŞ, Özlem, İşsizlik Sigortası, Ankara 2016; TUNCAY, A. Can, “İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Şartları”, İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sorunları Semineri, Kamu-İş, Ankara 2003, s. 31-49; YİĞİT, Yusuf, “Türkiye’de İşsizlik Sigortası’nın Uygulama Alanı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanmanın Koşulları”, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 75-102.

¹³³⁷ UŞAN, M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s. 346.

¹³³⁸ Geniş anlamda işsizlik, çalışma istek ve yeteneğinde olduğu halde çalışacak bir iş bulamayanlar, eksik istihdam edilenler ve gizli işsizleri kapsar. Buna karşılık, dar anlamda işsizlik, çalışma yeteneği ve arzusu bulunduğu halde cari ücret üzerinden uygun bir iş bulamayanları ifade eder. İşsizlik kavramı hakkında bkz. BAŞTERZİ, s. 7 vd.

yapılmamıştır. Bunun sebebi, kanun koyucunun işsizlik ödeneğinden gayri iradi olarak işsiz kalanları yararlandırmak istemesinden kaynaklanmaktadır¹³³⁹.

Ayrıca yine işverenin süresi belli olan veya olmayan iş sözleşmesini süresinin bitiminden önce veya bildirim sürelerini beklemezsizin 1475 sayılı İş Kanun'un (I) ve (III) numaralı bentlerine (4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin I ve III. bentlerine) ve Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin (III) numaralı bendine veya 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasına göre feshetmesi halinde, işçinin işsizlik ödeneğine hak kazanacağı öngörülmüştür (m.51, f.2, b.b). Maddenin 2. fıkrasının (g) bendinde, iş kanununa tabi olmayan iş sözleşmeleri bakımından da aynı nedenle iş sözleşmesi sona erenlerin işsizlik ödeneğine hak kazanacağı belirtilmiştir. Böylece iş ilişkisi hangi kanuna tabi olursa olsun ve iş sözleşmesi belirli süreli olsun veya olmasın, işverenin haksız feshinin bir sonucu da işçinin, diğer koşulları da taşımak kaydıyla, işsizlik ödeneğine hak kazanmasıdır.

4447 sayılı Kanun'un yürürlükte girdiği tarihte mevcut olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde sonradan yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (IV) numaralı bendi yer almamaktaydı. İş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (IV) numaralı bendi kapsamında sona erdirilmesi halinde de, işçinin işsizlik ödeneğine hak kazanacağı söylenebilir¹³⁴⁰. Özellikle gözaltı veya tutuklanmanın haksız olduğu durumlarda bu husus daha da önem arz eder. 4447 sayılı Kanun'un 51. maddesine göre, işverenin İş Kanunun 25. maddesinin (I), (III) ve (IV) numaralı bentleri kapsamında yaptığı fesih haklı nedene dayandığı halde işçi, işsizlik ödeneğine hak kazanmaktadır.

4447 sayılı Kanun'un 51. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde ise, sözleşmenin işçi tarafından haklı sebeple feshedilmesi halinde işsizlik ödeneğine hak kazanacağı öngörülmüştür. Buna göre, sözleşme belirli süreli olsun veya olmasın işçi tarafından haklı nedenle feshedilmişse, işçi işsizlik ödeneğine hak kazanır. Başka bir anlatımla, iş

¹³³⁹ İşsizlik sigortası yardımlarından yararlanmak için işsizliğin gayri iradi olması gerektiği hakkında bkz. BAŞTERZİ, s. 147 vd.; YİĞİT, Yusuf, "Türkiye'de İşsizlik Sigortası'nın Uygulama Alanı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanmanın Koşulları", Çalışma ve Toplum, 2005/2, 75-102, s. 86.

¹³⁴⁰ Aksi görüş için bkz. UŞAN, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 349.

sözleşmesinin işçi tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde işsizlik ödeneği talep hakkı doğmaz.

4447 sayılı Kanun'un 51. maddesinde ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitimi nedeniyle işsiz kalmak, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 7. maddesinin (II) numaralı bendinde belirtilen iş sözleşmesinin belirli bir sefer için yapılmış olması nedeniyle sefer sonunda işsiz kalmak, işyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi, kapanması veya kapatılması, işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi nedenleriyle işten çıkarılmış olmak, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin (IV) numaralı bendindeki nedenlerle işsiz kalmak, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesi kapsamında işsiz kalmak da işsizlik ödeneğine hak kazandıran hallerden sayılmıştır.

İşsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için iş sözleşmesinin başvuru sırasında grev, lokavt veya kanundan doğan ödevler nedeniyle askıya alınmamış olması gerekmektedir (m.51/3).

4447 sayılı Kanunu'nun 50. maddesinin 1. fıkrasında işsizlik ödeneğinin günlük asgari ve azami miktarı belirtilmiştir. Buna göre günlük işsizlik ödeneği, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının yüzde kırkıdır. Bu şekilde hesaplanan işsizlik ödeneği miktarı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39. maddesine göre onaltı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçemez.

İşsizlik ödeneğinin ödeme süreleri sigortalılık ve prim ödeme gün sayısına bağlı olarak değişmektedir. Kanun'un 50. maddesine göre;

Hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün prim ödeyerek çalışmış olanlardan, son üç yıl içinde;

- a. 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 180 gün,
- b. 900 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 240 gün,

- c. 1080 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 300 gün,

süre ile işsizlik ödeneği verilir.

Sigortalı, işsizlik ödeneğinden yararlanma süresini doldurmadan tekrar işe girer ve işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanmak için bu Kanun'un öngördüğü şartları yerine getiremeden yeniden işsiz kalırsa, daha önce hakettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar bu haktan yararlanmaya devam eder. Bu Kanunun öngördüğü şartları yerine getirmek suretiyle yeniden işsiz kalınması halinde ise sadece bu yeni hak sahipliğinden doğan süre kadar işsizlik ödeneği ödenir (m.50/4).

4447 sayılı Kanun'un 52. maddesinde, işsizlik ödeneği ödenmesinde hak düşürücü nedenler sayılmıştır. Buna göre, işsizlik ödeneği almakta iken;

- Kurumca teklif edilen mesleklerine uygun ve son çalıştıkları işin ücret ve çalışma koşullarına yakın ve ikamet edilen yerin belediye mücavir alanı sınırları içinde bir işi haklı bir nedene dayanmaksızın reddeden,
- İşsizlik ödeneği aldığı sürede gelir getirici bir işte çalıştığı veya herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı aldığı tespit edilen,
- Kurum tarafından önerilen meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimini haklı bir neden göstermeden reddeden veya kabul etmesine karşın devam etmeyen,
- Haklı bir nedene dayanmaksızın Kurum tarafından yapılan çağrılar zamanında cevaplamayan, istenilen bilgi ve belgeleri öngörülen süre içinde vermeyen,

Sigortalı işsizlerin işsizlik ödenekleri kesilir.

İşsizlik ödeneğinin kesilmesine yol açan gelir getirici iş kapsamına önemsiz ve kısa süreli işler ile sigortalının malvarlığından elde edilen gelirler girmez¹³⁴¹. Buna karşılık, işçinin zamanının önemli bir bölümünü, bir ücret karşılığı kendine ya da

¹³⁴¹ TUNCAY, İşsizlik Sigortası, s. 31-49; YİĞİT, s. 91.

başkasına ait bir işyerinde çalışarak geçirmek suretiyle kazanç elde etmesi ödeneğinin kesilmesine neden olur¹³⁴².

Maddede yaşlılık aylığı almanın ödeneğinin kesilmesine yol açacağı belirtildiğinden, sosyal güvenlik kurumlarında gelir veya aylık almak, işsizlik ödeneğine hak kazanmaya engel değildir¹³⁴³.

4447 sayılı Kanun'un 52. maddesinin 2. fıkrasına göre, maddenin (c) ve (d) bendlerinde öngörülen ödeneklerin kesilme gerekçesinin ortadan kalkması halinde, işsizlik ödeneği ödenmesine yeniden başlanır. Ancak bu suretle yapılacak ödemenin süresi başlangıçta belirlenmiş olan toplam hak sahipliği süresinin sonunu geçemez.

Kanun'un 52. maddesinin 3. fıkrasında, işsizlik ödeneklerine ilişkin ödemelerin bazı hallerde durdurulacağı düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalı işsiz aynı anda hem işsizlik ödeneğini hem de geçici iş göremezlik ödeneği alamaz. Böyle bir durumun varlığı halinde işsizlik ödeneğinin ödenmesi çakışmanın devamı süresince durdurulur. Geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi sona erince işsizlik ödeneği ödenmeye devam edilecektir. Maddenin aynı fıkrasında diğer bir durma nedeni ise sigortalı işsiz muvazzaf askerlik dışında herhangi bir nedenle silah altına alınmasıdır. Bu halde de sigortalı işsiz silah altına alındığı sürece ödeneğin ödenmesi durdurulur.

4447 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 5. fıkrasına göre, iş sözleşmesi kanunda belirtilen şekilde sona eren işçinin, işsizlik ödeneğinden yararlanabilmesi için, ayrılma bildirgesi ile birlikte iş sözleşmesinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren otuz gün içinde Kuruma doğrudan veya elektronik ortamda başvurması gerekir. Mücbir sebepler dışında başvuruda gecikilen süre, işsizlik ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülür. Başvuruda gecikmenin işsizlik ödeneğinden tümüyle mahrum kalma sonucunu doğurmaması karşısında, otuz günlük başvuru süresinin hak düşürücü süre niteliğinde olmadığı söylenebilir¹³⁴⁴. Gecikme mücbir sebepten kaynaklanmışsa, başvuruda

¹³⁴² Y9HD, 08.04.2004, 16690-8331, Çalışma ve Toplum, 2004/2, s. 120.

¹³⁴³ GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/ CANİKLİOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 16.B, İstanbul 2016, s. 687.

¹³⁴⁴ YİĞİT, s. 97.

gecikilen süre işsizlik ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşürülemez¹³⁴⁵. Bu durumda, hak kaybının önüne geçilebilmesi için, mücbir sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren makul bir süre içinde Kuruma başvurulması gerekecektir¹³⁴⁶.

4447 sayılı Kanunun 28.11.2017 tarih ve 7061 sayılı Kanunla değişik 50. maddesinin 3. fıkrasına göre, işsizlik ödeneği başvuruları izleyen ayın sonuna kadar sonuçlandırılır. İşsizlik ödeneği, her ayın beşinde aylık olarak işsizin kendisine ödenir.

İş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiği iddiasıyla dava açan işçinin, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını alması durumunda, aynı dönem için işsizlik ödeneğine hak kazanıp kazanmadığı tartışmalara yol açmıştır. 4447 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 3. fıkrasında, 6552 sayılı Kanun'la yapılan ilave düzenlemede, işe iade davası açıp geriye doğru dört aylık ücret ve diğer haklara hak kazanan işçinin, işsizlik sigortası bakımından hak sahipliğinin dört aylık sürenin sonu esas alınarak belirleneceği öngörülmüştür. Yargıtay da, dört aylık ücret ve diğer haklarını alan işçinin aynı dönem için aldığı işsizlik ödeneğini kuruma iade etmesi gerektiğine karar vermektedir¹³⁴⁷. Öğretide dört aylık ücret ve diğer haklarını alan işçinin ödenmiş olan işsizlik ödeneğini iadeye mecbur tutulmasının, uzun süren işe iade davaları nedeniyle hakkaniyetle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür¹³⁴⁸.

§ 7- SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU'NA GÖRE HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

I) Profesyonel Yöneticilik Güvencesi

Bir işçinin sendikaya profesyonel yönetici olarak seçilmesi durumunda iş sözleşmesinin sona erip ermediği, yöneticilik görevinin sona ermesi üzerine işverenin işe başlatma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, yöneticilik süresince iş

¹³⁴⁵ YİĞİT, s. 97.

¹³⁴⁶ ÖKSÜZÖMER, Gülsüm/KURT, Resul, Soru ve Cevaplarla Türk Sosyal Güvenlik Mevzuatı, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayınları, İstanbul 2002, s. 57; YİĞİT, s. 97.

¹³⁴⁷ Y9HD, 08.10.2013, 2011/28542-2013/25391; Y22HD, 04.02.2013, 28-1671.

¹³⁴⁸ SUBAŞI, İbrahim/YİĞİT, Yusuf, "İş Sözleşmesinin Sona Erme Nedeninin İşsizlik Sigortasından Yararlanma Hakkına Etkisi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar", İş ve Hayat, S.8, Aralık 2018, s. 145.

sözleşmesinin durumu ve işçi ya da işveren tarafından bu nedenle yapılacak feshin haksız olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı önemli bir hukuki sorundur.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 23. maddesinde, işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi düzenlenmiştir. Kanunun 2. maddesinde kanunda belirtilen “yönetici” kavramının işçi sendikası ve konfederasyonların ve şubelerinin yönetim Kurulu üyelerini ifade ettiği açıklanmıştır. Buna göre, işçi sendikası ve konfederasyonu merkez ve şube yönetim kurulu üyeleri 6356 sayılı Kanun’un 23. maddesinin öngördüğü güvence kapsamındadır. Denetleme kurulu ve disiplin kurulu üyeleri bu kanun anlamında “yönetici” kavramı içinde değerlendirilemediklerinden Kanun’un 23. maddesinin öngördüğü güvenceden yararlanamazlar¹³⁴⁹. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, aynı Kanun’un 8. maddesinin (k) bendinde belirtilen geçici yönetim kurulu üyelerinin de “yönetici” olmaları nedeniyle söz konusu güvenceden yararlandırılmaları gerekir¹³⁵⁰.

İşçi kuruluşların yöneticileri iki farklı gruba ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, sendika veya şube yöneticisi olmaları nedeniyle çalıştıkları işyerinden, ayrılan yöneticilerdir. Bunlara “profesyonel yöneticiler” denilmektedir. Diğerleri ise, sendika veya şubesinde yönetici olarak seçildikleri halde, işyerinde o işyerinin işçisi olarak çalışmaya devam eden ve ücretlerini de işverenden alan yöneticilerdir¹³⁵¹. Belirtmek gerekir ki, yönetici ile sendika arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayanır. Başka bir anlatımla yönetici ile sendika arasında işçi-işveren ilişkisi söz konusu değildir¹³⁵².

¹³⁴⁹ ŞAHLANAN, Fevzi, “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalar İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Toprak Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Temmuz 2014, s. 376; BULUT, Ali, Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler, Ankara 2016, s. 80-81; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 86; BASKAN, Ş. Esra, 6356 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 2013, s. 711-712.

¹³⁵⁰ AKYİĞİT, Ercan, “Yeni Kanun’da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, LİHSGHD, C. 9, S. 36, s. 17; SUR, s. 79; Ayrıca bkz. BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 81.

¹³⁵¹ ŞAHLANAN, Fevzi, “Sendika Yöneticilerinin Güvencesi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, C.15, Özel S., 2013, s. 331; Aynı Yazar, “Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 376; EKMEKÇİ, s. 159; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 77 vd.

¹³⁵² TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 79; “Sendika ile sendika yöneticileri arasındaki ilişkinin kural olarak vekalet ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Ücret, vekalet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir. Buradan hareketle sendikalarda profesyonel sendika yöneticisi ve amatör sendika

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 23. maddesine göre, işçi kuruluşlarında yöneticilik nedeniyle çalıştığı işyerinden ayrılanların, yani profesyonel yöneticilerin iş sözleşmeleri askıda kalır¹³⁵³. İş sözleşmesinin askıya alınmasının sonucu yöneticilik süresince işçinin iş görme, işverenin de ücret ödeme borçlarının ortadan kalkmasıdır. Tarafların iş sözleşmesinden doğan diğer borçları devam eder. Bu nedenle işçinin yöneticilik süresi içinde özellikle rekabet etmeme, işverenin sırlarını açıklamama gibi sadakat borcu kapsamındaki yükümlülüklerine uyması zorunludur. Aksi halde işveren haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanarak iş sözleşmesini feshedebilir¹³⁵⁴.

Yönetici isterse, yönetici seçildiğinde veya yöneticilik süresi içinde iş sözleşmesini bildirim sürelerine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır. Yönetici tarafından yapılan bu fesih, niteliği itibarıyla derhal fesihtir. Sendika yöneticiliğine seçilmek, işçinin kanundan kaynaklanan ve derhal fesih hakkını doğuran bir neden olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle derhal fesih hakkını kullanan yönetici, diğer koşulları da taşımak kaydıyla, kıdem tazminatı talep edebilir¹³⁵⁵.

Kanunun 23. maddesinin 1. fıkrasına göre yönetici, yöneticilik süresi içinde iş sözleşmesini feshettiğinde kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır. Burada işçinin fesih tarihi itibarıyla geleceği ünvanı değil, çalıştığı işyerin-

yöneticisi olmak üzere iki tip yöneticinin söz konusu olduğunu söylemek gerekir. Sendika yöneticilerine verilecek ücretler ile sağlanacak diğer menfaatleri belirleme yetkisi ise münhasıran genel kuruldadır". (Y22HD, 21.12.2015, 30313-35028), Aynı yönde, Y22HD, 08.09.2014, 16525-22986.

¹³⁵³ Öğretide Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 23. maddesinin öngördüğü güvencenin salt yöneticiliğin değil; yöneticinin profesyonelliğinin sona ermesi halinde de kıyasen uygulanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür. Bkz. ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, s. 337.

¹³⁵⁴ BASKAN, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, s. 714.

¹³⁵⁵ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 278; ASTARLI, Muhittin, "6356 sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları", GÜHFD, C.XVII, S.1-2, 2013, s. 145; SUR, s. 80; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 87; BASKAN, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, s. 715; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 98-100. Yazar, haklı olarak, yöneticiye tanınmış olan derhal fesih hakkının haklı nedene dayalı derhal fesih olmadığını, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde belirtilen evlenme, askerlik ya da emeklilik gibi kıdem tazminatına hak kazandıran özel bir fesih türü olduğunu belirtmiştir.

den ayrıldığı tarihteki görevi ve ünvanı esas alınarak emsal ücret belirlenmelidir¹³⁵⁶. Ayrıca tazminata esas hizmet süresine iş sözleşmesinin yöneticilik nedeniyle askıda kaldığı süre eklenemez¹³⁵⁷.

Yöneticilik görevinin sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya çekilmek suretiyle sona ermesi durumunda, bir ay içinde ayrıldığı işverinde işe başlatılmak için işverene başvurabilir. Bu süre, niteliği itibarıyla, hak düşürücü süredir. Bir görüşe göre, Kanun'da belirtilen süre içinde başvurmayan işçi, iş sözleşmesini haklı neden olmadan feshetmiş sayılacağından, işe başlatılmayı isteme ve kıdem tazminatı hakkını kaybeder¹³⁵⁸. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe ise, yöneticilik görevi 6356 sayılı Kanun'nun 23. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen nedenlerle sona eren işçinin işe dönmek istememesi ya da bir aylık hak düşürücü süreyi kaçırmaması halinde kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı konusunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu durumdaki işçilerin hiç değilse 23. maddenin 3. fıkrasında belirtilen işçilerden daha az haklara sahip olmaması gerekir. Böyle bir durumda 3. fıkra kıyasen uygulanmak suretiyle kıdem tazminatına hak kazandıkları kabul edilmelidir¹³⁵⁹. Maddenin 2. fıkrası, yöneticiliğin belirli nedenlerle sona erdiği durumlarla sınırlı olarak, iş sözleşmesinin kaldığı yerden devamı için yapılması gerekeni ve sonuçlarını düzenlemiştir. İşçinin başvurmaması ya da başvurma süresini kaçırmaması halinde sözleşme sona erer. İşçinin yöneticiliğe seçilme nedeniyle iş sözleşmesini işten ayrıldığı tarihte veya yöneticilik süresince derhal feshedebileceğini ve bu durumda kıdem tazminatına hak kazanacağını düzenleyen 25. maddenin 1. fıkrası ve yöneticiliğin yukarıda sayılan haller dışında sona ermesi halinde kıdem tazminatı hak kazanılacağını düzenleyen 3. fıkra hükmü karşısında, yöneticilik görevi yukarıda belirtilen şekilde sona eren işçinin işe başlatılmak için işverene başvurmaması ya da süresi geçtikten sonra başvurması halinde

¹³⁵⁶ ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, s. 335; Aynı yazar, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 379; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 146; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 102-103.

¹³⁵⁷ ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, s. 335; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 146.

¹³⁵⁸ ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, s. 338; Aynı yazar, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 381. Yazara göre, iş hukukunda, iş sözleşmesinin askıda olduğu durumlarda askı süresi sonunda işçinin işe başlamaması halinde genel kural sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş sayılmasıdır.

¹³⁵⁹ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 147-148; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 111.

sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş olacağını ve kıdem tazminatı isteyebileceğini düşünüyoruz.

İşveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Kanunda belirtilen süre içinde işe başlatılmaması halinde iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Kanunda bu feshin hukuki niteliği belirtilmemiştir. Bir görüşe göre, haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanıldığı açıkça belirtilmemişse, işverence yapılan fesih niteliği itibariyle süreli fesihtir¹³⁶⁰. Bu nedenle, iş güvencesi kapsamında olmak kaydıyla, feshin geçersizliği ve işe iade istemiyle dava açılabileceği kabul edilmelidir¹³⁶¹. Bir başka görüşe göre ise, burada teknik anlamda bir fesih söz konusu değildir. İşverenin başlatma yükümlülüğüne aykırı davranışına fesih sonucu bağlanmıştır. İşverenin işe başlatmama davranışı haklı ya da geçerli neden denetimine elverişli değildir. Esasen kanun koyucunun getirmek istediği güvence yöneticinin kıdem tazminatı hakkını korumaktır. Ayrıca profesyonel yöneticinin iş güvencesi hükümleri uyarınca işe iade davası açma hakkını saklı tutan önerge de reddedilmiştir. Bu nedenle işe başlatılmayan yöneticinin işe iade davası açması mümkün değildir¹³⁶². Bu görüşü savunanların bir kısmına göre işe başlatılmayan yöneticinin ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı ya da sendikal tazminat istemesi de söz konusu olamaz¹³⁶³.

¹³⁶⁰ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 382; BASKAN, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, s. 722-723; ELMAS, s. 211-212.

¹³⁶¹ ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, s. 339; Aynı yazar, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 382. Yazara göre, bu durumda bir aylık dava açma süresi işverenin işe başlatma yükümlülüğünün doğduğu bir aylık sürenin bitiminden başlar. İşe iade davasının Kanun'un 23. maddesindeki süreç sonunda açıldığı gözönüne alındığında, feshin sendikal nedenle yapıldığına ilişkin bir karinenin varlığından söz edilebilir. Aynı görüşe bkz. SUR, s. 81; EKMEKÇİ, s. 164-165; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 185-186. Yazara göre, yöneticilik görevi sona eren işçinin işe başlatılmaması belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından usulsüz fesih, belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ise haksız fesih olarak değerlendirilmelidir. İş sözleşmesi belirsiz süreli ise işçi dilerse işe iade davası açar. Dilerse kıdem tazminatı ister. Sözleşme belirli süreli ise bakiye süre ücreti tutarı tazminatı talep edebilir. Tasarının TBMM'de tartışılması sırasında yöneticinin işe iade davası açma hakkını saklı tutan önergenin kabul görmemiş olması, yöneticinin işe iade davası açamayacağı şeklinde değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü zaten iş güvencesi özel olarak düzenlenmiş ve bu düzenlemeye göre işe iade davası açma hakkı vardır. Aynı yer, s. 184-185.

¹³⁶² NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 121-122; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 149-150; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 115-117.

¹³⁶³ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 149-150; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 115-117.

Kanımızca iş sözleşmesi yöneticilik süresince askıda olduğuna göre, yöneticilik görevinin Kanun'da belirtilen sebeplerle sona ermesinden sonra, işverenin işe başlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi devam eden bir sözleşmenin feshedilmesi anlamındadır. Esasen iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağını bizzatıhi Kanun belirtmektedir (m.23/2). Diğer yandan, yönetici olmak derhal bir fesih nedeni olmadığına göre, sözleşmesi belirsiz süreli olan işçinin işe başlatılmaması niteliği itibarıyla süreli bir fesihtir. Bu durumda, işçi iş güvencesi kapsamında ise, işveren İş Kanunu'nun 19. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak işe başlatmayacağını ve sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Aksi halde işçinin açacağı işe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilir. Kanun tasarısının TBMM'de görüşülmesi sırasında yöneticilerin işe iade davası açma haklarının saklı tutulmasına ilişkin bir önergenin reddedilmesi aksine bir yorum için yeterli bir gerekçe değildir. Kaldı ki, TBMM Genel Kurul tutanaklarına göre, işverenin işe başlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, maddede geçen iş sözleşmesinin “feshedilmiş sayılır” ibaresinin bir hukuki koruma sağlamadığı, buna karşı dava açma hakkının olması gerektiği düşüncesiyle önergenin verildiği anlaşılmaktadır¹³⁶⁴. Oysa ne madde metninde ne de gerekçesinde işe başlatılmayan işçinin dava hakkının bulunmadığına yönelik bir açıklama bulunmamaktadır. Maddede işçinin işe başlatılmaması halinde iş sözleşmesi “feshedilmiş sayılır” denildikten sonra, ayrıca işe iade davası hakkı bulunduğu yer verilmesi gerekmez. Diğer taraftan, işe başlatmamanın süreli bir fesih olarak nitelendirilmemesi ve işçinin işe iade davası açma hakkının bulunmadığının kabulü, başlatma yükümlülüğünü öngören Kanun hükmünü anlamsız kılar. İşverenin başlatma yükümlülüğünü yerine getirmemenin yaptırımını olarak işçinin sadece kıdem tazminatına hak kazandığını ileri sürmek güvencenin amacına uygun düşmeyecektir.

¹³⁶⁴ Önergenin veriliş amacı ile ilgili tek açıklama, önergede imzası bulunan bir milletvekilinin TBMM Genel Kurulu'nun 11.10.2012 tarihli toplantısında yaptığı konuşmada yer almaktadır. Açıklama şu şekildedir: “...sendika yöneticisi olan kişilerin eski işine iadesi konusunda, işe başlatmak zorundadır. Peki, başlatmadığı takdirde ne olacaktır? “İşverence iş akitleri feshedilmiş sayılmıştır.” diyor ve orada bırakıyor, fıkrayı kesiyor. Elbette, dava açma hakkı sağlanmalı”. Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21228&P5=B&page1=92&page2=92 (E.T.17.08.2019).

İşveren, yöneticinin işe başlatılma başvurusunu işyerinde boş yer bulunmadığı gerekçesiyle reddedemez. Çünkü yöneticinin geri dönme hakkı işyerinde boş yer bulunması şartına bağlı tutulmamıştır¹³⁶⁵.

Yöneticiliği sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteğiyle çekilmek suretiyle sona erdiğinde, yukarıda belirtildiği gibi, yöneticinin süresi içinde başvurması halinde işverenin başlatma yükümlülüğü söz konusudur. Yöneticilik görevinin yukarıda belirtilen sebepler dışında sona erdiği durumlarda ise, işverenin işe başlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunların işe alınma zorunluluğu bulunmadığı için iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılmaz¹³⁶⁶. Ancak bu durumda Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası gereğince, yöneticinin başvurusu halinde işverence kıdem tazminatı ödenir. Örneğin, yöneticilik için aranan koşulların bulunmaması nedeniyle yöneticilik görevinin mahkeme kararıyla sona bulması, yönetici seçilebilmeye engel suçlardan biriyle mahkum olması ya da milletvekili veya belediye başkanı seçilmesi sonucu yöneticiliğin kendiliğinden sona erdiği hallerde işverenin işe başlatmama yükümlülüğü bulunmamakta ise de, kıdem tazminatı ödemek zorundadır¹³⁶⁷. Kıdem tazminatının hesabında, işyerinde çalışmış süreler dikkate alınır. Ayrıca çalıştığı işyerindeki görev ve unvanı dikkate alınarak fesih tarihinde emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınır. İşçinin iş kanunlarından doğan hakları saklıdır. Yöneticilik görevi belirtilen sebeplerle sona erdiğinde, fesih tarihi yöneticinin (işçinin) işverene başvurduğu tarihtir. Yöneticiliğin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde de aynı sonuca varmak gerekir¹³⁶⁸.

II) İşyeri Sendika Temsilcisi ve Amatör Yöneticinin Güvencesi

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklara İlişkin Sözleşme'nin 1. maddesine göre, "İşletmelerdeki işçi temsilcileri, kanunlara toplu sözleşmelere veya yürürlükteki

¹³⁶⁵ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 86; EKMEKÇİ, s. 165.

¹³⁶⁶ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 87; SUR, s. 83.

¹³⁶⁷ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 380; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 152.

¹³⁶⁸ AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 350; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 152.

sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşulu ile işten çıkar-
ma dahil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu
sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faali-
yetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan
yararlanırlar”.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda işyeri sendika temsilcileri ile ama-
tör sendika temsilcileri bakımından haksız feshin hukuki sonuçları özel olarak düzen-
lenmiştir. Kanun’un 24. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İşveren, işyeri sendika temsilcil-
erinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve
kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez”. Buna göre işyeri sendika temsilcilerinin iş
sözleşmesi ancak haklı nedenle feshedilebilir¹³⁶⁹. 6356 sayılı Kanun’da haklı nedenin
tanımı yapılmadığı gibi, hangi davranışların haklı neden teşkil ettiği de belirtilmemiştir.
Bu nedenle genel Kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesindeki
tanım belirleyici olacaktır. Buna göre, “Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük ku-
rallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı
sebeptir”. Türk Borçlar Kanunu’nun haklı neden tanımı İş Kanunu’nun 25. mad-
desinde belirtilen haklı nedenlere göre daha kapsamlıdır. Çünkü İş Kanunu’nun anılan
hükmü haklı nedenleri sayılanlar ve benzerleri ile sınırlandırmıştır¹³⁷⁰. Öyleyse
dürüstlük kuralları uyarınca, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği
bir durum meydana geldiğinde temsilcinin iş sözleşmesi feshedilebilir¹³⁷¹.

Yukarıda belirtildiği gibi, Kanun’a göre işyeri sendika temsilcilerinin iş
sözleşmeleri ancak haklı nedenin varlığı halinde feshedilebileceğinden, İş Kanunu’nun

¹³⁶⁹ 6356 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki düzenlemeler hakkında geniş bilgi için bkz.
DEMİR, Fevzi, “Temsilcinin İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart”, Karar
İncelemesi, Kamu-İş, C.9, S.1, 2007, 29-52; CENGİZ (URHANOĞLU), İstar, “İşyeri Sendika
Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması”, Kamu-İş, C. 11, S. 1, 2009, 59-83.

¹³⁷⁰ ÇENTEL, Tankut, “6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği”, Sicil, S.31, 2014, s.
15; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 796; NARMANLIOĞLU, s. 417.
EKMEKÇİ, s. 175.

¹³⁷¹ SUR, Melda, “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku
Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, s. 188-189; Aynı Yazar, Toplu İlişkiler, s. 69; ŞAHLANAN,
Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 385; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 156; TUNCAY/SAVAŞ
KUTSAL, s. 147.

18. maddesinde öngörülen geçerli nedenlerle feshi mümkün değildir¹³⁷². Ancak, 6356 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 4. fıkrasında yer alan, "İşyeri sendika temsilcileri, işyerindeki işlerini aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak şartı ile görevlerini yerine" getireceği hükmü uyarınca geçerli neden boyutunda olmakla birlikte devamlılık arz eden davranışların Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesi kapsamında haklı neden teşkil edeceği söylenebilir¹³⁷³.

6356 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 1. fıkrasına göre, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşen işçi sendikası, işyerinde çalışan üyeleri arasından işyeri sendika temsilcisi atayabilir. Atanacak temsilci sayısının azami sınırı işyerindeki işçi sayısına belirlenir. Buna göre işyerindeki işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüzbir ile beşyüz arasında ise en çok üç, beşyüz ile bin arasında ise en çok dört, binbir ile ikibin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz temsilci atanabilecektir. Sendikanın yetkisi işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin ise, temsilci sayısı işletmeye göre değil, işletmeye bağlı her bir işyeri için ayrı ayrı belirlenir¹³⁷⁴. Diğer yandan, Kanun'un 27. maddesine göre, sendika tüzüğünde işyeri sendika temsilcisinin seçimle belirleneceğine ilişkin hükümlere yer verilebilir¹³⁷⁵.

İşyeri sendika temsilcisi olmak için işçi olmak ve sendika üyesi olmak yeterli olup, işçinin hangi Kanuna tabi olduğu önemli değildir. Başka bir anlatımla temsilci, Türk Borçlar Kanunu'na, Basın İş Kanunu'na veya Deniz İş Kanunu'na tabi bir işçi olabileceği gibi, ücret karşılığı taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet yürüten gerçek kişilerin olması da mümkündür¹³⁷⁶. Buna karşılık, 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca işveren adına işletmenin bütününe idare eden işveren vekili, bu Kanun'un uygulanması bakımından

¹³⁷² SUR, s. 73; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 156, ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 194; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 147

¹³⁷³ SÜZEK, s. 641; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, 147-148.

¹³⁷⁴ İşyeri sendika temsilcileri hakkında daha geniş bilgi için bkz. NARMANLIOĞLU, Ünal, "İşyeri Sendika Temsilcileri (Atanmaları, Görevleri ve Güvenceleri)", DEÜHFD, C.3, S. 1-4, 1987, 169-230; CENTEL, Tankut, "6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği", Sicil, S.31, 2014, 7-22.

¹³⁷⁵ SUR, Sendika Temsilcisinin Güvencesi, s. 182.

¹³⁷⁶ NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 264; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 194; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 136.

işveren sayıldıklarından, işyeri sendika temsilcisi olarak atanmaları mümkün değildir. Öğretide, işletmenin bütününe idare etmediği halde 4857 sayılı İş Kanunu bakımından işveren vekili sayılanların temsilci olarak atanabilecekleri haklı olarak ileri sürülmüştür¹³⁷⁷.

İşyeri sendika temsilcisine tanınan güvence temsilcilik görevi devam ettiği sürece geçerlidir. Temsilcilik görevi toplu iş sözleşmesinin sona ermesi, sendikanın yetkisinin düşmesi, sendika üyeliğinden çekilme, sendikaca görevden alınma gibi sebeplerle sona erdiğinde, güvence de sona erer. Temsilcilik görevi sona eren işçinin iş sözleşmesinin daha önce yerine getirdiği temsilcilik görevinden dolayı feshedilmesi durumunda, feshin sendikal nedene dayandığı kabul edilmelidir. Bu durumda işçi, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca doğrudan sendikal tazminat ya da işe iade davası açabilir¹³⁷⁸.

6356 sayılı Kanun'un 24. maddesine göre, iş sözleşmesi haklı neden olmadan ve nedeni yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtilmeden feshedilen işyeri sendika temsilcisi veya üyesi bulunduğu sendika, bir ay içinde feshin geçersizliği talebiyle işe iade davası açabilir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24. maddesi hükmü işyeri sendika temsiliği sıfatı için öngörülmüştür. Bu nedenle İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan otuz işçi sayısı ve altı aylık kıdem koşulu burada aranmaz¹³⁷⁹. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır¹³⁸⁰.

¹³⁷⁷ Bkz. OKUR, A. Rıza, Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985, s. 43; Ayrıca bkz. BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 137; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 264. Yazara göre bu kişilerin işyeri sendika temsilcisi olarak atanmaları teorik olarak mümkündür. Ancak, bir kişide hem işveren vekilliği hem de sendika temsilciliğinin birleşmesi çatışan menfaatlere ve amaca uygun değildir. Bkz. Toplu İş İlişkileri, s. 264, dn.578.

¹³⁷⁸ SÜZEK, s. 639-640. Yazara göre, temsilcilik görevi sona eren işçilere işyeri sendika temsilcilerine tanınmış olan güvenceden belirli bir süre daha yararlanma hakkının tanınması gerekir. Aynı yer, s. 640; Aynı görüşte bkz. SÜMER, Sendikal Nedenler, s. 131; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 198; GÜMRÜKÇÜOĞLU, B.Yeliz, "İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/1, s. 116; ÖZVERİ, s. 99.

¹³⁷⁹ CENTEL, İşyeri Sendika Temsilciliği, s. 15; SUR, Sendika Temsilcisinin Güvencesi, s. 188.

¹³⁸⁰ "2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde "İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır." Kuralına yer verilmiştir. Buna göre, temsilci için özel yararlanma şartları olarak gösterilen söz konusu güvence doğrudan "temsilcilik sıfatına" dayalı olduğundan, işçide sadece bu sıfatın bulunması yeterlidir. Ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kıdeminin varlığına bakılmaz". (Y9HD, 21.07.2008, 25552-20932), Aynı yönde, Y9HD, 01.06.2009, 2008/36359-2009/15149.

Haklı nedeni ispat yükü işverendedir. İşyeri sendika temsilcisinin açtığı işe iade davası, diğer iş davaları gibi basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay, kesin olarak karar verir (m.24/3).

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24. maddesinin 3. fıkrasına göre, mahkemece temsilcinin işe iadesine karar verildiğinde, fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir¹³⁸¹. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması hâlinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek, ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm, yeniden temsilciliğe atanma hâlinde de uygulanır. Fesih tarihi ile karar tarihi arasındaki süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ile işçinin başvurusu üzerine işe başlatılmaması nedeniyle ödenmesi gereken ücret ve diğer haklara ilişkin ödemeler niteliği itibarıyla ücrettir¹³⁸².

6356 sayılı Kanun'da işyeri sendika temsilcisinin mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işe başlatılmak için işverene başvurmamasının yaptırımını düzenlenmemiştir. Bir görüşe göre, bu durumda temsilcinin istifası yani bildirimsiz feshi söz konusu olur. Bu durumda işçi, ancak fesih tarihi ile karar tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları talep edebilir¹³⁸³. Kanımızca Kanunun 24. maddesinin 3. fıkrasında feshin geçersiz sayılması, temsilcinin işe iadesine karar verilmesi ve temsilcinin altı iş günü içinde işverene başvurması şartına bağlanmıştır. Temsilcinin altı iş günü işverene başvurmaması halinde yapılan feshin geçersizliğinden söz edilemeyecektir. Başka bir anlatımla, temsilcinin süresinde başvurmaması işverenin feshini geçerli hale getirecektir. Esas olarak, temsilcinin işe başlatılmak için süresi içinde işverene başvurmaması, sözleşmenin devam edip etmemesiyle ilgili bir husustur. Bu noktada geçersizliğin sözleşmenin devamı için gerekli olduğu açıktır. Kanunun 24. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, "...altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla...iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek..." ibareleri belirttiğimiz sonucu

¹³⁸¹ Y22HD, 22.10.2013, 26981-22045.

¹³⁸² ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 387.

¹³⁸³ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 160.

vurgulamaktadır. Temsilcinin altı iş günü içinde işverene başvurmaması halinde işveren-in yaptığı fesih geçerli hale gelir ve işveren geçerli feshin sonuçlarından sorumlu tutulmalıdır. Temsilcinin süresi içinde başvurmamasının, kendisinin haksız feshi olarak nitelendirilmesi halinde, dava açmadan önceki şartlardan daha kötü bir durum söz konusu olur. Temsilcinin en azından davadan önceki hukuki durumu korunmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre, işyeri sendika temsilcinin iş sözleşmesinin feshi sendikal ayrımcılığı dayandığı iddiasıyla İş Kanunu’nun 25. maddesi uyarınca sendikal tazminat talebinde de bulunulabilir. Ancak hem 24. madde hem de 25. maddeye dayanan taleplerde bulunulması mümkün değildir. Çünkü bu maddelerin kapsam ve koşulları birbirinden farklıdır¹³⁸⁴.

Maddenin 4. fıkrasına göre, işverence işyeri sendika temsilcisinin yazılı rızası alınmadan işyerinin değiştirilmesi veya işinde esaslı mahiyette değişiklik yapılması mümkün değildir. Aksi hâlde değişiklik, geçersiz sayılır. Rızası alınmadan işyerinin değiştirilmesi halinde temsilci, Türk Borçlar Kanunu’nun 408. maddesi uyarınca, çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını işverenden isteyebilir¹³⁸⁵. Temsilcinin değiştirilen işyerinde çalışmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshi, haksız olur. Bu durumda, davacı 6356 sayılı Kanun’un 24. maddesi uyarınca dava açabilir. Yargıtay, temsilcinin rızası alınmadan işyerinin değiştirilmesi halinde değişikliğin geçersiz olduğuna ve temsilcinin önceki işyerine iadesine karar vermiştir¹³⁸⁶.

¹³⁸⁴ SUR, Sendika Temsilcisinin Güvencesi, s. 192; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 150; EKMEKÇİ, s. 178. Yargıtayın uygulaması da bu yöndedir: “6356 sayılı Kanun’un 24. maddesinde düzenlenen sendika temsilciliğinin güvencesine dayanılarak açılan işe iade davası ile, 6356 sayılı Kanun’un 25. maddesinde düzenlenen sendika özgürlüğünün güvencesine dayanılarak açılan davanın uygulanma şartları ve sonuçları birbirinden farklıdır. Elbette sendika temsilcisi 24. madde yerine 25. madde hükümlerinin uygulanmasını isteyerek dava açabilecektir. Ancak her iki hükmün amacı, uygulanma şartları ve sonuçları farklı olduğundan, Dairemiz uygulamasına göre karma talepli açılmaz ve karma uygulanamaz. Bu bakımdan dava dilekçesinde hem 6356 sayılı Kanun’un 24/3 maddesinin uygulanmasını hem de 6356 sayılı Kanun’un 25. maddesi uyarınca tazminat talep eden davacıya öncelikle “sendika işyeri temsilciliğinin güvencesi”ni düzenleyen 24. maddenin mi uygulanmasını yoksa koşulları farklı 25. maddenin mi uygulanmasını istediği hususu açıklattırıldıktan sonra esasa girilerek değerlendirme yapılması için kararın bozulması gerekmiştir”. Y9HD, 21.01.2016, 2015/25304-2016/1474.

¹³⁸⁵ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 151.

¹³⁸⁶ Y9HD, 10.03.2009, 7564-6562.

Maddenin son fıkrasında, bu madde hükümlerinin işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler (amatör sendika yöneticileri) hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. İş sözleşmesi devam ederken aynı zamanda sendikadaki yöneticilik görevini yürüten işçilerin bu konumları nedeniyle işverenin ayrımcı işlemleriyle karşılaşmaları mümkündür¹³⁸⁷. Bu nedenle amatör yöneticiler için de güvence getirilmiştir. İşyeri sendika temsilcileri için öngörülen güvence amatör yöneticilere görevleri süresince uygulanacaktır. Yöneticinin söz konusu güvenceden yararlanması için İş Kanunu'nun 18. maddede belirtilen şartların bulunması gerekmez. Başka bir anlatımla, işçinin fesih tarihi itibarıyla yönetici olması yeterli olup, işyerinde otuz veya daha fazla işçinin bulunup bulunmadığı, kıdeminin altı ay veya daha fazla olup olmadığı önemli değildir. Yönetici, iş sözleşmesi belirli süreli de olsa anılan güvenceden yararlanabilecektir¹³⁸⁸. Ancak amatör yöneticilik, sözleşme süresince geçerli olduğundan, sözleşmenin süre bitiminde kendiliğinden sona ermesi durumunda güvencenin de sona ermesi gerekir.

6356 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca işveren, bu tür yöneticilerin iş sözleşmelerini haklı sebep olmadan ve sebebini yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde belirtmeden feshedemez. Aksi halde, yönetici, bir aylık süre içinde feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle dava açabilir. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, fesih tarihi ile karar tarihi arasında geçen süre için ücret ve diğer hakların yöneticiye ödenmesine de hükmedilir. Yönetici, kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işe başlatılmasını isteyebilir. İşveren, işçiyi başvurudan itibaren altı iş günü içinde işe başlatmak zorundadır. İşçi işe başlatılırsa, sözleşme kaldığı yerden devam eder. İşçinin işe başlatılmaması halinde de sözleşme, herhangi bir kesintiye uğramamış gibi devam eder. Bu durumda yönetici, çalıştırılmadığı halde yöneticilik görevi devam ettiği sürece ücret ve diğer haklara hak kazanır. Kanun'un 24. maddesinin 3. fıkrasına göre, söz konusu güvence yeniden yöneticiliğe seçilme halinde de aynen devam eder.

III) Sendika Üyeliği Güvencesi

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 4. fıkrasında işverenin işçilerin işe alınmalarında, çalışma şartlarının belirlenmesinde veya

¹³⁸⁷ AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 345.

¹³⁸⁸ AKYİĞİT, s. 537.

işten çıkarmada sendikal nedenlerle ayırım yapması halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata karar verileceği belirtilmiştir¹³⁸⁹.

Kanun'un 25. maddesinin 5. fıkrasında ise, iş sözleşmesi sendikal bir nedenle feshedilen işçinin, İş Kanunu'nun 20 ve 21. madde hükümlerine göre feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iadesine karar verilmesini ya da doğrudan sendikal tazminatın hüküm altına alınmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. İşe iade davasında feshin sendikal nedene dayandığının tespiti halinde, İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata da karar verilir. Ancak işçinin başlatılmaması halinde İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla işe iade davası açmaması ayrıca sendikal tazminat istemesine engel teşkil etmez. Buna göre Kanunda iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçiye iki farklı dava seçeneği sunulmuştur. Bunlar, işe iade ve doğrudan sendikal tazminat davalarıdır¹³⁹⁰.

İşe iade davasında hüküm altına alınacak sendikal tazminat işe başlatmamanın değil, feshin sendikal nedene dayanmasının yaptırımıdır. Gerçekten, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yer alan "İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez" hükmü bu sonuca götürmektedir¹³⁹¹.

¹³⁸⁹ Sendikal nedenle fesih hakkında geniş bilgi için bkz. SÜMER, Halûk Hadî, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997; Aynı Yazar, "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi" Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.II, İstanbul 2011, 1623-1664; Aynı Yazar, İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Güvencesi", Karar İncelemesi, LİHSGHD, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Özel Sayı, 2016; ŞAHLANAN, Fevzi, "Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması)", LİHSGHD, S. 37, 2013; ÖZTÜRK, Mehmet Onat, "İşçinin Sendikal Özgürlüğünün Sendikal Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum, S.38, 2013/3; BASKAN, Ş. Esra, 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013; BULUT, Ali, Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler, Ankara 2016.

¹³⁹⁰ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 392; SUR, s. 61.

¹³⁹¹ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 164; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 945.

Yukarıda belirtildiği gibi, işe iade davasında sendikal tazminata karar verildiğinde ayrıca iş güvencesi tazminatına karar verilemez. Ancak işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücreti hüküm altına alınır. Öğretide sendikal tazminatın işe başlatma veya başlatmama şartına bağlı tutulmamasının ve sendikal tazminata karar verildikten sonra ayrıca iş güvencesi tazminatına karar verimemesinin sendikal feshe karşı korumayı etkisiz kıldığı ileri sürülmüştür¹³⁹².

Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2014 tarih ve 2013/1-2014/161 sayılı iptal kararından önce, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 4. fıkrasında doğrudan sendikal tazminat talep edilebilmesi fesih dışındaki ayırım yasakları ile sınırlandırılmıştı. Aynı Kanunun 5. fıkrasında sendikal nedenle işe iade davası da sadece iş güvencesi kapsamındaki işçiler için öngörülmüştü¹³⁹³. Sözü edilen düzenlemenin Anayasanın 10. maddesinde yer alan genel eşitlik kuralına, 51. maddesinde düzenlenen sendika hakkına, ILO'nun 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına Dair Sözleşmelerine ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile öğretide haklı olarak eleştirilmişti¹³⁹⁴. Yargıtay da sözü edilen düzenlemenin Anayasa'nın ve uluslararası sözleşmelerin konu ile ilgili hükümlerine aykırı olduğu gerekçesi ile iş sözleşmeleri sendikal nedenle feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçilerin de sendikal tazminat isteyebileceklerine karar vermişti¹³⁹⁵. Anayasa Mahkemesi yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “fesih dışında” ve 5. fık-

¹³⁹² 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin eleştirisi hakkında bkz. ÖZTÜRK, s. 230 vd.

¹³⁹³ Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce 6356 sayılı TSİK.m.25'nin 4. fıkrası: “İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir”; 5. fıkrasının son cümlesi ise “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir” şeklindeydi.

¹³⁹⁴ ŞAHLANAN, Sendika Üyeliğinin Güvencesi, s. 8-9; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 140; SAĞLAM, Fazıl/SOYER, Polat, “İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Bu Açıdan Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, LİHSGHD, S. 39, 2013, 3-24, s. 16 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 947-948; BASKAN, s. 166; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 287-293.

¹³⁹⁵ Y9HD, 25.03.2014, 2013/13993-2014/10049.

radaki “18” ibarelerini iptal ederek bu konudaki tartışmalara son vermiştir. Böylece iş güvencesi kapsamında olmayan işçi de sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla doğrudan sendikal tazminat isteyebileceği gibi, işe iade davası da açabilecektir¹³⁹⁶. Ancak feshin sendikal nedene dayandığının kanıtlanmaması halinde işe iade davası reddedilmelidir¹³⁹⁷. Çünkü iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal neden iddiası dışında işe iade davası açmaları mümkün değildir. Başka bir anlatımla iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin işe iade davası açabilmeleri feshin sendikal nedene dayanmasına bağlıdır¹³⁹⁸. Feshin sendikal neden dışında geçersiz bir nedene dayanması halinde işe iade kararı verilemez. Mahkemece feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verildiğinde, güvence kapsamındaki işçilerde olduğu gibi, işçinin işe başlatılmak için başvurusu, işverenin başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminatın ödenmesi gerektiğine de karar verilmelidir.

Mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesinde sendikal tazminat özel olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinde işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesi halinde kötüniet tazminatına da karar verilebileceği, ancak sendikal tazminata hükmedilmesi halinde ayrıca kötüniet tazminatının hüküm altına alınamayacağı öngörülmüştü. 6356 sayılı Sendikal ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25. maddesinde sendikal nedenle yapılan feshin yaptırımı özel olarak düzenlenmiş olup, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 17. maddesinde feshin sendikal nedene dayanması halinde kötüniet tazminatına da karar verileceğine dair bir hükme yer verilmemiştir.

İş güvencesi kapsamı dışında olan işçi, iş sözleşmesinin sendikal neden dışında kötünietli olarak feshedilmesi halinde işe iade davası açamazsa da, doğrudan kötüniet

¹³⁹⁶ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 204; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 117; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 295; “Sendikal neden kanıtlandığına göre sendikal nedende ... Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı sonrası 6 aylık kıdem aranmamaktadır. Fesih geçersiz olup sendikal nedene dayanmaktadır”. (Y9HD, 19.10.2017, 2016/26885-2017/16188).

¹³⁹⁷ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 204.

¹³⁹⁸ İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal feshe karşı korunmaları hakkında geniş bilgi için bkz. SÜMER, Halûk Hadî, “İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Güvencesi”, Karar İncelemesi, LIHSGHD, Prof.Dr.Fevzi Demir’e Armağan, Özel Sayı, 2016, s.235 vd.

tazminatı isteyebilir. Sendikal nedenle fesih aynı zamanda kötüniyetli bir fesih olduğundan, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde işçi, kötüniyet tazminatını talep edebilirse de, sendikal tazminat ve kötüniyet tazminatı birlikte isteyemez¹³⁹⁹. Yargıtay'ın uygulaması da bu doğrultudadır¹⁴⁰⁰. Bununla birlikte işçi, iki tazminattan birini isteyebilme açısından seçimlik hakka sahiptir¹⁴⁰¹. Çünkü kötüniyet tazminatı sendikal tazminata göre genel niteliktedir. Sözleşme ile bildirim süresinin arttırıldığı ve giydirilmiş ücret miktarının da yüksek olması nedeniyle kötüniyet tazminatı miktarının sendikal tazminat miktarından fazla olduğu durumlarda dahi farklı bir sonuca gidilemeyeceği kanısındayız¹⁴⁰².

İş Kanununun 5. maddesinde iş ilişkisinde veya sona ermesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılması, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapılması, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılması halinde işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi (STİSK.m.25) hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı, sendikal nedene de dayanabilir. Bu durumda işçinin hangi tazminatı talep edebileceği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre işçi, her

¹³⁹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 949; SÜZEK, s. 633-634; AKYİĞİT, s. 598; ŞAHLANAN, Sendika Üyelüğünün Güvencesi, s. 12; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 198; SUR, s. 70; SÜMER, Sendikal Neden, s. 1657; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 125; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 305.

¹⁴⁰⁰ “Somut olayda, aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötüniyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa, yukarıda bahsedilen 4857 sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşılamamaktadır. Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir”. Y22HD, 29.11.2012, 2012/29053-2013/27095.

¹⁴⁰¹ ŞAHLANAN, Fevzi, Sendikalarla İlişkin Hükümler, s. 397; SÜMER, Sendikal Fesih, s. 1657 ; Aksi görüş için bkz. DOĞAN YENİSEY, s. 80-81.

¹⁴⁰² Sözleşme ile bildirim süresinin arttırıldığı ve giydirilmiş ücret miktarının da yüksek olduğu bazı hallerde, kötüniyet tazminatı miktarının sendikal tazminat miktarından fazla olması mümkündür.

iki tazminattan birini tercih edebilir¹⁴⁰³. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise, bu durumda İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen tazminat değil, maddede saklı olduğu belirtilen sendikal tazminat talep edilebilir¹⁴⁰⁴. Yargıtay da bu yönde karar vermektedir¹⁴⁰⁵.

Öğretide, İş Kanununun 5. maddesinde sadece sendikal tazminata ilişkin hükmün saklı tutulduğundan söz edilerek ve hem ayrımcılığın önlenmesi hem de işçinin korunması amacından hareketle, ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatının birlikte talep edilebileceği ileri sürülmüştür¹⁴⁰⁶. Başka bir görüşe göre, işverenin aynı davranışına birden fazla hukuki yaptırım uygulanması doğru olmaz. İş sözleşmesinin ayrımcılığa dayalı olarak feshi aynı zamanda kötüniyetli bir fesihtir¹⁴⁰⁷. Diğer bir görüşe göre ise, ayrımcılık kötüniyetin özel bir hali olsa da, 5. maddedeki tazminatın yalnızca iş sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili olmadığı, uygulanması ile de ilgili olduğu, bu nedenle daha genel nitelikte bir düzenleme olduğu dikkate alınarak, ayrımcılığa dayalı fesihte işçinin miktar olarak yüksek olan kötüniyet tazminatına hak kazandığı kabul edilmelidir¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰³ DEMİR, s. 192.

¹⁴⁰⁴ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 397; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 949-950; SÜZEK, s. 456, 634; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 483; SUR, s. 70; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, 125-126.

¹⁴⁰⁵ “dört aya kadar olan ve ayrımcılık tazminatı olarak ifade edilen miktarlar için verilen karar yerinde değildir. Zira işverenin işyerinde sendikal faaliyeti engellemek için karşı faaliyet yürüttüğü bu kapsamda da bazı uygulamalar yaptığı, sendikal olmayan işçilere 110,00 TL ayrıca ücret ödemesinde bulunduğu sabittir. Bu ödeme ile işverenin sendikal faaliyeti engelleme amacı gütmektedir. İşe iade davası sonucunda verilen işe başlatmama tazminatının sendikal nedene dayalı fesih gerekçesiyle bir yıllık ücret olarak belirlendiği dikkate alındığında işverenin sendikalaşmaya karşı olan bu eylemi için yasal bir yaptırıma maruz kaldığı, artık aynı sebep için ikinci defa tazminat ödeme durumunda bırakılmasının mümkün olmadığı düşünülmelidir. Mahkemece aksi yönde yorum yapan bilirkişinin raporuna dayanılarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine göre tazminata karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. Y9HD, 16.06.2014, 2012/15705-2014/19606.

¹⁴⁰⁶ SÜZEK, s. 456; DOĞAN YENİSEY, s. 78; YILDIZ, s. 335-337; MANAV, s. 239-240 ; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 749.

¹⁴⁰⁷ ÇELİK, Nuri, “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, LİHSGHD, 14, 2007, s. 493; TUNCAY, A.Can, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2007, s. 36-37; SÜMER, Uygulamalar, s. 111; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 158.

¹⁴⁰⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 483.

Sendikal tazminatın tabanı bir yıllık ücret tutarıdır. Tazminat için herhangi bir üst sınır öngörülmemiştir. Hakim, olayın özelliklerini, ayrımcılık yapan davranışın ağırlığı, işverenin kusur durumu gibi hususları dikkate alarak alt sınırdan aşağı olmamak üzere miktarı belirleyecektir¹⁴⁰⁹. Tazminatın belirlenmesinde, işçinin son brüt çıplak ücreti dikkate alınır¹⁴¹⁰. 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesine 7036 sayılı Kanun'la eklenen 4. fıkraya göre mahkeme veya özel hakem, iş güvencesi tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas almak suretiyle parasal olarak belirler. Diğer taraftan, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 5. fıkrasına göre sendikal tazminata karar verildikten sonra ayrıca İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen tazminata karar verilemeyeceği öngörülmüştür. Bu durumda, sendikal tazminatın dava tarihindeki ücret üzerinden değil, fesih tarihindeki ücret dikkate alınarak hesaplanması gerekir. Yargıtay, sendikal fesih iddiasıyla açılan işe iade davasında iş güvencesi tazminatının tahsili yönünde hüküm kurulamayacağına karar vermektedir¹⁴¹¹. Öğretide işe iade davasında kabul edilen sendikal tazminatın tahsili yönünde hüküm kurulması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴¹². Gerçekten, sendikal tazminat, işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması ya da başlatmaması şartına bağlanmadığına göre artık tazminatın tahsili yönünde hüküm altına alınması gerektiği söylenebilir. Ancak bu durumda dava açılırken sendikal tazminat için harç alınması gerekir.

Yargıtay'a göre kanunda her ne kadar sendikal taminat için bir alt sınır öngörülmüşse de, davacının talebi aşılamaz. İşçi, daha az miktardaki talebine bağlı kalınmalıdır. Yargıtay'ın bu kararı öğretide alt sınırın altında bir miktar üzerinde tarafların anlaşma-

¹⁴⁰⁹ SÜMER, Sendikal Nedenle Fesih, s. 121; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 329; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 298.

¹⁴¹⁰ SÜZEK, s. 631; SÜMER, Sendikal Nedenle Fesih, s. 121; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 300.

¹⁴¹¹ “4-Davacının başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın tazminat miktarının sendikal fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 1 yıllık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,” Y9HD, 19.12.2018,3525-23682, Aynı yönde Y22HD, 26.04.2018, 3212-10029.

¹⁴¹² ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 46; SUR, s. 69; ESENER/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 177.

ların mümkün olmadığı bir durumda, hâkimin işçinin talebine bağlı kalarak alt sınırın altında bir miktara karar veremeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴¹³.

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 8. fıkrasında ilk yedi fıkra hükümlerine aykırı toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümlerinin geçersiz olduğu belirtmiştir. Bununla birlikte, sendikal tazminata ilişkin alt sınırın sözleşmeyle artırılıp artırılmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, düzenleme mutlak emredici nitelikte olduğundan, işçi lehine de olsa miktarın artırılması mümkün değildir¹⁴¹⁴. Bir başka görüşe göre ise maddenin 8. fıkrası hükmü önceki fıkraların tamamına mutlak emredici niteliği kazandırmamıştır. Sendikal tazminatın alt sınırına ilişkin 4. fıkra gibi bazı hükümler nispi niteliktedir. Sözleşme ile alt sınırın artırılması mümkündür¹⁴¹⁵.

İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür (STİSK.m.25/6).

§ 8- HAKSIZ FESHİN DİĞER HUKUKİ SONUÇLARI

I) Para Ve Para İle Ölçülebilen Menfaatlerin Muaccel Olması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinin 6. fıkrasına göre, "İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur". Buna göre işveren, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi sona eren işçiye ücret ve ikramiye gibi parasal hakları ile yemek, yakacak ve giyim gibi para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerini ödeme gününü beklemeksizin sona erme tarihinde ödemekle yükümlüdür. Anılan hükümde yer alan "zorundadır" sözcüğünün, işçinin para ve para ile ölçülmesi mümkün tüm menfaatlerine ilişkin alacağını muaccel hale getirdiği konusunda kuşku yoktur. İş Kanunu hükümlerinin daha çok nispi emredici niteliği dikkate alındığında, sözleşmenin sona ermesiyle ücret ve para ile ölçülmesi mümkün diğer menfaatler bakımından, aynı za-

¹⁴¹³ AKYİĞİT, İş güvencesi, s. 328.

¹⁴¹⁴ SÜZEK, s. 632; BAŞBUĞ, Toplu İş İlişkileri, s. 76.

¹⁴¹⁵ ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 210; BULUT, Sendikal Güvenceler, s. 301-302.

manda işverenin temerrüde düşüp düşmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iş sözleşmesinin sona ermesiyle ücret alacağı muaccel hale gelmektedir¹⁴¹⁶. Yargıtay da, ödeme gününden önce iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda ücret alacağının muaccel hale geleceğine, işçinin sözleşmenin sona ermesinden itibaren faize hak kazanabilmesi için işvereni temerrüde düşürmesi gerektiğine karar vermektedir¹⁴¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 442. maddesinde de, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sözleşmeden doğan bütün borçların muaccel olacağı öngörülmüştür.

II) Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ortaya çıkan bir işçilik hakkı olmakla birlikte, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda değil, kanunun öngördüğü sayılı ve sınırlı sona erme hallerinde belirli bir kıdeme sahip işçilere tanınmış bir hak¹⁴¹⁸. Kıdem tazminatı, “kanunda belirtilen asgari bir çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin yine kanunda belirtilen sebeplerden biriyle son bulması halinde, işçiye kıdemi ve ücreti dikkate alınarak işvence ödenmesi gereken bir tazminattır”¹⁴¹⁹.

Türk iş hukuku mevzuatında kıdem tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri kapsamında çalışanlar için öngörülmüştür. Anılan İş Kanunlarında kıdem tazminatına hak kazanma, belli bir süre çalışma ve iş sözleşmesinin kanunda belirtilen şekilde sona ermesine koşullarına bağlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda kıdem tazminatına ilişkin hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde işçinin kıdemi ne kadar olursa olsun, sözleşme işçi tarafından haklı nedenle veya işveren tarafından haksız olarak fes-

¹⁴¹⁶ GÜNAY, Cevdet İlhan, “İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması”, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002, s. 109 vd.

¹⁴¹⁷ Sözleşmede alacağın ödeme tarihi açıkça kararlaştırılmışsa, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek olmadığı hakkında kararlar için bkz. Y7HD, 06.03.2014, 2013/8299-2014/5441. Aynı yönde Y9HD, 18.04.2008, 2007/15608-2008/9202 ve Y9HD, 20.04.2011, 2009/10895-2011/12005.

¹⁴¹⁸ Kıdem tazminatı hakkında geniş bilgi için bkz. ÇENBERCİ, s. 374 vd.; SÜZEK, s. 726 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1099 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 535; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 650 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 261 vd.; SÜMER, s. 127 vd.; Aynı Yazar, Uygulamalar, s. 340 vd.; AKYİĞİT, Ercan, Kıdem Tazminatı, 2.B, Ankara 2010; ÇİL, Şahin, Kıdem Tazminatı, Ankara 2009.

¹⁴¹⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 651; SÜMER, Uygulamalar, s. 340.

hedilmiş olsa bile, kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu olmaz¹⁴²⁰. İş Kanunlarına tabi işçinin hak kazandığı kıdem tazminatının hesabında, Türk Borçlar Kanunu'na tabi çalışma süreleri göz önünde bulundurulamaz¹⁴²¹.

Kıdem tazminatının hukuki niteliği konusunda, yıpranma ikramiyesi¹⁴²², işçiyi keyfi feshе karşı koruyan caydırıcı tazminat¹⁴²³, iş güvencesi sağlayan bir tazminat¹⁴²⁴, işçinin işyerine bağlılığının karşılığı¹⁴²⁵ ve kendine özgü bir hukuki kurum¹⁴²⁶ gibi değişik görüşler bulunmaktadır. Yargıtaya göre ise, kıdem tazminatı, “işverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde, işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından kanuni esaslar dâhilinde verilen toplu para”dır¹⁴²⁷.

1) İş Kanunu Bakımından

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca yürürlükte bulunan 14. maddesinde, kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında, iş sözleşmesinin işveren tarafından bu Kanunun 25. maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında feshedilmesi de sayılmıştır. Buna göre, iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinde öngörülen haklı sebepler olma-

¹⁴²⁰ “Davacı uçuş personeli olduğu için İş Kanununun 4. maddesindeki düzenleme karşısında İş Kanunu kapsamında değildir. Dolayısıyla İş Kanunu kapsamında düzenlenen kıdem tazminatı adı altında bir tazminat isteyemez. Böyle olunca, mahkemece kıdem tazminatı ile ilgili isteğin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”. (Y13HD, 01.06.2007, 643-7824).

¹⁴²¹ “Mahkemece, davacının 27/05/2006-01/01/2012 tarihleri arasında davalı işyerinde pilotluk görevinin yanı sıra yer hizmetlerinde koordinatör görevinde çalıştığı kabul edilmiş ise de, davacı tanığı Gökhan Sorkunlu anlatımından davacının 27/05/2006 - 31/12/2009 arası pilotluk görevinin yanı sıra yer hizmetlerinde koordinatör olarak çalıştığı anlaşıldığından 27/05/2006 - 31/12/2009 tarihleri hesaba esas alınarak karar verilmelidir. Hesaba esas hizmet süresinin hatalı belirlenmesi bozmayı gerektirmiştir”. Y9HD, 16.01.2017, 2016/8491-2017/93. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 04.10.2018, 2017/8797-2018/17514.

¹⁴²² SAYMEN, s. 590 vd.

¹⁴²³ ELBİR, Halid Kemal, İş Hukuku Dersleri, 9. B, İstanbul, 1987, s. 102.

¹⁴²⁴ DEMİR, Fevzi, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986, s. 157-158.

¹⁴²⁵ EKONOMİ, s. 193; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1103.

¹⁴²⁶ SÜZEK, s. 726-727.

¹⁴²⁷ Y9HD, 16.01.2012, 2009/31730-2012/141.

dan, başka bir anlatımla haksız olarak feshedilirse, çalışma süresine ilişkin koşulun da gerçekleşmesi kaydıyla işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine göre, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için iş sözleşmesinin işçinin ölümü veya Kanunda gösterilen hallerde sona ermiş olması ve işçinin en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

İş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinin II. bendinde gösterilen nedenler dışında, başka bir anlatımla 25. maddenin II. bendinde belirtilen sebepler olmadan feshedilmesi halinde işçi, kıdem tazminatına hak kazanır. İş sözleşmesinin işveren tarafından 25. maddenin I. bendinde belirtilen sağlık sebepleri, III. bendinde belirtilen zorlayıcı sebepler veya IV. bendinde öngörülen tutuklanma veya gözaltına alınma nedeniyle feshedilmesi halinde de işçinin kıdem tazminatını talep hakkı doğar.

İş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi nedeniyle, kıdem tazminatına hak kazanma bakımından, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması arasında bir fark yoktur. İşverenin belirli süreli iş sözleşmesini süresinin bitiminden önce haklı bir sebep olmadan feshetmesi halinde, en az bir yıl çalışmış olmak kaydıyla işçi, kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleri arasında, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitimi yer almamaktadır. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesi süre bitimi nedeniyle sona ermişse, kural olarak, işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz¹⁴²⁸. Yargıtay, Kanun'un sözleşmenin belirli süreli olmasını zorunlu tutması nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesini yenilemek istemeyen tarafa göre, işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığına karar vermektedir. Buna göre, iş sözleşmesinin yenilenmeyeceğine ilişkin irade işveren tarafından ortaya konmuşsa, bu irade beyanı sözleşmenin haksız feshi gibi değerlendirilerek işçinin kıdem tazminatı talebi kabul edilmektedir¹⁴²⁹. Yar-

¹⁴²⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.263-364; SÜMER, s. 127; YHGK, 30.05.2014, 2008/22-3911-2014/710.

¹⁴²⁹ "gerek 158 sayılı ILO Sözleşmesi, gerekse iş hukukuna egemen olan "işçi lehine yorum" ilkesi gözetildiğinde, kanun gereği belirli süreli kabul edilen sözleşmeyi, haklı bir neden olmaksızın

gıtay’a göre, iş sözleşmesinin yenilenmeyeceğine dair irade beyanı işçi tarafından açıklanmışsa, işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz¹⁴³⁰. Kanımızca kanunun belirli süreli sözleşme yapma zorunluluğu öngördüğü hallerde, belirsiz süreli sözleşme ile çalışanlara nazaran ortaya çıkan bir haksızlığı gidermek adına, belirtilen çözüm isabetli görünmekte ise de, taraf iradeleriyle belirli süreli sözleşmenin yapıldığı durumda işverenin yenilememeye yönelik beyanının fesih olarak değerlendirilmesi isabetli değildir¹⁴³¹.

Kıdem tazminatına hak kazanmak için kanunda öngörülen belirli sona erme halleri dışında, iş sözleşmesinin en az bir yıl sürmüş olması gerekir. Her geçen tam yıl için kanunda belirtilen ücret tutarında işçiye kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan arta kalan süre için de aynı oranda ödeme yapılır. İş sözleşmesi en az bir yıl sürmemişse, başka bir ifadeyle “asgari kıdem koşulu” gerçekleşmemişse, kıdem tazminatı söz konusu olmaz. Bu durumda bir yıldan az süre için oranlama yoluyla kıdem tazminatı ödemesi yapılamaz¹⁴³².

Bir yıllık sürenin fiilen çalışan süre mi yoksa iş sözleşmesinin devam ettiği süre mi olması gerektiği tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesinin 1. fıkrasında geçen, “hizmet akdinin devamı süresince” ibaresi ve maddenin gerekçesi itibarıyla işçinin istirahat, izin ve diğer nedenlerle iş sözleşmesinin askıda kaldığı bütün durumları da kapsayacak şekilde sözleşmenin devam ettiği tüm sürenin dikkate alınması gerekir¹⁴³³. Bir başka görüşe göre ise, maddedeki “hizmet akdinin devamı süresince” ibaresi iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünün devam ettiği süreyi ifade eder. Bu nedenle sözleşmenin askıda kaldığı

yenilememe iradesini gösteren işverenin koşulların var olması halinde sona eren sözleşme nedeniyle kıdem tazminatından sorumlu olduğunun kabulü gerekir...”. (YHGK, 26.11.2014, 2008/22-1443-2014/958); Aynı yönde Y9HD, 17.06.2008, 13489-16388, Y9HD, 03.10.2011, 2009/16390-2011/36851 ve Y22HD, 02.05.2016, 2015/8190-2016/12828.

¹⁴³⁰ Y9HD, 03.10.2011, 2009/22355-2011/34265 ve Y22HD, 25.12.2012, 8447-29542.

¹⁴³¹ NARMANLIOĞLU, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Kamu-İş, Ankara 2002, 29-89, s. 71.

¹⁴³² AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 485.

¹⁴³³ ÇENBERCİ, s. 306; ESENER, s. 249; EKONOMİ, s. 201; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 478; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 666-667; NARMANLIOĞLU, s. 549-550; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 272; SÜMER, s. 129.

süre, kıdem tazminatının hesabında dikkate alınamaz¹⁴³⁴. Yargıtay, 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinin I. bendinin (b) fıkrasının ikinci paragrafındaki süreyi aşan istirahat süresinin, tutukluluk ve ücretsiz izin süresinin kıdem tazminatına esas sürenin belirlenmesinde dikkate alınamayacağına karar vermiştir¹⁴³⁵. Kanımızca 14. maddenin 1. fıkrasında yer alan, "...işçinin işe başladığı tarihten hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için..." ibaresi, birinci görüşü destekler niteliktedir.

En az bir yıllık sürenin başlangıcı, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, kanunda belirtildiği gibi, işçinin "işe başladığı" tarihtir. Ancak işçinin çalışmaya hazır olmakla beraber, herhangi bir nedenle çalıştırılmaması halinde bu süre çalışılmış sayılacağından bir yıllık süre işçinin çalıştırılmış sayılacağı tarihten itibaren başlar¹⁴³⁶. Kıdem tazminatına esas alınacak sürenin sonu ise, derhal fesih bildiriminde bildirimin varlığı, süreli fesih bildiriminde ise, ihbar süresinin bittiği gündür. Kısmi süreli işçinin kıdem tazminatının hesaplanmasında işçinin iş sözleşmesinin başlangıcından sona ermesine kadar geçen tüm süre dikkate alınır¹⁴³⁷.

Süreli fesih bildiriminde ihbar süresine ait ücretin peşin ödendiği durumlarda, kıdem tazminatına esas sürenin belirlenmesi konusunda, öğretinin görüşü ile Yargıtay uygulaması farklılık arz etmektedir. Öğretiye göre, ihbar süresine ait ücretin peşin ödendiği durumda da, iş sözleşmesi ihbar süresinin sonuna kadar devam eder. Bu durumda da kıdem tazminatı hesabında ihbar süresinin dikkate alınması gerekir¹⁴³⁸. Buna karşılık Yargıtay, ihbar süresinin peşin ödendiği durumda iş sözleşmesinin sona erdiğine, ihbar süresinin dikkate alınması için özel bir sözleşme hükmünün bulunması gerektiğine karar vermektedir¹⁴³⁹.

¹⁴³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1135.

¹⁴³⁵ Y7HD, 28.01.2014, 2013/21912-2014/1190, Y9HD, 06.05.2013, 2011/10974-2013/13446 ve Y22HD, 11.04.2016, 2015/5275-2016/10340.

¹⁴³⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 667-668.

¹⁴³⁷ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, s. 205; YORULMAZ, s. 106.

¹⁴³⁸ SAYMEN, s. 600-601; OĞUZMAN, s. 247; EKONOMİ, s. 208; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 668.

¹⁴³⁹ "Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre, ihbar tazminatının peşin ödenmesi ile akdin sona erdiği ve ihbar öneli içinde gerçekleşecek haklardan yararlanmak için bu konuda hizmet akdinde veya toplu iş sözleşmesinde açık hüküm bulunması gerektiği kabul edilmektedir". (Y9HD, 13.03.2001, 19901/3852, AKYİĞİT, s. 162-163, dn. 168).

Aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen çalışma süreleri birleştirilerek işçinin kıdemi hesaplanır. Bir görüşe göre, tüm çalışma süresi için kıdem tazminatı hesaplandıktan sonra ödenen miktar mahsup edilmelidir¹⁴⁴⁰. Başka bir görüşe göre ise, kıdem tazminatı ödenmiş önceki dönem için tekrar kıdem tazminatı hesaplanması, aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ödenmeyeceğini öngören kanun hükmüne aykırı olur. Bu nedenle önceki dönemin birleştirilebilmesi için işçiye o dönemin bitiminde kıdem tazminatının ödenmemiş olması gerekir¹⁴⁴¹. Yargıtay'ın uygulaması da, bu doğrultudadır¹⁴⁴².

Aralıksız çalışmasına rağmen kıdem tazminatı altında yapılan ödemeler, ileride daha fazla kıdem tazminatı ödeme amacına yönelik olması halinde, avans olarak kabul edilir. Bu durumda, toplam süre üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatından avans ödemeleri, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar faiziyle birlikte hesaplanıp mahsup edilmesi gerekir¹⁴⁴³.

Kıdem tazminatının hesabında aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen çalışma sürelerinin toplamı esas alındığından, kural olarak kesintili çalışmalar birleştirilir. Ancak, bunun için kesintili çalışmaların kıdem tazminatını gerektirecek şekilde sona ermiş olması gerekir¹⁴⁴⁴. Başka bir anlatımla, burada önemli olan önceki çalışma dönemlerinin sona erme şeklidir. Kesintili çalışma döneminin bir yıldan az olması toplamda dikkate alınmasına engel değildir. Yeterki çalışma süresinin toplamı bir yıl veya daha fazla olsun.

¹⁴⁴⁰ OĞUZMAN, s. 250-251; EKONOMİ, s. 202.

¹⁴⁴¹ ÇENBERCİ, s. 313; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 715-716; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 15. B, 2000, s. 226; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 671.

¹⁴⁴² “İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz” (Y9HD, 16.01.2012, 2009/31730-2012/141).

¹⁴⁴³ “İş sözleşmesi feshedilmeksizin “kıdem tazminatı” adı altında yapılan ödemeler Dairemizce “avans” olarak nitelendirilmekte, tüm süre ve son ücret üzerinden hesaplanan kıdem tazminatından ödendiği tarihten fesih tarihine kadar yasal faizi de hesaplanarak mahsubu yoluna gidilmektedir”. (Y9HD, 10.06.2013, 2011/2802-2013/17561). Aynı yönde bkz. Y22HD, 09.06.2016, 12989-17229.

¹⁴⁴⁴ “Kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasıllı çalışmaları dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir şarttır”. (Y22HD, 22.09.2014, 19733-24778).

İşyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki iş sözleşmeleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. Devir veya el değiştirme 12.07.1975 tarihinden sonra gerçekleşmişse, işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren de sorumludur. Ancak işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. Devir veya el değiştirme 12.07.1975 tarihinden önce gerçekleşmişse ve aksine hüküm de yoksa, işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur (m.14/2).

1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 4. fıkrasına göre, işçinin değişik kamu kurumlarında geçen süresinin birleştirilmesi için işçinin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre, yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye kazanmış olması gerekir. Aksi halde kıdem tazminatı, son kamu kuruluşunca diğer kamu kurumlarında geçen sürelerin toplamı üzerinden ödenmez.

Kıdem tazminatı işçinin işe başladığı tarihten başlamak üzere iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için otuz günlük ücreti tutarındadır. Bir yıldan artan süreler için aynı oranda ödeme yapılır. Otuz günlük ücret, işçinin son brüt ücreti üzerinden hesaplanır¹⁴⁴⁵. Ücretin parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ücret kıdem tazminatının hesabına esas alınır (m.14/9). Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapılmışsa, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle tazminata esas ücret hesaplanır (m.14/10).

Bu ücretin hesabında temel ücrete işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de eklenir (m.14/11). Ancak bu ödeme ve menfaatlerin arızı nitelikte olmaması, devamlılık göstermesi gerekir¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴⁵ SAYMEN, s. 601; OĞUZMAN, s. 253-254; ÇENBERCİ, s. 329; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 685.

¹⁴⁴⁶ Y9HD, 21.04.2011, 2009/8001-2011/12171.

Bir tam hizmet yılı için kıdem tazminatı miktarı, en yüksek devlet memuruna bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez. Buna, kıdem tazminatı tavanı denilmektedir.

Kıdem tazminatına ilişkin hükümler, tavan hariç, nispi emredici nitelikte olduklarından, tarafların sözleşme ile işçi lehine değiştirmeleri mümkündür. Buna göre, otuz günü artıran, istifa halinde kıdem tazminatı ödeneceğini öngören sözleşme hükümleri geçerlidir. Ancak bu hallerde dahi kıdem tazminatı tavanı dikkate alınmalıdır¹⁴⁴⁷.

Kıdem tazminatının tabi olduğu zamanaşımı süresi ve faiz türü aşağıda ayrı başlıklar halinde incelenecektir¹⁴⁴⁸.

2) Basın İş Kanunu Bakımından

Basın İş Kanunu'nda iş sözleşmesi Kanunda öngörülen hallerde sona eren ve kanunda belirtilen asgari kıdem süresi bulunan gazeteciye, işveren tarafından, miktarı gazetecinin kıdemi ve ücretine göre belirlenen kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir (m.6). Kıdem tazminatına hak kazanmak bakımından, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olmasının önemi yoktur. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence haklı bir sebep olmadan feshi halinde, gazeteci kıdem tazminatına hak kazanır. Belirli süreli sözleşmenin süre bitimi ile sona ermesi durumunda ise, işveren feshinden söz edilemeyeceğinden, gazeteci kıdem tazminatına hak kazanamaz¹⁴⁴⁹.

İşveren tarafından süreli veya haksız fesih halinde gazeteci kıdem tazminatına hak kazanmakta ise de, gazetecinin haklı nedenle feshedebileceği tüm hallerde kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı tartışmalıdır. Bu nedenle Basın İş Kanunu

¹⁴⁴⁷ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 98. maddesinden yola çıkılarak kıdem tazminatı tavanına ilişkin hüküm mutlak emredici kabul edilmekteydi. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükten kaldırılması ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda benzer bir hükmün yer almaması nedeniyle, hükmün mutlak emredici olmaktan çıktığı ileri sürülmüştür (SÜMER, s. 134; DEMİRCİOĞLU, A. Murat/KORKMAZ, Doğan/KAPLAN, Hasan Ali, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, 4.B, İstanbul 2018, s. 342-343). Ancak, öğretide Basında görüş ve Yargıtay içtihatları aksi yöndedir. Karşı görüş için bkz. DEMİR, s. 394; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 691; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1179; ŞAHLANAN, Fevzi, "Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği", Sicil, Aralık 2008, s. 44-46; Y9HD, 20.06.2018, 2017/8320-2018/13408.

¹⁴⁴⁸ Bkz. 3.Bölüm, § 9, I, II.

¹⁴⁴⁹ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 938; ÖZEK, s. 84; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 225.

bakımından kıdem tazminatı, sözleşmenin gazeteci ve işveren tarafından feshedilmesine göre aşağıda ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

A) İş Sözleşmesinin Gazeteci Tarafından Feshedilmesi Halinde

Gazetecinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağına dair Basın İş Kanunu'nda bir açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Gazeteci için kıdem tazminatı sadece Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Maddenin başka anlamlara da gelebilecek şekilde kaleme alınış şeklini 5953 sayılı Kanunda büyük ölçüde değişiklik yapan 212 sayılı Kanunun geçici maddesi¹⁴⁵⁰ ile birlikte değerlendiren bir kısım yazarlar, sözleşmenin gazeteci tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmesinde dahi kıdem tazminatının söz konusu olabileceğini ileri sürmüşlerdir¹⁴⁵¹. Bu görüşe göre, 6. maddenin 3. fıkrasında yer alan “Akdin feshi halinde gazeteci, bu süreye göre hesaplanacak tazminatı almaya hak kazanır” hükmü, sözleşmeyi fesheden taraf ve fesih türü bakımından bir ayırım yapmamıştır. Diğer bir görüşe göre, Basın İş Kanununda kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleri sınırlı olarak belirtilmiştir. Kanunda engelleyici açık bir düzenleme bulunmadığı öne sürülerek tazminata hak kazandıran sona erme halleri genişletilemez¹⁴⁵².

Kanımızca, Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinde gazetecinin süreli fesih yoluyla iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kenar başlığı “Akdin İşveren Tarafından Feshi ve Kıdem Tazminatı” olan maddenin 7. fıkrasında kıdem tazminatının nasıl hesaplanacağı açıkça düzenlenmiş ve fıkranın başında “Hizmetine bu madde hükümlerine göre son verilen gazeteciye” ibaresine yer verilmiştir. Maddede gazetecinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazandığı düzenlenmediğine göre, bununla açıkça

¹⁴⁵⁰ 212 sayılı Kanunun sözü edilen geçici maddesi şu şekildedir: “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte beş yıl veya daha fazla kıdemi olan gazetecilerin, tabi oldukları iş akdini bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde feshetmeleri halinde 6. madde uygulanmaz”.

¹⁴⁵¹ APAYDIN, Orhan, Basın Mesleğinde Çalışan Fikir İşçilerinin Hakları, Türk-İş, Mayıs 1966, S.6, s. LIII-LVI; ULUCAN, Devrim, “İş Akdinin Gazeteci Tarafından Feshi ve Kıdem Tazminatı”, İHU, BİK.6, No: 1.

¹⁴⁵² NARMANLIOĞLU, Ünal, Gazeteciye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerinde Düşünceler, DEÜHFD, Prof. Dr.Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s. 1741-1742.

çelişkili olan geçici maddede bir maddi hata yapıldığı ortadadır. Nitekim konuyu inceleyen bilim heyeti de aynı sonuca varmıştır¹⁴⁵³. Bu nedenle 6. madde uyarınca, gazetecinin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla feshetmesi halinde, kıdem tazminatına hak kazanamaz¹⁴⁵⁴.

Gazetecinin haklı nedene dayalı olarak iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı da öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kıdem tazminatına hak kazandıran tek düzenleme Basın İş Kanunu'nun 6. maddesidir. Bunun dışında iş sözleşmesinin gazeteci tarafından haklı nedenle veya işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi durumunda, gazeteci kıdem tazminatına hak kazanamaz¹⁴⁵⁵. Bir başka görüşe göre, Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrası ve 12. maddesinin 1. fıkrası hükümleri uyarınca iş sözleşmesi sona eren gazeteciye de kıdem tazminatı ödenmesi gerekir¹⁴⁵⁶. Bu görüşte olan bir yazara göre, gazetecinin iş sözleşmesinin, Basın İş Kanununda belirtilen nedenlerin dışında kalan başkaca haklı nedenlerle feshi halinde de kıdem tazminatının ödenmesi gerekir¹⁴⁵⁷. Üçüncü bir görüşe göre ise, iş sözleşmesinin işverence süreli fesih yoluyla veya haksız feshedilmesi veya gazetecinin Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1.ve 2. fıkraları uyarınca haklı nedenle feshi durumunda kıdem tazminatı söz konusu olabilir. Bunların dışında gazetecinin süreli fesih yoluyla sözleşmeyi feshetmesi veya gazetecinin ölümü durumunda yahut sözleşmenin süre bitimi nedeniyle sona ermesi halinde, gazeteci kıdem tazminatına hak kazanamaz. Bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi (BK.m.344) gerçeğin, işverenin kusuruna dayanan haklı nedenle fesih halinde gazeteciye kıdem tazminatı ödenmelidir. Buna karşılık işverenin kusuru yoksa örneğin, gazetecinin evlenme nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanması

¹⁴⁵³ Bilim heyeti raporunda her iki madde arasında çelişki bulunduğunu, geçici maddenin muhtemelen gazeteciye tazminat öngören ve sonradan kanundan çıkarılan bir hükümle ilgili olduğunu belirtmiştir (Bkz. Bilim Heyeti Raporu, s. 11); ÖZEK de geçici madde ile yapılan atfın 6. madde ile değil, 11. madde ile ilgili olduğunu ileri sürmüştür (Bkz. ÖZEK, s. 89).

¹⁴⁵⁴ SÜMER, Basın İş Kanunu, s. 226.

¹⁴⁵⁵ OĞUZMAN, Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması, İHFM, C.32, 1967, s. 860 vd; TUNCAY, A.Can, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, s. 85.

¹⁴⁵⁶ ŞAKAR, s.96-97; ÖZEK, s. 87-91, 93.

¹⁴⁵⁷ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 231, Yazara göre, işveren feshi bakımından ise ancak gazetecinin bilerek veya ağır ihmali nedeniyle ortaya çıkmasına yol açtığı nedenlerle yapılması halinde kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü olmalıdır. Bkz. SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 231.

mümkün değildir¹⁴⁵⁸. Yargıtay bir kararında, ücreti tam ve zamanında ödenmediği için iş sözleşmesini fesheden gazeteciye kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁵⁹.

Kanımızca iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi durumunda kıdem tazminatının ödeneceğini düzenleyen Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 3. ve 7. fıkraları dışında iş sözleşmesinin gazeteci tarafından süreli fesih yoluyla veya haklı nedenle yahut işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde, kıdem tazminatının ödeneceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre iş sözleşmesini 1. fıkra da belirtilen nedenle fesheden gazeteci, "işverenin kusuru neticesinde iş akdini feshetmiş olsa idi ne miktar tazminat alacak idiyse o miktar tazminat isteyebilir". İşverenin kusuru (sözleşmeye uymaması) nedeniyle iş sözleşmesini fesheden gazetecinin tazminat isteyebilmesinin dayanağı ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 437. maddesi (BK.m.344, 345) hükmüdür. Anılan düzenlemeye göre, "Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa, o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür. Diğer durumlarda hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı sebeple feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirir". Söz konusu hükümde iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden gazetecinin zararının belirlenmesinde, "hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar"ın göz önünde tutulacak olması karşısında, kıdem tazminatı miktarı bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak böyle dahi olsa bu durumda ödenecek tazminatın kıdem tazminatı olarak nitelendirilmesi güçtür¹⁴⁶⁰. Belirtilen hükümler dışında, bireysel veya toplu iş sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, iş sözleşmesini fesheden gazeteci kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Yargıtay önceleri Basın İş Kanunu'nda haklı fesih nedenlerinin sınırlı olarak öngörüldüğü gerekçeyle Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrası hükmü

¹⁴⁵⁸ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 938-939.

¹⁴⁵⁹ Y9HD, 01.04.2009, 2007/40865-2009/9116 ve Y9HD, 25.06.2009, 2007/41301-2009/18097.

¹⁴⁶⁰ Yargıtay BİK.m.11/2 de öngörülen tazminatın da kıdem tazminatı olduğuna karar vermiştir (Y9HD, 16.04.1996, 242-8328, GÖKTAŞ/ÇİL, s.171-172).

kapsamına girmeyen sebeplerin fesih için haklı neden olamayacağına karar vermekte¹⁴⁶¹ iken, sonraki kararlarında gazeteciye derhal fesih imkânı veren durumlarda kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁴⁶². Yargıtay bir kararında da, işyeri telefonundan özel görüşmeler yaparak zarara sebebiyet verdiği iddiasıyla işveren tarafından yapılan feshi Basın İş Kanunu'nda bu nedenle derhal fesih hakkının ön- görülmediği gerekçesiyle haksız kabul etmiş ve kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁶³.

Basın İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin gazetecinin ölümü, ikale, belirli süreli sözleşmenin süresinin bitimi, gazetecinin evlenme veya askerlik yahut yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödemeye hak kazanması nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi gibi nedenlerle sona erdiği durumlarda, gazeteciye kıdem tazminatı ödenmesini öngören açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Basın İş Kanunu'nda kıdem tazminatını düzenleyen hükümler dikkate alındığında, işverenin sözleşmeye aykırı kusurlu bir davranışı bulunmadığı halde, iş sözleşmesini fesheden gazetecinin, kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir. Örneğin, emeklilik ve evlenme gibi işverene kusur izafesi mümkün olmayan durumlarda gazetecinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, kıdem tazminatı söz konusu olmayacaktır¹⁴⁶⁴. Bir görüşe göre, bu konuda Basın İş Kanunu'nda

¹⁴⁶¹ Gazetecilerin ödenmeyen ücretleri ile ilgili Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen %5 fazla ödeme nedeniyle bu durumun haklı nedenle fesih hakkını vermediğini belirten kararlar için bkz. Y9HD, 02.10.2000, 8226-12788, Y9HD, 03.07.2001, 6785-11233, YHGK, 16.05.2001, 417-419, Karar için bkz. GÖKTAŞ/ÇİL, s. 86-90, 110, 167. Kullandığı cep telefonunun işverence görüşmeye kapatılması ve bilgisayar hattının kullanılmasının engellenmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığına belirten karar için bkz. Y9HD, 23.05.2006, 6816-15190. Kanımızca Basın iş sözleşmesi tarafları için haklı nedenler değil, kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleri sınırlandırılmıştır. Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrası ve 12. maddesinin 1. fıkrasında yazılı haklı nedenlerden başka, Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 2. fıkrası uyarınca dürüstlük kuralları sözleşmenin sürdürülmesi beklenemeyen hallerde derhal fesih sebebidir. Bu nedenle gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanmadığı yönünde varılan sonuç isabetli görülebilirse de, kararda feshin haklı nedene dayanmadığının belirtilmesini doğru bulmuyoruz.

¹⁴⁶² Muhabir olarak çalışan gazetecinin haber kaynaklarının işverence dışarıya sızdırılmasını Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. ve 2. fıkra hükümleri kapsamında değerlendirerek feshin haklı nedene dayandığına ve gazetecinin kıdem tazminatına hak kazandığına ilişkin bkz. Y9HD, 03.03.2003, 1376-2719, GÖKTAŞ/ÇİL, s. 103-104). Ücretleri ödenmediği için iş sözleşmesini fesheden gazetecinin kıdem tazminatına hak kazandığına dair kararlar için bkz. Y9HD, 15.05.2007, 6928-15203, Y9HD, 14.04.2008, 14130-8314, Y9HD, 01.04.2009, 40885-9116 ; Y9HD, 25.06.2009, 2007/41301-2009/18097.

¹⁴⁶³ Y9HD, 20.11.2006, 10847-30393.

¹⁴⁶⁴ AKİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 939.

boşluk bulunmaktadır. Boşluğun 1475 (şimdiki 4857) sayılı İş Kanunu ile doldurulması ve belirtilen nedenlerle iş sözleşmesini fesheden gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanması gerekir¹⁴⁶⁵. Yargıtay bir kararında, Basın İş Kanunu'nda gazetecinin yaşlılık aylığı bağlanması amacıyla iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağına dair bir hüküm bulunmadığı, sözleşmede aksine hüküm yoksa gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağına karar vermiştir¹⁴⁶⁶. Daha sonraki bir kararda ise, Basın İş Kanunu'nda bu konuda boşluk bulunduğunu ve boşluğun 1475 (şimdiki 4857) sayılı Kanun hükümleri ile doldurulması gerektiğini belirterek, emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden gazetecinin kıdem tazminatı talebini kabul etmiştir¹⁴⁶⁷. Yargıtay'ın bu uygulaması öğretide eleştirilmiştir. Eleştiri yapan yazara göre, iş kanunlarımızca kıdem tazminatına hak kazandıran haller sınırlı olarak öngörülmüştür. Sınırlı sona erme hallerini kıdem tazminatını düzenleyen kanunların her birisindeki düzenlenemeyi göz önünde bulundurmak gerekir. İş kanunları arasında “genel-özel” ilişkisi bulunmadığı için, İş Kanunundaki kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme hallerinde münhasıran bu kanununun uygulanmasında göz önüne alınmasının gerekir. Basın İş Kanunu'nda gazetecinin kıdem tazminatını talep edebileceği durumlar sınırlı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle kanunda bir boşluk olduğundan söz etmek mümkün değildir. Yeniden düzenleme ihtiyacı bulunan, düzenleme gereği duyulan her durumda

¹⁴⁶⁵ GÖKÇEK KARACA, *Gazetecinin Hakları*, s. 193.

¹⁴⁶⁶ Y9HD, 27.05.2008, 3051-12820.

¹⁴⁶⁷ Yargıtay'a göre, “İş Kanunu'nun 4. maddesinde istisnalar arasında 5953 sayılı Yasa kapsamında çalışanlar gösterilmediğine göre, Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasa kapsamında çalışanlar bakımından istisnaen İş Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün görülmelidir. 5953 sayılı Yasa'da boşluk bulunan hallerde boşluğun, her iki kanun arasındaki denge ve çalışma yaşamı gereklerine uygun olarak 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri ile doldurulması gerekir. Başka bir anlatımla, 5953 sayılı Yasada düzenlenmemiş olan her konu için boşluğun, doğrudan 4857 sayılı İş Kanunu ile doldurulması yerine, konunun çalışma yaşamıyla ilgili gerçek bir ihtiyaca cevap vermesi aranmalıdır. Somut olayda olduğu gibi yaşlılık aylığı tahsisine bağlı kıdem hakkı buna örnek olarak verilebilir. Yine gazetecinin işyerinde cinsel tacizde bulunması, işyerinde hırsızlık yapması gibi haller, bu defa da işverenin haklı feshine imkân veren örnekler olarak açıklanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla halen yürürlükte olan 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde işçiye yaşlılık aylığı tahsisi halinde kıdem tazminatı ödeneceği öngörülmüş olmakla, aynı hüküm emeklilik suretiyle ayrılan gazeteci yönünden de uygulanmalıdır. Bu noktada davacı gazetecinin kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmelidir” (Bkz. Y9HD, 22.01.2015,2013/8444-2015/1828).

kanun boşluğundan söz etmek de uygun ve doğru bir yöntem değildir. Pozitif hükümler göz ardı edilemez¹⁴⁶⁸.

B) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi Halinde

Basın İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi durumunda gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanacağı açıkça belirtilmiştir. Kanunun “akdin işveren tarafından feshi ve kıdem tazminatı” başlıklı 6. maddesinin 3. fıkrasında, “akdin feshi halinde gazeteci, bu süreye göre hesaplanacak tazminatı almaya hak kazanır” hükmü ve aynı maddenin 7. fıkrasındaki “hizmetine bu madde hükümlerine son verilen gazeteciye feshi ihbar edilen mukavelenin taalluk ettiği her hizmet yılı veya küsuru için, son aylığı esas ittihaz olunmak suretiyle her yıl için bir aylık ücreti miktarında tazminat verilir” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, iş sözleşmesinin kanunda belirtilen haklı neden olmadan işveren tarafından yapılan feshi halinde gazetecinin kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmelidir¹⁴⁶⁹.

Basın İş Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasına göre, gazetecinin uğradığı hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde işveren, gazeteciye tazminatını vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedilebilir. Maddenin 2. fıkrasına göre gazetecinin hastalığı nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için gazetecinin görevini yapamayacak bir hastalığa yakalanması gerekir. Maddede öngörülen tazminat kıdem tazminatıdır¹⁴⁷⁰.

Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinde işveren açısından sadece bir haklı sebep sayılmıştır. Kanun'da belirtilmeyen sebeple sözleşmenin feshi halinde gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanamaz. Basın İş Kanunu kapsamına giren iş sözleşmelerinin feshi için haklı sebepler, anılan maddede belirtilenle sınırlı değildir. Genel Kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 2. fıkrasına göre, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kuralına göre iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır. Buna göre, sadece Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirtilen haklı sebepler değil, gazetecinin devamsızlık yapması, işverene

¹⁴⁶⁸ NARMANLIOĞLU, Gazeteciye Kıdem Tazminatı, s. 1750-1751; Aynı görüş için bkz. AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 939.

¹⁴⁶⁹ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 227; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 937.

¹⁴⁷⁰ ÖZEK, s. 99; ŞAKAR, Basın İş Sözleşmesi, s. 17.

hakaret veya etkili eylemde bulunması, hırsızlık yapması gibi sebepler de fesih için haklı sebep teşkil eder. Sözleşmeyi fesheden işverenden, dürüstlük kurallarına göre sözleşmeye devamı beklenemeyen bir durumun varlığına dayanılarak iş sözleşmesinin feshi halinde gazeteci, kıdem tazminatına hak kazanamaz.

C) Yayının Durdurulması

Basın İş Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasına göre, her ne sebeple olursa olsun yayının durdurulması halinde yayında çalışanlar, durdurma tarihinden itibaren iki ay süreyle ücretlerini almaya devam ederler. İki ayın sonunda sözleşme, kendiliğinden sona erer. Bu durumda gazetecilerin kanuni tazminatları da öncelikle ödenir. Burada sözü edilen tazminatın kıdem tazminatı olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁷¹.

D) Gazetecinin Ölümü

Basın İş Kanunu'nun 18. maddesine göre gazetecinin ölümü halinde, eşi ve çocuklarına veya bunlar bulunmadığı takdirde bakmakla yükümlü olduğu ailesi fertlerine kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verilir. Bir görüşe göre, maddede öngörülen tazminat, kıdem tazminatıdır¹⁴⁷². Bir başka görüşe göre ise, en az beş yıllık kıdemi olan gazetecinin sözleşmesinin kanunda öngörülen sebeplerle sona ermesi durumunda kıdem tazminatına hak kazandığı, oysa gazetecinin ölümü nedeniyle ödenmesi öngörülen tazminat için beş yıllık kıdemin şart olmadığı dikkate alındığında maddede belirtilen tazminat kıdem tazminatı değildir¹⁴⁷³. Aynı sonuca varan başka bir yazara göre de, benzer bir hükmün Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi ve bunun kıdem tazminatı yanında ödemeyi öngören ayrı bir genel hüküm olması nedeniyle kıdem tazminatı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷¹ GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 155; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 226.

¹⁴⁷² ŞAKAR, Basın İş Sözleşmesi, s. 18.

¹⁴⁷³ TUNCAY, Basında İşçi ve İşveren, s. 81; ÖZEK, s. 97; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 223.

¹⁴⁷⁴ NARMANLIOĞLU, Gazeteciye Kıdem Tazminatı, s. 1746.

E) Kıdem Tazminatının Hesaplanması

a) Gazetecinin Kıdemi

Basın İş Kanunu'na göre, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için iş sözleşmesinin kanunda belirtilen hallerde sona ermesinden başka, gazetecinin meslek kıdeminin en az beş yıl olması gerekir. Beş yıllık kıdem, gazetecinin mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanır. Mesleğe giriş tarihi Başbakanlık Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü Sicil kayıtları, Sosyal Güvenlik Kurumu, mülki amirlik, sendika ve meslek örgütü kayıtları ve her türlü yazılı belge ile kanıtlanabileceği gibi tanık beyanı ile de ispat edilebilir¹⁴⁷⁵.

Başbakanlık Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü Sicil kayıtlarındaki bilgiler gazetecinin çalışmalarının meslekte geçtiğine ve çalışmanın kesintisiz olduğuna karine teşkil eder. Karinenin aksi, işverence ispatlanabilir¹⁴⁷⁶. Sicilde kesintisiz çalışmaya rağmen meslekte geçmeyen çalışmalar, kıdem tazminatına esas kıdemin belirlenmesinde dikkate alınamaz¹⁴⁷⁷.

Kıdem tazminatına hak kazanabilmek için gerekli beş yıllık kıdeme deneme süresi, izin, tatil, dinlenme gibi nedenlerle gazetecinin çalışmadığı günler ve gazetecinin grev ve lokavtta geçen süresi hariç (STİSK. m.67/3 uyarınca), sözleşmenin askıda olduğu süreler dâhildir¹⁴⁷⁸.

Meslek kıdeminin aynı veya farklı işverenlere ait işyerlerinde geçmesinin önemi yoktur. İşverenler arasında iş sözleşmesinin veya işyerinin devri olmasa bile, işveren kıdem tazminatına hak kazanan gazeteciye, daha önceki işverenlerden kıdem tazminatı almamış olmak kaydıyla, mesleğe giriş tarihinden itibaren hesaplanacak süre için kıdem tazminatı ödemelidir¹⁴⁷⁹. Başka işyeri veya işverene bağlı olarak çalışma süresinin

¹⁴⁷⁵ Y9HD, 13.02.2001, 17440-2151 ve Y9HD, 17.12.2002, 11858-23804 (GÖKTAŞ/ÇİL, s. 150); Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD, 14.04.2008, 14130-8314; Y7HD, 11.03.2014, 2013/23761-2014/5736.

¹⁴⁷⁶ TUNCAY, Basında İşçi ve İşveren, s. 84; ŞAKAR, s. 110; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 232-233.

¹⁴⁷⁷ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 941.

¹⁴⁷⁸ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 941; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 234.

¹⁴⁷⁹ GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 194; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 234. Öğretide, son işverenin, gazetecinin tüm meslek kıdemi esas alınarak, aralarında iş sözleşmesinin devri veya işyeri devri bulunmayan işverenlere ait işyerlerinde geçen çalışma süresinden de sorumlu olacak şekilde

kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona ermesi halinde dahi, bu süre beş yıllık kıdem belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır. Kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona eren süre kıdem tazminatını ödemekle yükümlü son işverenin sorumluluğu bakımından önem arz eder. İşveren kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona eren çalışma süresinden sorumlu tutulmamalıdır¹⁴⁸⁰. Nitekim Yargıtay isabetli olarak, istifa ile sona eren çalışma süresinin kıdem tazminatı bakımından sonraki çalışma süresiyle birleştirilemeyeceğine karar vermiştir¹⁴⁸¹.

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 8. fıkrasına göre, gazetecinin kıdem tazminatı aldığı önceki çalışması da birleştirilemez. Ancak kıdem tazminatı ödenmiş olan çalışma süresinin birleştirileceği sözleşme ile kararlaştırılabilir¹⁴⁸².

Basın İş Kanunu'na göre, son işveren kıdem tazminatı ödenmemiş olan önceki çalışma süresi de dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatının tamamından sorumlu olup, önceki işverenlere rücu edemez¹⁴⁸³. Uygulamada işverenler bu sorunu aşmak için kıdem tazminatına esas sürenin başlangıcını son işyerinde işe başlanılan gün olarak kararlaştırmaktadırlar¹⁴⁸⁴.

Beş yıllık meslek kıdemi nispi emredici nitelikte olup, gazeteci lehine değiştirilebilir. Başka bir anlatımla, söz konusu süre azaltılabilir ancak artırılamaz¹⁴⁸⁵. Gazeteci aynı işyerinde beş yıllık kıdeme sahip olduktan sonra, iş sözleşmesi kanunda belirtilen hallerde sona ermek kaydıyla, kıdem tazminatı talep edebilecektir. Meslekte beş yıllık kıdeme sahip olduktan sonra, çalışmaya başladığı bir işyerindeki çalışmasından dolayı

hesaplanacak kıdem tazminatından sorumlu tutulması haklı olarak eleştirilmiştir. Bu konudaki görüşler için bkz. ÖZEK, s. 95; TUNCAY, Basında İşçi ve İşveren, s. 93; ŞAKAR, s. 115.

¹⁴⁸⁰ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 235.

¹⁴⁸¹ Y9HD, 03.07.2007, 13927-21548.

¹⁴⁸² AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 943; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 196; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 236.

¹⁴⁸³ GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 199; Karşı görüş için bkz. ÖZEK, s. 95.

¹⁴⁸⁴ “Somut olayda taraflar arasında imzalanmış bulunan iş sözleşmesinde tazminata esas kıdem başlangıcının 01.05.2004 olduğu belirtilmek suretiyle önceki dönemin sıfırlandığı davacı gazeteci tarafından kabul edilmiştir. Kıdem tazminatına hak kazanması bakımından mesleki kıdem dikkate alınması doğrudur. Ancak kıdem tazminatı hesabında davalı işyerindeki çalışma süresi ve kıdemi dikkate alınarak hesaplama yapılması gerekirken davalı işyerinden önce çalıştığı sürelerin de hesaba dahil edilerek, kıdem tazminatı alacağının tespit edilmesi ve yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y22HD, 15.11.2012, 5232-25526).

¹⁴⁸⁵ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 941.

kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için, gazetecinin bu işyerindeki çalışmasının en az altı ay olması gerekir. Daha sonra çalışmaya başladığı işyerlerinde beş yıllık kıdemden yeniden başlatılması söz konusu değildir¹⁴⁸⁶.

Gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanması için gerekli olan beş yıllık kıdem, gazetecilik mesleğine intisabı bakımından gereklidir. Basın İş Kanunu'na göre, meslekte beş yıllık kıdemi bulunmayan kişi gazetecilik mesleğine intisap etmiş sayılmaz. Bu nedenle beş yılın tamamının Basın İş Kanunu kapsamında geçmiş olması gerekir. Beş yıldan kısa bir süre çalışan işçinin iş sözleşmesinin kıdem tazminatını gerektirecek şekilde sona ermesi durumunda, kıdem tazminatı sadece 4857 sayılı Kanuna tabi çalışma süresi esas alınarak hesaplanacaktır¹⁴⁸⁷.

b) Kıdem Tazminatının Miktarı ve Ödenmesi

Gazetecinin hak kazandığı kıdem tazminatı, son aylığı üzerinden her bir yıl için bir aylık ücret tutarındır. İlk sözleşme yılında altı aydan az süre için kıdem tazminatı hesaplanmaz. İlk yıl için altı ay ve daha fazla çalışma süresi, sonraki yıllar için ise süresi ne olursa olsun yılın tüm küsuratları için hesaplama yapılır. Bununla birlikte, sözleşme ile ilk sözleşme yılındaki altı aydan az çalışma süresi için de kıdem tazminatı hesaplanacağı kararlaştırılabilir¹⁴⁸⁸.

Basın İş Kanunu'nda kıdem tazminatı nispi emredici nitelikte düzenlenmiş olduğundan, her yıl için öngörülen kıdem tazminatına esas alınan bir aylık ücret miktarının sözleşme ile artırılması mümkündür. Ancak, bir aydan daha düşük ücret öngörülemez¹⁴⁸⁹.

Kıdem tazminatına esas alınan ücret, gazetecinin son brüt ücretidir. Basın İş Kanunu'nda, 4857 sayılı Kanunda olduğu gibi, kıdem tazminatının giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağına ilişkin hüküm bulunmamaktadır¹⁴⁹⁰. Bununla birlikte, tara-

¹⁴⁸⁶ ŞAKAR, s. 114; GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 197; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 237.

¹⁴⁸⁷ GÖKÇEK KARACA, Gazetecinin Hakları, s. 199.

¹⁴⁸⁸ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 943.

¹⁴⁸⁹ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 240.

¹⁴⁹⁰ Y9HD, 23.05.2012, 2010/11169-2012/18169.

flar sözleşme ile kıdem tazminatının giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağını kararlaştırabilirler¹⁴⁹¹.

Basın İş Kanunu'nda kıdem tazminatı için tavan sınırlaması öngörülmemiştir. Hüküm nispi emredici nitelikte düzenlendiğinden, taraflarca sözleşme ile kıdem tazminatının tavanla sınırlandırılması mümkün değildir.

Kıdem tazminatının iş sözleşmesinin sona erdiği tarih itibariyle bir defada ödenmesi gerekir. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi durumunda, Basın İş Kanunu'nda özel bir faiz türü öngörülmediğinden, gecikme süresi için yasal faiz uygulanır. Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, işverenin maddi imkânsızlık nedeniyle gazetecinin tazminatını bir defada ödeyememesi halinde, en çok bir yıl içinde olmak kaydıyla, en fazla dört taksitte ödenebilir. İşyerinin bağlı bulunduğu vergi dairesince kurumun zarar etmekte olduğuna karar vermesi halinde, işyerinin maddi imkânsızlık kıdem tazminatını bir defada ödeyemeyeceği kabul edilir. Kıdem tazminatının belirtilen yöntemle ödenmesi halinde, faiz istenemez. Ancak zamanında ödenmeyen taksitler için yasal faiz talep edilebilir.

Basın İş Kanunu'nda öngörülen kıdem tazminatını zamanında ödemeyen işverenler için, Basın İş Kanunu'nun 26. maddesinde idari para cezası öngörülmüştür.

Basın İş Kanunu'nda öngörülen kıdem tazminatının tabi olduğu zamanaşımı süresi ve faiz türü aşağıda ayrı başlıklar halinde incelenecektir¹⁴⁹².

3) Deniz İş Kanunu Bakımından

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 20. Maddesinde, en az bir tam yıl çalışma süresini dolduran gemiadamının iş sözleşmesinin kanunda belirtilen sona erme hallerinden biri ile sona ermesi halinde, işveren tarafından gemiadamına kıdem tazminatı ödeneceği öngörülmüştür. Buna göre, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için Deniz İş Kanunu kapsamına giren bir gemide çalışmış olmak gerekir. Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesine göre, Deniz İş Kanunu, denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve 100 ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir iş sözleşmesi ile çalışan gemiadamları

¹⁴⁹¹ GÖKÇE, s. 82; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 242.

¹⁴⁹² Bkz. 3.Bölüm, § 9, I, II.

ve bunların işverenleri hakkında uygulanır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. bendinin (a) alt bendinde, deniz ve hava taşıma işlerinde çalışanlar hakkında bu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, gemi Türk Bayrağını taşıyor ya da Türk Bayraklı olsa bile 100 grostonilatonun altında ise, bu gemide çalışanlar hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır¹⁴⁹³. Türk veya yabancı bayraklı bir gemi deniz taşıma işinde değil de, turistik ve benzeri amaçlı kullanılmakta ise bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girecektir¹⁴⁹⁴. Çünkü sadece deniz taşıma işlerinde çalışanlar 4857 sayılı Kanun'un kapsamı dışında tutulmuştur.

Kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden biri de, işverenin iş sözleşmesini haklı sebep olmadan feshetmesidir. İşverene gemiadamının iş sözleşmesini haklı sebeple feshetme hakkı veren haller Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin I. bendinde belirtilmiştir. Bu bentte belirtilen sebeplere dayalı olmayan bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde, gemiadamı kıdem tazminatına hak kazanır.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin IV. bendine göre, geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya harp ganimeti ilan edilmesi veya Türk Bayrağından ayrılması hallerinde iş sözleşmesi kendiliğinden bozulur. Bu durumda işveren feshi söz konusu olmadığından, gemiadamı kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Gemiadamının kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için, sözleşmesinin sona erdiği tarih itibarıyla en az bir yıllık kıdeme sahip olması gerekir. Bir yıllık sürenin başlangıcı, gemiadamının işe başladığı tarihtir. Sürenin sonu, iş sözleşmesi haklı sebeple derhal feshedilmişse fesih bildiriminin yapıldığı tarih, ihbar süresi verilerek sona erdirilmişse ihbar süresinin bitimidir.

Deniz İş Kanunu'na göre, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için sözleşmenin belirli veya belirsiz olması önemli değildir. Belirli süreli iş sözleşmesi süresinden önce işverence haklı sebep olmadan feshedilmişse gemiadamı kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Deniz İş Kanunu'nda kıdem tazminatına hak kazandıran haller sınırlı şekilde

¹⁴⁹³ BEDÜK, s. 284. Ayrıca bu yönde karar için bkz. Y9HD, 12.10.2009, 2008/5879-2009/10480.

¹⁴⁹⁴ BEDÜK, s. 284. Ayrıca bu yönde karar için bkz. Y9HD, 28.04.2009, 6543-12102.

sayıldığından, süresi belirli bir sözleşme süre bitimi ile veya sefer sonunda kendiliğinden sona ermişse, gemiadamı kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

4) Türk Borçlar Kanunu Bakımından

Türk Borçlar Kanunu'nda kıdem tazminatı düzenlenmemiştir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi ne şekilde sona ererse ersin, işçinin kıdem tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır.

III) Çalışma Belgesinin Verilmesi

İş Kanunu'nun 28. maddesine göre, “İşten ayrılan işçiye, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir”. Maddede yer alan, “işten ayrılan işçiye” ibaresi, hükmün sadece iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği hali kapsadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Sözü edilen ibarenin “iş sözleşmesinin herhangi bir şekilde sona ermesiyle işten ayrılan işçi” olarak anlaşılması gerekir. İş sözleşmesi haksız feshedilmiş olsa bile, çalışma belgesinin düzenlenmesi ve işçiye verilmesi gerekir¹⁴⁹⁵. Ayrıca iş sözleşmesi sona eren işçinin talebi olmadan söz konusu belgenin verilmelidir.

Maddenin 2. fıkrasında, belgenin zamanında düzenlenmemesi veya belgede doğru olmayan bilgilere yer verilmesinin hukuki yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre, “belgenin vaktinde verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veyahut işçiyi işine alan yeni işveren eski işverenden tazminat isteyebilir”. Maddenin son fıkrasında ise, “bu belgeler her türlü resim ve harçtan muaftır” hükmüne yer verilmiştir.

İş Kanunu'nda çalışma belgesinin zamanında verilmemesi veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından dolayı eski işverenin hukuki sorumluluğu yanında ayrıca cezai sorumluluk da düzenlenmiştir. Buna göre, çalışma belgesi düzenleme yükümlülüğüne aykırı davranan veya bu belgeye gerçeğe aykırı bilgi yazan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası verilir (m.99/c). Cezai sorumluluk anlamında belirtilmesi gereken önemli bir husus, sadece belgenin hiç ver-

¹⁴⁹⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 260.

ilmemesi veya yanlış bilgiler yazılması değil, bilgiler doğru yazılmış olsa bile belgenin zamanında verilmemesi de idari para cezasını gerektirir.

İşverenin gözetme borcu, iş sözleşmesinin devamı ile sınırlı değildir. İşçinin ekonomik geleceğinin göz önünde bulundurulması da, gözetme borcunun kapsamına girer¹⁴⁹⁶. Buna göre, kanuni bir düzenleme olmasa bile iş sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, işverenin çalışma belgesini verme yükümlülüğü başlar. Bu bağlamda çalışma belgesini vermemek veya geç vermek ya da doğru olmayan bilgilere yer vermek, sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve sorumluluk gerektirir. Doğru olmayan bilgilerin bulunmasından dolayı zarar gören kişi üçüncü bir kimse ise, haksız fiil sorumluluğu söz konusu olur¹⁴⁹⁷.

4857 sayılı Kanun'da çalışma belgesinin iş sözleşmesinin devamı sırasında isteneceğine veya işçinin talebi halinde nitelik ve davranışlarının da belgede belirtilmesi gerektiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, işverenin gözetme borcu gereğince iş sözleşmesinin devamı sırasında da işçinin talepte bulunması halinde bu tür bir belgeyi vermek ve yine isteği üzerine işçinin nitelik ve davranışlarını belirtmekle yükümlüdür¹⁴⁹⁸. İşçi, çalışma belgesinde işten ayrılma sebebinin yazılmasını da isteyebilir. Ancak, işverenden hakkında sübjektif nitelikte olumlu bir görüşe yer verilmesini talep edemez. Ayrıca işçi, salt çalışma belgesinin verilmesini istemişse, işveren işçinin ancak lehine olan özelliklerini kendiliğinden ekleyebilir¹⁴⁹⁹.

İşçinin talebi üzerine çalışma belgesi, nitelik ve içeriğine göre makul bir süre içinde verilmelidir. Aksi halde, belgenin vaktinde verilmediği kabul edilir¹⁵⁰⁰.

Belge verme yükümlülüğüne aykırı davranan işverenin hukuki sorumluluğu için kusurlu olması gerekir¹⁵⁰¹. Örneğin, işyerine haber vermeden işyerini terk eden veya

¹⁴⁹⁶ ULUSAN, s. 25; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 715.

¹⁴⁹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 715.

¹⁴⁹⁸ AKYİĞİT, Ercan, "İş Kanunu'nda İşverenin Çalışma Belgesi Vermesi Yükümü", TÜHİS, C. 22-23, S. 6, Mayıs-Ağustos 2010, s. 3.

¹⁴⁹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 715.

¹⁵⁰⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 716.

¹⁵⁰¹ AKYİĞİT, s. 324; SENYEN KAPLAN, s. 347.

kendisine ulaşılamayan işçiye belgenin zamanında verilmemesinden dolayı işveren tazminatla sorumlu tutulamaz.

Türk Borçlar Kanunu'nda da çalışma belgesinin verilmesine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Anılan Kanun'un 426. maddesine göre işveren, işçinin isteği üzerine her zaman, işin türünü ve süresini içeren bir hizmet belgesi vermekle yükümlüdür. İşçinin açıkça istemde bulunması hâlinde, hizmet belgesinde onun iş görmedeki becerisi ile tutum ve davranışları da belirtilir¹⁵⁰². Hizmet belgesinin zamanında verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veya işçiyi işe alan yeni işveren, eski işverenden tazminat isteyebilir¹⁵⁰³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 426. maddesindeki düzenleme, İş Kanunu'nun 28. maddesi hükmünden bazı yönlerden farklıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 426. maddesine göre, belgenin verilmesi işçinin talebine bağlıdır. İş sözleşmesinin devamı sırasında da belgenin verilmesi talep edilebilir. Ayrıca işçinin açıkça istemesi halinde, hizmet belgesinde onun iş görmedeki becerisi ile tutum ve davranışları da belirtilir. İş Kanunu'nun 28. maddesinde ise, belgenin verilmesi işçinin talebine bağlı değildir. Anılan düzenlemede, sözleşmenin devamı sırasında belge verme yükümlülüğüne ilişkin açık düzenleme de bulunmamaktadır¹⁵⁰⁴.

IV) Yıllık Ücretli İzin Hakkının Parasal Alacağa Dönüşmesi

Yıllık ücretli izin hakkı, “işçilere, sözleşme, örf ve adet veya kanunda öngörülen koşulları yerine getirmeleri halinde, çalışma süreleri içinde ücretlerinden bir kesinti ol-

¹⁵⁰² Uygulamada buna “bonservis” denilmektedir (SENYEN KAPLAN, s. 347; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 260. AKYİĞİT'e göre çalışma belgesi “Basit çalışma belgesi” ve “nitelikli çalışma belgesi” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İş Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında, Deniz İş Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasında ve Türk Borçlar Kanunu'nun 426. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen basit çalışma belgesinde işçinin çalıştığı işin çeşidi ve süresi gösterilir. İşçinin talebine gerek olmaksızın işverence verilmesi zorunlu olan ve verilmemesi halinde idari para cezasının söz konusu olacağı bir belgedir. Nitelikli çalışma belgesi ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 426. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen bir belge olup, işçinin yaptığı işin türü ve süresi yanında çalışmaları, kişisel durum ve davranışlarına ait bilgileri içeren ve işçinin talebi üzerine verilen bir belgedir. Nitelikli çalışma belgesine, “bonservis” de denilmektedir (Bkz. AKYİĞİT, s. 324).

¹⁵⁰³ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. SÖNMEZ, Gülsüm, “Çalışma Belgesi Düzenlemeden Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s. 1489-1518.

¹⁵⁰⁴ SENYEN KAPLAN, s. 347.

madan serbest kalacakları bir zaman sağlayan, vazgeçilmez, devredilmez, kişiliğe bağlı bir hak” olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁰⁵.

Yıllık ücretli izin hakkı, işçiye bir yıl boyunca taşıdığı yorgunluğu atıp, taze işgücü toplayabilme imkânının tanınması, işverenin işçinin kişiliğini ve sağlığını gözetmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Anayasada “Sosyal ve Ekonomik Haklar” başlığında düzenlendiği de dikkate alınarak, yıllık ücretli izin hakkı işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde değerlendirilen ekonomik ve sosyal bir hak olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁰⁶. Anayasanın 50. maddesinde, dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu, ücretli izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

İş Kanunu'nun 53. maddesinde, yıllık ücretli izin hakkından yararlanmanın şartları düzenlenmiştir. Buna göre, mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışanlar hariç, işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de dâhil en az bir yıl çalışmış olan işçiye yıllık ücretli izin verilir. Maddede yıllık ücretli izin süreleri, işçinin çalışma süresi ve yaşı dikkate alınarak belirlenmiştir. 53. maddede yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceği vurgulanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 422. maddesinde de işverenin, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık izin vermekle yükümlü olduğu öngörülmüş, yıllık ücretli izin süreleri yine işçinin çalışma süresine ve yaşına göre belirlenmiştir.

Yıllık ücretli iznin ne zaman kullanılacağı, 4857 sayılı Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “İşçi,...hesaplanacak her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır” (m.54/4). Yıllık ücretli izin hakkının müteakip hizmet yılı içinde kullanılması gerekmesine rağmen işçi, yıllık iznini, hastalık, grev, askeri veya kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle kullanamaması veya talep etmesine rağmen işveren tarafından kullandırılmaması halinde gelecek yıllarda da

¹⁵⁰⁵ Yıllık Ücretli İzin hakkında geniş bilgi için bkz. ÇÖĞENLİ, Taner, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983; AKYİĞİT, Ercan, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, Türk Hukukunda İşçinin Dinlenme Hakkı ve Özellikle Yıllık Ücretli İzin Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997; TULUKÇU, Binnur, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012, s. 248 vd; ÖZTÜRK, Mehmet Onat, “Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler”, Çalışma ve Toplum, 2012/4, 73-98. Ayrıca bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1316 vd.

¹⁵⁰⁶ AKYİĞİT, Yıllık İzin Ücreti, s. 59; TULUKÇU, s. 248.

kullanabilir. Vazgeçilemez niteliği gereği kullandırılmayan yıllık ücretli izin hakkı, paraya tahvil edilemez. Bu sebeple iş sözleşmesi devam ederken kullandırılmayan yıllık ücretli izin karşılığı alacak isteminde bulunulamaz. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır¹⁵⁰⁷.

İş sözleşmesi devam ederken, yıllık ücretli izin, “yıllık izin (serbest zaman)” ve “izin ücreti”nden oluşan bir bütündür. İznin verilip ücretinin ödenmemesi halinde izin ve ücret birlikteliği gerçekleşmediğinden yıllık ücretli izin kullandırılmış sayılmaz¹⁵⁰⁸.

İş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte, yıllık ücretli iznin kullanılması imkânsız hale geldiğinden, izinlere ait ücretin ekonomik ve sosyal bir hak olarak işçiye veya hak sahiplerine ödenmesi gerekir¹⁵⁰⁹. 4857 sayılı Kanunu’nun 59. maddesine göre, “işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zaman aşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar”. Buna göre, iş sözleşmesinin herhangi bir şekilde sona ermesi durumunda, kullanılmamış yıllık ücretli izin alacağı parasal alacağa dönüşür ve muaccel olur¹⁵¹⁰.

İş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte işçinin hak etmesine rağmen kullandırılmayan yıllık ücretli izin karşılığı ödenmesi gereken paranın niteliği konusunda tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, sözleşmenin sona ermesiyle artık yıllık ücretli izin tazminata dönüşmüştür¹⁵¹¹. Diğer bir görüşe göre, kanunda ödenenin “ücret” olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca sözleşmenin sona ermesi ile birlikte

¹⁵⁰⁷ Y9HD, 01.12.2016, 2015/5956-2016/21422.

¹⁵⁰⁸ ÇÖĞENLİ, s. 163; AKYİĞİT, Yıllık İzin Ücreti, s. 392.

¹⁵⁰⁹ AKYİĞİT, Yıllık İzin Ücreti, s. 388.

¹⁵¹⁰ Oysa Mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun 56. maddesinin 1. fıkrası hükmü, tüm sona erme hallerinde değil, sadece iş sözleşmesinin feshi halinde kullandırılmayan yıllık izinlerinin ücretlerinin ödenmesi gerektiğini düzenlemişti. Bu düzenleme öğretide haklı olarak eleştiriliyordu. Eleştiren yazalar için bkz. Bkz. ÇÖĞENLİ, s. 162-163; KÖSEOĞLU, Yıllık Ücretli İzin, s. 143-144; AKYİĞİT, Yıllık İzin, s. 387.

¹⁵¹¹ ÇUBUKÇU, Erdoğan, “Yıllık Ücretli İznin Kullanılma Zamanı- İşçinin Kullanamadığı Yıllık İzne Ait Ücret Alacağı Hakkının Doğumu- Yıllık İzin Ücretinde Zaman Aşımı Başlangıcı”, Karar İncelemesi, TÜHİS, Kasım 99/Şubat 2000, s. 65.

giderilen şey izin süresi değil, izin ücretidir¹⁵¹². Tartışma daha çok yıllık izin ücretinin tabi olacağı zamanaşımı süresine ilişkin olduğundan, 7036 sayılı Kanun’la 4857 sayılı Kanun’a eklenen ek 3. maddenin zamanaşımı süresini beş yıl olarak öngörmesi karşısında tartışmanın büyük ölçüde anlamını kaybettiği söylenebilir. Ancak kanunda yıllık izin ücretinin “ücret” olarak ifade edildiği belirtilmelidir.

Kullanılmayan yıllık ücretli izin alacağının parasal alacağa dönüşmesi için iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği önemli değildir. İşçi ve işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı veya haksız feshedilmesi halinde de kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı parasal alacağa dönüşür.

Türk Borçlar Kanunu’nda yıllık ücretli izin hakkı, 422 ila 425. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre işveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür (m.422). Hizmet sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, işçinin hak kazanıp da kullanamadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı, hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihte işlemeye başlar (m.425/3).

Basın İş Kanunu’nda gazetecilerin yıllık ücretli izin süreleri gazetecinin günlük mevcutede çalışıp çalışmadığına ve gazetecilik mesleğindeki kıdemine göre farklı olarak belirlenmiştir. Buna göre, gazetecilik mesleği on yıldan az olan ve günlük bir mevcutede çalışan gazetecinin yıllık ücretli izin süresi, en az bir yıl çalışmış olmak kaydıyla, yılda dört haftadır. Gazetecilik mesleğindeki hizmeti on yıldan fazla olan bir gazetecinin yıllık ücretli izin süresi ise, altı haftadır. Gazetecinin kıdemi aynı gazetede hizmetine göre değil, meslekteki hizmet süresine göre belirlenir (m.21/1). Günlük olmayan mevcutelerde çalışan gazeteci ise, meslekte kıdemi ne olursa olsun her altı aylık çalışma devresi için iki hafta ücretli izin hakkına sahiptir (m.21/2).

¹⁵¹² AKYİĞİT, Yıllık İzin Ücreti, s. 393; Aynı yazar, “Kullanılmayan Yıllık İzin Ücretinde Gecikme Faizi”, TÜHİS, Ağustos 2006, s. 9; TULUKÇU, s. 430, 458; ÖZTÜRK, İzin Hakkı, s. 76 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1342-1343.

Basın İş Kanunu'nun 29. maddesine göre, yıllık izni vermeyen veya izni vermiş olup da izin süresine ait ücreti ödemeyen işverene, yıllık izin vermediği veya izin süresine ait ücretleri ödemediği gazetecinin izin süresine tekabül eden ücretler toplamının üç katı tutarında idari para cezası verilir; ayrıca gazeteciye ödenmesi gereken ücret toplamı, iki kat olarak ödenir.

Basın İş Kanunu'nun 29. maddesi, kullandırılan yıllık izne ait ücretin ödenmemesi veya ücreti ödenmesine rağmen iznin verilmemesi yahut hem izin hem de izin ücretinin ödenmemesi durumlarını kapsamaktadır. Öğretide, anılan aykırılıklara bağlanan iki kat ödeme yaptırımının iş sözleşmesinin devamı sırasında da söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür¹⁵¹³. Kanımızca sözleşme devam ederken iznin kullandırılmaması halinde, idari para cezasının uygulanması ile yetinilmesi; izin ücretinin iki kat ödenmesine ilişkin hükmün ise ancak sözleşmenin sona ermesi durumunda söz konusu olabilmesi gerekir. Çünkü Basın İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre, izin hakkından feragat mümkün değildir. Sözleşme devam ederken işverenin, yıllık ücretli izni kullandırmadığı halde, izin ücretinin iki katını ödemek suretiyle izni kullandırma yükümlülüğünden kurtulması hakkın niteliğine uygun düşmemektedir. Bu nedenle iki kat ödemeye ilişkin hukuki yaptırım sözleşmenin sona ermesi halinde dikkate alınmalıdır¹⁵¹⁴.

Gemiadamlarının yıllık ücretli izin hakları, Deniz İş Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenmiştir¹⁵¹⁵. Buna göre, aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet akdine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemiadamı, yıllık ücretli izne hak kazanır. İzin süresi, altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemiadamları için onbeş günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamaz.

¹⁵¹³ AKYİĞİT, Yıllık İzin Ücreti, s. 591.

¹⁵¹⁴ SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 285-287.

¹⁵¹⁵ Gemiadamlarının yıllık ücretli izin hakları hakkında geniş bilgi için bkz. TUNCAY, A.Can, "ILO Normları Işığında Gemiadamlarının Çalışma ve Dinlenme Süreleri", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008; AKYİĞİT, Ercan, "Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", TÜHİS, C.24, Şubat- Mayıs 2012, 1-41; Aynı yazar, Yıllık İzin Ücreti, s. 525-533; BEDÜK, s. 209 vd.

Deniz İş Kanunu'nun 40. maddesinin 7. fıkrasına göre, gemiadamının hakkettiği yıllık ücretli izni kullanmadan iş sözleşmesi 14. maddenin II, III ve IV. bentleri uyarınca bozulursa, işveren veya işveren vekili izin süresine ait ücreti, gemiadamına ödemek zorundadır. Maddede iş sözleşmesinin belirtilen hallerde sona ermesi durumunda izin ücretinin ödeneceği belirtilmişse de, öğretilde haklı olarak belirtildiği gibi iş sözleşmesinin sona erdiği diğer hallerde de kullandırılmamış izin ücretinin ödenmesi gerekir¹⁵¹⁶. Gerçekten iş sözleşmesinin taraflarca süreli feshi, tarafların anlaşması, geçersizlik ve ölüm hallerinde sona ermesi, işverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesi veya sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi halinde de, gemiadamına ya da hak sahiplerine kullandırılmamış olan iznin ücretinin ödenmesini yasaklayan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine bir düzenlemenin Anayasamızın 10 ve 50. maddelerine aykırı olacağı belirtilmelidir.

Yıllık izin ücreti, işçinin sözleşmenin sona erdiği tarihteki çıplak ücreti üzerinden hesaplanır. Çıplak ücret dışındaki ödemeler süreklilik taşıyan taşımanın yıllık izin ücretinin hesabında dikkate alınamaz. Ancak iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile yıllık izin ücretinin çıplak ücret yerine ek ödemeleri de kapsayan “giydirilmiş ücret”ten hesaplanacağı kararlaştırılabilir¹⁵¹⁷.

4857 sayılı Kanun'un 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı Kanun'la eklenen ek 3. maddesi uyarınca, iş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun yıllık izin ücreti beş yıllık zamanaşımına tabidir. İş Kanunu'nun 59. maddesine göre, yıllık izin ücretine ilişkin zamanaşımı süresi, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar. Yıllık izin ücretinin tabi olduğu zamanaşımı süresi ve faiz türü aşağıda ayrı başlıklar halinde ayrıntılı olarak açıklanacaktır¹⁵¹⁸.

V) Cezai Şart

İş kanunlarımızda cezai şarta ilişkin özel düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ayrıntılı

¹⁵¹⁶ BEDÜK, s. 210.

¹⁵¹⁷ AKYİĞİT, Yıllık İzin Ücreti, s. 378.

¹⁵¹⁸ Bkz. 3.Bölüm, § 9, I, II.

hükümlere yer verilmiştir¹⁵¹⁹. Türk Borçlar Kanunu'na göre, sözleşmenin hiç veya gerçeği gibi ifa edilmemesi ya da borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde cezai şart kararlaştırılabilir (m.179). Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir (m.180/1). Taraflar cezai şartın miktarını serbestçe belirleyebilirler (m.182/1). Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez (m.182/2). Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir (m.182/2).

Türk iş hukukunda işçi aleyhine cezai şarta belirli koşullar altında geçerlilik tanınmaktadır. Bunlardan ilki, iş sözleşmelerinde sadece işçi aleyhine konulan cezai şartın geçersiz olacağını öngören Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin 1. fıkrası hükmüdür¹⁵²⁰. Sözü edilen düzenlemeye göre, “hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir”¹⁵²¹. Böylelikle karşılıklı olmak ve işverenin sorumlu tutulacağı miktarı geçmemek kaydıyla, her iki taraf veya sadece işveren aleyhine cezai şart kararlaştırılabilir¹⁵²². Diğer bir sınırlama ise, Aynı Kanun'un 400. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işçi, maddenin 2. fıkrasında yer alan ölçütlerle belirlenen miktardan daha fazla tazminattan sorumlu tutulamaz. Bu hükümden hareketle

¹⁵¹⁹ İş Hukukunda cezai şart hakkında geniş bilgi için bkz. YAYVAK NAMLI, İrem, Türk İş Hukuku'nda Cezai Şart, İstanbul 2019; SOYER, Polat, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, Esener'e Armağan, Ankara 2000, 363-380; CANBOLAT, Talat/ENERER, Ebru, ““Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart” İş ve Hayat, S.5, Haziran 2017, 228-255; DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş Hukukunda Cezai Şart”, KHÜHF, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri, 28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, 21-44; BAYCIK, “İş Hukukunda Cezai Şart”, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.7, İş Hukuku, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, 1-22; ARICI, Kadir, Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, GÜHFD, C.I, S.1, Haziran 1997; GÜNAY, Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2002.

¹⁵²⁰ BAYCIK, Cezai Şart, s. 7.

¹⁵²¹ Türk Borçlar Hukuku yürürlüğe girmeden önce işçi aleyhine de cezai şart öngörülebileceği ileri sürülmesine (Bkz. KARAGÖZ, s. 98; ARICI, Kadir, Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, GÜHFD, C.I, S.1, Haziran 1997, s. 41) karşın, Yargıtay tek taraflı işçi aleyhine cezai şart kararlaştıramayacağına karar vermektedir. Bkz. Y9HD, 02.05.2008, 2007/17475-2008/11063; Y9HD, 28.12.2011, 2009/38415-2011/50156. Anılan Kanun yürürlüğe girdikten sonra sözü edilen düzenleme karşısında farklı bir sonuca gidilemeyeceği açıktır.

¹⁵²² CANBOLAT/ENERER, s. 235.

öğretide, işçinin, iş görme borcunun her ihlalinin değil, işe başlama veya sözleşmeyi hiç ifa etmemesi durumunda cezai şart kararlaştırılabileceği ileri sürülmüştür¹⁵²³. Bununla birlikte işçinin sır saklama yükümlülüğüne veya rekabet etmeme borcuna ya da mesleki eğitim karşılığında çalışma taahhüdüne aykırı hareket etmesi halinde de cezai şart kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir¹⁵²⁴. Öğretide, kişi özgürlüğünün korunması düşüncesinden hareketle, kural olarak, işçinin süreli fesih hakkının sözleşme ile sınırlandırılmayacağı, bu nedenle belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işçinin süreli fesih hakkının sınırlandırılmasına yönelik cezai şart öngörülemezceği ileri sürülmüştür¹⁵²⁵. Ancak, sözleşme belirsiz süreli olmasına karşın, belirli bir süre için süreli fesih hakkının sınırlandırılması mümkündür. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 08.03.2019 tarih ve 2017/10-2019/1 tarih ve sayılı kararı ile belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan “süreden önce haksız feshe” bağlı cezai şart hükmünün belirlenen süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğuna karar vermiştir¹⁵²⁶.

İşçinin korunması ve işinin sürekliliğini sağlanması amacıyla işverenin süreli veya derhal fesih hakkının sözleşme ile sınırlandırılabilmesi mümkündür¹⁵²⁷. İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı, genellikle, haklı sebep olmadan veya öngörülen prosedüre aykırı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde götürü tazminat niteliğinde bir paranın işçiye verilmesinin kararlaştırılması şeklinde sınırlandırılmaktadır¹⁵²⁸. Yargıtay, sözleşmenin haksız feshedilmesi halinde tazminat adı altında öngörülen ödemeyi cezai şart olarak nitelendirmiştir¹⁵²⁹.

¹⁵²³ DOĞAN YENİSEY, Cezai Şart, s. 23; KARAGÖZ, s. 128; BAYCIK, Cezai Şart, s. 7.

¹⁵²⁴ BAYCIK, Cezai Şart, s. 7-8; YAYVAK NAMLI, s. 455 vd.

¹⁵²⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 896; SÜZEK, Sarper, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Kamu-İş, C: 6, S: 4/2002, 73-94, s. 91.

¹⁵²⁶ Karar, 18.07.2019 tarih ve 30835 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹⁵²⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 885.

¹⁵²⁸ Y9HD, 13.07.2006, 15623-20955 ve Y22HD, 22.12.2016, 30239-29026.

¹⁵²⁹ “sözleşmenin 10/2 maddesinde çalışana toplam kredi tutarının %20 tutarında tazminat ödeneceği düzenlenmiştir. Bu madde içerik itibarıyla cezai şart hükmündedir”. (Y9HD, 02.05.2008, 2007/17475-2008/11063). Aynı şekilde sözleşmenin “bu nedenle sözleşmenin feshine neden olduğu takdirde 20.000 TL maddi tazminat ödemeyi kabul ve taahhüt eder” hükmü ile belirtilen tazminat cezai şart olarak nitelendirilmiştir (Y9HD, 21.05.2009, 2008/84-2009/13704).

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce derhal fesih hakkı, cezai şartla sınırlandırılabilir. Sözleşmenin süresinden önce işçi veya işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi koşullarına uygun olarak cezai şart kararlaştırılabilir¹⁵³⁰. İşverenin haksız fehi halinde cezai şartın bakiye süre ücreti tutarındaki tazminatla birlikte istenip istenemeyeceği önemli bir hukuki sorundur. Bakiye süre ücreti tutarındaki tazminata ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. ve 2. fıkra hükümleri nispi emredici niteliktedir. Bakiye süre ücreti tutarı tazminatı ile ilgili işçi aleyhine değişiklik yapılması mümkün değildir¹⁵³¹. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde öngörülen koşullara uyulmak kaydıyla sözleşmenin süresinden önce haksız feshedilmesine cezai şart bağlanabilir. Sözleşmenin süresinden önce işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat, sözleşmenin ifası yerini alan bir edim niteliğini alacağından, aksi kararlaştırılmamışsa işçi, ya cezai şartı ya da bakiye süre ücreti tutarındaki tazminatı isteyebilecektir¹⁵³².

Belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından süresinden önce haksız olarak feshedilmesi halinde cezai şart, bakiye süreye ait ücret tutarı olarak da öngörülebilir. Cezai şartın, bakiye süre ücreti tutarında kararlaştırılması işçinin lehinedir. İşçi hiçbir zararı olmasa dahi cezai şartı isteyebilecektir. İşçinin bakiye süre içinde tasarruf ettiği miktar ile başka bir elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir cezai şarttan mashup edilmez¹⁵³³. Yargıtay bir kararında, bu tür bir sözleşme hükmünün Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinin (TBK.m.438/1) öngörülen tazminatın tekrarı mahiyetinde olduğu gerekçesiyle, bakiye süre ücret tutarı tazminat ile birlikte cezai şart istenemeyeceğine karar vermiştir¹⁵³⁴. Başka bir kararda ise, bakiye süre ücret tutarında öngörülen

¹⁵³⁰ YAYVAK NAMLI, s. 377 vd.

¹⁵³¹ DOĞAN YENİSEY, Cezai Şart, s. 30; GÜLVER, Derhal Fesih, s. 1018; YAYVAK NAMLI, s. 387.

¹⁵³² CANBOLAT/ERENER, s. 247; DOĞAN YENİSEY, Cezai Şart, s. 30-31; BAYCIK, Değerlendirme 2016, s. 175; YAYVAK NAMLI, s. 388-389.

¹⁵³³ YAYVAK NAMLI, s. 388.

¹⁵³⁴ “İş sözleşmesinin 7. maddesinde, sözleşmenin süresinden önce feshine bağlı olarak sözleşmenin kalan süresi içinde ödenmesi gereken haklar toplamı kadar cezai şart ödemesi kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 5/14. maddesinde, cezai şart hükmünün diğer yasal hakların talebine engel olmadığı hükme bağlanmış ise de, aynı feshe bağlı olarak ortaya çıkan cezai şart ile bakiye süre ücretinin ayrı ayrı talep edilebilmesi için bu yönde sözleşmede açık düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. İş sözleşmesinin 5/14. maddesi, diğer yasal işçilik alacaklarının ödenmesi gerektiği noktasında anlam

cezai şart ile bakiye süre ücreti tutarındaki tazminatın farklı olduklarına, ifayı eklenen niteliğinden dolayı cezai şartla birlikte bakiye süreye ait ücret tutarındaki tazminatın da istenebileceğine karar vermiştir¹⁵³⁵. Kanımızca tarafların cezai şart miktarını bakiye süre ücreti tutarı olarak kararlaştırmaları halinde dahi sözleşmede aksine hüküm yoksa, bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat ile cezai şartı birlikte istenemez. Bu durumda seçimlik cezai şart söz konusudur.

Öğretide bir görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından süresinden önce haksız feshedilmesi halinde kalan süreye ait ücret tutarı olarak kararlaştırılan cezai şart, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi (TBK. m.438/1) uyarınca, işverence ödenmesi gereken bakiye süre ücreti tutarındaki tazminatın karşılığı olduğundan, işçi aleyhine cezai şartın geçerli olması gerekir¹⁵³⁶. Kanımızca, sözleşmenin süresinden önce haksız olarak feshi halinde öngörülen cezai şart ile Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işverenin sözleşmeyi haksız feshetmesi halinde ödemek zorunda olduğu bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat mahiyetleri itibariyle farklıdır. Tarafların kanundaki düzenlemeye rağmen cezai şart öngörmelerine ilişkin iradelerine değer verilmelidir. Nitekim Yargıtay, belirli süreli iş sözleşmesinde işverenin haksız feshine bağlanan cezai şartın işverence ödenmesi gereken bakiye süre ücreti tutarındaki tazminattan farklı olduğuna karar vermektedir¹⁵³⁷. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshine bağlı cezai şartın tek taraflı işçi aleyhine olarak kararlaştırılması mümkün olmamalıdır.

Mülga Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinin 1. fıkrasında, belirli bir süre için yapılan iş sözleşmesinin, sürenin bitiminden sonra her iki tarafın susması ile devam

ifade eder". (Y9HD, 04.12.2018, 2016/15172-2018/22247). Aynı yönde diğer bir karar için bkz. Y9HD, 12.03.2019, 2018/11076-2019/5394.

¹⁵³⁵ Y9HD, 21.01.2010, 2009/46225-2010/604.

¹⁵³⁶ SOYER, Polat, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu", Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 366-367; KARAGÖZ, s. 138.

¹⁵³⁷ "Belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezai şart hükmü, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir". (Y9HD, 21.01.2010, 2009/46225-2010/604).

ettirilmesi durumunda, aynı süre ve en çok bir yıl için yenilenmiş sayılacağı öngörül-müştü. Yargıtay da, belirli süreli sözleşme anılan hüküm uyarınca birden fazla ye-nilenemeyeceğine karar veriyordu¹⁵³⁸. Sözleşme yenilenme suretiyle belirli süreli olma özelliğini devam ettiriyorsa, cezai şarta ilişkin hükmün sözleşme süresi sonuna kadar geçerli olduğu kabul edilmekteydi¹⁵³⁹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda paralel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Aksine Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 2. fıkrasına göre, “belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminde örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı halinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir”. Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshine bağlanmış olan cezai şarta ilişkin hüküm sözleşme sü-resinin bitimi ile yürürlükten kalkar. Buna karşılık, esaslı bir nedenin varlığı halinde zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde, son sözleşmenin süresinden önce haksız olarak feshedilmesi halinde, feshe maruz kalan tarafın sözleşmede öngörülen cezai şartı talep hakkı vardır¹⁵⁴⁰.

İş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçiler lehine iş güvencesi mahiyetinde öngörülen cezai şartın, İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası hükmü karşısında, geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, cezai şart, feshe bağlı tazminatlardan bağımsız ve farklı bir niteliktedir. Bu nedenle, iş güvencesine tabi işçiler lehine kararlaştırılan cezai şart geçerli olmalıdır¹⁵⁴¹. Başka bir görüşe göre ise, Kanun'un sözü edilen hükmü mutlak emredicidir. Tazminat miktarını arttıran veya dolaylı olarak bu anlama gelen cezai şart hükümleri geçersizdir¹⁵⁴². Yargıtay da iş güvencesi kapsamındaki iş sözleşmelerinin geçersiz feshinde işçinin işe başlatılmaması halinde uygulanan iş güvencesi tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık

¹⁵³⁸ Y9HD, 19.12.2000, 14949-19117, Kamu-İş Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları, 2000-2005, Ankara, 2006, s.80-81; Y9HD, 27.02.2003, 1523-2559, Kamu-İş Yargıtay Kararları 2000-2005, s. 46-48.

¹⁵³⁹ Y9HD, 11.04.2003, 2002/20581-2003/6120, Kamu-İş Yargıtay Kararları, 2000-2005, s. 109-110.

¹⁵⁴⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 887.

¹⁵⁴¹ CANBOLAT/ERENER, s. 244.

¹⁵⁴² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 889; SÜZEK, s. 710; DOĞAN YENİSEY, Cezai Şart, s. 37-38; MANAV, s. 413; YAYVAK NAMLI, s. 361.

ücret tutarındaki yaptırımın mutlak emredici niteliğinden (İşK. m.21/son) hareketle, işçi lehine olduğu halde, haksız feshe bağlanan cezai şartı geçersiz kabul etmiştir¹⁵⁴³.

Yargıtay, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler lehine cezai şart öngörülebileceğini, ancak İş Kanunu'nun 21. maddesinin son maddesi gereğince, iş güvencesi tazminatının üst sınırını geçemeyeceğine karar vermiştir¹⁵⁴⁴. Karara göre, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilere güvence kapsamındakilere nazaran daha üstün mali güvencenin öngörülmesi eşitlik ilkesini ihlalidir. Yargıtay'ın bu içtihadı, haklı olarak, eleştirilmiştir. Gerçekten, sözleşme serbestisi ve toplu iş sözleşmesinin özerkliği ile iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için işverenin bildirimli fesih hakkını sınırlandıran hükümlere yer verilebilir. Sözleşme ile öngörülecek yaptırımın miktarı dürüstlük kuralları belirler. Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin son fıkrası uyarınca, hakim, dürüstlük kurallarına göre fahiş gördüğü cezai şarttan re'sen hakkaniyete uygun bir indirim yapacaktır¹⁵⁴⁵. Yargıtay'ın sözü edilen uygulamasını yerinde bulan bir görüşe göre, Kanun'un öngördüğü üst sınır ancak toplu iş sözleşmesi ile aşılabılır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 182/3 uyarınca işçi iş güvencesine tabi olsaydı isteyebileceği miktar ölçüt alınarak indirim yapılmalıdır¹⁵⁴⁶.

Asgari süreli iş sözleşmesinin asgari süre sona ermeden önce haksız feshedilmesine bağlanacak cezai şartın geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu noktada asgari süreli iş sözleşmesinin hangi sözleşme türü içinde yer aldığının önem arz ettiği belirtilmelidir. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, asgari süreli iş sözleşmesi, süreli fesih hakkının

¹⁵⁴³ Y9HD, 21.11.2006, 9775/30758, Y9HD, 27.03.2007, 670/8607, Y9HD, 27.06.2006, 13504-18949; ve Y9HD, 27.03.2007, 661-8598.

¹⁵⁴⁴ Y9HD, 21.05.2007, 2006/29243-2007/15688. Aynı yönde, “İşyerinde çalışan kişi sayısının otuzdan az olması sebebiyle, davacı işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümleri kapsamında bulunmadığı sabittir. Bu hususla birlikte iş sözleşmesinin işverence haklı sebeple feshedildiğinin kanıtlanamadığı nazara alındığında, cezai şart alacağı talep edilebilir ise de, işçinin talep edebileceği cezai şart miktarının üst sınırı, sözleşmede belirtilen miktarı geçmemek şartıyla, iş güvencesi kapsamında olsaydı, hüküm altına alınabilecek işe başlatmama tazminatı miktarıdır. Bu doğrultuda, davacının kıdemine göre, talep edebileceği cezai şart miktarının üst sınırı işçinin dört aylık ücreti tutarındadır. Anılan sebeple, 818 sayılı Borçlar Kanunun 161/son maddesi nazara alınarak, belirtili usulde yapılacak değerlendirmeye, cezai şart alacağı hüküm altına alınmalıdır”, (Y22HD, 04.06.2013, 12748-13562).

¹⁵⁴⁵ UŞAN, İş Güvencesi Tazminatı, s. 102 vd.

¹⁵⁴⁶ YAYVAK NAMLI, s. 361-362.

asgari bir süre ile sınırlandırıldığı belirsiz süreli iş sözleşmesidir¹⁵⁴⁷. Taraflar, asgari süre içinde süreli fesih haklarını kullanmayacaklarını kararlaştırdıklarından, işverenin haklı neden olmadan sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik tek taraflı iradesi, asgari sürenin bitiminde hüküm ifade eder. Başka bir anlatımla, işverenin tek taraflı iradesi, asgari süre içinde sözleşmeyi sona erdirmez. Bu durumda işverenin işi kabulde temerrüde düştüğü ve işçinin bakiye süre ücretini talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁴⁸. Asgari süreli iş sözleşmesini belirsiz süreli sözleşme olarak nitelendiren bazı yazarlara göre, işçi iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın asgari süre içinde sözleşmenin haksız feshedilmesini engellemek amacıyla cezai şart kararlaştırılabilir. İş Kanunu'nun 21.maddesinin son fıkrası iş güvencesi tazminatının miktarına ilişkindir. Bu tazminattan amacı ve niteliği itibariyle farklı olan cezai şarta ilişkin sözleşme hükmüne değer verilmelidir¹⁵⁴⁹. Asgari süreli iş sözleşmesini belirsiz süreli sözleşme türü içinde değerlendiren diğer bir görüşe göre ise, İş Kanunu'nun 21.maddesinin son fıkrası uyarınca, iş güvencesine tabi işçiler bakımından sözleşmelerle cezai şart kararlaştırılamaz. İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından ise, İş Kanunu'nun 420. maddesinde belirtilen koşullara uygun olarak cezai şart öngörülebilir¹⁵⁵⁰. Asgari süreli iş sözleşmesinin kararlaştırılan süre içinde belirli süreli iş sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu ileri süren görüş sahiplerinin¹⁵⁵¹, sözleşmenin asgari sürenin bitiminden önce haksız feshedilmesine cezai şart bağlanıp bağlanamayacağı konusunda herhangi bir olumsuz değerlendirmeleri bulunmamaktadır.

Yargıtay, işçi aleyhine olan cezai şartın işveren aleyhine olandan daha fazla olması durumunda, cezai şarta ilişkin hükmün kısmi geçersizliğine karar vermektedir¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁷ OĞUZMAN, s. 13-14; SÜZEK, s. 252-253; ALPAGUT, s. 12-13; YAYVAK NAMLI, s. 424.

¹⁵⁴⁸ YAYVAK NAMLI, s. 425. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshi halinde ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca sözleşmeyi sona erdirir.

¹⁵⁴⁹ CANBOLAT/ERENER, s. 243-244.

¹⁵⁵⁰ SÜZEK, s. 710; DOĞAN YENİSEY, Cezai Şart, s. 37-38; MANAV, s. 413; YAYVAK NAMLI, s. 361.

¹⁵⁵¹ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 27 vd.; KARAGÖZ, s. 149.

¹⁵⁵² “Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi

Bu yönde verdiği bir karara göre, iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshedilmesi halinde daha düşük olan işveren aleyhindeki cezai şartın hüküm altına alınması gerekir¹⁵⁵³. Bir görüşe göre, bu durumda işçi aleyhine cezai şartın tümünden geçersiz kabul edilmesi gerekir¹⁵⁵⁴. Kanımızca, işçi aleyhine olanı daha fazla ise eşit olan miktarı aşan kısmın geçersizliğine karar verilmesine yönelik uygulama, isabetlidir. Geçersizlik, işçi aleyhine olan miktarla sınırlı olmalıdır.

Öğretide haksız fesih tazminatının, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle borcun ifası yerini almadığı ve haksız fesih tazminatı ile cezai şartın düzenleme amaçları ve ödeme şartları itibarıyla birbirinin alternatifleri olmadıkları belirtilerek her ikisinin birlikte talep edilebileceği ileri sürülmüştür¹⁵⁵⁵. Başka bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen haksız fesih tazminatı, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şarta dahildir. Bu nedenle sadece cezai şart talep edilebilir. Cezai şartın miktarı haksız fesih tazminatı miktarından az ise, 438. maddenin emredici hüküm olması nedeniyle cezai şartı aşan miktar istenebilmelidir¹⁵⁵⁶. Bize göre de haksız fesih tazminatı ile cezai şart amaçları ve nitelikleri itibarıyla farklıdır. Birlikte talep edilebilmeleri mümkün ise de, hâkimin haksız fesih tazminatını takdir ederken, cezai şartı da dikkate alması gerekir.

Eğitim karşılığı karşılığı kararlaştırılan cezai şartın tek taraflı olduğu gerekçesiyle geçersizliği ileri sürülemez. Başka bir anlatımla, işçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart, tek taraflı olarak değerlendirilemez¹⁵⁵⁷.

aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz". (Y9HD, 19.10.2017, 2015/13969-2017/16218).

¹⁵⁵³ Karar için bkz. Y9HD, 30.03.2017, 19244-5337.

¹⁵⁵⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 885.

¹⁵⁵⁵ YAYVAK NAMLI, s. 390.

¹⁵⁵⁶ ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, s. 933.

¹⁵⁵⁷ CANBOLAT/ERENER, s. 236; YAYVAK NAMLI, s. 556. "Anılan taahhüt eğitim gideri karşılığı kararlaştırılan bir cezai şart olması nedeniyle geçerlidir. Taraflar arasında mesleki geliştirme eğitiminin kimin tarafından verileceği açıkça belirlenmemiştir. Bu nedenle dosya içinde davalının imzasını taşıyan eğitim devam belgeleri mevcut olduğu için anılan eğitimin verildiği kabul edilmelidir. Bu durumda davacının sözleşme gereğini yerine getirdiği bu belgelerden anlaşılmakta olup davalı mecburi hizmet karşılığı çalışmayı taahhüt ettiği süre sona ermeden ayrıldığı için cezai

İşverenlerin özel bir eğitim vermediği halde işçinin işin görülmesi sırasında edindiği mesleki ve teknik bilgileri bir süre işletmesi için kullanılmasını sağlamak amacıyla, işçi aleyhine koydukları cezai şart geçersizdir. Böyle bir durumda, cezai şartın eğitim karşılığı verildiği kabul edilemez. Başka bir anlatımla, işin görülmesi sırasında öğrenilen mesleki ve teknik bilgiler özel eğitim verildiği şeklinde yorumlanamaz¹⁵⁵⁸. Bunun gibi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 17. maddesi gereğince, iş sağlığı ve güvenliği için verilen eğitimlerin giderleri ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, çırağın eğitim giderleri karşılığında kararlaştırılan cezai şart geçersizdir¹⁵⁵⁹.

Sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle veya işveren tarafından haksız veya İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendi dışına kalan sebeplerle feshedilmesi halinde işverenin eğitim giderlerini ya da bu amaçla kararlaştırılmış olan cezai şartı talep hakkı ortadan kalkar¹⁵⁶⁰. Belirtilmelidir ki, evlenme, askerlik ve emeklilik nedeniyle yapılan fesih İş Kanunu'nun 24.maddesinde belirtilen haklı nedenler arasında yer almamaktadır. Bu nedenle anılan sebeplerle yapılan fesih geri ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

VI) Rekabet Yasağının Kalkması

İş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesinin hukuki sonuçlarından birisi de, taraflar arasında varsa rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesidir. Böyle bir hukuki sonucun doğması için öncelikle geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin mevcut olması gerekir.

İş sözleşmesinde işçi, sadakat borcu gereği işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. İş Kanunu'nda sadakat borcu ile ilgili düzenleme bulun-

şarta hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". Y9HD, 30.06.2011, 2009/17330-2011/19554.

¹⁵⁵⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 885.

¹⁵⁵⁹ "İşçiye 4857 sayılı İş Kanunu'nun 78. ve devamı maddelerine göre, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken eğitimlere ait giderler istenemez". (Y22HD, 08.12.2015, 30771-33939).

¹⁵⁶⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 892-893; YAYVAK NAMLI, s. 610, 618..

mamaktadır. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nun “özen ve sadakat borcu” başlıklı 396. maddesinin 3. fıkrası “işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez” hükmü ile rekabet etme yasağını, sadakat borcu kapsamı içinde değerlendirmiştir. İşçinin işverenle rekabet etme anlamına gelecek davranışlarda bulunması sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Bu sebeple, iş sözleşmesinin yürürlüğü süresi içinde işçinin sadakat borcu gereğince rekabet etme yasağı vardır¹⁵⁶¹.

İşçinin, iş ilişkisinden dolayı işverenin iş sırlarına, üretim usullerine ve müşteri çevresine ilişkin edinmiş olduğu bilgileri rakip bir işletme veya işyerinde kullanılmasına imkân vermesi işverenin menfaatlerine zarar veren sadakat borcuna aykırı bir davranıştır. İşçi, işin özelliğinin gerekli kıldığı istisnalar dışında, çalışma saatleri dışında olsa bile, işvereni ile aynı yerde ve aynı konuda faaliyette bulunan başka bir işyerinde çalışırsa, sadakat borcunun ve dolayısıyla rekabet etmeme borcunun ihlali söz konusu olacaktır¹⁵⁶². İşçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında kendi adına işvereni ile rekabet edeceği bir iş yapması veya işverenin rakibi olan bir işyerine ortak olması ya da bir menfaat ilişkisine girmesi borcun ihlali sonucunu doğurur¹⁵⁶³.

Rekabet etmeme borcu, iş sözleşmesinin kurulmasıyla kendiliğinden ortaya çıkar. Bu sebeple, tarafların iş sözleşmesine bu yönde bir kayda yer vermeleri veya ayrı bir sözleşme yapmaları gerekmez. İş ilişkisi devam ederken, işçinin rekabet sayılabilecek davranışları, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (e) alt bendinde öngörülen “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar” kapsamına girer ve işveren için haklı fesih sebebi oluşturur¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶¹ TUNÇOMAĞ, s. 186; SÜZEK, s. 338; NARMANLIOĞLU, s. 273-274; UŞAN, İş Sırrı, s. 120-121; Daha fazla bilgi için bkz. TUNCAY, A. Can, “Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine) Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.I, Ankara 2016, s. 479 vd.; MANAV, Eda, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, TBB Dergisi, S.87, 322-263; BASKAN, Ş.Esra, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2) 2012, s. 116-125; YAYVAK NAMLI, s. 455.

¹⁵⁶² NARMANLIOĞLU, s. 274.

¹⁵⁶³ NARMANLIOĞLU, s. 274.

¹⁵⁶⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 306.

İş sözleşmesinin kurulmasıyla kendiliğinden doğan rekabet etmeme borcu, sözleşmenin herhangi bir şekilde hitam bulmasıyla ortadan kalkar. Hukukumuzda iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmesini yasaklayan bir hüküm yoktur. Ancak taraflar, rekabet etmeme borcunun devamını sözleşme sona erdikten sonra da belli bir süre için kararlaştırabilirler. Rekabet yasağına ilişkin anlaşma, buna özgü ayrı bir sözleşme ile ya da mevcut iş sözleşmesine konulacak bir hüküm ile yapılabilir¹⁵⁶⁵.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin, iş sözleşmesi devam ederken, işverenin müşterilerini tanıması ya da iş sırlarını öğrenmesi sebebiyle, iş ilişkisi sona erdikten sonra belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içinde işverenle rekabet teşkil edecek herhangi bir faaliyette bulunmaması hususunu içeren bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁶⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet hakkını sınırlandıran ya da ortadan kaldıran sözleşmenin yapılmasına ve sona ermesine ilişkin hükümler 6098 sayılı Kanun'un 444 ila 447. maddelerinde yer almaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 444. maddesine göre, “fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir” (f.1). “Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir” (f.2).

Buna göre, yazılı yapılması zorunlu olan rekabet sözleşmesinin geçerliliği için; işçinin fiil ehliyetine sahip olması, iş ilişkisinin, işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yapacağı işler hakkında bilgi edinme imkânını sağlayacak durumda

¹⁵⁶⁵ TUNÇOMAĞ, s.187; SÜZEK, s. 338-339; NARMANLIOĞLU, s. 274; UŞAN, İş Sırrı, s. 119 vd.

¹⁵⁶⁶ UŞAN, M.Fatih, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Mercek, Nisan 2005, s. 100.

olması, bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte bulunması ve rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir¹⁵⁶⁷. Kanun'da belirtilen emredici nitelikte şartlardan birisinin dahi eksikliği sözleşmenin geçersizliğine yol açar¹⁵⁶⁸.

Mülga Borçlar Kanunu'na göre, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin yapılabilmesi, işçinin ancak işverenin müşteri çevresi ile temas halinde olması veya işverenin sırlarına vakıf olması şartına bağlıydı. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda bu nedenlere, "işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması" da eklenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki bu düzenleme, yasağın kapsamını genişlettiği, soyut ve belirsiz bir ölçüt getirdiği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir¹⁵⁶⁹.

Rekabet yasağı, koşulları her bir işçi için ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken özel bir hüküm veya sözleşme ile kararlaştırılabilir. Bu sebeple iç yönetmelik ve genelge gibi genel nitelikte belgelere atıf yapılarak kararlaştırılamaz¹⁵⁷⁰. Tip sözleşmelerde yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümler genel işlem koşulu denetimine tabidir¹⁵⁷¹.

Mevzuatımızda karşı edim yükümlülüğü, rekabet yasağı sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 445. maddesinin 2. fıkrasında, hâkimin sözleşmenin kapsamı ve süresi ile ilgili müdahalede bulunması halinde varsa karşı edimi de göz önünde bulunduracağı belirtilmiştir. İşçinin ekonomik geleceğini sınırlandıran söz konusu sözleşme bakımından karşı edim yükümlülüğünün bir geçerlilik unsuru olarak öngörülmemesi öğretide haklı olarak eleştirilmiştir¹⁵⁷². Belirtelim ki, karşı edim yükümlülüğünün bir geçerlilik unsuru olarak

¹⁵⁶⁷ TUNCAY, Rekabet Yasağı, s. 482.

¹⁵⁶⁸ YAYVAK NAMLI, s. 471.

¹⁵⁶⁹ ÖZDEMİR, s. 112; DOĞAN YENİSEY, Kübra, Türk Borçlar Kanunu, s. 88.

¹⁵⁷⁰ SOYER, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK.md.348-352), Ankara 1994, s. 43; TAŞKENT/KABAKCI, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil Dergisi, Aralık 2009, s. 35-36; SÜZEK, s. 339.

¹⁵⁷¹ YAYVAK NAMLI, s. 527.

¹⁵⁷² SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 49; DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 89; TAŞKENT/KABAKCI, s. 37; MANAV, Rekabet Yasağı, s. 358; YAYVAK NAMLI, s. 480.

öngörülmemiş olması tarafların karşı edim yükümlülüğünü kararlaştırmalarına engel değildir¹⁵⁷³.

Rekabet yasağı sözleşmesi, bir taraftan işçinin iş ilişkisi sırasında öğrendiği mesleki bilgilerin, iş sırlarının ve müşteri çevresi bilgilerinin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra rakip firmalarla paylaşılması önlemeye yönelik işverenin haklı menfaatini koruma altına alırken, diğer taraftan işçinin anayasal hakkı olan çalışma ve sözleşme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlamaktadır. Bu sebeple, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin, tarafların karşılıklı menfaatlerini dengede tutacak içerikte olması gerekir¹⁵⁷⁴. Türk Borçlar Kanunu’nun 445. maddesine göre, “rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz (f.1). Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir (f.2).

Rekabet yasağının hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaması, işçinin çalışma hakkı ve teşebbüs hürriyetini ihlal eder. İşçi maddi ve manevi yönden zarara uğrayabilir. Bu nedenle kanun koyucu belirli şartlar dahilinde rekabet yasağına geçerlilik tanımıştır¹⁵⁷⁵. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 349. maddesinde rekabet yasağı sözleşmesinin zaman, yer ve konu bakımından sınırlandırılmaması halinde rekabet yasağının geçerli olmayacağı düzenlemiştir. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu’na göre, kanuna uygun olmayan sınırlamalara yer verilmemesi halinde kısmi butlan söz konusu olur. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu’nun 445. maddesinin 1. fıkrası uyarınca hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin yüklendiği varsa karşı edimi de göz önünde bulundurmak suretiyle, kapsam ve süre bakımından sınırlandırabilir¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷³ MANAV, Rekabet Yasağı, s. 358; BASKAN, Rekabet Yasağı, s. 121; YAYVAK NAMLI, s. 480.

¹⁵⁷⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 612; SÜZEK, s. 338; YAYVAK NAMLI, s. 459.

¹⁵⁷⁵ SÜZEK, s. 338.

¹⁵⁷⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 614.

Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür (TBK.m.446/1). Sözleşmeye aykırılık durumunda işveren, uğradığı zararları ispat etmek zorundadır. Taraflar sözleşme hükümlerini daha etkin hale getirmek için kanunda belirtilen hukuki yaptırıma ek olarak, sözleşmeye Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinden yararlanarak cezai şart koyabilirler. Bu durumda işveren, zararı ispatlamak zorunda kalmaksızın ceza şartın ödenmesini talep edebilecektir¹⁵⁷⁷.

Yasağa aykırı davranış cezai şarta bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa işçi, öngörülen cezai şart miktarını ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir. Ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır (TBK.m.446/2). Bu durumda, işveren, cezai şart miktarını aşan zararı ispatlamalıdır.

Rekabet yasağına aykırılık halinde işveren, cezai şart ve doğacak zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede açıkça hüküm bulunmak koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir (TBK.m.446/3).

Türk Borçlar Kanunu'nun 447. maddesine göre, rekabet yasağı iki halde sona erer. Bunlardan ilki, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığını belirlenmesidir (f.1). Örneğin, rekabet yasağı sözleşmesinden sonra işveren işyerini kapatmışsa veya faaliyet alanını tamamen değiştirmişse, artık rekabet yasağının sürdürülmesinde gerçek bir yararından söz edilemeyecektir. Yasağın kalkmasını sağlayan ve konumuz bakımından önemli olan ikinci durum ise, sözleşmenin haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilmesidir (f.2).

Buna göre, iş sözleşmesi işçi tarafından Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesi (İşK.m.24) hükmünde belirtilen haklı sebeple ya da işverence Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin (İşK.m.25) kapsamı dışında kalan bir sebeple feshedilirse, rekabet yasağı sona erer. Maddede belirtilen haklı nedenin, "işçiye yüklenilebilecek haklı neden" olarak anlaşılması gerekir. İşçiye yüklenilebilecek haklı bir neden olmadan iş

¹⁵⁷⁷ ÇELİK./CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 309; YAYVAK NAMLI, s. 523-524.

sözleşmesi feshedilirse, rekabet yasağı devam eder. Bu bağlamda İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen ve fesih için geçerli sebep kabul edilen işçinin davranışları, aynı zamanda haklı neden teşkil ediyorsa, rekabet yasağını sona erdirmeyecektir¹⁵⁷⁸. O halde rekabet yasağını sona erdiren işveren feshinin haksız olması gerekir. İşveren feshinin geçerli nedene dayanmaması, feshin aynı zamanda haklı nedene dayanmadığı anlamındadır.

Rekabet yasağı, işverenin kişiliğiyle ilgili değil, işletmeyle ilgili ekonomik bir değerdir. İş sözleşmesi devam ederken işyerinin devri halinde, İşK. m.6 uyarınca devirle birlikte iş sözleşmesi de devralan işverene geçeceğinden, kural olarak, rekabet yasağı devam eder. Ancak bu durumda, devralan işverenin rekabet yasağı ile korunan iş sırlarını ve müşteri çevresini kullanan bir faaliyeti sürdürmesi gerekir. İşyeri devrinden sonra devreden işveren, aynı konuda faaliyete başlasa bile, işçiden rekabet yasağına ilişkin bir talepte bulunamaz¹⁵⁷⁹. İş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağının sürdüğü dönemde, işyerinin devri halinde de aynı sonuca varılabilir. Ancak bu halde yasak, devralan işverenin faaliyet alanı ve devamı ile sınırlı olmalıdır¹⁵⁸⁰.

Rekabet yasağı sadece belirsiz süreli sözleşme ilişkisinde değil, belirli süreli sözleşme ile çalışma halinde de öngörülebilir. İşverence belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız olarak feshedilmesi halinde rekabet yasağı sona erer. Rekabet yasağı kalktıktan sonraki aşamada işçinin çalışırken iş sırlarına, üretim usullerine ve müşteri çevresine ilişkin edinmiş olduğu bilgileri rakip bir işletme veya işyerinde kullandığı için zarara sebebiyet verdiğinden söz edilerek işçiden tazminat veya varsa cezai şart istenemez.

¹⁵⁷⁸ SOYER, s. 101-102; TUNCAY, Rekabet Yasağı, s. 494; SÜZEK, s. 347-348; ŞAHLANAN, Rekabet Yasağı, s. 89; TAŞKENT/KABAKCI, s. 41; UŞAN, İş Sırrı, s. 277-279; BASKAN, Rekabet Yasağı, s. 123.

¹⁵⁷⁹ ŞAHLANAN, Rekabet Yasağı, s. 87; SOYER, s. 94-95; SÜZEK, s. 348; UŞAN, İş Sırrı, s. 273-274; TAŞKENT/KABAKCI, s. 42-43.

¹⁵⁸⁰ SOYER, s. 94-95; SÜZEK, s. 349; ŞAHLANAN, Rekabet Yasağı, s. 87; UŞAN, İş Sırrı, s. 273-274; TAŞKENT/KABAKCI, s. 42-43. Bu yönde verilen bir Yargıtay kararında, "İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devir halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde de ise rekabet yasağı sona erer" ifadelerine yer verilmiştir. Karar için bkz. Y9HD, 24.12.2009, 26954-36971.

VII) Maddi ve Manevi Tazminat

İş sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle Kanunda genellikle medeni cezaî niteliğinde tazminatlar öngörülmüştür. Medeni cezaî niteliğindeki tazminatlar, haksız feshin doğrudan doğruya sebep olduğu zararların istenmesine engel değildir¹⁵⁸¹. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin haksız feshi tek başına maddi ve manevi tazminat hakkının doğumu için yeterli değildir. Kanunda öngörülen tazminatlardan ayrı olarak, maddi ve manevi tazminat istenebilmesi, genel hükümlerin öngördüğü şartların gerçekleşmesine bağlıdır¹⁵⁸². Belirtilmelidir ki, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin çalıştırılmadıkları süre için en çok dört aylık ücret ve diğer hakları talep edebilmeleri, İş Kanunu’nun 21. maddesi gereği olup, feshin geçersizliğine karar verilmesine ve işçinin işe başlatılmak için süresinde başvurmasına bağlıdır. İş güvencesi kapsamında olmayan işçinin salt haksız fesihten dolayı boşa geçen süre için maddi tazminat isteğinde bulunması mümkün değildir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen haksız fesih tazminatı götürü niteliktedir. İşçinin belirtilen tazminatı talep edebilmesi için zarara uğraması şart değildir. Bu nedenle zararın varlığını ispata da ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte, işçinin belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshinden dolayı bildirim süresi veya süre bitimine kadar kazanabileceği miktarı aşan bir zararı söz konusu olabilir. İşçinin maddi tazminat isteyebilmesi için, zarara uğradığını ispat etmesi ve haksız fesih ile zarar arasında “sebep-sonuç” ilişkisi bulunduğunu ortaya koyması gerekir. Bu zararın kapsamına belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresinde, belirli süreli iş sözleşmelerinde ise bakiye sürede kazanabileceği miktar girmez.

Haksız fesih nedeniyle hüküm altına alınan haksız fesih tazminatının maddi tazminat talep edilmesine engel teşkil edip etmediği önemli bir hukuki sorundur. Bir görüşe göre, haksız fesih tazminatında hâkim, uğranılan zarardan fazla bir miktara hükmedemez. Bununla birlikte, hâkim bütün zararın tazminine hükmetmek zorunda da değildir¹⁵⁸³. Kuşkusuz bir medeni ceza olarak haksız fesih tazminatı, işçinin

¹⁵⁸¹ ÇENBERCİ, s. 363.

¹⁵⁸² ÇENBERCİ, s. 365.

¹⁵⁸³ SAYMEN, s. 607; OĞUZMAN, s. 278.

malvarlığında oluşan farkı kapatmayı amaçlayan bir tazminat olamaz. Oysa haksız fesih nedeniyle oluşan maddi zararların tazminine yönelik dava, doğrudan işçinin malvarlığında meydana gelen fark miktarla ilgilidir. Öyleyse haksız fesih nedeniyle oluşan ve işçi tarafından ispatlanan maddi zararların haksız fesih tazminatından bağımsız olarak hüküm altına alınması gerekir.

Haksız fesih nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen işçi, manevi tazminat talep edebilir. Haksız fesih tazminatına hak kazanmış olması, manevi tazminat istemesine engel değildir. Ancak salt iş sözleşmesinin haksız feshedilmiş olması manevi tazminatı gerektirmez. Başka bir anlatımla, manevi tazminat, haksız feshin doğal bir sonucu değildir¹⁵⁸⁴. Haksız feshin ayrıca kişilik haklarını ihlal etmiş olması gerekir. Örneğin, işçinin işyerinde hırsızlık yaptığını ya da başka bir işçiye cinsel tacizde bulunduğunu ileri sürerek iş sözleşmesini fesheden işverenin, haklı nedenin varlığını ispat edememesi halinde işçi, kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla manevi tazminat isteyebilir. Belirtelim ki, işverenin fesih sırasında işçiye darp etmesi ya da hakaret etmesi nedeniyle işçinin talep edebileceği manevi tazminat, haksız feshin sonucu değildir. İşçinin böyle bir durumda manevi tazminat istemesi için, iş sözleşmesinin feshedilmesi ya da feshin haksız olması gerekmez.

İşverenin haksız feshi nedeniyle hâkimin haksız fesih tazminatına karar vermesi durumunda, işçinin ayrıca manevi tazminat isteyebilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, haksız fesih tazminatı haksız fesih yoluyla kişilik haklarına saldırıya karşı işçiye korumayı amaçlamaktadır. İşverenin yapmış olduğu fesih aynı zamanda işçinin kişilik haklarına saldırı teşkil edebilir. Türk Borçlar Kanunu’nun 427. maddesi uyarınca kişilik haklarına zarar verilmek suretiyle gözetme borcu ihlal edildiği takdirde işveren, tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak haksız fesih tazminatı,

¹⁵⁸⁴ ÇENBERCİ, s. 365. Aynı yönde bir Yargıtay kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “Fesih bu haliyle haksız fesih niteliğindedir. Ancak feshin haksız olması kişilik haklarına saldırı niteliği taşımaz. Somut olay bakımından kişilik haklarına saldırıdan bahsedebilmek için davalının davacıya iftira niteliğinde bir olay isnat etmesi de gerekirdi. Açıklandığı üzere somut bir olay isnat etmeksizin sadece haklı feshine ilişkin yasadaki maddelerden bir kısmına işaretlerle gerçekleştirilen haksız fesih nedeniyle manevi tazminat gerekmez. Buna yönelik talebin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır” (Y9HD, 19.06.2019, 2016/8444-2019/13817). Aynı yönde, “Davacının manevi tazminat talebine gelince; davacının hizmet akdinin feshinde kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğramış değildir. Bu durumda davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesi hatalı olup kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir”. (Y9HD, 09.10.2000, 8788-13202).

doğrudan zararın karşılanması yönelik olmadığından maddi ve manevi tazminat miktarının ya da kişilik haklarının zedelenme derecesinin ispatlanması gerekli değildir. Bu durumda zararın miktarı daha büyükse işçi, haksız fesih tazminatını aşan manevi zararını isteyebilmelidir¹⁵⁸⁵. Başka bir görüşe göre ise, haksız fesih tazminatı, aynı zamanda kişilik haklarına aykırılığın yaptırımını olduğundan, her iki tazminatın birlikte istenmesi mümkün değildir¹⁵⁸⁶. Kanımızca, haksız fesih tazminatının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken somut olayın özellikleri arasında işçinin kişilik haklarının ihlali derecesi de olmakla birlikte, haksız fesih tazminatında üst sınır söz konusu olduğundan, tavanı aşan manevi zarar istenebilmelidir.

İşveren de işçinin haksız feshi nedeniyle maddi zararlarını isteyebilir. İşverenin isteyebileceği maddi tazminat, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uyarınca işçinin aylık ücretinin dörtte birini aşan zarar miktarıdır. Anılan hükme göre işveren aylık ücretin dörtte birini aşan ek zararlarını isteyebilir. İşçinin haklı neden olmadan iş sözleşmesini feshetmesi nedeniyle yeni işçi buluncaya kadar uğradığı kazanç kaybı, ortaya çıkan işgücü açığı nedeniyle diğer işçilere yaptırmak zorunda aldığı fazla mesai, yeni işçinin uyum süresince eski işçiye nazaran düşük verimi nedeniyle ortaya çıkan gelir kaybı gibi maddi zararlarını isteyebilir. İşverenin haksız fesih nedeniyle zarara uğradığını ve zararın miktarını ispat etmesi gerekir.

İşveren şartları varsa kişilik haklarının da ihlal edildiğini ileri sürerek Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca tazminat isteyebilir. Örneğin, işçinin fesih bildiriminde hakaret içeren sözler söylemesi, haysiyet kırıcı asılsız suçlamada bulunması manevi tazminatı gerektirir. Yargıtay bir kararında işveren vekili tarafından darp edilerek iş sözleşmesi feshedilen işçinin kişilik hakkına saldırı yapıldığı gerekçesiyle manevi tazminat isteğini kabul etmiştir¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸⁵ DOĞAN YENİSEY, Türk Borçlar Kanunu, s. 104-105.

¹⁵⁸⁶ ALPAGUT, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi"ne İlişkin Tebliğin Yorumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Temmuz 2014, s. 117; KAPLAN, Haksız Feshin Sonuçları, s. 27. KAPLAN'a göre, işçi kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminat davası açmışsa artık kişilik haklarının ihlali haksız fesih tazminatının değerlendirilmesinde dikkate alınamaz.

¹⁵⁸⁷ Karar için bkz. Y9HD, 26.03.2009, 2007/41164-2009/8092.

İşverenin Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesi uyarınca otuz günlük hak düşürücü süre içinde anılan maddede öngörülen götürü nitelikteki tazminatı istememiş olması, haksız fesih nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararlarını istemesine mani değildir. İşveren Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde maddi ve manevi tazminat isteyebilir¹⁵⁸⁸.

Deniz İş Kanunu'nun bildirim sürelerini ve ihbar tazminatını düzenleyen 16. maddesinin son fıkrasında “Tarafların ayrıca tazminat isteme hakları saklıdır” hükmü yer almaktadır. Buna göre gemiadamı, iş sözleşmesini haksız olarak feshetmekle birlikte işvereni maddi ve manevi zarara uğratmışsa, işverenin maddi ve manevi tazminat isteme hakkı doğacaktır. Örneğin, gemiadamı işverenin çalışanlara cinsel tacizde bulunduğu iddiasıyla iş sözleşmesini feshettiği halde iddiasını kanıtlayamazsa, kişilik hakları ihlal edilen işveren, manevi tazminat isteyebilecektir. Gemiadamının fesih nedeni yaptığı ve kanıtlayamadığı iddiası yüzünden geminin bir süre seferden alıkonulması suretiyle doğan maddi tazminatın istenmesi de söz konusu olabilir.

§ 9- HAKSIZ FESİHTEN DOĞAN ALACAKLARDA BAZI HUKUKİ SORUNLAR

I) Zamanaşımı

12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Türk İş Hukuku mevzuatında haksız fesihten kaynaklanan tazminatlar bakımından zamanaşımı süresi özel olarak düzenlenmiş değildi. Zamanaşımı sorunu genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre çözülmekteydi.

Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinde bazı alacak türleri için beş yıllık bir zamanaşımı öngörülmüş olup, bunların arasında feshin haksızlığına bağlı tazminatlar bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde yer alan “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir” hükmü uyarınca iş sözleşmesi ilişkisinden doğan tazminatların tamamı için zamanaşımı süresi on yıl olarak kabul edilmektedir.

¹⁵⁸⁸ SÜZEK, s. 707; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, 935-937; GÜLVER, s. 1027; YÜREKLİ, s.288-289, 295; ELMAS, s. 265; TOLU, s. 228.

7036 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile İş Kanunu'na eklenen ek 3. maddede iş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniet tazminatı, ayrımcılık tazminatı ve yıllık izin ücreti için zamanaşımı süresi beş yıl olarak öngörülmüştür. Sendikal tazminat, iş güvencesi tazminatı, maddi tazminat ve manevi tazminat için yine Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde öngörülen genel zamanaşımı uygulanmaya devam edilecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi nedeniyle öngörülen tazminatın ihbar tazminatı olarak nitelendirilmesi halinde. bu tazminat da 4857 sayılı İş Kanunun ek 3. maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Buna karşın Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat ile aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen haksız fesih tazminatı bakımından on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması söz konusu olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasında belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi bakımından öngörülen tazminat, ihbar tazminatı olarak nitelendirilmemesi gerekir¹⁵⁸⁹. Bu nedenle, maddede düzenlenen tüm tazminatlar için on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir¹⁵⁹⁰.

Sözleşmenin haksız feshedilmesi nedeniyle ödenmesi gereken tazminatlar bakımından zamanaşımı, kural olarak, sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren başlar.

7036 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce sözleşmenin sona ermesi ile talep edilebilmesi mümkün hale gelen yıllık izin ücretinin niteliği ve tabi olduğu zamanaşımı süresi tartışmalıydı. Öğretide bir görüş, yıllık izin ücretinin hukuki niteliğinin tazminat olduğu ve işveren tarafından ifa edilmesi gereken dönemsel edim kapsamında

¹⁵⁸⁹ Bkz. 3.Bölüm, §5, I, 1, B'de yapılan açıklamalar.

¹⁵⁹⁰ 7036 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'na eklenen geçici 8. maddesinde ise hak kayıplarının önüne geçmek amacıyla geçiş hükmü düzenlenmiştir. Buna göre ek 3. madde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra sona eren iş sözleşmelerinden kaynaklanan yıllık izin ücreti ve tazminatlar hakkında uygulanır. Ek 3. madde 7036 sayılı Kanunun Resmi Gazetede yayımlandığı 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı Kanun'a eklenen geçici 8. maddenin 2. fıkrasına göre "Ek 3 üncü maddede belirtilen yıllık izin ücreti ve tazminatlar için bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri, değişiklikten önceki hükümlere tabi olmaya devam eder. Ancak, zamanaşımı süresinin henüz dolmamış kısmı, ek 3 üncü maddede öngörülen süreden uzun ise, ek 3 üncü maddede öngörülen sürenin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş olur."

bulunmadığından söz edilerek, Türk Borçlar Kanunu’nun 146. maddesi uyarınca on yıllık süreye tabi olması gerektiği yönündeydi¹⁵⁹¹. Diğer bir görüş ise, yıllık ücretli izin dönemsel edim kapsamında olduğu ve kullandırılmamış olan yıllık izin süresine ait ücretin son ücretten hesaplanmasının yıllık izin ücretini tazminata dönüştürmeyeceği, nitekim İş Kanunu’nun “Sözleşmenin sona ermesinde izin ücreti” başlığını taşıyan 59. maddesinde bu alacağın ücret olarak nitelendirildiği, bu nedenle beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu ileri sürüyordu¹⁵⁹². 7036 sayılı Kanun’la bu tartışma sona ermiştir. Bununla birlikte, 7036 sayılı Kanunla İş Kanunu’na eklenen ek 3. madde hükmü yürürlüğe girmeseydi dahi, kanımızca da sözleşmenin sona ermesi ile birlikte parasal alacağa dönüşen yıllık ücretli izin hakkı, aslında dönemsel bir edimdir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu’nun 147. maddesinin 1. fıkrası uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olmalıdır.

İş Kanunu’nun 59. maddesine göre iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücret alacağı bakımından zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar.

Belirli süreli iş sözleşmelerin süresinden önce haksız feshedilmesi nedeniyle ödenmesi gereken bakiye süre ücreti tutarı tazminat ile niteliği itibariyle tazminat niteliğindeki cezai şart için de zamanaşımı süresi konusunda özel bir düzenleme olmadığından, Türk Borçlar Kanunu’nun 146. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir.

II) Faiz

İş sözleşmesi haksız feshedilen tarafın hak kazandığı tazminatlar sözleşmenin sona erdiği tarih itibariyle muaccel hale gelir. Ancak alacağın muaccel olması borçluyu

¹⁵⁹¹ NARTER, Sami, “İşçi Alacaklarında Hakkaniyet İndirimi ve Zamanaşımının Çakışması”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, S.9, Aralık 2017, 23-57, s. 45; Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 7036 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin uygulaması da bu yöndeydi. Daireye göre, : “... Yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin feshi ile muaccel olup dönemsel bir nitelik taşımadığından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uygulaması yönünden 10 yıllık genel zamanaşımına tabidir”. (Y9HD, 2012/4463-2014/9144).

¹⁵⁹² AKYİĞİT, Yıllık Ücretli İzin, s. 655-656 ; SÜZEK, s. 834; DOĞAN YENİSEY, Kübra, Yargı Kararları Işığında Bireysel İş İlişkisi Çerçevesinde İşçinin Hakları, Emeğin Hukuku Kurultayı, TBB 27-28 Mayıs Seminer Yayını, Ankara 2016, s. 304.

temerrüde düşürmez. Alacaklının faize hak kazanabilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekir.

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesine göre kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hâkim gecikme süresi için, ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. Yargıtay belirtilen hükümden yola çıkarak kıdem tazminatı bakımından işçinin faiz talep hakkının fesih tarihi itibarıyla doğduğuna ve işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek olmadığına karar vermiştir¹⁵⁹³. Bu görüş öğreti tarafından da benimsenmiştir¹⁵⁹⁴. Buna göre 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi, kıdem tazminatı açısından hem faiz başlangıç tarihini hem de faiz türünü düzenlemiştir. Kıdem tazminatına uygulanacak faiz türü bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizdir. Kıdem tazminatı için bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizinin öngörülme amacı, tazminatın zamanında ödenmesini sağlamak, bazı işverenlerin kıdem tazminatını zamanında ödemeyerek ucuz bir kredi olarak değerlendirmelerinin önüne geçmek ve yargılama süresinin uzaması karşısında düşük kanuni faiz ve enflasyon nedeniyle oluşan değer kaybından işçinin korunmasıdır¹⁵⁹⁵. Yargıtay, fesih tarihi itibarıyla bir yıllık mevduata uygulanan faizin fesih tarihinden itibaren bir yıl için uygulanması gerektiğine, bir yıl içinde oranın değişmesinin dikkate alınamayacağına ve bir yılın sonunda yeniden faiz oranı tespit edilip yine bir yıl için uygulanmak suretiyle geciken süre faizinin hesaplanması gerektiğine karar vermektedir¹⁵⁹⁶.

İşinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklı olarak yaptığı çalışmaların 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca birleştirilerek kıdem

¹⁵⁹³ Y9HD, 07.10.2008, 2007/27291-2008/25934.

¹⁵⁹⁴ TUNÇOMAĞ, s. 422; SÜZEK, s. 761; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1186; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 692; SÜMER, s. 135; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 276; AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 659, Yazara göre İş Kanunu'nun 32. maddesinin 5. fıkrası uyarınca işveren ayrıca ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer.

¹⁵⁹⁵ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s. 660-661; SÜZEK, s. 761.

¹⁵⁹⁶ "Kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı miktar için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yöntemle başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir."(Y9HD, 23.06.2009, 2008/32502-2009/17792).

tazminatının hesaplanması durumunda birleştirilen önceki çalışma dönemleri bakımından zamanaşımı işlemez. Bu durumda zamanaşımı son çalışma döneminin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁵⁹⁷. Yargıtay, önceki çalışma dönemi ile sonraki çalışma dönemi arasında on yıl veya daha fazla süre geçmişse önceki çalışma döneminin birleştirilemeyeceğine karar vermektedir¹⁵⁹⁸.

Kıdem tazminatı dışında feshin haksızlığına bağlı tazminat ve alacaklar bakımından kanunda özel bir faiz türü öngörülmediğinden yasal faiz uygulanmaktadır. Ayrıca kıdem tazminatı dışındaki tazminatlar bakımından faiz hakkının doğumu için işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir.

İşe iade davası lehine sonuçlanan işçinin işçinin işe başlatılmak için işverene yaptığı başvuru tarihinden itibaren bir aylık sürenin sonunda işverenin iş güvencesi tazminatı bakımından temerrüde düştüğü kabul edilmelidir¹⁵⁹⁹. Yargıtay iş güvencesi tazminatına faiz yürütülmesi için işçinin yaptığı başvuruyu yeterli görmeyerek, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerektiğine karar vermektedir¹⁶⁰⁰.

İşçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer hakları bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir¹⁶⁰¹. İşçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve diğer haklar için uygulanacak faiz türü İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizdir. Ücret niteliği bulunmayan iş güvencesi tazminatı için ise, yasal faiz uygulanmalıdır¹⁶⁰².

¹⁵⁹⁷ Y9HD, 22.10.1998, 12142-15071, TÜHİS, Şubat-Mayıs 1999, s. 75.

¹⁵⁹⁸ Y9HD, 16.01.2012, 2009/31730-2012/141.

¹⁵⁹⁹ YİĞİT, Yusuf, "İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmaması ve Sonuçları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s. 1186.

¹⁶⁰⁰ "İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir..."(Y9HD, 20.05.2014, 2012/10994-2014/16072).

¹⁶⁰¹ Aksi görüşte YİĞİT, İşçinin İşe Başlatılmaması, s. 1178. Yazara göre, dört aylık ücret ve diğer haklara işçinin işverene başvurduğu tarihten itibaren faize karar verilmelidir.

¹⁶⁰² KILIÇOĞLU, Mustafa, "Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s. 1229; YİĞİT, İşçinin İşe Başlatılmaması, s. 1178, 1186.

III) İbra

Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak alacaklının bir sözleşmeyle alacak hakkından vazgeçmesi mümkündür. Alacaklının borçluyla aralarında yaptıkları bir sözleşmeyle alacak hakkından vazgeçmek suretiyle borçlunun borçtan kurtulmasına ibra, yapılan sözleşmeye de ibra sözleşmesi denilmektedir¹⁶⁰³. Başta irade sakatlığı olmak üzere sözleşmeye ilişkin tüm kurallar ibra sözleşmesine de uygulanır¹⁶⁰⁴. İbra sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte borç da kendiliğinden sona erer. İbra işlemi niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerekir¹⁶⁰⁵. İbra sözleşmesi, borç ilişkisini değil, sadece münferit borcu sona erdirir. Bu yönüyle borç ilişkisini ortadan kaldıran ikaleden (bozma sözleşmesi) ayrılmaktadır.

İbra, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden önce iş hukuku mevzuatımızda düzenlenmiş değildi. Bununla birlikte iş hukuku uygulamasında sıklıkla başvurulmuş bir müesseseydi. Yargıtay o dönemde ibranın geçerli olabilmesi için; sözleşmenin sona ermesinden sonra düzenlenmesi¹⁶⁰⁶, alacağın türünün açıkça belirtilmesi¹⁶⁰⁷ ve işverenin savunmasının ibraname içeriği ile çelişkili olmaması¹⁶⁰⁸ gerektiğine karar veriyordu. Yargıtay'a göre, salt alacak miktarının belirtilmemiş olması ibranamenin geçerliliğine engel değildi¹⁶⁰⁹. "İbraname" ya da "ibra sözleşmesi" gibi başlıklarla düzenlenen ve miktar belirtilen belgelerin makbuz olarak nitelendirildiğine yönelik kararları bulunmaktaydı¹⁶¹⁰. Yargıtay bazı alacaklar için miktar belirtilmesi,

¹⁶⁰³ EREN, Genel Hükümler, s. 1421. İbra Arapça kökenli bir kelime olup, "hastayı iyi etme", "aklama, temize çıkarma" anlamına gelir. Türk Hukukunda "ibra", "ibra sözleşmesi", "ibraname" terimleri aynı anlamda kullanılmaktadır (TURANBOY, K.Nuri; İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 28,30). İş Hukukunda İbraname hakkında geniş bilgi için bkz. ÇİL, Şahin, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve Yargıtay İlke Kararlarına Göre İş Hukukunda İbraname, 3. B, Ankara 2013; DOĞAN, Mürsel, "Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi", Yargıtay Dergisi, C.5, S.1,

¹⁶⁰⁴ TURANBOY, s. 56; SEVİMLİ, K. Ahmet, "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", Sicil, S. 14, Haziran 2009, s. 89.

¹⁶⁰⁵ ÇENBERCİ, s. 719; TURANBOY, s. 26, 118; SEVİMLİ, İbra ve İkale, s. 85.

¹⁶⁰⁶ Y9HD, 03.03.2005, 2004/17310-2005/7218, Kamu-İş, Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları, 2005-2007, Ankara, 2008, s. 761; Y9HD, 21.12.2006, 13495-33715.

¹⁶⁰⁷ YHGK, 21.10.2009, 396-441; Y9HD, 05.05.2011, 2009/13934-2011/13452.

¹⁶⁰⁸ Y9HD, 31.01.2007, 2006/16729-2007/1416; Y9HD, 18.07.2006, 10103-21289.

¹⁶⁰⁹ Y9HD, 05.03.2009, 2007/39268-2009/5945.

¹⁶¹⁰ "Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre miktar içeren ibraname makbuz hükmündedir. Başka bir anlatımla ibranamede yazılı olan miktar bakımından borcun sona erdiği kabul edilmelidir..."(Y9HD, 21.11.2006, 29467-30663); Aynı Dairenin 21.12.2006, 13631-33726 sayılı

bazı alacaklar için ise miktar belirtilmemesi durumunda sözleşmeyi miktar belirtilen alacaklar açısından makbuz, miktar belirtilmeyen alacaklar için ise, diğer şartların da varlığı halinde, ibra olarak kabul etmekteydi¹⁶¹¹.

İbra, kural olarak, borcu ifa dışı sona erdiren sebeplerden biridir. Ancak Yargıtay, işverene bağımlı olarak çalışan, işveren karşısında sosyal ve ekonomik bakımdan zayıf durumdaki işçinin emeğinin karşılığı tazminat ve alacakları bakımından ibra sözleşmelerini, geçerlilik koşulları itibarıyla, sıkı şartlara tabi tutmuştur. Yargıtay’ca Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce düzenlenen ibra sözleşmeleri işçi lehine dar yorumlanmıştır¹⁶¹². Bu döneme ilişkin uyuşmazlıklarda Yargıtay, borcun asıl sona erme nedeninin ifa olması gerektiğini kararlarında özellikle vurgulamıştır¹⁶¹³.

6098 sayılı Kanun’un 132. maddesinde ibra sözleşmesine ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre “borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir”. Kanun’un 420. maddesinde ise, ibra sözleşmesi, iş hukukumuzda özgü olarak ayrıca düzenlenmiştir. Sözü edilen hükme göre “İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.

kararı; “Altındaki imza davacıya ait olduğu belirlenen ve akdin feshi gününden sonraki bir tarih taşıyan 29.3.2002 tarihli ibranamede davacıya miktar belirtilerek ödenen ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, izin ücreti ve ücret alacakları açıklanmıştır. Bu alacaklar yönünden ibranameler makbuz niteliğindedir”. (Y9HD, 21.12.2006, 13631-33726).

¹⁶¹¹ Y9HD, 11.12.2006, 14310-32392.

¹⁶¹² Y9HD, 29.01.2010, 2008/16324-2010/1547.

¹⁶¹³ Y9HD, 12.11.2009; 2008/12007-2009/31389.

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır”.

Sözü edilen bu düzenleme yapılırken büyük ölçüde Yargıtay içtihatlarından yararlanıldığı görülmektedir. Gerçekten iş sözleşmesi yapılırken veya sözleşmenin devamı sırasında yapılan bir ibra sözleşmesinin işçinin serbest iradesine dayandığını söylemek güçtür¹⁶¹⁴. Bu nedenle ibra sözleşmesinin, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren bir ay geçtikten sonra düzenlenmesi gerektiğine yönelik düzenleme yerinde olmuştur. İşçi bu sürede haklarını öğrenme imkânına kavuşacak, eksik veya yanlış bilgi sebebiyle kendi aleyhine ibraname imzalamamış olacaktır¹⁶¹⁵. Bununla birlikte öğretide, sözleşmenin sona ermesinden itibaren bir aylık süre geçtikten sonra işçiye ulaşip ibraname imzalatmanın zor olacağı, bu hüküm nedeniyle işverenlerin ibranameye bir ay sonraki tarihi yazdırabilecekleri ya da ödemeleri İş Kanunu’nun 32. maddesine aykırı olarak bir ay geciktirebilecekleri gerekçeleriyle söz konusu düzenleme eleştirilmiştir¹⁶¹⁶.

Sözleşmenin sona ermesinden itibaren bir ay geçmeden düzenlenen ibranameler geçersizdir¹⁶¹⁷. İş güvencesine tabi işçiler bakımından feshi izleyen bir aylık sürede işverenin olası baskılarını azaltmak, iş güvencesinin sağlanması için de gereklidir. Bir aylık bekleme süresi kısmi ibra açısından işçinin bir kısım işçilik alacaklarının ödenmesinin bir ay süreyle gecikmesi anlamına gelse de temelde işçi yararına bir durumdur. Ancak, buradaki bir aylık süre ibra sözleşmelerinin düzenlenme zamanı ile ilgili olup ifayı ilgilendiren bir durum değildir. Başka bir anlatımla, işçinin fesih ile

¹⁶¹⁴ Yargıtay, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce, bir kararında durumu şu şekilde açıklamıştır: “Dairemizin kökleşmiş içtihatları çerçevesinde, iş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmesi mümkün olup, Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması bu yöndedir” (Y7HD, 08.04.2015, 3769-6647).

¹⁶¹⁵ ÇOPUROĞLU, Çağlar, “İşveren Açısından Tarihe Karışan İbraname ve Yargıtay Uygulamaları” Çankaya University Journal of Law, 9/2 (Kasım 2012), s. 99.

¹⁶¹⁶ KESER, Hakan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İbraname Uygulamaları”, Sicil, S. 32, s. 146 vd.

¹⁶¹⁷ Y7HD, 27.04.2015, 2991-7364.

muaccel hale gelen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve izin ücreti gibi haklarının ödeme tarihi bir ay süreyle ertelenmiş değildir¹⁶¹⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesine göre, ibranamenin geçerli olabilmesi için borcun tam olarak ve banka aracılığıyla ödenmesi gerekir. Ne var ki, borcun tam olarak ödenmesi, ibranın borcu ifa dışı sona erdirebilen bir hukuki işlem olduğunu göz ardı eden bir koşuldur. Ayrıca, borcu banka kanalıyla tam olarak ödeyen işveren açısından ibranamenin bir yarar sağlamayacağı; borç tam olarak ödendikten sonra ibranameye ihtiyaç duyulmayacağı da bir gerçektir. Çünkü bu durumda borç ibra ile değil, ifa ile sona ermiştir¹⁶¹⁹. İfa ile sona ermiş bir borç için alınacak bir ibraname herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz¹⁶²⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden önceki uyuşmazlıklarla ilgili Yargıtay'ın miktar içeren ibranameleri makbuz olarak değerlendirdiğine ilişkin görüşü 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenen ibranameler için ödemenin banka aracılığıyla ödenmesi halinde geçerli olacaktır. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesine göre hakkın gerçek tutarda ödendiğini içermeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını içeren diğer ödeme belgeleri, banka aracılığıyla ödenen miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin 3. fıkrasına göre, ibra sözleşmelerinde kısmi ödemelerin banka aracılığıyla yapılması zorunluluğuna uyulmaması halinde ibraname veya ibra içeren ödeme belgelerinin makbuz olarak dahi değerlendirilememesi önemli bir soruna yol açmış bulunmaktadır. Bu durumda ibra içermeyen ödeme belgelerinin, banka aracılığıyla ödeme yapılmadığı halde makbuz kabul edilmesi söz konusu iken, ibra içeren ödeme belgelerinin, banka aracılığıyla ödeme yapılmadığı için makbuz hükmünde nitelendirilmemesi açık bir çelişki olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle tüm tazminat ve alacaklar bakımından banka aracılığıyla ödeme zorunluluğu getirilmediği sürece ibranamede veya ibra içeren ödeme belgelerindeki kısmi ödemeler, banka aracılığıyla yapılmamış olsa bile ödenen miktar itibarıyla borcu sona

¹⁶¹⁸ Y9HD, 06.02.2014, 2011/54238-2014/3605.

¹⁶¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1195-1196; ÇİL, Şahin; "6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği", Sicil, S.21, Mart 2011, s. 80.

¹⁶²⁰ SÜZEK, s. 776.

erdirmelidir¹⁶²¹. Aksi halde banka aracılığıyla yapılmayan ödemeler işçi tarafından inkâr edildiği takdirde borçtan mahsup edilemeyecektir. Kanaatimizce serbest iradesi ile imzalananan ibranamedeki miktarla işçinin hak kazandığı tutar arasında açık orantısızlık bulunmaması halinde, ödeme banka aracılığıyla yapılmamış olsa dahi makbuz olarak kabul edilmesine yönelik bir düzenleme yapılması uygun düşer. Nitekim Yargıtay da Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki bazı kararlarında gerçek bir ibranameden söz edilebilmesi için hak kazanılan miktar ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunmamasını, aksi halde ibranamenin ödenen miktarla sınırlı olarak makbuz niteliğinde olacağını belirtmiştir¹⁶²².

Türk Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinde ibra sözleşmeleri bakımından şekil serbestisi benimsendiği halde, 420. maddede ibranamenin yazılı yapılması geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiştir¹⁶²³. Buna göre yazılı yapılmayan ibra sözleşmeleri salt bu nedenle geçersiz olacaktır.

İbranamede işverenin ibra edildiği şüpheden uzak, açık ve kesin olmalıdır. Bu nedenle alacaklı/işçi tarafından ihtirazı kayıtla imzalanmış olan ibranameler geçerli kabul edilemez¹⁶²⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin ibraname için öngördüğü koşullar işçinin veya yakınlarının işverenden talep edebileceği alacaklarla ilgilidir. Maddede belirtilen sınırlamalar, işverenin işçiden alacakları ile ilgili düzenlenecek ibranameyi kapsamaz¹⁶²⁵.

¹⁶²¹ SÜZEK, s. 768; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1196. Aksi görüş için bkz. SEVİMLİ, İbra ve İkale, s. 89 vd.

¹⁶²² YHGK, 06.02.2008, 53-107; Y21HD, 19.03.2007, 2006/16566-2007/4784; Y21HD, 24.04.1994, 2055-1799, (EKMEKÇİ, Ömer; "İş Hukukunda İşçinin İşverenden Olan Alacağından Vazgeçmesi Sonucunu Doğuran İşlemler", İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, C.I, S.1,1996, s. 14).

¹⁶²³ SÜZEK, s. 767; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1193.

¹⁶²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1197; SEVİMLİ, İbra ve İkale, s. 91. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 22.03.2007, 2006/22097-2007/8205.

¹⁶²⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 650; SÜZEK, s. 767.

§ 10- HAKSIZ FESHE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA YARGILAMA USULÜ VE İSPAT

I) Görev ve Yetki

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi ile iş mahkemelerinin görev alanı düzenlenmektedir. Buna göre iş mahkemeleri¹⁶²⁶,

a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22.05.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'na veya 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına,

b) İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara,

c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara, ilişkin dava ve işlere bakar¹⁶²⁷.

¹⁶²⁶ İş mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulünü düzenlemek amacıyla kabul edilen 30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılarak yerine 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ihdas edilmiştir. Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasına göre iş mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur.

¹⁶²⁷ İş Mahkemelerinin görev alanına ilişkin bu değişiklik nedeniyle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda aşağıdaki geçici madde düzenlenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Mülga 5521 sayılı Kanun gereğince kurulan iş mahkemeleri, bu Kanun uyarınca kurulmuş iş mahkemeleri olarak kabul edilir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar, açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam olunur.

(2) Bu Kanunun dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri, bu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtayda görülmekte olan davalar hakkında uygulanmaz.

(3) Başka mahkemelerin görev alanına girerken bu Kanunla iş mahkemelerinin görev alanına dâhil edilen dava ve işler, iş mahkemelerine devredilmez; kesinleşinceye kadar ilgili mahkemeler tarafından görülmeye devam olunur.

(4) İlk derece mahkemeleri tarafından bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen kararlar, karar tarihindeki kanun yoluna ilişkin hükümlere tabidir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 5521 sayılı Kanuna göre iş mahkemelerinin görev alanını genişleterek Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere iş mahkemelerini görevli kılmıştır¹⁶²⁸. Kanun'un yürürlüğünden itibaren örneğin, ev hizmetlerinde çalışanlar, üç kişi veya daha az kişinin çalıştığı küçük esnaf işyerlerinde çalışanlar veya yabancı bayraklı gemilerde çalışanlar ile işverenleri arasındaki uyuşmazlıklarda genel mahkemeler değil, iş mahkemeleri görevlidir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre, Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan ve diğer kanunlarda iş mahkemesinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklar dışında kalan bir uyuşmazlığın iş mahkemesinin görev alanına girmesi için, taraflarının işçi ile işveren veya işveren vekili olması ve uyuşmazlığın kanun ya da sözleşmeden doğmuş olması gerekir¹⁶²⁹. Aralarında işçi ve işveren ilişkisi bulunmayan kişilerin açtıkları davalar iş mahkemelerinde görülemez¹⁶³⁰.

İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince, İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki esas ve usullere göre bakılır (İMK.m.2/2).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde mahkemenin görevli olması dava şartlarından sayılmıştır. İş mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasında iş bölümü değil, görev ilişkisi vardır. Bu nedenle asliye hukuk

¹⁶²⁸ 5521 sayılı Kanun'a göre İş Kanunu'nun "İstisnalar" başlığını taşıyan 4. maddesinde belirtilen işler ve iş ilişkilerinde çalışanlarla işverenleri arasındaki uyuşmazlıklar iş mahkemelerinin görev alanına girmemektedir. Bu uyuşmazlıklar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesi gereğince Asliye Mahkemesi görevi kapsamına girmektedir.

¹⁶²⁹ "Davacının manevi tazminat talebinin dayanağı, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi sebebiyle duyulan acı ve üzüntüdür. Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence ihlal edilmesinden doğan manevi zararının tazminini talep ettiğinden, somut uyuşmazlıkta iş mahkemesinin (veya iş mahkemesi bulunmayan yerlerde iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinin) görevli olduğu açıktır. Hal böyle iken mahkemece, görev noktasında hatalı değerlendirme yapılarak, manevi tazminat talebinin -tensiben görevsizlik kararı verilmek üzere- bu davadan tefrikine karar verilmesi isabetli değildir". Y22HD, 07.05.2019, 2017/21855-2019/9882.

¹⁶³⁰ Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta iş mahkemesinin görevli olmadığı hakkında bkz. Y9HD, 27.06.2019, 2016/23086-2019/14507; Sözleşmeli personel ile Kurumu arasındaki uyuşmazlığın idari yargı yerine çözümlenmesi gerektiği hakkında bkz. Y22HD, 24.06.2019, 2017/23225-2019/13794; Eser sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın iş mahkemesinde görülemeyeceği hakkında bkz. Y22HD, 13.06.2019, 2017/22554-2019/12868.

mahkemesinde açılan bir iş davasında mahkeme dava şartı yokluğunu kendiliğinden dikkate alarak davanın usulden reddine karar vermelidir¹⁶³¹. Ancak Yargıtay’a göre müstakil iş mahkemesi bulunmayan yerlerde Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan bir iş davasında mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle karar verilmemeli, iş mahkemesi sıfatıyla bakılmasına yönelik bir ara kararı vererek uyuşmazlığa bakmaya devam etmelidir¹⁶³².

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. Maddenin 3. fıkrası uyarınca iş kazasından doğan tazminat davalarında, iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

7036 sayılı Kanun’un yetkili mahkeme konusunda getirdiği yenilik işlemin yapıldığı yer mahkemesi ve iş kazasından doğan tazminat davalarında kazanın veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğunun belirtilmesidir.

İşyerinin bulunduğu yer mahkemesinin ve iş kazasından doğan tazminat davalarında kazanın veya zararın meydana geldiği yer ile zarar görenin yerleşim yerinin de yetkili kılınması işçiyi koruma düşüncesine dayanmaktadır¹⁶³³. Bu nedenle, Yargıtay,

¹⁶³¹ Asliye hukuk mahkemesinde açılan bir davada Yargıtay’ın verdiği karar şöyledir: “İşçi işveren ilişkisinin varlığı halinde Mahkemece görevsizlik kararı (İş Mahkemesi) verilmelidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup, taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Hal böyle olunca, mahkemece tarafların arasında işçi işveren ilişkisi olup olmadığı hususları yeterince araştırılmadan, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (Y13HD, 24.06.2019, 3315-7638).

¹⁶³² “İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir asliye hukuk mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesine açılan dava "iş mahkemesi sıfatıyla" açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda asliye hukuk mahkemesi tarafından, verilecek bir ara kararı ile davaya "iş mahkemesi sıfatıyla " bakmaya devam olunur” (Y9HD, 22.05.2019, 2016/2325-2019/11851).

¹⁶³³ İş mahkemelerine ilişkin yetki kurallarının niteliği hakkında geniş bilgi için bkz. AKIN, Levent, “İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni”, Sicil, S.13, Mart 2009, 41-48.

işçinin Kanun’nda belirtilen yetkili mahkemeler dışında başka bir yerde dava açması durumunda seçim hakkının işverene geçemeyeceğine karar vermektedir¹⁶³⁴.

İşçinin aynı işverene ait birden çok işyerinde çalışmış olabilir. Bu durumda son işyerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir¹⁶³⁵.

İş Mahkemelerinin yetkisi, kesin yetki kuralı olarak düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114. maddesine göre yetkinin kesin olduğu hallerde mahkemenin yetkili olması dava şartıdır. Mahkemenin yetkili olup olmadığı öncelikle incelenir¹⁶³⁶. Yargıtay bir kararında yetkisiz mahkemenin arabuluculuğa ilişkin dava şartının mevcut olup olmadığını incelemeyeceğine karar vermiştir¹⁶³⁷. Ancak, 7036 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir” ve “herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir” ibareleri, arabuluculuğa ilişkin dava şartının görev ve yetki gibi dava şartlarından önce incelenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle sözü edilen karara katılmak mümkün değildir.

¹⁶³⁴ “İş mahkemelerinde yetki kuralı işçiyi koruma amaçlı düzenlenmiştir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği kanunda belirlenen yetkili mahkemelerden birini seçme hakkı işçidedir. Bu durumda, davacıya işini yaptığı yer iş mahkemesi ile davalı şirketlerin merkezlerinin bulunduğu yer iş mahkemeleri arasında seçim hakkı sorularak yetkili mahkemenin belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. Y22HD, 23.05.2019, 2017/22509-2019/11471. Aynı yönde bkz. Y22HD, 28.02.2019, 2017/20072-2019/4662.

¹⁶³⁵ “Davacı işçinin son çalıştığı işyerinin ve bu işyerinin hangi adli yargı çevresinde kaldığı tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken işin esasına girilip karar verilmesi kamu düzenine aykırı olup bozma nedenidir”. Y22HD, 29.05.2019, 2017/15432-2019/12121. Aynı yönde Y22HD, 27.03.2019, 2017/21228-2019/6800.

¹⁶³⁶ Görev ve yetki mahkemeye ilişkin dava şartlarındandır. Dava şartlarının hangi sıraya göre inceleneceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide, bir dava şartının yokluğu diğerlerinin incelenmesini gereksiz kılıyorsa, önce o dava şartı incelenmeli, daha sonra sırasıyla diğerlerine geçilmesi gerektiği ölçüsünden hareketle, önce mahkemeye ilişkin dava şartlarının, sonra taraflara ilişkin dava şartlarının, daha sonra dava konusuna ilişkin dava şartlarının incelenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüş hakkında geniş bilgi için bkz. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 7.B, İstanbul 2019, s. 211; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 5.B, Ankara 2019, s. 296; Bir başka görüşe göre, mahkeme, en kolay ve en seri, hangi dava şartının yokluğunu tespit edebiliyorsa, önceliği ona vermelidir. Bkz. TANRIVER, Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2016, s. 625.

¹⁶³⁷ Y9HD, 04.03.2019, 520-5144.

Kanun'da ayrıca davalının birden fazla olması halinde bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili yetkili olacağı, iş mahkemelerinin yetkilerine ilişkin olarak diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu ve 6. madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmelerinin geçersiz olacağı belirtilmiştir.

II) Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen istisna dışında yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuğa gidilebileceğini düzenlemiştir. Bu Kanunda arabuluculuğa başvurma tarafların ihtiyarına bırakılmıştır. 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde ise, arabuluculuğa başvurma dava şartı olarak düzenlenmiştir¹⁶³⁸. Buna göre arabulucuya başvurulmadan dava açılması halinde, mahkeme herhangi bir işlem yapmaksızın davayı usulden reddedecektir¹⁶³⁹. Mahkeme, arabuluculuğa başvurulduktan sonra dava açılıp açılmadığını yargılamanın her aşamasında re'sen araştıracaktır¹⁶⁴⁰.

Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine

¹⁶³⁸ Söz konusu hükme ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ERDOĞAN, Ersin/ERZURUMLU, Nurbanu, "İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler", LİHSGHD, Sayı 52, s.1865-1882.

¹⁶³⁹ Arabuluculuk hakkında geniş bilgi için bkz. EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk, 2.B, İstanbul 2019; ERDOĞAN, Ersin/ERZURUMLU, Nurbanu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul 2016; AKIN, Levent, "İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk", Çimento İşveren, Ocak 2018, 8-13; KURT, Resul, "İş Yargısında Arabuluculuk", TBB, S.135, 2018, 405-444; YAĞCIOĞLU, Kaan Muharrem, "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri", DEÜHFD, C.20, S.2, 2018, 457-486; MUTLAY, Faruk Barış, "İşe İade Davalarında Arabuluculuk", Çalışma ve Toplum, 2018/4, 2129-2154; NAMLI, Mert, "Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı İle İlişkisi", LİHSGHD, C.15, S.60, 2018, 1295-1328.

¹⁶⁴⁰ MUTLAY, s. 2135.

getirilmez ise, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde, herhangi bir işlem yapılmaksızın, dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verilir (m.3/2)¹⁶⁴¹.

7036 sayılı Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca davacı, arabulucu önünde anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini, dava dilekçesine eklemek zorundadır. Tutanağın dilekçeye ekli olmadığının anlaşılması halinde mahkeme, davacıya son tutanağın bir hafta içinde sunulması, aksi halde davanın usulden reddine karar verileceği ihtarını içeren davetiye gönderir. Davacı buna rağmen son tutanağın aslını veya onaylı örneğini ibraz etmezse, mahkemece dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesine göre, işe iade davaları da arabuluculuk dava şartıdır¹⁶⁴². İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişikliğe göre, “iş sözleşmesi feshedeilen işçi, fesih bildiriminde sebep bildirilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararı taraflara tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir”.

¹⁶⁴¹ Söz konusu düzenlemenin hak arama özgürlüğü açısından değerlendirilmesi için bkz. ERDOĞAN, Ersin, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, LİHSGHD, Sayı 55, s. 1211-1242. Anayasa Mahkemesi de söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir (AYM, 11/7/2018, 2017/178-2018/82).

¹⁶⁴² Arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliği konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. ERDOĞAN, Ersin/CÖMERT, Büşra, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 138, s. 27-47; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 109.

Bir aylık süre hak düşürücü niteliğinde olmakla birlikte, arabulucu sürenin geçip geçmediğini inceleyemez. Çünkü bir aylık sürenin geçmiş olması tarafların anlaşmalarına engel teşkil etmez. Ancak tarafların anlaşamamaları halinde, hâkim bir aylık sürenin geçip geçmediğini re'sen dikkate almak zorundadır¹⁶⁴³. İş Kanunu'nun 20. maddesine göre, bir aylık sürenin başlangıcı, fesih bildiriminin tebliği tarihidir. Bildirim süresi verilerek iş sözleşmesinin feshedildiği hallerde, bir aylık süre bildirim süresinin sonunda değil, fesih bildiriminin tebliğinden itibaren başlayacaktır¹⁶⁴⁴. Fesih bildiriminin yazılı yapılmadığı durumlarda, bir aylık süre fesih iradesinin sözlü veya eylemli olarak işçiye ulaştığı tarihte başlar¹⁶⁴⁵. Öğretide işçinin bildirim süresi içinde dava açmaya zorlanmasının başka sorunlara yol açabileceği; sözleşmenin ihbar süresi verilerek veya ihbar süresine ait ücretin peşin ödenmesi durumunda bir aylık sürenin ihbar süresinin sona erdiği tarihten itibaren başlaması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁴⁶.

7036 sayılı Kanunu'nun 12. maddesi ile İş Kanunu'nun 21. maddesinin mevcut 5. fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen 7. fıkraya göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, işe başlatma tarihini ve 21. maddenin 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen ücret ve diğer haklar ile tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi halde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

¹⁶⁴³ “Bir aylık dava açma süresi hak düşürücü nitelikte olup, yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınır” (Y22HD, 05.06.2012, 2011/12566-2012/12532).

¹⁶⁴⁴ “İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliği ettiği tarihte başlar”. (Y9HD, 19.10.2009; 37697-27682).

¹⁶⁴⁵ “Bir aylık dava açma süresi hak düşürücü nitelikte olup, yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınır. Dairemizce bir aylık dava açma süresinin başlangıcı fesih iradesinin işçiye ulaştığı tarih olarak kabul edilmektedir” (Y22HD, 02.05.2014, 2013/10331-2014/11053). Aynı yönde, “...davacının iş sözleşmesi önel verilerek 06.01.2006 tarihinde tebliğ edilen yazılı bildirim ile 02.03.2006 tarihi itibari ile feshedileceği belirtilmiş ve fesih tarihinde önel kullandırılması nedeni ile davacıya sadece kıdem tazminatı ödenmiştir. Dava31.03.2006 tarihinde açılmıştır. Açılan işe iade davası fesih bildirim tarihi olan 06.01.2006 tarihine göre bir aylık hak düşürücü süre içinde açılmadığından reddi gerekir”. (Y9HD, 16.04.2007, 9448-10710), Ayrıca bkz. Y9HD, 18.04.2006, 7831-10473.

¹⁶⁴⁶ UÇUM, Mehmet, “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar”, LİHSGHD 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, s. 77-78; GÜZEL, İş Güvencesi, s. 90-91.

Anlaşmaya rağmen işçinin işe başlatılmaması halinde işçinin iş güvencesi tazminatı ve boşa geçen süre ücreti konusunda yeniden arabulucuya başvurması gerekmez¹⁶⁴⁷.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuk yoluyla da çözülebilir. Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir (m.13).

Arabuluculukta tarafların vardıkları anlaşmanın yazılı olması şart değildir. Bununla birlikte, ileride anlaşmanın icrasına ilişkin sorun çıkmaması bakımından yazılı yapılmasında yarar vardır¹⁶⁴⁸. Anlaşma adi yazılı şekilde yapılabileceği gibi, anlaşmaya noterde onaylama veya düzenleme şeklinde resmiyet kazandırılması da mümkündür¹⁶⁴⁹. Belirtelim ki, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge olması için kanunda belirtilen şekile yapılması zorunludur¹⁶⁵⁰.

Adi yazılı olarak yapılan ve sadece taraflarca imzalanan anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınmamışsa, ilamlı icraya konu edilemez. Bu durumda anlaşma belgesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200 ve devamı maddeleri uyarınca adi senet şeklinde kesin delil olarak kabul edildiğinden, İcra İflas Kanunu'nun 68/1 anlamında belge olarak kabul edilebilir. Anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınmışsa, belge taraf avukatlarınca imzalanmışsa ya da belge kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içerek şekilde noterde düzenlenmişse, İcra İflas Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğinde belge niteliğini kazanır. Bu durumda anlaşma belgesi ilamlı icra konusu yapılabilecektir¹⁶⁵¹.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden istenebilir. Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulmuşsa, icra edilebilirlik şerhi

¹⁶⁴⁷ MUTLAY, s. 2138.

¹⁶⁴⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 108.

¹⁶⁴⁹ Anlaşmanın şekli hakkında geniş bilgi için bkz. EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 109 vd.

¹⁶⁵⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 181.

¹⁶⁵¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 110.

davanın görüldüğü mahkemeden istenebilir¹⁶⁵². Aynı Kanun'nun 18. maddesinin 3. fıkrasına göre, mahkemece icra edilebilirlik şerhinin verilmesi talebi, anlaşma belgesinde belirtilen uyuşmazlığın arabululuğa ve belgenin içeriğinin cebri icraya elverişli olup olmadığı yönlerinden incelenebilir. Maddenin 4. fıkrasına göre ise, arabulucunun, tarafların ve avukatlarının imzaladığı anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhine gerek olmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.

Anlaşma belgesi, bir tarafın diğer tarafa borcu olduğunu kabul etmekten ibaretse borç ikrarı, bir tarafın sahip olduğunu iddia ettiği haktan tamamen vazgeçmekten ve karşı tarafın da bunu kabul etmesinden ibaretse ibra niteliğini taşır. Buna karşılıklı, her iki tarafın da menfaatini karşılayan ve karşılıklı fedakarlığı içeren bir metin, adi sulh sözleşmesi niteliğindedir¹⁶⁵³. Söz konusu belge, icra edilebilirlik şerhi alınmadan mahkemeye sunulursa usuli sulh sözleşmesine dönüşür ve uyuşmazlığı kesin hüküm gibi sona erdirir¹⁶⁵⁴.

Sulh sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir¹⁶⁵⁵. Anlaşmanın yapılması ve geçerliliği Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir¹⁶⁵⁶. Bu nedenle sulh sözleşmesi iradeyi bozan sebeplerle (hata, hile ve ikrah) sulh sözleşmesinin iptali istenebilir¹⁶⁵⁷.

III) Davanın Tarafları

Haksız fesihden doğan tazminat ve alacaklarda dava açma hakkı feshe maruz kalan işçi veya işverene aittir. İşçi veya işveren bizzat veya vekili aracılığıyla dava açabilir. Haksız feshin hukuki sonuçları bakımından sorumluluk iş sözleşmesini haklı bir neden olmadan fesheden işçi veya işverendedir. Dava, iş sözleşmesini fesheden işçi veya işverene karşı açılmalıdır. Sözleşmeyi fesheden işçi veya işveren ölmüşse, Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mirasçıları tazminat ödemekle

¹⁶⁵² Mahkemenin icra edilebilirlik talebi ile ilgili yapacağı yargılama ve inceleme çekişmesiz yargı işidir (EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 111; ERDOĞAN/CÖMERT, s. 36).

¹⁶⁵³ ERDOĞAN/CÖMERT, s. 34.

¹⁶⁵⁴ ERDOĞAN/CÖMERT, s. 34.

¹⁶⁵⁵ HIZIR ASRAFA, Fatma, Sulh Sözleşmesi, Ankara, 2019, s. 56.

¹⁶⁵⁶ ERDOĞAN/CÖMERT, s. 34.

¹⁶⁵⁷ Sulh sözleşmesinin iradeyi bozan sebeplerle iptali hakkında geniş bilgi için bkz. ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 171 vd.; HIZIR ASRAFA, s. 192 vd.

yükümlüdür¹⁶⁵⁸. Müteselsil sorumluluk hükümleri uyarınca mirasçılardan biri veya bir kaçına karşı dava ikame edilebileceği gibi tamamına karşı da açılabilir¹⁶⁵⁹. Buna karşılık, mirasçılardan biri veya bir kaç tazminat alacağı için iş sözleşmesini haksız fesheden tarafa karşı dava açamaz. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 640. maddesine göre, birden çok mirasçı bulunması hâlinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir. Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler. Haksız fesihten doğan tazminatlar, aynı maddenin 4. fıkrasında öngörülen “terekedeki hakların korunması” kapsamında değildir¹⁶⁶⁰. Mirasçıların paylaşımına kadar payları belli değildir¹⁶⁶¹.

İş sözleşmesi feshedilen işçinin dava açmadan ölmesi halinde mirasçıları, feshin geçerli nedene dayanmadığının tespitine karar verilmesini isteyebilirler. Yargıtay, işe iade davası devam ederken işçinin ölmesi nedeniyle mirasçıların davayı takip edebileceklerine ve boşta geçen dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerektiğine karar vermiştir¹⁶⁶².

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasına göre sendikalar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyumsuzluklarda, üyeleri işçi ve işverenleri temsilen, yazılı başvuruları üzerine dava açabilirler ve açılmış davada davayı takip edebilirler. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onayı alındığı takdirde bu yetkiyi etkilemez. Belirtilen düzenleme uyarınca sendikaların

¹⁶⁵⁸ İŞGÜZAR, Hasan/DEMİR, Mehmet/YILMAZ, Süleyman, Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 139-140; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Mirasçıların Mirasın Borçlarından Dolayı Sorumluluğu”, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2, 2012, s. 193.

¹⁶⁵⁹ İŞGÜZAR/DEMİR/YILMAZ, s. 174.

¹⁶⁶⁰ “Somut olayda, davacının kıdem tazminatının kendi payına ilişkin kısmının ödenmesi istemi "terekedeki hakların korunması" ile ilgili olmayıp terekedeki haktan yararlanmaya yönelik bulunmaktadır. Böyle bir durumda ana kural gereğince birlikte hareket etme gereği vardır. Bu durumda kıdem tazminatının tahsili konusunda tüm mirasçıların birlikte dava açması veya miras ortaklığına temsilci atanması yahut TMK' nun 644. maddesi uyarınca iştirak halinde mülkiyetin müşterek mülkiyete dönüştürülmesi gerekmektedir. Davacıların kendi mirasçılık payını talep yönünden aktif dava ehliyetinin bulunulmadığı dikkate alınmaksızın hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y9HD, 14.01.2019, 2015/28307-2019/808).

¹⁶⁶¹ ÖZDEMİR, s. 199-200.

¹⁶⁶² Karar için bkz. Y9HD, 15.09.2009, 2009/21710-2009/22886.

üyeleri işçiler adına haksız fesih iddiasıyla işe iade ve tazminat davalarını açabilmeleri mümkündür. Aynı şekilde işveren sendikası da üyesi işveren adına haksız fesih nedeniyle işçi aleyhine dava açabilir.

Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre konut yöneticisi, İş Kanunu ve bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasında ve yargı uyuşmazlıklarında işverenin temsilcisidir. Konut yöneticisinin bu sıfatla takip ettiği davalarda hüküm konutun maliki veya ortakları aleyhine kurulur¹⁶⁶³.

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrasına göre işveren vekilleri, “işveren adına hareket eden ve işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler”dir. Maddenin 5. fıkrasında İş Kanunu'nda işveren için öngörülen her türlü sorumluluk ve zorunlulukların işveren vekili hakkında da uygulanacağı ifade edilmiş ise de, belirtilen sorumluluğun cezaların şahsiliği ilkesi gereği cezai olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁶⁴. İşveren vekilleri, işveren tarafından kendilerine verilen temsil yetkisi sınırları içerisinde hareket ederler. Kanun'un 2. maddesinin 3. fıkrasına göre, işveren vekillerinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. İşveren vekilinin yaptığı hukuki işlemler, kendisini değil, işvereni alacaklı veya borçlu kılar. İşveren vekili tarafından gerçekleştirilen haksız fesihten dolayı açılacak tazminat davası işverene karşı açılmalıdır¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶³ “Yönetici, İş Kanunu ve Yönetmeliğin uygulanması yönüyle işveren temsilcisidir. İş Hukuku anlamında ortaya çıkabilecek idari ve yargısal uyuşmazlıklarda yönetici işvereni temsil eder. Böyle olunca kapıcının işveren hakkında açabileceği davanın kat maliki ya da maliklerine karşı açılması gerekse de, Yönetmelikten doğan bu temsil yetkisine göre davanın doğrudan yönetici hasım gösterilerek açılması da mümkündür. Ancak bu halde dahi hükmün doğrudan yönetici hakkında kurulması doğru olmaz. Mahkemece kat maliki ya da malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerekir”. (Y9HD, 17.06.2010, 2008/33104-2010/19295).

¹⁶⁶⁴ SÜZEK, s. 183-184; SÜMER, Uygulamalar, s. 21

¹⁶⁶⁵ SÜMER, Uygulamalar, s. 19-20. “Genel Müdür'ün Demek ve Yönetim Kurulu'na karşı sorumluluğu içinde çözülmesi gerekir. Genel Müdür işveren vekili konumunda olup, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan bir kişidir. Aynı madde gereği, Genel müdürün bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden, doğrudan işveren sorumludur. Genel Müdürün gerçekleştirdiği fesih işleminde işveren sorumludur...”. (Y9HD, 18.02.2008, 2007/24595-2008/193). “Davacı, işveren vekilinin olay günü işe geç gelmesi nedeni ile kendisine hakaret ettiği için işi bırakmıştır. Gerçekten, işveren vekilinin işçiye hakaret etmesi işçi yönünden İş Kanunu'nun 16/2 maddesi uyarınca haklı fesih sebebidir. Bu durumda davacı ihbar tazminatı isteyemez ise de, kıdem tazminatına hak kazanır...”. (Y9HD, 14.02.1994, 1993/14090-1994/2244, Kamu-İş 1990-1994 Yargıtay Kararları, s. 259-260). “İşverenin sorumluluğunun tespitinde işveren adına yönetim hakkını kullanan kimselerin yani

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasına göre alt işveren, kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili İş Kanunu'ndan veya iş sözleşmesinden ya da alt işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren müteselsilen (birlikte) sorumludur. İş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, asıl işverene ve alt işverene ya da dilerse bunlardan yalnız birisine başvurabilir¹⁶⁶⁶. Asıl işveren, alt işverenin işçisine ödediği miktarı, alt işverene rücu edebilir¹⁶⁶⁷.

İhale makamı ile yüklenici arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi yoktur. Bu sebeple yüklenici tarafından çalıştırılan işçilerin iş sözleşmelerinin haksız feshedilmesinden dolayı hukuki sorumluluk ihale makamına yüklenemez. İşçi, haksız feshe bağlı tazminatlarının ödenmesi için ihale makamına başvuramaz. İş Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca ihale makamının sorumluluğu, her hak ediş dönemi için ödenmeyen en fazla üç aylık temel ücretle sınırlıdır¹⁶⁶⁸.

İşyerinin devri halinde haksız feshe bağlı olan haklardan İş Kanunu'nun 6. maddesinin 1 ve 2. fıkraları ve 14. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca devralan işveren sorumludur. Ancak kıdem tazminatı bakımından devreden işverenin de kendi dönemi ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluğu söz konusudur.

Geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverenin feshe bağlı haklardan sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, İş Kanunu'nun 7. maddesinde

işveren vekillerinin fail niteliğinde olduğu cinsel taciz vakalarında işverenin sorumluluğu geniş biçimde tesis edilmelidir. Bu anlamda, İş Kanunu 2. maddesinde düzenlenen "işveren vekilinin bu sıfatla işçilere işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur" hükmünün işverenin sorumluluğunun hukuki dayanağını oluşturduğu kabul edilmelidir". (Y9HD, 04.11.2010, 2008/37500-2010/31544).

¹⁶⁶⁶ ÇENBERCİ, s. 149; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 224; SÜZEK, s. 164-165; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 119; TAŞKENT, Savaş, "Alt İşveren", LİHSGHD, C.1, S.2, 2004, s. 366; SÜMER, s. 18; Aynı yazar, Uygulamalar, s. 34-35; CANBOLAT, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s. 70-71; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 86; Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2.B, Ankara 2012, s. 216 vd.

¹⁶⁶⁷ Asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisi hakkında geniş bilgi için bkz. KABAKÇI, Mahmut/HACIOĞLU, Arzu, "Asıl İşverenle Alt İşveren Arasındaki Rücu İlişkisi", Sicil, s. 36, 2016, s. 91 vd.; CANBOLAT, Alt İşveren, s. 75; AYDINLI, Alt İşveren, s. 235 vd.

¹⁶⁶⁸ "Maddede sözü edilen ücret her hak ediş dönemi için "son üç aylık temel ücret" olarak değerlendirilmelidir. Yine ihale makamının ihbar ve kıdem tazminatı ile kullanılmayan izinler sebebiyle herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir". (Y9HD, 03.03.2015, 3239-3229). Aynı yönde karar için bkz. Y22HD, 27.04.2016, 2015/7568-2016/12533.

işçinin haklarına ilişkin düzenlemelerin geçici işverenle olan ilişkide de uygulanacağı belirtildiğine göre sözleşmenin haksız veya kötüniyetli feshinden dolayı geçici işveren de ödüş veren işveren ile birlikte sorumludur¹⁶⁶⁹. Başka bir görüşe göre ise, geçici işverenin feshe bağı tazminatlarından sorumlu olacağına ilişkin Kanun'da açık bir hüküm bulunmadığına göre geçici işvereni sözleşmenin haksız veya kötüniyetli feshinden dolayı işçinin hak kazandığı tazminatlarından sorumlu tutmak mümkün değildir¹⁶⁷⁰. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır¹⁶⁷¹.

IV)Yargılama Usulü

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır¹⁶⁷². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 316 ve devamı maddelerinde basit yargılama usulüne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 322. maddesinde bu kanun ve diğer kanunlarda basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Kanun'un 316. maddesinde basit yargılama usulüne tabi davalar arasında hizmet ilişkisinden doğan davalar da sayılmıştır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin iş mahkemelerinde verilen kararlar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Maddenin 4. fıkrasına göre, kanun yoluna başvuru süresi, ilamın taraflara tebliğinden itibaren başlar. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir. Aynı Kanun'un 345. maddesi ile 361. maddesinin 1. fıkrası uyarınca istinafa ve temyize başvuru süresi, iki haftadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin 2. fıkrası uyarınca miktar ve

¹⁶⁶⁹ SÜZEK, 299

¹⁶⁷⁰ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 129; EKMEKÇİ, Ömer, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", LİHSGHD, C.1, S.2, 2004, s. 375; SÜMER, Uygulamalar, s. 77; NURMUKHAMBETOVA, Aigul, "İş Kanununun Yeni Düzenlemesi Karşısında Geçici İş İlişkisi", DEÜHFD, C.19, S.2, 2017, s. 216.

¹⁶⁷¹ Y9HD, 25.10.2010, 2009/37702-2010/30363.

¹⁶⁷² Basit yargılama usulü hakkında geniş bilgi için bkz. ATALI, Murat, Pekcanitez Usul, Medenî Usûl Hukuku, C.III, 15.B, İstanbul 2017, 2089 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 456 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 733 vd.; TANRIVER,, s. 1060 vd.; ATALI/ERMENEK/ ERDOĞAN, Medenî Usûl Hukuku, 2.B, Ankara 2019, s. 584 vd.; OĞUZ, Özgür/ DOĞAN, Özge, "Türk İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü", TBB Dergisi, S.127, 2016, s. 300-302.

değeri üç bin (HMK.Ek.m.1 gereğince 2020 yılı için 5.390) Türk Lirasını geçmeyen işçi alacakları ve tazminat davalarına ilişkin kararlar kesindir. Ancak manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir. Maddenin 3. fıkrasına göre alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesinin 1. fıkrasının (a) alt bendi uyarınca bölge adliye mahkemelerinin miktar veya değeri kırk bin (HMK.Ek.m.1 gereğince 2020 yılı için 72.070) Türk Lirasını (bu miktar dahil) geçmeyen davalara ilişkin verdikleri kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca açılan işe iade davalarında ve işveren tarafından toplu iş sözleşmesi veya işyeri düzenlemeleri uyarınca işçiye verilen disiplin cezalarının iptali için açılan davalarda verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz.

İş mahkemelerinin kanun yoluna başvurulanan kararları, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtayca ivedilikle karara bağlanır (İMK.m.8/5).

Davaların yığılması halinde birden çok birbirinden bağımsız dava söz konusudur. Yargıtay, işçilik tazminat ve alacaklarının davalarının yığılması şeklinde dava konu edilmesi halinde, kesin sınırının belirlenmesinde her bir talep miktarını ayrı ayrı değil, toplam talep miktarını dikkate almaktadır¹⁶⁷³.

V) İspat ve Deliller

1) Genel Olarak İspat Kuralları ve İspat Yükü

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 9. maddesine göre bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacaktır. İş Mahkemeleri Kanunu'nda ispat kuralları düzenlenmemiştir.

İspatın konusu davanın çözüme kavuşturulması bakımından önem taşıyan ve taraflar arasında çekişmeli olan vakıalardır (HMK.m.187/1). Başka bir anlatımla, ispatın konusu, hukuk kuralları değil; maddi vakıalardır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33.

¹⁶⁷³ YHGK, 27.01.2010, 28-8.

maddesi uyarınca hâkim, somut olaya uygulanacak hukuk kuralını re'sen araştırıp bulmakla ödevlidir. Pozitif hukukun bir parçası olan örf ve âdet hukuku ile yetkili yabancı hukukun varlığını taraflar ispatlamak zorunda değildir. Aynı şekilde tecrübe kuralları da vakıa sayılmadıklarından, hâkim, genel nitelikteki tecrübe kuralını kendiliğinden dikkate almakla yükümlüdür¹⁶⁷⁴.

Medeni usul hukukunda aslolan tarafların eşitliğidir. Ancak sosyal düşünceler ya da ispat güçlüğü gibi sebeplerle eşitlik ilkesine istisna getirilebilmektedir. Ancak bir taraf lehine ispat kolaylığının getirilebilmesi açık bir yasal düzenleme ile mümkün olabilir. Aksi halde Medeni usul hukukuna hakim olan “adil yargılanma hakkı” ihlal edilmiş olur¹⁶⁷⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 190. maddesinde ispat yüküne ilişkin genel kural düzenlenmiştir. Buna göre, "ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir". Bazen ispat yükünün kime ait olduğunu kanun açıkça belirtmiş olabilir. Bu durumlarda ispat yüküne ilişkin genel kural değil, doğrudan kanunun belirlediği ispat kuralı devreye girer. Bu konuda genel bir kural da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesinde de ispat yüküne ilişkin bir genel kurala yer verilmiştir. Buna göre "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" şeklinde ifade edilmiştir.

İspat yükü bakımından kimin davayı açtığı ve kimin bir iddiayı-vakıayı ileri sürdüğü değil, o vakıa bakımından kimin (genel kural ya da özel düzenleme sebebiyle) ispat yükü altında bulunduğu önemlidir. İspat yükü, tarafların davadaki konumları ile değil; iddia ettikleri vakıalarla ilgili bir husustur¹⁶⁷⁶. Başka bir anlatımla, bir vakıayı

¹⁶⁷⁴ İspat yükü ve kuralları hakkında geniş bilgi için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 341 vd.; TANRIVER, s. 741 vd.; ARSLAN/YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 383 vd.; ATALI/ ERMENEK/ERDOĞAN, s. 462 vd.

¹⁶⁷⁵ OKUR, Zeki, “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C.I, İstanbul 2016, s. 589.

¹⁶⁷⁶ ATALAY, Pekcanitez Usul, s. 1697. Yazar, haklı olarak, "iddia eden iddiasını ispat yükü altındadır" sözünün, medeni yargıda ispat yükünü belirlemek bakımından yetersiz kaldığını belirtmiştir. Aynı yer, s. 1697. Örneğin, bir menfi tespit davasının sonunda borçlu, borçlu olmadığını tespitini ister. Ancak bu talebe yönelik dayandığı vakıa değişebilir. Şayet davacı, karşı tarafla aralarında hiçbir hukukî ilişki bulunmadığını için borçlu olmadığını tespitini istiyorsa, bir hukukî ilişkinin

kimin ileri sürdüğü veya kimin talepte bulunduğundan çok; o vakıya bağlanan hukukî sonucun kimin lehine olduğuna göre ispat yükü belirlenir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir davada tümüyle ispat yükü davacı ya da davalı tarafta olmaz. O dava içindeki her bir koşul vakıya tekabül eden somut vakıa bakımından ispat yükü ayrı ayrı belirlenmelidir. Örneğin, işçi, bir iş sözleşmesine dayanılarak ücret alacağının ödenmediği iddiasıyla açılan davada, iş sözleşmesinin varlığını ve iş görme edimini yerine getirdiğini davacı işçi, ücretin ödendiğini ise davalı işveren ispat yükü altında olur.

2) İş Yargılamasında İspat Yükü

İş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı isteğinde bulunan işçi, ispat yüküne ilişkin genel kural gereği, iş sözleşmesinin varlığını, çalışma süresini, ücret miktarını ve sözleşmenin işverence feshedildiğini ispat yükü altındadır. Çünkü sözü edilen maddi vakıalara bağlanan sonuçtan kendi lehine hak çıkarmaya çalışmaktadır. Ancak ispat yükü ve kurallarının söz konusu olabilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 187. maddesinin 1. fıkrası gereğince öncelikle çekişmeli bir vakıanın bulunması gerekir. Taraflar arasında çekişmeli olmayan maddi vakıaların ispatına ve dolayısıyla delil gösterilmesine gerek yoktur. Davalı işveren, sözleşmenin varlığı, davacının çalışma süresi, ücret miktarı ve sözleşmenin feshine ilişkin vakıaları ikrar eder ve sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini isteyebilir. Bu durumda işçi, çekişmeli olmaktan çıkan vakıalar bakımından ispat yükünden kurtulur. Sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini iddia eden davalı işveren ise, ispat yüküne ilişkin genel kural gereği, feshin haklı nedene dayandığını ispat yükü altına girer.

İş sözleşmesinin derhal feshi için gerekli koşul vakıalar, kanunda belirtilen haklı sebebin doğmuş bulunması ve sözleşmenin bu nedenle feshedildiğine ilişkin tek taraflı bir irade açıklamasıdır. İş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini ileri süren taraf, haklı sebebin varlığını ve bu nedenle fesih bildiriminde bulunduğunu ispat yükü altındadır. Derhal fesih hakkını doğuran haklı sebepler, İş Kanunu'nun 24 ve 25, Deniz İş

varlığından alacaklı olarak lehine hak çıkartacak olan davalı taraf, hukukî ilişkinin varlığı sebebiyle ispat yükü altında iken; bu menfî tespit davasında davalı borcunu ödediği (ya da borcun sona erdiği) vakıasına dayanarak borçlu olmadığının tespitini istiyorsa, borcun sona ermesi borçluyu ifadan kurtaracağı, bu onun lehine olacağı için ispat yükü davacıdadır.

Kanunu'nun 14 ve Basın İş Kanunu'nun 11. maddelerinde belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinin 1. fıkrasına da derhal fesih nedeni “dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar” olarak ifade edilmiştir. İş sözleşmesinin haklı sebep olmadan feshedildiğini ileri süren taraf, derhal fesih hakkının doğumu için gerekli koşul vakıaların gerçekleşmediğini ispat yükü altında değildir. Çünkü bir vakıanın sonucundan lehine hak çıkarmak için öncelikle vakıanın gerçekleşmiş olması gerekir. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 191. maddesi gereğince koşul vakıanın gerçekleşmediğine yönelik karşı ispat faaliyetine girişilebilir. Karşı ispat faaliyeti kapsamında delil gösteren ve ibraz eden taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz¹⁶⁷⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesine göre kanunda ispat yüküne ilişkin özel bir düzenleme varsa genel kural uygulanmaz. Bu durumda özel düzenlemelerde gösterilen taraf ispat yükünü taşır. Türk İş Hukukunda bu düzenlemelere 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 7. fıkrası ve 20. maddesinin 2. fıkrası hükümleri ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Kanunu'nun 25. maddesinin 6 ve 7. fıkra hükümleri örnek gösterilebilir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 7. fıkrasına göre işçi, işverenin eşit davranma borcuna ve ayrımcılık yasaklarına aykırı davrandığını ispat yükü altındadır. Ancak, işçi ayrımcılık yasağına ilişkin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etme yükü altına girer.

İş Kanunu ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükümlerine göre, işverenin ayrımcılık yasağını ihlal etmek suretiyle işçiye farklı muamelede bulunması ya da iş sözleşmesini feshetmesi durumunda, işverenin davranışına ilişkin ispat yükünü işçiye ait tutmakla birlikte, tam bir ispat aramamıştır. Başka bir anlatımla, ispat ölçüsü olarak “yaklaşık ispat”¹⁶⁷⁸ yeterli görülmüş ve dolaylı

¹⁶⁷⁷ “Diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz” (HMK.m.191).

¹⁶⁷⁸ Yaklaşık ispat, iddia olunan vakıanın gerçek olma ihtimalinin ağır basmasıdır. Başka bir anlatımla, yaklaşık ispat, bir vakıanın gerçek olma ihtimalinin gerçek olmama ihtimalinden yüksek

ispat olarak emare ispatı benimsenmiştir¹⁶⁷⁹. Bununla birlikte, işverenin ihlalin mevcut olmadığını ispatlayabileceği belirtilmiştir. Yargıtay bir kararında hamile olduğu için ayrımcılığa maruz kaldığını ileri sürerek tazminat talebinde bulunan bir kadın işçinin cinsiyet ayrımcılığı iddiasıyla ilgili yaklaşık ispatı yeterli görmüştür¹⁶⁸⁰.

İş Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasına göre, belirsiz süreli iş sözleşmesinin geçerli bir sebebe dayanarak feshedildiğinin ispat yükü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispat yükü altına girmiş olur¹⁶⁸¹.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 6. fıkrasına göre iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispat yükü altındadır. Maddenin 7. fıkrasına göre ise, fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını ispat yükü de işçidedir. Ancak işçi, sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat yükü altına girmiş olur.

görülmesidir. Ancak kanunun öngördüğü hallerde söz konusu olabilir. Bkz. TANRIVER, s. 775-776; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 481.

¹⁶⁷⁹ OKUR, İspat Kolaylığı, 591-594. İş Kanunu ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda işçi lehine düzenlenen ispat kolaylığının Avrupa Birliğinin 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin ve 2006/54 SAYILI İstihdam ve Meslek Konullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktiflerine ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararlarına uygun olduğu hakkında geniş bilgi için bkz. AYDINÖZ, Gonca, "Avrupa Birliği Direktifleri ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum, 2009/3, s.163 vd.

¹⁶⁸⁰ "Davacı işçi, cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren doktor raporu ve tanık beyanına dayanmış olduğuna göre bunun aksini ispatla yükümlü olan davalı işveren doğum sonrası feshin makul ve meşru sebebini ortaya koymalıdır. Dosya kapsamına göre davalı işverenin iş hacminde düşüş meydana geldiği ve davacının çalışmasına ihtiyaç kalmadığı gerekçesi somut ve inandırıcı delillerle kanıtlanmış değildir. Davalı işverenin cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sabittir. Hal böyle olunca davacının 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatı isteğinin kabulü gerekir. Yazılı gerekçe ile isteğin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". (Y22HD, 09.06.2015, 15750-20058).

¹⁶⁸¹ ÇELİK, Nuri, "İş Sözleşmesinin Geçersizliği ve İşe İade Talebiyle Açılan Davada İspat Yükü, Karar İncelemesi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 345 vd. Yazara göre, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükünün işverende olması kuralı işçinin ispat yüküne nazaran öncelik taşır. Aynı yer, s. 346.

İş Kanunu ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükümlerinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesi hükmü ile paralellik arz ettiği söylenebilir. Gerçekten, ayrımcılık yasağı ihlal edilmek suretiyle iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek tazminat talebinde bulunan işçi, genel kural uyarınca, ayrımcılık teşkil eden davranışın varlığını ispat yükü altındadır. Aynı şekilde işçinin feshin geçerli nedene dayanmadığını ileri sürerek açtığı işe iade davasında, ispat yükünün feshin geçerli nedene dayandığını ileri süren davalı işverene ait olması da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesinde düzenlenen genel kuralın gereğidir.

Bir görüşe göre, ispat yüküne ilişkin genel kuralın istisnalarından biri normal durumun aksinin ileri sürülmesinde ortaya çıkar. Normal bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını ispatlaması gerekmez. İspat yükü normal durumun aksini ileri süren tarafa aittir¹⁶⁸². Bu görüşün iş sözleşmesinin feshinde oldukça geniş bir uygulama alanı bulduğu söylenebilir. Gerçekten, sürekli bir borç ilişkisi doğuran iş sözleşmelerinde normal (olağan) olan, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla, belirli süreli iş sözleşmesinin ise süresinin bitiminde sona ermesidir. Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi olağanüstü (normal olmayan) bir sona erme halidir¹⁶⁸³. İş hukuku öğretisinde iş sözleşmesinin feshinin bu şekilde tasnif edilmesi ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı konusunda da belirleyici olmuştur. Buna göre, iş sözleşmesinin tazminat gerektirecek şekilde sona erdiğini iddia eden taraf olağan (normal) bir durumun varlığına, sözleşmenin tazminat gerektirmeyecek şekilde sona erdiğini ileri süren taraf ise olağanüstü bir duruma (normal olmayan bir durumun) varlığına dayanmış olur. Bu nedenle ispat yükü olağanüstü bir durumun varlığını iddia eden tarafa ait olmalıdır¹⁶⁸⁴. Nitekim Yargıtay da iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini (olağanüstü fesih) ileri süren tarafın haklı nedenin varlığını ve sözleşmeyi

¹⁶⁸² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 385-386; SÜZEK, Feshin Geçersizliği Davası, s. 63.

¹⁶⁸³ Bkz. ESENER, s. 232; TUNÇOMAĞ, s. 368.

¹⁶⁸⁴ ÇENBERCİ, iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uyulmadan feshedildiği iddiasıyla açılan davada feshin haklı nedene dayandığı savunması karşısında, ispat yükünün daha ayrık durumu iddia eden tarafa ait olduğunu belirtmiştir. Bu konuda Bkz. ÇENBERCİ, s. 327; SÜZEK, s. 707; NARMANLIOĞLU, s. 466; SÜMER, Uygulamalar, s. 292; SAVAŞ, s. 205; ELMAS, Serkan, Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2018, s. 134.

bu nedenle feshettiğini ispatlaması gerektiğine karar vermiştir¹⁶⁸⁵.

İş Kanunu'nda kanuni karine teşkil eden düzenlemeler de yer almaktadır¹⁶⁸⁶. Örneğin, İş Kanunu'nun 92. maddesinin 3. fıkrasına göre çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Söz konusu karine, aksinin ispatlanabilmesine imkân tanınması nedeniyle "adi kanuni karine" olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁸⁷.

İş hukuku uygulamasında zaman zaman fiili karinelere de yararlanılmaktadır¹⁶⁸⁸. Yargıtay kararlarına göre kıdemli ve nitelikli bir işçinin asgari ücretle çalışması¹⁶⁸⁹, çalıştığı süre boyunca hiç izin kullanmaması¹⁶⁹⁰, işverenin nedensiz olarak ibra edilmesi¹⁶⁹¹, yıllarca çalışan bir işçinin tazminat hakkını ortadan

¹⁶⁸⁵ Y9HD, 17.11.2005, 9181-36497, Çalışma ve Toplum, 2006/2, s. 226-227; Y22HD, 01.07.2013, 2012/25858-2013/15945.

¹⁶⁸⁶ Karine, bilinen bir olaydan, bilinmeyen diğer bir olay için çıkarılan sonuçtur. Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 190. maddesinin 2. fıkrasına göre "Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karine temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir". Karineler, fiili karineler ve kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Kanuni karineler ise, aksinin ispat edilip edilememesine göre kesin kanuni karineler ve adi kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Aksinin ispatı mümkün olan karinelere adi kanuni karine; aksinin ispatı mümkün olmayan karinelere ise kesin kanuni karine denir. Karine ve türleri konusunda daha geniş bilgi için Bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 335 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 387 vd.; TANRIVER, s. 783 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 471-474.

¹⁶⁸⁷ ÇİL, Şahin, "6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller", İÜHFM, C. LXXII, S.2, 2014.

¹⁶⁸⁸ Fiili karineler, hâkimin, bir hukuk kuralıyla bağlı olmaksızın, bilinen bir olaydan, bilinmeyen bir olay için, insanlar ve yaşam konusunda ortaya çıkan tecrübe kurallarından yararlanmak suretiyle sonuç çıkarılmasını ifade eder. Bkz. TANRIVER, s. 788-789

¹⁶⁸⁹ "Somut olayda baraj inşaatında topoğraf olarak çalışan davacının asgari ücret aldığı kabul edilerek dava konusu istekler hüküm altına alınmış ise de, davacının yaptığı iş, davalı işyerindeki kıdemi dikkate alındığında günün asgari ücreti üzerinden çalıştığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır" Y9HD, 2012/6356-2014/11289.

¹⁶⁹⁰ "Somut uyuşmazlıkta, davacının kıdemine göre 317 gün yıllık izin süresi olduğu, tüm izinlerinden 23 gününü kullandığı kabul edilerek hesap yapılmıştır. Davacının 18 yıl boyunca sadece 23 gün yıllık izin kullanmasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği dikkate alınarak Mahkemece; Hukuk Muhakemeleri Kanunu 31. maddesine göre hâkimin davayı aydınlatma yükümü gereği davacı asilden; yıllık izinlerini kullanıp kullanmadığı, ne kadar yıllık izin kullandığı sorulup açıklattırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Y22HD, 15.05.2018, 2017/13162-2018/11911, Aynı yönde, Y22HD, 19.12.2018, 14166-27800.

¹⁶⁹¹ "İşçi emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmaktadır". (Y9HD, 23.01.2012, 2009/43343-2012/1280). Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 22.12.2008, 2007/29852-2008/34628.

kaldırıcak şekilde sebepsiz olarak işten ayrılması¹⁶⁹² hayatına olağan akışına uygun düşmemektedir. Yargıtay iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla açılan davalarda da fiili karineden yola çıkarak bir sonuca varmaktadır. Buna göre, işyerinde sendikal örgütlenmenin başladığı bir aşamada işten çıkarılan işçilerden sendika üyesi olanların üye olmayanlara oranı ve ile işyerindeki işçi sayısı ve sendika üyelerinin oranı arasında uygun bir orantı yoksa ve üyelikten çekilenler çalıştırılmaya devam ediliyorsa ya da işten çıkarılanlar sadece örgütlenmeye öncülük yapanlardan oluşuyorsa, feshin sendikal nedene dayandığı karine olarak kabul edilmektedir. Öğreti buna “sendikal fesih karinesi” denilmektedir¹⁶⁹³.

Birden fazla sebebe dayanılarak aynı sonucun talep edilmesi halinde sebeplerden en az birisinin ispatlanması gerekir. Bu nedenle birden çok haklı sebebe bağlı olarak fesih hakkını kullanan tarafın, bu sebeplerden sadece birisinin gerçekleştiğini ispatlaması yeterlidir¹⁶⁹⁴.

Yukarıda belirtildiği üzere, feshin haksız yapıldığı iddiasıyla açılan davada ispat yükü feshin haklı sebebe dayandığını iddia eden tarafa aittir. Feshin haklı sebebe dayandığı her türlü delille kanıtlanabilir. Ancak işçi ücretleri ödenmediği ya da yıllık

¹⁶⁹² “Davacının işyerindeki toplam kıdemi 7 yıl 5 ay 10 gündür. Bu kadar bir kıdemi bulunan bir işçinin durup dururken iş sözleşmesini feshetmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Davalı, iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından kıdem ve ihbar tazminatı hak kazanmayacak şekilde sona erdirildiğini ispatlayamamıştır. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin hüküm altına alınması gerekirken reddi isabetsizdir”. (Y9HD, 18.04.2012, 2010/5955-2012/13497). Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 05.02.2014, 2011/51200-2014/3448.

¹⁶⁹³ Sendikal fesih karinesi hakkında geniş bilgi için bkz. BAYRAM, Fuat, “Sendikal Fesih Karinesi”, LİHSGHD, S.12, 2006, 1221-1249; Yargıtay 22.Hukuk Dairesi bir kararında sendikal fesih karinesini şu ifadelerle açıklamıştır: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2009/9-373 esas sayılı kararında; maddi bir olay niteliği taşımayan niyetin ve saikin sendikal nedenlerden kaynaklandığının ispat güçlüğü ortadadır. İşverenin dış dünyaya yansıttığı görünüşteki iradesi (geçerli veya haklı nedene dayanarak yaptığı fesih işlemi) ile gerçek iradesi arasındaki perdeyi kaldırmanın ve gerçek iradesine (saikine) ulaşarak buna hukuki sonuçlar bağlamanın tek yolu fiili karinelere. Sendikal fesih karinesi; işçi ve işveren tarafından işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacının sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hakimin çıkardığı sonuçlardır. Sendikal fesih karinesi iş hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hakimin kanaat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargıları feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı iddiasını artırıyor ise sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmelidir şeklinde karar vermiştir”. (Y22HD, 26.04.2018, 3212-10029). Aynı yönde bkz. Y22HD, 06.06.2018, 2015/34158-2018/14471.

¹⁶⁹⁴ SÜMER, Uygulamalar, s.293.

ücretli izinlerinin kullandırılmaması nedeniyle iş sözleşmesini feshetmişse, ücretin ödendiğini veya yıllık ücretli izinlerinin kullandırıldığını ispat yükü işverene ait olur. İşveren ücretin ödendiğini imzalı ücret bordrosu veya banka kaydı ile, iznin kullandırıldığını ise işçinin imzasını taşıyan izin defteri veya eşdeğer bir belge ile ispatlayabilir.

3) Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 121. maddesine göre, dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte davalı sayısından bir fazla örneğinin veya sadece örneklerinin dava dilekçesine eklenmesi, başka yerlerden getirtilecek belge ya da dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede bulunması zorunludur.

Haksız feshin sonuçlarına ilişkin açılan davalarda dava dilekçesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinde öngörülen unsurları taşımak zorundadır. Anılan hükümde belirtilen unsurların bazılarının eksikliği halinde mahkemece davacıya eksikliği tamamlamak üzere bir haftalık kesin süre verilir. Bu süre içinde eksiklik tamamlanmaması halinde dava açılmamış sayılır. Dava dilekçesinde eksik olan diğer unsurlardan bazıları mahkemece tamamlanabilecek niteliktedir. Bazılarının eksik gösterilmesi ise diğer maddelerde yaptırıma bağlanmıştır. Örneğin, maddenin (e) ve (f) bentlerinde gösterilen hususlar somutlaştırma yükü ile ilgilidir. Somutlaştırma yükünün yerine getirilememesi ise, iddianın ispatını ilgilendirir. Nitekim Yargıtay somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi halinde, davanın esastan reddine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁶⁹⁵.

Cevap dilekçesinde bulunması gereken hususlar da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 129. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'un 130. maddesinde cevap dilekçesinde de bazı unsurların eksikliği halinde mahkemece verilecek bir haftalık süre içinde tamamlanması halinde cevap dilekçesinin verilmemiş sayılacağı öngörülmüştür.

Basit yargılama usulünde, ispat ve deliller ile delillerin ibrazı ve incelenmesine ilişkin hususlarda yazılı yargılama usulünden kural olarak farklı bir özellik

¹⁶⁹⁵ Y22HD, 25.04.2016, 11089-12255.

bulunmamaktadır. Ancak bu noktada delillerin ikamesi ile ilgili olarak 318. maddeye dikkat çekmekte yarar vardır. Yazılı yargılama usûlünde taraflar dilekçelerinde belirttikleri ve ellerinde bulunan delilleri dilekçelerine eklemek, başka yerden getirtilecekse bu konuda da bilgi vermek, açıklama yapmak durumundadırlar (m. 121; 129/2). Bu şekilde dilekçeler verilirken deliller eklenmemiş ve nereden getirtileceğini belirtmemişlerse, o zaman ön incelemede taraflara iki haftalık kesin süre verilerek sunmaları veya gerekli bilgileri vermeleri istenir (m. 140/5). Oysa basit yargılama usûlünde taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır (m. 318). Nitekim yazılı yargılama usûlünde ön inceleme aşamasında bu konudaki eksiklik halinde kesin süre verilmesini düzenleyen hüküm (m. 140/5), basit yargılama usûlünde mevcut değildir (m. 320/2)¹⁶⁹⁶. Gerek basit yargılamada delillerin ikamesini özel olarak düzenleyen 318. madde gerekse basit yargılamada ön incelemeyi düzenleyen 320. maddenin 2. fıkrası birlikte ele alındığında, basit yargılamada tarafların ellerinde bulunan delillerin dilekçelere eklenmesi ya da bu konuda gerekli bilginin verilmesinin gerektiği, ön incelemede ayrıca süre verilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

İş yargılamasında genellikle birden çok tazminat ve alacak aynı dava dilekçesi ile dava konusu yapılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110. maddesine göre, davacının aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi halinde "davaların yığılması" söz konusu olur¹⁶⁹⁷. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca davaların yığılması halinde, her bir talebe ilişkin vakıalar bakımından ispat yükü ve deliller ayrı ayrı değerlendirilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194. maddesi gereğince davacı, her bir talebi için dayandığı vakıayı, ispata elverişli bir şekilde somutlaştırmalı; dayandığı delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmelidir. Öğretide bir

¹⁶⁹⁶ TANRIVER, s. 1064

¹⁶⁹⁷ Davaların yığılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANİTES, Hakan, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. B, İstanbul 2017, s. 1092 vd.; BULUT, Uğur, Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara 2017.

görüŖe göre, ilgili taraf, somutlaŖtırma yükünü yerine getirmemiŖse, hâkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 31. maddesi uyarınca taraftan vakıaları somutlaŖtırmasını ister. Buna rağmen somutlaŖtırma yükünü yerine getirmezse, ilgili vakıa dikkate alınmaksızın karar verilir¹⁶⁹⁸. Bu durum ise o vakıaya dayalı talebinin esastan reddine karar verilmesini gerektirir¹⁶⁹⁹. Yargıtay bir kararında mahkemece verilen süreye rağmen davacının somutlaŖtırma yükünü yerine getirmemesi halinde davanın esastan reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiŖtir¹⁷⁰⁰. Ayrıca her bir talebin dayanağı olan vakıalar bakımından da (o koŖul vakıaların her biri bakımından) ispat yükü ayrı ayrı belirlenmek durumundadır.

¹⁶⁹⁸ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 475.

¹⁶⁹⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 341; TANRIVER, s. 798.

¹⁷⁰⁰ “Sonuç olarak dava dilekçesinde, gerek 6100 sayılı Kanun madde 119/1-e. gerekse madde 194 gereğince somutlaŖtırma yükünün yerine getirilmemiŖ olması halinde, önce hâkimin davayı aydınlatma ödevi ve ön incelemedeki görevi gereğı, somut olmayan hususların belirlenmesini (yeni bir vakıa meydana getirmeden, sadece mevcut vakıa kapsamında) davacıdan istemeli, bu eksiklik tamamlanırsa yargılamaya devam edilerek karar verilmeli, bu eksiklik tamamlanmaz, somutlaŖtırma gerçekteŖmezse, ispatsız kalan davanın reddine karar verilmesi gereklidir”. (Y22HD, 25.04.2016, 11089-12255).

SONUÇ

Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre taraflar herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama; sözleşmenin karşı tarafını seçme, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme kurma, şeklini belirleme, sözleşmeyi değiştirme ve sona erdirmeye konusunda serbesttir.

Tarafların sözleşme özgürlüğü sonucu kurdukları ve içeriğini serbestçe belirledikleri sözleşmenin bağlayıcılığı olmazsa yaptıkları hukuki işlemin bir anlamı olmayacaktır. Sözleşme kurulurken, taraflarda sözleşmenin karşılıklı edimlerin ifasıyla son bulacağına ilişkin ileriye yönelik bir güven oluşur. Bu nedenle kurulan sözleşmenin aynen yerine getirileceğine ilişkin güven boşa çıkarılmamalı, içeriği tek taraflı olarak değiştirilememelidir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi, sözleşmenin yapıldığı andaki hükümleri ile değiştirilmeden yerine getirilmesini ve ifa ile sona ermesini gerektirir. Bununla birlikte, kişilik haklarının veya dürüstlük kurallarının gereği olarak sözleşme taraflarından her koşulda sözleşme süresinin sonuna kadar veya belirsiz süre için sözleşmeyi devam ettirmeleri beklenemez. Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarından birinin tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirilebilmesi mümkün olmalıdır. Sonradan öngörülme ve değişen şartlar nedeniyle edimler arası dengeyi bozucu ifa engellerinin ortaya çıkması halinde, edimler arası dengenin aleyhine bozulduğu taraftan, sözleşmeye bağlılık ilkesi uyarınca ilişkiyi sürdürmesini beklemek hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açar. Değişen durum ve şartlar nedeniyle edimin ifasını istemenin dürüstlük kurallarına aykırılığı söz konusu olduğunda sözleşmeye bağlılık ilkesinin uygulanmasından söz edilemez.

Sözleşme özgürlüğü sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünü de kapsar. Sözleşmenin tarafları anlaşma ile sözleşmeyi her zaman sona erdirebilirler. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde taraflardan her biri haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir.

Sözleşmeden dönme, daha önceden yerine getirilmiş olan edimlerin iadesini gerektirdiği için sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından uygulanabilir değildir. Bu nedenle sürekli borç ilişkileri için sözleşmeden dönme yerine fesih müessesesi benimsenmiştir. Bu husus, Türk Borçlar Kanunu'nun 126 ve 138. maddelerinde açıkça ifade edilmiştir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olarak fesih hakkının hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan kullanılmasına imkân vermek karşı tarafın mağduriyetine yol açabilir. Özellikle iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçi için telafisi güç yıkıcı bir etki doğurabilir. Bu nedenle fesih hakkı çoğunlukla emredici kurallarla sınırlandırılmak suretiyle taraflar açısından olası bir tahribatın önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Fesih bildirimi, taraflardan birinin sözleşmeyi tek taraflı sona erdiren irade beyanıdır. Sözleşmenin feshi için haklı bir neden olmadan taraflardan biri diğer tarafa süre vermek suretiyle fesih bildiriminde bulunabileceği gibi, haklı bir nedenin varlığı halinde karşı tarafa süre verilmeden de fesih bildiriminde bulunabilir. Sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik iradenin karşı tarafa yöneltilmesi ile sözleşme verilen sürenin sonunda veya derhal sona erer. Karşı tarafa yöneltilmemiş olan bir fesih iradesinin hukuki sonuç doğurması mümkün değildir.

İş sözleşmesinin feshi süreli veya derhal olmak üzere iki türlü yapılabilir. Her ikisinde de taraflardan biri, diğer tarafa yönelttiği tek taraflı irade açıklamasıyla iş sözleşmesini bozmakta ve sözleşme ilişkisi sona ermektedir. Belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilebilmesi düşüncesi kişi özgürlüğüne dayanmaktadır. Bu fesih türü sayesinde işveren, ekonomik, mali ve teknik gereklilikler nedeniyle iş sözleşmesi ilişkisinden kurtulabilecek, işçi ise iş sözleşmesinin kendisine yüklediği bu bağımlılığa son verebilecektir. Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin süresiz fesih yoluyla sona erdirilebilmesinin hukuki dayanağı ise dürüstlük kurallarıdır. Dürüstlük kuralları gereğince sözleşmeyi sürdürmesi beklenemeyen taraf, diğer tarafa herhangi bir süre vermeden sözleşmeyi feshedebilecektir.

Derhal fesih hakkının doğumu haklı bir sebebin varlığına bağlıdır. Ancak geçerli bir derhal fesih hakkının kullanılması için haklı sebebe dayalı fesih iradesinin açıklanması gerekir. Süreli fesih hakkı gibi, bu hak da bozucu yenilik doğuran haklardan olup, hüküm ve etkisini doğurması diğer tarafın kabulüne bağlı değildir. Hakkın kullanılması ile sözleşme ileriye yönelik olarak sona erer.

Derhal fesih hakkını bahşeden haklı sebepler iş kanunlarımızda ayrı ayrı belirtilmişse de, tüm iş sözleşmelerini kapsayan genel çerçeveyi Türk Borçlar Kanunu düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesine göre sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün

durum ve koşullar, haklı sebep sayılır. Borçlar Kanunun genel kanun olması nedeniyle, iş kanunlarımızda düzenlenmeyen bir davranışın fesih için haklı neden teşkil edip etmediğini dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirmek suretiyle bir sonuca varmak gerekir.

İş kanunlarımızda işverenin süreli veya derhal fesih hakkına ilişkin bildirimin yazılı olması gerektiğine ilişkin bazı hükümlere yer verilmiştir. İş kanunlarımızda öngörülen bu şekil şartının iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde işverenin süreli fesih hakkının kullanımı bakımından geçerlilik şartı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, düzenlemenin süresiz fesih hakkını ya da iş güvencesi kapsamı dışında kalanları kapsayıp kapsamadığı tartışmalara yol açmıştır. Daha sonra yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde sözleşmeyi fesheden taraf ve fesih türü bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan fesih sebebinin diğer tarafa yazılı olarak bildirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Ne var ki, iş kanunlarına tabi iş ilişkileri açısından, Türk Borçlar Kanunu'nun sözü edilen düzenlemesi bu konudaki tartışmaları sona erdirmiş değildir. Çünkü, fesih sebebinin bildirilme şekli ile ilgili olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun genel kanun olduğundan hareketle anılan hükmün iş kanunlarına tabi iş ilişkilerine de uygulanması gerektiğine ilişkin ileri sürülen görüşe karşı, İş Kanunu'nda bu yönde boşluk bulunmadığını belirten başka bir görüş daha ortaya çıkmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda iş sözleşmesini fesheden tarafın fesih sebebini diğer tarafa yazılı olarak bildirme zorunluluğu her iki taraf için söz konusudur. Fesih sebebini yazılı olarak diğer tarafa bildirmeyen işçinin kıdem tazminatından mahrum kalacak olması, düzenlemenin diğer iş kanunlarına tabi iş ilişkileri bakımından uygulanması noktasında tereddüte yol açmıştır.

Kanımızca işverenin derhal feshi bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrası ve 109. madde gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda, anılan kanunda işverenin derhal fesih hakkının kullanımı konusunda herhangi bir boşluk bulunmamaktadır. Diğer yandan Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddenin gerekçesinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 337. maddesinin kaynak metin olduğu belirtilmesine rağmen, madde metni İsviçre Borçlar Kanunu'nun anılan maddesinden ve iş kanunlarımızda

fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmasını öngören hükümlerden farklı şekilde kaleme alınmıştır. Fesih bildiriminin şekli ile ilgili bu karmaşık durum karşısında, hangi kanuna tabi olursa olsun ve iş güvencesi hükümlerinin kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın iş sözleşmesini süreli ya da derhal fesih yoluyla sona erdiren tarafın, fesih sebebini yazılı olarak bildirmesinin diğer tarafın talebine bağlanması yönünde genel bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu çözüm önerisi ile hem feshe muhatap olan diğer tarafın menfaatleri korunmakta, hem de haklı nedeni olan ve fakat fesih bildirimini yazılı yapamamış olan tarafın mağduriyeti önlenmiş olmaktadır.

Diğer yandan, hukukumuzda derhal fesih sebebini yazılı olarak bildirilmesi yükümlülüğünün fesih bildirimi sırasında başlatılması ve buna aykırılık halinde haksız fesih hükümlerinin uygulanması ağır bir yaptırımdır. Bu nedenle İsviçre Borçlar Hukukunda olduğu gibi, derhal fesih sebebini yazılı olarak bildirilmesine ilişkin şarta aykırılığın, yargılamada feshin haklı nedene dayandığı ortaya çıksa dahi, sözleşmeyi fesheden tarafın yargılama giderlerine mahkum edilmesi ve ayrıca muhatabın varsa bu nedenden dolayı doğan tüm zararlarından sorumlu tutulması şeklindeki çözüm menfaatlere dengesine ve adalet duygusuna daha uygun düşmektedir.

Tarafların derhal fesih haklarının kullanılması 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve Deniz İş Kanunu'nda hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Basın İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda ise, bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri için süresiz fesih hakkının süresinde kullanılıp kullanılmadığı dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

İşverenin derhal fesih hakkı sözleşme ile de sınırlandırılabilir. Sınırlandırma genellikle haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde süresiz fesih hakkının disiplin kuruluna bağlanması, iş kanunlarımızda öngörülen ve kişilik hakları kapsamına girmeyen derhal fesih nedenlerinin işçi lehine hafifletilmesi, sıralı disiplin cezalarının öngörülmesi, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin iş güvencesi hükümleri kapsamına alınması şeklinde yapılmaktadır.

Uluslararası mevzuatta doğrudan haksız feshi düzenleyen veya haksız feshi tanımlayan bir metin bulunmamaktadır. Haksız fesih kavramı Türk iş hukuku mev-

zuatında da tanımlanmış değildir. Bununla birlikte, haksız feshe bağlanan hukuki sonuçlar göz önüne alınarak; derhal fesih için haklı bir nedenin bulunmaması, haklı nedenin ispat edilememesi ya da fesih hakkının kanunda veya sözleşmede öngörülen süre ve yönetime uygun kullanılmaması halinde haksız feshin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Derhal fesih için haklı bir neden bulunmadığı veya haklı nedenin ispatlanamaması halinde yapılan feshin haksız olacağından kuşku yoktur. Buna karşılık, derhal fesih hakkının öngörülen süre veya usule uygun kullanılmaması halinde haklı nedenin mevcudiyetine rağmen haksız fesih hükümleri uygulanmaktadır. Haklı nedenle fesih hakkından açık veya örtülü feragat halinde de haksız feshin hükümleri söz konusu olur.

Derhal fesih hakkı, “dürüstlük kuralları gereği iş sözleşmesinin sürdürülmesinin kendisinden istenemeyecek olan tarafın bu sebeple derhal sona erdirebilmesi” olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda haksız fesih, dürüstlük kuralları gereği iş sözleşmesini sürdürmesi kendisinden istenebilecek olan tarafın sözleşmeyi sona erdirmesi olarak tanımlanabilir. Haklı bir sebebe dayanılarak süresi içinde sözleşme feshedilmişse, derhal fesih ya da haklı nedenle feshin sonuçları doğacaktır. O halde kural olarak, haklı neden olmadan iş sözleşmesinin feshi haksız fesih olarak kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre sözleşmeye devamının beklenebildiği hallerde yapılan fesih haksız olarak nitelendirilir. Bundan başka, ortada haklı bir sebep bulunmasına rağmen gerçek olmayan bir sebebe dayanılmışsa, haklı neden ispat edilmemişse, derhal fesih hakkı öngörülen süre veya usule aykırı olarak kullanılmışsa, ileri sürülen sebep kanuni unsurlardan yoksunsa, dayanılan sebep yargılama sırasında ispatlanamamışsa yapılan feshe haksız fesih hükümleri uygulanacaktır.

Feshin geçersiz sayılan bir fesih aynı zamanda haksız fesihtir. Başka bir anlatımla geçerli neden olmadan yapılan bir fesih için aynı zamanda haklı bir neden de yoktur. Nitekim İş Kanunu’nun 25/son hükmü feshin haksız yapılması halinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür.

Fesih haksız da olsa sözleşmeyi sona erdirir. Sözleşme sona erdiği için para ve para ile ölçülmesi menfaatlerin muaccel hale gelmesi, çalışma belgesinin verilmesi, kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkının parasal alacağı dönüşmesi, sözleşmeyle

kararlaştırılan cezai şartın talep edilebilir hale gelmesi, rekabet yasağının kalkması ve şartları oluştuğunda maddi ve manevi tazminat talep edilebilmesi gibi hukuki sonuçlar da söz konusu olabilmektedir. Haksız feshin sözü edilen genel hukuki sonuçlarının doğumu bakımından sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olmasının yahut tabi olduğu kanunun önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte haksız feshin sözleşmeyi fesheden tarafa, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olup olmamasına yahut tabi olduğu kanuna göre değışen özel hüküm ve sonuçları bulunmaktadır.

İş Kanunlarına tabi iş ilişkilerinde işverenin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi halinde, süre şartı da gerçekleşmişse işçi, kıdem tazminatı talep edebilir. İşçinin haksız feshi halinde ise, kıdem tazminatı talep hakkı doğmaz. Bununla birlikte kıdem tazminatı sadece işverenin haksız feshine bağı bir hak değildir. Sözleşmenin işveren tarafından İş Kanunu'nun 25. maddesinin (I), (III) ve (IV) numaralı bentlerinde öngörülen haklı nedenlerle feshi halinde veya işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshettiğı durumlarda da söz konusu olabilmektedir. Ayrıca, emeklilik, kadın işçi için evlenme, erkek işçi için muvazzaf askerlik gibi nedenlerle sözleşmenin feshi halinde de işçinin kıdem tazminatı talep hakkı doğmaktadır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, haksız feshin sonuçlarına ilişkin olup olmadığı tartışmalı olan İş Kanunu'nun 23. maddesi dışında, Türk iş hukuku mevzuatında haksız feshin sonuçlarının düzenlenmediğı yönünde genel bir kabul söz konusu idi. Bu nedenle sözleşmenin haksız feshi konusunda ortaya çıkan hukuki sorun usulsüz feshe ilişkin hükümlerle çözülmekteydi.

Haksız feshin hukuki sonuçları Türk Borçlar Kanunu'nun 438 ve 439. maddeleri ile açıkça düzenlenmiştir. İşverenin haksız feshinin hukuki sonuçlarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasına göre işveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceğı miktarı, tazminat olarak isteyebilir. Öğretide bu tazminat belirsiz süreli sözleşmeler için ihbar tazminatı, belirli süreli sözleşmeler bakımından ise bakiye süre ücreti tutarında tazminat olarak adlandırılmışsa da, haksız

feshin usulsüz feshe tahviline gerek kalmadığı bu aşamada haksız feshin yaptırımının usulsüz feshin yaptırımı olan ihbar tazminatı olarak adlandırılmasını doğru bulmuyoruz.

Türk iş hukuku öğretisinde Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce işveren tarafından haklı neden olmadan feshedilip edilemeyeceği tartışmalıydı. Yargıtay son yıllarda derhal fesih için haklı sebep bulunmasa bile fesih bildirimi ile sözleşmenin sona ereceğini ve işçinin bakiye süre ücreti tutarında tazminata hak kazandığına karar vermekteydi. Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrası, işveren tarafından yapılan feshin haksız dahi olsa sözleşmeyi sona erdireceğini ve sözleşmeyi haksız fesheden işverenin işçiye kalan süreye ait ücret tutarında tazminat ödemek zorunda olduğunu düzenleyerek bu konudaki tartışmalara son vermiştir.

Maddenin 2. fıkrasına göre belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise sözleşme ister belirli, ister belirsiz olsun bütün durum ve şartlara göre hâkimin, işçinin altı aylık ücretinden fazla olmamak üzere, miktarını serbetçe belirleyebileceği bir tazminat daha öngörülmüştür. Bu tazminat ise takdiri tazminat olarak adlandırılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde ise, işçinin haksız feshinin hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse, işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer.

Türk Borçlar Kanunu diğer iş kanunlarına göre genel kanun niteliğindedir. İş kanunlarında boşluk bulunduğunda niteliğine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş

Kanunu iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçiler bakımından haksız feshin hukuki sonuçlarını düzenlemiştir. Başka bir anlatımla, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından kanunda bir boşluk bulunmamaktadır. Sözü edilen kanunlara tabi iş ilişkilerinde iş güvencesi hükümleri kapsamında kalan işçiler bakımından iş güvencesi hükümleri uygulanacak, kapsam dışında kalanlar ile 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi gemi adamları için ise Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesi hükümleri uygulanacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddelerinde düzenlenmiş olan iş güvencesi hükümleri kapsamına giren işçinin iş sözleşmesinin işverence haksız feshedilmesi halinde işçi Kanun'un 25. maddenin son fıkrası uyarınca işe iade davası açabilecektir. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde arabulucuya başvuru dava şartı olarak öngörülmüştür. Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunludur. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir. İşçinin dava açmadan önce arabulucuya başvurması gerekir. Arabuluculuk süreci sonucunda anlaşmazlık çıktığı takdirde dava açılabilir.

İşe iade davası sonunda mahkemece veya özel hakem tarafından işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Ayrıca, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. Mahkeme veya özel hakem, iş güvencesi tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler. İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438 ve 439. maddelerinin Türk iş hukukunda iş güvencesi kapsamı dışında kalanlar bakımından haksız feshin hukuki sonuçlarını doğrudan ele alan ilk düzenlemeler olduğu söylenebilir. Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra haksız feshe usulsüz feshe ilişkin hükümlerin uygulanmasına ihtiyaç kalmamıştır. İş kanunlarına tabi iş ilişkilerinde, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bakımından, işverenin haksız feshine Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin uygulanmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak işçinin haksız feshine 439. madde hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Öğretide iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshedilmesi halinde iş kanunlarına tabi iş ilişkileri bakımından kanun boşluğu bulunduğu hareketle Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin iş kanunlarına tabi iş ilişkilerinde uygulanacağı ileri sürüldüğü gibi, bu hükmün sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işçi tarafından haksız feshedilmesi halinde uygulanacağı görüşü de ortaya atılmıştır. Diğer bir kısım yazarlar ise, değişik gerekçelerle söz konusu hükmün iş kanunlarına tabi iş ilişkilerine uygulanmayacağı savunmuşlardır. Bu grup yazarlardan bir kısmı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 23. maddesinin işçinin haksız feshini düzenlediği ve bu konuda boşluk bulunmadığını ileri sürerken, diğer bir kısmı ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde öngörülen haksız fesih yaptırımının usulsüz fesih yaptırımına nazaran düşük kalacağı, ortaya çıkacak bu çelişki nedeniyle anılan hükmün iş kanunlarına tabi iş ilişkilerine uygulanamayacağını belirtmişlerdir. Bu gruba dahil bir görüşe göre, 439. madde hükmü sadece belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanabilir.

Kanımıza göre genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde iş kanuna tabi iş ilişkilerinde uygulanmalıdır. İş Kanunlarımızda usulsüz feshin yaptırımı açıkça düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinin öngördüğü yaptırım iş kanunlarında öngörülen usulsüz feshin en düşük yaptırımını dahi karşılamamaktadır. Düzenleme Türk Borçlar Kanunu sistemi içinde bir anlam ifade edebilir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nda usulsüz feshin yaptırımı düzenlenmemiştir. Bu nedenle söz konusu hükmün iş kanununa tabi iş ilişkilerinde uygulanması mümkün değildir.

Haksız fesih nedeniyle maddi ve manevi zarara maruz kalan taraf bu zararlarını genel hükümlere göre isteyebilir. Bunun için haksız fesih nedeniyle zararın meydana geldiği ve zarar miktarının ispat edilmesi gerekir. Diğer taraf haksız fesih nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca manevi tazminat da isteyebilir.

7036 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile İş Kanunu'na eklenen ek 3. maddede iş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniet tazminatı, iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık tazminatı ve yıllık izin ücreti için zamanaşımı süresi beş yıl olarak öngörülmüştür. Buna göre sendikal tazminat, iş güvencesi tazminatı, maddi tazminat ve manevi tazminat için yine Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde yer alan genel zamanaşımı uygulanmaya devam edilecektir.

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesine göre kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle uygulanacak faiz ve oranı mevduata uygulanan en yüksek faizdir. Kıdem tazminatına faiz yürütülmesi için işverenin işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Kıdem tazminatı dışında feshin haksızlığına bağlı tazminat ve alacaklar bakımından kanunda özel bir faiz türü öngörülmediğinden yasal faiz uygulanmaktadır. Ayrıca kıdem tazminatı dışındaki tazminatlar bakımından faiz hakkının doğumu için işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir.

İşe iade davası lehine sonuçlanan işçinin işçinin işe başlatılmak için işverene yaptığı başvuru tarihinden itibaren bir aylık sürenin sonunda işverenin iş güvencesi tazminatı bakımından temerrüde düştüğü kabul edilmelidir. Ancak, Yargıtay söz konusu tazminata faiz yürütülmesi için işçinin yaptığı başvurunun yeterli olmadığına, işverenin ayrıca temerrüde düşmesi gerektiğine karar vermektedir. İşçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ve diğer hakları bakımından ise işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre hangi kanun kapsamına girerse girsin işçi ile işveren veya işveren vekili arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına bakma görevi iş mahkemelerine aittir. Kanun'un 7. maddesi uyarınca iş mahkemelerinde basit yargılama usulü

uygulanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin iş mahkemelerinde verilen kararlar hakkında da uygulanır. Kanun yoluna başvuru süresi, ilamın taraflara tebliğinden itibaren başlar. İstinafa ve temyize başvuru süresi iki haftadır.



KAYNAKÇA

- ACAR**, Serdar: Gemiadamı Talepleri, İstanbul, 2012.
- AKDENİZ**, Ayşe Ledün : İş İlişkilerinde İmkânsızlık, İstanbul 2018.
- AKBULUT**, Emincan : “İş Hukuku Bağlamında Profesyonel Futbocu Sözleşmesinin Temel Unsurları”, İş ve Hayat, S.5, 2017. 356-377. (Profesyonel Futbolcu).
- AKIN**, Levent : “İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Sorunlar ve Gelişmeler”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Temmuz 2014, (İş Sağlığı ve Güvenliği).
- : “İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı”, Karar İncelemesi, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, C.27, S.2, Mart 2013, 38-50. (Esaslı Değişiklik).
- : “İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2018, 8-13. (Arabuluculuk).
- : “İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni”, Sicil, S.13, Mart 2009, 41-48. (Yetki İtirazı).
- AKI**, Erol/**ALTINTAŞ**, H.Olcay/**BAHÇIVANCILAR**, İbrahim : Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul 2005.
- AKKAŞOĞLU**, Şeyma, “İşçi ve İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin İş Sözleşmesine Etkisi”, Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları, Ankara, 2016, 225-260.
- AKKURT**, Sami Sinan : “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, DEÜHFD, C.10, S.2, 2008, (Basım Yılı: 2010), 13-64.
- AKTAY**, Nizamettin, “İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlatılmamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, Sicil, S.3, Eylül 2006.
- AKTAY**, A.Nizamettin/**ARICI**, Kadir/**KAPLAN SENYEN**, Emine Tuncay : İş Hukuku, 4.B, Ankara 2011.
- AKYİĞİT**, Ercan : İş Hukuku, 12.B, Ankara 2018.
- : Açıklamalı ve İctihatlı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, 3.B, Ankara 2008. (İş Kanunu Şerhi).
- : “Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, TÜHİS, C.24, Şubat- Mayıs 2012, 1-41.(Deniz İş).

- : “İş Kanunu’nda İşverenin Çalışma Belgesi Vermesi Yükümü”, TÜHİS, C. 22-23, S. 6, Mayıs - Ağustos 2010. (Çalışma Belgesi).
- : İş Sözleşmesinin Tutukluluk Veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu m.25/IV Üzerine Bir Deneme), Sicil, S.16, Aralık 2009, 53-62. (Tutukluluk).
- : Kıdem Tazminatı, 2.B, Ankara, 2010. (Kıdem Tazminatı).
- : “Kullandırılmayan Yıllık İzin Ücretinde Gecikme Faizi”, TÜHİS, Ağustos 2006, 1-16. (Yıllık İzin Ücreti).
- : Toplu İş Hukuku (El Kitabı), Ankara, 2015. (Toplu İş Hukuku).
- : Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007. (İş Güvencesi).
- : “Yeni Kanun’da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, LİHSGHD, C.9, S.36, 3-36. (Sendika Yöneticiliği).
- : Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000. (Yıllık İzin).

ALP, Mustafa : İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.

- :Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, 133-177, (Değerlendirme 2006).
- : İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, 2003, S.1, 1-40 (Feshe Karşı Koruma).
- :“İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları”, LİHSGHD, 2008/17, 27-46. (İkale).
- : “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması - Alman Hukukuna Göre”, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C.XVII, S.205/12, Ocak 1999, 1519-1534. (Ölçülülük İlkesi).
- :“Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178, 158, 190)”, Çalışma ve Toplum, 2012/1, 51-74. (Yeni Türk Ticaret Kanunu).
- :“Yeni Borçlar Kanunu’nun İş Hukuku’na Etkileri”, İzmir Barosu İş Hukuku Günleri-II Sempozyum, Uluslararası Sözleşmelerin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukumuzda Uygulama Sorunları, 10-12 Mayıs 2013, İzmir, 118-134 (Yeni Borçlar Kanunu).

ALPAGUT, Gülsevil : Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998.

: “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı ve Oransallık İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof.Dr. Ali Güzel’e Armağan, C.I, İstanbul 2010, 25-44. (Ayrım Yasağı).

: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, 87-150. (Değerlendirme 2001).

: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016, 1-79. (Değerlendirme 2014).

: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 73-121. (Değerlendirme 2005).

: “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil, Mart 2006, 71-83. (Haklı-Geçerli Neden Ayrımı).

: “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, III.Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 200-251. (Sözleşmenin Feshi).

: “İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkânsızlığı”, Karar incelemesi, LİHSGHD, 2005/6, 656-664. (İfa İmkânsızlığı).

: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, LİHSGHD, C.8, S.31, 2011, 913-959. (Türk Borçlar Kanunu).

: “Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi”ne İlişkin Tebliğin Yorumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Temmuz 2014, 11-117. (Yorum).

ALTINOK ORMANCI, Pınar : Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011.

ANDAÇ, Faruk : İşsizlik Sigortası, 2.B, Ankara 2010.

ANTALYA, Osman Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2015.

APAYDIN, Orhan : Basın Mesleğinde Çalışan Fikir İşçilerinin Hakları, Türk-İş, S. 6, Mayıs 1966.

ARAT, Ayşe : Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.

ARICI, Kadir : “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, GÜHFD, C.I, S.1, Haziran, 1997.

ARSLAN, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel : Medenî Usul Hukuku, 5.B, Ankara 2019.

ARSLAN, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012.

: “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi Veya İşyerindeki Malları Zarara Uğratması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, İÜHFM, C. LXXII, S.2, 2014, 47-58. (Tehlike ve Zarar).

ASTARLI, Muhittin : İş Hukukunda İkale, Ankara 2013. (İkale).

: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017, 211-383. (Değerlendirme 2015).

: “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar”, LİHSGHD, S.VI, 23, Temmuz 2009, 961-991. (İhtar).

: “İşverenin Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Emeğin Hukuku Kurultayı, TBB, 27-28 Mayıs 2015, Ankara, 311-349 (İşverenin Fesih Hakkı).

: “Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İkale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir mi?”, Karar İncelemesi, TÜHİS, C.20, S.6, C.21, S.1, Mayıs-Ağustos 2007, 33-45. (Toplu İşçi Çıkarma).

: “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları”, GÜHFD, C.XVII, S.1-2, 2013, 141-184. (Sendikal Güvenceler).

ATABEK, Reşat : İş Aktinin Feshi, İstanbul 1938.

ATALAY, Oğuz: Pekcanıtez Usul Medeni Usûl Hukuku, 15.B, İstanbul 2017.

ATALI, Murat: ATALI, Murat, Pekcanıtez Usul, Medenî Usûl Hukuku, C.III, 15.B, İstanbul 2017.

ATALI, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin, : Medenî Usûl Hukuku, 2.B, Ankara 2019.

ATEŞ, Merve : Türk Hukukunda Hastalık ve Analığın Hizmet Akdine Etkileri, İstanbul 2011.

AUZERO, Gilles/**DOCKÉS**, Emmanuel : Droit du Travail, 29.B, Dalloz, Paris 2015.

AYDINLI, İbrahim : “İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Sınırına İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, Prof.Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, 98-120.

- :“İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, TÜHİS, Kasım 2005, 21-42. (İşçinin Kişiliğinin Korunması).
- : Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2.B, Ankara 2012. (Alt İşveren).
- : “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanmayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C. XVII, S.4, 2013, 35-52. (Deniz Taşıma İşleri).
- AYDIN**, Ufuk : “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (whistleblowing)”, AÜSBD, C.2, S.2, 2002-2003, 79-100.
- AYDINÖZ**, Gonca : “Avrupa Birliği Direktifleri ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, Çalışma ve Toplum, 2009/3, 163-192.
- AYKAÇ**, Hande Bahar : “Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlandırılması”, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 6, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, 47-133.
- BAKIRCI**, Kadriye : İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000.
- : “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, ÇMİS, Ankara, 2004, 159-210. (Değerlendirme 2002).
- : “İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırılarına Uğraması Halinde İşverenin Sorumluluğu”, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, S.3, Mayıs 2000, 29-31. (Üçüncü Kişilerin Saldırısı).
- : “Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi”, Karar İncelemesi, Sicil, S.5, Mart 2007, 106-113. (Toplu İş Sözleşmesine Müdahale).
- BAL BEKTAŞ**, Özlem : İşsizlik Sigortası, Ankara 2016.
- BALKIR**, Z. Gönül : “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu”, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2012/1, 56-91.
- BASKAN**, Ş. Esra : 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013.
- : “Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanununun Yeni Düzenlemeleri ve İş Kanununa Etkisi”, LİHSGHD, S.35, 2012, 105-124. (Türk Borçlar Kanunu).

: “6356 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 2013, 709-730. (Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi).

: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, HHFD., 2(2), 2012, 116-125. (Rekabet Yasağı).

BAŞBUĞ, Aydın: Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999.

: “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkı ve Geliştirilmesi”, Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları, Ankara 2016, 12-42. (İş Sağlığı).

: İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007. (Uyarlama).

: İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2008. (İşverenin Yönetim Hakkı).

: “İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü”, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Türk Tabipleri Birliği, Ankara 2003, 65-97. (İşyeri Hekimi).

: “Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim”, Kamu-İş Dergisi 2003, C.7, S.2, 1-19. (Cezai Şartta İndirim).

: Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012. (Toplu İş İlişkileri).

BAŞBUĞ, Aydın/**YÜCEL BODUR**, Mehtap : İş Hukuku, 5.B, İstanbul 2018.

BAŞPINAR, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.

BAŞTERZİ, Süleyman : İşsizlik Sigortası, Ankara 1996.

: “Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 119-190. (Avrupa Birliği Yönergesi Işığında).

: “Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, Sicil, S.17, Mart 2010, 175-198. (Vekâlet Sözleşmesi).

: “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasının İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi “İşçinin Haklı Menfaati””, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 2013, Basım Yılı: 2014, 423-449. (Belirli Süreli).

: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, 1-131. (Değerlendirme 2009).

BAŞTUĞ, İrfan: Borçlar Hukuku “Genel Hükümler”, 3.B, Manisa 1984.

BAYCIK, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.

: “İş Hukukunda Cezai Şart”, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.7, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, 1-22. (Cezai Şart).

: “İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakkın Etkisizleştirilmesi”, İÜHFM, LXXII, S. 2, 2014, 59-72. (Hakkın Etkisizleştirilmesi).

: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2018, 5-355. (Değerlendirme 2016).

: “İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi”, AÜHFD, S.2, 2012, 487-504 (Nakil Yetkisi).

: “Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Bildirilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu”, LİHSGHD, S.35, 2012, 77-103. (Fesih Sebebinin Bildirilmesi).

: Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2015. (İşçinin Hukuki Sorumluluğu).

BAYRAKTAR, Muratcan : Alman Hukuku’nda İşçinin İş Akdinin Feshine Karşı Sahip Olduğu Kanuni Güvence “İşten Çıkarılmalarda Koruma Yasası Kündigungsschutzgesetz), <http://lucernaiuris.com/alman-hukukunda-iscinin-is-akdinin-eshine-karsi-sahip-oldugu-kanuni-guvence-isten-cikarilmalarda-koruma-yasasi-kundigungsschutzgesetz.html> (E.T.02.06.2019).

BAYRAM, Fuat : “Sendikal Fesih Karinesi”, LİHSGHD, S.12, 2006, 1221-1249.
: “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, LİHSGHD, S.14, 2007, 552-574.

BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.

BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011.

: “İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, LİHSGHD, S.32, 2011, 146-153. (Altı Aylık Kıdem).

: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, LİHSGHD, 2010, 60-69. (Eşit Davranma Borcu).

: “Kişisel Veri Olarak Ücret ve Ücretin Gizliliği”, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 7, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, İstanbul 2018, 319-352. (Ücretin Gizliliği).

- BEDÜK, Mehmet Nusret** : Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012.
 : “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”,
 SÜHFD, C.27, S.2, 2019, 679-726. (İşçi Feshi).
- BEPLER, Klaus/BÖHLER, Thomas/MEERKAMP, Achim/RUSSS, Willi** :
 Bech'scher Online Kommentar TVÖD, 39. Edition, München 2016.
- BİLEN, Tuncay** : Tutukluluk Halinin Kıdem Tazminatına Etkisi”, TÜTİS İş Hukuku ve
 İktisat Dergisi, Ocak 1982, 8-10.
- BİRBEN, Erhan**: “İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi”,
 DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2014, 451-480.
 : “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Koç Üniversitesi
 Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 6, İş Hukukunda Genç Yakla-
 şımlar II, İstanbul 2016, 135-139. (İşçinin Özel Yaşamı).
- BOSTANCI, Yalçın**: “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini
 Yerine Getirmemesi ve Yaptırımları”, SÜHFD, C.12, S.1-2, 2004, 67-86.
- BOZKURT, H. Argun** : İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 1999.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz** : Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş
 Sözleşmesi, İstanbul 2011.
 : “İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Ver-
 ilerinin Korunması Kanunu”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, 19-
 101. (Kişisel Verilerin Korunması).
 : “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi”, Karar İncelemesi, Çalışma ve Top-
 lum Dergisi, 2017/1, 107-133. (İşyeri Sendika Temsilcisi).
- BRUNNER, Hans-Ulrich** : Die Awendung deliktsrechtlicher Regeln auf das Vertrags-
 recht, Diss. Fribourg 1991.
- BRÜHWILER, Jürg** : Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 1996.
- BULUT, Ali** : Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler, Ankara 2016.
- BULUT, Uğur**: Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava
 Birleşmesi), Ankara 2017.
- BUZ, Vedat**: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
 : “İş Sahibinin BK. m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, BATİDER, C.21,
 S.2, 2001, 209-265. (Eser Sözleşmesi).
 : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005. (Yenilik Doğuran
 Haklar).

CANBOLAT, Talat : “Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi”, LİHSGHD, S.13, 2007, 187-219.

: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992. (Alt İşveren).

: “İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı”, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İstanbul Barosu, İstanbul 2010. 81-134. (İşe İade Kararının Uygulanması).

: “Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması”, Karar İncelemesi, Sicil, S.9, Mart 2008, 62-76. (Yetersiz Görülen İşçi).

: “Toplu İş Sözleşmesi Aracılığıyla İş Güvencesi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, 133-161. (İş Güvencesi).

CANBOLAT, Talat/**ERENER**, Ebru: “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart” İş ve Hayat, S.5, Haziran 2017, 228-255.

CANIKLIOĞLU, Nurşen : Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002.

: “İş Kanununun 10.Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, 10.Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu, AYBÜHF, Ankara 2016, 159-200. (Belirli Süreli Sözleşme).

: İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Sorunlar ve Gelişmelere İlişkin Yorum, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Temmuz 2014, 533-543. (İş Sağlığı ve Güvenliği Sorunları).

: “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, 67-131. (İşçiden Kaynaklanan Sebepler).

: “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu 10. Yılında İş Kanunu Semineri, 15 Kasım 2013, İstanbul, 74-116. (Türk Borçlar Kanunu).

CENGİZ (URHANOĞLU), İhtar : Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, Ankara 2009.

: “İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması”, Kamu-İş, C. 11, S. 1, 2009, 59-83. (İşyeri Sendika Temsilcileri).

: “Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılığın Yaptırımı”, TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.21, S.2-3, Kasım 2007/Şubat 2008. (Toplu Çıkarma Prosedürü).

: “Toplu İş Sözleşmesinde Öngörölmüş Tenkiset Kuralına Uyulmaması, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar”, Karar İncelemesi, Kamu-İş, C.9, S.4, 2008. (Tenkiset Kuralı).

CENGİZ, İhtar/**ERSOY**, Uğur/**KÜÇÜKAY**, Alper : “Psikoloji, Hukuk ve Cezai Boyutuyla , Sicil, S.36, 2016, 62-90.

CENTEL, Tankut, : İş Güvencesi, 2.B, İstanbul 2020.

: “İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2013, 6-15. (İş Sağlığı ve Güvenliği).

: “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil, S. 24, Aralık 2011, 13-18. (İşçinin Kişiliğinin Korunması).

: “6356 Sayılı Yasa Karşısında İşyeri Sendika Temsilciliği”, Sicil, S.31, 2014, 7-22. (İşyeri Sendika Temsilciliği).

CİVAN, Orhan Ersun: “Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, Prof.Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.I, Ankara 2016, 781-824.

ÇABRİ, Sezer: “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulmaması”, LİHSGHD, 2006, C.3, S.11, s.913-928.

ÇALIŞKAN, Aslı: İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, İstanbul 2018.

ÇELİK, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul 2003 (İş Güvencesi).

: “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, LİHSGHD, 14, 2007. (Tazminatlara İlişkin Sorunlar).

: “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, Sicil, S.4, Aralık 2006, 5-12 (Eşit Davranma).

: “İş Sözleşmesinin Geçersizliği ve İşe İade Talebiyle Açılan Davada İspat Yükü, Karar İncelemesi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 343-349. (İşe İade Davasında İspat).

: “İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması”, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, 219-230 (Fesih Hakkının Sınırlandırılması).

: “Toplu İş Sözleşmeleri ile Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Arttırılmasında Karşılaşılan Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, S. 31, 2011/4, 11-23. (Bildirim Süreleri).

: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmesinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, Sicil, S.25, Mart 2012, 5-9 (Türk Borçlar Kanunu).

ÇELİK, Nuri/**CANİKLİOĞLU**, Nurşen/**CANBOLAT**, Talat: İş Hukuku Dersleri, 32.B, İstanbul 2019.

ÇENBERCİ, Mustafa : İş Kanunu Şerhi, 6.B, Ankara 1986.

: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969. (İş Mahkemeleri).

ÇİFTER, Algun: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Etkisi, Kocaeli 2001.

ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, C.I, II, III, 2.B, Ankara 2007.

: “Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, 154-188. (Gazetecinin İş Güvencesi).

: “İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri”, Sicil, S.7, 2007. (İkale).

: “İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, 1271-1300. (İşçi Ücretinin Ödenmemesi).

: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 4.B, Ankara 2011. (İlke Kararları).

: Kıdem Tazminatı, Ankara 2009. (Kıdem).

: “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği”, Sicil, S.21, Mart 2011. (İbra Sözleşmesi).

: “6100 Sayılı HMK’ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller”, İÜHFM, C. LXXII, S.2, 2014, 87-102. (İspat Yükü ve Deliller).

ÇOPUROĞLU, Çağlar : Ücret ve Korunması, Ankara 2013.

: “İşveren Açısından Tarihe Karışan İbraname ve Yargıtay Uygulamaları” Çankaya University Journal of Law, 9/2 (Kasım 2012), 93–107. (İbraname).

ÇÖĞENLİ, Taner: Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983

ÇUBUKÇU, Erdoğan : “Yıllık Ücretli İznin Kullanılma Zamanı- İşçinin Kullanmadığı Yıllık İzne Ait Ücret Alacağı Hakkının Doğumu- Yıllık İzin Ücretinde Zaman Aşımı Başlangıcı” Karar İncelemesi, TÜHİS, Kasım 99/Şubat 2000, 61-67

DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 9. B, İzmir 2016.

- : “Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama”, LİHSGHD, S.10, 2006, 469-498. (Geçerli Sebeple Fesih).
- : Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986. (İş Güvencesi).
- : “Temsilcinin İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart”, Karar İncelemesi, Kamu-İş, C.9, S.1, 2007, 29-52. (Temsilcinin İş Sözleşmesi).
- DEMİR**, Fevzi/**DEMİR**, Gönenç: “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, Kamu-İş, C.11, S. 1, 2009.
- : “İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı”, Karar İncelemesi, Sicil, S.17, Mart 2010. (Eğitim Karşılığı Çalışma).
- DEMİRCİOĞLU**, A.Murat/**CENTEL**, Tankut/**KAPLAN**, Hasan Ali, İş Hukuku, 20.B, İstanbul 2019.
- DEMİRCİOĞLU**, A.Murat/**KORKMAZ**, Doğan /**KAPLAN**, Hasan Ali:Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, 4.B, İstanbul 2018.
- DOĞAN YENİSEY**, Kübra : “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırimcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 11, 2006/4, 63-81.
- : “İş Hukukunda Cezai Şart”, KHÜHF, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri, 28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, 21-44. (Cezai Şart).
- : İş İlişisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, 7-145. (Değerlendirme 2013).
- : “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sicil, Haziran 2006, 60-65. (Eşit Davranma).
- : Şüphe Feshi, Sicil, S.11, 2008, 65-72. (Şüphe Feshi).
- : “Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013 Antalya 2014, 78-110. (Türk Borçlar Kanunu).
- DURSUN**, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, S.24, Nisan 2014, 57-73. (Cinsel Suçlar).
- DÜTZ**, Wilhelm: Arbeitsrecht, München 2006.
- EKİN**, Ali: İşçi Onurunun Korunması, Ankara 2013.
- EKMEKÇİ**, Ömer: Toplu İş Hukuku Dersleri, 2.B, İstanbul 2019.
- : Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1999

Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS, İstanbul 2001, 61-140 (Değerlendirme 1999).

: “İş Hukukunda İşçinin İşverenden Olan Alacağından Vazgeçmesi Sonucunu Doğuran İşlemler”, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, C.I, S.1, 1996 (Vazgeçme).

: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, LİHSGHD, C.1, S.2, 2004, 367-382. (Geçici İş).

: “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, LİHSGHD, 2004/1, 165-180. (İşe İade).

EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2.B, İstanbul 2019.

EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C.I, İstanbul 1976.

: “Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, 157-179. (Çalışma Şartları).

: “Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi”, YD, Ocak 1989, 441-465. (Yargıtay Kararlarının Etkisi).

: “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren, Özel Eki, C.17, S.2, Mart 2003, 1-40. (İş Güvencesi).

: “İhbar Tazminatı ile Kötüniyet Tazminatının Birleşmesi”, İHU, İşK. 13. No: 21. (Kötüniyet Tazminatı).

: “İş Güvencesinden Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi, Bekleme Süresi”, LİHSGHD, S.34, 2012, 3-32. (Altı Aylık Kıdem).

: “İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh”, Karar İncelemesi, Yargıtay Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.1, 2006, 29-47. (Tarafların Anlaşması).

: Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1997 Yılı Emsal Kararları, Kamu-İş, Ankara 1999. (Emsal Kararlar).

: “Yeni İş Arama İzni ve Uygulaması”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010, 123-151. (İş Arama İzni).

ELBİR, Halid Kemal : İş Hukuku Dersleri, 9.B, İstanbul 1987.

ELMAS, Serkan: Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2018.

ENGİN, Murat: "Toplu İşçi Çıkarma, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler", İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, 2. B, İstanbul 2003, 65-72.

: “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yeni İş Kanunu Tasarısı”, İÜHFM, C.LXI, S.1-2, 2003, 313-326. (Çalışma Koşulları).

: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016, 111-165. (Değerlendirme 2014).

: “İşletme Gerekleri İle Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi, LİHSGHD, C.1, S.2, 2004, 537-544. (Ücretsiz İzin).

ERDOĞAN, Canan: Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, Ankara 2017.

: İş Hukukunda Şüphe Feshi, Ankara 2019. (Şüphe Feshi).

ERDOĞAN, Ersin : “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, LİHSGHD, Sayı 55, s. 1211-1242.

ERDOĞAN, Ersin/**CÖMERT**, Büşra, :“Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, Terazi Hukuk Dergisi, S.138, 27-47.

ERDOĞAN, Ersin/**ERZURUMLU**, Nurbanu : “İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler”, LİHSGHD, Sayı 52, 1865-1882.

: Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul 2016. (Zorunlu Arabuluculuk Taslağı).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24.B, Ankara 2019.

: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7.B, Ankara, 2019.

ERGİN, Berin: “Deniz İş Hukukunda Gemiadamının Hizmet Akdinin Haklı Nedenle Feshi Sebepleri”, İş Hukuku Dergisi, C.I, 1991, 557-577.

ERGİN, Hediye: Türk Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, Ekim 2009, İstanbul.

ERTÜRK, Şükran: 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, 243-282.

: “İş Sözleşmesinin E-Posta Veya Kısa Mesaj (SMS) ile Feshi”, Sicil, S. 36, 2016, 33-40 (SMS ile Fesih).

ESENER Turhan: İş Hukuku, 2.B, Ankara 1975.

ESTREİCHER, Samuel/**HİRSCH**, Jeffrey M.: Comparative Wrongful Dismissal Law: Reassessing American Exceptionalism, 92 N.C. L. Rev. 343, 2014.

- EYRENCİ**, Öner: “Belirli Süreli Hizmet Akdinin İşverence Feshedilmesinin Hukuki Sonuçları”, İHU İşK.m.9, No: 2.
- : “Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, A.Can TUNCAY’a Armağan, İstanbul 2005, 549-563. (Toplu İşçi Çıkarma).
- EYRENCİ**, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9.B, İstanbul 2019.
- GAUDU**, François: DroitduTravail, 5.B.,Dalloz, Paris 2013.
- GEREK**, Nüvit, : “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/4, 43-58.
- : “İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötüniyetli Fesih”, Karatahta İşYazıları Dergisi, S.2, Ağustos 2015, 1-17. (Haksız Fesih).
- GÖKÇEK KARACA**, Nuray : Gazetecinin Basın İş Kanunu’ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması, İstanbul 2010.
- GÖKTAŞ**, Seracettin/**ÇİL**, Şahin: Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara 2003.
- GÜLER**, Mikdat: “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, LİHSGHD, 2005/5, 28-82.
- GÜLVER**, Ender: Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi, LİHSGHD, C.8, S.31, 2011, 999-1029.
- : “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade”, Karar İncelemesi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İÜHFM, C. LXXIV, Özel Sayı (C.I), İstanbul 2016, 397-414. (İşçinin Savunması).
- GÜNAY**, Cevdet İlhan : İş Kanunu Şerhi, C.I, Ankara, 2015.
- : Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2002. (Cezai Şart).
- : “Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yargıç Güven Çankaya’ya Armağan Semineri, Ankara 2008, 91-147. (Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçları).
- : “İkale Sözleşmesi”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2009. 1-22. (İkale).
- : “İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih”, Sicil, S.14, Haziran 2009, 60-76. (İşçinin Davranışları).
- : İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2010. (İş Hukuku).
- : “İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması”, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002.
- : Şerhli İş Kanunu, Ankara 2003. (Şerhli).

GÜNEŞ, Başak/ **MUTLAY**, Faruk Barış : “Yeni Borçlar Kanunu’nun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/3, 231-288.

GÜVEN, Ercan/**AYDIN**, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, 5.B, Eskişehir 2017.

GÜZEL, Ali: “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, İstanbul 2014, 237-317.

: “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunların Çözümü Açısından Yeni Bir Model Önerisi”, İş Hukukunda Güncel 4, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İstanbul Barosu, Seminer, Ankara 2014. (İşe İade Davaları).

: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, 15-145 (İş Güvencesi).

: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, 131-284, (Değerlendirme 2010).

GÜZEL, Ali/**OKUR**, Ali Rıza/**CANİKLİOĞLU**, Nurşen : Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. B, İstanbul 2016.

HERGENRÖDER, Wolfgang : MünchenerKommentar zum BGB, 7. Auf., 2016.

HIZIR ASRAF, Fatma : Sulh Sözleşmesi, Ankara 2019.

HROMADKA, Wolfgang /**MASCHMANN**, Frank: Arbeitsrecht, Band 1, 6. Aufl., 2015.

İREN, Ertan: “Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, 1335-1341.

İŞGÜZAR, Hasan/**DEMİR**, Mehmet/**YILMAZ**, Süleyman: Miras Hukuku, Ankara 2019.

JUNKER, Abbo: GrundkursArbeitsrecht, München 2015.

KABAKÇI, Mahmut: “İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri”, TBB Dergisi, S.86, 2009. 249-267.

: “Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi”, Karar İncelemesi, Sicil, S.21, Mart 2011, 129-140. (Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle).

: “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, Karar İncelemesi, Sicil, S.25, Mart 2012, 121-135. (İkale).

KAPLAN, Emine Tuncay : İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987.

: “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010, 213-229. (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı).

: “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, Prof.Dr. Kamil Turan’a Armağan, C.7, S.2, 2003 2-16. (Gözetme Borcu).

KAR, Bektaş: İçtihatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Ankara 2011.

: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4.B, Ankara 2020. (İş Güvencesi).

: “Haksız Fesih Tazminatı”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul 2019, s. 2-3. (Haksız Fesih).

KARADEMİR, Derya : “İşe İade Kararı Sonrasında İşe Başlatılma Kavramı ve Koşulları”, Karar İncelemesi, Sicil, S.29, Mart 2013, 122-133.

KARAGÖZ, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006.

KAYA, Ali Pir/**ERTUĞRUL YILMAZER**, Işın Ulaş: “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.70, 2016/1, 55-80.

KAYIK AYDINALP, Aslıhan : İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, İstanbul 2017.

KAYAALP, Dilek: “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu İle Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, ASBÜD, 2019/1, 67-107. (Ayrımcılık Yasağının İstisnaları).

KESER, Hakan: İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2010. (Geçerli Sebep).

: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İbraname Uygulamaları”, Sicil, S. 32, 132-151. (İbraname).

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.B, Ankara 2012.

: Medeni Hukuk, Ankara 2006.

KILIÇOĞLU, Mustafa/**ŞENOC AK**, Kemal: “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerindeki Konumu” Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010.

KILIÇOĞLU, Mustafa : İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999. (Şerh).

: “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, 1207-1229. (İş Güvencesi).

: “İş Güvencesi Hukukunda Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasına İlişkin Yargıtay Uygulaması”, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara, 2008. (İş Güvencesinde Yargıtay Uygulaması).

: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005. (İş Kanunu Yorumu).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir : Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, C.I, 7.B, İstanbul 2017.

KOÇ, Sedef: İş Sözleşmesinin İşçinin Kusurlu Fiilleri Sebebiyle Feshi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Haziran 2011.

: “İşçinin Suç Teşkil Eden Fiillerinin İş Sözleşmesine Etkisi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, 1435-1446. (İşçinin Suç Teşkil Eden Fiilleri).

KORKUSUZ, Mustafa Halit: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 sayılı İş Kanununa Tabi İşçilere Etkisi, İstanbul 2017.

KORTSTOCK, Ulf:Arbeitsrecht, 30.Edition, München 2016.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz : İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004.

: “İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi”, SİCİL, S.20, Aralık 2010, 88-101. (Geçersiz Nedenle Feshin Etkisi).

: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011. (İşçiden Kaynaklanan Nedenler).

: “İşyerinin Kapanması”, Sicil, S.4, Aralık 2006, 43-68. (Kapanma).

: Türk Hukukunda İşçinin Dinlenme Hakkı ve Özellikle Yıllık Ücretli İzin Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997. (Yıllık Ücretli İzin).

KURT, Resul: “İş Yargısında Arabuluculuk”, TBB, S.135, 2018, 405-444.

KURT, Resul/**KOÇ**, Muzaffer : İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, 4.B, Ankara 2020.

KUTAL, Metin: “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, 37-74.

LACİNER, Vedat: “Yeni İş Arama İzni Hakkı”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 10, S.19, 2012, 135-175.

- LEWIS**, Paul: Ten Years of Unfair Dismissal Legislation in Great Britain, 121 INT'L LAB. REV., November-December 1982
- LİMONCUOĞLU**, S. Alp : “İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar”, TBB Dergisi, s. 105, 2013 (Psikolojik Taciz).
- LÖWISCH**, Manfred/**CASPERS**, Georg/**KLUMPP**, Steffen: Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2014.
- FRITZ**, M.: Die neuen Kündigung Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts, Zürich 1988, OR 337c N 2.
- MANAV**, A. Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.
- : “İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü”, TAAD, S.3, Ekim 2010, 259-300 (Feshe İtiraz Davası).
- : “İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukuken Geçerli Fesih Sayıldığı Haller”, Kamu-İş XI, S.2, 2010, 1-21. (Geçersiz Fesih Halleri).
- : “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, TBB. S.87, 322-263. (Rekabet Yasağı).
- : “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, GÜHFD, C. XIX, S. 2, 2015, 95-136. (Kişisel Veriler).
- : “İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu”, Sicil, S.25, Mart 2012, 136-157. (Değişiklik Kayıtları).
- : “İş Kanunu M.23 Anlamında Yeni İşverenin Sorumluluğu”, Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008. (Yeni İşveren).
- MANAV ÖZDEMİR**, A. Eda : Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi, Ankara 2016.
- MEIER**, Kurt: Die neuen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts zum Kündigungsschutz, Plaedoyer 5/6 1988, s.44-51.
- PEDERGNANA**, Ronald : Überblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, Recht 1989 Heft 2, s.33-46.
- BUDLIGER**, Michael : Die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber, ArbR 1990, s.55-77.
- METİN**, Yüksel, : “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük; Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, SDÜHFD, C.7, S.1, 2007.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi : Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995.

: “İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım”, YD, Ocak-Nisan 1987, 114-122. (İşçinin Sorumluluğu).

: “İşçi Sağlığı ve İş Bakımından İşçinin İş Red Hakkı”, Türk Kamu-Sen, Mart-Haziran 1994, S. 15-16, 3-12. (İş Red Hakkı).

: “İşyerinin Cebri İhale İle Satımı Suretiyle Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi”, Sicil, Aralık 2009. (İşyerinin Devri).

: “Türk Borçlar Kanunu’nun Kabulünden Sonra İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, 581-594. (Haklı Nedenle Fesih).

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL**, Ulaş: İş Hukuku, 6.B, Ankara 2014.

MUTLAY, Faruk Barış: “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum, 2018/4, 2129-2154.

MÜLLER-Glöge, Rudi/**PREIS**, Ulrich/**SCHMIDT**, Ingrid: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, München 2017.

NAMLI, Mert : “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı İle İlişkisi”, LİHSGHD, C.15, S.60, 2018, 1295-1328.

NARMANLIOĞLU, Ünal : İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, 5.B, İstanbul 2014.

: “Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı, Prof.Dr.Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, 381-436. (Kıdem Tazminatı Talep Hakkı).

: “Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Kamu-İş, Ankara 2002, 29-89. (Değerlendirme 2000).

: “Gazeteciye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerinde Düşünceler”, DEÜHFD, Prof. Dr.Şeref Ertuş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, 1719-1751. (Gazeteciye Kıdem Tazminatı).

: “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Sicil, S.19, Eylül 2010, 12-27. (Davet Edildiğinde İşe Başlamayan).

- : “İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmesi İçin Belirli Sebeplere (Muvazzaf Askerlik-Aylık ya da Toptan Ödeme Almak-Kadın İşçi İçin Evlenmek Sebeplerinden Birine) Dayalı Olarak Yapacağı Feshin Özellikleri”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara 1998, 145-166. (Feshin Özellikleri).
- : İş Hukuku Toplu İş İlişkileri, 3.B, İstanbul 2016. (Toplu İş İlişkileri).
- : “İsverenin Çalışma Kosullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hukumleri Bağlayıcı mıdır?” Sicil, S.3, Eylül 2006, 9-19. (Saklı Kayıtlar).
- : “İşyeri Sendika Temcilsileri (Atanmaları, Görevleri ve Güvenceleri)”, DEÜHFD, C.3, S. 1-4, 1987, 169-230. (İşyeri Sendika Temsilcileri).
- : “Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması), Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İÜHFM, C. LXXIV, Özel Sayı (C.I), İstanbul 2016, 551-569. (Dönüşme).
- : “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul 2002, 311-337. (Feshe Karşı Koruma).
- : “Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı”, İstanbul 1973. (Kıdem Tazminatı).

NARTER, Sami: “İşçi Alacaklarında Hakkaniyet İndirimi ve Zamanaşımının Çakışması”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, S.9, Aralık 2017, 23-57. (Hakkaniyet İndirimi).

NIEMANN, Jan-Malte : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, 19. Auf, 2019.

NOMER, N.Halûk: Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, 15.B, İstanbul 2017.

NURDOĞAN, Ali Kemal: “Uluslararası Çalışma Örgütünün (ÜÇÖ-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri”, Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi, C.3, S.4, Aralık 2018, 78-95.

NURMUKHAMBETOVA, Aigul: “İş Kanununun Yeni Düzenlemesi Karşısında Geçici İş İlişkisi”, DEÜHFD, C.19, S.2, 2017, 177-221.

ODYAKMAZ, Zehra/**KESKİN**, Bayram/**DENİZ**, Yusuf : “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I”, Uyuşmazlık

- Mahkemesi Dergisi, S.7, 2016, 721-761. (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu).
- OCAK**, Saim: “İş Sözleşmesinin Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı”, DEÜHFD, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, C.15, 2013. Basım Yılı: 2014. 573-608. (İhbar Tazminatı).
- ODAMAN**, Serkan /**TUTUCU**, Aslı: “İş Kanunu 15. madde Uyarınca İşyerini Terk Eden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları ve Hukuki Niteliği” Nuri Çelik’e Armağan, C.2, İstanbul 2001.
- ODAMAN**, Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlâk ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003.
- : “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, LİHSGHD, S.25, 2010, 31-40. (Ayrımcılık Tazminatı).
- : “İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında “Birleştirilmenin” Değerlendirilmesi”, Karar İncelemesi, Sicil, S.29, Mart 2013, 108-114. (Altı Aylık Süre).
- : “4857 sayılı Kanunun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin; Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, 81-93. (Görevleri Yapmamakta Israr Etme).
- OĞUZ**, Özgür/**DOĞAN**, Özge: “Türk İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, TBB Dergisi, S.127, 2016, 299-316.
- OĞUZMAN**, M.Kemal : Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- : “Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması”, İÜHFM, C.32, 1967. (Gazeteciler).
- : Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, 2.B, İstanbul 1967. (Grev ve Lokavt).
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku, İstanbul 1995.
- : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 14.B, İstanbul 2016.
- OĞUZMAN**, M.Kemal/**BARLAS**, Nami: Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 24.B, İstanbul 2018.
- OKUR**, A. Rıza: Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985.
- : “İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebinin Çakışması”, Sicil, S.17, Mart 2010, 123-137. (İşe İade Davası ve Yaşlılık).

OKUR, Zeki : “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Kamu-İş, C.8, S.4, 2006, 41-88.

: “İş Hukukunda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları”, Kamu-İş, C.10, S.3, 2009, 1-32. (İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü).

: “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C.I, İstanbul 2016, 587-600. (İspat Kolaylığı).

ÖNEN, Ergun : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

ORHANER, A.Baki: Türk İş Hukuku Emsal Kararları, Ankara 1967.

ÖKTEM SONGU, Sezgi : “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma””, Sicil, S. 39, 2018, 113-145.

: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, DEÜHFD, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, C.I, İzmir 2014, 609-650. (İşçinin İfade Özgürlüğü).

: “Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, LİHSGHD, S.3, 2004, 835-866. (Sona Ermenin Sonuçları).

: “İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, 179-206. (Sözleşmesel Kayıtlar).

ÖKSÜZÖMER, Gülsüm/**KURT**, Resul: Soru ve Cevaplarla Türk Sosyal Güvenlik Mevzuatı, İstanbul 2002.

ÖZBEK, Oğuz: Yorumları ve Yargı Kararları İle Deniz İş Kanunu, 2.B, İstanbul 2003, s. 70-71. (Deniz İş Kanunu).

ÖZBEY, Serap : “Yanılmada Kusurlu Olan Tarafın Sözleşmenin İptali Sebebiyle Karşı Tarafın Uğradığı Zararlardan Sorumluluğu”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.III, İstanbul 2011, 2881-2909.

ÖZDEMİR, Erdem: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, Sicil, S.24, Aralık 2011, 107-113.

: İş İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Hukukunda Güncel Sorunlar-4 Semineri, 22 Şubat 2014, Ankara 2014, 17-91. (Uygulama Sorunları).

: “İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu ile Sınırlandırılması”, TÜHİS, Ağustos 1998, 8-24. (Disiplin Kurulu).

: “Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 17. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik

Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, 08-09 Haziran 2012, 52-80. (Yeni Borçlar Kanunu).

: “Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil, S.27, Eylül 2012, 25-46. (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi).

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Mirasçıların Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu”, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2, 2012, 191-223.

ÖZEK, Çetin: “Basın Hukukumuzda Göre Fikir İşçileri ile İşverenleri Arasındaki Hukuki Münasebet”, İÜHFM, 1962, C. XXVIII, S.1, İstanbul 1962.

ÖZEKES, Muhammet : Temel Hukuk Bilgisi, 2.B, Ankara 2011.

: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005. (Uygulama Sorunları).

ÖZKARACA, Ercüment : İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.

: “İş Güvencesinin Kapsamı”, Prof. Dr. Turhan Esener, II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, 33-66. (Kapsam).

: “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012, 92-136. (Eleştirel Bakış).

: “İş Sözleşmesinin Devri”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, İstanbul 2014, 115-141. (Sözleşmenin Devri).

: “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, 2013/3, 173-215. (Sendikal Güvenceler).

: Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebep ile Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi, Çalışma ve Toplum, S.36, 2013/1, 149-186. (Kıdem Tazminatı Hakkı).

ÖZTÜRK, Mehmet Onat : “İşçinin Sendikal Özgürlüğünün Sendikal Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum, S.38, 2013/3, 217-241.

: “Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler”, Çalışma ve Toplum, 2012/4, 73-98. (İzin Hakkı).

ÖZVERİ, Murat : Sendikal Haklar ve 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, İstanbul 2012.

PEKCANİTEZ, Hakan : Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. B, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet : Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 7.B, İstanbul 2019.

REHBINDER, Manfred/**STÖCKLI**, Jean-Fritz : Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, 2. Auf. 2014.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25.B, İstanbul 2014.

REİSOĞLU, Seza: Hizmet Akdi-Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968.

: “Hizmet Akdinin Feshi ve Hukuki Sonuçları”, TÜHİS, “İş Hukukunun Güncel Sorunları” Konulu Periyodik Değerlendirme Semineri, 22 Nisan 1996, İstanbul, 13-20. (Hizmet Akdinin Feshi).

: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 2.B, Ankara 1975. (Şerh).

SAĞLAM, Fazıl/**SOYER**, Polat : “ İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Bu Açıdan Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, LİHSGHD, S.39, 2013, 3-24.

SARIOĞLU, H.İbrahim : “Gemiadamının Hizmet Akdinin Sona Ermesinin Sonuçları: Kıdem Tazminatı, Yurda İade ve Çalışma Belgesi Verme Yükümü”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C.50, S.1-4, 2000, 197-222.

SAVAŞ, F. Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.

: “Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade ve Tazminat”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, 267-299. (Geçersiz Feshin Yaptırımları).

: “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Toprak İşveren Dergisi, S.105, Mart 2015, 4-12. (Psikolojik Taciz).

SAYMEN Ferit Hakkı : Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

SELÇUKİ, Sabih: İlmi ve Kazai İçtihatlarla İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1948.

: Son Değişikliklerle İş Kanunu ve Kıdem Tazminatı, İstanbul 1975.

SENYEN KAPLAN, E.Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 10.B, Ankara 2019.

: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları”, Sicil, S.36, 2016, 17-32. (Haksız Feshin Sonuçları).

: “Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının Üst Sınırı”, Sicil, Mart 2008, 10-13. (Bildirim Sürelerinin Üst Sınırı).

SEVİMLİ, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.

: “Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı”, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C.2, S.1, 2000, <https://www.isguc.org/?p=article&id=90&cilt=2&sayi=1&yil=2000>. (Basın İş Kanunu).

: “Bir Normlar Çatışması Sorunu Olarak İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Yaptırımı”, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/316361> (E.T. 09.08.2019). (İş Arama İzni).

: “İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler”, Sicil, S.14, Haziran 2009, 84-109. (İbra ve İkale).

: “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.2, Mart 2003, 11-26. (Şekil Şartı).

: 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, İstanbul 2019. (Kısmi Süreli).

SOYER, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK.md.348-352), Ankara 1994.

: “Basın İş Kanununun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması”, LİHSGHD, S.50, 2016, 609-629. (Basın İş Kanunu).

: “Borçlar Kanunu’nun İş Hukukuna Etkileri”, Kamu-İş İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Ankara, 20-21 Şubat 2013, 1-32. (Borçlar Kanunu’nun Etkisi).

: “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları”, LİHSGHD, İstanbul 2005, 27-69. (Feshe Karşı Koruma).

: “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 363-380. (Cezai Şart).

: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil, Haziran 2011, 12-21. (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi).

: “İşçiyi Bireysel Ferihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, 27-69. (Feshe Karşı Koruma).

: İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Önelllerinin Eşitliği İlkesi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İstanbul 2016, 667-674. (İhbar Önelllerinin Eşitliği).

- : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 149-167 (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı).
- : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin “Bazı” Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), 25 Mayıs 2012, İstanbul, 4-51. (Genel Hizmet Sözleşmesi).
- SÖNMEZ**, Gülsüm: “Çalışma Belgesi Düzenlemeden Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s.1489-1518.
- SÖZER**, Ali Nazım: “İş Hukukunda İçkiye Düşkünlük, Sarhoşluk ve Kusur”, TÜHİS, Ocak 1984.
- STREIFF**, Ullin/**VON KAENEL**, Adrian/**RUDOLPH**, Roger: Arbeitsvertrag, 7. Auf., Zurich 2012.
- STAEHELIN**, Adrian : Art. 330b-355, Art.361-362 OR Der Arbeitsvertrag, Band V/2c, 4. Auf., 2012.
- AUBERT**, Gabriel: Arbeitsrecht in der Praxis, 12, Zurich 1995.
- SUR**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 9.B, Ankara, 2020.
- : “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil, S.37, 2017, 33-51. (Eşitlik İlkesi).
- : “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, 181-199. (Sendika Temsilcisinin Güvencesi).
- SUBAŞI**, İbrahim/**YİĞİT**, Yusuf: “İş Sözleşmesinin Sona Erme Nedeninin İşsizlik Sigortasından Yararlanma Hakkına Etkisi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar”, İş ve Hayat Dergisi, S.8, Aralık 2018, 135-165.
- SÜMER**, Halûk Hadî : İş Hukuku, 24. B, Ankara 2019.
- : “Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları”, TÜHİS, S.8, Şubat 1992, 3-7. (Belirli Süreli).
- : Bireysel Basın İş Hukuku, 2.B, Konya 2016. (Basın İş Hukuku).
- : “Gazetecinin Ücretinin Zamanında Ödenmemesinin Sonuçları”, Sicil, S. 21, Mart 2011, 100-115. (Ücretin Ödenmemesi).
- : “Hammadde temin edilememesi nedeniyle işçileri ücretsiz izne çıkaran işverenin uygulamasına ilişkin Karar İncelemesi”, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1994, C.8, S.2, 24-27. (Ücretsiz İzin).

: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1997 Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS, İstanbul 1999, 93-153. (Değerlendirme 1997).

: İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997. (Sendikal Nedenle Fesih).

: “İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Güvencesi”, Karar İncelemesi, LİHSGHD, Prof.Dr.Fevzi Demir’e Armağan, Özel Sayı, 2016,

: İş Hukuku Uygulamaları, 7.B, Ankara 2019. (Uygulamalar).

“İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonellerinin İş Güvencesi”, LİHSGHD, S.53, 2017, 197-218. (Profesyonellerin Güvencesi).

: “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Karar İncelemesi, Sicil, Eylül 2010, 63-73. (Bağımlılık).

: İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, Karar İncelemesi, Sicil, S. 4, Aralık 2006, 90-94. (İşe Davet).

: “İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerinin Kapatılmasının İşe İade Davalarına Etkisi”, Karar İncelemesi, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, 793-801. (İşyerinin Kapatılması).

: “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi”, Karar İncelemesi, Sicil, S.8, Aralık 2007, 66-73. (Sağlık Sebepleri).

: “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, 1623-1664. (Sendikal Fesih).

: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil, Aralık 2008, 24-38. (Eşit Davranma).

: “İşverenin İş Kazası Meslek Hastalığı Nedeniyle Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşünün Değerlendirilmesi”, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedeni Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, Ankara Barosu, 2013, 65-87. (İşverenin Sorumluluğu).

: "Yargıtay Kararlarının Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, TÜHİS, Ankara 1998, 201-224. (İşçinin İşe Devamsızlığı).

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 18. B, İstanbul 2019.

: “Değişiklik Feshi”, TİSK Akademi, C.1, S.1, 2006. (Değişiklik Feshi).

- : “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 67-131. (Değerlendirme 1998).
- : “Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi”, LİHSGHD, S.35, 2012, 57-75. (Feshin Geçersizliği Davası).
- : İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989. (Askı).
- : İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976. (Kötüye Kullanma).
- : “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002, 73-94. (Fesih Hakkının Sınırlandırılması).
- : “İş Güvenliği Uzmanları ve İşyeri Hekimleri (İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonelleri), Kamu-İş, C.14, S.3, Ankara 2009, 1-18. (İş Sağlığı ve Güvenliği).
- : “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, Çalışma ve Toplum, 2011/1, 9-18. (Disiplin Cezaları).
- : “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, AÜHFD, C.56, S.4, 2007, 207-221. (Ücretin Ödenmemesi).
- : “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 565-586. (İşçinin Yetersizliği veya Davranışları).
- : “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Açısından İşverenin Yükümlülükleri”, LİHSGHD, S.55, 2017, 1295-1322. (İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu).

ŞAHLANAN, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995.

- : “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Bir Neden Olmaksızın İşverence Feshi”, Tekstil İşveren, S.357, Hukuk 42, Aralık 2009, 2-8. (Belirli Süreli).
- : “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Neden Olmaksızın İşverence Feshinden Doğan Tazminat Alacağına İlişkin Yeni Düzenleme ve Yargıtay Uygulaması”, Karar İncelemesi, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri II, 211-215. (Karar İncelemeleri II)
- : “Çalışma Şartlarında İşverence Yapılan Esaslı Değişiklik”, Karar İncelemesi, İş Hukuku İlgili Yargıtay Kararları (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul 2011. 274-284. (Çalışma Şartları).
- : “İş Arama İzninin Verilmemesinin Hukuki Sonucu”, Karar İncelemesi, Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, 12-15. (İş Arama İzni).

- : “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, 73-142. (Değerlendirme 2012)
- : “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma İlkesi”, Karar İncelemesi, Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, 210-213. (Eşit Davranma).
- : “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden-Geçerli Neden İlişkisi”, Karar İncelemeleri, Mart 2011, 5-8. (Haklı Neden-Geçerli Neden).
- : “İşyerinde Sigara İçme Nedeniyle Haklı Fesih”, Karar İncelemesi, Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, 28-30. (İşyerinde Sigara İçme).
- : “Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği”, Sicil, S.12, Aralık 2008, 44-46. (Kıdem Tazminatı Tavanı).
- : “Toplu İş Sözleşmesi’nde Yer Alan Fahiş İhbar Önelleri ve Yargının Müdahalesi, Karar İncelemesi, Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, 95-100. (Fahiş İhbar Önelleri).
- : “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalar İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Toprak Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Temmuz 2014, 364-399. (Sendikalara İlişkin Hükümler).
- : “Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması)”, LİHSGHD, S. 37, 2013, 3-13. (Üyelik Güvencesi).
- : “Sendika Yöneticilerinin Güvencesi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, C.15, Özel Sayı. 2013, 331-339. (Sendika Yöneticileri).
- : Yargıtay İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1996 , Genel Görüşme, 132-133. (Değerlendirme 1996).

ŞAKAR, Müjdat: Basın İş Hukuku, İstanbul 2002.

- : “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Çalışma ve Toplum, S.17, 2008/2, 11-29. (Basın İş Sözleşmesi).
- : Gazeteci ile İşveren Arasındaki Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, 488-498. (Basın İş Sözleşmesinin sona ermesi).

ŞEN, Murat: İş Hukukunda Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2005.

- : Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılık TÜHİS, Mayıs 2005, 45-72. (Toplu Çıkarma).

: “Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesihle Yeni İş Arama İzni”, TÜHİS, C.20, S.3, Ağustos 2006, 30-63. (İş Arama İzni).

ŞUĞLE, Mehmet Ali: İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara 2001.

TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2016.

TAŞKENT Savaş /**KABAKCI**, Mahmut: “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Sicil, S.16, Aralık 2009, 21-46.

TAŞKENT, Savaş: İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara 2002.

: “Alt İşveren”, LİHSGHD, C.1, S.2, 2004, 363-366.

: “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri”, Sicil, S.9, Mart 2008, 14-22. (Belirli Süreli).

: “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde “Esaslı Neden” Sorunu”, Sicil, S. 24, Aralık 2011, 19- 29. (Esaslı Neden).

: “Boşta Geçen Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi”, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, 1-6. (Boşta Geçen Süre Ücreti).

: “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler”, Sicil, S.21, Mart 2011, 15-24. (Belirli İlkeler).

: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Kamu-İş, Ankara 2006, 49-85. (Değerlendirme 2004).

: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011. (Değerlendirme 2009).

: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981. (Yönetim Hakkı).

: “Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2010/3, 223-242. (Mevsimlik işte belirli süreli).

TOLU, Hazal: İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, İstanbul 2017.

TINAZ, Pınar: İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), İstanbul 2010.

: “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, Çalışma ve Toplum, 2006/3, 11-22. (Mobbing).

TULUKÇU, Binnur: İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012.

: “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 1099-1141 (Esaslı Değişiklik).

: İş Güvencesi İşe İade, Ankara 2017. (İş Güvencesi).

: “Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Haksız Feshi ve Sonuçları”, Prof. Dr.Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, İstanbul 2002, 555-572. (Haksız Fesih).

TUNCAY, A.Can/SAVAŞ KUTSAL, F.Burcu: Toplu İş Hukuku, 7.B, İstanbul 2019.

TUNCAY, A.Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.

: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi”, LİHSGHD, C.8, S.31, 2011, 900-912. (Belirli Süreli).

: Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989. (Basında İşçi ve İşveren).

: “ILO Normları Işığında Gemiadamlarının Çalışma ve Dinlenme Süreleri”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008. (Gemiadamlarının Dinlenme Süreleri).

: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2007, 21-38. (Eşit Davranma İlkesi).

: “İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Şartları”, İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sorunları Semineri, Kamu -İş, Ankara 2003, 31-49. (İşsizlik Sigortası).

: “Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine) Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.I, Ankara 2016, 473-498. (Rekabet Yasağı).

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 4.B, İstanbul 2005.

TUNÇOMAĞ, Kenan : İş Hukuku, C.I, 3. B, İstanbul 1984.

: “Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma”, SSK, XIX. Kitap, İstanbul 1968. (Kabulden Kaçınma).

: İş Hukuku, C.II, 2. B, İstanbul 1985. (İş Hukuku II).

TURANBOY, K. Nuri : İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.

TÜRE, Gökhan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi”, Sicil, S.41, 2019, 221-244.

TÜYSÜZOĞLU, İlkey : 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 23 Bağlamında Yeni İşverenin Sorumluluğu, Ankara 2015.

UÇUM, Mehmet: “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar”, LİHSGH 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, 2005, 72-93.

UÇUM, Mehmet/KARATAŞ, Hüseyin: Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basın İş Kanunu Karşılaştırması, LİHSGHD, S.14, 2007, 575-604.

UGAN ÇATALKAYA, Deniz : İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019.

: “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence “Ulaşılabilir Olmama’ Hakkı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C.II, İstanbul 2016, 737-755. (Ulaşılabilir Olmama Hakkı).

ULUCAN, Devrim: İş Güvencesi, 2.B, İstanbul 2005.

- : Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Sorunları, İstanbul 1979. (Belirli Süreli).
- : “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Dolmasından Önce Feshi, Haklı Nedenle Feshe Süre Konması ve Aynı İş İlişkisinin İki Ayrı Sözleşme ile Düzenlenmesi”, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, MÜHFD, 2007/1, 497-516. (Süreden Önce Fesih).
- : Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, İstanbul 1986. (Deniz İş Hukuku).
- : “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, Basım Yılı: 2014, 369-383. (Eşitlik İlkesi).
- : “İhbar Öneline Ait Ücretin Peşin ödenmesi Halinde Hizmet Akdinin Sonra Erme Tarihi”, İHU, İşK.m.13, No: 18. (İhbar Öneli).
- : “İş Akdinin Gazeteci Tarafından Feshi ve Kıdem Tazminatı”, İHU, BİK.6, No: 1 (Gazetecinin Feshi).
- : Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009. (Sosyal Güvenlik Hukuku).

UŞAN, M. Fatih: İş Hukuku, 2. B, Ankara 2009.

- : “İşçinin Kendisinin İş İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum mudur?”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/2, 201-218. (İşçinin Hastalığı).
- : “İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanununda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Fazla Olabilir mi?” Sicil, S.9. Mart 2008, 102-111. (İş Güvencesi Tazminatı).
- : İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003. (İş Sırrı).
- : “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, MERCEK, Nisan 2005, 97-119 (Rekabet Yasağı).
- : “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, LİHSGHD, S.8, 2005, 1623-1632. (Eşit Davranma Borcu).
- : İş ve Sosyal Sigorta Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara 2003. (Parça Başına Ücret).
- : “Kamu İşverenleri Açısından Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği! Ne Kadar?”, LİHSGHD, 2007/15, 973-979. (Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği).

: “Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Kıdem Tazminatı”, Karar İncelemesi, Kamu-İş, C.5, S.2, 2000, 59-65. (Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık).

: “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Madesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, DEÜHFD, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, C. 9, Özel Sayı, 2007, 211-271. (Değişiklik Feshi).

: “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C.10, S.1, 2008, 1-47. (İşe İade Davaları).

ÜNAL, Akın : Kelepçeleme Sözleşmeleri, Ankara 2012.

ÜNAL, Canan : “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, LİHSGHD, S.37, 2013, 15-73.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc> (E.T.02.06.2019).

VON TUHR, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983.

WALTERMANN, Raimund: Arbeitsrecht, München 2014.

WILFRIED Berkowsky : DiebetriebsbedingteKündigung, 5. Aufl, Beck, München 2002.

YAĞCIOĞLU, Kaan Muharrem: “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri”, DEÜHFD, C.20, S.2, 2018, 457-486.

YAMAN, Rabiye : “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C.II, İstanbul 2016, 765-787.

YAYVAK NAMLI, İrem: Türk İş Hukuku’nda Cezaî Şart, İstanbul 2019.

YILDIZ, Gaye Burcu : İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

: “İşçinin Aynı İşveren Nezdinde Fasıllı Çalışması Durumunda İş Güvencesinden Yararlanması İçin Gereken Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesaplanması”, Karar İncelemesi, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan, İstanbul 2014, 487-493. (Altı Aylık Kıdem).

: “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği”, Karar İncelemesi, LİHSGHD, S.11, 2006, 901-911. (Otuz İşçi Ölçütü).

- : “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasası, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C.I, İstanbul 2010, 837-876 (Fesihle Eşit İşlem Yapma Borcu).
- : “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, DEÜHFD, Prof Dr. Polat Soyer’e Armağan, C.I, İzmir 2014, 681-707. (Orantılılık İlkesi).
- YILDIZ**, Selver/ **KILKIŞ**, İlknur: “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Yıl 2010, C. 1, S. 1, 71-93.
- YILMAZ**, Ejder: “İşe İade Davalarında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması”, Sicil, S.17, Mart 2010, 42-52.
- : “Genel Kanun-Özel Kanun” İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil, S.22, Haziran 2011, 22-31. (Genel Kanun İlişkisi).
- YILMAZ**, Halil: Türk İş Hukukunda Bireysel İş İlişkileri Açısından İşveren Vekilliği, Mart 2012.
- : “İş Sözleşmesinin İşverenin Malvarlığına Zarar Verilmesi Nedeniyle Feshi”, LİHSGHD, 2009/23. 993-1011. (İşverenin Malvarlığına Zarar).
- YİĞİT**, Yusuf: “Türkiye’de İşsizlik Sigortası’nın Uygulama Alanı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanmanın Koşulları”, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 75-102.
- : “İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmaması ve Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, 1143-1205. (İşçinin İşe Başlatılmaması).
- YORULMAZ**, Çiğdem: Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Ankara 2008.
- : “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2010/1, 203-220. (Belirli Süreli).
- YUVALI**, Ertuğrul: “İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Bu Kavramların İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkileri”, Kamu-İş, C. 12, S. 3, 2012, 1-30.
- : İş Güvenliği Uzmanları ve İşyeri Hekimlerinin İş Güvencesi, LİHSGHD, S.50, 2016, 851-884. (İş Güvenliğinde İş Güvencesi).
- YÜREKLİ**, Sabahattin : Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2.B, Ankara 2014.
- ZEYTİNOĞLU**, Emin : “4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanılarak Haklı Feshi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.30, 2016/3, 149-162.

: “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.32, 2017/2, 107-136. (Haklı Nedenle Fesih).

