

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ FESHİ

Yüksek Lisans Tezi

Hazal TOLU

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ FESHİ

Yüksek Lisans Tezi

Hazal TOLU

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Gaye Baycık

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ FESHİ

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Gaye Baycık

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../20...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH YOLUYLA SONA ERMESİ

§1 FESİH HAKKININ HUKUKİ DAYANAĞI	6
I. Sözleşme Serbestisi ve Ahde Vefa İlkeleri.....	6
1. Sözleşme Serbestisi İlkesi.....	6
2. Ahde Vefa (<i>Pacta Sund Servanda</i>) İlkesi	8
II. Sözleşmeden Dönme Hakkı	9
1. Sözleşmeden Dönme Hakkının Ahde Vefa İlkesi İle İlişkisi	9
2. Ani Edimli Sözleşmeler Açısından Sözleşmeden Dönme	12
3. Sürekli Sözleşmeler Açısından Sözleşmeden Dönme	14
III. Sürekli Sözleşmelerin Feshi	16
§2 FESİH HAKKININ YENİLİK DOĞURAN HAK NİTELİĞİ.....	17
I. Fesih Hakkının Konusu.....	18
II. Tek Taraflı Hukuki İşlemlerle Kullanılması.....	19
III. Başka Bir Şahsın Hukuk Alanında Değişiklik Meydana Getirmesi	19
§3 İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİ	21
I. İş Sözleşmesinin Süreli Feshi	23
1. Süreli Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı	23
2. İşveren Tarafından Yapılan Süreli Fesih ve İş Güvencesi.....	25
3. İşçi Tarafından Yapılan Süreli Fesih	30
II. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal Feshi.....	32
1. Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı	32
2. Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkına İlişkin Yasal Düzenlemeler	36
A. İş Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri.....	37
B. Deniz-İş Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri.....	40
C. Basın-İş Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri	41
D. Türk Borçlar Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri.....	43
E. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri	48

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ FESHİ

§4 HAKSIZ FESİH KAVRAMI	49
I. HAKSIZ FESİH - USULSÜZ FESİH - FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI.....	49
1. Usulsüz Fesih.....	51
2. Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması (Kötüniyetli Fesih).....	62
3. Haksız Fesih.....	69
II. HAKSIZ FESİH OLUŞTURAN HALLER	73
1. Fesih İçin Haklı Bir Nedenin Bulunmaması.....	74
A. Haklı Nedenin Fesih Anında Mevcut Olmaması.....	84
B. Fesihten Sonra Ortaya Çıkan Haklı Nedene Dayanılması.....	95
C. Fesihten Sonra Öğrenilen Haklı Nedene Dayanılması	102
2. Fesih Usulüne Uyulmaması	107
A. Fesih Nedeninin Karşı Tarafa Bildirilmemesi.....	107
B. Feshin Bildiriminin Yazılı Olarak Yapılmaması.....	112
a. Yazılı Şekil Şartını Geçerlilik Şartı Olarak Kabul Eden Görüş.....	115
b. Yazılı Şekil Şartını İspat Şartı Olarak Kabul Eden Görüş.....	117
c. Kanaatimiz	119
3. Haklı Nedenin Gerçek ve Mevcut Olduğunun İspatlanamaması.....	124
A. Ön Sorun: Sözleşmeyi Fesheden Tarafın Belirlenmesi	124
B. İspat Yüğü ve Araçları.....	132
4. Fesih Hakkının Hak Düşürücü Süre İçinde Kullanılmaması.....	145
A. Genel Kural.....	145
B. İş Kanunu’nun Getirdiği Özel Düzenleme	152
a. Altı İşgünlük Süre	155
b. Bir Yıllık Süre.....	160
C. Fesih Hakkının Etkisizleşmesi.....	161
5. Sözleşme Hükümlerine Aykırılık	169
6. Ayrımcılık Yasağı veya Eşit Davranma İlkesine Aykırılık	175
7. Ölçülülük İlkesine Aykırılık	197

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

§5 İŞVEREN TARAFINDAN YAPILAN HAKSIZ FESHİN SONUÇLARI.....	207
I. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshi	207
1. İş Güvencesine Tabi İş İlişkilerinde	208
A. İşe İade Davası.....	209
B. Geçersiz-Haksız Feshin Geçerli-Süreli Feshe Tahvili.....	226
C. Kıdem Tazminatı	231
D. İhbar Tazminatı	235
E. Cezai Şart.....	238
2. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İş İlişkilerinde.....	241
A. Kıdem Tazminatı	243
B. İhbar Tazminatı.....	244
C. Haksız Fesih Tazminatı	246
D. Kötüniyet Tazminatı	250
E. Cezai Şart.....	252
II. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshi	255
1. Bakiye Süreye İlişkin Tazminat Talebi	258
A. Talebin Hukuki Niteliği ve Kapsamı.....	258
B. Mahsup Edilecek Değerler	260
2. Haksız Fesih Tazminatı	266
3. Kıdem Tazminatı	271
4. İhbar Tazminatı.....	272
5. Kötüniyet Tazminatı	273
6. Cezai Şart.....	275
§6 İŞÇİ TARAFINDAN YAPILAN HAKSIZ FESHİN SONUÇLARI	277
I. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshi.....	277
1. TBK m. 439 Düzenlemesi	277
2. İhbar Tazminatı.....	283
II. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshi.....	284
1. TBK m. 439 Düzenlemesi	284
2. İhbar Tazminatı.....	287
3. Cezai Şart.....	287

III. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshi Halinde Yeni İşverenin	
Sorumluluğu	296
SONUÇ.....	300
KAYNAKÇA.....	318
ÖZET.....	333
ABSTRACT.....	335



KISALTMALAR CETVELİ

al.	: alinéa
art.	: article
ATF	: Recueil officiel des arrêts du Tribunal federal suisse
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Bası
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
c.	: considérant
C.	: Cilt
CO	: Code des Obligations du 30 Mars 1911 (RS 220)
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
éd.	: édition
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İK	: 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JAR	: Jarbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Berne

JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
krş.	: karşılaştırınız
Legal İSGHD	: Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
no.	: numéro
RJS	: Revue de Jurisprudence Sociale
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SJ	: La Semaine Judiciaire, Genève
Soc.	: Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation
STİSK	: 2012 tarihli 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TF	: Tribunal fédéral
TİHEKK	: 2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TMK	: 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
vd.	: ve devamı
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi

GİRİŞ

Kıta Avrupası üzerindeki burjuva devrimleri, feodalitenin bir dizi ülkede ortadan kaldırılması ile sonuçlanmış ve bu durum kapitalist üretim ilişkilerine hızla geliştirecekleri bir yol açmıştır. Kapitalist sanayinin yayılması, kapitalist manüfaktürlerde hüküm sürmekte olan zanaatçılığa bağlı kol emeğinin yerini makinelerin alması sonucunu doğurmuştur. Sanayi devrimi olarak adlandırılan bu süreç, 18. yüzyılın ikinci yarısında İngiltere’de pamuk üretiminde başlamıştır. 1765’te *Spinning Jenny*, 1767’de *Water Frame*, 1779’da *Mule Jenny* adlı makineler icat edilmiş, yüzlerce işçi çalıştıran iplik atölyeleri ortaya çıkmıştır. Pamuk ipliği imalatında ilk kez makinelerin kullanılması, buna bağlı bir dizi sanayi dalının, özellikle ağır sanayinin kurulmasını sağlamıştır. Ağır sanayinin gelişmesi, zanaatçılık usulü yerine makineyle üretim sonucunda doruğa ulaşmıştır. Bu süreç İngiltere’den sonra diğer Batı Avrupa ülkelerinde de yaşanmış, zanaat kesiminin usta ve kalfaları yeni çıkan endüstri yaşamının vasıflı veya yarı vasıflı işçilerine dönüşmüştür.

Sanayi devrimi klasik ekonomik liberalizm düşüncesi içinde doğmuştur. Bu dönemde, işçi ve işverenin tamamen özgür ve eşit oldukları kabul edilmiş ve sözleşme serbestisi ilkesine üstünlük tanınmıştır. Hiçbir koruyucu yasanın ve sendikalaşmanın bulunmadığı bu ortamda, işçi-işveren ilişkileri borçlar hukuku prensiplerine terk edilmiştir. Bu dönemde işçiler ağır çalışma koşulları altında, sefalet ücreti karşılığında ve iş güvencesinden yoksun olarak çalışmaya mecbur bırakılmıştır.

Bu durumun yarattığı olumsuzluklar devletin iş ilişkilerine müdahalesi ile aşılmaya çalışılmış, bu dönemde işçi ve işverenlerin sendikalaşma hareketleri ile

başta Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) olmak üzere uluslararası girişimler de önemli rol oynamıştır. Bu süreç sonucunda çağdaş iş hukuku, borçlar hukukundan bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmiş ve şekillenmiştir.

Gerçekten de iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesinde “*iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*” biçiminde tanımlanmaktadır. İşçinin ekonomik ve kişisel açıdan işverene bağımlılığı, iş sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırır. Zira, borçlar hukukunun temelini oluşturan irade özerkliği ilkesi, iş ilişkilerinde işçinin iradesinin bağımlılığına terk edilmiştir. Bu nedenle tarafların eşitliği düşüncesinin hakim olduğu borçlar hukukundan farklı olarak, işverene bağımlı olarak iş görme edimini yerine getiren ve ekonomik açıdan zayıf konumda olan işçinin korunması gerekir.

İşçinin korunmaya en fazla ihtiyaç duyduğu konulardan biri de iş sözleşmesinin feshi, daha da önemlisi iş sözleşmesinin haksız feshidir. Zira, iş sözleşmesi haksız fesih yoluyla sona erdirilen işçi, çalıştığı günün ertesi günü bir anda işsiz kalmakta, tek geçim kaynağı olan ücretinden mahrum bırakılmaktadır. Bunun da ötesinde, işveren tarafından haklı nedenle işten çıkarıldığı iddiasıyla işine son verildiği için, iş yaşamındaki saygınlığını ve güvenilirliğini kaybetmekte, bu durum onun ileride iş bulma olanağını azaltmakta ve gelecekteki iş hayatını kötü etkilemektedir. Çalışma hayatında yol açtığı tüm bu olumsuzluklar nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi incelenmesi gerekli ve önemli konulardan birini oluşturmaktadır.

Konuya işverenler bakımından yaklaşıldığında ise, işverenlerin vasıflı işçilerini ellerinde tutma ihtiyacı günden güne artmaktadır. Zira, Sanayi Devrimiyle

yaşanan sanayileşme süreci tamamlanmış ve toplumda post endüstriyel yapıya geçiş yaşanmıştır. Post endüstriyel toplum yapısı ekonomik yapının, hizmet sektörü ağırlıklı bilgi ekonomisine dönüşmesine neden olmuştur. Bu itibarla, özellikle Avrupa Birliğinde, ARGE ve inovasyona yapılan yatırım artmıştır. Bunun altında yatan temel neden, sosyal dampingle mücadeledir. Diğer bir neden ise işletmelerin rekabet güçlerinin korunmasıdır. Bu çerçevede işletmeler beşeri sermayeye yaptıkları yatırımları arttırmışlardır. İşletmelerin rekabet güçlerini korumaları ise özel önem arz eden işçilerini ellerinde tutmalarına bağlıdır. Bu durum, iş sözleşmesinin haksız feshinin geçmiş döneme oranla işverenler bakımından daha fazla önem arz etmesine neden olmaktadır. Bu itibarla çalışmamızda, iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi yanında, işçi tarafından haksız feshi de incelenmiştir.

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi, temel iş hukuku kitapları yanı sıra pek çok monografi, makale ve karar incelemesinde bugüne kadar birçok çalışmada incelenmiştir. Söz konusu eserlerde iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine yol açan sebepler ile sözleşmenin haklı nedenle sona erdirilmesinin hukuki sonuçları detaylıca ele alınmış, buna karşılık iş sözleşmesinin haksız feshine kısaca değinilmiştir. İş sözleşmesinin haksız feshinin İş Kanununda düzenlenmemiş olması ve konuya ilişkin düzenlemelerin ilk defa 2012 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunuyla yasal temele kavuşturulması da konuyu, Türk Borçlar Kanunu ve çalışma hayatını düzenleyen diğer kanunlar arasındaki ilişkinin incelenmesi bakımından önemli kılmaktadır.

Çalışmamızın “*İş Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi*” başlıklı birinci bölümünde, fesih kavramının hukuki dayanağı, niteliği ve kapsamı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede ilk olarak, sözleşme serbestisi ve ahde vefa ilkesi ile

sözleşmeden dönme hakkı arasındaki ilişki açıklanacak, sözleşmeden dönme kurumunun sürekli borç ilişkisi yaratan iş sözleşmeleri bakımından uygulanabilirliği değerlendirilecek ve sürekli sözleşmelerde fesih kurumu incelenecektir. Sonrasında fesih hakkının yenilik doğuran hak niteliği ile yenilik doğuran hakların temel özellikleri açıklanacaktır. Daha sonra hukukumuzda kabul edilen fesih türleri olan süreli fesih hakkı ile haklı nedenle derhal fesih hakkının hukuki dayanağı ortaya konulacak ve iki fesih türü arasındaki farklılıklara değinilecektir. Bunun yanı sıra, ilk olarak 4773 sayılı Kanun, sonrasında 4857 sayılı İş Kanunu ile hukukumuza kazandırılan iş güvencesinin işverenin fesih hakkına etkisi incelenecektir. Konumuz iş sözleşmesinin haksız feshi olduğundan çalışma hayatını düzenleyen kanunlarda yer alan haklı nedenle derhal fesih sebepleri yalnızca genel hatlarıyla açıklanacaktır.

Çalışmamızın “*İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*” başlıklı ikinci bölümünde ilk olarak, uygulamada karışıklığa sebep olduğunu düşündüğümüz haksız fesih, usulsüz fesih ve kötüniyetli fesih arasındaki farklar ortaya konulacaktır. Daha sonra, iş sözleşmesinin haksız feshine neden olan durumlar ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu kapsamda fesih için haklı neden bulunmaması, fesih usulüne uyulmaması ve fesih hakkının hak düşürücü süre içinde kullanılmaması açıklanacaktır. Haklı nedenle derhal fesihte ispat yükü ve haklı nedenin ispatlanamaması durumunda feshin haksız sayılıp sayılmayacağı incelenecektir. Bunun dışında haklı nedenle derhal fesih hakkına getirilen sözleşmesel sınırlamalara, ayrımcılık yasaklarına ve ölçülülük ilkesine aykırılığın feshi haksız kılıp kılmadığı ele alınacaktır.

Son olarak “*Haksız Feshin Hukuki Sonuçları*” başlıklı üçüncü bölümde işveren ve işçi tarafından yapılan haksız feshin sonuçları üzerinde ayrı ayrı durulacaktır. Buna göre her bir başlık altında sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli

olmasına göre ikinci bir ayırım yapılacak ve haksız feshin sonuçları sözleşmenin türüne göre ortaya konulacaktır. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshinin sonuçları ise işçinin iş güvencesine tabi olup olmamasına göre değerlendirilecek, bu değerlendirmede yürürlükteki düzenleme yanında İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile getirilmesi planlanan değişiklikler de incelenecektir.

Çalışmamız kapsamında Türk mevzuatı, öğretide yer alan farklı görüşler ve yargı kararlarından yararlanılacak, söz konusu görüş ve kararların katıldığımız ve katılmadığımız yönleri ifade edilecek ve uygulamaya yön verebilmek adına naçizane önerilerimiz açıklanacaktır. Bunun yanında, iş sözleşmesinin haksız feshine ilişkin düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanunu göz önünde tutularak hazırlanmış olduğundan, haksız feshe ilişkin İsviçre hukukundaki görüşler ve yargı kararlarına yeri geldikçe değinilecek, İsviçre mevzuatı ile mevzuatımız arasındaki farklılıklar ortaya konulacak, İsviçre Borçlar Kanununda yer alan düzenlemelerin hukukumuza ne ölçüde uygun düştüğü değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH YOLUYLA SONA ERMESİ

§1 FESİH HAKKININ HUKUKİ DAYANAĞI

I. Sözleşme Serbestisi ve Ahde Vefa İlkeleri

Fesih hakkının hukuki temelini anlaşılmaması ve incelenmesi, her şeyden önce sözleşmeler hukukunun temel ilkeleri olan sözleşme serbestisi ve ahde vefa ilkelerinin açıklanmasını gerektirir. Bu nedenle aşağıda bu iki temel ilke üzerinde durulacak ve izleyen bölümde sözleşmeler hukukuna yön veren bu ilkelerin, sözleşmeden dönme ve fesih haklarıyla ilişkisi ele alınacaktır.

1. Sözleşme Serbestisi İlkesi

Sözleşmeler hukukuna hakim olan temel ilke sözleşme serbestisi (irade özerkliği¹) ilkesidir². Bu ilkeye göre taraflar aralarında anlaşarak sözleşme yapmakta, sözleşmenin içeriğini, tarafını, tipini ve şeklini belirlemekte, sözleşmeyi değiştirmek ve sona erdirmekte serbesttir³.

Sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca pozitif hukuk, kişilere yapacakları sözleşmenin konu ve kapsamını serbestçe belirleme özgürlüğü tanırken, bu özgürlüğün sınırlarını düzenleyerek, bu sınırlara uyulmasını öngörür⁴.

¹ İrade özerkliği ilkesi, kişilere hukuki ilişkilerini serbestçe ve kendi sorumlulukları altında düzenleme imkanı veren, sözleşme serbestisi ilkesinden daha geniş bir kavramdır. Buna göre, sözleşme serbestisi irade özerkliği ilkesinin Sözleşmeler Hukukundaki yansımasıdır. *Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı*, Borçlar Hukuku, 501. *Oğuzman/Öz*, 24.

² *Oğuzman-Öz*, 24. *Reisoğlu*, 130. *Kaplan*, Borçlar Hukuku, 92.

³ *Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı*, Borçlar Hukuku, 503. *Kaplan*, Borçlar Hukuku, 92-94.

⁴ *Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı*, Borçlar Hukuku, 501.

Hukukumuzda sözleşme serbestisi ilkesi, Anayasa'nın 48. maddesinin 1. fıkrasındaki *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”* ve Türk Borçlar Kanununun 26. maddesindeki *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”* düzenlemeleri ile güvence altına alınmıştır⁵. Sözleşme serbestisinin sınırları ise Türk Borçlar Kanununun 26. maddesi ile 27. maddesinde yer alan *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”* düzenlemeleri ile genel olarak çizilmiş, bu düzenlemelere aykırılık halinde sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Sözleşme serbestisi ilkesi iş hukukunda da benimsenmiş ve TBK'nın 26. maddesine paralel olarak İş Kanununun 9. maddesinde *“Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler”* düzenlemesine yer verilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, sözleşme serbestisi ilkesi özgür iradeye sahip bireylerin sözleşme görüşmelerini, her iki taraf için de adil sayılabilecek şekilde sonuçlandıracakları varsayımına dayanır. Bu varsayıma göre, sözleşme serbestisi ilkesi, sözleşmesel adaleti güvence altına alan bir ilkedir⁶. Bununla birlikte, kurulacak sözleşmenin adil sonuçlar doğurabilmesi için, tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olmaları gerekir. Bu ise, tarafların sosyo-ekonomik güçleri, eğitim ve

⁵ Reisoğlu, 130. Alpagut, 25. Savaş, 5-6.

⁶ Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı, Borçlar Hukuku, 504.

bilgi düzeyleri, pazarlık yetenekleri gibi özelliklerinin de eşit olmasını gerektirir. Bu yönüyle sözleşme serbestisi ilkesi, tarafların her alanda eşit oldukları düşüncesine dayanan bir “*illüzyondan*” ibarettir. Bu bağlamda, söz konusu ilkenin adil sonuçlar doğurabilmesi, sosyal devlet ilkesi ile dengelenmesine bağlıdır⁷. Bu itibarla, modern hukuk sistemlerinde sözleşme serbestisi ilkesi birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Devletin sosyal ve ekonomik alanlara karşı bu müdahalesi, diğer özel hukuk ilişkilerine oranla iş ilişkilerinde kendini daha fazla göstermekte ve ekonomik liberalizmin ürünü olan sözleşme serbestisi ilkesi, iş ilişkilerinde daha sınırlı biçimde uygulanmaktadır⁸.

2. Ahde Vefa (*Pacta Sund Servanda*) İlkesi

Sözleşme serbestisi ilkesine göre taraflar, diledikleri sözleşmeyi yapma ve istemedikleri sözleşmeyi yapmama özgürlüğüne sahiptir. Bu ilke gereğince taraflar, yasada öngörülen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla sözleşmenin tipini, şeklini ve içeriğini serbestçe belirleyebilirler. Bunun bir sonucu olarak taraflar, sözleşmeden doğan edimleri yerine getirmekle yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, sözleşme tarafların edimlerini ifa etmesiyle sona ermelidir. Zira özel hukuk ilişkilerinde taraflar, herhangi bir zorunluluk olmaksızın borç altına girmekte ve sözleşmeden doğan edimleri özgür iradelerine göre belirlemektedir. Bu nedenle taraflar, borç altına girerken iyi düşünmeli, bütün ihtimalleri değerlendirmeli ve ileride meydana gelebilecek değişiklikleri göze almalı, kısaca tedbirli davranmalıdır. Aksi takdirde ifa

⁷ Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Serozan-Arpacı, Borçlar Hukuku, 504. Küçükyalçın, 108.

⁸ Reisoğlu, 131.

yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın hukuki sorumluluğu doğar. Bu sorumluluğun hukuki temelini ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi oluşturur⁹.

Ahde vefa ilkesi diğer yandan, sözleşmenin değiştirilmeksizin aynen uygulanmasını ve ifa ile sona ermesini gerektirir. Bu ilke uyarınca sözleşme, ancak tarafların anlaşması sonucunda ya da yasal olarak öngörülen hallerde değiştirilebilir ve sona erer. Bu haller dışında sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilmesi ve sona erdirilmesi mümkün değildir. Dayanağını doğruluk ve dürüstlük kuralında bulan ahde vefa ilkesi bu yönüyle, ticari ve ekonomik alanda hukuki işlem güvenliğinin sağlanmasına hizmet eder, sözleşme serbestisi ilkesine işlerlik ve bağlayıcılık kazandırır¹⁰.

İş sözleşmesi de bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan, gerek işçi gerek işveren, taahhütlerine bağlı kalacakları ve üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirecekleri güven ilişkisi kurmak üzere bir araya gelirler¹¹. Bu nedenle, iş sözleşmesi tarafları, iş ilişkisi süresince ahde vefa ilkesine uygun davranmakla yükümlüdür.

II. Sözleşmeden Dönme Hakkı

1. Sözleşmeden Dönme Hakkının Ahde Vefa İlkesi İle İlişkisi

Ahde vefa ilkesine göre borçlu, taahhüt ettiği edimi sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür. İfanın borcu sona erdirebilmesi için konu, yer ve zaman bakımından edime uygun olması gerekir. Bununla birlikte, geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisi her zaman ifayla son bulmaz. Borç ilişkisi içinde ifa engelleri ortaya

⁹ Savaş, 7. Tezcan, 20. Kaplan İ., 95.

¹⁰ Serozan, 2. Sungurbey, 102-103. Alp, 23. Arat, 51. Savaş, 7. Küçükyağcı, 107.

¹¹ Odaman, 69.

çıkabilir. Bu engeller sözleşmede edimler arası bağıllık ve dengenin bozulması sonucunu doğurabilir. Bu gibi hallerde yasa koyucu, karşılıklı edimler arasındaki dengeyi yeniden sağlamak amacıyla, taraflara birtakım haklar tanır¹².

Borç ilişkisi içinde ortaya çıkan ifa engellerinden, taraflardan birinin ifa güçsüzlüğü içine düşmesi, alacaklı temerrüdü ve borçlu temerrüdü halinde karşı tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Bu durumda sözleşmeden dönme, sözleşmenin karşı tarafının ahde vefa ilkesine uygun davranmamasının sonucudur. Diğer bir anlatımla sözleşmeden dönme, sözleşmede taahhüt edilen edimlerin zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi yönünde borçlu üzerinde baskı oluşturan, edimi alacaklı lehine güvence altına alan hukuki kurumdur¹³.

Buna karşılık ahde vefa ilkesi, her durum ve koşulda uygulanan mutlak bir ilke olmayıp; sözleşme adaleti, doğruluk ve dürüstlük kuralı, sözleşmesel dayanışma gibi ilkelerle beraber değerlendirilmesi gereken bir ilkedir¹⁴. Her şeyden önce ahde vefa ilkesinin hukuki güvenlik uğruna sınırsız biçimde uygulanması kişi özgürlüğü ile bağdaşmaz. Böyle bir uygulama bazı durumlarda dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğurur¹⁵. Bu nedenle, ahde vefa ilkesinin de diğer tüm özel hukuk ilkeleri gibi sözleşme ilişkilerine uygulanması dürüstlük kuralı ile sınırlı olmalı ve hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmamalıdır¹⁶.

Alman hukukunda dürüstlük kuralının dört temel işlevi olduğu kabul edilmektedir. Bunlar somutlaştırma, sınırlandırma, tamamlama ve düzeltme işlevleridir. Somutlaştırma işlevi, tarafların asli edim yükümlülükleri ve bu

¹² Reisoğlu, 286. Serozan-Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Arpacı, İfa, 130. Serozan, 40.

¹³ Serozan, 41.

¹⁴ Baysal, 6. Doğan, 11. Savaş, 8. Von Tuhr, 643.

¹⁵ Sungurbey, 103. Kaplan, Borçlar Hukuku, 95. Arat, 51. Savaş, 8.

¹⁶ Von Tuhr, 643. Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 413. Doğan, 10. Kaplan İ., 118. Savaş, 8.

yükümlülükleri ne şekilde yerine getireceklerini açıklığa kavuşturma amacını taşır. Diğer bir ifadeyle, somutlaştırma işlevi ahde vefa ilkesinin kapsamını belirler. Sınırlandırma işlevi, hakkın kullanımının belirli sınırlandırmalara tabi olmasını sağlar ve hakkın kötüye kullanılması yasağı biçiminde karşımıza çıkar. Tamamlama işlevi, sözleşme ilişkisinde yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin belirlenmesini sağlar. Son olarak düzeltme işlevi, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ve bu mümkün değil ise sona erdirilmesine olanak tanır¹⁷.

Hukukumuzda ise düzeltme işlevi, hakkın kötüye kullanılması yasağı içinde değerlendirilmektedir¹⁸. Düzeltme işlevi, Türk Borçlar Kanununun 138. maddesinde *“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 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”* hükmüyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle borçluya, hakimden sözleşmenin uyarlanması isteme ve bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Değişen koşullar nedeniyle, bizzat borcu ifa

¹⁷ Canbolat, 243.

¹⁸ Canbolat, 247.

edemeyen tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanıyan bu düzenleme, ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturur¹⁹.

2. Ani Edimli Sözleşmeler Açısından Sözleşmeden Dönme

Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme öncesi duruma (*status quo ante*) geri dönmeyi ve sözleşmeden doğan edimleri tasfiye etmeyi sağlayan bir yenilik doğuran haktır²⁰. Sözleşmeden dönmenin, sözleşmenin geçerliliğine etkisi konusunda ise öğretide çeşitli görüşler mevcuttur.

Bunlardan ilki “*klasik dönme teorisi*” dir. Türk ve İsviçre öğretisinde baskın olan bu görüşe göre²¹, sözleşmeden dönme bildirimiyle sözleşme geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak ortadan kalkar. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme hiç yapılmamış, sözleşmeden doğan hak ve borçlar hiç doğmamış sayılır. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Taraflardan birinin sözleşmeden dönmesi ile henüz ifa edilmemiş edimler her iki taraf için de kendiliğinden (*ipso iure*) sona erer, önceden ifa edilmiş olan edimler ise hukuki sebeplerini yitirir ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine (*condictio ob causam finitam*) göre iadesi gerekir. Bu durumda sözleşmeden dönen taraf, kusuruyla temerrüde düşen taraftan sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle uğradığı olumsuz zararı isteyebilir²². Bu görüş uyarınca, TBK’nın sözleşmeden dönen tarafın kullanabileceği seçimlik hakları düzenleyen

¹⁹ Serozan, 42. Nomer, 146-147. Reisoğlu, 408. Oğuzman-Öz, 601. Baygın, 141. Doğan, 11. Tezcan, 18. Kaplan İ., 118.

²⁰ Serozan-Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Arpacı, İfa, 232. Oğuzman-Öz, 548. Venturi-Zen-Ruffinen, 66. Savaş, 9.

²¹ Von Tuhr, 627-628. Oğuzman-Öz, 548. Öz, 133-134. Reisoğlu, 383-384. Nomer, 164-168.

²² Oğuzman-Öz, 548-549.

125. maddesinin 3. fıkrasında açıkça “sözleşmenin hükümsüz kalması...”ndan bahsetmektedir. Sözleşme hükümsüz kaldığına göre, sözleşme kapsamında yerine getirilmiş edimler de hukuki sebepten yoksun hale dönüşmüştür. Bu durumda iade, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davası (*condictio ob causam finitam*) uyarınca yapılmalı ve zamanaşımı süresi dönme bildiriminin ulaştığı tarihten itibaren 2 yıl olarak uygulanmalıdır.

Buna karşılık “yeni dönme teorisi”ne göre²³, dönme işlemi sözleşmenin geçerliliğine dokunmayıp onu bir tasfiye ilişkisine dönüştürür²⁴. Bu niteliğiyle sözleşmeden dönme, sözleşmenin varlığına doğrudan olumsuz bir etkide bulunmaz, fakat onun konusuna etki eder. Bu nedenle öğretide, “yeni dönme teorisi”ne “tornistan teorisi” denmektedir. Bu görüş uyarınca, sözleşmeden dönme, ifa sürecini tersine çeviren değiştirici yenilik doğuran haktır²⁵. Zira, sözleşmeden dönen tarafın iradesi, sözleşmeyi hiç yapılmamışçasına ortadan kaldırmaya değil, “*status quo ante*”yi sağlamaya yönelmiştir²⁶. Sözleşmeden dönmenin sonucu olarak önceden ifa edilmiş olan edimler sözleşmeye dayanan iade borcuna göre iade edilir, henüz yerine getirilmemiş edimler ise sürekli bir defa hakkıyla bloke edilir. Yeni dönme teorisine göre, söz konusu iade isteminin zamanaşımı, dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasından itibaren 10 yıldır. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönen taraf, temerrüde düşen kusurlu taraftan borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan olumlu zararını

²³ Seliçi, 211. Serozan-Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Arpacı, İfa, 229-242. Venturi-Zen-Ruffinen, 66.

²⁴ Buz’a göre sözleşmeden dönme halinde, taraflar arasında sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesi yönünde irade mutabakatı olduğundan bahsedilemez. Buz, Sözleşmeden Dönme, 134.

²⁵ Serozan-Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Arpacı, İfa, 231.

²⁶ Serozan, 76. Venturi-Zen-Ruffinen, 66.

talep edebilir. Ancak hiçbir halde olumlu ve olumsuz zararın tazmini birlikte istenemez²⁷.

3. Sürekli Sözleşmeler Açısından Sözleşmeden Dönme

Klasik dönme teorisi ve yeni dönme teorisinden hangisi benimsenirse benimsensin, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının iki etkisi vardır. Bunlardan ilki, tarafları henüz yerine getirilmemiş olan edimden kurtarıcı (*libératoire*) etkisidir. Sözleşmeden dönmenin ikinci etkisi ise, daha önceden yerine getirilmiş olan edimlerin iadesini sağlayıcı (*récupératoire*) etkisidir. Sözleşmeden dönmeye ayırt edici niteliğini kazandıran, bu ikinci etkidir²⁸.

Sürekli sözleşmeler, bir sözleşme ilişkisi içinde asli borçlardan en az birinin sürekli olduğu, alacaklının edime olan menfaatinin gerçekleşmesinin zaman içinde devam ettiği sözleşmelerdir. Bu nedenle sürekli sözleşmelere, “tüketilmeyen sözleşmeler” denmektedir²⁹.

Bir sözleşmenin sürekli sözleşme olarak nitelendirilmesi, sözleşmenin geçersizliği durumunda uygulanacak hükümler ve ilişkinin sona erdirilmesi bakımından önem taşır. Kanunda ani edimli sözleşmelerin geçersizliği ve sona ermesi ile ilgili olarak getirilmiş düzenlemeler, çoğu kez sürekli sözleşmelerin niteliğine uygun düşmez. Sürekli sözleşmelerin niteliğine uygun düşmeyen düzenlemelerden biri de, sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümlerdir. Daha önceden yerine getirilmiş olan edimlerin iadesini gerektirmesi, sözleşmeden dönmenin sürekli

²⁷ Seliçi, 211. Serozan, 582- 599. Oğuzman-Öz, 454.

²⁸ Serozan-Kocayusufoğlu-Hatemi-Arpacı, İfa, 233. Serozan, 40. Savaş, 11-12.

²⁹ Seliçi, 8. Süzek, İş Hukuku, 227. Süzek, Askı, 31. Von Tuhr, 49. Oğuzman-Öz, 12. Öz, 131. Alpagut, 5-6. Baycık, 38.

sözleşmeler bakımından uygulanmasını çoğu zaman olanaksız kılar³⁰. Konumuz açısından önem taşıyan iş sözleşmeleri değerlendirildiğinde, bu sonuç çok daha net biçimde görülmektedir. Zira, iş sözleşmesi taraflarından birinin sözleşmeden dönmesi halinde işverenin, işçinin bugüne kadar yerine getirmiş olduğu iş görme edimini iade etmesi fiilen olanaksızdır. Bu durumda işçinin emeğinin değerinin tespit edilmesi gerekir. Bu tespit oldukça güçtür. Ayrıca, işçinin emeğinin parasal değerini hesaplamak pratik bir yaklaşım değildir. Bunun da ötesinde, emeği tespit edilse dahi işçi sözleşmenin devamı süresince kazandığı ücreti, sebepsiz zenginleşme veya sözleşmeden doğan borca ilişkin hükümlere göre iade etmek durumunda kalacaktır³¹. Buna göre, işçinin geçiminin temel kaynağını oluşturan ücreti iade etmek durumunda kalması, iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği, yerindelik, adalet ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz³². Zira, işçi ve işveren arasında, yerine getirilen edimlerin varlıklarını koruyacağına dair bir güven ilişkisi vardır. İş hukukunda özellikle işçinin, emeğinin karşılığı olan ücretin kendisinden geri alınmayacağına dair güveninin korunması gerekir. Bunun dışında, iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcu, sadakat borcu gibi birçok yan edim de geçmişe etkili olarak iade edilebilecek nitelikte değildir³³.

Buna karşılık, sözleşmenin henüz ifa sürecine girilmemişse, sürekli sözleşmeden dönme mümkündür. Zira, ifa sürecine başlanmamış bir borç ilişkisi henüz sürekli olma niteliği kazanmamış, sürekli sözleşmelerde taraflar arasında kurulması gereken güven ilişkisi henüz oluşmamıştır. Ayrıca, ifa edilmiş edim söz

³⁰ Seliçi, 210. Oğuzman-Öz, 12, 508-509. Süzek, Askı, 35-36. Serozan, 167-169. Savaş, 13. Bu gerekçelendirmenin isabetsiz olduğu yönünde bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, 321.

³¹ Seliçi, 49. Oğuzman, Fesih, 46,48-49. Süzek, İş Hukuku, 318-320. Süzek, Askı, 35-36.

³² Serozan, 167,174. Savaş, 14.

³³ Süzek, İş Hukuku, 320. Seliçi, 36, 50, 55.

konusu olmadığından, edimlerin iadesi sorunu da ortaya çıkmayacaktır. Bu nedenle sözleşmeden dönme halinde, tasfiyesi olanaksız bir ilişki ve taraf menfaatlerine aykırı bir sonuç söz konusu değildir³⁴.

III. Sürekli Sözleşmelerin Feshi

Sürekli sözleşmeden dönme bakımından ortaya çıkan sorunlar nedeniyle, hukukumuzda ilk defa, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun sürekli sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenleyen 126. maddesinde “*İfasına 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*” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme ile alacaklıya, sürekli sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümlerin sürekli sözleşmelerin niteliğiyle bağdaşmamasından doğan sorunlar anılan düzenlemeyle önlenmiştir³⁵.

Fesih, sözleşmeden dönmeden farklı olarak, önceden ifa edilmiş edimlerin iadesini gerektiren (*récupératoire*) bir hukuki sonuç doğurmaz, yalnızca sözleşmeyi ileri etkili (*ex nunc*) olarak sona erdirir³⁶. Bununla birlikte, sürekli borç ilişkisinin feshi halinde de tarafların birtakım iade yükümlülükleri doğabilir. Ancak, bu durumda iade yükümlülüğü, feshe bağlanan hukuki sonuç değil, sözleşmenin

³⁴ Seliçi, 223. Oğuzman/Öz, 558-559. Serozan, 120. Venturi-Zen-Ruffinen, 87. Buz, Sözleşmeden Dönme, 322. Savaş, 16. Yürekli, B. III, 114.

³⁵ Öz, Yenilikler, 20.

³⁶ Venturi-Zen-Ruffinen, 66. Fesih ve dönme arasındaki farkın, sözleşmenin ileri veya geçmişe etkili olarak sona ermesi değil ve fakat sözleşmeden dönmünün tasfiye edici etkisi olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, 115.

herhangi bir nedenle sona ermiş olmasına bağlanan hukuki sonuçtur. Diğer bir ifadeyle, iade yükümü sözleşme fesih ile değil başka bir nedenle sona ermiş olsaydı da doğacak bir sonuç olup, feshin ayırt edici özelliğini oluşturmaz. Burada fesih beyanı yalnızca, iade borcunun ortaya çıkmasında muacceliyet ihbarı görevi görür. Örneğin, iş sözleşmesinin feshi halinde, işçinin kendisine verilen araç ve gereçleri iade yükümlülüğünün doğması böyledir³⁷.

Sürekli sözleşmeyi fesheden taraf, karşı taraftan ancak borcun ifasındaki çıkarının gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı olumlu zararın tazminini talep edebilir. Bu durumda olumsuz zararın istenmesi olanaklı değildir. Zira, sözleşmenin ifa edilmiş kısmı geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme ileri etkili olarak sona erdiğinden, sözleşmeyi fesheden taraf sözleşmenin hükümsüz sayılması nedeniyle zarara uğramamaktadır³⁸.

§2 FESİH HAKKININ YENİLİK DOĞURAN HAK NİTELİĞİ

Fesih hakkı, sürekli sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi veren bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Bu itibarla fesih hakkı, hak sahibi tarafından karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıyla kullanılır ve fesih beyanı karşı tarafa ulaştığı anda, yargı kararına gerek olmaksızın, bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu özelliğiyle fesih, geniş anlamda tasarruf işlemi niteliğindedir. Dolayısıyla fesih hakkını kullanan tarafın, tasarruf yetkisine sahip olması gerekir³⁹.

³⁷ Seliçi, 120. Serozan-Kocayusufoğlu-Hatemi-Arpacı, İfa, 233. Serozan, 115-122. Buz, Sözleşmeden Dönme, 83.

³⁸ Serozan, 121. Kimi durumlarda olumsuz zararın istenebileceği yönünde bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, 84.

³⁹ Seliçi, 116. Serozan, 48-49, 58-59. Savaş, 18. Wyler/Heinzer, 501. Gloor, 735.

Yenilik doğuran hakların ortak özellikleri, fesih hakkı bakımından da söz konusudur. Bu bağlamda fesih hakkı, bir kez kullanılmakla tükenir ve icabın geri alınmasına ilişkin haller dışında kullanıldıktan sonra geri alınamaz⁴⁰. Ayrıca, fesih hakkının şarta bağlı kullanılması kural olarak mümkün değildir⁴¹.

Bu genel bilgilerden sonra aşağıda fesih hakkının konusu, tek taraflı hukuki işlemle kullanılması ve başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirmesi konuları detaylı olarak incelenecektir. İş sözleşmelerinin feshi ise ayrı bir başlık altında özel olarak ele alınacaktır.

I. Fesih Hakkının Konusu

Alman Hukukçu *Seckel*, hakları, hakimiyet hakları (*Herrschaftsrechte*) ve yenilik doğuran haklar (*Gestaltungsrechte*) olmak üzere iki gruba ayırmıştır. İkinci grubu oluşturan yenilik doğuran hakları, hakimiyet haklarından ayıran en önemli unsur, bu hakların konusudur. Hakimiyet hakları bir nesne ya da kişiyi konu alırken, yenilik doğuran hakkın konusu sahibine vermiş olduğu bir hak ya da hukuki ilişki üzerindeki baskın güçtür. Buna göre hak sahibi, hakkını kullanmakla bir hak veya hukuki ilişki üzerinde kurucu, değiştirici veya bozucu nitelikte hukuki sonuç doğurur⁴².

Fesih hakkının konusu ise, feshe konu olan hukuk ilişkidir. Fesih hakkı kullanılmakla, konusu olan hukuki ilişkiyi ileri etkili olarak (*ex nunc*) sona erdirir. Bu itibarla fesih, doğrudan sonuçlarını maddi alemde değil, hukuki alemde doğuran

⁴⁰ *Şahlanan*, 165-166. Fesih beyanının karşı tarafın rızasıyla geri alınabileceği yönünde bkz. *Wyller/Heinzer*, 503-504. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 227. *Gloor*, 736. *Baycık*, 419-420

⁴¹ *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 225. *Wyller/Heinzer*, 503. *Gloor*, 735. Fesih hakkının şarta bağlı olarak kullanılamamasının istisnasını değişiklik feshi oluşturur, *Baycık*, 264.

⁴² *Seckel*'in hak sınıflandırmasına ilişkin analiz için bkz. *Baycık*, 31.

bir bozucu yenilik doğuran haktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, iş sözleşmesinin feshedilmesinin doğrudan etkisi, söz konusu hukuki ilişkinin sona ermesidir. Bunun devamında, işçinin işsiz kalması ve yeni iş arama iznine çıkması; işverenin ise yeni işgücüne ihtiyaç duyması maddi alemde ortaya çıkan dolaylı etkilerdir⁴³.

II. Tek Taraflı Hukuki İşlemle Kullanılması

Yenilik doğuran haklar, kullanım biçimleri bakımından iki grup altında incelenebilir. İlk grupta doğrudan doğruya karşı tarafa yöneltilen irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran haklar yer alırken, ikinci grupta bir kamu makamı veya mahkemeye yapılan başvuru ile kullanılanlar yer alır. Yenilik doğuran hakkın karşı tarafa yöneltilen irade beyanıyla kullanılması durumunda, yenilik doğurucu işlem; mahkemeye başvuru ile kullanılmasında ise, yenilik doğurucu dava⁴⁴ söz konusu olur⁴⁵. Yenilik doğuran hakların hukuki işlem yanında maddi fiil ve hukuki işlem benzeri fiil ile de kullanılabileceği öğretide savunulmakla beraber, baskın görüş bu hakların tek taraflı hukuki işlem ile kullanıldığı yönündedir⁴⁶.

III. Başka Bir Şahsın Hukuk Alanında Değişiklik Meydana Getirmesi

Yukarıda da açıklandığı gibi, sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden biri, sözleşme/irade serbestisidir. Bu ilke uyarınca, tarafların bir sözleşme ilişkisi içine girmeleri, taraf oldukları bir sözleşmede değişiklik yapmaları veya bu sözleşmeyi sona erdirmeleri karşılıklı anlaşmalarına bağlıdır. Bunun dışında taraflar, ahde vefa

⁴³ Vionnet, 7 ve dn. 43. Buz, 67. Baycık, 46.

⁴⁴ Yenilik doğuran davaların, ihkak-ı hak niteliğini haiz olmadığı yönünde bkz. Serozan, 49.

⁴⁵ Oğuzman-Barlas, 154. Venturi-Zen-Ruffinen, 67.

⁴⁶ Oğuzman-Öz, 214. Baycık, 46. Bu yöndeki tartışmalar için bkz. Buz, 57-60 ve dn. 9-10.

ilkesi uyarınca sözleşmeden doğan borçları, sözleşmeye uygun bir biçimde ifa etmekle yükümlüdür.

Ne var ki, sözleşmeden doğan hakların bir çoğu sözleşmenin bir tarafına, sözleşmenin diğer tarafından istem (*talep*) hakkı tanır. Sözleşmenin diğer tarafı, hak sahibinin bu talebine uyup uymamakta serbesttir. Buna göre, muhatap dilerse talep sonucunu yerine getirir, dilerse bu talebe karşı koyar. Talebinin yerine getirilmemesi halinde, hak sahibinin hakkını bizzat “*ihkak-ı hak yoluyla*” elde etmesi olanaklı değildir. Bu durumda talep sahibinin elindeki tek olanak, dava ve icra yoluna başvurarak devlet güçleri aracılığıyla hakkını elde etmektir. Bu tür haklar söz konusu olduğunda, sözleşme tarafları arasındaki ilişki “*yatay*” (*horizontal*) çizgidedir⁴⁷.

Bununla beraber, sözleşme taraflarının öyle bazı hakları vardır ki, bunlar hak sahibine sadece bir talep hakkı değil, doğrudan doğruya karşı tarafın hukuki alanında değişiklik yapma yetkisi verir. Bu tür haklar, hak sahibi ile hak muhatabı arasında “*dikey*” (*vertikal*) ilişki kurar. Yenilik doğuran haklar olarak ifade edilen bu tür haklar, hakka muhatap olan kişiyi, hak sahibinin iradesine tabi kılar. Diğer bir deyişle, hak sahibine ihkak-ı hak niteliğinde yetki verir. Bu niteliğiyle yenilik doğuran haklar, sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını oluşturur⁴⁸.

Yenilik doğuran haklar tek taraflı olarak kullanılmakla, karşı tarafın hukuki alanında kurucu, değiştirici veya sona erdirici bir etki meydana getirir. Kurucu yenilik doğuran haklar, bir hukuki ilişki ve özellikle bir sözleşme ilişkisi kuran haklardır. Değiştirici yenilik doğuran haklar bir hukuki ilişkiyi değiştiren, bozucu yenilik doğuran haklar ise bir hukuki ilişkiyi sona erdiren haklardır.

⁴⁷ Serozan, 43. Buz, Sözleşmeden Dönme, 71.

⁴⁸ Serozan, 43- 45. Buz, 64-69, 72. Vionnet, 30-33, 35. Engin, 13.

Fesih hakkı, kullanılmakla mevcut bir hukuki ilişkiyi sona erdiren, bozucu yenilik doğuran haktır. Fesih beyanı, karşı tarafa ulaşmakla bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Bu itibarla sözleşmenin karşı tarafının, kendisine yöneltilmiş fesih beyanını reddetmek gibi bir imkanı yoktur. Feshi, icaptan ayıran ve ona yenilik doğuran işlem niteliği kazandıran da budur⁴⁹.

§3 İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİ

Bir sözleşme ilişkisinde asli edim borçlarından en az birinin sürekli olduğu sözleşmelere “*sürekli sözleşme*” denir. O halde bir sözleşmenin sürekli olup olmadığı belirlenirken, ilk olarak sözleşmenin asli edimleri tespit edilmeli ve ardından bunların sürekli nitelik taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir.

Edim, “*edim fiili*” ve “*edim sonucu*” olmak üzere çift görünümlü bir yapıya sahiptir. Edim fiili, sözleşmeye uygun olarak edim sonucunun meydana gelmesi için, borçlunun yapması ve/veya kaçınması gereken bütün davranışları ifade eder. Edim sonucu ise, alacaklının edime olan menfaatinin gerçekleşmesi anlamına gelir. Sözleşmelerin süreklilik niteliği, edim sonucuna göre belirlenir. Bir edimin yerine getirilmesi borçlu açısından sürekli bir çalışmayı gerektiriyor olabilir. Bununla birlikte, sözleşmeye süreklilik niteliği kazandıran, borçlunun edim fiilini ne kadar sürede yerine getirdiği değil, alacaklının edime olan menfaatinin ne kadar sürede gerçekleştiğidir. Örneğin, eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmek için aylarca hatta yıllarca çalışmış olabilir. Buna karşılık, iş sahibinin edime yönelik menfaati eserin teslim edildiği anda gerçekleşir. Buna göre, alacaklının edime olan

⁴⁹ Oğuzman, Fesih, 41. Seliçi, 116. Engin, 10. Odaman, 248. Venturi-Zen-Ruffinen, 65. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 225-226. Gloor, 735.

menfaatinin bir anda gerçekleşmediği, aksine belli bir süreyi kapsadığı borç ilişkileri sürekli borç ilişkileridir⁵⁰.

İş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere iş sözleşmesinin esaslı unsurları; iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarıdır. Bunlardan iş görme edimi, iş sözleşmelerine sürekli sözleşme niteliği kazandırır. Zira, işçi iş görme edimini yerine getirdiği sürece, işverenin iş görmeye olan menfaati devam eder⁵¹.

Öte yandan iş sözleşmeleri, kural olarak belirsiz süreli olarak kurulur⁵². Belirsiz süreli olarak kurulmalarının sonucu olarak iş sözleşmeleri ne ifa ile ne de belli bir sürenin geçmesiyle sona eren sözleşmelerdir. Bu durum, tarafların sonu belirsiz şekilde sözleşmeyle bağlı olmaları sonucunu doğurur⁵³.

İş sözleşmelerinin sürekli nitelik taşıması, ne zaman sona ereceğinin kural olarak belirsiz olması ve sözleşmeden dönme kurumunun sürekli sözleşmelerin niteliği ile bağdaşmaması, iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde fesih kurumuna ihtiyacın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu nedenle aşağıda iş sözleşmelerinin temel sona erme biçimi olan süreli ve süresiz fesih türleri ve bu fesih türlerinin hukuki dayanakları incelenecektir.

⁵⁰ Seliçi, 6-7. Süzek, Askı, 35.

⁵¹ Süzek, İş Hukuku, 227. Tunçomağ/Centel, 70. Kaplan, İş Hukuku, 56. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 56. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 123.

⁵² Süzek, İş Hukuku, 234. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 60. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 127.

⁵³ Seliçi, 136-137. Okur, 109.

I. İş Sözleşmesinin Süreli Feshi

İş sözleşmelerinin süreli feshi, Borçlar Kanununun 431 ve 432., İş Kanununun 17., Deniz İş Kanununun 16. maddesi ile Basın İş Kanununun 5, 6 ve 7. maddesinde düzenlenmiştir. Hukukumuzda süreli fesih kavramını ifade etmek için “*bildirimli fesih*”, “*önelli fesih*”, “*olağan fesih*”, “*ihbarlı fesih*” kavramları kullanılmaktadır.

Çalışma hayatını düzenleyen kanunlarda farklı şekillerde düzenlenmekle beraber, taraflara süreli fesih imkanı tanıyan bu düzenlemelerin altında yatan hukuki neden aynıdır. Bu nedenle aşağıda ilk olarak süreli fesih hakkının hukuki dayanağı incelenecek, ardından işçi ve işveren tarafından yapılan süreli fesih ile iş güvencesi genel olarak ele alınacaktır.

1. Süreli Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı

İş sözleşmeleri, belirli veya belirsiz süreli olarak kurulur. Belirli süreli iş sözleşmeleri, sözleşmede belirlenen sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona erer. Buna karşılık belirsiz süreli iş sözleşmeleri ancak, tarafların anlaşması (ikale), işçinin ölümü veya iş sözleşmesinin işverenin kişiliği dikkate alınarak yapıldığı hallerde işverenin ölümüyle sona erer⁵⁴.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin belli bir sürenin dolmasıyla sona ermemesi, ekonomik istikrar ve devamlılığın sağlanmasına hizmet eder. Bununla birlikte, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yalnızca tarafların anlaşması veya taraflardan birinin ölümü halinde sona ereceğini kabul etmek, tarafların ucu açık bir süre için sözleşmeyle bağlanmaları sonucunu doğurur ki bu durum, kişi özgürlüğü ilkesiyle

⁵⁴ Savaş, 22-24. Çil, 56. Wyler/Heinzer, 497.

bağdaşmaz. Bu nedenle, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla sona erdirilebilmesine imkan tanımak gerekir. Bu itibarla süreli fesih hakkı, ifa süresinin kararlaştırılmadığı belirsiz süreli iş sözleşmelerinde tamamlayıcı görev üstlenir ve taraflardan birine sözleşme süresini belirleme imkanı tanır⁵⁵.

Bununla birlikte, sürekli borç ilişkisinde taraflardan birinin sözleşmeyi derhal feshedebileceğini kabul etmek, hem *istikrar* ilkesine hem de *pacta sunt servanda* prensibine uygun düşmez. Bu nedenle, sözleşmeyi fesheden tarafın sözleşmenin sona ermesindeki menfaati ile karşı tarafın sözleşmenin devamındaki menfaati karşılaştırılmalı, kişi özgürlüğü ilkesi ile istikrar ilkesi arasında bir denge kurulmalıdır. Bu denge, sözleşmenin yasa da öngörülen bildirim sürelerinin sonunda sona ermesi suretiyle kurulur. Bu itibarla, karşı tarafın sözleşme ilişkisi içinde ani sürprizlerle karşılaşmamaya yönelik haklı menfaati korunmuş ve kendisine sözleşmenin sona ermesinden sonraki döneme yönelik hazırlıkları yapması için zaman tanınmış olur. Bu sebeple, çalışma hayatını düzenleyen kanunlarda sözleşmenin devam süresine göre artan ihbar süreleri belirlenmiştir. İhbar sürelerinin sözleşmenin devam ettiği süreye göre artan oranla belirlenmesinin sebebi, uzun müddet devam etmiş olan iş ilişkilerinde karşı tarafın akdin devam etmesi yönündeki menfaatinin daha fazla olması ve kanun koyucunun tercihini istikrar ve ahde vefa ilkesinden yana kullanmasıdır⁵⁶.

Belirtmek gerekir ki, belirli süreli iş sözleşmeleri kural olarak süreli fesih yoluyla sona erdirilemezler. Zira, belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin sona erme anı taraflarca önceden kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte, Türk Borçlar

⁵⁵ Seliçi, 136-137. Okur, 109.

⁵⁶ Seliçi, 34, 136-146, 197. Oğuzman, Fesih, 159. Süzek, Kötüye Kullanma, 27. Çelik N., 219. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 168. Engin, 13-16. Alpagut, Haklı Neden, 72. Topal, 18.

Kanununun 430. maddesinin 3. fıkrasında (İBK m. 334/3) “*Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder*” düzenlemesiyle istisnai bir duruma yer verilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, on yıldan uzun süreli belirli süreli iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkündür⁵⁷.

2. İşveren Tarafından Yapılan Süreli Fesih ve İş Güvencesi

Sürekli sözleşme ilişkisi içinde taraflar kural olarak, belirsiz süreli iş sözleşmesini herhangi bir fesih sebebi göstermeksizin, süreli fesih yoluyla sona erdirebilirler. Tarafların süreli fesih hakkının tek sınırını, hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur. Ancak, fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerde dahi fesih geçerlidir ve iş sözleşmesini sona erdirir. Bu bağlamda, fesih hakkını kötüye kullanarak iş sözleşmesini sona erdiren işveren, İş Kanununun 17. maddesi uyarınca işçiye bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötüniet tazminatı ödemek zorundadır. Süreli fesih hakkının yalnızca hakkın kötüye kullanılması yasağıyla sınırlandırıldığı bu sistemde, fesih serbestisi ilkesi geçerlidir⁵⁸.

Buna karşılık, modern iş hukuku, işçi ve işverenin süreli fesih hakkını simetrik biçimde düzenlememiştir. Bunun altında yatan temel neden, süreli fesih hakkının işveren bakımından ekonomik bir hak, işçi bakımındansa şahsa sıkı sıkıya bağlı bir kişilik hakkı olmasıdır. Ekonomi bilimi açısından konuya yaklaşıldığında,

⁵⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 167. Okur, 109. Ayan, 469. Taşkın, 46. Wyler/Heinzer, 500. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 223.

⁵⁸ Oğuzman, Fesih, 167. Seliçi, 111-112. Süzek, 571. Süzek, Kötüye Kullanma, 27-28. Süzek, Askı, 9-11. Süzek, Sınırlandırma, 73-74. Engin, 21. Doğan Yenisey, 340. Alpagut, Haklı Neden, 71. Savaş, 27. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 250.

işverenin iş sözleşmesi bağtılamadaki amacının üretim araçlarından emek unsurunu tedarik etmek olduğu görölür. Diğer bir ifadeyle, ekonomi biliminde girişimci adıyla anılan kimse, iş hukukunda işveren; emek ise, işçidir. Bu itibarla, işverenin iş sözleşmesini sona erdirebilmesi, söz konusu üretim aracının bu vasfını kaybetmesi halinde mümkün olmalıdır. Diğer bir anlatımla, iş güvencesi sisteminde işveren süreli fesih hakkını, faaliyetin niteliğindeki değışimler sebebiyle işçinin ediminin konusuz kalması veya işçinin davranışları nedeniyle taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılması ve bu nedenle işçinin edimi ile işletme faaliyeti arasındaki bağın kopması halinde kullanabilir⁵⁹.

Bunun da ötesinde, taraflardan birinin diğerine göre daha güçsüz konumda olduğu iş ilişkilerinde, işçi ve işverenin fesih hakkının eşit olarak düzenlenmesi taraflar arasındaki sosyal dengenin işçi aleyhine bozulmasına yol açar⁶⁰. Zira, işçinin işini kaybetmesi durumunda uğrayacağı zarar ile işverenin işçi bulma güçlüğü içine düşmesi halinde uğrayacağı zarar kıyaslandığında, iş sözleşmesinin feshinin işçi bakımından daha ağır sonuçlar doğuracağı açıktır.

Bunun dışında, işverene iş sözleşmesinin feshi hususunda sınırsız bir serbesti tanımak, Anayasanın 49. maddesinde düzenlenen “*çalışma hakkına*” aykırıdır. Zira, işverenin girişim özgürlüğü karşısında yer alan çalışma hakkı, işsizler bakımından mevcut iş olanaklarından çalışanlarla beraber eşit yararlanma şansı anlamına gelirken, çalışanlar bakımından sahip oldukları işleri korumaları anlamına gelir. Bu itibarla, devlete çalışanları koruma ve çalışmayı destekleme yükümlülüğü getiren anayasal

⁵⁹ Süzek, Askı, 4. Süzek, Kötüye Kullanma, 11. Engin, 26.

⁶⁰ Süzek, 572. Süzek, Askı, 9. Çelik Ç., 21. Savaş, 28.

çalışma hakkı, bir yandan işsizliğe çözüm bulmayı hedeflerken diğer yandan çalışanların keyfi bir biçimde işten çıkarılmalarına karşı korunmalarını gerektirir⁶¹.

Buna karşılık, Anayasanın 48. maddesinde, *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”* hükmüyle güvence altına alınan girişim özgürlüğü karşısında, süreli fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılması olanaklı değildir. Ekonomik ve mali gereklerden, teknolojik ihtiyaçlardan, işçinin yetersizliği veya davranışlarından kaynaklanan ve feshi gerekli kılan hallerde dahi çalışma hakkından yana tavır almak, işverenin girişim özgürlüğünün ölçüsüz bir biçimde sınırlandırılmasına sebep olur. Bu nedenle işverenin anayasal girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasında bir denge kurulmalıdır. Bu ihtiyacın temelinde, temel hak ve özgürlüklerden hiçbirinin bir diğerini yok edecek veya hukuka aykırı olarak sınırlandıracak biçimde kullanılamayacağını düzenleyen Anayasa’nın 14. maddesindeki *“...Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz”* hükmü bulunmaktadır. Bu nedenle, hukukumuzda iş güvencesi sistemi benimsenmiş, işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasındaki hassas dengenin korunması iş güvencesi sistemiyle sağlanmıştır⁶².

İş güvencesi sistemi sonucunda, sözleşmenin işveren tarafından her zaman süreli fesih yoluyla sona erdirilebilmesinden vazgeçilmiş; bunun yerine sözleşmeye devamın kural, feshin ise istisna olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, iş güvencesine

⁶¹ Engin, 27. Savaş, 28.

⁶² Süzek, 573. Türsoy, 218. Astarlı, 311. Savaş, 28.

tabi işçilerin iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla sona erdirilebilmesi, fesih için geçerli sebeplerin bulunmasına bağlıdır⁶³.

İş güvencesine tabi iş ilişkilerinde geçerli sebep, İş Kanununun 18. maddesinde düzenlenmiştir. Bu itibarla, iş güvencesine tabi işçilerin sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Geçerli nedenler, işçiden kaynaklanan nedenler ile işletme gerekleri olarak iki başlık altında toplanmıştır. Bu ayrım 158 sayılı ILO Sözleşmesinde de benimsenmiştir. Sözleşmenin 4. maddesinde *“İşçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez”* düzenlemesine yer verilmiştir.

İşletme gereklerinden kaynaklanan geçerli sebepler, işyeri dışından ve işyerinden kaynaklanan sebepler olabilir. İşyeri dışından kaynaklanan işletmesel nedenlere örnek olarak, talep ve siparişlerin azalması, işyerini etkileyen genel, sektörel veya bölgesel ekonomik kriz, hammadde sıkıntısı, pazarın daralması gösterilebilir. İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler ise, işyerinde teknolojik değişiklikler yapılması veya işyerinin yeniden yapılandırılması yönünde alınan bir işletmesel karar sonucunda işyerinde işgücü fazlasının ortaya çıkmasıdır⁶⁴.

İşçiden kaynaklanan sebepler ise, işçinin yeterliliğinden ve davranışından kaynaklanan nedenler olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. İşçinin yetersizliği, haklı nedenle feshe neden olacak ağırlıkta olmamakla beraber, işyerinin normal

⁶³Süzek, 572-573. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 332. Engin, 32-34. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 176. Kaplan, İş Hukuku, 208. Savaş, 29. Demir, 16. Baysal, 10-11.

⁶⁴ Engin, 36-37. Topal, 55. Baysal, 33.

düzen ve işleyişini bozan, işçinin iş görme edimini yerine getirmesini engelleyen fiziki ve mesleki yetersizlik (verimsizlik) halleridir⁶⁵.

İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli feshi ise, haklı feshe neden olacak ağırlıkta olmamakla beraber işyerinin düzen ve işleyişini bozan, işyerindeki uyumu olumsuz etkilen davranışları ifade eder⁶⁶. İşçinin söz konusu davranışları, işverenle arasındaki güven ilişkisinin sarsılmasına neden olur ve işverene ileriye yönelik tedbir niteliğinde süreli fesih hakkı tanır. Diğer bir ifadeyle, bu durumda işveren, iş ilişkisinin tekrar zedeleneyeceğinden ya da zedelenmiş olan ilişkisinin bu şekilde devam edeceğinden haklı olarak çekinmekte ve bu tahmine dayanarak sözleşmeyi feshetmektedir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, feshin geçerli olup olmadığı iki aşamalı bir değerlendirme sonucunda tespit edilir. İlk aşamada, işçinin feshe neden olan davranışı ortaya konulur. İkinci aşamada ise, gelecekte de benzer ihlallerin yaşanma ihtimali ve işverenin bu rizikoya katlanmasının gerekip gerekmediği değerlendirilir. Bu değerlendirmeye, “*iş güvencesinde tahmin ilkesi*” adı verilmektedir⁶⁷. Bilindiği gibi mevzuatımızda davranışlar nedeniyle yapılan fesihlerde, işçinin önceden uyarılmasına ilişkin yazılı bir kural yer almamaktadır. Bununla birlikte, hem tahmin ilkesi hem de feshin son çare olması ilkesi uyarınca, işçinin uyarılmış olması fesih konusu davranışın taraflar arasındaki güveni sarsacak boyutlara ulaştığı ve feshin geçerli sebeple yapıldığı

⁶⁵ *Süzek*, 594-599. Mesleki yetersizliğinin, fiziki yetersizlikten kaynaklanması olanaklı olduğundan, söz konusu ayırım her durumda geçerli değildir. Bu sebeple geçerli nedenin yargısal denetimi bakımından önem taşımaz. *Baysal*, 38-39.

⁶⁶ *Süzek*, 600. *Kılıçoğlu*, 335. *Ulucan*, 37. *Savaş*, 31. *Ertürk*, 162. *Kar*, 62.

⁶⁷ *Kılıçoğlu/Şenocak*, Tahmin İlkesi, 98, 104.

savını kuvvetlendirir⁶⁸. Bu uyarının iki işlevi vardır. İlk olarak, işçinin borçlarını sözleşmeye uygun bir biçimde yerine getirmedeği işveren tarafından kendisine bildirilmiş olur (*tespit işlevi*). İkinci olarak, tekrarlanması halinde bu davranışa daha fazla tolerans gösterilmeyeceği işveren tarafından işçiye bildirilmiş olur (*uyarının temel işlevi*)⁶⁹. Uluslararası Çalışma Örgütünün İş Akdinin İşverence Sona Erdirilmesine İlişkin 166 Sayılı Tavsiye Kararının 7. ve 8. maddelerinde de “İşveren çalışana uygun bir yazılı uyarıda bulunmamışsa, çalışan ulusal yasa ve uygulamanın işten çıkarmayı haklı gösterdiği davranışları bir veya daha fazla kez tekrarlamış olsa bile iş sözleşmesi feshedilemez” ve “çalışana uygun bir eğitim verilmemiş, yazılı uyarıda bulunulmamış ve gelişimi için gereken yeterli zaman tanındıktan sonra çalışan yetersiz performans göstermeye devam etmemişse iş sözleşmesi performans eksikliği nedeniyle feshedilemez” düzenlemeleriyle davranışlara ve yetersizliğe dayanan fesihlerde işçinin önce uyarılması gerektiği kabul edilmiştir.

Sonuç olarak, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi, bir tarafında çalışma özgürlüğü, diğer tarafında ise girişim özgürlüğünün yer aldığı terazinin dengesinin süreli fesih yoluyla kurulmasını sağlayan fesih türüdür.

3. İşçi Tarafından Yapılan Süreli Fesih

İş güvencesi sistemi ile birlikte işverenin süreli fesih hakkı sınırlandırılmış, ancak işçi bakımından böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Bunun temel nedeni, işçinin iş sözleşmesi ile bağlı kalmaya zorlanmasının onun kişi özgürlüğüyle

⁶⁸ Süzek, İş Hukuku, 608. Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin İlkesi, 104. Alman hukukunda, davranışlar nedeniyle yapılan fesihlerde işçinin önceden uyarılmış olması, feshin geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir. Michel, 405.

⁶⁹ Michel, 405.

bağdaşmamasıdır. Bilindiği gibi, iş sözleşmelerini diğer hizmet sözleşmelerinden ayıran temel fark, işçinin işverene bağımlı olarak iş görme edimini yerine getirmekle yükümlü olmasıdır. İşçinin işverene bağımlılığı, ekonomik ve teknik bağımlılıktan ziyade kişisel bir bağımlılıktır. İşçi, işverenin iş organizasyonu dahilinde çalışan, onun vereceği emir ve talimatlarla bağlı olan kişidir. Bu bağlamda işçi, kendisine verilecek emir ve talimatlar uyarınca işgücünü işverenin emrine sunar. Bu durum, işçinin çalışma yaşamı ve işyeri ortamının yaratacağı her türlü tehlikeye açık hale gelmesine neden olur⁷⁰. Bu itibarla, işçinin süreli fesih hakkının sınırlandırılması, doğrudan onun kişilik haklarının sınırlandırılması anlamına gelir. Oysa ki kişilik hakları, kişinin kendi korumasının da ötesinde, ona rağmen korunması gereken haklardır. Kişilik haklarının bu niteliği, Türk Medeni Kanununun 23. maddesinde *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz”* düzenlemesiyle hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, işçi belirsiz süreli iş sözleşmesini ve on yıldan uzun süreli belirli süreli iş sözleşmesini yasada veya sözleşmede kararlaştırılan bildirim sürelerine uyarak her zaman feshedebilir⁷¹.

Belirtmek gerekir ki, işçinin süreli fesih hakkının sınırlandırılmamış olması, bu hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılabileceği anlamına gelmez. Zira, her hak gibi işçinin süreli fesih hakkı da kötüye kullanılabilir. Bununla birlikte, İş Kanununda süreli fesih hakkının yalnızca işveren tarafından kötüye kullanılması düzenlenmiş, işçi bakımından böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁷². Bu nedenle,

⁷⁰ Süzek, 16-17.

⁷¹ Oğuzman, Fesih, 159, 165. Süzek, 533-534, 538. Süzek, Kötüye Kullanma, 27-28. Engin, 13.

⁷² İsviçre Borçlar Kanununda, iş sözleşmesinin kötüniyetli feshi, hem işçi hem de işveren tarafından yapılan fesihleri kapsayacak biçimde düzenlenmiştir.

fesih hakkının kötüye kullanılması halinde işveren, işçiden kötüniet tazminatı talep edemez. Buna karşılık, işçi genel hükümler uyarınca işverenin zararını gidermekle yükümlüdür⁷³.

II. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal Feshi

Hukukumuzda “*olağanüstü fesih*”, “*bildirimsiz fesih*”, “*süresiz fesih*”, “*önelsiz fesih*”, “*muhiik sebeple fesih*” şeklinde ifade edilen, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi, Türk Borçlar Kanununun 435., İş Kanununun 24. ve 25., Deniz İş Kanununun 14., Basın İş Kanununun 11., 12. ve 17. maddeleri ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 70. maddesinde düzenlenmiştir. Aşağıda haklı nedenle fesih hakkının hukuki temeli açıklandıktan sonra, bu hakka ilişkin yasal düzenlemeler daha ayrıntılı değerlendirilecektir.

1. Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı

Bir sözleşme ilişkisinin, ani edimli sözleşmeden ziyade “*sürekli*” sözleşme niteliği taşıması, bu sözleşmelere özgü birtakım hukuki kurumların tanınmasını zorunlu kılar. Bu hukuki kurumların başında ise, haklı nedenle derhal fesih hakkı gelir. Sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle derhal feshi, özel hukukun yazılı olmayan ilkelerindendir. Bu ilke, ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturur. Bu nedenle haklı nedenle derhal fesih hakkının sınırlı bir biçimde uygulanması gerekir⁷⁴.

Aşağıda detaylı olarak açıklanacak olmakla beraber, haklı nedenle derhal fesih hakkı, dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmeye devam etmesi kendisinden

⁷³ Süzek, 565-566. Süzek, Kötüye Kullanma, 156. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 175. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 939. Kaplan, İş Hukuku, 204.

⁷⁴ Serozan, 122. Seliçi, 202. Alpagut, Haklı Neden, 202. Venturi-Zen-Ruffinen, 121-122, 126. ATF 130 III 28, c. 4.1.

beklenemez olan tarafa sözleşmeyi, belirsiz süreli sözleşmelerde bildirim sürelerini, belirli süreli sözleşmelerde ise sözleşmeden kararlaştırılan sürenin dolmasını beklemeksizin, tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkı tanıyan bir olağanüstü fesih hakkıdır⁷⁵.

Süreklili sözleşmeler, taraflar arasındaki güven ilişkisinin ani edimli sözleşmelere oranla daha yoğun ve gerekli olduğu sözleşmelerdir. Bu nedenle, sürekli sözleşmelerde taraflar, sözleşmeden doğan temel edimler yanında bazı yan edim ve davranış yükümlerinden de sorumludur⁷⁶. Örneğin, iş sözleşmelerinin işçi ve işveren arasında kişisel ilişki kuran niteliği işçinin, itaat, sadakat ve rekabet etmeme borçları; işverenin ise, işçiyi gözetme ve eşit davranma borçlarından sorumlu tutulmasına yol açmıştır.

Taraflar arasında kurulan bu sıkı güven ilişkisinin herhangi bir nedenle zedelenmesi veya sözleşmeden doğan temel ve yan edim yükümlülüklerinin bir şekilde ihlal edilmesi halinde, sürekli sözleşmelere özgü bir yaptırım mekanizmasına ihtiyaç duyulur. Haklı nedenle derhal fesih hakkı, bu ihtiyaca cevap veren silahların en ağırıdır⁷⁷.

İsviçre öğretisinde bir görüşe göre⁷⁸, sürekli sözleşmelerin derhal feshedilebilmelerinin nedeni, bu tür sözleşmelerin taraflar arasında güven ilişkisi yaratması değildir. Zira, bütün sürekli borç ilişkileri taraflar arasında güven ilişkisi yaratmaz ancak, bütün sürekli borç ilişkileri haklı nedenle derhal feshedilebilir. Örneğin, ödünç sözleşmeleri böyledir. Bu nedenle, haklı nedenle derhal fesih

⁷⁵ Seliçi, 34, 156. Venturi-Zen-Ruffinen, 67. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 275. Caruzzo, no. 559. Dunan/Mahon/Berenstein, 148. Wyler/Heinzer, 571.

⁷⁶ Serozan, 165.

⁷⁷ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 285.

⁷⁸ Venturi-Zen-Ruffinen, 124-125.

hakkının hukuki dayanağını sürekli sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi yaratmasında ve bunun kişilik hakları ile ilişkisinde aramak gerekir. Bu görüşe göre, kişi özgürlüğünün korunması hem olağan hem de olağanüstü fesih hakkının hukuki dayanağını oluşturur. Kanımızca, haklı nedenle derhal fesih hakkının hukuki dayanağını, sürekli sözleşmelerin taraflar arasında kurduğu güven ilişkisinde ve dürüstlük kuralında aramak daha isabetli bir yaklaşım olacaktır⁷⁹.

Yukarıda da açıklandığı üzere süreli fesih hakkı taraflara, sürekli bir sözleşme ilişkisini, kural olarak herhangi bir neden göstermeksizin sona erdirmeye imkanı tanıyan olağan fesih yoludur. Haklı nedenle derhal fesih hakkı ise ancak bir fesih sebebinin varlığı halinde ve yalnızca bu sebebin feshe imkan verecek ağırlıkta olduğu durumda kullanılabilen olağanüstü bir hukuki imkandır. Buna göre, haklı fesih sebebi, derhal fesih hakkının hukuki şartı (*condictio iuris*) dır. Bununla birlikte, bu hukuki şartın ortaya çıkmasıyla sözleşme kendiliğinden sona ermez⁸⁰. Bu durumda derhal fesih hakkına sahip olan tarafın, sözleşmeyi belli bir süre içinde sona erdirmesi gerekir⁸¹.

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi, TBK'nın 435. maddesinin 2. fıkrasında “Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır” hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisinin devamını beklenemez kılan bütün durum ve koşullar haklı neden niteliğindedir. Bu çerçevede, fesih sebebinin haklı olup olmadığı belirlenirken “beklenemezlik” kriterine göre

⁷⁹ Çelik N., 220. Alpagut, Haklı Neden, 72. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 794. Astarlı, 312. Yürekli, 230. Wyler/Heinzer, 571.

⁸⁰ Seliçi, 158. Çelik Ç., 24. Odaman, 247. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 797. Baysal, 8.

⁸¹ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. § 4 “Fesih Hakkının Hak Düşürücü Süre İçinde Kullanılmaması”

değerlendirme yapılması gerekir⁸². Dürüstlük kurallarına göre yapılacak bir değerlendirmede, işçi veya işverenden sözleşme ilişkisine devam etmesi beklenemiyor ve taraflar arasındaki güven ilişkisinin çöktüğü kabul edilebiliyorsa fesih için haklı neden vardır. Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin feshinde haklı neden, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” hükmüyle düzenlenen dürüstlük kuralının özel bir uygulamasıdır⁸³.

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine yol açan olay, taraflardan birinin hukuki alanında doğan sağlık sorunu gibi kişisel bir husustan⁸⁴; devamsızlık veya ücretin ödenmemesi gibi borca aykırı bir davranışından; hırsızlık, cinsel taciz gibi ahlaka aykırı bir davranışından; sır saklama veya işçiyi gözetme borçlarına aykırılık gibi yan yükümlülüklerinin ihlalden; sözleşme görüşmeleri sırasında yanlış beyanda bulunmak suretiyle karşı tarafı yanıltmak gibi sözleşme kurulurken mevcut bir sakatlıktan kaynaklanabileceği gibi bir dış etkenden de kaynaklanabilir⁸⁵. Önemli olan söz konusu ifa engelinin, taraflardan biri için sözleşmeye devamı çekilmez kılması, dürüstlük kurallarına göre yapılacak bir değerlendirmede

⁸² Tunçomağ/Centel, 214. Alpagut, Haklı Neden, 77. Ulucan, Feshe Karşı Koruma, 235.

⁸³ Seliçi, 34-35, 189, 202. Oğuzman, Fesih, 42. Narmanlıoğlu, 326. Süzek, Askı, 37. Süzek, Kötüye Kullanma, 16-17. Venturi-Zen-Ruffinen, 67. Savaş, 39.

⁸⁴ İsviçre hukukunda, iş sözleşmesinin işçinin hastalığı nedeniyle haklı nedenle derhal feshedilemeyeceği kabul edilmiş, süreli fesih hakkı ise İBK’nın 336c maddesinde belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gnaegi, 281- 290. Aubry Girardin, 720-722.

⁸⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 166. Venturi-Zen-Ruffinen, 135. Wyler/Heinzer, 571.

sözleşmeyi sürdürmesinin kendisinden beklenemeyecek olmasıdır⁸⁶. Bu değerlendirme, TMK'nın 4. maddesinde “*Kanunun (...) haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir*” düzenlemesinde de öngörüldüğü gibi başta sözleşmeyi fesheden kişi tarafından ve uyuşmazlık halinde nihai olarak hakim tarafından yapılır⁸⁷.

2. Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkına İlişkin Yasal Düzenlemeler

Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile bu işçileri çalıştıran işverenler, fesih için haklı sebeplerin varlığı halinde tabi oldukları kanun hükümleri uyarınca iş sözleşmesini derhal feshedebilirler⁸⁸.

Sözleşmenin haklı nedenle derhal feshine imkan veren haller, Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Deniz-İş Kanunu ve Basın-İş Kanunu ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerin bir kısmında haklı neden teşkil eden haller tek tek sayılmış, diğer bir kısmında ise genel bir tanımlama ile yetinilmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta da haklı fesih nedenlerinin düzenlenmesinde farklı yöntemler benimsediği görülür. Örneğin, Alman hukukunda genel bir haklı neden kavramıyla yetinilmiş, İspanyol hukukunda haklı nedenler kazuistik biçimde yasada sayılmış, Fransa’da ise haklı feshe yasada kavram olarak yer verilmemiş ancak

⁸⁶ İsviçre hukukunda, CO art. 337 al. 3 düzenlemesi uyarınca işçinin kusuruna dayanmayan bir sebeple iş görme edimini yerine getiremiyor olması işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermez. *Gloor*, 734.

⁸⁷ *Seliçi*, 187-188. *Akyol*, 346. *Savaş*, 41. *Venturi-Zen-Ruffinen*, 138. *Gloor*, 743.

⁸⁸ *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 279.

işçinin ağır ve çok ağır kusuru (*faute grave - faute lourde*) nedeniyle sözleşmenin bildirim süresi verilmeksizin ve tazminatsız feshi düzenlenmiştir⁸⁹.

A. İş Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri

İş Kanununa tabi olan sürekli işlerde, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile işverenler, İş Kanununun 24. ve 25. maddeleri uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkına sahiptir⁹⁰.

İş Kanununun 24. maddesi işçi bakımından haklı fesih nedenlerini üç grup altında düzenlemiştir. Bunlar sırasıyla sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı nedenlerdir.

Sağlık nedenleri, iki halde haklı nedenle derhal feshe imkan verir. Bunlardan ilki, işin yapılmasının, işin niteliğinden kaynaklanan bir sebeple işçinin sağlığı için tehlike arz etmesidir. Diğer, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işverenin veya o işyerinde çalışan başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulmasıdır.

Zorlayıcı nedenler, işyerinde bir haftadan fazla süreyle işin durmasını gerektirecek mücbir sebep halleridir. Dikkat edilmelidir ki, yalnızca işyerinde ortaya çıkan zorlayıcı nedenler işçinin iş sözleşmesini feshetmesinin haklı gerekçesini oluşturur. Buna karşılık, işçi kendi çevresinde meydana gelen bir zorlayıcı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedemez⁹¹.

Haklı nedenle derhal feshin en çok uygulama alanı bulan biçimi ise ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleridir. İş Kanununun 24. maddesinin 2.

⁸⁹ *Alpagut*, Haklı Neden, 72. *Mazeaud A.*, 423-425. *Auzero/Dockès*, 612-614.

⁹⁰ *Süzek*, Kötüye Kullanma, 16. *Çelik Ç.*, 23-24. *Odaman*, 246. *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 208. *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 3888. *Tunçomağ/Centel*, 214.

⁹¹ *Süzek*, İş Hukuku, 709.

fıkrasında ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan durumlardan en çok karşılaşılan durumlar örnekseyici olması amacıyla sayılmış, bunun yanında her bir iş ilişkisinin kendine özgü niteliği göz önünde bulundurulduğunda, maddede sayılanlar dışında kalan ve feshi haklı kılan özel durumların ortaya çıkabileceği gözetilerek, düzenlemede “ve benzerleri” ifadesine yer verilmiştir⁹².

İşveren açısından haklı nedenle derhal fesih nedenleri ise, İş Kanununun 25. maddesinde dört grup altında düzenlenmiştir. İşveren açısından haklı fesih nedenleri arasında sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı nedenler yanında, işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması yer alır.

Sağlık nedenlerinden ilki, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek ve o işyerinde çalışmasına engel olacak nitelikte olduğunun sağlık kurulu raporu ile saptanmasıdır. İkincisi, işçinin hastalık, kaza, doğum, gebelik ve sair nedenlerle iş görme edimini belli bir süre yerine getirememesidir. Haklı nedenle feshe imkan veren bir diğer sağlık nedeni ise, işçinin kendi kusuruyla hastalanması veya sakatlanması sonucunda yasada öngörülen süre boyunca iş görme edimini yerine getirememesidir.

İşveren tarafından haklı nedenle derhal feshe imkan veren zorlayıcı nedenler, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan mücbir nedenlerdir. Dikkat edilmelidir ki, bu halde zorlayıcı neden işçinin çevresinde meydana gelmekte ve bunun sonucunda işçi kusuru olmaksızın geçici ifa imkansızlığı nedeniyle iş görme edimini yerine getirememektedir⁹³.

⁹² Oğuzman, Fesih, 43-44. Süzek, 709. Süzek, Kötüye Kullanma, 17-18. Tunçomağ/Centel, 215. Kaplan, 128. Şahlanan, 187. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 940. Odaman, 85. Alpagut, 175. Alpagut, Haklı Neden, 72. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 210. Savaş, 37. Baysal, 7. Arslan, 8.

⁹³ Süzek, 718. Süzek, Askı, 13-14. Savaş, 132.

Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, İş Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş ve düzenlemede uygulamada en sık rastlanılan durumlara örnekleyici sayım yöntemiyle yer verilmiştir⁹⁴. Buna göre işveren, listede yer almayan ancak somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralı uyarınca ahlak ve iyiniyete aykırı görülebilecek hallerde, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Bu husus Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bir kararında *“4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinde, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sıralanmış ve belirtilen durumlar ile benzerlerinin varlığında işverenin haklı fesih imkanının olduğu açıklanmıştır... Görüldüğü üzere yasadaki haller sınırlı sayıda olmayıp, genel olarak işçinin ahlaki ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkanı tanımaktadır”* biçiminde ifade edilmiştir⁹⁵.

İşverenin haklı nedenle feshine imkan veren son hal, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanmasıdır. Buna göre, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması nedeniyle devamsızlığı İK'nın 17. maddesinde öngörülen ihbar sürelerini aşarsa işveren, iş sözleşmesini her zaman haklı nedenle derhal feshedebilir.

⁹⁴ Atabek, 116-117. Oğuzman, Fesih, 43-44. Esener, 238. Ekonomi, 196-197. Kaplan, 128. Tunçomağ/Centel, 215.

⁹⁵ Y22HD, T. 22.6.2015, E. 2015/16785, K. 2015/21346. Aynı yönde, Y9HD, T. 14.12.2015, E. 2014/26207, K. 2015/35199. Y7HD, T. 7.9.2015, E. 2014/18979, K. 2015/14039. Y22HD, T. 26.1.2015, E. 2013/29002, K. 2015/931. Y22HD, T. 15.12.2014, E. 2014/33828, K. 2014/35488. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

B. Deniz-İş Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri

Deniz-İş Kanunu kapsamındaki belirli veya belirsiz süreli ya da belli bir sefer için yapılmış iş sözleşmeleri, Kanunun 14. maddesi uyarınca haklı nedenle derhal feshedilebilir.

Deniz-İş Kanununun 14. maddesinde, iş sözleşmesinin gemi adamı tarafından haklı nedenle derhal feshine yol açan durumlar ile işveren veya işveren vekili tarafından haklı nedenle derhal fesih nedenleri ayrı ayrı sayılmıştır. Bunun yanında çalışma hayatını düzenleyen diğer kanunlardan farklı olarak, düzenlemenin 3. bendinde, her iki tarafa da haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan nedenler düzenlenmiştir.

Düzenlemenin ikinci bendi uyarınca gemi adamı üç durumda iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Bunlardan ilki, gemi adamının ücretinin kanun hükümleri ve iş sözleşmesine uygun olarak ödenmemesidir. Haklı nedenle derhal feshe imkan veren ikinci neden, genel olarak işverenin (veya işveren vekilinin) çalışma koşullarına aykırı davranmasıdır. İş sözleşmesinin gemi adamı tarafından haklı nedenle derhal feshine yol açan son durum ise işverenin (veya vekilinin) denizcilik kurallarına, ahlak ve adaba aykırı hareket etmesidir.

İşveren ise, gemi adamının iş görme borcuna veya sadakat borcuna aykırı hareket etmesi halinde iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. İş görme borcuna aykırılık oluşturan durumlar, gemi adamının vaktinde gemiye gelmemesi veya gemiyi terk etmesi, gemi adamının iş görme borcunu yerine getirmesinin tutukluluk, hapis veya gemide çalışmaktan yasaklanma gibi sebeplerle imkansızlaşması ile gemi adamının çalışma şartlarına aykırı hareket etmesidir. Sadakat borcuna aykırılık ise gemi adamının işverene (veya işveren vekiline) karşı

denizcilik kurallarına veya ahlak ya da adaba aykırı hareket etmesi durumunda söz konusu olur Bu durumda işçinin davranışının olumlu ya da olumsuz olması arasında bir fark yoktur, ancak gemi adamının kusurlu olması aranır⁹⁶.

Bunun dışında, geminin herhangi bir sebeple otuz günden fazla bir süre için seferden kaldırılması veya gemi adamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesi durumunda, iş sözleşmesi gemi adamı, işveren veya işveren vekili tarafından haklı nedenle derhal feshedilebilir. Bu durumda gemi adamının kusurlu olması aranmaz⁹⁷.

Haklı nedenle derhal fesih kural olarak, belirli süreli iş sözleşmesini sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolmasını, belirsiz süreli iş sözleşmesini ise bildirim sürelerinin dolmasını beklemeksizin sona erdirir. Bununla birlikte, Deniz-İş Kanununun 17. maddesinde bu duruma bir istisna getirilmiştir. Buna göre, iş sözleşmesi gemi seyir halindeyken haklı nedenle derhal feshedilmişse fesih beyanı, geminin kararlaştırılmış limanda ve kararlaştırılmış liman değiştirildiği takdirde ilk uğrayacağı limanda emniyet altına alınmasına kadar hüküm ve sonuçlarını doğurmaz.

C. Basın-İş Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri

Haklı neden, Basın İş Kanununun 11. maddesinde *“Bir mevkutenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde, gazeteci ihbar mühletini beklemeden akdi feshedebilir...Vazifesinin ifasiyle ilgili hususlarda gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali neticesi olarak mevkutenin itibar veya şöhretine halel verecek fiil ve harekette bulunması hali işverene ihbar mühletini*

⁹⁶ Savaş, 155.

⁹⁷ Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 903. Savaş, 159.

beklemeden iş akdini derhal feshetmek hakkını veren ağır sebeplerden sayılır” hükmüyle düzenlenmiştir. Bunun dışında, Basın İş Kanununun 12. maddesinde “Gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş akdi işveren tarafından feshedilemez. Ancak, bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle akdin feshi cihetine gidilebilir” ve 17. maddesinde “Mensup olduğu mevkutedeki bir yayın dolayısıyla hürriyeti tahdide uğrayan gazeteci ücretini işverenden almakta devam eder. Ancak, hürriyetin tahdidini mucip olan yayın, mezkûr gazeteci tarafından mevkute sorumlu müdürünün veya sahibinin haberi olmadan yapıldığı veya yaptırıldığı yahut sorumlu müdürün tetkikından geçirilerek neşri tekrarrur eden şekil üzerinde tahrifat, tadilat, tay veyahut ilaveler yapmak veya yaptırmak suretiyle vuku bulduğu takdirde mezkûr gazeteci bu hükümden faydalanamaz” düzenlemelerine yer verilmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, gazetecinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği en önemli durum, yayın organının yön ve karakterinde (dünya görüşünde), gazeteci için şeref ve şöhretine ya da genel olarak manevî değerlerine zarar verici açık bir değişiklik meydana gelmesidir. Bu düzenlemeye yer verilmesinin nedeni, düşünceye dayalı bir faaliyet yürüten gazetecinin ifade özgürlüğünün korunmasıdır⁹⁸.

İşveren tarafından gazetecinin iş sözleşmesinin haklı feshine yol açan nedenlerden ilki gazetecinin, yayın organının itibar ve şöhretine bilerek veya ağır bir ihmali sonucunda zarar vermesidir. Anılan durumda haklı nedenle derhal fesih hakkının doğması için, gazetecinin çalıştığı kurumun itibar ve şöhretine zarar veren davranışının mesleği ile ilgili olması gerekir. Gazetecinin özel hayatının yayın

⁹⁸ Gökçek Karaca, 179. Sümer, Basın İş Hukuku, 191.

organının itibarına zarar verdiği ileri sürülerek, iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilemez⁹⁹.

Sözleşmenin haklı nedenle derhal feshine yol açan diğer bir durum, gazetecinin altı aydan fazla süren bir hastalığa yakalanmasıdır. Sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için hastalığın, işçinin görevini yapmasına engel olacak ağırlıkta olması gerekir¹⁰⁰. Bu durumda, işçiye koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatının ödenmesi gerekir¹⁰¹.

Son olarak, gazetecinin sorumlu yazı işleri müdürünün veya gazete sahibinin haberi olmadan ya da yazı işlerinin kontrol ettiği metni değiştirerek yayınladığı bir yazı nedeniyle özgürlüğünün kısıtlanması halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı vardır. Gazetecinin özgürlüğünün kısıtlanması yalnızca hakkında mahkumiyet kararı verilmesini değil, anılan nedenle göz altına alınması ve tutuklanmasını da kapsar¹⁰².

D. Türk Borçlar Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri

İş sözleşmesinin hem işveren hem de işçi tarafından haklı nedenle derhal feshi, TBK'nın 435. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca haklı neden, taraflardan birinin dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulları ifade eder.

Görüldüğü gibi anılan düzenlemede haklı neden genel olarak tanımlanmış ve haklı nedenle derhal feshe sebebiyet veren olayları her bir somut ilişkinin

⁹⁹ Gökçek Karaca, 181.

¹⁰⁰ Şakar, 17. Gökçek Karaca, 182.

¹⁰¹ Şakar, 21.

¹⁰² Göktaş/Çil, 249-250. Gökçek Karaca, 131. Uçum/Karataş, 584. Savaş, 148-149. Sümer, Basın İş Hukuku, 100.

özelliklerini dikkate alarak belirleme işi yargıya bırakılmıştır. Bunun sebebi, haklı nedenle fesih nedenlerinden her birinin kanunda tek tek sayılmasının mümkün görülmemesidir¹⁰³.

Haklı nedenle derhal fesih nedenlerinin kanunda tek tek sayılarak belirlenmemiş olması hukuki güvenlik ilkesi ile ters düşüyor gibi görünebilir. Buna karşılık, belirsiz niteliği dikkate alındığında, her bir haklı nedenin yasada tek tek sayılmak suretiyle belirlenmesi hakkaniyete ve adalete aykırı sonuçlar doğurur. Zira, bu durumda sözleşme tarafları arasındaki güven ilişkisinin çökmesine neden olacak ağırlıkta bir olay yasada sayılan nedenlerden biri arasında yer almıyorsa, sözleşme sırf bu sebeple haklı nedenle derhal feshedilemez. Bu durum, maddi bakımından adil olan bir sonuca ulaşılmasındaki menfaatin, hukuki güvenlik uğruna feda edilmesi anlamına gelir. Bunun da ötesinde, bir iş ilişkisinde haklı neden olarak nitelendirilebilecek bir olay, başka bir iş ilişkisinde haklı neden niteliği taşımayabilir. Zira, iş sözleşmesiyle taraflar arasında kurulan kişisel ilişki ve güvenin boyutu bir iş ilişkisinden diğerine değişebilecek niteliktedir. Bu nedenle, Türk Medeni Kanununun 4. maddesi hakimi, kanunun haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hukuka ve hakkaniyete göre karar vermekle yükümlü kılmıştır. Anılan nedenlerle Türk Borçlar Kanunu, İş Kanununun sistematüğinden ayrılmış ve haklı nedenleri yasada tek tek saymak yerine genel bir düzenleme ile yetinmiştir¹⁰⁴. Nitekim Alman,

¹⁰³ Oğuzman, Fesih, 43. *Alpagut*, Haklı Neden, 72. *Tunçomağ/Centel*, 214. *Savaş*, 30. *Gülver*, 1002, 1004-1005. *Karaçöp/Yamakoğlu*, 134. *Güneş/Mutlay*, 278. *Dunan/Mahon/Berenstein*, 148. *Gloor*, 741.

¹⁰⁴ Oğuzman, Fesih, 42-43. *Venturi-Zen-Ruffinen*, 138-139. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 276. *Kaplan*, 130. Haklı nedene ilişkin somut düzenleme öngörülmesi ve düzenlemede haklı neden teşkil eden durumlara örnek verilmesinin uygulama açısından daha yararlı olacağı yönünde bkz. *Savaş*, 168.

Fransız ve İsviçre hukuklarında da derhal fesih hakkı genel ve soyut bir tanımlamayla düzenlenmiştir¹⁰⁵.

Türk Borçlar Kanununun haklı nedenle derhal feshi düzenleyen 435. maddesi ilk olarak, İş Kanunu kapsamı dışında kalan iş ve işyerlerinde çalışan işçiler ile bunları çalıştıran işverenler tarafından yapılan fesihler hakkında uygulanır¹⁰⁶. Söz konusu düzenleme ikinci olarak, niteliği gereği otuz günden az süren süreksiz işlerde çalışan işçiler ve bunları çalıştıran işverenler hakkında uygulanır. Zira, İş Kanununun 10. maddesinde süreksiz işlerin yapıldığı iş sözleşmeleri, İş Kanununun haklı nedenle derhal feshi düzenleyen 24 ve 25. maddelerinin uygulamasından istisna tutulmuştur.

Bunun dışında öğretide¹⁰⁷, çalışmaya hayatını düzenleyen kanunlarda düzenlenen haklı fesih nedenlerinin örnekseyici sayımdan ibaret olduğu, bu itibarla söz konusu kanunlarda sayılan nedenler dışında kalan durumlarda, tarafların TBK'nın 435. maddesine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği savunulmaktadır. Zira, feshin haklı olup olmadığının tespitinde tek kriter, *“taraflardan en az biri için sözleşmeye devamın dürüstlük kuralları uyarınca çekilmez hale gelip gelmediği”* olmalıdır. Buna göre hakim, taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek, her bir borç ilişkisinin niteliği ve özelliklerini değerlendirecek ve buna göre bir sonuca varacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2008

¹⁰⁵ *Alpagut*, Haklı Neden, 72. *Mazeaud A.*, 423-425. *Auzero/Dockès*, 612-614.

¹⁰⁶ İş Kanunu kapsamı dışında kalan iş ve iş ilişkileri İş Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁰⁷ *Oğuzman*, Fesih, 43-44. *Süzek*, Kötüye Kullanma, 17-18. *Kaplan*, 128-129. *Şahlanan*, 187. *Alpagut*, Haklı Neden, 73. *Akyiğit*, Kıdem Tazminatı, 940. *Baysal*, 7. *Yürekli*, 245. *Sümer*, Basın İş Hukuku, 190. Yalnızca ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle iş sözleşmesinin derhal feshinde bu yola başvurulabileceği yönünde bkz. *Savaş*, 37-38.

yılında verdiği bir kararda, “*Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde "işçinin muhik sebeplerin bulunması halinde ihbar olmaksızın iş sözleşmesini feshedebileceği, akdi icra etmemekte haklı gösteren her halin muhik sebep olduğu, aynı Yasa'nın 345. maddesi uyarınca da, muhik sebepler bir tarafın akde riayet etmemesinden ibaret olduğu takdirde bu tarafın diğer tarafa, onun akit ile müstahak iken mahrum kaldığı fer'i menfaatler de nazara alınmak üzere tam bir tazminat itasıyle mükellef olacağı” açıkça düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu, Genel Kanun'dur. Bu kanun ile Basın İş Kanunu arasında genel-özel kanun ilişkisi olduğu açıktır. Özel kanunda düzenleme olmaması halinde, genel kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği tartışmasızdır. Ücretin zamanında ödenmemesi iş sözleşmesinin açıkça ihlali ve muhik bir nedendir” gerekçesiyle ücreti ödenmeyen gazetecinin iş sözleşmesini derhal feshinin haklı nedene dayandığına hükmetmiştir¹⁰⁸.*

Buna karşılık öğretide diğer yazarlar¹⁰⁹, tarafların derhal fesih hakkının çalışma hayatını düzenleyen kanunlarda sayılan fesih nedenleriyle sınırlı olduğunu savunmaktadır. Buna göre, bu kanunların kapsamında olan iş sözleşmelerinin, Türk Borçlar Kanununa göre feshedilmesi olanaklı değildir. Zira, haklı nedenle derhal feshe yol açan nedenler, çalışma hayatını düzenleyen her bir kanunda sınırlı sayıda ve emredici olarak düzenlenmiştir.

Kanımıza göre, sağlık nedenleri, tutukluluk ve gözaltına alınma ile zorlayıcı nedenlerle haklı nedenle derhal feshin sınırları, İş Kanununda kesin olarak çizilmiştir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu anılan hallerde sözleşmenin taraflar için çekilmez hale geldiği zamanı emredici olarak belirlemiştir. Buna göre, zorlayıcı nedenin bir

¹⁰⁸ Y9HD, T. 14.4.2008, E. 2007/14130, K. 2008/8314 ve *Şahlanan*'ın Değerlendirmesi için bkz. *Şahlanan*, 186-187.

¹⁰⁹ *Esener*, 238. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 796, 815. *Astarlı*, 313. *Günay*, 337. *Arslan*, 7.

haftadan uzun sürmesi halinde imkansızlığın sürekli olduğu kabul edilmekte ve taraflar ancak bu bir haftalık süreden sonra haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilmektedir. Aynı şekilde iş sözleşmesinin işçinin hastalığı veya kazaya uğraması nedeniyle feshedilebilmesi için, devamsızlığın bildirim sürelerini altı hafta aşması gerekir. İşçinin gebeliği veya doğum yapması nedeniyle devamsızlık yapması durumunda ise, daha uzun bir bekleme süresi öngörülmüştür. Bunun gibi, işçinin tutukluluğu ve gözaltına alınması nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi, ancak işçinin bu nedenle devamsızlığının bildirim sürelerini aşması halinde olanaklıdır. Bu itibarla, o iş ilişkisinin kendine özgü nitelikleri, yapılan işin aciliyeti, işin kesintisiz devam etmesinin önemi gibi hususlar ileri sürülerek iş sözleşmesi, yasada öngörülen bekleme sürelerinden önce, TBK'nın 435. maddesi uyarınca haklı nedenle derhal feshedilemez¹¹⁰.

Buna karşılık, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller yasada örnekleyici olarak sayılmış, düzenlemede “ve benzerleri” ifadesine yer verilerek ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan nedenlerin, yasada sayılanlar nedenlerle sınırlı olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık halinde yasada sayılan örneklerle sınırlı olmaksızın iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilir. Ancak, bu durumda dahi fesih İş Kanununun 24/II veya 25/II hükmüne dayanılarak yapılmalıdır. Zira Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu karşısında genel kanun niteliğinde olup yalnızca İş Kanununda boşluk bulunan hallerde uygulanır¹¹¹. Haklı nedenle derhal fesih hakkı ise, İş

¹¹⁰ Savaş, 37-38.

¹¹¹ Süzek, İş Hukuku, 36. Akyiğit, 1144. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 283. “4857 sayılı İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığından, 6098 sayılı Kanun'un genel hükümleri

Kanununda özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, TBK'nın 435. maddesinde düzenlenen ilke yalnızca, feshe sebep olan olayın ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olup olmadığını belirlemede başvurulacak temel kriteri ortaya koymakta olup, haklılığın tespitinde bu ilkeye başvurulacaktır. Buna karşılık, doğrudan TBK'nın uygulanmasıyla İş Kanununa tabi iş sözleşmesinin feshedilmesi olanaklı değildir.

E. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 70. maddesinin 1. fıkrasında *“Kanun dışı grev yapılması hâlinde işveren, grevin yapılması kararına katılan, grevin yapılmasını teşvik eden, greve katılan veya katılmaya ya da devamı teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir”* düzenlemesine yer verilmiştir. Kanun dışı lokavt yapılması hâlinde ise aynı maddenin 3. fıkrasında *“Kanun dışı lokavt yapılması hâlinde işçiler iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir. İşveren, bu işçilerin lokavt süresine ilişkin iş sözleşmesinden doğan bütün haklarını bir iş karşılığı olmaksızın ödemek ve uğradıkları zararları tazmin etmekle yükümlüdür”* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, kanun dışı grev halinde işveren; kanun dışı lokavt halinde ise işçiler haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilir¹¹².

kapsamında sorun çözümlenmektedir” Y22HD, T. 14.10.2014, E. 2014/11779, K. 2014/30218. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹² Bu durumda uygulanacak hak düşürücü süre ile ilgili olarak bkz. § 2 *“Fesih Hakkının Hak Düşürücü Süre İçinde Kullanılmaması”*

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ FESHİ

§4 HAKSIZ FESİH KAVRAMI

I. HAKSIZ FESİH - USULSÜZ FESİH - FESİH HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

İş sözleşmesinin sona erme nedenlerinden biri olan fesih, sözleşmenin işveren veya işçi tarafından tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi anlamına gelir. Fesih hakkı, tek taraflı olarak kullanılmakla sürekli borç ilişkisini sona erdiren bozucu yenilik doğuran haktır. Bu itibarla yenilik doğuran haklara ilişkin hukuki rejime tabidir. Yenilik doğuran haklarda açıklık ve kesinlik ilkesinin gereği olarak sözleşmeyi fesheden taraf, fesih iradesini açık bir biçimde ortaya koymakla yükümlüdür. Fesih iradesinin açık bir biçimde ortaya konulması ile anlatılmak istenen, hak sahibinin bu hakkını kullanıp kullanmadığının ve kullandıysa fesih haklarından hangisinin kullanıldığının muhatapça anlaşılabilir olmasıdır. Hukukumuzda süreli fesih ve haklı nedenle derhal fesih olmak üzere iki tür feshe yer verilmiştir. Buna göre fesih hakkını kullanan taraf, haklı nedenle derhal fesih hakkını mı yoksa süreli fesih hakkını mı kullandığı konusunda karşı tarafı belirsizlik içinde bırakmamalıdır. Bununla birlikte, fesih beyanı mutlaka teknik ifadelere yer verilerek yapılmak zorunda değildir. Önemli olan, feshin yaratacağı hukuki sonuçların güven teorisine göre muhatap tarafından anlaşılır olmasıdır¹¹³.

¹¹³ Seliçi, 115-116. Buz, 208. Süzek, İş Hukuku, 513. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 166. Vionnet, 181. Venturi-Zen-Ruffinen, 287. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 224. Wyler/Heinzer, 501. Baycık, 302.

Tereddüt halinde hangi tür fesih hakkının kullanıldığı güven teorisine göre belirlenir. Buna göre, hak sahibinin fesih beyanı, somut olay dikkate alındığında muhatapça dürüstlük kurallarına göre ne şekilde anlaşılması gerekiyorsa o şekilde yorumlanır. Bu yorum yapılırken sözleşmeyi fesheden tarafın irade beyanı yanında, davranışları da dikkate alınır. Zira fesih iradesi, açık veya örtülü irade beyanıyla açıklanabileceği gibi irade faaliyetiyle de (*eylemlî fesih*) ortaya konulabilmektedir. Önemli olan haklı nedenle derhal fesih iradesinin açık, net ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konmuş olmasıdır¹¹⁴.

Hangi tür fesih hakkının kullanıldığıнын tespiti hak sahibinin dayandığı sebeplerin niteliği de dikkate alınarak, iradesinin açıklığa kavuşturulması suretiyle yapılır. Buna göre, işveren örneğin “*seni bir daha gözüm görmesin*” der ve işçinin işe giriş kartına el koyarsa sözleşmeyi derhal sona erdirmek istediği kabul edilebilir. Buna karşılık, yalnızca iş sözleşmesinin sona erdirildiği işçiye tebliğ edilir ve tebliğde herhangi bir haklı fesih nedenine yer verilmezse somut olayın özelliklerine göre sözleşmenin süreli fesih yoluyla sona erdirildiği sonucuna varılabilir. İşçi de ücretinin ödenmediğini ve artık çalışmayacağını söyleyerek işten ayrılır ve ertesi gün işe gelmezse sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetmiş, buna karşılık hiçbir haklı neden isnat etmeksizin yalnızca işten ayrılmak istediğini bildirmişse süreli fesih hakkını kullanmış kabul edilebilir¹¹⁵.

Hangi tür fesih hakkının kullanıldığıнын belirlenmesi feshin sonuçlarının tespit edilebilmesi bakımından önem taşır. Bu nedenle aşağıda ilk olarak usulsüz, kötünîyetli ve haksız fesih arasındaki temel farklar ortaya konulacak, ardından iş

¹¹⁴ *Seliçi*, 115-116. *Buz*, 250. *Güzel*, Değerlendirme 2010, 153. *Vionnet*, 182-183. *Baycık*, 304. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 273. *Wyler/Heinzer*, 501. *Gloor*, 735.

¹¹⁵ *Baycık*, 305.

sözleşmesinin haksız feshi ve haksız feshin sonuçları ayrıntılı bir biçimde değerlendirilecektir.

1. Usulsüz Fesih

Sürelî fesih hakkı, sürekli sözleşmelerde tarafların hayatlarının sonuna kadar sözleşmeyle bağlı kalmasını engellemek amacıyla tanınmış bir bozucu yenilik doğuran haktır. Zira, sürekli sözleşmeler sözleşme süresinin önceden kararlaştırıldığı haller dışında belli bir sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona ermez. Bu durum, tarafların ucu açık bir biçimde sözleşmeyle bağlı olmaları sonucunu doğurur. Öte yandan tarafların sözleşmeyi tek taraflı olarak derhal sona erdirebileceğini kabul etmek, hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleri ile pacta sunt servanda prensibine uygun düşmez. Bu nedenle, çalışma hayatını düzenleyen kanunlarda taraflara, sözleşmenin devam süresine göre artan ihbar sürelerine uyarak, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. İş sözleşmesini sürelî fesih yoluyla sona erdiren taraf kural olarak, hiçbir haklı veya geçerli nedene dayanmak zorunda değildir. Buna karşılık iş ilişkisi, tabi olduğu kanundaki ihbar sürelerine uyularak sona erdirilmelidir¹¹⁶. Bu yükümlülük hem işçi hem de işveren için getirilmiş bir yükümlülüktür¹¹⁷. Bu sürelere riayet edilmemesi halinde usulsüz fesih söz konusu olur¹¹⁸.

Buna karşılık, iş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından sözleşmeyi sürelî fesih yoluyla sona erdirmek isteyen işveren, yasada sayılan geçerli nedenlerden birine dayanmak zorundadır. İş güvencesi sistemiyle hukukumuzda sözleşmenin

¹¹⁶ Sürelî fesih hakkının hukuki dayanağı ile ilgili olarak bakınız § 3 “Sürelî Fesih Hakkının Hukuki Dayanağı”.

¹¹⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 322.

¹¹⁸ Süzek, 554. Tunçomağ/Centel, 202. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 919.

feshinin istisna, sözleşmeye bağlılığın ise kural olduğu kabul edilmiştir. Bu sistemde süreli fesih hakkı işverene salt sözleşmenin belirsiz süreli olması nedeniyle tanınmış bir hak değil, ancak geçerli nedenlerin varlığı halinde kullanılabilen sebebe bağlı yenilik doğuran haktır¹¹⁹.

Fesih için geçerli neden bulunması, iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uyulmaksızın derhal sona erdirilebileceği anlamına gelmemelidir. İşveren sözleşmenin geçerli nedenle süreli feshinde de bildirim sürelerine uymakla yükümlüdür. Bu husus, İK'nın 17. maddesinin 5. fıkrasında yer alan *“İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz”* hükmü ile 21. maddesinin 4. fıkrasında yer alan *“İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir”* hükmüyle açıkça düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin geçerli neden olmaksızın feshi ile usulsüz feshi ayrı kavramlardır. Bu itibarla, fesih için geçerli nedeni bulunsa dahi işveren bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini sona erdirmekle yükümlüdür¹²⁰.

İş Kanununun 17. maddesinin 4. fıkrasında *“İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir”* hükmüyle işverene, ihbar sürelerine ilişkin ücreti işçiye peşin olarak ödeyerek sözleşmeyi feshetme imkanı

¹¹⁹ İş güvencesi sistemi ile ilgili olarak bkz. § 3 *“İşveren Tarafından Yapılan Süreli Fesih ve İş Güvencesi”*.

¹²⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1067.

tanınmıştır. Altını önemle çizmek gerekir ki, peşin ödeme suretiyle fesih, üçüncü bir fesih türü değildir. Peşin ödeme suretiyle fesihte, işverenin bildirim sürelerine ilişkin ücreti ödememesi ya da eksik ödemesi halinde de fesih usulsüzdür¹²¹.

İş sözleşmesinin süreli feshinde, bildirim sürelerine riayet edilmemiş ya da peşin ödeme suretiyle fesihte, işçiye bildirim sürelerine ilişkin ücreti ödenmemiş veya eksik ödenmişse usulsüz feshe ilişkin yaptırımlar uygulama alanı bulur¹²². Bunun ilk sonucu, sözleşmeyi ihbar sürelerine uymaksızın fesheden tarafın karşı tarafa ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olmasıdır. Bu yükümlülük İş Kanununun 17. maddesinde *Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır*” hükmüyle düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanununun 432. maddesinde de tarafların belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak feshetmekle yükümlü oldukları düzenlenmiş, ancak bu yükümlülüğe aykırılık halinde uygulanacak yaptırıma yer verilmemiştir. Bu yaptırıma yer verilmemesinin nedenini anlamak için, düzenlemenin alındığı İsviçre hukukuna bakmak gerekir.

İsviçre hukukunda, sözleşme ya bildirim sürelerine uyularak süreli fesih yoluyla ya da haklı nedenle derhal feshedilebilir. Haklı neden olmaksızın sözleşmenin derhal sona erdirilmesi halinde, fesih haksızdır. Buna karşılık, işverenin bildirim süreleri boyunca işçiye çalıştırmak istememesi her zaman, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedildiği anlamına gelmez. Bu durumda sözleşmenin hangi tür fesih hakkıyla sona erdirildiği, güven teorisine göre belirlenir. Güven teorisine göre yapılacak bir değerlendirme sonucunda, sözleşmenin süreli fesih yoluyla sona

¹²¹ Süzek, İş Hukuku, 526-528. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 172. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 322. Kaplan, İş Hukuku, 202. Taşkent, Değerlendirme 2004, 58.

¹²² Süzek, 554.

endirildiği sonucuna varılıyorsa, işçinin bildirim süresi boyunca iş görme edimini yerine getirmekten alıkonulması, İBK'nın 324. maddesinde düzenlenen işveren temerrüdü olarak yorumlanır. Buna göre, işveren bildirim süresi boyunca işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. İşçinin bu süre boyunca yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretten indirilir¹²³.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda belirsiz süreli iş sözleşmesinin gerek haksız (CO art. 336c) gerekse usulsüz feshine uygulanacak olan yaptırım (CO art. 324) ödenecek tazminattan/ücretten, işçinin bu süre boyunca yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların indirilmesini öngörmektedir. Bu açıdan İsviçre hukuku kendi içinde tutarlı bir yapıya sahiptir.

Bilindiği gibi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanununu göz önünde tutularak hazırlanmıştır. Buna karşılık, Tasarı yasalaşırken İsviçre Borçlar Kanunundaki birtakım hükümler değiştirilmeksizin benimsenirken, diğer bazı hükümler değişikliğe tabi tutulmuştur. Değiştirilmeksizin benimsenen hükümlerden biri, TBK'nın işveren temerrüdünü düzenleyen 408. maddesi iken, değişikliğe tabi tutulan hükümlerden biri TBK'nın işveren tarafından yapılan haksız feshi düzenleyen 438. maddesidir. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında, hem belirli süreli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde mahsup

¹²³ Wyler/Heinzer, 597. Gloor, 740.

kuralına yer verilmişken, Tasarı yasalaşırken bu kural yalnızca belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshine uygulanacak biçimde kaleme alınmıştır¹²⁴.

Tasarıda son anda meydana gelen bu değişiklik nedeniyle, İsviçre hukukundaki sistem hukukumuzda da benimsenecek olursa, Türk Borçlar Kanununa tabi belirsiz süreli iş sözleşmesinin usulsüz feshi halinde ödenecek ücretten, TBK'nın 408. maddesi uyarınca bir kısım yararların indirilmesi gerekecek; buna karşılık fesih haksızsa, TBK'nın 438. maddesi uyarınca ödenecek tazminattan indirim yapılmayacaktır. Öğreti de ileri sürülen bir görüşe göre¹²⁵, Türk Borçlar Kanununa tabi iş ilişkilerinin işveren tarafından usulsüz feshine, TBK'nın 438. maddesinde düzenlenen haksız feshe ilişkin yaptırım uygulanmalıdır. Kanımızca da, işveren temerrüdü ile haksız feshe uygulanan yaptırım arasında yukarıda açıklanan farklılık nedeniyle, iş sözleşmesinin usulsüz feshine haksız feshe ilişkin yaptırımın uygulanması isabetli olacaktır.

İş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesinin diğer bir sonucu, taraflar arasındaki iş ilişkisinin bildirim süreleri sonunda sona ermesidir. Bununla birlikte, usulsüz ya da peşin ödeme suretiyle fesihte, feshin hüküm ve sonuçlarını ne zaman doğuracağı öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre¹²⁶, sözleşme ister bildirim süresine riayet edilmeksizin usulsüz olarak, isterse işveren tarafından peşin ödeme suretiyle feshedilmiş olsun

¹²⁴ Anılan değişikliğin gerekçesi olarak belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde ödenecek olan tazminatın kusur ve zarar şartından bağımsız olup götürü nitelikte olması gösterilmektedir, *Soyer*, Hizmet Sözleşmesi, 36 ve dn. 142. *Tunçomağ/Centel*, 202.

¹²⁵ *Yürekli*, B. III, 232.

¹²⁶ *Oğuzman*, Fesih, 200. *Narmanlıoğlu*, İş Hukuku, 371. *Süzek*, İş Hukuku, 526-528. Aynı yazar, *Değerlendirme* 1998, 85. *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 319. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*,

fesih, ihbar önelleri sonunda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu itibarla, belirsiz süreli iş sözleşmesi usulsüz olarak sona erdirilen işçi, bildirim süresi boyunca doğan haklardan (ücret artışları, yıllık izin hakkı, prim ve ikramiyeler gibi) yararlanır ve bu süre işçinin kıdeminden sayılır. Zira, İş Kanunu sisteminde sözleşmenin süreli feshi için öngörülen esas, hukuki ilişkinin önellerin sonunda sona ermesi ve işçinin bu süre içinde gerçekleşecek haklardan yararlanmasıdır. Bunun da ötesinde, Kanunda peşin ödeme suretiyle feshe yer verilmesinin nedeni işçinin iş ve işyerine bağlılığının azabileceği, dikkat dağınıklığı nedeniyle iş kazasına uğrama riskinin artabileceği düşüncesiyle, biran evvel işten uzaklaştırılması konusunda işverene yetki tanınmasıdır. İşçinin korunması amacıyla getirilen bu hükmün, işçi aleyhine sonuç doğurması iş hukukunun genel ilke ve kurallarına uygun düşmez. Bu nedenle, iş sözleşmesinde sözleşmenin sona erme anına ilişkin açık bir hüküm bulunmasa da, işçi bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklardan yararlandırılmalıdır.

Buna karşılık öğretilerde ileri sürülen diğer bir görüşe göre¹²⁷, kural olarak fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu kuralın iki istisnası vardır. Bunlardan ilki fesih hakkının kötüye kullanılması, diğeri ise toplu iş sözleşmesinde feshin sona erme anına ilişkin özel bir hüküm bulunmasıdır. Bu itibarla bildirim süresi verilmeksizin yapılan fesihler, işçiye ihbar tazminatının peşin olarak ödenip ödenmediğine bakılmaksızın fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna göre, İş Kanununun 17. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen “*bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret*

931. *Alpagut*, Değerlendirme 2001, 96. *Şahlanan*, Değerlendirme 2003, 92. *Başterzi*, 130. *Baycık*, 234. *Kaplan*, İş Hukuku, 201-202. *Yürekli*, 209.

¹²⁷ *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 170. *Taşkent*, Değerlendirme 2004, 58. *Aynı yazar*, Değerlendirme 2009, 174.

tutarında tazminat ödemek zorundadır” hükmüyle bildirim sürelerine uyulmaksızın yapılan fesihlerin yegane yaptırımı açık ve net bir biçimde belirlenmiştir. Aksi görüşün kabulü halinde, ihbar tazminatı ödenmeksizin işten çıkarılan işçinin bildirim süresi içinde yeni bir iş bulması durumunda, sözleşmeyi kimin feshettiği sorusu ortaya çıkacak ve işçi yararına yapılan bu düzenleme işçi aleyhine sonuçların doğmasına sebep olabilecektir.

Yargıtay içtihadı ise yalnızca peşin ödeme suretiyle yapılan fesihlerin, fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğuracağı yönündedir. Buna göre, iş sözleşmesinin peşin ödeme suretiyle feshedilmesi halinde sözleşme derhal hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu itibarla işçi, bildirim sürelerinin kıdem süresine eklenmesini ve bu süre içinde gerçekleşecek haklardan yararlandırılmasını işverenden talep edemez¹²⁸. Buna karşılık, işveren peşin ödeme suretiyle fesih hakkını kötüye kullanmışsa işçi, bildirim süreleri içinde doğacak haklarını işverenden talep edebilir¹²⁹. Aynı şekilde, toplu iş sözleşmesinde peşin ödeme suretiyle fesihte, feshin bildirim süreleri sonunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin bir hüküm varsa, ilgili toplu iş sözleşmesi hükmüne göre sonuca gidilmeli ve

¹²⁸ HGK, T. 5.6.1987, E. 986/9-666, K. 987/457, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 1988, 20-21. Y9HD, T. 6.11.1995, E. 1995/13352, K. 1995/33432, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 1996, 19. Y9HD, T. 15.4.1998, E. 1998/4994, K. 1998/6703, İşveren Dergisi, Haziran 1998, 17. Y9HD, T. 20.4.2005, E. 2004/25001, K. 2005/13861, Çalışma ve Toplum, 2005/3, 241. Y9HD, T. 8.12.1993, E. 1992/17878, K. 1993/17436, *Akyiğit*, Kıdem Tazminatı, 331. Y9HD, T. 13.3.2001, E. 2000/19901, K. 2001/3852, İşveren, Haziran 2001, 15. Aynı görüşte, *Tunçomağ/Centel*, 201.

¹²⁹ Y9HD, 25.1.2000, E. 1999/19781, K. 2000/325, İşveren Dergisi, Şubat 2000, 15. Y9HD, T. 14.3.2004, E. 2004/959, K. 2004/8353. Y9HD, T. 26.5.2005, E. 2004/29164, K. 2005/19418. Y9HD, T. 19.12.2013, E. 2011/48876, K. 2013/34057. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

işçi bildirim süresi içinde doğacak haklardan yararlandırılmalıdır¹³⁰. Son olarak belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme, işçiye bildirim süresi verilmemiş ve ihbar tazminatı da peşin olarak ödenmemişse, feshin bildirim süreleri sonunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmektedir¹³¹.

Kanımızca usulsüz veya peşin ödeme suretiyle feshedilen iş sözleşmesi bildirim süreleri sonunda sona erer. Zira, bu durumda işverenin iradesi sözleşmeyi haklı nedenle derhal (*olağanüstü fesih*) sona erdirmek değil, süreli (*olağan*) fesih hakkını kullanmaktır. Süreli fesih, bildirim süreleri sonunda iş sözleşmesini sona erdirir. İş Kanununda işverene peşin ödeme suretiyle sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisinin tanınmasının altında yatan neden, işvereni bildirim süreleri içinde düşük performansla ve isteksiz olarak çalışacağını düşündüğü işçiyi çalıştırma yükümlülüğünden kurtarmaktır. İşverene tanınan bu imkanın, iş akdinin süreli feshinde bildirim sürelerine ilişkin hükümleri ortadan kaldıracak, işçiyi bildirim süresi içinde doğacak haklarından yoksun bırakacak biçimde yorumlanması olanaklı değildir¹³².

İşçinin bildirim süresi içinde yeni bir iş bulması durumunda sözleşmeyi feshetmiş sayılabileceği ve işçiyi korumak için yapılan bu yorumun işçi aleyhine

¹³⁰ Y9HD, T.4.10.1995, E.1995/10184, K.1995/30455, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1995, 32-33. Y9HD, T.24.2.1998, E.1997/21690, K.1998/2377, Yargıtay Kararları Dergisi, Mart 1999, 343-344. Y22HD, T.20.2.2014, E.2013/5163 K.2014/3292. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

¹³¹ Y9HD, T. 01.03.2004, E. 2004/13738, K. 2004/3888 ve *Taşkent*'in Eleştirisi, Değerlendirme 2004, 59-61. Y9HD, T. 11.3.2004, E. 2004/4475, K. 2004/4789. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

¹³² Oğuzman, Fesih, 200. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 371. Süzek, İş Hukuku, 526-528. Süzek, Değerlendirme 1998, 85. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 319. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 931. Alpagut, Değerlendirme 2001, 96. Şahlanan, Değerlendirme 2003, 92. Başterzi, 130. Baycık, 234. Kaplan, İş Hukuku, 201-202. Yürekli, 209.

sonuçlar doğurabileceği yönündeki eleştiriye katılmadığımızı da belirtmek isteriz. Bu konuda ilk olarak belirtmek gerekir ki, işçinin anayasal sözleşme serbestisi ve çalışma hakkı uyarınca birden fazla işverenle iş sözleşmesi yapması mümkündür. Bu durumda işçinin birden fazla işyerinde çalıştığı toplam süre, azami yasal çalışma süresini aşıyorsa çalışma süresi kısaltılarak yasal azami süreye indirilir¹³³. Konu sözleşmesi usulsüz olarak feshedilen işçi bakımından değerlendirildiğinde ise, işçinin çalışma süresinin yasal azami çalışma süresini aşması söz konusu değildir. Zira işçi, yalnızca yeni işveren yanında iş görme edimini ifa etmekte, eski işyerinde ise çalıştırılmamaktadır. Bu itibarla, geersizliğe yol açacak başka bir neden yoksa, yapılan sözleşme geçerli bir sözleşmedir.

Kanımızca sözleşmesi usulsüz veya peşin ödeme suretiyle feshedilen işçinin bu süre içinde yeni bir iş bulması, sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği biçiminde yorumlanamaz. Zira, fesih hakkı bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Yenilik doğuran haklar karşı tarafa yöneltilen irade beyanıyla kullanılır. Diğer bir ifadeyle, fesih beyanı ancak muhataba ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Işçinin bildirim süresi içinde başka bir işveren yanında çalışmaya başlaması, eski işverene yöneltilmiş açık irade beyanı niteliği tařımaz¹³⁴.

Bu durumda işçinin söz konusu davranışınınrtl fesih beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilebilir. Buna göre, işçinin söz ve davranışlarından, davranışın yapıldığı andaki hal ve şartlar gözönüne alındığında, sözleşmeyi feshettiği anlamı ıkarılabiliyorsa iş szleşmesininrtl fesih beyanıyla sona erdiği kabul edilir¹³⁵. Kanımızca işçinin başka bir işveren yanında çalışmaya başlaması

¹³³ Süzek, 288.

¹³⁴ Baycık, 313.

¹³⁵ Oğuzman/Barlas, 181.

örtülü fesih beyanı olarak da değerlendirilemez. Zira, işçinin söz konusu davranışının örtülü irade beyanı niteliği taşıyabilmesi için belli bir hukuki sonuca yönelmiş (*hukuki sonuç iradesi*) olması gerekir¹³⁶. Anılan durumda ise işçinin sözleşmeyi fesih iradesi bulunmamaktadır. Zira, bildirim süreleri içinde işyerinde çalışmasına izin verilmeyen işçinin, bu süre içinde başka bir işte çalışmaya başlamasının tek amacı bir an evvel gelir elde etmeye başlamaktır. Bu itibarla, işçinin ne sözleşmeyi fesih iradesi ne işverene yönelttiği bir fesih beyanı söz konusudur¹³⁷.

Bunun dışında işçinin fesih işlemine yönelik bir arzusu bulunmadığı halde sergilediği tutum ve davranış hukuk düzenince sanki sözleşmeyi fesih iradesi varmış gibi değerlendirilebiliyor ve hukuken irade beyanı gibi sonuç doğuruyorsa, bu durumda “*iradeyi ortaya koyan davranış*” (*factum concludens*) söz konusu olur¹³⁸. Bu durumda muhatabın söz konusu davranışı irade beyanı sayması gerekip gerekmediği güven teorisine göre belirlenir¹³⁹. Kanımızca sözleşmeyi usulsüz olarak fesheden işveren, işçinin bu süre içinde başka bir işte çalışması durumunda işçinin bu davranışının fesih beyanı niteliği taşıdığını iddia edemez. Zira, yukarıda da açıkladığımız üzere bildirim süreleri içinde işyerinde çalışmasına izin verilmeyen işçinin bu süre içinde bir başka işveren yanında çalışmaya başlamasının tek nedeni, bir an önce gelir elde etmeye başlamaktır. Diğer bir ifadeyle, bu halde işçinin iradesi

¹³⁶ Von Tuhr, 150. Oğuzman/Barlas, 179.

¹³⁷ Benzer şekilde, işçinin bildirim süresi içinde yaşlılık aylığı almak için SGK’ya başvurmasının sözleşmenin işçi tarafından feshi olarak değerlendirilemeyeceği öğretisi ve uygulama tarafından kabul edilmektedir. Süzek, 590. Taşkent, Değerlendirme 2004, 60. Alp, Değerlendirme 2006, 175-177. Baycık, 309-314. Bu yönde, Y9HD, T. 9.7.2010, E. 2008/33707, K. 22634, Çalışma ve Toplum, S. 28, 533-534. Y9HD, T. 4.11.2010, E. 2008/37853, K. 2010/31569 ve Güzel’in incelemesi, Güzel, Değerlendirme 2010, 24-25.

¹³⁸ Von Tuhr, 156. Oğuzman/Barlas, 182.

¹³⁹ Oğuzman/Barlas, 184.

önceki sözleşmesini sona erdirmeye değil başka bir işverenle yeni bir iş sözleşmesi kurmaya yönelmiştir. İşçinin birden fazla işverenle iş sözleşmesi yapması ise sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca olanaklıdır. Bu durumda önceki işverenin, işçinin söz konusu davranışını güven teorisi uyarınca fesih iradesini ortaya koyan davranış olarak yorumlamakta haklı olduğu da ileri sürülemez. Zira, fesih iradesi olan asıl taraf sözleşmeyi usulsüz fesih yoluyla sona erdiren işverendir. Bu durumda işverenin, işçinin söz konusu davranışına fesih beyanı niteliği yüklemesi, dürüstlük kuralı uyarınca korunmamalıdır¹⁴⁰.

Bunun da ötesinde, işçinin yeni bir işveren yanında işe başlaması fesih iradesi olarak değerlendirilse dahi, sözleşme öncesinde işveren tarafından feshedilmiş olduğundan, işveren tarafından yapılan feshin bildirim süresi her halde işçinin feshinden önce dolacaktır. Bu durumda sözleşme her halde işverenin feshi ile sona erecektir¹⁴¹.

Son olarak, Sosyal Güvenlik Kurumu sözleşmenin peşin ödeme suretiyle feshinde, yapılan ödemeyi ihbar tazminatı olarak değerlendirmektedir. SGK'ya göre, sözleşme ister usulsüz olarak ister peşin ödeme suretiyle feshedilmiş olsun, iş ilişkisi işçinin çıkış işleminin yapıldığı tarihte sona erer. Bu itibarla, bildirim süreleri işçinin prim ödeme gün sayısına eklenmez ve işverenin bu süreler için prim ödemesi gerekmez. Bu uygulama, sözleşmenin usulsüz veya peşin ödeme suretiyle feshinin iş hukuku bakımından bildirim süreleri sonunda buna karşılık, sosyal güvenlik hukuku bakımından derhal hüküm ve sonuçlarını doğurmasına yol açmaktır. Uygulama işverenleri, adeta sözleşmeyi usulsüz olarak feshetmeye yönlendirmektedir. Kanımızca, bildirim sürelerine ilişkin sigorta primlerinin Kurum tarafından tahsil

¹⁴⁰ Baycık, 313.

¹⁴¹ Baycık, 312.

edilmesi ve bu sürelerin işçinin prim ödeme gün sayısına dahil edilmesi, sözleşmenin bildirim süreleri sonunda sona ereceği yönündeki görüşümüz bakımından isabetli olacaktır.

2. Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması (Kötüniyetli Fesih)

İş Kanununun 17. maddesinin 6. fıkrasında iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin kötüniyetli olarak feshedilmesi halinde işçiye bildirim sürelerinin üç katı tutarında tazminat ödeneceği hükme bağlanmıştır. Benzer bir düzenleme, Türk Borçlar Kanununun 434. maddesi ile Deniz İş Kanununun 16. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeler, Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümüdür¹⁴². Bilindiği gibi, özel hukukta hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı kötüye kullanılan hakkın hukuk düzenince korunmamasıdır. Buna karşılık, fesih hakkı söz konusu olduğunda, bu genel yaptırım uygulanmamaktadır. Bunun nedeni iş güvencesinin geçerli olmadığı liberal hukuk sistemlerinde fesih hakkının, mutlak bozucu yenilik doğuran hak olarak niteliği taşımasıdır¹⁴³.

Hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için, her şeyden önce doğmuş bir hakkın bulunması gerekir. Hukukumuzda iş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkileri bakımından belirsiz süreli iş sözleşmesinin varlığı, süreli fesih hakkının doğumu için yeterli kabul edilmektedir. Bu itibarla, iş güvencesine tabi

¹⁴² Seliçi, 34-35, 189, 202. Oğuzman, Fesih, 42. Narmanlıoğlu, 326. Süzek, Askı, 37. Süzek, Kötüye Kullanma, 16-17. Savaş, 39. Venturi-Zen-Ruffinen, 67.

¹⁴³ Seliçi, 146. Oğuzman, Fesih, 158-159. Süzek, Kötüye Kullanma, 29. Engin, 15. Dunand/Mahon/Berenstein, 150. Dunand, Commentaire Stämpfli, 680.

olmayan iş ilişkilerinde süreli fesih hakkının tek sınırını, hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur¹⁴⁴.

Fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı objektif iyiniyet kurallarına göre belirlenir. Buna göre, feshin menfaatler arasında aşırı dengesizliğe yol açması, hakkın sosyal amacından saparak kullanılması, meşru bir nedene dayanmaksızın hakkın kullanılması, işverenin işçiye zarar verme kastıyla sözleşmeyi feshetmesi objektif iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturur¹⁴⁵. Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanıldığından bahsedilebilmesi için işçinin mutlaka zarara uğramış olması veya işverenin kusurlu olması ya da işçiye zarar verme kastıyla hareket etmiş olması gerekmez¹⁴⁶. Feshin kötüniyetli olduğunu bunu ileri süren işçi ispat etmekle yükümlüdür¹⁴⁷.

İsviçre hukukunda iş sözleşmesinin feshine ilişkin yasal düzenlemeler işçi ve işveren arasında bir ayrım gözetmeksizin getirilmiştir. Buna göre, işçi ve işverenin sözleşmeyi serbestçe feshedebilecekleri kabul edilmekte, bunun tek sınırını hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır. Bu yasak işveren tarafından işçi tarafından yapılan fesihler bakımından da söz konusudur. Buna göre, İsviçre Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin kötüniyetli feshini düzenleyen 336. maddesi hem işçi hem de işveren bakımından yapılan kötüniyetli fesihler hakkında uygulama alanı bulur¹⁴⁸. Buna itibarla, düzenlemenin ilk fıkrasında her iki taraf bakımından da feshin kötüniyetli olduğu durumlara yer verilmiş; ikinci fıkrada ise sözleşmenin

¹⁴⁴ Oğuzman, Fesih, 167. Seliçi, 111-112. Süzek, İş Hukuku, 533. Süzek, Kötüye Kullanma, 27-27. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 934-935. Engin, 15-21. Bedük, 926.

¹⁴⁵ Süzek, İş Hukuku, 534. Engin, 16-19.

¹⁴⁶ Bedük, 926.

¹⁴⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 327. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 174. Kaplan, İş Hukuku, 205.

¹⁴⁸ Dunand/Mahon/Berenstein, 145, 151. Wyler/Heinzer, 623.

işveren tarafından feshinin kötüniet teşkil ettiğı durumlar sayılmıştır. Örneğın, işçinin bir sendikaya üyeliğı ya da sendikal bir hakkını kullanması nedeniyle iş sözleşmesinin feshi, işverene özgü kötünietli fesih halleri arasında yer alır. İsviçre hukukunda iş sözleşmenin feshinin kötünietli kabul edildiğı durumlar oldukça geniştir. Örneğın, iş sözleşmesinin toplu işçi çıkarma prosedürüne aykırı olarak feshi de yasada kötünietli fesih halleri arasında sayılmıştır. Bu çerçevede, İsviçre hukukunda, sözleşmenin korunmaya değeri olmayan bir nedenle sona erdirildiğı her fesih kötünietli kabul edilir¹⁴⁹.

Feshin kötünietle yapılıp yapılmadığı, sözleşmeyi fesheden tarafça ileri sürülen görünüşteki nedene göre değil, fesih iradesinin altında yatan gerçek nedene göre belirlenir. Diğer bir ifadeyle, feshin kötünietli olup olmadığı fesihle arasında illiyet bağı olan gerçek nedene göre belirlenir. Sözleşme birden fazla nedenle feshedilmiş ve bu nedenlerden biri korunmaya değeri değilse ikili bir ayrıma gidilerek sorunun çözömlenmesi gerekir. Zira, yasada sözleşmenin kısmen kötünietli feshine yer verilmemiştir. Buna göre, sözleşmenin bu neden olmasaydı da sona erdirileceğı sonucuna varılabiliyorsa, feshin kötünietli olmadığı kabul edilir. Buna karşılık, kötüniet teşkil eden sebep olmasaydı iş sözleşmesi sona erdirilmeyecek idiyse, fesih kötünietle yapılmış sayılır. Kötüniet teşkil eden sebep olmasaydı da sözleşmenin feshedileceğini, işveren ispat etmekle yükömlüdür¹⁵⁰.

¹⁴⁹ *Dunand*, Commentaire Stämpfli, 658. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 250-251. *Caruzzo*, no. 518-521.

¹⁵⁰ *Dunand*, Commentaire Stämpfli, 658-662.

İsviçre Federal Mahkemesi içtihadı, İsviçre Borçlar Kanununun 336. maddesinde yer verilen durumların sınırlı sayıda olmadığı yönündedir¹⁵¹. Buna göre, yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesine son verilen işçinin bu durumuna işverenin sebep olmuş olması¹⁵², işçinin yaşı, hastalığı, ırkı, ailevi durumu nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi¹⁵³, işçinin anayasal bir hakkını kullanması nedeniyle işten çıkarılması¹⁵⁴, emekliliği yaklaşan işçinin işten çıkarılması¹⁵⁵, iş ilişkisinden doğan birtakım yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla¹⁵⁶ veya işçinin bir vatandaşlık ödevini yerine getirmesi nedeniyle sözleşmenin feshi¹⁵⁷, işçinin yasal bir greve katılması nedeniyle işten çıkarılması¹⁵⁸ ya da feshin yapılma biçiminin kötüniyetli olması halinde¹⁵⁹ fesih kötüniyetle yapılmış kabul edilir¹⁶⁰. Görüldüğü gibi İsviçre hukukunda birçok durumda feshin kötüniyetli olduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla, İsviçre hukukunda *teorik olarak* tarafların belirsiz süreli iş sözleşmesini herhangi bir neden göstermeksizin bildirim sürelerine uyarak her zaman feshedebilecekleri kabul edilse de, *uygulamada* feshin menfaatler arasında aşırı dengesizliğe yol açmaması ve

¹⁵¹ ATF 123 III 246 = JdT 1998 I 300 = JAR 1998/187. ATF 121 III 60 = JdT 1996 I 47 = JAR 1996/187. TF 4C 174/2004 du 5.8.2004 c. 2.1.

¹⁵² ATF 125 III 70, c. 2.a-b, *Dunand*, Commentaire Stämpfli, 682.

¹⁵³ *Dunand*, Commentaire Stämpfli, 664-666.

¹⁵⁴ TF 4A_422/2008 du 21.11.2008, c.2.2.

¹⁵⁵ ATF 132 III 115, c. 5 = JdT 2006 I 152.

¹⁵⁶ TF 4C.388/2006 du 30.1.2007, c. 3.1.

¹⁵⁷ TF 4A_422/2008 du 21.11.2008, c. 2.

¹⁵⁸ ATF 125 III 277, c. 3c = JdT 2000 I 240.

¹⁵⁹ ATF 118 II 157 = JdT 1993 I 648.

¹⁶⁰ *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 250-251. *Caruzzo*, no. 518-521. *Dunand/Mahon/Berenstein*, 151.

meşru bir nedene dayanması zorunludur. Aksi halde kötünietli feshe ilişkin hüküm ve sonuçlar doğar¹⁶¹.

Feshin kötünietli olduğunu ileri süren taraf, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Bu kuralın tek istisnasını CO 336 al. 2/b hükmünde düzenlenen işçi temsilcilerinin işten çıkarılmasına ilişkin düzenleme oluşturur. Buna göre, işçi temsilcisinin işten çıkarılması halinde feshin meşru bir sebebe dayandığını işveren ispat etmek yükümlüdür¹⁶².

Hukukumuzda fesih hakkını kötüye kullanan işveren, işçiye bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötüniet tazminatı ödemekle yükümlüdür. Belirtmek gerekir ki, fesih hakkının kötüye kullanılması ile usulsüz fesih birbirinden farklı kavramlardır. Şöyle ki işveren, bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi sona erdirmiş; buna karşın sözleşmeyi objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak feshetmiş olabilir. Örneğin işçi, iş veya sosyal güvenlik mevzuatından doğan bir hakkını talep etmesi nedeniyle işten çıkarılmış, bununla beraber bildirim sürelerine uyulmuş ya da peşin ödeme suretiyle fesih yapılmıştır. Bu durumda usulüne uygun kullanılmış bir fesih vardır, ancak bu hak kötüye kullanılmıştır. Bu halde işçi, işverenden yalnızca kötüniet tazminatı talep edebilir. Buna karşılık, işveren hem dürüstlük kurallarına aykırı olarak sözleşmeyi feshetmiş hem de bildirim sürelerine uymamışsa, usulsüz ve kötünietli fesih söz konusu olur. Bu durumda işçi, işverenden ihbar tazminatı yanında bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötüniet tazminatı talep edebilir¹⁶³.

¹⁶¹ *Dunand*, Commentaire Stämpfli, 684.

¹⁶² *Dunand*, Commentaire Stämpfli, 661.

¹⁶³ *Süzek*, İş Hukuku, 533. *Süzek*, Değerlendirme 1998, 95. *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 174. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 943. *Bedük*, 940. S

İsviçre hukukunda ise sözleşmeyi kötünîyetle fesheden taraf diğer tarafa işçinin en fazla altı aylık ücreti (toplu işçi çıkarmalarda danışma yükümlülüğüne aykırılık halinde iki aylık ücreti) tutarında kötünîyet tazminatı ödemekle yükümlüdür. Kötünîyet tazminatı caydırıcı, cezalandırıcı ve telafi edici nitelik taşır. Şöyle ki, kötünîyet tazminatı bir yandan tarafları sözleşmeyi kötünîyetle feshetmekten caydırmayı, diğer yandan sözleşmeyi kötünîyetle fesheden tarafı cezalandırmayı ve kötünîyetli feshin olumsuz etkilerini azaltmayı amaçlar. Kötünîyet tazminatı, ne ücret ne de genel anlamda tazminat niteliğindedir. Dolayısıyla, kötünîyet tazminatının talep edilebilmesi için, karşı tarafın bir zarara uğramış olması aranmaz. Buna karşılık, tarafların kötünîyetli fesih nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararları karşı taraftan isteme hakları saklıdır¹⁶⁴. Tazminatın hesabında işçinin brüt ücreti dikkate alınır. Tazminat miktarı, bütün durum ve koşullar değerlendirilerek hakim tarafından takdir edilir. Bu konuda hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, feshin ağır nitelik taşıdığı durumlarda beş ila altı aylık ücret tutarında tazminata hükmetmekte iken, genel olarak kötünîyet tazminatını işçinin iki ila üç aylık ücretiyle sınırlı tutmakta ve bu durum işçinin uzun süren bir yargılama süreci sonunda bu tazminata almaya hak kazandığı da göz önünde bulundurulduğunda kötünîyet tazminatının caydırıcılık niteliğini yitirmesine yol açmaktadır¹⁶⁵.

Bunun dışında İsviçre hukukunda, CO 336c hükmü altında zamansız yapılan fesihlere (*résiliation en temps inopportun*) yer verilmiştir. Zamansız yapılan fesih, kötünîyetli fesih gibi feshe karşı koruma başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte, bu durumda uygulanan yaptırım kötünîyetli feshe uygulanan yaptırımdan farklıdır.

¹⁶⁴ Caruzzo, no. 533-534. Dunand, Commentaire Stämpfli, 693-697.

¹⁶⁵ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 258-259. Dunand, Commentaire Stämpfli, 690.

Şöyle ki, düzenlemede dört bent halinde işverenin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdiremeyeceği durumlar düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca, deneme süresinin dolmasından itibaren; a) işçi federal yasalar uyarınca zorunlu tutulan zorunlu hizmet, askerlik, sivil savunma ya da kamu hizmeti görevini yerine getirdiği sırada ve bu görevin on bir günden uzun sürmesi kaydıyla bu görevlerden önceki ve sonraki dört hafta boyunca; b) hizmet süresine göre ilk yıl otuz gün, iki ila beş yıl arasında doksan gün ve altı yıldan sonra yüz seksen günü aşmamak kaydıyla, işçiye yüklenemeyen bir hastalık veya kazadan kaynaklanan tam veya kısmi iş göremezlik süresince; c) hamilelik süresince ve doğumu izleyen ilk on altı haftada; d) işverenin onay vermesi kaydıyla, federal hükümet tarafından düzenlenen yabancı bir ülkeye yardım hizmetini yerine getirdiği sürece iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilemez. Yukarıda öngörülen süreler içinde yapılan fesih bildirimi geçersizdir. Fesih bildiriminin bu sürelerden önce yapılmış ve henüz dolmamış olması halinde ise, bildirim süresi bu süreler boyunca işlemez. Anılan sürenin dolmasından itibaren bildirim süresi işlemeye devam eder. İş ilişkisinin bir ay ya da bir haftanın sonu gibi belli bir ihbar dönemi bitiminde sona ereceği ve ihbar döneminin, işlemeye başlayan ihbar süresinin bitimi ile örtüşmediği hallerde, ihbar süresi bir sonraki ihbar dönemine kadar uzatılır. Bununla birlikte söz konusu yasak yalnızca sözleşmenin süreli feshi için geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme koruma süresi içinde haklı nedenle derhal feshedilebilir¹⁶⁶.

Düzenleme uyarınca koruma süresi içinde yapılan süreli fesih bildirimi hiç bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu itibarla, sözleşmeyi feshetmekte kararlı olan işverenin, bu sürelerin dolmasından sonra yeni bir fesih bildiriminde bulunması

¹⁶⁶ Aubry Girardin, 717.

gerekir. Fesih bildiriminin koruma süresinden önce yapılmış ve bildirim süresinin henüz dolmamış olması halinde ise, bildirim süresi koruma süresi boyunca işlemez. Diğer bir ifadeyle, bu dönemde bildirim süreleri askıdadır¹⁶⁷. Belirtmek gerekir ki, bir fesih hem zamansız hem de kötüniyetli olabilir. Örneğin, işveren üç yıldır yanında çalışmakta olan işçinin hastalanması ve bu nedenle devamsızlık yapması halinde, devamsızlığın ilk haftasında fesih bildiriminde bulunursa yapılan fesih zamansızdır. Bu hastalığa işverenin örneğin, işçiye psikolojik taciz uygulayarak ya da işçiye ağır çalışma koşulları altında iş görmeye zorlayarak sebep olmuş olması durumunda ise fesih aynı zamanda kötüniyetlidir. Bu durumda fesih bildirimi geçersiz olduğundan, yalnızca zamansız feshi düzenleyen CO 336c hükmü uygulama alanı bulur¹⁶⁸.

3. Haksız Fesih

Hukukumuzda süreli (olağan) fesih ve haklı nedenle derhal (olağanüstü) fesih olmak üzere iki tür feshe yer verilmiştir. Süreli fesih hakkı, sözleşmenin bir tarafının yasada öngörülen bildirim sürelerine uyarak “*belirsiz süreli*” iş sözleşmesini herhangi bir fesih sebebi göstermek zorunda olmaksızın sona erdirilebilmesine imkan tanır. Bu kural iş güvencesine tabi olmayan iş ilişkilerinin süreli feshi bakımından geçerlidir. Buna karşılık, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin süreli feshi halinde işveren, yasada öngörülen geçerli nedenlerden birine dayanmak zorundadır. Bununla birlikte, haklı nedenle derhal fesih hakkı “*hem belirli hem de belirsiz süreli*” iş sözleşmeleri bakımından söz konusudur. Haklı nedenle derhal fesih hakkı, işçinin iş güvencesine tabi olup olmadığına bakılmaksızın ancak haklı nedenlerin varlığı

¹⁶⁷ Aubry Girardin, 725.

¹⁶⁸ Aubry Girardin, 715.

halinde kullanılabilen bir olağanüstü hukuki yoldur. Diğer bir ifadeyle, haklı nedenle derhal fesih hakkının doğumu için feshe imkan veren bir haklı nedenin varlığı aranır¹⁶⁹.

Sürelî fesih hakkı ile haklı nedenle derhal fesih hakkının hukukî dayanakları, kullanım usulleri ve hukukî sonuçları birbirinden çok farklıdır. Şöyle ki, haklı nedenle derhal fesihte karşı tarafa bildirim süresi verilmesi gerekmezken, sözleşmenin sürelî fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde bildirim sürelerine uyulması gerekir.

Bunun gibi haklı nedenle derhal fesih işlemi (fesih haksız da olsa), fesih beyanı karşı tarafa ulaştığı anda bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna karşılık, sürelî fesih işlemi bildirim süreleri sonunda hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁷⁰. Öğretideki hakim görüşe göre, bildirim sürelerine riayet edilmemiş olması ya da feshin peşin ödeme suretiyle yapılmış olması bu sonucu değiştirmez¹⁷¹. Bu itibarla, usulsüz fesih iş sözleşmesinin sürelî fesih yoluyla sona erdirildiği hallerde uygulanacak bir yaptırım olup, haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılması halinde usulsüz feshe ilişkin yaptırımlar uygulanmaz¹⁷².

Haksız fesih ile fesih hakkının kötüye kullanılması da birbirini mutlak surette dışlayan iki farklı kavramdır. Şöyle ki, haklı nedenin mevcut olmadığı hallerde derhal fesih hakkı doğmaz. Doğmamış bir hakkın kötüye kullanılması ise olanaklı değildir. Buna göre, haklı neden olmaksızın sözleşmenin feshedilmesi halinde hakkın

¹⁶⁹ Haklı nedenle fesih hakkı ile ilgili olarak bkz. § 3 “*Haklı Nedenle Fesih Hakkının Hukukî Dayanağı*”

¹⁷⁰ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 376. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 274. *Wyler/Heinzer*, 604. *Güzel*, Değerlendirme 2010, 151-152.

¹⁷¹ Bkz. dn. 123.

¹⁷² Her haksız feshin aynı zamanda usulsüz fesih olduğu görüşünde bkz. *Özcan*, 127.

kötüye kullanılması değil, hak doğmadığı halde sözleşmenin feshedilmesi söz konusu olur¹⁷³. Bunun dışında, fesih hakkının kötüye kullanıldığını bunu ileri süren taraf ispatla yükümlüdür¹⁷⁴. Buna karşılık iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde sözleşmeyi fesheden taraf haklı nedeni ispatla yükümlüdür. Aksi halde haksız feshe ilişkin hüküm ve sonuçlar doğar¹⁷⁵.

Sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle derhal feshinde hukukta iki tür rejime yer verilmiştir. Bunlardan ilki, etkisizlik rejimidir (*régime d'inefficacité*). Etkisizlik rejimi uyarınca, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için, hakkın kullanıldığı anda haklı nedenin mevcut olması gerekir. Haklı nedeninin bulunmaması halinde yapılan işlem haksız değil, geçersiz olur. Bunun sonucu sözleşmenin, fesih hiç yapılmamış gibi kesintiye uğramaksızın devam etmesidir¹⁷⁶.

Buna karşılık etkinlik rejiminde (*régime d'efficacité*), fesih için haklı bir neden bulunmasa dahi, yapılan fesih sözleşmeyi sona erdirir. Haklı neden bulunmaksızın yapılan **fesih haksızdır**, buna rağmen fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Diğer deyişle, iş sözleşmesi fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda sona erer. Sürekli sözleşmelerin feshinde etkinlik rejiminin benimsenmesinin altında yatan neden, fesihden sonra sözleşmenin cebren ifasının mümkün olmamasıdır¹⁷⁷.

Türk Borçlar Kanununun kabulüyle hukukumuzda iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshinde etkinlik rejimi benimsenmiştir. Türk Borçlar Kanunu ile

¹⁷³ Süzek, İş Hukuku, 552. Doğan Yenisey, 340,342. Bedük, 923, 927.

¹⁷⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 327. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 174. Kaplan, İş Hukuku, 205.

¹⁷⁵ Oğuzman, Fesih, 121. Odaman, 247. Özdemir, 306. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 388. Gülver, 1008. Wyler/Heinzer, 571.

¹⁷⁶ Venturi-Zen-Ruffinen, 189-191, 408-410. Baycık, 399.

¹⁷⁷ Venturi-Zen- Ruffinen, 417-425. Gloor, 770. Baycık, 373. Doğan Yenisey, 345.

hukukumuzda kazandırılan haksız feshe ilişkin hükümler İsviçre Borçlar Kanunu esas alınarak düzenlenmiştir. Düzenlemeye kaynak olan İsviçre hukukunda da yapılan fesih haksız da olsa iş sözleşmesinin sona erdiği, ancak sözleşmeyi fesheden tarafın karşı tarafa tazminat ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla, İsviçre hukukunda fesih hakkından (*droit de résilier*) değil; fesih yetkisinden (*pouvoir de résilier*) bahsedilmektedir. Buna göre haklı nedenin mevcudiyeti halinde hem fesih hakkı hem de fesih yetkisi söz konusu olur. Buna karşılık, haklı nedenin yokluğu durumunda tarafların sadece fesih yetkisi bulunmaktadır¹⁷⁸.

Sonuç olarak, fesih beyanının hangi tür feshe yönelik olduğu konusunda tereddüt varsa ilk olarak güven teorisi uyarınca sözleşmenin süreli fesih yoluyla mı, yoksa haklı nedenle derhal mi sona erdirilmek istediği belirlenmelidir. Bu tespit sonucunda, sözleşmenin süreli fesih yoluyla sona erdirilmek istendiği sonucuna varılıyorsa, bildirim sürelerine riayet edilip edilmediği araştırılır. Eğer bildirim sürelerine uyulmamış ya da peşin ödeme suretiyle fesihte ihbar önelilerine ilişkin ücreti işçiye eksiksiz olarak ödenmemişse **fesih usulsüzdür**.

Sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilen işçi, iş güvencesine tabi ise, fesih için geçerli neden bulunup bulunmadığı araştırılır. Fesih için geçerli neden yoksa yapılan **fesih geçersiz** sayılır. Bu durumda İK'nın 18 vd. maddelerinde düzenlenen geçersiz feshe ilişkin hüküm ve sonuçlar uygulama alanı bulur.

Sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilen işçi iş güvencesine tabi değilse, feshin kötünietli olup olmadığı değerlendirilir. Fesih hakkı objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılmışsa **fesih hakkının kötüye kullanıldığı** kabul edilir. Bu durumda işveren, işçiye kötüniet tazminatı ödemekle yükümlü olur.

¹⁷⁸ Venturi-Zen-Ruffinen, 74. Baycık, 371-374.

Güven teorisine göre yapılan değerlendirme sonucunda sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedildiği sonucuna varılıyorsa, etkinlik rejimi uyarınca yapılan fesih haksız da olsa fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bununla birlikte, feshin diğer sonuçlarının belirlenmesi için ikinci aşamada, yapılan feshin haksız olup olmadığı değerlendirilir. Çalışmamızın bu bölümünde hangi durumlarda feshin haksız sayılacağı açıklığa kavuşturulacaktır.

II. HAKSIZ FESİH OLUŞTURAN HALLER

Feshi haksız hale getiren nedenler başlıca, fesih için haklı bir neden bulunmaksızın iş sözleşmesinin derhal feshedilmesi, ileri sürülen haklı nedenin ispatlanamaması ve fesih hakkının hak düşürücü süre içinde kullanılmamasıdır¹⁷⁹. Bununla birlikte, yazılı şekil şartına uyulmaksızın veya fesih nedeni bildirilmeksizin sözleşmenin derhal feshedilmesi, etkisizleşen fesih hakkının kullanılması suretiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, derhal fesih hakkının sözleşmeyle sınırlandırıldığı durumlarda sözleşme hükümlerine aykırı davranılarak sözleşmenin feshedilmesinin, sözleşmenin feshinde ayrımcılık yasakları ve eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi ile ölçülülük ilkesine aykırılığın feshi haksız kılıp kılmadığı ayrıca değerlendirilmesi gereken hususlardır.

Bu bölümde söz konusu nedenler sırasıyla incelenecek, yukarıda sayılan durumlara aykırılık halinde feshin haksız hale gelip gelmediği öğretideki çeşitli görüşler ve yargı kararları dikkate alınarak tartışılacaktır.

¹⁷⁹ *Süzek*, İş Hukuku, 718-719. *Sümer*, Uygulamalar, 244. *Bedük*, 923. *Savaş*, 222-223.

1. Fesih İçin Haklı Bir Nedenin Bulunmaması

İş sözleşmesinin tarafları derhal fesih haklarını ancak haklı nedenin varlığı halinde kullanabilirler. Buna göre, sözleşmeyi fesheden taraf feshi mutlaka kanunda sayılan haklı nedenlerden birine dayandırmak zorundadır¹⁸⁰. Feshi haklı kılan nedenlerden yalnızca birinin varlığı haklı nedenle derhal fesih hakkının doğumu için yeterlidir¹⁸¹. Birden fazla haklı nedenin varlığı halinde ise, sözleşmeyi fesheden taraf, bu nedenlerden yalnızca birine veya birkaçına dayanarak iş sözleşmesini derhal sona erdirebilir¹⁸².

Sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için feshe dayanak oluşturan haklı nedenin, objektif ve sübjektif olarak belli bir ağırlıkta olması gerekir¹⁸³. Feshe dayanak oluşturan neden, dürüstlük kuralları uyarınca bildirim süreleri boyunca dahi sözleşmeye devamı beklenemez kılıyorsa objektif olarak ağırdır. Diğer bir ifadeyle, aynı durumda olan makul bir kişiden dürüstlük kurallarına göre sözleşmeye devam etmesi beklenemiyorsa, ileri sürülen fesih nedeninin objektif olarak haklı neden ağırlığında olduğu kabul edilmelidir. Bu değerlendirme, feshe neden olan fiilin kasten işlenip işlenmediği, yol açtığı zararın büyüklüğü, tekrarlanma olasılığı, öncesinde yaşanan olayların etkisi, işçinin işyerindeki pozisyonu, ücreti, sözleşmenin devam süresi ve işverenin birlikte kusuru dikkate alınarak yapılır¹⁸⁴. Bununla birlikte, feshe neden olan fiilin objektif olarak belli bir

¹⁸⁰ Tunçomağ/Centel, 215. Odaman, 248. Demir, 16. Arslan, 15.

¹⁸¹ Venturi-Zen-Ruffinen, 132.

¹⁸² Odaman, 248. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 388. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 800. Gloor, 741.

¹⁸³ Cherpillod, 135-136. Venturi-Zen-Ruffinen, 147. Gloor, 742.

¹⁸⁴ TF 4A_723/2011 du 5.3.2012, c.4. TF 4A_333/2009 du 3.12.2009, c. 2.3. TF 4C.119/2006 du 29.8.2006, c.3.

ağırlıkta olduğunun kabul edilebilmesi için mutlaka kasten işlenmiş veya zarara yol açmış olması gerekmez. Buna göre, ihlal edilen yükümlülüklerin ağırlığı veya maruz kalınan riskin büyüklüğü de tek başına haklı nedenle derhal feshe imkan verebilir. Örneğin, İş Kanununun 25/II-ı bendinde düzenlenen işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi durumunda işverenin bu nedenle bir zarara uğramış olması aranmaz¹⁸⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, işyerinde kask takmayı ısrarla reddeden işçinin haklı nedenle derhal işten çıkarılabileceğine karar vermiştir¹⁸⁶.

Objektif ağırlık, mutlak ağırlık ve nispi ağırlık biçiminde karşımıza çıkar. Mutlak ağırlık, feshe dayanak oluşturan nedenin bütün durum ve koşullar dikkate alındığında sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için tek başına yeterli olması anlamına gelir¹⁸⁷. Örneğin, İK m. 25/II-f uyarınca işçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi tek başına haklı fesih nedenidir.

Nispi ağırlık ise, feshe neden olan haklı nedenin ancak birkaç kez tekrarlanması ya da birden fazla nedenin bir araya gelmesi halinde sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebilmesidir¹⁸⁸. Örneğin, İş Kanunu uyarınca işçinin işe sadece bir gün devamsızlık yapması, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için yeterli değildir. Bununla birlikte, işçi işverenden izin almaksızın veya haklı bir

¹⁸⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 796. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 275. Wyler/Heinzer, 572.

¹⁸⁶ TF 4A_167/2009 du 10.6.2009, c.3. İşçinin uyarılara rağmen baret takmayı reddetmesinin geçerli fesih nedeni olduğu yönünde bkz. Y22HD, T. 25.2.2016, E. 2016/263, K. 2016/5617. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁸⁷ Venturi-Zen-Ruffinen, 149-150. Caruzzo, no. 561.

¹⁸⁸ Venturi-Zen-Ruffinen, 150.

sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmezse sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilir.

Nispi ağırlığa, İK m. 25/II-h'de düzenlenen işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi de örnek verilebilir. Düzenleme şu açıdan önem taşır; nispi ağırlık söz konusu olduğunda, sözleşmeye devamın çekilmez hale geldiğinin ileri sürülebilmesi için kural olarak, karşı tarafın en az bir kez uyarılmış olması gerekir. İsviçre hukukunda da, ileri sürülen fesih nedeni tek başına haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte, işçi bu konuda daha önce uyarılmış fakat aynı davranışı tekrarlamaya devam etmişse, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebileceği kabul edilmektedir. Uyarı, açık, anlaşılır ve meşru olmak kaydıyla yazılı veya sözlü olabilir. Uyarının açık ve anlaşılır olduğunun kabul edilebilmesi için, uyarıya konu olan davranışın tekrarı halinde sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedileceğinin işçiye bildirilmiş olması gerekir. Meşruluk ile kastedilen ise işçinin yasadan veya sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle uyarılmasıdır¹⁸⁹.

Federal Mahkeme içtihadı, işçinin daha önce kaç kez uyarılmış olması gerektiği konusunda kesin bir sınır çizilemeyeceği, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için gereken uyarı sayısının bütün durum ve koşullar değerlendirilerek hakim tarafından takdir edileceği, ancak yapılan uyarıda, davranışları devam ettiği takdirde işçinin sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedileceğinin işçiye bildirilmesi gerektiği yönündedir¹⁹⁰.

¹⁸⁹ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 150. *Caruzzo*, no. 561. *Wylser/Heinzer*, 572. *Gloor*, 744-745.

¹⁹⁰ ATF 127 III 153, c. 1.c = JdT 2001 I 366. Aynı yönde, TF 4C.119/2006 du 29.8.2006, c.3.

Belirtmek gerekir ki, tekrarlanan davranış, işçinin daha önceden uyarıldığı davranışla aynı nitelikte ise haklı nedenle derhal feshe imkan verir. Örneğin, devamsızlık yapmaması konusunda uyarılan bir işçi, devamsızlık yapmaya devam ederse sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir¹⁹¹. Buna karşılık, işçinin devamsızlıkla hiçbir ilgisi olmayan sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunması durumunda daha önce uyarılmış olduğundan hareketle iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilemez. Meğer ki bu davranış tek başına haklı neden ağırlığında olsun¹⁹². Federal Mahkeme kararına konu olan bir uyuşmazlıkta inşaat işçisi, işyerindeki davranışlarını düzeltmesi ve daha yapıcı davranması konusunda iki kez uyarılmış, bu uyarılardan sonra iki kez terfi ettirilmiş ve ekip lideri görevine atanmıştır. Ekip lideri görevini yürüttüğü sırada işçi ile işveren arasında işçilerin işyerine tanışması konusunda bir tartışma yaşanmıştır. Olayda işçileri taşıyan otobüsün bozulması nedeniyle işçiler şantiyeye zamanında varamamışlar, bunun üzerine işveren davacı işçiden, işçileri özel arabası ile taşımalarını talep etmiştir. Davacı işçi, işverenin bu talebini zaten yol harcırahlarını zar zor aldıkları ve işçilerin taşınmasının kendi sorumluluğunda olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bunun üzerine işçi, daha önce iki kez yapıcı davranması konusunda uyarıldığı ve bu davranışının özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle işten çıkarılmıştır. Federal Mahkeme, işçinin daha önceden uyarılmış olmasına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, işçinin uyarıldıktan sonra iki kez terfi aldığıнын altını çizmiş ve bu durumda işverence önceden yapılan uyarıların bir hükmü kalmadığına, işçinin söz konusu davranışının tek başına haklı nedenle derhal fesih ağırlığında olmadığına isabetli olarak karar vermiştir¹⁹³.

¹⁹¹ TF 4C.119/2006 du 29.8.2006, c.3.

¹⁹² *Caruzzo*, no. 562.

¹⁹³ TF 4C.303/2005 du 1.12.2005, c.2.4.

Feshin haklı nedenle yapılmış kabul edilebilmesi için, ileri sürülen haklı nedenin sübjektif olarak da belli bir ağırlıkta olması gerekir. Sübjektif ağırlık, sözleşmeye devamı çekilmez kıldığı ileri sürülen nedenin bizzat sözleşmeyi fesheden taraf bakımından belli bir ağırlıkta olması anlamına gelir¹⁹⁴.

Sübjektif ağırlık, sözleşmeyi fesheden tarafın, haklı nedeni öğrendikten sonraki hal ve hareketlerine ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Bununla birlikte, işverenin tüzel kişi olması durumunda, sübjektif ağırlık kriterinin uygulanmasında bazı sorunlarla karşılaşılır. Zira, işverenin tüzel kişi olduğu işletmelerde yönetim hakkı genellikle tek elde toplanmaz. Bu durumda rasyonel işletmecilik anlayışı altında yönetim hakkı, farklı seviye ve yetkideki kişi ve organlar arasında paylaşılır. Yönetim hakkının birden fazla kişi veya organ eliyle kullanılması, sübjektif ağırlık kriterinin uygulanacağı süjenin belirlenmesini zorlaştırır. Örneğin, sadakat yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde, iş sözleşmesine devamın sübjektif olarak çekilmez hale gelmesi işçinin amiri bakımından mı yoksa tüzel kişi işveren bakımından mı aranacaktır? Buna göre, sözleşme yalnızca işveren vekilinin keyfi değerlendirmesine dayanılarak işçinin hafif bir kusuru nedeniyle haklı nedenle derhal feshedilmişse yapılan fesih haksızdır. Zira, bu durumda feshe dayanak oluşturan sebep işveren vekili bakımından sübjektif olarak ağır bir nitelik taşıyor olsa bile, objektif olarak haklı nedenle derhal feshe yol açacak ağırlıkta değildir¹⁹⁵.

Feshe neden olan olgunun haklı neden niteliği taşıyıp taşımadığı, uyuşmazlık halinde hakim tarafından takdir edilecektir. Hakim, somut olayın özelliklerini değerlendirecek, taraflar arasındaki menfaat dengesini tartacak ve beklenemezlik

¹⁹⁴ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 167. *Gloor*, 742.

¹⁹⁵ *Gloor*, 742.

ölçütü uyarınca sözleşmeyi fesheden taraftan bildirim sürelerinin bitimine kadar ilişkiye devam etmesinin beklenebilir olup olmadığına karar verecektir¹⁹⁶.

Beklenemezlik ile kastedilen, dürüstlük kuralı uyarınca iş ilişkisinin çekilmez hale gelmesi, taraflar arasındaki güven temelinin çökmesi ve iş ilişkisini derhal sona erdirmeye gereğinin hasıl olmasıdır. Bu itibarla, haklılığın tespitinde taraflar arasındaki ilişki bütün yönleriyle değerlendirilmeli, ihlalin ağırlığı ve yoğunluğu, kusurun derecesi, daha önce benzer bir ihlalin meydana gelip gelmediği, taraflar arasındaki güvenin boyutu, iş ilişkisinin devam süresi gibi hususlar dikkate alınmalıdır¹⁹⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi, ayrıca işçinin içinde bulunduğu grubun sosyo-kültürel yapısını da feshin haklılığının belirlenmesinde bir kriter olarak değerlendirmektedir. Nitekim Federal Mahkeme bir kararında, işçinin işyerinde sıkça telefonuyla ilgilenmesi sebebiyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshini işçinin yaşı, tecrübesizliği ve yeni jenerasyonun telefonla gereğinden fazla ilgilenmesi de dikkate alındığında haksız bulmuştur¹⁹⁸. Mahkeme bir diğer kararında ise, iki inşaat işçisinin birbirine sataşması nedeniyle işten çıkarılmasını, inşaat işinin doğası gereği belli bir düzeyde gerginliği barındırması sebebiyle haksız fesih olarak nitelendirmiştir¹⁹⁹.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre²⁰⁰, İK'nın 25. maddesinde yer alan haklı nedenlerden bir kısmı hakime takdir yetkisi bırakmayacak biçimde kaleme alınmıştır. “İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması” (25/II-c),

¹⁹⁶ *Alpagut*, Haklı Neden, 75. *Alp*, Değerlendirme 2006, 159. *Yürekli*, 244, 266. *Wylter/Heinzer*, 574. *Gloor*, 742.

¹⁹⁷ *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 795-796. *Alpagut*, Haklı Neden, 77. *Demir*, 21.

¹⁹⁸ TF 4C.351/2004 du 20.1.2005, c.6.2.

¹⁹⁹ TF 4C.331/2005 du 16.12.2005, c.2.2.1

²⁰⁰ *Alpagut*, Haklı Neden, 73-79. *Astarlı*, 313.

“işyerinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi” (25/II-f), “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” (25/II-g), “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” (25/II-ı) halinde hakim yalnızca feshe dayanak olan olguların mevcudiyetini belirleme yetkisine sahiptir. Buna göre, anılan durumlarda hakim söz konusu olguların meydana gelip gelmediğini belirlemekle yetinecek, ayrıca beklenemezlik yönünden bir değerlendirme yapamayacaktır. Buna karşılık, hakimin devamsızlığın haklı bir mazerete dayanıp dayanmadığını belirleme konusunda takdir yetkisi vardır. Hakim takdir yetkisini kullanırken, devamsızlık nedeni yanında işçinin kusurunun ağırlığını da değerlendirir. Nitekim uyuşmazlık konusu bir olayda Yüksek Mahkeme, bacanağının ölümü üzerine cenazeyi memleketine götüren ve imalat müdürünü durumdan haberdar eden işçinin kısa süreli devamsızlığının haklı bir mazerete dayandığına isabetli olarak hükmetmiştir²⁰¹.

Bir diğer uyuşmazlıkta, işçi ikiz çocuklarının hastalanması nedeniyle amirinden izin istemiş ancak talebi “*Biz bu işyerinde böyle bahanelere izin isteyen bir personelle çalışmayız bir daha gelme*” denilerek reddedilmiştir. İşçi ihbar ve kıdem tazminatları ile işçilik alacaklarının ödenmesi talebiyle dava açmıştır. Davalı işveren, iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle haklı nedenle derhal feshedildiğini ileri sürmüştür. Yerel Mahkeme işçinin izin isteme nedeninin hastaneye gitmek

²⁰¹ Y9HD, T. 23.6.2014, E. 2012/22299, K. 2014/21005, Çil, İlke Kararları, 657-659. Benzer yönde, T. 23.Y9HD, T. 22.10.2007, E. 2007/5276, K. 2007/30868, Çalışma ve Toplum, S. 17, 336-337.

olduğuna, bu durumun hastane kayıtlarıyla sabit olduğuna ve sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğine karar vermiştir. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme sözleşmenin izin istediği halde verilmemesi nedeniyle, işçi tarafından haklı nedenle derhal feshedildiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur²⁰².

Kanımızca, Yerel Mahkeme'nin kararı daha isabetlidir. Zira, olayda işçinin fesih iradesi bulunmamaktadır. Buna karşılık, işverenin fesih iradesi feshe yetkili işveren vekili tarafından “...bir daha gelme” denilerek ortaya konulmuştur. Bunun da ötesinde, mahkemeye sunduğu cevap dilekçesinde işveren, iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle haklı nedenle derhal feshedildiğini kabul etmiştir. Bu durumda, devamsızlığın haklı bir mazerete dayanıyor olması sebebiyle sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedildiği sonucuna varmak gerekir²⁰³.

Yüksek Mahkeme yakın tarihli bir kararında kanımızca isabetsiz olarak, işçinin hafta tatili olan Pazar günü çalışmayı reddetmesini fesih için haklı neden olarak değerlendirmiştir. Olayda işveren Pazar günü yapılacak olan mobilya fuarında işçilerin, fuara götürülecek mobilyaların montaj işinde çalışmalarını talep etmiş ve Pazar günü çalışmaya gelmeyenlerin bir daha işe gelmemelerini söylemiştir. İşçiler ise fuardan önceki günler Cumartesi günü de dahil yoğun olarak çalıştıklarını ve Pazar gününün hafta tatili olması nedeniyle işe gelmelerinin kendilerinden beklenemeyeceğini ifade etmişlerdir. Bunun üzerine fuara katılmayan işçilerin iş sözleşmeleri işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilmiştir. Yargıtay “*Davalı işverenin arızı bir durum olan fuar için mobilya montaj işinde çalışan davacı ve diğer işçilerden pazar günü çalışmalarını istediği, davacı ve diğer üç işçinin ise*

²⁰² Y9HD, T. 27.12.2010, E. 2009/1567, K. 2010/41009 ve *Güzel*'in eleştirisi *Güzel*, Değerlendirme 2010, 249-251.

²⁰³ *Güzel*, Değerlendirme 2010, 249-251.

*toplu olarak pazar gününü fuarda çalışmadıkları, bu nedenle işverence dışarıdan eleman bulunarak fuarda tanıtılacak mobilyaların montaj işinin yaptırıldığı, **fuvarın işveren için ekonomik olarak önem arz ettiği gibi çalışmanın tek günlük arızı bir durum olduğu**, bu nedenle davacı ile diğer işçilerin fuar çalışmalarına işverenin talebine rağmen söz konusu fuar gününün hafta tatili olduğu gerekçesi ile toplu olarak katılmayacaklarını bildirmelerinin iyiniyetli olmadığı, **davacının pazar günkü çalışmaya katılmaması için başka bir mazeret bildirmediği, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçileri pazar günü çalıştırılmasının da mümkün olduğu**, bu nedenle işvereni zor durumda bırakma amaçlı işçinin bu davranışının doğruluk ve bağlılık kurallarına da aykırı olduğu”* gerekçesiyle feshin haklı nedene dayandığına karar vermiştir²⁰⁴.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İş Kanununun 46. maddesinde “*Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir*” hükmüne yer verilmiştir. Hafta tatiline ilişkin diğer düzenlemeler 394 Sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanunu ile 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda yer almaktadır. 2429 sayılı Kanunun 3. maddesine göre hafta tatili Pazar günüdür. Ancak, faaliyetin süreli olduğu işyerlerinde Pazar günü çalışan işçilere, 394 Sayılı Kanunun 4/E-2 bendi uyarınca hafta içinde diğer bir gün hafta tatili verilebilir. Hafta tatili hakkı, Anayasa’nın 50. maddesinin 3. fıkrasında “*Dinlenmek, çalışanların hakkıdır*” hükmüyle güvence altına alınmış temel bir insan hakkıdır. Bu hak, işçi sağlığını korumayı amaçlayan şahsa sıkı sıkıya bağlı bir mutlak haktır. İşveren hafta tatili

²⁰⁴ Y7HD, T. 26.1.2015, E. 2014/15443, K. 2015/584, Çalışma ve Toplum, S. 48, 2016/1, 317-320.

hakkını kullandırmakla mükellef olup, bu haktan işçi kendi rızasıyla dahi feragat edemez. Kararda gerekçe olarak, fuarın işveren için ekonomik olarak önem arz etmesi, çalışmanın arızı olması, işverenin işi dışardan başka işçilere yaptırmak durumunda kalması gösterilmiştir. Kanımızca fuarın işveren için ekonomik önem arz etmesi, işçilere hafta tatili verilmemesinin haklı gerekçesi olamaz. Zira, işçinin sağlık hakkının korunmasının gerektiği yerde hiçbir mali ve ekonomik gerekçe ve giderler bu konunun ikinci plana atılmasının yeterli özrünü oluşturmaz²⁰⁵.

Kararda ikinci olarak, davacı işçinin devamsızlık için başka mazeret bildirmediği ifade edilmiştir. Oysa, Kanundan doğan bir hakkın kullanılması devamsızlık için haklı bir mazeret olup, işçinin bunun dışında bir mazeret ileri sürmesine gerek yoktur. Bunun da ötesinde, işçinin devamsızlığından söz edebilmek için söz konusu tarihin işçi bakımından çalışılması gereken işgünü olması gerekir²⁰⁶. Hafta tatili ise işçinin çalışmakla yükümlü olduğu bir işgünü değildir.

Kararda feshi haklı kılan diğer bir gerekçe olarak, işçilerin Pazar günü çalıştırılmasının işverenin yönetim hakkı kapsamında olması gösterilmiştir. Gerçekten de, istisnai bir durum olarak, Pazar günü yapılacak olan fuarda işçilerin çalıştırılması işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Ancak bunun kabul edilebilmesi için Pazar günü fuar olacağını bilen işverenin, işçiyi gözetme borcunun bir gereği olarak bu durumu önceden hesap etmiş ve işçilere hafta tatili haklarını önceden kullandırmış olması gerekir. Bu çerçevede örneğin, Pazar gününden önceki bir gün işçiye hafta tatili verilmiş olsaydı, işçinin Pazar günü çalışmayı kabul etmemesi sadakat borcuna aykırılık olarak değerlendirilebilirdi.

²⁰⁵ Bu konuda bkz. *Süzek*, 891.

²⁰⁶ Y7HD, T. 12.07.2013, E. 2013/5216, K. 2013/13277, Çalışma ve Toplum, S. 40, 2014/1, 344-347.

Buna karşılık, somut olayda işçi Pazar gününden önceki altı gün boyunca çalışmıştır. Anılan nedenlerle işçinin hafta tatilinde çalışmayı reddetmesi haklı bir nedene dayanmakta olup, işverence yapılan fesih haksızdır.

Fesih için haklı nedenin bulunmaması halinde yapılan fesih işlemi “*haksız fesih*” niteliği taşır. Bu durumda haksız feshin hüküm ve sonuçları doğar²⁰⁷. Fesih için haklı nedenin bulunmasından anlaşılması gereken, haklı nedenin fesih anında mevcut olmasıdır²⁰⁸. Sonradan ortaya çıkan yahut sonradan öğrenilen nedenlerin, yapılan feshi haklı kılıp kılmadığı ise aşağıda incelenecektir.

A. Haklı Nedenin Fesih Anında Mevcut Olmaması

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için, feshe dayanak olan haklı nedenin fesih anında mevcut olması gerekir²⁰⁹. Örneğin, İş Kanununun 25. maddesinin 4. bendinde işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın bildirim sürelerini aşması, haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Buna göre, iş sözleşmesinin tutukluluk veya gözüaltına alınma nedeniyle işverence feshi, tutukluluk ya da gözüaltı devam ettiği süre içinde ve işçinin bu sebeple devamsızlığı bildirim sürelerini aştıktan sonra yapılmalıdır. Gözüaltı veya tutukluluk sona erdikten sonra, iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilemez. Bu durumda, gözüaltı veya tutukluluk devam ederken feshe yeter sürenin sağlanmış olması da bir önem taşımaz. Örneğin, bildirim süresi dört hafta olan bir işçi, iki ay süreyle tutuklu

²⁰⁷ Süzek, İş Hukuku, 718-719. Sümer, Uygulamalar, 244. Bedük, 923. Savaş, 222-223.

²⁰⁸ Seliçi, 158. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 797. Odaman, 247. Baycık, 399. Çelik Ç., 24. Baysal, 8.

²⁰⁹ Seliçi, 158. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 797. Odaman, 247. Baycık, 399. Çelik Ç., 24. Baysal, 8.

kalmış ancak daha sonra işe dönmüş ve işveren de işçiyi çalıştırmaya devam etmişse, işveren artık tutukluluk nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedemez²¹⁰.

Aynı durum, sağlık sebeplerine dayanılarak yapılan fesihler bakımından da söz konusudur. Örneğin, işçinin hastalık veya kaza nedeniyle işe devam edememesi halinde işverenin fesih hakkı, devamsızlığın bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Bu süre içinde iş sözleşmesi askıdadır. Bekleme süresinin dolmasından sonra ise işveren, devamsızlık devam ettiği müddetçe haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir. Ancak işveren bekleme süresinden sonra ve işçi işe dönmeye önce iş sözleşmesini feshetmemişse, işçinin işe dönmeye sonra fesih hakkını kullanamaz²¹¹. Yargıtay da bir kararında, işçinin rapor bitiminde işe dönmüş olmasına rağmen kendisine iş verilmemesini ve sonrasında iş sözleşmesinin feshedilmesini haksız fesih olarak nitelendirmiştir²¹².

Öte yandan mevcudiyeti kesin olmayan diğer bir ifadeyle, şüpheye dayanılarak yapılan fesihler de haklı nedenin varlığı için yeterli kabul edilemez. Alman hukukunda “*şüphe feshi*” olarak adlandırılan bu fesih, Yargıtay tarafından benimsenmiş görünmektedir. Zira Yargıtay, iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsıldığı, elverişli olay ve vakıalara dayanan güçlü bir şüphenin bulunduğu ve bu şüphenin objektif vakıa ve emarelerle desteklendiği hallerde fesih için “*haklı*” değil ancak işçinin yeterliliğini ortadan kaldıran bir “*geçerli*” nedenin bulunduğunu yönünde kararlar vermektedir²¹³. Örneğin, Yüksek Mahkeme 2007 tarihli bir

²¹⁰ *Akyiğit*, Tutukluluk, 60-61.

²¹¹ *Kılıçoğlu/Şenocak*, Tahmin İlkesi, 103. *Savaş*, 55.

²¹² Y9HD, T. 30.6.2008, E. 2007/42752, K. 2008/18068. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

²¹³ Y22HD, T. 8.2.2016, E. 2014/31374, K. 2016/2871. Y9HD, T. 17.12.2015, E. 2015/34482, K. 2015/35755. Y22HD, T. 8.10.2015, E. 2015/18802, K. 2015/27569. Y9HD, T. 19.12.2014, E.

kararında demiryolu işçisi olan bir kişinin daha önce yasadışı örgüt üyeliğinden hüküm giydiği, son dönemlerde terör olaylarının arttığı ve demiryolu ulaşımının hedefler arasında bulunduğu göz önüne alındığında sözleşmenin feshinin haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte geçerli nedene dayandığına karar vermiştir²¹⁴.

Söz konusu karar doktrinde *Yenisey* tarafından incelenmiştir. İncelemede ilk olarak geleceğe ilişkin bir şüphenin feshe konu olup olamayacağı değerlendirilmiş ve anılan durumda feshin ancak, suçun veya sözleşmeye aykırı davranışın işleneceğine dair ayrıntılı planların ortaya konularak bu ihtimalin somut olgularla ispatlanması halinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, işçinin geçmişte sabıkasının bulunması, onun potansiyel suçlu olarak değerlendirilebilmesi için tek başına yeterli değildir. İşçinin suç işleyeceğine dair somut verilerin ortaya konulmaması, örneğin işçinin bu yönde planlar yaptığının, söz ve davranışlarında değişiklikler meydana geldiğinin ispatlanamaması durumunda sözleşme şüpheyne dayanarak feshedilemez. Olayda ise işveren, işçinin “*sabıkasını bildiği halde*” onu çalıştırmaya devam etmiş, fakat daha sonra geçmiş sabıkasının yarattığı şüphe nedeniyle sözleşmeyi feshetmiştir. İşverenin, işçinin geçmişte terör örgütüyle bağlantılı olmasından başka feshe dayanak yaptığı hiçbir somut olgu bulunmamaktadır. Olayda işçinin, terör örgütüyle bağlantısının devam ettiği ya da bir terör eylemi planı içinde olduğu da ispatlanabilmiş değildir. Bunun da ötesinde, işçinin geçmişte terör örgütüyle

2014/27366, K. 2014/38903. Y9HD, T. 1.12.2014, E. 2014/25713, K. 2014/36221. Y9HD, T. 11.9.2014, E. 2014/10707, K. 2014/26327. Y22HD, T. 30.4.2012, E. 2011/15771, K. 2012/8295. Y9HD, T. 24.5.2010, E. 2009/20403, K. 2010/14364. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

²¹⁴ Y9HD, T. 22.10.2007, E. 2007/16878, K. 2007/30923 ve *Doğan Yenisey*’in İncelemesi, Sicil, Eylül 2008, 65-72. Alman hukukunda işçinin yasadışı parti ya da örgüte kesin ya da olası üyeliği durumunda iş sözleşmesinin feshedilebileceği kabul edilmektedir. *Michel*, 412 dn. 21’de sayılan kararlar.

bağlantılı olduğu işveren tarafından başından beri bilinmekte olup, işveren geçmiş sabıkasını bilerek işçiye işe almıştır. Anılan nedenlerle işverence yapılan şüphe feshinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Öğretide bir görüşe göre²¹⁵, hukukumuzda iki fesih türüne yer verilmiştir. Bunlardan ilki süreli fesih, diğeri ise haklı nedenle derhal fesihtir. İş güvencesine tabi olmayan bir işçinin iş sözleşmesi işverence bildirim sürelerine uyularak her zaman feshedilebileceğinden, şüphe feshinin yerindeliliğini tartışmaya gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık, iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmeleri ancak haklı veya geçerli nedenlerin varlığı halinde feshedilebilir. Haklı veya geçerli bir nedenin arandığı iş güvencesi sisteminde ise şüphe feshine yer yoktur. Diğer bir ifadeyle, şüphe halinde ne haklı ne de geçerli bir nedenden bahsedilemez. Bu nedenle, şüpheyeye dayanılarak iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilmesi durumunda, iş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından haksız, iş güvencesine tabi işçiler bakımındansa haksız ve geçersiz fesih söz konusu olur.

Alman hukukunda şüphe feshi, işçinin sözleşmeye aykırı davrandığı veya suç işlediğine ilişkin şüphenin, iş sözleşmesine devamı işveren bakımından beklenemez kıldığı ve taraflar arasındaki güven ilişkisini ağır biçimde zedelediği ya da ortadan kaldırdığı durumlarda söz konusu olur. Buna göre, belirli koşulların varlığı halinde sözleşme şüpheyeye dayanılarak *olağan* veya *olağanüstü* fesih yoluyla sona erdirilebilir. Alman Yargısı hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, suça yataklık ve güvenin kötüye kullanılması gibi pek çok konudaki şüpheyi fesih için geçerli neden kabul etmektedir. Bu durumda, Anayasal bir hak olan işçinin özel hayatının korunması ile diğeri bir Anayasal hak olan işverenin girişim özgürlüğü arasında bir

²¹⁵ Özdemir, İşe İade, 65.

çatışma olduğu kabul edilmekte ve belirli şartların varlığı halinde işverenin girişim özgürlüğüne üstünlük tanınmaktadır²¹⁶.

Bununla birlikte, Alman hukukunda şüphe nedeniyle yapılan feshin geçerliliği katı koşullara bağlanmıştır. İlk olarak şüphe, işverenin şahsına veya malvarlığına yönelik bir suçun işlendiğine ya da iş sözleşmesinin ağır ihlaline ilişkin olmalıdır. Örneğin, işçinin hırsızlık, zimmet gibi bir suç işlemiş olma ihtimalinde ya da hasta olmadığı halde rapor kullanması, çalışma zamanlarını gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi gibi sözleşmeye aykırı davrandığından şüphelenilmesi durumunda işveren, şüpheyeye dayanarak iş sözleşmesini feshedebilir. Buna karşılık, örneğin, işçinin işe beş dakika geç geldiğinden şüphelenilmesi halinde sözleşmenin ağır ihlalden söz edilemez²¹⁷. İkinci olarak, işverenin feshe dayanak yaptığı şüphe somut olgularla destekleniyor olmalıdır. İşveren, sübjektif değerlendirmelere dayanan soyut bir şüpheyeye dayanarak sözleşmeyi feshedemez. Diğer bir ifadeyle, şüphenin feshi geçerli kılması için, söz konusu suçun veya davranışın işçi tarafından işlenmiş olma olasılığı “*objektif olarak*” yüksek olmalıdır. Bu bağlamda, *adil* ve *makul* bir işverenden iş ilişkisine devam etmesi beklenemeyecek nitelikteyse, sözleşme geçerli olarak sona erdirilebilir. Üçüncü olarak, işveren şüphe konusu olayın aydınlatılması için her türlü çabayı göstermiş, bu konuda işçinin savunmasını ve işyeri kurulunun görüşünü almış olmalıdır. Bu zorunluluğun temelinde işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü, orantılılık ilkesi ve dinlenilme hakkı yatar. Bu itibarla, savunması alınan işçiye, şüphenin dayandığı bütün sebepler konusunda önceden bilgi verilmeli, işyeri kurulu konuyla ilgili tüm olayları dinlemeli ve değerlendirmelidir²¹⁸.

²¹⁶ Michel, 411-412.

²¹⁷ Michel, 414.

²¹⁸ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, 67-69. Kaplan K., 983-986. Michel, 414.

Bununla birlikte, savunmanın mutlaka sözlü olarak alınması gerekmez. İşçiden yazılı savunma da istenebilir. Her iki ihtimalde de işçiye savunmasını hazırlaması için yeterli bir süre verilmelidir. Bu bağlamda, işçiye bir hafta süre verilmesi genellikle yeterli kabul edilmektedir²¹⁹.

Alman hukukunda şüphe nedeniyle iş sözleşmesinin feshi, genellikle olağanüstü fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Buna göre, sözleşmeyi olağanüstü fesih yoluyla sona erdiren işveren, iki haftalık hak düşürücü süre içinde fesih hakkını kullanmalıdır. Hak düşürücü sürenin geçirilmesi durumunda fesih geçersiz kabul edilir. Bu süre, feshe neden olan olayın işveren veya feshe yetkili kişi veya merci tarafından öğrenilmesinden başlar. Şüphe feshinde ise, hak düşürücü sürenin başlangıcı, işverenin incelemeleri neticesinde iş ilişkisini sona erdirmesine neden olan olguları öğrendiği andır. Bu anın tespiti ise oldukça güçtür. Bu nedenle, işverenin fesih bildirimini kötü niyetli olarak geciktirmesi durumunda, feshin haklı nedene dayanmadığı kabul edilir. Belirtmek gerekir ki, hak düşürücü süre, hiçbir durumda işçinin savunmasının alınmasından evvel işlemeye başlamaz. Buna karşılık, işçinin savunmasının alındığı tarih, her halde hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak kabul edilemez. Zira, işçinin verdiği bilgiler neticesinde, işverenin nihai kararını vermek amacıyla bir süre daha araştırma yapması gerekebilir. Bu durumda hak düşürücü süre işçinin savunmasının alınmasından sonraki bir tarihte işlemeye başlar²²⁰.

²¹⁹ Michel, 414.

²²⁰ Michel, 417-418.

İsviçre öğretisinde ise bir görüş²²¹, şüpheyeye dayanılarak yapılan feshin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesine ve işverenin, işçinin kişiliğini koruma borcuna aykırı olduğu yönündedir. Buna göre, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için işçiye isnat edilen sebeplerin mevcudiyetinin kesin olarak kanıtlanmış olması gerekir. Eğer isnat edilen fiillerin doğruluğu ne görülen davada ne de önceden görülmüş bir ceza yargılamasında kanıtlanamamışsa, sözleşmenin bu nedenle feshi haksızdır.

Diğer bir görüş ise²²², şüphenin haklı neden niteliğinde sayılabilecek bir duruma ilişkin olması ve işçiye isnat edilen fiilin işlendiğinin en azından işyerinde yapılan bir soruşturma ile destekleniyor olması durumunda, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, masumiyet karinesi, haklı nedenle derhal fesihler bakımından uygulanmamalıdır. Zira, haklı nedenin doğması için karşı tarafın kusurlu olması gerekmediği gibi, nedeni ister şüphe ister somut bir vakıa olsun taraflar arasındaki güven ilişkisinin çökmesi haklı nedenle fesih derhal hakkının doğumu için yeterlidir.

Federal Mahkeme, işverenin sübjektif algısına dayanması sebebiyle, şüphenin sözleşmenin feshinde haklı neden teşkil etmeyeceğine zira, haklı nedenle derhal feshin işverenin şahsi kanı ve algılarına göre temellendirilemeyeceğine karar vermektedir. Bu nedenle, sözleşmenin şüphe nedeniyle feshinde risk işveren üzerindedir. Yapılan soruşturma sonucunda şüphe edilen fiilin işlendiği kanıtlanamazsa, işveren haksız feshin hüküm ve sonuçlarından sorumlu olur²²³. Buna

²²¹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 277. Wyler/Heinzer, 579. Gloor, 763. Venturi-Zen-Ruffinen, 160-161 ve dn. 396'da sayılan yazarlar.

²²² Venturi-Zen-Ruffinen, 161 ve dn. 399'da sayılan yazarlar.

²²³ TF 4A_251/2009 du 29.6.2009, c. 1.1. TF 4A_507/2010 du 2.12.2010, c. 3.5. Gloor, 762.

karşılık, işçinin aslında açığa kavuşturulabilecek olan bir şüphenin aydınlatılmasını kötü niyetli olarak engellemesi durumunda sözleşme haklı nedenle derhal feshedilebilir. Federal Mahkeme bir kararında bu hususu “İşverenin şüpheye dayanarak sözleşmeyi feshetmesi durumunda söz konusu şüphenin gerçekliği ispatlanamazsa yapılan fesih, ispat yokluğu nedeniyle haksız feshin sonuçlarına tabi olur. İşçinin gerçeğin açığa çıkmasını kötü niyetli olarak engellediği durumlar saklıdır” biçiminde ifade etmiştir²²⁴. Buna karşılık, Federal Mahkeme yakın tarihli bir kararında, işçinin suç işlediği ya da sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ağır ihlali konusunda ciddi bir şüphenin varlığı halinde sözleşmenin şüpheye dayanarak haklı nedenle derhal feshedilebileceğini belirtmiştir. Bu durumda sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedildiğinin kabul edilebilmesi için şüphe edilen olayın haklı neden ağırlığında olması ve işverenin şüphelerini kanıtlamak için gerekli tüm araştırmaları yapmış olması gerekir. Uyuşmazlık konusu olayda şüphe feshi, işverenin şüphesinin aydınlatılması için gerekli incelemeleri yapmamış ve işçiye savunma hakkı tanımamış olması nedeniyle haksız fesih olarak nitelendirilmiştir²²⁵.

Fransız Yargıtay’ı ise, sözleşmenin şüpheye dayanarak feshini, söz konusu şüphe objektif nedenlere dayansa dahi kabul etmemektedir²²⁶. Zira, Fransız İş Kodunun L. 1235-1 al. 2. hükmünde şüpheden işçinin yararlanacağı açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, yargılama sırasında feshin gerçek ve ciddi nedene dayandığının ispatlanamaması durumunda risk işveren üzerindedir²²⁷.

²²⁴ TF 4C.325/2000 du 7.2.2001, c.2.

²²⁵ TF 4A_419/2015 du 19.2.2016, c.2.

²²⁶ Soc. 29 Mai 2001, RJS 9/01, n. 999 *Michel*, 403.

²²⁷ *Mazeaud A.*, 404.

Kanımızca iş sözleşmesinin şüpheyeye dayanılarak haklı nedenle derhal feshedilmesi olanaklı değildir. Daha önce de açıkladığımız gibi, hukukumuzda iki tür fesih türüne yer verilmiştir. Bunlardan haklı nedenle derhal fesih, taraflar arasındaki güven temelinin çöktüğü, iş ilişkisine devamın dürüstlük kuralları gereğince çekilmez hale geldiği durumlarda söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin davranışı güven temelini çökertecek ağırlıkta olmamakla beraber, işin olağan işleyişini bozuyor, işyeri düzenini olumsuz etkiliyor ve bu sebeple işverenden iş ilişkisine devam etmesi makul ölçüde beklenemiyorsa sözleşme geçerli nedenle feshedilebilir²²⁸. Bu iki fesih türü arasındaki ayırım ölçülülük ilkesine göre belirlenir²²⁹.

Haklı-geçerli neden ayırımında ölçülülük ilkesine göre değerlendirme yapılması ise şüphe halinde sözleşmenin haklı nedenle derhal feshini olanaksız kılar. Zira, işçinin henüz işlediği bile kanıtlanmamış bir fiil nedeniyle, iş hukukunun en ağır yaptırımına uğratılması ölçülülük ilkesine aykırıdır. Buna karşılık, işçinin suç işlediğinden yahut sözleşmeye ağır aykırılık oluşturan bir davranışta bulunduğundan objektif olarak şüphelenen bir işverenden, iş ilişkisine devam etmesi beklenemez. Bu durumda işverenin söz konusu işçiyle sözleşmeye devam etmek istememesi, onun girişim özgürlüğüne dayanan temel bir hakkıdır²³⁰. Buna karşılık, işçinin masum olma ihtimali de dikkate alınmalıdır. Bu itibarla, işçinin ihbar ve kıdem tazminatından mahrum kalacak biçimde haklı nedenle derhal işten çıkarılması önlenmelidir²³¹. Bu bağlamda, şüphenin işçinin yeterliliğini ortadan kaldıran geçerli

²²⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §3 “İş sözleşmelerinin Feshi”

²²⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §4 “Ölçülülük İlkesine Aykırılık”

²³⁰ Michel, 403. Kaplan K., 983.

²³¹ Kaplan K., 994.

fesih nedeni olarak değerlendirilmesi menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır. Zira, işveren belli iş tanımında, belli özelliklerde birini arıyor ve duyduğu haklı şüphe işçinin o işte çalışması olanaksız hale getiriyorsa, işçinin o işi görmedeki yeterliliği ortadan kalkar.

Kanımızca bu halde şüphe feshinin en büyük eleştirisi konusu olan²³², Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesiyle düzenlenen masumiyet karinesinin ihlal edildiği ileri sürülemez. Zira, masumiyet karinesinin özel hukuk ilişkilerinde mutlak olarak uygulanacağı kabul edildiği takdirde, işçinin suç oluşturan fiilleri nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesi ancak ceza mahkemesince bu yönde verilmiş mahkumiyet kararının varlığı durumunda olanaklı olur. Buna karşılık, feshe neden olan davranış ceza hukuku uyarınca bir suç teşkil etmese de iş hukuku bakımından haklı veya geçerli neden niteliği taşıyabilir²³³. Yargıtay da bir kararında bu hususu *“Kural olarak, hiç kimse suçlu olduğu kanıtlanmadan cezalandırılamaz. Ancak kişinin delil yetersizliği nedeni ile ceza almaması veya bu konuda kamu davası açılmaması, özel hukuk süjeleri açısından, hukuk mahkemesinde ayrıca değerlendirilmesi gereken bir olgudur. Zira cezalandırmaya yeterli delil bulunmasa dahi güven ilişkisine dayalı iş ilişkisinde bu ilişki zedelenmiş olabilir. İş ilişkisinin devamı işveren açısından beklenmez bir hal almışsa, işçinin iş sözleşmesinin feshi haklı olmasa da geçerli nedene dayalı olarak feshedildiği kabul edilebilir”* biçiminde ifade etmiştir²³⁴.

²³² Venturi-Zen-Ruffinen, 160-161 ve dn 396’da sayılan yazarlar.

²³³ Michel, 410-411 ve dn. 17’de belirtilen karar

²³⁴ Y9HD, T. 17.12.2015, E. 2015/34482, K. 2015/35755 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

Bununla birlikte, sözleşmenin şüphe nedeniyle feshedilebilmesi için şüphenin fesih anında mevcut belirli objektif vakıa ve emarelere dayanması gerekir. İşverenin sırf sübjektif değerlendirmesi fesih için geçerli sebep oluşturmaz. Bu itibarla, işverence bu konuda gerekli bütün araştırmalar yapılmalı ve yapılan araştırmalar sonucunda işçinin şüphe edilen eylemi işlemiş olma olasılığının yüksek olduğu kabul edilebilmelidir²³⁵.

Yargılamaya konu olan yakın tarihli bir uyuşmazlıkta işçinin aynı firmada çalışan ağabeyi, davalı firmaya ait malları yetkililerin bilgisi ve rızası olmaksızın alarak kendi tuttuğu depoda saklamış ve buradan da piyasaya kendi malıymış gibi sürerek satmaya çalışırken kolluk kuvvetleri tarafından yakalanmıştır. Bunun üzerine hakkında hizmet nedeni ile görevi kötüye kullanmak suçundan ceza davası açılıp, iş sözleşmesi işverence haklı nedenle derhal feshedilmiştir. Bununla yanında işveren, ağabeyinin bu eylemlerini bildiği, kolluk kuvvetlerince yapılan suç üstünde olay yerinde olduğu ve ağabeyine yardım ettiği, polis memurlarını görünce olay yerinden kaçtığı iddiasıyla davacı işçinin de iş sözleşmesini feshetmiştir. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, *“davacının olay yerinde bulunduğu ve daha sonrasında kaçtığına dair tutulan herhangi bir tutanağın bulunmadığı, gerek soruşturma dosyasında gerekse ceza davasında davacının olay yerinde olduğuna dair herhangi bir bilginin yer almadığı gibi davacı hakkında herhangi bir cezai soruşturmanın da bulunmadığı”* gerekçesiyle şüphenin, fesih anında mevcut objektif vakıa ve emarelere dayanmadığına, işverenin sübjektif değerlendirmesine dayanılarak sözleşmenin geçerli nedenle feshedilemeyeceğine isabetli olarak karar vermiştir²³⁶.

²³⁵ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, 67-69. Kaplan K., 983-986.

²³⁶ Y9HD, T. 17.12.2015, E. 2015/34482, K. 2015/35755 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

Son olarak belirtmek gerekir ki, geçerli nedenle yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması zorunlu olduğundan, şüphe edilen hususun aydınlatılması için fesihden önce işçinin savunmasının alınmış olması gerekir. Buna göre, işçinin savunmasından sonra dahi şüphe geçerliliğini koruyorsa sözleşme geçerli nedenle feshedilebilir. Buna karşılık, işçinin savunmasının alınmamış olması durumunda fesih sırf bu nedenle geçersiz sayılır²³⁷.

B. Fesihden Sonra Ortaya Çıkan Haklı Nedenle Dayanılması

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için, feshe dayanak olan haklı nedenin fesih anında mevcut olması gerekir. Zira, haklı nedenle derhal fesih hakkı, sebebe bağlı yenilik doğuran haktır. Haklı neden, derhal fesih hakkının hukuki şartıdır²³⁸. Diğer bir ifadeyle, haklı nedenle derhal fesih hakkı, haklı nedenin ortaya çıkmasıyla doğar ve yenilik doğuran hak rejimi uyarınca kullanılmakla sona erer. Kullanıldıktan sonra bu hakkın geri alınması, değiştirilmesi veya feshe dayanak olarak başka bir nedenin ileri sürülmesi olanaklı değildir. Bu itibarla, sonradan ortaya çıkan haklı fesih nedenlerinin, önceden yapılan haklı nedenle derhal feshin temelini oluşturduğu ileri sürülemez. Haklı nedenin, fesih anında mevcut olmaması halinde ise yapılan fesih haksızdır²³⁹.

Bununla birlikte, feshe karşı açılan bir davada yargılama sırasında haklı nedenle derhal fesih sebepleri ortaya çıkabilir. Örneğin, işçinin yargılama devam ederken işverene veya onun aile üyelerinden birine hakaret etmesi (25/II-b),

²³⁷ Kaplan K., 995.

²³⁸ Seliçi, 158. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 797. Odaman, 247. Baycık, 399. Çelik Ç., 24. Baysal, 8.

²³⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 800. Yürekli, 236. Çopuroğlu, 4. Dunan/Mahon/Berenstein, 149. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 280. Caruzzo, no. 556. Gloor, 761.

işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması (25/II-c), işverenin meslek sırlarını ortaya atması (25/II-e), işyerinde bulunan mallara kusuruyla otuz günlük ücreti tutarıyla ödenemeyecek miktarda zarar vermesi(25/II-ı) durumunda fesihden sonra ortaya çıkan haklı neden söz konusu olur. Aynı durum işçi için de söz konusu olabilir. Buna göre, işverenin yargılama sırasında işçinin veya onun aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi (24/II-b) yahut işçi ya da onun aile üyelerinden birine sataşması veya gözdağı vermesi (24/II-c) gibi durumlarda sonradan ortaya çıkan bir haklı neden vardır²⁴⁰. Fesihden sonra ortaya çıkan haklı nedenler, yukarıda da açıkladığımız gibi, önceden yapılan feshi haklı hale getirmez. Buna karşılık, söz konusu nedenlerin yargılama sürecine bir etkisinin olup olmayacağı değerlendirilmesi gereken bir meseledir.

Hukukumuzda, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin, ancak geçerli veya haklı nedenlerin varlığı halinde geçerli olarak sona erdirilebileceği kabul edilmiş, bu çerçevede işçiye, işe iade davası açma hakkı tanınmıştır. İşe iade davasının sonucunda hakim iki tür karar verebilir. Buna göre, feshi haklı veya geçerli nedene dayanıyorsa işe iade talebi reddedilir. Feshin haklı veya geçerli bir nedene dayanmaması durumunda ise fesih geçersiz sayılır. Bu durumda hakim işe iade kararı vermek zorundadır²⁴¹. Zira, düzenlemede hakime başka bir olanak tanınmamıştır. Hakime yalnızca feshin geçerli veya haklı nedenle yapıp yapılmadığını inceleme ve fesih geçersiz ise işe iade kararı verme yetkisinin tanınmış olması, dava sırasında ortaya çıkan haklı nedenlerin yapılan yargılama sürecine etki etmesini engellemektedir²⁴². Birer örnekle açıklamak gerekirse bu durumda, işçi dava

²⁴⁰ Çopuroğlu, 2.

²⁴¹ Bu konuda bkz. §5 “İşe İade Davası”

²⁴² Çopuroğlu, 4.

sırasında kendisine hakaret eden bir işverene, işe başlatılmak üzere başvuruda bulunmak; işveren de mesleki sırlarını ortaya atan bir işçiyi işe başlatmak veya iş güvencesi tazminatı ödemek durumundadır.

Gerek iş güvencesi sistemimizin hakime yalnızca işe iade kararı vermek yetkisi tanımış olması nedeniyle gerek haklı nedenle derhal fesih hakkının ancak haklı nedenin fesih anında mevcut olması durumunda kullanılabilecek bir hak olması nedeniyle iş sözleşmesinin feshinden sonra ortaya çıkan vakıalara işe iade davası sırasında dayanılması yapılan feshi geçerli hale getirmeyecektir²⁴³.

Buna karşılık, işe iade davası devam ederken haklı bir nedenin ortaya çıkması ve bu nedenin dava sırasında ispatlanması halinde işverenin, geçersiz feshin bütün sonuçlarıyla sorumlu tutulması hakkaniyete aykırıdır. Öğretide Baycık, bu durumda mahkemenin işe iadeye karar vereceğini ve fakat işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde bu başlatmama işleminin yeni bir haklı nedenle fesih sayılması ve işverenin iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü tutulmaması gerektiğini ancak iş güvencesini düzenleyen İK m. 21'in emredici niteliği karşısında bunun olanaklı olmadığını dolayısıyla mahkemenin en azından iş güvencesi tazminatına alt sınır üzerinden hükmetmesi gerektiğini savunmaktadır²⁴⁴. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de yakın tarihli bir kararında “*“...Diğer taraftan tanık beyanları dikkate alındığında davacının işverene söylediği ve hakaret olarak kabul edilen “ben size sorarım” sözü işveren feshinden sonra söylenmiştir. İşveren tarafından gerçekleştirilen fesih haksız ve geçersiz olup, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. Maddesindeki geçerlilik koşullarına uygun değildir. Fesihden sonraki davacı sözlerinin geçersiz feshe etkisi yoktur. Davanın kabulü yerine yanılıklı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi*

²⁴³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 800. Baycık, 401-404. Yürekli, 236. Çopuroğlu, 4.

²⁴⁴ Baycık, 401-404.

hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” gerekçesiyle işçinin işe iadesine ve iş güvencesi tazminatının işçinin dört aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar vermiştir²⁴⁵.

Buna karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi aksi yöndeki diğer bir kararında *“Davacının fesihten çok kısa bir süre sonra şirket genel müdürüne hakaret ettiği, üzerine yürüdüğü, tanık anlatımları ve diğer delillerden anlaşılmaktadır. İş sözleşmesinin ard etkisi nedeniyle, sözleşme sona erse de tarafların birbirlerine karşı bir kısım yükümlülükleri devam etmektedir. Söz konusu bu davranış iş barışını bozucu nitelikte olup davacının işe iadesi mümkün değildir. Fesihten önceki davranışlarının iş sözleşmesinin sona erdirilmesi konusunda haklı ya da geçerli neden olup olmadığı hususu, ileride açılması muhtemel alacak davasında tartışılabilir niteliktedir. İşe iade isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir” gerekçesiyle işçinin işe iade talebini reddetmiştir²⁴⁶.*

Somut olayda işçinin sözleşmenin feshinden sonraki bir tarihte işverene hakaret etmesi ve üzerine yürümesi *“ard etki”* kapsamında değerlendirilmiştir. İşçinin, işverene hakaret etmesi ve üzerine yürümesi, hukuken korunan davranışlar değildir. Buna karşılık, anılan davranışlar, iş sözleşmesinin ard etkisinden doğan bir borcun ihlali olarak değerlendirilebilecek nitelikte de değildir. Zira, sözleşmenin ard etkisi, sır saklama yükümlülüğü, rekabet etmeme borcu gibi istisnai durumlarda söz konusu olur. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesinin ard etkisi, her durumda uygulanan genel kural niteliğinde değildir²⁴⁷.

²⁴⁵ Y9HD, T. 10.6.2015, E. 2015/15021, K. 2015/21267, Çalışma ve Toplum, S. 50, 2016/3, 1532-1535.

²⁴⁶ Y9HD, T. 13.12.2010, E. 2009/29893, K. 2010/37404 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

²⁴⁷ Çopuroğlu, 7-8.

Bunun da ötesinde, iş güvencesi sisteminin bir sonucu olarak, haklı veya geçerli nedene dayanmayan fesihlerde fesih beyanı, işçinin işe başvurusuna kadar askıda geçerlidir²⁴⁸. İşçinin işverene başvurusundan sonra ise işverenin tutumuna göre sözleşmenin akıbeti belirlenir. Buna göre, işçi işe başlatılırsa sözleşme fesih hiç yapılmamış gibi devam eder²⁴⁹. İşçinin işe başlatılmaması durumunda ise sözleşme işe başlatmama tarihinde sona erer. Dolayısıyla, işe iade davası sürecinde ortada feshedilebilecek bir sözleşme bulunmamaktadır²⁵⁰. Bu itibarla, işe iade davası devam ederken ortaya çıkan bir haklı nedene dayanarak sözleşme feshedilemeyeceği gibi, sonradan ortaya çıkan neden önceden yapılan feshi geçerli hale getirmez. Anılan nedenlerle Yargıtay'ın işe iade talebini reddeden kararına katılmak olanaklı değildir.

Bir diğer uyuşmazlıkta Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, fesihten sonra ortaya çıkan haklı nedenlerin feshi geçerli hale getirmeyeceğine, bizce de isabetli olarak karar vermiştir. Karara konu olan uyuşmazlıkta işçi, 30.4.2009 tarihinde işten çıkarılmış ve 25.5.2009 tarihinde işe iade davası açmıştır. İşe iade davası devam ederken işçi, şirketin İzmir'deki şubesine giderek, şirkette çalışan bir işçiye hakaret etmiş, zorla toplantı salonuna girmeye çalışmış, evrakları dağıtmış ve kimi evrakları alıp kaçma girişiminde bulunmuştur. Kararda Yüksek Mahkeme *“İş sözleşmesinin feshinden sonra davacı işçinin işverene ya da işyerine zarar verici eylemleri, feshin geçersizliğini etkilemez. Fesih bildiriminin hukuka uygunluğunu değerlendirme anı,*

²⁴⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1056-1057. Baycık, 408. Çopuroğlu, 5. “İşe iade davasının devam ettiği süreçte iş sözleşmesi askıdadır. Ortada haksız veya geçersiz bir fesih olup olmadığı işe iade davası sonucunda ortaya çıkacaktır”, Y9HD, T.20.1.2014, E. 2011/50211, K. 2014/446, Çalışma ve Toplum, S. 42, 2014/3, 351-352.

²⁴⁹ Süzek, İş Hukuku, 633. Sarıbay, 221.

²⁵⁰ Süzek, İş Hukuku, 635. Eyrenci, 37. Şahlanan, 171. Narmanlıoğlu, Değerlendirme 2007, 147-148. Taşkent, Değerlendirme 2004, 72-73. Başterzi, 203. Çopuroğlu, 5. Sarıbay, 205.

fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarihtir. Diğer bir ifade ile mahkeme, feshin geçersizliğini, fesih bildiriminin yapıldığı andaki koşullara göre değerlendirmelidir. Bu nedenle işçinin fesihden sonra sözleşmenin feshine neden olacak davranışları işe iade davasının reddine karar verilmesi sonucunu doğurmaz. Ancak söz konusu davranışlar, işverene sözleşmeyi feshetmesi için yeni bir fesih bildiriminde bulunma hakkı verir. Fesih bildiriminin yapıldığı tarih ile davanın sonuçlandığı tarih arasında iş sözleşmesinin devam edip etmediği belirsizdir. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren işçiye bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçinin işverence işe başlatılmasıyla iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi kesintisiz devam eder. İşçiye kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücreti ve hakları ödenir. Ancak işçinin işe başlatılmasıyla, iş ilişkisi hiç sona ermemiş gibi devam ettiği için, işçinin işten çıkarıldığı tarihten sonraki davranışları iş sözleşmesinin haklı sebeple feshine neden olabilir. Somut olayda davacı işçinin sözleşmesinin feshinin geçersizliği tespit edilmiş, ancak işçi işten ayrıldıktan sonra sadakat borcuna aykırı, işverene ve işyerine zarar verici davranışlarda bulunmuştur. Dava sonuçlanıncaya ve işçi işe başlatılınca kadar iş sözleşmesinin devam edip etmeyeceği belirsiz olduğu için, işverenden bu süreçte söz konusu sadakat borcuna aykırı davranışlar nedeniyle iş sözleşmesini fesih bildiriminde bulunması beklenemez. Ancak işçinin işe başlatıldığı tarihten itibaren altı iş günlük süre içinde işveren işçinin bu davranışına dayanarak sözleşmesini İş K. m. 25/II-e çerçevesinde haklı olarak feshedebilir. İşçinin işe başlamasıyla iş sözleşmesi kesintisiz devam ettiği ve iş ilişkisinin devamı belirlilik kazandığı için İş K. m. 26 daki altı iş günlük süre işçinin işe başlatıldığı tarihten itibaren hesaplanır. Her ne kadar somut olayda davalı

işverence 21.5.2009 tarihinde haklı fesih bildiriminde bulunulmuş olsa da, işçi 30.4.2009 da işten çıkarıldıktan sonra mahkemece feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verildiği tarihe kadar geçen süreçte iş ilişkisinin devam edip etmediği belirsiz olduğu için bu fesih bildirimi hiçbir hüküm ifade etmez ve hukuken sonuç doğurmaz” gerekçelerine yer vermiş ve işverenin, işçinin işe başlatılma tarihinden itibaren altı iş günlük hak düşürücü süre içinde iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceğini kabul etmiştir²⁵¹.

Karar, sonradan ortaya çıkan haklı nedenin, yapılan feshi geçerli hale getirmemesi bakımından isabetli ise de, kanımızca Yargıtay’ın bu durumda ortaya koyduğu çözüm işverene, gereksiz bir prosedür yüklemektedir. Şöyle ki, işveren önce işçiyi işe davet etmek ve sonrasında altı işgünlük hak düşürücü süre içinde sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetmek durumunda kalmaktadır. Üstelik bu ihtimalde işverene hiç başvuruda bulunmayan işçi, işverene başvuruda bulunarak işe başlatılan işçiye göre daha avantajlı konumda olmaktadır. Zira ilk ihtimalde işçi koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanacak; ikinci ihtimalde ise yalnızca boşa geçen süre ücretini isteyebilecektir²⁵².

Kanımızca bu durumda işçinin işverene başvurusu ile fesih geçersiz hale geleceğinden, işçinin işe başlatılmaması haklı nedenle fesih beyanı olarak yorumlanmalı, ancak bu durumda işe başlatmama haklı bir nedene dayandığından, işveren iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü tutulmamalıdır. Zira, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de yakın tarihli bir kararında bu sonuca varmıştır²⁵³. Bu karar aşağıda

²⁵¹ Y22HD, T. 13.12.2011, 3986/7395. (yayımlanmamış karar) Çopuroğlu, 6-7.

²⁵² Çopuroğlu, 8.

²⁵³ Y22HD, T. 21.5.2012, E. E. 2012/8986, K. 2012/10700. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

“Fesihden Sonra Öğrenilen Haklı Nedene Dayanılması” başlığı altında incelenecektir.

İş güvencesine tabi olmayan iş sözleşmelerinin derhal feshi ise haklı nedene dayanmasa da iş ilişkisini sona erdirir. Bu durumda sözleşmeyi haksız olarak fesheden taraf karşı tarafa tazminat ödemekle yükümlü olur²⁵⁴. Öğretide savunulan bir görüşe göre²⁵⁵, sözleşmenin haklı neden olmaksızın feshi halinde sonradan ortaya çıkan fesih nedenlerine dayanılması feshi haklı hale getirmez, ancak karşı tarafa ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Bu görüşe göre, sözleşmeyi haksız olarak fesheden işveren normalde işçiye bildirim süresine tekabül eden ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Buna karşılık, işveren sonradan ortaya çıkan haklı nedeni ispatlayarak, sözleşmenin en geç bu haklı neden ortaya çıktığı tarihte derhal feshedileceğini, bu nedenle işçiye en fazla bu haklı nedenin ortaya çıktığı tarihe kadar ki ücretine tekabül eden miktarda tazminat ödemekle yükümlü olduğunu haklı olarak iddia edebilir.

Kanımızca bu durumda, TBK’nın 438. maddesine göre ödenecek bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarındaki tazminatın belirlenmesinde, haklı nedenle fesih nedeninin ortaya çıktığı an dikkate alınmalı, üçüncü maddede düzenlenen haksız fesih tazminatına ise hükmedilmemelidir.

C. Fesihden Sonra Öğrenilen Haklı Nedene Dayanılması

Fesih anında mevcut olan ancak sözleşmeyi fesheden tarafça bilinmeyen haklı nedenlerin sonradan ileri sürülmesinin feshi haklı kılıp kılmayacağı, fesih anında mevcut olmayan vakıaların sonradan fesih nedeni olarak ileri sürülmesinden

²⁵⁴ Bu konuda bkz. §5 *“İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İş İlişkilerinde”*

²⁵⁵ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 297. *Baycık*, 401.

farklı bir hukuki sorundur. Zira, bu durumda haklı neden fesih anında mevcuttur. Ancak sözleşmeyi fesheden taraf, fesih anında bu haklı nedenden haberdar değildir.

Sonradan öğrenilen haklı nedenlere dava sırasında dayanılması, İsviçre hukukunda belirli şartlarla kabul edilmektedir. Federal Mahkemeye göre, fesih anında mevcut olan, ancak hak sahibince bilinmeyen maddi vakıalara, söz konusu vakıalar hak sahibi tarafından bilinseydi mutlaka fesih sebebi yapılacak idiyse dayanabilir²⁵⁶. Bu ise, hak sahibinin fesih anında dayandığı haklı nedenle sonradan öğrendiği haklı neden arasında bir bağlantı olup olmamasına göre belirlenir. Fesih sırasında ileri sürülen vakıalar ile sonradan öğrenilen vakıalar aynı nitelikte ya da aynı vakıa grubunda yer alıyorsa aralarında bağlantı vardır²⁵⁷. Bu durumda, sözleşmenin feshine yol açan vakıa daha hafif nitelikteyse, sözleşmeyi bu nedenle fesheden tarafın sonradan öğrendiği daha ağır nitelikteki vakıaya dayanarak sözleşmeyi evleviyetle feshedeceği kabul edilmelidir. Buna karşılık vakıalar arasında bağlantı yoksa, sonradan öğrenilen nedene dayanarak sözleşmenin feshedileceği kesin olarak söylenemeyecektir²⁵⁸.

Türk hukukunda fesih anında mevcut olan, ancak hak sahibi tarafından bilinmeyen vakıalara dava sırasında dayanılıp dayanılamayacağı ise iş güvencesine tabi olan ve olmayan iş ilişkileri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

²⁵⁶ TF 4C.265/2004 du 1.11.2004, c. 3.5.

²⁵⁷ ATF 124 III 25 = JdT 1998 I, 127-128. ATF 127 III 310 = JdT 2001 I, 367-368. ATF 121 III 467 = JdT 1996 I, 381.

²⁵⁸ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 300. *Caruzzo*, no. 556. *Dunan/Mahon/Berenstein*, 149. *Wylter/Heinzer*, 594. Fesihten sonra öğrenilen haklı nedene hiçbir durumda dayanılamayacağı yönünde bkz. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 279. *Gloor*, 761-762. Fesih nedenleri arasında bağlantı olmasına gerek olmadığı yönünde bkz. *Aubert*, *Commentaire romand*, 1784.

İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından öğretide bir görüşe göre²⁵⁹, sonradan öğrenilen haklı nedene dava sırasında dayanılması, feshi haklı hale getirmez. Zira, feshin haklı sayılabilmesi için, taraflardan en az biri bakımından iş ilişkisine devam edilmesi “*fesih yapıldığı anda*” beklenemez olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, feshin haklılığı, feshin yapıldığı ana göre belirlenir. Oysa bir kimsenin hiç haberdar bile olmadığı bir olaydan dolayı sözleşmenin diğer tarafı ile arasındaki güven ilişkisinin çöktüğünden bahsedilemez. Bunun da ötesinde, haklı nedenle derhal feshedilen sözleşme, fesih beyanı karşı tarafa ulaştığı anda sona erer. Bu itibarla, sona ermiş bir sözleşmenin sonradan öğrenilen fesih nedenine dayanılarak ikinci kere feshedilmesi olanaklı değildir.

Öğretide savunulan bizim de katıldığımız bir görüşe göre²⁶⁰, iş güvencesine tabi olmayan işçinin iş sözleşmesini sona erdiren işveren sonradan öğrendiği haklı nedenlere dayanarak feshin haklı olduğunu ileri sürebilir. Zira, ileride de açıklanacağı üzere iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmesi geçerlilik şartı değildir²⁶¹. Bu itibarla, sonradan öğrenilen haklı nedenin dava sırasında ileri sürülebilmesi için hak sahibinin, söz konusu vakıayı bilmediğini ve dürüstlük kurallarına göre bilebilecek durumda olmadığını ispatlaması yeterlidir. Bunun için sonradan ileri sürülen neden ile fesih sırasında ileri sürülen neden arasında bir bağlantı aramaya da gerek yoktur²⁶². Zira hak sahibi öğrendikten sonra feshe dayanak yapmakla, bu vakıayı daha önceden bilseydi, sözleşmeyi bu nedenle feshedeceğini açıkça göstermiş

²⁵⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 800. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 279.

²⁶⁰ Baycık, 406-407. Çopuroğlu, 11.

²⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 4 “Fesih Nedeninin Karşı Tarafa Bildirilmemesi”

²⁶² Fesih nedenleri arasında bağlantı bulunması gerektiği yönünde bkz. Yürekli, 236.

olmaktadır²⁶³. Hak sahibinin sonradan öğrenilen nedene dayanarak sözleşmeyi fesih iradesi açık olduğuna göre, fesih nedenleri arasında bağlantı olup olmadığından hareketle, *“hak sahibi bu nedeni önceden bilseydi, sözleşmeyi bu nedenle fesheder miydi”* yönündeki farazi iradeyi araştırmaya gerek kalmaz.

İş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından ise, fesih sebebinin fesih anında karşı tarafa bildirilmesi geçerlilik şartı olup, işveren ileri sürülen fesih nedeni ile bağlıdır. Bu nedenle sonradan öğrenilen fesih sebebine dayanılması yapılan feshi geçerli hale getirmez. Bu itibarla, işe iade davası sonucunda yargı organı, işçinin işe iadesi ile boşta geçen süre ücretinin ve işverence işe başlatılmaması durumunda, iş güvencesi tazminatının işçiye ödenmesine karar vermek zorundadır. Buna karşılık, sonradan öğrenilen fesih sebebinin dava sırasında ileri sürülmesi halinde hakim, iş güvencesi tazminatını bu nedeni dikkate alarak alt sınır üzerinden belirleyebilir²⁶⁴.

Bu noktada işçinin, işe iade davası açması ile işe başlatılmaması üzerine iş güvencesi tazminatının ödenmesi talebiyle alacak davası açması arasındaki farkın ortaya konulması gerekir. İşçinin işe iade davası açması halinde yargı organı, yukarı açıkladığımız nedenle işçinin işe iadesine karar vermek zorundadır. Buna karşılık, işçinin iş güvencesi tazminatının kendisine ödenmesi talebiyle açacağı bir davada, yargı organının incelemesi daha farklı olacaktır. Konuya ilişkin yakın tarihli bir uyuşmazlıkta, işe iade kararı kesinleşen işçi, işe başlatılmak için işverene başvuruda bulunmuştur. İşveren ise, sözleşmenin feshinden önce işçinin işyerinde yaptığı bazı usulsüzlükleri öğrenmesi ve usulsüzlüklerden dolayı ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda davacının eylemlerinin sabit olması üzerine işçiye ihtarname çekerek iş sözleşmesini feshettiğini bildirmiştir. Yargıtay, işverenin ihtarnanın esas

²⁶³ Baycık, 406-407.

²⁶⁴ Baycık, 407-408.

itibariyle işçiyi işe başlatmama iradesini içerdiğine ve işçinin ceza yargılaması ile de sabit olan ve işverene bağlılık ve doğrulukla bağdaşmayan davranışları nedeniyle işe başlatılmadığına, işçinin işe başlatılmaması haklı sebebe dayandığından, artık işçiye işe başlatmama tazminatı ödenmesi gerekmediğine isabetli olarak karar vermiştir²⁶⁵.

Kanımızca Yüksek Mahkemenin kararı isabetlidir. Zira, başta yapılan fesih, işçinin işverene başvurusu ile geçersiz hale gelmiştir. İlk başta yapılan fesih geçersiz olduğuna göre, işveren sonradan öğrendiği haklı nedene dayanarak sözleşmeyi derhal feshedebilmelidir. Bu durumda işverenin işe başlatmama açıklaması, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshi olarak yorumlanmalı ve iş ilişkisinin işe başlatmama tarihinde sona erdiği kabul edilmelidir. Bu durumda işe başlatmama haklı bir nedene dayandığından, işveren iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü değildir. Öğretide işverenin, işçiyi işe başlatmamakta haklı olması dürüstlük kuralı ile açıklanmaktadır²⁶⁶. Buna göre, işe iade için başvuran işçinin, işverenle arasındaki güven ilişkisini temelden sarsacak nitelikte bir davranışta bulunmamış olması gerekir. Zira, işe başlatılması durumunda iş ilişkisi hiç kesilmemiş gibi devam edeceğinden, işverenin, işçinin böyle bir davranışta bulunmaması yönünde haklı bir beklentisi vardır. Bu beklentinin boşa çıkarılması halinde işçinin başvurusu dürüstlük kurallarına aykırı kabul edilmeli ve işveren işçiye iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü tutulmamalıdır.

²⁶⁵ Y22HD, T. 21.5.2012, E. 2012/8986, K. 2012/10700. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

²⁶⁶ Çopuroğlu, 10.

2. Fesih Usulüne Uyulmaması

A. Fesih Nedeninin Karşı Tarafa Bildirilmemesi

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde, fesih nedenini karşı tarafa bildirme yükümlülüğü bulunup bulunmadığının belirlenmesi için öncelikle fesih nedenini bildirim yükümlülüğü getiren düzenlemelerin ve bunların yasalaşma sürecinin ortaya konulması gerekir. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesheden tarafın, fesih nedenini karşı tarafa bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Anılan düzenleme, mehz İsviçre Borçlar Kanununun 337. maddesinde düzenlendiği gibi *“Sözleşmeyi fesheden taraf, diğer tarafın istemi üzerine fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır”* biçimindedir. Buna karşılık, düzenleme yasalaşırken *“diğer tarafın istemi üzerine”* ifadesi çıkarılmış ve TBK’nın 435/II fıkrası *“Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır”* şeklinde yasalaşmıştır. Buna karşılık, Kanunun madde gerekçesinde fesih sebebini bildirme yükümlülüğünün karşı tarafın talebi üzerine doğacağı açıklaması korunmuştur.

İş Kanununun iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin geçerli feshini düzenleyen 19, 20 ve 21. maddelerinde ise fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmesi gerektiği düzenlenmiş ve fesih bildiriminde sebep gösterilmediği takdirde işçinin işe iade davası açabileceği ifade edilmiştir. Özellikle Kanunun 19. maddesinde feshin geçerli olabilmesi için yazılı olması, fesih sebebini açık ve kesin olarak işçiye bildirilmesi ve işçiden kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin feshinde işçinin savunmasının alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Kanunun 19. maddesinin son fıkrasında işverenin, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapacağı haklı

fesihler saklı tutulmuş, 25. maddenin son fıkrasında iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçinin 18, 20 ve 21. maddelere dayanarak işe iade davası açabileceği ifade edilmiş, fesih usulünü düzenleyen 19. maddeye ise göndermede bulunulmamıştır.

Bu genel bilgilerden sonra, iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçilerin sözleşmelerinin haklı nedenle feshinde, fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmesinin gerekli olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

İş güvencesine tabi olmayan iş ilişkileri bakımından, İş Kanununda haklı nedenle fesih sebebinin karşı tarafa bildirilmesine yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu itibarla, TBK'nın haklı nedenle derhal fesihte bildirim yükümlülüğünü düzenleyen 435. maddesi, Türk Borçlar Kanununa ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan İş Kanununa tabi işçiler bakımından uygulanmalıdır²⁶⁷. Dikkat edilmelidir ki, düzenlemede sözleşmeyi fesheden tarafa fesih nedenini karşı tarafa bildirme yükümlülüğü getirilmiş, bu konuda işçi ve işveren bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle, sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçi de fesih sebebini işverene bildirmekle yükümlüdür²⁶⁸.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre²⁶⁹, kanun koyucunun gerekçede yer verdiği fesih nedeninin karşı tarafın talebi üzerine doğması koşuluna yasada yer vermemiş olması, bilinçli bir tercih değildir. Bu nedenle, yazılı bildirim

²⁶⁷ *Süzek*, İş Hukuku, 716. *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 222. *Soyer*, Türk Borçlar Kanunu, 14. *Baycık*, Fesih Sebebinin Belirtilmesi, 85-86. *Yürekli*, 201. *Gülver*, 1010-1011.

²⁶⁸ *Süzek*, 736.

²⁶⁹ *Kaplan*, İş Hukuku, 244. *Baycık*, 353-354. *Baycık*, Fesih Sebebinin Belirtilmesi, 85-86. *Baskan*, 117. İsviçre'de fesih nedeninin bildirilmesi talebinin yazılı veya sözlü yapılabileceği, ancak fesih nedeninin karşı tarafa yazılı olarak bildirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. *Venturi-Zen-Ruffinen*, 291.

yükümlülüğünün karşı tarafın talebi üzerine doğacağı kabul edilmelidir. Bu durumda fesih nedeninin talebe rağmen karşı tarafa bildirilmemesi halinde bu yükümlülüğe aykırılık, feshin haklılığının değerlendirilmesinde karşı taraf aleyhine bir emare niteliği taşıyacak ve hak sahibi haklı nedenle sözleşmeyi feshetmiş olsa dahi dava masraflarını ve karşı tarafın bu nedenle uğradığı diğer zararları ödemekle yükümlü olacaktır²⁷⁰.

Buna karşılık öğretide bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre²⁷¹, yasa hükmünden “*karşı tarafın talebi üzerine*” ibaresinin çıkarılması yasa koyucunun bilinçli bir tercihidir. Bu nedenle madde düzenlemesi esas alınmalı ve sözleşmeyi fesheden tarafın fesih nedenini karşı tarafa bildirmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Bu yükümlülüğe aykırılık halinde uygulanacak yaptırım ise öğretide tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, kanunda yalnızca haklı nedene dayanmaksızın yapılan fesihler haksız fesih sayıldığından, fesih nedeninin bildirilmemiş olması feshi haksız kılmayacaktır²⁷². Buna karşılık diğer bir görüşe göre²⁷³, bildirim yükümlülüğü kanunda açıkça ve emredici bir şekilde düzenlenmiş olduğundan, fesih nedeninin bildirilmemesi halinde fesih haksız kabul edilmelidir.

Kanımızca, yasa koyucu bilinçli bir tercihle yasadan “*karşı tarafın talebi üzerine*” ibaresini çıkarmıştır. Bununla birlikte, haklı nedenle derhal fesihlerde fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmemesi, feshin doğrudan haksız olması sonucunu doğurmamalıdır. Zira, düzenlemede yalnızca haklı nedene dayanmayan fesihler

²⁷⁰ Wylter/Heinzer, 612. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 275. Caruzzo, no. 556.

²⁷¹ Süzek, 735-736. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 222. Yürekli, 235. Savaş, 173. Baskan, 117. Gülver, 1010. Güneş/Mutlay, 278.

²⁷² Baycık, 354. Savaş, 173.

²⁷³ Süzek, 736. Baskan, 117. Gülver, 1010. Yürekli, 235. Güneş/Mutlay, 278.

haksız fesih olarak nitelendirilmiştir. Fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmemesinin yaptırımına ise yasada yer verilmemiştir. Bu itibarla, fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmemesi, feshin sırf bu nedenle haksız sayılmasına neden olmaz. Buna karşılık, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf, fesih haklı nedene dayanıyor olsa bile karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararları (yargılama giderleri vb.) gidermekle yükümlü olur²⁷⁴.

İş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde 19. maddeye göndermede bulunulmamış olması fesih nedeninin bildirilmesinin zorunlu olup olmadığı tartışmasını yaratmıştır. Bu konuda bir görüşe göre²⁷⁵, İş Kanununun 19. maddesi derhal fesihlerde uygulanmayacağına göre, fesih nedeninin işçiye bildirilmesi haklı nedenle derhal feshin geçerlilik şartı değildir. Buna karşılık işçinin talep etmesi durumunda fesih nedeninin kendisine bildirilmesi ve uyuşmazlık halinde bu nedenlerin ispatlanması gerekir. Öğretide bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre²⁷⁶, İK'nın 20 ve 21. maddeleri fesih nedeninin işçiye bildirilmesini geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş olup, söz konusu hükümler iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde uygulama alanı bulur. Bu itibarla, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden işveren, işçiye fesih nedenini bildirmekle yükümlüdür.

İş Kanununun 20. maddesinde işçinin fesih bildiriminde sebep gösterilmediği iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabileceği düzenlenmiştir. Kanunun 21. maddesinde ise işverence geçerli sebep gösterilmediği tespit edilirse hakimin feshin geçersizliğine karar vereceği ifade

²⁷⁴ Baycık, 354. Savaş, 173.

²⁷⁵ Akı, 389.

²⁷⁶ Süzek, İş Hukuku, 715. Baycık, 337.

edilmiştir. Bu çerçevede iş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işveren fesih sebebinin işçiye bildirmek zorundadır. Fesih sebebinin karşı tarafa bildirilmemesi durumunda haksız ve geçersiz feshin hüküm ve sonuçları doğar²⁷⁷.

Bununla birlikte, Kanunun ne 20. ne de 21. maddesinde fesih sebebinin *açık* ve *kesin* olarak bildirilmesinden bahsedilmemiştir. Bu durumda, işverenin fesih bildiriminde “*ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle sözleşmeniz feshedilmiştir*” ifadesine yer vermesi yeterli olacak mıdır? Kanımızca bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Benzer şekilde “*sözleşmeniz uygunsuz davranışlarınız nedeniyle feshedilmiştir*” veya “*işe devamsızlığınız nedeniyle işinize son verilmiştir*” ya da “*güvenilirliğinize gölge düşüren davranışlarınız sebebiyle şirketimizle olan ilişkiniz kesilmiştir*” gibi bir açıklama da haklı nedeni bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması için yeterli değildir. Bu itibarla, feshe neden olan olgu ve olayların açık ve kesin biçimde karşı tarafa bildirilmesi gerekir²⁷⁸. Örneğin, işçinin uygunsuz davranışlarının neler olduğu, hangi tarihlerde devamsızlık yaptığı, ne tür davranışlarının taraflar arasındaki güven temelini çökmesine yol açtığı işçiye açıklanmalıdır. Zira, fesih sebebinin bildirilmesinin amacı sözleşmenin hangi gerekçeyle feshedildiğinin işçi tarafından bilinmesi ve işçinin buna göre işe iade davası açıp açmayacağına sağlıklı bir biçimde karar verebilmesidir.

Bunun da ötesinde, iş sözleşmesi ile taraflar arasında kurulan güven ilişkisi ve işverenin işçiye gözetme borcunun bir gereği olarak fesih nedeninin işçiye bildirilmesi gerekir. Bunun yanında, işçi de kendisinin ve ailesinin tek geçim kaynağı

²⁷⁷ Süzek, İş Hukuku, 715-716. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 222. Sevimli, 18. Baycık, Fesih Sebebinin Belirtilmesi, 84-85.

²⁷⁸ Venturi-Zen-Ruffinen, 293.

olan iş sözleşmesinin hangi gerekçeyle feshedildiğini öğrenme yönünde haklı bir menfaate sahiptir. Buna göre, fesih sebebi ancak açık ve kesin biçimde işçiye bildirildiği takdirde, işveren işçiye gözetme borcuna uygun davranmış ve işçinin çıkarılma sebebini öğrenme yönündeki haklı menfaati korunmuş olur. Anılan nedenlerle, iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işveren, feshin dayandığı somut vakıaları açık ve kesin olarak işçiye bildirmekle yükümlüdür²⁷⁹.

İsviçre öğretisinde fesih sebebini karşı tarafa bildirme yükümlülüğünün öngörülmesi iki gerekçeyle açıklanmaktadır. Düzenlemenin ilk gerekçesi, sözleşmeyi olayın heyecanı ile fesheden tarafın bu kararın yerindeliğini düşünmesini sağlamaktır. İkincisi ise, sözleşmeyi fesheden taraf daha sonra ileri sürdüğü fesih nedeni ile bağlı olacağından, bir an evvel fesih nedenini belirlemektir. Belirtmek gerekir ki, İsviçre’de fesih sebebini bildirilmesi emredici bir yükümlülüktür ancak, feshin geçerlilik şartı değildir. Bu itibarla, bildirim yükümlülüğüne aykırılığın yargılama aşamasında sözleşmeyi fesheden taraf aleyhine emare teşkil edeceği ve fesih haklı bile olsa sözleşmeyi fesheden tarafın dava masraflarını ödemekle yükümlü olacağı kabul edilmektedir²⁸⁰.

B. Feshin Bildiriminin Yazılı Olarak Yapılmaması

Hukukumuzda feshin yazılı olarak yapılmasına ilişkin hükümler Deniz-İş Kanununun 18. , İş Kanununun 19. ve Türk Borçlar Kanununun 435. maddesinde yer almaktadır. Basın-İş Kanununda ise sözleşmenin haklı nedenle derhal fesih usulüne

²⁷⁹ Seliçi, 162-164. Oğuzman, Fesih, 120-121. Baycık, 334. Baskan, 116.

²⁸⁰ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 275. Caruzzo, no. 556. Wyler/Heinzer, 612.

ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır²⁸¹. Buna göre öğretide, Basın-İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde yazılı fesih bildiriminin, ancak ispat şartı olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir²⁸². Buna karşılık, Basın-İş Kanununun 6. maddesinin son fıkrasında 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin Basın-İş Kanununa tabi olarak çalışan işçiler hakkında da kıyasen uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, iş güvencesi kapsamında olan iş ilişkilerinin haklı nedenle derhal feshine ilişkin olarak yapılacak açıklamalar Basın-İş Kanununa tabi olarak çalışan ve iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından da geçerlidir.

Deniz İş Kanununun 18. maddesinde *“Hizmet akdinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleri ile birlikte gemi adamına yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Bildirim imkanı olmayan hallerde durum tutanakla tespit olunur”* düzenlemesine yer verilmiştir. Düzenlemede yalnızca işveren ve işveren vekilleri tarafından yapılacak fesihler bakımından yazılı şekil şartı getirilmiştir. Gemi adamının yazılı bildirimi almaktan kaçınması halinde, bu durum tutanakla tespit edilecektir. Düzenlemede feshin süreli veya haklı nedenle derhal fesih olması bakımından ise bir ayrıma yer verilmemiştir. Öğreti ve yargı kararları ile kabul edilen görüş uyarınca, feshin yazılı olarak yapılması ispat şartıdır²⁸³. Yazılı bildirimin sonucu olarak işveren, ileri sürdüğü fesih nedeniyle bağlıdır. Buna göre,

²⁸¹ Sümer, Basın İş Hukuku, 189. İş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde işveren (m. 6/4) ve işçi (m. 7) fesih bildirimini yazılı olarak yapmakla mükelleftir. Bununla birlikte, bu yükümlülük taraflara ispat kolaylığı sağlamak amacıyla getirilmiştir. Göktaş/Çil, 34.

²⁸² Oğuzman, Fesih, 117. Şakar, 13. Gökçek Karaca, 157. Savaş, 173. Haklı nedenle derhal fesihte yazılı şekil şartını düzenleyen TBK’nın 435. maddesinin Basın-İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından da uygulanması gerektiği yönünde bkz. Sümer, Basın İş Hukuku, 189-190.

²⁸³ Songu Öktem, 848. Savaş, 174. Özbek, 47, 71. Y9HD, T. 3.3.2011, E. 2009/5204, K. 2011/5925. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

işveren yargılama sırasında sözleşmeyi başka bir nedenle feshettiğini iddia edemez. Bununla birlikte, yasada yazılı bildirim koşuluna uyulmaması halinde uygulanacak yaptırım düzenlenmemiştir. Yasadaki bu boşluk, düzenlemenin uygulamada işlevsiz kalmasına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁸⁴. Kanımızca, fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmaması ve fesih sebebinin işçiye bildirilmemesi durumunda işveren, işçinin bu nedenle uğradığı zararları ve dava masraflarını karşılamakla yükümlüdür.

İş Kanununun 19. maddesi uyarınca *“işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır”* Bu hüküm yalnızca iş güvencesine tabi iş ilişkilerine uygulanır. Yazılı şekil şartının hangi tür fesihlerde uygulanacağı ise öğretide tartışmalıdır. Bu tartışma aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak olup, bu başlık altında yalnızca düzenlemeye yer vermekle yetiniyoruz.

Türk Borçlar Kanununun 435. maddesinde ise *“Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır”* hükmüyle sözleşmeyi fesheden tarafın fesih sebebini yazılı olarak karşı tarafa bildirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununda yazılı şekil şartı getirilmiş olmakla beraber, bu şekil şartının niteliği ve hangi iş ilişkilerine uygulanacağı konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Aşağıda yazılı şekil şartının niteliği ve uygulama alanına ilişkin olarak öğretide savunulan çeşitli görüşler açıklanacak ve şekle aykırılığın yaptırımı, bir diğer ifadeyle feshi geçersiz veya haksız hale getirip getirmediği değerlendirilecektir.

²⁸⁴ Songu Öktem, 848.

a. Yazılı Şekil Şartını Geçerlilik Şartı Olarak Kabul Eden Görüş

Öğretide savunulan bir görüşe göre²⁸⁵, TBK'nın 435. maddesinde düzenlenen yazılı şekil şartı tüm iş ilişkilerinde uygulanacak olup, geçerlilik şartıdır. Hatta düzenlemede işçi ve işveren tarafından yapılan fesihler bakımından bir ayırım getirilmediğinden, işçinin de sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshederken yazılı şekil şartına uyması gerekir²⁸⁶.

Yazılı şekil şartını öngören TBK'nın 435. maddesinin Türk Borçlar Kanununa tabi iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacağı tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından ise özel-genel kanun ve önceki-sonraki kanun ilişkisi içinde bir çözüme gidilmelidir. Buna göre, önceki özel kanun olan İş Kanununda haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanımına ilişkin bir şekil şartına yer verilmemiştir. Hatta iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin haklı nedenle derhal feshinde, fesih usulünü düzenleyen 19. maddenin uygulanmayacağı 25. maddenin son fıkrasında açıkça ortaya konulmuştur. Buna karşılık sonraki genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu yazılı fesih koşulunu öngörmektedir. Önceki özel kanun ile sonraki genel kanunun aynı konuda farklı düzenlemeler getirmesi halinde sorun, amaca göre yorum ilkesi ile çözümlenir²⁸⁷.

Buna göre, İş Kanununda sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartı aramayan kanun koyucunun, Türk Borçlar Kanunu ile bu görüşünü değiştirdiği kabul edilmelidir. Zira, kanun koyucu haklı nedenle derhal fesihte yazılı şekil şartını kabul ederek fesih usulünde yeknesak bir uygulama oluşturmayı ve

²⁸⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 799-800. Sümer, Uygulamalar, 253. Soyer, Türk Borçlar Kanunu, 14. Soyer, Hizmet Sözleşmesi, 37. Baskan, 114. Güneş/Mutlay, 278. Yürekli, 235.

²⁸⁶ Süzek, 736. Soyer, Hizmet Sözleşmesi, 37 ve dn. 149. Gülver, 1011.

²⁸⁷ Süzek, İş Hukuku, 228-231.

menfaatler dengesine uygun bir çözüm getirmeyi amaçlamaktadır²⁸⁸. Şöyle ki, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin süreli feshinde yazılı şekil şartı arayan kanun koyucunun, sonuçları çok daha ağır olan haklı nedenle fesihte şekil şartı getirmemiş olması, adalet duygusuna ve menfaatler dengesine uygun düşmemektedir. Bu nedenle, yazılı şekil şartına aykırılık iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde feshin geçersiz; iş güvencesi kapsamı dışındaki iş ilişkilerinde ise haksız olması sonucunu doğurur²⁸⁹.

Yazılı şekil şartının işveren yanında işçiler tarafından yapılan fesihler bakımından da öngörülmüş olması şüphesiz ki tartışmaya açık bir konudur. Zira, fesihte yazılı şekil şartı getirilmesinin temel nedeni işçinin feshe karşı korunması ve fesih sebebinin yargılama sırasında değiştirilmesinin önlenmesidir. Buna karşılık, yazılı şekil şartının işçi tarafından yapılan fesihler bakımından da uygulanması durumunda işçi tarafından yapılan fesih haklı nedene dayanıyor olsa bile, yazılı şekil şartına uyulmamışsa haksız sayılacaktır. Bu sonucun fesihte yazılı şekil şartı öngörülmesinin altında yatan amaca aykırı olduğu açıktır. Bununla birlikte, yazılı şekil şartına uyulmaksızın yapılan feshin haksız sayılması, dürüstlük kuralları ile önlenabilir. Buna göre, gerek işveren gerekse işçi tarafından yazılı şekle uyulmaksızın yapılan fesihlerde şekle aykırılığın ileri sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırıysa, fesih haklı nedenle yapılmış kabul edilmelidir²⁹⁰.

²⁸⁸ *Sümer*, Uygulamalar, 254. *Gülver*, 1011.

²⁸⁹ *Süzek*, 736. *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 222. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 800. *Sümer*, Uygulamalar, 253. *Baskan*, 114.

²⁹⁰ *Soyer*, Hizmet Sözleşmesi, 37 ve dn. 149.

b. Yazılı Şekil Şartını İspat Şartı Olarak Kabul Eden Görüş

Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre²⁹¹, TBK'nın 435. maddesinde düzenlenen yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi haklı nedenle fesih hakkının niteliğine uygun düşmez. Zira, haklı nedenle feshin temelinde sözleşmeye devamın taraflardan biri için çekilmez hale gelmesi yatmaktadır. Buna göre, sözleşmeyi bildirim sürelerine dahi uymaksızın derhal sona erdirmesi haklı görülen bir taraftan, yazılı şekil şartını yerine getirmesi beklenmemelidir. Zira, fesihte şekil şartının öngörülmesinin amacı feshe muhatap olan tarafı korumaktır. Buna karşılık, haklı nedenle derhal fesihte sözleşmesi feshedilen taraf, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışta bulunmak suretiyle sözleşmenin feshine kendisi sebep olmuştur²⁹². Bunun da ötesinde, TBK'nın 438. ve 439. maddelerinde haksız fesih, yalnızca haklı neden olmaksızın yapılan fesihleri kapsayacak biçimde düzenlenmiş, yazılı şekil şartına aykırılık halinde feshin haksız olacağına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir²⁹³.

İş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımındansa, İK'nın 19. maddesinde fesihte yazılı şekil şartı getirilmiştir. Buna karşılık, düzenleme uyarınca yazılı şekil şartı iş sözleşmelerinin yalnızca süreli feshi bakımından söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, yasa koyucunun tercihi yalnızca süreli fesih hakkının kullanımında yazılı şekil şartına uyulması yönündedir. Bu itibarla, haklı nedenle derhal fesih usulüne ilişkin

²⁹¹ Çelik, İsaletli Olmayan Düzenlemeler, 8. Doğan Yenisey, 351-353. Doğan Yenisey, Türk Borçlar Kanunu, 101-102. Alpagut, Yeni Borçlar Kanunu, 148-149. Özdemir, İşe İade, 61. Aynı yazar, Sona Erme, 39.

²⁹² Doğan Yenisey, Türk Borçlar Kanunu, 102.

²⁹³ Baycık, 354. Savaş, 172-173, 176.

olarak yasa koyucunun iradesi açıktır. Bu durumda İş Kanununda, Türk Borçlar Kanununun uygulanması suretiyle doldurulacak bir boşluk bulunmamaktadır²⁹⁴.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, Türk Borçlar Kanununda yazılı şekil şartının işverenler yanında işçiler bakımından da getirilmiş olmasıdır. İşçinin haklı nedenle fesih hakkının yazılı şekil şartına tabi olduğunu savunmak uygulamada birçok soruna yol açabilecek niteliktedir. Zira, ülkemizde işçiler haklı nedenle fesih gerekçelerini dahi ancak yargılama aşamasında dile getirebilmektedirler. Buna göre, feshin yazılı şekil şartına bağlı olduğu kabul edildiği takdirde, işçilerin haklı fesih gerekçesiyle açtıkları davalar, haklı fesih nedeni mevcut olsa dahi aleyhlerine sonuçlanacaktır. Bu sonucun iş hukukunun amaç ve ilkeleri bakımından kabul edilemez olduğu açıktır²⁹⁵.

Son olarak belirtmelidir ki, İş Kanununun 109. maddesinde bu kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığı yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, haklı nedenle derhal fesih bildiriminin de yazılı olarak yapılması gerekir, ancak yazılı bildirim şartı geçerlilik değil, ispat şartıdır²⁹⁶. Bu durumda iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden taraf, yazılı ya da sözlü bildirimde bulunabileceği gibi, eylemli fesih yoluyla da iş sözleşmesini sona erdirebilir. Önemli olan fesih beyanının herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık ve anlaşılır olmasıdır²⁹⁷.

²⁹⁴ *Alpagut*, Yeni Borçlar Kanunu, 148. *Özdemir*, Sona Erme, 39. *Aynı yazar*, İş İlişkilerine Etkisi, 152-153. *Karaçöp/Yamakoğlu*, 134.

²⁹⁵ *Özdemir*, İşe İade, 61-62.

²⁹⁶ *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 798. *Savaş*, 176. *Arslan*, 19.

²⁹⁷ *Oğuzman*, Fesih, 14. *Buz*, 250. *Vionnet*, 181, 217. *Venturi-Zen-Ruffinen*, 287-288. *Wyller/Heinzer*, 501. *Baycık*, 301-302. *Savaş*, 177.

c. Kanaatimiz

Kanaatimizce, TBK'nın 435. maddesi iş güvencesi kapsamı dışında kalan İş Kanunu ile Basın-İş Kanununa tabi iş ilişkileri ve Borçlar Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından uygulama alanı bulur. Zira, İş Kanununda iş güvencesine tabi olmayan iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshinde bir usul öngörülmemiş olup, genel kanun olan Türk Borçlar Kanununun haklı nedenle derhal feshe ilişkin düzenlemelerinin, İş Kanununa tabi işçiler bakımından da uygulanması gerekir.

Aynı şekilde Basın-İş Kanununda da sözleşmenin haklı nedenle feshinde fesih usulü öngörülmemiştir. Bu nedenle, genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu hükümleri, Basın-İş Kanununa tabi iş ilişkilerinin haklı nedenle derhal feshinde uygulama alanı bulur.

Bu yorum iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına, adalet anlayışına ve taraflar arasındaki menfaatler dengesine de uygundur. Zira, Kanun haklı nedenlerin varlığı halinde taraflara belirsiz süreli sözleşmelerde bildirim sürelerini, belirli süreli sözleşmelerde ise sözleşme süresini beklemeksizin, sözleşmeyi derhal sona erdirmeye imkanı tanımıştır. Bu durumda sözleşmeyi haklı nedenle fesheden tarafın fesih nedenini karşı tarafa yazılı olarak bildirmesinin, haklı nedenle fesih hakkıyla bağdaşmadığını söylemek mümkün değildir. Zira, fesih beyanıyla iş sözleşmesi derhal sona ermekte, haklı nedenle feshe neden olan davranışa maruz kalan taraftan iş ilişkisine devam etmesi beklenmemektedir. Sözleşmeyi fesheden tarafın, fesih nedenini karşı tarafa yazılı olarak bildirmekle yükümlü olması, onu zor duruma sokmamakta, aksine ilerde doğabilecek uyuşmazlıkları önleyerek aralarındaki ilişkinin bir an evvel sorunsuz bir şekilde sona ermesine yardımcı olmaktadır.

Bununla birlikte, getirilen yükümlölük feshin yazılı olarak yapılması değil, sözleşmeyi fesheden tarafın fesih nedenini karşı tarafa yazılı olarak bildirmesidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeyi fesheden taraf feshi yazılı fesih bildirimiyle yapmak zorunda değildir. Sözlü olarak ya da eylemli fesih yoluyla da iş sözleşmesi sona erdirilebilir. Buna karşılık, fesih sebebi karşı tarafa yazılı olarak bildirilmelidir. Bu bildirim, sözleşmeyi fesheden taraf tarafından karşı tarafın talebi olsun olmasın yapılmalıdır. Bu bildirimin ne kadar süre içinde yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye ise hukukumuzda yer verilmiş değildir. İsviçre Borçlar Kanununda da, haklı nedenin bildirilmesi gereken süre yasada düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda fesih nedenini yazılı bildirim yükümlölüğü, karşı tarafın talebi üzerine doğmaktadır. Buna göre, İsviçre öğretisinde on yıllık zamanaşımı süresi içinde fesih nedeninin bildirilmesinin talep edilebileceği ve talepten sonra gecikmeksizin, kural olarak üç gün içinde, fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁹⁸. Hukukumuzda ise fesih nedeninin bildirilmesi karşı tarafın bunu talep etmiş olmasına bağlı değildir. Bu nedenle fesih sebebi, fesih anında ya da fesihten sonra en kısa süre içinde karşı tarafa bildirilmelidir.

Söz konusu bildirimin yapılmaması halinde, fesih haksız veya geçersiz olmaz. Zira, Türk Borçlar Kanununda yalnızca haklı sebebe dayanmayan fesihler, haksız fesih olarak nitelendirilmiştir. Daha önce de belirtildiği gibi, fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesi yükümlölüğünün amacı, karşı tarafın sözleşmenin ne gerekçeyle feshedildiğinden haberdar olmasını ve buna göre yargı yoluna başvurmasını sağlamaktır. Bu nedenle, yazılı bildirim yükümlölüğüne uymayan taraf, bu yükümlölüğün yerine getirilmemesi dolayısıyla karşı tarafın uğradığı zararları ve

²⁹⁸ Gloor, 766. Venturi-Zen-Ruffinen, 291, 295 ve dn. 1039’da sayılan yazarlar.

dava lehine sonuçlansa dahi özellikle *yargılama* giderlerini karşılamakla yükümlü olmalıdır. İsviçre hukukunda da, fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmemiş olması ya da geç veya eksik bildirilmiş olması halinde, bu durumun delillerin değerlendirilmesi aşamasında sözleşmeyi fesheden taraf aleyhine emare teşkil edeceği, feshin haklı nedenle yapıldığı yargılama aşamasında ispat edilse dahi sözleşmeyi fesheden tarafın, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle, karşı tarafın uğradığı zararları karşılamakla yükümlü olacağı kabul edilmektedir²⁹⁹.

Kanaatimizce feshe muhatap olan tarafın, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı hareketi nedeniyle feshe kendisinin sebep olduğu, bu nedenle korumaya değer bir menfaati olmadığı yönündeki görüşe³⁰⁰ katılmak olanaklı değildir. Zira, haklı nedenle derhal feshe yol açan nedenler ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı hallerden ibaret değildir. Özellikle işveren bakımından haklı fesih nedenlerinden bir kısmının kıdem tazminatına hak kazandırdığı, bir kısmının ise kazandırmadığı düşünüldüğünde, ileride işçilik alacaklarının tahsili amacıyla dava açmayı düşünen işçinin, feshin hangi nedenle sona erdirildiğini bilmekte hukuki yararı vardır.

İş güvencesine tabi iş ilişkilerinin haklı nedenle derhal fesih usulü ise, iş güvencesi sistemi içinde değerlendirilmelidir³⁰¹. Yukarıda da belirtildiği gibi, haklı nedenle feshi düzenleyen İş Kanununun 25. maddesinde iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilen işçinin, Kanunun 18, 20 ve 21. maddelerine göre yargı yoluna başvurabileceği belirtilmiş, yazılı şekil şartını düzenleyen 19. madde hükmüne ise düzenlemede yer verilmemiştir. Bunun dışında, Kanunun 19. maddesinin son

²⁹⁹ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 296-297. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 275. *Wylter/Heinzer*, 596. *Gloor*, 769. Türk hukukunda bu yönde, *Baycık*, 355.

³⁰⁰ *Doğan Yenisey*, 352. *Aynı yazar*, Türk Borçlar Kanunu, 101-102.

³⁰¹ Haklı nedenle derhal fesihlerde yazılı şekil şartını öngören TBK'nın 435. maddesinin iş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından da uygulanacağı görüşünde bkz. *Süzek*, 736.

fıkrasında işçinin verimi ve davranışı nedeniyle yapılacak fesihlerde savunma alma yükümlülüğü getirilmiş buna karşılık, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan haklı fesihler bu hükümden istisna tutulmuştur.

Kanaatimizce Kanunun 25/son hükmünde, 19. maddeye gönderme yapılmamasının ve 19. maddede ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan haklı fesihlerin saklı tutulmasının nedeni, bu hallerde işvereni işçinin savunmasını alma yükümlülüğünden kurtarmaktır. Zira, kanun koyucunun İş Kanununun 25/son hükmünde, 19. maddeye göndermede bulunmamasının nedenini haklı nedenle fesihlerde 19. madde hükmünün bir bütün halinde uygulanmayacağı şeklinde yorumlarsak, 19. maddenin 2. fıkrasında yer alan ve ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılacak fesihleri savunma alma yükümlülüğünden istisna tutan düzenlemenin bir anlamı kalmaz³⁰².

Bunun da ötesinde, geçerli nedenle yapılan fesihler yanında, haklı nedenle derhal fesihler hakkında da uygulanan İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında “işçinin...fesih bildiriminde sebep gösterilmediği..” iddiasıyla dava açabileceği açıkça belirtilmiştir. Bunun dışında İş Kanununun 21. maddesinde “İşverence geçerli sebep gösterilmediği..” takdirde hakimin işe iade kararı vereceği düzenlenmiştir. Anılan nedenlerle, fesih bildiriminin yazılı olması ve fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilmesi iş güvencesine tabi iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshinde geçerlilik koşulu olup, bu koşula uyulmaması halinde fesih haksız ve geçersiz olur.

Altını önemle çizmek gerekir ki, savunma alma zorunluluğu yalnızca işçinin davranışı ve verimi nedeniyle yapılan geçerli fesihler bakımından söz konusudur. İş

³⁰² Taşkent, Değerlendirme 2004, 77. Cinoğlu, 89.

sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde işverenin savunma alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yakın tarihli bir kararında Yargıtay “*Maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde göre ise “Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır”*. Bu açık düzenleme nedeni ile işçinin 25/II fıkrasındaki nedenler dışındaki fesihlerde savunmasının alınması gerekir. Dosya içeriğine göre davalı işverenin, davacı işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I maddesi uyarınca aralıksız 108 gün rapor alması ve ihbar öneline ilaveten 6 haftalık bekleme süresinde devamsızlığı nedeni ile feshettiği, ancak davacı işçinin fesih öncesinde savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir” gerekçesiyle ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan fesihler dışında işverenin, haklı nedenle derhal fesihte işçinin savunmasını almakla yükümlü olduğuna karar vermiştir³⁰³.

Kanımızca, Yüksek Mahkemenin bu kararı isabetli değildir. Zira, savunma almanın amacı işçiye kendisini savunma hakkı tanımak, isnat edilen fiiller karşısında açıklamada bulunmasına fırsat vermek ve meşru bir gerekçesi varsa işverenin bunu öğrenmesini sağlamaktır. Oysa sağlık nedeniyle ve zorlayıcı nedenlerle yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması bu amaçlardan hiçbirine hizmet etmemektedir. Zira, bu durumda fesih işçinin kendi iradesiyle değiştiremeyeceği bir nedenden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, İş Kanununun 19. maddesinde “*Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez*” hükmüyle savunma alma yükümlülüğünün bulunduğu durumlar açıkça düzenlenmiştir. Zorlayıcı

³⁰³ Y9HD, T. 5.11.2015, E. 2015/19845, K. 2015/31318. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

nedenler ile sağlık nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi, ne işçinin davranışları ne de işçinin verimiyle ilgilidir. Anılan nedenlerle, İş Kanununun 25. maddesinin I. ve III. bentleri uyarınca yapılan fesihlerde işverenin savunma alma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

3. Haklı Nedenin Gerçek ve Mevcut Olduğunun İspatlanamaması

Bir iddianın doğruluğu ve gerçekliği konusunda mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat adı verilir. Hukuki anlamda ispat faaliyetinde amaç mahkeme dışında ve dava öncesinde gerçekleşen çekişmeli vakıalar konusunda hâkimi ikna etmektir³⁰⁴. İş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde de sözleşmeyi fesheden taraf, uyuşmazlık konusu haklı nedeni ispatlamakla yükümlüdür. Haklı nedenin ispatlanamaması halinde ise haksız feshe ilişkin hüküm ve sonuçlar doğar³⁰⁵.

Haklı nedeni ispatla yükümlü tarafın belirlenmesi, öncelikle sözleşmeyi fesheden tarafın belirlenmesini gerektirir. Bu bölümde ilk olarak fesih hakkının kullanan tarafın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlar ve konuya ilişkin yargı kararları değerlendirilecek, ardından haklı nedenle fesihte ispat yükü ve araçları ele alınacaktır.

A. Ön Sorun: Sözleşmeyi Fesheden Tarafın Belirlenmesi

Yenilik doğuran haklarda açıklık ve kesinlik ilkesinin bir gereği olarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden taraf, fesih iradesini şüpheyi yer

³⁰⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 538.

³⁰⁵ Süzek, İş Hukuku, 727-728. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 224. Oğuzman, Fesih, 121. Ekmekçi, Değerlendirme 1999, 85. Odaman, 247. Özdemir, 306. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 388. Gülver, 1008. Venturi-Zen-Ruffinen, 147. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 279. Heinzer/Wyler, 612. Gloor, 769.

bırakmayacak şekilde açık, anlaşılır ve kesin olarak ortaya koymak zorundadır³⁰⁶. Zira tek taraflı irade beyanıyla iş sözleşmesini sona erdirmeye yetkisini elinde tutan taraf bu yetkisini kullanırken, karşı tarafın hukuki durumunda belirsizliğe neden olmamalıdır. Bununla birlikte, fesih her zaman açık ve belirgin bir biçimde gerçekleştirilmeyebilir. Bu durumda, sözleşmeyi feshettiği ileri sürülen tarafın söz ve davranışlarından fesih iradesini açıkça ortaya koyduğu sonucuna varılabiliyorsa, fesih beyanının bulunduğu kabul edilir³⁰⁷.

Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu³⁰⁸, ücret zammını yetersiz bulan ve işverene bu ücretle çalışamayacağını aksi halde işten ayrılması gerekeceğini söyleyen işçinin iş sözleşmesini feshettiği sonucuna varmıştır. Olayda işçinin beyanı işverence tutanak altına alınmış ve tutanakta imzası bulunan tanıklarca doğrulanmıştır. Buna karşılık, işçi çalışmaya devam etmiş, yanlış anlaşıldığını ve istifa etmek istemediğini sözlü olarak ve noter aracılığıyla işverene bildirmiştir. Öğretide bu karar işçinin sözleşmeyi fesih iradesinin olmadığı, ücret artışı görüşmeleri sırasında görüşmenin heyecanı ile maksadını aşan bir beyanda bulunduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir³⁰⁹.

Buna karşılık uyuşmazlık konusu diğer bir olayda davacı işçi, bir grup arkadaşı ile birlikte ücret zammını yeterli bulmayarak önce işverene yazılı başvuruda bulunmuş, daha sonra mesaiye geldiği halde işbaşı yapmamış ve işyerini terk etmiştir. Bunun üzerine işveren, işçileri işe davet etmiş, ancak davete rağmen iki işçi dışında davacının da içinde bulunduğu bir grup işçi işe başlamamıştır. Yüksek Mahkeme bu

³⁰⁶ Seliçi, 159. Ulucan, Fehse Karşı Koruma, 233. Wyler/Heinzer, 501.

³⁰⁷ Buz, 250. Süzek, Fesih, 14. Vionnet, 181, 217. Venturi-Zen-Ruffinen, 287-288. Aydın, 124.

³⁰⁸ HGK, 31.5.1989, 9-321/400 ve Güzel'in İncelemesi, İHU, İK 7, No.2.

³⁰⁹ Süzek, İş Hukuku, 714. Süzek, Değerlendirme 1989, 46-49. Baycık, 307-308.

olayda, işçinin haklı bir neden bulunmadığı halde mesai başlangıcında işbaşı yapmadığı, uyarılara rağmen çalışmayıp işyerini terk ettiği, bu suretle hizmet akdinin davacı işçi tarafından haksız olarak sona erdirildiği sonucuna varmıştır³¹⁰. Zira, işveren iş sözleşmesini fesih iradesini ortaya koyacak herhangi bir davranışta bulunmamıştır. Buna karşılık, işçi herhangi bir yasal ya da sözleşmesel dayanağı olmayan ücret zammı talebinde bulunmuş ve bu talebin reddi üzerine işyerini terk etmiştir. İşçinin işyerini terki, işçinin fesih iradesi olarak yorumlanmalı ve sözleşmenin işçi tarafından haksız olarak feshedildiği kabul edilmelidir. Anılan nedenlerle Yüksek Mahkemenin kararı isabetlidir³¹¹. İsviçre hukukunda da işçinin haklı neden olmaksızın işyerini terk etmesi, derhal fesih iradesi olarak yorumlanmaktadır. Ancak bunun için işçinin fesih iradesinin açık, kesin ve işveren tarafından anlaşılabilir olması gerekir³¹². Örneğin, işçinin işyerinde yaşanan bir gerginliğin yarattığı reaksiyonla işyerini terk etmesi³¹³ ya da tatilden sonra kısa bir süre işe gelmemesi³¹⁴ halinde sözleşmeyi feshettiği kesin olarak söylenemez. Bu durumda işverenin, işe dönmesi ya da devamsızlığını haklı kılan bir sebep göstermesi için işçiye ihtarda bulunması gerekir. Buna göre, işçi haklı bir neden göstermez ve işe de geri dönmezse, sözleşme işçinin haksız feshiyle sona erer. Bu durumda,

³¹⁰ Y9HD, T. 4.11.1998, E. 1998/12863 K. 1998/15594, Çimento İşveren, Ocak 1999, s. 42–43. Benzer yönde, Y9HD, 16.12.2010, E. 2008/43430, K. 2010/38191 *Güzel*, Değerlendirme 2010, 153.

³¹¹ *Süzek*, Değerlendirme 1998, 79.

³¹² ATF 121 V 277. TF 4C.303/2005 du 1.12.2005, c.2.2.

³¹³ TF 4C.303/2005 du 1.12.2005, c.2.3.

³¹⁴ TF 4C.244/2000 du 30.11.2000, *Wylser/Heinzer*, 586.

sözleşmenin devamsızlık nedeniyle işveren tarafından feshedilmesi olanaklı değildir³¹⁵.

İş akdinin her iki tarafça feshedildiği durumlarda ise sözleşmeyi fesheden tarafın belirlenmesi için fesih hakkının ilk olarak kim tarafından kullandığının ortaya konulması gerekir³¹⁶. Bu sorun özellikle sözleşmenin işçinin devamsızlığı nedeniyle feshedildiği durumlarda ortaya çıkmaktadır³¹⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuya ilişkin bir kararında, davalı işveren sözleşmenin işçi tarafından yeni bir iş bulduğu gerekçesiyle feshedildiğini; davacı işçi ise sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme işçinin devamsızlığı üzerinde durmuş ve devamsızlığın işverence yapılan ayrımcılık ve baskı ile ücretin kanun ve sözleşmede öngörülen zamanda ve süresinde ödenmemesi olgusuna dayandığını kabul ederek sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiği sonucuna varmıştır³¹⁸.

Uyuşmazlık konusu diğer bir olayda ise davacı işçi, davalı işverenin 2007 yılı Mart ayından itibaren ödemediği ücretlere ilişkin bordro imzalatmak istemesi üzerine bunu kabul etmediğini ve bu nedenle iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini iddia etmiştir. Davalı işveren ise davacının işe devam etmediğine ilişkin tutanaklar ibraz ederek iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini savunmuştur. Yargıtay 2006 yılı Kasım ayından itibaren davacının ücretinin vaktinde ve tam olarak ödenmediği, ödemelerin gecikmeli olarak ve kısım

³¹⁵ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 291-292. Caruzzo, no. 575. Wyler/Heinzer, 585-586, 613. Gloor, 747.

³¹⁶ Süzek, İş Hukuku, 713. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 388.

³¹⁷ Savaş, 178.

³¹⁸ HGK, T. 17.2.2010, E. 2010/9-83, K. 2010/92 ve Akın'ın İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C.25, S.6 Ankara Kasım 2011, s. 28-32.

kısım yapıldığı, 2007 yılı Mart ayından itibaren hiç ödeme yapılmadığı, bu durum nazara alındığında, iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından ücretinin ödenmemesi nedeniyle 4857 sayılı İş Kanununun 24/2-e maddesi uyarınca haklı olarak feshedildiği sonucuna varmıştır³¹⁹. Görüldüğü gibi sözleşmenin devamsızlık nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedildiğinin ileri sürülmesi durumunda Yargıtay, devamsızlık haklı bir nedene dayanıyor ve işçinin fesih iradesi olarak yorumlanabiliyorsa, sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle derhal feshedildiğine karar vermektedir.

İşçinin süreli fesih hakkını kullandığı bir diğer olayda ise davacı işçi, fesih bildirimden sonraki iki gün boyunca çalışmaya devam ettiğini, ancak üçüncü gün işverence işe alınmadığını ileri sürerek sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini iddia etmiştir. Davalı işveren ise, davacının istifa dilekçesinde önel bildirimine yer vermediğini, iş sözleşmesinin işçinin fesih bildirimiyle derhal sona erdiğini, sözleşmeyi bildirim sürelerine uymaksızın sona erdiren işçinin daha sonra ihbar tazminatı ödemekten kurtulmak amacıyla bildirim süresi vermeye karar verdiğini, feshin bozucu yenilik doğuran hak olup karşı tarafa ulaşmakla sonuçlarını doğurduğunu, bildirim süresi vermeksizin istifa dilekçesini sunan işçinin sonradan işverenin rızası olmaksızın bu beyanını değiştiremeyeceğini iddia etmiştir. Yargıtay, davacı işçinin istifa dilekçesinde bildirim süresi vermediğine, sonradan hataen süre vermeyi unuttuğunu ve bildirim süresi içinde çalışmak istediğini beyan ettiğine ancak feshin karşı tarafa ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurduğuna, dolayısıyla

³¹⁹ Y9HD, T. 1.10.2009, E. 2009/7996, K.2009/24947. Benzer yönde Y9HD, T. 5.7.2010, E. 2008/33849, K. 2010/22089. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

davacı işçinin işe alınmamasının işverenin feshi değil, işçinin istifasının işleme konulması anlamına geldiğine karar vermiştir.³²⁰

Söz konusu karar süreli fesih bildiriminde bulunan tarafın dilekçesinde ayrıca bildirim süresinden bahsetmesine gerek olmadığı, zira bildirim süresinin süreli fesih hakkına içkin olduğu, iş sözleşmesinin ancak bildirim süresi sonunda sona ereceği, bu nedenle bildirim süresi içinde çalışmak isteyen işçinin işe alınmamasının işverenin haksız feshi anlamına geldiği gerekçesiyle öğretide haklı olarak eleştirilmiştir³²¹.

Yakın tarihli bir diğer uyuşmazlıkta işveren muvazaalı olarak işyerini üçüncü bir kişiye devretmiş ve acenteye bağlı çalışmayı kabul etmeyen işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceği işçilere duyurulmuştur. İşçi, işyeri devrine rağmen bir süre işyerinde çalışmaya devam etmiş, bu tarihte sigorta kaydı devralan işveren tarafından yapılmış, ancak bir süre sonra işe gelmeyi bırakmıştır. Yerel mahkeme sözleşmenin işçi tarafından, işyerinin acenteye devri nedeniyle haklı bir neden olmaksızın feshedildiği gerekçesiyle, ihbar ve kıdem tazminatları talebinin reddine karar vermiştir. Buna karşılık Yüksek Mahkeme, muvazaalı işyerini devrini kabul etmeyen işçinin, işveren tarafından haksız olarak işten çıkarıldığına karar vermiştir³²².

Yüksek Mahkeme'nin kararı öğretide *Alp* tarafından şu gerekçelerle isabetli bulunmuştur: *“Öncelikle fiilen, aynı acente müdürünün idaresinde ve gerçekte resmi işyeri kaydı hariç hiçbir değişiklik olmadan işyerinde aynı koşullarda çalışmasını sürdüren işçinin, işyeri devrinden hemen haberdar olduğu ve buna rağmen itiraz*

³²⁰ Y9HD, T. 11.3.2008, E. 2007/36130, K. 2008/4519 ve *Okur*'un eleştirisi Sicil, Aralık 2008, s. 106-111.

³²¹ *Okur*, 110. Aksi görüşte, *Şahlanan*, 133-134.

³²² Y22HD, T. 2.4.2013, E. 2012/16499, K. 2013/7025. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

etmeyip çalıştığını kabul ederek onun aleyhine bir sonuca varmak mümkün değildir. İkincisi, işçinin işyeri devrindeki koşulları, kendi aleyhine olan değişikliği ve muvazaayı idrak etmek için belirli bir süreye ihtiyacı olabilir. Üçüncüsü, işçiye hukuka uygun bir çalışma ortamı sunmayan, muvazaaya ortak olmaya çalışan işverenin bu davranışını işçinin kabul etmesi gerekmediği gibi, bu koşullarda işe gelmeye devam etmesi de beklenemez. Hukuken işverenin muvazaasını kabul etmeyen işçinin, muvazaalı durum düzelene kadar işbaşı yapmamak ile iş sözleşmesini feshettiği de söylenemez. İşçi muvazaalı bir iş ilişkisi oluşturmaya yönelik işveren eylemine direnebilmelidir”³²³.

Gerçekten de işverenin acenteye bağlı olarak çalışmayı kabul etmeyen işçileri çıkaracağını beyan etmesi, işçinin muvazaalı olarak devredilen bir işyerinde çalışmaya zorlanamayacak olması ve uygulamada muvazaalı devirlerin genellikle işçilerin iş güvencesinden yararlanmalarını engellemek ve birtakım işçilik haklarını geriye götürmek amacıyla kullanılıyor olması nedeniyle, feshin işveren tarafından yapıldığının kabul edilmesi isabetlidir³²⁴.

Konuyla ilgili değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, işçinin işverenin baskısı sonucunda sözleşmeyi feshetmesidir. “*Baskı feshi*” olarak adlandırılan bu durumda, işçi gerçekte sözleşmeyi fesih iradesine sahip değildir; ancak işverenin baskı veya cebri sonucunda sözleşmeyi feshe zorlanmıştır³²⁵. Yüksek Mahkeme bu durumda isabetli olarak, işverenin fesih iradesinin işçinin istifası altına gizlenmiş

³²³ Alp, Değerlendirme 2013, 205-206.

³²⁴ Alp, Değerlendirme 2013, 206.

³²⁵ Baycık, 314. Süzek, 589-590. Gloor, 793.

bulunduğuna ve sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğine hükmetmektedir³²⁶.

Uyuşmazlık konusu bir olayda, işçinin görev yeri önce Sakarya olarak değiştirilmiş, daha sonra ise işveren, işçiyi Diyarbakır'da görevlendirmek istemiştir. Bu değişikliği kabul etmediği takdirde o işyerinde çalışmaya devam etmesinin zor olacağı işçiye bir kaç kez ikaz edilmiş ve işçi, işveren tarafından sözleşmeyi feshe zorlanmıştır. Değişiklik önerisini kabul etmemesi üzerine işçiye, tazminatlarını alarak işten istifa ettiğine dair bir dilekçe imzalatılmıştır. Konuya ilişkin kararında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, görevlendirmeyi kabul etmediği takdirde kendisiyle iş ilişkisine devam edilmesinin zor olacağı yönündeki işveren söylemleri ile işçiye kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatı ödendiği dikkate alındığında feshin işveren tarafından gerçekleştiğine ve feshin geçerli sebeple yapıldığı kanıtlanamadığından işçinin işe iadesine isabetli olarak karar vermiştir³²⁷.

Bir başka olayda işveren, sendika üyesi işçilerin ücretlerinin düşürülmesi yönünde teklifte bulunmuş, bu teklif işçiler tarafından kabul edilmemiştir. Bunun üzerine işçilere, ihbar ve kıdem tazminatları ödenmek suretiyle işten ayrıldıklarına ilişkin matbu istifa dilekçesi imzalatılmış ve işçiler ihbar ve kıdem tazminatlarını alarak işten ayrılmışlardır. Ancak daha sonra birkaç işçi dilekçeyi işverenin baskısı ile imzaladıkları, gerçekte fesih iradelerinin bulunmadığı gerekçesiyle işe iade davası açmıştır. Yargıtay gerçekte fesih iradesinin işverende olduğuna ve fesih için haklı

³²⁶ Y9HD, T. 19.2.2007, E. 2007/273, K.2007/8421 Çalışma ve Toplum, 2007/3, s. 102-193. Y9HD, T. 28.9.2010, E. 2008/34779, K. 2010/26096 ve *Güzel'in değerlendirmesi Güzel, Değerlendirme 2010*, 158-159. Y9HD, T. 29/1/2007, E. 2006/32948, K. 2007/1041. Y9HD, T. 8.10.2015, E. 2015/19275, K. 2015/27919. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³²⁷ Y9HD, T. 8.10.2015, E. 2015/19275, K. 2015/27919. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

veya geçerli sebep bulunmadığından işçilerin işe iadesine isabetli olarak karar vermiştir³²⁸.

B. İspat Yüğü ve Araçları

Hukukumuzda ispat yüğü Medeni Kanunun 6. maddesinde “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*” hükmüyle düzenlenmiştir. Bu genel kurala göre, taraflardan her biri ileri sürdüğü vakıaları ispatla yükümlüdür. Buna karşılık, Kanunda ispat yükünün kime düştüğüne ilişkin özel bir düzenleme getirilmişse, genel düzenlemeye gidilmeksizin özel kanun hükmü uygulanır³²⁹.

İspat yükünün belirlenmesinde özel bir düzenleme, iş güvencesine tabi iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshi bakımından öngörölmüş bulunmaktadır. İş Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasına göre iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde sözleşmeyi fesheden işveren, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispatla yükümlüdür. Bu hüküm, İş Kanununun 25. maddesinin son fıkrasında aynı Kanunun 20. maddesine yapılan gönderme uyarınca, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde de uygulama alanı bulur. Bu nedenle, sözleşmenin haklı nedenle feshinde işveren, feshe dayanak yaptığı haklı nedeni ispatla yükümlüdür³³⁰.

İşçi tarafından yapılan fesihler ile iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi bakımından ise usul hukuku ilkeleri uyarınca ispat yüğü belirlenir³³¹. Buna göre, normal durumun aksini iddia eden taraf bu iddiasını ispatla

³²⁸ Y9HD, T. 29/1/2007, E. 2006/32948, K. 2007/1041. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³²⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 565.

³³⁰ Sözek, İş Hukuku, 727.

³³¹ Savaş, 207.

yükümlüdür. Zira, normal ve mutad bir duruma dayanan tarafın iddiasını ispat etmesi gerekmediği, bu halde ispat yükünün normal olanın aksini iddia eden tarafa düştüğü genel olarak kabul edilmektedir³³². İş sözleşmeleri bakımından sözleşmeye devam kural, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshi ise istisnadır. Bu nedenle, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi halinde işveren, haklı nedeni ispat etmekle yükümlüdür.³³³ Bu durumda, işverenin haklı nedeni ispatla yükümlü olması bakımından, işçinin iş güvencesine tabi olması veya olmaması arasında bir fark yoktur³³⁴. Sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçi de kural olarak uyuşmazlık halinde haklı nedeni ispatlamakla yükümlüdür³³⁵.

Bununla birlikte, haklı nedenle derhal fesihlerde ispat yükünün mutlak olarak sözleşmeyi fesheden tarafta olduğunu söylemek olanaklı değildir³³⁶. Öğretide Özdemir³³⁷, özellikle işçinin haklı nedenle derhal feshinde ispat yükünün, haklı nedenle derhal fesih nedenlerine göre değişebileceğini isabetli olarak ifade etmektedir. Buna göre, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle yapılan derhal fesihlerde, bu borcun yerine getirildiğini iddia eden işveren, bu iddiasını ispatla

³³² Süzek, İş Hukuku, 727. Süzek, Askı, 43. Odaman, 261-262. Narmanlıoğlu, 382-383. Koç, 282.

³³³ Engin, İspat, 45. Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin İlkesi, 108. Savaş, 205. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 279.

³³⁴ Süzek, Askı, 43. Odaman, 261. Kaplan, 170.

³³⁵ “Davacı, dava dilekçesinde şirket sahiplerinin kendisine iftira ettiklerini ve ayrıca işyerinde çalışan bir erkek arkadaşıyla ilişkisi oldukları iddiasını ileri sürerek 1475 s. K 16/11. maddesi uyarınca hizmet akdini feshettiğini ileri sürerek Kıdem Tazminatı istemiştir. Davacı yargılama sırasında tanıkları dinletmiş ise de bu hususta davacı tanıklarının, davacının iddialarını hiçbir suretle doğrulamamışlardır. Böyle olunca davacı haklı sebeple hizmet akdini feshettiğini kanıtlamadığına göre kıdem tazminatı isteminin reddine karar vermek gerekirken kabule karar verilmesi isabetsiz olup kararın bozulması gerekir” Y9HD, T. 18.1.2001, E. 2000/15504, K. 2001/456. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³³⁶ Odaman, 261-262. Süzek, Değerlendirme 1989, 53. Narmanlıoğlu, 382-383. Özdemir, 306.

³³⁷ Özdemir, 327-330.

yükümlüdür. Örneğin, işçinin kanun ve sözleşme hükümlerine uygun olarak ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesi durumunda, ücretin ödendiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür³³⁸.

Karşı tarafın sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde ise, sözleşmeye aykırı davranıldığını ileri süren taraf bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Buna göre, sözleşme kurulduğu sırada sözleşmenin esaslı noktaların biri hakkında işveren tarafından yanıltıldığını (24/II-a), işveren tarafından kendisine hakaret edildiğini (24/II-b), işverenin kendisine ya da aile üyelerinden birine sataştığını öne süren (24/II-c) ya da işyerinde cinsel tacize uğradığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür³³⁹.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay cinsel taciz nedeniyle sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde, işçinin kendi iffetini ortaya koyarak cinsel tacize ait olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı olarak anlatmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu kabul etmekte ve bu durumda tacize uğrayan taraf yararına uyuşmazlığı sonuçlandırmaktadır³⁴⁰.

³³⁸ Özdemir, 306-307.

³³⁹ Özdemir, 328-329.

³⁴⁰ “Cinsel tacizin öncelikle işyeri dışında gerçekleştiğinin ve işveren vekili konumundaki genel müdür tarafından yapıldığının iddia edilmesi karşısında gerçekliğinin ve ispatının güçlüğü ortadadır. Davacının taciz olayını insan kaynaklarını bildirerek amiri konumundaki genel müdürden şikâyetçi olarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi, arkadaşlarına olayın ayrıntılarını ve gizli yönlerini anlatması, yaşamış olduğu psikolojik bunalım ve depresyon teşhisi nedeniyle alınan doktor raporları, olayın yaratmış olduğu netice ile performans notunun düşük gösterilmesi davacının iddialarının ciddi ve olayın gerçekliği konusunda kanaat oluşturmaktadır. Dosya içerisinde mevcut delillerin ve tanık anlatımlarının bütünlük içinde değerlendirilmesi neticesinde; davacının olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması yaşamın olağan akışına aykırıdır. Öte yandan özellikle işçinin işyerinde ve işyeri dışında amiri tarafından tacize uğradığını belirtip ihtarname

Son olarak, sözleşmenin ifasını olanaksız kılan veya güçleştiren nedenler (sağlık nedenleri ve zorlayıcı nedenler) dolayısıyla sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde ispat yükü, söz konusu nedeni ileri süren taraftadır³⁴¹.

Bununla birlikte, ileri sürülen fesih nedenin gerçekte mevcut olmadığını iddia eden taraf da, bu iddiasını ispatlayan delilleri mahkemeye sunabilir. Uyuşmazlık bu deliller ile sonuçlandırılabilirse mahkeme, ispat yükünü dikkate almaksızın uyuşmazlığı sonuçlandırır. Ancak sunulan deliller uyuşmazlığı çözmede yetersiz kalıyorsa ispat yükü gündeme gelir³⁴².

Sözleşmenin haklı nedenle feshi halinde sözleşmeyi fesheden taraf, feshin hak düşürücü süre içinde kullanıldığını ve toplu iş sözleşmesinde sözleşmenin feshinde bir usul öngörülmüşse bu usule uyulduğunu da ispatla yükümlüdür³⁴³.

Daha önce de ifade edildiği gibi, sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işveren fesih sebebini açık ve kesin olarak karşı tarafa bildirmekle yükümlüdür. Fesih nedeninin “kesin” olarak bildirilmesinin anlamı, işverenin ileri sürdüğü fesih

göndererek tüm detayları belirtmesi ve tacizde bulunanın amiri konumunda olan genel müdür olması karşısında taraflar arasındaki iş ilişkisinin varlığı işverenin konumunu daha da ağırlaştırmaktadır. Davacının arkadaşı olan tanıklar davacı gibi işyerinde çalışırken tacize uğrayıp performans notu düşük gösterilen başka bir işçinin ismini de bildirmişlerdir. ... Akdin davacı kadın işçi tarafından feshi haklı olup kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekirken hatalı değerlendirme ve gerekçe ile reddi bozmayı gerektirmiştir” Y9HD, T. 4.11.2010, E. 2008/37500, K. 2011/31544, Çil, İlke Kararları, 598-600. Aynı yönde, Y9HD, T. 10.6.2014, E. 2012/15957, K. 2014/18734, Çil, İlke Kararları, 595. Y9HD, T. 29.1.2010, E. 2008/14529, K. 2010/1463, Çil, İlke Kararları, 600-601.

³⁴¹ Özdemir, 329-330.

³⁴² Narmanlıoğlu, 382-383. Odaman, 261. Kar, İspat, 1006. Arslan, 21. Savaş, 205.

³⁴³ Sevimli, 16. Akyiğit, 1333. Savaş, 210. Hak düşürücü sürenin kaçırıldığını ileri süren tarafın bu iddiasını ispat etmesi gerektiği yönünde bkz. Özdemir, 332.

nedeniyle bağılı olmasıdır³⁴⁴. Zira, haklı neden derhal fesih hakkının içeriğine dahildir. Diğer bir ifadeyle, feshi belirli bir sebebe dayanarak ferdileştiren işveren daha sonra sözleşmenin başka bir sebebe dayanarak feshedildiğini ileri süremez³⁴⁵. Bu nedenle, ileri sürülen haklı nedenden başka bir nedenin varlığının ispatlanması durumunda yapılan fesih haklı hale gelmez. Belirtmek gerekir ki, fesih nedeniyle bağlılık kuralı hem işçi hem de işveren tarafından yapılan fesihler bakımından söz konusudur³⁴⁶.

Bununla birlikte, taraflar sözleşmeyi feshederken birden fazla haklı nedene dayanabilirler. Feshin birden fazla haklı nedene dayanması halinde, feshin haklı sayılabilmesi için bunlardan bir tanesinin ispat edilmesi yeterlidir³⁴⁷. Buna karşılık, nasılsa biri kabul edilir düşüncesi ile birden fazla haklı neden ileri sürülmesi Yargıtay tarafından samimi ve gerçekçi bulunmamaktadır³⁴⁸. Zira, haklı neden derhal

³⁴⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 800. Süzek, İş Hukuku, 716. Güneş/Mutluay, 278-279.

³⁴⁵ Seliçi, 161. Oğuzman, Fesih, 120. Buz, 251. Savaş, 206.

³⁴⁶ Y9HD, T. 14.4.2016, E. 2016/11280, K. 2016/9341. Y7HD, T. 10.4.2014, E. 2013/21405, K. 2014/7906. Y9HD, T. 19.11.2009, E. 2008/10684, K. 2009/32313. Y9HD, T. 6.6.2008, E. 2007/20053, K. 2008/14400. Y9HD, T. 23.1.2007, E. 2006/28047, K. 2007/362. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁴⁷ Oğuzman, Fesih, 121. Buz, 250-251. Narmanlıoğlu, 319. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 801. Kaplan, 131,165. Savaş, 206. Gloor, 741.

³⁴⁸ Özdemir, 330-331 ve dn. 1071. "Davalı, fesih nedeni ile bağılı olup, tarihsiz fesih yazısında "İşyeri kurallarına uymadığı" gerekçesi ile İş Kanunu 17/II-g ve h maddelerine göre hizmet sözleşmesinin feshedildiği açıklanmıştır. İş Kanunu 17/II-h maddesinde düzenlenen eylemin bulunmadığı mahkemenin de kabulündedir. Verilen görevi yapmamak ile ilgili 14.8.2001 tarihli tutanaktaki eylemleri davalı somut olarak kanıtlayamamıştır. Anlatılan eylemler soyuttur. Ayrıca tutanakta, kararın gerekçesinde söz edilen "Çalışma saatlerinde sigara içme" eyleminden söz edilmediği gibi, davalı tanıkları bu hususu açıklayamamıştır. Son davalı tanığı E.E., davacının sigara içip içmediğini bilmediğini, esasen davacı ile ücretleri hakkında tartıştıklarını, bu tartışmadan müdüre söz ettiğini, ondan sonra davacının işten çıkarıldığını belirtmiştir. Bu durumda, davalının feshe dayanak tutanağına itibar etmek mümkün bulunmamaktadır. Buna

feshin hukuki şartıdır. Bu nedenle sözleşmeyi fesheden taraf, bizzat fesih kararı almasına yol açan haklı nedeni ispatla yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, geçmişte meydana gelen bir dizi olayın yargılama sırasında haklı neden olarak ileri sürülmesi olanaklı değildir³⁴⁹.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200. maddesinde “*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, belli bir miktarı aşan hukuki işlemlerin ispatında senetle ispat zorunluluğu vardır. Bununla birlikte, haksız fiil, haksız iktisap, maddi vakıa gibi hukuki işlem sayılmayan hususların ispatında senetle ispat kuralı uygulanmaz³⁵⁰. Sözleşmenin haklı nedenle feshini gerektiren olgular, maddi vakıa niteliğindedir. Dolayısıyla sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesheden taraf, feshe dayanak yaptığı haklı nedeni her türlü delille ispat edebilir³⁵¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199. maddesinde senetten daha geniş bir kavram olan belge kavramına yer verilmiştir. Düzenleme uyarınca “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları*” belge niteliğindedir. Sözleşmeyi fesheden taraf, dava sırasında haklı nedeni ispat eden her türlü belgeye dayanabilir. Bununla birlikte,

göre, davacının hizmet akdinin haklı bir neden olmaksızın feshedildiği kabul edilerek, kıdem ve ihbar tazminatı hesaplanarak hüküm altına alınmak üzere kararın bozulması gerekmiştir” Y9HD, T. 13.5.2004, E. 2003/717, K. 2004/11689. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁴⁹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 279.

³⁵⁰ Özdemir, 29. Koç, 286.

³⁵¹ Koç, 286. Savaş, 207.

bu belgelerin hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş olması gerekir. Bu husus, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 189. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz*” hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, hukuka aykırı yollardan elde ettikleri bilgi ve belgeleri mahkemeye delil olarak sunamaz. İş hukukunda delilin hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediği, özellikle işçinin internet ve e-posta kullanımlarının mahkemeye delil olarak ibraz edilmesi halinde söz konusu olur³⁵². Zira, e-posta ve internet kullanımının işverence denetlenmesi işçinin kişilik haklarına, özel hayatına ve ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyabilir³⁵³.

Konuya ilişkin yakın tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi, iç yönetmelikte şirket kaynaklarının, bilgisayarların ve kurumsal e-posta hesaplarının kişisel amaçlar doğrultusunda kullanımının kesin olarak yasaklandığına, gerektiğinde yazışmaların ve iletişim kayıtlarının takip edilebileceği ve incelenebileceği hususunda başvurularda gerekli uyarı ve bilgilendirmelerin yapıldığına, bu durum dikkate alındığında başvuruçuların kurumsal e-posta hesapları üzerinden gerçekleştirdikleri kişisel yazışmaların korunması konusunda makul bir beklenti içinde olamayacaklarına karar vermiştir³⁵⁴. Bu karara göre, e-posta hesaplarının gerektiğinde incelebileceği işçilere bildirir ve bu konuda onayları alınırsa işveren, bu incelemeler sonucunda ulaştığı bilgi ve belgelere mahkemede delil olarak dayanabilir.

Haklı nedenin ispatında tanık beyanlarına da dayanılabilir. İş yargısında tanık önemli bir ispat aracıdır. Özellikle karşı tarafın kusuru nedeniyle iş sözleşmesinin

³⁵² Özdemir, 295. Koç, 287.

³⁵³ Koç, 286. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Songu Öktem, Özel Amaçlı İnternet, 1061.

³⁵⁴ AYM, T. 24.3.2016, Başvuru No. 2013/4825.

sona erdirildiği hallerde tanık beyanları özel önem arz eder³⁵⁵. Zira, işverenin işçi karşısındaki üstünlüğü yazılı belgelerin genellikle işveren lehine olması sonucunu doğurur. İşçinin, işverenin baskısı sonucunda, örneğin alacaklarını bir an evvel alabilmek amacıyla, aslında imzalamak istemediği bir belgeyi imzalamak durumunda kalması durumunda, ispat hukukundaki genel kuralların iş ilişkilerine katı bir biçimde uygulanması adaletsiz sonuçlar doğmasına yol açar³⁵⁶. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, tanık beyanları takdiri delil niteliğindedir³⁵⁷. Bu nedenledir ki Yargıtay, uyuşmazlığın çözümünde tarafsız, görgüye dayalı, mahkemece sorulan sorulara açık ve kesin cevaplar içeren ve birbirini doğrulayan tanık beyanlarına itibar etmektedir³⁵⁸.

Yüksek Mahkeme bir kararında “*davacının gönül ilişkisi olduğu iddia edilen ve amiri konumundaki S. O. ile saat 13.00 sıralarında. S. O.'nün odasında boğuşma derecesinde kavga ettiğinin işveren çalışanı ve savunma isteyen M. V. tarafından işverene bildirimde bulunulduğu ve bu olay nedeni ile iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı işveren tarafından bildirilen ve mahkemece dinlenen tanıklar olayı doğrudan gören kişiler değildir. İnsan Kaynakları Müdürü olan tanık olay tarihinin Kasım ya da Aralık 2005 olabileceği şeklinde çelişkiye düşerken, diğer çalışan olaydan 6 ay önce ayrılmış olup bilgisi bulunmamaktadır. İşverence*

³⁵⁵ Engin, İspat, 46.

³⁵⁶ Özdemir, 41.

³⁵⁷ Pekcanitez/Özekes/Atalay, 654.

³⁵⁸ Y9HD, T. 6.3.1986, E. 507, K. 2356 *Akyiğit*, 1162. HGK, T. 18.10.1995, E. 9-670, K. 813 *Akyiğit*, 1200. Y9HD, T. 28.11.2002, E. 8743, K. 22984 *Akyiğit*, 1222-1223. Y9HD, T. 26.9.2002, E. 3385, K. 17697 *Akyiğit*, 1301. Y9HD, T. 8.10.2002, E. 4220, K. 8563 *Akyiğit*, 1160. Y9HD, T. 18.9.1995, E. 8655, K. 25771 *Akyiğit*, 1164. Y9HD, T. 5.3.1997, E. 20866, K. 4261 *Akyiğit*, 1248. Y9HD, T. 16.11.2015, E. 2014/19605, K. 2015/32289. Y9HD, T. 2.3.2016, E. 2014/30718, K. 2016/4621. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

olaya tanık olarak bildirilen diğer tanık işverenin müşterisi olup, herhangi somut bir olgu belirtmemektedir. İşverene bildirimde bulunan ve olaya tanık olan M. ise dinlenmiş değildir” gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını haklı olarak bozmuştur³⁵⁹.

Bir diğer kararında Yüksek Mahkeme, dinlenen tanıkların davacı ile birlikte aynı konuda davalı işveren aleyhinde dava açan kişiler olduğuna, kısaca davacıların birbirlerine tanıklık yaptığına, bu durumda davalı aleyhine dava açan işçilerin tanıklıklarına itibar edilerek hüküm kurulamayacağına karar vermiştir³⁶⁰.

Buna karşılık bir diğer kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, iş akdinin haklı nedenle feshedildiğine dair ispat yükünün işverence yerine getirilmesi gerektiğine, işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü iddiası somut olayda ispatlanamadığı gibi, işçinin dayandığı tanık anlatımlarının aksini gösteren herhangi bir kayıt ve belgenin işverence mahkemeye sunulmadığına, işveren haklı nedeni ispat edemediğine göre feshin haksız olduğuna hükmetmiştir³⁶¹.

Haklı nedenin ispatında başvurulabilecek diğer bir delil bilirkişidir. Hakim hukuk bilgisi dışında kalan ve çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi görüşünün alınmasına karar verebilir³⁶². Örneğin, 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

³⁵⁹ Y9HD, T. 11.12.2006, E. 2006/25640, K. 2006/32379. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶⁰ Y9HD, T. 6.6.2011, E. 2010/46424, K. 2011/16610. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶¹ HGK, T. 20.1.2016, E. 2014/22-83, K. 2016/27. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶² Pekcanitez/Özekes/Atalay, 656. Özdemir, 43.

halinde işçinin sebep olduğu zararın hesaplanması bilirkişi incelemesini gerekli kılar³⁶³. Hukuki konularda ise bilirkişi görüşüne başvurulamaz. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinde “*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna karşılık, uygulamada mahkemelerin iş yükünün fazlalığı gerekçesiyle hukuki konularda da bilirkişi mütalaasına başvurulmaktadır³⁶⁴.

Bölge Çalışma Müdürlüğü müfettişlerinin tuttuğu tutanaklar, aksi kanıtlanıncaya kadar haklı nedenin ispatında önemli bir delildir. Bu husus İş Kanununun 92. maddesinin son fıkrasında “*Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri ile işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir*” hükmüyle düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu tutanakların aksi, işyerinde tutulan diğer tutanaklar ile konunun emniyet müdürlüğü ya da jandarma komutanlığına intikalini sağlayan yazılar gibi her türlü delille ispat edilebilir³⁶⁵.

³⁶³ Y9HD, T. 30.12.1999, E. 18058, K. 20472. *Akyiğit*, 1307. Y9HD, T. 26.1.1998, E. 20368, K. 528 *Akyiğit*, 1311. Y9HD, T. 21.10.2008, E. 2008/5556, K. 2008/27996. Y9HD, T. 12.5.2008, E. 2007/35921, K. 2008/12018. Y9HD, T. 29.4.2008, E. 2007/18387, K. 2008/10889. HGK, T. 17.6.2009, E. 2009/9-210, K. 2009/274. Y9HD, T. 15.2.2010, E. 2009/16140, K. 2010/3388. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶⁴ Y7HD, T. 9.12.2014, E. 2014/16550, K. 2014/22273. Y7HD, T. 31.10.2014, E. 2014/5180, K. 2014/19892. Y9HD, T. 23.10.2014, E. 2012/38800, K. 2014/30830. Y9HD, T. 12.4.2010, E. 2009/49570, K. 2010/10149. Y9HD, T. 1.6.2009, E. 2008/34027, K. 2009/14977. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶⁵ *Savaş*, 208 ve dn. 1140’ta sayılan kararlar.

Buna karşılık, İş Kanununun 92. maddesinin son fıkrasında “İş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı taraflarca otuz gün içerisinde yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İş mahkemesinin kararına karşı taraflarca 5521 sayılı Kanunun 8 inci maddesine göre kanun yoluna başvurulabilir. Kanun yoluna başvurulması iş mahkemesince hüküm altına alınan işçi alacağının tahsiline engel teşkil etmez” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca iş sözleşmesi taraflarına söz konusu tutanaklara otuz gün içinde itiraz etme hakkı tanınmıştır. Düzenlemede yer alan “itiraz edebilir” ifadesinden de açıkça anlaşıldığı üzere söz konusu tutanaklara itiraz etmek zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu tutanaklara itiraz edilmemiş olsa bile yargılama sırasında bu tutanakların aksi iddia ve ispat edilebilir. Düzenlemede her ne kadar tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına itiraz hakkı getirilmiş olsa da işçinin haksız feshe bağlanan tazminatların ödenmesi talebiyle Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne başvurması ve sonrasında bu tutanağa itiraz edilmesi halinde, bu tazminatlara hak kazanılıp kazanılmadığının belirlenmesi için öncelikle feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekecek ve itirazın kesinleşmesi durumunda söz konusu tutanaklar yargılamada kesin delil teşkil edecektir³⁶⁶.

Son olarak, iş sözleşmesi işçinin işlediği bir suç nedeniyle feshedilmiş ve bu konuda bir ceza davası açılmışsa, hâkimin uyuşmazlığı sona erdirmeden önce ceza davasının sonuçlanmasını beklemesi gerekir³⁶⁷. Esasen hukuk hakimi ceza hakiminin

³⁶⁶ Savaş, 209.

³⁶⁷ Koç, 296-300. Savaş, 105, 209. “Mahkemece, dosya kapsamında dinlenen soyut tanık beyanlarıyla, Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2012/1972 E. 2013/1053 K. dosyasında verilen kararın kesinleşmesi beklenilmeden bu dosya kapsamında dinlenen tanık soyut tanık

vereceği kararla bağılı değildir. Bu husus, TBK'nın 74. maddesinde "*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağılı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağılı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz*" hükmüyle düzenlenmiştir. Bununla birlikte, hukuk hâkiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Şöyle ki, ceza mahkemesinde maddi bir olayın varlığı ya da yokluğu konusunda verilmiş kesin karara rağmen, hukuk hakimi aynı olguları yeniden tartışamaz³⁶⁸. Bunun dışında, ceza mahkemesince konuya ilişkin olarak verilen mahkûmiyet kararı hukuk davasında kesin hüküm teşkil eder³⁶⁹.

Ceza mahkemesinin delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı vermesi halinde ise, bu karar iş mahkemesi hâkimini bağlamaz. Diğer bir ifadeyle iş mahkemesi hâkimi, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı için yeterli görmediği delilleri sözleşmenin haklı nedenle derhal feshi için yeterli bulabilir³⁷⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında "...ceza mahkemesi anılan eylemlerin davacı tarafından işlenmediğini saptamış değildir. Sadece "Suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereğince isnad edilen suç yönünden tipe uygun eylemin tüm unsurları ile oluşmadığı sonucuna varılmıştır. Gerçekten ceza yargılaması sırasında

beyanlarıyla kıdem ve ihbar tazminatı hakkında karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir" Y7HD, T. 9.3.2016, E. 2015/4665, K. 2016/5912. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶⁸ HGK, T. 24.5.2006, E. 2006/9-280, K. 2006/319. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶⁹ Özdemir, 323. Savaş, 209-210. Ertürk, 165. Y9HD, T. 15.12.2008, E. 2008/8431, K. 2008/33693. Y9HD, 26.6.2009, E. 2008/36420, K. 2009/18300. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁷⁰ Tunçomağ/Centel, 222-223. Özdemir, 322. Ertürk, 164-165.

alınan bilirkişi raporunda da bankacılığın gerektirdiği dikkat ve ihtimamın gösterilmediği ve görevlerinin gerektirdiği sorumlulukla yapılmadığı, bankanın gerek müşteri- mevduat gerek maddi açıdan zarara ve tehlikeye sokabilecek eylemler olduğu kabul edilmiş, ancak özellikle suçun "zarar" unsurunun oluşmadığı üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Esasen davacı da gerek idari soruşturma sırasında gerek sonraki aşamalarda anılan eylemleri gerçekleştirdiğini kabul etmekle birlikte bu eylemlerin banka müdürünün bilgisi dahilinde ve diğer yetkililerle birlikte yapıldığını ileri sürmüştür. Bu konuda belirtmek gerekir ki; iş ilişkisi karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olup, bu güvenin sarsıldığı durumlarda, anılan tutumla karşılaşan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesini beklemek işin doğasına uygun düşmez. İşçinin, işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlarından kaçınmak sadakat borcunun bir gereğidir. Davacının belirtilen eylemleri zarara yol açmamış olsa da doğruluk ve bağlılığa uyduğunu söylemek mümkün değildir. Davacı ile birlikte başkalarının da eyleme iştirak etmesi veya eylemin ceza hukuku açısından suç teşkil etmemesi varılan bu hukuki sonucu değiştirmez” gerekçesiyle hakkında açılan ceza davasında beraat eden işçinin doğruluk ve bağlılığa uymadığı açık olan davranışının iş ilişkisiyle kurulan güven temelini çökmesine sebebiyet verdiğine, bu itibarla sözleşmenin feshinin haklı olduğuna hükmetmiştir³⁷¹.

Bu konuda önemle belirtmek gerekir ki, beraat kararı isnat edilen suçun işlenmediği gerekçesiyle verilmişse, iş mahkemesi işlenmediği sabit olan bir fiile dayanarak sözleşmenin feshini haklı bulamaz³⁷². Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi

³⁷¹ Y9HD, T. 4.4.2000, E. 2000/2465, K. 2000/4716. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁷² Atabek, 140. Narmanlıoğlu, 364-365. Kaplan, 148. Akyiğit, 1178. Odaman, 149-151. Savaş, 105.

hukuk hâkiminin bir olayın varlığı ya da yokluğu konusunda verilmiş ceza mahkemesi kararına rağmen bu olguyu yeniden değerlendirip farklı bir sonuca gitmesi olanaklı değildir.

4. Fesih Hakkının Hak Düşürücü Süre İçinde Kullanılmaması

A. Genel Kural

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde İş Kanununda ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan fesihler hariç özel bir süre öngörülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, yasa koyucu sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler ya da işçinin tutuklanması veya gözüaltına alınması nedeniyle yapılan fesihlerde özel bir süreye yer vermemiştir.

Türk Borçlar Kanununda ise, mülga Borçlar Kanununun 344. maddesinde yer alan “*her vakit akdi feshedebilir*” ifadesinden farklı olarak iş sözleşmesinin haklı nedenle “*derhal*” feshedilebileceği ifadesine yer verilmiştir. Yasada “*derhal feshedebilir*” ifadesine yer verilmişse de, İsviçre ve Türk Hukuklarında sözleşmenin haklı nedenle derhal fesih hakkının, fesih sebebinin öğrenilmesinden itibaren makul bir süre içinde kullanılması gerektiği kabul edilmektedir³⁷³.

Makul süre, fesih işlemi ile fesih nedeni arasındaki bağlantının kopmamış sayıldığı süre olarak tanımlanabilir³⁷⁴. Bu sürenin önceden kesin sınırlarla belirlenmesi olanaklı olmadığından, feshin uygun bir süre içinde yapılıp yapılmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Bu itibarla Yüksek Mahkeme, işçinin hastalığı nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği bir uyuşmazlıkta, epilepsi

³⁷³ Oğuzman, Fesih, 169. Kaplan, 21. Günay, 247. Günay, İş Davaları, 204-205. Gülver, 1009. Savaş, 182.

³⁷⁴ Akyiğit, 846. Savaş, 183.

hastalığının tedavisinin tam olarak mümkün olmadığı hayat deneyimlerinden bilindiğinden, bir hafta beklenmesini çok bulmuş ve feshin haksız olduğuna hükmetmiştir³⁷⁵.

Fesih hakkının makul süre içinde kullanılıp kullanılmadığı, haklı nedenin öğrenildiği tarihe göre tespit edilir. Bu itibarla, çok uzun zaman önce meydana gelmiş bir vakıanın sonradan öğrenilmesi durumunda, makul sürenin geçtiği ileri sürülemez. Bununla birlikte, feshin makul süre içinde yapıldığının söylenebilmesi için sonradan öğrenilen haklı nedenin, fesih tarihinde hala bu niteliği taşıyor olması gerekir. Örneğin, işçinin bir yıl önce haklı nedene dayanmaksızın ve kendisinden izin alması devamsızlık yaptığını yeni öğrenen işverenin, olaydan bir sene geçtikten sonra iş sözleşmesini bu nedenle feshetmesi olanaklı değildir. Zira, uzun zaman önce yapılan devamsızlığın, fesih anında işveren tarafından sözleşmeye devamı beklenemez kıldığı ileri sürülemez. Buna karşılık, işçinin hırsızlık yaptığının işveren tarafından bir yıl sonra öğrenilmesi durumunda farklı bir yoruma gitmek gerekir. Bu durumda, işverenin olaydan uzun bir süre geçtikten sonra hırsızlığı öğrenmiş olması onun haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanmasına engel olmaz³⁷⁶.

Basın-İş Kanununda ise haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılma süresine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide bir görüş³⁷⁷, Basın-İş Kanununa tabi iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshinde, İş Kanununun 26. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık öğretide savunulan diğer bir görüşe göre³⁷⁸, Basın-İş Kanunu ile İş Kanunu arasında bir özel

³⁷⁵ Y9HD, T. 2.4.2001, E. 2001/1802, K. 2001/5190. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁷⁶ Oğuzman, Fesih, 114. Atabek, 167-168. Savaş, 185.

³⁷⁷ Şakar, 14. Gökçek Karaca, 182.

³⁷⁸ Savaş, 182. Gökteş/Çil, 35. Uçum/Karataş, 602-603.

kanun-genel kanun ilişkisi olmadığından, haklı nedenle derhal fesih süresi, Basın-İş Kanunu karşısında genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenmelidir. Buna göre, fesih hakkının makul süre içinde kullanılması gerekli ve yeterlidir. Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta, İş Kanununda yer alan hak düşürücü sürenin Basın-İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından uygulanmayacağına karar vermiştir³⁷⁹.

Deniz-İş Kanununun 15. maddesinde ise işveren, işveren vekili ya da gemi adamına tanınan haklı nedenle derhal fesih hakkının iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir sene sonra kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Düzenleme İş Kanunu ile paralellik göstermektedir. Bu nedenle, İş Kanununda öngörülen hak düşürücü sürelerle ilgili olarak yapacağımız açıklamalar, Deniz-İş Kanuna tabi iş ilişkilerinin haklı nedenle feshi bakımından da geçerlidir.

Haklı nedenle derhal fesih hakkının yasada öngörülen süreler geçtikten sonra kullanılması durumunda fesih haksız olur³⁸⁰. Bu halde sözleşmeyi fesheden taraf, fesih için haklı neden bulursa dahi haksız feshin hüküm ve sonuçlarından sorumlu tutulur. Yüksek Mahkeme de bir kararında, “4857 sayılı Kanun’un 26. 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

³⁷⁹ Y9HD, T. 7.6.2000, E. 2000/4840, K. 2000/8081 Göktaş/Çil, 168-169.

³⁸⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 423. Süzek, 737. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 865. Yürekli, B. III, 306. Savaş, 222-223. Arslan, 156.

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... Somut olayda; mahkemece haklı sebeple fesih için belirtilen altı günlük süre geçtiği için feshin haksız olduğu gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı hüküm altına alınmıştır. Ancak feshe yetkili makamın fesih sebebi yapılan olayı öğrendiği tarih dosya kapsamından anlaşılamadığından, haklı fesihte altı işgünlük sürenin geçirilip geçirilmediği de denetlenememektedir. Bu sebeple, mahkemece davacıdan savunma isteyen işyeri yetkilisinin de feshe yetkili makam olup olmadığı da araştırılmak suretiyle davalı işveren işyerinde feshe yetkili makam belirlendikten sonra feshe yetkili makamın fesih sebebi yapılan olayı öğrenme zamanı tespit edilmeli ve fesih yetkisini altı işgünlük sürede kullanıp kullanmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Eksik inceleme ve araştırma ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesiyle feshe yetkili makamın fesih konusu olaydan haberdar olmasından sonra hak düşürücü sürenin kaçırılması durumunda feshin haksız olacağını hüküm altına almıştır³⁸¹.

İş güvencesine tabi işçiler bakımındansa durum farklıdır. İş güvencesine tabi iş ilişkilerinde feshin haksız olması, doğrudan geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Şöyle ki, fesih hak düşürücü süre geçtikten sonra ve fakat makul bir süre içinde

³⁸¹ Y22HD, T. 25.11.2015, E. 2014/18875, K. 2015/31643. Aynı yönde, Y9HD, T. 18.9.2014, E. 2012/33759, K. 2014/27304. Y9HD, T. 29.5.2014, E. 2012/6869, K. 2014/17598. Y9HD, T. 17.3.2014, E. 2012/2259, K. 2014/8616. Y22HD, T. 3.12.2013, E. 2012/2996, K. 2013/27859. Y22HD, T. 3.12.2013, E. 2012/29918, K. 2013/27773. Y7HD, T. 31.10.2013, E. 2013/10801, K. 2013/18002. Y9HD, T. 13.6.2013, E. 2013/1522 K. 2013/18228. (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası)

yapılmışsa, feshe neden olan maddi vakianın geçerli neden niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirilir ve buna göre bir çözüme gidilir. Buna göre, feshe neden olan olay haklı veya geçerli neden ağırlığındaysa feshin geçerli nedenle yapıldığı kabul edilir³⁸².

Yargıtay da “Her ne kadar devamsızlık olgusu yönünden haklı fesih yetkisinin hak düşürücü süre içerisinde kullanıldığına dair delil ibraz edilmemesi sebebiyle mahkemece davacı işe iade edilmiş ise de, davacının 22-23 .08.2011 tarihlerinde devamsızlık yapmış olması, 16.09.2011 tarihli tutanak içeriğine yansıyan eylemleri iş yürütümünü bozucu nitelikte olup davalı işverenin bu işçiyle çalışmaya devam etmesi beklenemez kılarak fesih için geçerli sebep teşkil etmektedir” yönündeki kararında altı iş günlük sürenin kaçırılması halinde feshin haksız olduğuna, ancak geçerliliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁸³.

Bir başka kararında Yüksek Mahkeme, haklı nedenle fesih için aranan hak düşürücü sürenin kaçırılması halinde feshe dayanak yapılan maddi vakianın geçerli neden niteliğinin ortadan kalkmayacağına, ancak geçerli nedenle fesih hakkının da objektif ve hakkaniyete uygun bir süre içinde kullanılması gerektiğine, fesih hakkının uzun bir süre geçtikten sonra işçide bir baskı unsuru olarak kullanılması

³⁸² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 871-872. Şahlanan, Değerlendirme 2003, 112-113. Baycık, Etkisizleşme, 66. Savaş, 223.

³⁸³ Y22HD, T. 6.10.2015, E. 2015/20801, K. 2015/26632, Çalışma ve Toplum, S.50, 2016/3, 1634-1637. Aynı yönde, Y9HD, T. 3.12.2007, E. 2007/14832, K. 2007/36281. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

durumunda böyle bir tutumun dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir³⁸⁴.

Buna karşılık öğretide *Taşkent*³⁸⁵, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği durumlarda yargı organının “*haklılık*” yanında bir de “*geçerlilik denetimi*” yapmasını eleştirmektedir. Yazara göre, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedildiği açıksa ve işçi feshin haklı nedene dayanmadığı iddiasıyla işe iade davası açmışsa, yargı organı yalnızca ileri sürülen nedenin haklılığını ve feshin hak düşürücü süre içinde yapıp yapılmadığını değerlendirmelidir. Buna göre yapılacak bir değerlendirme sonucunda, feshin hak düşürücü süre geçtikten sonra yapıldığı tespit edilirse, işçinin işe iadesine karar verilmelidir. Yüksek Mahkeme ise, tarafların sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedildiği konusunda hemfikir olmalarına rağmen, ileri sürülen nedenin geçerli neden niteliği taşıyıp taşımadığını değerlendirmekte ve adeta durumdan görev çıkarmaktadır. Bunun da ötesinde, Yüksek Mahkeme feshin geçerli nedenle yapıldığı sonucuna vardığında, işverenin hak düşürücü sürenin yanı sıra İş Kanununun 19. maddesinde aranan koşullara uymamış olmasını geçersizlik nedeni olarak kabul etmemektedir. Yargıtay’ın süreli fesihte derhal feshe ilişkin 26. madde uygulanmaz derken, süreli feshin önemli bir koşulu olan 19. maddeyi ihmal etmesi, ciddi bir çelişki oluşturmaktadır. Yargıtay’ın bu yaklaşımı kötü niyetli işverenlerin, süreli feshi düzenleyen İş Kanunu hükümlerini dolanmalarına imkan vermektedir. Anılan nedenlerle feshin haklı nedenle yapıldığı durumlarda haklı nedenle derhal feshi

³⁸⁴ Y9HD, T. 2.10.2006, E. 2006/17797, K. 2006/25426, Sicil, 5, s. 90-93. Benzer yönde Y9HD, T. 24.2.2004, E. 2003/22581, K. 2004/3229 ve *Şahlanan*’ın değerlendirmesi, Değerlendirme 2004, 112-113.

³⁸⁵ *Taşkent*, Değerlendirme 2004, 74-78. *Taşkent*, Değerlendirme 2009, 177-178. Benzer görüşte, *Astarlı*, 317.

düzenleyen hükümler, geçerli nedenle yapıldığı hallerde ise geçerli nedenle feshi düzenleyen hükümler uygulanmalı ve buna göre bir sonuca gidilmelidir.

Kanaatimize göre, *Taşkent*'in işverenlerin haklı nedenle derhal fesih hakkını, iş güvencesi hükümlerini dolanmak amacıyla kullanabileceklerine yönelik kaygısı haklıdır. Öncelikle haklı nedenle derhal feshin, sözleşmeyi sona erdiren “*olağanüstü*” ve “*istisnai*” fesih yolu olduğu unutulmamalıdır³⁸⁶. Ancak bu mesele, yargı organının haklı nedenle yapılan fesihlerde geçerlilik denetimi yapmaması yoluyla çözülemez. Zira, yargı organının haklılık yanında geçerlilik denetimi yapması, hakimi hukuku resen uygulamakla yükümlü kılan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. maddesinin bir gereğidir. Bu nedenle fesih nedeni geçerli neden sayılabilecek nitelikteyse hakim, işverence yanlış değerlendirme yapıldığını kabul ederek feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna varabilir³⁸⁷. Bununla birlikte, ileri sürülen nedenin geçerli neden niteliği kabul edildiği takdirde, iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli nedenle feshini düzenleyen İş Kanunu hükümleri bir bütün olarak uygulanmalıdır. Diğer bir ifadeyle, fesih hak düşürücü süre içinde yapılmamış olsa dahi, İş Kanununun 19. maddesine uygun olmalıdır³⁸⁸. Sözleşme bu usule uygun olarak feshedilmemişse, işverenin haklı nedenle derhal feshi, hak düşürücü sürenin kaçırılmış olması nedeniyle “*haksız*”, İş Kanununun 19. maddesinde sayılan koşullara uyulmamış olması nedeniyle de “*geçersiz*” kabul edilmelidir.

İsviçre Hukukunda sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebileceği süre yasal olarak belirlenmemiştir. Buna göre, haklı nedenle derhal fesih hakkı makul

³⁸⁶ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 276.

³⁸⁷ Süzek, İş Hukuku, 725.

³⁸⁸ Süzek, İş Hukuku, 725. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 869. *Taşkent*, Değerlendirme 2004, 73-78. Narmanlıoğlu, Değerlendirme 2007, 128-129. Kılıçoğlu/Şenocak, 250. Sevimli, 19. Baycık, 394.

süre içinde kullanılmalıdır. Bu süre somut olayın koşulları, olayların açıklığı ile haklı nedenin ağırlığına göre değişiklik gösterir. Eğer feshe neden olan olaylar açık, net ve özellikle de ağır nitelikte ise haklı nedenle derhal feshin, bir an evvel yapılması gerekir. Zira, haklı nedenin sübjektif olarak da belli bir ağırlıkta olduğunun kabulü için sözleşme gecikmeksizin feshedilmelidir. Buna karşılık, olayların açığa kavuşturulması gerekiyor ya da haklı neden süreklilik gösteriyorsa makul süre daha uzundur. Diğer bir ifadeyle, haklı nedenle derhal fesih iradesinin bir an evvel ortaya konması gereği ile iyice düşünülerek isabetli bir karar alınması yükümlülüğü arasında bir denge kurulmalıdır. Bu itibarla İsviçre’de makul süre kural olarak iki ya da üç iş günü, istisnai olaraksa bir hafta olarak kabul edilmektedir³⁸⁹. İşverenin tüzel kişi olduğu ve fesih hakkının birden fazla organın katılımıyla kullanıldığı hallerde ise, feshin bir haftalık süre içinde yapılması olağan karşılanmaktadır³⁹⁰.

B. İş Kanunu’nun Getirdiği Özel Düzenleme

İş Kanununun 26. maddesinde yer alan “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, 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 uygulanmaz” hükmüyle ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılacak derhal fesihler hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur.

³⁸⁹ TF 4C.23/2006 du 4.5.2006, c.4.1. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 278. Caruzzo, no. 557. Wyler/Heinzer, 591-592. Gloor, 767-768.

³⁹⁰ Cherpillod, 254. Tercier/Favre, 560. Venturi-Zen-Ruffinen, 311-313. Vionnet, 281-282. Caruzzo, no. 557. Gloor, 768. Baycık, 432. Gülver, 1009.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, yenilik doğuran bir hak olan haklı nedenle derhal fesih hakkının zamanaşımına değil de hak düşürücü süreye tabi tutulması bilinçli bir tercihtir. Zira, zamanaşımının dolması bir hakkı sona erdirmez. Buna karşılık, muhataba hakkın kullanılmasına katılmama ve hakkın kullanılmasını engelleme yönünde bir def'i hakkı tanır. Bu durumda kullanılan hak ancak muhatabın zamanaşımı def'ini kullanmaması halinde hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yenilik doğuran haklar ise, hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla kullanılırlar. Diğer bir ifadeyle, hakkın hüküm ve sonuçlarını doğurması için muhatabın bu işleme katılması gerekmez. Bu durumda fesih hakkının zamanaşımına tabi tutulmasının hiçbir anlamı olamaz. Hak düşürücü sürenin dolması halinde ise, hak sona erer. Bu süreden sonra hak sahibi hakkını kullanamaz. Bu sayede hak sahibinin muhatabın hukuki alanında ucu belirsiz bir süreyle değişiklik yapma riski bertaraf edilmiş olur. Bunun da ötesinde, hak düşürücü süre zamanaşımından farklı olarak, taraflarca ileri sürülme bile hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Anılan nedenlerle haklı nedenle derhal fesih hakkı zamanaşımına değil hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur³⁹¹.

Düzenleme uyarınca, İş Kanununa tabi iş sözleşmelerinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle haklı nedenle derhal feshinde, gerek işçi gerekse işveren altı işgünü ve bir yıllık hak düşürücü sürelerle uymakla yükümlüdür. Hak düşürücü süre yalnızca ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılacak olan fesihler bakımından uygulanır³⁹².

³⁹¹ Buz, 261-262. Vionnet, 269-273.

³⁹² Süzek, 730.

Buna karşılık öğretide bir görüş³⁹³, sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler ya da işçinin tutuklanması veya gözaltına alınması nedeniyle yapılacak fesihler bakımından da İK'nın 26. maddesinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, haklı nedenle derhal fesih hakkının hak düşürücü süre içinde kullanılmaması durumunda, ileri sürülen nedenin haklı sayılmadığı veya fesihten vazgeçildiği anlamı çıkabilir.

Kanaatimizce yasanın açık hükmü karşısında bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Bunun da ötesinde sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler ile gözaltı ya da tutukluluk nedenleriyle iş sözleşmesinin derhal feshi, fesih sebebinin belli bir süre devam ettiği fesihlerdir. Buna göre, hak sahibinin sözleşmenin feshine karar vermek için yeterince düşünme zamanı vardır. Bu itibarla, sebebin sona ermesinden sonra hak sahibine altı işgünlük süre tanımaya gerek olmamalıdır³⁹⁴. Zira, bu halde ileri sürülen neden, sözleşmeyi fesheden taraf bakımından sübjektif olarak haklı neden olma niteliğini yitirir.

Feshin hak düşürücü süre içinde yapılmasından ne anlaşılması gerektiği konusuna gelince öğretide bir görüşe göre³⁹⁵, fesih beyanın hak düşürücü süre içinde yapılmış olması yeterli olmayıp aynı zamanda bu süre içinde karşı tarafa ulaşmış olması gerekir. Eğer fesih beyanı bu süre içinde karşı tarafa ulaşmışsa, sözleşme ulaşma tarihi itibarıyla sona erer.

Diğer bir görüş ise³⁹⁶, fesih iradesinin hak düşürücü süre içinde açıklamasının yeterli olduğunu ileri sürmektedir. Yargıtay da fesih iradesinin hak

³⁹³ Odaman, 259. Tunçomağ/Centel, 229.

³⁹⁴ Oğuzman, Fesih, 112 ve dn. 290.

³⁹⁵ Tunçomağ/Centel, 229. Polatcan/Polatcan, 63.

³⁹⁶ Günay, 368-369. Aynı yazar, İş Davaları, 217-218. Savaş, 185. İren, 1337. Arslan, 155.

düşürücü süre içinde açıklanması durumunda, feshin haklı olduğuna karar vermekte ve bu süre içinde fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşmış olmasını aramamaktadır³⁹⁷.

Kanaatimizce de fesih bildiriminin hak düşürücü süreler içinde yapılmış olması yeterli olup, bu süre içinde karşı tarafa ulaşmış olması gerekmez. Zira, yasada fesih beyanın hak düşürücü süre içinde muhataba ulaşmasından değil “*fesih yetkisinin hak düşürücü süre içinde kullanılmasından*” söz edilmiştir. Buna göre, fesih bildirimi muhataba posta veya noter aracılığı ile gönderilmişse, hak düşürücü sürenin hesabında fesih beyanının muhataba ulaşma tarihi değil, fesih iradesinin açıklandığı tarih olan postaya verilme ya da notere başvuru tarihi esas alınmalıdır³⁹⁸. Belirtelim ki, fesih beyanın hak düşürücü süre içinde yapılmış olması yeterli olmakla beraber fesih her halde karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur³⁹⁹.

a. Altı İşgünlük Süre

İş Kanununda ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılıktan doğan fesihlerde derhal fesih hakkının, haklı sebebin öğrenilmesinden başlayarak altı işgünü içinde kullanılması gerektiği yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenleme uyarınca kanun, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı bir hareketin öğrenilmesinden çok uzun bir süre geçtikten sonra yapılan fesihleri, kamu düzeni ve dürüstlük kuralı

³⁹⁷ Y22HD, T. 25.11.2015 , E. 2014/18875, K. 2015/31643. Y22HD, T. 2.2.2015, E. 2013/30170, K. 2015/1864. Y7HD, T. 7.7.2015 , E. 2015/22430, K. 2015/13627. Y9HD, T. 31.3.2015, E. 2015/6797, K. 2015/12506. Y9HD, T. 26.1.2015, E. 2014/35713, K. 2015/2149. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

³⁹⁸ İren, 1337.

³⁹⁹ Güzel, Değerlendirme 2010, 151-152. Bu kuralın bir istisnasını Deniz-İş Kanununun 17. maddesi oluşturmaktadır. Düzenleme uyarınca iş sözleşmesi olağan veya olağanüstü fesih yoluyla sona erdirildiği anda gemi sefer halindeyse, iş sözleşmesi kararlaştırılmış limanda, kararlaştırılmış liman değiştirildiği takdirde ise ilk uğranılacak limanda geminin emniyet altına alındığı anda sona erer.

bakımından haklı saymamaktadır. Buna göre, anılan hallerde haklı nedenle derhal fesih hakkı, fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren altı işgünü içinde kullanılmak zorundadır⁴⁰⁰.

Altı işgünlük hak düşürücü süre, olayın ve failin öğrenildiği günü izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Hak düşürücü sürenin hesabında olayın öğrenildiği gün sayılmaz ve takip eden altıncı işgününün bitiminde haklı nedenle derhal fesih hakkı sona erer⁴⁰¹.

İşçi tarafından yapılan fesihlerde hak düşürücü sürenin başlama anını tespit etmek kolaydır. İşveren tarafından yapılacak fesihler bakımındansa özel bir duruma dikkat çekmek gerekir. Buna göre, gerçek veya tüzel kişi işverenin bir başka kişiyi, örneğin personel müdürünü fesih için yetkilendirmesi durumunda hak düşürücü süre, bu kişilerin, haklı nedene sebep olan işçinin kimliğini ve haklı nedeni öğrenmesinden başlar⁴⁰². İşveren tüzel kişi ise, hak düşürücü süre haklı nedenle feshe neden olan olayın feshe yetkili mercie intikal ettirildiği günden başlar⁴⁰³. Bu durumda olayın feshe yetkili mercie ettirildiği gün, altı iş günlük sürenin başlangıcını oluşturur⁴⁰⁴.

Toplu iş sözleşmelerinde, haklı nedenle fesih hakkının disiplin kurulunun bu yönde alacağı bir karara bağlı olarak kullanılabileceği kararlaştırılabilmektedir. İşverenin haklı nedenle fesih hakkının disiplin kurulu kararına tabi olduğu bu

⁴⁰⁰ İren, 1335.

⁴⁰¹ Süzek, İş Hukuku, 712. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 423. İren, 1337. Arslan, 153.

⁴⁰² Odaman, 254. Arslan, 155.

⁴⁰³ Süzek, İş Hukuku, 712. Narmanlıoğlu, 321. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 802.

⁴⁰⁴ Y7HD, T. 26.1.2015, E. 2014/14624, K. 2015/533. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

durumda, gerek öğreti⁴⁰⁵ gerekse Yargıtay⁴⁰⁶ tarafından, altı işgünlük hak düşürücü sürenin disiplin kurulu soruşturmasının bitiminden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, olayın disiplin kuruluna intikali uzun bir zaman almamalı, diğer bir ifadeyle olay makul bir süre içinde kurul önüne getirilmelidir⁴⁰⁷.

Haklı nedenle feshe konu olan sebebin devam etmesi durumunda, hak düşürücü süre işlemmez. Bu itibarla örneğin, yasadışı grev/lokavt süresince, işçinin ücreti ödenmediği müddetçe, işçinin işe devamsızlığı devam ettiği sürece taraflar haklı nedenle derhal fesih haklarını kullanabilirler⁴⁰⁸. Yargıtay, devamsızlık nedeniyle sözleşmenin feshinde hak düşürücü sürenin, devamsızlık tutanağının düzenlendiği tarihte başlayacağı görüşündedir⁴⁰⁹.

Feshe neden olan olaya ilişkin olarak soruşturmaya ihtiyaç duyulması veya olayın disiplin kurulunca görüşülmesi durumunda hak düşürücü süre işlemeye başlamaz⁴¹⁰. Zira, akılcı bir işveren sözleşmeyi feshetmeden önce feshi takiben

⁴⁰⁵ Oğuzman, Fesih, 113. Süzek, İş Hukuku, 712. Ertürk, 161. Çelik/Caniklioglu/Canbolat, 422. Arslan, 156.

⁴⁰⁶ Y9HD, T. 5.5.2005, E. 2004/26759, K. 2005/15633, Legal İSGHD, 2006, S. 9, s. 245-246. Y7HD, T. 15.3.2016, E. 2015/30517, K. 2016/6323. Y22HD, T. 11.1.2016, E. 2014/26120, K. 2016/185. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁰⁷ Savaş, 186. İren, 1339.

⁴⁰⁸ Süzek, İş Hukuku, 712-713. Savaş, 183, 187. Wyler/Heinzer, 591. Y9HD, T. 9.4.2014, E. 2012/7532, K. 2014/11950, Çil, İlke Kararları, 703-704. Y9HD, T. 27.1.2011, E. 2009/3160, K. 2011/1069. Y9HD, T. 15.2.2010, E. 2008/16869, K. 2010/3345. Y9HD, T. 25.12.2014, E. 2014/35703, K. 2014/40356. Y22HD, T. 22.1.2014, E. 2013/37348, K. 2014/675. Y22HD, T. 2.12.2013, E. 2012/29573, K. 2013/27674. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁰⁹ Y22HD, T. 1.12.2014, E. 2013/24200, K. 2014/33827. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴¹⁰ “4857 sayılı İş Kanununun 26. maddesi yönünden 1 yıllık hak düşürücü süre zarara neden olan olayın oluşumundan başlar. Ancak 6 işgünlük ikinci süre, zarar miktarının belirlenmesinin ardından bu durumun feshe yetkili makama iletilmesiyle işlemeye başlayacaktır. Zarar

açılacak bir davada haklı nedenin varlığını ispatlayıp ispatlayamayacağını değerlendirecek ve buna göre sözleşmeyi feshedecektir. İşveren bu durumunda şüphe feshi yapmaya da zorlanamayacağına göre, kendisine haklı nedeni araştırabilmek için bir süre tanınması gerekir⁴¹¹.

Fesih hakkının kullanılmasının ceza mahkemesinin bu yönde vereceği bir mahkumiyet kararına bağlı olduğu hallerde, örneğin İK m.25/II-f uyarınca yapılacak olan fesihlerde altı işgünlük süre işverenin ceza hükmünün kesinleştiğini öğrendiği tarihten başlar⁴¹².

Altı işgünlük süre, hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan durması veya kesilmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte, Yargıtay bazı kararlarında “soruşturma başlatılması ve süresi, hak düşürücü süreyi kesmektedir” şeklinde bir ifadeye yer vermektedir⁴¹³. Bunun dışında, maddede açıkça işgününden bahsedildiğinden hak düşürücü sürenin hesabında yalnızca o işyerinde çalışılan günler dikkate alınır; işyerinde çalışılmayan Cumartesi günleri⁴¹⁴, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatiller hesaba katılmaz⁴¹⁵. Buna karşılık, işçinin raporlu olması hak

miktarının belirlenmesi bazen uzun zaman alabilir ve fesih hakkının kullanılması bakımından zarar miktarının belirlenmesi ve işçinin ücreti ile kıyaslanması zorunluluğu vardır” Y9HD, E. 24.9.2008, E. 2007/27655, K. 2008/24626. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴¹¹ Birben, 475.

⁴¹² Savaş, 186.

⁴¹³ Soruşturma başlatılmasının hak düşürücü süreyi kesmediği, aksine soruşturma süresince hak düşürücü sürenin işlemediği yönünde bkz. Savaş, 181 ve dn. 1017’de sayılan kararlar.

⁴¹⁴ İş Hukuku bakımından işgünü olması nedeniyle Cumartesi günlerinin de hesaba katılması ve o işyerinde Cumartesi günü çalışılıp çalışılmadığına bakılmaksızın yeknesak bir uygulamanın oluşturulması gerektiği yönünde bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 802.

⁴¹⁵ Odaman, 253-254. Akyiğit, 1331-1332. Kaplan, 172-173. Polatcan/Polatcan, 62-63. Narmanlıoğlu, 320-324. Sümer, 222-223. Çil, İlke Kararları, 697. Özbek, 61. Arslan, 153.

düşürücü sürenin işlemlerini durdurmaz; ancak fesih rapor süresinin sonunda hüküm ve sonuçlarını doğurur⁴¹⁶.

Yargıtay da bir kararında işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunduğu işveren tarafından öğrenildiği anda hak düşürücü sürenin işlemeye başlayacağına, işçinin bu süre içinde raporlu olmasının hak düşürücü sürenin işlemesine bir etkide bulunmadığına hükmetmiştir⁴¹⁷.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁴¹⁸, kanun dışı grev veya lokavt halinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi, İş Kanunu⁴¹⁹ ve Deniz-İş Kanununda⁴²⁰ düzenlenen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışların özel bir türüdür. Bu nedenle, Deniz-İş veya İş Kanununa tabi olan bir işyerinde yasadışı grev veya lokavt yapılması halinde fesih hakkı, altı işgünlük hak düşürücü süre içinde kullanılmalıdır.

Buna karşılık öğretide diğer bir görüş⁴²¹, iş ilişkisi hangi kanununa tabi olursa olsun feshin TBK esaslarına göre yapılması gerektiğini savunmaktadır. Zira, aynı haksız fiili işleyen ve STİSK'e göre aynı nitelikte bulunan kimselerin iş sözleşmesinin feshinde farklı hukuki esasların uygulanması isabetli değildir. Bu

⁴¹⁶ Odaman, 254.

⁴¹⁷ Y9HD, T. 14.4.1999, E. 1999/5819, K. 1999/7307. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴¹⁸ Tuncay, 386. Narmanlıoğlu, Toplu İş, 742. Akyiğit, Toplu İş, 804.

⁴¹⁹ İK'nın 26. maddesi uyarınca ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, 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.

⁴²⁰ Deniz-İş Kanunun 15. maddesi uyarınca işveren, işveren vekili veya gemi adamına tanınan haklı neden iş sözleşmesini feshetme yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği günden başlayarak altı işgünü geçtikten ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir sene sonra kullanılamaz.

⁴²¹ Sur, 458-459. Manav Özdemir, 369.

durumda fesih hakkının dürüstlük kuralına ve olayın özelliklerine göre makul süre içinde kullanılması yeterlidir.

Kanımızca yasadışı grev veya lokavt nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde yeknesak bir uygulamaya gidilmelidir. Zira, yasadışı grev veya lokavt halinde iş sözleşmesinin tabi olduğu kanuna göre farklı hak düşürücü sürelerin uygulanması her biri STİSK kapsamında işçi ve işveren sayılan kimseler hakkında farklı hak düşürücü sürelerin uygulanması gibi adaletsiz bir sonuca neden olur. Bu itibarla, Türk Borçlar Kanununa ilişkin esaslar uyarınca feshin makul bir süre içinde yapılması yeterli görülmelidir⁴²².

b. Bir Yıllık Süre

Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılacak fesihlerde, fesih hakkının, haklı fesih sebebinin ve failin öğrenilmesinden itibaren altı işgünü ve olayın gerçekleşmesinden itibaren en geç bir yıl içinde kullanılması zorunludur. Buna göre, fesih hakkı öğrenmeden itibaren altı işgünü içinde kullanılmış olsa bile olayın gerçekleşmesinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre dolmuşsa yapılan fesih, haksız feshin hüküm ve sonuçlarına tabi olur⁴²³.

Bir yıllık süreden olayın meydana gelmesinden itibaren geçecek bir takvim yılı anlaşılır. Diğer bir ifadeyle, bir yıllık süre olayın meydana geldiği günden başlayarak ertesi yıl aynı günde sona erer⁴²⁴.

Bir yıllık hak düşürücü süre bakımından yasada özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık hak

⁴²² Makul sürenin tespitinde feshin objektif ve subjektif olarak haklı neden niteliği taşıdığı süre dikkate alınır.

⁴²³ *Çil*, İlke Kararları, 698. *Savaş*, 188. *İren*, 1336.

⁴²⁴ *Narmanlıoğlu*, 324. *Odaman*, 254. *Arslan*, 154.

düşürücü süre uygulanmaz. Bu maddenin gerekçesinde, ülkemizde özellikle son yıllarda bankacılık alanında yaşanan kötü niyetli davranışlar dikkate alınarak işçinin maddi çıkar sağlaması durumunda bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, örneğin işçinin hırsızlık yaptığıının öğrenilmesi durumunda olayın üstünden bir yıllık hak düşürücü süre geçmiş olsa bile işveren, öğrenmeden itibaren altı işgünlük süre içinde iş sözleşmesini feshedebilir.

C. Fesih Hakkının Etkisizleşmesi

Haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılmasına fırsat verecek haklı neden ortaya çıktığı takdirde fesih hakkı “doğmuş” olur. Kullanılmasına getirilmiş herhangi bir özel kayıtlama olmadıkça bu hak, hak sahibi tarafından serbestçe kullanılıp fesih işlemine dönüştürülebilir⁴²⁵. Fesih hakkı, yukarıda ilk bölümde de açıklandığı gibi tek taraflı irade beyanı ile kullanılmakla bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur⁴²⁶. Fesih hakkının hak sahibine muhatabın hukuki alanında tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi veren bu niteliği, sözleşmenin karşı tarafının sonsuza dek iş sözleşmesinin sona erdirilmesi riski altında kalmasına yol açar. Zira, fesih hakkının muhatabı, her an için sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi tehdidi altındadır⁴²⁷. Bu nedenle, hukukumuzda ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan fesihlerde hak düşürücü süre öngörülmüştür. Buna göre, fesih hakkının olayın öğrenilmesinden itibaren altı işgünü ve her halde olayın gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde kullanılması gerekir. Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık

⁴²⁵ Serozan, 415.

⁴²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § “Fesih Hakkının Yenilik Doğuran Hak Niteliği”

⁴²⁷ Buz, 261-262. Vionnet, 269-273.

dışında kalan fesihler bakımındansa, İş Kanununda herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmüş değildir⁴²⁸.

Hakkın hak düşürücü süreye tabi tutulmadığı veya öngörülen hak düşürücü sürenin uzun olduğu ya da kısa bir süre öngörülmüş olmakla beraber hak sahibinin hakkın kullanımını muhatap üzerinde spekülasyon yapmak amacıyla geciktirdiği hallerde muhatapın hukuki menfaatlerinin korunması amacıyla hakkın kullanımının sınırlandırılmasına ihtiyaç duyulur. Bu ihtiyaca “*hakkın etkisizleşmesi*” kurumu cevap verir⁴²⁹. Hakkın etkisizleşmesi, bir hak veya yetki sahibinin, hukuk düzeninin kendisine tanıdığı hak ya da yetkiyi uzun süre kullanmamış olması nedeniyle bu hak veya yetkiyi muhataba artık ileri sürememesi anlamına gelir⁴³⁰.

Hakkın etkisizleşmesi kurumu öğretide bir görüş tarafından⁴³¹, hakkın ihlaline suskun kalan kişinin ihlale karşı koyma yetkisini kaybedeceği düşüncesi ile açıklanmaktadır. Diğer bir görüşe göre⁴³², hakkın etkisizleşmesi kurumunun temelinde dürüstlük kuralının özel bir görünümü olan çelişkili davranış yasağı yatar. Son olarak bir diğer görüşe göre⁴³³, hakkını uzun bir süre kullanmayan kişinin bu haktan zımnen feragat ettiği kabul edilmelidir. Uluslararası Çalışma Örgütünün 166 sayılı Tavsiye kararının 10. maddesinde de işverenin, işçinin sözleşmeye aykırı kusurlu bir davranışını öğrendikten sonra makul bir süre içinde fesih hakkını kullanmadığı takdirde haktan feragat etmiş sayılacağı ifade edilmiştir.

⁴²⁸ Süzek, 730.

⁴²⁹ Seliçi, 166. Serozan, 418. Baycık, Etkisizleşme, 61.

⁴³⁰ Birben, 452.

⁴³¹ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Buz, 406 ve dn. 35.

⁴³² Serozan, 418. Vionnet, 279-280. Buz, 406 ve dn. 36’da sayılan yazarlar.

⁴³³ Seliçi, 166. Buz, 406 ve dn. 37’de sayılan yazarlar.

Hakkın etkisizleşmesinden bahsedilebilmesi için, her şeyden önce muhatabın korunmaya değer bir hukuki menfaatinin bulunması gerekir. Buna göre, hak sahibinin hakkını bir zaman sınırlaması olmaksızın kullanması muhatabın her hangi bir zararına yol açmıyorsa hakkın etkisizleşmesinden söz edilemez⁴³⁴. İkinci olarak, yenilik doğuran hakkın kullanımının bir zamanla sınırlanmamış ya da sınırlanmış olsa bile uzun bir süre öngörülmüş yahut hak sahibinin hakkın kullanımını karşı taraf üzerinden spekülasyon yapmak amacıyla geciktiriyor olması gerekir⁴³⁵. Üçüncü olarak muhatapta hakkın kullanılmayacağı yönünde “*haklı bir güven*” yaratılmış olması aranır. Bu nedenle, hileli davranan, hesaplı bir tutum içinde bulunan veya karşı tarafa haklı nedenle derhal fesih hakkı veren eylemi süreklilik arz eden bir kişi, hakkın etkisizleştiğini ileri süremez. Hakkın etkisizleşmesi özel hukuk cezası olmadığından, hakkın etkisizleştiğinin ileri sürülebilmesi için hak sahibinin kusurlu olması aranmaz⁴³⁶.

Hakkın etkisizleştiğinden bahsedilebilmesi için, hak sahibinin hakkını uzunca bir süre kullanmamış olması gerekir. Ancak bu sürenin önceden kesin sınırlarla çizilebilmesi olanaklı değildir. Diğer bir ifadeyle, bu sürenin uzunluğu hakkın türü, önemi, hak sahibi tarafından muhatapta hakkın kullanılmayacağı konusunda yaratılan güvenin yoğunluğu ile muhatabın korunması gereken menfaatinin derecesi dikkate alınarak somut olayın özelliklerine göre belirlenir⁴³⁷. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshine ilişkin bir kararında bu hususu, “*Geçerli fesih nedeninin doğmasından sonra, feshin etkisizleştiği ve geçersizliğini*

⁴³⁴ Baycık, Etkisizleşme, 61. Birben, 452.

⁴³⁵ Baycık, Etkisizleşme, 61.

⁴³⁶ Serozan, 418-419.

⁴³⁷ Serozan, 419. Alp, 412. Birben, 454.

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” şeklinde ifade etmiřtir⁴³⁸.

Hakkın etkisizleşmesinin sonucu hakkın artık kullanılamaz hale gelmesidir⁴³⁹. Yenilik doğuran hakkın kullanılamaması ise, hakkın sona ermesiyle aynı anlama gelir. Zira, yenilik doğuran haklar belli bir amaca yönelmiş haklardır. Bu itibarla ancak kullandıkları takdirde bir anlam ifade ederler. Buna göre, hakkın kullanılamaması hakkın geekleştirmek istediği amacın artık geekleştiremeyecek olması, diğer bir ifadeyle hakkın ortadan kalkması sonucunu dođurur⁴⁴⁰.

Hakkın etkisizleşmesi halinde bu husus, hakim tarafından re’sen dikkate alınır. Karşı tarafın hakkın etkisizleştiğini ileri sürmesine gerek yoktur. Zira, muhatapta hakkın bundan böyle kullanılmayacağı yönünde haklı bir güven oluşması üzerine hakkın etkisizleşip bertaraf edilmesi kendiliğinden “*ipso iure*” geekleşir. Diğer bir ifadeyle, hakkın etkisizleşmesi “*defi*” değil, “*itiraz*” niteliğinde olup,

⁴³⁸ Y9HD, T. 07.05.2015, E. 2015/6375, K. 2015/16693. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴³⁹ Serozan, 422.

⁴⁴⁰ Buz, 407. Baycık, Etkisizleşme, 62.

hakkın düşmesi sonucunu doğurur. Bu yönüyle hakkın etkisizleşmesi kurumu hak düşürücü süre ile benzerlik gösterir⁴⁴¹.

İş sözleşmelerinin feshinde de hakkın etkisizleşmesi söz konusu olabilir⁴⁴². Şöyle ki, kanun koyucunun fesih hakkının kullanılacağı süreyi yasal olarak belirlediği durumlarda, bu süre geçtikten sonra açıklanan bir fesih haksız fesih niteliği taşır. Diğer bir ifadeyle, bu durumda feshin haksız niteliği kanundan doğar. Bu durumda fesih hakkının etkisizleştiğini ileri sürmeye gerek yoktur⁴⁴³. Hukukumuzda ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan fesihler bakımından yukarıda açıklamış olduğumuz esas geçerlidir. Buna karşılık, hukukumuzda sağlık nedenleri ile zorlayıcı nedenlere dayanılarak yapılan fesihler bakımından herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmesi değildir⁴⁴⁴. Aynı şekilde, Türk Borçlar Kanununa tabi işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshi ile Basın-İş Kanununa tabi işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshinde Kanunda herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanımı konusunda yasal bir sınırlamanın öngörülmediği bu durumda hakkın etkisizleşmesi gündeme gelebilir⁴⁴⁵.

Buna karşılık, kanunda hak düşürücü sürenin öngörülmesi olduğu ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık dolayısıyla yapılan fesihlerde kural olarak hakkın etkisizleşmesinden bahsedilemez. Bununla birlikte öğretide⁴⁴⁶, yasada kısa bir hak

⁴⁴¹ Serozan, 423. Birben, 453.

⁴⁴² Birben, 461. Baycık, 429.

⁴⁴³ Birben, 462.

⁴⁴⁴ Anılan hallerde de İK'nın 26. maddesinde yer alan hak düşürücü sürelerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Tunçomağ/Centel, 229.

⁴⁴⁵ Serozan, 418. Baycık, Etkisizleşme, 63. Birben, 463

⁴⁴⁶ Seliçi, 166. Buz, 407. Baycık, Etkisizleşme, 62.

düşürücü süre öngörölmüş olsa bile hak sahibinin sırf muhatap üzerinde spekülasyon yapmak amacıyla hakkın kullanımını geciktirmesi halinde feshin hakkının etkisizleşeceği kabul edilmektedir. Bu niteliği ile etkisizleşme kurumu, belirli bir sürenin hareketsizce geçmesinin sonuçlarını düzenleyen katı ve köşeli yapıdaki “*hak düşümü*” kurumunun tamamlayıcısı ve düzelticisi olma işlevini üstlenir⁴⁴⁷. Buna göre örneğin, işe iki gün üst üste devamsızlık yapan bir işçiyi işveren beş gün boyunca çalıştırmaya devam etmiş ve sözleşmesini altıncı günün sonunda feshetmişse somut olayın koşullarına göre hakkın etkisizleştiği kabul edilebilir⁴⁴⁸.

Yakın tarihli bir uyuşmazlıkta, işçi 2008 ve 2009 yıllarına ait ödenmemiş ücretleri nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmiştir. Yerel Mahkeme, bu dönemlerde ödenmeyen alacakların 2013 yılında yapılan feshe dayanak yapılamayacağı gerekçesiyle feshin haksız olduğuna karar vermiştir. Buna karşılık Yüksek Mahkeme, işçinin işverenden ücret alacağının bulunduğu sürece sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebileceğine, bu durumda alacağın hangi döneme veya eskiye ait olup olmadığının önem taşımadığına karar vermiştir⁴⁴⁹. Kanımızca, bu durumda somut olayın koşullarına göre fesih hakkının etkisizleştiği ileri sürülebilir. Zira, 2008-2009 yılına ait ücret alacağından dolayı işçinin 2013 yılında haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanması hayatın olağan akışına aykırıdır. Karardan tam anlaşılammakla beraber somut olayda işçi, sırf bir haklı neden ileri sürebilmek maksadıyla dört yıl öncesine ait ücret alacaklarını (2.567,43 TL fazla mesai ve 44,66 TL ulusal bayram genel tatil ücreti) feshe gerekçe göstermiş görünmektedir. Halbuki, söz konusu ücret alacağı uzunca bir süre fesih nedeni yapılmamış, işverende

⁴⁴⁷ Serozan, 418.

⁴⁴⁸ Birben, 463-464.

⁴⁴⁹ Y7HD, T. 01.07.2015, E. 2014/18548, K. 2015/13381, Çalışma ve Toplum, S. 50, 1459-1461.

sözleşmenin bu nedenle feshedilmeyeceğine ilişkin haklı bir güven yaratılmıştır. Kanımızca, bu güvenin hukuken korunması gerekir. Ancak, fesih hakkının etkisizleşmiş olması işçinin ödenmeyen ücret alacaklarından vazgeçtiği anlamına gelmemelidir. İşçi, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman işverene karşı alacak davası açarak, ödenmeyen ücretinin kendisine ödenmesini talep edebilir.

İsviçre hukukunda da, yenilik doğuran hakkın bir hak düşürücü süreye tabi tutulmadığı hallerde, hakkın belli bir süre içinde kullanılması gerektiği, aksi halde hakkın doğmadığı veya sona erdiği kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Buna göre, özellikle sürekli sözleşmelerin haklı nedenle derhal feshinde hak sahibi, belli bir süre içinde hakkını kullanmakla yükümlüdür⁴⁵¹.

Daha önce de belirttiğimiz gibi haklı nedenle derhal fesih hakkının varlığından bahsedilebilmesi için haklı nedenin objektif ve sübjektif olarak belli bir ağırlıkta olması gerekir. Feshe dayanak oluşturan sebep, dürüstlük kuralları uyarınca objektif, orta zekalı, makul bir kişi için sözleşmeye devamı beklenemez kılıyorsa objektif olarak ağırdır. Sübjektif ağırlık ise sözleşmeye devamı çekilmez kıldığı ileri sürülen nedenin bizzat sözleşmeyi fesheden taraf bakımından belli bir ağırlıkta olması anlamına gelir. Sübjektif ağırlık, sözleşmeyi fesheden tarafın haklı nedeni öğrendikten sonraki hal ve hareketlerine ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Buna göre, feshin sübjektif olarak haklı olduğunun kabulü için, haklı nedeni ileri süren tarafın fesih hakkını gecikmesizin kullanmış olması gerekir. Aksi takdirde, sözleşmeye devam fesih hakkını kullanan taraf bakımından beklenemez hale

⁴⁵⁰ *Tercier/Favre*, 560. *Vionnet*, 281-285.

⁴⁵¹ *Cherpillod*, 135-136. *Venturi-Zen-Ruffinen*, 103.

gelmemiş kabul edilir⁴⁵². Bununla birlikte, hak sahibinin kısa bir süre düşünme hakkını kullanmış olması, fesih hakkının ortadan kalktığı anlamına gelmemelidir. İsviçre Hukukunda da, haklı nedenle derhal fesihte taraflara iki üç işgünü düşünme süresi tanınması gerektiği⁴⁵³ ve bu sürenin gerektiğinde hakim tarafından uzatılabileceği kabul edilmektedir⁴⁵⁴.

Federal Mahkeme haklı nedenin subjektif olarak belli bir ağırlıkta olma niteliğini kaybedip kaybetmediğini bazen feragat bazen de çelişkili davranış yasağı ile açıklamaktadır. Buna göre haklı neden ortaya çıktıktan sonra işveren fesih hakkını uzunca bir süre kullanmazsa, fesih hakkından feragat ettiği ya da muhatapta hakkın kullanılmayacağı konusunda haklı bir güven yaratıldığı kabul edilmektedir⁴⁵⁵.

Bunun gibi Federal Mahkeme iki üç günlük düşünme süresi geçmemiş olmasına rağmen işverenin fesih iradesiyle çelişkili davranışlarda bulunması halinde (işçiye yeni bir görev vermesi, işçiyi terfi ettirmesi vb.) fesih hakkının sona erdiğini kabul etmektedir⁴⁵⁶. Bu durum aslında, hakkın etkisizleşmesi kurumuna karşılık gelir. Zira hak düşürücü süre henüz dolmamış olmasına rağmen hak sahibinin davranışları sonucunda hakkın etkisizleşerek sona ermesi söz konusudur⁴⁵⁷.

Öğretide *Baycık* tarafından isabetle savunulduğu gibi⁴⁵⁸, hukukumuzda da hakkın etkisizleşip etkisizleşmediğinin belirlenmesinde subjektif ağırlık kriteri

⁴⁵² *Cherpillod*, 135-136. *Tercier/Favre*, 560. *Venturi-Zen-Ruffinen*, 312. *Gloor*, 742. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 278.

⁴⁵³ *Tercier/Favre*, 560. *Vionnet*, 281-282. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 278. *Wylser/Heinzer*, 591. *Gloor*, 767-768.

⁴⁵⁴ *Tercier/Favre*, 560. *Caruzzo*, no. 557.

⁴⁵⁵ ATF 130 III 28, du 21.10.2003, c. 4.4. ATF 127 III 310, du 30.3.2001, c. 4.b.

⁴⁵⁶ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 315-316 ve dn. 1128, 1130'da yer alan kararlar.

⁴⁵⁷ *Baycık*, Etkisizleşme, 66.

⁴⁵⁸ *Baycık*, Etkisizleşme, 67.

uygulanmalıdır. Buna göre, işveren derhal fesih hakkını uzun bir süre geçmesine rağmen kullanmamış ya da fesih iradesinin aksine bir tutum sergilemiş, örneğin işçinin ücretine zam yapmış, işçiyi terfi ettirmiş ya da yeni bir projenin sorumluluğunu işçiye vermişse, feshe dayanak olarak ileri sürdüğü nedenin kendisi bakımından sözleşmeye devamı çekilmez hale getirmediği ve işçide fesih hakkının kullanılmayacağına yönelik haklı bir güven yaratıldığı kabul edilmeli ve yapılan fesih haksız sayılmalıdır.

5. Sözleşme Hükümlerine Aykırılık

Özel hukukta sürekli sözleşmelerin haklı nedenle feshine ilişkin düzenlemeler, geneli itibarıyla nisbi emredici niteliktedir (*relativement impérative*). Bu emrediciliğin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki etkisi vardır. Olumlu etki ile ifade edilmek istenen, haklı nedenle derhal fesih hakkının kanunda sayılan haklı nedenlerle sınırlı olmamasıdır⁴⁵⁹. İş Kanununun 24. ve 25. maddelerinde ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı haller *ve benzerleri* denmek suretiyle bu etki yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

Olumsuz etki ise, haklı nedenle derhal fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılamaması, aşırı derecede sınırlandırılmaması ve bu haktan önceden vazgeçmenin mümkün olmamasıdır⁴⁶⁰. Diğer bir ifadeyle, haklı nedenle fesih hakkına getirilen sınırlamalar bu hakkın özünü ihlal edici nitelik taşıyamazlar⁴⁶¹. Zira, haklı nedenle fesih hakkı, hukuki dayanağını dürüstlük kuralında bulan ve tarafların

⁴⁵⁹ Venturi-Zen-Ruffinen, 121-122, 124.

⁴⁶⁰ Atabek, 162-163. Oğuzman, Fesih, 38. Süzek, 748. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 417. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 810. Kaplan, 176-177. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 280. Venturi-Zen-Ruffinen, 121-122, 124.

⁴⁶¹ Süzek, 747. Alpagut, Değerlendirme 2001, 121. Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 162.

çekilmez hale gelen ilişkinin tutsağı durumuna düşmelerini engellemek amacıyla tanınan bir haktır⁴⁶². Bu nedenle, haklı nedenle fesih hakkından tamamen feragati içeren sözleşmeler, öncelikle Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olup, kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür⁴⁶³.

Bu sınıra uygun olması şartıyla, özel hukuk ilişkilerinde taraflar haklı nedenle derhal fesih sebeplerini genişletebilir, hakkın kullanımı kolaylaştırabilir ya da sınırlandırabilir. Tarafların bu yetkisi sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucudur. Buna karşılık, taraflardan birinin güçsüz durumda olduğu kira ve iş ilişkilerinde durum biraz farklıdır. Sözleşmenin güçsüz tarafının korunması amacıyla iş ilişkilerinde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkının genişletilmesi ve kullanımının kolaylaştırılması yasaklanmış, işçinin haklı nedenle fesih hakkı mutlak emredici olarak düzenlenmiştir (*absolument impérative*)⁴⁶⁴. Mutlak emrediciliğin tek istisnasını, iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın fesheden işçi aleyhine cezai şart getirilmesi oluşturur⁴⁶⁵. Bu konu, haksız feshin sonuçları altında incelenecektir⁴⁶⁶.

İşverenin haklı nedenle fesih hakkının sınırlandırılması ise bazı hallerde mümkündür. Şöyle ki, işveren bakımından haklı fesih nedenlerinin kimi mutlak emredici kimi ise nisbi emredici niteliktedir⁴⁶⁷. Bunlardan nisbi emredici nitelikte

⁴⁶² Seliçi, 164. Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 162. Çelik N., 226.

⁴⁶³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 810. Doğan Yenisey, 129. Astarlı, 314. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 280.

⁴⁶⁴ Doğan Yenisey, 129. Venturi-Zen-Ruffinen, 122.

⁴⁶⁵ Süzek, 751.

⁴⁶⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. § “İşçi Tarafından Yapılan Haksız Feshin Sonuçları”

⁴⁶⁷ Süzek, 747. Astarlı, 315. Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 162.

olan haklı nedenlerin sözleşmelerle sınırlandırılması olanaklıdır. Zira, işçiyi feshe karşı koruma amacına uygun olarak haklı nedenlerin dar olarak yorumlanması gereği derhal fesih hakkının sözleşmelerle sınırlandırılabilmesini hukuken mümkün kılar⁴⁶⁸. Buna göre, nisbi emredici nitelikteki fesih nedenleri haklı neden olmaktan çıkarılarak yerlerine daha hafif disiplin yaptırımları getirilebileceği gibi, bu durumda fesih hakkının kullanımı da ağırlaştırılabilir.

Örneğin, İK m. 25/IV uyarınca işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın bildirim sürelerini aşması haklı fesih nedenidir. Bu durumda işveren devamsızlık devam ettiği sürece iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Buna karşılık, taraflar sözleşmenin ancak belli bir süre içinde feshedilebileceğini aralarında kararlaştırabilir. Örneğin, iş sözleşmesinde “işveren, bildirim sürelerinin üç ay aşılmasından sonra gözüaltı veya tutukluluk devam etse dahi haklı nedenle fesih hakkını kullanamaz” yönünde bir hüküm getirilirse bu hüküm geçerlidir⁴⁶⁹. Bu durumda işveren, devamsızlığın bildirim sürelerini aşmasından itibaren tutukluluk devam ettiği sürece, 3 ay içinde her zaman haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilir. Üç ayın aşılmasından sonra sözleşmenin feshedilmesi halinde ise fesih haksız olur.

Bunun dışında, işçinin ardı ardına iki işgünü işe gelmemesi halinde, sözleşmenin haklı nedenle feshedilmeyeceğinin ancak işçiye ücretten kesme cezası verileceğinin kararlaştırılması veya mazeretsiz devamsızlık süresinin sözleşmeyle uzatılması olanaklıdır⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 811.

⁴⁶⁹ Akyiğit, Tutukluluk, 60.

⁴⁷⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 797. “İşyerinde uygulanmakta olan Toplu İş Sözleşmesinin ek ceza cetvelinde işçinin 2 gün göreve gelmemesi halinde yevmiye kesme cezası verileceği

Sağlık nedenlerinden doğan fesihlerde de askı süresi sözleşmelerle arttırılabilir⁴⁷¹. Yargıtay da bir kararında işçinin uzun süren hastalığı halinde askı süresinin 12 aya kadar uzatılacağı yönündeki toplu iş sözleşmesi hükmünü geçerli kabul etmiştir⁴⁷². Buna karşılık, sağlık nedenleriyle yapılan fesihlerde yasa da öngörülen bekleme sürelerinin sözleşmelerle kısaltılması olanaklı değildir. Konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi “... *Somut olayda davacının çalışma süresine göre bildirim süresi 8 hafta olup bu önelin 6 hafta aşılmasından sonra davalı işverenin fesih yoluna gidebilmesi gerekir. Sözleşme ile Kanundaki bu süre kısaltılamaz. Zira burada nisbi emredici bir kural söz konusudur*” gerekçesiyle bekleme sürelerinin kısaltılamayacağına karar vermiştir⁴⁷³.

Bunun dışında Yüksek Mahkeme, fesih için aranan yasal ücret tutarını aşacak miktarda işverene zarar veren işçinin, bu zararı derhal ödemesi ya da ödemeyi taahhüt etmesi ve sendikanın da buna kefil olması halinde sözleşmenin haklı nedenle feshedilemeyeceğini öngören toplu iş sözleşmesi hükmünü geçerli saymıştır⁴⁷⁴.

Buna karşılık, işverenin kişiliğinin korunması amacıyla getirilen haklı nedenlerin varlığı halinde fesih hakkı sözleşmelerle sınırlandırılmaz. İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinin (b) ve (d) alt bentlerinde yer alan hükümler böyledir. Bu itibarla, örneğin “*amirlere, çalışma arkadaşlarına ve maiyetine karşı küfür, hakaret ve fiili saldırıda bulunan işçiye gündelikten kesme cezası verilmesini*” öngören toplu

öngörülmüştür. Bu durumda Toplu İş Sözleşmesi metni dikkate alınarak fesih işleminin haksız olduğunun kabulü ile ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması gerekir” Y9HD, T. 30.1.1996, E. 1995/26136, K. 1996/1031. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁷¹ Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 163.

⁴⁷² Y9HD, T. 136.3.2009, E. 2008/21645, K. 2009/6963. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁷³ Y9HD, T. 20.1.1998, E. 1997/19580, K. 1998/227 *Günay*, İş Davaları, 299.

⁴⁷⁴ Y9HD, 11.9.1991, E. 1991/6724, K. 1991/11946. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

iş sözleşmesi hükmü geçersizdir. Zira, bu hüküm işverenin kişilik haklarının korunması ilkesine aykırı düşer ve fesih hakkının özüne dokunur. Bu itibarla, toplu iş sözleşmelerinin kanunun emredici hükümlerine aykırı olamayacağını öngören STİSK'in 33/5 hükmüne aykırıdır⁴⁷⁵.

Aynı şekilde toplu iş sözleşmesine, işyerinde bir başka işçiye cinsel taciz uygulayan işçiye ücretten kesme cezası verileceği yönünde bir hüküm konulamaz. Zira, burada korunmak istenen hukuki menfaat bir başkasının cinsel dokunulmazlığı ve manevi hakları olup, bu hak sözleşmelerle sınırlandırılmaz⁴⁷⁶.

Bir diğer sınırlandırma biçimi ise, feshe neden olan haklı nedenin değil ve fakat fesih usulünün ağırlaştırılmasıdır. Bu tür sınırlamalar prosedürel sınırlamalar olup uygulamada iki biçimde karşımıza çıkar. İlki, toplu iş sözleşmesinde haklı nedenle derhal fesih hakkının, bu konuda verilmiş bir disiplin kurulu kararının varlığı halinde kullanılabileceğinin kararlaştırılmasıdır. Bu durumda, fesih için haklı bir neden bulunsa bile karar alınmaksızın sözleşmenin feshedilmesi feshi haksız kılar⁴⁷⁷. Bunun nedeni feshin salt toplu iş sözleşmesine aykırı olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır. Yargıtay da toplu iş sözleşmesi hükmüne rağmen disiplin kurulu kararı olmaksızın iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesini, isabetli olarak salt bu

⁴⁷⁵ *Alpagut*, Değerlendirme 2001, 123-124, 127. *Süzek*, 747. *Astarlı*, 315. *Doğan Yenisey*, 130. *Baycık*, 75-76, 295. Yargıtay konuya ilişkin kararında söz konusu hükmü geçerli kabul etmiş ve feshin haksız olduğuna hükmederek işçiye kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesine karar vermiştir. Y9HD, T. 22.5.2001, E. 2001/6099, K. 2001/8722. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁷⁶ *Doğan Yenisey*, 130. *Yıldız*, Sözleşmesel Kayıtlar, 164.

⁴⁷⁷ *Süzek*, 747. *Süzek*, Değerlendirme 1998, 114. *Odaman*, 238. *Kaplan*, 177. *Astarlı*, 315-316. *Baycık*, 74, 319. *Yıldız*, Sözleşmesel Kayıtlar, 163.

nedenle haksız fesih olarak nitelendirmektedir⁴⁷⁸. Yüksek Mahkeme “*Toplu İş Sözleşmesinin 32. maddesi son cümlesinde işten çıkarma cezalarının "Disiplin Kurulu" tarafından verilebileceği düzenlenmiştir. Toplu İş Sözleşmesindeki prosedür uygulanmadan yapılan fesih işlemi haksızdır*” yönündeki kararında toplu iş sözleşmesinde getirilen sınırlamalara uyulmaksızın iş sözleşmenin derhal feshinin, haksız olacağını açık ve net biçimde ortaya koymuştur⁴⁷⁹.

Bununla birlikte, feshin geçerliliği bakımından ikili bir ayrıma giderek değerlendirme yapmak gerekir. Bilindiği gibi, iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmeleri ancak haklı veya geçerli nedenlerin varlığı halinde feshedilebilir. Buna göre toplu iş sözleşmesinde hem süreli hem de haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılması bakımından disiplin kuruluna başvuru zorunluluğu getirilmişse, kurul kararı olmaksızın yapılan fesih hem haksız hem de geçersiz olur. Buna karşılık, sadece haklı nedenle fesih hakkının kullanılması disiplin kurulunun bu yönde karar almasına bağlanmışsa, kurul kararı alınmaksızın yapılan fesih haksız olur ancak, geçerli nedenlerin varlığının kanıtlanması halinde geçerli feshe tahvil edilir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Y9HD, T. 29.6.2009, E. 2008/36286, K. 2009/18338. Y9HD, T. 6.7.2005, E. 2005/18889, K. 2005/23957. Y9HD, T. 15.3.2010, E. 2008/21913 K. 2010/6803. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁷⁹ Y9HD, T. 15.3.2010, E. 2008/21913 K. 2010/6803. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁸⁰ Süzek, 748. Baycık, 396. Özdemir, İşe İade, 47. “Disiplin Kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması halinde 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”, Y9HD, T. 6.7.2005, E.2005/18889, K. 2005/23957. Aynı yönde, Y9HD, T. 29.6.2009, E. 2008/36286, K. 18338, Sicil Dergisi, S. 16, 153-154 ve Taşkent’in eleştirisi için bkz. Taşkent, Değerlendirme 2009, 175. Y9HD, T. 12.4.2010, E.

Uygulamada karşımıza çıkan ikinci hal, toplu iş sözleşmeleri ya da diğer iş hukuku kaynaklarıyla (iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulaması) haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılmasında işçiden savunma alma zorunluluğunun getirilmesidir⁴⁸¹. Bilindiği gibi hukukumuzda iş güvencesine tabi olsun ya da olmasın sözleşmenin haklı nedenle feshinden önce işçinin savunmasının alınması zorunlu değildir. Bununla birlikte, toplu iş sözleşmesi veya diğer kaynaklarda haklı nedenle fesihte savunma alınması yönünde bir düzenleme bulunuyorsa, sözleşmenin savunma alınmaksızın feshedilmesi feshi haksız hale getirir⁴⁸².

Haklı nedenle derhal fesih hakkının sınırlandırılması son olarak, feshin sonuçlarına yönelik olabilir. Bu husus, haksız feshin sonuçları başlığı altında incelenecektir⁴⁸³.

6. Ayrımcılık Yasağı veya Eşit Davranma İlkesine Aykırılık

İş hukukunun gelişimiyle birlikte önem kazanan eşit davranma borcu (*eşit davranma ilkesi*) işverenin, işyerinde çalıştırdığı işçiler arasında eşitliğe uygun hareket etmesini ve haklı bir neden olmaksızın işçiler arasında ayırım gözetmemesini

2009/49570, K. 2010/10149. Y22HD, T. 14.5.2013, E. 2013/7515, K. 2013/10949. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) Aksi görüşte, *Astarlı*, 317.

⁴⁸¹ *Süzek*, 748. *Süzek*, Değerlendirme 1998, 114. *Yıldız*, Sözleşmesel Kayıtlar, 163.

⁴⁸² “*Toplu iş sözleşmelerinde işverenlerin fesih hakkını sınırlandıran hükümlere yer verilmekte olup işveren ile sendika arasında yapılan toplu iş sözleşmesinde de işten çıkarmanın disiplin cezası olarak düzenlendiği ve disiplin hükümlerine aykırı fiilin disiplin kurulunun önüne getirilmesi, disiplin kurulunun da yazılı savunma almadan karar veremeyeceği gözetilmeden savunma alınmaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesi başlı başına haksız fesih sebebidir*” Y22HD, T. 24.12.2014, E. 2013/27759, K. 2014/36786. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁸³ Bu konuda bkz. §5 “*İşveren Tarafından Yapılan Haksız Feshin Sonuçları*”

ifade eder⁴⁸⁴. Bu niteliği ile eşit davranma borcu işverene, pozitif edim yükümlülüğü yükleyen bir borçtur⁴⁸⁵.

Eşit davranma ilkesi oldukça geniş kapsamlı ve hayata geçirilmesinde zorluklar bulunan bir ilkedir. Şöyle ki, eşit davranma ilkesi mutlak anlamda eşitlik anlamına gelmeyip “*eşitler arasında eşitlik*” formülüyle açıklanır. Diğer bir ifadeyle, eşit davranma borcu işçiler arasında mutlak bir eşitliğin kurulmasını amaçlamaz. Aksine, farklı işlemleri haklı kılan nedenlerin varlığı halinde, işçilere farklı muamele yapılmasını gerekli kılar⁴⁸⁶. Bu ise, işçilerin hangi yönlerden eşit oldukları, hangi alanlarda farklılaştıkları, eşit davranma yükümlülüğünün kapsamının ne derece geniş olacağı gibi soruları beraberinde getirir.

Eşit davranma ilkesi, aynı veya benzer durumda olanlara eşit muamele edilmesini amaçlarken; ayrımcılık yasakları ise, kişilerin bazı özellikleri nedeniyle birtakım olumsuz davranışlara maruz bırakılmaya ya da birtakım menfaatlardan yoksun bırakılmaya karşı korunmasını hedefler. Bu yönüyle ayrımcılık yasağı işverene negatif edim yükümlülüğü getiren, daha dar kapsamlı ve sınırları daha belirgin bir ilkedir⁴⁸⁷.

Öte yandan eşit davranma ilkesi karar alma yetkisi bulunan tarafın (iş ilişkilerinde işveren) yönetim hakkı ile ilişkiliyken, ayrımcılık yasağı muhatabın temel hak ve özgürlükleriyle ilgilidir⁴⁸⁸. Bu iki ilkenin hukuki dayanakları, uygulama alanları ve ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar farklı olup bu nedenle aşağıda ilk

⁴⁸⁴ Uşan, Eşit Davranma, 1265. Tuncay, Ayrımcılık, 726. Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesi, 979. Ertürk, 166.

⁴⁸⁵ Tuncay, Ayrımcılık, 755.

⁴⁸⁶ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 120-121. Ertürk/Gürsel, 428.

⁴⁸⁷ Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesi, 977. Ertürk/Gürsel, 426.

⁴⁸⁸ Tuncay, Ayrımcılık, 755. Doğan Yenisey, Eşit Davranma Borcu, 64.

olarak iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma ilkesi ele alınacak, ardından fesihte ayrımcılık yasaklarına uygun hareket etme yükümlülüğü değerlendirilecektir.

Bilindiği gibi iş sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleridir. Bu itibarla iş sözleşmesi taraflar arasında nisbi borç ilişkisi doğurur. Nisbi borç ilişkilerinin temel özelliği ise, yalnızca taraflarca ileri sürülebilir hak ve borçlar yaratmalarıdır. Bu çerçevede iş sözleşmeleri sıradan özel hukuk sözleşmeleri olarak değerlendirilecek olursa, işverenin her bir işçiyle olan ilişkisi birbirinden bağımsız ayrı birer nisbi borç ilişkisi olarak değerlendirilmeli ve işveren, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca her bir işçiyle ilişkisinde diğerlerinden bağımsız olmalıdır. Buna karşılık, Türk hukukunda işverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcu, uzun yıllardan beri kabul edilmektedir⁴⁸⁹. Zira iş sözleşmeleri, yalnızca edimlerin değiş tokuşuna dayanan basit birer borçlar hukuku sözleşmeleri olmayıp, taraflara kişiler hukukuna ilişkin yükümlülükler yükleyen, taraflar arasında sıkı bir güven ilişkisi yaratan sözleşmelerdir⁴⁹⁰.

İş hukukunda eşit davranma borcu hukuki dayanağını hakkaniyet ilkesi, dürüstlük kuralı ile Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinde bulur⁴⁹¹. Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” hükmüyle Anayasa'nın tüm kurum ve kişiler için bağlayıcı olduğunu düzenlemiştir. Anayasa'nın kişiler arasındaki ilişkilerde de uygulanmasına

⁴⁸⁹ Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesi, 975.

⁴⁹⁰ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 212.

⁴⁹¹ Ertürk, 166. Tuncay, Ayrımcılık, 756. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 108. Ertürk/Gürsel, 427. Doğan Yenisey, Eşit Davranma Borcu, 61. Yıldız, 65.

“yatay etki” adı verilir. İşte bu etki, Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesinin iş ilişkilerinde de uygulanması sonucunu doğurur.

Bununla birlikte, eşitlik ilkesinin mutlak biçimde uygulanması işverenin sözleşme özgürlüğüne ağır kısıtlamalar getirebilir. Her şeyden önce eşitlik ilkesi mutlak eşitlik olarak anlaşılırsa işveren, çalışmalarından ve performansından memnun olduğu bir işçiye ya da nitelikleri daha üstün olan, yabancı dil bilen, teknolojik gelişmeleri takip eden bir işçiye diğer işçilere oranla daha avantajlı muamele yapma olanağından yoksun kalır. Bu ise, iş sözleşmelerinin kişisel ilişki kuran niteliği (*intuitus personae*) ve sözleşme serbestisi ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle, bir yanda Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü, diğer yanda anayasal bir yükümlülük olan eşit davranma borcu bulunan işverenin bu hak ve yükümlülükleri arasında bir denge kurulmalıdır. Altını önemle çizmek gerekir ki, bu denge kurulurken iş hukukunun sözleşme özgürlüğünü büyük ölçüde sınırlandırılan ve güçsüzü güçlü karşısında koruyan bir hukuk dalı olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁴⁹².

Eşitlik ilkesi ile sözleşme serbestisi arasındaki denge, eşitlik ilkesinin iş ilişkilerinde mutlak olarak uygulanmaması ve yer yer sözleşme serbestisi ilkesine üstünlük tanınması suretiyle kurulabilir. Önemli olan işverenin aynı niteliklere sahip, aynı ya da benzer işlerde çalışan işçilere eşit davranmasıdır⁴⁹³. Bu konuda 1475 sayılı yasa döneminde eşit işlem borcunun sosyal yardımların verilmesinde ve yönetim hakkının kullanılmasında mutlak olarak uygulanacağı kabul edilmişken; işe alma, ücret, işten çıkarma gibi konularda sözleşme serbestisi ilkesine üstünlük

⁴⁹² Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesi, 976. Uşan, Eşit Davranma, 1626. Yıldız, 167-168.

⁴⁹³ Yıldız, 65.

tanınmıştır⁴⁹⁴. Buna karşılık, 4857 sayılı Kanunun kabulüyle eşitlik ilkesinin uygulama alanı genişlemiş, bilhassa İK m. 5 hükmünde somut ayrımcılık yasaklarına yer verilmesiyle konu yeni bir boyut kazanmıştır⁴⁹⁵.

Öğretide bir görüşe göre⁴⁹⁶, işveren iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde eşitlik ilkesine uymakla yükümlüdür. Bu görüşe göre, işveren nasıl ki iş ilişkisinde eşit davranma borcu altında ise, iş sözleşmesinin sona ermesinde de eşit davranma borcunda altında olmalıdır. Eşit davranma borcu işverenin işçiler arasında keyfi olarak ayırım yapmasını engellemeyi amaçlayan bir ilke olarak işçi-işveren arasındaki güç dengesizliği karşısında işverenin gücünü kötüye kullanmasını engeller. Bu engelleme, iş sözleşmesinin feshinde de geçerli olmalı, hangi işçilerin işine son verileceğine işveren keyfi olarak karar verememelidir. Buna göre, birden fazla işçinin haklı nedenle sözleşmenin feshine yol açan bir davranışta bulunması halinde, işverenin ayırımı haklı kılan bir neden olmaksızın işçilerden yalnızca birinin veya birkaçının sözleşmesini feshetmesi keyfi nitelik taşır ve eşitlik ilkesinin ihlali sonucunu doğurur. Bu konuda belirtmek gerekir ki, eşit davranma ilkesinden söz edilebilmesi için, feshe sebep olan olayların birbirleriyle karşılaştırılabilir nitelikte olması gerekir. Örneğin, zimmetine para geçirdiği için işten çıkarılan bir işçi, işyerine sarhoş geldiği için işten çıkarılmayan bir işçi karşısında eşit davranma ilkesinin ihlal edildiğini ileri süremez⁴⁹⁷. Buna karşılık, işçilerin yasadışı bir greve katılması örneğinde işverenin haklı bir gerekçe göstermektesin greve katılan işçilerden bir kısmını işten çıkarırken, diğerlerinin sözleşmesini feshetmemesi eşit

⁴⁹⁴ *Ekonomi*, 157. *Narmanlıoğlu*, 249.

⁴⁹⁵ *Doğan Yenisey*, Eşit Davranma Borcu, 60.

⁴⁹⁶ *Süzek*, İş Hukuku, 463-467. *Yıldız*, 257. *Engin*, 112. *Tuncay*, Eşit Davranma İlkesi, 209-217. ve dn. 239'da sayılan yazarlar.

⁴⁹⁷ *Tuncay*, Eşit Davranma İlkesi, 214.

davranma borcunu ihlal eder⁴⁹⁸. Buna karşılık, işveren haklı nedenle derhal feshe neden olacak bir davranışta bulunan iki işçiden birinin hizmetine, bu işçinin vasıfları dolayısıyla ihtiyaç duyuyorsa, diğer işçinin sözleşmesini feshederken bu işçiyi çalıştırmaya devam edebilir. Önemli olan işçiler arasında yapılan ayrımın haklılaştırılabilir olması ve keyfi bir tercihe dayanmamasıdır⁴⁹⁹.

Diğer bir görüşe göre⁵⁰⁰, eşit davranma borcu iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde sınırlı bir uygulama alanı bulur. Şöyle ki, işveren sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca kural olarak hangi işçilerin sözleşmesinin sona erdirileceğini belirlemekte serbesttir. Bununla birlikte, işverenin objektif bir nedene dayanmaksızın, keyfi veya kötünietli olarak yaptığı fesihler sözleşme serbestisi içinde değerlendirilemez. Bu gibi kötünietli durumlarda eşit davranma ilkesi uygulanır. Bu görüş uyarınca fesih özünde bireysel bir işlem olmakla beraber, nadir hallerde bir topluluğu ilgilendirebilir. Bu halde fesih bireysel bir işlem olmaktan ziyade kolektif bir nitelik kazanır. Örneğin, işletme gerekleri ile fesihlerde veya birden fazla kişinin katıldığı bir olay nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde durum böyledir. Feshin kolektif nitelik kazandığı bu gibi durumlarda işverenin işçileri arasında eşit davranma borcu olduğu kabul edilmelidir.

Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre⁵⁰¹, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu yoktur. Zira, sözleşme özgürlüğü ve yönetim hakkı

⁴⁹⁸ İşverenin yalnızca sendikaya üye olan işçileri işten çıkarması halinde genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık değil, sendikal nedenle ayrımcılık söz konusu olur. *Tuncay*, Eşit Davranma İlkesi, 215.

⁴⁹⁹ *Süzek*, İş Hukuku, 467. *Tuncay*, Eşit Davranma İlkesi, 211, 213-217.

⁵⁰⁰ *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 291. *Doğan Yenisey*, Eşit Davranma Borcu, 61-62. *Doğan Yenisey*, Eşit Davranma İlkesi, 997.

⁵⁰¹ *Ertürk*, 167. *Uşan*, Eşit Davranma, 1630-1632. *Odaman*, Değerlendirme 2011, 206-207

çerçevesinde dilediği işçiyle iş ilişkisi kurma hakkına sahip olan işveren, aynı şekilde bu ilişkiyi sona erdirebilme imkanına da sahip olmalıdır. Bunun da ötesinde, feshin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı, her bir işçinin özel durumu ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak tespit edilir. Özellikle, haklı nedenle derhal feshin söz konusu ise feshin haklılığı, haklı neden olarak ileri sürülen somut olay yanında taraflar arasında güven ilişkisinin derecesi, benzer olayların daha önce yaşanmış olup olmadığı, işçinin yaşı, kıdemi, tecrübesi, o işletme için ifade ettiği değer gibi pek çok diğer faktöre bağlıdır. Feshin eşit davranma borcunu ihlal ettiğini ileri sürebilmek için, sözleşmesi feshedilen ve feshedilmeyen işçiler arasında kıdem, statü, nitelik bakımından mutlak bir eşitlik olması ve işverenin hiçbir haklı gerekçesi olmaksızın bu işçiler arasında keyfî bir ayırım yapmış olması gerekir. İşverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği ileri sürülen davranışının arkasında objektif ve haklı nedenlerin yatması halinde ise, eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Örneğin, işverenin kavgaya karışan iki işçiden birinin iş sözleşmesini feshederken, performansı yüksek olan diğerini çalıştırmaya devam etmesi durumunda işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı söylenemez⁵⁰². Buna karşılık, işverenin haklı nedenle feshi gerektiren bir davranışta bulunan işçilerden keyfî olarak yalnızca birkaçının iş sözleşmesine son vermesi ileri sürülen nedenin sözleşmeye devamı çekilmez hale getirecek derecede ağır olmadığı anlamına gelebilir. Bu durumda ise eşitlik ilkesine aykırılıktan değil ileri sürülen nedenin haklı neden niteliğinde olmadığından bahsedilir⁵⁰³.

İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu olmadığını savunan *Uşan*, işverenin işe alacağı işçileri seçmede serbest olduğunu, bu durumda birden

⁵⁰² *Ertürk*, 168.

⁵⁰³ *Tuncay*, Eşit Davranma İlkesi, 209 ve dn. 238.

fazla işçinin karıştığı bir olayda işçilerin tümünün iş sözleşmesini fesheden işverenin daha sonra bu işçilerden birkaçını işe geri alabileceğini, böyle bir durumda işe geri alınmayan işçilerin işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiğini ileri süremeyeceğini, konu bu yönüyle düşünüldüğünde en baştan işverenin sözleşmenin feshinde eşit davranma borcunun bulunmadığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁰⁴.

Yargıtay ise, işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta işveren, kavgaya karışan işçilerden 9 yıllık kıdemi olan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmiş, diğer işçinin iş sözleşmesini ise feshetmemiştir. Bunun üzerine sözleşmesi feshedilen işçi kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi talebiyle dava açmıştır. Yargıtay, kavgaya karışan iki işçiden yalnızca birinin sözleşmesinin feshedilmesini, eşit davranma ilkesine aykırı bulmuş ve işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesine karar vermiştir⁵⁰⁵. Yargıtay kararında eşit davranma ilkesine aykırılığın feshi haksız hale getirdiğine ilişkin bir ifadeye yer vermemiştir. Bununla birlikte, olayda işçi başka bir işçiye sataştığı gerekçesiyle işten çıkarılmıştır. İşçinin diğer işçiye karşı müessir fiil işlediği ceza mahkemesi kararıyla sabittir. Yargıtay buna rağmen işçinin kıdem tazminatına hak kazandığına hükmetmiştir. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme, fesih için haklı neden bulunsa dahi eşit davranma borcuna aykırılığın feshi haksız hale getirdiğini kabul etmiş olsa gerekir.

⁵⁰⁴ *Uşan*, Eşit Davranma, 1630.

⁵⁰⁵ Y9HD, T. 4.11.2004, E. 2004/8413, K. 2004/24957 ve *Uşan*'ın incelemesi, Legal İSGHD, 2005, S. 8, s. 1624-1632.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yakın tarihli benzer bir kararında, kavgaya karışan üç işçiden yalnız birinin iş sözleşmesinin feshedilmesini, eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirmiş ve “... her ne kadar kavgayı başlatan ve kavganın tarafı olan davacı işçinin bu eylemi işverene iş akdini haklı olarak feshetme hak ve yetkisi verse de işveren bu hakkını eşit davranma borcuna aykırı şekilde kullanamayacaktır. Bir başka anlatımla, işveren tarafından sadece davacı işçinin iş akdinin feshedilmesi, diğer üç işçinin iş akitlerinin feshedilmemesi işverenin eşit davranma borcuna aykırı olup işveren tarafından gerçekleştirilen feshi haksız hale getirecektir” ifadeleriyle bu durumda feshin haksız olacağına hükmetmiştir⁵⁰⁶.

Yüksek Mahkeme bir diğer kararında “Davacı işçi işyerinde kendisi gibi çalışan diğer işçilerinde imzası bulunan bir dilekçe ile işyeri Bölge Müdürlüğüne doğrudan başvurarak işyerinin verimli ve rantabl çalışmasını önlediğini, çalışanlar arasında eşit davranmadığını, şikayetler yapılmasına yol açtığını bildirerek bazı temennilerde bulunmuştur. Dilekçe içeriğinin incelenmesinden bölge Müdürüne herhangi bir hakaret yapıldığı sonucuna varılamamaktadır. Bu bakımdan davalı işverenin davacının sözleşmesini feshetmesinin haklı nedene dayandığını kabul etmek olanağı yoktur. **Bir an için hakaretin mevcut olduğu kabul edilse dahi davalı işverenin dilekçeyi imzalayanların tamamının işlerine son vermemiş yalnız davacı işçinin işine son vermiştir.** Böyle bir davranış İş Hukukunun eşit işlem yapılmasına ilişkin kuralına aykırılık oluşturur. Bundan başka davalı işveren davasının bu konuda öncülük ettiğini savunmakta ise de bu da kanıtlanmış değildir. Davacının dilekçeyi imzalayanlar arasında ilk sırada yer almasının böyle bir girişimde

⁵⁰⁶ Y9HD, T. 10.4.2013, E. 2011/5941, K. 2013/11521, Çil, İlke Kararları, 217-219.

bulunulmasında öncülük ettiği sonucu çıkarılamaz. Bu durumda feshin haksız olduğu kabul edilerek bilirkişi tarafından hesap edilen ihbar ve kıdem tazminatları değerlendirilmek sureti ile hüküm altına alınmalıdır” gerekçesiyle eşit davranma ilkesine aykırılık durumunda feshin, haksız fesih olarak değerlendirileceğinin altını çizmiştir⁵⁰⁷.

Bir başka olayda Yüksek Mahkeme, diğer bıyıklı işçiler çalıştırılmaya devam ettiği halde bıyığını kesmeyi reddeden işçinin sözleşmesinin feshini eşit işlem borcuna aykırı bulmuş ve feshi haksız olarak nitelendirmiştir⁵⁰⁸.

Uyuşmazlık konusu diğer bir olayda mesai saatleri içinde okey oynayan on işçiden ikisinin iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilmiştir. İşveren söz konusu işçinin işyerindeki en kıdemli işçiler olduğunu ve diğer işçileri ayarttıklarını, bu nedenle yalnızca bu iki işçinin sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme, sözleşmesi feshedilen işçilerin diğer işçileri ayarttığının tanık beyanlarıyla ispatlanamadığına, işçinin kıdemli olmasının tek başına sözleşmenin feshini haklı kılmayacağına, işverenin objektif nedenler olmaksızın eşitler arasında eşit davranmakla yükümlü olduğuna ve eşitlik ilkesine aykırılık halinde feshin salt bu nedenle haksız olacağına karar vermiştir⁵⁰⁹.

Kanaatimizce feshin toplu nitelik kazandığı hallerde işverenin eşit davranma borcu olduğu kabul edilmelidir. Zira, iş ilişkisinde eşit davranma borcu altında olduğu tereddütsüz kabul edilen işverenin, bir olay nedeniyle birden fazla işçinin

⁵⁰⁷ Y9HD, T. 1.11.1999, E. 1999/13603, K. 1999/16484. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁰⁸ Y9HD, T. 6.3.2003, E. 2002/15937, K. 2003/3176. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁰⁹ Y9HD, T. 14.2.2011, E. 2009/4160, K. 2011/2530. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

sözleşmesini feshederken tamamen serbest olduğunu düşünmek dürüstlük kuralına ve adalet anlayışına aykırıdır. Diğer bir ifadeyle, feshin toplu nitelik kazandığı durumlarda karşılaştırılabilecek nitelikte işçi grubunun varlığı işvereni bu işçiler arasında eşit işlem yapmaya mecbur eder. Buna karşılık, fesihte eşit davranma borcu mutlak bir borç değildir. Feshin kolektif nitelik kazandığı hallerde dahi fesih her bir işçi bakımından bireysel bir işlem olma özelliğini korumaktadır. Bu nedenle feshin haklılığı her bir işçinin özel durumu ile işçinin diğer işçiler karşısındaki durumu dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁵¹⁰. Bu değerlendirme sonucunda işveren bir olaya karışan işçilerden bir ya da birkaçının sözleşmesini feshederken diğerlerini çalıştırmaya devam edebilir. Önemli olan bu seçimin objektif olarak haklılaştırılabilir olmasıdır. Diğer deyişle, iş sözleşmesinin feshinde mutlak eşit işlem borcu yoktur ve fakat keyfi davranma yasağı vardır⁵¹¹.

Ayrımcılık ise, bir kimsenin sahip olduğu kişisel bir özelliği nedeniyle diğer kişilerden daha aşağı muameleye tabi tutularak mağdur edilmesi anlamına gelir⁵¹². Ayrımcılıkta genelde olumsuz bir muameleye tabi tutulma, diğerlerine göre daha kötü bir duruma düşürülme söz konusudur⁵¹³. Ayrımcılık, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1966 tarihli Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi, 1965 tarihli Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, ILO Anayasası, İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Hakkında 111 sayılı Sözleşme, Hizmet

⁵¹⁰ Doğan Yenisey, Eşit Davranma Borcu, 62.

⁵¹¹ Doğan Yenisey, Eşit Davranma Borcu, 63. Yıldız, 260.

⁵¹² Tuncay, Ayrımcılık, 723. Doğan Yenisey, 112

⁵¹³ Yıldız, 726.

İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı gibi pek çok uluslararası anlaşma ile yasaklanmıştır.

Türk hukukunda iş ilişkilerinde ayrımcılık yasağı ise 1475 sayılı Kanun döneminde yalnızca Sendikalar Kanununun 31. maddesinde düzenlenmiş, bu dönemde işçinin cinsiyeti, ırkı ya da dini nedeniyle iş sözleşmesinin feshi, kötünietli fesih olarak değerlendirilmiştir. Yüksek Mahkeme bu dönemde, “*Davalı işveren evlilik nedeniyle iş akdini feshedip kıdem tazminatına hak kazanacak olan davacıya bu tazminatı ödememek için yasal olmadığı halde devamsızlık bahanesi ile iş aktini feshetmesi kötünietini gösterir. Bu nedenle mahkemece kötüniet tazminatı hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır*” yönündeki kararında da belirtildiği gibi, sözleşmenin ayrımcılık nedeniyle feshinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir⁵¹⁴.

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi ile hukukumuzda ilk defa sendikal nedenle ayrımcılık dışında kalan diğer ayrımcılık halleri düzenlenmiştir. İş Kanununun 5. maddesinin ilk fıkrasında dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacağı genel olarak düzenlenmiş; bunun yanında iş ilişkisinin kurulması, işleyişi ve sona ermesinde cinsiyet ve gebeliğe dayalı doğrudan ve dolaylı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

Bunun dışında, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde özel bir ayrımcılık türü olan sendikal nedenle ayrımcılığı düzenlenmiştir.

⁵¹⁴ Y9HD, T. 2.10.2001, E. 2001/11407, K. 2001/15322. Benzer yönde, Y9HD, T. 10.10.2001, E. 2001/12252, K. 2001/15688. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

Anılan düzenlemede iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi, diğer ayrımcılık hallerine kıyasla daha ağır yaptırımlara tabi tutulmuştur.

Son olarak, 20 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununda, ayrımcılık yasağı kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu itibarla Yasanın 6. maddesinde “İşveren 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 ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar. İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez” hükmüyle iş ilanında, işe almada, iş ilişkisinin devamında ve işe son vermede ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. İş Kanununun 5. maddesinden farklı olarak TİHEKK, İş Kanunu kapsamına girmeyen iş ve iş görme sözleşmeleri ile kamu kurum kuruluşlarında istihdam hakkında da uygulanır. Düzenlemeyle Kuruma resen veya şikayet üzerine ayrımcılık yasağı ihlallerini incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek konusunda yetki verilmiştir. TİHEKK ile getirilen düzenlemeler tez konumuz kapsamını aştığından burada yalnızca bu hususu belirtmekle yetiniyoruz.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, işverenin eşit davranma borcu genel nitelikte bir borç iken ayrımcılık yasağı özel nitelikte, sınırları ve kapsamı belirgin, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına bir borçtur. Bu nedenle eşit davranma ilkesinden farklı olarak, ayrımcılık yasaklarını ihlal eden davranışın objektif ve haklı bir nedene dayandığının ileri sürülmesi çok daha zordur. Diğer bir ifadeyle genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranışı haklı kılan nedenler, ayrımcılık yasaklarına kıyasla çok daha geniştir⁵¹⁵.

Eşit davranma borcundan farklı olarak İş Kanununun 5. maddesinin 6. fıkrası, iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık yapılamayacağını açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, “İş ilişkisinde veya **sona ermesinde** yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir”. Bu tazminata uygulamada ayrımcılık tazminatı adı verilmektedir. Belirtmek gerekir ki, ayrımcılık tazminatı yalnızca ayrımcılık yasaklarının ihlali halinde istenebilir. Buna karşılık, işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal etmesi halinde, ayrımcılık tazminatı talep edilemez. Zira, İş Kanununun 5. maddesinin başlığı her ne kadar “*eşit davranma ilkesi*” olsa da hükümde ayrımcılık yasakları düzenlenmektedir⁵¹⁶.

Bununla birlikte öğretide bir görüş⁵¹⁷, işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranması durumunda da işçinin ayrımcılık tazminatı isteyebileceğini ileri sürmektedir. Aksi halde sözleşmesine eşit davranma borcuna aykırı olarak son verilen iş güvencesine tabi olmayan bir işçinin, talep edebileceği tek tazminat kötüniyet tazminatı olacaktır. Oysa ki eşit davranma borcuna aykırı her

⁵¹⁵ Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesi, 997.

⁵¹⁶ Süzek, İş Hukuku, 471.

⁵¹⁷ Yıldız, 329-330. Ertürk/Gürsel, 449.

hareketin aynı zamanda kötünietli olduğu söylenemez. Bu durum kimi hallerde eşit davranma borcuna aykırı davranışın yaptırımsız kalmasına yol açar. Hukuki dayanağını Anayasa’da bulan temel bir borca aykırılığın yaptırımsız kalacağı düşünölmeyeceğine göre, İş Kanununun 5. maddesi ayrımcılık yasakları yanında, eşitlik davranma borcunu da kapsayacak şekilde yorumlanmalı ve işçi bu halde ayrımcılık tazminatı talep edebilmelidir.

Kanımızca, sözleşmesi eşit davranma borcuna aykırı olarak feshedilen işçi, işverenden ayrımcılık tazminatının kendisine ödenmesini talep edemez. Zira, İK’nın 5. maddesinde ayrımcılık tazminatı işverenin ayrımcılık oluşturan davranışlarını kapsayacak biçimde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin eşit davranma borcuna aykırı olarak sona erdirilmesi durumunda, işverenin bu davranışının yaptırımsız kalması düşünölemez. Kanımızca bu durumda fesih haksız nitelik taşıyacağından, işçi TBK’nın 438/III hükmünde düzenlenen haksız fesih tazminatını talep edebilir.

Ayrımcılık tazminatının hesabına esas alınacak ücret işçinin temel ücretidir. Tazminatın hesaplanmasında ikramiye, prim, sosyal yardımlar gibi ücret ekleri dikkate alınmaz. Ayrımcılığa uğrayan işçi ayrımcılık tazminatı yanında, işverenin ayrımcılık yasağına aykırı hareket etmesi nedeniyle uğradığı diğer kayıpları da işverenden talep edebilir. Diğer kayıplar ile kastedilen, işçi ayrımcılığa uğramasaydı ne durumda bulunacak idiyse, o durumun sağlanmasıdır. Bu çerçevede işçi, kendisine ödenmeyen ikramiyeleri, ücret farklarını, kıdem tazminatı farklarını işverenden talep edebilir. Bunun dışında, ayrımcılık nedeniyle zarara uğrayan işçi, işverenden maddi ve manevi tazminat isteyebilir⁵¹⁸.

⁵¹⁸ *Tuncay, Ayrımcılık, 767. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 222-225. Ertürk/Gürsel, 452.*

Sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde ise, kanun koyucu daha ağır bir yaptırım öngörmüştür. STİSK'in 25. maddesine göre sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminat talep edebilir. Bunun dışında sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, iş güvencesinden yararlanma koşulları aranmaksızın feshe karşı işe iade davası açabilir⁵¹⁹. Zira, sözleşmenin sendikal nedenle feshi durumunda yalnızca iş güvencesinden yararlanan işçilerin işe iade davası açabilecekleri ve yalnızca fesih dışında kalan sendikal ayrımcılık hallerinde sendikal tazminata hükmedileceği yönündeki düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, anılan düzenlemelerin sendikal örgütlenmeyi engelleyecek nitelikte olduğu ve bu nedenle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle örtüşmediği ifade edilmiştir. Kararda sendikaya üye olmanın güvenceye kavuşturulmasının temelinde, işçilerin sendikal nedenle ayrımcılığa ve en önemlisi de sendikal nedenle feshe karşı korunmasının yattığı belirtilmiş ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal nedenle fesih halinde sendikal tazminattan yoksun bırakılmasının, yalnızca sendika üyeliği hakkının sınırlandırılması değil, aynı zamanda bir bütün olarak sendikal hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracağının altı çizilmiştir. Bunun dışında, sendikalı olarak çalışmakta olan işçileri sendikal ayrımcılığa karşı korumak için getirilen sendikal tazminatın, iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler yönünden farklı şekilde düzenlenmesinin eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı isabetle vurgulanmıştır⁵²⁰.

İş Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasının a, b ve d bentlerinde iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle ve diğer ayrımcılık

⁵¹⁹ Süzek, 667. Tuncay/Savaş Kutsal, 105-107. Yorgun, 1189-1190.

⁵²⁰ AYM, T. 22.10.2014, E.2013/1, K. 2014/161.

nedenlerine dayanılarak feshinin geçersiz sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, ayrımcılık temeline dayanılarak yapılan fesihler iş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından “geçersiz”, iş güvencesine tabi olmayan iş ilişkileri bakımındansa “haksız”dır. Ayrımcılığa dayanan fesihler, işçinin iş güvencesine tabi olup olmamasına göre “geçersiz” veya “haksız” sayıldığına göre, ayrımcılık tazminatının haksız-geçersiz feshe bağlanan tazminatlarla birlikte istenip istenemeyeceği değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Öğretide savunulan bir görüşe göre⁵²¹, ayrımcılık yasağının ihlali durumunda işçiye, iş güvencesi tazminatı yanında ayrımcılık tazminatı ödenmesi gerekmez. Zira ortada işverenin tek bir eylemi, diğer bir ifadeyle sözleşmenin ayrımcılık nedeniyle feshi söz konusudur. İş güvencesi tazminatı her ne kadar işçinin işe başlatılmaması ile muaccel oluyorsa da, bu durumda işverenin eylemi ayrı bir eylem değil, geçersiz fesih sonucunda işverene tanınmış seçimlik hakkın kullanılmasıdır. Bir eyleme birden fazla yaptırım uygulanması ise, ne sözleşmeler hukuku ne de ceza hukukunda olanaklıdır. Bu nedenle, feshin aynı zamanda ayrımcılık yasaklarını ihlal etmesi halinde, işçi dilerse ayrımcılık tazminatı dilerse iş güvencesi tazminatı talep edebilir. İşçi her iki tazminatı da talep etmişse en lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de iş sözleşmesinin hamilelik nedeniyle feshedildiği bir uyuşmazlıkta, iş güvencesi tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir⁵²². Anılan kararın gerekçesinde, iş güvencesi tazminatını düzenleyen İş Kanununun 21. maddesinin, ayrımcılık tazminatını düzenleyen 5. madde karşısında özel düzenleme olması ile iş güvencesi

⁵²¹ Tuncay, Tazminat, 108. Aynı yazar, Ayrımcılık, 768.

⁵²² Y9HD, T. 18.6.2012, E. 2010/13065, K. 2012/23353. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

tazminatının miktar olarak ayrımcılık tazminatından daha yüksek, dolayısıyla işçinin daha lehine olması gösterilmiştir.

Yakın tarihli diğer bir kararında Yüksek Mahkeme, İş Kanununun 21. maddesinde geçersiz feshin yaptırımlarının özel olarak düzenlendiğini, 18/3-d bendinde geçersiz fesih nedenleri arasında ayrımcılığa yer verildiğini, bu durumda ayrımcılık yasağını ihlal eden davranışının, feshin geçersizliği noktasında ve işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken tartışılması gerektiğini hüküm altına almıştır⁵²³. Yüksek Mahkemeye içtihadı uyarınca hakim, işverenin ayrımcılık oluşturan davranışını dikkate alarak iş güvencesi tazminatını belirleyecek ancak, 5. maddede düzenlenen ayrımcılık tazminatına hükmetmeyecektir.

Buna karşılık öğretide bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁵²⁴, feshin ayrımcılık yasaklarını ihlal etmesi halinde işçi, iş güvencesi hükümleri yanında ayrımcılık tazminatı da talep edebilir. Zira, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatı farklı hukuka aykırılık hallerinin yaptırımıdır⁵²⁵. İş güvencesi tazminatı feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımıdır. Buna karşılık, ayrımcılık tazminatı işverenin ayrımcılık oluşturan davranışının yaptırımıdır. Ayrımcılık tazminatının yalnızca sözleşmenin feshini değil, iş ilişkisinde ayrımcılık oluşturan her türlü davranışı yaptırıma bağlayan bir tazminat olması da görüşümüzü destekler niteliktedir. Bunun da ötesinde, İK'nın 5. maddesinde, STİSK'in 25. maddesinde düzenlendiği gibi ayrımcılık tazminatı yanında iş güvencesi tazminatının istenemeyeceği yönünde bir düzenlemeye yer

⁵²³ Y9HD, T. 14.4.2016, E. 2015/29051, K. 2016/9441. Aynı yönde, Y9HD, T. 17.9.2015, E. 2015/18686, K. 2015/26045. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵²⁴ Odaman, Ayrımcılık, 82. Şahlanan, Değerlendirme 2012, 134-136. Süzek, İş Hukuku, 470. Ertürk/Gürsel, 451. Yıldız, 336. Sarıbay, 335. Engin, 76.

⁵²⁵ Süzek, İş Hukuku, 470. Ulucan, 85. Yıldız, 335. Sarıbay, 257.

verilmemiştir. Anılan nedenlerle iş güvencesine tabi işçiler, sözleşmenin haksız ve geçersiz feshi halinde, koşulları varsa iş güvencesine bağlanan sonuçlar yanında ayrımcılık tazminatı talep edebilmelidir.

İşçinin işe iade davasında sendikal ayrımcılığı ileri sürmesi halinde ise, STİSK'in 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”* yönündeki açık düzenleme uyarınca sendikal tazminat yanında ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi olanaklı değildir.

İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından, öğretilde savunulan bir görüşe göre⁵²⁶, sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, nasıl ki işverenden kötüniyet tazminatı talep edemiyorsa aynı nedenle sendikal tazminat da talep edemeyecektir. Kanaatimizce bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Zira sendikal nedenle fesih, işçinin Anayasa ile güvence altına alınan sendika hakkını ihlal etmesi sebebiyle haksız feshe oranla daha ağır nitelik taşır. Bu itibarla, kanun koyucu sendikal nedenle yapılan fesihleri özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur. Bunun da ötesinde, sözleşmenin sendikal nedenle feshine bağlanan sonuçlar, haksız feshe ve hatta diğer ayrımcılık nedenlerine bağlanan sonuçlardan çok daha ağırdır. Bu durumda, işçinin sendikal nedenle işten çıkarılmış olsa dahi yalnızca altı aylık ücreti tutarında haksız fesih tazminatı isteyebileceğini düşünmek, sendikal nedenlerle yapılan fesihlerin önlenmesini amaçlayan STİSK'in 25. maddesinin amacına aykırı düşecektir. Anılan

⁵²⁶ Sümer, Uygulamalar, 250.

nedenlerle, işçinin sendikal nedenle haksız olarak işten çıkarılması durumunda en az bir yıllık ücreti tutarında sendikal tazminat isteyebileceği ve İş Kanununun 18. maddesinde sayılan koşullar aranmaksızın işe iade davası açabileceği kanısındayız.

Diğer ayrımcılık halleri bakımındansa öğretide bir görüş⁵²⁷, haksız fesih tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin gerekmediğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, TBK'nın 438. maddesinde haksız fesih tazminatının bütün durum ve koşullar dikkate alınarak hakim tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Buna göre, işverenin ayrımcılık oluşturan davranışı haksız fesih tazminatının belirlenmesinde bir kriterdir. Hakim ayrımcılık da dahil olmak üzere bütün somut durum ve koşulları göz önünde bulundurarak haksız fesih tazminatını belirler.

Kanımızca, sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi durumunda fesih aynı zamanda ayrımcılık teşkil ediyorsa işçi, İK'nın 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatı talep edebilmelidir. Zira, kanunda ayrımcılığa özel önem atfedilmiş ve ayrımcılık yasağına aykırılık özel bir yaptırıma tabi tutulmuştur. İşçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında olmazsa olmaz kabul edilen ayrımcılık yasaklarının haksız fesih tazminatının belirlenmesinde bir kriter olarak yorumlanması 5. maddenin uygulama alanını daraltacak ve en önemlisi de ayrımcılık gibi fahiş bir ihlale verilmesi gereken önemi azaltacaktır. Bu nedenle, İş Kanununun 5. maddesi ile düzenlenen ayrımcılık tazminatının, iş sözleşmesinin feshine bağlanan diğer tazminatlardan ayrı düşünülmesi ve ayrımcılık halinde işçinin haksız fesih tazminatı yanında ayrımcılık tazminatını da talep edebilmesi gerekir.

⁵²⁷ Mollamahmutloğlu/Astarlı/Baysal, 878-879.

İşverenin sözleşmeyi ayrımcılık nedeniyle feshetmesi halinde bu durumu işçi ispat etmekle yükümlüdür. Bununla beraber, İK'nın 5. maddesinin 7. fıkrasında işçiye bir kolaylık sağlanmıştır. Düzenleme uyarınca işçi aykırılığın varlığı olasılığını güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, bu defa işveren böyle bir aykırılığın var olmadığını kanıtlamak durumundadır⁵²⁸. Sendikal nedenle yapılan fesihlerde ve iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmesinin feshinde ise, fesih nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür⁵²⁹.

İsviçre hukukunda, kadın erkek eşitliğini düzenleyen Federal Eşitlik Yasasının 5. maddesi uyarınca sözleşmesi cinsiyeti nedeniyle sona erdirilen işçi, işverenden en fazla altı aylık ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı talep edebilir. Bu tazminat, işveren bakımından caydırıcı, işçi bakımındansa telafi edici nitelik taşır. Bu nedenle, işçi fesih nedeniyle herhangi bir zarara uğramamış olsa dahi ayrımcılık tazminatı talep edebilir⁵³⁰. İşçinin, uğradığı maddi ve manevi zarar ile sözleşmede daha lehine bir tazminat öngörülmüşse bu tazminatı işverenden isteme hakkı saklıdır⁵³¹.

Diğer ayrımcılık halleri ise kötüniyetli fesih kapsamında değerlendirilir. Buna göre, CO 336a hükmü uyarınca işçi, işverenden en fazla altı aylık ücreti tutarında kötüniyet tazminatı talep edebilir. Federal Eşitlik Yasasının 9. maddesinde sözleşmenin işçinin cinsiyeti nedeniyle sona erdirilmesi durumunda İsviçre Borçlar

⁵²⁸ *Süzek*, 497-498.

⁵²⁹ Y7HD, T. 15.06.2015, E. 2015/11235, K. 2015/12148, Çalışma ve Toplum, S. 50, 2016/3, 1475-1478.

⁵³⁰ *Dunand*, art. 9, n. 1.

⁵³¹ *Aubert*, art. 5 n. 41.

Kanununun kötüniyetli feshe itiraz prosedürünü düzenleyen 336b maddesinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, işçinin, ilk olarak bildirim süreleri içinde feshe yazılı olarak itirazda bulunması gerekir. Bir tarafın kendisine bildirilen feshe karşı çıktığını belirten her türlü irade açıklaması, feshe itiraz olarak değerlendirilir⁵³². İşçinin mutlaka “*itiraz*” kelimesini kullanmış, itiraz gerekçesini açıklamış ya da feshin kötüniyetli olduğunu ifade etmiş olması gerekmez. Bu itibarla işçinin itirazda, “*size katılmıyorum*”, “*feshi kabul etmiyorum*”, “*bu tamamen keyfi bir fesihtir*” gibi bir ifadeye yer vermesi yeterlidir. Bu düzenleme ile tarafların bir araya gelerek, iş ilişkisini devam ettirme konusunda uzlaşmaları amaçlanmaktadır⁵³³. İkinci olarak işçi, sözleşmenin sona ermesinden itibaren 180 gün içinde yargı yoluna başvurmalıdır. Bu süre hak düşürücü süredir⁵³⁴.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre’de ayrımcılık tazminatı yalnızca sözleşmenin süreli feshi halinde talep edilebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmesi haklı neden bulunmaksızın derhal feshedilen işçi, haksız fesih tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatı talep edemez. Zira, sözleşmenin işçinin cinsiyeti nedeniyle feshi, İsviçre Borçlar Kanununun 336a maddesinde düzenlenen kötüniyetli feshin özel bir türüdür⁵³⁵. Buna göre, işçi haksız fesih tazminatı yanında nasıl ki kötüniyet tazminatı isteyemiyorsa, aynı nedenle ayrımcılık tazminatı da talep edemez. Buna karşılık

⁵³² TF 4C.233/2006 du 25.10.2006, c. 3.

⁵³³ *Dunand*, art. 9, n. 16. *Dunand*, Commentaire Stämpfli, 703. *Wylter/Heinzer*, 664-666.

⁵³⁴ *Dunand*, art. 9, n. 35. *Dunand*, Commentaire Stämpfli, 707-709. *Wylter/Heinzer*, 667.

⁵³⁵ İsviçre hukukunda işçinin ırkı, yaşı, milliyeti gibi diğer ayrımcılık nedenleriyle işten çıkarılması, İBK’nın kötüniyetli feshi düzenleyen 336. maddesi kapsamında değerlendirilmekte olup, bu durumda Federal Eşitlik Yasası uygulanmaz, *Wylter/Heinzer*, 629-632.

işverenin ayrımcılık oluşturan davranışı haksız fesih tazminatının belirlenmesinde dikkate alınır⁵³⁶.

7. Ölçülülük İlkesine Aykırılık

Ölçülülük ilkesi, yargısal denetim yapılırken normun somutlaştırılmasına, norm alanlarının belirlenmesine ve somut olayın özellikleri ile olaya uygulanacak norm arasında bir denge kurulmasına hizmet eden bir temel hukuk ilkesidir⁵³⁷.

Ölçülülük ilkesinin hukuki dayanağını Anayasa'nın 13. maddesi oluşturur. Bu ilke, ilk olarak İdare ve Anayasa hukukunda uygulanmıştır. Özel hukuk ilişkilerinde ölçülülük ilkesinin uygulanma yeri ve dayanağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵³⁸, sözleşme serbestisi ilkesi ve özel hukuk taraflarının eşit güçte olmaları sebebiyle ölçülülük ilkesi özel hukuk ilişkilerinde uygulanmamalıdır. Bir diğer görüş⁵³⁹, ölçülülük ilkesini dürüstlük kuralının somut bir uygulaması olarak değerlendirmektedir. Buna karşılık diğer bir görüş⁵⁴⁰, temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki esaslardan olan ölçülülük ilkesinin bu işlevini yerine getirebilmesi için özel hukuk ilişkilerine de uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, özel hukuk kişilerine yasayla üçüncü kişilerin hukuk alanlarına müdahale yetkisi verildiği bu itibarla, özel hukuk ilişkisinin kamu hukuku ilişkisine benzediği durumlarda anayasaya uygun yorum kuralı ile hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak ölçülülük ilkesi uygulanmalıdır. Bu görüş uyarınca ölçülülük ilkesinin

⁵³⁶ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 290. Aubert, art. 5, n. 66. Dunand, art. 9, n. 49. Gloor, 764.

⁵³⁷ Kar, 60.

⁵³⁸ Birben, Ölçülülük İlkesi, 27 ve dn. 89'da sayılan yazarlar.

⁵³⁹ Alp, 407 dn. ve 653'te sayılan yazarlar. Birben, Ölçülülük İlkesi, 42 ve dn. 140'ta sayılan yazarlar.

⁵⁴⁰ Alp, 407. Alp, Ölçülülük İlkesi, 1525 ve dn. 37'de sayılan yazarlar.

özellikle yenilik doğuran haklar bakımından uygulanması gerekir. Zira, yenilik doğuran haklar, hak sahibine tek taraflı olarak muhatabın hukuki alanında değişiklik getirme yetkisi veren haklar olup, ihkak-ı hak niteliğindedir. Bu nitelikleri itibariyle yenilik doğuran haklar idari işleme benzemektedir. Özellikle sözleşmelerin feshinde bu etki çok belirgindir. Bu durum, hakkın kullanımının muhatap aleyhine ağır sonuçlar doğurmasına yol açabilir. Bu tehlike, yenilik doğuran hakların kullanımının ölçülülük ilkesiyle sınırlanması ile önlenir⁵⁴¹.

Ölçülülük ilkesi üç temel unsurdan oluşur. Bunlar elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarıdır. Elverişlilik, uygulanacak tedbirin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle elverişlilik başvuru aracının ulaşılmak istenen amaca uygun olmasını ifade eder. Gereklilik, uygulanacak tedbirin istenen amacı gerçekleştirmek için gerekli olmasını ifade eder. İş hukukunda gereklilik denetimi “son çare ilkesi” ile açıklanır. Buna göre işveren ulaşmak istediği amaca aynı ölçüde elverişli olan ve işçinin menfaatlerine daha az zarar veren başka bir araçla ulaşabiliyorsa önce bu yola başvurmalıdır. Orantılılık ise istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli ve gerekli olduğu anlaşılan aracın kullanılması sonucunda işverenin elde edeceği menfaatle işçinin uğrayacağı zarar arasında makul bir oran bulunması anlamına gelir. Buna göre yapılan işlem işverene çok küçük bir yarar sağlarken işçinin büyük bir kayba uğramasına neden oluyorsa orantılı değildir. Bu özelliği ile ölçülülük ilkesi hakkın kötüye kullanılması yasağından ayrılır. Şöyle ki, bir hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için hakkın amacına aykırı olarak kullanılmış olması gerekir. Ölçülülük ilkesinde ise, hakkın amacına uygun olarak kullanıldığı kabul edildikten sonra taraflar arasındaki

⁵⁴¹ *Alp*, Ölçülülük İlkesi, 1525. *Yıldız*, Orantılılık İlkesi, 681-683.

menfaat dengeleri açısından bir değerlendirme yapılır. Buna göre hakkın kullanımı hak sahibine pek az bir menfaat sağlıyorken, karşı tarafı ağır bir zarara uğratiyorsa ölçüsüzdür⁵⁴².

Ölçülülük ilkesinin uygulandığı alandan biri de iş sözleşmesinin feshidir. Tarafların eşit güçte olmadığı iş ilişkilerinde, bilhassa çalışma koşullarının değiştirilmesi ile iş sözleşmesinin feshinde işçinin korunmasına ihtiyaç duyulur. Buna göre ölçülülük ilkesi, işverenin sözleşmeyi fesih hakkının sınırlandırılmasına ve böylece işçiye etkin bir feshe karşı koruma sağlanmasına hizmet eder. Ölçülülük ilkesi bilhassa iş güvencesine tabi işçilerin sözleşmelerinin geçerli nedenle feshinde uygulama alanı bulur⁵⁴³.

Haklı nedenle yapılan fesihlerde ise, işverenin haklı nedenlerin varlığı halinde hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın iş sözleşmesini feshedebileceği düşünülebilirse de, yapılan feshin işçinin davranışıyla ölçülü olması gerektiği de savunulabilir. Buna göre, işçinin davranışı ile işveren tarafından bu davranışa uygulanan yaptırım arasında kabul edilebilir bir orantı bulunmalıdır. İşlenen fiille orantılı olmayan ve ölçsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım hukuka uygun kabul edilemez. Özellikle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin işçi için çok ağır sonuçları olduğu göz önünde bulundurulduğunda, uzun yıllardır sorunsuz bir şekilde o işyerinde çalışmakta olan işçinin ufak bir hatasından dolayı iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinin orantılı olduğu söylenemez. Bu nedenle, süreli fesihte olduğu

⁵⁴² Tanör/Yüzbaşıoğlu, 155. Alp, 409. Alp, Ölçülülük İlkesi, 1520-1523. Yıldız, Orantılılık İlkesi, 690. Kar, 60.

⁵⁴³ Alp, Ölçülülük İlkesi, 1520. Yıldız, Orantılılık İlkesi, 684.

gibi haklı nedenle derhal fesih hakkının da ölçülülük ve dolayısıyla son çare ilkesine uygun olarak kullanılması gerekir⁵⁴⁴.

Uyuşmazlık konusu olayda unlu mamuller üreten bir işyerinde üretim biriminde çalışan işçi hastalanmış ve hastaneden “*ağır ve tehlikeli işlerde çalışamayacağına, normal işlerde çalışmasına engel olmadığına*” dair sağlık kurulu raporu almıştır. Bunun üzerine işçinin iş sözleşmesi İş Kanununun 25/1-b maddesi uyarınca haklı nedenle derhal feshedilmiştir. Yargıtay bu durumda iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığına, ancak sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinin “*feshin son çare olması ilkesi*” ne uygun olması gerektiğine isabetli olarak karar vermiştir⁵⁴⁵. Gerçekten de, iş güvencesinin temelinde feshin süreli veya haklı nedenle derhal yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın işçinin feshe karşı korunması düşüncesi yatmaktadır. Bu nedenle, haklı nedenle derhal fesih hakkının da son çare ilkesine uygun olarak kullanılması gerekir.

Buna karşılık öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁵⁴⁶, yasal düzenlemede açıkça ve kesin olarak şartlarının düzenlenmiş olduğu haklı nedenle derhal fesihlerde, feshin son çare olup olmadığının araştırılması olanaklı değildir.

Belirtmek gerekir ki, derhal fesih nedenlerine kanunda yer verilmiş olması, hukuki güvenlik ilkesinin korunması bakımından olumludur. Bu sayede işçiler derhal fesih nedenlerinden önceden haberdar olabilmekte ve ihtiyatlı davranabilmektedir. Buna karşılık, haklı nedenlerin kesin sınırlarla çizilmiş olması ölçülülük ilkesinin uygulanmasını engellemekte ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına yol

⁵⁴⁴ *Alpagut*, Haklı Neden, 76. *Yıldız*, Orantılılık İlkesi, 691. *Kar*, 62. *Wylter/Heinzer*, 595. *Gloor*, 742-743.

⁵⁴⁵ Y9HD, T. 6.3.2006, E. 2006/3213, K. 2006/5521. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁴⁶ *Alpagut*, Haklı Neden, 75. *Alp*, Değerlendirme, 159. *Savaş*, 51. *Birben*, Ölçülülük İlkesi, 319. *Yürekli*, 244, 266.

açabilmektedir. Örneğin, uzun yıllardır o işyerinde çalışan, işe saatinde gelen, mazeretsiz devamsızlık yapmayan ve performansı yüksek olan bir işçinin, bir ayda iki gün üst üste mazeretsiz devamsızlık yapması halinde iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilmektedir. Aynı sonuç işçinin işyerinde 7 günden fazla hapisle cezalandırılan ve ertelenmeyen bir suç işlemesi durumunda da geçerlidir⁵⁴⁷. Aynı şekilde, işçinin işyerinde alkol veya uyuşturucu madde kullanması da iş ilişkisini etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın tek başına haklı fesih nedenidir⁵⁴⁸.

Kanımızca, haklı nedenle fesih sebeplerine örnekseyici olarak yer verilmele birlikte bu nedenlerin kesin sınırlarla belirlenmesinden kaçınılarak, düzenlemenin hakime takdir yetkisi tanıyacak biçimde kaleme alınması, olması gereken hukuk açısından daha isabetli olacaktır. Zira, bu durumda hakim somut olayın koşullarını ve her münferit olay için feshin ölçülü olup olmadığını değerlendirebilecektir⁵⁴⁹. Örneğin, “*ardı ardına iki işgünü ... işine devam etmemesi*” yerine “*işin işleyişini önemli ölçüde aksatacak derecede devamsızlık yapması*” ifadesine yer verildiği takdirde, feshe konu olan her somut olaya ölçülülük ilkesi uygulanacak ve yargılama sonucunda hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkması önlenecektir. Buna göre, ölçülülük denetimi yapan mahkeme somut olayın özelliklerine göre, işçinin davranışı

⁵⁴⁷ İsviçre Hukukunda, işçinin işiyle hiçbir ilgisi bulunmayan bir suçtan mahkum olması işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermez. Meğer ki, işlenen suç işletmenin saygınlığına ve işleyişine zarar vermiş olsun. TF 4C.431/2005 du 31.1.2006, c.3. Wyler/Heinzer, 580. Gloor, 756-757.

⁵⁴⁸ İsviçre hukukunda alkollü araç kullanan servis şoförünün hiç bir zarara yol açmamış olması veya işçinin işyerinde uyuşturucu kullanmakla birlikte performansında bir azalma olmaması ya da alkolik bir işçinin yüksek performansa çalışıyor olması halinde sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilemeyeceği kabul edilmektedir. Gloor, 748 ve dn. 98 ve 100’de sayılan kararlar.

⁵⁴⁹ Birben, Ölçülülük İlkesi, 319.

ile işverence yapılan fesih arasında bir oransızlık bulunup bulunmadığını değerlendirecektir⁵⁵⁰.

Uyuşmazlık konusu bir olayda şirkette baskı uzmanı olarak 4 yıldır çalışan işçinin iş sözleşmesi mastercard logosunu hatalı basması sonucunda işvereni 30 günlük ücreti tutarında ödenemeyecek bir zarara soktuğu gerekçesiyle İK m. 25/II-1 uyarınca feshedilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, zararın 30 günlük ücret tutarını aşmasının mutlak bir anlam taşımadığını zira, TBK'nın 400. maddesi uyarınca işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve niteliklerinin göz önünde tutulacağını düzenlendiğini, bunun da ötesinde sözleşmeye aykırı davranışta bulunan işçiye davranışıyla “*orantılı*” bir yaptırım uygulanması gerektiğini belirtmiş ve feshin haksız olduğuna karar vermiştir⁵⁵¹.

Uyuşmazlık konusu bir diğer olayda, havaalanında yer hizmetlerinde çalışan işçi apronda araç kullanırken yaptığı geri manevra sırasında uçağa çarparak KDV hariç 10.277,57 Euro zarara neden olmuştur. Olayda Yüksek Mahkeme “...*olayın meydana gelmesinde kast unsuru bulunmadığı, olayın öngörülebilir ve alınacak önlemlerle önlenebilir nitelikte bir kaza olduğu, davalı işverenin olay sırasında yeterli yardımcı personel bulundurmadığı, iş organizasyonunun yetersiz olduğu, kontrol ve denetim yapmadığı, iş güvenliğini tamamen şoförlerin dikkatine bıraktığı, ayrıca mevzuatta belirtilen eğitimleri vermediği bu sebeple işverenin kusur*

⁵⁵⁰ Ertürk, 162. Kar, 62.

⁵⁵¹ Y9HD, T. 17.9.2015, E. 2015/19926, K. 2015/26048. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) TBK'nın 400. maddesi ile İK'nın 25/II-1 bendinin çelişki yarattığı, zira düzenleme uyarınca işçinin tazminat sorumluluğu olmayan bir halde dahi sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilebileceği yönünde bkz. Savaş, 123-124.

oranının % 75 oranında olduğu, davacının ise güvenli araç kullanmaması, diğer araçların mesafesini ayarlamaması nedeni ile % 25 oranında kusurlu olduğu”na, verdiği hasar otuz günlük ücretini aşsa da kusurun daha çok işverende veya başka bir etkende olduğu dikkate alındığında iş sözleşmesinin haklı sebeple feshinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁵⁵²

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁵⁵³, düzenleme katı bir biçimde kaleme alındığından ve işçinin kusurlu olması ile otuz günlük ücreti tutarında ödenemeyecek bir zarara yol açması haklı nedenle derhal fesih için yeterli görüldüğünden yargı organının haklı nedenin değerlendirilmesinde işçinin kusur derecesi, kıdemi, performansı gibi unsurları dikkate alması olanaklı değildir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁵⁵⁴, İş Kanununun 25/II-ı bendine dayalı olarak yapılan fesihlerde belirleyici olan, işçinin “*sorumluluğuna karşılık gelen miktarın*”, otuz günlük ücreti tutarını aşmasıdır. Bu sorumluluk belirlenirken TBK’nın 400. maddesi gereğince yalnızca tarafların kusur oranları değil, işçinin bilinmesi gereken nitelik ve yetenekleri, işin belirli bir uzmanlığı gerektirip gerektirmemesi, işin tehlikeli olup olmaması gibi unsurlar dikkate alınır. Bu itibarla, mesleki riskin zarara katkı oranı ile işçinin aldığı ücret miktarı gibi unsurlar sorumluluğun belirlenmesinde değerlendirilmesi gereken ölçütler arasında yer alır. Bu nedenle, yukarıda incelenen kararlarda iş sözleşmesinin feshinin haksız olmasının nedeni feshin ölçülülük ilkesine aykırı olması değil, TBK’nın 400. maddesindeki ölçütler somut olaya uygulandığında, işçinin meydana gelen zarardan sorumlu

⁵⁵² Y9HD, T. 26.2.2015, E. 2015/263, K. 2015/8255. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde, Y9HD, T. 24.4.2015, E. 2014/2957, K. 2015/15780, Çalışma ve Toplum, S. 49, 2016/2, 982-984.

⁵⁵³ Birben, Ölçülülük İlkesi, 322. Savaş, 123-124.

⁵⁵⁴ Ekonomi, 122-124. Süzek, 698-699. Baycık, İşçinin Sorumluluğu, 259-264.

tutulmaması ve İK m. 25/II-ı hükmüne göre, işçinin zarardan sorumlu tutulmaması haklı nedenle derhal fesih şartlarının oluşmamasıdır.

Bir diğer kararında Yüksek Mahkeme “... Eylem ile ceza arasında adil bir oranın olması gerektiği hukuk devletinin de bir unsurudur. Bu olayda da üç beş dakika gecikme ile saatin kurulması nedeniyle fesih yoluna gidilmesi ağır bir ceza niteliği taşır. Daha hafif bir ceza ile yetinilebilirdi. Tüm bu hususlar dikkate alınarak feshin haksız olduğu kabul edilmeli ve ihbar, kıdem tazminatları hesaplattırılarak hüküm kurulmalıdır...” ifadesiyle uzun yıllardır o işyerinde bekçi olarak çalışan işçinin birkaç kez saati geç kurması ya da kurmaması nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini ölçülülük ilkesine aykırılık nedeniyle haksız bulmuştur⁵⁵⁵. Yüksek Mahkemenin işverenin daha hafif bir cezayla yetinebileceğine karar vermesi, gereklilik ilkesinin somut olayda uygulanması anlamına gelir. Zira, gereklilik ilkesi uyarınca işveren ulaşmak istediği amaca işçi bakımından sonuçları daha hafif bir yaptırımla ulaşabiliyorsa, bu yolu tercih etmelidir.

Yargıtay ölçülülük ilkesini özellikle haklı neden-geçerli neden ayırımında kullanmaktadır. Buna göre, feshe dayanak olan işçi davranışı değerlendirildiğinde, sözleşmenin haklı nedenle feshi ağır sonuçlar doğuruyor ve gereklilik ilkesine göre aynı sonuca sözleşmenin süreli feshi yoluyla ulaşılabiliriyorsa, feshin haksız ancak geçerli nedenle yapıldığı kabul edilmektedir⁵⁵⁶.

Yüksek Mahkemenin önüne gelen bir olayda, bir şirketçe çalışanları için düzenlenen gecede ödül olarak verilmesi gereken hediye paketleri otelde unutulmuş, otelde 14 yıldır çalışan bir işçi ödülleri gizlice alarak evine götürmüş, şirket

⁵⁵⁵ Y9HD, T. 16.1.2002, E. 2001/15510, K. 2002/266. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁵⁶ Güzel, Değerlendirme 2010, 215-216. Birben, Ölçülülük İlkesi, 314. Demir, 16.

yetkililerin durumu işverene bildirmesi üzerine olay araştırılarak paketleri davacının aldığı anlaşılmıştır. İşveren paketleri davacıdan istemiş ve paketler davacı işçi tarafından gecikmeksizin iade edilmiştir. Yüksek Mahkeme işçinin davranışının iş ilişkisindeki güveni sarstığını kabul etmekle birlikte, sözleşmenin haklı nedenle feshinin işçinin kıdemi ve paketleri derhal iade etmesi de göz önüne alındığında orantısız olduğuna ve feshin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir⁵⁵⁷.

Bir diğer olayda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi müşteriyle tartışmaya giren ve müşteriye hakaret içeren sözler sarf eden işçinin İK m. 25/II-b uyarınca feshinin müşterinin tahriki ve davranışları göz önüne alındığında ölçüsüz olduğuna ve feshin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir⁵⁵⁸.

Bunun dışında, Yargıtay işyerine tıraş olmadan gelen ve işvereniyle tartışmaya giren işçinin, envanter sayımında işvereni birkaç kez yanıltan kıdemli bir işçinin, hurda bedelini eksik ödemek suretiyle işverenin maddi zarara uğramasına yol açan işçinin, yemek arasında diğer işçileri işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikayet etmek için kışkırtan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini ölçülülük ilkesi uyarınca ağır bir yaptırım olarak değerlendirmekle beraber feshin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir⁵⁵⁹.

Buna karşılık, Yüksek Mahkeme diğer bazı kararlarında söz konusu işçi davranışının her hangi bir yaptırımı gerektirecek ağırlıkta olmadığına, bu itibarla sözleşmenin feshinin haklı ya da geçerli nedene dayanmadığına karar vermektedir.

⁵⁵⁷ Y9HD, T. 28.04.2008, E. 2007/34009, K. 2008/10347. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁵⁸ Y9HD, T. 12.5.2008, E. 2007/35898, K. 2008/11997, *Kar*, 63.

⁵⁵⁹ Y9HD, T. 23.6.2008, E. 2007/42970, K. 2008/32583. Y9HD, T. 1.12.2008, E. 2008/6259, K. 2008/32583. Y9HD, T. 16.2.2009, E. 2008/11098, K. 2009/2495. Y9HD, T. 27.4.2009, E. 2008/11098, K. 2009/11681 kararlar için bkz. *Kar*, 63-64.

Yüksek Mahkeme örneğın, işyerinde on dört yıldır bakım uzmanı olarak çalışan işçinin atölye kapısını 4-5 dakika kapalı tutması⁵⁶⁰, maddi değeri çok düşük olan temizlik malzemesini poşet içinde dışarı çıkarmaya çalışan işçinin güvenliğın uyarısı üzerine malzemeyi yerine bırakması⁵⁶¹, tahliye vanasını kapatmayı unutan işçinin %12.5 oranında kusurlu olması ve sorumlu olduğı zararın 688 TL olması⁵⁶² nedeniyle sözleşmenin feshinin ölçüsüz olduğına karar vermiştir.



⁵⁶⁰ Y7HD, T. 13.4.2016, E. 2016/823, K. 2016/8148. (Kazancı Mevzuat ve İtihat Bilgi Bankası)

⁵⁶¹ Y9HD, T. 27.10.2015, E. 2014/14996, K. 2015/30108. (Kazancı Mevzuat ve İtihat Bilgi Bankası)

⁵⁶² Y9HD, T. 02.07.2015, E. 2015/15664, K. 2015/23885. (Kazancı Mevzuat ve İtihat Bilgi Bankası)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

§5 İŞVEREN TARAFINDAN YAPILAN HAKSIZ FESHİN SONUÇLARI

I. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshi

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi, işçiye uygulanan yaptırımların en ağırıdır. Zira, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi halinde işçi, çalıştığı günün ertesi günü bir anda işsiz kalmakta, tek geçim kaynağı olan ücretinden mahrum bırakılmaktadır. Bunun da ötesinde, sözleşmesi haklı nedenle feshedilen işçi iş yaşamındaki saygınlığını ve güvenilirliğini kaybetmekte, bu durum onun ileride iş bulma olanağını azaltmakta ve işçinin gelecekteki iş hayatını da kötü etkilemektedir. Tüm bu nedenlerle haklı nedenle derhal fesih, işveren tarafından olağanüstü hallerde ve son çare olarak başvurulması gereken bir yol olmalı ve işverenin haksız feshi en ağır şekilde cezalandırılmalıdır⁵⁶³.

İkinci bölümde de açıklandığı üzere iş güvencesine tabi olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde, fesih her ne kadar haksız da olsa iş sözleşmesinin, fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda fiilen ve hukuken sona ereceği kabul edilmiştir. Buna karşılık, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin haksız feshinde 4857 sayılı İş Kanunu farklı bir yaptırım öngörmüştür. Bu nedenle, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işverence haksız feshinin sonuçları işçinin iş güvencesine tabi olup olmamasına göre iki ayrı başlık altında incelenecektir.

⁵⁶³ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 285.

1. İş Güvencesine Tabi İş İlişkilerinde

İş sözleşmesinin haksız feshinin sonuçları, uzunca bir süre İş Kanununda düzenlenmemiş, bu dönemde haksız feshin usulsüz feshe tahvili yoluyla uyuşmazlıklar çözümlenmiştir⁵⁶⁴. Bunun anlamı, sözleşmeyi haksız olarak fesheden tarafın karşı tarafa ihbar tazminatı ödemekle yükümlü tutulmasıdır.

Haksız feshin hukuki sonuçları ilk defa, 1475 sayılı İş Kanununun 17. maddesine değişiklik getiren 4773 sayılı Yasanın 4. maddesiyle, yalnızca iş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 25/son hükmü ile getirilmiştir. Buna göre, sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilen iş güvencesine tabi işçi, feshin haklı nedene dayanmadığı iddiasıyla 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir.

Belirtmek gerekir ki, Basın-İş Kanununun 6. maddesinin son fıkrasında, 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin, bu kanuna tabi olarak çalışan işçiler hakkında da kıyasen uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, aşağıda yapılacak açıklamalar Basın-İş Kanununa tabi olarak çalışmakla beraber iş güvencesinden yararlanan işçiler bakımından da geçerlidir⁵⁶⁵.

Bu kapsamda bu bölümde, iş güvencesine tabi işçinin sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesinin sonuçları incelenecektir. Bu başlık altında, kıdem ve ihbar tazminatlarının talep edilebilirliği ile sözleşmede cezai şart öngörülmesi halinde bu şartın geçerliliği tartışılacak, işe iade davası, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı da dikkate alınarak incelenecektir.

⁵⁶⁴ Atabek, 92. Oğuzman, Fesih, 273. Odaman, 267. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 872. Sümer, Uygulamalar, 246-247. Kaplan, 166-167. Savaş, 227.

⁵⁶⁵ Gökçek Karaca, 182-183.

A. İşe İade Davası

İş sözleşmesi haksız olarak feshedilen iş güvencesine tabi işçi, İş Kanununun 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”* hükmüne dayanarak işe iade davası açabilir. İşe iade davası, feshin hukuken geçerli olup olmadığına ilişkin bir tespiti içerir. Dava sonunda mahkeme iki tür karar verebilir. Mahkeme feshin haklı veya geçerli nedenle yapıldığı sonucuna varırsa işe iade talebini reddeder. Bu durumda işçi koşulları varsa kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanır⁵⁶⁶.

Buna karşılık yapılan yargılama sonucunda feshin haksız ve geçersiz olduğuna kanaat getirilirse, işe iade kararı verilir. Belirtmek gerekir ki, işe iade kararı doğrudan fesih işlemi ortadan kaldıran bir etkiye sahip değildir. Diğer bir ifadeyle, işe iade kararı sonucunda feshin geçersiz hale gelip gelmeyeceği tarafların bundan sonraki davranışlarına göre belirlenir⁵⁶⁷. Şöyle ki, işe iade kararı verilmesi halinde İş Kanununun 21. maddesinde düzenlenen *“İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından 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. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da*

⁵⁶⁶ Y9HD, T. 13.9.2006, E. 2006/2954, K. 2006/22308, Çalışma ve Toplum, 2007/12, s. 272-273.

⁵⁶⁷ Narmanlıoğlu, İş Güvencesi, 630. Tunçomağ/Centel, 210.

belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir” hükmü uygulanır.

Görüldüğü gibi, işe iade kararı verilmesi halinde işverene iki seçimlik hak tanınmıştır. İşveren, işçiye işe başlatmak ya da başlatmamak konusunda serbesttir⁵⁶⁸. Bununla birlikte, her iki ihtimalde de boşa geçen süre ücretinin işçiye ödenmesi gerekir. Bu itibarla, işçinin boşa geçen süre ücretine hak kazanabilmesi için, mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvuruda bulunması yeterlidir. İşverenin ayrıca işçiye işe başlatmış olması gerekmez⁵⁶⁹. İşçinin bu süre içinde işverene başvurmaması durumunda İş Kanununun 21. maddesinin 5. fıkrası uyarınca yapılan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren yalnızca geçerli feshin hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Boşa geçen süre ücretinin hesabında işçinin giydirilmiş ücreti esas alınır. Zira, düzenlemenin amacı işçi “*çalıştırılmış olsaydı kazanacağı miktar*”ın kendisine ödenmesidir⁵⁷⁰. Bununla birlikte, yasada boşa geçen süre ücreti işçinin dört aylık kazancıyla sınırlandırılmıştır. Bunun nedeni yasanın, işe iade davalarının dört ay içinde sonuçlandırılacağı varsayımına dayanmasıdır. Buna karşılık uygulamada iş mahkemelerinin iş yükü nedeniyle bu davalar dört aydan çok daha uzun sürmekte, dava süresince işsiz kalan işçi, işe iadeye hak kazansa bile ancak 4 aylık boşa geçen süre ücretini işverenden talep edebilmektedir. Düzenleme yargılama sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında

⁵⁶⁸ Y9HD, T. 6.12.2004, E. 2004/28355, K. 2004/26161, Çalışma ve Toplum, S. 4, 302.

⁵⁶⁹ Süzek, İş Hukuku, 635. Özkaraca, 119. Tunçomağ/Centel, 211. Sarıbay, 224, 256.

⁵⁷⁰ Süzek, İş Hukuku, 641. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 197. Sarıbay, 209.

dengelesizliğe yol açması ve işçinin mutlaka işverene başvurusu sonucunu doğurması gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁷¹.

Boşta geçen süre ücreti, ücret niteliğinde olduğundan, bu süre işçinin kıdemine eklenir. Yargıtay “*Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlenmesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir. Bu hukuki düzenleme karşısında boşta geçen 4 aylık süresinin kıdem tazminatına esas süre ile yıllık ücretli izin süresinden sayılması yerine mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir*” yönündeki içtihadıyla kıdeme eklenecek süreyi boşta geçen dört aylık süreyle sınırlamaktadır⁵⁷². Buna karşılık öğretide⁵⁷³, sözleşme işe başlatmama tarihinde sona ereceğinden yalnızca dört aylık boşta geçen sürenin değil, işe başlatmama tarihine kadar geçen tüm sürenin işçinin kıdeme eklenmesini gerektiği isabetle ifade edilmektedir.

⁵⁷¹ Süzek, İş Hukuku, 641. Engin, 30-31. Kaplan, 226. Ulucan, 84. Güzel, 101. Özkaraca, 123-124. Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, 487.

⁵⁷² Y9HD, T. 6.12.2004, E. 2004/28355, K. 2004/26161, Tekstil İşveren, Nisan 2005, 43 ve Taşkent’in Eleştirisi Taşkent, Değerlendirme 2004, 72-73. Aynı yönde, “Hesaplamalar işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesih tarihindeki ücret ve kıdem tazminatı tavanı gözetilerek yapılmalıdır. İşçiye geçersiz sayılan fesih sırasında kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti ödenmişse, dört aylık boşta geçen süre ilavesiyle son ücrete göre yeniden hesaplama yapılmalı ve daha önce ödenenler mahsup edilerek sonuca gidilmelidir” Y9HD, T. 18.11.2015, E.2014/21722, K. 2015/22701. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁷³ Taşkent, Değerlendirme 2004, 72-73. Ekonomi, İş Güvencesi, 16-17. Akı, 306. Sarıbay, 208.

Bunun dışında yapılan ödeme “*ücret*” niteliğinde olduğundan, boşta geçen süre ücreti üzerinden sosyal güvenlik primi kesilmesi gerekir⁵⁷⁴. Boşta geçen süre içinde işçinin işsizlik sigortasından yararlanmış olması halinde işçinin bu dönem için almış olduğu işsizlik ödeneklerini iade etmesinin gerekip gerekmediği ise öğretide 6552 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesine kadar tartışma konusuydu. Bu konuda Yargıtay tarafından da benimsenen bir görüş⁵⁷⁵, en çok dört aylık süre için ödenmiş olan işsizlik ödeneğinin Türkiye İş Kuruma iadesinin gerektiğini savunmakta; diğer görüş ise⁵⁷⁶, işsizlik sigortasının sosyal devlet ilkesi uyarınca işsizlere tanınan bir sosyal güvenlik hakkı olduğundan hareketle Kuruma iadesine gerek olmadığını iddia etmekteydi.

6552 Sayılı Kanun ile dört aylık süre içinde ödenmiş olan işsizlik sigortası primlerinin akıbeti açıklığa kavuşturulmuştur. Düzenlemeyle İşsizlik Sigortası Kanununun 50. maddesinin 3. fıkrasına “22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesi gereği işe iade davası nedeniyle yatırılan primlerin son günü esas alınarak işsizlik ödeneği hak sahipliği belirlenir ve işsiz geçen dönem için ödeme yapılır” yönünde bir hüküm eklenmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi “*Mevcut uygulamada işsizlik ödeneğinden yararlanmakta iken 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesi gereğince işe iadesine karar verilip işe başlatılanlara, aynı madde gereğine işveren tarafından dört aylık ücretleri ve primleri ödendiğinden, Kurum tarafından işsiz kaldıkları dönem için ödenen işsizlik ödenekleri kişilerden geri istenilmekte, iade edilmemesi halinde ise kanuni takibine girilmektedir. Bu uygulamaya yönelik*

⁵⁷⁴ Başterzi, 205. Sarıbay, 284.

⁵⁷⁵ Y10HD, T.5.4.2010, E.2009/10508, K.2010/4814 ve Şahlanan’ın İncelemesi, İşsizlik Ödeneğinin İadesi, 2-5. Ekmekçi, 139. Alpagut, Sözleşmenin Feshi, 247-248.

⁵⁷⁶ Süzek, İş Hukuku, 643. Güzel, İş Güvencesi, 112. Şahlanan, İşsizlik Ödeneğinin İadesi, 2-5. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 198.

olarak açılan davalara ilişkin Yargıtay kararlarında...işe iade nedeniyle işveren tarafından işçinin ücretinin ödendiği ve primlerin yatırıldığı dört aylık döneme ilişkin işsizlik ödeneklerinin geri istenebileceği, işsiz kalan diğer sürelerle ilişkin yapılmış diğer ödemelerin ise geri istenemeyeceğine hükmedilmektedir” biçiminde açıklanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, hukukumuzda işsizlik sigortasından yararlanmanın bir şartı da, iş sözleşmesinin İK’nın 25. maddesinin 2. bendinde sayılan nedenler dışında işveren tarafından veya haklı nedenle işçi tarafından sona erdirilmiş olmasıdır. Bu nedenle, sözleşmesi ahlak ve iyiniyet kuralına aykırılık nedeniyle feshedilen işçinin işsizlik ödeneği almak amacıyla yaptığı başvuru Kurum tarafından reddedilir. Buna karşılık, yargılama sonucunda mahkemece feshin haksız olduğunun tespit edilmesi durumunda işçi, Kuruma tekrar başvurarak şartları varsa işsizlik ödeneğinin kendisine ödenmesini talep edebilir.

İşçi, işveren tarafından işe başlatılırsa, iş sözleşmesi fesih hiç yapılmamış gibi devam eder⁵⁷⁷. İşçinin işe başlatılmasından bahsedilebilmesi için işçinin eski işinde ve aynı koşullarla çalıştırılması gerekir. Aksi takdirde Yargıtay isabetli olarak, işverence yapılan işe başlatma davetinin ciddi ve samimi olmadığına, işverenin işe başlatma amacı olmadığı halde, işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrının, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermektedir⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Süzek, İş Hukuku, 633. Sarıbay, 221.

⁵⁷⁸ Y9HD, T. 23.3.2016, E. 2014/35738, K. 2016/7021 Y22HD, T. 5.4.2012, E. 2012/1967, K. 2012/6465. Y22HD, T. 29.3.2012, E. 2012/1448, K. 2012/5966. Y22HD, T. 29.3.2012, E. 2012/1454, K. 2012/5967. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

İşçinin işe başlatılmaması halinde ise, iş sözleşmesi işe başlatılmama tarihinde sona erer⁵⁷⁹. Bu durumda işveren işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlüdür. Kanunda işe iadeye karar veren mahkemenin, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirleyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu konuda belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretini önceki yıllarda likit miktar olarak belirlerken⁵⁸⁰, daha sonra içtihadını iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin süre olarak belirlenmesi yönünde değiştirmiştir⁵⁸¹.

İş güvencesi tazminatı belirlenirken hakimın somut olayın koşullarını göz önünde bulundurarak bir sonuca gitmesi gerekir. Buna göre, sözleşmesi feshedilen işçinin yaşı, kıdemi, ailevi durumu, ücreti, yaptığı işin niteliği, işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığı gibi hususlar göz önünde bulundurularak tazminat miktarı belirlenmelidir⁵⁸². Yargıtay, işçinin kıdeminin 6 ayla 5 yıl arasında olması halinde 4; 5 yıl ile 15 yıl arasından olması halinde 5; 15 yıldan fazla olması halinde 6 aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatına hükmetmekle birlikte, feshin ağırlığı dikkate alındığında iş güvencesi tazminatının üst sınır üzerinden belirlenebileceğini kabul etmektedir⁵⁸³.

⁵⁷⁹ *Süzek*, İş Hukuku, 635. *Eyrenci*, 37. *Şahlanan*, 171. *Narmanlıoğlu*, Değerlendirme 2007, 147-148. *Taşkent*, Değerlendirme 2004, 72-73. *Başterzi*, 203. *Çopuroğlu*, 5. *Sarıbay*, 205.

⁵⁸⁰ Bu yöndeki kararlar ve *Şahlanan*'ın kararları isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Y9HD, T. 8.7.2003, 12442/21323. Y9HD, T. 16.9.2003, 15784/14563. Y9HD, T. 19.9.2003, 15285/14153 *Şahlanan*, Değerlendirme 2003, 107-108.

⁵⁸¹ Y9HD, T. 25.4.2016, E. 2015/30079, K. 2016/10273. Y9HD, T. 14.4.2016, E. 2015/29051, K. 2016/9441. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁸² *Süzek*, İş Hukuku, 640. *Yıldız*, Orantılılık İlkesi, 701. *Sarıbay*, 259-260

⁵⁸³ Y9HD, T. 30.10.2007, E. 2007/35668 K. 2007/31775, *Çalışma ve Toplum*, S. 17, 331-333. Y9HD, T. 18.6.2007, E. 2007/9560, K. 2007/19225, *Çalışma ve Toplum*, S. 16, 297-298. Y9HD,

Bunun dışında Yüksek Mahkeme, işçinin emekliliğe hak kazanması halinde, iş güvencesi tazminatının alt sınırdan belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir⁵⁸⁴. Buna karşılık, yakın tarihli iki kararında Yargıtay 7.⁵⁸⁵ ve 9.⁵⁸⁶ Hukuk Daireleri emekliliğe hak kazanmamış olmanın iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde dikkate alınmayacağına, iş güvencesi tazminatının işçinin kıdemi ve fesih nedeni dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi

T. 31.1.2013, E. 2012/26496, K. 2013/3782. Y9HD, T. 18.3.2013, E. 2013/3199, K. 2013/9270. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) Alp, Değerlendirme 2013, 231. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 378 ve dn. 381 ve 382’de sayılan kararlar.

⁵⁸⁴ Y9HD, T. 22.6.2009, E. 2009/21757, K. 2009/16642. Y7HD, T. 24.4.2013, E. 2013/31110, K. 2013/7487, Çalışma ve Toplum, S. 38, 455-457. Y9HD, T. 18.3.2013, E. 2013/3199, K. 2013/9270. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁸⁵ “Bununla birlikte Dairemizce emeklilik gerekçeleriyle yapılan fesihlerde ya da emekli olup çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde belirlenecek işe başlatmama tazminatının, diğer işçilerin yapılan fesihlerinden farklı olarak yorumlanıp sadece 4 aylık işe başlatmama tazminatına hükmedilmesinin hakkaniyetli sonuçlar ortaya koymadığı düşünülerek, davacının emekliliğiyle ilgili sigorta primlerinin işçi hissesine isabet eden bölümünün ücretinden kesilmesi çalıştığı süre içerisinde davalı işverene sağladığı katkı göz önüne alındığında işçiler arasında bu şekilde bir ayırım yapılmasının başta eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu doğru olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dairemizce bundan sonra davacı işçinin kıdemi ve fesih nedeni dikkate alınarak tazminat miktarı belirleneceğinden emeklilik kriteri işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla davacının emekli olduktan sonra işyerinde çalışmaya devam ettiği ve bu şekli ile toplamda 7 yıl kıdemi olduğundan işe başlatmama tazminatı miktarı takdiren 5 aylık ücret tutarında belirlenmiştir” Y7HD, T. 10.7.2013, E. 2013/19137, K. 2013/13064 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁸⁶ “Somut olayda, davacının iş sözleşmesinin emeklilik hakkını elde etmesi sebebiyle feshedilmişse de; emekliliği gelmesine rağmen birçok işçinin çalışmaya devam ettiği, emekliliğe dair genel ve objektif bir uygulamanın bulunmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Ancak davacı 19.12.1983-30.06.2014 tarihleri arasında çalışmıştır. Kıdem süresi ve fesih sebebine göre işe başlatmama tazminatının 4 ay yerine 6 ay olarak belirlenmesi dosya içeriğine uygun olacaktır” Y9HD, T. 23.6.2015, E. 2015/15213, K. 2015/22816. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

ise emekliliğe hak kazanan işçinin iş güvencesi tazminatının dört aylık alt sınır üzerinden belirlenmesi yönündeki içtihadını korumaktadır⁵⁸⁷.

İşe iade davasının tespit davası niteliğinin bir sonucu olarak mahkeme kararı yargılama giderleri ve vekalet ücreti dışında ilamlı icraya konu edilememektedir. Bunun nedeni iş güvencesi sisteminde, işe iade davasının sonuçlarının başlangıçta kesin olarak öngörülememesidir⁵⁸⁸. Zira, yukarıda da açıklandığı gibi mahkemece feshin geçersiz olduğuna kanaat getirildiğinde, işçinin işverene başvurup başvurmaması ile işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamasına göre davanın sonuçları değişmektedir. Bu sonuçların dava sırasında önceden öngörülebilmesi veya hakim in her bir ihtimali göz önüne alarak şarta bağlı karar vermesi ise hukuken olanaklı değildir⁵⁸⁹. İşe iade kararının ilamlı icraya konu edilememesi boшта geçen süre ücreti, iş güvencesi tazminatı, ihbar ve kıdem tazminatları ile yıllık izin ücreti bakımından anlam ifade eder⁵⁹⁰. Zira, ücret ve fazla çalışma ücreti gibi işçilik alacakları muaccel oldukları andan itibaren iş sözleşmesinin feshine bağlı olmaksızın her zaman istenebilir. Bu itibarla, mahkemenin bunlar hakkında eda hükmü niteliğinde karar

⁵⁸⁷ “Dosya içeriğine göre söz konusu tazminatın davacının altı aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesine karar verilmesi hatalıdır. Fesih nedenine ve davacının çalışma süresi ile emekliliği hak etmiş olduğuna göre davacının dört aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir” Y22HD, T. 25.1.2016, E. 2015/35612, K. 2016/1799. (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası)

⁵⁸⁸ Narmanlıoğlu, İş Güvencesi, 629. Özkara, 107, 128. Y9HD, T. 31.3.2011, E. 2009/9653, K. 2011/9539. HGK, T. 25.6.2008, E. 2008/12-451, K. 2008/453. Güzel’e göre, işe iade davası eda davası niteliğinde olup dava sonucunda verilen karar, tespiti de içeren bir eda hükmüdür. Ancak hükmün icra edilebilmesi için söz konusu alacakların muaccel olması gerekir ki bu işçinin işverene başvurması ile gerçekleşir. Güzel, 96-97.

⁵⁸⁹ Şahlanan, Değerlendirme 2003, 109. Akı, 310-311.

⁵⁹⁰ Güzel, işe iade talebinin yanında terditli olarak ihbar ve kıdem tazminatı talep edilmişse mahkemenin bunlar hakkında ayrıca karar verebileceği görüşündedir. Güzel, 103.

vermesi olanaklıdır. Bununla birlikte, söz konusu alacakların işe iadeyle beraber aynı davada istenmesi durumunda davaların birbirinden ayrılarak görülmesi, işe iade davalarının bir an evvel sonuçlandırılması ihtiyacına daha uygun bir çözümdür⁵⁹¹. Yargıtay içtihadı da fazla çalışma alacaklarının tahsili davası eda davası niteliğinde olduğundan, bunun tespit davası olan işe iade davası ile birlikte görülemeyeceği, ikisinin aynı davada istenmesi halinde davaların ayrılması gerektiği yönündedir⁵⁹².

Yürürlükte olan mevzuat bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerli olmakla beraber, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının da değerlendirilmesi gerekir. Zira, Taslak işe iade davalarında pek çok değişiklik öngörmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının 3. maddesiyle iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu öngörülmüştür. İşe iade davalarında zorunlu arabuluculuk getirilmesinin nedeni Taslağın gerekçesinde, “arabulucuya başvurma zorunluluğunun, iş uyuşmazlıklarının, kısa süre içinde ve daha az masrafla çözülmesine yardım olacağı düşünülmekte ve böylece, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma ilkesinin gereği yerine getirilmektedir” biçiminde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinde değişiklik öngören Taslağın 13. maddesinde ise “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği

⁵⁹¹ Özkaraca, 108-109. Aksi görüşte Güzel, 105. Güzel, Değerlendirme 2010, 235-237. Sarıbay, 167. Savaş, 225.

⁵⁹² Y22HD, T. 18.4.2013, E. 2012/20060, K. 2013/8195. “İşe iade davası tespit davası niteliğinde fazla mesai davası ise eda davası niteliğindedir. Eda ve tespit davaları birlikte görülemez. Mahkemece yapılacak olan işe iade davası ile fazla mesai alacağına ilişkin davanın tefrik edilerek yargılamaya ayrı ayrı devam edilmesi gerekirken işe iade ve fazla mesai taleplerinin aynı davada birlikte görülmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” Y9HD, T. 13.1.2016, E. 2015/33559, K. 2016/597. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile bildirimden itibaren, bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabulucu huzurunda anlaşıl原因aması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesine dava açılabilir. Taraflar anlaşılırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca usulden reddi halinde, kesinleşen kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir” ve “Dava iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kesin olarak karar verir” düzenlemesine yer verilmiştir.

Söz konusu Taslak uyarınca işe iade davası açmak isteyen işçi ilk önce fesih bildirimden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde arabulucuya başvurmak zorundadır. İşçinin arabulucuya başvurmaksızın işe iade davası açması halinde dava, dava şartı eksikliğinden reddedilecektir. Bu durumda işçi kesinleşen kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurabilecektir.

Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandıracaktır. Taslağın 3. maddesine göre bu süre, zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilecektir.

Arabuluculuk, bağlayıcı bir çözüm önerisi getirme ve karar verme yetkisine sahip olmayan bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, tarafların üzerinde anlaştıkları yöntemle uyuşmazlığı çözmeleri anlamına gelir. Hukuki niteliği itibarıyla arabuluculuk, tarafların dilerlerse başvurabilecekleri alternatif çözüm yolu olup,

temel özelliği ihtiyari olmasıdır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 3. maddesinde bu husus, “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler*” biçiminde ifade edilmiştir. Arabuluculuğun işlevsel olması için tarafların arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözmede istekli olmaları ve eşit müzakere gücüne sahip olmaları zaruridir⁵⁹³.

Taslağın genel gerekçesinde “*Anayasa Mahkemesinin 10/07/2013 tarihli ve E. 2012/94 ve K. 2013/89 sayılı kararında da belirtildiği gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur. Tasarıda öngörülen uyuşmazlıklar bakımından, tarafların mahkemeye dava açmadan önce arabulucuya gitmesi zorunlu olup tarafların serbest iradeleriyle yürütülen arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma zorunluluğu bulunmamaktadır. Arabulucuda anlaşılammaması halinde tarafların mahkeme huzurunda haklarını aramaları mümkündür. Bu sebeple mahkemeye dava açmadan önce arabulucuya gidilmesinin zorunlu tutulması, Anayasanın 36 ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına gelmemektedir*” ifadelerine yer verilerek zorunlu arabuluculuğun Anayasa’nın 36. maddesini ihlal etmediği vurgulanmak istenmiştir. Bununla birlikte, gerekçede bahsedilen kararda Anayasa Mahkemesi “*Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman*

⁵⁹³ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Yrd. Doç. Dr. Mert Namlı: Medeni Usul Hukuku Bakımından Alternatif Çözüm Yolları.

açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, kuralın, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bir yönü yoktur” gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile getirilmesi planlanan düzenleme ise iradilik ilkesinden uzak olup, taraflara seçme hakkı tanımaksızın ilk olarak arabulucuya başvurmalarını zorunlu tutmaktadır.

İşe iade davalarının zorunlu arabuluculuğa elverişli olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. Zira, liberal hukuk anlayışlarında kabul gören fesih serbestisi prensibi, günümüzde yerini işçinin korunması düşüncesine bırakmış durumdadır. 4773 sayılı Kanun ile hukukumuza getirilen iş güvencesi kavramı, bu korumanın temel taşlarından birini oluşturur. Buna karşılık, arabuluculuk tamamen tarafların uzlaşmalarına dayalı bir alternatif çözüm yolu olup, müzakere tarafların eşit oldukları varsayımına dayanır. Tarafların arabuluculuk aşamasında İş Kanununun emredici hükümleriyle bağlı olmaksızın uyuşmazlığı diledikleri gibi sonuçlandırabileceklerini düşünmek, bir an evvel paraya ihtiyacı olan işçinin arabuluculuk aşamasında dava açsa idi kazanacak olduğundan çok daha düşük bir meblağa razı olması sonucunu doğurabilir⁵⁹⁴. İşçi ve işveren arasındaki bilgi asimetrisi, işverenin işçi üzerinde baskı kurması, tarafların psikolojik yaklaşımları arasındaki farklılık da bu sonucu tetikleyebilir⁵⁹⁵.

Taslak yasalaştığı takdirde, İş Mahkemeleri Kanununda hüküm bulunmayan hallerde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uygulanacaktır. 6356 sayılı Kanun ise, hukuk uyuşmazlıklarında tarafların arabulucuya başvurup başvurmadada tamamen serbest olduğu ihtiyari arabuluculuk kurumunu

⁵⁹⁴ Fiss, 1076.

⁵⁹⁵ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi Semineri, Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey: Taslağın İş Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi başlıklı sunumu.

düzenlemektedir. İhtiyari arabulucunun yetki ve görevleri ile arabulucunun işlemlerinin hukuki niteliği de tümüyle ihtiyari arabuluculuk esasına göre düzenlenmiştir. Bu kapsamda Arabuluculuk Kanununda, “*iradi olma ve eşitlik*”, “*gizlilik*”, “*arabuluculuktaki bazı beyan veya belgelerin ileride açılacak davalarda, kural olarak kullanılamaması*” ilkelerine yer verilmiştir⁵⁹⁶. Taslağın bir yandan arabuluculuğu zorunlu hale getirmesi, diğer yandan ihtiyari arabuluculuğa ilişkin ilkeleri düzenleyen genel hükümlerin zorunlu arabuluculuk hakkında da uygulanacak olması çelişkilidir. Bunun da ötesinde zorunlu arabuluculuk, iş uyuşmazlıklarının niteliği ve taslağın amacı ile bağdaşmamaktadır. Düzenleme ile iş güvencesi kurumu geriye götürülmekte, yukarıda da açıklandığı gibi, işçi emredici hükümlerin korumasından mahrum bırakılmaktadır.

İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun düzenlenme amacı, uyuşmazlıkların kısa yoldan çözümü, yargılama masraflarının en aza indirilmesi, tarafları ve yargıyı yıpratıcı uzun yargı süreçlerinin önlenmesi ve yargının yükünün hafifletilmesidir. Oysa işçiyi dava açmadan önce arabulucuya başvurmaya zorlamak, yargı yolunu kısaltmak bir yana, işçi alacağından doğan uyuşmazlıklarda dört aşamalı (arabuluculuk, ilk derece yargılaması, istinaf, temyiz) işe iadedden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise üç aşamalı (arabuluculuk, ilk derece yargılaması, istinaf) yargılamalara yol açacak, dava süreleri daha da uzayacaktır. Bunun dışında zorunlu arabuluculuğun kabulü halinde tarafların ödemek zorunda olduğu arabulucu ücreti nedeniyle yargılama masrafları daha da artacaktır.

Uyuşmazlık arabuluculuk aşamasında sonuçlansa bile, işçinin ekonomik ve hukuki bilgi bakımından güçlü olmaması, işverenin iradesine tabi olması ve kısa

⁵⁹⁶ Güzel, İş Mahkemeleri Kanunu, 1135.

sürede alacağına kavuşmak istemesi, hak ettiğinden daha az bir ödemeye yetinmesine yol açabilecek; arabuluculuk, işçiyi iş hukukuna hakim olan emredici düzenlemelerin koruması dışında bırakmak için adeta bir fırsat olarak görülebilecektir.

Bunun da ötesinde, yürürlükteki 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 50. maddesinde düzenlenen ve otuz beş yıldır uygulanan toplu iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk kurumuna ilişkin deneyim de zorunlu arabuluculuğun uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlamadığını ispatlamaktadır. Zorunlu arabuluculuk aşamasında toplu iş sözleşmesi bağítlanarak uyuşmazlığın çözüldüğü örnekler bir elin parmaklarını geçmeyecek kadar az olup, uyuşmazlık taraflarınca genellikle gereksiz külfet olarak kabul edilmektedir⁵⁹⁷.

Taslağın 14. maddesi ile getirilmesi öngörülen bir diğer değışiklik, işe iade kararı verilmesi halinde işçiye ödenmesi gereken boşta geçen süre ücretinin, tazminat olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bu düzenleme sonucunda boşta geçen dört aylık süre işçinin kıdemine ve sigortalılık süresine eklenmeyecek, Sosyal Güvenlik Kurumu'na boşta geçen süre ücreti üzerinden prim ödenmesi gerekmeyecektir⁵⁹⁸. Boşta geçen süreye ilişkin ödemenin tazminat olarak kabulü halinde yukarıda açıklanan İşsizlik Sigortası Kanununun 50. maddesi de uygulanamaz hale gelecektir.

Boşta geçen süreye ilişkin ücretin tazminat olarak düzenlenmiş olması, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshinde olduğu gibi ödenecek tazminattan birtakım değıerlerin mahsup edilip edilemeyeceğı sorusunu akla getirmektedir. Zira, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde ödenecek bakiye süreye ilişkin tazminattan işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle tasarruf ettiğı miktar

⁵⁹⁷ *Güzel*, İş Mahkemeleri Kanunu, 1133.

⁵⁹⁸ *Güzel*, İş Mahkemeleri Kanunu, 1143.

ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir indirilebilir. Kanımızca, işçinin geçersiz fesih sonrasında yeni bir iş bulması halinde, bu işten elde ettiği gelirin boşta geçen süre tazminatından indirilmesi düşünülemez. Zira, boşta geçen süre tazminatına ilişkin düzenleme işçinin çalışmamasını değil, işveren tarafından “*çalıştırılmamasını*” yaptırıma bağlamaktadır.⁵⁹⁹ Bunun da ötesinde, iş hukukunda öngörülen tazminatların çoğu herhangi bir zarar şartına bağlı değildir. Kanun koyucu ödenecek tazminattan belirli değerlerin mahsup edilmesini gerekli gördüğünde, belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde olduğu gibi açık düzenleme getirmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de yürürlükteki mevzuata göre verdiği kararlarında, boşta geçen süre içinde işçinin başka bir işte çalışarak elde ettiği gelirin boşta geçen süre ücretinden mahsup edilemeyeceğini isabetli olarak kararlaştırmaktadır⁶⁰⁰. Buna karşılık, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında işçinin boşta geçen süre içinde başka bir işte çalışarak elde ettiği gelirin boşta geçen süre ücretinden mahsubu gerektiğine hükmetmiştir⁶⁰¹. Kanımızca, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin içtihatları yerinde olup, içtihadın boşta geçen süre alacağının tazminat alacağına dönüştürülmesi halinde de devam ettirilmesi gerekir.

Taslağın 14. maddesi, işe iadeye bağlı olarak ödenecek tazminatların işverence yapılan ilk fesih tarihi esas alınarak ve parasal olarak belirlenmesini öngörmektedir. Gerekçede, yapılan düzenlemeyle feshin geçersizliğinin tespiti ile işe

⁵⁹⁹ *Süzek*, İş Hukuku, 643 *Çelik/Caniklioglu/Canbolat*, 375. *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 198. *Güzel*, İş Güvencesi, 61.

⁶⁰⁰ Y9HD, T. 6.6.2006, E. 2006/942, K. 2006/2409 ve *Şahlanan*’ın Eleştirisi, *Tekstil İşveren Dergisi*, Ekim 2006, Hukuk 6, 2-4. Y9HD, T. 22.1.2007, E. 2006/27672, K. 2007/117. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁶⁰¹ Y7HD, T. 20.5.2013, E. 2013/1937, K. 2013/10151. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

iadeye ilişkin kararda iş güvencesinden doğan tazminatların parasal miktar olarak belirleneceği ve işçinin işe başlatılmaması durumunda hükmün yeni bir dava açmaya gerek olmaksızın ilamlı icraya konu olabileceği ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, İK'nın 21. maddesi uyarınca işe iadeye bağlı sonuçların doğabilmesi için öncelikle işçinin işverene başvuruda bulunması gerekir. İşçi işverene başvuruda bulunmazsa fesih, geçerli fesih sayılacaktır. Bu düzenleme Taslakta da korunmaktadır. Anılan düzenleme iş güvencesinden doğan sorunların temel kaynağıdır⁶⁰². Zira, yasal düzenlemeyle işe iade kararının hüküm ifade etmesi, işçinin işe iade kararını takiben on işgünü içinde işverene başvurması şartına bağlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, ortada şarta bağlanmış ve henüz muaccel olmamış talepler söz konusudur. İşe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin, ilamlı icraya konu edilememesinin nedeni bu alacakların likit olarak belirlenmemesi değil, yargılama sonunda şarta bağlı hüküm kurulmasıdır⁶⁰³. İşverene başvuru zorunluluğu getiren bu düzenleme korunduğu sürece, iş güvencesinden doğan tazminatlar miktar üzerinden belirlense dahi, işe iade hükmünün ilamlı icraya konulması mümkün olmayacaktır. Anılan nedenle, işçinin işverene ilamlı icra takibi başlatması durumunda hükmün icra edilebilmesi için öncelikle “işçi işverene başvurdu mu”, “başvuru on işgünü içinde yapıldı mı”, “yapılan başvuru samimi mi”, “işveren işçiyi işe başlattı mı” gibi pek çok sorunun cevaplanması gerekecektir. Bu soruların cevaplanması ise yargılamayı gerektirir. Kanımızca Taslağın yasalaşması durumunda işe iade hükmü ilamlı icraya konulamayacak, bunun yanında

⁶⁰² Şahlanan, Değerlendirme 2003, 109. Süzek, İş Hukuku, 641. Engin, 30-31. Kaplan, 226. Ulucan, 84. Güzel, 101. Özkaraca, 127-129. Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, 487.

⁶⁰³ Süzek, İş Hukuku, 623. Özkaraca, 129.

tazminatların işverence yapılan ilk fesih tarihi esas alınarak belirlenecek olması nedeniyle işçinin mevcut düzenlemeyle korunan hakları geriye götürülmüş olacaktır.

Anılan hükümde son olarak, *“Tarafların arabulucu huzurunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, işe başlatma tarihi ile işe başlatmamanın sonuçları da belirlenir. İşe başlatma tarihi belirlenmemiş ise anlaşma tarihinden itibaren bir ay içinde başvuru şartı aranmaksızın işveren işçiyi işe başlatır. İşe başlatmamanın sonuçları belirlenmemiş ve işçi işe başlatılmamış ise birinci ve ikinci fıkra da belirtilen tazminatların ödenmesi mahkemeden talep edilebilir. Bu durumda birinci fıkra da düzenlenen tazminat, işçinin altı aylık ücreti tutarından az olamaz. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde ise fesih geçerli hale gelir”* düzenlemesine yer verilmiştir.

Buna göre taraflar arabulucu huzurunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşılırsa, mahkemece işe iade kararı verilmesinden farklı olarak, işçinin ayrıca işverene başvurması gerekmeyecektir. Bu durumda taraflar işe başlatma tarihini belirlemişlerse, işçi son tutanakta belirtilen tarihte işe başlatılmalıdır. İşe başlatma tarihi belirlenmemişse, işçi anlaşma tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işe başlatılmalıdır. Taraflar işe başlatmamanın sonuçları üzerinde anlaşmaya varmamışlarsa işçi, iş güvencesinden doğan tazminatların ödenmesi için dava açabilir. Bu durumda hükmedilecek iş güvencesi tazminatı işçinin altı aylık ücretinden az olamaz. İşveren işçiyi işe başlatmak ister, fakat işçi işe başlamayı reddederse yapılan fesih geçerli hale gelir.

B. Geçersiz-Haksız Feshin Geçerli-Sürelî Feshe Tahvili

Geçersiz bir hukukî işlemin bu işlemin gerçekleştirmek isteği amaç ve sonuçları doğurabilecek geçerli başka bir hukukî işleme dönüştürülmesine hukukumuzda “*tahvil*” adı verilir⁶⁰⁴.

Açıklandığı üzere iş güvencesi sisteminde işveren, işçilerin iş sözleşmelerini ancak haklı veya geçerli nedenlerin varlığı halinde feshedebilmektedir⁶⁰⁵. Haklı nedenin mevcut olmaması halinde ise fesih hem haksız hem de geçersiz olur. Bu durumda işçi, iş güvencesi hükümleri uyarınca işe iade davası açabilir. Bu itibarla, iş güvencesine tabi işçiler bakımından haksız fesih aynı zamanda geçersizdir.

Bununla birlikte, tarafların farazi iradeleri işlemin geçerli başka bir hukukî işleme dönüşmesi yönündeyse, bu işlem geçerli başka bir işleme tahvil edilebilir. Tarafların farazi iradeleri ise, fesih hakkının niteliği göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Şöyle ki, fesih hakkı bir bozucu yenilik doğuran hak ve fesih, tek taraflı bir hukukî işlemdir. Bu çerçevede, geçersiz bir fesih işlemi geçerli bir feshe tahvil edilirken, her iki tarafın iradesi değil ve fakat fesih hakkını kullanan tarafın iradesi dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Geçersiz fesih işlemin geçerli bir fesih işlemine tahvilinde önemli olan, sözleşmeyi fesheden tarafın bu işlemle ulaşmak istediği amaçtır. Bununla birlikte, bu amacın sözleşmenin karşı tarafınca da anlaşılabilir olması gerekir. Buna göre, sözleşmeyi fesheden işverenin iradesi her halde sözleşme ilişkisini sona erdirmek yönündeyse ve bu irade fesih

⁶⁰⁴ Kılıçoğlu/Şenocak, 245.

⁶⁰⁵ Bu konuda bkz. §3 “İş Sözleşmelerinin Feshi”

bildiriminin işçiye ulaştığı anda işçi tarafından anlaşılabiliriyorsa haksız ve geçersiz olan derhal fesih, geçerli nedenle yapılmış süreli feshe tahvil edilebilir⁶⁰⁶.

Haksız feshin geçerli nedenle feshe tahvilinde işverenin menfaati oldukça fazladır. Zira, tahvil halinde fesih baştan itibaren geçerli sayılacak, işveren işe iadenin sonuçlarından sorumlu olmayacaktır. Bu durumda, işveren sadece koşulları varsa, ihbar ve kıdem tazminatı ödeyerek iş sözleşmesini sona erdirmiş olacak, işe iade davası reddedileceği için yargılama giderleri ve vekalet ücretini ödemek zorunda kalmayacaktır⁶⁰⁷.

Tahvil işe iade davası sırasında hakim tarafından re'sen yapılır. İşverenin dilekçesinde tahvile dayanmış olması aranmaz. Yukarıda açıklandığı üzere hukukumuzda haklı nedenle derhal fesih ve geçerli nedenle fesih nedenleri arasında bir ağırlık farkı vardır. Sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilmesi durumunda yargı organı, ileri sürülen nedenin haklı neden sayılacak ağırlıkta olmamakla beraber geçerli neden olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varabilir. Bu yetki hakime Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. maddesi ile verilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca hakim hukuku resen uygulamakla mükelleftir. Bu nedenle, feshe neden olan olay geçerli neden sayılabilecek nitelikteyse hakim, işverence yanlış değerlendirme yapıldığını kabul ederek feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna varabilir⁶⁰⁸.

Yargıtay içtihadı, ileri sürülen sebebin haklı neden ağırlığında olmamakla beraber, geçerli neden niteliği taşıması durumunda, feshin haksız fakat geçerli olduğu yönündedir. Nitekim Yüksek Mahkeme, sık sık rapor alması nedeniyle

⁶⁰⁶ Kılıçoğlu/Şenocak, 247-248. Savaş, 225.

⁶⁰⁷ Baycık, 393.

⁶⁰⁸ Süzek, İş Hukuku, 725. Kılıçoğlu/Şenocak, 252-253.

sözleşmesi haklı nedenle feshedilen işçinin beş yıl içinde 502 gün raporlu kalmasını geçerli fesih nedeni olarak nitelendirmiştir⁶⁰⁹. Bunun dışında Yüksek Mahkeme, işyerinde müdür olan amiri ile tartıştığı, tartışmanın bağışmaya dönüşmesi üzerine özel güvenlik görevlilerinin olay yerine çağırıldığı ve eylemin kavgaya dönüşmesinin önlendiği bir diğer uyuşmazlıkta, işçinin eylemlerinin haklı neden ağırlığında olmasa da iş akışını olumsuz etkilemesi karşısında fesih için geçerli sebep oluşturduğuna hükmetmiştir⁶¹⁰. Bir diğer uyuşmazlıkta işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini hiç yerine getirmemesi haklı neden iken, eksik yerine getirmesi geçerli neden olarak değerlendirilmiştir⁶¹¹.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, haksız ve geçersiz feshin, geçerli ve süreli feshe tahvil edilebilmesi için, yapılan işlemin tahvil edilecek işlemin bütün şartlarını taşıyor olması gerekir. Geçerli nedenle yapılan fesihlerde aranan şekil şartları İş Kanununun 19. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre feshin yazılı olarak yapılmış olması, fesih nedenlerinin işçiye açık ve kesin olarak bildirilmiş olması ve işçinin savunmasının alınmış olması gerekir. Ayrıca toplu iş sözleşmesinde geçerli nedenlerle yapılacak fesihlerde disiplin kurulu kararı alınması zorunlu tutulmuşsa, disiplin kurulundan karar alınmaksızın yapılan fesihler de geçersiz olur⁶¹².

⁶⁰⁹ Y9HD, T. 9.4.2007, E. 2006/35881, K. 2007/9896. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁶¹⁰ Y22HD, T. 7.10.2015, E. 2015/22569, K. 2015/27514. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁶¹¹ Y22HD, T. 11.12.2014, E. 2013/25813, K. 2014/35243, Çalışma ve Toplum, S. 47, 2015/4, 585-586.

⁶¹² *Süzek*, İş Hukuku, 725. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 869. *Taşkent*, Değerlendirme 2004, 73-78. *Narmanlıoğlu*, Değerlendirme 2007, 128-129. *Kılıçoğlu/Şenocak*, 250. *Sevimli*, 19. *Baycık*, 394.

Bununla birlikte feshin altı iş günlük hak düşürücü süre içinde yapılmış olması aranmaz. Zira geçerli nedene dayanılarak yapılan fesihlerde, feshin makul bir süre içinde yapılması yeterli olup ayrıca bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir⁶¹³.

Buna karşılık Yargıtay, haksız ve geçersiz feshin geçerli nedenlerle yapılmış süreli feshe tahvilinde, işverenin İş Kanununun 19. maddesinde düzenlenen fesih usulüne uymuş olmasını aramamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin içtihadı, bir kararında da açıkça ifade edildiği gibi *“İş Sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedene dayalı olarak feshedildiği durumlarda geçerli sebepten farklı olarak fesih nedeninin yer aldığı yazılı fesih bildiriminde bulunulması, fesih nedeninin kesin olarak belirtilmesi ve fesihten önce işçinin savunmasının alınması zorunlu değildir. Mahkemenin, işçinin savunması alınmadığından ve fesih nedeni açık kesin bildirilmediğinden dolayı feshi geçersiz kabul eden kararı açıklanan bu gerekçelerle yerinde değildir”* yönündedir⁶¹⁴. Yargıtay'ın bu içtihadı işverenlere, İş Kanununun 19. maddesini dolanmanın yolunu açtığı gerekçesiyle öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁶¹⁵.

Tahvil noktasında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, İK m. 24/II-a ve İK m. 25/II-a bendi uyarınca yapılan fesihlerde, feshin hile nedeniyle yapılan iptal beyanına tahvil edilip edilemeyeceğidir. Anılan düzenlemeler uyarınca, iş sözleşmesi yapıldığı sırada, bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uymayan bilgiler vermek veya sözler söylemek

⁶¹³ Süzek, İş Hukuku, 725.

⁶¹⁴ Y22HD, T. 17.9.2013, E. 2013/21885, K. 2013/18986. Aynı yönde Y22HD, T. 7.10.2015 , E. 2015/22569, K. 2015/27514. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁶¹⁵ Ulucan/Eyrenci/Taşkent/Sağlam, 70-71. Taşkent, Değerlendirme 2004, 73-78. Narmanlıoğlu, Değerlendirme 2007, 128-129. Astarlı, 318. Baycık, 393-394. Savaş, 226. Sevimli, 19. Sarıbay, 100.

suretiyle işverenin, işçiyi yanıltması ile sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin, işvereni yanıltması haklı fesih nedenidir. İşçinin veya işverenin hileyle karşı tarafı yanıltması ve iş sözleşmesinin kurulmasına sebep olması halinde sözleşmenin iptal beyanıyla geçersiz kılınıp kılınamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu durumda sözleşmenin iptal edilebileceği kabul edilirse aldatılan taraf, TBK'nın 39. maddesi uyarınca hileyi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Bu husus haklı nedenle derhal fesihte altı iş günlük hak düşürücü sürenin geçirilmesi nedeniyle feshin haksız sayılması halinde önem kazanır.

Öğretide kabul edilen bir görüşe göre⁶¹⁶, derhal fesih sebebi olarak ileri sürülen vakıa aynı zamanda hile oluşturuyorsa haklı nedenle fesih beyanı iptal beyanı şeklinde yorumlanabilir. Bu durumda TBK'nın 394. maddesinin 3. fıkrasında geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağı düzenlendiğinden, iş sözleşmesi ileri etkili olarak sona erer.

İsviçre Federal Mahkemesi de, taraflardan birinin sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında diğerini yanıltması durumunda iş sözleşmesinin geçersizliğini düzenleyen CO 320 al. 3 hükmünün uygulanacağını kabul etmektedir⁶¹⁷.

⁶¹⁶ *Atabek*, 131-132. *Oğuzman*, Fesih, 46, 56. *Odaman*, 97. *Tunçomağ/Centel*, 217, 221. *Kaplan*, 140. *Kılıçoğlu/Şenocak*, 250. *Yürekli*, B. III, 114. *Arslan*, 57. *Gloor*, 737.

⁶¹⁷ ATF 132 III 242 du 23.11.2005 = JdT 2006 I 49. *Wylar/Heinzer*, 575.

Bununla birlikte öğretide bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁶¹⁸, Türk Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde uygulanır. İş sözleşmesinin işçinin işvereni yanıltması nedeniyle feshi, İş Kanununda özel olarak düzenlenmiş ve düzenlemede altı iş günlük hak düşürücü süre öngörölmüştür. Hak düşürücü süre öngörölmesinin nedeni sözleşmeye devam kendisi için çekilmez hale gelen tarafın sözleşmeyi bir an önce feshetmesi gereğidir. Bu nedenle, hak düşürücü sürenin dolmasından sonra sözleşmenin iptal edilebilmesi olanaklı olmamalıdır.

C. Kıdem Tazminatı

İşe iade davası sonucunda mahkeme feshin haksız ve geçersiz olduğuna kanaat getirirse yukarıda da açıklandığı gibi işe iade kararı verir. İşe iade kararı sonucunda işçi başvurusu üzerine işe başlatılırsa İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrası uyarınca kendisine peşin olan ödenmiş olan kıdem tazminatı, boşta geçen süre ücretinden mahsup edilir. Zira, işçi işveren tarafından işe başlatılırsa iş akdinin hiçbir kesinti olmaksızın aynen devam ettiği kabul edilir. Bu durumda ortada bir fesih söz konusu olmadığından işçiye verilmiş olan kıdem tazminatı hukuki dayanaktan yoksun kalır⁶¹⁹.

⁶¹⁸ *Süzek*, İş Hukuku, 36. *Akyiğit*, 1144. *Akyiğit*, Kıdem Tazminatı, 283. *Baycık*, 93. *Savaş*, 72. “4857 sayılı İş Kanunu’nda özel bir düzenleme bulunmadığından, 6098 sayılı Kanun’un genel hükümleri kapsamında sorun çözümlenmektedir” Y22HD, T. 14.10.2014, E. 2014/11779, K. 2014/30218.

⁶¹⁹ Y9HD, T. 11.5.2016, E. 2015/29573, K. 2016/11823. Y22HD, T. 15.3.2016, E. 2016/4402, K. 2016/8015. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

Buna karşılık, işçi işveren tarafından işe başlatılmazsa, iş akdi işe başlatmama iradesinin açıklandığı anda sona erer. Bu durumda, işveren koşulları varsa işçiye kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür⁶²⁰.

Kıdem tazminatına hak kazandıran haller, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan fesihler saklı kalmak üzere, işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Bu durumda, işçinin kıdem tazminatına hak kazanması için iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde asgari bir yıl süreyle çalışmış olması yeterlidir.

Buna göre, iş akdi başta ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle haklı nedenle feshedilmişse, işverenin işçiye kıdem tazminatı ödediği düşünülemez. Buna karşılık, yapılan yargılama sonucunda feshin haksız ve geçersiz olduğunun anlaşılması üzerine işveren tarafından işe başlatılmayan işçi yukarıda belirtilen koşulları sağlamak koşuluyla kıdem tazminatına hak kazanır. Bu durumda, bir yıllık çalışma koşulunun yerine gelip gelmediği ile kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacak ücret işçinin işe başlatılmadığı tarihe göre belirlenir.

Buna karşılık, iş akdi başta ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık dışında kalan haklı nedenlerden biri ile feshedilmişse, işveren işçiye kıdem tazminatını ödemiş olabilir. Yapılan yargılama sonunda feshin haksız ve geçersiz olduğu tespit edilir ve işçi işe başlatılmazsa yukarıda da açıkladığımız gibi iş sözleşmesi işe başlatmama tarihinde sona ermiş sayılacaktır. Bu durumda geçersiz sayılan fesih ile

⁶²⁰ bkz. dn. 247.

işe başlatmama tarihi arasında geçen süre ve bu süre içinde meydana gelen ücret artışları dikkate alınarak işçiye fark kıdem tazminatının ödenmesi gerekir⁶²¹.

Belirtmek gerekir ki, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının 14. maddesiyle İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrasının “*ödenecek feshe bağlı alacak ve tazminatlar, birinci fıkra uyarınca geçersiz sayılan fesih tarihi esas alınarak belirlenir*” şeklinde değiştirilmesi amaçlanmaktadır. Getirilmesi planlanan düzenlemenin madde gerekçesinde “*Geçersiz sayılan fesih tarihinde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer yasal hakları işverence ödenmiş olsa dahi, hizmet süresine eklenen bu dört aylık süre sebebiyle ihbar ve kıdem tazminatı veya yıllık izin ücreti farkları ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle işçinin işe iadesi amacını taşıyan iş güvencesi kurumu, sıklıkla fark işçilik alacakları sebebiyle yeni davalara neden olmakta ve iş yargısının yükünü artırmaktadır*” biçiminde açıklanmaktadır. Taslak yasalaştığı takdirde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek bir fark kıdem tazminatı alacağı ortaya çıkmayacaktır. Kanaatimizce bu düzenleme uzun uğraşlar sonucunda kazanılan iş güvencesi kurumunu geriye götürecek ve işçiyi hak kayıplarına uğratacak niteliktedir. Zira, artık işveren işçiyi işe başlatmasa dahi ilk yapılan fesih tarihi dikkate alınarak kıdem ve ihbar tazminatları belirlenecek, işçinin işe başlatılmamasının ödenecek iş güvencesi tazminatı dışında herhangi bir ek yaptırımı olmayacaktır. Anılan düzenlemeyle geçersiz sayılan bir işleme hukuki sonuç bağlanmakta ve işveren kendi geçersiz işleminden menfaat sağlamaktadır.

⁶²¹ Eyrenci, 37-38. Güzel, İş Güvencesi, 102. Ulucan, 85. Y9HD, T. 6.12.2004, 28355/26161, Legal İSGHD, S. 7, 1369-1371. Y9HD, T. 10.3.2016, E. 2014/33758, K. 2016/5701. Y9HD, T. 14.1.2016, E. 2014/27008, K. 2016/821. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) Kıdem tazminatına esas alınacak bu sürenin, boşta geçen dört aya kadar süre ile sınırlı olduğu yönünde bkz. Y9HD, T.10.10.2005, 2277/32778, LİSGHD, S. 9, 291-291. Y9HD, T. 31.3.2008, E. 2008/828, K. 2008/6866, Çalışma ve Toplum, 18, 234.

Kıdem tazminatı bir ücret alacağı olmadığından, Türk Borçlar Kanununun 146. maddesinde düzenlenen “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir*” hükmü uyarınca sözleşmenin feshinden başlayarak on yıllık genel zamanaşımına tabidir⁶²².

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında ise, kıdem tazminatının zamanaşımı süresi, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren iki yıl olarak düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde düzenleme “*işverenler yönünden bu sürenin (on yıl) uzun olduğu, yapılan bir fesih sebebiyle on yıl boyunca dava tehdidi ile karşı karşıya kalınmasının yeni yatırımlar yapılması konusunda işverenlerin cesaretini kırdığı ve ekonomik anlamda önünü görme ve plan yapma konusunda sıkıntılar yaşanmasına sebep olduğu ... karşılaştırılmalı hukuk incelendiğinde Almanya’nın, otuz yıllık zamanaşımı süresini üç yıla, Fransa’nın ise yine otuz yıllık zamanaşımı süresini beş yıla indirmiş bulunduğu*” biçiminde açıklanmıştır.

Kanaatimizce tarafların eşit oldukları borçlar hukuku ilişkilerinde dahi tazminat zamanaşımı süresi 10 yılken, işçinin korunmaya muhtaç olduğu iş ilişkilerinde zamanaşımı süresinin 2 yıl olarak belirlenmesi adil değildir⁶²³. Bu durum, işverenleri yıllık izin ücreti ve diğer hakları ihlale teşvik edici niteliktedir. On yıllık mevcut zamanaşımı süresinin nispeten uzun olduğu kabul edilse dahi, söz konusu zamanaşımı sürelerinin en azından ücret zamanaşımı süresi ile bütünlük sağlama amacıyla beş yıl olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

⁶²² Süzek, İş Hukuku, 773. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 227-228. Kaplan, 267. Y9HD, T. 28.12.1987, E. 1987/10942, K. 1987/11853, Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 911.

⁶²³ Güzel, İş Mahkemeleri Kanunu, 1142.

D. İhbar Tazminatı

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde, bildirim sürelerine uymaksızın işten ayrılan işçi ya da işçinin iş sözleşmesine son veren işveren, sözleşmenin karşı tarafına yasada yazan bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Bu tazminata öğretide ihbar tazminatı adı verilmektedir⁶²⁴. İhbar tazminatı belirsiz süreli iş sözleşmesinin usulsüz feshini yaptırma bağlayan kesin ve götürü bir tazminat niteliğindedir. Bu itibarla ihbar tazminatı, genel anlamda tazminat kavramından farklı olarak hiçbir zarar koşuluna bağlı değildir. Bu itibarla, belirsiz süreli iş sözleşmesi usulsüz olarak feshedilen taraf, fesih nedeniyle hiçbir zarara uğramamış ve hatta daha iyi imkanlarda bir iş veya işçi bulmuş olsa bile kendisine ihbar tazminatı ödenmesini talep edebilir⁶²⁵.

İhbar tazminatı sözleşmeyi usulsüz olarak fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Sözleşmeyi kendisi fesheden diğer taraftan ihbar tazminatı talep edemez⁶²⁶.

İhbar tazminatı, yasada öngörülen bildirim süreleri dikkate alınarak işçinin brüt ücreti üzerinden hesaplanır. Bunun yanında İK m. 17/son uyarınca temel ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve para ile ölçülebilen sözleşme ve kanundan doğan diğer menfaatler de göz önünde bulundurulur. Ücrete eklenecek ek menfaatlerin hesabı bir yılda yapılan bu nevi tüm ödemelerin toplamının 365'e bölünmesi

⁶²⁴ Süzek, İş Hukuku, 528. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 172. Ayan, 477.

⁶²⁵ Oğuzman, Fesih, 276. Narmanlıoğlu, 388. Süzek, İş Hukuku, 529. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 322. Okur, 109.

⁶²⁶ Y9HD, T. 12.3.2009, E. 2009/41150, K. 2009/6661, Kılıçoğlu, Temel Kavramlar, 213.

suretiyle bulunur⁶²⁷. İhbar tazminatına ayrıca temerrüt tarihinden, karşı taraf temerrüde düşürülmemişse dava tarihinden itibaren yasal faiz işletilir⁶²⁸.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haksız olarak feshedilen işçinin ihbar tazminatı talep edip edemeyeceği, iş güvencesi sisteminin özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bilindiği gibi iş güvencesi sisteminde işveren, ancak geçerli nedenlerin varlığı halinde iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirebilir. İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilmesi içinse, İş Kanununun 25. maddesinde sayılan haklı nedenlerden birinin varlığı aranır. İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilmesi halinde işverenin işçiye bildirim süresi vermesi gerekmez. Buna karşılık, geçerli nedenlerle yapılan süreli fesihlerde işçiye bildirim süresi verilmelidir⁶²⁹.

Yukarıda da açıklandığı gibi uygulamada yargı organları ileri sürülen fesih nedeninin haklı neden ağırlığında olmasa dahi geçerli neden niteliği taşıyıp taşımadığını da değerlendirmekte ve buna göre bir sonuca gitmektedir.

Bu değerlendirme sonucunda yargı organı, ileri sürülen nedenin ne haklı ne de geçerli neden sayılabilecek ağırlıkta olduğuna kanaat getirirse, feshin haksız ve geçersiz olduğunun tepirine ve işçinin işe iadesine hükmeder. Bu durumda işçinin işverence işe başlatılıp başlatılmamasına göre değerlendirme yapılır. İşçi işe başlatılırsa İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrası uyarınca peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücreti, iş güvencesi kapsamında işçiye yapılacak ödemelerden mahsup edilir. Zira, işçinin işe başlatılması halinde iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş sayılacağından ödenen ihbar tazminatı hukuki sebepten yoksun kalır. Bununla

⁶²⁷ Kılıçoğlu, Temel Kavramlar, 214.

⁶²⁸ Y9HD, T. 25.1.2006, E. 2005/17393, K. 2006/1271, LİSGHD, S. 10, 656-657.

⁶²⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. §3 “İş Sözleşmelerinin Feshi”.

birlikte, bu durumda sözleşme işverence en başta haklı nedenle derhal feshedilmiş olduğundan mahsup edilecek bir kalemden bahsetmek güçtür. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden işverenin, işçiye bildirim süresi verdiğini ya da bildirim süresine ilişkin ücretini peşin olarak ödediğini düşünmek olanaklı değildir.

İşçinin işe başlatılmaması halinde ise, işe başlatılmama iradesinin işveren tarafından ortaya konduğu tarihte fesih işlemi hüküm ve sonuçlarını doğurur⁶³⁰. Bu durumda işçi İK'nın 21/4 hükmüne dayanarak önceden ödenmemiş olan ihbar tazminatının kendisine ödenmesini talep edebilir. Anılan düzenleme uyarınca *“İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir”*.

Yargı organı, feshin geçerli nedenle yapıldığı sonucuna varırsa, işe iade davasını reddeder. Bu ihtimalde sözleşme başta işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilmiş olduğundan işçiye bildirim süresi verilmemiş ve ihbar tazminatı ödenmemiştir. Buna karşılık, yapılan yargılama sonucunda yargı organı tarafından feshe dayanak oluşturan nedenin haklı değil ve fakat geçerli neden niteliği taşıdığına kanaat getirilmiştir. Geçerli nedenle fesih ise bildirim sürelerine uyularak yapılmalıdır. Bu itibarla, sözleşmesi başta haklı nedenle derhal feshedilen işçi, sözleşmesi feshedildiği sırada kendisine bildirim süreleri tanınmamış olduğundan işverenden ihbar tazminatı talep edebilir.

İhbar tazminatı, sözleşmenin feshinden itibaren on yıl içinde istenebilir⁶³¹. Bununla beraber İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından getirilen 2 yıllık

⁶³⁰ Süzek, İş Hukuku, 635. Eyrenci, 37. Şahlanan, 171. Narmanlıoğlu, Değerlendirme 2007, 147-148. Taşkent, Değerlendirme 2004, 72-73. Başterzi, 203. Çopuroğlu, 5. Sarıbay, 205.

⁶³¹ Kaplan, 203.

zamanaşımı süresi, ihbar tazminatını da kapsamaktadır. Düzenleme hakkında kıdem tazminatı başlığı altında açıklama yapılmış olduğundan, tekrar olmaması amacıyla bu hususu hatırlatmakla yetiniyoruz.

E. Cezai Şart

Borçluyu borcuna uygun davranmaya zorlayan bir hukuki araç olan cezai şart⁶³², Türk Borçlar Kanununun 179. maddesinde “*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır*” hükmüyle düzenlenmiştir. İş hukukunda cezai şarta ilişkin tek özel bir düzenleme ise, Türk Borçlar Kanununun 420. maddesinde yer alan “*Hizmet sözleşmelerinde sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*” hükmüdür. Anılan düzenlemeyle tek taraflı olarak işçi aleyhine konulan cezai şart yasaklanmış, ancak cezai şarta ilişkin genel bir düzenleme getirilmemiştir.

İş sözleşmelerinde cezai şart hükümlerine uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bunların başında iş sözleşmesinin haksız feshi halinde sözleşmeyi fesheden tarafın karşı tarafa cezai şart ödeyeceğine ilişkin hükümler gelir. Ancak bu hükümlerin geçerliliği iş hukukunun borçlar hukukundan ayrı, bağımsız bir hukuk dalı olması nedeniyle tartışmalıdır. Bu nedenle söz konusu düzenlemelerin geçerliliği iş

⁶³² Doğan Yenisey, 21. Özdemir, Cezai Şart, 143. Mazeaud, 26.

hukukunun kendine özgü nitelikleri çerçevesinde düşünülmeli, özellikle iş kanunlarında yer alan feshe ilişkin hükümler ile birlikte değerlendirilmelidir⁶³³.

İş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmelerinin haksız ve geçersiz feshi halinde, işçinin talep edebileceği boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatının miktarı, mutlak emredici olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme karşısında İş Kanunundaki haklara ek olarak işveren aleyhine cezai şart getirilmesi olanaklı değildir⁶³⁴.

Yüksek Mahkeme konuya ilişkin bir kararında, feshin geçersizliği ve işe iade istemi süresinde ileri sürülmediği ve istenmediği takdirde, fesih geçerli hale geleceğinden, toplu iş sözleşmesiyle getirilen cezai şartın istenemeyeceğine karar vermiştir⁶³⁵.

Kanaatimizce karar sonucu itibarıyla isabetli, ancak gerekçesi bakımından isabetsizdir. Cezai şartın istenememesinin nedeni, süresinde işe iade davası açılmadığı takdirde feshin geçerli hale gelmesi değildir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, cezai şarta hükmedilememesinin nedeni işe iade davasının Kanunda işçiye başvurabileceği tek yol olarak tanınmış ve iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretine ilişkin alacağın Kanunda mutlak emredici olarak düzenlenmiş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, işçi süresinde işçi iade davası açmış olsa dahi iş güvencesine ilişkin hükümlerin mutlak emredici niteliği dolayısıyla sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep edemeyecektir.

⁶³³ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 27.

⁶³⁴ Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 162. Alpagut, Cezai Şart, 20. Süzek, 746. Akyiğit, 773. Astarlı, 319. Doğan Yenisey, Cezai Şart, 37. Özdemir, İşe İade, 43. Özdemir, Cezai Şart, 146.

⁶³⁵ Y9HD, T. 27.3.2007, E. 2007/661, K. 2007/8598. Çalışma ve Toplum, 2007/3, S.14, 189-191.

Nitekim Yüksek Mahkeme, “4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesinde, kesinleşen işe iade kararı üzerine işçinin başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatılmaması durumunda, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeneceği öngörülmüştür. Aynı maddenin son fıkrasında ise, sözü edilen düzenlemenin mutlak emredici olduğu ve sözleşmelerle hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla iş güvencesine tabi işçiler yönünden toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi sağlayan hükümlerinin, Yasanın bu düzenlemesi karşılığında bir değeri kalmamıştır” gerekçesiyle iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde, toplu iş sözleşmelerinde yasayla öngörülen mutlak emredici tazminatlardan daha yüksek miktarda tazminata yer verilmesinin olanaklı olmadığına hükmetmiştir⁶³⁶.

Öğretide⁶³⁷, asgari süreli iş sözleşmesinin kararlaştırılan asgari süre içinde “süreli feshi” halinde, işçinin hem işe iade davası açabileceği hem de sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep edebileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, sözleşmede asgari süre öngörülmesinin nedeni, karşı tarafın süreli fesih hakkının belli bir süre için sınırlandırılmasıdır. Bu sınıra riayet edilmemesi durumu için öngörülen cezai şart, fesih hakkının kullanımı konusunda karşı tarafta bir baskı oluşturmayı amaçlamaktadır. Bu itibarla öngörülen cezai şart fesih hakkının kullanımına yönelik olup, geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen İK m. 21/son hükmü ile bir ilişkisi yoktur.

Kanımızca aynı sonuca sözleşmenin haksız feshi halinde varılamaz. Zira, asgari süreli iş sözleşmesi tarafların yalnızca süreli fesih hakkının belli bir süre için

⁶³⁶ Y9HD, T. 23.5.2014, E. 2012/11586, K. 2014/16611. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁶³⁷ Alpagut, Cezai Şart, 20. Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 158.

askıya alındığı sözleşmelerdir. Diğer bir ifadeyle, asgari süre içinde tarafların sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih hakları vardır. Bu nedenle, yargılamada feshin haksız ve geçersiz olduğuna karar verilmesi halinde işverenin, yalnızca İK'nın 25/son hükmü uyarınca iş güvencesi hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması gerekir. Zira, işveren sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshettiğini düşünmekte ancak yargılama sonunda işverence ileri sürülen nedenin haklı olmadığı ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, işverenin asgari bir süre için sınırlandırılmış olan süreli fesih hakkını kullanmak gibi bir niyeti yoktur. Bununla birlikte bu yorum, sözleşmeyi süreli fesih yoluyla sona erdirmek isteyen işverenlerin cezai şart hükmünü dolanmak amacıyla sözleşmeyi haklı nedenle feshettiklerini ileri sürmeleri sonucunu doğurabilir. Kanımızca süreli fesih iradesinin haklı nedenle derhal fesih işlemi altına gizlendiği bu durumda işveren, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü tutulmalıdır.

2. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İş İlişkilerinde

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin haksız feshi uzunca bir süre mevzuatımızda düzenlenmemiş ve bu dönemde haksız feshe usulsüz feshe ilişkin yaptırımlar uygulanmıştır⁶³⁸. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 438. maddesiyle iş sözleşmesinin haksız feshi, hem belirli hem de belirsiz süreli sözleşmeler bakımından yasal dayanağa kavuşturulmuştur⁶³⁹. Bununla birlikte, getirilen düzenlemelerin, İş Kanununa tabi işçiler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğretide henüz fikir birliği sağlanamamıştır. Bu

⁶³⁸ Atabek, 92. Oğuzman, Fesih, 273. Odaman, 267. Sümer, Uygulamalar, 246-247. Kaplan, 166-167. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 872. Savaş, 227.

⁶³⁹ Yürekli, 275. Soyer, Hizmet Sözleşmesi, 34.

bölümde Türk Borçlar Kanunu ile getirilen haksız feshe ilişkin düzenlemeler ele alınacak ve bu düzenlenmelerin uygulama alanı öğretideki çeşitli görüşler dikkate alınarak tartışılacaktır.

Türk Borçlar Kanununun 438. maddesinde, feshin haksız da olsa, iş sözleşmesini fiilen ve hukuken sona erdireceği kabul edilmiştir. Bu sistem İsviçre hukukunda etkinlik rejimi (*regime d'efficacité*) olarak adlandırılmaktadır⁶⁴⁰. Etkinlik rejiminin benimsenmesinin altında yatan düşünce, sözleşmeler hukukunun temel prensibi olan ahde vefa ilkesinin karşı tarafın zararlarını ödeyinceye kadar sözleşme ile sıkı sıkı bağıllık olarak anlaşılmasıdır⁶⁴¹. Buna göre, yapılan işlem haksız da olsa hüküm ve sonuçlarını doğurur, ancak sözleşme ilişkisinin haksız olarak sona erdirilmesi nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararların giderilmesi gerekir. Etkinlik rejimi sözleşmenin ifasının cebri icra yoluyla mümkün olmadığı, taraflardan birinin ediminin ayrıcalıklı veya ifanın talep edilmesinin iyiniyet kurallarına aykırı olduğu ya da taraflardan birinin taahhüt ettiği borcun şahsa sıkı sıkıya bağlı bir borç niteliğinde olduğu durumlarda kabul edilmektedir⁶⁴².

İsviçre Borçlar Kanununun 337/c maddesinde de, iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshinin iş ilişkisini sona erdireceği açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, sözleşmeyi haksız olarak fesheden taraf, karşı tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu çerçevede, İsviçre hukukunda haklı neden ancak sınırlı bir etkiye sahiptir. Şöyle ki, haklı nedenin yokluğu, sözleşmeyi sona erdirme yetkisine etki etmemekte, yalnızca haksız fesihten doğan zararı tazmin sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle İsviçre’de fesih hakkından değil, fesih yetkisinden söz edilir. Haklı

⁶⁴⁰ Venturi-Zen-Ruffinen, 376. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 274. Gloor, 770.

⁶⁴¹ Venturi-Zen-Ruffinen, 378. Buz, Eser Sözleşmesi, 209-210.

⁶⁴² Venturi-Zen-Ruffinen, 417-425. Gloor, 770. Baycık, 373.

nedenin varlığı halinde ise sözleşmeyi fesheden tarafın fesih yetkisi yanında fesih hakkı da vardır⁶⁴³.

A. Kıdem Tazminatı

İş sözleşmesi haksız olarak feshedilen İş Kanununa tabi bir işçi, koşulları varsa kıdem tazminatına hak kazanır. Zira, 1475 sayılı İş Kanununun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi uyarınca, işveren tarafından yapılan bütün fesihler, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan haklı fesih dışında, kıdem tazminatına hak kazandırır.

Deniz-İş Kanununa tabi işçiler ise, sözleşmelerinin Deniz-İş Kanununun 14/1 hükmünde sayılan nedenler dışında bir nedenle feshedilmesi halinde koşulları varsa kıdem tazminatına hak kazanırlar. Deniz-İş Kanununun 14/1 hükmünde dört bent halinde işverenin haklı fesih nedenleri sayılmıştır⁶⁴⁴. Bu itibarla, en az bir yıllık geçmiş hizmeti bulunan işçi, iş sözleşmesinin haksız feshi halinde kıdem tazminatı talep edebilir⁶⁴⁵.

Basın-İş Kanununa tabi işçiler ise, Basın-İş Kanununun 6. maddesi uyarınca, meslekte en az beş yıl çalışmış olmak koşuluyla, iş sözleşmesinin haksız feshi halinde kıdem tazminatına hak kazanır⁶⁴⁶.

Buna karşılık, Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler bakımından yasada kıdem tazminatına yer verilmemiştir. Bu itibarla, Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler fesih haksız dahi olsa kıdem tazminatına hak kazanamaz.

⁶⁴³ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 74, 418.

⁶⁴⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. §3 “*Deniz İş Kanununa Göre Haklı Fesih Nedenleri*”

⁶⁴⁵ *Akyiğit*, Kıdem Tazminatı, 864.

⁶⁴⁶ *Akyiğit*, Kıdem Tazminatı, 890.

B. İhbar Tazminatı

İş Kanununda, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshi haline uygulanacak yaptırım Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir.

Öğretide kabul edilen bir görüşe göre⁶⁴⁷, İş Kanununa tabi işçilerin sözleşmelerinin haksız feshi halinde, 1475 sayılı yasa döneminde olduğu gibi haksız feshin usulsüz feshe suretiyle sorun çözümlenmelidir. Buna göre, sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, İK'nın 17. maddesi uyarınca işverenden ihbar tazminatı talep edebilir. Türk Borçlar Kanuna tabi işçiler bakımındansa, TBK'nın 438. maddesi uygulanır. İlgili düzenleme uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, fesih bildirim süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilir. Esasen bu tazminat ihbar tazminatı niteliğindedir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁶⁴⁸, Türk Borçlar Kanununun kabulünden sonra haksız feshin usulsüz feshe tahvili suretiyle çözüme gitmeye gerek bulunmamaktadır. Zira, TBK'nın 438. maddesi İş Kanununa tabi olan ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkileri bakımından da uygulanabilir niteliktedir. Bu itibarla, İş Kanununa tabi bir işçi, sözleşmesinin haksız feshi halinde TBK'nın 438. maddesi uyarınca, bildirim süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı işverenden tazminat olarak talep edebilir. Buna göre, bildirim süresi içinde meydana gelebilecek olası ücret artışları, bu süre içinde doğacak ikramiye ve prim alacakları

⁶⁴⁷ Atabek, 92. Oğuzman, Fesih, 273. Kaplan, 166-167. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 872. Tunçomağ/Centel, 231. Odaman, 267. Sümer, Uygulamalar, 246-247. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 224. Savaş, 227.

⁶⁴⁸ Süzek, İş Hukuku, 720. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 874. Tunçomağ/Centel, 231-232. Yürekli, 275.

da tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır. Anılan düzenlemeyle Türk ve İsviçre hukukunda iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi nedeniyle işçinin uğradığı olumlu zararın giderilmesi amaçlanmıştır⁶⁴⁹.

Buna karşılık, İsviçre hukukunda sözleşmenin kurulmasından sonra ve fakat işçinin fiilen çalışmaya başlamasından önce iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesi durumunda, iş sözleşmesi başta hiç kurulmamış olsaydı işçi ne durumda olacaktı ise o duruma getirilmesi, diğer bir ifadeyle haksız fesih nedeniyle uğradığı olumsuz zararın giderilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵⁰.

Sözleşmenin haksız feshi nedeniyle ödenecek tazminatın belirlenmesinde işçinin geniş anlamda ücreti esas alınır. Bu çerçevede, işçinin temel ücretinin yanında iş ilişkisinden kaynaklanan parasal değerler, ikramiyeler, yıllık izin ücreti gibi ek ödemeler göz önünde bulundurulur⁶⁵¹.

İsviçre hukukunda, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde işçinin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle tasarruf ettiği, yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazmaktan bilerek kaçındığı miktarın tazminattan indirileceği kabul edilmiştir. Buna göre, zararın artmasını önlemek için gerekli bütün önlemleri alma yükümlülüğü özel hukukunun genel prensiplerinden olup, sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi de bu yükümlülüğe uymakla mükelleftir⁶⁵².

Hukukumuzda ise belirsiz süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde ödenecek tazminat bakımından böyle bir mahsup hükmüne yer verilmemiştir. Mahsup hükmüne yer verilmemesinin nedeni olarak, önel şartına riayetsizlik nedeniyle

⁶⁴⁹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 286. Gloor, 787.

⁶⁵⁰ Gloor, 791.

⁶⁵¹ Yürekli, 277-278. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 286. Caruzzo, no. 571. Gloor, 790.

⁶⁵² Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 287. Caruzzo, no. 572. Wyler/Heinzer, 608.

ödenek tazminatın kusur ve zarar şartından bağımsız olup götürü nitelikte olması gösterilmektedir⁶⁵³.

Tazminatın hesabında dikkate alınacak bildirim süresi iş ilişkisinin tabi olduğı Kanuna göre belirlenir. Buna göre, İş Kanununa tabi işçiler bakımından İK'nın 17., Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler bakımındansa TBK'nın 432. maddesi uyarınca hükmü dikkate alınarak işçiye ödenek tazminat hesaplanmalıdır⁶⁵⁴. Bu çerçevede, İş Kanuna tabi olan bir işçinin yararlanacağı bildirim süresi, altı aydan az çalışmışsa iki hafta, altı aydan bir buçuk yıla kadar çalışmışsa dört hafta, bir buçuk yıldan üç yıla kadar çalışmışsa altı hafta, üç yıldan fazla çalışmışsa işçiye sekiz haftadır. Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler bakımındansa bildirim süresi, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için ise altı haftadır.

C. Haksız Fesih Tazminatı

Türk Borçlar Kanununun 438. maddesinin son fıkrasında iş sözleşmesinin haksız feshi halinde uygulanacak özel bir tazminata yer verilmiştir. Buna göre hakim, iş sözleşmesinin işverence haksız feshi halinde belirli süreli iş sözleşmelerinde bakiye süre ücreti tutarındaki, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise bildirim süresi tutarındaki tazminat yanında, ayrıca işçinin altı aylık ücreti tutarını aşmamak şartıyla miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminata hükmedebilir. Anılan düzenlemeyle hakime haksız fesih tazminatına hükmetme ve tazminat miktarını belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır⁶⁵⁵. Bu itibarla, hakim

⁶⁵³ *Soyer*, Hizmet Sözleşmesi, 36 ve dn. 142.

⁶⁵⁴ *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 875.

⁶⁵⁵ *Süzek*, İş Hukuku, 723. *Venturi-Zen-Ruffinen*, 432. *Baysal/Mutlay*, 280. *Gülver*, 1021.

bildirim sürelerine ilişkin tazminat yanında ayrıca bir de haksız fesih tazminatına hükmetme konusunda serbesttir.

Aynı düzenleme mehz İsviçre Borçlar Kanununun CO 337c hükmünde de yer almaktadır. İsviçre hukukunda sözleşmenin haksız feshi durumunda hakimin kural olarak haksız fesih tazminatına hükmetmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵⁶. Buna göre, hakim ancak işverene hiçbir kusur yüklenemeyen veya başka nedenlerden ötürü fesihten işverenin sorumlu tutulamayacağı istisnai durumlarda haksız fesih tazminatına hükmetmeyebilir. Örneğin, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedildiği, ancak ileri sürülen fesih nedeninin haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte feshi meşru kılacak ağırlıkta olduğu durumlarda işveren haksız fesih tazminatı ödemekle yükümlü tutulmayabilir⁶⁵⁷.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe⁶⁵⁸, göre haksız fesih tazminatını düzenleyen TBK'nın 438/III hükmü, İş Kanununa tabi olan belirsiz süreli iş ilişkileri bakımından uygulanmaz. Zira, İş Kanununda yer alan kötü niyet tazminatı, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatına ilişkin hükümlerle işçi ve işveren arasındaki hassas menfaat dengesi kurulmuştur. Bu itibarla, ayrıca Türk Borçlar Kanununda düzenlenen ek bir tazminata ihtiyaç yoktur. Bu görüşe göre, haksız fesih tazminatı Türk Borçlar Kanununda kıdem tazminatına yer verilmemesinden doğan eksikleri kapatmayı amaçlayan bir tazminat olup, İş Kanunundaki bir düzenleme boşluğunu doldurmayı amaçlamamaktadır⁶⁵⁹. Diğer bir ifadeyle, İş Kanununda haksız fesih tazminatının düzenlenmemiş olması, kanun boşluğu olarak yorumlanmamalıdır. Zira, Türk

⁶⁵⁶ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 432.

⁶⁵⁷ TF 4C. 112/2005 c. 6.1. TF 4C 112/2005 c. 4.1. TF 4C 400/2005.

⁶⁵⁸ *Özdemir*, İş İlişkilerine Etkisi, 154-155. *Aynı yazar*, Sona Erme, 36-39.

⁶⁵⁹ *Özdemir*, Sone Erme, 28.

Borçlar Kanunundaki her fazlalık, İş Kanununda bir boşluk olduğu anlamına gelmez. Böyle bir yorum, boşluk kavramına gereğinden fazla anlam yüklenmesi sonucunu doğurur. Bu durum, İş Kanunu ile kurulan hassas nitelikteki sosyal dengelerin bozulmasına yol açar.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁶⁶⁰, TBK'nın 438. maddesi Türk Borçlar Kanununa ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan İş Kanuna tabi belirli veya belirsiz süreli iş ilişkilerine uygulanır. Zira, haksız fesih tazminatı iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde uygulanacak olan özel bir tazminat türü olup, bu niteliğiyle İş Kanununda yer alan feshe ilişkin genel düzenlemelerden ayrılır⁶⁶¹. Buna göre haksız fesih tazminatı, bir yandan işvereni sözleşmeyi haksız olarak feshetmekten caydırmayı, diğer yandan sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçiyi manevi açıdan tatmin etmeyi amaçlayan bir tür hukuka aykırılık cezası niteliğindedir⁶⁶². Bunun da ötesinde, Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasındaki genel kanun-özel kanun ilişkisi, İş Kanununda düzenleme bulunmaması durumunda, Türk Borçlar Kanununun konuya ilişkin hükümlerinin, iş ilişkilerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde İş Kanununa tabi iş ilişkilerine uygulanmasını gerektirir. İş Kanununda haksız fesih için öngörülmüş bir tazminat bulunmadığı da dikkate alındığında, İş Kanununa tabi olarak çalışan ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçi, iş sözleşmesinin haksız feshi halinde TBK'nın 438/III hükmü uyarınca işverenden en fazla altı aylık ücreti tutarında haksız fesih tazminatı talep edebilmelidir.

⁶⁶⁰ Süzek, 742. Mollamahmutloğlu/Astarlı/Baysal, 878. Sümer, Uygulamalar, 246. Baycık, 371. Yürekli, 275. Savaş, 230. Gülver, 1021.

⁶⁶¹ Mollamahmutloğlu/Astarlı/Baysal, 878.

⁶⁶² Kaplan, Haksız Fesih, 224-225. Soyer, Türk Borçlar Kanunu, 17. Savaş, 228. Tercier/Favre, 564. Venturi-Zen-Ruffinen, 431. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 288. Wyler/Heinzer, 609.

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre⁶⁶³, TBK'nın 438. maddesi İş Kanununa tabi iş ilişkileri ve hatta iş güvencesine tabi iş ilişkileri hakkında da uygulanır. Bunun ilk nedeni, işe iade davasına bağlı olarak yapılan ödemelerle, sözleşmenin haksız feshi için getirilen yaptırımların farklı amaçlara yönelik olmasıdır. İkinci olarak, kişilik haklarının ihlal edilerek iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, iş güvencesi hükümlerin işçi bakımından tatmin edici olmamaktadır. Zira, genel hükümlere göre manevi tazminat isteyebileceği düşünülebilirse de, bu durumda işçinin manevi zararını ispat etmesi gerekir. Haksız fesih tazminatına hükmedilebilmesi için ise, işçinin zarara uğradığını ispatlaması gerekmez.⁶⁶⁴ Bununla birlikte, haksız fesih tazminatına hükmeden hakim tüm durum ve koşulları değerlendirerek tazminat miktarını belirleyeceğinden, işçinin iş güvencesine tabi olması tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır⁶⁶⁵.

Kanımızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler, haksız fesih tazminatından yararlanamazlar. Zira, iş güvencesinden doğan tazminatlar yanında haksız fesih tazminatı istenebileceğini düşünmek boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatını mutlak emredici olarak düzenleyen İK'nın 21/VI hükmü karşısında olanaklı değildir. Bir önceki bölümde de açıklandığı üzere, iş güvencesine ilişkin hükümler, İK'nın 25/son hükmü uyarınca iş sözleşmesinin haksız feshi halinde de uygulanır. Buna göre, sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, iş güvencesi hükümleri uyarınca işe iade davası açabilir. İş güvencesi kendi içinde düşünülmesi gereken, tüm sonuçlarıyla bir bütün oluşturan bir sistemdir. Zira, iş güvencesinde sağlanan haklar birbirini dengeleyecek biçimde düzenlenmiştir. Bu nedenle hakim

⁶⁶³ Caniklioğlu, 115. Doğan Yenisey, Türk Borçlar Kanunu, 106. Karaçöp/Yamakoğlu, 135.

⁶⁶⁴ Doğan Yenisey, Türk Borçlar Kanunu, 106.

⁶⁶⁵ Caniklioğlu, 115.

işe iade yanında ayrıca haksız fesih tazminatına hükmetmesinin olanaklı olmadığı kanaatindeyiz.

D. Kötüniyet Tazminatı

Kötüniyet tazminatı İş Kanununun 17. maddesinde “18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir” , Deniz İş Kanununun 16. maddesinde “Gemiadamının sendikaya üye olması, şikayete başvurması gibi sebeplerle işinden çıkarılması hallerinde ve genel olarak hizmet aktini bozma hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda “B” bendinde yazılı önellere ait ücretlerin üç katı tutarı tazminat olarak ödenir” ve Türk Borçlar Kanununun 434. maddesinde “Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür” hükmüyle düzenlenmiştir. Basın-İş Kanununda ise kötüniyet tazminatına yer verilmemiştir. Anılan düzenlemeler uyarınca fesih hakkını kötüye kullanarak iş sözleşmesini sona erdiren işveren, işçiye bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötüniyet tazminatı ödemekle yükümlüdür.

Kötüniyet tazminatı, Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının özel bir görünümü olup iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından kötüniyetli olarak feshi halinde uygulama alanı bulur⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ Süzek, İş Hukuku, 533. Tunçomağ/Centel, 204. Kaplan, 204. Bedük, 925.

İş sözleşmesinin haksız feshi halinde haksız feshe ilişkin yaptırımlar yanında ayrıca kötüniyet tazminatı istenip istenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁶⁶⁷, iş sözleşmesi haksız olarak sona erdirilen işçi, haksız fesih tazminatı yanında ayrıca kötüniyet tazminatı talep edemez. Zira, haksız feshin hukuki yaptırımı, TBK'nın 438. maddesinde düzenlenen tazminatlardır. Bununla birlikte, işçi daha lehine olduğunu düşünerek işverenden haksız fesih tazminatı yerine kötüniyet tazminatını talep edebilir. Bu durumda işçi, işverenin kötüniyetli olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Buna karşılık, haksız fesih tazminatına hükmedilebilmesi için feshin hukuken haksız olması yeterlidir, işverenin ayrıca kötüniyetli olması aranmaz.

Diğer bir görüşe göre⁶⁶⁸, haksız feshin aynı zamanda kötüniyetli olması halinde, işçiye ayrıca kötüniyet tazminatı ödenmesi gerekmez. Buna karşılık, haksız fesih tazminatının hesaplanmasında işverenin kötüniyeti göz önünde bulundurulur. Zira, hukukumuzda kötüniyet tazminatı ile haksız fesih tazminatı mehzaz kanundan farklı olarak eşit miktar belirlenmemiştir. Buna göre, bildirim süresinin 6 hafta ve daha az olması halinde kötüniyet tazminatı, işçinin en fazla 4.5 aylık ücreti tutarına denk gelmektedir. Bu durum karşısında haksız fesih tazminatını, kötüniyet tazminatını da kapsayacak şekilde belirlemek gerekir. Buna karşılık, kötüniyet tazminatının haksız fesih tazminatını aştığı durumlarda (İş Kanunu ve Deniz-İş Kanununa tabi işçilerden üç yıldan fazla kıdeme sahip olanlar bakımından) kötüniyet

⁶⁶⁷ Mollamahmutloğlu/Astarlı/Baysal, 879-880, 942.

⁶⁶⁸ Soyer, Hizmet Sözleşmesi, 45. Yürekli, 283. Feshin hem haksız hem kötü niyetli olması durumunda, işverenin kötüniyet tazminatı ödemesinin gerekmediği; buna karşılık haksız fesih tazminatının işverenin kötüniyeti dikkate alınarak yükseltilmesi ve bu durumda en fazla altı aylık ücret tutarında belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Gülver, 1023.

tazminatına hükmedilir. Bu durumda, ayrıca haksız fesih tazminatına hükmedilmesi gerekmez.

Son olarak bir diğer görüşe göre⁶⁶⁹, fesih aynı zamanda kötünîyetle yapılmışsa, işçi haksız fesih tazminatı ile kötünîyet tazminatını birlikte talep edebilir. Zira, haksız fesih tazminatı ile kötünîyet tazminatı farklı hukuka aykırılık hallerini düzenlemekte olup, amaçları birbirlerinden farklıdır.

Kanımızca uygulanacak yaptırımların belirlenebilmesi için öncelikle haksız fesih ve fesih hakkının kötüye kullanılması kavramlarının birbirinden kesin çizgilerle ayrılması gerekir. Zira, fesih hakkının kötüye kullanılması ile haksız fesih birbirini dışlayan kurumlardır. Kötünîyetli fesih, doğmuş olan fesih hakkının objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılmasıdır⁶⁷⁰. Haksız fesih ise, fesih hakkının doğmadığı, fesih için haklı bir neden bulunmadığı halde sözleşmenin yasaya aykırı olarak sona erdirilmesidir⁶⁷¹. Bu itibarla somut olayda bu iki durumun bir arada gerçekleşmesi olanaklı değildir⁶⁷². Bu çerçevede, sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçinin, işverenden kötünîyet tazminatı istemesinin olanaklı olmadığı kanaatindeyiz.

E. Cezai Şart

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sözleşmelerinin haksız feshi halinde, işveren aleyhine İK'nın 21. maddesinde düzenlenen yaptırımlardan daha fazlasının kararlaştırıp kararlaştırılamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu konuda *Şahlanan* tarafından ileri sürülen görüşe göre⁶⁷³, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler

⁶⁶⁹ *Karaçöp/Yamakoğlu*, 135. *Güneş/Mutlay*, 281.

⁶⁷⁰ *Oğuzman*, Fesih, 282. *Süzek*, Kötüye Kullanma, 20. *Sümer*, Uygulamalar, 249.

⁶⁷¹ *Bedük*, 927.

⁶⁷² *Süzek*, Kötüye Kullanma, 20.

⁶⁷³ *Şahlanan*, İş Güvencesi Tazminatı, 4.

lehine getirilecek cezai şart, iş güvencesine tabi işçiler için öngörülen tazminat miktarını aşamaz. Toplu iş sözleşmesiyle bunun üzerinde bir yaptırım belirlenmesi halinde cezai şart tenkise tabi tutulur. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir⁶⁷⁴. Yüksek Mahkemeye göre, iş güvencesine ilişkin ölçütlerin iş güvencesine tabi olmayan işçilere uygulanmaması halinde bu işçiler daha avantajlı bir konuma sahip olurlar ki, bu durum eşitlik ilkesine aykırıdır⁶⁷⁵.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁶⁷⁶, tarafların belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde sözleşmede cezai şart kararlaştırmalarını engelleyen hiçbir haklı gerekçe ya da hukuki dayanak yoktur. Zira, İK'nın 21. maddesinin son fıkrası ile getirilen sınırlama iş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından uygulanmaz⁶⁷⁷. Sözleşmede iş güvenesine bağlanan tazminatlardan daha yüksek bir yaptırım öngörülmesi durumunda eşitlik ilkesinin ihlal edildiği de ileri sürülemez. Zira, iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler farklı hukuki statülerde olan işçilerdir. Diğer bir ifadeyle, bunlar karşılaştırılabilir nitelikteki işçi grupları değildir. Bunun da ötesinde, eşitlik ilkesinin amacı hakları asgari seviyede tutarak daha düşük koşullarda eşitlik sağlamak değil; aksine mümkün olduğunca genişleterek daha yüksek koşullarda eşitlik sağlamaktır. Bu itibarla, bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde öngörülen hükümlerle sözleşmenin haksız feshi cezai şart yaptırımına bağlanabilir. Bu hakkın tek sınırı cezai şartın haklı nedenle fesih

⁶⁷⁴ Y9HD, T. 4.10.2007, E. 2007/733, K. 2007/29264. Y9HD, T. 19.12.2008, E. 2008/42231, K. 2008/34239. Y9HD, T. 13.5.2010, E. 2008/26003, K. 2010/13047. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) *Doğan Yenisey*, Cezai Şart, 38-39 ve dn.72.

⁶⁷⁵ Y9HD, T. 21.5.2007, E. 2006/29243, K. 2007/15688 ve kararın incelenmesi *Uşan*, 102-111.

⁶⁷⁶ *Alp*, Değerlendirme 2013, 241.

⁶⁷⁷ *Süzek*, 705. *Narmanlıoğlu*, Değerlendirme 2007, 114. *Doğan Yenisey*, Cezai Şart, 39. *Uşan*, 107. *Yıldız*, Sözleşmesel Kayıtlar, 161. *Yıldız*, 185-186, 303.

hakkının özüne dokunacak veya kullanımını aşırı derecede güçleştirecek derecede fahiş bir miktarda belirlenmiş olmasıdır⁶⁷⁸.

Uyuşmazlık halinde cezai şartın fahiş olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından takdir edilir. Cezai şartın fahiş olması durumunda uygulanacak yaptırım ise şartın yer aldığı hukuk kaynağına göre değişiklik gösterir. Şöyle ki, bireysel iş sözleşmesiyle getirilmiş bir cezai şart fahiş miktarda ise TBK'nın 182/son hükmünde yer alan “*Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” düzenlemesi uyarınca hakim tarafından tenkise tabi tutulabilir⁶⁷⁹.

Buna karşılık, toplu iş sözleşmesiyle getirilen fahiş miktardaki cezai şartın tenkise tabi olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler vardır. Buna göre öğretide bir görüş⁶⁸⁰, TİS ile getirilen cezai şartın hakim tarafından indirilebileceğini ancak bu müdahalenin bireysel iş sözleşmesi ile getirilen cezai şarta yapılacak bir müdahaleye oranla daha hafif olması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, toplu iş sözleşmesi de hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşme olduğuna göre, hukuki temelini hakkaniyet ve dürüstlük kuralında bulan ve emredici nitelik taşıyan TBK'nın 182/son hükmü toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şart hakkında da uygulanmalıdır.

Öğretide bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁶⁸¹, toplu iş sözleşmesi ile getirilen cezai şart, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bir sonucu olarak hakim

⁶⁷⁸ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 39. Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 66, 167. Aynı yazar, 185-186, 303. Astarlı, 321. Alp, Değerlendirme 2013, 244-246. Sarıbay, 265.

⁶⁷⁹ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 42. Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 166.

⁶⁸⁰ Uşan, 105. Alpagut, Değerlendirme 2001, 126-127. Alp, Değerlendirme 2013, 249-250.

⁶⁸¹ Seliçi, 216. Süzek, 750. Süzek, Sınırlandırma, 87-79. Süzek, Askı, 118. Süzek, 750. Soyer, Cezai Şart, 365. Narmanlıoğlu, Feshe Karşı Koruma, 333-334. Doğan Yenisey, Cezai Şart, 42-43. Astarlı, 320. Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 166-167. Baycık, 456.

tarafından indirilemez. Zira, anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi özerkliği uyarınca taraflar, sözleşmeyle aralarında emredici normatif hukuk kuralları oluştururlar. Bu niteliği itibarıyla toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart hakimin müdahale yetkisinin dışında kalır. Buna karşılık, cezai şartın fesih hakkının kullanılmasını olanaksız kılacak derece yüksek belirlenmesi durumunda, söz konusu hüküm STİSK'in 33/V hükmü uyarınca kanunun emredici kurallarına aykırılık sebebiyle geçersizdir.

II. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshi

Belirli süreli iş sözleşmeleri ancak haklı nedenin varlığı halinde süresinden önce sona erdirilebilir⁶⁸². Sözleşmenin haklı bir neden olmaksızın süresinden önce sonlandırılması halinde uygulanacak olan yaptırım, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulüne kadar hukukumuzda düzenlenmemiştir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshinin hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden ilki⁶⁸³, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmaksızın feshini alacaklı temerrüdü olarak nitelendirmiştir. Bu görüşü savunanlar, belirli süreli iş sözleşmelerinin ancak haklı nedenle derhal feshedilebileceğini, haklı nedenin yokluğu halinde derhal fesih hakkı doğmamış olacağından fesih beyanının hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmeyeceğini ileri sürmüştür. Buna göre, işverenin haklı nedene dayanmayan fesih beyanı, alacaklının

⁶⁸² Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 222. Wyler/Heinzer, 497.

⁶⁸³ Seliçi, 216. Esener, 215-216. Süzek, Askı, 118-119. Süzek, Değerlendirme 1998, 73-74. Soyer, Cezai Şart, 365. Narmanlıoğlu, Belirli Süreli, 14 ve dn 15. Sümer, Belirli Süreli, 6. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 335 ve dn. 1159'da sayılan yazarlar

iş i kabulden kaçınma beyanı olarak yorumlanmalıdır. Bu durumda işçi, iş sözleşmesinin devam süresi boyunca çalışmak zorunda olmaksızın ücretini talep edebilir. Buna karşılık, işçinin kıdem tazminatı talep etmesi olanaklı değildir. Zira, fesih beyanı sözleşmeyi sona erdirmemekte, işverenin temerrüde düşmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu görüşü savunanlar, 1475 sayılı İş Kanununun 62/c hükmünü (4857 sayılı İş Kanunu m. 66/I-c) görüşlerine dayanak olarak göstermektedir. Zira anılan hükümde işçinin, işinde ve işverenin her an buyruğuna hazır halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak iş i bekleyerek boş geçirdiği süreler, kanuni çalışma süresinden sayılmıştır. Belirli süreli sözleşmelerde işçi sözleşmede öngörülen süre boyunca edimini ifa etmekle, işveren de bu edimi kabulle yükümlü olduğuna göre, işverenin iş görme edimini kabul etmemesi halinde işçinin çalıştırılmaksızın geçirdiği süreler işçinin çalışma süresinden sayılmalıdır.

Oğuzman tarafından savunulan diğer bir görüşe göre⁶⁸⁴, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın süresinden önce feshedilmesi işverenin yarattığı kusurlu imkansızlık olarak nitelendirilmelidir. Buna göre, haklı neden olmaksızın feshedilen sözleşme, kusurlu imkansızlık nedeniyle süresinden önce sona erer. Bu durumda işçi, işverenden uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Bu görüşe göre, yoksun kaldığı ücret yanında kıdem tazminatı da uğradığı zarar kapsamında değerlendirilir. Bu itibarla, işçi işverenden kıdem tazminatını talep edebilir.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise⁶⁸⁵, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmaksızın feshi iş sözleşmesini sona erdirir. Bu

⁶⁸⁴ *Oğuzman*, Fesih, 143-152.

⁶⁸⁵ *Ekonomi*, 333. *Narmanlıoğlu*, Belirli Süreli, 16. *Narmanlıoğlu*, Kıdem Tazminatı, 405. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 867. *Alpagut*, 181-182. *Ayan*, 474.

durumda yapılan fesih haksızdır, ancak sözleşme fesih beyanıyla sona erdiğinden işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

6098 sayılı Kanundan önceki dönemde Yargıtay, işe hiç başlamamış olan işçinin işe başlatılmamasını işveren temerrüdü⁶⁸⁶; buna karşılık iş sözleşmesi devam ederken belirli süreli iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshini haksız fesih olarak nitelendirmiştir⁶⁸⁷. Yüksek Mahkeme, sözleşmenin haksız feshi durumunda işçiye ödenmesi gereken bakiye süreye ilişkin ücreti “*tazminat*” olarak nitelendirmiş ve sözleşmesi süresinden önce haksız olarak feshedilen işçinin kıdem tazminatına hak kazandığına hükmetmiştir⁶⁸⁸. Yüksek Mahkeme bakiye süreye ilişkin talebi, mülga Borçlar Kanununun 325. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “*Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur*” hükmüne göre hesaplamıştır⁶⁸⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 438. maddesi ile belirli süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshi, ilk defa düzenlenmiş ve yukarıda yer

⁶⁸⁶ Y9HD, T. 26.2.1998, E. 1998/388, T. 1998/2734, Tekstil İşveren, Temmuz 1998, 16.

⁶⁸⁷ Y9HD, T. 18.3.1998, E. 1998/2611, E. 1998/5145, İstanbul Barosu Dergisi, Mart 1999, 202-203. Y9HD, T. 13.4.1998, E. 1998/3198, K. 1998/6469, Tekstil İşveren, Eylül 1998, 17-18.

⁶⁸⁸ Y9HD, T. 9.6.1992, E. 1992/3555, K. 1992/6382. Y9HD, T. 19.6.1997, E. 1997/8502, K. 1997/122/96. Y9HD, T. 23.6.1997, E. 1997/7658, K. 1997/12575. Y9HD, T. 3.2.1997, E. 1997/16602, K. 1997/20091. Y9HD, T. 29.12.1997, E. 1997/21060, K. 1997/22846. Y9HD, T. 21.4.1998, E. 1998/3170, K. 1998/7549. Y9HD, T. 15.11.1999, E. 1999/14565, K. 1999/17470. HGK, T. 2.2.2011, E. 2010/9-666, K. 2011/18. Y9HD, T. 3.6.2010, E. 2008/28693, K. 2010/16017. Y9HD, T. 10.11.2009, E. 2008/22914, K. 2009/31306. Y9HD, T. 14.4.2009, E. 2008/14510, K. 2009/10568. (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası)

⁶⁸⁹ Y9HD, T. 20.11.2007, E. 2007/27457, K. 2007/34668, Çalışma ve Toplum, S. 17, 302-303. Y9HD, T. 16.6.2008, E. 2007/16098, K. 2008/15750. Y9HD, T. 21.4.2009, E. 2007/38588, K. 2009/11408. (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası)

verilen tartışmalara son verilmiştir. Buna göre, sözleşmenin süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshi halinde iş ilişkisi, fesih beyanıyla fiilen ve hukuken sona erer⁶⁹⁰. Bu durumda haksız feshine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshine ilişkin olarak çalışma hayatını düzenleyen kanunlarda özel bir düzenleme olmadığından, TBK'nın 438. maddesi İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından uygulama alanı bulur⁶⁹¹.

1. Bakiye Süreye İlişkin Tazminat Talebi

A. Talebin Hukuki Niteliği ve Kapsamı

Belirli süreli iş sözleşmesinin, işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde işçi, sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi sebebiyle uğradığı ücret kaybını talep edebilir. İşçinin uğradığı ücret kaybı, iş ilişkisi sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolmasıyla sona erseydi elde edeceği miktara karşılık gelir. Buna karşılık, İsviçre hukukunda bakiye sürenin on yıldan uzun olması halinde ödenecek miktar, işçinin on yıl altı aylık sürede kazanacağı ücret üzerinden hesaplanır. On yıl altı ayı aşan süreler ise dikkate alınmamaktadır. Zira, İBK'nın 334. maddesinde tarafların on yıldan uzun süreli belirli süreli hizmet sözleşmesini on yılın geçmesinden sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyararak her zaman feshedebilecekleri düzenlenmiştir⁶⁹². TBK'nın 430. maddesi uyarınca aynı sonuca Türk hukuku bakımından da varılması gerektiği kanaatindeyiz.

⁶⁹⁰ Caniklioğlu, 113. Kaplan, 222. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 274. Gloor, 789.

⁶⁹¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 876. Caniklioğlu, 113. Doğan Yenisey, 345. Aynı yazar, Türk Borçlar Kanunu, 103.

⁶⁹² Wyler/Heinzer, 605.

Bakiye süreye ilişkin bu talep, tazminat niteliğindedir. Bu nedenle, bakiye süre tazminatının hesaplanmasında, İş Kanununun 34. maddesinde “...*Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır*” hükmüyle ücret alacakları için getirilen özel faiz türü uygulanmaz⁶⁹³. Bunun gibi Sosyal Güvenlik Kurumu’na bakiye süre ücreti üzerinden prim ödenmesi gerekmez⁶⁹⁴. İsviçre Borçlar Kanununun bakiye süreye ilişkin talebi düzenleyen CO 337c al. 1 hükmünde ise, bu talebin tazminat niteliğinde olduğuna ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Buna karşılık, İsviçre hukukunda da haksız fesih sözleşmeyi derhal sona erdirdiğinden, bakiye süreye ücretinden sigorta primi kesilmesine yer olmadığı kabul edilmektedir⁶⁹⁵.

Tazminatın hesaplanmasında, çıplak ücretin mi yoksa giydirilmiş ücretin mi esas alınması gerektiği konusunda, öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre,⁶⁹⁶ tazminatın hesaplanmasında, işçinin geniş anlamda ücreti dikkate alınmalıdır. Düzenlemede “*kazanabileceği miktarı*” ifadesine yer verilmesinden de açıkça anlaşılabileceği gibi düzenlemeyle amaçlanan işçinin ücret kaybının eksiksiz olarak giderilmesidir. Bu itibarla, işçinin belirli sürenin dolmasıyla sözleşmenin sona ermesine kadar doğacak olan ücreti, ücret artışları ve ücret ekleri tazminatın hesabına dahil edilmelidir. Buna karşılık, Türk hukukunda tazminatın

⁶⁹³ *Tuncay*, Belirli Süreli, 910. *Güzel*, Değerlendirme 2010, 147. *Şahlanan*, Değerlendirme 2012, 76. *Çil*, 60. Y9HD, T. 3.6.2010, E. 2008/28693, K. 2010/16017. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁶⁹⁴ *Caniklioğlu*, 113. *Güzel*, Değerlendirme 2010, 147. *Şahlanan*, Değerlendirme 2012, 76. *Alpagut*, Belirli Süreli, 122. *Çil*, 61.

⁶⁹⁵ *Wylter/Heinzer*, 606.

⁶⁹⁶ *Soyer*, Hizmet Sözleşmesi, 36 ve dn. 140. *Kaplan*, Haksız Fesih, 223. *Savaş*, 233. *Gülver*, 1019.

hesaplanmasında çıplak ücretin esas alınması gerektiği yönündeki görüş de savunulmaktadır⁶⁹⁷.

İsviçre hukukunda, bakiye süre ücretinin hesaplanmasında giydirilmiş ücret ile varsa toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret artışları, ikramiye, izin ücretleri, fazla çalışma ücretlerinin de dikkate alınacağı kabul edilmektedir⁶⁹⁸. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi bu kurala bir istisna getirmekte ve belirli süreli iş sözleşmesi altı buçuk-yedi ay ve daha sonra sona erecek olan işçiler hakkında verdiği kararlarda bakiye süre yeterince uzun olduğundan, izin ücretlerinin bakiye süre ücretine dahil edilmemesini haklı bulmaktadır. Bu içtihat, hukuki güvenlik ilkesine aykırı düşmekte ve anılan istisnayı haklı kılan herhangi bir meşru gerekçe bulunmaması nedeniyle eleştirilmektedir⁶⁹⁹.

B. Mahsup Edilecek Değerler

Belirli süreli iş sözleşmesi haksız feshedilen işçiye ödenecek bakiye süreye ilişkin tazminattan bazı değerlerin mahsup edilmesi gerekir. Buna göre, Türk Borçlar Kanununun 438. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işçinin işi yapmaması dolayısıyla tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazmaktan kasten kaçındığı değerler tazminattan indirilir⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ Caniklioğlu, 113. Narmanlioğlu, Belirli Süreli, 18 dn 25. Alpagut, Yeni Borçlar Kanunu, 142.

⁶⁹⁸ Venturi-Zen-Ruffinen, 427. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 286-287. Wyler/Heinzer, 606. İsviçre hukukunda, haksız fesih ile iş sözleşmesi hukuken ve fiilen derhal sona erdiğinden, sözleşme süreli fesih yoluyla sona erdirilseydi bildirim süresi boyunca ödenecek olan sosyal sigorta primlerinin işveren payına düşen kısmı da işçinin fesih nedeniyle uğradığı olumlu zarar kapsamında değerlendirilmektedir. Gloor, 792-793.

⁶⁹⁹ Gloor, 792. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 287 ve dn. 1'de sayılan kararlar.

⁷⁰⁰ Y9HD, T. 3.6.2010, E. 2008/28693, K. 2010/16017. Y9HD, T. 16.6.2008, E. 2007/16098, K. 2008/15750. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

İşçinin çalışmaması dolayısıyla tasarruf ettiği değerlerden bahsedilebilmesi için bu masrafların münhasıran işçinin gördüğü işe ilişkin olması gerekir. Örneğin, işçinin işe gidip gelirken yaptığı yol masrafları, iş kıyafetleri için yaptığı masraflar bu kapsamda değerlendirilebilir⁷⁰¹. Belirtmek gerekir ki Yargıtay, işçinin başka bir işte çalışmadığı ve gelir elde etmekten kasten kaçınmadığı durumlarda, indirim miktarına belli bir oran üzerinden karar vermekte ve genelde bu oranı %5 ile sınırlı tutmaktadır⁷⁰².

İşçinin başka bir işte çalışarak elde ettiği değerler bakımından, işçinin bu çalışmasının bağımlı veya bağımsız çalışma olması arasında fark yoktur⁷⁰³. Diğer bir ifadeyle, işçinin kazandığı gelir serbest meslek faaliyetine dayanabileceği gibi, başka bir işverene bağımlı olarak çalışması sonucunda da kazanılmış olabilir. İşçi fesihten sonra daha düşük ücretle bir iş bulursa bu miktar, işverence ödenecek tazminattan indirilir. İşçinin daha yüksek ücretli bir iş bulması durumunda ise, tazminat ödeme yükümlülüğü bu tarihten itibaren sona erer. Buna karşılık işveren, bütün bir hesaplama yaparak bakiye süre tazminatından indirim yapamaz⁷⁰⁴. İşçinin çalışmamakla beraber, işsizlik sigortasından işsizlik yardımı alması halinde bu miktar da bakiye süre tazminatından indirilir⁷⁰⁵. Bunun dışında, Yüksek Mahkeme işçinin bu süre içinde emekliliğe hak kazanması halinde tazminattan uygun bir

⁷⁰¹ *Alpagut*, 187. *Bozkurt Gümrükçüoğlu*, 353. *Savaş*, 233. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 288.

⁷⁰² Y9HD, T. 19.6.2007, E. 2007/11049, K. 2007/19514, Çalışma ve Toplum, S. 16, 293-294. Y9HD, T. 11.3.2008, E. 2007/35715, K. 2008/4514. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁰³ *Alpagut*, 187. *Bozkurt Gümrükçüoğlu*, 354.

⁷⁰⁴ *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 287 ve dn 3.

⁷⁰⁵ Y9HD, T. 21.5.2009, E.2007/41429, K. 2009/13673. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

indirim yapılması gerektiğini kabul etmektedir⁷⁰⁶. Belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen işçiye ihbar tazminatı ödenmişse, bu tutarın da tazminattan mahsup edilmesi gerekir. İhbar tazminatına ilişkin mahsup işlemi, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan tutar üzerinden gerçekleştirilir⁷⁰⁷.

Bunun dışında, işçinin kasten elde etmekten kaçındığı miktar da bakiye süre tazminatından indirilir. İşçinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak gelir elde etmekten kaçınması halinde Yargıtay, işçinin niteliklerine göre iş bulabileceği zamanı saptamakta ve bu süreden sonra iş bulamamasını kazanmaktan kasten kaçındığı değer olarak nitelendirmektedir⁷⁰⁸. İşçinin kasten gelir elde etmekten kaçındığının kabul edilebilmesi için, tecrübesine ve gelir düzeyine uygun bir iş bulduğu halde çalışmayı reddetmiş olması gerekir. İşçinin yetenek ve niteliklerine uygun olmakla beraber, sırf önceki işinde kazandığından daha düşük ücretli olması nedeniyle bir işi reddetmesi durumunda da kasten gelir elde etmekten kaçındığı kabul edilir⁷⁰⁹.

Yargıtay içtihadı “*Fesihden sonra iş arandığının ve bulunmadığının kanıtlanması işçiye düşer. Karşı deliller işverenden sorulmalıdır. Tereddüt halinde bu işlerden anlayan uzman bir bilirkişi marifetiyle dosya içeriğine göre bir inceleme yaptırılarak ne kadar zamanda iş bulabileceği ya da fesih tarihi, davacının yaşı ve iş*

⁷⁰⁶ Y9HD, T. 29.12.1997, E. 1997/21069, K. 1997/22846 ve Özdemir’in değerlendirmesi, Özdemir, Değerlendirme, 79.

⁷⁰⁷ Yürekli, B. III, 152. Çil, 61. Y22HD, T. 9.4.2014, E. 2013/7893, K. 2014/7476, Çil, İlke Kararları, 298-299.

⁷⁰⁸ “Davacı, ücret ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının, müdür olarak davalı bankada çalıştığı belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının nitelikli personel olması nedeniyle iş bulma şansı ve çalışmamaktan dolayı yol parası dışında tasarruf edeceği miktar göz önüne alınarak %30’tan aşağı olmamak üzere bir indirim yapılarak bir karar verilmesi gerekir” Y9HD, T. 29.1.2007, E. 2007/96, K. 2007/1142. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁰⁹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 287. Caruzzo, no. 573. Wyler/Heinzer, 608.

tecrübesi dikkate alınarak iş bulup bulamayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır” yönündeki kararda açıkça belirtildiği üzere, iş aradığını ve bulamadığını işçinin ispat etmekle yükümlü olduğu yönündedir ⁷¹⁰.

Bununla birlikte öğretide *Gümrükçüoğlu*’na göre ⁷¹¹, işçinin İş-Kur’a başvurduğunu ispatlaması yeterli sayılmalı, işçinin iş aramaktan kasten kaçındığı işverence güçlü delillerle ortaya konulamamışsa, kazanmaktan kasten kaçınılan gelirin olmadığı kabul edilmelidir.

İsviçre hukukunda ise, işçinin kasten gelir elde etmekten kaçındığını işveren ispat etmekle yükümlüdür. Buna göre, işveren işçinin yetenek ve nitelikleri dikkate alındığında iş bulması kolay olduğu halde kasten yeni bir iş bulmaktan imtina ettiğini ispatlarsa, işçinin çalışsaydı kazanabileceği miktar tazminattan indirilir ⁷¹².

Son olarak belirtmek gerekir ki, uygulamada işçiler sözleşmenin belirli süreli olmasına güvenerek bakiye ücret alacağının ödenmesi talebiyle dava açmakta, buna karşı işverenler sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu zira, sözleşmenin belirli süreli olarak kurulması için aranan objektif koşulların mevcut olmadığını ileri sürmektedir. Yargıtay da sözleşmenin belirli süreli olarak kurulabilmesi için aranan objektif koşulların mevcudiyetini itiraz üzerine ve hatta re’sen araştırmakta, uyuşmazlığı bu sorunun yanıtına göre çözmektedir. Buna göre, Yüksek Mahkeme “*Olayda belirli süreli hizmet akdi yapmanın objektif nesnel unsuru yoktur. Bu nedenlerle davacının bakiye süre ücret alacağı ve bakiye süre için ikramiye taleplerinin reddi gerekirken*

⁷¹⁰ Y9HD, T. 13.12.2004, E. 2004/12120 K. 2004/27469. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁷¹¹ *Bozkurt Gümrükçüoğlu*, 356.

⁷¹² *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 288. *Caruzzo*, no. 573. *Wyler/Heinzer*, 608. TF 4C 100/2001 du 12.6.2001, c. 6. a-c.

aksine düşünce ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir” yönünde kararlar vermektedir⁷¹³.

Kararda da belirtildiği üzere, sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü halinde işçinin bakiye ücret alacağı talebi reddedilmekte ve aslında işçiyi korumak amacıyla getirilmiş bir düzenleme işçi aleyhine sonuç doğurmaktadır. Üstelik bu durumda işe iade davası açmak için aranan hak düşürücü süre de dolmuş olduğundan, işçi işe iade davası açamamakta ve mağdur edilmektedir. Öğretide *Başterzi*⁷¹⁴, söz konusu uygulamanın işçinin anayasal hak olan hak arama özgürlüğünü ihlal ettiğini haklı olarak ifade etmektedir.

Bunun da ötesinde, geçerlilik koşulları bulunmadığı halde sözleşmeyi başta belirli süreli olarak kuran işverenin daha sonra aksi yönde iddiada bulunarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırıdır. Özellikle işe iade davası açmak için aranan hak düşürücü sürenin geçmesi durumunda, bakiye süre tazminatının ödenmesi için dava açan işçinin, sözleşmenin belirli süreli olduğuna dair haklı güveninin korunması gerekir⁷¹⁵.

Şüphesiz ki, İş Kanununun belirli süreli sözleşmelerin kurulmasını objektif koşulların varlığına bağlayan 11. maddesi emredici niteliktedir. Bununla birlikte, iş hukuku normları çoğunlukla “*sosyal kamu düzeni*”nin korunması amacıyla getirilmiş kurallardır. Sosyal kamu düzeni ise, kamu düzeninin mutlak ve emredici yapısından

⁷¹³ Y9HD, T. 22.9.2011, E. 2009/16417, K. 2011/33229. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) Benzer yönde, Y9HD, T. 5.2.2013, E. 2010/20850, K. 2013/4273 ve *Alp*’in değerlendirmesi *Alp*, Değerlendirme 2013, 179-187. Y22HD, T. 25.10.2013, E. 2012/26868, K. 2013/22350, *Çil*, İlke Kararları, 301-302.

⁷¹⁴ *Başterzi*, Belirli Süreli, 447-448.

⁷¹⁵ *Alp*, Değerlendirme 2013, 181, 183. *Başterzi*, Belirli Süreli, 443-444.

farklı olarak, mutlaklıktan uzak nisbi nitelik taşır. Bu nedenle iş hukukunda, yalnızca işçi aleyhine düzenleme getirilmesini yasaklayan nisbi emredici normlara yer verilmiştir. Söz konusu normlarının sosyal kamu düzeni normu niteliğinde olması, emredici kurallara aykırılığın iş hukukunun doğası, amacı ve özelliklerine uygun sonuçlar doğurmasını gerektirir⁷¹⁶. Bu nedenle zayıf tarafın korunmasını amaçlayan norma aykırılık halinde uygulanacak yaptırım, yalnızca normun korumak istediği taraf lehine sonuç doğurmalıdır. Sözleşmenin kanunda aranan objektif koşullar bulunmaksızın belirli süreli olarak kurulması halinde, baştan itibaren belirsiz süreli sayılması da işçilerin menfaatlerinin korunması amacıyla getirilmiş bir yaptırımdır⁷¹⁷. Sözleşmenin belirsiz süreli sayılması işçi aleyhine sonuçlar doğuracaksa, işveren yasada aranan objektif koşulların bulunmadığını ileri sürememelidir. Diğer bir ifadeyle, objektif koşulların bulunmadığı sadece işçi tarafından ileri sürülebilmelidir. Nitekim Alman ve Fransız hukukunda objektif koşullara aykırılığın yalnızca işçi tarafından ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁷¹⁸. Eklemek gerekir ki, sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun işverence ileri sürülmesi mümkün olmadığı gibi, hakim de bu hususu resen dikkate alması olanaklı değildir. Zira, bu durumda yargı organı, yasa koyucunun amacına aykırı olarak işçiyi korumak için getirilen bir kuralın işçi aleyhine sonuçlar doğurmasına sebebiyet vermiş olur⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Doğan Yenisey, 168. Alp, Değerlendirme 2013, 182.

⁷¹⁷ Doğan Yenisey, 314-315.

⁷¹⁸ Doğan Yenisey, 375. Alp, Değerlendirme 2013, 184.

⁷¹⁹ Tuncay, Değerlendirme 2011, 46-47. Doğan Yenisey, 377. Başterzi, Belirli Süreli, 448. Alp, Değerlendirme 2013, 179-187. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 271-272.

2. Haksız Fesih Tazminatı

Belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi halinde, Türk Borçlar Kanununun 438. maddesinin son fıkrasında *“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”* düzenlemesiyle özel bir tazminat öngörülmüştür. Anılan düzenleme ile hakime, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak işçiye altı aylık ücretini aşmayacak bir ek tazminat ödenmesine hükmetme yetkisi tanınmıştır. Haksız fesih tazminatı olarak adlandırılan bu tazminat, sözleşmeyi haksız olarak fesheden işvereni cezalandırmak amacıyla getirilmiş özel bir tazminattır⁷²⁰. Zira, söz konusu tazminata hükmedilmesi için işçinin herhangi bir maddi kayba uğramış olması aranmamakta; düzenleme bu yönüyle işverenleri sözleşmeyi haksız yere feshetmekten caydırmayı amaçlamaktadır⁷²¹.

Haksız fesih tazminatı, sözleşmenin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi durumunda istenebilir. Sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesheden işçi, haksız fesih tazminatı isteyemez⁷²². Haksız fesih tazminatının hesabında esas alınacak ücret, düzenlemede aksi öngörülmediğinden işçinin çıplak ücretidir⁷²³.

Öğretide Özdemir⁷²⁴, İş Kanununa tabi belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi halinde, işçi kıdem tazminatını talep edebileceğinden

⁷²⁰ Doğan Yenisey, Türk Borçlar Kanunu, 103-104. Caniklioğlu, 113. Venturi-Zen-Ruffinen, 431.

⁷²¹ Doğan Yenisey, Türk Borçlar Kanunu, 104. Venturi-Zen-Ruffinen, 431. Alpagut, Yeni Borçlar Kanunu, 932. Kaplan, Haksız Fesih, 224-225. Yürekli, 281. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 288. Wyler/Heinzer, 609.

⁷²² Venturi-Zen-Ruffinen, 434.

⁷²³ Yürekli, 282.

⁷²⁴ Özdemir, Sona Erme, 33. Özdemir, Eleştirel Bakış, 107-108.

Türk Borçlar Kanunu ile ayrıca bir haksız fesih tazminatı getirilmesinin isabetsiz olduğunu ifade etmektedir. Kanımızca, haksız fesih tazminatını düzenleyen TBK'nın 438/III hükmü İş Kanununa tabi belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde de uygulama alanı bulur. Zira, kıdem tazminatı sözleşmesi feshedilen işçinin kıdemini ödüllendirmeyi amaçlarken, haksız fesih tazminatı sözleşmeyi haksız olarak fesheden işveren aleyhine getirilmiş bir medeni ceza ya da kanundan doğan bir cezai şart niteliğindedir⁷²⁵. Diğer bir ifadeyle, her iki tazminatın amaçları birbirinden farklıdır. Bu itibarla, İş Kanununa tabi olarak belirli süreli sözleşmeyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin haksız feshi halinde kıdem tazminatına hak kazandığından hareketle TBK'nın 438/III hükmünden yararlanmayacağını söylemenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz⁷²⁶.

Öğretide bir görüş⁷²⁷, ilk fıkrada düzenlenen bakiye süreye ilişkin tazminatla üçüncü fıkranın beraber yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, düzenleme ile ek bir tazminat değil, bakiye süre tazminatına altı aylık bir süre sınırı getirilmiştir.

Kanımızca, düzenlemede sözleşmeyi haksız olarak fesheden işverene karşı medeni ceza niteliğinde ek bir tazminat öngörülmüş olup, bakiye süre tazminatının sınırlandırılması amaçlanmamıştır. Zira, düzenlemede yer alan “...*ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminat*” ifadesinden öngörülenin ek bir tazminat olduğu açıkça anlaşılmaktadır⁷²⁸. Bunun da ötesinde, bakiye süreye ilişkin tazminat yalnızca belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshine uygulanırken, haksız fesih tazminatı

⁷²⁵ Soyer, Hizmet Sözleşmesi, 44.

⁷²⁶ Aynı yönde bkz. Yürekli, 277. Soyer, Hizmet Sözleşmesi, 44. Süzek, İş Hukuku, 721-722.

⁷²⁷ Ayan, 476.

⁷²⁸ Mollamahmutloğlu/Astarlı/Baysal, 878-879. Kaplan, Haksız Fesih, 225.

hem belirli hem de belirsiz süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde uygulanan ek bir tazminattır.

Haksız fesih tazminatı somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından takdir edilir. Hakimin tazminat miktarını belirlerken işçinin ortak kusurunun bulunup bulunmadığı, yaşı, kıdemi, işyerindeki konumu, kişilik haklarının ne derece zarar gördüğü, feshin ağırlığı, tarafların ekonomik durumu, işveren nezdinde ne kadarlık bir tazminatın caydırıcı olacağı gibi unsurları dikkate alması gerekir⁷²⁹.

Öğretide bir görüşe göre⁷³⁰, haksız fesih tazminatı işçinin kişilik haklarına saldırı teşkil eden bir haksız feshin varlığı halinde işçinin uğradığı zararı ispat yükümlülüğü bulunmaksızın hakimin miktarını belirleyeceği bir tazminat olarak kabul edilmelidir. Bu itibarla, işverenin işçinin devamsızlık yaptığı süreyi veya işyerinde bulunan mallara verdiği zarar miktarını yanlış hesaplaması ya da altı işgünlük hak düşürücü süreyi kaçırmaması nedeniyle sözleşmenin haksız feshi halinde işçinin kişilik haklarına bir saldırı bulunduğu bahsedilemez. Bu itibarla anılan durumlarda haksız fesih tazminatına hükmedilmesi gerekmez.

Haksız fesih tazminatı doğrudan işçinin uğradığı maddi ya da manevi zararın karşılanmasına yönelik olmadığından, tazminata hükmedilebilmesi için işçinin zarara uğradığını ve bu zararın derecesini kanıtlaması gerekmez⁷³¹. Bununla birlikte kanımızca, haksız fesih tazminatına hükmedilebilmesi için işçinin mutlaka kişilik haklarının ihlal edilmiş olması gerekmez. Zira, düzenlemede somut olayın koşullarının dikkate alınması gereğinden bahsedilmiş, kişilik haklarının ihlali

⁷²⁹ Savaş, 228-229. Doğan Yenisey, Türk Borçlar Kanunu, 104. Alpagut, Yeni Borçlar Kanunu, 142. Gülver, 1022. Mollamahmutloğlu/Astarlı/Baysal, 879. Soyer, Hizmet Sözleşmesi, 43. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 289. Caruzzo, no. 574. Wyler/Heinzer, 609.

⁷³⁰ Doğan Yenisey, Türk Borçlar Kanunu, 103-107.

⁷³¹ Venturi-Zen-Ruffinen, 433-434. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 288.

kriterine ise yer verilmemiştir. Buna göre, örneğin terfii yaklaşan kıdemli bir işçinin yıllardır çalıştığı işini kaybetmesi, emekliliğine az kalan ve yeni bir iş bulması zor olan bir işçinin iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesi halinde ya da işsizlik sigortasından yararlanabilecekken çıkış kodunun ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık olarak gösterilmesi nedeniyle işsizlik maaşı talebi SGK tarafından reddedilen işçinin durumu düşünüldüğünde kişilik haklarına bir saldırı söz konusu olmasa dahi haksız fesih tazminatına hükmedilmesi gerekir.

Buna karşılık, Yargıtay'ın haksız fesih tazminatına hükmettiği bir kararı henüz bulunmamaktadır. Yargıtay içtihadı, sözleşmenin haksız feshi aynı zamanda işçinin kişilik haklarını ihlal ediyorsa işçinin manevi tazminat talep edebileceği yönündedir⁷³². Yüksek Mahkeme yakın tarihli bir kararında *"Dosya kapsamına göre "işveren yetkilisinin ellerinde görüntülerinin bulunduğunu belirterek ahlaksızlıkla suçlamasının" davacının kişilik haklarına saldırı ve kişilik haklarının ihlali niteliğinde olduğunun kabulü gerekirken davalıların kendi iddialarını ispatlayamaması karşısında manevi tazminat talebinin kabulü gerekirken Mahkemece, gerekçesi dahi belirtilmeden yazılı şekilde talebin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"* gerekçesiyle işveren vekili tarafından ahlaksızlıkla suçlanarak iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin manevi tazminat talep edebileceğine karar vermiştir⁷³³.

Kanımızca, Yargıtay içtihadında haksız fesih tazminatına yer verilmesi isabetli olacaktır. Daha önce de açıkladığımız gibi, haklı nedenle derhal fesih

⁷³² Y9HD, T. 16.4.2015, E. 2014/2671, K. 2015/14580, Çalışma ve Toplum, S. 47, 2015/4, 475-476. Y9HD, T. 6.2.2014, E. 2013/2174, K.2014/1508, Çalışma ve Toplum, S. 44, 2015/1, 573-574.

⁷³³ Y9HD, T. 16.4.2015, E. 2014/2671, K. 2015/14580, Çalışma ve Toplum, S. 47, 2015/4, 475-476.

işverence uygulanan yaptırımların en ağıridir. Zira, işçiyi tek geçim kaynağı olan ücretinden mahrum bırakmakta, işçinin mesleki itibarının sarsılmasına neden olmakta ve bundan sonraki dönemde iş bulmasını güçleştirmektedir. Bu derece ağır sonuçları olan haklı nedenle derhal fesih, istisnai olarak başvurulacak bir fesih türü olmalıdır. Bunun için işverenin, sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetmeden önce iki kere düşünmeye zorlanması gerekir. İşverenin haklı nedenle derhal feshe istisnai durumlarda başvurmayla zorlanması, haksız feshin ağır yaptırımlara tabi tutulması halinde mümkün olur. Zira, sözleşmeyi haksız olarak fesheden işveren, şu an uygulamada olduğu gibi yalnızca ihbar tazminatı ya da bakiye süre tazminatı ödeyeceğini bilirse sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetmeye çekinmez. Bu durum, haklı nedenle derhal feshin olağanüstü fesih niteliğinin kağıt üstünde kalmasına yol açar. Anılan nedenlerle İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmenin haksız fesih durumunda kural olarak haksız fesih tazminatına hükmedilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre yalnızca istisnai durumlarda, örneğin sözleşmenin haksız feshine rağmen işverene hiçbir kusur atfedilemiyorsa veya kusuru çok hafifse ya da ileri sürülen neden haklı neden ağırlığında olmamakla beraber feshi meşru kılacak nitelikteyse yahut fesih makul bir şüpheye dayanıyorsa hakim haksız fesih tazminatına hükmetmeyebilir⁷³⁴.

İsviçre hukukunda haksız fesih tazminatının işçinin uğradığı manevi zararı da kapsadığı kabul edilmektedir. Buna karşılık, feshin son derece ağır nitelik taşıdığı istisnai durumlarda, haksız fesih tazminatı işçinin uğradığı manevi zararı gidermede yetersiz kalıyorsa, örneğin işveren tarafından işçinin maddi ve manevi bütünlüğüne

⁷³⁴ TF 4C.74/2000 du 16.8.2001, c. 5.a. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 288. *Caruzzo*, no. 574. *Dunan/Mahon/Berenstein*, 154. *Wyler/Heinzer*, 609-610. *Gloor*, 796.

bir saldırıda bulunulmuşsa, işçi ayrıca manevi tazminat talebinde bulunabilir⁷³⁵. İsviçre Federal Mahkemesinin önüne gelen bir olayda bankacı olan işçi, güveni kötüye kullanma suçunu işlediği şüphesiyle işten çıkarılmış ve hakkında ceza davası açılmıştır. Ceza davası senelerce devam etmiş ve dava sonunda işçinin isnat edilen suçu işlemediğine karar verilmiştir. İşçi bunun üzerine işverene dava açmış ve haksız fesih tazminatı yanında manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Federal Mahkeme, manevi tazminatın ancak işçiye işveren tarafından sözlü veya fiili saldırıda bulunulmuş olması gibi istisnai durumlarda istenebileceğine, olayda haksız fesih tazminatının altı aylık üst sınırdan belirlendiği de dikkate alındığında ayrıca manevi tazminat ödenmesine yer olmadığına karar vermiştir⁷³⁶.

3. Kıdem Tazminatı

1475 sayılı İş Kanununun halen yürürlükte olan 14. maddesi uyarınca, asgari bir yıl süreyle çalışmış olması ve iş sözleşmesinin İK m. 25/II bendinde gösterilen sebepler dışında feshedilmesi durumunda işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Buna göre, kıdem tazminatına hak kazanmak bakımından iş sözleşmesinin türü değil ve fakat sona erme biçimi önem taşır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin belirli süreli olması kıdem tazminatı talebini başlı başına engelleyen bir olgu değildir. Belirli süreli iş sözleşmelerinin fesih yoluyla sona erdirilebilmesi, ancak fesih için haklı neden bulunması halinde olanaklıdır. Buna göre, sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilen işçi ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan fesihler dışında şartları varsa kıdem tazminatına hak kazanır⁷³⁷.

⁷³⁵ Wyler/Heinzer, 610. Gloor, 797.

⁷³⁶ TF 4A_218/2012, du 24.7.2012, c. 2.3.

⁷³⁷ Narmanlıoğlu, Kıdem Tazminatı, 386. Narmanlıoğlu, Değerlendirme 2007, 159.

Feshin haksız olması durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı ise, ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Yukarıda da açıklandığı gibi, TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın feshedilmesi halinde sözleşmenin sona ermeyeceği, bu durumda işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceği çoğunluk tarafından kabul edilmekteydi. Bu görüş uyarınca sözleşme fesih yoluyla sona ermediğinden işçi kıdem tazminatına hak kazanamıyordu⁷³⁸. Buna karşılık Yargıtay, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden öne haklı bir neden olmaksızın feshini haksız fesih olarak nitelendirmekte ve bu halde işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını kabul etmekteydi⁷³⁹.

TBK'nın 438. maddesiyle haksız feshin belirli süreli iş sözleşmesini sona erdireceği açıkça düzenlemiştir. Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından süresinden önce feshedilmesi durumunda sözleşme, fesih beyanı karşı tarafa ulaştığı anda fiilen ve hukuken sona erer. Feshin haksız olması bu durumu değiştirmez⁷⁴⁰. Bu itibarla, sözleşmenin süresinden önce haksız feshi halinde işçi koşulları varsa kıdem tazminatını talep edebilir⁷⁴¹.

4. İhbar Tazminatı

İş Kanununun m. 17/4 hükmü uyarınca iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uymadan süreli fesih yoluyla sona erdiren işveren, işçinin kıdemine göre belirlenen bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarındaki tazminatı (ihbar tazminatı) işçiye

⁷³⁸ bkz. dn. 680.

⁷³⁹ *Narmanlioğlu*, Kıdem Tazminatı, 398-401 ve dn. 57 ve 62'de sayılan kararlar.

⁷⁴⁰ *Ayan*, 476. *Caniklioğlu*, 113. *Alpagut*, Yeni Borçlar Kanunu, 142. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 274.

⁷⁴¹ *Süzek*, 740. *Soyer*, Hizmet Sözleşmesi, 36. *Bozkurt Gümrükçüoğlu*, 360. *Gülver*, 1017-1018.

ödemekle yükümlüdür. Bildirim sürelerine uyma yükümlülüğü yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli feshi bakımından söz konusudur. Zira, belirli süreli iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce sona erdirilmesi durumunda ihbar tazminatı yaptırımı uygulanmaz⁷⁴².

5. Kötüniyet Tazminatı

Türk Borçlar Kanunu, İş Kanununu ve Deniz-İş Kanununda fesih hakkının kötüye kullanılması özel bir yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, fesih hakkını kötüye kullanarak iş sözleşmesini sona erdiren işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücreti üç katı tutarında kötüniyet tazminatı ödemekle yükümlüdür⁷⁴³.

Öte yandan İsviçre Borçlar Kanununun CO 337c hükmü göz önünde tutularak hazırlanan TBK'nın 438. maddesiyle hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi özel olarak düzenlenmiş ve yukarıda da açıklandığı gibi düzenlemeyle belirli süreli iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçinin bakiye süreye ilişkin tazminat yanında haksız fesih tazminatı talep edebileceği kabul edilmiştir.

Düzenlemenin alındığı İsviçre Borçlar Kanununda da haksız fesih tazminatı ve kötüniyet tazminatına birlikte yer verilmiş, ancak Türk hukukundan farklı olarak her iki tazminatın miktarı işçinin altı aylık ücreti tutarında eşit olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, İsviçre hukukunda haksız fesih tazminatı ile kötüniyet tazminatının

⁷⁴² Süzek, Değerlendirme 1998, 72. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 172. Alpagut, 189. Ayan, 477. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 360. Y9HD, T. 30.5.2003, E. 2002/26600, K. 2003/9651. Y9HD, T. 4.11.2004, E.2004/8152, K. 2004/24860. Y9HD, T. 8.2.2005, E. 2004/9243, K. 2005/3625.

⁷⁴³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §5 “Kötüniyet Tazminatı”

aynı olayda birleşmeyeceği, ancak sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi durumunda tazminat miktarı işverenin aynı zamanda kötüniyetli olup olmaması dikkate alınarak belirleneceği kabul edilmektedir⁷⁴⁴.

Daha önce de açıkladığımız üzere, haksız fesih tazminatı ile kötüniyet tazminatı birbirini dışlayan iki hukuki kurumdur. Zira, haklı nedenle derhal fesih hakkı, sebebe bağlı yenilik doğuran haktır. Buna göre, haklı nedenle derhal fesih hakkı ancak haklı nedenlerin varlığı halinde doğar. Haksız fesih, hak doğmaksızın iş sözleşmesinin sona erdirilmesi anlamına gelir. Buna karşılık, hakkın kötüye kullanılması ancak bir hakkın varlığı halinde söz konusu olur. Diğer bir ifadeyle, fesih hakkı doğmuş ancak dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmışsa fesih kötüniyetlidir. Birinde doğmamış bir hakkın kullanılması ötekinde ise mevcut bir hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğundan, iki tazminatın aynı olayda birleşmesi olanaksızdır⁷⁴⁵.

Konu belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından değerlendirilecek olursa, belirli süreli iş sözleşmeleri ancak haklı nedenin varlığı halinde süresinden önce fesih yoluyla sona erdirilebilir. Haklı neden yoksa işverenin fesih hakkı yoktur. Bu durumda, mevcut olmayan bir hakkın kötüye kullanılması olanaklı değildir⁷⁴⁶. Bunun da ötesinde, kötüniyet tazminatı süreli fesih hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımıdır. Belirli süreli iş sözleşmeleri ise süreli fesih yoluyla sona erdirilemezler. Bu itibarla, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi kötüniyet tazminatı talep

⁷⁴⁴ *Venturi-Zen-Ruffinen*, 434. *Caruzzo*, no. 574. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 261, 289. *Dunan/Mahon/Berenstein*, 154. *Wyler/Heinzer*, 611. *Doğan Yenisey*, Türk Borçlar Kanunu, 105.

⁷⁴⁵ *Oğuzman*, Fesih, 282. *Süzek*, Kötüye Kullanma, 20. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 865. *Sümer*, Uygulamalar, 249. *Doğan Yenisey*, Türk Borçlar Kanunu, 105.

⁷⁴⁶ *Wyler/Heinzer*, 497.

edemez⁷⁴⁷. Uyuşmazlık konusu bir olayda da taraflar arasında bir yıllık belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmiş ancak, sözleşme süresinden önce haklı neden olmaksızın işverence feshedilmiştir. Olayda davacı işçi ihbar, kıdem ve kötüniet tazminatının ödenmesi talebiyle dava açmış ve yerel mahkeme talep yönünde hüküm kurmuştur. Yüksek Mahkeme isabetli olarak, sözleşme haklı neden olmaksızın feshedilmekle birlikte, taraflar arasındaki sözleşmenin belirli süreli sözleşme niteliğinde olduğu ve süreli sözleşmenin feshi halinde ihbar ve kötüniet tazminatlarının istenemeyeceği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur⁷⁴⁸.

6. Cezai Şart

İş sözleşmesinde sözleşmeyi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın fesheden işveren aleyhine cezai şart kararlaştırılması mümkündür. Bu durumda kararlaştırılan cezai şart miktarı, işverenin TBK'nın 435. maddesi uyarınca işçiye ödemekle yükümlü olduğu bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat miktarından daha düşük olamaz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de *“Borçlar Kanununun 161. maddesine göre taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür”* yönündeki kararıyla TBK'nın 435. maddesinin nisbi emredici niteliğinin cezai şart hükmüne etkisini ortaya koymuştur⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 941. *Alpagut*, Değerlendirme 2001, 94. Bedük, 920, 954. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 222. Dunand, Commentaire Stämpfli, 660.

⁷⁴⁸ Y9HD, T. 28.3.2001, E. 2001/5272, K. 2001/4939, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, 46.

⁷⁴⁹ Y9HD, T. 21.1.2010, E. 2009/46225, K. 2010/604, LİSGHD, S. 25, 314.

Cezai şartın niteliği konusunda öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁷⁵⁰, sözleşmede cezai şart kararlaştırılması halinde kural olarak, TBK'nın 179. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya cezanın ifasını isteyebilir*” hükmü uyarınca seçimlik cezai şart söz konusu olur. Bu durumda, işçi dilerse TBK'nın 438. maddesinde düzenlenen tazminatları dilerse cezai şartı talep edebilir. Bununla birlikte, sözleşmede aksi kararlaştırılmışsa işçi, hem cezai şartı hem de kanunda düzenlenen tazminatları talep edebilir. Bu durumda cezai şart ifaya eklenen cezai şart niteliği taşır.

Yargıtay içtihadı yönünde olan diğer bir görüşe göre⁷⁵¹, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart, ifaya eklenen cezai şart niteliğindedir. Buna göre, TBK'nın 179. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir*” hükmü uyarınca işçi, hem sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı hem de bakiye süreye ilişkin tazminatı (ve hatta haksız fesih tazminatını) birlikte talep edebilir.

Kanımızca ilk görüşe göre üstünlük tanımak gerekir. Zira, ifayla istenebilecek cezai şart, özellikle gecikmiş ifalarda uygulama alanı bulur ve bu durumda alacaklı hem gecikmiş ifayı hem de cezai şartı talep edebilir⁷⁵². İş sözleşmesinin ifasından anlaşılması gereken işverenin ücret ödeme borcunu, işçinin

⁷⁵⁰ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 30. Şahlanan, Değerlendirme 2012, 84-85. Alpagut, 196-197. Aynı Yazar, Yeni Borçlar Kanunu, 143.

⁷⁵¹ Y9HD, T. 21.1.2010, E. 2009/46225, K. 2010/604, LİSGHD, S. 25, 2010. Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 166. Soyer, Hizmet Sözleşmesi, 44. Astarlı, 320. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 363-364.

⁷⁵² Oğuzman/Öz, II, 513.

ise iş görme edimini yerine getirmesidir. Kanunda belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi halinde sözleşmenin sona ereceği kabul edilmiştir. Bu durumda bakiye süreye ilişkin talep, sözleşmeden doğan *asıl borcun ifasının (ücretin)* değil; *sözleşmenin süresinden önce feshinden doğan tazminat alacağının* talebidir⁷⁵³. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin haksız feshi borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi anlamına gelir. Bu durumda işçi aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, ya cezai şartı ya da bakiye süreye ilişkin tazminatı talep edebilecektir.

İsviçre hukukunda da haksız fesih tazminatını düzenleyen CO 337c hükmü nisbi emredici düzenlemeler arasında sayılmıştır. Buna göre, taraflar sözleşmede işçinin daha lehine bir tazminat öngörebilirler. Haklı neden olmaksızın sözleşmeyi fesheden işverenin, işçiye altı aylık ücreti tutarında veya daha fazla tazminat ödeyeceğinin kararlaştırılması durumunda bu tazminat, haksız fesih tazminatı yerine geçer. Bu durumda hakimin sözleşmesel tazminat yanında ayrıca haksız fesih tazminatına hükmetmesi olanaklı değildir⁷⁵⁴.

§6 İŞÇİ TARAFINDAN YAPILAN HAKSIZ FESHİN SONUÇLARI

I. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshi

1. TBK m. 439 Düzenlemesi

TBK'nın 439. maddesinde “*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*

⁷⁵³ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 30. Şahlanan, Değerlendirme 2012, 85.

⁷⁵⁴ Wylter/Heinzer, 610, 612. Gloor, 798.

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” yönündeki düzenlemeyle işçi tarafından yapılan haksız feshin sonuçları düzenlenmiştir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, düzenlemede sözleşmenin türü bakımından bir ayrıma yer verilmemiştir. Bu itibarla düzenleme, hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmeleri hakkında uygulanır⁷⁵⁵.

İşçinin işe başlamaması, ilk işgünü ve devamında işe gelmemesi anlamına gelir. İşçinin aniden işi bırakması ise, hiçbir haklı neden ileri sürmeksizin bir anda işi bırakıp gitmesi ya da sözleşmeyi haklı neden niteliği taşımayan bir nedenle derhal feshetmesidir⁷⁵⁶.

Öğretide savunulan bir görüşe göre⁷⁵⁷, iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi aynı zamanda bir usulsüz fesih teşkil ettiğinden, İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından TBK’nın 439. maddesi uygulanmaz. Zira, İş Kanunu uyarınca yalnızca bir halde işçi, işverenin bir zararı olmasa da haksız fesih nedeniyle sorumlu olur. Bu durum İK’nın 23. maddesinde düzenlenen işçinin sözleşme süresinin dolmasından önce işi bırakıp yeni bir işveren yanında çalışmaya başlamasıdır. Bunun dışındaki hallerde işveren yalnızca genel hükümler uyarınca işçiden uğradığı zararın tazminini

⁷⁵⁵ Caniklioğlu, 114. *Alpagut*, Yeni Borçlar Kanunu, 145. *Gülver*, 1025. *Soyer*, Hizmet Sözleşmesi, 36.

⁷⁵⁶ *Wylter/Heinzer*, 613. *Gloor*, 802.

⁷⁵⁷ *Doğan Yenisey*, Türk Borçlar Kanunu, 107-108. *Alpagut*, Yeni Borçlar Kanunu, 145. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 881-882. *Yürekli*, 284. *Sümer*, Uygulamalar, 246.

talep edebilir⁷⁵⁸. Kanımızca İK'nın 23. maddesi işçinin haksız fesihten sorumlu olduğu halleri değil, madde başlığında da belirtildiği gibi işçinin haksız feshinden hangi hallerde yeni işverenin sorumlu olacağını düzenlemektedir. Buna karşılık, İş Kanununda işçinin haksız fesihten sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm yer almamaktadır.

Daha önce de açıkladığımız üzere haksız fesih ve usulsüz fesih hukuki temelleri birbirinden farklı olan hukuki kavramlardır. Haksız fesih, haklı nedenle fesih hakkı doğmaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesi anlamına gelirken, usulsüz fesih, işçinin her zaman mevcut bulunan süreli fesih hakkını bildirim sürelerine uymaksızın kullanmasıdır. Bu ayrım hem işveren hem de işçi tarafından yapılan fesihlerde geçerli bir ayrımdır. Bu itibarla, nasıl ki işverenin haksız feshinde, İş Kanununda konuya ilişkin hüküm bulunmadığı gerekçesiyle TBK'nın 438. maddesi uygulanmalıysa aynı şekilde, iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi halinde de, İş Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından, TBK'nın 439. maddesinin uygulanması gerektiği ileri sürülebilir.

Bununla birlikte, işçinin haksız feshine ilişkin TBK'nın 439. maddesi, işverenin haksız feshine ilişkin düzenlemeden farklı olarak, İş Kanunu ile uyumlu değildir. Düzenleme, İş Kanunu hükümleri dikkate alınmadan getirildiği izlenimini uyandırmaktadır. İki Kanun arasındaki bu iletişimsizlik son derece isabetsiz sonuçlara yol açmaktadır. Bu husus aşağıda açıklanacaktır.

Bu konuda ilk olarak belirtmek gerekir ki, TBK'nın 439. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra işverenin haksız feshinde olduğu gibi, işçinin haksız feshinin usulsüz feshe tahvili olanağının ortadan kalktığı ileri sürülebilir. Bu

⁷⁵⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 882.

durumda, iki fesih türü arasında bir ayrıma gidilerek yaptırımın belirlenmesi gerekir. Teorik temelleri çok farklı olmakla birlikte, uygulamada haksız fesih ile usulsüz feshin birbirinden ayrılması ise oldukça güçtür. Bu noktada işçinin iradesine bakılarak güven teorisi ışığında sözleşmeyi haklı nedenle derhal mi, yoksa bildirim sürelerine uymaksızın süreli fesih yoluyla mı sona erdirdiği belirlenmelidir. Buna göre, işçinin fesih beyanı, beyanın yapıldığı andaki somut koşullar dikkate alındığında, işverence dürüstlük kuralına göre nasıl anlaşılması gerekiyorsa öyle yorumlanmalıdır⁷⁵⁹. Örneğin işçi, “*ücretimin sözleşme şartlarına uygun olarak tam ve zamanında ödenmemesi nedeniyle istifa ediyorum*” gibi bir haklı neden isnat ederek iş sözleşmesini sona erdirmiş, ancak ileri sürülen fesih nedeni gerçekte mevcut değilse, fesih haksızdır. Buna karşılık işçi, istifa ettiğini bildirmiş, sonrasında belli bir süre çalışmaya devam etmiş ve fakat ihbar süresinin dolmasından önce işten ayrılmışsa fesih usulsüzdür.

Öğretide bir görüş⁷⁶⁰, işçinin davranış ve sözlerinden sözleşmeyi haklı nedenle derhal mi yoksa süreli fesih yoluyla mı sona erdirdiği anlaşılamıyorsa, işverenin fesih iradesinin belirlenmesinde olduğu gibi işçi lehine yorum yaparak sorunun çözülmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

İsviçre hukukunda ise, yenilik doğuran hakların muhatabın hukuki durumunda belirsizlik yaratacak şekilde kullanılması durumunda, ilk olarak güven teorisi uyarınca değerlendirme yapılır. Buna göre, yenilik doğuran işleme muhatabın somut olayın koşulları ile dürüstlük kuralları uyarınca verdiği anlam esas alınır⁷⁶¹. Buna karşılık, güven teorisine göre dahi hangi hakkın kullanıldığı anlaşılamıyorsa,

⁷⁵⁹ Seliçi, 115-116. Baycık, 304. Venturi-Zen-Ruffinen, 288. Caruzzo, no. 576. Gloor, 735.

⁷⁶⁰ Baycık, 303.

⁷⁶¹ Venturi-Zen-Ruffinen, 287. Caruzzo, no. 576. Wyler/Heinzer, 501. Gloor, 802.

hak sahibi aleyhine “*contra proferentem*” yorum yapılır. Bu durumda seçimlik haklardan hangisi muhatabın daha lehineyse onun kullanıldığı kabul edilir⁷⁶². Bu yorumun yapılabilmesi için hakkın kullanıldığı açık olmakla beraber, hangi hakkın kullanıldığı konusunda belirsizlik bulunması gerekir. Aksi takdirde beyan hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Örneğin, işçinin iş görme borcunu yerine getirmeyeceğini işverene bildirmesi, her durumda sözleşmenin feshedildiği anlamına gelmez. İşçi, herhangi bir nedenle çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığını bildirmek istemiş de olabilir. Ücreti ödenmeyen işçinin, bu nedenle sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetme hakkı olduğunu işverene hatırlatması da aynı şekilde işçinin fesih beyanı olarak yorumlanamaz. Zira, bu durumda işçi fesih hakkını kullanmamakta ve fakat böyle bir hakkı olduğunu işverene hatırlatmaktadır. İşçinin izinden sonraki bir kaç gün işe gelmemesi durumunda da sözleşmenin işçi tarafından haksız olarak feshedildiği kesin olarak söylenemez. Buna karşılık, işçi hiçbir açıklama yapmadan birdenbire işi bırakır ve aylarca işe dönmezse artık sözleşmenin işçi tarafından haksız olarak feshedildiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte işçi hastalığı nedeniyle uzun süredir işe devam edemiyor ve bu durum işveren tarafından biliniyorsa sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği iddia edilemez⁷⁶³.

Buna göre, sözleşmeyi hangi tür fesih hakkını kullanarak sona erdirdiği belirsiz olan işçi hakkında, her ne kadar onun aleyhine sonuç doğursa da muhatap lehine yorum kuralı uygulanması gerektiği kanısındayız. Zira, fesih hakkını kullanan işçi bu hakkını işverenin hukuki durumunda belirsizlik yaratacak şekilde

⁷⁶² Vionnet, 184. Venturi-Zen-Ruffinen, 288-289. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 224. Caruzzo, no. 555. Wyler/Heinzer, 501. Baycık, 302.

⁷⁶³ Venturi-Zen-Ruffinen, 289. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 224. Wyler/Heinzer, 613. Gloor, 802-803. Baycık, 302. TF 4C.413/2004, du 10.3.2005, c.2.2.

kullanmakta, yenilik doğuran hakların kullanılmasında açıklık ve kesinlik ilkesine aykırı hareket etmektedir⁷⁶⁴.

Bu noktada “*hangi fesih daha ağır bir yaptırımı gerektirir*” sorusunun cevaplanması gerekir. Hukukumuzda sözleşmeyi usulsüz fesheden işçi ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür. İhbar tazminatı işçinin kıdemine göre işçinin iki ila sekiz haftalık ücreti tutarında olup götürü niteliktedir. Buna göre, işveren hiçbir zarara uğramamış olsa dahi, işçi ihbar tazminatını ödemekle yükümlüdür. Sözleşmeyi haksız fesheden işçi ise, aylık ücretinin dörtte biri tutarında bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Bunun da ötesinde, işveren zarara uğramamış veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise hâkim bu tazminatı indirebilir. Bu çerçevede, en kıdemsiz işçinin ödeyeceği ihbar tazminatı bile aylık ücretinin dörtte birinden fazladır. Bu durumu anlamak güçtür. Zira, anılan düzenlemeler uyarınca işvereni mobbing yapmakla, ücretini ödememekle, iş güvenliği önlemlerini almamakla, işyerinde cinsel tacizi önlememekle suçlayarak işten ayrılan işçi, sözleşmeyi süreli fesih yoluyla sona erdiren ancak bildirim sürelerine uymayan işçiye göre avantajlı bir konumdadır.

Kanımızca, işverenin varsa aşan zararlarını isteyebilecek olması da bu sonucu değiştirmemektedir. Zira, işverenin aşan zararı, ihbar tazminatı gibi götürü nitelikte olmayıp tazminat hukuku anlamında ispatı gereken bir zarardır⁷⁶⁵.

Bu durumda, İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından sözleşmeyi haksız olarak fesheden işçi hakkında, daha ağır bir yaptırım olan usulsüz feshe ilişkin

⁷⁶⁴ Aksi görüşte Baycık, 303, yazar, işçinin süreli veya derhal fesih haklarından hangisinin kullanıldığının güven teorisinin uygulanmasına rağmen belirsiz kalması durumunda, işçi beyanın işveren lehine yorumlanmasının, iş hukukunda amaçsal yorum ilkesinden sonra uygulanması gereken işçi lehine yorum ilkesine aykırı olacağını ileri sürmektedir.

⁷⁶⁵ Wylter/Heinzer, 616.

yaptırımların uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, işçinin haksız feshine usulsüz feshe göre daha hafif bir yaptırım uygulamak hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, haksız feshe usulsüz feshe oranla daha hafif bir yaptırım öngören kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ve İş Kanununa tabi işçiler bakımından Türk Borçlar Kanununun uygulanmayacağı kabul edilmelidir.

Olması gereken hukuk açısından, iki Kanun arasındaki bu iletişimsizlik bir an evvel giderilmelidir. Bu itibarla, işçinin iş sözleşmesini haksız feshi daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmalı veya en azından usulsüz fesih ile haksız feshin yaptırımları arasında bir denge kurulmalıdır. Nitekim iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi halinde uygulanacak olan TBK'nın 438. maddesi haksız fesih ile usulsüz fesih arasındaki ağırlık farkını ortaya koymaktadır. Zira, işveren iş sözleşmesini haksız olarak feshettiğinde, birinci fıkrada düzenlenen ihbar tazminatı yanında işçinin en fazla altı aylık ücreti tutarında ek bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Benzer bir düzenlemenin, belki daha az bir tazminat öngörülmesi şartıyla, işçinin haksız feshi bakımından da getirilmesi isabetli olacaktır.

2. İhbar Tazminatı

Öğretide bir görüş⁷⁶⁶, TBK m. 439 hükmünün İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından uygulanmayacağını ve iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi halinde işçinin, İK m. 17 uyarınca ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi aynı zamanda bir usulsüz fesih teşkil ettiğinden haksız feshin yaptırımı ihbar tazminatıdır.

⁷⁶⁶ Doğan Yenisey, Türk Borçlar Kanunu, 107-108. Sümer, Uygulamalar, 246. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 881-882. Alpagut, Yeni Borçlar Kanunu, 145. Yürekli, B.III, 316.

Yargıtay da iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshini usulsüz fesih olarak değerlendirmekte ve bu durumda işverenin işçiden ihbar tazminatı isteyebileceğini kabul etmektedir⁷⁶⁷.

Kanımızca haksız fesih ve usulsüz feshin birbirinden ayrı hukuki kurumlardır. Bununla birlikte, bir önceki başlıkta açıklanan gerekçelerle sözleşmeyi haksız olarak fesheden İş Kanununa tabi bir işçi İK'nın 17. maddesi uyarınca işverene ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür.

II. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshi

1. TBK m. 439 Düzenlemesi

Belirli süreli iş sözleşmelerinin işçi tarafından haksız feshi halinde, İş Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından, hem Borçlar Kanununa hem de İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından TBK'nın 439. maddesinde düzenlenen “İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren,

⁷⁶⁷ Y7HD, T. 21.5.2013, E. 2013/8068, K. 2013/9281, Çil, İlke Kararları, 585-586. Y9HD, T. 4.4.2016, E. 2014/38076, K. 2016/8119. Y22HD, T. 23.12.2015, E. 2014/25852, K. 2015/35546. “Dosyada ki bilgi ve belgelerden davalı işçinin hizmet akdini haklı bir neden olmaksızın ve işverene ihbar öneli tanımaksızın feshettiği, bu sebeple mahkemenin davacı işverenin ihbar tazminatını hak edeceğine dair kabulünün yerinde olduğu ancak; taraflar arasında ki diğer bir alacak davasında kesinleşen karara göre, davalı işçinin tazminata esas giydirilmiş brüt ücretinin aylık 1.581,38 TL olup, 56 günlük ihbar süresine göre, ihbar tazminatının brüt 2.951,91 TL, net 2.486,72 TL olduğu bankanın işçiye ödemesi gereken net 715,01 TL nin mahsubu sonucunda, davacı bankanın bakiye ihbar tazminatı alacağı net 1.735,71 TL olup, takibin asıl alacak açısından bu miktar üzerinden ve bu miktarın temerrüt tarihi olan 19/04/2007 tarihinden takip tarihi olan 15/11/2012 tarihine kadar işleyecek yasal faizi hesaplanarak devamına karar verilmesi gerekirken, mahkemece bu hususlar değerlendirilmeden takibin aynen devamına karar verilmesi hatalıdır” Y9HD, T. 10.09.2015, E. 2014/11778, K. 2015/25293. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

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” hükmü uygulama alanı bulur⁷⁶⁸.

Düzenlemeyle iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi halinde işveren lehine işçinin aylık ücretinin dörtte birine tekabül eden bir tazminat öngörülmüştür. Bu tazminata hükmedilebilmesi için, sözleşmenin işçi tarafından haklı bir nedene dayanmaksızın feshedilmesi yeterlidir. İşverenin ayrıca bir zarara uğradığını ispatlaması gerekmez⁷⁶⁹. İşverenin, işçinin haksız feshi nedeniyle uğradığı diğer zararları tazminat olarak isteyebilmesi içinse, uğradığı zararı ispat etmesi gerekir. İşveren zarara uğramamışsa ya da uğradığı zarar işçinin dörtte birlik ücretinden azsa, hakim maktu tazminatı indirebilir. İşverenin zarara uğramadığını işçi ispat etmekle yükümlüdür⁷⁷⁰.

Yasada tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona erdirilmemişse, işverenin tazminat isteme hakkını kullanabilmesi için otuz gün içinde takip başlatması veya dava açması gerektiği düzenlenmiştir. Bu süre hak düşürücü süredir. Öğretide bir görüşe göre⁷⁷¹, otuz günlük hak düşürücü süre ek zararlar için öngörülmüş olup, işçinin aylık ücretinin dörtte biri tutarındaki götürü tazminat on yıllık genel

⁷⁶⁸ Yürekli, 286.

⁷⁶⁹ Kaplan, Haksız Fesih, 227. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 292. Wyler/Heinzer, 616.

⁷⁷⁰ Bozkurt Gümrükçüoğlu, 366-367. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 292. Wyler/Heinzer, 616,

⁷⁷¹ Kaplan, Haksız Fesih, 367.

zamanaşımına tabidir. Buna karşılık öğretide bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁷⁷², otuz günlük süre götürü tazminat için öngörölmüş olup işverenin uğradığı diğer zararlar ise on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. Zira, işverenin götürü tazminatı talep edebilmek için bir zarara uğramış olması aranmazken, ek zararların talep edilebilmesi için işverenin haksız fesih nedeniyle bir zarara uğramış ve bu zararı ispatlamış olması gerekir. İşverenin ispat yükümlölüğünü yerine getirebilmesi ve uğradığı zararı belirleyebilmesi içinse süreye ihtiyacı vardır.

Buna karşılık, işveren takas hakkını otuz günlük hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman kullanabilir⁷⁷³. Belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda işveren aşan zararını isteme hakkını saklı tutmaksızın götürü tazminatı işçiye olan borcundan takas eder ve işçiye kalan ücretini öderse, on yıllık zamanaşımı dolmamış olsa bile aşan zararını isteme hakkından feragat etmiş sayılır⁷⁷⁴. Bununla birlikte, işveren zararın varlığından henüz haberdar değilse, tazminat isteme hakkını saklı tutmaksızın işçiye ücretini ödemiş olması bu haktan feragat ettiğı biçiminde yorumlanamaz⁷⁷⁵.

⁷⁷² Bozkurt Gümrükçüoğlu, 368. *Alpagut*, Belirli Süreli, 127-128. *Caniklioğlu*, 114. *Gülver*, 1027. *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 293. *Caruzzo*, no. 577. *Wyler/Heinzer*, 616.

⁷⁷³ *Wyler/Heinzer*, 616. TBK'nın 407/2 hükmü uyarınca işçinin kasten neden olduğı zararların ücret alacağı ile takası ancak bu durumun yargı kararıyla sabit olması halinde olanaklıdır. Bunun dışında işveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. *Süzek*, 416.

⁷⁷⁴ *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, 293. ATF 110 II 344 = JdT 1985 I 380 = SJ 1985/278 = JAR 1986/79. İşverenin aşan zararını talep etme hakkından feragat etmiş kabul edilebilmesi için iş sözleşmesinin sonunda, (götürü tazminat da dahil) hiçbir kesinti yapmadan işçiye kalan ücretini ödemiş olması gerektiğı yönünde, *Caruzzo*, no. 577.

⁷⁷⁵ *Wyler/Heinzer*, 617. *Gloor*, 809.

2. İhbar Tazminatı

İş Kanununun 17/4 hükmü uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesini süreli fesih sona erdiren taraf, yasada öngörülen bildirim sürelerine uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülük hem işçi hem de işveren bakımından öngörülmüştür. Bildirim sürelerine uyulmaksızın sözleşmenin sona erdirilmesi halinde ise bu yükümlülüğe uymayan taraf karşı tarafa ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olur. Bununla birlikte bildirim şartı yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli feshi bakımından uygulanır. Belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde, ihbar tazminatı ödenmesi gerekmez. Bunun ilk nedeni feshedilen sözleşmenin belirli süreli olmasıdır. İkincisi sözleşmenin süreli fesih yoluyla değil de derhal fesih yoluyla sona erdirilmiş olmasıdır. Bu itibarla, belirli süreli iş sözleşmesini haksız olarak fesheden işçi işverene ihbar tazminatı ödemekle yükümlü değildir⁷⁷⁶.

3. Cezai Şart

İşgücü piyasasında rekabet koşullarının giderek ağırlaşması nitelikli işgücüne duyulan ihtiyacı arttırmış ve bunun sonucunda rakip işletmeler arası işçi geçişi artış göstermiştir. Bu nedenle, işletmelerin rekabet edilebilirliklerini korumaları, özel önem arz eden işçilerini ellerinde tutmalarına bağlı hale gelmiştir. Bu itibarla, işverenler hem piyasadaki konumlarını korumak hem de nitelikli işçilerini kaybetmemek amacıyla çeşitli hukuki yollar aramaktadır⁷⁷⁷. Bu yollardan biri de işçilerin iş sözleşmelerini haksız olarak feshetmeleri halinde cezai şart ödeyeceklerinin kararlaştırılmasıdır. Uygulamada işverenler, özellikle nitelikli veya

⁷⁷⁶ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 172. Taşkın, 106.

⁷⁷⁷ Soyer, Cezai Şart, 363.

mesleki eğitim verdirerek yatırım yaptıkları işçilerini kaybetmemek amacıyla iş sözleşmelerinde cezai şarta yer vermektedirler⁷⁷⁸. İş sözleşmesinin haksız feshi halindeyse bu cezai şartın talep edilebilirliği tartışma konusu olmaktadır. Bu bölümde işçi aleyhine getirilen cezai şartın geçerliliği ve sözleşmenin haksız feshi halinde işverence istenebilecek cezai şart miktarının hesabında dikkate alınacak kriterler ele alınacaktır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, cezai şart işçinin kişilik haklarını ihlal ettiği ölçüde geçersizdir. Örneğin “*Kadın personel, çalışmayı taahhüt ettiği sürenin bitiminden evvel evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshederse giydirilmiş son brüt aylık ücretinin 3 katı tutarındaki cezai şartı şirkete öder*” şeklindeki bir şart işçinin kişilik haklarına aykırı olup geçersiz sayılmalıdır⁷⁷⁹.

Cezai şart, TBK’nın 420. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ancak hem işçi hem de işveren aleyhine kararlaştırıldığı takdirde geçerlidir. Zira, işsizliğin yüksek olduğu ülkemizde iş bulma güçlüğü içinde olan ve ekonomik bakımdan güçsüz olan işçilerin iş sözleşmesinin hükümleri üzerine pazarlık etme güçlerinin bulunmadığı ve işveren tarafından dayatılan cezai şarta çoğu kez razı olmak durumunda kalacakları bilinen bir gerçektir⁷⁸⁰.

Buna karşılık öğretide bir görüş⁷⁸¹, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde işverenin bakiye süre tazminatı ödemekle yükümlü olduğu dikkate alındığında, sözleşmede bakiye süre ücreti tutarını aşmamak koşuluyla yalnızca işçi aleyhine cezai şart getirilmesi halinde bu cezai şartın geçerli olduğunu, zira bu halde

⁷⁷⁸ *Süzek*, Sınırlandırma, 20. *Süzek*, Değerlendirme, 1998, 120.

⁷⁷⁹ *Yıldız*, Sözleşmesel Kayıtlar, 170 ve dn. 537.

⁷⁸⁰ *Süzek*, Değerlendirme, 1998, 120-121. *Özdemir*, Cezai Şart, 147. *Ekmekçi*, Değerlendirme 1999, 63.

⁷⁸¹ *Soyer*, Cezai Şart, 366-367.

karşılıklılık esasının sağlanmış olduğunu ileri sürmektedir. Kanımızca da iş sözleşmesinde işçi aleyhine en fazla bakiye süre ücreti tutarında cezai şart getirilmesi durumunda karşılıklılık esası sağlanmış olur. Zira uygulanacak sonuçlar bakımından iş sözleşmesinde “*sözleşmeyi haksız olarak fesheden işçi veya işveren karşı tarafa bakiye süre ücreti tutarında tazminat öder*” hükmüne yer verilmesi ile “*sözleşmeyi haksız olarak fesheden işçi işverene bakiye süre tutarında tazminat öder*” hükmüne yer verilmesi arasında bir fark yoktur. İlk ihtimalde sözleşmeyi haksız olarak fesheden işveren sözleşmede kararlaştırılan cezai şart uyarınca bakiye süre ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacak, ikinci ihtimalde ise TBK’nın 438. maddesi uyarınca bakiye süre ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Her iki ihtimalde de işverenin ödeyeceği tazminat miktarı aynı olacağına göre, cezai şart kaydında sözleşmeyi haksız olarak fesheden işverenin bakiye süre ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı ifadesine yer verilmiş olup olmaması arasında bir fark bulunmamaktadır.

İşçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart miktarı, işveren aleyhine kararlaştırılan cezai şart miktarından fazla olmamalıdır⁷⁸². Bu konudaki Yargıtay içtihadı da, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart miktarının işverenin sorumluluğunu aşması durumunda, cezai şartın tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işverenin sorumlu olduğu cezai şart miktarıyla sınırlı olduğu yönündedir⁷⁸³. Buna karşılık öğretide bir görüş⁷⁸⁴, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işverenin ödeyeceği cezai şarttan daha yüksek olarak belirlenmesi halinde, bu şartın tümüyle geçersiz kabul edilmesi

⁷⁸² Doğan Yenisey, Cezai Şart, 29. Şahlanan, Değerlendirme 2012, 81. Özdemir, Cezai Şart, 147.

⁷⁸³ Y22HD, T. 4.4.2016, E. 2015/4244, K. 2016/9555. Y9HD, T. 7.3.2016 , E. 2014/32706, K. 2016/4958. Y9HD, T. 22.2.2016, E. 2014/30506, K. 2016/3383. Y9HD, T. 10.12.2015, E. 2014/24185, K. 2015/35123. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁸⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 885.

gerektiğini ileri sürmektedir. Kanımızca karşılıklılık esası sağlandığı takdirde, cezai şart miktarından tenkis yapılması taraf iradelerine daha uygun bir çözüm olacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, sadece işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılması halinde cezai şart kural olarak geçersizdir⁷⁸⁵. Yüksek Mahkeme de bir kararında *“Davacı işveren, davalı işçiden ihbar tazminatı ile taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 25. maddesinde kararlaştırılmış olan cezai şartın ödetilmesini istemiş, mahkemece her iki istek hüküm altına alınmıştır. İş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan cezai şartın, sözleşmede öngörülen otuz günlük haber verme süresine uyulmaması halinde işçi tarafından ödeneceği öngörülmüştür. Cezai şartın, sadece işçi bakımından düzenlendiği ve tek taraflı olduğu ve ayrıca ihbar tazminatı geçmek üzere kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. İş sözleşmelerinde tek taraflı olarak işçi aleyhine öngörülen cezai şart kural olarak geçerli değildir. Cezai şartın geçerli olabilmesi için karşılıklılık ilkesi gereğince, sözleşmenin her iki tarafı yönünden kararlaştırılması gerekir”* gerekçesiyle yalnızca işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın kural olarak geçersiz olduğuna isabetli olarak hükmetmiştir⁷⁸⁶.

Bununla birlikte son yıllarda işverenler, işyerlerinde vasıflı eleman çalıştırmak amacıyla yatırım yapmakta, işçilerinin yurtiçinde veya yurtdışında eğitim almalarını sağlamakta ve bu eğitim masrafları işverenler tarafından karşılanmaktadır. İşverenlerin, işçilerine bu nevi yatırımlar yapmasının altında yatan neden vasıf kazandırdıkları nitelikli işçileriyle uzun yıllar çalışmak istemeleridir. Bu itibarla, işçilerin iş sözleşmelerini süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshetmeleri

⁷⁸⁵ *Süzek*, Değerlendirme, 1998, 120-121. *Alp*, Değerlendirme 2012, 239. *Özdemir*, Cezai Şart, 147. *Ekmekçi*, Değerlendirme 1999, 63.

⁷⁸⁶ Y22HD, T. 22.1.2013, E. 2012/10007, T. 2013/358. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

halinde cezai şart ödeyeceklerinin kararlaştırılmasında işverenlerin korunmaya değer haklı bir menfaati vardır⁷⁸⁷. Yargıtay da anılan hallerde, işçi aleyhine tek taraflı olarak cezai şart kararlaştırılmasını geçerli kabul etmektedir⁷⁸⁸.

Bununla birlikte, iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı cezai şart getirilebilmesi için mesleki eğitimin işçi lehine bir yarar getirmesi, kariyerine pozitif bir etkide bulunması gerekir. Bu itibarla, işgücünün piyasa değerini arttırmayan veya asli edimin yerine getirilmesi için zorunlu olarak verilen eğitimler ya da işyerindeki makinelerin yenilenmesi, yeni bir ürünün üretimine başlanması gibi nedenlerle verilen eğitimler karşılığında cezai şart kararlaştırılamaz⁷⁸⁹. İşçinin işin görülmesi sırasında yeni bir tekniği öğrenmesi, mesleki bilgisini ve deneyimini arttırması da onun aleyhine cezai şart kararlaştırılmasının gerekçesi olamaz. Zira, böyle bir yorum bütün iş sözleşmelerinde tek taraflı cezai şart kararlaştırılabilmesi sonucunu doğurur⁷⁹⁰. Yargıtay da bir kararında, işçiye verilen eğitimin işyerine yeni alınan bir programın kullanılmasına yönelik olduğuna, bu itibarla esas olarak işverenin menfaatine hizmet ettiğine, bu nedenle harcanan eğitim giderinin işçiden talep edilemeyeceğine karar vermiştir⁷⁹¹.

⁷⁸⁷ *Soyer, Cezai Şart, 373. Doğan Yenisey, Cezai Şart, 40. Şahlanan, Değerlendirme 2012, 81. Alp, Değerlendirme 2013, 241. Özdemir, Cezai Şart, 147.*

⁷⁸⁸ Y9HD, T. 5.3.2013, E. 2010/46829, K. 2013/7668. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) Y9HD, 26.9.2012, E. 2012/23475, K. 2012/31856 ve *Şahlanan*'ın İncelemesi *Şahlanan, Değerlendirme, 80-86. Y9HD, T. 29.3.2000, E. 200/507, K. 2000/4100 ve Soyer'in İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2000, s. 29-33. Y9HD, T. 6.10.2008, E. 2007/27539, K. 2008/25447 bkz. Özdemir, Eğitim Giderleri, 150-159. Özdemir, Eleştirel Bakış, 111.*

⁷⁸⁹ *Soyer, Cezai Şart, 373. Doğan Yenisey, Cezai Şart, 40. Alp, Değerlendirme 2013, 242. Taşkın, 114.*

⁷⁹⁰ *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 885.*

⁷⁹¹ Y9HD, T. 29.12.2011, E. 2011/50107, K. 2011/50232. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

İşverenin işçiye yatırım yapması halinde her ne kadar korunmaya değer bir menfaati olsa da, bu menfaat ölçülü olduğu derecede korunmalıdır. Diğer bir ifadeyle, işçinin fesih hakkının sınırlandırılması ve bu sınırlandırılmaya aykırılık halinde cezai şart getirilmesi ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Örneğin Alman Federal İş Mahkemesi eğitimin iki aya kadar devam ettiği hallerde 1, 2-6 arası eğitim verilmişse 2, 6-12 ay arası eğitim verilmişse 3 ve 12 aydan fazla süreyle eğitim verilmişse 5 yıl süreyle işçinin fesih hakkının sınırlandırılabilceğini ve bu sınırlamaya aykırılık halinde işçinin cezai şart ödemekle yükümlü olacağını kabul etmektedir⁷⁹².

Eğitim karşılığı cezai şart öngörülmesi durumunda yapılan eğitim harcamalarını işveren ispat etmekle yükümlüdür⁷⁹³. Yüksek Mahkeme “*Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, davacı taraf eğitim gideri olarak harcama yaptığını ispatladığı takdirde bu tür eğitim giderlerine davalı işçinin çalıştığı süre, eğitimden yararlanan işçi sayısı dikkate alınarak ve oranlanarak davalıya düşen eğitim giderlerine hükmetmek gerekir*” yönündeki kararıyla yapılan eğitim harcamalarını ispat yükünün işverende olduğunu ortaya koymuştur⁷⁹⁴.

Sözleşmenin haksız feshi halinde ödenecek cezai şart miktarının tespitine gelince ilk olarak tartışılması gereken, TBK’nın 439. maddesi karşısında cezai şart miktarının işçinin ücretinin dörtte birinden fazla olup olamayacağıdır. Bilindiği gibi ilgili düzenleme uyarınca işçi haklı bir sebep olmaksızın işe başlamaz veya aniden işi bırakırsa işveren, aylık ücretinin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı vardır. Buna

⁷⁹² Soyer, Cezai Şart, 375. Özdemir, Eğitim Giderleri, 152. Özdemir, Cezai Şart, 148.

⁷⁹³ Özdemir, Cezai Şart, 150.

⁷⁹⁴ Y9HD, T. 10.3.2004, E. 2003/14720, K. 4609, Legal İSGHD, S. 3, 1019.

karşılık işveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir.

Burada genel olarak işçinin haksız feshi düzenlenmiş olup, belirli veya belirsiz süreli sözleşmeler bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu düzenleme karşısında sözleşmede işçi aleyhine daha yüksek miktarda bir cezai şart belirlenebilecek midir?

Bu sorunun aydınlatılması için öncelikle düzenlemenin alındığı İsviçre'deki uygulamaya bakmak gerekir. Zira, düzenleme İsviçre Borçlar Kanununun 337/d maddesinin birebir çevirisidir. Bu hüküm İBK'nın 361. maddesinde mutlak emredici hükümler arasında sayılmıştır. Buna göre, getirilen tazminat işverenin talep edebileceği azami götürü tazminattır. Bu itibarla, İsviçre'de bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde işçinin dörtte bir ücretini aşacak derecede cezai şart kararlaştırılması geçerli kabul edilmemektedir⁷⁹⁵.

İkinci olarak düzenleme İsviçre hukukunda, hem belirli süreli hem de belirsiz süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde uygulanmaktadır. Hukukumuzda ise iş sözleşmesini haksız fesheden işçinin sözleşme belirsiz süreliyse ihbar tazminatı, belirli süreliyse aylık ücretin dörtte biri tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, belirsiz süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde, işçi ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olmaya devam edecektir. Buna karşılık, belirli süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde, TBK'nın 439. maddesi uygulanacaktır. Belirli süreli sözleşmelerin, tarafların sözleşmeyi kararlaştırılan süre boyunca devam ettirme yönünde bir taahhüdüne dayandığı düşünüldüğünde, belirli süreli sözleşmenin haksız feshi, belirsiz süreli sözleşmenin haksız feshinden daha ağır bir

⁷⁹⁵ ATF du 9.12.1993 in JAR 1994/227. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 292. Venturi-Zen-Ruffinen, 435. Caruzzo, no. 577.

ihlaldir. Buna rağmen, belirli süreli sözleşmenin haksız feshi halinde uygulanacak tazminat yaptırımını her halde ihbar tazminatı miktarından düşüktür. Bu durumun söz konusu ihlaller ve sonuçları arasında bir dengesizlik yarattığı açıktır⁷⁹⁶.

Bunun dışında TBK'nın 439. maddesinin belirli süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde işçi aleyhine getirilebilecek tazminat miktarına bir üst sınır getirip getirmediği, TBK'nın 420. maddesi dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira, anılan düzenleme uyarınca cezai şart yalnızca işçi aleyhine olmadıkça geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu düzenleme cezai şartın geçerliliği bakımından başka bir sınırlama getirmemiştir. Bunun da ötesinde, TBK'nın 420. maddesi, TBK'nın 439. maddesi karşısında özel hüküm niteliğindedir. Bu itibarla, belirli süreli sözleşmenin haksız feshi halinde ödenecek cezai şart miktarı TBK'nın 439. maddesinden bağımsız olarak kararlaştırılabilmelidir⁷⁹⁷.

Bu çözüm menfaatler dengesine de uygundur. Zira, uyuşmazlık halinde cezai şartın önce her iki bakımından da kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına bakılmaktadır. Yukarıda da açıkladığımız gibi bu denetimde yalnızca işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart kural olarak geçersiz sayılmaktadır. Her iki taraf için de cezai şart kararlaştırılmışsa, cezai şart miktarına bakılmakta ve kararlaştırılan miktarın işçi ve işveren bakımından eşit olması ve fahiş olmaması aranmaktadır.

Yalnızca işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılması halinde ise, işverenin cezai şart yoluyla korunmaya değer haklı bir menfaati olup olmadığı incelenmektedir. Yapılan değerlendirme sonucunda cezai şart geçerli ancak fahiş miktarda ise tenkise tabi tutulmaktadır. Bunun da ötesinde, Yargıtay fahiş miktarda olmasa bile doğrudan sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şarta hükmetmemektedir. Yüksek Mahkeme

⁷⁹⁶ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 33.

⁷⁹⁷ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 34.

isabetli olarak, işçinin işyerinde çalıştığı süreleri dikkate almakta ve sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şart miktarını işçinin haksız olarak çalışmadığı süreye oranlayarak cezai şart miktarını belirlemektedir⁷⁹⁸.

Anılan nedenlerle yukarıda sayılan koşulları taşımak koşuluyla iş sözleşmelerinde işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılması mümkündür. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, sözleşme İK'nın 24. maddesi uyarınca haklı nedenle derhal feshedilirse işçi işverene cezai şart ödemekle yükümlü olmaz. Yapılan yargılama sonucunda feshin haksız olduğunun anlaşılması halindeyse cezai şart alacağı işverence talep edilebilir⁷⁹⁹.

Fransız hukukunda da işçinin eğitime başlanmadan evvel kararlaştırılması, işverenin işçi için yaptığı masraflarla orantılı olması ve işçinin fesih hakkını ortadan kaldıracak kadar yüksek miktarda belirlenmemesi şartıyla işçi aleyhine cezai şart (*les clauses de dédit-formation*) getirilmesi geçerli kabul edilmektedir⁸⁰⁰. Bununla birlikte, sözleşmenin haksız feshi halinde istenebilecek cezai şart miktarı işverenin fesih nedeniyle uğradığı zarar miktarı ile sınırlıdır⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ “Dava; iş sözleşmesinin feshinden kaynaklı cezai şart alacağına ilişkindir. Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen iki yıl asgari süreli nitelik taşıyan iş sözleşmesinde sözleşmenin kararlaştırılan nedenler dışında sona erdirilmesi halinde ücretin 3 katı tazminatın karşılıklı ödenmesi kararlaştırılmış olup, işçi 2 yıllık asgari sürenin bitiminden önce ancak 1 yıl 6 ay 25 gün çalışarak sözleşmeyi feshettiğine göre cezai şartın çalışılan süreye orantılandırılarak belirlenen tutardan ayrıca indirim hususunun değerlendirilmesi gerekeceğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir”. Y9HD, T. 10.9.2014. E. 2012/33025 K. 2014/26136. Aynı yönde, Y7HD, T. 14.9.2015 , E. 2015/28857, K. 2015/14633. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁹⁹ Soyer, Cezai Şart, 379. Özdemir, Cezai Şart, 154.

⁸⁰⁰ Antonmattei, 81-82. Groupe Revue Fiduciaire, 166-167.

⁸⁰¹ Mazeaud, 216-217.

III. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshi Halinde Yeni İşverenin Sorumluluğu

İş Kanununun 23. maddesinde iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi nedeniyle işverenin uğradığı zararın tazminine yönelik bir düzenleme yer almaktadır. Düzenleme uyarınca belirli veya belirsiz iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi, belirli süreli sözleşmelerde sözleşme süresinin bitmesinden önce, belirsiz süreli sözleşmelerde ise bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, bazı hallerde yeni işverenin de sorumluluğu söz konusu olur. Söz konusu düzenleme İş Kanununa tabi belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde uygulanır⁸⁰².

Yeni işverenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ilk olarak işçi, fesih için haklı neden bulunmaksızın belirli süreli sözleşmelerde süresinden önce, belirsiz süreli sözleşmelerde ise bildirim sürelerine uymaksızın işi bırakmış olmalıdır. İkinci olarak işçi, fesihten sonra yeni bir işveren yanında işe girmiş olmalıdır⁸⁰³. Üçüncü olarak, kanun koyucu yeni işverenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için düzenlemede sayılan üç durumdan birinin olayda mevcut olmasını aramıştır. Bunlar; işçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işverenin sebep olması, yeni işverenin işçinin bu davranışını bilerek onu işe alması ile yeni işverenin işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam etmesidir.

İşçinin sözleşmeyi haksız olarak feshetmesine yeni işverenin sebep olması işverenin, işçiyi eski işinden ayrılıp, kendi yanında çalışmaya teşvik etmesi, işçinin

⁸⁰² Tutucu/Odaman, 1388.

⁸⁰³ Alpagut, 191. Tüysüzöğlu, 92.

işten ayrılma yönündeki kararını hızlandırması, işçinin kendi yanında çalışmaya başlaması için birtakım hareketlerde bulunması, işçiye işi bırakması için birtakım vaatlerde bulunması anlamına gelir. Bu itibarla işverenin söz konusu davranışının kasti olması aranır⁸⁰⁴.

Yeni işverenin, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almış olması durumunda ise yeni işverenin işçinin işi bırakmasına aktif bir katkısı yoktur⁸⁰⁵. Buna karşılık, kanun koyucu sözleşmeyi haksız olarak fesheden işçiye işe alan işverenin, işçinin bu davranışına destek olduğu düşüncesinden hareketle işçinin bu davranışından ötürü eski işverene karşı sorumlu olacağını kabul etmiştir⁸⁰⁶. Bununla birlikte, yeni işverenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için işçinin belirsiz süreli sözleşmelerde bildirim süreleri içinde, belirli süreli sözleşmelerde ise sözleşme süresinin dolmasından önce yeni işveren yanında işe girmiş olması gerekir⁸⁰⁷.

Yeni işverenin sorumlu olduğu üçüncü hal, iş sözleşmesini kanuna aykırı şekilde sona erdirdiğini öğrendiği işçiye yanında çalıştırmaya devam etmesidir. Yeni işverenin bu durumu öğrenmesi, eski işverenin haber vermesi ile olabileceği gibi başka herhangi bir yolla da olmuş olabilir. Önemli olan, işçinin sözleşmeyi kanuna aykırı olarak feshettiği yönünde yeni işverende bir kanaat oluşmuş olmasıdır⁸⁰⁸. Bu durumda işveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmekle yükümlüdür. Bu durumda fesih İş Kanununun 25/II-a bendinde düzenlenen “iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe

⁸⁰⁴ Atabek, 102. Oğuzman, Fesih, 279. Tutucu/Odaman, 1393-1394. Tüysüzoğlu, 104-106.

⁸⁰⁵ Tüysüzoğlu, 131.

⁸⁰⁶ Tutucu/Odaman, 1399.

⁸⁰⁷ Atabek, 103. Tutucu/Odaman, 1398.

⁸⁰⁸ Tutucu/Odaman, 1400. Tüysüzoğlu, 138.

*uygun olmayan bilgiler ve sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması” hükmüne dayanır*⁸⁰⁹.

Anılan durumlardan birinin varlığı halinde, işverenin haksız fesih nedeniyle uğradığı zarardan işçi ile yeni işveren müteselsilen sorumludur. Bu durumda işçinin sorumluluğu iş sözleşmesinden, yeni işverenin sorumluluğu ise kanundan doğar⁸¹⁰. Bununla birlikte, maddede belirtilen şartlar oluşmamış olsa bile işveren, haksız fesih nedeniyle uğradığı zararın tazminini işçiden talep edebilir⁸¹¹.

Sorumluluğun kapsamına gelince, yeni işverenin sorumluluğu mülga İş Kanununun 15. maddesinde eski işverenin sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü uğradığı *zararla* sınırlı tutulmuştu. Yargıtay da bu dönemde verdiği kararlarında eski işveren zarara uğradığını kanıtlamadıkça, yeni işverenin sorumlu tutulamayacağına karar vermekteydi⁸¹². Buna karşılık öğretide *Ekmekçi*⁸¹³, haksız fesih nedeniyle eski işverenin o işçinin yerine çalışacak başka bir işçi bulamaması nedeniyle yoksun kaldığı kar veya onun yerine bulduğu işçiye vermek zorunda kaldığı daha yüksek ücret, işin zamanında yetiştirilememesi nedeniyle müşterilere ödenen cezai şart gibi zararların yanında, herhangi bir zarar şartına bağlı olmayan ihbar tazminatı gibi ödemelerin de yeni işverenden talep edilebileceğini ileri sürmekteydi. Bu görüşe göre, eski işverenin talep edebileceği miktarın yeni işverenin sorumluluk derecesine

⁸⁰⁹ *Tüysüzoğlu*, 158.

⁸¹⁰ *Bozkurt Gümrükçüoğlu*, 368-369. Yeni işverenin işçiyi ayartmış olması durumunda haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu olduğu, diğer hallerde ise sorumluluğun kanundan doğduğu yönünde bkz. *Tutucu/Odaman*, 1394-1395. *Tüysüzoğlu*, 194, 212, 215.

⁸¹¹ *Alpagut*, 191. *Tutucu/Odaman*, 1389-1391.

⁸¹² Y9HD, T. 11.2.1998, E. 1997/20968, 1998/1381, *İşveren Dergisi*, Haziran 1998, 15. Y9HD, 26.1.1998, E. 1997/20326, K. 1998/549, *İstanbul Barosu Dergisi*, Haziran 1998, 526-537 ve *Süzek*'in Değerlendirmesi, *Değerlendirme* 1998, 98.

⁸¹³ *Ekmekçi*, *Değerlendirme* 1999, 62-63.

göre belirlenmesinin düzenlemenin amacına daha uygun nitelikte olduğu ileri sürölmekteydi.

Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanununda önceki düzenlemeden farklı olarak “zarar” kavramına yer verilmemiştir. Bunun da ötesinde, ilgili düzenlemenin gerekçesinde açıkça “*yeni işverenin sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için eski işverenin bir zarara uğramasının gerekmediğı*” belirtilmiştir. Bu itibarla, yukarıda sayılan şartların gerçekleşmesi durumunda yeni işveren, zarar şartına bağılı olmayan ihbar tazminatından ve iş sözleşmesinde haksız feshe bağılı olarak veya eğitim gideri karşılığı kararlaştırılan cezai şarttan da sorumlu tutulmalıdır⁸¹⁴.

⁸¹⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 881. Tüysüzoğlu, 230-231, 240.

SONUÇ

Borçlar hukukuna hakim olan ilkelerin başında gelen sözleşme serbestisi ve ahde vefa ilkesinin her durumda istisnasız bir biçimde uygulanması, kişi özgürlüğü ve dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Bu nedenle kanun koyucu kimi durumlarda taraflara sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Buna karşılık, ifa edilmiş edimlerin iadesini gerektirmesi nedeniyle sözleşmeden dönme sürekli borç ilişkilerinin niteliğine uygun düşmez. Bu itibarla sürekli borç ilişkisi yaratan iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde fesih kurumuna ihtiyaç bulunmaktadır.

Hukukumuzda iki tür feshe yer verilmiştir. Bunlardan süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin ihbar önellerine uyularak feshedilmesi anlamına gelir ve “istikrar” ile “kişisel özgürlük” arasında bir denge kurulması amacını taşır. Süreli fesih hakkının bildirim sürelerine uyulmaksızın kullanılması durumunda usulsüz fesih söz konusu olur. İşçinin süreli fesih hakkı onun kişi özgürlüğüne dayanan mutlak bir hakkıdır. Buna karşılık, işverenin süreli fesih hakkı işçinin iş güvencesine tabi olup olmamasına göre değişiklik gösterir. İş güvencesi sisteminde işveren, ancak geçerli nedenlerin varlığı halinde sözleşmeyi süreli fesih yoluyla sona erdirebilir. Aksi takdirde yapılan fesih geçersiz olur. İş güvencesine tabi olmayan iş ilişkileri bakımından ise işverenin süreli fesih hakkı yalnızca hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlandırılmıştır.

Haklı nedenle derhal fesih ise, iş sözleşmesini ihbar önellerinin dolmasını beklemeksizin derhal sona erdiren ve hukuki dayanağını “doğruluk ve dürüstlük kuralı”nda bulan diğer bir fesih türüdür. Haklı nedenle derhal fesih hakkına ilişkin düzenlemeler İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın-İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda yer almaktadır. Türk Borçlar Kanununda haklı neden genel olarak

tanımlanmış; derhal feshe sebebiyet veren olayları, her bir somut ilişkinin özelliklerini dikkate alarak belirlemek işi ise yargıya bırakılmıştır. Buna karşılık, çalışma hayatını düzenleyen diğer kanunlarda haklı neden sayılan hallere örnekseyici olarak yer verilmiştir. Yapılan sayım örnekseyici olduğundan, kanunda yer verilen sebepler dışında kalan hallerde iş sözleşmesinin, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen genel ilke uyarınca haklı nedenle derhal feshedilebileceği öğretide genel olarak kabul edilmektedir.

İş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedilmesi durumunda yapılan fesih haksız olur. Fesih için haklı nedenin bulunduğu kabul edilebilmesi için ileri sürülen nedenin objektif ve sübjektif olarak belli bir ağırlıkta olması ve fesih anında mevcut olması gerekir. Objektif ağırlık, haklı sebep oluşturan olgu nedeniyle makul bir kişiden, dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmeye devam etmesinin beklenemiyor olmasıdır. Sübjektif ağırlık ise, feshe neden olan olgunun, bizzat sözleşmeyi fesheden taraf bakımından sözleşmeye devamı çekilmez kılmasıdır. Feshe neden olan olgunun haklı neden niteliği taşıyıp taşımadığı uyumsuzluk halinde hakim tarafından takdir edilir. Buna göre hakim, somut olayın özelliklerini, taraflar arasındaki menfaat dengesini ve sözleşmeye devamın taraflardan en az biri için çekilmez hale gelip gelmediğini değerlendirir.

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için, haklı nedenin fesih anında mevcut olması gerekir. Zira, haklı nedenle derhal fesih hakkı sebebe bağlı yenilik doğuran hak niteliği taşır. Diğer bir ifadeyle, haklı neden, derhal fesih hakkının hukuki şartıdır. Yargılama sırasında, fesih anında mevcut olmayan, ancak sonradan ortaya çıkan bir haklı nedene dayanılıp dayanılamayacağı ise ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu değerlendirme iş güvencesine tabi olan ve

olmayan işçiler bakımından ayrı ayrı yapılmalıdır. İş güvencesine tabi işçiler bakımından, İş Kanununun 20. ve 21. maddeleri fesih nedeninin işçiye bildirilmesini geçerlilik şartı olarak düzenlemektedir. Bu itibarla, iş güvencesine tabi bir işçinin sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden işverenin, fesih nedenini işçiye bildirmekle yükümlü olduğu öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Aksi takdirde yapılan fesih geçersiz sayılır. Bu durumda hakim, iş güvencesine ilişkin hükümler uyarınca, işe iade kararı vermekle yükümlüdür.

Haklı nedenle derhal fesih hakkının sebebe bağlı yenilik doğuran hak olması ve iş güvencesi sisteminde feshin geçersiz olması halinde hakime yalnızca işe iade kararı verme yetkisinin tanınmış olması nedeniyle, fesihten sonra ortaya çıkan haklı nedene dava sırasında dayanılması, daha önce yapılan feshi geçerli hale getirmeyecektir. Buna karşılık, işe iade davası devam ederken haklı bir nedenin ortaya çıkması ve bunun ispatlanması halinde, işverenin geçersiz feshin bütün sonuçlarıyla sorumlu olması hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle anılan durumda, işçinin işe iadesine ve iş güvencesi tazminatının alt sınır üzerinden belirlenmesine karar verilmesi gerektiği öğretide isabetli olarak ifade edilmektedir. Buna karşılık, işçinin işe başlatılmaması durumunda, iş güvencesi tazminatının kendisine ödenmesi talebiyle açacağı bir davada varılacak sonuç daha farklı olacaktır. Bu durumda işçinin işe başlatılmaması haklı bir nedene dayandığından, işe iade başvurusu dürüstlük kurallarına aykırı kabul edilecek ve işveren iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü olmayacaktır.

İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından ise, fesih anında mevcut olmayan ancak sonradan ortaya çıkan haklı nedene dava sırasında dayanılması, yapılan feshi haklı kılmayacaktır. Zira, haklı nedenle derhal fesih hakkının

doğduğunun kabul edilebilmesi için, haklı nedenin, fesih anında mevcut olması gerekir. Bu durumda işveren, haksız feshin sonuçlarıyla sorumlu olur. Ancak haksız feshe bağlanan tazminatların belirlenmesinde haklı nedenin ortaya çıktığı anın dikkate alınması gerekir.

Fesih anında mevcut olan, ancak sonradan öğrenilen bir haklı nedene dava sırasında dayanılması halinde ise, iş güvencesine tabi işçiler bakımından yukarıda açıkladığımız esas geçerlidir. İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından ise öğretide bir görüş, söz konusu vakıalara dava sırasında dayanılamayacağını, zira feshin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için sözleşmeye devamın fesih anında çekilmez hale gelmiş olması gerektiğini, bir kimsenin haberdar dahi olmadığı bir olaydan dolayı iş ilişkisini sürdürmesinin beklenemez olduğunun ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır. Kanaatimizce iş güvencesine tabi olmayan iş ilişkileri bakımından fesih nedeninin bildirilmesi geçerlilik şartı olmadığından, işveren fesih anında bilmediği vakıalara dava sırasında dayanabilir.

İsviçre hukukunda da fesih anında mevcut olan ancak fesihten sonra öğrenilen haklı nedenlere dava sırasında dayanılabileceği kabul edilmektedir. Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu vakıalara dava sırasında dayanılabilmesi için fesih sırasında ileri sürülen nedenle arasında bir bağlantı olmasını aramaktadır. Kanımızca, hak sahibi sonradan ileri sürdüğü vakıayı feshe dayanak yapılmakla, bu vakıayı daha önce bilseydi sözleşmeyi anılan nedenle feshedeceğini açıkça göstermiş bulunmaktadır. Bu nedenle, vakıalar arasında bir bağlantı aramaya gerek bulunmamaktadır.

Türk Borçlar Kanununda sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesheden tarafın fesih nedenini karşı tarafa bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu

düzenlemenin Türk Borçlar Kanununa ve iş güvencesi dışında kalan İş ve Basın-İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından uygulanacağı öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Mevzuat İsviçre Borçlar Kanununda ise, bildirim yükümlülüğü karşı tarafın talebi üzerine doğmaktadır. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında anılan düzenleme, İsviçre Borçlar Kanununda düzenlendiği biçimiyle kaleme alınmış, ancak Kanunun yasalaşması sırasında değişikliğe tabi tutulmuştur. Öğretide bir görüş, söz konusu değişikliğin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığını, bu itibarla yazılı bildirim yükümlülüğünün, karşı tarafın talebi üzerine doğacağını kabul etmektedir. Kanımızca, bildirim yükümlülüğünün doğması karşı tarafın talebine bağlı değildir.

Düzenlemede bildirim yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımına yer verilmemiştir. İsviçre hukukunda bildirim yükümlülüğüne aykırılık halinde, bu durumun yargılama sırasında feshin haksız olduğu yönünde emare teşkil edeceği, feshin haklılığı ispatlansa bile sözleşmeyi fesheden tarafın, karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararları ve yargılama giderlerini karşılamakla yükümlü olacağı kabul edilmektedir. Kanımızca da bildirim yükümlülüğüne aykırılık feshin haksız olması sonucunu doğurmamalı, ancak söz konusu yükümlülüğe aykırı davranan taraf, karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararları, özellikle yargılama giderlerini karşılamakla yükümlü tutulmalı ve bu durum yargılama aşamasında sözleşmeyi fesheden taraf aleyhine emare teşkil etmelidir.

İş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından ise öğretide bir görüş, İş Kanununun 19. maddesi derhal fesihlerde uygulanmayacağından, fesih nedeninin işçiye bildirilmesinin haklı nedenle derhal feshin geçerlilik şartı olmadığını ileri sürmektedir. Kanımızca, iş sözleşmesinin süreli ve derhal feshi halinde uygulanan İş

Kanununun 20 ve 21. maddeleri fesih nedeninin işçiye bildirilmesini geçerlilik şartı olarak düzenlediğinden, fesih nedeninin işçiye bildirilmesi gerekir. Bu yükümlülüğe uyulmaması halinde yapılan fesih haksız ve geçersiz sayılmalıdır.

Feshin yazılı yapılmasının gerekip gerekmediği konusunda ise, öğretide bir görüş yazılı şekil şartı getiren TBK'nın 435. maddesinin tüm iş ilişkilerine uygulanacak bir geçerlilik şartı olduğunu kabul etmektedir. Buna göre yazılı şekil şartına uyulmaması durumunda, iş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından geçersiz, iş güvencesine tabi olmayan iş ilişkileri bakımından ise haksız fesih söz konusu olur. Bu konuda diğer bir görüş, yazılı şekil şartını geçerlilik şartı olarak kabul etmenin haklı nedenle derhal fesih hakkının doğasına uygun düşmediğini, bu itibarla yazılı şekil şartının ancak ispat şartı olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, TBK'nın 435. maddesi ile getirilen yükümlülük feshin yazılı olarak yapılması değil, fesih nedeninin karşı tarafa yazılı olarak bildirilmesidir. Bu itibarla yazılı şekil şartı, feshin geçerlilik şartı değildir. Buna karşılık, anılan yükümlülüğe aykırılık halinde fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmemesi durumunda olduğu gibi yazılı bildirim yükümlülüğüne aykırı davranan taraf karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararları ve fesih haklı bile olsa dava masraflarını gidermekle yükümlü tutulmalıdır.

İş güvencesine tabi iş ilişkileri bakımından ise öğretide bir görüş, İş Kanununun 25/son hükmünde, yazılı şekil şartını düzenleyen 19. maddeye gönderme yapılmaması nedeniyle, feshin yazılı olarak yapılmasına gerek bulunmadığını ileri sürmektedir. Kanımızca söz konusu düzenlemeye atıf yapılmamasının ve 19. maddede ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle yapılan haklı fesihlerin saklı tutulmasının nedeni, işvereni savunma alma yükümlülüğünden kurtarmaktır. Bu

nedenle sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesheden işveren, feshi yazılı olarak yapmak zorundadır. Aksi halde geçersiz feshe ilişkin hüküm ve sonuçlar doğar.

Haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanan taraf, temel usul hukuku ilkeleri uyarınca ileri sürdüğü haklı nedeni ispatla yükümlüdür. Bunun için öncelikle sözleşmeyi fesheden tarafın belirlenmesi gerekir. Feshin açık ve belirgin olmadığı durumlarda, fesih iradesinin olup olmadığı güven teorisine göre belirlenir. Buna göre, sözleşmeyi feshettiği ileri sürülen tarafın söz ve davranışlarından, dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmeyi feshettiği anlamı çıkarılabiliyorsa, fesih beyanının bulunduğu kabul edilir. Her iki tarafında sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetmesi durumunda, sözleşmeyi ilk olarak fesheden tarafın belirlenmesi gerekir. Yargıtay, sözleşmenin özellikle devamsızlık nedeniyle feshedildiği hallerde devamsızlık nedenini incelemekte ve devamsızlık haklı bir nedene dayanıyorsa, sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle derhal feshedildiği sonucuna varmaktadır.

Sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshettiğini ileri süren taraf, kural olarak bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Buna karşılık ispat yükünün her durumunda sözleşmeyi fesheden tarafta olduğu söylenemez. Zira, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle yapılan fesihlerde, borcun ifa edildiğini ileri süren taraf, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin haklı nedenle feshini gerektiren olgular, maddi vakıa niteliğinde olduğundan her türlü delille iddia ve ispat edilebilirler. Birden fazla haklı nedeninin feshe gerekçe gösterilmesi durumunda, bu nedenlerden birinin ispat edilmesi gerekli ve yeterlidir. Haklı nedenin ispatlanamaması durumunda yapılan fesih haksızdır.

Haklı nedenle derhal fesih hakkının yasada öngörülen hak düşürücü süreler içinde kullanılması gerekir. Hukukumuzda yalnızca ahlak ve iyiniyet kurallarına

aykırılık nedeniyle yapılan fesihler ve Deniz-İş Kanununa tabi iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshi bakımından hak düşürücü süre öngörülmüştür. Buna göre feshin, haklı nedenin öğrenilmesinden itibaren altı iş günü ve fiilin gerçekleşmesinden itibaren en geç bir yıl içinde yapılması gerekir. Öğretide bir görüş, sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler ve işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması nedeniyle yapılacak fesihler bakımından da altı işgünlük hak düşürücü sürenin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Kanımızca anılan hallerde fesih nedeni belli bir süre devam ettiğinden, hak sahibine ayrıca altı işgünlük hak düşürücü süre tanımaya gerek bulunmamaktadır. Hak düşürücü sürenin dolması fesih hakkını sona erdirir. Hak düşürücü sürenin dolmasından sonra yapılan fesih haksızdır.

İş Kanununda hak düşürücü süre öngörülme­yen diğer hallerde, Türk Borçlar Kanununa ve Basın İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde ise fesih hakkının makul süre içinde kullanılması gerekir. Bu süre, haklı nedenin objektif ve sübjektif olarak belli bir ağırlıkta olduğu süredir ve taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğu, hukuka aykırı davranışın ağırlığı gibi somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Fesih hakkının hak düşürücü süreye tabi tutulmadığı bu halde fesih hakkının etkisizleşmesi söz konusu olabilir. Hakkın etkisizleşmesi, hukukumuzda hakkın ihlaline sessiz kalan kişinin bu ihlale karşı koyma yetkisini yitireceği, bu durumda hakkın kullanımın dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edeceği ve hakkı uzun süre kullanmayan kişinin bu haktan feragat etmiş sayılacağı yönündeki gerekçelerle açıklanmaktadır. Hakkın etkisizleşmesi halinde hak sona erer. Bu husus hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Hakkın etkisizleşmesinin söz konusu olabilmesi için, muhatabın korumaya değer bir menfaatinin olması, hakkın kullanımının kasten geciktiriliyor olması ve muhatapta hakkın kullanılmayacağı yönünde haklı bir güven

yaratılmış olması gerekir. Anılan şartların varlığı halinde ileri sürülen fesih nedenin sübjektif olarak haklı neden ağırlığında olmadığı kabul edilir ve fesih haksız sayılır.

İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı mutlak emredici nitelik taşır. Bu nedenle işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkına getirilen sözleşmesel sınırlamalar kesin hükümsüzdür. Buna karşılık, işveren bakımından haklı fesih nedenlerinden bir kısmı nisbi, diğer bir kısmı ise mutlak emredici niteliktedir. Mutlak emredici nitelikte olan haklı fesih hallerini sınırlandıran hükümler, kişilik haklarına aykırılık nedeniyle geçersizdir. Nisbi emredici nitelikte olan haklı nedenlerin ise sözleşmeyle sınırlandırılması mümkündür. İşçinin feshe karşı korunması amacına uygun olarak haklı fesih hallerinin dar yorumlanması gereği de, işveren bakımından derhal fesih hakkının sözleşmeyle sınırlandırılmasına olanak tanımaktadır. Bu kapsamda yasada yer verilen haklı fesih nedenleri için daha hafif bir yaptırım öngörülebileceği gibi, söz konusu hallerde haklı nedenle derhal fesih hakkının doğumu zorlaştırılabilir. Aynı şekilde haklı nedenle derhal fesih hakkı, sözleşmeyle birtakım prosedürel sınırlamalara tabi tutulabilir. Bunlardan ilki, derhal fesih hakkının, ancak bu konuda verilmiş bir disiplin kurulu kararının varlığı halinde kullanılabileceğinin kararlaştırılmasıdır. Bu durumda disiplin kurulu kararı alınmaksızın yapılan fesih haksızdır. Diğer bir durum, haklı nedenle derhal fesihten önce işçinin savunmasını alma yükümlülüğünün getirilmesidir. Bu durumda, işçinin savunma hakkı tanınmaksızın işten çıkarılması halinde fesih haksız sayılır.

İş ilişkisinde işverenin eşit davranma borcuna uymakla yükümlü olduğu tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Bu borcun hukuki dayanağını, hakkaniyet ilkesi, dürüstlük kuralı ve Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi oluşturur. Buna karşılık, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde işverenin eşit

davranma borcu olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu olmadığını savunmaktadır. Buna göre, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca dilediği işçiyle iş ilişkisi kurma özgürlüğüne sahip olan işveren, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde de aynı imkana sahip olmalıdır. Özellikle haklı nedenle derhal feshin işçi ve işveren arasındaki bireysel ilişkiye dayandığı düşünüldüğünde, işveren aynı sebepten bir işçinin iş sözleşmesini feshederken; işçinin yaşı, kıdemi, o işletme için önemi gibi pek çok kişisel sebep dolayısıyla diğerini çalıştırmaya devam edebilir. Buna karşılık öğretide bizim de katıldığımız diğer bir görüş, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu olduğunu savunmaktadır. Buna göre, özellikle feshin toplu nitelik kazandığı hallerde işveren eşit davranma borcuna uygun davranmakla yükümlüdür. Buna karşılık, işverenin eşit davranma borcu mutlak bir borç değildir. Diğer bir ifadeyle, işveren aynı olay nedeniyle bir kısım işçinin iş sözleşmesini feshederken diğer bir kısım işçiyle çalışmaya devam edebilir. Önemli olan bu seçimin objektif olarak haklılaştırılabilir olmasıdır. Eşit davranma borcuna aykırılık halinde ise yapılan fesih haksızdır. Konuya ilişkin Yargıtay içtihadı da bu yöndedir.

İşverenin, iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık yasaklarına aykırı hareket etmesi de feshin haksız olması sonucunu doğurur. Ayrımcılık yasağı, eşit davranma borcundan farklı olarak kapsamı ve sınırları daha belirgin nitelik taşımakta olup; kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlar. Ayrımcılık yasağı, İş Kanununun 5. maddesinde ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde düzenlenmiş ve anılan düzenlemelerde ayrımcılık, birtakım yaptırımlara tabi tutulmuştur. Buna göre sözleşmesi ayrımcılık yasaklarına aykırı olarak sona erdirilen işçi, işverenden dört aylık ücreti tutarında ayrımcılık

tazminatı talep edebilir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde ise, işçi iş güvencesinden yararlanma koşulları aranmaksızın işe iade davası açabileceği gibi işverenden en az bir yıllık ücreti tutarında sendikal tazminat talep edebilir. Öğretide, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceği konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüş, işverenin tek bir hukuka aykırı eylemine birden fazla yaptırım uygulanamayacağı gerekçesiyle, iş güvencesi tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğini savunmaktadır. Bu görüş uyarınca işçi dilerse ayrımcılık tazminatı, dilerse iş güvencesi tazminatı talep edebilir. Yargıtay içtihadı ise anılan durumda iş güvencesi tazminatının, işverenin ayrımcılık oluşturan davranışı dikkate alınarak belirleneceği yönündedir. Bu durumda ayrıca, ayrımcılık tazminatına hükmedilmez. Buna karşılık kanımızca, iş sözleşmesinin ayrımcılık nedeniyle feshi halinde işçi, haksız ve geçersiz feshe ilişkin tazminatlar yanında ayrımcılık tazminatı talep edebilmelidir. Zira, iş güvencesi tazminatı işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı iken, ayrımcılık tazminatı işverenin ayrımcılık oluşturan davranışının yaptırımıdır. Bu kuralın tek istisnasını Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde düzenlenen sendikal tazminat yanında ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilmeyeceğine ilişkin hüküm oluşturur. Yargıtay içtihadının anılan yönde değiştirilmesi ayrımcılık yasaklarının giderek artan önemine daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

İş güvencesine tabi olmayan iş ilişkileri bakımından ise öğretide bir görüş, işçinin haksız fesih tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatını talep edemeyeceğini, buna karşılık haksız fesih tazminatının işverenin ayrımcılık oluşturan davranışı dikkate alınarak belirleneceğini savunmaktadır. Zira, haksız fesih tazminatını düzenleyen TBK'nın 438. maddesinde tazminat miktarının bütün durum

ve koşullar dikkate alınarak belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Ayrımcılık da haksız fesih tazminatının belirlenmesinde bir kriterdir. Kanımızca, sözleşmesi haksız ve ayrımcılık yasaklarına aykırı olarak feshedilen işçi her iki tazminatı birlikte talep edebilmelidir. Zira, ayrımcılığı iş ilişkisinin kurulmasını, devamını ve sona ermesini kapsayacak biçimde yasaklayan kanun koyucu, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında olmazsa olmaz kabul edilen ayrımcılığa özel önem atfetmiş bulunmaktadır. Bu yasağın işlevsel hale gelebilmesi için, işçinin talep edebileceği diğer tazminatlara bakılmaksızın ayrımcılık oluşturan her davranışın yaptırıma tabi tutulması gerekir.

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde  l   l  k ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı ise değerlendirilmesi gereken diğer bir konudur.  l   l  k ilkesi idare ve Anayasa hukukunda mutlak olarak uygulanan bir ilke olmakla birlikte, özel hukuk bakımından uygulanabilirliği konusunda öğretide fikir birliği yoktur. Buna karşılık, ihkak-ı hak niteliğinde olan ve bu yanıyla idari işleme benzeyen fesih hakkının kullanılmasında  l   l  k ilkesinin uygulanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, İş Kanununda yer alan haklı nedenlerden bir kısmı hakime takdir yetkisi tanımayacak biçimde kaleme alınmıştır. Bu durum hukuki güvenlik ilkesinin korunması bakımından önemli olsa da,  l   l  k ilkesinin uygulama alanını daraltmaktadır. Kanımızca olması gereken hukuk bakımından, haklı nedenlerin kesin sınırlarla belirlenmesinden kaçınılarak, düzenlemenin hakime takdir yetkisi tanıyacak biçimde kaleme alınması isabetli olacaktır.

İş sözleşmesinin haksız feshinin sonuçları işveren ve işçi bakımından farklı düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır. İş güvencesine tabi iş ilişkilerinin işveren tarafından haksız feshi halinde iş güvencesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

Buna göre sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, iş güvencesi hükümleri uyarınca işe iade davası açabilir. İşe iade davası sonrasında hakim, feshin haksız ve geçersiz olduğuna kanaat getirirse işe iade kararı verir. İşçi, işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işverene başvurmak zorundadır. İşçi işverene başvurmakla dört aya kadar boşta geçen süre ücretine hak kazanır. İşveren, başvuru üzerine işçiye işe başlatmak ya da başlatmamak konusunda serbesttir. İşçi, işe başlatılırsa iş ilişkisi hiç kesilmemiş gibi devam eder. İşçinin işe başlatılmaması halinde ise, sözleşme işe başlatılmama anında sona erer. Bu durumda, işçiye iş güvencesi tazminatının ve İş Kanununun 21/IV hükmü uyarınca ihbar ve koşulları varsa kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Buna karşılık işçinin cezai şart isteyebilmesi, İş Kanununun 25/son hükmü uyarınca olanaklı olmamalıdır.

Getirilmesi planlanan İş Mahkemeleri Kanun Tasarı Taslağı ise, işe iade davalarına ilişkin pek çok değişiklik öngörmektedir. Buna göre Tasarının yasalaşması durumunda işçi, işe iade davası açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda kalacaktır. Kanımızca, arabuluculuk alternatif çözüm yolu niteliğinde olup, zorunlu olması arabuluculuk kurumunun doğasına uygun düşmemektedir. Bunun da ötesinde arabuluculuk aşamasında tarafların iş güvencesinden doğan emredici kurallarla bağlı olmaması ve işverenin pazarlık gücünün işçiye oranla daha fazla olması, iş güvencesi kurumunun geriye götürülmesi sonucunu doğuracaktır.

Taslak ile getirilmesi planlanan bir diğer değişiklik, boşta geçen süre ücretinin tazminat olarak belirlenmesidir. Bu durum, boşta geçen süre tazminatından, işçinin bu süre boyunca çalışmaması sebebiyle birtakım değerlerin mahsup edilip edilmeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Kanımızca, boşta geçen süre tazminatı işçinin çalışmamasını değil, işveren tarafından çalıştırılmamasını yaptırıma

bağladığından bu tazminattan birtakım değerlerin mahsup edilmesi olanaklı değildir. Buna karşılık Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin bu konuda farklı yönde içtihatları vardır.

Getirilmesi planlanan diğer bir değişiklik ise, işe iadeye bağlı olarak ödenecek tazminatların ilk fesih tarihi alınarak, parasal miktar üzerinden belirlenmesidir. Bu düzenlemenin gerekçesi olarak, işe iade kararının ilamlı icraya konulabilir hale getirilmesi gösterilmektedir. Buna karşılık kanımızca, işe iadeye bağlanan sonuçlar işçinin işverene başvurusu ve işverenin tutumu üzerine şekilleneceğinden, değişiklik yasalassa dahi işe iade kararının ilamlı icraya konulabilmesi olanaklı olmayacaktır. Üstelik bu halde tazminatlar ilk fesih tarihi esas alınarak belirlenmiş olacağından, işçinin mevcut düzenlemeyle korunan hakları geriye götürülmüş olacaktır.

İşe iade davası sırasında yargı organı, feshin haklı nedene dayanıp dayanmaması yanında, geçerli neden niteliği taşıyıp taşımadığını da değerlendirmekte ve ileri sürülen neden, geçerli neden ağırlığında ise haksız feshi, geçerli feshe tahvil etmektedir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme tahvil işlemini yaparken feshin, geçerli nedenle fesih prosedürüne uygun olarak yapılmış olmasını aramamaktadır. Yüksek Mahkemenin bu içtihadı, yapılan işlem, tahvil edilen işlemin bütün geçerlilik şartlarını taşıyor olması gerektiğinden, öğretide haklı olarak eleştirilmektedir.

Türk Borçlar Kanununa tabi işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde, Türk Borçlar Kanununun 438. maddesi uygulanır. Anılan düzenlemenin İş Kanununa tabi olan ancak iş güvencesinden yararlanmayan işçiler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, bu durumda haksız feshin usulsüz feshe tahvili yoluyla sorun

çözümlemeli ve işçi, işverenden ihbar tazminatını ve koşulları varsa kıdem tazminatını talep edebilmelidir. Kanımızca, bu durumda Türk Borçlar Kanununun haksız feshe ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira iş sözleşmesinin haksız feshi ile usulsüz feshi farklı kavramlardır. Biri süreli fesih hakkının usulüne uygun olarak kullanılmaması iken, diğeri haklı nedenle fesih hakkı doğmadığı halde işçinin derhal işten çıkarılmasıdır. İş Kanununda iş güvencesine ilişkin hükümler dışında, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshini düzenleyen bir hüküm yer almadığından, TBK'nın konuya ilişkin düzenlemesinin İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından da uygulanması gerekir. Buna göre sözleşmesi haksız olarak feshedilen bir işçi, TBK'nın 438. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen tazminatları talep edebilmelidir. Sözleşmede cezai şart kararlaştırılmış olması durumunda, söz konusu cezai şartın işverenden talep edilip edilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, iş güvencesine tabi olmayan işçiler lehine getirilecek tazminat miktarının, iş güvencesine tabi işçilerin talep edebileceği tazminat miktarını aşmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bu halde cezai şartın tenkis edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir. Kanımızca, iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler karşılaştırılabilir işçi grupları olmadığından, bunlar arasında eşitlik ilkesi uygulanmaz. Bu itibarla, iş sözleşmesinde iş güvencesinden doğan tazminat miktarlarını aşan oranda cezai şart kararlaştırılması olanaklıdır.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde ise, işçinin hangi kanuna tabi olduğuna bakılmaksızın Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Buna göre, belirsiz süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi, iş sözleşmesini sona erdirir. Bu durumda işçi bakiye süre ücretine ilişkin tazminat yanında, haksız fesih

tazminatının kendisine ödenmesini talep edebilir. Buna karşılık öğretide bir görüş, İş Kanununa tabi belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye bu halde kıdem tazminatı ödeneceğinden, ayrıca haksız fesih tazminatı istenemeyeceğini savunmaktadır. Kanımızca her iki tazminatın hukuki amaçları birbirinden farklı olup kıdem tazminatı işçinin kıdemini ödüllendirmeyi amaçlarken, haksız fesih tazminatı işverenin haksız işlemini yaptırma bağlama amacı taşır. Bu itibarla, her iki tazminat birlikte talep edilebilmelidir.

Türk Borçlar Kanununun 438/III hükmünde düzenlenen haksız fesih tazminatına yargı kararlarında henüz yer verilmemektedir. İşçinin iş hayatında başına gelebilecek en ağır durum haksız olarak işten çıkarılmaktır. Zira işçi, işsiz kalmanın yanı sıra başta işveren tarafından haklı nedenle işten çıkarıldığından iş hayatındaki itibarını kaybetmekte, bu durum onun gelecekte de iş bulma olanağını azaltmaktadır. Bu derece ağır sonuçlara yol açan haksız feshin en ağır şekilde yaptırma bağlanması gerekir. Aksi halde iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi işverenler gözünde “*olağanüstü fesih yolu*” olma niteliğini kaybeder.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi halinde, iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılması olanaklıdır. Bu durumda kararlaştırılan cezai şart miktarı, işçinin bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat miktarından az olamaz. Sözleşmede cezai şart kararlaştırılması durumunda öğretide kimi yazarlar, söz konusu şartın ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, bu durumda seçimlik cezai şart söz konusu olur. Zira, iş sözleşmesinin haksız feshi halinde ödenecek bakiye süreye ilişkin tazminat, sözleşmeden doğan asıl borcun ifası değil, aksine sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifade edilmemesinin yaptırımıdır.

İşçi tarafından yapılan haksız feshe, Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler bakımından Türk Borçlar Kanununun 439. maddesinin, İş Kanununa tabi işçiler bakımından ise İş Kanununun 17. maddesinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Kanımızca olması gereken hukuk açısından, iş sözleşmesinin haksız feshine, haksız feshi düzenleyen TBK'nın 439. maddesi uygulanmalıdır. Buna karşılık, söz konusu düzenlemenin İş Kanununa tabi işçiler bakımından uygulanması hakkaniyet ilkesi ve kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği prensibine uygun düşmemektedir. Bunun nedeni işçinin haksız feshi için öngörülen yaptırımın (TBK m. 439) her halde işçinin usulsüz feshi için öngörülen ihbar tazminatı yaptırımından (İK m. 17) düşük olmasıdır. Bu itibarla, Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasında uyum sağlanmalı ve iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi, usulsüz feshe oranla daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmalıdır.

İşçinin haksız feshinin cezai şart yaptırımına bağlanması belli şartlar altında olanaklıdır. Bu halde cezai şartın karşılıklılık esasına uygun olarak getirilmiş olması gerekir. İşçiye mesleki eğitim verilen hallerde ise, istisnai olarak yalnızca işçi aleyhine cezai şart getirilmesi, öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.

İş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshinde kimi durumlarda yeni işverenin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda İş Kanununun 23. maddesinde yer verilen üç halden birinin somut olayda mevcut olması gerekir. Yeni işverenin sorumluluğunun söz konusu olması için, 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak eski işverenin zarara uğramış olması aranmamaktadır.

Son olarak, iş sözleşmesinin haksız feshini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanununun tercüme edilmesi suretiyle hazırlanmıştır. İsviçre Borçlar Kanununun ülkenin sosyo-ekonomik yapısına uygun ve kendi içinde

tutarlı bir yapıya sahip olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte, ÷lkemize hiç benzemeyen İsviçre’den kanun iktibas etmemiz hukukumuzda yerleşmiş olan ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, iş güvencesi gibi bazı temel kurumların yapısının bozulmasına yol açmış, getirilen hükümlerin İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından uygulanabilirliği öğretide tartışma konusu olmuştur. Bunun bir sebebi, bilim komisyonu çalışmalarında iş hukukçularının yer almamasıdır. Bunun da ötesinde, bilim komisyonunca hazırlanan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, İsviçre’ye oranla daha ileri bir koruma getirmek maksadıyla da olsa, birtakım değişikliklere tabi tutulmuş ve bu değişikliklerin yasa gerekçesine işlenmesinin unutulmuş olması tutarsız bazı hükümlerin yasalaşmasına neden olmuştur. Bütün bu olumsuzluklara karşın, Türk Borçlar Kanununda belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshinin sonuçlarının düzenlenmiş olması ile haksız fesih tazminatına yer verilmiş olması, bugüne kadar düzenlenmemiş olan haksız feshin yaptırıma bağlanması açısından olumlu bir adım olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

AKI, Erol: İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.283-321.

AKIN, Levent: Karar İncelemesi: İş Akdini Fesheden Tarafın Belirlenmesi, Çimento İşveren Dergisi, C. 25, S. 6, Ankara Kasım 2011, s. 28-32.

AKYİĞİT, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi (Madde 1-31), Ankara 2008.

AKYİĞİT, Ercan: İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi,, 16 Aralık 2009, s. 53-62. (Tutukluluk)

AKYİĞİT, Ercan: İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı, Ankara 2010. (Kıdem Tazminatı)

AKYİĞİT, Ercan: Toplu İş Hukuku El Kitabı, Ankara 2015. (Toplu İş)

AKYOL, Şener: Medeni Hukuka Giriş, Prof. Dr. Bülent Köprülü'nün Anısına Armağan, İstanbul 2006.

ALP, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.

ALP, Mustafa: Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa Hukuk Dergisi, Ocak 1999, s. 1519-1534. (Ölçülülük İlkesi)

ALP, Mustafa: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2009, s. 130-198. (Değerlendirme 2006)

ALP, Mustafa: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2015, s. 177-261. (Değerlendirme 2013)

ALPAGUT, Gülsevil: Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998.

ALPAGUT, Gülsevil: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, Ankara 2003, 87-150. (Değerlendirme 2001)

ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 200-251. (Sözleşmenin Feshi)

ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, S.1, s.71-83. (Haklı Neden)

ALPAGUT, Gülsevil: İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.8, 2007, s. 13-21. (Cezai Şart)

ALPAGUT, Gülsevil: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, TİSK Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu Ve Ticaret Kanunu Semineri, İstanbul 2011, s. 124-166. (Yeni Borçlar Kanunu)

ALPAGUT, Gülsevil: Belirli Süreli, Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmelerinin Kurulması ve Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 101-135. (Belirli Süreli)

ANTONMATTEİ, Paul-Henri: Les clauses du contrat de travail, éd. 2, 2009.

ARAT, Ayşe : Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.

ARSLAN, Seda : İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012.

ASTARLI, Muhittin: İşverenin Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Emeğin Hukuku Kurultayı 27-28 Mayıs 2015, Şubat 2016 Ankara, s. 311-349.

ATABEK, Reşat: İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938.

AUBERT, Gabriel : Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, éditeurs : Aubert, Gabriel/Lempen, Karine, Genève 2011.

AUBERT, Gabriel : Du contrat de travail (art. 319-362 CO), Commentaire romand du code des obligations I, art. 1-529, Genève, Bâle, Munich 2003, s. 1673-1851. (Commentaire romand)

AUBRY GIRARDIN, Florence: Commentaire du contrat de travail, art. 336c, 336d, Commentaire Stämpfli, éditeurs : Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON, Bern 2013.

AUZERO, Gilles/DOCKÈS, Emmanuel: Droit du travail, 30^e édition, Paris 2016.

AYAN, Serkan : Belirli Süreli İş Sözleşmesi, AÜHFD, C. 54, S.4, 2005, s. 431-487.

AYDIN, Ufuk: Karar İncelemesi: İş Sözleşmesinin Sona Erme Zamanı ve Sonuçlarının Belirlenmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s. 119-127.

BASKAN, Esra: Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Kanunu'na Etkisi, Legal İSGHD, C.9 , 2012, S. 35, s. 105-124.

BAŞTERZİ, Süleyman: Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007.

BAŞTERZİ, Süleyman : Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi « İşçinin Haklı Menfaati », DEÜHFD, C. 15, Özel S., 2013, 2014, s. 423-449. (Belirli Süreli)

BAYCIK, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.

BAYCIK, Gaye: Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu, Legal İSGHD, C. 9, S. 35, 2012, s.77-103. (Fesih Sebebinin Belirtilmesi)

BAYCIK, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakkın Etkisizleşmesi, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 59-72. (Etkisizleşme)

BAYCIK, Gaye: Türk – İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2015. (İşçinin Sorumluluğu)

BAYGIN, Cem: Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların Ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik Ve Değişiklikler, EÜHFD, C. 14, S. 3–4, s. 119-144.

BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.

BAYSAL, Başak/ MUTLAY Faruk Barış: Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, S. 30, İstanbul 2011/3, s. 231-288.

BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011.

BEDÜK, Mehmet Nusret: İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 921-967.

BİRBEN, Erhan: İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi, DEÜHFD, C.15, Özel S., 2013, s. 451-480.

BİRBEN, Erhan: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, 2006 (yayımlanmamış doktora tezi). (Ölçülülük İlkesi)

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012.

BRUNNER, Christiane/BÜHLER, Jean-Michel/WAEBER, Jean-Bernard/BRUCHEZ, Christian: Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} édition, Lausanne, 2010.

BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

BUZ, Vedat: Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998. (Sözleşmeden Dönme)

BUZ, Vedat: İş Sahibinin BK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, C. 21, S. 2, 2001, s. 209-265. (Eser Sözleşmesi)

CANİKLİOĞLU, Nurşen: Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını, 15 Kasım 2013 İstanbul, s. 74-120.

CANBOLAT, Ferhat: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi, Çökmesi ve Boşa Çıkması, Ankara 2012.

CARUZZO, Philippe: Le contrat individuel de travail Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2009.

CHERPILLOD, Ivan: La fin des contrats de durée, Centre du Droit de L'Entreprise de L'Université de Lausanne, Lausanne 1988.

CİNOĞLU, Şükran: İşe İade Davalarında 4857 Sayılı Yasa'nın 19. Maddesinin 1. Fıkrası ile 25. Maddesinin Son Fıkrasının Karşılaştırılması, Sicil İş Hukuku Dergisi,, S. 4, Aralık 2006, s. 87-89.

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

ÇELİK, Nuri: İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.4, Haziran 1997, S.2, s. 219 -230.

ÇELİK, Nuri: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsbetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, Sicil İş Hukuku Dergisi,, S. 25, İstanbul Mart 2012, s. 5-9. (İsbetli Olmayan Düzenlemeler)

ÇELİK, Çağrı: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebep Süreli Feshi ve Sonuçları, Ankara 2007.

ÇİL, Şahin : Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010, s. 33-65.

ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2013-2014 Yılları, Ankara 2015. (İlke Kararları)

ÇOPUROĞLU, Çağlar: Geçersiz Fesihlerde, Tarafların Fesihden Sonra Öğrendikleri veya İşe İade Sürecindeki Kusurlu Davranışlarının Davaya Etkisi Olur mu?, İş Hukukuna Genç Bakış II, Genç Akademisyenler Konferansı İstanbul 2016, s. 1-15.

DEMİR, Deniz, Karar İncelemesi: Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.14, 2007/3, s. 14-34.

DOĞAN, Gülmelihat: Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, TBB Dergisi 2014, S.111, s. 9-36

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 15-18 Ekim 2013 Antalya, s. 78-118. (Türk Borçlar Kanunu)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda Cezai Şart, Kadir Has Üniversitesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri, 28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, s. 21-44. (Cezai Şart)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Şüphe Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, s. 65-72. (Şüphe Feshi)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İSGHD, C.2, 2005, S.7, s. 974-1003. (Eşit Davranma İlkesi)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, s. 60-65. (Eşit Davranma Borcu)

DUNAND, Jean-Philippe/MAHON, Pascal/BERENSTEIN, Alexandre : Labour Law in Switzerland, Second Revised Edition, Zuidpoolssingel Netherlands 2012.

DUNAND, Jean-Philippe : Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, éditeurs : Aubert, Gabriel/Lempen, Karine, Genève 2011.

DUNAND, Jean-Philippe : Commentaire du contrat de travail, art. 319, 321-321e, 328-328b, 336-336b, Commentaire Stämpfli, éditeurs : Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON, Bern 2013. (Commentaire Stämpfli)

EKMEKÇİ, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, Mercek, Temmuz 2003, s. 132-139.

EKMEKÇİ, Ömer: Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s. 61-143. (Değerlendirme 1999)

EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987.

EKONOMİ, Münir: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C. 17, S. 2, Mart 2003, s. 1-20 (İş Güvencesi)

ENGİN, E. Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, İstanbul 2003.

ENGİN, E. Murat: İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları, GSÜHFD, 2006/1, s. 41-47. (İspat)

ERTÜRK, Arzu Arslan: Karar İncelemesi: Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi-Geçerli Neden/Haklı Neden Ayırımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu, Çalışma ve Toplum, S. 15, İstanbul 2007/4, s. 153-171.

ERTÜRK, Arzu Arslan/ GÜRSEL, İlke: İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s.425-458.

ESENER, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

EYRENCİ, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, S. 1, Ocak-Mart 2004, s.15-56.

GLOOR, Werner : Commentaire du contrat de travail, art. 337-338a, 339a-339c, Commentaire Stämpfli, éditeurs : Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON, Bern 2013.

GNAEGI, Philippe : Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1996.

GÖKÇEK KARACA, Nuray: Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, İstanbul 2010.

GÖKTAŞ, Seracettin/ÇİL, Şahin: Açıklamalı İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara 2003.

GROUPE REVUE FIDUCIARE: Les Contrats de Travail et Leurs Clauses, Paris, 2006.

GÜLVER, Ender: Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İSGHD, C. 8, 2011, S. 31, s. 999-1029

GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2010.

GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Davaları, Ankara 2009. (İş Davaları)

GÜZEL, Ali: İş İade Davalarına İlişkin Sorunların Çözümü Açısından Yeni Bir Model Önerisi, Kadir Has Üniversitesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri, 22 Şubat 2014, Kasım 2014, s. 95-120.

GÜZEL, Ali: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2012, s. 131-285 (Değerlendirme 2010)

GÜZEL, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İş Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2004, s. 15-145. (İş Güvencesi)

GÜZEL, Ali: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!..., Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 50, 2016/3, s. 1131-1146 (İş Mahkemeleri Kanunu)

İREN, Ertan: Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, s.1336-1342.

KAPLAN, İbrahim: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007.

KAPLAN, İbrahim: Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Ankara 2012 (Borçlar Hukuku)

KAPLAN, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987.

KAPLAN, Emine Tuncay Senyen : Bireysel İş Hukuku, Ankara 2015. (İş Hukuku)

KAPLAN, Emine Tuncay Senyen : Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 213-229. (Haksız Fesih)

KAPLAN, Kürşat: Şüphe Feshi ve Türk Hukukundaki Yeri, Legal İSGHD, 2010, S. 27, s. 980-998.

KAR, Bektaş, Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2009, s. 60-73.

KAR, Bektaş: İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, Legal İSGHD, S. 6, İstanbul 2005, s. 1005-1053. (İspat)

KARAÇÖP, Eda/ YAMAKOĞLU, Efe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi, Legal İSGHD, C. 10, 2013, S. 38, s. 129-143.

KILIÇOĞLU, Mustafa: 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Analitik Yorumu, Yargıtay Dergisi, C. 34, Ocak-Nisan 2008, S. 1-2, s. 333-366.

KILIÇOĞLU, Mustafa: İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 2009. (Temel Kavramlar)

KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOC AK, Kemal: Geçersiz Feshin Başka Bir Hukuki İşleme Dönüşmesi (Konversiyon), Yargıtay Dergisi, C. 33, Temmuz 2007, S. 3, s. 245-256.

KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOC AK, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Ankara, 2007. (İş Güvencesi)

KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOC AK, Kemal: İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip), Yargıtay Dergisi, C. 31, 2005, S. 3, s. 97-110. (Tahmin İlkesi)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI) : Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Borçlar Hukuku Genel Bölüm), C.1, İstanbul 2008. (Borçlar Hukuku)

KOÇ, Sedef: İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshine İspat Sorunu, GÜHFD, 2012/1, s. 281-300.

KÜÇÜKYALÇIN, Arzu: Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD, C. 53, S. 4 ,Ankara 2004, s. 101-124.

MANAV ÖZDEMİR, Eda: Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi, Ankara Mart 2016.

MAZEAUD, Antoine: Droit du Travail, 8^e édition, Montchrestien, 2012.

MAZEAUD, Denis: La Notion de Clause Pénale, Paris, 1992.

MICHEL, Bertham: Le licenciement pour soupçon en droit allemand. In: Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Paris 2004, s. 403-431

MOLLAMA HMUTOĞLU, Hamdi /ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Ankara 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal: Ferdi İş Hukuku, İzmir 1998.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul 2013. (İş Hukuku)

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul 2013. (Toplu İş)

NARMANLIOĞLU, Ünal: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Galatasaray Üniversitesi - İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, s. 311-337. (Feshe Karşı Koruma)

NARMANLIOĞLU, Ünal: Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdiren Olgular ve İşlemler, Legal İSGHD, C. 9, 2012, S. 35, s. 3-23. (Belirli Süreli)

NARMANLIOĞLU, Ünal: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2007 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İstanbul 2009, s.107-166. (Değerlendirme 2007)

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. 381-411. (Kıdem Tazminatı)

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Açılacak Davanın Konusu, Niteliği ve Davayı Tamamen ya da Kısmen Konusuz Bırakan Olgular, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 623-655. (İş Güvencesi)

NOMER, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.

ODAMAN, Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara 2003.

ODAMAN, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2009, s. 77-83. (Ayrımcılık)

ODAMAN, Serkan: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2013, s. 129-234. (Değerlendirme 2011)

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 2010.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, C.1.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, C.2. (II)

OĞUZMAN, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi, 1955 (Fesih)

OKUR, Ali Rıza: İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, s. 106-111.

FISS, M. Owen: Against Settlement, 1984, Yale Law Journal, C. 93, S. 6, s.1073-1090.

ÖZ, Turgut: Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD, S.16, İstanbul 1985, s. 131-172.

ÖZ, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012. (Yenilikler)

ÖZBEK, Oğuz : Yorumları ve Yargı Kararları ile Deniz İş Kanunu, İstanbul 2003.

ÖZCAN, Durmuş: İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Ankara 2013.

ÖZDEMİR, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.

ÖZDEMİR, Erdem: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Aralık 2011, s. 107-113. (Eleştirel Bakış)

ÖZDEMİR, Erdem: Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi,, S. 14, Haziran 2009, s. 150-158. (Eğitim Giderleri)

ÖZDEMİR, Erdem: İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Kadir Has Üniversitesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri, 22 Şubat 2014, Kasım 2014, s. 17-91. (İşe İade)

ÖZDEMİR, Erdem: Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi, Çalışma Mevzuatı Semineri, Türkiye Toprak, Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Antalya 26-30 Eylül 2012. s. 112-160. (İş İlişkilerine Etkisi)

ÖZDEMİR, Erdem: Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi,, S.27, Eylül 2012, s. 25-46. (Sona Erme)

ÖZDEMİR, Erdem: İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1, s. 143-155. (Cezai Şart)

ÖZDEMİR, Erdem: Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Ali Güneren'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, s. 73-85. (Değerlendirme)

ÖZKARACA, Ercüment: İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul 2012, s. 92-162.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.

POLATCAN, İsmet/POLATCAN Nejat Can: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İstanbul 1996.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.

REİSOĞLU Seza, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012. (Borçlar Hukuku)

SARIBAY, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007.

SAVAŞ, Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012

SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.

SEROZAN, Rona
(KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI): İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Borçlar Hukuku Genel Bölüm), C.3, İstanbul 2009. (İfa)

SEVİMLİ, Ahmet: 4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bir Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar, Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 6, Ankara Kasım 2004, s. 4-22.

SONGU ÖKTEM, Sezgi: Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, Legal İSGHD, S. 3, İstanbul 2004, s. 835-866.

SONGU ÖKTEM, Sezgi: İşçinin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 1057-1098. (Özel Amaçlı İnternet)

SOYER, Polat: Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 363-380. (Cezai Şart)

SOYER, Polat: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, s. 12-21. (Türk Borçlar Kanunu)

SOYER, Polat: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin “Bazı” Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi, Kadir Has Üniversitesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Sempozyumu, Seminer 25 Mayıs 2012, İstanbul 2012, s. 4-51. (Hizmet Sözleşmesi)

SUNGURBEY, İsmet : Medeni Hukuk Sorunları, Beşinci Cilt, İstanbul 1984.

SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2011.

SÜMER, Haluk Hadi: Yargıtay Kararlarının Işığı Altında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, Prof.Dr.Metin Kutal'a Armağan, Ankara, 1998, s. 201-224.

SÜMER, Haluk Hadi: Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları, TÜHİS, Şubat 1992/8, s. 3-8 (Belirli Süreli)

SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2015. (Uygulamalar)

SÜMER, Haluk Hadi: Bireysel Basın İş Hukuku, Konya 2013. (Basın İş Hukuku)

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2015.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2014. (İş Hukuku)

SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989. (Askı)

SÜZEK, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976. (Kötüye Kullanma)

SÜZEK, Sarper: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 1989, İstanbul 1991, s. 39-81. (Değerlendirme 1989)

SÜZEK, Sarper: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 1998, İstanbul 2000, s. 65-131. (Değerlendirme 1998)

SÜZEK, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Kamu-iş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, C.6, S.4, Ankara 2002, s. 73-94. (Sınırlandırma)

ŞAHLANAN, Fevzi: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, s. 129-187.

ŞAHLANAN, Fevzi: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2005, s. 87-125. (Değerlendirme 2003)

ŞAHLANAN, Fevzi: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2014, s. 73-143. (Değerlendirme 2012)

ŞAHLANAN, Fevzi: İş Güvencesinin Kapsamı Dışında Olanlar İçin Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 80, Kasım 2013, s. 2-8. (İş Güvencesi Tazminatı)

ŞAHLANAN, Fevzi: Feshin Geçersizliği-İşsizlik Ödeneğinin İadesi, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Hukuk 67, Şubat 2012, s. 2-5. (İşsizlik Ödeneğinin İadesi)

ŞAKAR, Müjdat: Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi Ve Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum, S. 17, İstanbul 2008/2, s. 11-29.

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, B. 10, Şubat 2011 İstanbul.

TAŞKENT, Savaş: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2004, Ankara 2006, s. 47-87. (Değerlendirme 2004)

TAŞKENT, Savaş: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2011, s. 161-205. (Değerlendirme 2009)

TAŞKIN, Şükriye Esra : Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2007.

TERCIER, Pierre/ FAVRE, Pascal G. : Les contrats spéciaux, 4^{ème} edition, Zurich Schulthess, 2009.

TEZCAN, Mehmet: Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi Ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması (yayımlanmamış yüksek lisans tezi)

TOPAL, Güneş: İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, Ankara 2008.

TUNCAY, A. Can: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2013.

TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982. (Eşit Davranma İlkesi)

TUNCAY, A. Can: Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, s. 105-110. (Tazminat)

TUNCAY, A. Can: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Feshi Kararın İncelenmesi, Legal İSGHD, C. 8, S. 31, 2011, s. 899-912. (Belirli Süreli)

TUNCAY, A. Can: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2013, s. 3-98. (Değerlendirme 2011)

TUNCAY, A. Can: Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 725-770. (Ayrımcılık)

TUNCAY, A. Can/ SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu: Toplu İş Hukuku, B. 4, İstanbul 2015

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, B. 6, İstanbul 2013.

TUTUCU, Aslı/ODAMAN, Serkan: "İş Kanunu 15. Madde Uyarınca İşyerini Terkeden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları ve Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. 2, İstanbul 2001, s. 1385-1413.

TÜRSOY, Ergin: "İş Güvencesi", İstanbul Barosu Dergisi, C.66, S.1-3, İstanbul Ocak-Şubat-Mart 1991, s. 217-220.

TÜYSÜZOĞLU, İlkay: 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 23 Bağlamında Yeni İşverenin Sorumluluğu, Ankara 2015.

UÇUM, Mehmet/ KARATAŞ, Hüseyin: Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu ve Basın İş Kanunu Karşılaştırılması, Legal İSGHD, S. 14, İstanbul 2007, s. 576-604.

ULUCAN, Devrim: İş Güvencesi, İstanbul 2003.

ULUCAN, Devrim: Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 4, S.2, 1997, s. 231-249. (Feshe Karşı Koruma)

ULUCAN, Devrim/EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/SAĞLAM, Fazıl: İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi) ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi-14, İstanbul 1989.

UŞAN, Fatih: İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesiyle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanununda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir mi? Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 9, 2008, s. 102-111.

UŞAN, Fatih: İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme, Legal İSGHD, 2005, C. 2, 2005, S. 8, s. 1624-1632. (Eşit Davranma)

VENTURI-ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich 2007.

VIONNET, Guillaume: L'exercice des droits formateurs, Genève-Zurich-Bâle 2008.

VON TUHR, Andreas: (Çev., Cevat Edege) Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. I-II, Ankara 1983.

WYLER, Rémy/HEINZER, Boris : Droit du Travail, 3ème édition, Berne 2014.

YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

YILDIZ, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014. (Sözleşmesel Kayıtlar)

YILDIZ, Gaye Burcu: Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013, s. 681-707. (Orantılılık İlkesi)

YORGUN, Sayım: Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 50, 2016/3, s. 1171-1202.

YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016. (B. III)

ÖZET

İş sözleşmesinin haksız feshi özellikle işçi bakımından ağır ve olumsuz sonuçlara yol açmaktadır. Bu durumda işçi kendisi ve ailesi için temel ve belki de tek geçim kaynağı olan ücretini kaybetmekte, sözleşmesi başta işveren tarafından ileri sürülen bir haklı nedenle derhal feshedildiği için iş hayatındaki itibarını yitirmektedir. Bu durum yüzünden işçinin ileride iş bulma olanağı azalmaktadır. Öte yandan iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi halinde işveren de zor durumda kalabilmektedir. Bilhassa işçinin kilit pozisyonda çalışan, vasıflı bir işçi olması durumunda iş aksayabilmekte, işverenin işçiye yaptığı yatırımlar boşa gitmekte ve işletmenin ekonomik durumu zarar görmektedir. Tüm bu nedenlerle iş sözleşmesinin haksız feshi ve sonuçları incelenmesi gerekli ve önemli konulardan biridir.

İş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshi (haksız fesih), usulsüz fesih ve fesih hakkının kötüye kullanılmasından (kötüniyetli fesih) farklı bir hukuki kavramdır. Zira, usulsüz ve kötüniyetli fesih halinde doğmuş bir hakkın kullanılması söz konusu iken haksız fesih, fesih hakkı doğmadığı halde iş sözleşmesinin feshedilmesidir. Bu çalışmada feshin hangi hallerde haksız sayılacağı ortaya konulacaktır.

Haksız feshin sonuçları iş sözleşmesinin türü ve iş güvencesi hükümlerinin kapsamına göre belirlenir. İş güvencesine tabi işçiler bakımından, yeni İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı köklü değişiklikler öngörmektedir. Bu değişiklikler çalışma kapsamında incelenmiştir. İş güvencesi kapsamı dışında kalan iş sözleşmeleri ile belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerin 4857 sayılı İş Kanununa tabi iş ilişkilerine uygulanabilirliği iş hukukunun önemli tartışmalarından

birini oluşturmaktadır. Bu nedenle söz konusu çalışma, gerek doktrindeki grşler gerek Yargıtay kararları gerekse İsviçre Federal Mahkeme kararlarından yararlanmak suretiyle iş sözleşmesinin haksız feshi ve sonuçlarını ortaya koymayı amaçlamaktadır.



ABSTRACT

The termination of an employment contract without a just cause leads to serious and negative consequences, particularly for the employee. In this case, the employee loses not only his fundamental, and probably the sole, source of livelihood, but also his credibility in working life due to the immediate termination of his contract by the employer with due to an allegedly just cause. As a result, the employee's opportunity to find a new job diminishes. On the other hand, in case of termination of an employment contract by the employee without a just cause, employer might be stuck in a difficult situation. The business operations may delay, investments made for the employee's career development may go up in smoke and economic conditions of the enterprise may be damaged, especially when the employee is skilled and working in a key position. As such, the termination of an employment contract and its consequences are important and essential issues to examine.

The termination of an employment contract without a just cause (unjustified termination) is different than termination without notice and misuse of the right to terminate the contract (unfair termination). In cases of termination without notice and unfair termination, the right to terminate exists but its exercise is classified as irregular or unfair whereas in case of unjustified termination, the employment contract is terminated without having the right to terminate at the first place. This study will examine circumstances in which the termination is considered unjustified.

The consequences of unjustified dismissal are determined according to the type of the employment contract and the scope of job security provisions. For

employees under the protection of job security, the new draft on Law of Labour Courts introduces essential amendments. These amendments are also covered in this study. On the other hand, the consequences of unjustified dismissal of employees who do not benefit from job security provisions and employees working under an employment contract for a definite period are regulated under Turkish Law of Obligations no. 6098. The applicability of these provisions to business relations subjected to the Labour Law no. 4857 is one of the most important debates in labour law. Hence, this study aims to establish both conditions and consequences of the unjustified termination of an employment contract in the light of the doctrinal views and the judicial decisions of Turkish and Swiss Supreme Courts.